

المملکتی

شرح

بداية المبتدی

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٥٩٣ هـ

مع

شرح العلامة عبد المحي الكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣ هـ



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وترجيح أحاديثه من نصب الرتبة والتدلية

نعيم اشرف نور احمد

من مشورين

الإسلامية القراء والعلماء في بلاد الهند الإسلامية

٤٣٧- دى ٥ گلرون ایست ٥ کراچی ٥ پاکستان

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: فهيم أشرف نور

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧/D غارڈن ایسٹ کراتشي ٥ - باكستان

الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨ - ٩٢٢٢١

E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:

المكتبة الإمدادية باب العمرة مكة المكرمة - سعودية
مكتبة الإيمان السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات انار كلي لاهور - باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع^(١)

قال^(٢): البيع^(٣) ينعقد^(٤) بالإيجاب^(٥) والقبول إذا كانا بلفظي الماضي، مثل أن يقول أحدهما: بعت، والآخر: اشتريت، لأن البيع^(٦) إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع، والموضوع^(٧) للإخبار قد استعمل فيه^(٨)، فينعقد به، ولا ينعقد

(١) قوله: "كتاب البيوع" ذكر هذا الكتاب بعد الوقف لكون كل منهما مزيلا للملك، والبيع من الأضداد، وكذا الشراء، إلا أن البيع يقع غالباً على إخراج المبيع عن الملك قصدًا، ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه، وبالواسطة تقول: باع الشيء منه وباعه الشيء والشراء يطلق غالباً على إخراج الثمن عن الملك قصدًا. وشرعيته بالكتاب، قال الله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربوا﴾، وإنما جمع لكثرة أنواعه، فإن له باعتبار المبيع أنواعاً أربعة: بيع سلعة بمثلها، ويسمى مقايضة، وبيعها بالثمن، ويسمى بيعاً لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها، وبيع الثمن بالثمن ويسمى صرفاً، وبيع دين بعين، ويسمى سلماً، وقيل: إن أنواعه ترتقى إلى عشرين أو أكثر، والكل مذكور في "النهاية"، وسيجيء ذكر بعضها. وركنه الإيجاب والقبول. وحكمه أي الأثر المرتب عليه المقصود من شرعية البيع للملك، أي القدرة على التصرف في المحل شرعاً، وله شرائط: ككون العاقد عاقلًا مميزاً، وكون المبيع مالا متقومًا مقدور التسليم، وسيجيء ذكرها متشتتاً. وفي "الكفاية": البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي، وفيه: أنه غير مانع لصدقه على مبادلة المالين بطريق الهبة بشرط العوض مع أنه ليس ببيع ابتداءً، وإن كان في حكمه بقاء فالأولى أن يزداد في حده لفظ التجارة، ويقال: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق التجارة، ولم يرض شارح الفرر بقيد التراضي لإخراجه بيع المكره مع أنه منعقد وإن لم يلزم، ومن أورده ذهب إلى أنه ليس ببيعاً. (ملخص الحواشي).

(٢) أي القدوري في "مختصره". عيني.

(٣) اللام للاستفراق.

(٤) قوله: ينعقد، الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل. (ع) قوله: ينعقد، هذا الكلام بظاهره يدل على أن البيع غير الإيجاب والقبول، وأنه ينعقد بهما مع أنهم صرحوا بأنهما ركنان للبيع كيف؟ وقد صرح صدر الشريعة في "التوضيح" بأن البيع هو المجموع المركب من الإيجاب والقبول الموجودين حساً المرتبطين ارتباطاً حكيمياً، فلا بد حينئذ من التأويل بأن يقال: إن المعنى البيع ينعقد من الإيجاب والقبول، أي حكم البيع يلزم بالإيجاب والقبول. (السقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحلیم)

(٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو الإثبات سمي به أول كلام أحد العاقدين، سواء كان بعت أو اشتريت، لأنه ثبت للأخر خيار القبول، والقبول هو ثاني كلام أحدهما، سواء كان بعت أو اشتريت، وما في "الكفاية": البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر للمحل عند الإيجاب والقبول، حتى يكون العاقد قابلاً للتصرف، انتهى، ففيه: أنه يشتر بكون الإيجاب والقبول خارجين عن البيع مع أنهما ركنان له على ما صرحوا به، اللهم إلا أن يقال: إن لفظ البيع كما يطلق على نفس الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطاً شرعياً كذلك يطلق على هذا الأثر الشرعي، تدبر. (مل)

(٦) قوله: "لأن البيع إلخ" اللام للاستفراق" أي لأن البيع إنشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، فالبيع يعرف به، إما أن البيع إنشاء، فلأن الإنشاء إثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة، وإما كونه شرعياً، فلأن الكلام في البيع شرعاً، وأما أن كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع، لأن تلقى الأمور الشرعية لا يكون إلا منه والموضوع إلخ. (ع)

(٧) قوله: "والموضوع [أي لغة] إلخ" أراد بالموضوع للإخبار لفظ الماضي إذ اللام فيه للعهد، فلا وجه للاعتراض عليه بأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك، وهو أن يقال: وكان استعماله بلفظ الماضي وإلا لا يتم الدليل. (درر)

بلفظين أحدهما لفظ المستقبل^(١) بخلاف النكاح^(٢) وقد مر الفرق^(٣) هناك .
 وقوله: رضيت^(٤) بكذا^(٥)، أو أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا في معنى قوله:
 بعث واشترت؛ لأنه يؤدي معناه، والمعنى هو المعتبر في هذه العقود^(٦)، ولهذا ينعقد
 بالتعاطي^(٧) في النفيس^(٨) والخسيس، هو الصحيح^(٩) لتحقق المراضاة^(١٠).

(٨) أى شرعاً.

(١) قوله: "لفظ المستقبل [والآخر لفظ الماضي]" أراد بلفظ المستقبل صيغة الأمر، نحو: بعه منى بكذا، فقال:
 بع، لأنه قال هناك مثل أن يقال: زوجني، فيقول: زوجتك، فلا وجه لحملة على المضارع كما ذهب إليه بعض شراحه،
 نعم ينعقد به البيع إذا قارنه النية، كما نقل صاحب "النهاية" عن الطحاوي وتحفة الفقهاء. (درر)
 قوله: لفظ المستقبل، المراد بالمستقبل الأمر للدلالة السياق، وهو قوله بخلاف النكاح إلخ، عليه ولا وجه لحملة على
 المضارع لإبائه قوله لا ينعقد عنه، فإن عدم الانعقاد بلفظ المضارع مقيد بما إذا لم ينو به الحال فإنه يحكم بكونه عدة لا بيعاً.
 وأما إذا نوى به الحال فينعقد به البيع أيضاً كما هو مصرح في "غاية البيان"، ومن ههنا ظهر أن ما صنعه شيخ
 الإسلام بدر الدين العيني في "البنية شرح الهداية" من حمل لفظ المستقبل على الأمر والمضارع، وما فعله الإنزاري في
 "غاية البيان" من حملة على المضارع فقط ليس بجيد. فإن قلت: هذا يخالف ما ذكره المصنف بعد سطر من: أن خذه
 بكذا، في معنى بعث واشترت، فإن قوله: خذه أمر، فكيف ينعقد به البيع؟ قلت: إنه ليس أمراً بالبيع بل أمر بأخذه، وهو
 لا يكون إلا بالبيع، فيقدر البيع اقتضاء لتصحيح المنطوق، فمعنى قوله خذه بعث ذلك فخذه فالخاص إن ما يدل على
 إنشاء البيع، ولو اقتضاء ينعقد به البيع، وما لا فلا، وإن شئت زيادة التفصيل في هذا المقام فارجع إلى شرح الهداية لأبي
 وأستاذي نور الله مرقده المسمى بـ "السقاية لعطشان الهداية". (عبد)

(٢) قوله: "بخلاف النكاح" فإنه لو قال زوجني، فقال الولي: زوجتك ينعقد النكاح، والفرق أن النكاح لا يخلو
 عن تقدم الخطبة، والخطبة وهما يدلان على أن المراد الحال، أما البيع فيقع بعتة، فيجعل قوله: أبيعك عدة لا بيعاً، وبمعنى
 استيماً وطلباً، وذا لا يدل على الوجود لا محالة. (ك)

(٣) قوله: "وقد مر" حيث قال في كتاب النكاح، ما توضيحه أن قوله زوجني توكيل بالنكاح والواحد يتولى
 طرفي النكاح، فإن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر والتمايع في الحقوق دون التعبير، ولا يرجع الحقوق إليه، بخلاف البيع،
 لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه.

(٤) قوله: "رضيت إلخ" هذا لبيان أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعث واشترت بل كل ما يدل على ذلك
 ينعقد به، فإذا قال: بعث منك هذا بكذا، فقال: رضيت، أو أعطيت أي الثمن أو قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال:
 رضيت، أو أعطيت أي المبيع بذلك الثمن انعقد لإفادة المعنى المقصود، وكذا إذا قال: اشتريت منك هذا بكذا، فقال:
 خذه، يعنى بعث بذلك فخذه، لأنه أمره بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلا بالبيع، فقدر البيع اقتضاء لتصحيح كلام المنطوق. (ع)
 (٥) من الدراهم.

(٦) قوله: "في هذه العقود" وقيد ذلك لأن بعض العقود قد تحتاج إلى اللفظ، ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضات.
 قوله: "ولهذا": أي لكون المعنى هو المعتبر في هذه العقود. (ع)

(٧) قوله: بالتعاطي هو في الأصل تناول من قولك، فلان يتعاطى هذا الأمر، أي يخوض فيه ويتناوله، والمراد ههنا
 إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا إيجاب وقبول. وقيل: يكفي في التعاطي الإعطاء من أحد الجانبين كمن وضع فلساً
 وأخذ قطعة حلواء مقدرة به. (مل)

(٨) قوله: "في النفيس إلخ" قيل: المراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد والإماء، وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقول
 والرمانة، والخبز، واللحم، وقد يفسر الأول بما يكون قيمته مثل نصاب السرقة أو فوقه، والثاني بما يكون قيمته دون نصاب
 السرقة. (جلبى)

قال^(١): "وإذا أوجب^(٢) أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار، إن شاء قبل في المجلس^(٣)، وإن شاء رده وهذا خيار القبول^(٤)؛ لأنه^(٥) لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد^(٦) من غير رضاه^(٧)، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر، فللموجب أن يرجع^(٨) لخلوه^(٩) عن إبطال^(١٠) حق الغير، وإنما يمتد^(١١) إلى آخر المجلس، لأن المجلس^(١٢) جامع للمتفرقات، فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر، وتحقيقاً لليسر، والكتاب^(١٣) كالخطاب^(١٤)، وكذا الإرسال^(١٥)، حتى اعتبر

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول الكرخي فإنه قال: إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة. (ك)

(١٠) وهو المقصود.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) بأن قال البائع مثلاً: بعتك هذا بكذا. (عناية)

(٣) وإن طال. (درر)

(٤) أي هذا الخيار يسمى خيار القبول اصطلاحاً.

(٥) دليل للخيار.

(٦) بيع.

(٧) فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً. (هف)

(٨) أي عن إيجابه قبل قبول الآخر.

(٩) قوله: "لخلوه [أي الرجوع] عن إلخ" فإن قيل: سلمنا إن إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك، فإن حق التملك يثبت للمشتري بإيجاب البائع، وهو حق للمشتري، فلا يكون الرجوع خالياً عن إبطال حق الغير. فالجواب: أن الإيجاب إذا لم يكن مفيداً للحكم، وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع، وحق التملك للمشتري إن سلم ثبوته بإيجاب البائع لا يمنع الحقيقة، لكونها أقوى من الحق لا محالة، ولا ينتقض بما إذا دفع الزكوة إلى الساعي قبل الحول، فإن المزكى لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع، لأن حقيقة الملك زالت من المزكى، فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو أقوى منه. (ع)

(١٠) قوله: "عن إبطال" فإنه بمجرد إيجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك، ولاحق قبل شراؤه. (ك)

(١١) قوله: "وإنما يمتد [الخيار] إلخ" يجوز أن يكون جواباً عما يقال ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس، ولم لا يبطل الإيجاب عقيب خلوه عن القبول، أو يتوقف على ما وراء المجلس. وتقرير الجواب: أن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري، وفي بقاءه فيما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما جميعاً. (ع)

(١٢) قوله: "لأن المجلس إلخ" يعني أن المشتري يحتاج إلى التأمل والتروي أنه هل يوافق أم لا؟ والمجلس جامع للمتفرقات، ألا ترى أنه لو كرر آية السجدة في مجلس واحد تجب سجدة واحدة، فجعلت ساعات المجلس ساعة واحدة، فكان تمام المجلس بمنزلة ساعة واحدة، هي عقيب الإيجاب، وقيل: المراد بالمتفرقات: الساعات والآتات، والمراد بالمجلس إتمام ما كان فيه، تدبر. (مل)

(١٣) قوله: "والكتاب [من الغائب] إلخ" هو أن يكتب: أما بعد: فقد بعث عبدي فلاناً مثلاً منك بألف درهم. فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال: قبلت، تم البيع بينهما، والسر أن النبي ﷺ لما أمر بالتبليغ كان يبلغ الشرائع تارة بالكتاب وتارة بالخطاب، فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي ﷺ مبلغاً. (مل)

(١٤) من الحاضر.

مجلس بلوغ الكتاب، وأداء الرسالة، وليس له^(١) أن يقبل في بعض المبيع، ولا أن يقبل المشتري^(٢) ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة^(٣) إلا إذا بين^(٤) ثمن كل واحد؛ لأنه صفقات معني، وأيهما^(٥) قام^(٦) عن المجلس^(٧) قبل القبول بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل^(٨) الإعراض والرجوع، وله ذلك^(٩) على ما ذكرنا.

(١٥) قوله: "وكذا الإرسال" هو أن يرسل رسولا فيقول البائع: بعث هذا من فلان الغائب بألف درهم، فاذهب يا فلان! فقل له، فذهب الرسول فأخبره بما قال، فقال المشتري في مجلسه ذلك: اشتريت، أو قال قبلت، ثم البيع بينهما؛ لأن الرسول معبر وسفير لنقل كلامه إليه، فإذا اتصل به الجواب ينعقد. (ك)

(١) قوله: "وليس له إلخ" أى ليس للبائع أن يقبل البيع في بعض المبيع، وهذا إذا أوجب المشتري في شيء كذا قال العينى، وقال في "الكفاية": إذا أوجب البائع البيع في شيئين أو ثلاثة، وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين: إن كانت الصفقة واحدة فليس له ذلك، وإن كانت متفرقة فله ذلك. (مل)

(٢) قوله: "ولا أن يقبل المشتري" -بفتح الراء- المبيع ببعض الثمن، يعنى أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال: بعته بألف، فقال المشتري: قبلت بخمس مائة فليس له ذلك فإن من العادات ضم الردىء بالجيد ليروج الردىء أيضاً، فلو ثبت الخيار بالقبول في أحدهما فيقبل المشتري الجيد، ويترك الردىء، وفيه ضرر للبائع. (عينى)

(٣) قوله: "الصفقة [بفتح]- يك بار زدن دست در بيع. (من)"] ذكر في "المغرب": الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء، ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه. (ك)

(٤) قوله: "إلا إذا بين إلخ" استثناء من المسألة الأولى، وذلك بأن يقول: اشتريت أو بعثت هذين العبدتين، هذا بمائة وهذا بمائة، فلآخر أن يقبل في أيهما شاء، وقيل: إنه لا بد في تعدد الصفقة تكرار لفظ البيع، بأن يقول: بعثت هذين العبدتين، بعثت هذا بمائة، وبعتك هذا بمائة، وأما إذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة، فلا يصح قبول أحدهما، وإن سمي لكل واحد منهما ثمناً. (مل)

(٥) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "وأيهما قام [أى من العاقدين] إلخ" هذا متصل بقوله: إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحاً، وأخرى دلالة. (ع)

(٧) قوله: "عن المجلس" ههنا فوائد: الأولى: أن المذكور في عامة الكتب أن مطلق القيام سواء كان مقروناً بالانتقال أم لا دليل الإعراض، وقيد شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح "الجامع الصغير" بالذهاب عن ذلك المكان، وقال العينى في "البنية": قول المصنف: قام عن المجلس، دليل على أن الذهاب شرط، لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب، فإنه لو لم يذهب لا يقال قام عنه، بل قام فيه. والثانية: أن إطلاق المصنف يشمل ما إذا قام لحاجة، كما في "الحاوى" لكن في "القنية" لو قام لمصلحة لا معرضاً لا يكون دليل الإعراض. والثالثة: أنه يفهم مما ذكره من الدليل أن كل ما يدل على الإعراض يبطل الإيجاب كالاشتغال بعمل آخر غير ما عقد المجلس له من أكل إلا إذا أكل لقمة أو شرب، إلا إذا كان القدح في يده، أو نوم إلا النوم جالساً، كذا في بعض الحواشى. (سقاية لعطشان الهداية)

(٨) قوله: "دليل الإعراض إلخ" فإن قلت: إذا قال بعد القيام: قبلت كان ينبغي أن ينعقد، لأن الصريح أقوى من الدلالة؟ قلنا: إن رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة، وههنا ثبت حكم الدلالة، وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذى هو دليل الإعراض، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول، فإن المفسوخ لا تلحقه الإجازة. (ك)

(٩) قوله: "وله ذلك أى لكل من العاقدين الإعراض والرجوع على ما ذكرنا من خيار الرجوع للموجب، وخيار القبول للآخر، وما قيل [القائل السيد مرجان الحيدر آبادى]: وله ذلك أى للموجب الرجوع، فتقصير، فلا تلتفت إليه. (مل)

وإذا^(١) حصل الإيجاب والقبول لزم البيع^(٢)، ولا خيار^(٣) لو اُحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية، وقال الشافعي: يثبت^(٤) لكل واحد منهما خيار المجلس؛ لقوله عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٥)»^(٦).

ولنا: أن في الفسخ إبطال حق الغير^(٧)، فلا يجوز، والحديث محمول^(٨) على خيار القبول، وفيه^(٩) إشارة إليه، فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها، أو يحتمله، فيحمل^(١٠) عليه، والتفرق^(١١) فيه تفرق الأقوال.

قال^(١٢): والأعواض^(١٣) المشار إليها لا يحتاج^(١٤) إلى معرفة مقدارها في

(١) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(٢) ويثبت الملك لكل منهما.

(٣) أي في الرجوع.

(٤) قوله: "يثبت إلخ" على معنى أن لكل من العاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضی صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان. (عناية)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٠١، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦١ ص ١٤٧. (نعميم)

(٥) بالأبدان.

(٦) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم، واللفظ للنسائي، كذا قال الزيلعي في تخريجه.

(٧) أي الملك.

(٨) كما نقل عن إبراهيم النخعي.

(٩) قوله: "وفيه إشارة إليه" لأن الأحوال ثلاث: قبل قولهما، وبعد قولهما، وبعد كلام الموجب قبل قبول الآخر، وإطلاق المتبايعين في الأولين مجاز باعتبار ما يؤول إليه، أو ما كان عليه، والثالث حقيقة، فيكون مراداً لما تقرر في موضعه، لأن اسم الفاعل حقيقة في الحال بمعنى أجزاء من أواخر الماضي، وأوائل المستقبل، وهي حالة المباشرة، بأن يقول أحدهما: قولاً في المجلس، والآخر: متوقف فيه لا ما قبلها، ولا ما بعدها، لا يقال: العقود الشرعية في حكم الجواهر، فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لأن الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعاً لا حقيقة كلامهما، والكلام في حقيقة الكلام. (مل)

(١٠) قوله: "فيحمل عليه" أي عند قيام الدليل، وهو أن الحمل على خيار المجلس يوجب إبطال حق الغير. (مل)

(١١) قوله: "والتفرق فيه إلخ" اعلم أن خيار القبول ثابت ما لم يتفرقا قولاً، فإن تفرقا قولاً بأن قال أحدهما: بعث، والآخر: اشتريت لم يبق الخيار بعده، وهذا مبني على أن التفرق يطلق على الأعيان، والمعاني بالاشتراك اللفظي، وترجح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا، وهذا التأويل أعني حمل التفرق على الأقوال منقول عن محمد بن الحسن، كذا في "العناية". فإن قلت: ذكر ابن عمر الراوي: أن التفرق تفرق الأبدان، قلت: تأويل الراوي لا يكون حجة على غيره، ولا يكون رداً لاحتمال آخر، كذا تقرر في الأصول. (مل)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) ثمناً كان أو مثمناً. (ك)

(١٤) قوله: "لا يحتاج إلخ" إلا في الأموال الربوية، فإن الأعواض إذا كانت منها كالدراهم، والدنانير، والحنطة، والشعير إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز وإن أشير إليها، لاحتمال الربا، وإنما ترك المصنف^{رح} هذا الاستثناء،

جواز^(١) البيع؛ لأن بالإشارة كفاية في التعريف^(٢)، وجهالة الوصف^(٣) فيه لا تفضي إلى المنازعة^(٤)، والأثمان^(٥) المطلقة^(٦) لا تصح^(٧) إلا أن تكون^(٨) معروفة^(٩) القدر والصفة؛ لأن التسليم والتسلم^(١٠) واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة^(١١)، فيمتنع التسليم والتسلم، وكل^(١٢) جهالة هذه صفتها تمنع الجواز؛ هذا^(١٣) هو الأصل. قال^(١٤): ويجوز البيع بثمن^(١٥) حال^(١٦) ومؤجل^(١٧) إذا كان الأجل معلوماً^(١٨)؛ لإطلاق قوله تعالى^(١٩): ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾، وعنه

لأنها مما يتعلق بالربا، وهذا الباب ليس ببيانه. (جلى)

(١) قوله: "في جواز البيع" احتراز عن السلم، لأن معرفة مقدار رأس المال شرط فيه عند أبي حنيفة إذا كان مما يتعلق العقد على مقداره. (ك)

(٢) المنافي للجهالة المفضية إلى المنازعة. (عناية)

(٣) القدر.

(٤) بين العاقدين.

(٥) قوله: "والأثمان المطلقة" أى الكاملة فى الثمنية، وهى الحجران لأنهما خلقا للثمنية.

قوله: "والأثمان المطلقة" هذا لفظ القدورى فى "مختصره"، والمراد بالمطلقة على ما فى الكفاية الكاملة فى الثمنية، وهى الذهب والفضة، وقال فى "العناية"؛ المراد بها المطلقة عن الإشارة، وإليه مال الكاوى. (السقابة لعطشان الهداية)

(٦) أى عن الإشارة. (٤)

(٧) فى العقد.

(٨) قوله: "إلا أن تكون إلخ" وصورة الأثمان المطلقة قبل بيان القدر والصفة، ما إذا قال: اشتريت هذا الشيء بالذهب، ولم يبين قدره ولا وصفه، وكذا لو قال: بالدرهم، وبيان القدر أن يقول: عشرة أو خمسة، وبيان الصفة أن يقول: بخارى أو سمرقندى. (ك)

(٩) معلومة.

(١٠) وهما إما يتحققان إذا انتفت الجهالة المفضية إلى المنازعة، وهذه إلخ.

(١١) فهذا يطالبه جيداً، وذلك يسلمه رديفاً.

(١٢) قوله: "وكل جهالة هذه صفتها" وهى كونها مفضية إلى المنازعة كما إذا كان مجهول القدر مشاراً إليه، وكما لو باع عبداً من عبيدين على أن المشتري بالخيار. (ك)

(١٣) قوله: "هذا" - أى ما ذكرنا من أن كل جهالة إلخ - هو الأصل، أى القاعدة الكلية فى جواز البيع وانعقاده. (مل)

(١٤) أى القدورى. (عنى)

(١٥) قوله: "بثمن حال" أقول: الأعيان ثلاثة: نفود أعنى الدراهم والدنانير، وسلع كالثياب، والدواب، والبيوت، وغير ذلك، ومقدرات كالمكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض، والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعاً وثماناً، والتمييز فى اللفظ بدخول الباء وعدمه. (٤)

(١٦) قوله: "حال" واجب، ومنه الدين الحال يعنى خلاف مؤجل. (من)

(١٧) فرصت داده شده مال. (من)

(١٨) لا مجهولاً كقدوم الحاج.

(١٩) قوله: "لإطلاق إلخ" أقول فيه إشكال؛ لأن نص البيع مطلق كما قالوا، واشتراط معلومية الأجل بالدليل

عليه السلام^(١): «أنه اشترى من يهودى طعاماً إلى أجل ورهنه درعه^(٢)»، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً؛ لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم^(٣) الواجب بالعقد، فهذا^(٤) يطالبه به في قريب المدة، وهذا^(٥) يسلم في بيعها، قال^(٦): ومن^(٧) أطلق الثمن في البيع كان^(٨) على غالب نقد البلد؛ لأنه المتعارف^(٩)، وفيه^(١٠) التحرى^(١١) للجواز، فيصرف^(١٢) إليه، فإن كانت^(١٣) النقود مختلفة^(١٤) فالبيع فاسد، إلا أن يبين أحدها، وهذا^(١٥) إذا كان الكل في الرواج سواء؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة^(١٦)، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان، أو يكون أحدها أغلب وأروج، فيحنث^(١٧) يصرّف إليه تحريماً للجواز، وهذا^(١٨) إذا كانت مختلفة في المالية، فإن^(١٩)

العقلى تقييد المطلق بالرأى، وهو غير صحيح لما تقرر في الأصول: أن تقييد المطلق نسخ، ونسخ الكتاب بالرأى لا يجوز. (درر)

(١) قوله: «وعنه عليه السلام إلخ» قلت: أخرجه البخارى، ومسلم عن الأسود عن عائشة: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعاماً إلى أجل، ورهنه درعاً له من حديد»، انتهى، وفي لفظ البخارى: «ثلاثين صاعاً من شعير»، وهذا اليهودى اسمه أبو الشحم. (ت)

(٢) الدرع - بالكسر - زره. (من)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٢ ص ١٤٧. (نعيم)

(٣) أى تسليم الثمن.

(٤) البائم.

(٥) المشتري.

(٦) القدورى. (عيني)

(٧) قوله: «ومن أطلق الثمن [أى عن ذكر الصفة. (٤) إلخ] أى ذكر القدر دون الصفة، بأن قال: اشتريته بعشرة دراهم، ولم يقل: إنها بخارية، أو سمرقندية، فإنه لو لم يذكرها كانت هذه المسألة عين المسألة الأولى قبل الاستثناء، ولو ذكرها كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء، وهى قوله: والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة، كذا فى «الكفاية» وفى «الهداية»، وإنما أورد مسألة إطلاق الثمن لبيان أن تعريف الصفة كما يحصل بالتصنيف يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الاستعمال. (مل)

(٨) قوله: «كان على غالب نقد البلد» أى البلد الذى جرى فيه البيع، لا بلد المتبايعين، وفى «الدرر»: «النقد ما ليس مصوغاً من الذهب والفضة مسكوكاً أولاً. (مل)

(٩) والمعروف كالمشروط.

(١٠) وكلام العاقل البالغ لا يحمل على الهدر.

(١١) طلب.

(١٢) البيع.

(١٣) فى البلد.

(١٤) فى المالية.

(١٥) قوله: «وهذا» أى الفساد على تقدير عدم البيان، والجواز على تقدير البيان. (مل)

(١٦) المانعة من التسليم والتسلم. (عناية)

(١٧) قوله: «وهذا» أى فساد البيع إذا كانت مختلفة فى المالية يعنى مع الاستواء فى الرواج، وإنما أعاده للتبنيه على

كانت^(١) سواء فيها^(٢)، كالثنائي^(٣) والثلاثي، والنصرتي^(٤) اليوم بسمرقند^(٥)، والاختلاف^(٦) بين العدالي بفرغانة جاز^(٧) البيع إذا أطلق اسم الدرهم، كذا قالوا^(٨)، وينصرف^(٩) إلى ما قدر^(١٠) به من أي نوع كان؛ لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية. قال^(١١): ويجوز بيع^(١٢) الطعام والحبوب مكايلة^(١٣) ومجازفة^(١٤)،

أن المراد بالاختلاف في المتن المختلفة في المالية. (مل)

(١٨) شرط.

(١) النقود.

(٢) أي في المالية مع الاستواء في الرواج. (٤)

(٣) قوله: "كالثنائي والثلاثي" مثال للنقود المتساوية في المالية، واختاره صاحب الكفاية حيث قال: يكون النقد الواحد آحادياً، وهو أن يكون الواحد منه درهماً، والآخر ثنائياً، وهو أن يكون الإثنين منه درهماً، والآخر ثلاثياً، وهو أن يكون الثلث منه درهماً، فمالية الاثنين أو الثلث كمالية الواحد من الآحادى، ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهماً في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء، وهو الواحد من الآحادى والاثني من الثنائي والثلث من الثلاثي، فحينئذ يصح العقد على الدرهم المطلق، انتهى. ويؤيده ما قال في "الدرر شرح الغرر": فإن استوت المالية أيضاً، كما استوى الرواج، واختلف الاسم كالأحادى والثنائي والثلاثي، صح إن أطلق اسم الدرهم على كل منها حيث يطلق على الواحد من الأول والاثنين من الثاني، والثلث من الثالث اسم الدرهم، وينصرف إلى ما قدر به من كل نوع مثلاً: إذا باع عبداً بألف درهم فله أن يعطى ألفاً من الآحادى، أو ألفين من الثنائي، أو ثلاثة آلاف من الثلاثي. هذا ما ذكر في "الكافي"، وأراد صاحب "الهداية"، انتهى ملخصاً، وهكذا نقل الحلبي في "ذخيرة العقبى"، وظهر من هذا أن كلام الشارح برىء عن التعقيد، وقد زل ههنا قدم صاحب "العناية"، وفهم ما لا يذهب إليه ذهن الزاهن.

وقال: إن في كلام الشارح تعقيداً، وهو أن قوله: كالثنائي إلخ مثال للنقود المختلفة في المالية، فلزم الفصل بين قوله: إذا كانت مختلفة في المالية، ومثاله وهو قوله: كالثنائي بالشرط، وهو قوله: فإن كانت سواء فيها، ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزاءه، وهو قوله: جاز البيع بقوله: كالثنائي إلى قوله: جاز، ولا يستقيم أن يجعل قوله: كالثنائي إلخ متعلقاً بقوله: فإن كانت سواء، لأن الثنائي وهو ما كان اثنين منه دانقاً، والثلاثي وهو ما كان ثلاثة منه دانقاً لا يكون في المالية سواء، لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء، انتهى ملخصاً، تدبر. (مولانا عبد الحلیم ح)

(٤) قوله: "والنصرتي" درهم منسوب إلى والى سمرقند، وهو نصرة الدين. (مير جان)

(٥) متعلق بالكل.

(٦) قوله: "والاختلاف إلخ" أي كالاختلاف الواقع بين العدالي الرائج بفرغانة من توابع تاشكند، وفقهاء ماوراء النهر يسمون الدرهم عدلياً. (مير جان)

(٧) جزاء.

(٨) أي المتأخرون من المشايخ. (٤)

(٩) قوله: "وينصرف" أي اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه من أي نوع كان من غير تقييد بنوع معين، لأنه لا منازعة لاستواءهما في الرواج، ولا اختلاف في المالية. (عناية)

(١٠) تخمين.

(١١) أي القدورى. (عيني)

(١٢) قوله: "بيع الطعام والحبوب" المراد بالطعام الخنطة وديقيها؛ لأنه يقع عليهما عرفاً، وسيأتي في الوكالة، وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما. (٤)

وهذا^(١١) إذا باعه^(١٢) بخلاف جنسه، لقوله عليه السلام^(١٣): «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم^(١٤) بعد أن يكون^(١٥) يداً بيد»*، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة^(١٦)، لما فيه من احتمال الربا، ولأن الجهالة^(١٧) غير مانعة من التسليم والتسلم، فشابه^(١٨) جهالة القيمة. قال^(١٩): ويجوز^(٢٠) بإناء بعينه لا يعرف مقداره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره؛ لأن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لما أنه يتعجل فيه^(٢١) التسليم^(٢٢)، فيندر هلاكه^(٢٣) قبله، بخلاف^(٢٤) السلم؛ لأن التسليم فيه متأخر^(٢٥)، والهلاك^(٢٦) ليس بنادر قبله، فيتحقق المنازعة.

(١٣) بجنسه أو بخلافه. (ع)

(١٤) قوله: "ومجازفة [المجازفة] تخمين: الحدس فى البيع والشراء. (ق)" هو البيع بالحدس والظن بلا كيل ووزن. (عيني)

(١) أى جواز البيع مجازفة.

(٢) قوله: "إذا باعه الخ" هذا إما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل، فأما إذا كان قليلاً فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة، وإن كان فى جنس واحد حتى لو باع نصف من من الحنطة بمئتين من الحنطة يجوز، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٣) قوله: "لقوله عليه السلام: «إذا اختلف الخ»" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى الجماعة إلا البخارى من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد»، انتهى. (ت)

(٤) مكابلة أو مجازفة.

(٥) البيع.

* اجمع نصب الراية ج ٤ ص ٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٣ ص ١٤٧. (نعيم)

(٦) فإنه لا يجوز.

(٧) فى البيع.

(٨) قوله: "فشابه جهالة القيمة" بأن اشترى شيئاً بدرهم، ولم يدر قيمته أزيد أو ناقص يجوز؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، والمانع هى الجهالة المفضية إلى المنازعة، كذا قال العيني، والفرق بين الثمن والقيمة: أن الثمن ما يتقرر بين العاقدين، والقيمة ما يقرره المقومون دون العاقدين، كذا قيل. (مل)

(٩) أى القدرى. (عيني)

(١٠) قوله: "ويجوز بإناء بعينه الخ" وعن أبى يوسف^(١١) فى بيع المعين إن عين مكياً لا ينكس بالكبس كالزنبيل ونحوه لا يجوز العتد فيه؛ لأنه يمكن المنازعة بينهما فى الكيل، وإن كان شيئاً لا يتقبض ولا ينسبط كالقصة ونحوها يجوز. (ك)

(١١) أى فى البيع الحال.

(١٢) أى تسليم المبيع.

(١٣) أى هلاك كل من الإناء المعين والحجر المعين.

(١٤) قوله: "بخلاف السلم" وهو بيع آجل بعاجل، فلا يجوز بإناء لا يعرف مقداره، أو بحجر لا يعرف مقداره. (مل)

(١٥) أى إلى الأجل.

(١٦) أى هلاك الإناء المعين، أو الحجر المعين.

وعن أبي حنيفة^(١) أنه لا يجوز في البيع أيضاً، والأول أصح وأظهر.

قال^(٢): ومن باع صبرة^(٣) طعام كل قفيز^(٤) بدرهم جاز البيع في قفيز^(٥) واحد

عند أبي حنيفة إلا أن يسمى^(٦) جملة قفزاتها. وقالوا: يجوز^(٧) في الوجهين^(٨)، له: أنه تعذر الصرف^(٩) إلى الكل لجهالة المبيع والتمن^(١٠)، فيصرف^(١١) إلى الأقل، وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان، أو بالكيل في المجلس^(١٢)، وصار هذا^(١٣) كما لو أقر وقال: لفلان على كل درهم فعلية درهم واحد بالإجماع.

ولهما: أن الجهالة بيدهما^(١٤) إزالتها، ومثلها غير مانع^(١٥) كما إذا باع^(١٦) عبداً

(١) قوله: "وعن أبي حنيفة^ح" في رواية الحسن بن زياد: أنه أي العقد بإناء بعينه لا يعرف قدره، وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضاً، كما لا يجوز في السلم؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة، أو بذكر القدر، ففي المجازفة العقود عليه ما يشار إليه، وعند ذكر القدر العقود عليه ما سمي من القدر، ولم يوجد شيء منهما، فإنه ليس بمجازفة، ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً، والأول أي جواز البيع بهما أصح من حيث الدليل، فإن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة، وأظهر من حيث الرواية. (مل)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) الصبرة - بالضم - ما جمع من الطعام بلا كيل ووزن: توده. (ق)

(٤) قوله: "كل قفيز إلخ" القفيز مكيال قاله في المغرب، ولم يبين قدره، كذا قال العيني، وفي بعض كتب اللغة: أن القفيز مكيال قدر لاثني عشر صاعاً. (مل) قوله: "كل قفيز" نقل في النباية عن الجوهرى أن القفيز ثمانية مكاكيل، والمكوك مكيال، وهو ثلاث كيلجات، والكيلجة: منان وسبعة أثمان من، والمن: رطلان، والرطل: ثنتا عشرة أوقية، والأوقية: أستار وثلثا أستار، والأستار: أربعة مثاقيل ونصف، والمثقال: درهم وثلث أسباع درهم. (السقاية)

(٥) لا في الكل.

(٦) أو يكيلها.

(٧) في الكل.

(٨) أي سمي جملة القفزان أو لم يسم. (ك)

(٩) أي صرف البيع.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع والتمن" للجهالة قد تفضى إلى المنازعة، لأن البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أو لا، والتمن غير معلوم، وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن، وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع، فيتنازعان. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) قوله: "في المجلس" قيد به لأنه إذا كمال بعد الافتراق منه لا يصح، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد، أما لو افتراقا تقرر الفساد، فلا ينقلب جائزاً. (عيتي)

(١٣) فإن كلمة "كل" إذا أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه فإنها تتناول أذناه. (كافي)

(١٤) قوله: "بيدهما إزالتها" فإنها ترتفع بكيل كل منهما، فإن قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري، فكان إزالة الجهالة بيدهما، وقيد بقوله: بيدهما، احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز، لأن إزالتها إما بيد البائع إن كان هو الراقم، أو بيد الغير إن كان غيرهما، وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر على إزالته، كذا في "العناية". (مل)

(١٥) من صحة العقد.

من عبيدين على^(١) أن المشتري بالخيار، ثم إذا جاز^(٢) في قفيز واحد عند بي حنيفة فللمشتري^(٣) الخيار لتفرق^(٤) الصفقة عليه، وكذا^(٥) إذا كيل في المجلس، أو سمى جملة قفزاتها، لأنه^(٦) علم بذلك الآن فله الخيار^(٧)، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع. ومن^(٨) باع قطع^(٩) غنم، كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة، وكذلك^(١٠) من باع ثوباً مذارعة^(١١)، كل ذراع بدرهم، ولم يسم^(١٢) جملة الذرعان، وكذا^(١٣) كل معدود متفاوت^(١٤). وعندهما يجوز في الكل^(١٥) لما قلنا^(١٦)، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا^(١٧) غير أن بيع شاة من قطع وذراع من ثوب لا

(١٦) قوله: "كما إذا باع الخ" وأجيب لأبي حنيفة^{رح} أن القياس فيه الفساد أيضاً، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص، ومعناه: أنه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي، فيكون ثابتاً بدلالة النص، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره، فلها لم يجوزه أبو حنيفة^{رح} فيما نحن فيه قياساً واستحساناً. (عناية)

(١) قوله: "على أن المشتري بالخيار" إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك، فإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة، فكذا ههنا. (عيني)

(٢) البيع.

(٣) قوله: "فللمشتري الخ" ولا خيار للبائع، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضاً، لأن التفرق جاء منه، وهو امتناعه عن تسميته جملة القفران أو الكيل في المجلس، فيكون راضياً به. (عيني)

(٤) قوله: "لتفرق الصفقة عليه" وهذه المسألة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيه، فكيف العامي، فإذا لم يكن المشتري عالماً بأن العقد واقع على قفيز واحد، وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم. (ك)

(٥) أي للمشتري الخيار.

(٦) قوله: "لأنه علم بذلك الخ" فربما كان في حدسه وظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما تحتاج إليه، فزادت، وليس له من الثمن ما يقابله، ولا يمكن أخذ الزائد مجاناً، وفي تركه تفرق الصفقة على البائع، أو نقصت، فيحتاج إلى أن يشتري من مكان آخر هل يوافق أو لا؟. (٤)

(٧) ويسمى هذا خيار الكشف. (ك)

(٨) هذه من مسائل القدرى. (سقاية)

(٩) التقطيم كأمر الطائفة من الغنم: گله. (ق)

(١٠) أي فسد البيع.

(١١) أي على أن البائع والمشتري يذارعانه.

(١٢) قوله: "ولم يسم جملة الذرعان" وجملة الثمن، وأما إذا بينهما، أو بين أحدهما كما إذا قال: بعثك هذا الثوب، وهي عشرة أذرع بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم. أو قال: بعثك هذا الثوب وهي عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، أو قال: بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم، كل ذراع بدرهم فصحيح. (٤)

(١٣) أي فسد البيع.

(١٤) قوله: "متفاوت" أي في القيمة كالبطيخ، والرمان، والسفرجل، والخشب، والأواني. (چلبی)

(١٥) من قطع غنم وغيره.

(١٦) من أن الجهالة بيدهما إلخ.

(١٧) من أنه تعذر الصرف إلخ.

يجوز للتفاوت^(١)، وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت، فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه، وتفضى إليها في الأول^(٢)، فوضح الفرق.

قال^(٣): ومن ابتاع^(٤) صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم، فوجدها

أقل^(٥) كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع؛ لتفرق الصفقة عليه^(٦) قبل التمام^(٧)، فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع؛ لأن^(٨) البيع وقع على مقدار معين^(٩)، والقدر ليس بوصف.

ومن^(١٠) اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضاً على أنها مائة ذراع

بمائة، فوجدها أقل، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذها بجملة الثمن^(١١)، وإن شاء ترك؛ لأن الذراع وصف في الثوب^(١٢)؛ ألا ترى^(١٣) أنه عبارة عن الطول والعرض، والوصف^(١٤) لا يقابله شيء من الثمن كأطراف^(١٥) الحيوان^(١٦)، فلهذا^(١٧)

(١) في الآحاد.

(٢) أي بيع شاة من طعيم، وذراع من ثوب.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) اشترى.

(٥) كتسعين قفيزاً مثلاً.

(٦) لانعدام الرضاء والقبض.

(٧) أي تمام العقد.

(٨) قوله: "لأن البيع وقع على مقدار معين" وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره إلا إذا كان وصفاً، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله. واختلف المشايخ في الفرق بين الوصف والأصل، أي القدر، فقيل: إن ما يتعيب بالتعيب والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل، وقيل: الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره، ولعدمه تأثير في نقصان غيره، والأصل ما ليس كذلك، وقيل: ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه، وإذا حصل فيه يزيده حسناً، وكما لا فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل.

وزيادة الكل أن القلة والكثرة في المكيلات والموزونات أصل، والذراع في المدرعات وصف، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا يتعيب الباقي، بل يشتري بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد. والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه، فإن الثوب العباثي إذا كان خمسة عشر ذراعاً، ويشتري بخمسة دنانير، فإذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشتري الباقي بعشرة دنانير. (مل)

(٩) أي مائة قفيز.

(١٠) هذه من مسائل "مختصر القدوري". (سقاية)

(١١) المسمى.

(١٢) المبيع.

(١٣) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الاستدلال بأن الذراع عبارة عن الطول والعرض، وهما من الأعراض غير مستقيم، لأنه كما يجوز أن يقال: شيء طويل وعريض، يقال: شيء قليل أو كثير، ثم عشرة أقدرة أكثر من تسعة لا محالة، فكيف جعل الذراع الزائد وصفاً دون القفيز؟ (جلي)

(١٤) قوله: "والوصف [اللام للاستغراق] لا يقابله شيء من الثمن [كبرى]" وإلا يلزم تسوية الأصل والتبع، والمراد

يأخذه^(١) بكل الثمن، بخلاف الفصل^(٢) الأول؛ لأن المقدار يقابله الثمن، فلهذا يأخذه^(٣) بحصته، إلا^(٤) أنه يتخير لفوات الوصف المذكور، لتغير العقود عليه^(٥)، فيختل الرضا. وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه^(٦) فهو للمشتري، ولا خيار للبائع، لأنه^(٧) صفة^(٨)، فكان^(٩) بمنزلة ما إذا باعه معيياً^(١٠)، فإذا هو سليم.

ولو^(١١) قال: بعته^(١٢) على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، فوجدها ناقصة، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، لأن^(١٣) الوصف^(١٤) وإن^(١٥) كان تابعاً لكنه^(١٦) صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن، فنزل^(١٧)

الوصف من حيث هو وصف لا إذا كان مقصوداً، كما سيأتى. (مل)

(١٥) قوله: "كأطراف الحيوان [تنوير للكبرى]" حتى إنه إذا اشترى جارية فأعورت فى يد البائع قبل التسليم لا ينتقص شيء من الثمن، وكذلك إذا اشترى جارية فأعورت فى يد المشتري، ثم أراد أن يبيعها مرابحة كان له ذلك بدون البيان على ما سيجىء فى باب المرابحة والتولية. (نهاية)

(١٦) أى أعضائه.

(١٧) أى لكون الذراع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن.

(١) أى الموجود.

(٢) أى المكيل.

(٣) الموجود.

(٤) قوله: "إلا أنه يتخير إلخ" استثناء من قوله: فلهذا يأخذه بكل الثمن. (٤)

(٥) أى المبيع الذى أراد اشتراؤه.

(٦) أى عينه.

(٧) ذراع.

(٨) لا يقابلها شيء من الثمن.

(٩) هذا.

(١٠) كأنه كان أعمى.

(١١) هذه من القدرى. (سقاية)

(١٢) قوله: "بعته [أى الأرض]" أنث الضمير، وذكر قبله لفظ الثوب على تأويل الثياب أو المدروعات، لأن لفظ عشرة أذرع دال عليها. (نهاية)

(١٣) دليل لقوله: بحصتها من الثمن.

(١٤) أى الذراع.

(١٥) وصلية.

(١٦) قوله: "لكنه صار أصلاً بإفراده إلخ" حيث قال: كل ذراع بدرهم، فكان أصلاً، لأن مقابلة الثمن من خواص كونه أصلاً، إذ الثمن لا يقابل الأوصاف، فنزل إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "فنزل إلخ" فيه بحث فإن كل ذراع إن كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع إذا وجدها أكثر أو أقل، كما لو كان العقد وارداً على أبواب عشرة، وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما يأتى. والجواب أن الأبواب مختلفة،

كل ذراع^(١١) بمنزلة ثوب، وهذا^(١٢) لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن^(١٣) أخذاً لكل ذراع بدرهم. وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم، وإن شاء فسح البيع؛ لأنه^(١٤) إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة الثمن، فكان^(١٥) نفعاً يشوبه ضرر فيتخير، وإنما يلزمه الزيادة^(١٦) لما بنا أنه^(١٧) صار أصلاً^(١٨)، ولو أخذه بالأقل لم يكن أخذاً بالمشروط^(١٩). ومن^(٢٠) اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام^(٢١)، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وقالوا: هو جائز، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة^(٢٢) سهم^(٢٣) جاز في قولهم جميعاً. لهما: أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار، فأشبهه^(٢٤) عشرة أسهم^(٢٥). وله: أن الذراع اسم^(٢٦) لما يذرع^(٢٧) به، واستعير لما

فيكون العشرة المبعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك. (٤)

(١) فقلة الأصل تقتضى قلة الثمن.

(٢) أى أخذها بحصتها من الثمن.

(٣) قوله: "لم يكن أخذاً إلخ" وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، فإن كلمة على تأتى للشرط كما عرف في موضه. (٤)

(٤) دليل لخيار الفسخ.

(٥) أى زيادة الذرع.

(٦) أى زيادة الثمن.

(٧) أى الذراع.

(٨) بإفراذه بذكر الثمن.

(٩) أى كل ذراع بدرهم.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (سقاية)

(١١) قوله: "من دار أو حمام" أعنى أن يكون المبيع مما ينقسم، أو مما لا ينقسم. (٤)

(١٢) من دار أو حمام.

(١٣) السهم النصيب. (ص)

بالفتح: بهره. (مب)

(١٤) فى كونها عشراً، فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم. (٤)

(١٥) من مائة سهم. (كافى)

(١٦) قوله: "اسم لما يذرع به إلخ" يعنى أن الذراع وإن كان فى الحقيقة الآلة التى يذرع بها كالخشب مثلاً لكن إرادتها ههنا متعذرة، فيصير مجازاً لما يحله من قبيل إطلاق الحال وإرادة المحل، وما يقع عليه الذراع جزء معين لا شائع، لأن الشائع لا يتصور أن يذرع، فلم يصح أن يستعار الذراع له، لأن الشائع ليس بمحل له، فكان المسمى فى العقد جزء معيناً مشخصاً، لأنه فعل حسى يقتضى محلاً حسياً، والمشاع ليس كذلك، ألا ترى أن العبد إذا كان مشتركاً بين اثنين، فأحدهما يتمكن من بيع نصيبه، ولكن لا يتمكن من ضرب نصيبه، فإن الملك شائع شرعى، فيكون محلاً للتصرفات الشرعية لا الحسية، فما يحله الذراع معين باعتبار حلول الأمر الحسى فيه، ومجهول فى نفسه، فإن جوانب الدار متفاوتة فى الجودة والمالية، فيختلف قيمتها بالضرورة، فيؤدى إلى المنازعة المفضية إلى الفساد، فلا يصح البيع. (جلى)

يحله الذراع، وهو^(١) المعين دون المشاع، وذلك غير معلوم، بخلاف^(٢) السهم^(٣)، ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة^(٤) الذرعان أو لم يعلم^(٥)، هو الصحيح، خلافاً لما يقوله^(٦) الخصاص لبقاء الجهالة^(٧).

ولو اشترى عدلاً^(٨) على أنه عشرة^(٩) أثواب، فإذا هو تسعة، أو أحد عشر فسد البيع لجهالة^(١٠) المبيع^(١١) أو الثمن، ولو بين^(١٢) لكل ثوب ثمناً جاز^(١٣) في فصل

(١٧) ذرع الثوب ذرعاً بالفتح، كز كرد جامه را. (مب)

(١) قوله: "وهو المعين [أى ما يحله الذراع لا يكون إلا مقداراً معيناً مشخصاً لا يزداد ولا ينقص لكنه مجهول الموضع] إلا أنه مجهول لا يعلم أن تلك الأذرع من الدار في الجانب الشرقى منها، أو الغربى، أو من صدر الدار، أو أسفلها، والمبيع إذا كان معيناً مجهولاً لا يصح، كما إذا قال: بعث منك أحد هذين العبدین، والتعيين غير منافٍ للجهالة لما أن التعيين فى أمر، والجهالة فى أمر آخر. (نهاية)

(٢) قوله: "بخلاف السهم" لأن عشرة أسهم شائع فى الكل، فلم يلزم فيه جهالة تفضى إلى المنازعة، فكان صاحب عشرة أسهم شريكاً لصاحب تسعين سهماً فى جميع الدار على قدر نصيبهما منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه فى أى موضع كان، فلا تؤدى إلى المنازعة. (ك)

(٣) فإن السهم أمر عقلى ليس بحسى.

(٤) كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع. (ع)

(٥) كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار. (ع)

(٦) قوله: "لما يقوله الخصاص" ذكر الخصاص فى هذه المسألة أن فساد البيع عند أبي حنيفة لجهالة جملة الذرعان، فأما إذا عرفت مساحتها يجوز عنده، وجعل هذه المسألة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة إن كان عدد جملة الشياه معلوماً يجوز عنده، وإن لم يكن معلوماً لا يجوز. وذكر أبو زيد الشروطى^{رح} أن على قول أبي حنيفة^{رح} البيع فاسد، وإن علم جملة الذرعان، وهو جواب الجامع الصغير، وهو الصحيح لبقاء الجهالة علم جملة الذرعان، أو لم يعلم فالمشترى يطالبه من مقدم الدار، والبائى يسلم من مؤخرها، فتؤدى إلى النزاع. (ك)

(٧) المانعة من الجواز. (عناية)

(٨) عدل - بكسر أول وسكون ثانى - بارىك طرف كه برپشت ستور برند. (غياث اللغات)

(٩) بعشرة دراهم.

(١٠) قوله: "لجهالة المبيع أو الثمن" أما فى فصل النقصان فلجهالة الثمن، لأنه يحط ثمن ثوب واحد، وهو مجهول، لأنه لو لم يسم لكل ثوب ثمناً فالثمن ينقسم على الثياب باعتبار القيمة، وقيمة الغائب مجهولة، إذ لا يدرى أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً، حتى يطرح قيمته، فإذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولاً ضرورة، فثمن التسعة مجهول، وجهالته توجب فساد البيع. وأما فى فصل الزيادة فلجهالة المبيع، لأن المبيع عشرة من أحد عشر، والزايد على العشرة لم يدخل تحت البيع، فيجب رده، والأثواب مختلفة، فلا يدرى أى ثوب يرد على البائع، الجيد أو الرديء، فالبائع يطالبه بالجيد، والمشترى يرد الرديء، وجهالة المبيع توجب فساد البيع، كذا فى "الكفاية" و"النهاية". (مل)

(١١) لف على سبيل النشر الغير المرتب. (س)

(١٢) بأن قال: كل ثوب بعشرة. (ك)

(١٣) قوله: "جاز إلخ" لأن المبيع معلوم لأنه مشار إليه، والثمن معلوم أيضاً، لأنه متى سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة، وهى العشرة، فتكون حصة الباقي معلومة، بخلاف ما إذا لم يسم ثمناً، لأن حصة الغائب لا تعلم أنها عشرة أو تسعة أم أحد عشر، فجهالته تؤثر فى جهالة الباقي. (ك)

النقصان^(١) بقدره، وله الخيار^(٢)، ولم يجز^(٣) في الزيادة^(٤) لجهالة العشرة المبيعة .
وقيل: عند أبي حنيفة لا يجوز^(٥) في فصل النقصان أيضاً^(٦)، وليس^(٧)
بصحيح، بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما^(٨) مروى
حيث لا يجوز فيهما، و^(٩) إن بين ثمن كل واحد منهما؛ لأنه جعل القبول في المروى

(١) أى فى صورة التسعة.

(٢) قوله: "وله الخيار" إن شاء أخذ كل ثوب بما سمي، وإن شاء ترك، لأنه ربما يكون الباقي رديئاً، والغائب جيداً، والمشتري إنما يرغب فى الردى، لمكان الجيد، فيتضرر بتفرق الصفقة قبل التمام، فيتخير. (ك)

(٣) قوله: "ولم يجز فى الزيادة" لأن العقد تناول العشرة، فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول، ولجهالته يصير المبيع مجهولاً. (ك)

(٤) أى فى صورة أحد عشر.

(٥) قوله: "لا يجوز إلخ" لأنه جمع بين الموجود والمعدوم فى صفقة، فكان قبول البيع فى المعدوم شرطاً لقبوله فى الموجود، فيفسد العقد. واستدل على ذلك بما ذكر محمد رحمه الله فى "الجامع": رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة، فإذا أحدهما هروى والآخر مروى فالبيع فاسد فى الهروى والمروى جميعاً عند أبى حنيفة، وعندهما: يجوز فى الهروى. ووجه الاستدلال: أن الغائب فى مسألة الجامع الصفقة لا أصل للثوب، فإذا كان فوات الصفقة فى أحد البديلين مفسداً للعقد على مذهبه، ففوات أحدهما من الأصل أولى أن يفسد. (عناية)

(٦) أى كما لا يجوز فى فصل الزيادة.

(٧) قوله: "وليس" أى ما قال صاحب "قيل" يعنى بعض المشايخ ليس بصحيح، بل الصحيح أن الجواز فى فصل النقصان قولهم جميعاً، لأن ثمن الناقص معلوم قطعاً، فلا يضر فى الباقي، وأجاب الشارح عن استدلاله بقوله: بخلاف إلخ. وأوضح الفرق بقوله: لأنه جعل إلخ. تقريره أنه جعل القبول فى المروى شرطاً للعقد فى الهروى والمروى غير مذكور فى العقد، فلزم اشتراط قبول ما ليس بمبيع لقبول المبيع، وأنه مفسد للعقد لكونه مخالفاً لمقتضاه، وهذا لا يتصور فيما نحن فيه، لأنه ما جعل قبول العقد فى المعدوم شرطاً لقبوله فى الموجود، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط، ولكنه غلط فى العدد، فافترقا. أى شراء العدل على أنه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة، فإذا هو تسعة، وشراء الثوبين على أنهما هرويان، فإذا أحدهما مروى افترقا، حيث جاز فى الأول دون الثانى.

والهروى: بفتح الراء، والمروى: بسكون الراء، منسوب إلى هراة ومر، قرىتان بخراسان، كذا فى "النهاية" و"العناية". وقال فى فتح القدير: المروى - بسكون الراء - نسبة إلى قرية من قرى الكوفة، أما النسبة إلى مرو المعروفة بخراسان، فقد التزموا فيها زيادة الراء، فيقال: مروى كأنه للفرق بين القرينتين. فتأمل. (مل)

(٨) قوله: "فإذا أحدهما مروى" الهروى - بفتح الهاء والراء المهمل - والمروى - بسكون الراء - كذا فى "الدرر شرح الغرر" منسوبان إلى هراة ومر، قرىتان بخراسان، كذا فى "العناية". وقال العيني: إن هذا عجيب، فإن هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان، ومرو أيضاً مدينة قديمة يقال: إنها من بناء طمهورث، انتهى.

فروع: لو باع عدلاً أو غنماً، واستثنى واحداً بغير عينه فسد البيع، ولو بعينه جاز البيع، كذا فى "التنوير".
ولو اشترى أرضاً على أن فيها كذا نخلة مثمرة، فإذا واحدة فيها لا تثمر فسد البيع، لأن للثمر حصّة من الثمن، كذا فى المجتبى. ولو باع أرضاً على أن فيها كذا نخلة، فوجدها المشتري ناقصة جاز البيع، ويخير المشتري إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، لأن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعاً، ولا يكون له قسط من الثمن، وكذا لو باع داراً على أن فيها كذا وكذا بيتاً، فوجدها ناقصة جاز البيع ويخير على هذا الوجه، كذا فى "البحر" نقلاً عن "الخانية". (السقاية)

(٩) وصلية.

شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاسد، ولا قبول يشترط في المعلوم^(١) فافترقا. ولو^(٢) اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة: في الوجه الأول^(٣) يأخذه بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني^(٤) يأخذه بتسعة إن شاء. وقال أبو يوسف رحمة الله عليه: في الوجه الأول^(٥) يأخذه بأحد عشر إن شاء، وفي الثاني^(٦) يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله: في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير؛ لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه، فيجزي^(٧) عليه حكمها^(٨). ولأبي يوسف: أنه لما أفرد^(٩) كل ذراع ببديل نزل^(١٠) كل ذراع منزلة ثوب على حدة، وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمة الله عليه: أن الذراع^(١١)

(١) أي العاشر.

(٢) هذه المسألة ليست في رواية الأصول، وإنما ذكرها محمد في الشواذ، وحكاها الفقيه أبو جعفر. (سقاية)

لم يذكر هذه المسألة صاحب "الهداية" في "البداية"، وإنما ذكرها ههنا تقريباً. (سقاية)

(٣) أي إذا زاد.

(٤) أي إذا نقص.

(٥) أي إذا زاد.

(٦) أي إذا نقص.

(٧) قوله: "فيجزي" أي فيجزي على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ: فيجزي عليه من التجزية، وهو ظاهر. (ك)

(٨) قوله: "حكمها" وحكم المقابلة في النصف أنه إذا وجد المشتري عشرة أذرع ونصفاً يجب عليه من الدراهم عشرة دراهم ونصف، كذلك في صورة النقصان يجب عليه تسعة دراهم ونصف درهم، كذا في "النهاية"، وإنما يخير لأن في الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفي الثاني انتقص الثوب عما شرط، فيتخير كيلاً يتضرر. (مل)

(٩) أي قال: كل ذراع بدرهم.

(١٠) قوله: "نزل كل ذراع بمنزلة ثوب إلخ" والثوب إذا بيع بأنه كذا وكذا ذراعاً، فوجده انقص لا يسقط شيء من الثمن لما قدر أنه وصف وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، ولكنه يثبت له الخيار، فكذلك ههنا. (مل)

(١١) قوله: "أن الذراع إلخ" يعني قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط، وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً، وزال موجب كونه أصلاً، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجاناً. وأما الجواب عن قول محمد^ع فهو أن كون الذراع بمنزلة العين ليس بأصل بل هو صار أصلاً باعتبار الأفراد بمقابلة الأفراد، واسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم، وكذلك الذراع، فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الأفراد، وهو الدرهم، فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع إلى أصله، وهو الصفة، وهذا هو الجواب أيضاً عن قول أبي يوسف^ع. وقال في "الذخيرة": وما قال أبو حنيفة^ع أصح كذا في الكفاية. (مل)

قوله: "أن الذراع إلخ" توضيحه أنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل، فلا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم المقدار وهو المكيل والموزون بالشرط وهو قوله: كل ذراع بدرهم، والشرط مقيد بالذراع، ومن البين أن نصف الذراع

وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط، وهو مقيد بالذراع، فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل. وقيل^(١): في الكرياس^(٢) الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل، وعلى^(٣) هذا قالوا: يجوز^(٤) بيع ذراع منه.

فصل (٥)

ومن^(٦) باع داراً دخل بناءها^(٧) في البيع، وإن^(٨) لم يسمه لأن اسم الدار^(٩) يتناول^(١٠) العرصه^(١١) والبناء في العرف^(١٢)، ولأنه متصل به^(١٣) اتصال قرار، فيكون

ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً، وزال موجب كونه أصلاً، فعاد الحكم إلى الأصل، وهو الوصف، فصارت الزيادة على العشرة والتسعة كزيادة وصف الجودة، فتسلم له مجاناً، فالعشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة، فأخذها بعشرة من غير خيار، إذ لا ضرر له، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة فأخذها بتسعة، وله الخيار لقوات الوصف المرغوب فيه. وفي "غاية البيان": بقول محمد تأخذ، وفي "الكفاية" نقلاً عن "الذخيرة": أن ما قال أبو حنيفة أصح.

وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى: أنه المختار. وفي "الدر المختار": صحح القهستاني وغيره قول الإمام، وعليه المتون، فعليه الفتوى. وأما تفصيل قوله وقيل في الكرياس إلخ فهو أنه قال الزاهد العتابي في "شرح الجامع الصغير" أنه قال مشايخنا: هذا في الثوب الذي يتفاوت جوانبه، ويتعيب بقطع بعضه، أما إذا اشترى كرياساً لا يتفاوت جوانبه، ولا يضره القطع على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فإذا هو أحد عشر لا تحمل الزيادة للمشتري بل ترد على البائع، لأن هذا الكرياس بمنزلة الموزون والمكيل لعدم تضرره وتعيبه بالقطع، وبناء على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: إنه إذا باع ذراعاً من هذا الكرياس، ولم يبين موضعه يجوز، كما لو باع قفيزاً من صبرة، فإن القطع والتمييز لا يضر الباقي، ولو باع ذراعاً من هذا القميص، أو من هذه العمامة لا يجوز، لأن القطع يضره. (سقاية)

(١) قوله: "قيل إلخ" أي قيل هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفاوت جوانبه، وفيما يضره التبعيض كالقميص، والسرراويل، والأقبية، أما إذا اشترى كرياساً لا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، فإذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة، لأنه وإن اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل والموزون لعدم تضرره بالقطع. (مل)

(٢) قوله: "كرياس" كقرطاس جامه به سبيد معرب كرياس - بالفتح. - (مب)

(٣) أي على أنه بمنزلة الموزون، قال المشايخ: يجوز إلخ.

(٤) قوله: "يجوز بيع ذراع إلخ" أي إذا باع ذراعاً من هذا الكرياس، ولم يعين موضعه يجوز، كما إذا باع قفيزاً من صبرة الطعام. (ك)

(٥) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين: إحداهما: أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع، وإن لم يذكر صريحاً.

والثانية: أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار كان تابعاً له في الدخول، ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لأن يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار، وما وضع لأن يفصله فيه، فهو اتصال قرار. (عناية)

(٦) هذه عبارة القدوري. (سقاية)

(٧) أي الجدار والسقف.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "اسم الدار" ذكر في المجتبى أن الدار اسم لما يشتمل على الصحن، والبيوت، والصفة، والمطبخ، والإصطبل، والمنزل ما يشتمل على بيوت، ومطبخ، والمستراح دون الصحن، والبيت اسم لسقف واحد له دهليز. (سقاية)

(١٠) قوله: "يتناول إلخ" فإن قيل: لو حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد ما انتهت يحنث، فلو كان اسم

تبعاً له^(١)، ومن^(٢) باع أرضاً دخل ما فيها من النخل والشجر^(٣) وإن^(٤) لم يسمه؛ لأنه متصل به^(٥) للقرار، فأشبهه البناء^(٦)، ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية؛ لأنه^(٧) متصل به^(٨) للفصل، فشابه المتاع^(٩) الذي فيه.

ومن^(١٠) باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر، فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع؛ لقوله عليه السلام^(١١): «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة^(١٢) للبائع إلا أن يشترط المبتاع»*، ولأن الاتصال^(١٣) وإن^(١٤) كان خلقة فهو للقطع^(١٥) لا للبقاء، فصار^(١٦)

الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حث بعد انهدام البناء، لأن الكل ينتفى بانتفاء الجزء مع أن الأيمان مبنية على العرف، فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار ههنا. قلنا: البناء بمنزلة الصفة، وهي في المعين لغو إذا لم تكن داعية إلى اليمين، فإن كانت داعية إلى اليمين تعتبر. (ك)

قوله: «يتناول العرصة إلخ» توضيحه أن اسم الدار يتناول عرفاً العرصة والبناء، لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها، ولا بناءها بل بيع كليهما، والمطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف، فيدخل البناء كالعرصة. (سقاية)

(١١) كشادكي ميان سراي كه دران بنا نباشد، ويقال: عرصة الدار وسطها. (من)

(١٢) وأما لغة فلا يتناولها. (عيني)

(١٣) أى بالعرصة على تأويل المكان. (ع)

(١) قوله: «فيكون تبعاً له» لأن الأصل أن العرصة أصل في الدار، لأن قرار البناء عليها. (ك)

(٢) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(٣) قوله: «والشجر» كبيرة كانت أو صغيرة، ثمرة أو غيرها على الأصح. (ع)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى بالأرض.

(٦) فيكون تبعاً له.

(٧) قوله: «لأنه متصل [أى لأن الزرع] إلخ» ونوقض بالحمل فإنه متصل بالأرض للفصل، ويدخل في بيع الأم، والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم. (ع)

(٨) القطع.

(٩) أى الذى يكون موضوعاً في الدار.

(١٠) هذا لفظ القدوري. (سقاية)

(١١) قوله: «لقوله عليه السلام: «من اشترى إلخ» قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: «فالثمرة للبائع» فيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل، وما وضع للفصل لا يدخل، لأن المعقود عليه أرض فيها نخل عليه ثمر، فقال عليه الصلاة والسلام: «الثمرة للبائع إلا بالشرط» ولم يذكر النخل. (عناية)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٤ ص ١٤٧. (نعيم)

(١٣) أى اتصال الثمر بالشجر.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) قوله: «فهو للقطع» فيه إشارة إلى أن الاعتبار لثاني الحال، والحال الأولى لا فرق فيها بين أن تكون خلقة أو موضوعاً. (ع)

(١٦) فلا يدخل إلا بالتسمية.

كالزرع^(١)، ويقال للبائع: اقطعها^(٢)، وسلم المبيع^(٣)، وكذا^(٤) إذا كان فيها زرع، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فكان عليه تفريره^(٥) وتسليمه، كما^(٦) إذا كان فيه^(٧) متاع. وقال الشافعي: يترك^(٨) حتى يظهر صلاح^(٩) الثمر، ويستحصد^(١٠) ع، لأن^(١١) الواجب إنما هو التسليم^(١٢) المعتاد، وفي العادة أن لا يقطع^(١٣) ذلك، وصار^(١٤) كما إذا انقضت^(١٥) مدة الإجارة، وفي الأرض زرع. قلنا^(١٦): هناك التسليم واجب أيضاً، حتى يترك^(١٧) بأجر، وتسليم العوض^(١٨) كتسليم العوض^(١٩)، ولا^(٢٠) فرق^(٢١) بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في

(١) أى فى بيع الأرض.

(٢) ثمرة.

(٣) فارغاً.

(٤) أى يقال للبائع: سلم المبيع.

(٥) بقطع الثمرة ورفع الزرع.

(٦) قوله: "كما إذا كان الخ" أى كما يكون على البائع التفرير والتسليم. (مل)

(٧) البيت.

(٨) قوله: "يترك" أى الثمر على الشجر والزرع على الأرض. (مل)

(٩) الانتفاع.

(١٠) قوله: "ويستحصد الزرع" استحصد الزرع حان له أن يحصد، فى "منتهى الأرب" استحصد الزرع:

بهنگام درو رسيد كشت.

(١١) قوله: "لأن الواجب الخ" والجواب أن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه، وقد عارضه دلالة الرضا

بذلك، وهى إقدامه على بيعه مع علمه بمطالبة المشتري تفريره ملكه، وتسليمه إياه فارغاً. (غ)

(١٢) أى تسليم المبيع.

(١٣) قوله: "أن لا يقطع كذلك" أى لا يقطع الثمرة قبل صلاحها، والزرع قبل استحصاده. (مل)

(١٤) ما قال الشافعي.

(١٥) قوله: "كما إذا انقضت الخ" صورته: رجل استأجر أرضاً، وزرع فيها، فلما قرب إلى الحصاد انقضت مدة

الإجارة، فإنه يؤخر إلى الحصاد، ويترك الزرع على الأرض بأجر إلى وقت الإدراك، فكذا ههنا. (مل)

(١٦) قوله: "قلنا الخ" إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه، وتفريره: أن التسليم واجب فى صورة انقضاء مدة

الإجارة أيضاً الخ. (مل)

(١٧) قوله: "حتى يترك الخ" وإنما لا يقطع الزرع لأن الإجارة للانتفاع، وذلك بالترك دون القمع بخلاف الشراء،

لأنه لملك الرقبة، فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع. (زيلعى)

(١٨) الأجر.

(١٩) الأرض.

(٢٠) فى كونها للبائع. (ع)

(٢١) قوله: "ولا فرق الخ" يتصل بقوله: ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر، فثمرته للبائع. (عينى)

الصحيح^(١)، ويكون في الحالين للبائع، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين، فلا يدخل^(٢) في بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض^(٣) وقد بذر^(٤) فيها صاحبها، ولم ينبت بعد لم يدخل^(٥) فيه^(٦)، لأنه مودع فيها كالمتاع، ولو نبت ولم تصر له قيمة، فقد قيل^(٧): لا يدخل فيه، وقد قيل^(٨): يدخل فيه، وكأن هذا بناء^(٩) على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر^(١٠) والمناجل^(١١)، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر^(١٢) الحقوق والمرافق لأنهما^(١٣) ليسا منهما. ولو قال: بكل قليل وكثير هو له فيها، ومنها من حقوقها، أو قال: من مرافقها لم يدخلها فيه لما قلنا^(١٤)، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلاً^(١٥) فيه، أما الثمر^(١٦) المجذوذ^(١٧)

(١) قوله: "في الصحيح" وقيل: إذا لم يكن له قيمة يدخل في البيع، ويكون للمشتري، ووجه الصحيح أن بيعه منفرداً يصح في أصح الروايتين، وما صح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره إذا لم يكن موضوعاً للقرار. (٤)
(٢) تبعاً.

(٣) قوله: "وأما إذا بيعت إلخ" معطوف على قوله: ولا فرق، يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة، وأما إلخ. (٤)

(٤) بذر الأرض: كاشت زمين را. (مب)

(٥) قوله: "لم يدخل [البذر] إلخ" وذكر في الفتاوى الفضلي أن ذلك فيما إذا لم يعفن البذر في الأرض، وأما إذا عفن فيها فهو للمشتري، وهذا لأن بيع العفن بانفراده لا يصح، فكان تابعاً. (٤)
(٦) البيوع.

(٧) القائل أبو القاسم الصفار.

(٨) القائل أبو بكر الإسكاف.

(٩) قوله: "بناء على الاختلاف إلخ" فمن جوز بيعه قبل أن تناوله المشافر والمناجل لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه جعله تابعاً. (٤)

(١٠) مشفر البعير شفته. (٤)

(١١) منجل كمبير، داس. (مب)

المنجل ما يحصد به الزرع. (٤)

(١٢) بأن قال: بعث الأرض أو الشجر بحقوقها، ومرافقها.

(١٣) قوله: "لأنهما ليسا منهما" أي لأن الزرع والثمر ليسا من المرافق والحقوق، لأن الحق يذكر لما هو تابع للمبيع، ولا بد للمبيع منه، ولا يقصد إليه إلا لأجل المبيع كالشرب والطريق، والمرافق لما يرتفق به، أي ينتفع به، ويختص بما هو من التوابع كالتوضأ والمطيخ، ومسيل الماء. (ك)

(١٤) وهو قوله: لأنهما ليسا منهما. (ك)

(١٥) قوله: "دخلاً فيه" لأنهما من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال. (زيلعي)

(١٦) قوله: "أما الثمر المجذوذ إلخ" يعني أن هذا إذا كان الزرع قائماً في الأرض والثمر على الشجر، وأما إذا كان الثمر مجذوذاً والزرع محصوداً إلخ. (مل)

(١٧) المقطوع.

والزرع^(١) المحصود لا يدخل^(٢) إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة^(٣) المتاع^(٤).
 قال^(٥): ومن باع^(٦) ثمرة لم يبد^(٧) صلاحها، أو قد بدا جاز البيع؛ لأنه مال
 متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال^(٨)، أو في الثاني^(٩)، وقد قيل^(١٠): لا
 يجوز^(١١) قبل^(١٢) أن يبدو صلاحها، والأول^(١٣) أصح^(١٤)، وعلى المشتري قطعها في
 الحال تفرغاً^(١٥) لملك البائع، وهذا^(١٦) إذا اشتراها مطلقاً^(١٧)، أو بشرط القطع، وإن
 شرط^(١٨) تركها على النخيل فسد البيع؛ لأنه^(١٩) شرط لا يقتضيه^(٢٠) العقد، وهو شغل
 ملك الغير، أو هو صفقة في صفقة، وهو إعاره أو إجارة في بيع، وكذا^(٢١) بيع

(١) زراعت دروده. (مب)

(٢) بكل قليل إلخ.

(٣) للانفصال في الحال. (ريلعى)

(٤) الموضوع في الأرض.

(٥) أى القدرى. (عينى)

(٦) أى على الشجرة.

(٧) قوله: "لم يبد صلاحها [بدا بدواً: پیدا وآشکار گردید. مب]" بأن لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب. (ك)

(٨) هذا إذا بدا.

(٩) قوله: "أو في الثاني" أى في الزمان الثاني وهذا إذا لم يبد، فصار كبيع المهر. (مل)

(١٠) القائل شمس الأئمة السرخسى.

(١١) قوله: "لا يجوز [البيع] إلخ" لأنها مستحق القطع إذ لا يصح البيع بشرط الترك، ومستحق القطع كالمقطع،

فلم تكن منتفعاً بها حالاً ومآلاً، فلم يصح. (ك)

(١٢) أى قبل أن ينتفع به.

(١٣) أى جواز البيع في الحالين.

(١٤) رواية ودراية من أنه مال متقوم إلخ.

(١٥) عن ملكه. (س)

(١٦) أى الجواز.

(١٧) أى بدون الشرط.

(١٨) أى قال: اشتريته على أنى أتركه على النخيل. (٤)

(١٩) قوله: "لأنه" أى لأن شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد، لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه، وهو أى

شرط الترك الذى لا يقتضيه العقد شغل ملك الغير، أو هو البيع بشرط الترك صفقة في صفقة، لأنه إعاره في بيع، أو إجارة

فيه لأن تركها على النخيل إما أن يكون بأجر أو بغيره، والثاني إعاره، والأول إجارة، وذلك منبى عنه، والإعارة تمليك

المنافع بلا عوض، والإجارة تمليك المنافع بعوض. وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة في صفقة، أن لو جازت إعاره

الأشجار وإجارتها، وليس كذلك نعم إنما يستقيم هو إذا باع الزرع بشرط الترك فإن إعارتها وإجارتها جائزة، فيلزم صفقة

في صفقة، كذا في "العناية". (مل)

(٢٠) وفيه منفعة للمشتري.

(٢١) أى يفسد.

الزرع بشرط الترك؛ لما قلنا^(١)، وكذا^(٢) إذا تناهى عظمها^(٣) عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا^(٤)، واستحسنه محمد^(٥) للعادة^(٦)، بخلاف^(٧) ما إذا لم يتناه عظمها^(٨)؛ لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو الذي يزيد^(٩) بمعنى^(١٠) من الأرض أو الشجر. ولو اشتراها^(١١) مطلقاً، وتركها بإذن البائع طاب له الفضل^(١٢)، وإن تركها بغير إذنه تصدق^(١٣) بما زاد في ذاته لحصوله بجهة^(١٤) محظورة^(١٥)، وإن تركها^(١٦) بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء؛ لأن^(١٧) هذا تغير حالة^(١٨) لا تحقق زيادة^(١٩).
وإن اشتراها^(٢٠) مطلقاً^(٢١)، وتركها على النخيل، وقد^(٢٢) استأجر النخيل إلى

(١) وهو قوله: لأنه شرط إلخ.

(٢) قوله: "وكذا [يفسد] إلخ" أى هذا إذا كانت الثمرة لم تناه في عظمها، أما إذا تناهى عظمها فكذلك، أى يفسد عند الشيخين، وهو القياس، لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد. (مل)

(٣) عظم بالفتح: بزرگ شدن. (م)

(٤) أى أنه شرط إلخ. (ك)

(٥) وفى "الأسرار": والفتوى على قول محمد. (ك)

(٦) قوله: "للعادة" أى لتعارف الناس بذلك، والجواب: إنا لا نسلم أن التعامل جرى فى اشتراط الترك، ولكن المعتاد فى مثله الإذن فى تركه بلا شرط فى العقد. (ع)

(٧) أى عند محمد.

(٨) فإنه لا يجوز بالاتفاق.

(٩) وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع، فإنه ضم المعدوم إلى الموجود، واشترهما، فيفسد.

(١٠) أى بقوة. ناشئ. وهو جذب الرطوبة.

(١١) قوله: "ولو اشتراها إلخ" أى لو اشترى الثمرة التى لم يتناه عظمها، ولم يشترط القطع، ولا الترك، وتركها إلخ. (مل)

(١٢) أى عظم الثمار المبيعة.

(١٣) قوله: "تصدق بما زاد إلخ" يعنى يقوم قبل التناهى وبعده، فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته. (عينى)

(١٤) وهى قوة الأرض المغصوبة. (ع)

(١٥) ممنوعة.

(١٦) بغير إذنه. (ع)

(١٧) قوله: "لأن هذا تغير حالة" كتغير اللون، والطعم، والثمار إذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع

فيها، ولكن النضج من الشمس، واللون من القمر، والطعم من الكوكب، فلم يبق فيها إلا عمل الشمس والقمر

والكواكب. (ك)

(١٨) من التى إلى النضج.

(١٩) فى الجسم.

(٢٠) قوله: "وإن اشتراها مطلقاً إلخ" توضيحه أن لو اشترى الثمار قبل تناهى العظم مطلقاً أى من غير شرط الترك

والقطع، واستأجر النخيل من رب النخيل إلى وقت إدراك الثمار، وترك الثمار على النخيل طاب له الفضل، لأن الإجارة

للنخيل باطنة، فإن جواز الإجارة عرف بالاستحسان لتعامل الناس، ولا تعامل للناس فى استئجار الأشجار، فلم يكن

وقت الإدراك^(١) طاب له الفضل؛ لأن الإجارة^(٢) باطلة لعدم^(٣) التعارف والحاجة^(٤)، فبقى^(٥) الإذن معتبراً بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك^(٦)، وتركه حيث لا يطيب له الفضل؛ لأن الإجارة فاسدة للجهالة^(٧)، فأورثت خبيثاً. ولو اشتراها^(٨) مطلقاً^(٩)، فأثمرت ثمراً آخر قبل^(١٠) القبض ففسد البيع؛ لأنه لا يمكنه^(١١) تسليم المبيع لتعذر التمييز^(١٢)، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان^(١٣) فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره^(١٤)؛ لأنه في يده^(١٥)،

الإجارة منعقدة لا جائزة، ولا فاسدة، ولا ضرورة أيضاً إلى استئجار النخيل لترك الثمار، ولما بطلت الإجارة بقي إذن رب النخيل معتبراً، فيطيب الفضل للمشتري، ولا يجب أجر، كذا قال أبو المكارم. وفي "رد المحتار": الحيلة في جوازه بالاتفاق من المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ما تخرج مع أوراق الشجر، فيجوز فيها تبعاً للأوراق، كأنه ورق كله. وقيل: إن الحيلة في أن يطيب للمشتري ما زاد في ذات المبيع أن يأخذ الشجرة مساقاة لمدة معلومة، ويقول المشتري للبايع بعد ما دفع الثمن أخذت منك هذا الشجر مساقاة على أن لك جزء من ألف جزء، ولي ألف جزء، إلا جزء، أى من الثمن، ذكره الشمني. (سقاية)

(٢١) أى عن الترك والقطع. (٤)

(٢٢) الواو حالية.

(١) در رسيدن ميوه جز آن. (٥)

(٢) أى إجارة النخيل.

(٣) قوله: "لعدم التعارف" لأن التعارف لم يجز فيما بين الناس باستئجار الأشجار، ولهذا لو استأجر نخلا

ليجفف عليه الثياب لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "والحاجة" أى لعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص

سواها، وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيذكر. (عناية)

(٥) قوله: "فبقى الإذن إلخ" أى إذا بطلت الإجارة بقي الإذن معتبراً، فيطيب له الفضل.

فإن قيل: الإذن ثبت في ضمن الاستئجار، وقد بطل المتضمن، فيبطل ما في ضمنه. قلنا: الإذن في الإجارة الباطلة صار أصلاً، إذ الباطل عبارة عن المعلوم المضمحل، أى لا تحقق له أصلاً ولا وصفاً شرعاً، والمعلوم لا يصلح متضمناً، فصار الإذن مقصوداً، ولا كذلك في الإجارة الفاسدة؛ لأن الفاسد ما كان موجوداً بأصله، فائتاً بوصفه، فأمكن جعله متضمناً للإذن، وفساد المتضمن يقتضى فساد ما في ضمنه، فيفسد الإذن، فيتمكن الخبث. (مل)

(٦) الزرع.

(٧) قوله: "للجهالة [فيصير المعقود عليه مجهولاً. ك]" أى للجهالة وقت إدراك الزرع، فإن الإدراك قد يتقدم

بالحر، وقد يتأخر للبرد، وإذا انتفى الإذن كان الفضل خبيثاً، وسبيله التصديق. (٤)

(٨) ثمرة.

(٩) أى عن القطع والترك. (٤)

(١٠) أى قبل تخلية البائم بين المشتري والثمار. (٤)

(١١) أى البائم.

(١٢) بين القديمة والجديدة.

(١٣) قوله: "يشتركان فيه" لأن التسليم قد وجد، فلم يفسد البيم، وحدث ملك للبائم، واختلط بملك المشتري،

وكذا^(١) في البادنجان^(٢)، والبطيخ^(٣)، والمخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه^(٤). قال^(٥): ولا^(٦) يجوز أن يبيع ثمرة^(٧)، ويستثنى منها أرطالا معلومة، خلافاً للمالك^(٨) لأن الباقي^(٩) بعد الاستثناء مجهول^(١٠)، بخلاف ما إذا باع واستثنى^(١١) نخلا معيناً؛ لأن الباقي^(١٢) معلوم^(١٣) بالمشاهدة، قال^(١٤): قالوا^(١٥):

فيشتركان. (عيني)

(١٤) أى مقدار الرائد. (٤)

(١٥) فكان الظاهر شاهداً له. (٤)

(١) قوله: "وكذا إلخ" يعنى أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض، وإذا حدث بعده يشتركان، والمخلص أى الحيلة فى جوازه فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري إلخ. (٤)

(٢) قوله: "فى البادنجان" بادنجان معرب بادنجان فارسى ست. وبهندي بيگن نامند. (مخزن الأدوية)

(٣) كسكين بفارسى خربزة نامند. (مخزن)

(٤) مشتري.

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) قوله: "ولا يجوز أن يبيع ثمرة إلخ" سواء كان الثمر على الشجر أو مجذوذاً، موضوعاً على الأرض، كذا فى "الكفاية"، وقال فى "البنية" تقلا عن تاج الشريعة: إن هذا إذا كان الثمر على الشجر، أما إذا كان مجذوذاً، وباع واستثنى أرطالا معلومة جاز.

ثم قوله: ثمرة ببناء الواحدة إشارة إلى نوع من أنواع الثمر، كالعنب والرطب مثلاً، ولم يرد به الثمرة الواحدة؛ لأنه لو كانت هى المرادة لم يصح استثناء الأرتال منها.

وفى قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحداً يجوز؛ لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرتال، لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل، كذا فى "البنية".

وقال صاحب العناية: أن المستثنى لو كان رطلا واحداً، أو صاعاً واحداً لا يجوز أيضاً. (سقاية)

(٧) سواء كان على الشجر أو بعد الجز. (ك)

(٨) فإنه يجوز عنده قياساً على ما إذا باع واستثنى نخلا معيناً.

(٩) أى ما سوى الأرتال المعلومة.

(١٠) قوله: "مجهول" وهذه الجهالة تفضى إلى النزاع، إذ المشتري يطالب بالأجود والبائع يسلم الأردأ، علا أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأرتال المستثناة. وفى العناية: لو كان المستثنى صاعاً واحداً، أو رطلا واحداً، فالحكم كذلك، لكن قال العيني: وفى قوله: أرطالا إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحداً يجوز لأنه استثنى القليل من الكثير، بخلاف الأرتال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر، فيكون استثناء الكل من الكل. (مل)

قوله: "مجهول" تقريره: أنه إذا استثنى قدراً معيناً كان الباقي مجهولاً وزناً ومشاهدة، وقيل: الاستثناء وإن كان المبيع مجهولاً لكنه معلوم مشاهدة، وكان بيع مجازفة، وجهالة القدر فى بيع المجازفة لا تمنع صحة العقد، لعدم إفضاءها إلى المنازعة، والجهالة فى مسألتنا هذه تفضى إلى النزاع، فإن المشتري يطالب بالأجود، والبائع يسلم الردىء، فتفسد العقد. (سقاية)

(١١) فإنه يجوز.

(١٢) بعد الاستثناء.

(١٣) كم هى نخلة. (٤)

هذا^(١) رواية الحسن^(٢)، وهو قول الطحاوي، أما^(٣) على ظاهر الرواية ينبغى^(٤) أن يجوز؛ لأن الأصل أن ما يجوز^(٥) إيراد العقد عليه بانفراده يجوز^(٦) استثناءه من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناءه^(٧)، بخلاف^(٨) استثناء الحمل، وأطراف الحيوان؛ لأنه لا يجوز بيعه^(٩)، فكذا استثناءه. ويجوز^(١٠) بيع الحنطة في سنبلها، والباقلي^(١١) في قشره، وكذا الأرز^(١٢)، والسمس^(١٣)، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلي الأخضر، وكذا الجوز، واللوز^(١٤)، والفسق^(١٥) في^(١٦) قشره

(١٤) أى المصنف.

(١٥) مشايخ.

(١) عدم الجواز.

(٢) عن أبي حنيفة.

(٣) قوله: "أما على ظاهر الرواية إلخ" يريد به على قياس ظاهر الرواية، فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في

ظاهر الرواية، ولهذا قال: ينبغى أن يجوز. (٤)

(٤) قوله: "ينبغى أن يجوز" قيل: ولقائل أن يقول: سلمنا إن إيراد العقد على الأبطال المعلومة واستثناءها جائز،

لكن لا نسلم جواز بيع الباقي، وهو مجهول. والجواب: إنا لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً لم تسر منه جهالة إلى المستثنى منه إلا بحسب الوزن، فيكون البيع في الباقي مجازفة، وهى لا تحتاج إلى معرفة مقدار البيع. (عناية)

(٥) وبما لا يجوز إيراد العقد عليه منفرداً لا يجوز استثناءه. (٦)

(٦) قوله: "يجوز استثناءه" لأن الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وإفراد العقد يقضى كون العقود

عليه مقصوداً معلوماً، فيتشار كان في القصد والعلم، فما جاز أن يقع مقصوداً عليه بانفراده جاز أن يستثنى منه وبالعكس. (٧)

(٧) بأن يقول: بعثك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها.

(٨) قوله: "بخلاف استثناء إلخ" صورة استثناء الحمل أن يقول: بعثك هذه الشاة إلا حملها، وصورة استثناء

أطراف الحيوان أن يقول: بعثك هذه الشاة إلا جلدتها، أو غيره، فإنه لا يجوز لا في حضر، ولا في سفر. (عيني)

(٩) انفراداً.

(١٠) قوله: "ويجوز بيع الحنطة [هذا لفظ القدورى. سقاية] إلخ" وفي "شرح الطحاوي": الأصل أنه إذا باع شيئاً

وهو في غلافه قبل الإزالة فإنه لا يجوز إلا الحنطة في سنبلها، وسائر الحبوب في سنبلها، والذهب في ترابه، والفضة في

ترابها، بخلاف جنسه من الثمن. (ك)

(١١) قوله: "والباقلي في قشره [از حبوب معروفه است. مخزن]" في "ذخيرة العقبى" ناقلاً عن الصحاح: الباقلي

بتشديد اللام والقصر، فإذا قلت: الباقلاء بالمد خففت اللام. قال أبو المكارم: وعلى البائع تخليص الحنطة وتذريتها، ودفعها

إلى المشتري، هو المختار، كذا في "الخلاصة"، وهذا إذا باع الحنطة في السنبل بغير السنبل، والكلام فيه، وأما إذا باع

الحنطة بالتين فلا يلزم على البائع تخليصه، كذا قال الطحاوي. (سقاية)

(١٢) برنج.

(١٣) كنجد.

(١٤) بادام.

(١٥) پسته.

(١٦) متعلق بكل واحد من الثلاثة.

الأول^(١) عنده، وله في بيع السنبل^(٢) قولان^(٣)، وعندنا يجوز ذلك كله. له: أن المعقود^(٤) عليه مستور^(٥) بما لا منفعة له^(٦) فيه، فأشبهه^(٧) تراب الصاغة إذا بيع بجنسه. ولنا: ما روى عن النبي عليه السلام*: «أنه^(٨) نهى عن بيع^(٩) النخل حتى يزهي^(١٠)» وعن بيع^(١١) السنبل حتى يبيض^(١٢) ويأمن العاهة^(١٣)، ولأنه^(١٤) حب منتفع به، فيجوز بيعه في سنبله كالشعير^(١٥).

(١) وأما في القشر الثاني فيجوز بالاتفاق.

(٢) أى بيع الحنطة فى السنبل.

(٣) فى قول: يجوز، وفى قول: لا يجوز.

(٤) قوله: "أن المعقود عليه الخ" وأنه مستور غائب عن البصر، ولا يعلم وجوده، فلا يجوز بيعه كبذر البطيخ وحب القطن. واللبن فى الضرع، والزيت فى الزيتون قبل الاستخراج. قلنا: الفرق بينهما أن الغالب فى السنبل الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة وهى فى سنبلها، ولا يقال: هذا حب، ولا هذا لبن، ولا زيت، ولا قطن. (زىلعى)

(٥) والعقد فى مثله لا يصح. (٤)

(٦) أى للمشتري.

(٧) قوله: "فأشبهه تراب الصاغة" يعنى لا يجوز لاحتمال الربا، وتراب الصاغة هو التراب الذى فيه برادة الذهب والفضة، والصاغة جمع صائم، ووجه المشابهة استتاره بما لا منفعة فيه. (عينى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٥ ص ٤٧. (نعيم)

(٨) قوله: "أنه نهى عن بيع الخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن ابن عمر أن النبى ﷺ: «نهى عن بيع

النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»، نهى البائع والمشتري، انتهى. قال فى الصحاح: يقال: زها النخل يزهو إذا بدت فيه الحمرة أو الصفرة وأزهى لغة، حكاه أبو زيد، ولم يعرفها الأصمعى، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "بيع النخل [أى عن بيع ثمر النخل، بحذف المضاف]" فإن قيل: يجوز بيع النخل قبل الزهو عندهم،

ومقتضى ما استدلتم به من الحديث أنه لا يجوز؟ أجيب: بأنه محمول على بيع الثمر على النخل بشرط الترك إلى أن يحمر أو يصفر، بدليل قوله: أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه، إذ الإذهاب إنما يتوهم إذا اشتراه قبل الإدراك بشرط الترك. أو محمول على السلم يعنى لا يجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس بدليل قوله: إذا منع الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه، فيكون دليلاً لنا على اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الحلول. (شرح ملا على قارى بر نقاية)

(١٠) قوله: "حتى يزهي" زها النخل صاب غوره رنگين گريد، وكذا أزهى النخل، ويقال: زها البسر أى رنگ

گرفت غوره خرما. (من)

(١١) قوله: "بيع السنبل" فيه أن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا، إلا أن يقال: إنه مبنى على إزام الشافعى

بمذهبه فى المنهوم، وإن لم يكن معتبراً عندنا، فيكون جواباً إلزامياً على مذهبه، ويسمى بدلاً. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: حتى يبيض الخ" وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فظاهره يقتضى الجواز بعد وجود الغاية. (ك)

(١٣) آفت. (من)

(١٤) قوله: "ولأنه الخ" كأنه جواب عن قوله: مستور بما لا منفعة له، وتقديره لا نسلم أنه لا منفعة فيه بل هو أى

المبيع بقشره حب منتفع به، وأن الحبوب المذكورة مدخرة فى قشرها، قال الله تعالى: ﴿فذروره فى سنبله﴾، وهو انتفاع لا محالة، فجاز البيع. (عناية)

(١٥) يجوز بيعه فى سنبله بالإجماع. (ك)

والجامع^(١) كونه مالا متقوماً، بخلاف تراب الصاغة؛ لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز^(٢)، وفي مسألتنا^(٣) لو باعه بجنسه لا يجوز أيضاً لشبهة الربا، لأنه لا يدرى قدر^(٤) ما فى السنابل.

ومن باع داراً دخل فى البيع مفاتيح^(٥) أغلاقها^(٦)؛ لأنه يدخل فيه الأغلاق؛ لأنها مركبة فيها^(٧) للبقاء^(٨)، والمفتاح يدخل فى بيع الغلق^(٩) من غير تسمية؛ لأنه بمنزلة بعض منه، إذ لا ينتفع^(١٠) به بدونه.

قال^(١١): وأجرة الكيال، وناقد الثمن على البائع، أما الكيل فلا بد^(١٢) منه للتسليم وهو على البائع، ومعنى هذا^(١٣) إذا بيع مكايلة^(١٤)، وكذا^(١٥) أجرة الوزان والذراع، والعداد، وأما النقد فالمذكور^(١٦) رواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد^(١٧)

(١) قوله: "والجامع" أى العلة الجامع بين المقيس والمقيس عليه كون كل واحد منهما مالا متقوماً ينتفع به.

(٢) وإن كان الاستتار بما لا منفعة فيه.

(٣) قوله: "وفى مسألتنا [المتنازع فيها]" أى فى بيع الحنطة فى سنبلها لو باعه بجنسه أى باع الحنطة فى سنبلها بحنطة فى سنبلها لا يجوز. (كفاية)

(٤) من الحنطة.

(٥) قوله: "مفاتيح إلخ" والمراد بالمفاتيح إذا كان غلقها متصلاً بالدار مركباً فيها، فإن لم يكن الغلق مركباً فيها كالقفل لا يدخل الغلق تبعاً له لعدم الاتصال. (زيلعى)

(٦) الغلق يفتح اللام ما يغلق ويفتح بالمفتاح. (٤)

(٧) الدار.

(٨) لا للفصل.

(٩) غلق - بفتح حين - چیزیکه بدان در را بندند، آن را مغلاق نیز گویند. (٥)

(١٠) قوله: "إذ لا ينتفع إلخ" فإن قيل: الانتفاع بالدار لا يمكن إلا بالطريق، ومع ذلك لا يدخل الطريق فى بيع الدار بدون ذكره، أو ذكر الحقوق. قلنا: شراء الدار قد يكون مقصوداً بدون الطريق، لأنه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراه، وأما المغلاق فلا يكون مقصوداً منفرداً من المفتاح، فيدخل بدون الذكر كما إذا استأجر داراً يدخل الطريق بدون الذكر. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "فلا بد منه إلخ" يعنى أن التسليم واجب على البائع، وهو لا يحصل إلا بالكيل، وما لا يتم الواجب إلا

به فهو واجب. (مل)

(١٣) أى أجرة الكيال على البائم.

(١٤) لا مجازفة.

(١٥) أى على البائم.

(١٦) أى فى المتن.

(١٧) أى نقد الثمن.

يكون بعد التسليم^(١)، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن^(٢)، والبائع هو المحتاج إليه، ليميز^(٣) ما تعلق به حقه من غيره^(٤)، أو ليعرف المعيب ليرده، وفي رواية ابن سماعة^(٥) عنه: على المشتري^(٦)؛ لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن، فيكون عليه.

قال^(٧): وأجرة وزن الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم^(٨) الثمن، وبالوزن يتحقق التسليم.

قال^(٩): ومن باع سلعة^(١٠) بثمن^(١١) قيل^(١٢) للمشتري: ادفع الثمن أولاً؛ لأن حق المشتري تعيين في المبيع، فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه^(١٣) لا يتعين بالتعيين تحقيقاً^(١٤) للمساواة.

قال^(١٥): ومن باع سلعة^(١٦) بسلعة، أو ثمنًا^(١٧) بثمن قيل لهما: سلما معاً؛ لاستواءهما^(١٨) في التعيين وعدمه، فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع.

(١) إلى البائع.

(٢) وبالوزن يحصل التسليم. (٤)

(٣) أى، الجيد.

(٤) أى الردىء.

(٥) وبه كان يفتى الصدر الشهيد. (ك)

(٦) أى أجرة النقد على المشتري.

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) إلى البائع.

(٩) أى القدورى. (عيني)

(١٠) بالكسر متاع، وأسباب. (مب)

(١١) أى بالدرهم والدنانير.

(١٢) أى عند النزاع بينهما.

(١٣) قوله: "لما أنه لا يتعين إلخ" لأن الدرهم والدنانير لا تتعين في العقود قبل القبض، وتتعين بعده. (مل)

(١٤) قوله: "تحقيقاً للمساواة [تعليلاً بعد تعليل لقوله: ليتعين إلخ]" أى: فى تعيين حق كل واحد منهما، وفى المالية

أيضاً، لأن الدين أنقص من العين، ولو كان المبيع غائباً عن حاضرهما فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن، حتى يحضر

المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن، كذا فى "المغنى". (ك)

(١٥) أى القدورى. (سقاية)

(١٦) كفرس بفرس.

(١٧) كذهب بفضة.

(١٨) قوله: "لاستواءهما فى التعيين إلخ" فالأول كالأول كالأول، والثانى غير متعين. (زيلعى)

باب خيار الشرط

قال: خيار^(١) الشرط جائز في البيع^(٢) للبائع والمشتري، ولهما^(٣) الخيار ثلاثة^(٤) أيام^(٥)، فما دونها، والأصل^(٦) فيه ما روى^(٧) أن حبان^(٨) ابن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن^(٩) في البياعات^(١٠)، فقال له النبي عليه السلام: «إذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»*.

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي، وقال^(١١): يجوز إذا سمي^(١٢) مدة معلومة؛ لحديث ابن عمر^(١٣) أنه أجاز الخيار إلى شهرين، ولأن

(١) قوله: "خيار الشرط [هذا لفظ القدوري. سقاية] إلخ" هذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلى سببه، أي

خيار يثبت بالشرط، إذ لو لاه لما ثبت الخيار، بخلاف خيار العيب والرؤية، فإنهما يثبتان من غير شرط. (مل)

(٢) قوله: "جائز في البيع إلخ" البيع تارة يكون لازماً، وأخرى غير لازم، واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود

شرايطه، وغير اللازم ما فيه الخيار، ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً قدمه على غيره.

ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات، لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية، لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار

العيب، لأنه يمنع لزوم الحكم، وإنما كان عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع، لكونه في

معنى القمار، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن بد من العمل به، فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الإمكان،

لأن دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس. (عناية)

(٣) قوله: "ولهما" يحتمل أن يكون معطوفاً على ما تقدم، ومعناه: خيار الشرط جائز في البيع للبائع منفرداً،

وللمشتري منفرداً، ولهما معاً، ويحتمل أن يكون ابتداء الكلام لبيان مدة الخيار. (مل)

(٤) قوله: "ثلاثة أيام" بالرفع على الخبرية، إذا كان لهما معطوفاً على ما تقدم، وبالنصب على الظرفية، أي في

ثلاثة أيام. (مل)

(٥) إنما ذكره لئلا يتوهم أنه لا يجوز إلا المنصوص عليه.

(٦) دليل.

(٧) قوله: "ما روى إلخ" هذا الحديث رواه الحاكم في "المستدرک" عن نافع عن ابن عمر. (عيني)

(٨) قوله: "أن حبان" كذا روى الحاكم، وروى البخاري في تاريخه عن محمد بن يحيى بن حبان قال: كان

جدى منقذ بن عمرو أصابته أمة في رأسه، فكسرت لسانه، ونازعت عقله، فلا يزال يغبن، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ

الحديث، ومن ههنا اختلفوا أن هذه القضية لمنقذ بن عمرو، ورجح النووي أنها لحبان ابن منقذ. (سقاية)

(٩) قوله: "كان يغبن في البياعات" لما مومة أصابت رأسه، وغبنه في البيع، أي خدعه، والغبن ضعف الرأي،

يقال: رجل يغبن الرأي. والخلافة: الخداع، ومعنى قوله لا خلافة: أي العدول عن البيع البات إلى الخيار، ليس منى غرور

وخداع لك، بل المقصود التروى، ويحتمل أنه لا خلافة من جهة البائع لي، يعنى إثبات الخيار لي حتى أتروى وأدفع الغبن

عن نفسي إن كان في هذا البيع. (عناية)

(١٠) قوله: في البياعات [بحذف المضاف أي في بيع البياعات -بياعه بالكسر متاع، وكالآي فروختي بياعات

جمع. (مب-)] الظاهر أنه جمع بياع، مصدر بايعت، وجعله جمع بيع مما لا حاجة إليه. (ملا عبد السلام أعظمي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٦ ص ١٤٨. (نعيم)

(١١) أي أبو يوسف ومحمد.

(١٢) قوله: "إذا سمي مدة معلومة" سواء كان شهراً، أو سنة، أو أكثر، ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع. (عيني)

الخيار^(١) إنما شرع للحاجة إلى التروى^(٢) ليندفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر، فصار^(٣) كالتأجيل في الثمن. ولأبى حنيفة: أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد^(٤)، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص، فيقتصر^(٥) على المدة المذكورة فيه، وانتفت الزيادة^(٦)، إلا^(٧) أنه إذا أجاز^(٨) في الثلث جاز عند أبى حنيفة خلافًا لزفر، وهو يقول: إنه^(٩) انعقد فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا^(١٠). وله: أنه^(١١) أسقط^(١٢) المفسد قبل تقررهِ، فيعود جائزًا كما^(١٣) إذا باع بالرقم^(١٤).

(١٣) قوله: "حديث ابن عمر إلخ" والجواب: أن حديث حبان مشهور، فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر، وقد قال الزيلعي: إن هذا الحديث غريب جد، وفي "الكفاية": إن في حديث ابن عمر أنه أجاز الخيار، وليس فيه بيان خيار الشرط، ولعل المراد به خيار الرؤية، أو خيار العيب، وأنه أجاز خيار الرؤية بعد شهرين. (مل)

(١) قوله: "لأن الخيار إلخ" والجواب: أن كثير المدة ليس كالتقليل، فإن في الكثير معنى الغرور زائد، والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح؛ لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، وهي إنما تكون بالكسب، وهو لا يحصل في كل مدة، فقد يحتاج إلى مدة طويلة، كذا في "العناية". (مل)

(٢) تروى في الأمر: انديشيد در أمر. (مب)

(٣) قوله: "فصار كالتأجيل في الثمن" فإن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها وإن كان يخالف مقتضى العقد؛ لأجل الحاجة، فكذا ههنا. (عيني)

(٤) وكلاما هو كذلك فهو مفسد. (٤)

(٥) قوله: "فيقتصر على المدة إلخ" فإن قيل: كيف جاز للبائع، والمذكور في النص هو المشتري، فكما عديتم فيمن له الخيار فلنعتديه في مدته. فالجواب: أن البائع في معنى المشتري في المعنى المناط، فيلحق به دلالة، وكثير المدة ليس كتقليلها، لأن معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة، فيزداد الغرور وهو مفسد. (٤)

(٦) على ثلاثة أيام.

(٧) قوله: "إلا أنه إذا جاز إلخ" استثناء من قوله: ولا يجوز أكثر منها، أي لو ذكر الأكثر منها، وأجاز من له

الخيار في الثلث جاز، (عيني)

(٨) أي البيع.

(٩) أي هذا العقد.

(١٠) قوله: "فلا ينقلب جائزًا" لأن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط

الدرهم الزائد. (٤)

(١١) أي من له الخيار.

(١٢) قوله: "أسقط المفسد" وهو شرط اليوم الرابع قبل تقررهِ، أي لزومه وثبوته بمضى ثلاثة أيام، كما لو باع جزعًا

في السقف، ثم نزعهُ وسلمه. (مل)

(١٣) قوله: "كما إذا باع بالرقم إلخ" الرقم في الأصل الكتابة والحتم، والتاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها

كذا، والمراد من البيع بالرقم هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة يعلم بها الدلال، أو غيره بأن ثمن الثوب كذا درهما، ولا يعلم المشتري ذلك القدر، فيقول صاحب الثوب، أو الدلال، أو غيره: بعثك هذا الثوب برقمه، فقال المشتري: قبلت من غير

أن يعلم مقداره، يعقد البيع فاسدًا، ثم لو علم المشتري قدر ذلك الرقم في المجلس، وقبله ينقلب البيع جائزًا بالاتفاق. (ك)

(١٤) الرقم الكتابة، ورقم الثوب: كتابته، وهو في الأصل مصدر، يقال: رقت الثوب. (ص)

وأعلمه في المجلس ، ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلك ^(١) لم يتصل المفسد بالعقد ^(٢) ، ولهذا ^(٣) قيل : إن العقد يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع ، وقيل : ينعقد فاسداً ، ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا ^(٤) على الوجه الأول ^(٥) . ولو اشترى على أنه إن لم ينقد ^(٦) الثمن ^(٧) إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما

جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد ^(٨) في الثلاث جاز ^(٩) في قولهم جميعاً .

والأصل ^(١٠) فيه : أن هذا ^(١١) في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً ^(١٢) عن الماطلة ^(١٣) في الفسخ ، فيكون ^(١٤) ملحقاً به ، وقد مر ^(١٥) أبو حنيفة على أصله ^(١٦) في الملحق ^(١٧) به ، ونفى الزيادة ^(١٨) على

(١) فصار كان الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع. (زيلعى)

(٢) أى اتصال اليوم الرابع.

(٣) قوله: "ولهذا قيل إلخ" [أى للدليل الأخير] اعلم أن مشايخنا اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً، ثم ينعقد صحيحاً بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع. وذهب أهل خراسان، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى إلى أنه موقوف، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد، وإلا فلا. فقول المصنف: أنه أسقط المفسد قبل تفرره تعليل على الرواية الأولى، وذكر النظر لهذا بقوله: كما إذا باع إلخ. وقوله: لأن الفساد إلخ تعليل على الرواية الثانية. (عينى)

(٤) أى هذا القول الأخير.

(٥) وهو قوله: وله أنه أسقط إلخ. (ك)

(٦) نقد بالفتح آماده كردن، ودادن، وسره كردن درم ودينار. (م)

(٧) ويسمى هذا خيار النقد.

(٨) أى المشتري الثمن.

(٩) لزوال المفسد.

(١٠) قوله: "والأصل فيه" أى في الشراء بشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما: أن هذا أى الشراء بهذا الشرط في معنى شرط الخيار؛ لأن معنى الخيار نقد الثمن على تقدير إجازة البيع وعدم نقده على تقدير فسخ البيع، فكذا ههنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيع. (عينى)

(١١) من حيث الحاجة.

(١٢) قوله: "تحرزاً عن [تعليل لقوله: مست] إلخ" يعنى أن الحاجة وإن كانت تندفع بالشراء بشرط الخيار لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ، إلا أنه ليس لمن له الخيار أن يفسخ لغير حضرة صاحبه على ما سيجىء، فيحصل الماطلة، أى المدافعة في الفسخ، فمن هذا الوجه مست الحاجة إلى خيار النقد، كذا قال العينى. (مل)

(١٣) درنگ ومطل كردن در حق كسى - دفع الوقت كردن - (م). (من)

(١٤) خيار النقد.

(١٥) أى ذهب.

(١٦) أى على أصله المذكور فى إلخ.

الثلاث، وكذا محمد^(١) في تجويز الزيادة، وأبو يوسف^(٢) أخذ في الأصل بالأثر، وفي هذا بالقياس. وفي هذه المسألة^(٣) قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه^(٤) بيع شرط فيه إقالة^(٥) فاسدة، لتعلقها بالشرط^(٦)، واشتراط^(٧) الصحيح منها^(٨) فيه^(٩) مفسد للعقد، فاشتراط الفاسد أولى^(١٠)، ووجه^(١١) الاستحسان ما بينا. قال^(١٢): وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه؛ لأن^(١٣) تمام هذا السبب^(١٤) بالمرضاة، ولا تتم مع الخيار، ولهذا^(١٥) ينفذ عتقه، ولا يملك^(١٦) المشتري التصرف فيه وإن^(١٧) قبضه بإذن البائع. فلو قبضه المشتري، وهلك في يده في مدة الخيار^(١٨) ضمنه

(١٧) أى خيار الشرط.

(١٨) فى الملحق.

(١) مر على أصله فى الملحق والملحق به.

(٢) قوله: "وأبو يوسف أخذ فى الأصل" أى فى شرط الخيار بالأثر، وهو ما روى أن ابن عمر رضى الله عنه أجاز الخيار إلى شهرين، وفى هذا أى فى الزائد على ثلاثة أيام فى خيار النقد بالقياس، لأن القياس فى شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة، وإنما تركاه بأثر ابن عمر، ولا أثر ههنا، فبقى على أصل القياس. (ك)

(٣) أى لو اشترى إلخ.

(٤) أى أن هذا العقد

(٥) أعنى قوله: فلا بيع، هو فسخ العقد بالتراضى.

(٦) هو عدم النقد.

(٧) قوله: "واشتراط الصحيح منها" بأن يقول: بعتك هذا العين على أن تقيله لم يصح، لأنه على خلاف مقتضى

العقد، وهذه إقالة مفسدة، وصحيحة لأنها غير معلقة. (مل)

(٨) إقالة.

(٩) أى فى البيع.

(١٠) أى فى إفساد العقد.

(١١) قوله: "ووجه الاستحسان إلخ" يعنى أن هذا البيع لا يجوز إلى ثلاثة أيام أيضاً قياساً، كما قال زفر، ولكننا

جوزناه استحساناً، ووجهه ما بينا، وهو أن هذا فى معنى شرط الخيار إلخ. (عينى)

(١٢) هذا قول القدورى. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن تمام هذا السبب بالمرضاة" لما عرفت من قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ

تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾، ولا يتم الرضا مع الخيار؛ لأنه يفيد عدم الرضا بزوال ملكه، فلم يتم السبب فى حق البائع،

فإنه لا يعمل إلا مع وجود الشرط وهو الرضا، فلا يوجب حكمه فى حقه، فلا يخرج المبيع عن ملكه. (ف)

(١٤) أى العلة يعنى البيع.

(١٥) أى لأجل كونه على ملك صاحبه.

(١٦) ويملك البائع. (زيلعى)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) ولو هلك بعدها فيلزمه التمن لا القيمة لبطان الخيار. (ع)

بالقيمة^(١)؛ لأن البيع يفسخ بالهلاك^(٢)، لأنه^(٣) كان مه قه نأ^(٤)، ولا نه ا^(٥)، ولون المحل، فبقى^(٦) مقبوضاً في يده على سوم الشراء^(٧)، وفيه القيمة^(٨)، ولو هلك^(٩) في يد البائع انفسخ البيع، ولا شيء على المشتري اعتباراً^(١٠) بالصحيح المطلق.

قال^(١١): وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع؛ لأن البيع في جانب^(١٢) الآخر لازم^(١٣)، وهذا^(١٤) لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار؛ لأنه شرع نظراً^(١٥) له دون الآخر.

قال^(١٦): إلا أن المشتري لا يملكه^(١٧) عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه؛ لأنه لما خرج عن ملك البائع، فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً^(١٨) لا إلى مالك، ولا

(١) قوله: "ضمنه بالقيمة" وقال ابن أبي ليلى: لا شيء عليه؛ لأنه أمين فيه حيث قبضه بإذن صاحبه، وأنا نقول: البائع ما رضى بقبضه إلا بجهة العقد، والمقبوض بجهة العقد يكون مضموناً بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أى هلاك المبيع.

(٣) بيع.

(٤) لوجود الخيار.

(٥) قوله: "ولا نفاذ إلخ" يعنى أن العقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه، فلا يلحقها الإجازة. (عناية)

(٦) المبيع.

(٧) قوله: "سوم الشراء" سمت بالسلمعة: بها كردم متاع را. (من)

(٨) قوله: "وفيه القيمة" أى فى المقبوض على سوم الشراء القيمة إذا لم يكن مثلياً، فإن كان مثلياً فعليه المثل، ثم إن المقبوض على سوم الشراء، إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى حتى إذا قال: اذهب بهذا الثوب، فإن رضيته اشترته، فذهب به فهلك لا يضمن. ولو قال: إن رضيته اشترته بعشرة، فذهب به فهلك ضمن قيمته، وعليه الفتوى. (ك)

(٩) المبيع.

(١٠) قوله: "اعتباراً إلخ" أى فى البيع الصحيح المطلق عن الخيار إذا هلك المبيع فى يد البائع يفسخ البيع. فإن قيل: فائدة قيده بالصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك؛ قلنا: إجراء التصرفات للمسلمين على ما هو الأليق بحالهم من التصرفات الصحيحة دون الفاسدة. (ك)

(١١) أى القدورى (عيني)

(١٢) البائع.

(١٣) قوله: "لازم" أى ثابت لتمام الرضا منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ (عيني)

(١٤) أى عدم منع خيار المشتري لخروج المبيع عن ملك البائع.

(١٥) قوله: "نظراً له [رحمة] إلخ" يعنى أن الخيار مانع للحكم فى جانب من له الخيار، لا فى جانب من ليس له

الخيار. (ب)

(١٦) أى القدورى. (عيني)

(١٧) المبيع.

(١٨) أى زائلاً لا ينتسب إلى إلخ.

عهد لنا^(١) به في الشرع^(٢). ولأبي حنيفة: أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه^(٣)، فلو قلنا: بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتماع البدلان^(٤) في ملك رجل واحد حكماً^(٥) للمعاوضة، ولا أصل^(٦) له في الشرع، لأن المعاوضة يقتضى المساواة^(٧).

ولأن^(٨) الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى^(٩)، فيقف على المصلحة، ولو ثبت^(١٠) الملك ربما يعتق^(١١) عليه^(١٢) من غير اختياره^(١٣) بأن كان^(١٤) قريبه، فيفوت النظر. قال^(١٥): فإن هلك^(١٦) في يده هلك بالثمن، وكذا إذا دخله عيب، بخلاف^(١٧)

(١) قوله: "ولا عهد [أى لا علم] لنا إلخ" ونوقض بما إذا اشترى متولى الكعبة عبد الخدمة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري. وأجيب بأن كلامنا في التجارة، وما ذكرتم ليس منها، بل هو ملحق بتوابع الأوقاف. (٤)

(٢) أى غير معهود في شريعتنا أن يكون الشيء مملوكاً ولا مالك له. (ك)

(٣) المشتري.

(٤) أى الثمن والمبيع.

(٥) قوله: "حكماً للمعاوضة" احتراز به عن الضمان في غضب المدبر، فإن المدبر المغضوب إذا أبق من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب، ولا يخرج المدبر عن ملك المولى، فقد اجتمع البدلان، وهو المدبر وبدله، وهو الضمان في ملك المولى. قلنا: ذاك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة، وكلامنا في الذى يقبل الانتقال بحكم المعاوضة. (ك)

(٦) قوله: "ولا أصل له إلخ" أما الجواب عن قولهما: ولا عهد لنا إلخ فهو أنه يبطل ذلك بالتركة المستغرقة بالدين، لأن التركة تزول عن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة، كذا قال العيني، وهكذا ذكر الإمام التمر تاشى.

وقال في الكفاية: لكن في قوله: يزول عن ملك الميت منع إذ التركة مبقاة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها، فلا يزول ملكه. (مل)

(٧) وهو أن يدخل المبيع في ملك المشتري والثمن في ملك البائع.

(٨) دليل ثان للإمام.

(٩) تروى في الأمر: أنديشيد در كار. (من)

(١٠) أى للمشتري.

(١١) المبيع.

(١٢) المشتري.

(١٣) فإن من ملك ذا رحم محرم عتق عليه.

(١٤) المبيع.

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) قوله: "فإن هلك" أى المبيع في مدة الخيار في يده أى المشتري، والخيار له، هلك بالثمن، أى لزم العقد ويجب الثمن. وكذا أى هلك بالثمن إذا دخله في المدة عيب في يده، والمراد العيب الذى لا يرتفع، كما إذا قطعت يده، وإن كان يرتفع كالمرض، فعلى خياره، فإن لم يرتفع في مدة الخيار لزم العقد فيه، كذا قال الزيلعى. (س)

(١٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" يعنى إذا كان الخيار للبائع، وهلك المبيع في يد المشتري في مدة الخيار، ويجب القيمة. ووجه الفرق بين ما إذا كان الخيار للمشتري، وهلك في يده، فيجب الثمن، وبين ما إذا كان الخيار للبائع، وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة: أنه إلخ. (عيني)

ما إذا كان الخيار للبائع .

ووجه الفرق أنه إذا دخله ^(١) عيب يمتنع الرد، والهلاك لا يعرى ^(٢) عن مقدمة عيب، فيهلك ^(٣)، والعقد ^(٤) قد انبرم ^(٥)، فيلزمه الثمن، بخلاف ما تقدم، لأن بدخول العيب لا يمتنع ^(٦) الرد حكماً لخيار البائع، فيهلك، والعقد ^(٧) موقوف ^(٨).

قال ^(٩): ومن ^(١٠) اشترى امرأته ^(١١) على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح؛ لأنه لم يملكها لما له من ^(١٢) الخيار، وإن وطأها ^(١٣)، له ^(١٤) أن يردها؛ لأن الوطئ بحكم النكاح ^(١٥)، إلا ^(١٦) إذا كانت بكرًا؛ لأن الوطئ ينقصها ^(١٧)، وهذا ^(١٨) عند أبي حنيفة. وقالوا: يفسد النكاح؛ لأنه ملكها، وإن وطأها لم يردها، لأن وطئها بملك

(١) قوله "أنه إذا دخله إلخ" أي إذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري، فدخله عيب يمتنع الرد، ويبطل الخيار لما ذكره - تعذر عليه الرد كما قبض سليماً من العيب، وكذلك في الهلاك، لأنه لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن رده كما قبضه، فتم البيع وهو قائم، فلزم الثمن المسمى.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لأنه وإن أشرف على الهلاك، فخيار البائع لم يسقط، لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار؛ لأنه لو رضى به يتمكن من الاسترداد، فإنه إذا هلك هلك على ملكه، فينفسخ العقد ضرورة، إذ لو لم يبيع فيه للزم بعد موته، وذا لا يجوز لعدم المحل، فكان مضموناً بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. (ك)

(٢) أي لا يخلو عن تقدم عيب، ومرض.

(٣) المبيع.

(٤) الواو للحال.

(٥) لزم وتم، الانبرام: تمام شدن ببيع. (تاج)

(٦) على المشتري.

(٧) الواو حالية.

(٨) فيلزم القيمة.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره وهو: أن الخيار إذا كان للمشتري

يخرج المبيع عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة، وعندهما يدخل. (عيني)

(١١) قوله: "امرأته [أي منكوحة التي كانت أمة رجل]" قيد بشراء امرأته؛ لأن المشتراة إذا لم تكن امرأته لا

تفصيل فيه بين كونها بكرًا أو ثيبًا في أنه يكون مختاراً للبيوع بالوطئ بالإجماع سواء نقصها الوطئ أو لم ينقصها. (ك)

(١٢) بيان ما

(١٣) قوله: وإن وطأها أي وطأها وهي ثيب، ولم ينقصها الوطئ، أما إذا نقصها فليس له الرد، وإن كانت ثيبًا. (ك)

(١٤) أي جاز له.

(١٥) لا يملك اليمين حتى تكون الوطئ بإجازة، ويسقط الخيار.

(١٦) استثناء من قوله: له أن يردها.

(١٧) وليس له الرد بعد ما تعيب عنده.

(١٨) أي المذكور إلى ههنا.

اليمين^(١)، فيمتنع الرد وإن^(٢) كانت ثيباً. ولهذه المسألة أخوات^(٣) كلها تبتنى على وقوع الملك^(٤) للمشتري بشرط الخيار وعدمه^(٥).

منها: عتق^(٦) المشتري على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار.

ومنها: عتقه^(٧) إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبداً^(٨) فهو حر، بخلاف^(٩) ما إذا قال: إن اشتريت^(١٠)، لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء، فيسقط الخيار^(١١).

ومنها: أن حيض المشتراة^(١٢) في المدة^(١٣) لا يجتزئ^(١٤) به في الاستبراء عنده، وعندهما يجتزئ^(١٥)، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب^(١٦) عليه^(١٧) الاستبراء عنده، وعندهما يجب^(١٨) إذا ردت بعد القبض^(١٩).

(١) فيكون إجازة.

(٢) وصفية.

(٣) أى نظائر في كونها متفرعة على الأصل المتقدم. (٤)

(٤) عندهما.

(٥) عنده.

(٦) لا يعتق عليه عنده لعدم الملك خلافاً لهما.

(٧) أى لا يعتق عنده لعدم الملك خلافاً لهما.

(٨) هذا هو الحلف.

(٩) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" حيث يعتق عندهم جميعاً، لأنه كالمنشئ للعتق؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل

عند وجود الشرط، ولو أنشأ العتق بعد شراءه بالخيار عتق ويسقط الخيار، كذا هذا.

فإن قيل: لو كان كالمنشئ للعق لوقع عتق المحلوف بعنتقه بالشراء عن الكفارة إذا اشتراه نائياً عن الكفارة؟

قلنا: إنما جعلناه كالمنشئ تصحيحاً للجزاء، أعنى قوله: فهو حر، وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء

جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة؛ لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، هذا ما فى "الكفاية". (مل)

(١٠) عبداً فهو حر.

(١١) ويعتق إجماعاً.

(١٢) بالخيار.

(١٣) أى فى مدة الخيار.

(١٤) قوله: "لا يجتزئ [لاجزاء] بس كردن. م] به [أى لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء لعدم الملك] إلخ"

وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى، والاستبراء طلب براءة الرحم عن قرار نطفة الغير.

(١٥) لثبوت الملك.

(١٦) قبوله: "لا يجب إلخ" لأن الاستبراء يجب بالانتقال من ملك إلى ملك، ولم يوجد، فإنها لم تدخل فى

ملك غيره، وهذا سواء كان الرد قبل القبض، أو بعده، كذا فى "الكفاية". (مل)

(١٧) البائم.

(١٨) الاستبراء.

(١٩) قوله: "بعد القبض" فأما قبل القبض فيجب الاستبراء قياساً، ولا يجب استحساناً؛ لأن الملك وإن ثبت لكنه لم يتقرر. (ك)

ومنها إذا ولدت^(١) المشتراة^(٢) في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما .
ومنها: إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عند البائع، فهلك في يده^(٣) في المدة^(٤) هلك^(٥) من مال البائع لارتفاع^(٦) القبض^(٧) بالرد^(٨) لعدم الملك عنده، وعندهما من مال المشتري لصحة^(٩) الإيداع باعتبار قيام الملك^(١٠) .
ومنها: لو كان المشتري^(١١) عبداً مأذوناً له، فأبرأه^(١٢) البائع عن الثمن في المدة بقى خياره عنده؛ لأن الرد^(١٣) امتناع^(١٤) عن التملك، والمأذون له^(١٥) يليه، وعندهما بطل خياره؛ لأنه لم يملكه^(١٦) كان الرد منه تملكاً^(١٧) بغير عوض، وهو ليس^(١٨) من أهله .
ومنها: إذا اشترى ذمي من ذمي خمرأ على أنه بالخيار، ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها، فلا يملك ردها^(١٩) وهو^(٢٠) مسلم، وعنده يبطل البيع؛ لأنه لم

(١) قوله: "إذا ولدت إلخ" يعني أنه اشترى الأمة التي كانت منكوحة له، وولدت منه في مدت الخيار بالنكاح في يد البائع قبل قبض المشتري لا تصير أم ولد له، لعدم الملك، وأما إذا قبضها المشتري، وولدت عنده في المدة يثبت الملك له، ويسقط الخيار، وتصير أم ولد بالاتفاق؛ لأنها تعيبت بالولادة، فلا يمكن ردها بعد العيب، كذا في "العناية". (ملن)

(٢) بالخيار .

(٣) أى في يد البائع .

(٤) أو بعدها .

(٥) ويبطل البيع . (ك)

(٦) قوله: "لارتفاع القبض إلخ" أى لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض، وأنه من مال البائع . (عيني)

(٧) أى قبض المشتري المبيع .

(٨) إلى البائع .

(٩) قوله: "لصحة الإيداع" فصار هلاكه في يد المودع، كهلاكه في يده، لأن يد المودع كيده . (عيني)

(١٠) للمشتري .

(١١) بالخيار .

(١٢) قوله: "فأبرأه إلخ" فإن قيل: إذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالإجماع، فلا يملكه البائع ضرورة، فكيف يصح إبراءه . قلنا: في القياس أن لا يصح إبراءه، لأنه لا يملك الثمن، وفي الاستحسان يصح إبراءه، لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد . (ك)

(١٣) أى من المأذون .

(١٤) لنفسه .

(١٥) أى له ولاية الامتناع عن التملك . (ك)

(١٦) المبيع .

(١٧) للبائع .

(١٨) قوله: "ليس من أهله" لأن التملك بغير عوض تبرع، والمأذون له ليس مجازاً بالتبرع .

(١٩) لأن الإسلام يمنع تملك الخمر .

يملكها^(١)، فلا يتملكها^(٢) بإسقاط الخيار وهو^(٣) مسلم.

قال^(٤): ومن^(٥) شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز^(٦)،

فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرًا^(٧)

عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز، وهو قول الشافعي، والشرط هو

العلم^(٨)، وإنما كنى^(٩) بالحضرة عنه. له^(١٠): أنه مسلط على الفسخ من جهة

صاحبه^(١١)، فلا يتوقف^(١٢) على علمه كالأجازة^(١٣)، ولهذا^(١٤) لا يشترط رضاه،

وصار^(١٥) كالوكيل^(١٦) بالبيع. ولهما: أنه^(١٧) تصرف في حق^(١٨) الغير، وهو العقد

بالرفع^(١٩)، ولا يعرى^(٢٠) عن المضرة، لأنه^(٢١) عساه^(٢٢) يعتمد تمام البيع السابق،

(٢٠) الواو حالية.

(١) حال الذمية.

(٢) لأن الإسلام يمنع عن تملك الخمر.

(٣) الواو حالية.

(٤) أى القدورى.

(٥) قوله: "من شرط إلخ" هذا بعمومه يتناول البائم، والمشتري، والأجنبي؛ لأن شرط الخيار يصح منهم جميعاً. (٤)

(٦) البيع.

(٧) عالمًا.

(٨) أى علم الفسخ.

(٩) قوله: "وإنما كنى بالحضرة عنه [أى عبر]" يعنى ذكر السبب وأراد المسبب؛ لأن الحضور سبب العلم. (عيني)

(١٠) أى من شرط له الخيار.

(١١) لأن كل من هو كذلك لا يتوقف فعلاً على علم صاحبه. (٤)

(١٢) بالنسخ.

(١٣) لا يتوقف على علمه.

(١٤) قوله: "ولهذا" أى لأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه.

(١٥) أى من له الخيار.

(١٦) قوله: "كالوكيل بالبيع" فإن الوكيل له أن يتصرف فيما وكل به وإن كان الموكل غائباً لما أنه مسلط من جهة

الموكل، فكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه. (ك)

(١٧) فسخ.

(١٨) هو من لا خيار له.

(١٩) أى برفع العقد.

(٢٠) قوله: "ولا يعرى عن المضرة [الفسخ]" فإن قيل: لو لم يتفرد بالفسخ يلزم الضرر أيضاً، وهو أن يخفى الذى

ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يمضى مدة الخيار، فلزمه العقد شاء أو أبى، فيتضرر من له الخيار إذا أبى لزوم البيع.

قلنا: إنما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره فى أخذ الكفيل من صاحبه، فكان ضرراً مرضياً، بخلاف ما نحن فيه. (ك)

فيتصرف فيه^(١)، فيلزمه^(٢) غرامة القيمة بالهلاك^(٣) فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب^(٤) لسعته مشترياً^(٥) فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر، فيتوقف^(٦) على علمه، وصار كعزل الوكيل^(٧)، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزام^(٨) فيه. ولا نقول^(٩): إنه^(١٠) مسلط^(١١)، وكيف يقال: ذلك؟ وصاحبه^(١٢) لا يملك الفسخ^(١٣)، ولا تسليط^(١٤) في غير ما يملكه المسلط، ولو كان^(١٥) فسخ في حال غيبة صاحبه، وبلغه^(١٦) في المدة^(١٧) تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه^(١٨) بعد مضي المدة تم العقد بمضى المدة قبل الفسخ. قال^(١٩): وإذا مات^(٢٠) من له الخيار^(٢١) بطل خياره،

(٢١) أى الذى ليس له الخيار.

(٢٢) أى قرب له.

(١) أى فى المبيع.

(٢) قوله: "فيلزمه القيمة" وقد تكون القيمة أكثر من الثمن، وهو ضرر. (مل)

(٣) أى بهلاك المبيع.

(٤) البائع.

(٥) وقد تكون المدة أيام رواج المبيع. (ع)

(٦) الفسخ.

(٧) قوله: "صار كعزل الوكيل" فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلًا بالشراء، وبطلان قوله: فيما إذا كان وكيلًا بالمبيع. (عنى)

(٨) قوله: "لأنه لا إلزام فيه [أى لا إلزام ضرر]" كأنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئاً، لأن العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار. (ك)

(٩) جواب دليل أبي يوسف.

(١٠) من له الخيار.

(١١) أى على الفسخ.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) للزوم العقد من جانبه.

(١٤) قوله: "ولا تسليط إلخ" فهو إنما يتمكن من الفسخ، لأن العقد غير لازم فى حقه، وبفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه، ولكن لا يتمكن بلا علمه، وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل؛ لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل، فتسليطه إياه على التصرف فوق علمه به. (ك)

(١٥) قوله: "ولو كان فسخ إلخ" يشير إلى أن الشرط هو العلم دون الحضور، وليس المراد بقوله: كنى الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة، لكن المراد به ما استتر المراد به. (ع)

(١٦) أى خبر الفسخ.

(١٧) مدة الخيار.

(١٨) الخبر.

(١٩) أى القدورى. (عنى)

ولم ينتقل إلى ورثته، وقال الشافعي: يورث^(١) عنه^(٢)، لأنه^(٣) حق لازم ثابت في البيع، فيجبري فيه الإرث كخيار العيب^(٤) والتعيين^(٥).
ولنا: أن الخيار ليس^(٦) إلا مشية وإرادة، ولا يتصور^(٧) انتقاله، والإرث^(٨) فيما يقبل الانتقال بخلاف^(٩) خيار العيب، لأن المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث^(١٠)، فأما نفس الخيار لا يورث، وخيار^(١١) التعيين يثبت للوارث ابتداء^(١٢) لا اختلاط ملكه بملك الغير^(١٣)، لا أن يورث الخيار.

قال^(١٤): ومن اشترى شيئاً، وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز^(١٥) جاز، وأيهما

(٢٠) قوله: "وإذا مات من له الخيار إلخ" هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما. وإذا مات من عليه الخيار فالخيار باق بالإجماع، ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع، وقال مالك: يفسخ العقد. (ك)

(٢١) أي خيار الشرط.

(١) إیراث: وارث گردانیدن. (من)

(٢) أي ينتقل عنه إلى الوارث.

(٣) قوله: "لأنه حق إلخ" إنما قال: حق، لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته وإسقاطه، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن

من إبطاله. (عيني)

(٤) قوله: "كخيار العيب" يعني إذا اشترى معيماً، ومات قبل أن يظلم على عيبه، فلورثة الخيار. (مل)

(٥) قوله: "والتعيين" صورته: رجل اشترى أحد عبيدين على أنه بالخيار، يأخذ أيهما شاء بألف، ويرد الآخر، ثم

مات المشتري بفوم وارثه مقام مورثه في اختيار أحدهما. (عيني)

(٦) قوله: "ليس إلا مشية إلخ" فإن معنى قولنا: فلان بالخيار في كذا أي المشية إليه إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولا يتصور انتقاله" لأنه عرض وصفة كسائر أوصافه من القدرة، والحياة، والعرض لا يقبل الانتقال

إلى الوارث، والإرث يكون فيما يقبل الانتقال إلى الوارث، وما لا يحتمل الانتقال لا يورث كملكه في منكوخته، وأم ولده، فإنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث. (مل)

(٨) قوله: "والإرث فيما يقبل إلخ" لا يقال: قال عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته»، والخيار

حق، فيكون لورثته، لأن المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله: فلورثته على ما مر، والخيار ليس كذلك.

قيل: المالكية صفة تنتقل من المورث إليه في الأعيان، فهلا يكون الخيار كذلك، وأجيب بأن المنتقل هو العين، ونقل

المالكية ضمنى، قيل: فليكن خيار الشرط كذلك، بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث. ثم الخيار مبيعة ضمناً

وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم المبيع بل الأصل عدمه، وكم من بيع لا خيار فيه، بخلاف المملوك، فإنه يستلزم

مالكية المالك. (٤)

(٩) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٠) لأنه قائم مقامه، فكان الانتقال ههنا في الأعيان.

(١١) جواب عما قاس عليه الشافعي.

(١٢) قوله: "ابتداء" يعني أنه بطل ذلك الخيار الأول تجدد للوارث خيار آخر حكماً، ألا ترى أن المورث كان له

خيار الفسخ، وكان خياره موقتا، والوارث ليس له الفسخ، وليس خياره بموته، كذا في "العناية". (مل)

(١٣) وقد اسقط الغير حقه في التعيين. (أعظمي)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

نقض انتقض ، وأصل هذا : أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر ؛ لأن الخيار من مواجب^(١) العقد^(٢) وأحكامه ، فلا يجوز^(٣) اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن^(٤) على غير المشتري . ولنا^(٥) : أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد ، فيقدر^(٦) الخيار له اقتضاء^(٧) ، ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه ، وعند ذلك^(٨) يكون لكل واحد منهما الخيار ، فأيهما أجاز جاز ، وأيهما نقض انتقض ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق^(٩) ، لوجوده^(١٠) في زمان لا يزاحمه ، فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد^(١١) في رواية^(١١) ، وتصرف الفاسخ^(١٣) في أخرى^(١٤) .

(١٥) البيع .

(١) جمع موجب ، بمعنى لازم گردانیده شده . (غث)

(٢) بمقتضى الشرط الممنوع شرعاً . (عناية)

(٣) لأنه خلاف مقتضى العقد . (عینی)

(٤) فإنه مفسد للعقد .

(٥) قوله : " ولنا أن الخيار إلخ " التفصيل أن الحاجة قد تدعو إلى اشتراط الخيار فيه للأجنبي لكون الأجنبي أعرف بالمبيع ، أو بالعقد ، فصار كالاختياج إلى نفس الخيار للعاقد ، فالخيار لغير العاقد إذا شرط فيما بالأصالة أو بالنيابة عن العاقد ، والأول باطل ، إذ لا وجه لثبوت الخيار لغير العاقد أصالة ، ثبت الثاني فيجعل كان العاقد شرط الخيار أولاً لنفسه ، وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف تصحيحاً له بقدر الإمكان . (مل)

(٦) قوله : " فيقدر [فيقدم] إلخ " فإن قلت : إن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ، ولا يخفى أن العاقد أعلى مرتبة ، فكيف يثبت الخيار اقتضاء . قلت : العبرة للمقاصد والغير هو المقصود بشرط الخيار ، فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار . فإن قلت : ينبغي أن يصح شرط الثمن على الأجنبي بطريق الكفالة ، بأن يجب الثمن أولاً على العاقد ، ثم على الأجنبي على سبيل الكفالة تصحيحاً لتصرفه . قلت : إن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الأصيل ، فإن الكفالة التزام المطالبة ، والمذكور هنا أن الثمن على الأجنبي . فإن قيل : فليكن بطريق الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين . قلت : إن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه ، فكيف يكون تابعاً لفرعه وهو المحتال عليه ، كذا في " العناية " و " الكفاية " . (مل)

(٧) قوله : " اقتضاء " كقوله : اعتق عبدك عنى ألف درهم ، فأعتق ، فإن الأمر يصير مشترياً منه أولاً ، موكلاً إياه بالعتق عندنا تصحيحاً للأمر . (ك)

(٨) أى عند ذلك التقدير .

(٩) قوله : " يعتبر السابق " وتصرف الآخر يلغو ، لأن السابق إن كان هو الفسخ في المفسوخ لا يلحقه الإجازة ، وإن كان إجازة فقد انبرم العقد ، وبعد الانبرام لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه . (زيلعى)

(١٠) السابق .

(١١) فسحاً كان أو إجازة .

(١٢) أى فى رواية كتاب بيوع " المبسوط " . (نهاية)

(١٣) عاقداً كان أو غيره .

وجه الأول: أن تصرف العاقد^(١) أقوى^(٢)، لأن النائب يستفد الولاية^(٣) منه.
وجه الثاني: أن الفسخ^(٤) أقوى، لأن المجاز يلحقه^(٥) الفسخ، والمفسوخ لا تلحقه^(٦) الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا^(٧) بحال^(٨) التصرف.
وقيل: الأول قول محمد، والثاني^(٩) قول أبي يوسف، واستخرج^(١٠) ذلك مما إذا باع^(١١) الوكيل من رجل والموكل من غيره معاً، فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل، وأبو يوسف يعتبرهما^(١٢). قال^(١٣): ومن باع عبدين بألف درهم على أنه^(١٤) بالخيار في

أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع. والمسألة على أربعة أوجه: أحدها: أن لا يفصل^(١٥) الثمن، ولا يعين الذي فيه الخيار، وهو الوجه الأول في^(١٦) الكتاب^(١٧)،

(١٤) وهي رواية ما دون "الميسوط". (نهاية)

(١) قوله: "أقوى" واستشكل بما إذا وكل رجلاً بطلاق امرأته للسنة، فطلقها الوكيل والموكل معاً، فإن الواقع طلاق أحدهما لا بعينه، وأجيب: بأن الترجيح يحتاج إليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والإجازة، وأما إذا اتحد، فالمطلوب حاصل بدونه، فلا حاجة إليه. (٤)

(٢) والأقوى يقدم على غيره.

(٣) التصرف.

(٤) قوله: "أن الفسخ أقوى" فإن قيل: الإجازة توجب الحرمة على البائع، فكان أولى قيل: الإجازة تأثيرها في

إثبات الحل، والفسخ تأثيره في إبقاء الحل، فكان الإبقاء أولى. (ك)

(٥) كما لو أجاز، والمبيع هلك عند البائع.

(٦) قوله: "لا تلحقه إلخ" فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة. (٤)

(٧) قوله: "رجحنا بحال التصرف" فأى تصرف من التصرفين يرجح على الآخر، فذاك، وفي "العناية": لا يقال:

الفسخ أو الإجازة من توابع الخيار، فكان القياس ترجح تصرف من له الخيار، لأن جهة تملك العاقد عارضه في ذلك. (مل)

(٨) أى القوة والضعف.

(٩) قيل: والثاني أصح. (عناية)

(١٠) قوله: "واستخرج" على صيغة المجهول، ذلك إشارة إلى الاختلاف الواقع بين أبي يوسف ومحمد، أراد به أن

المسئوب إليهما ليس بمنقول عنهما، وإنما هو مستخرج مما إلخ. (عيني)

(١١) قوله: "بما إذا باع إلخ" وجه الاستخراج منه أن يقال: الوكيل من الموكل هناك بمنزلة الأجنبي من العاقد، ههنا

في كون كل واحد منهما يستفد الولاية من غيره، فترجح تصرف العاقد عن محمد كترجح تصرف الموكل منه، وترك

ترجح تصرف المال من غيره، واعتبارهما من أبي يوسف يدل على أنه لا ينظر إلى أحوال المتصرفين لتساويهما فيه، فبقى

النظر في حال التصرف نفسه، والفسخ أقوى؛ لما ذكرنا. (٤)

(١٢) قوله: "يعتبرهما" أى يعتبر تصرف الموكل والوكيل، ويجعل العبد مشتركاً بين المشتريين بالنصف، ويخير

كل واحد من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع لتفرق الصفقة عليه. (نهاية)

(١٣) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) مشتري.

(١٥) قوله: "لا يفصل الثمن" هي المذكورة في "الجامع الصغير"، ويمكن أن يكون هو المراد بالكتاب في قوله:

وفساده لجهالة الثمن والمبيع، لأن الذى فيه الخيار كالخارج^(١) عن العقد، إذ العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم^(٢)، فبقى الداخلى فيه أحدهما، وهو غير معلوم^(٣).

والوجه الثانى: أن يفصل الثمن، ويعين الذى فيه الخيار، وهو المذكور ثانياً فى^(٤) الكتاب^(٥)، وإنما جاز لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم، وقبول^(٦) العقد فى الذى فيه الخيار وإن^(٧) كان شرطاً لانعقاده فى الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد^(٨)، لكونه محلاً للبيع^(٩) كما إذا^(١٠) جمع بين قن ومدبر^(١١)، والثالث: أن يفصل^(١٢) ولا يعين^(١٣). والرابع: أن يعين^(١٤) ولا يفصل، والعقد فاسد فى الوجهين،

وهو الوجه الأول فى الكتاب، والأظهر أنه يريد به البداية، لأن الهداية شرحها. (ف)

(١٦) أى المتن.

(١٧) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(١) لأنه يشبه الاستثناء.

(٢) أى الملك.

(٣) وثمنه أيضاً غير معلوم.

(٤) أى المتن.

(٥) أى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "وقبول إلخ" هذا جواب شبهة وهى: أن يقال: ينبغى أن يفسد العقد فى هذا أيضاً لوجود المفسد وهو قبول العقد فى الذى لم يدخل فى العقد، لأن العبد الذى فيه الخيار غير داخلى حكماً، كما إذا جمع بين حر وقن، فإنه لا يجوز العقد فى القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد فى الحر شرطاً لصحة العقد فى القن، فأجاب بقوله: وقبول إلخ. (عينى)

(٧) الواو متصلة.

(٨) قوله: "غير مفسد إلخ" لقاتل أن يقول: هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً، والجواب: أنه ليس فيه نفع

لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه، فلا يكون فاسداً. (ع)

(٩) قوله: "لكونه محلاً للبيع" فكان داخلاً فى العقد، وإن لم يدخل فى الحكم، بخلاف ما إذا جمع بين حر

وقن، فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلاً، فلم يكن داخلاً فى العقد ولا فى الحكم. (عينى)

(١٠) قوله: "كما إذا جمع [صح البيع فى القن بحصته من الثمن] إلخ" فإن المدبر محل للبيع حتى إن القاضى لو

قضى بجواز بيعه نفذ، فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد فى الآخر. (عينى)

(١١) قوله: "قن" = بالكسر - بنده كه از پدر و مادر بنده زاده باشد، یا قن خالص در عبودیت. (من)

(١٢) قوله: "أن يفصل [الثمن] إلخ" بأن قال: بعث منك هذين العبدین، كل واحد منهما بمخمس مائة على أنى

بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام، وهو فاسد لجهالة المبيع، لأن من فيه الخيار غير داخلى فى الحكم، فبقى الآخر وحده، وهو

مجهول، فصار المبيع مجهولاً. (ك)

(١٣) الذى فيه الخيار.

(١٤) قوله: "أن يعين" أى الذى فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما، فقال: بعث منك هذين العبدین بألف

على أنى بالخيار فى هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن، لأن من فيه الخيار غير داخلى فى الحكم، فبقى الآخر

وحده، وثمنه مجهول، لأنه ثبت بطريق الحصص بالتقسيم، فصار كالذى لم يدخل تحت العقد أصلاً. (ك)

إمّا^(١) لجهالة المبيع، أو لجهالة الثمن^(٢).

قال^(٣): ومن اشترى ثوبين^(٤) على أن يأخذ أيهما شاء^(٥) بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز، وكذلك الثلاثة^(٦)، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد، والقياس أن يفسد البيع في الكل^(٧) لجهالة المبيع^(٨)، وهو قول زفر والشافعي.

وجه^(٩) الاستحسان: إن شرع^(١٠) الخيار^(١١) للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق^(١٢) والأوفق^(١٣)، والحاجة إلى هذا النوع^(١٤) من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به^(١٥)، أو اختيار من^(١٦) يشتريه^(١٧) لأجله، ولا يمكنه^(١٨) البائع من

(١) لف ونشر مرتب.

(٢) قوله: "أو لجهالة الثمن" فإن قيل: لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر لفسد في القن إذا جمع بينه

وبين المدبر، وأم الولد، ولم يفصل الثمن.

أجيب: بأن عدم التفصيل مفسد إذا أدى إلى البيع بالحصة ابتداء، وفيما إذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار، فإنه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم، فلو انعقد في حق الآخر انعقد في حقه بالحصة ابتداء، وهي مجهولة، وليس فيما إذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم، ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ، فكان قسمة الثمن على القن في البقاء صيانة لحق محترم، لا ابتداء بالحصة. (٤)

(٣) أي معتمد. (عني)

(٤) قوله: "ثوبين" هذا من قبيل إطلاق اسم الكل على البعض مجازاً، لأن المشتري اشترى أحد الثوبين، لا الثوبين

على ما يذكره في الكتاب. (نهاية)

(٥) هذا خيار التعيين.

(٦) أي الأثواب الثلاثة.

(٧) أي في الاثنين، والثلاثة أيضاً.

(٨) قوله: "لجهالة المبيع" لأن المبيع أحد الأثواب، وهو غير معين، فهو مجهول جهالة مفضية إلى النزاع، لتفاوتها

في أنفسها، وما كان كذلك فهو مفسد للبيع. (٤)

(٩) قوله: "وجه الاستحسان" توضيح وجه الاستحسان: أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد، فالقياس يأباه،

لأنه إنما شرع الخيار لحاجة الناس إلى الخيار دفعا للغبن ليختار ما هو الأرفق، أي الأنفع بالنظر إلى الثمن، والأوفق بحاله، ومثل تلك الحاجة موجودة إلى هذا النوع من البيع، فكان هذا النوع من البيع في معنى ما ورد به الشرع، فيجوز هذا البيع. (سقاية)

(١٠) وفي نسخة شرط.

(١١) أي خيار الشرط.

(١٢) أي الأنفع بالنظر إلى الثمن.

(١٣) بحاله.

(١٤) أي البيع بخيار التعيين.

(١٥) المشتري.

(١٦) كأمراءه وبنته.

(١٧) المبيع.

الحمل إليه^(١) إلا بالبيع^(٢)، فكان فى معنى ماورد^(٣) به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث^(٤) لرجود الجيد والوسط والردى فيها، والجهالة^(٥) لا تفضى إلى المنازعة فى الثلاث، لتعيين من له الخيار، وكذا فى الأربع^(٦)، إلا أن الحاجة إليها غير متحققة^(٧)، والرخصة ثبوتها بالحاجة، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، فلا تثبت بأحدهما.

ثم قيل^(٨): يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار^(٩) الشرط مع خيار التعيين، وهو المذكور فى الجامع الصغير. وقيل^(١٠): لا يشترط^(١١)، وهو المذكور فى الجامع الكبير، فىكون ذكره على هذا الاعتبار^(١٢) وفاقاً لا شرطاً، وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده^(١٣)، وبمدة معلومة أيتها كانت^(١٤)

(١٨) المشتري.

(١) أى إلى من يثق به أو إلى من يشتريه إلخ.

(٢) كيلا يبقى أمانته بيده.

(٣) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام. (عيني)

(٤) أى بالثياب الثلاث.

(٥) قوله: "والجهالة إلخ" هذا جواب عما قال الإمام الشافعى وزفر من الجهالة فى وجه القياس. (عيني)

(٦) قوله: "وكذا فى الأربع" أى فى الثياب الأربع لا تفضى الجهالة إلى المنازعة.

(٧) قوله: "إلا أن الحاجة إليها غير متحققة" لوجود الجيد، والوسط، والردى فى الثلاث، والرائد الرابع يقع مكرراً غير محتاج إليه، فانتفى جزء العلة، فإن علة الرخصة أمران الحاجة وعدم كون الجهالة مفضية إلى النزاع، فلا تثبت الرخصة بأحدهما، فإن الحكم لا يثبت إلا بإتمام علة، كذا فى "العناية". (مل)

(٨) قال شمس الأئمة: هو الصحيح. (زيلعى)

(٩) قوله: "خيار الشرط" وقتاً معلوماً ثلاثة أيام فما دونها فى قول أبى حنيفة، وزيادة على ذلك فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهم الله، لأن القياس يأبى جواز العقد بجهالة المبيع، وجهالة وقت لزوم العقد، وإنما جاز استحساناً بطريق الإلحاق بموضع السنة، وهو شرط الخيار، فلا يصح بدونه، فإن شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فإن ردهما بخيار الشرط فى الأيام الثلاثة، أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، وإذا مضت الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، فلا يملك ردهما، ويبقى له خيار التعيين غير واحدتهما. وإن مات المشتري فى الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط، ويبقى خيار التعيين، فلا يردهما الوارث، وله أن يرد أحدهما. (ك)

(١٠) قال فخر الإسلام: هو الصحيح. (زيلعى)

(١١) قوله: "لا يشترط إلخ" لأن عدم انفكاك الملق عن الملحق به ليس بشرط فى الإلحاق. (عناية)

(١٢) أى على اعتبار "الجامع الكبير".

(١٣) كما فى خيار الشرط.

(١٤) قوله: "أيتها كانت [زائدة على الثلاث، أو غير زائدة]" فإن قيل: ينبغى أن لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند أبى يوسف؛ لأنه أخذ بالقياس فى قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام، فلا بيع بينهما. قلنا: قوله: إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق، فلا يلحق بخيار الشرط، فلا يكون الأثر الوارد فى خيار الشرط

عندهما. ثم ذكر في بعض النسخ^(١): اشترى ثوبين، وفي بعضها: انترى أحد الثوبين، وهو الصحيح، لأن المبيع في الحقيقة أحدهما، والآخر أمانة، والأول^(٢) تجوز^(٣) واستعارة. ولو هلك أحدهما^(٤)، أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه^(٥)، وتعين^(٦) الآخر للأمانة، لامتناع الرد بالتعيب. ولو هلكا جميعاً معاً^(٧) يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما^(٨) لشيوع^(٩) البيع والأمانة فيهما، ولو كان فيه خيار شرط له أن يردهما^(١٠) جميعاً. ولو مات^(١١) من له الخيار^(١٢)، فلوارثه أن يرد أحدهما، لأن الباقي خيار التعيين^(١٣) للاختلاط^(١٤)، ولهذا^(١٥) لا يتوقت في حق الوارث. فأما خيار الشرط لا يورث، وقد ذكرناه من قبل.

وارداً فيه، وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط، لأن في كل منهما خياراً بغير حرف التعليق، فكان الأثر الوارد في خيار الشرط وارداً في خيار التعيين. (ك)

(١) أي نسخ "الجامع الصغير"، كذا في "العناية".

(٢) أي قوله: ثوبين.

(٣) قوله "تجوز" فإن كل واحد منهما لما احتمل أن يكون مبيعاً قال: اشترى ثوبين، كذا قال فخر الإسلام، وقيل:

إن هذا من قبيل إطلاق الكل على البعض. (مل)

(٤) ثوبين بعد القبض.

(٥) أي الذي وقع عليه العقد.

(٦) قوله: "وتعين الآخر إلخ" حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول، أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء، لأن رده إما يكون إذا لم يكن مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم، وكان التعيب اختياراً دلالة. فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك يجب القيمة عند الهلاك. أوجب: بأنه أقل من ذلك، لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك، لأنه لم يقبض الآخر ليشتره، وقد قبضه ياذن المالك، فكان أمانة. (عناية)

(٧) قوله: "معاً" قيد بقوله: معاً لما أتت لهما لو هلكا على التعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق، وإذا لم يدر

السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما. (عيني)

(٨) متفقاً كان الثمن أو مختلفاً. (ك)

(٩) ولا أولوية لأحدهما بكونه مبيعاً.

(١٠) قوله: "له أن يردهما" لأنه أمين في أحدهما، فيرده بحكم الأمانة، وفي الآخر مشتر، وقد شرط الخيار لنفسه،

فيمكن من رده. (٤)

(١١) في المدة.

(١٢) قوله: "من له الخيار" في التعميم، إيماء إلى أن هذا الخيار يجوز للبائع كما يجوز للمشتري قياساً على خيار

الشرط، كذا ذكر الكرخي، نقله في "العناية".

(١٣) لا خيار الشرط.

(١٤) أي لاختلاط ملكه بملك الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير لا يتوقت إلخ، لأنه لم يثبت له سبيل الإرث بل

للاختلاط. (مل)

ومن اشترى داراً على أنه بالخيار^(١)، فبيعت^(٢) دار أخرى إلى جنبها، فأخذها بالشفعة فهو رضا^(٣)؛ لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها، لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار، وذلك^(٤) بالاستدامة، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه، فيثبت الملك من وقت الشراء، فيتبين أن الجوار كان ثابتاً^(٥)، وهذا التقرير^(٦) يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة^(٧).

قال^(٨): وإذا اشترى الرجلان غلاماً على أنهما بالخيار، فرضى أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة، وقالوا: له أن يرده، وعلى هذا الخلاف خيار العيب^(٩)، وخيار الرؤية. لهما: أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد^(١٠) منهما^(١١)، فلا يسقط^(١٢) بإسقاط صاحبه، لما فيه^(١٣) من إبطال حقه. وله: أن المبيع خرج عن ملكه^(١٤) غير معيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما رده^(١٥) معيباً به^(١٦)، وفيه إلزام ضرر زائد^(١٧)، وليس^(١٨) من ضرورة إثبات الخيار لهما

(١) أي خيار الشرط.

(٢) في المدة.

(٣) قوله: "فهو رضا" أي الأخذ بالشفعة رضا يسقط به الخيار إجماعاً، بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بأخذ الشفعة، فإنه لا يسقط بالصرحة، فكذا بالدلالة، كذا قال الزيلعي. (ملخص الحواشي)

(٤) قوله: "وذلك" أي الجواز يثبت باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار، واستدامة الملك يقتضى الملك، ولا ملك مع الخيار، فيتضمن إلخ، كذا قيل. (مل)

(٥) أي عند بيع الدار الثانية، وهو يوجب الشفعة. (عناية)

(٦) أي من قوله: لأن طلب إلخ.

(٧) قوله: "خاصة" لأن خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده، ولا بد منه لاستحقاق الشفعة، وأما عندهما فالمبيع يدخل في ملكه، فيجوز له أن يأخذ بالشفعة، ويسقط بذلك خياره، لأن الشفعة لدفع ضرر الجار الدخيل، والإنسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها. (٤)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "خيار العيب" يعني اشترى الرجلان عبداً، ورضى أحدهما بعيب فيه، وكذلك خيار الرؤية، بأن

اشترى شيئاً لم يرياه، ثم رأياه، فأراد أحدهما أن يرد، ليس له ذلك عنده، وعندهما له ذلك. (ك)

(١٠) قوله: "إثباته [خيار] لكل واحد إلخ" وفيه نظر لأننا لا نسلم أن إثبات الخيار لهما إثبات لكل واحد منهما، ألا

يرى إن وكل وكيلين يثبت الوكالة لهما، وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر. (٤)

(١١) لأنه شرع لدفع العيب، وكل يحتاج إلى دفعه عن نفسه. (زيلعي)

(١٢) الخيار.

(١٣) سقوط.

(١٤) بائع.

(١٥) قوله: "رده معيباً به" لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، وذلك لأن البائع بتقدير الرد لا يتمكن

الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد.

قال^(١): "ومن باع عبداً علي أنه خبازاً، أو كاتباً، وكان بخلافه^(٢)، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك^(٣)؛ لأن هذا^(٤) وصف مرغوب فيه^(٥)، فيستحق^(٦) في العقد بالشرط^(٧)، ثم فواته يوجب التخيير لأنه^(٨) ما رضى به^(٩) دونه، وهذا^(١٠) يرجع إلى اختلاف النوع^(١١) لقلّة التفاوت في الأغراض، فلا يفسد العقد بعدمه، بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة^(١٢) في الحيوانات^(١٣)، وصار^(١٤)

من الانتفاع به إلا بطريق التهاوى، وكان قبل البيع متمكناً من الانتفاع متى شاء.

فإن قيل: البائع رضى بالتبعيض لما باعه منهما، قيل: إنما رضى في ملكهما لا في ملك نفسه. (ك)

(١٦) أى يعيب الشركة.

(١٧) قوله: "ضرر زائد" إنما قيد الضرر بالزائد، لأن في امتناع الرد ضرراً للراد أيضاً، لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن إحياد شرط الرد كان دون الأول، فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع من الحاصل من نفسه. (ع)

(١٨) قوله: "وليس إلخ" دفع دخل، وهو: أن البائع قد رضى برد أحدهما حيث خيرهما، فيلزم الضرر برضاه لا بغيره، وحاصل الدفع أنه ليس من لوازم إثبات الخيار لهما الرضاء رد أحدهما، فإن البائع لعله تصور اجتماعهما على الرد، فتحقق الانفكاك، فكيف يلزم الرضاء برد أحدهما لإثبات الخيار لهما. (مل)

(١) أى القدرى. (عبنى)

(٢) بأن لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازاً أو كاتباً. (ع)

(٣) قوله: "وإن شاء ترك" فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن، لأنه فات عليه شرط مرغوب فيه، فيقوم العبد كاتباً أو خبازاً على أدنى ما يطلق عليه الاسم، إذ هو المستحق بالشرط، ويقوم غير كاتب أو خباز، فينظر إلى تفاوت ما بين ذلك، فرجم بقدره. (ك)

(٤) أى الخباز أو الكاتب.

(٥) قوله: "مرغوب فيه" احتراز عما ليس مرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور، فإذا هو سليم، فإنه لا يوجب الخيار. (ع)

(٦) أى يلبس، أى الوصف المرغوب فيه.

(٧) قوله: "فيستحق في العقد إلخ" لأنه لرجوعه إلى صفة الثمن، أو الثمن كان ملائماً للعقد، ألا يرى لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد، بلا ذكر، فلا يكون مفسداً. ونوقض: بما إذا باع شاة على أنه حامل، أو على أنها تحلب كذا، فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد، والوصف مرغوب فيه. أجيب: بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وبضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً، ولهذا لو شرط أنها حلوب، أو لبون لا يفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه، ذكره الطحاوى. (عتاية)

(٨) المشتري.

(٩) أى بالبيع.

(١٠) قوله: "وهذا [الاختلاف بكونه خبازاً، أو غير خباز، وبكونه كاتباً أو غير كاتب. عبنى]" شروع في بيان وجه عدم فساد العقد بفوات هذا الوصف.

(١١) قوله: "يرجع إلى إلخ" يعنى بمنزلة الاختلاف في النوع باختلاف الصفة، حتى لا يفسد العقد، بل يكون

للمشتري الخيار. (مل)

(١٢) قوله: "بمنزلة إلخ" كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة، فإذا هي حمل. (عبنى)

كفوات وصف السلامة، وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها^(١) تابعة^(٢) في العقد على ما عرف^(٣).

باب خيار الرؤية^(٤)

ومن^(٥) اشترى شيئاً لم يره^(٦)، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده، وقال الشافعي^(٧): لا يصح العقد أصلاً؛ لأن المبيع مجهول^(٨)، ولنا: قوله عليه السلام^(٩): «من اشترى شيئاً لم يره^(١٠) فله الخيار إذا رآه»، ولأن الجهالة بعدم الرؤية^(٩) لا تفضي إلى المنازعة، لأنه لو لم يوافق^(١٠) يرده^(١١)، فصار كجهالة الوصف^(١٢) في المعائن المشار إليه.

(١٣) قوله: «في الحيوانات» قيد في الحيوانات، لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس تفحش التفاوت، كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية، فيفسد به العقد. (عيني)

(١٤) قوله: «وصار» أي صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب، فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما إذا اشترى على أنه سليم، فوجده معيباً، فله ولاية الرد، فكذا ههنا. (عيني)

(١) أوصاف.

(٢) تدخل في العقد من غير ذكر.

(٣) فيما تقدم.

(٤) قوله: «باب خيار الرؤية» قدمه على خيار العيب لكونه أقوى منه، لأن تأثيره في منع تمام البيع، وتأثير خيار العيب في منع لزوم الحكم. (مل)

(٥) قوله: «ومن اشترى [هذه مسألة القدوري. عيني] صورته: أن يقول: بعث الثوب الذي في كمي هذا، أو هذه الجارية المتقبة، وما في البناية نقلاً عن «المبسوط»: أن الإشارة إليه، أو إلى مكانه شرط الجواز، حتى لو لم يشر إليه إلا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع، ففيه أن ما ذكر في المعتبرات في باب الاعتكاف، يبيع ويشترى في المسجد بلا إحضار المبيع يدل صريحاً على أن حضور المبيع، والإشارة إليه وقت البيع ليس بشرط، والحق أنه لا بد من معرف يرفع الجهالة، ولا يلزم الإشارة، ولهذا قال في «النهاية»: «يعني شيئاً مسمى موصوفاً، أو مشاراً إليه، أو إلى مكانه، وليس فيه غيره مسمى بهذا الاسم. (سقاية)

(٦) كدره في حقه، وزيت في زق.

(٧) قوله: «لأن المبيع مجهول» وهذا لأن المقصود من شراء العين ماليته، ولهذا لا يرد على ما ليس بمال، والمالية في الأوصاف، ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة، لأنها تعرف بالرؤية، فصارت كجهالة العين، وهي مفسدة، فكذا جهالة الوصف. (ك)

(٨) أخرجه الدارقطني في «سننه» مسنداً عن أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٩، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٧ ص ١٤٨. (نعيم)

(٩) مع وجود الخيار.

(١٠) المشتري، أي بعد الرؤية.

(١١) على البائم.

(١٢) قوله: «كجهالة الوصف إلخ» بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد ذرعانه فإنه يجوز لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي إلى النزاع. (ع)

وكذا^(١) إذا قال: رضيت، ثم رآه له أن يردّه^(٢)؛ لأن الخيار معلق بالرؤية، لما روينا^(٣)، فلا يثبت^(٤) قبلها، وحق الفسخ^(٥) بحكم أنه^(٦) عقد غير لازم^(٧)، لا بمقتضى الحديث^(٨)، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق، فلا يعتبر قوله^(٩): رضيت قبل الرؤية، بخلاف قوله: رددت.

قال^(١٠): ومن باع ما لم يره^(١١)، فلا خيار له، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: له الخيار اعتباراً بخيار العيب^(١٢)، وخيار الشرط، وهذا^(١٣) لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً^(١٤) وثبوتاً، ولا يتحقق ذلك^(١٥) إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك^(١٦)

(١) قوله: "وكذا إذا قال إلخ" تفريع على المسألة القدوري، يعني كما أن له الخيار إذا لم يقل: رضيت فكذا إذا قال ذلك ولم يره. (٤)

(٢) قوله: "له أن يردّه" بخلاف خيار العيب حيث يعتبر رضاه قبل العلم بالعيب، لأن الرضا بالعيب إسقاط لما يستحقه من وصف السلامة، فيعتبر بعد الشراء لو-جوده بعد سببه، كذا قيل. (مل)

(٣) من الحديث.

(٤) الخيار، وإلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط.

(٥) قوله: "وحق الفسخ إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية، وله أن يفسخ العقد قبلها. (عيني)

(٦) أي أن العقد بخيار الرؤية.

(٧) لأنه لم يقم منبرماً.

(٨) قوله: "لا بمقتضى الحديث [أي لا لبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث. عيني]" بخلاف الخيار، فإنه ثابت بمقتضى الحديث، فلا يجوز إثباته على وجه يؤدي إلى بطلانه كما مر آنفاً، وفيه نظر؛ لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار، فهو ملزوم للخيار، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها، فكذا ملزومه، لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم. (٤)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" لأن الرضا استحسان الشيء، واستحسان الشيء ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور، وأما الفسخ فإتما هو لعدم الرضا، وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات. لا يقال: عدم الرضا لاستقباح الشيء، واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بداله من انتفاء احتياجه إلى المبيع، أو ضياع ثمنه، أو استغلاؤه، فلا يستلزم الاستقباح. (٤)

(١٠) أي القدوري. (عيني).

(١١) قوله: "ومن باع إلخ" صورته: ورث شيئاً، فباعه قبل الرؤية، فلا خيار له. (عيني)

(١٢) قوله: "اعتباراً بخيار العيب" فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوزه، وإن شاء رد كالمشتري إذا وجد المبيع معيماً لكن العقد لا يفسخ ببرد الثمن، وينفسخ ببرد الثمن؛ لأنه أصل دون الثمن، وبخيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم. (٤)

(١٣) أي الخيار للبائع. (٤)

(١٤) قوله: "زوالاً" أي في جانب البائع، "وثبوتاً" أي في جانب المشتري، حتى لا يزول ملك البائع إلا برضاه، ولا يثبت الملك للمشتري إلا برضاه. (ك)

(١٥) أي تمام الرضا. (ك)

(١٦) أي العلم بأوصاف المبيع.

بالرؤية^(١)، فلم يكن البائع راضياً بالزوال^(٢). ووجه القول المرجوع^(٣) إليه: أنه^(٤) معلق بالشراء لما روينا^(٥)، فلا يثبت^(٦) دونه، وروى^(٧) أن عثمان بن عفان باع^(٨) أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: أنك قد غبنت، فقال: لى الخيار؛ لأنى اشتريت ما لم أره، وقيل: لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لى الخيار، لأنى بعت ما لم أره، فحكما^(٩) بينهما جبير بن مطعم، فقضى^(١٠) بالخيار لطلحة، وكان ذلك^(١١) بمحضر من الصحابة*. ثم خيار الرؤية غير موقت^(١٢)، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله. وما يبطل^(١٣) خيار الشرط من تعيب، أو تصرف يبطل خيار

(١) فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على وقائق لا تحصل بالعارة. (عناية)

(٢) فالعقد غير لازم، فله الفسخ.

(٣) أى القول المرجوع إليه، وهو عدم الخيار للبائع.

(٤) أى خيار الرؤية.

(٥) من الحديث.

(٦) قوله: "فلا يثبت دونه" لأن الخيار إن ثبت للبائع فيما أن يثبت بما روينا، أو بدلالته، أو بحديث آخر، لا يجوز الأول؛ لأنه معلق بالشراء، فكيف يثبت فى البيع، ولم يرد حديث آخر فى البيع، وهو ليس فى معنى الشراء، ليثبت فيه الحكم دلالة. (ك)

(٧) قوله: "وروى أن [تأييد للقول المرجوع إليه] إلخ" قلت: أخرجه الطحاوى، ثم البيهقى عن علقمة ابن أبى

وقاص. (ت)

(٨) فى المدينة.

(٩) أى جعلاً حكماً.

(١٠) أى حكم.

(١١) قوله: "وكان ذلك" أى حكم جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة بمحضر من الصحابة، ولم ينكره أحد، فكان

إجماعاً، ولذا رجع الإمام عن القول الأول حين بلغه هذا الخبر. (مل)

* راجع الدرارية ج ٢، الحديث ٧٦٨ ص ١٤٩، ولم يخرج هذا الحديث فى "نصب الراية". (نعيم)

(١٢) قوله: "غير موقت إلخ" قيل: خيار الرؤية موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه،

ولم يفسخ سقط حقه؛ لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حال البيع، فأشبهه الرد بالعيب، والأصح عندنا أنه باقى ما لم يوجد ما يبطله، لأنه يثبت حكماً لانعدام الرضا، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا. (٤)

(١٣) قوله: "وما يبطل خيار إلخ" والأصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل فعله المشتري فى مشترائه بشرط

الخيار، وهو فعل يحتاج إليه للامتحان، ويحل فى غير الملك بحالة، فذلك الفعل أول مرة لا يبطل خيار الشرط، إذ لو بطل

الخيار، ولزم البيع بفعل الامتحان أول مرة لفات فائدة الخيار، وهو إمكان الرد. وكل فعل لا يحتاج إليه للامتحان، أو

يحتاج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل فى غير الملك بحال فهو يبطل الخيار، كما إذا اشترى جارية بالخيار، فاستخدمها مرة

لا يسقط الخيار، فإن الاستخدام يحتاج إليه للامتحان، وأنه يحل بدون الملك فى الجملة. وإن استخدمها مرة أخرى فى

النوع الذى استخدمها فى المرة الأولى فيسقط الخيار؛ لأن المرة الأخرى لا يحتاج إليها للامتحان. ولو وطأها يسقط الخيار؛

لأن الوطئ لا يحل فى غير الملك بحال، فالإقدام عليه اختيار للملك. والعرض على البيع، والتقبيل، واللمس بشهوة، وليس

الثوب مرة أخرى، وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار، إذ لا يحتاج إليه للامتحان، أو لا يحل فى غير

الرؤية. ثم إن كان تصرفاً^(١) لا يمكن رفعه كالإعتاق^(٢) والتدبير، أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع^(٣) المطلق^(٤)، الرهن، والإجارة يبطله^(٥) قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ^(٦)، فبطل الخيار، وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع^(٧) بشرط الخيار والمساومة^(٨) والهبة من غير تسليم لا يبطله^(٩) قبل الرؤية؛ لأنه لا يربو^(١٠) على صريح الرضا^(١١)، ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا^(١٢).

قال^(١٣): ومن نظر إلى وجه النسيئة، أو إلى ظاهر الثوب مطوياً^(١٤)، أو إلى وجه الجارية^(١٥)، أو إلى وجه الدابة وكفلها^(١٦) فلا خيار له، والأصل في هذا^(١٧): أن رؤية الملك، كذا في "الكفاية". (مل)

(١) بعد وقوعه.

(٢) قوله: "كالاعتاق" بأن أعتق عبده الذي اشتراه، ولم يره، والتدبير: بأن دبره قبل رؤيته. (عيني)

(٣) قوله: "كالبيع المطلق" بأن باع الذي اشتراه، ولم يره مطلقاً، يعني بدون شرط الخيار، والرهن: بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية، والإجارة: بأن أجره لأحد قبل رؤيته. (عيني)

(٤) أو البيع بخيار الشرط للمشتري. (٤)

(٥) قوله: "يبطله قبل الرؤية [خيار] إلخ" ونبيه إما أولاً فإن بطلان الخيار قبل الرؤية يخالف حكم النص الذي مر، فإنه أثبت الخيار إذا رآه، وأجيب عنه: بأن هذا فيما أمكن العمل بحكم النص، وأما هذه التصرفات فيصدورها عن أهلها في محلها انعقدت صحيحة، وبعد صحتها لا يمكن رفعها، أو تعلق -حق للغير، وعلى كل تقدير، فتعذر الفسخ، فيبطل الخيار، حتى لو أفتك المرهون، أو انقضت مدة الإجارة، أو رده المشتري عليه بخيار الشرط، ثم رآه، ولم يرض به لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية. وإما ثانياً: فإن هذه التصرفات إما أن تكون صريح الرضا أو دلالة، وكل منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية. وأجيب: بأن دلالة الرضا لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، والقول بصحتها مع انتفاء ما هو من ضروراته ولوآزمه محال، هذا ما في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(٦) إما لعدم إمكان رفعه، أو لكونه موجباً لحق الغير. (عيني)

(٧) قوله: "كالبيع بشرط الخيار" أي باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار لنفسه، والمساومة بأن عرضه على البيع، والهبة من غير تسليم بأن وهب الذي اشتراه قبل الرؤية لشخص، ولكنه لم يسلم إلى الموهوب عليه. (مل)

(٨) بها كردن متاع را.

(٩) خيار.

(١٠) أي لا يزيد. (٤)

(١١) وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية، فدلليل الرضى أولى بأن لا يبطل، يعني إذا لم يكن من ضرورات الغير.

(١٢) مع عدم المانع. (عناية)

(١٣) أي القدوري، (عيني)

(١٤) حال.

(١٥) قوله: "أو إلى وجه الجارية" ذكر الجارية وقع اتفاقاً، لأن الحكم في الغلام كذلك، ذكر في "الإيضاح": والمعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه، والنظر إلى غيره من الجسد لا يبطل الخيار، لأن العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه، وفي "الدخيرة": إذا اشترى جارية أو عبداً، أو رأى وجهه ورضى به لا يكون له الخيار بعد ذلك. (ك)

جميع المبيع غير مشروط لتعذره^(١)، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ولو دخل في البيع أشياء^(٢)، فإن كان لا يتفاوت أحادها كالمكيل والموزون، وعلامته^(٣) أن يعرض بالنموذج^(٤) يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى، فحينئذ^(٥) يكون له الخيار، وإن كان يتفاوت أحادها كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها^(٦). والجوز والبيض^(٧) من هذا القبيل^(٨) فيما ذكره الكرخي، وكان ينبغي أن يكون^(٩) مثل الحنطة والشعير، لكونها متقاربة^(١٠).

إذا ثبت هذا^(١١)، فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف^(١٢)، لأنه يعرف وصف البقية؛ لأنه مكيل يعرض بالنموذج، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب^(١٣) مما يعلم البقية^(١٤) إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً، كموضع العلم^(١٥).

(١٦) كفل: بفتحتين سرين آدمى وحيوان. (غث)

(١٧) أي في إسقاط خيار الرؤية.

(١) قوله: "لتعذره [كما في العبد فإن رؤية عورته ممنوع]" أما في العبد والأمة فظاهراً، لأن في رؤية جميع بدنهما رؤية مواضع عورتها، ففي العبد لا يجوز أصلاً سواء فسّخ العقد أو لم يفسخ، أما في الأمة فإنه لو فسّخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان نظره إلى عورتها وقع في غير ملكه، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، فصار كأن العقد لم يوجد، فكان نظره وقع حراماً في أصله. وأما في الثوب المطوى فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه، وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حبة من حبات الحنطة. (ك)

(٢) من جنس واحد.

(٣) أي علامة الشيء الذي لا يتفاوت أحاده. (ك)

(٤) النموذج - بالفتح - والنموذج - بالضم - تعريب نمونه، كذا في "المغرب". (ك)

(٥) قوله: "فحينئذ يكون له الخيار" فيما رأى، وفيه كيلاً يلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها مع الخيار لا تتم. (زيلعي)

(٦) قوله: "لا بد من رؤية إلخ" لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في الآحاد. (ع)

(٧) تخمهاى مرغ، جمع بيضه. (م)

(٨) قوله: "من هذا القبيل [أي من قبيل ما يتفاوت]" لأنه مختلف بالصغر والكبير، فلا يكون رؤية البعض دليلاً على الباقي. (ك)

(٩) الجوز والبيض.

(١٠) فيكتفى رؤية البعض عن الباقي.

(١١) الأصل.

(١٢) في إبطال الخيار.

(١٣) مطوياً. (ع)

(١٤) قوله: "مما يعلم إلخ" وقال زفر: لا بد من نشر كله، فإنه ليس من ذوات الأمثال، ولا يعرف كله برؤية بعضه.

قلنا: قلما يتفاوت جوانب ثوب واحد، فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض، كذا قال الزيلعي. وفي "شرح المجمع": أن المسألة معروفة في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه، حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه. (مل)

(١٥) نقش ونگار جامه.

والوجه^(١) هو المقصود فى الآدمى، وهو والكفل فى الدواب، فيعتبر^(٢) رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره^(٣)، وشرط بعضهم رؤية القوائم^(٤)، والأول^(٥) هو المروى عن أبى يوسف، وفى شاة اللحم^(٦) لا بد من الجس^(٧)؛ لأن المقصود - وهو اللحم - يعرف به، وفى شاة^(٨) القنية^(٩) لا بد من رؤية الضرع، وفيما^(١٠) يطعم لا بد من الذوق، لأن ذلك^(١١) هو المعرف للمقصود.

قال^(١٢): وإن رأى صحن الدار فلا خيار^(١٣) له وإن لم يشاهد بيوتها^(١٤)، وكذلك^(١٥) إذا رأى خارج الدار، ورأى أشجار البستان من خارج، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب^(١٦) على وفاق عاداتهم^(١٧) فى الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة^(١٨) يومئذ، فأما اليوم^(١٩) فلا بد من الدخول^(٢٠)

(١) ولهذا يتفاوت قيمته بتفاوت الوجه. (زيلعى)

(٢) حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره. (عينى)

(٣) أى غير المقصود، وفى بعض النسخ: غيرهما أى غير الوجه والكفل.

(٤) دست وپای آدمى وبهائم (غث) لأنها مقصودة فى الدواب. (ع)

(٥) أى رؤية الوجه والكفل.

(٦) قوله: "وفى شاة اللحم" أى الشاة التى تشتري للذبح لأجل اللحم لا بد من الجس ليعرف أنها سمينه أو مهزولة. (مل)

(٧) باليد. (ف) جسه باليد دست بسود آن را. (من)

(٨) قوله: "وفى شاة القنية" أى الشاة التى تحبس فى البيت لأجل النتاج، كذا قال العينى، ويقال: قنوت المال

جمعة قنوا و قنوة، وأقنيتته: اتخذته لنفسى قنية أى أصل مال للنسل لا للتجارة، كذا فى "المغرب". (مل)

(٩) بالكسر: سراميه. (م)

(١٠) قوله: "وفيما يطعم إلخ" وفيما يشم لا بد من الشم، وفى دفر ف الغازى: لا بد من سماع صوتها، لأن العلم

بالشئ باستعمال آلة الإدراك، ولو رأى دهنه فى قارورة من خارجها لا يطل خياره فى المروى عن أبى حنيفة ومحمد،

وعن محمد: أنه يطل. (زيلعى)

(١١) ذوق.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) أى خيار الرؤية.

(١٤) أى حجراتها.

(١٥) قوله: "وكذلك" أى لا خيار له لأن كل جزء من أجزاء الدار متعذر الرؤية كما تحت السور، وبين الحيطان

من الجذع والأسطوانات. (عينى)

(١٦) أى القدورى. (ع)

(١٧) أى عادة أهل الكوفة وبغداد فى زمن الإمام.

(١٨) فى البيوت [فيما وراء الضيق والسعة].

(١٩) أى فى ديارنا.

(٢٠) قوله: "فلا بد إلخ" وفى "المحيط" و "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: فى الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود،

فى داخل الدار للتفاوت^(١)، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

قال^(٢): ونظر الوكيل^(٣) كنظر المشتري^(٤)، حتى لا يرده إلا من عيب^(٥)، ولا

يكون نظر الرسول^(٦) كنظر المشتري^(٧)، وهذا عند أبى حنيفة، وقال^(٨): هما سواء، وله أن يرده^(٩)، قال^(١٠): معناه الوكيل بالقبض، فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع^(١١). لهما: أنه^(١٢) توكل^(١٣) بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك^(١٤) ما لم يتوكل به^(١٥)، وصار^(١٦) كخيار العيب، والشرط والإسقاط قصداً. وله: أن القبض نوعان^(١٧): تام: وهو أن يقبضه وهو يراه. وناقص: وهو أن يقبضه

حتى إنه إذا كان فى الدار بيتان شتويان، وبيتان صيفيان، وبيتا طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ، والزبله والعلو إلا فى بلد يكون العلو فيه مقصوداً كما فى سمرقند، وبعضهم شرطوا رؤية الكل، وهو الأظهر والأشبه. (ك)

(١) قوله: "للتفاوت" فى مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها. (٤)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (سقاية)

(٣) قوله: "ونظر الوكيل [حين القبض]" صورته التوكيل أن يقول المشتري لغيره: كن وكيلاً عنى فى قبض المبيع، أو وكلتك بذلك. (عناية)

(٤) فيسقط خياره.

(٥) علم الوكيل عينه أو لم يعلم. (٤)

(٦) قوله: "نظر الرسول" صورته: أن يقول: كن رسولى بقبضه، أو قال: أرسلتك بقبضه، أو قال: قل لفلان: أن يدفع المبيع إليك. (عينى)

(٧) فلا يسقط خياره.

(٨) قوله: "وقال الخ" أى قال: نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق، ونظر الوكيل كنظر الرسول فهما سواء فى عدم سقوط الخيار للمشتري إذا رأى حين القبض، فللمشتري أن يرده. (مل)

(٩) إذا رآه.

(١٠) قوله: "قال [أى المصنف] الخ" لما كان رواية الجامع الصغير مطلقة فى الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله: معناه الخ. (٤)

(١١) قوله: "بالإجماع" وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء. (عينى)

(١٢) الوكيل.

(١٣) أى قبل الوكالة. (٤)

(١٤) الوكيل.

(١٥) وهو إسقاط الخيار.

(١٦) قوله: "وصار" هذا كخيار العيب، أى كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه، فقبض الوكيل معيماً رائيماً عينه لم يسقط خيار العيب للموكل، "والشرط" أى وصار كخيار الشرط، كمن اشترى بخيار الشرط، وكل بقبضه، فقبضه رائيماً لم يسقط خيار الموكل، "والإسقاط قصداً" صورته: أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً، ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل. (عينى)

(١٧) قوله: "وله أن القبض نوعان: تام" بحيث لا يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه وهو يراه، وهو يسقط الخيار

مستوراً، وهذا^(١) لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية، والموكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل^(٢)، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار، فكذا الوكيل^(٣) لإطلاق التوكيل، وإذا قبضه مستوراً^(٤) انتهى التوكيل بالناقص منه، فلا يملك^(٥) إسقاطه^(٦) قصداً بعد ذلك، بخلاف خيار العيب^(٧)؛ لأنه لا يمنع تمام الصفقة، فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على الخلاف^(٨)، ولو سلم^(٩) فالموكل لا يملك^(١٠) التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، لأن الاختبار^(١١) وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه^(١٢) وكيله، وبخلاف الرسول، لأنه لا يملك شيئاً^(١٣)، وإنما

لدلالة على الرضا، وناقص بحيث يرد عليه النقض، وهو أن يقبضه مستوراً، وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا، وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها يكون بتمام الرضا، ولا يتم مع خيار الرؤية. (ك) قوله: "له أن القبض" توضيح الدليل: أن القبض على نوعين: تام، بحيث لا يرد عليه النقض، ولا يرتد إلا برضا، أو قضاء، وهو أن يقبض المبيع وهو يراه، وهذا القبض يبطل خيار الرؤية. وثانيهما: قبض ناقص بحيث يرد عليه النقض، ويرتد بغير قضاء ورضا، وهو أن يقبض المبيع مستوراً، وهذا القبض لا يبطل خيار الرؤية لعدم الدلالة على الرضا، والموكل ملك القبض بنوعيه، فكذا الوكيل يملك القبض بنوعيه، ومتى قبض الموكل المبيع وهو يراه يسقط الخيار، فكذا الوكيل. (سقاية)

(١) أى تنوعه بنوعين.

(٢) لأنه ملكه الموكل ما يملكه. (ك)

(٣) إذا قبض وهو يراه سقط الخيار.

(٤) قوله: "وإذا قبضه إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم ذلك، فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً، ثم رآه، فأسقط اختياراً قصداً لم يسقط، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار، فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة، فأجاب بقوله: "وإذا إلخ. (عيني)

(٥) قوله: "فلا يملك [لأنه صار أجنبياً] إلخ" لأنه لم يفرض إلى الوكيل الإبطال قصداً، وإنما يثبت له الإبطال مقتضى لتتيمم القبض، وههنا لما حصل القبض الناقص انتهى التوكيل به، فليس له بعد ذلك إبطال الخيار. (عيني)

(٦) خيار.

(٧) قوله: "بخلاف خيار العيب [جواب عن قياسهما]" فإنه لا يبطل قبض الوكيل في الصحيح، لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرد إلا برضا، أو قضاء، وما لا يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض، فيتم القبض مع بقاء خيار العيب، وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار، وقد عدم، كذا قيل. (مل)

(٨) قوله: "على الخلاف [فلا يصلح مقيساً عليه]" ذكر القادوري: أنه لو اشترى شيئاً على أنه بالخيار، فوكل وكيله بالقبض، فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف، ولئن سلم وهو الأصح، فالوكيل قائم مقام الموكل، والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط، فكذا من يقوم مقامه إذا قبضه وهو يراه، وهذا لأن الخيار شرع للاختبار، وذا بالتروى والتأمل فيه بعد القبض - حتى إذا استحسنته أحذره، وإن استقبحه تركه، وهذا يفوت بطلان الخيار بتقدير القبض. (ك)

(٩) أى بقاء خيار الشرط.

(١٠) قوله: "لا يملك التام" ويملك الناقص، فإن القبض مع بقاء الخيار ناقص. (عناية)

(١١) آزمودن، التروى والامتحان.

(١٢) أى التام.

إليه^(١) تبليغ الرسالة، ولهذا^(٢) لا يملك القبض^(٣)، والتسليم إذا كان رسولا فى البيع. قال^(٤): وبيع الأعمى وشراؤه جائز^(٥)، وله الخيار إذا اشترى؛ لأنه اشترى ما لم يره^(٦)، وقد قررناه^(٧) من قبل. ثم يسقط خياره بجسسه المبيع^(٨) إذا كان يعرف بالجلس، وبشمه إذا كان يعرف بالشم، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق، كما فى البصير، ولا يسقط خياره فى العقار^(٩) حتى يوصف^(١٠) له؛ لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما فى السلم^(١١). وعن^(١٢) أبى يوسف أنه إذا وقف^(١٣) فى مكان لو كان بصيراً لراه، وقال: قد رضيت^(١٤)، سقط^(١٥) خياره؛ لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة فى موضع العجز، كتحريرك الشفتين^(١٦) يقام مقام القراءة فى حق الأخرس^(١٧) فى

(١٣) من القبض لا التام ولا ناقص.

(١) فأما الوكيل فهو الذى فوض إليه التصرف ليعمل برأيه. (ك)

(٢) أى لكونه مبلغاً للرسالة فقط.

(٣) أى قبض الثمن. (ك)

(٤) أى القدورى. (عنى)

(٥) قوله: "جائز" وقال الشافعى: إن كان بصيراً فعنى فكذلك الجواب، وإن كان أكمه فلا يجوز بيعه، ولا شراؤه أصلاً لأنه لا علم له بالألوان والصفات، وهو ممنوع بمعاملة العميان من غير نكير، وبأن من أصله أن من لا يملك الشراء لا يملك الأمر به، فإذا احتاج الأعمى إلى ما يأكل ولا يتمكّن من شراء المأكول، ولا التوكيل منه مات جوعاً، وفيه من القبح ما لا يخفى. (٤)

(٦) قوله: "ما لم يره" ومن اشترى شيئاً لم يره فله الخيار بالحديث، وقد قررناه من قبل، وفيه نظر؛ لأن قوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يره سلب، وهو يقتضى تصور الإيجاب، وهو أنما يكون فى البصير، والأولى أن يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس العميان من غير نكير، فإن ذلك أصل فى الشرع بمنزلة الإجماع. (عناية)

(٧) قوله: "وقد قررناه من قبل" أى فى أول الباب أن شراء ما لم يره جائز، وأن له الخيار، والأعمى كالبصير الذى يشتري ما لم يره، فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير. (عنى)

(٨) قوله: "بجسسه المبيع" إذا وجد الجنس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به بل يسقط باتفاق الروايات لما روينا، ويمتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح. (زيلعى)

(٩) أو الشجر، أو الثمر على الشجر.

(١٠) بما بلغ ما يمكن.

(١١) قوله: "كما فى السلم" يعنى أن الوصف يقوم مقام المسلم فيه، وإن كان المسلم فيه معدوماً. (عنى)

(١٢) كذا نقل الإمام محمد فى "الجامع الصغير".

(١٣) الأعمى.

(١٤) وإن لم يذكر له الوصف.

(١٥) قوله: "سقط خياره" وقال الفقيه: قال بعضهم: يوقف فى مكان لو كان بصيراً لراه، ومع ذلك يوصف له، وهذا أحسن الأفاويل، وبه نأخذ. (٤)

(١٦) هر دولب.

(١٧) هر دولب.

الصلاة، وإجراء الموسيقى^(١) مقام الخلق في حق من لا شعر له^(٢) في الحج، وقال الحسن^(٣) يوكل^(٤) وكيلا^(٥) يقبضه وهو^(٦) يراه، وهذا^(٧) أشبه بقول أبي حنيفة؛ لأن رؤية الوكيل^(٨) رؤية الموكل علي ما مرّ آنفاً.

قال^(٩): ومن رأى أحد الثوين^(١٠) فاشتراهما، ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما؛ لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للثفاوت في الثياب، فبقى الخيار فيما لم يره، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام^(١١)، وهذا^(١٢) لأن الصفقة لا تتم^(١٣) مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده^(١٤)، ولهذا^(١٥) يتمكن^(١٦) من الرد^(١٧) بغير قضاء^(١٨) ولا رضا^(١٩)، ويكون^(٢٠) فسخاً من

(١٧) گنگ.

(١) استره.

(٢) تشبيهاً بالخلقين.

(٣) ابن زياد.

(٤) قوله: "يوكل وكيلا [الأعمى] الخ" ولو وصف فقال: رضيت ثم أبصر فلا خيار له؛ لأن العقد قد تم،

وسقط الخيار، فلا يعود. (٤)

(٥) فيصير رؤية الوكيل كرويته.

(٦) الواو للحال.

(٧) أى قول الحسن.

(٨) عند الإمام.

(٩) أى القدورى. (عنى)

(١٠) أو الأثواب، أو الأشياء الأخر المتفاوتة في الآحاد.

(١١) قوله: "كيلا يكون [الرد] تفريقاً الخ" وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث: «أن النبي ﷺ نهى عن

تفريق الصفقة»، فإن قيل: ينبغى أن يكون في هذه الصورة ولاية رد أحد الثوين الذى لم يره، لقوله عليه السلام: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه». قلنا: العمل بموجب قوله عليه السلام: «نهى عن تفريق الصفقة» أولى من حديث خيار الرؤية لوجوه أحدها: أن موجب قوله: نهى عن تفريق الصفقة محكم فى إفادة التحريم، أى موجه ثابت فى جميع الصور، وموجب قوله عليه السلام: من اشترى شيئاً لم يره غير ثابت فى جميع الصور، ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا سيب، أو أعتق أحد العبدین، أو دبره، فكان النهى عن تفريق الصفقة راجحاً، أو لأن قوله: نهى محرم، والمحرّم راجع على النهى، أو لأن قوله: «نهى عن تفريق الصفقة» متأخر عن المبيح، وإلا يلزم تكرار النسخ لما عرف. (ك)

(١٢) أى لزوم تفريق الصفقة قبل التمام.

(١٣) لأن تمام الصفقة بتمام الرضا، وإذا لا يكون قبل الرؤية.

(١٤) قوله: "وبعده" يريد به إذا قبضه مستتراً، أما إذا قبضه وهو يراه يبطل خياره، وتتم الصفقة. (ك)

(١٥) أى لأجل عدم تمام الصفقة.

(١٦) المشتري.

(١٧) أى رد المبيع.

الأصل^(١). ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره؛ لأنه لا يجرى فيه الإرث عندنا، وقد ذكرناه في خيار الشرط^(٢).

ومن رأى شيئاً، ثم اشتراه بعد مدة، فإن كان على الصفة التي رآه، فلا خيار له؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة، وبفواته^(٣) يثبت الخيار إلا^(٤) إذا^(٥) كان^(٦) لا يعلمه^(٧) مرثيه لعدم الرضا به.

وإن وجده^(٨) متغيراً^(٩)، فله الخيار؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فكأنه لم يره، وإن اختلفا^(١٠) في التغير فالقول قول البائع^(١١)؛ لأن التغير حادث^(١٢)، وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة^(١٣) على ما قالوا^(١٤)؛ لأن الظاهر شاهد^(١٥)

(١٨) أى قضاء القاضى.

(١٩) أى رضا البائع.

(٢٠) أى الرد بخيار الرؤية.

(١) قوله: "من الأصل" أى من الابتداء لعدم تحقق الرضا بعدم العلم بصفات المعقود عليه، فلا يحتاج إلى القضاء والرضا. (عينى)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" من أن خيار الشرط لا يقبل الانتقال؛ لأنه مشية، وهو عرض لا ينتقل، والإرث فيما ينتقل، فكذا خيار الرؤية. (٤)

(٣) فيبين ثبوت الخيار، والعلم بالأوصاف منافاة.

(٤) استثناء من قوله: فلا خيار له.

(٥) فله الخيار.

(٦) قوله: "إلا إذا كان [المشتري] إلخ" وإنما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى بأن يتوهم أن علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالأوصاف، وههنا لما كان البيع مرثياً من قبل، ولم يتغير كان العلم بها حاصلًا، فلا يكون له الخيار، وذلك لأن الأمر وإن كان كذلك لكن شرط الرضا، وحيث لا يعلم أنه مرثيه لم يرض به فكان له الخيار. (عناية)

(٧) أى لا يعلم أنه هو الذى رآه. (ك)

(٨) بعد الشراء.

(٩) عما رآه.

(١٠) قوله: "وإن اختلفا [العاقدان]" بأن قال المشتري: قد تغير، وقال البائع: لم يتغير. (عينى)

(١١) مع اليمين.

(١٢) قوله: "لأن التغير حادث" لأنه إنما يكون بعيب، أو تبدل هيئة، وكل منهما عارض، والمشتري يدعيه، والبائع منكر وتمسك بالأصل، فإن سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه. وقيل: هو الرؤية السابقة، وقيل: هو البيع البات الخالى عن الشروط المفسدة ظاهراً، والأصل لزوم العقد، والقول قول المنكر مع يمينه. (٤)

(١٣) قوله: "إلا إذا بعدت إلخ" استثناء من قوله: فالقول قول البائع، أى فحينئذ يكون القول قول المشتري، لأن الظاهر شاهد للمشتري، لأن الشيء قد يتغير بطول الزمان، ومن شهد له الظاهر فالقول له. (عينى)

(١٤) أى المتأخرون. (٤)

(١٥) ألا ترى أن الحجارية الشابة لا تبقى شابة بعد عشرين سنة.

للمشتري، بخلاف^(١) ما إذا اختلفا في الرؤية لأنها^(٢) أمر حادث، والمشتري ينكره، فيكون القول قوله. قال^(٣): ومن اشترى عدل زطى^(٤) ولم يره^(٥)، فباع منه ثوباً، أو وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها^(٦) إلا من عيب، وكذلك خيار الشرط^(٧)؛ لأنه^(٨) تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام^(٩)، لأن

(١) متصل بقوله: فالقول للبائع. (ك)

(٢) قوله: "لأنها إلخ" يعني لأن البائع ياعى على المشتري العلم بالصفات، وأنه أمر حادث، والمشتري ينكره، فالقول قوله مع اليمين. (عناية)

(٣) أى محمد في "الجامع الصغير". (عوى)

(٤) قوله: "عدل زطى [باريك طرف منه بر پشت ستور برند. غث] إلخ" الزط جيل [گروه] من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية، كذا في "المغرب". وقيل: جيل من الناس بسواد العراق، وفي "قانون المسعودى" لأبي ربحان محمد بن أحمد البيروني: لوهاور، هو مدينة لزط بين نهري جند وبياه، وفي "لوامع النجوم": الزط جيل من السودان من السند. وفي القاموس: الزط - بالضم - جيل من الهند معرب جت، والقياس يقتضى فتح مغربه أيضاً، والواحد زطى كذا في "سبحه المرجان". وفي "الكفاية": ولناظر "الجامع الصغير": ومن اشترى عدل زطى ولم يره، وقبضه فباع منه ثوباً، وإنما قيد بالقبض لأنه لو لم يكن مقبوضاً لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة، ولأنه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلاثة من خيار الشرط، والرؤية، والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها لعدم تمام الصفقة، فيلزم التفريق، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب، لأنه إذا اشترى شيئاً ولم يقبضهما، ثم وجد بأحدهما عيباً، فليس له أن يرد المعيب خاصة، بل يردهما إن شاء. (مل)

قوله: "عدل زطى إلخ" أعلم أولاً أنه لا بد من قيد القبض، ولذا قال في "الكافي": "ومن اشترى عدل زطى، ولم يره، فقبضه فباع إلخ، وذلك لوجهين: أحدهما أنه لو لم يكن ذلك العدل مقبوضاً لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة مع التسليم، كذا في "شرح الوقاية". وثانيهما: أن الخيارات الثلاثة من خيار الشرط، وخيار الرؤية، وخيار العيب سواء عند عدم القبض في عدم جواز رد شيء من تلك الثياب لعدم تمام الصفقة قبل القبض، فلا يصح حينئذ قوله: إلا من عيب. وثانياً: أن قوله: وسلمه لا بد منه فإن الهبة بدون التسليم غير لازمة، ولا تفيد الملك. وثالثاً: أنه لا فرق بين القيميات والمثلثات من مكبل أو موزون، أو عادي متقارب في هذا الحكم، فإن العلة هو لزوم التفريق قبل التمام، وهو غير جائز في المثلث أيضاً، كذا في "رد المحتار". ورابعاً: أنه لا تخصيص بالبيع والهبة، فإن الحكم كذلك لو لبس ثوباً منها حتى تغير، كذا في "كافي الحاكم"، وقال الخبير الرملي: وكذا الحكم لو استهلكه، أو هلك، أو كان عبداً فمات، أو أعتقه. (سقاية)

(٥) وقبضه. (٤)

(٦) أى من الثياب الزطية. (٤)

(٧) قوله: "وكذلك خيار الشرط" أى ليس له أن يرد شيئاً منها بخيار الشرط إذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط، فقبضه وباع منه ثوباً، أو وهب. (ك)

(٨) قوله: "لأنه تعذر الرد [لتعلق حق الدير] إلخ" تو ضيحه: أن الثوب الذي بيع خرج عن ملك هذا المشتري، ودخل في ملك المشتري الثاني، أو الموهوب له، فتعذر الرد فيه لتعلق حق الغير، فلو رد ما بقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، وهو لا يجوز، ووجه اللزوم أن خيار الرؤية بخيار الشرط يمنعان تمام الصفقة، فإن تمامها يكون بانتهاها ولزومها، وهذا ان الخياران يمنعان الانتهاء واللزوم، ألا ترى أنه يجوز الرد بهذين الخيارين بغير قضاء ولا رضا. (سقاية)

(٩) قوله: "تفريق الصفقة [وهو ممنوع] إلخ" وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز اعتباراً بابتداء الصفقة فإنه إذا أو جب البيع في الشئين لا يملك المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الأضرار بالبائع لجرى العادة بضم الجيد إلى الردي، ترويحاً للردي بالجيد، كذا قيل. (مل)

خيار الرؤية والشرط يمينان تمامها^(١)، بخلاف خيار العيب^(٢)؛ لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله^(٣)، وفيه^(٤) وضع المسألة، فلو عاد^(٥) إليه بسبب هو فسخ^(٦)، فهو على خيار الرؤية^(٧)، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسى. وعن أبي يوسف^(٨) أنه لا يعود بعد سقوطه^(٩) كخيار الشرط، وعليه^(١٠) اعتمد القدورى.

باب خيار العيب^(١١)

وإذا^(١٢) اطلع المشتري على عيب فى المبيع، فهو بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده؛ لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة^(١٣)، فعند فواته يتخير

(١) قوله: "يمينان تمامها" لأن تمامها بالرضا، ولا رضا مع وجودهما.

(٢) قوله بخلاف خيار العيب إلخ" توضيح المقام: أن الصفقة لا تتم مع خيار العيب قبل القبض، فلو وجد المشتري عيباً بثوب قبل القبض فله أن يردها إن شاء، وليس له أن يرد المبيع خاصة لعدم تمام الصفقة قبل القبض، ولذا لا يحتاج فى الرد إلى رضئ البائع، ولا إلى القضاء. وأما بعد القبض فالصفقة تتم مع خيار العيب، حيث لا يمكن الرد بعد القبض بحكم خيار العيب إلا بالرضا أو القضاء، فلو وجد بثوب منها عيباً بعد القبض له أن يرد المبيع خاصة إن شاء لغرور من البائع. وأما قوله: وفيه وضع المسألة، أى فى المقبوض وضع مسألة "الجامع الصغير"، ولذا استثنى فيها بقوله: إلا من عيب. (سقاية)

(٣) قوله: "وإن كانت لا تتم قبله [فى خيار العيب]" أى قبل القبض، لأن تمام الصفقة إنما يحصل بانتهاء الأحكام والمقصود، وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد، فقبل القبض لو وجد عيباً فى ثوب منها يردها لعدم تمام الصفقة قبل القبض، وأما بعد القبض فلو وجد بأحدها يرد المبيع خاصة؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، لأنه رضئ بالعقد على اعتبار السلامة، والسلامة عن العيب ثابتة من حيث الظاهر، فكانت الصفقة تامة، ولهذا لا يملك الرد بحكم العيب بعد القبض إلا برضا أو قضاء، وفى خيار الشرط والرؤية يتفرّد بالرد، كذا فى "الكفاية" و"العينى". (مل)

(٤) أى فى المقبوض.

(٥) الثوب.

(٦) قوله: "بسبب هو فسخ" بأن رد المشتري الثانى بالعيب بقضاء القاضى، أو رجم عن الهبة. (٤)

(٧) فجاز أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانم. (٤)

(٨) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" فى فتاوى قاضى خان، وهو الصحيح. (ك)

(٩) لأن الساقط لا يعود. (٤)

(١٠) أى على قول أبى يوسف.

(١١) قوله: "باب خيار العيب" أحر خيار العيب لأنه يمنع اللزوم وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافة الشئ

إلى سببه. (٤)

(١٢) هذا كلام القدورى. (سقاية)

(١٣) قوله: "لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة" أى سلامة المعقود عليه، فكانت سلامته كالمشروط صريحاً لكونها مطلوبة عادة، فعند فوات وصف السلامة يتخير المشتري، إذ لو لزم العقد للزم بدون رضاه، ولا بد من رضاه. وإنما قال: مطلق العقد يقتضى إلخ لأن الغالب فى الأشياء السلامة، وكل واحد من العاقدين ذو عقل وتمييز، فيعرض عن أن يغبن رجلاً أو يغبن، فيقم العقد على وصف السلامة.

كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، وليس له أن يمسكه^(١) وبأخذ^(٢) النقصان^(٣)؛ لأن^(٤) الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن^(٥) في مجرد العقد^(٦)، ولأنه^(٧) لم يرض بزواله^(٨) عن ملكه^(٩) بأقل من المسمى^(١٠)، فيتضرر به^(١١)، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد^(١٢) بدون تضرره^(١٣)، والمراد^(١٤) به عيب كان عند البائع، ولم يره المشتري عند البيع، ولا عند القبض، لأن ذلك^(١٥) رضا به.

قال^(١٦): وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار^(١٧) فهو عيب، لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك^(١٨) بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته^(١٩) عرف أهله.

فإن قلت: إن وصف السلامة لما كان من لوازم مطلق العقد، وإذا فات اللازم فات الملزوم، فبفواته ينتفى العقد لأنه يتخير. قلت: إن المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو العقد اللازم، ومن انتفاءه لا يلزم انتفاء العقد، كذا في "العناية". (مل)

(١) أى المبيع المعيوب.

(٢) من البائع.

(٣) أى نقصان العيب.

(٤) أى لأن الفئات وصف، والأوصاف إلخ.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" لأن الثمن عين، فيكون مقابلاً بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم، فأنى يقابله عين متقوم، ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف والأصل، وفيه تسوية بين الأصل والتبع، أو بالوصف فقط، وفيه ترجيح التبع على الأصل أو بالأصل دون الوصف وهو المرام. (كفاية)

(٦) قوله: "في مجرد العقد" احتراز به عما إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو قطع البائع يد المبيع قبل القبض، فإنه يسقط به نصف الثمن، لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً، بأن يتمتع الرد لحق البائع بالتعيب عند المشتري، أو لحق الشرع بالجناية. (كفاية)

(٧) أى البائع.

(٨) المبيع.

(٩) وفي إمساكه وأخذ النقصان زواله بأقل، فلم يكن مرضيه. (٤)

(١٠) أى الثمن المسمى.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "ودفع الضرر إلخ" جواب عما يقال: إن المشتري أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيوب. (س)

(١٣) قوله: "بدون تضرره [البائع]" فإن قيل: البائع إذا باع معيباً، فإذا هو سليم، فالبائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب، ولا خيار له، ونبلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما، أو عدمه لهما. وأجيب: بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه، وممارسته طول زمانه، فأنزل عالماً بصفة ملكه، فلا يكون له الخيار، وإن ظهر بخلافه، وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع، فلو أزمنا العقد من العيب تضرر من غير علم حصل له، فيثبت له الخيار. (عناية)

(١٤) أى فى قول المصنف على عيب.

(١٥) أى رؤية العيب عند إحدى الحالتين.

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) أى فى عرفهم.

(١٨) فالتضرر بانتقاص القيمة.

والإباق^(١)، والبول^(٢) في الفراش، والسرقة^(٣) في الصغير عيب ما لم يبلغ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب، حتى يعاوده^(٤) بعد البلوغ، ومعناه: إذا ظهرت^(٥) عند البائع في صغره، ثم حدثت عند المشتري في صغره، فله أن يرده، لأنه^(٦) عين ذلك^(٧)، وإن حدثت^(٨) بعد بلوغه لم يرده، لأنه^(٩) غيره^(١٠)، وهذا^(١١) لأن سبب هذه الأشياء^(١٢) يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة^(١٣)، وبعد الكبر لداء^(١٤) في الباطن، والإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة لقلّة المبالاة^(١٥)، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن، والمراد^(١٦) من الصغير من يعقل^(١٧)، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا أبق^(١٨)، فلا يتحقق عيباً.

(١٩) أى معرفة قيمته.

(١) قوله: "والإباق [بالكسر: كـريختن بنده. م]" مدة السفر، أو ما دونه عيب لأن الإباق إنما كان عيباً لأنه يوجب فوات المنافع على المولى، وفي هذا المعنى السفر وما دونه سواء، ولو أبقّت من الغاصب إلى مولاها فهذا ليس بإباق، وإن أبقّت فلم ترجع إلى الغاصب، ولا إلى المولى، وهى تعرف منزل مولاها، وتقوى على الرجوع إليه، فهذا عيب، وإن كانت لا تعرف منزل مولاها، أو لا تقوى على الرجوع فهو ليس بعيب. (كفاية)

(٢) قوله: "والبول إلخ" فى "الإيضاح": والسرقة والبول فى الفراش فى حالة الصغر قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب، لأنه لا يعقل ما يفعل، وبعد ذلك فهو عيب ما دام صغيراً، وكذا الإباق. (ك)

(٣) قوله: "والسرقة" وإن كانت أقل من عشرة دراهم عيب، لأن السرقة إنما كانت عيباً لأن الإنسان لا يأمن من السارق على مال نفسه، وفى حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء، والعيب فى السرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى، أو من غيره إلا فى المأكولات، فإن سرق ما يؤكل لأجل الأكل من المولى لا يعد عيباً، ومن غير المولى يعد عيباً، وسرقة ما يؤكل لا لأجل الأكل بل للبيع عيب من المولى وغيره. (كفاية)

(٤) قوله: "حتى يعاوده" أى يعاد، وذلك العيب بعد البلوغ فى يد البائع، ثم يبيعه، فيعاوده فى يد المشتري. (مل)

قوله: "حتى يعاوده" عواد بالكسر باز كشتن بادل كار ومرة بعد أخرى خواستن چیزی راد. (من)

(٥) هذه الأشياء.

(٦) أى لأن الذى حدث عند المشتري.

(٧) أى الذى وجد عند البائع.

(٨) عند المشتري.

(٩) أى لأن الذى حدث عند المشتري.

(١٠) أى غير الذى ظهر عند البائع.

(١١) إشارة إلى إيضاح الفرق بين الحالتين.

(١٢) أى الإباق وغيره.

(١٣) آبدان كه جاى بول باشد. (من)

(١٤) مرض.

(١٥) باک نداشتن.

(١٦) فى المتن.

(١٧) أى يأكل ويشرب وحده.

قال^(١): والجنون^(٢) في الصغرى عيب أبدأ، ومعناه إذا جن في الصغرى في يد البائع، ثم عاوده في يد المشتري فيه، أو في الكبر يرده، لأنه عين الأول^(٣) إذ السبب في الحالين^(٤) متحد، وهو فساد العقل^(٥)، وليس معناه^(٦) أنه لا يشترط^(٧) المعاودة في يد المشتري، لأن الله تعالى قادر على إزالته، وإن^(٨) كان قل ما يزول، فلا بد من المعاودة للرد. قال^(٩): والبخر^(١٠) والذفر^(١١) عيب في الجارية، لأن المقصود^(١٢) قد يكون الاستفراش، وهما يخلان به، وليس بعيب في الغلام، لأن المقصود^(١٣) هو الاستخدام ولا يخلان به، إلا أن يكون^(١٤) من داء^(١٥)؛ لأن الداء عيب، والزنا^(١٦)

(١٨) فلا يجرى عليه حكم الآبق.

(١) أى محمد فى "الجامع". (عينية)

(٢) قوله: "والجنون إلخ" قال بعضهم: الجنون وإن كان ساعة عيب، وقال بعضهم: إن كان أكثر من يوم وليلة فهو عيب، وأما يوم وليلة فما دونه ليس بعيب، وقال بعضهم: العيب عيب، وغير المطبق ليس بعيب. (عناية)

(٣) الذى وجد عند البائع.

(٤) قوله: "فى الحالين" أى فى الحال الذى كان عند البائع، والحال الذى كان عند المشتري. (عينية)

(٥) قوله: "وهو فساد العقل" لأن العقل معدنه القلب، وشعاعه فى الدماغ، والجنون هو انقطاع ذلك الشعاع، وهو لا يختلف باختلاف السبب. (درر)

(٦) قوله: "وليس معناه [أى معنى قول المصنف: عيب أبدأ]" أن المعاودة فى يد المشتري ليست بشرط كما مال إليه شمس الأئمة الحلوانى، وشيخ الإسلام، وهو رواية "المنتقى" بناء على أن آثاره لا ترتفع، لأن الله تعالى قادر على إزالته بحيث لا يبقى من أثره شيء، والأصل فى العتد اللزوم، فلا يثبت ولاية الرد إلا المعاودة، وهو المذكور فى "الأصل" و"الجامع الكبير". (٤)

(٧) أى للرد.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى القدورى (عينية)

(١٠) قوله: "والبخر إلخ" البخر تن رائحة الفم، والذفر رائحة مؤذية هى من الإبط، كذا فى "الميسوط"، وذكر فى "المغرب": الذفر مصدر دفر إذا خبثت رائحته، وبالسكون النزع، وأما الذفر -بالذال المعجمة- فبالتحريك لا غير - وهو حدة الرائحة أينما كانت، ومن مسك إذفر، وإبط ذفراء، وهو مراد الفقهاء فى قولهم، والبخر والذفر عيب فى الجارية، وهكذا فى الرواية. (ك)

(١١) بوى تيز وتند نخوش يا ناخوش. (من)

(١٢) من الجارية.

(١٣) من الغلام.

(١٤) قوله: "إلا أن يكون إلخ" أو يكون فاحشاً يمتع القرب من المولى لأنه داء. (زيلعى)

(١٥) مرض.

(١٦) قوله: "والزنا إلخ" أى كون الجارية زانية عيب، وكذا كونها متولدة من الزنا عيب، لأن الأول يخل بالمقصود فى الجارية، وهو الاستفراش، والثانى يخل بالمقصود، وهو طلب الولد فإن الولد يعير بأمه إذا كانت ولد الزنا. (مل)

وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام؛ لأنه يخل بالمقصود في الجارية، وهو الاستفراش وطلب الولد، ولا يخل^(١) بالمقصود في الغلام، وهو الاستخدام، إلا^(٢) أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا، لأن اتباعهن^(٣) يخل بالخدمة^(٤).

قال^(٥): والكفر عيب فيهما^(٦)؛ لأن طبع المسلم يتنفر عن صحبتته^(٧)، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات^(٨)، فتختل الرغبة^(٩)، فلواشتراه على أنه كافر، فوجده مسلماً لا يرده، لأنه زوال العيب^(١٠)، وعند الشافعي يرده^(١١)، لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم، وفوات الشرط بمنزلة العيب.

قال: فلو كانت الجارية^(١٢) بالغة لا تحيض، أو هي مستحاضة فهو عيب؛ لأن ارتفاع الدم^(١٣) واستمراره علامة الداء^(١٤)، ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ^(١٥)، وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة، ويعرف^(١٦) ذلك بقول الأمة^(١٧)، فترد، إذا

(١) قوله: "ولا يخل" فإن قلت: لو وجد الغلام زانياً لا يؤتمن على الجوارى، فيكون الزنا عيباً فيه. قلت: إذا كانت الجوارى مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن، وإذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر، فلا يكون الزنا عيباً فيه، كذا قال الفقيه أبو الليث في "شرح الجامع الصغير". (سقاية)

(٢) قوله: "إلا أن يكون الزنا عادة له" وذلك بأن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين. (زيلعي)

(٣) أى اتباع الغلام لهن.

(٤) قوله: "يخل بالخدمة" وفي بعض النسخ بعد هذا القول هكذا، والزوجية عيب، وكذا العدة إذا كانت من طلاق رجعي، لأن النكاح قائم بخلاف العدة من طلاق بائن، فلما انقضت العدة قبل الرد لم يرده، لأن العيب قد زال، قال: والكفر إلخ، والمعنى أنه إذا اشترى أمة وهي منكوحه الغير، فهذه الزوجية عيب.

(٥) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) أى فى الغلام والجارية.

(٧) الكافر.

(٨) قوله: "فى بعض الكفارات" أى كفارة القتل عند الكل لتقييد الإيمان فى نصها، وكفارة اليمين والظهار عند

البعض. (مل)

(٩) وهو سبب لتقصان الثمن.

(١٠) قوله: "لأنه زوال العيب" وزوال الشيء لا يكون إياه كما إذا اشترى معيباً، فإذا هو سليم فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على أنه كافر للبراءة من عيب الكفر لا للشرط بأن يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة. (٤)

(١١) قوله: "يرده" لفوات الشرط المرغوب، فاستبعاد الكافر مقصود لأن فيه إذلاله، قلنا: ذا يرجع إلى الديانة لا إلى

المالية. (مل)

(١٢) قوله: "الجارية" عدم الحيض فى الصغيرة ليس بعيب، وكذا إذا بلغ بسن الإياس.

(١٣) أى انقطاعه.

(١٤) مرض.

(١٥) أدناها تسعة سنة.

(١٦) قوله: "ويعرف ذلك [أى الارتفاع والاستمرار] إلخ" لأنه لا يعرفها غيرها. (زيلعي)

انضم إليه^(١) نكول^(٢) البائع قبل القبض^(٣) وبعده، هو الصحيح^(٤).

قال^(٥): "وإذا حدث عند المشتري عيب، واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع^(٦) بالنقصان، ولا يرد المبيع؛ لأن في الرد إضراراً بالبائع؛ لأنه^(٧) خرج عن ملكه سالمًا^(٨)، ويعود معيباً فامتنع^(٩)، ولا بد^(١٠) من دفع الضرر عنه، فتعين الرجوع بالنقصان^(١١)، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه^(١٢) بعيبه، لأنه رضى بالضرر^(١٣). قال^(١٤): "ومن اشترى ثوباً فقطعه، فوجد به عيباً رجع بالعيب؛ لأنه امتنع

(١٧) المشترة.

(١) قوله: إذا انضم إليه إلخ "فإن قول الأمة مقبول في توجه الخصومة، وليس بحجة، فلا بد من الحجة، وهي البينة أو النكول. (مل)

(٢) أى الإعراض عن الحلف.

(٣) قوله: "قبل القبض إلخ" وعن أبى يوسف ترد قبلة بلا يمن البائع لضعف البيع، حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضا، وصح الفسخ للعقد الضعيف بجهة ضعيفة.

قالوا: فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة، ذكره فى "الكافى"، ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا يسمع دعواه، وفى المدينة: يسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف، وأربعة أشهر وعشر عند محمد، وعن أبى حنيفة وزفر ستان. وجملة الأمر فيه إذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا، سأل القاضى البائع فإن أقر بما ادعاه المشتري ردها على البائع، وإن أنكر قيام العيب للحال، وهو الانقطاع لا يحلف عند أبى حنيفة على ما يجىء إن شاء الله تعالى، وإن أقر بقيامه فى الحال، وأنكر أنه كان عيباً عنده يحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل رد عليه، وإن أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان عند البائع. قال فى "الكافى": لا يقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه، فيتيقن القاضى بكذبهم بخلاف ما إذا شهدا أنها مستحاضة، لأن الاستحاضة ورود الدم، فيطلع عليه. (زبلى)

(٤) قوله: "هو الصحيح" لأن شهادة النساء فيما لا يظلم عليه الرجال مقبولة فى توجه الخصومة فقط. (ع)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "فله أن يرجع بالنقصان" أى بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباً به، فما كان بينهما من عشر أو سدس، أو ثمن يرجع به على البائع. (عينى)

(٧) المبيع.

(٨) عن عيب حدث عند المشتري.

(٩) الرد.

(١٠) لأن مطلق العقد يقتضى السلامة. (ع)

(١١) قوله: "فتعين الرجوع بالنقصان" لأن الجزء الفائت صار مستحقاً للمشتري بالعقد، وقد تعذر تسليمه إليه، فيرد حصته من الثمن، ولا يقال: الفائت وصف، فلا يقابله شيء من الثمن، لأنه صار مقصوداً بالمنع، فيكون له حصة من الثمن. فإن قيل: إن اشترى بغيراً فنحره، فلما شق بطنه وجد أمعاء فاسدة لا يرجع بنقصان العيب عند أبى حنيفة، وههنا قال: يرجع بالنقصان. قلنا: الفرق بينهما أن النحر إفساد للمالية، لأنه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقة، فيختل معنى قيام المبيع فى فصل النحر دون القطع. (ك)

(١٢) الحادث.

(١٣) قوله: "لأنه رضى بالضرر" فيتخير المشتري حينئذ إن شاء رده وإن شاء رضى به، وليس له أن يرجع

الرد^(١) بالقطع، فإنه عيب حادث^(٢)، فإن قال البائع: أنا أقبله كذلك^(٣) كان له ذلك، لأن^(٤) الامتناع لحقه^(٥)، وقد رضى به^(٦) فإن باعه^(٧) المشتري لم يرجع بشيء، لأن الرد غير ممتنع^(٨) برضا البائع، فيصير هو بالبيع حاسباً للمبيع، فلا يرجع بالنقصان. فإن قطع الثوب^(٩) وخاطه، أو صبغه^(١٠) أحمر، أو لت^(١١) السوق بسمن، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه؛ لامتناع الرد بسبب الزيادة^(١٢)، لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل^(١٣) بدونها؛ لأنها لا تنفك عنه^(١٤)، ولا وجه إليه^(١٥) معها، لأن الزيادة ليست بمبيعة^(١٦) فامتنع^(١٧) أصلاً.

بالنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من أخذه. (زيلي)

(١٤) أى محمد. (عيني)

(١) إلى البائع.

(٢) فالبائع يتضرر برده معها. (٤)

(٣) أى مقطوعاً.

(٤) للرد.

(٥) قوله: "لحقه" بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه، لأن الامتناع لحق الشرع. (زيلي)

(٦) فأسقط حقه.

(٧) أى الثوب المقطوع، وقد علم بالعيب بعد القطع قبل البيع.

(٨) قوله: "لأن الرد غير ممتنع" لأنه جاز أن يقول البائع كنت أقبله كذلك، فلم يكن الرد ممتنعاً برضا البائع. (٤)

(٩) كالخياطة وغيرها.

(١٠) قوله: "أو صبغه أحمر" أما لو صبغه أسود فكذلك الجواب عند أبي يوسف، لأن السواد زيادة كالحمرة،

وعند أبي حنيفة السواد نقصان كالقطع. (نهاية)

(١١) بالفتح وتشديد تاء: تركردن پست وما نند آن. (م)

(١٢) قوله: "لامتناع الرد بسبب الزيادة" الحاصل أن الزيادة نوعان: متصلة ومنفصلة، والمتصلة نوعان: متولدة

كالسمن والجمال، وهى لا تمتنع الرد بالعيب، لأن فسخ العقد ثم فى الزيادة ممكن، لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتضرع، والاتصال، ومتصلة غير متولدة كالصبغ، والخياطة واللت، وهى تمتنع الرد بالعيب اتفاقاً.

والمنفصلة نوعان: متولدة كالولد والثمر وهى تمتنع الرد بالعيب، لأنه لا سبيل إلى فسخه مقصوداً، لأن العقد لم يرد على الزيادة، ولا سبيل إلى فسخه تبعاً لانقطاع التبعية بالانفصال، وغير متولدة من المبيع كالكسب، وهى لا تمتنع الرد بالعيب، بل يفسخ العقد فى الأصل دون الزيادة، ويسلم الزيادة للمشتري مجاناً، بخلاف الولد.

والفرق: أن الكسب ليس بمبيع بحال، لأنه تولد من المنافع، وهى غير الأعيان، والولد تولد من المبيع، فيكون له حكم المبيع، فلا يجوز أن يسلم له مجاناً لما فيه من الربا، لأنه يبقى فى يده بلا عوض فى عقد المعاوضة، والربا اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض يقابله. (ك)

(١٣) أى أصل الثوب والسويق.

(١٤) عن الأصل.

(١٥) أى إلى الفسخ.

(١٦) قوله: "لأن الزيادة ليست بمبيعة" لأن العقد لم يرد على الزيادة، فلا يرد عليها الفسخ ضرورة، إذ فسخ العقد

وليس للبائع أن يأخذه^(١)؛ لأن الامتناع^(٢) لحق الشرع^(٣) لا لحقه^(٤)، فإن باعه^(٥) المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان، لأن الرد^(٦) ممتنع^(٧) أصلاً قبله^(٨)، فلا يكون بالبائع حاسباً للمبيع^(٩)، وعن هذا^(١٠).

قلنا: إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً يرجع، لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة^(١١)، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه^(١٢). قال^(١٣): من اشترى عبداً فأعتقه، أو مات عنده، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه، أما الموت فلأن^(١٤) الملك ينتهي^(١٥)

رفعه، فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد. (ك)

(١٧) الرد.

(١) أى المبيع مع الزيادة.

(٢) قوله: "لأن الامتناع إلخ" أى لأن امتناع الرد لحق الشرع للزيادة الحادثة، وهى فى معنى الربا، وحرمة الربا فى

حق الشرع. (ك)

(٣) لأنه ربا. (زيلعى)

(٤) البائم.

(٥) أى الثوب المقطوع المخيط، أو المصبوغ، أو السويق المتوت بسمن.

(٦) إلى البائم.

(٧) للزيادة الحادثة فى الثوب من ملك المشتري. (ك)

(٨) أى قبل بيع المشتري.

(٩) قوله: "فلا يكون إلخ" لأن الامتناع بسبب الزيادة، بخلاف القطع من غير خياطة. (زيلعى)

(١٠) قوله: "وعن هذا" أى عما قلنا: إن المشتري متى كان حاسباً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب، ومتى لم يكن

حاسباً له يرجع. (ع)

(١١) قوله: "قبل الخياطة" لأنه بالقطع للصغير صار واجباً للثوب له مسلماً إليه، وصار الأب قابضاً عنه، وحق الرد

الذى هو الحق الأصلى صار باطلاً بالقطع، فبطل البذل، وهو الرجوع بالنقصان، لأنه صار حاسباً للمبيع، وفى الثانى وهو صورة كون الولد كبيراً بعده، أى بعد الخياطة بالتسليم إليه، أى إلى ولده الكبير، فىكون له الرجوع بالنقصان، لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلماً إليه، لأن الأب لا يصير قابضاً عن ولده الكبير، فلما خاطه خاطه عن ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رداً للشرع لا بالهبة والتسليم، فصار وجود الهبة والتسليم وعدمها سواء، فىرجع بالنقصان، لأنه لم يكن حاسباً للمبيع. (عينى)

(١٢) ولد.

(١٣) أى القدرى. (عينى)

(١٤) قوله: "فلأن الملك ينتهى به" فإن الملك فى الآدمى باعتبار المالية، وانتهت ماليته بانتهاى الحياة، إذ المالية بعد

الموت لا تتحقق، فانتهى الملك بالموت، فامتنع الرد، وفيه إضرار للمشتري بما ليس من فعله، وهو الموت، فىرجع بالنقصان دفعا للمضر. فإن قلت: إذا صبغ الثوب أحمر فامتنع الرد بفعله، أى الصبغ مع أنه يرجع بالنقصان، فما ذا وجهه؟

قلت: امتناع الرد فى الصبغ ليس بسبب نفس ذلك الفعل، أى الصبغ بل بسبب وجود الزيادة، فكان الامتناع لحق الشرع، وهو شبهة الربا، وحينئذ فالمراد من قوله: والامتناع إلخ أن امتناع الرد يثبت حكماً للموت لا بفعله، أى لا بفعله

به^(١)، والامتناع^(٢) حكماً لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع، لأن الامتناع^(٣) بفعله^(٤)، فصار كالقتل^(٥)، وفي الاستحسان يرجع، لأن العتق إنهاء^(٦) الملك، لأن الآدمي ما خلق في الأصل^(٧) محلاً للملك^(٨)، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً^(٩) إلى الإعتاق، فكان إنهاء، فصار كالموت.

وهذا^(١٠) لأن الشيء يتقرر^(١١) بانتهاؤه^(١٢)، فيجعل كأن الملك باقٍ، والرد متعذر، والتدبير والاستيلاء بمنزلته^(١٣)، لأن تعذر النقل مع^(١٤) بقاء المحل بالأمر^(١٥) الحكمي^(١٦)، وإن أعتقه^(١٧) على مال لم يرجع^(١٨) بشيء، لأنه حبس بدله^(١٩)، وحبس البديل كحبس المبدل^(٢٠)، وعن أبي حنيفة أنه يرجع، لأنه إنهاء للملك^(٢١)، وإن^(٢٢) البديل كحبس المبدل^(٢٣).

الذي يوجب الزيادة، فتأمل. (مل)

(١٥) أى يتم.

(١) أى بالموت.

(٢) للرد.

(٣) للرد.

(٤) وذلك يمنع الرجوع. (٤)

(٥) قوله: "فصار كالقتل" فإن المشتري إذا قتل العبد الذى اشتراه، ثم اطعم فيه على عيب، فإنه لا يرجع. (عيني)

(٦) إتمام، الإنهاء منتهى شدن، كذا فى "تاج اللغات".

(٧) أى فى أصل الحلقة.

(٨) فإن الأصل فى الآدمى الحرية.

(٩) والموقت إلى وقت ينتهى بانتهاؤه. (٤)

(١٠) أى الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء. (عيني)

(١١) يتكامل.

(١٢) ألا ترى أنه يثبت الولاء بالعتق، والولاء أمن آثار الملك.

(١٣) قوله: "بمنزلته" لأنهما لا يزيلان الملك، ولكن المحل بهما يخرج من أن يكون قابلاً للنقل من ملك إلى ملك،

فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقةً أو حكماً، فيرجع بنقصان العيب، لأنه استحق ذلك الملك بوصف

السلامة، كما لو تعيب عند المشتري. (ك)

قوله: "بمنزلته" فى الرجوع بالنقصان عند اطلاع العيب.

(١٤) احتراز عن الموت.

(١٥) لا بفعله. (عيني)

(١٦) احتراز عن القتل.

(١٧) العبد الذى اشتراه.

(١٨) بعد وجدان العيب.

(١٩) إذ هو أزال ملكه عنه بعوض.

(٢٠) فصار كالبيوع.

كان بعوض. فإن قتل^(١) المشتري العبد^(٢)، أو كان^(٣) طعاماً فأكله^(٤) لم يرجع^(٥) بشيء عند أبي حنيفة، أما القتل فالمذكور^(٦) ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يرجع، لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوى^(٧)، فصار كالموت حتف أنفه^(٨)، فيكون إنهاء^(٩). ووجه الظاهر: أن القتل لا يوجد^(١٠) إلا مضموناً^(١١)، وإنما يسقط الضمان^(١٢) ههنا باعتبار الملك، فيصير كالمستفيد به^(١٣) عوضاً، بخلاف الإعتاق، لأنه^(١٤) لا يوجب الضمان لا محالة^(١٥) كإعتاق المعسر^(١٦) عبداً مشتركاً. وأما الأكل فعلى الخلاف، وعندهما^(١٧) يرجع^(١٨)، وعنده لا يرجع استحساناً،

(٢١) قوله: "لأنه إنهاء للملك" لأن المال فيه ليس بأمر أصلى، بل من العوارض، ولهذا يثبت الولاية. (٤)

(٢٢) فصار كالموت.

(٢٣) الواو وصلية.

(١) قوله: "فإن قتل" فى نسخة العينى ههنا وجد، قال أى القدورى.

(٢) المبيع.

(٣) الذى اشتراه.

(٤) ثم اطلع على عيب.

(٥) بالنقصان.

(٦) أى قوله: لا يرجع.

(٧) من القصاص والدية.

(٨) قوله: "حتف أنفه" حتف بالفتح مرگ، مات فلان حتف أنفه: مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. قيل: هذا فى آدمى، ثم عم فى كل حيوان إذا مات بغير سبب، وخص الأنف لأنه أراد أن روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه، ولأنهم كانوا يتخيّلون أن روح المريض تخرج من أنفه، والجريح من جراحته. (من)

(٩) للملك.

(١٠) قوله: "لا يوجد إلا مضموناً" لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس فى الإسلام دم مفرح» أى مبطل. (عناية)

(١١) بالقصاص أو الدية.

(١٢) قوله: "وإنما يسقط الضمان" عن المولى ههنا، أى فى قتل المولى عبده باعتبار أن القاتل مالك للمقتول، فيصير المولى كمن استفاد بالملك عوضاً، لأنه سلمت له نفسه، إذ لو لم يكن عبده لوجب عليه القصاص، أو القيمة، وبالملك لم يجب، فصار كما لو باع وأخذ الثمن، وهناك لا يرجع بنقصان العيب، فكذا ههنا.

وقال فى النهاية وفى الكفاية: فإن قيل: هذا يشكّل بالقطع واخياطة، فإنهما فعلان مضمونان، ومع ذلك يرجع بالنقصان. قلنا: إنما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعى، ولا كذلك ههنا، فإن الرد امتنع بفعل مضمون. (مل)

(١٣) أى بالملك.

(١٤) قوله: "لأنه لا يوجب إلخ" أى ليس بموجب للضمان فى غير الملك مطلقاً لعدم نفوذه فيه، ومن أحد الشريكين إذا كان معسراً فقد تخلف عن الضمان. (٤)

(١٥) فلم يصر به مستعيضاً، فلا يتم الرجوع.

(١٦) تنگدست، وحيثذ يسمى العبد.

(١٧) قوله: "وعندهما يرجع" وفى "الخلاصة": والفترى على قولهما. (نهاية)

وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب^(١) حتى تخرق^(٢)، لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشراؤه^(٣)، ويعتاد فعله فيه، فأشبهه^(٤) الإعتاق^(٥)، وله أنه تعذر الرد بفعل^(٦) مضمون منه^(٧) في المبيع، فأشبهه البيع^(٨) والقتل، ولا معتبر^(٩) بكونه مقصوداً، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع^(١٠)، فإن أكل بعض الطعام، ثم علم بالعيب، فكذا الجواب^(١١) عند أبي حنيفة، لأن الطعام كشيء واحد، فصار كبيع البعض^(١٢)، وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل^(١٣)، وعنهما^(١٤) أنه يرد^(١٥) ما بقي، لأنه لا يضره^(١٦) التبعض.

قال: ومن اشترى بيضاً، أو بطيخاً^(١٧)، أو قثاء^(١٨)، أو خياراً^(١٩)، أو جوزاً^(٢٠)،

(١٨) بالنقصان.

(١) الذي اشتراه.

(٢) ثم اطعم على عيب عند البائع.

(٣) أى الأكل واللبس.

(٤) من حيث إنه إنهاء الملك.

(٥) وفيه الرجوع.

(٦) قوله: "بفعل مضمون" لأن الأكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير، وباعتبار الملك استفاد البراءة،

فذلك بمنزلة عوض سلم له. (٤)

(٧) المشتري.

(٨) أى بيع المشتري.

(٩) جواب عن قياس الصاحبين.

(١٠) بالنقصان.

(١١) قوله: "فكذا الجواب [أى لا يرجع]" أى لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما أكل وما بقي، لأن الطعام في

الحكم كشيء واحد، فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض، فصار كبيع البعض، أى إذا باع بعضه، ثم وجد به عيباً لا يرجع بالنقصان، لا في المزال ولا في الباقي عندنا، لأن امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه. (ك)

(١٢) دون البعض، وفي البيع لا يرجع.

(١٣) قوله: "في الكل" أى فيما أكل، وما لم يؤكل، وليس له أن يرد الباقي، لأن الطعام كشيء واحد، فيتبع

بالتبعض، وأكل الكل لا يتم الرجوع عندهما، فأكل البعض أولى. (زيلعى)

(١٤) قوله: "وعنهما إلخ" وفي بيع البعض عنهما روايتان: في إحداهما: لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة،

وهو المذكور هنا، لأن الطعام كشيء واحد، فبيع البعض فيه كبيع الكل، وفي الأخرى: يرد ما بقي، لأنه لا يضره التبعض، ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتباراً للبعض بالكل. (٤)

(١٥) ويرجع بنقصان ما أكل.

(١٦) الطعام.

(١٧) خربزه.

(١٨) قوله: "أو قثاء" بفارسي خيارزه، وبهندي ككزى نامند. (مخزن الأدوية)

فكسره^(١) فوجده فاسداً^(٢)، فإن لم ينتفع به^(٣) رجع بالثمن كله؛ لأنه ليس بمال^(٤)، فكان البيع باطلاً، ولا يعتبر^(٥) في الجوز صلاح قشره على ما قيل، لأن^(٦) ماليته^(٧) باعتبار اللب، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده^(٨)، لأن الكسر عيب حادث، ولكنه يرجع بنقصان العيب، دفعاً للضرر^(٩) بقدر الإمكان، وقال الشافعي: يرده، لأن الكسر^(١٠) بتسليطه^(١١)، قلنا: التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه^(١٢)، فصار كما إذا كان ثوباً، فقطعه. ولو وجد البعض فاسداً وهو^(١٣) قليل جاز البيع استحساناً، لأنه لا يخلو عن قليل فاسد^(١٤)، والقليل ما لا يخلو عنه

(١٩) بادرنگ.

(٢٠) أو غيره من الفواكه. (٤)

(١) أى بغير علم به، وأما بالكسر بعد العلم فدلليل الرضا. (زيلعى)

(٢) بأن كان منتناً أو مرأ. (٤)

(٣) قوله: "فإن لم ينتفع به" أى لم ينتفع به أصلاً بحيث لا يصلح لأكل الناس، ولا للعلف، قال الإمام الحلواني: هذا إذا ذاقه فوجده كذلك، فتركه، فإن تناول شيئاً منه بعد ما ذاقه لا يرجع عليه بشيء، وما لا ينتفع به أصلاً كالقرع إذا وجده مرأ، والبيضة إذا كانت مذرة. (ك)

(٤) قوله: "لأنه ليس بمال" إذ المال ما ينتفع به فى الحال أو ثانى الحال، فإذا كان لا ينتفع به أصلاً لا يكون محلاً للبيع، فبطل البيع. (عيني)

(٥) قوله: "ولا يعتبر الخ" جواب سؤال، وهو أن اتعليل يصح فى البيض لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز فربما يكون لقشره قيمة فى موضع يستعمل الحطب لهزته، فيجوز أن يكون العقد صحيحاً فى القشر بحصة لمصادفة الحبل، ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب إليه بعض مشايخنا. (٤)

(٦) قوله: "لأن ماليته باعتبار اللب" دون القشر، وإذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع، فوقع باطلاً، فيرد القشر، ويرجع بكل الثمن، وعلى هذا إذا كان المبيع بيض النعامة، فوجدها بالكسر مذرة، ذكر بعض المشايخ: أنه يرجع بنقصان العيب، وهذا الفصل يجب أن يكون بلا خلاف، لأن مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه، وإن كان مما ينتفع به فى الجملة، ولم يرده لتعيبه بالكسر الحادث، لكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان من الجانبين. (٤)

(٧) جوز، أى قبل الكسر. (ك).

(٨) إلا إذا رضى البائع بذلك لأنه أسقط حقه. (زيلعى)

(٩) من الجانبين.

(١٠) وإن كان عيباً حادثاً، فصار كأنه فعله ورضى به.

(١١) البائع.

(١٢) قوله: "لا فى ملكه" أى فى ملك البائع لأنه بالبيع لم يبق ملكه، فلم يكن التسليط إلا فى ملك المشتري، وذلك هدر لعدم ولايته عليه، فصار كما إذا كان المبيع ثوباً فقطعه، ثم وجده معيباً، فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع وإن حصل التسليط منه لكونه هدرأ. (عيني)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) فهو كالتراب فى الحنطة، فلو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه. (ك)

الجوز عادة كالواحد والاثنتين في المائة، وإن كان الفاسد كثيراً^(١) لا يجوز^(٢)، ويرجع^(٣) بكل الثمن، لأنه جمع بين المال وغيره، فصار كالجمع^(٤) بين الحر وعبده.

قال^(٥): ومن باع عبداً، فباعه^(٦) المشتري، ثم رد عليه بعيب، فإن قبل^(٧) بقضاء القاضى بإقرار^(٨)، أو بيينة، أو بإبائه يمين، له^(٩) أن يرده على بائعه، لأنه فسخ^(١٠) من الأصل، فجعل البيع^(١١) كأن لم يكن^(١٢) غاية^(١٣) الأمر^(١٤) أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء، ومعنى القضاء بالإقرار أنه^(١٥) أنكر الإقرار، فأثبت بالبيينة، وهذا بخلاف^(١٦) الوكيل بالبيع إذا رد^(١٧) عليه بعيب بالبيينة حيث

(١) وهو أن يكون في المائة أكثر من ثلاثة. (ك)

(٢) في الكل.

(٣) قوله: "ويرجع بكل الثمن" عند أبى حنيفة لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما لا قيمة له، وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحاً، وهو الأصح، وقيل يفسد العقد في الكل إجماعاً، لأن الثمن لم يفصل. (كفاية)

(٤) في البيع.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى بعد القبض، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز.

(٧) الرد.

(٨) قوله: "ياقرار" ومعنى القضاء بالإقرار أن الخصم أى المشتري الثانى ادعى على المشتري الأول الإقرار بالعيب، والمشتري الأول أنكره، فأثبت الخصم بالبيينة، وإنما احتج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره، لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه، لأنه إقالة. أو بيينة: قامت عليه عند القاضى من جهة المشتري الثانى لما أنكر المشتري الأول قبوله بالرد. أو إبائه يمين: يعنى لما عجز المشتري الثانى عن إقامة البيينة، وتوجه على المشتري الأول باليمين، فأبى عن اليمين، وحكم القاضى عليه بالنكول، كذا قيل. (ملخص الحواشى)

(٩) أى للمشتري الأول.

(١٠) قوله: "لأنه فسخ" فإن قلت: إن المبيع لو كان عقاراً لا يبطل حق الشفيع فى الشفعة، وإن كان الرد بالعيب بالبيينة، ولو كان فسخاً من الأصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الأصل. قلنا: إن حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد، وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى. (ك)

قوله: "لأنه" أى لأن الرد على المشتري الأول فسخ للبييع الثانى.

(١١) الثانى.

(١٢) والبييع الأول قائم، فله الرد بالعيب. (عناية)

(١٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" هذا جواب سؤال، بأن يقال لما أنكر البائع الثانى العيب، فكيف يصح رده على بائعه بالعيب الذى أنكره، إذ ذاك مناقضة منه، فأجاب عنه بأنه ارتفعت المناقضة لما كذبه الشارع فيه فى إنكاره، وفيه خلاف محمد. (ك)

(١٤) أى غاية أمر المشتري.

(١٥) المشتري الأول.

(١٦) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" متعلق بمحذوف تقديره، والبيع الأول قائم بنفسه، فلم يفسخ بانفساخ الثانى، بخلاف الوكيل إلخ. (نهاية)

يكون^(١) ردًا على المولى، لأن البيع هناك^(٢) واحد^(٣)، والموجود ههنا^(٤) بيعان، فبفسخ الثاني لا يفسخ الأول^(٥).

وإن قبل^(٦) بغير قضاء القاضى ليس^(٧) له أن يرده، لأنه^(٨) بيع جديد فى حق ثالث وإن^(٩) كان فسحاً فى حقهما^(١٠)، والأول^(١١) ثالثهما^(١٢). وفى الجامع الصغير: "وإن رد عليه^(١٣) بإقراره بغير قضاء ببيع^(١٤) لا يحدث مثله لم يكن له^(١٥) أن يخاصم الذى باعه، وبهذا^(١٦) يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله^(١٧)، وفيما لا يحدث سواء^(١٨)، وفى بعض^(١٩) روايات البيوع^(٢٠) أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول.

(١٧) المبيع.

(١٨) هذا الرد.

(١٩) أى فى فصل الوكيل.

(٢٠) فإذا فسخ الفسخ فى حق الموكل. (ك)

(٢١) أى فى بيع المشتري.

(٢٢) قوله: "لا يفسخ الأول" ولهذا لا يكون الرد على المشتري الأول ردًا على بائعه. (عيني)

(٢٣) أى المشتري الأول الرد.

(٢٤) قوله: "ليس له إلخ" لأن الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما إذ لا ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضى لأن له ولاية عامة. (زيلعى)

(٢٥) قوله: "لأنه بيع [أى لأن هذا الرد]" لأنه لا ولاية لهما على الرد بعد القبض. (زيلعى)

(٢٦) الواو وصلية.

(٢٧) المشترين.

(٢٨) أى البائع الأول.

(٢٩) المشترين.

(٣٠) المشتري الأول.

(٣١) كالإصبع الزائدة أو الناقصة.

(٣٢) المشتري الأول.

(٣٣) أى بمسألة "الجامع الصغير".

(٣٤) كالكرواح والأمراض. (نهاية)

(٣٥) قوله: "سواء" وذلك لأنه لا يتمكن من الرد فيما لا يحدث مثله مع التيقن بوجوده عند البائع الأول، فكان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما حدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري. (عيني)

(٣٦) قوله: "وفى بعض الروايات إلخ" والصحيح رواية "الجامع الصغير"، لأن الرد بغير قضاء يعتمد التراضى، فيكون بمنزلة بيع جديد فى حق غيرهما، وهو البائع الأول، فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول ليخاصمه. (٤)

(٣٧) أى بيوع الأصل.

قال^(١): "ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن^(٢) حتى يحلف البائع، أو يقيم المشتري البينة^(٣)؛ لأنه^(٤) أنكر^(٥) وجوب دفع الثمن حيث^(٦) أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أو لا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع، ولأنه لو قضى^(٧) بالدفع^(٨)، فلعله يظهر العيب^(٩)، فينتقض القضاء، فلا يقضى به^(١٠) صوتاً لقضائه^(١١)، فإن قال المشتري^(١٢): "شهودى بالشام^(١٣) استحلف

(١) أى محمد. (عنى)

(٢) من القاضى.

(٣) قوله: "أو يقيم المشتري البينة إلخ" قال فى "الفوائد الظهيرية": وفى هذا التركيب نظر، لأنه جعل أحد الأمرين أى حلف البائع وإقامة المشتري البينة غاية لنفى الإيجاب على أداء الثمن، فيلزم أن يكون نفى الإيجاب منتها على إقامة البينة، فإن أقام البينة على العيب يجبر على دفع الثمن، وهذا باطل، فإنه يرد المبيع عند إقامة البينة، فكيف يجبر على دفع الثمن حينئذ، وقد تكلف من نظر فى الهداية، والجامع الصغير لإصلاح هذه العبارة. وأنا أبين صلاحها بوجهه: الأول: أن الكلام يتضمن لفظاً عاماً يندرج فيه الغائتان، وتقدير العبارة، هكذا لم يجبر على دفع الثمن، حتى يظهر وجه حكم الإيجاب عند حلف البائع، أو عدم الإيجاب عند إقامة البينة، كذا نقل فى "العناية". والثانى ما اختاره صاحب "النهاية"، وهو أن قوله: أو يقيم المشتري إلخ معطوف على لم يجبر، وليس بمعطوف على قوله: يحلف البائع، فيستقيم المعنى.

والثالث: أن الانتظار يستلزم عدم الإيجاب، فمعنى قوله: لم يجبر إلخ ينتظر من قبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم، أى ينتظر حتى يحلف البائع أو يقيم إلخ، فإن حلف البائع يخبر بدفع الثمن، وإن أقام بينة يرد بالعيب. والرابع: أن كلمة أو بمعنى إلا، وهذا استثناء من الحلف، أى لم يجبر حتى يحلف البائع إلا أن يقيم المشتري إلخ، فيستمر حينئذ عدم الإيجاب، كذا قيل.

والخامس: أن هذا الكلام من قبيل اللف والنشر التقديرى، تقديره لم يجبر المشتري على دفع الثمن، ولا يكون للمشتري حق الرد على البائع حتى يحلف البائع، أو يقيم المشتري بينة.

والسادس: أن هذا من قبيل التعليق بالمحال، يعنى إذا استقام أن يجبر على دفع الثمن فيما إذا أقام المشتري بينة على العيب جاز الجبر، وقد علم أنه لا يستقيم، فلا يجبر، وهذا نظير ما قال بعض شراح "المشكاة" فى قوله عليه السلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، فافهم. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٤) قوله: "لأنه أنكر إلخ" فإن قيل: فى هذا التعليق فساد الوضع، لأن صفة الإنكار تقتضى إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة بالحديث، والجواب: أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة، وهو فيه مدعى ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن أولاً وإن كان فى الصورة منكر. (عناية)

(٥) على نفسه.

(٦) قوله: "حيث أنكر إلخ" لأن حق المشتري فى المسلم لا فى العيب، ووجوب دفع الثمن أولاً إنما هو ليتعين حق البائع بإزاء تعين المبيع، فحيث أنكر تعين حقه فى المبيع، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً، وفى إنكار العلة إنكار المعلول. (ب)

(٧) القاضى.

(٨) أى بدفع الثمن.

(٩) قوله: "فلعله يظهر العيب إلخ" فإن قيل: ما ادعاه المشتري من العيب موهوم فلا يعارض المتحقق، وهو وجوب تسليم الثمن. قلنا: فيه صيانة القضاء عن النقص. (كفاية)

(١٠) أى بالدفع.

البائع، ودفع الثمن، يعنى إذا حلف^(١)، ولا ينتظر حضور الشهود، لأن فى الانتظار ضرراً بالبائع، وليس^(٢) فى الدفع كثير ضرر به، لأنه على حجته^(٣)، أما إذا نكل^(٤) ألزم العيب، لأنه حجة فيه^(٥).

قال^(٦): **ومن اشترى^(٧) عبداً فادعى^(٨) إياقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده، والمراد^(٩) التحليف على أنه لم يأتق عنده، لأن القول وإن^(١٠) كان قوله^(١١) ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب^(١٢) به^(١٣) فى يد المشتري، ومعرفة^(١٤)**

(١١) عن النقص.

(١٢) حين مطالبة الشهود.

(١٣) والمراد به مدة السفر إلى ثلاثة أيام ونيلها.

(١) قوله: "إذا حلف" يعنى إذا حلف بأن قال: بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع، وما به هذا العيب. (عيني)

(٢) قوله: "وليس فى الدفع كثير ضرر إلخ" فيه بحث، فإن فى بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضى، وقد تقدم بطلانه، والجواب أن القاضى ههنا قد قضى ههنا بأداء الثمن إلى حين حضور الشهود لا مطلقاً، فلا يلزم البطلان. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه على حجته" لأنه لو حضر شهوده كان بسبيل من إقامة البينة ورد المبيع على البائى، واسترداد الثمن. (ك)

(٤) حين طلب المشتري الحلف.

(٥) قوله: "لأنه حجة فيه" أى فى ثبوت العيب، بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة، ولهذا لم يحلف فيها.

(٦) أى محمد. (عيني)

(٧) قوله: "ومن اشترى إلخ" إذا ادعى المشتري إياق العيب المشتري، وكذبه البائع فالقاضى لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده، فإن أقام بينة أنه أبق عنده يسمع دعواه، ويقال للبائع: هل كان عندك هذا العيب فى الحالة التى كانت عند المشتري، فإن قال: نعم، رده عليه وإن أنكرو وجوده عنده سأل القاضى المشتري ألك بينة، فإن أقامها عليه رده، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف أنه لم يأتق عنده. (عناية)

(٨) قوله: "فادعى إياقاً" أى جاء المشتري بالعيب إلى البائع، وقال: بعنى أبقاً، وإنما وضع المسألة فى الإباق لأن العيب إذا كان ظاهراً، وهو مما لا يحدث مثله، كالإصبع الزائدة والناقصة، فإن القاضى يقضى بالرد من غير تحليف إذا طلب المشتري، لأننا تيقنا بوجوده عند البائع. أو باطناً لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال يرجع إلى قول الأطباء فى حق سماع الدعوى، وتوجه الخصومة. أو عيياً تطلع عليه النساء كالقرن والرتق يرجع إلى قول النساء فى توجه الخصومة، فلا يتأتى فى هذه المواضع تحليف البائع على قيام العيب فى يد المشتري فى الحال، ولا يحتاج المشتري إلى إقامة البينة على قيامه فى الحال، وإنما يثبت بالبينة مالا يعرف إلا بالتجربة كالإباق، والسرقة، والبول فى الفراش، والجنون. (ك)

(٩) أى بالتحليف فى قوله: لم يحلف إلخ.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) لكونه منكرأ. (عناية)

(١٢) قوله: "إنما يعتبر [لأن السلامة أصل، والعيب عارض. ع] إلخ" وفيه بحث وهو: إن سلامة الذم عن الدين أصل، والشغل به عارض، كما أن السلامة عن العيب أصل، والعيب عارض، فأى فرق بين ما نحن فيه، وبين ما إذا ادعى على الآخر ديناً، وأنكر المدعى عليه ذلك فإن القاضى يسمع دعواه، ويأمر الخصم بالجواب وإن لم يثبت قيام الدين بالحال. وأوجب: بأن قيام الدين فى الحال لو كان شرطاً لاستماع الخصومة لم يبق سبيل المدعى إلى إحياء حقه، لأنه ربما لا

بالحجة. فإذا أقامها حلف بالله تعالى^(١) لقد باعه، وسلّمه إليه، وما أبق عنده قط، كذا قال في الكتاب^(٢)، وإن شاء حلفه^(٣) بالله ما له^(٤) حق الرد عليك من الوجه الذي يدعى، أو بالله ما أبق عندك قط، أما لا يحلفه^(٥) بالله لقد باعه وما^(٦) به هذا العيب، ولا بالله لقد باعه، وسلّمه وما^(٧) به هذا العيب، لأن فيه ترك النظر للمشتري، لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم، وهو^(٨) موجب للرد، والأول^(٩) ذهول عنه، والثاني^(١٠) يوهم تعلقه^(١١) بالشرطين^(١٢)، فيتأوله^(١٣) في اليمين

يكون له بينة أو كانت له بينة، لكنه لا يقدر على إقامتها بموت أو غيبة، بخلاف ما نحن فيه، لأن توسل المشتري إلى إحياء حقه ممكن، لأن العيب إذا كان مما يعاين ويشاهد أمكن إثباته بالتعرف عن آثاره، وإن لم يعرف بالآثار أمكن التعرف عنه بالرجوع إلى الأطباء والقوابل. (عناية)

(١٣) أى بالعبد.

(١٤) أى معرفة قيام العيب به فى يد المشتري.

(١) قوله: "حلف بالله الخ" فإن قيل: الإباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم دون البتات، والجواب: أنه استحلاف على فعل نفسه فى المعنى، وهو تسليم العقود عليه سليماً كما التزم. (٤)

(٢) قوله: "فى الكتاب" أى "المبسوط"، وقيل: المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير. (عناية)

(٣) أى القاضى.

(٤) قوله: "ما له الخ" أى ليس للمشتري حق الرد، عليك أيها البائع بالسبب الذى يدعيه المشتري "أو بالله" أى أو حلفه بالله "ما أبق عندك قط" يعنى أو حلفه القاضى بهذا الوجه، فيقول البائع: بالله ما أبق قط، وإنما قال: عندك لأن القاضى يخاطب البائع كذلك، فإذا حلف أضاف إلى نفسه. (عنى)

(٥) القاضى.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العيب.

(٩) قوله: "والأول" أى التحليف بقوله: بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم، فإذا حلف البائع على العيب بهذا الوجه يتضرر المشتري، لأن البائع صادق فى حلفه، فلا يحلفه. (عنى)

(١٠) قوله: "والثانى" وهو قوله: لقد باعه وسلّمه وما به هذا العيب، يوهم تعلقه بالشرطين، لأنه حينئذ يتعلق الخنث به، فإذا كان وقت التسليم، ولم يكن وقت البيع لا يحنث، فيدفع الرد بهذا التأويل، فيتضرر به المشتري.

والأصح أن البائع لا يبر فى يمينه إلا إذا لم يكن العيب موجوداً فى البيع، والتسليم أصلاً، لأنه ينفى العيب عند البيع، وعند التسليم، فيحنث إذا كان متعيباً فى أحدهما، وفى قوله: يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك فى يمينه، هذه ليس بصحيح. كذا فى "الكفاية". ولقائل أن يقول: فى عبارة المصنف تسامح، لأنه قال: أما لا يحلفه الخ، وعلله: بأنه يوهم الخ، وقالوا: إنما قال يوهم لأن ذلك التأويل ليس بصحيح، فإذا لم يكن التأويل صحيحاً كان التحليف به جائزاً، وهو يناقض قوله: لا يحلف إلا إذا حمل النفى على الوجه الأحوط، فيستقيم، كذا فى "العناية". (مل)

(١١) أى تعلق عدم العيب.

(١٢) بيع وتسليم.

(١٣) قوله: "فيتأوله [البائع]" اعلم أن ما ذكره القدورى مقيد بقيود، والأول: عدم نفي المشتري الأول بعد الرد

عند قيامه^(١) وقت التسليم دون البيع، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده، وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما، واختلف^(٢) المشايخ على قول أبي حنيفة. لهما: أن الدعوى^(٣) معتبرة حتى يترتب عليها البينة، فكذا يترتب التحليف، وله على ما قاله البعض^(٤): إن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، وليست تصح إلا من خصم، ولا يصير^(٥) خصماً فيه^(٦) إلا بعد قيام العيب^(٧)، وإذا نكل^(٨) عن اليمين^(٩) عندهما يحلف^(١٠) ثانياً للرد على الوجه الذي^(١١) قدمناه^(١٢)، قال رضى الله عنه^(١٣): إذا كان الدعوى فى إباق الكبير يحلف^(١٤) ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال، لأن الإباق فى الصغر لا يوجب^(١٥) رده بعد

عليه بالعيب، فإنه لو قال بعد الرد عليه ليس به عيب لا يرده على البيع الأول، كذا فى "الفتح".

والثانى: عدم حدوث العيب الآخر عند المشتري الأول، فإنه لو كان كذلك، فلا يرده على بائعه، بل يرجع عليه بنقصان القديم، كذا فى "الدر المختار".

والثالث: وقوع بيع المشتري الأول قبل اطلاعه على العيب، كذا فى "البحر".

والرابع: وقوع بيع المشتري الأول بعد قبضه، فإن البيع قبل القبض لا يجوز.

والخامس: ادعاء المشتري الثانى على المشتري الأول أن العيب كان فى يد البائع الأول. (السقاية)

قوله: "فيتأوله" تأول الكلام بمعنى أول الكلام ست أى بدان كرد آنچه كلام بران باز ميگردد. (من)

(١) العيب.

(٢) وهو المذكور فى النوادر، وذكره الطحاوى وهو اختيار المصنف، وقيل: لا خلاف فى هذه المسألة. (٤)

(٣) أى دعوى المشتري.

(٤) من عدم التحليف.

(٥) قوله: "ولا يصير [المشتري] إلخ" ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف، فإن دعوى

الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى فضلاً عن صحتها بل تقوم على ما لا دعوى فيه

أصلاً، كما فى الحدود، بخلاف التحليف، والفرق: أن التحليف شرع لقطع الخصومة، فكان مقتضياً سابقة الخصم، ولا

يكون المشتري ههنا خصماً إلا بعد إثبات قيام العيب فى يده، ولم يثبت كما تقدم، وأما البينة فمشروعة لإثبات كونه خصماً. (٤)

(٦) أى فيما ذكرنا.

(٧) بالحجة الشرعية، وقد عجز عنها. (٤)

(٨) البائم.

(٩) بأننا ما نعلم أنه أبق عنده.

(١٠) قوله: "يحلف ثانياً" فإن حلف برئ، وإن نكل يثبت العيب عند البائم، فيرد عليه. (عيني)

(١١) أى على البينات بالله لقد باعه وسلمه إلخ. (ك)

(١٢) من قوله: بالله ما له حق الرد إلخ.

(١٣) أى المصنف. (عيني)

(١٤) البائم.

(١٥) قوله: "لا يوجب إلخ" فلو حلف مطلقاً كان ترك النظر فى حق البائم، لأنه إذا أبق فى يد المشتري بعد البلوغ،

البلوغ. قال: ومن اشترى جارية، وتقابضا^(١) فوجد بها عيبا، فقال البائع^(٢): بعتك هذه، وأخرى معها، وقال المشتري: بعتهما وحدها، فالقول قول المشتري، لأن الاختلاف في مقدار المقبوض، فيكون^(٣) القول للقابض^(٤) كما في الغصب^(٥)، وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا^(٦) في المقبوض^(٧) لما بينا^(٨).

قال^(٩): ومن اشترى عبدین صفقة واحدة، فقبض أحدهما^(١٠)، ووجد بالآخر عيباً، فإنه يأخذهما^(١١)، أو يدعهما؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما^(١٢)، فيكون تفريقها^(١٣) قبل التمام، وقد ذكرناه^(١٤)، وهذا^(١٥) لأن القبض له شبه^(١٦) بالعقد، فالتفريق فيه كالتفريق^(١٧) في العقد. ولو وجد بالمقبوض عيباً^(١٨) اختلفوا فيه، ويروى

وقد كان أبق في يد البائع في الصغر، ومثل هذا الإباق غير موجب للرد، فيمتنع البائع عن الخلف حذراً عن اليمين الكاذبة، فيقضى عليه برد العبد بسبب نكوله مع أنه ليس للمشتري ولاية الرد، فيضرر. (نهاية)

(١) قوله: "وتقابضا" أي قبض البائع الثمن والمشتري الجارية.

(٢) قوله: "فقال البائع إلخ" فائدة دعوى البائع أنه جر نفعه بتقصي الثمن على تقدير الرد، ولهذا قال: وتقابضا. (درر)

(٣) لأنه أعرف بما قبضه. (٤)

(٤) أميناً كان أو ضميناً.

(٥) قوله: "كما في الغصب" فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه، فقال المغصوب منه: غصبت مني غلامين، وقال الغاصب: غصبت غلاماً واحداً، فالقول قول الغاصب، لأنه القابض. (عيني)

(٦) قوله: "واختلفا إلخ" بأن كان المبيع جاريتين، فاختلفا، فقال البائع: قبضتتهما، وقال المشتري: ما قبضت إلا أحدهما، فالقول للمشتري. (عيني)

(٧) أي في مقدار المقبوض. (ك)

(٨) قوله: "لما بينا" من أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا أولى، لأن كون المبيع شيتين أمانة ظاهرة على أن المقبوض كذلك، لأن العقد عليهما سبب مطلق لقبضهما. (٤)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) وهو سليم.

(١١) أي ليس له أن يرد المبيع خاصة. (عناية)

(١٢) أي رد أحدهما ههنا.

(١٣) وهو ممنوع.

(١٤) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى قوله قبيل باب خيار العيب أن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله. (ك)

(١٥) أي أن التفريق في القبض لا يجوز. (٤)

(١٦) قوله: "له شبه إلخ" من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف، وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك الرقبة، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد. (٤)

(١٧) قوله: "كالتفريق إلخ" فلو قال بعث منك هذين العبدين، فقال: قبلت أحدهما لم يصح، فكذا هذا. (عيني)

(١٨) فيما إذا اشترى عبيدين، فقبض أحدهما.

عن أبي يوسف أنه يرده ^(١) خاصةً، والأصح أنه يأخذهما، أو يردهما، لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع، وهو اسم للكل ^(٢)، فصار ^(٣) كحبس المبيع ^(٤) لما تعلق ^(٥) زواله باستيفاء الثمن لا يزول ^(٦) دون قبض جميعه ^(٧)، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً يرده خاصةً ^(٨) خلافاً لـ زفر ^(٩)، هو يقول: فيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة ^(١٠) جرت ^(١١) بضم الجيد إلى الرديء، فأشبهه ^(١٢) ما قبل القبض، وخيار الرؤية، والشرط ^(١٣).

ولنا: أنه ^(١٤) تفريق الصفقة ^(١٥) بعد التمام ^(١٦)، لأن بالقبض تتم الصفقة ^(١٧) في خيار العيب، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم ^(١٨) به على ما مر ^(١٩)، ولهذا ^(٢٠)

(١) قوله: "أن يرده" وجهه أن الصفقة تامة في حق المقبوض، فبالنظر إليه لا يلزم تفريق الصفقة. (٤)

(٢) أى لكل ما وقع عليه العقد، فما لم يقبض الكل لا يتم الصفقة. (ك)

(٣) أى تمام الصفقة.

(٤) أى لأجل الثمن.

(٥) قوله: "لما تعلق إلخ" فكذا ههنا لما تعلق تمام الصفقة بالقبض وجب أن يتعلق بقبض الكل لا ببعضه اعتباراً لجانب المبيع بجانب الثمن. (نهاية)

(٦) أى حق الحبس.

(٧) الثمن.

(٨) قوله: "يرده خاصة" قيل هذا في شيئين يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع كالعبدین، أما إذا لم يكن كزوجي الخف ومصراعى الباب فإنه يردهما أو يمسكهما، حتى قال مشايخنا: إذا اشترى زوجي ثور، فقبضهما فوجد بأحدهما عيباً وقد ألف أحدهما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك الرد المعيب خاصة. (ك)

(٩) فإن عنده ليس إلا أن يردهما.

(١٠) قوله: "لأن العادة جرت إلخ" فإذا جاز رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع، وفيه ضرر. (مل)

(١١) بين التجار لرواج الرديء.

(١٢) قوله: "فأشبهه ما قبل القبض [بجامع دفع الضرر]" بأن اشترى عبيدين ولم يقبضهما، إن شاء أخذهما وإن شاء

ردهما حين وجدان العيب، ولا يرد أحدهما. (مل)

(١٣) فإن الصفقة لا تتم فيهما بعد القبض أيضاً، فكذا ههنا.

(١٤) قوله: "أنه تفريق [الرد] إلخ" وتضرر البائع إما لزم من تدليسه، فلا يلزم المشتري. لا يقال: لو كان كذلك لزم

التمكين من رد المعيب قبل قبضهما أيضاً لوجود التدليس منه، لأنه يستلزم التفريق قبل التمام، وأنه لا يجوز. (٤)

(١٥) وهو جائز.

(١٦) أى بعد تمام الصفقة.

(١٧) فيرد المعيب خاصة.

(١٨) لأن تمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا، ولم يوجد.

(١٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر في خيار الرؤية بقوله: لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض

وبعده، وما ذكره بعد بخطوط بخلاف خيار العيب، لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كان لا تتم قبله. (ك)

لو استحق^(١) أحدهما ليس له أن يرد الآخر.

قال: ومن اشترى شيئاً^(٢) مما يكال^(٣) أو يوزن^(٤)، فوجد ببعضه عيباً رده كله، أو أخذه كله، ومراده^(٥) بعد القبض^(٦) لأن المكيل إذا كان من جنس واحد^(٧) فهو كشيء واحد^(٨)، ألا ترى أنه يسمّى باسم واحد وهو الكر^(٩) ونحوه^(١٠)، وقيل: هذا^(١١) إذا كان في وعاء واحد، وإن كان في وعائين فهو بمنزلة عبدین حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر.

ولو استحق بعضه^(١٣) فلا خيار له^(١٤) في رد ما بقي؛ لأنه لا يضره^(١٥)

(٢٠) قوله: "ولهذا" أى ولأن الصفقة تتم بعد القبض، ولا تتم قبله لو استحق أحد العبدین بعد قبضهما ليس للمشتري أن يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه، لأنه تفريق بعد التمام، ولو استحق أحدهما قبل القبض له أن يرد الآخر لتفريق الصفقة فيه قبل التمام. كذا في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(١) معنى الاستحقاق في العبد أن يكون عبداً لشخص آخر غير البائع. (س)

(٢) إذا كان من نوع واحد. (زيلعي)

(٣) كالخنطة.

(٤) كالحديد.

(٥) أى محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عيني)

(٦) قوله: "بعد القبض" لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد الميب خاصة، وأما إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون، وأما فيهما فلا يجوز. (عيني)

(٧) وإذا كان من جنسين كالخنطة والشعير فالمشتري أن يرد الميب.

(٨) قوله: "فهو كشيء واحد" لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع، فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها، وإذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد، وفي الشيء الواحد إذا وجد بعينه معيباً ليس إلا رد الكل أو إمساكه، لأن رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهما في الأعيان المجتمعة عيب، فرد الميب خاصة رد بعيب زائد، وليس له ذلك، كذا في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(٩) قوله: "وهو الكر" اعلم أن الكر ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكايك، والمكوك صاع ونصف، وفي الجامع الصغير الحسامي: الكر اسم لأربعين قفيزاً. (عيني)

(١٠) كالوسق، وهو ستون صاعاً.

(١١) أى أخذ الكل، أو رد الكل.

(١٢) قوله: "حتى يرد إلخ" وكان الفقيه أبو جعفر يفتي به، ويزعم أنه رواية عن أصحابنا، وقالوا: لا فرق بين ما إذا كان في وعاء واحد أو أوعية ليس له أن يرد البعض بالعيب، وإطلاق محمد في الكتاب يدل عليه، وبه كان يقول شمس الأئمة السرخسي. (ك)

(١٣) أى بعض ما يؤكل أو يوزن بعد القبض. (عيني)

(١٤) المشتري.

(١٥) قوله: "لا يضره [المشتري] التبعض" وهذا هو الجواب عن أن يقال: إذا كان المكيل والموزون كشيء واحد يجب أن يكون له رد الباقي إذا استحق بعضه، كما في الثوب الواحد والعبد الواحد. (نهاية)

التبعض^(١)، والاستحقاق^(٢) لا يمنع تمام الصفقة، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك^(٣)، وهذا^(٤) إذا كان بعد القبض، أما لو كان ذلك^(٥) قبل القبض له^(٦) أن يرد الباقي^(٧) لتفرق الصفقة قبل التمام^(٨)، وإن كان ثوباً^(٩) فله الخيار؛ لأن التشقيص^(١٠) فيه^(١١) عيب، وقد كان^(١٢) وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، بخلاف^(١٣) المكيل والموزون. ومن اشترى جاريةً، فوجد بها قرحاً^(١٤)، فداواها^(١٥)، أو كانت^(١٦) دابة فركبها في حاجته فهو رضاء، لأن ذلك^(١٧) دليل قصده الاستبقاء^(١٨)، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار هناك^(١٩) للاختبار^(٢٠)، وأنه بالاستعمال، فلا يكون الركوب

(١) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيباً. (عيني)

(٢) قوله: "والاستحقاق إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن يقال: انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام، لأن تمامها بالرضا، والمستحق لم يكن راضياً، وتوجيه الجواب: أن الاستحقاق لا يمنع تمامها، لأنه برضا العاقد لا المالك، لأن العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه، وبالاستحقاق لا ينتفى ذلك. (جلبى)

(٣) المستحق.

(٤) أى كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد.

(٥) استحقاق.

(٦) المشتري.

(٧) على البائع.

(٨) قوله: "قبل التمام" لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقدين، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها. (عيني)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" يعنى إذا كان المبيع ثوباً، وقد قبضه المشتري، ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار في رد ما بقي، لأن التشقيص في الثوب عيب، لأنه يضر في ماليته، والانتفاع به، وإنما قلنا: وقد قبضه، لأنه لو ظهر الاستحقاق قبل القبض كان الثوب وغيره سواء في ثبوت الخيار في رد ما بقي، وإنما قلنا: ثم استحق بعض الثوب، لأن هذه المسألة مبنية على قوله: ولو استحق بعضه، كذا في "النهاية". (مل)

(١٠) أى التبعض.

(١١) الثوب.

(١٢) قوله: "وقد كان [أى عيب الشركة] إلخ" جواب عما يقال: إنه حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري، ومثله يمنع الرد بالعيب، وتقرير الجواب: أنه ليس بحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق، فلا يكون مانعاً. (٤)

(١٣) فإن التبعض ليس بعيب فيهما، فلا يضر. (عناية)

(١٤) ايش قرحة يكى. (من)

(١٥) المشتري.

(١٦) المشتراة.

(١٧) أى كل واحد من المداوات والركوب للحاجة.

(١٨) وإمساك العين.

(١٩) أى في خيار الشرط.

مسقطاً^(١). وإن ركبها^(٢) ليردها على بائعه، أو ليسقيها، أو ليشتري لها علفاً^(٣)، فليس برضا^(٤)، أما الركوب^(٥) للرد فلأنه^(٦) سبب الرد، والجواب^(٧) في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بداً منه^(٨)، إما لصعوبتها^(٩)، أو لعجزه^(١٠)، أو لكون العلف^(١١) في عدل^(١٢) واحد، وأما إذا كان يجد بداً منه^(١٣) لانعدام^(١٤) ما ذكرناه يكون^(١٥) رضا.

قال: ومن اشترى عبداً قد سرق، ولم يعلم به^(١٦) فقطع عند المشتري له أن يردّه^(١٧)، ويأخذ الثمن^(١٨) عند أبي حنيفة، وقالوا: يرجع بما بين^(١٩) قيمته سارقاً^(٢٠).

(٢٠) قوله: "للاختبار [آزمودن]" يعني أن خيار الشرط إنما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج إليه لذلك، فلو جعل اختياراً للملك لفات فائدة خيار الشرط، أما خيار العيب إنما شرع ليحصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول إلى الجزء الفائت، فيندفع الضرر، فلم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجاً إليه، وأنه تصرف لا يحل بدون الملك، فجعل دليل الرضا. (ك)

(١) للخيار.

(٢) قوله: "وإن ركبها ليردها إلخ" وإن اختلفا فقال البائع: ركبها لحاجتك، وقال المشتري: لا، بل لردها عليك فالقول للمشتري. (نهاية)

(٣) محرکه خورش ستورد جز آن. (من)

(٤) بالعيب.

(٥) قوله: "أما الركوب إلخ" ولا فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا، لأن في الركوب ضبط الدابة، وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر. (٤)

(٦) قوله: "فلأنه سبب الرد" فيكون مفضياً إليه ومقرراً له، ولا كذلك الركوب، للسقي واشتراء العلف. (ك)

(٧) أى حكم المتن.

(٨) ركوب.

(٩) في "الصحاح": الصعب نقبض الذلول. (نهاية)

(١٠) عن المشي لضعف أو كبر.

(١١) ولو كان في عدلين فحمل العلف بدون الركوب. (ن)

(١٢) باريك طرف كه بر پشت ستور نهند. (غث).

(١٣) ركوب.

(١٤) قوله: "لانعدام" أى لانعدام الأولين، وكون العلف في عدلين. (٤)

(١٥) الركوب.

(١٦) أى بسرقة لا وقت الشراء ولا وقت القبض. (ن)

(١٧) وإن شاء أمسكه ويرجع بنصف الثمن، فإن اليد من الآدمي نصفه.

(١٨) كله.

(١٩) قوله: "بما بين إلخ" أى بقدر واقع بين قيمة العبد حال كونه سارقاً تنتهي تلك القيمة إلى غير سارق، بأن يقوم سارقاً وغير سارق، فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، كذا قال العيني. (مل)

إلى غير سارق، وعلى هذا الخلاف^(١) إذا قتل بسبب وجد في يد البائع^(٢)،
والحاصل^(٣) أنه بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة^(٤) العيب عندهما. لهما: أن
الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وأنه لا ينافي المالية^(٥)، فنفس العقد
فيه^(٦)، لكنه^(٧) متعيب، فيرجع بنقصانه^(٨) عند تعذر رده^(٩)، وصار كما إذا
اشترى^(١٠) جارية حاملا، فماتت في يده^(١١) بالولادة فإنه يرجع^(١٢) بفضل ما بين قيمته
حاملا إلى غير حامل، وله: أن سبب الوجوب^(١٣) في يد البائع، والوجوب يفضى
إلى الوجود^(١٤)، فيكون الوجود مضافاً^(١٥) إلى السبب السابق^(١٦)، وصار كما إذا
قتل^(١٧) المغصوب، أو قطع^(١٨) بعد الرد^(١٩) بجناية وجدت في يد الغاصب، وما

(٢٠) منسوبة.

(١) بين الإمام وصاحبيه.

(٢) قوله: "سبب وجد [كالقتل العمد الردة. ك] إلخ" صورته: اشترى عبداً مباح الدم لثوب، أو ردة، أو
قطع طريق، فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة، وعنهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم،
فيرجع بفضل ما بينهما. (عيني)

(٣) قوله: "والحاصل [أى حاصل المسألة المذكورة]" أنه أى استحقاق القطع، أو كونه مباح الدم بمنزلة
الاستحقاق عنده، فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن، وكذلك ههنا، وبمنزلة العيب عندهما، فإذا ظهر عيب يرجع
بنقصان العيب، بأن يقوم عبداً قد وجب عليه القطع، وعبداً لم يجب عليه القطع، فيرجع بإزاء النقصان من الثمن. (عيني)

(٤) قوله: "بمنزلة العيب" أى العيب الذى كان فى يد البائع، واطلع المشتري عليه، وتعذر الرد. (مل)

(٥) ولهذا يجوز بيعه. (ك)

(٦) لأن العقد يعتمد على المالية.

(٧) قوله: "لكنه متعيب" لأن الذى حلت يده أو دمه لا يشتري كالسالم. (ن)

(٨) أى نقصان عيب السرقة لا عيب القطع.

(٩) قوله: "عند تعذر رده" أما تعذر الرد فى القتل ظاهر، وأما فى القطع فلأنه وجد فى يد المشتري، وهو عيب
حادث، فلا يرد إلا أن يرضى البائع. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا اشترى جارية إلخ" ولم يعلم بالحمل وقت الشراء ولا وقت القبض. (مل)

(١١) المشتري.

(١٢) ولا يرجع بكل الثمن.

(١٣) أى وجوب القطع والقتل.

(١٤) أى وجود القطع والقتل.

(١٥) قوله: "مضافاً [منسوباً] إلخ" وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أو جب استحقاق الفعل، واستحقاقه
أوجب وجوده، ووجوده أوجب فوته، فصار ذلك مضافاً إليه بهذه الوسائط. (ك)

(١٦) فصار كالمستحق.

(١٧) قوله: "كما إذا قتل [العبد] إلخ" يعنى إذا غضب عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلاً عبداً، فرده على المولى

فاتقص منه فى يده، فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل فى يد الغاصب. (٤)

ذكر^(١) من المسألة ممنوعة. ولو سرق^(٢) في يد البائع، ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان^(٣) كما ذكرنا^(٤)، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث^(٥)، ويرجع^(٦) بربع الثمن، وإن قبله^(٧) البائع فبثلاثة^(٨) الأرباع^(٩)، لأن اليد من الآدمي نصفه، وقد تلفت^(١٠) بالجنائتين^(١١)، وفي إحداهما^(١٢) الرجوع، فيتتصف. ولو تداولته الأيدي^(١٣)، ثم قطع^(١٤) في يد الأخير رجع^(١٥) الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق^(١٦)، وعندهما يرجع الأخير على بائعه^(١٧)، ولا

(١٨) يده.

(١٩) إلى مولاه.

(١) قوله: "وما ذكر إلخ" يعني الجواب عن مسألة الحمل أنها ممنوعة فإن ذلك قولهما، وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة، كما هو مذهبه، ولئن سلم فقد ذكر في "المبسوط": وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة، فسبب الموت هو المرض المتلف، وهو حصل عند المشتري. فإن قيل: يشكل على أصل أبي حنيفة الجارية المغصوبة إذا حبلت فردها الغاصب، وماتت في نفاسها يرجع على الغاصب بقيمتها. قلنا: الواجب على الغاصب فسخ فعله، وهو أن يرد المغصوبة كما غضبت، ولم يوجد ذلك حين ردها حاملاً، وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد، وقد وجد ذلك. وعن قولهما سبب القتل لا ينافي المالية أنه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل، والقتل متلف للمالية في هذا المحل، لأنه يستلزمه، فكان بمعنى علة العلة، وهي تقام مقام العلة في الحكم، فمن هذا الوجه صارت المالية كأنها هي المستحقة، كذا في "الكفاية" و"العناية". (مل)

(٢) العبد المبيع.

(٣) أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع.

(٤) هو قوله: فيرجع بنقصانه إلخ.

(٥) وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده. (٦)

(٦) قوله: "ويرجع بربع الثمن" لأنها قطعت بالسبيين، فيرجع بما يقابل نصف اليد. (٦)

(٧) العبد.

(٨) أي فيرجع بثلاثة إلخ.

(٩) من الثمن.

(١٠) اليد.

(١١) قوله: "بالجنائتين" وهما اللتان كانت إحداهما في يد البائع والأخرى في يد المشتري. (مل)

(١٢) قوله: "وفي إحداهما" أي إحدى الجنائتين وهي التي في يد البائع، "الرجوع" أي رجوع المشتري على البائع، "فيتتصف" أي النصف، فينقسم النصف عليهما نصفين، والنصف الآخر يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه. (عيني)

(١٣) أي بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع إذا تداولته الأيدي بالبياعات، ثم قطع يده إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "ثم قطع إلخ" أي بسبب سرقة وجدت في يد البائع، والباعة جمع بائع كالحاكة جمع حائك. (مل)

(١٥) بالثمن.

(١٦) لأنه بمنزلة.

(١٧) قوله: "يرجع الأخير إلخ" حيث لم يصبر حابساً للمبيع حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع بمنع

يرجع بائعه على بائعه، لأنه بمنزلة العيب^(١)، وقوله^(٢) في الكتاب^(٣): ولم يعلم المشتري، يفيد على مذهبهما^(٤)، لأن العلم بالعيب رضاه به، ولا يفيد على قوله^(٥) في الصحيح^(٦)، لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع^(٧).

قال^(٨): ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب^(٩)، فليس له^(١٠) أن يرده بعيب، وإن لم يسم العيوب بعددها، وقال الشافعي لا يصح^(١١) البراءة^(١٢)، بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح. هو يقول: إن في الإبراء معنى التملك حتى يرتد بالرد^(١٣)، وتمليك المجهول لا يصح. ولنا^(١٤): أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن^(١٥) كان^(١٦) في ضمنه التملك لعدم الحاجة إلى

الرجوع بنقصان العيب، إذ بالبيع يلزم الحيس. (مل)

(١) ولا رجوع في العيب.

(٢) محمد.

(٣) أى الجامع الصغير. (ن)

(٤) وهو أن هذا يجرى مجرى العيب عندهما.

(٥) وهو أنه بمنزلة الاستحقاق.

(٦) قوله: "في الصحيح" وفي الرواية الأخرى لا يرجع، لأن حل الدم كالأستحقاق من وجه، وكالعيب من وجه حتى لا يمنع صحة البيع، فشبّهه بالاستحقاق يرجع عند الجهل، ولشبّهه بالعيب لا يرجع عند العلم، لأنه إنما جعل كالأستحقاق لدفع الضرر عن المشتري، وقد اندفع حين علم. (ن)

(٧) قوله: "لأن العلم بالاستحقاق إلخ" قيل: فيه نظر لأننا سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع، لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع، وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن، لكنه أجرى مجرى الاستحقاق، ونزل منزلته لا حقيقته، لأن في حقيقته يبطل البيع، ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً، سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده، وههنا لا يبطل البيع.

والجواب: أن قوله: وهذا عيب ممنوع، لأنهم سرحوا بأنه بمنزلة العيب، أو أنه عيب من وجه، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة، فأجرى مجراه. (عناية)

(٨) أى القدرى. (عنى)

(٩) علمه البائع أو المشتري، أو لم يعلمه.

(١٠) مشتري.

(١١) فالبيع بشرط البراءة عن كل عيب فاسد، وفي رواية البيوع صحيح والشذو باطل. (٤)

(١٢) عن كل عيب ما لم يقل عن عيب، كذا وكذا. (٤)

(١٣) قوله: "حتى يرتد إلخ" أى حتى أن رب الدين لو أبرأ المدين من دينه، فرد المدينون إبراءه لم يصح الإبراء. (عنى)

(١٤) قوله: "ولنا إلخ" يعنى لنا أن الإبراء إسقاط لا تملك، لأنه لا يصح تملك العين بهذا اللفظ، ويصح الإبراء بـ"أسقطت عنك ديني"، والجهالة إلخ. (٤)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) جواب عن قوله: يرتد إلخ.

التسليم^(١)، فلا تكون مفسدة، ويدخل في هذه البراءة^(٢) العيب الموجود^(٣)، والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يدخل فيه الحادث^(٤)، وهو قول زفر، لأن البراءة تتناول الثابت^(٥)، ولأبي يوسف أن الغرض^(٦) إلزام العقد^(٧) بإسقاط حقه^(٨) عن صفة السلامة^(٩)، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث.

باب البيع الفاسد^(١٠)

وإذا كان أحد العوضين^(١١)، أو كلاهما محرماً^(١٢)، فالبيع فاسد، كالبيع بالميتة، والدم، والخمر، والخنزير، كذا إذا كان غير مملوك كالحر، قال العبد الضعيف: هذه

(١) الواجب بالعقد. (عناية)

(٢) قوله: "في هذه البراءة" إنما قال: هذه البراءة احتراز عن البراءة التي شرطها البائع في قوله: بعته على أنه يرى من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع، لأنه لما قال: به اقتصر على الموجود. (عيني)

(٣) قوله: "الموجود والحادث [وقت العقد] إلخ" فإن قيل: لو باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث يفسد بالإجماع، والذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة. قيل: في "الدخيرة": إذا باع كذلك يصح عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، وفي "المبسوط" لا رواية عن أبي يوسف، وقيل: ذلك صحيح عنده. ولئن سلمنا فظاهر لفظه يتناول الموجود، ثم يدخل ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً. (نهاية)

(٤) قبل القبض.

(٥) قوله: "تتناول الثابت" أي حال البراءة، لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا؟ وأي مقدار يحدث؟ (٤)

(٦) قوله: "أن الغرض إلخ" والجواب عن قول محمد أن ما يحدث مجهول، أن مثله من الجهالة غير مانع في الإسقاط، كما تقدم. (٤)

(٧) من الإبراء.

(٨) المشتري.

(٩) أي سلامة المبيع.

(١٠) قوله: "باب البيع الفاسد" لما فرغ عن بيان نوعي البيع الصحيح، أي اللازم وغير اللازم شرع في بيان الفاسد، ولكون الصحيح أصلاً قدمه، وإنما لقب الباب بالفاسد مع أن فيه بيان الباطل، والموقوف، والمكروه أيضاً لكثرة البيع الفاسد بتعدد وقوع أسبابه. والباطل ما لا يصح أصلاً ووصفاً، ولا يفيد الملك بوجه حتى لو اشترى عبداً بميتة، وقبضه، وأعتقه لا يعتق. والفاسد ما يصح أصلاً لا وصفاً، وهو يفيد الملك عند اتصال القبض به حتى لو اشترى عبداً بخمر، وقبضه، فأعتقه يعتق، ألا ترى أن الجوهر إذا تغير وأصفر يقال: فسد، وإن لم يبق صالحاً لشيء يقال: بطل. والموقوف ما يصح أصلاً ووصفاً، ويفيد الملك على سبيل التوقف لتعلق حق الغير، كبيع عبد الغير بغير إذنه. والمكروه ما يصح أصلاً ووصفاً، وقد جاوره منبه عنه كالبيع عند أذان الجمعة، كذا في "الدرر شرح الفرر". فكل ما أورث خلافاً في ركنه فهو باطل، وكل ما ليس كذلك بل أورث خلافاً في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين بالعقد، وكالاتفاع المقصود بالعقد، وكالاتفاح عن شرط لا يقتضيه العقد وغير ذلك فهو فاسد. (عبد الحلیم)

(١١) المبيع والثمن، إنما قال: أحد العوضين مع أن الثاني معروض تغليياً.

(١٢) بنص، أو إجماع.

فصول^(١) جمعها^(٢)، وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى.

فقول: البيع^(٣) بالميتة^(٤) والدم باطل، وكذا بالحر لانعدام ركن البيع، وهو مبادلة^(٥) المال بالمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا^(٦) عند أحد^(٧)، والبيع بالخمر والخنزير فاسد؛ لوجود حقيقة البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فإنه مال عند البعض^(٨)، والباطل لا يفيد ملك التصرف^(٩)، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة^(١٠) عند بعض المشايخ^(١١)؛ لأن العقد غير معتبر^(١٢)، فبقى القبض بإذن المالك^(١٣)، وعند البعض^(١٤) يكون مضموناً، لأنه لا يكون^(١٥) أدنى حالاً من المقبوض^(١٦) على سوم الشراء^(١٧).

(١) مسائل.

(٢) القدوري. (ك)

(٣) قوله: "البيع إلخ" البيع - محلّي باللام - فكان متناولاً لجميع البياعات من المسلم والكافر، وبيع المنخقة والموقوذة جائز عند أهل الكفر وإن كانت ميتة، فإنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا، ولما بطل عند جعلها ثمناً لأن يبطل بجعلها مبيعاً أولى. (نهاية)

(٤) لغة: وهى التى ماتت حتف أنفها. (عناية)

(٥) قوله: "مبادلة المال إلخ" أى بطريقتى الاكتساب لثلا ينقض بالهبة بعوض، فإنه ليس بيع مطلق، حتى لا يملكه المأذون، والأب، والوصى. (نهاية)

(٦) المال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة.

(٧) قوله: "عند أحد" أى ممن له دين سماوى، وهذا لأن صفة المالية للشئ يتمول كل الناس، أو يتمول البعض إياه، والقيمة إنما تثبت بإباحة الانتفاع به شرعاً؛ وقد تثبت صفة التقوم بدون صفة المالية، فإن حبة من الخنطة ليست بمال، حتى لا يصح بيعها، وإن أبيع الانتفاع بها شرعاً لعدم تمول الناس إياه. (ك)

(٨) قوله: "فإنه مال عند البعض" أى الخنزير مال عند البعض، والخمر مال مطلقاً - أى عندنا أيضاً - أو أراد أن كل واحد منهما مال متقوم عند البعض، أى عند أهل الذمة. (ك)

(٩) ولا ملك الرقبة. (٤)

(١٠) وليس بمضمون.

(١١) أبو نصر أحمد بن على أستاذ خوارزم زادة، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة. (ك)

(١٢) لكونه باطلاً.

(١٣) فيكون أمانة. (٤)

(١٤) شمس الأئمة السرخسى، هو رواية ابن سماعة عن محمد.

(١٥) قوله: "لا يكون أدنى حالاً" بل ذو أقوى حالاً منه، لأن ثمه لم يوجد صورة الشراء، ولكنه قبض على سوم الشراء، وهنأ قبض بعد صورة الشراء، فأولى أن يكون مضموناً. (مل)

(١٦) وهذا مضمون، فكذا ذلك.

(١٧) قوله: على سوم الشراء [سمت بالسلمة: بها كردم متاع را. من] وهو أن يسمى الثمن، فيقول: اذهب بهذا، فإن رضيته اشتريته بعشرة، وأما إذا لم يسم الثمن، فهلك عنده لم يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث فى "العيون"، قيل:

وقيل^(١): الأول قول أبي حنيفة، والثاني قولهما^(٢)، كما في بيع أم الولد والمدير على ما نبينه^(٣) إن شاء الله تعالى. والفساد^(٤) يفيد الملك^(٥) عند اتصال القبض به، ويكون المبيع مضموناً^(٦) في يد المشتري فيه، وفيه^(٧) خلاف الشافعي، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى^(٨)، وكذا^(٩) بيع الميتة، والدم، والحرباطل؛ لأنها ليست أموالاً، فلا تكون محلاً للبيع، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدرهم والدنانير^(١٠)، فالبيع المثل^(١١)، وإن كان قوبل بعين^(١٢)، فالبيع فاسد حتى يملك^(١٣) ما يقابله وإن^(١٤) كان لا يملك عين الخمر والخنزير.

ووجه الفرق^(١٥): أن الخمر مال، وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة، إلا أنه غير متقوم^(١٦)؛ لما أن الشرع أمر^(١٧) بإهانتها، وترك إعزازه، وفي تملكه بالعقد مقصوداً^(١٨)

وعليه الفتوى. (٤)

(١) القائل محمد بن سلمة البلخي. (عناية)

(٢) يعني إذا هلك عند المشتري فهو على هذا الخلاف.

(٣) هو قوله: وإذا ماتت إلخ.

(٤) قوله: "والفساد يفيد الملك عند اتصال القبض به" أي إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات، أما إذا قبضه بعد الافتراق من المجلس بغير إذن البائع ذكر في المأذون أنه لا يملك. قالوا: ذلك محمول على ما إذا كان الثمن شيئاً لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير، أما إذا كان شيئاً يملكه قبض الثمن منه يكون إذناً بالقبض. (عناية)

(٥) قوله: "يفيد الملك" عند مشايخ بلخ، الفساد يفيد ملك العين، وعند مشايخ العراق يفيد ملك التصرف، لا ملك العين، ولهذا لا يجوز للمشتري أن يبطأ جارية اشتراها بشراء فاسد، ولا شفعة في الدار المشتراة به، ولا يحل أكل طعام اشتراه به. وأما مشايخ بلخ فقالوا: إن جواز التصرف له بناء على ملك العين، وهو الأصح، وإنما لم يحل وطئ الجارية المشتراة بشراء فاسد لأن في الاشتغال بالوطئ إعراضاً عن الرد. وقال الإمام الحلبي: يكره الوطئ، ولا يحرم، كذا في البيعة، ولم يثبت الشفعة لأن في قضاء القاضى بالشفعة تأكيد الفساد، وتقريره: ولا يحل أكله لما فيه من الإعراض عن الرد. (ك)

(٦) بالقيمة أو بالمثل.

(٧) أي في كونه مضموناً في البيع الفاسد.

(٨) في أول الفصل الذي يلي هذا الباب. (عناية)

(٩) يعني كما أن البيع بهذه الأشياء باطل، فكذا بيع هذه الأشياء.

(١٠) قوله: "كالدرهم والدنانير إلخ" فسر الدين بهما لأنهما أثمان أبدأ، لأنهما خلقتا في الأصل ثمن الأشياء وقيمتها، قال الله تعالى: ﴿وشره بثمان يخس دراهم معدودة﴾، فسر الثمن بالدرهم. (ك)

(١١) لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها. (٤)

(١٢) معين كالثوب.

(١٣) ثوب بالقيمة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) بين صورتين. (٤)

(١٦) أي غير منتقم به شرعاً.

إعزاز له^(١)، وهذا^(٢) لأنه متى اشتراهما^(٣) بالدرهم^(٤) فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة^(٥) لما أنها تجب في الذمة^(٦)، وإنما المقصود^(٧) الخمر، فسقط^(٨) التقوم أصلاً، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر؛ لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر^(٩)، وفيه^(١٠) إعزاز الثوب دون الخمر، فبقي^(١١) ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب، لا في حق نفس الخمر، حتى فسدت التسمية^(١٢)، ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب^(١٣)؛ لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة^(١٤).

(١٧) بقوله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾.

(١٨) أى يجعله مبيعاً. (٤)

(١) وهو خلاف المأمور به. (عناية)

(٢) أى الإعزاز.

(٣) المشتري.

(٤) أو الدنانير.

(٥) أى إلى تحصيل الخمر أو الخنزير.

(٦) وما يجب في الذمة غير مقصود.

(٧) قوله: "وإنما المقصود الخمر" وفي جعله كذلك خلاف المأمور به، فسقط التقوم أصلاً، لئلا يفضى إلى خلاف

المأمور به، وحيث أن يكون البيع باطلاً. (٤)

(٨) قوله: "فسقط التقوم أصلاً" أى لم يظهر حكم التقوم في نفسه، ولا فيما يقابله من الدراهم والدنانير، لأن

التمن يثبت في الذمة بالعقد، وثبوته بالذمة إنما يكون حكماً لتملكه بمقابلة تملك مال آخر، فإذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة، فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم، فيبطل العقد أصلاً، وإن كان قوبل لعين ظهر حكم التقوم في حق تملك العين، فصار العقد منعقداً في حق العين، ولم يصح تسميته الخمر في نفسه، فيكون العقد واقعاً بقيمة العين، لأنه لا يملكه مجاناً بل بعوض، وقد تعذر مقابله بذلك العوض، إذ لا قيمة لذلك العوض، فيصار إلى قيمة هذا العوض ضرورة، والعقد الصحيح يقع مضموناً بالقيمة، وكذلك القبض بحق العقد. (ك)

(٩) يجعل الخمر وسيلةً وثماناً.

(١٠) أى في هذا القصد.

(١١) قوله: "فبقي ذكر الخ" فلم يكن ذكر الخمر لنفسها بل لغيرها، وليس في ذلك إعزازها، ولا خلاف ما

أمر به، فلا يكون باطلاً. (عناية)

(١٢) أى تسمية الخمر.

(١٣) قوله: "إذا باع الخمر بالثوب الخ" يكون البيع فاسداً وإن وقع الخمر مبيعا والثوب ثمناً بدخول الباء، لكونه

مقايضة، وفيها كل من العوضين يكون ثمناً أو مثنماً، فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على البطلان صوتاً للتصرف عن البطلان بقدر الإمكان. (عناية)

(١٤) قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة: بيع العرض بالعرض، سمي بها لتساوى العوضين في العينية، يقال: هما

قيضان أى متساويان. (ك)

قوله: "لكونه مقايضة" المقايضة عوض دادن، ومبادلته نمودن، ومعاوضه كرن متاع با يكديگر. (من)

قال^(١): «بيع أم الولد، والمدير، والمكاتب فاسد، ومعناه^(٢) باطل^(٣)، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام: «أعتقها^(٤) ولدها*»، وسبب الحرية^(٥) انعقد في حق المدير في الحال لبطلان^(٦) الأهلية^(٧) بعد الموت، والمكاتب استحق يدأ على نفسه^(٨) لازمة في حق المولى^(٩)، ولو ثبت الملك^(١٠) بالبيع لبطل^(١١) ذلك كله، فلا يجوز، ولورضى المكاتب بالبيع^(١٢) ففيه روايتان، والأظهر^(١٣) الجواز، والمراد المدير المطلق^(١٤) دون المقيد، وفي المطلق خلاف

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: «ومعناه باطل» إنما فسره بذلك لئلا يتوهم أنه يفيد الملك باتصال القبض، والأمر بخلافه، والدليل على ذلك ما ذكره بقوله: لأن استحقاق الخ، وتحقيقه أن بين استحقاق العتق وثبوت ملك البيع منافاة، لأن استحقاقه عبارة من جهة حرية لا يدخل عليها الإبطال، وثبوت الملك يبطلها، وأحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله عليه السلام: «أعتقها ولدها»، فينتفى الآخر. لا يقال: هو متروك الظاهر، لأنه بموجب حقيقة العتق، وأتم لا تحملونه على حقيقته، فلا يصح دليلاً، لأن الجواز مراد بالإجماع. (٦)

(٣) قوله: «باطل» لكن ليس كبطلان بيع الحر؛ فإنه باطل ابتداء وبقاء لعدم محلته للبيع أصلاً بثبوت حقيقة الحرية، وبيع هؤلاء باطل بقاء لحق الحرية لا ابتداء لعدم حقيقتها، ولهذا جاز بيعهم من أنفسهم، فيبطل ما قيل: لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر، فلزم بطلان بيع القن المضموم إليهم فى البيع كالمضموم إلى الحر، وذلك لأنهم دخلوا فى الابتداء فى البيع لكونهم محلاً فى الجملة، ثم خرجوا منه لتعلق حقهم، فىقضى القن بحصته من الثمن، والبيع بالحصّة بقاء جائز كما مر، بخلاف الحر، فإنه لما لم يدخل فى البيع لعدم المحلية لزم البيع بالحصّة ابتداء، وأنه باطل. (درر)

(٤) قوله: «أعتقها [أى جعلها مستحقة للعتق]» رواه ابن ماجه فى «سننه» فى كتاب الأحكام عن ابن عباس قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم، فقال: «أعتقها ولدها». (ت)
* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٠، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٧٦٨ ص ١٤٩. (نعيم)

(٥) أى التدبير، والملك والحرية لا يجتمعان، فكذلك سبب الحرية والبيع. (عناية)

(٦) قوله: «لبطلان الأهلية الخ» يعنى أن سبب الحرية لو لم يكن ثابتاً فى الحال لكان إما غير ثابت مطلقاً، أو ثابتاً بعد الموت، والأول باطل، لأنه يستلزم إهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ، والإعمال أولى، فكذلك الثانى، لأن ما بعد الموت حالة بطلان الأهلية، فمتى قلنا: إنه ينعقد سبباً بعد الموت احتجنا إلى بقاء الأهلية، والموت ينافيها، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاد التدبير سبباً فى الحال، وتأخر الحكم إلى ما بعد الموت. (عناية)

(٧) أى أهلية المولى.

(٨) وبين هذا الاستحقاق والبيع منافاة.

(٩) قوله: «لازمة فى حق المولى» لأن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضا المكاتب، وإنما قيد بقوله: فى حق المولى؛ لأنها غير لازمة فى حق المكاتب بقدرته على فسخها بتعجيز نفسه. (عناية)

(١٠) أى ملك المشتري.

(١١) قوله: «لبطل ذلك» أى استحقاق أم الولد العتق، وانعقاد سبب الحرية للمدير فى الحال، واستحقاق المكاتب يدأ على نفسه لازمة فى حق المولى. (عينى)

(١٢) أى يبيع نفسه.

(١٣) قوله: «والأظهر الجواز» لأن عدم الجواز كان لحقه، فلما أسقط حقه برضاه انفسخت الكتابة، وجاز البيع. (عينى)

الشافعي^(١)، وقد ذكرناه في العتاق^(٢).

قال^(٣): وإن ماتت أم الولد، أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: عليه قيمتهما، وهو رواية عنه^(٤)، لهما: أنه^(٥) مقبوض بجهة البيع^(٦)، فيكون مضموناً عليه^(٧) كسائر الأموال^(٨)، وهذا^(٩) لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع، حتى يملك^(١٠) ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب^(١١)، لأنه في يد نفسه، فلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض.

وله: أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة^(١٢)، وهما^(١٣) لا يقبلان حقيقة البيع، فصارا كالمكاتب^(١٤)، وليس^(١٥) دخولهما^(١٦) في البيع في حق

(١٤) قوله: "المدبر المطلق [أى المدبر الذى لا يجوز بيعه]" وهو الذى علق عتقه بالموت من غير تعرض لصفة كقوله: أنت حر بعد موتى، وإن مت فأنت حر دون المقيّد أى دون المدبر المقيّد مثل قوله: إذا قدمت من سفرى هذا فأنت حر، وإن مت من مرضى هذا فأنت حر، ويباع المدبر المقيّد بالإجماع. (عيني)

(١) قوله: "خلاف الشافعي" فإن عنده يجوز بيع المدبر لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع المدبر، وجوابه ما روى محمد بن الحسن عن أبي جعفر أن المراد منه المدبر المقيّد. (عيني)

(٢) أى فى كتاب العتاق فى باب التدبير.

(٣) أى محمد، كذا قال العيني.

(٤) قوله: "وهو رواية عنه" أى عن أبي حنيفة، وهذا غير ظاهر بل الروايتان عنه فى حق المدبر، روى المعلّى عن أبي حنيفة أنه يضمّن قيمة المدبر بالبيع كما يضمّن بالغصب، وأما فى حق أم الولد فاتسقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا تضمّن بالبيع كما لا تضمّن بالغصب، لأنه لا تقوم للماليتها. (٤)

(٥) أى أن كلا من المدبر وأم الولد.

(٦) لأنهما يدخلان تحت العقد.

(٧) بالقيمة.

(٨) المقبوضة على سوم الشراء.

(٩) أى كونهما مقبوضين بجهة البيع.

(١٠) قوله: "حتى يملك" كالقن مع المدبر أو أم الولد، فإن سمى الثمن صح البيع فى القن بحصته من الثمن. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف المكاتب إلخ" جواب عما يقال: لو كان الدخول تحت البيع، وتملك ما يضم إليه موجبين للضمان لكان فى المكاتب كذلك. (عيني)

(١٢) أى حقيقة البيع الفاسد، وهو ثبوت الملك عند اتصال القبض. (كافى)

(١٣) أى المدبر وأم الولد.

(١٤) فى كونه غير قابل لحقيقته.

(١٥) جواب عن قولهما: يدخلان فى البيع إلخ.

(١٦) قوله: "وليس دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما" لأنهما ليسا بمحل للبيع، فلا يفيد دخولهما فى البيع فى حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت الحكم فى المضموم إليه، فإن قيل: ينبغى أن يكون فى ضم الحر إلى العبد هكذا. قلنا: الحر ليس بمال، فلا يمكن دخوله فى البيع، أما المدبر وأم الولد فمال، وإنما امتنع البيع لتضمينه بطلان حق الحرية. (ك)

أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشتري لا يدخل^(١) في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه^(٢) إليه، كذا هذا^(٣). قال^(٤): ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد؛ لأنه باع ما لا يملكه، ولا^(٥) في حظيرة^(٦) إذا كان^(٧) لا يؤخذ إلا بصيد؛ لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه^(٨): إذا أخذه^(٩) ثم ألقاه فيها^(١٠)، ولو كان يؤخذ^(١١) من غير حيلة جاز^(١٢) إلا إذا اجتمعت^(١٣) فيها^(١٤) بأنفسها^(١٥)، ولم يسد^(١٦) عليها المدخل^(١٧) لعدم الملك^(١٨). قال^(١٩): ولا بيع الطير في الهواء^(٢٠)؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو

(١) قوله: "لا يدخل إلخ" يعني إذا باع عبداً مع عبد المشتري يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ حصته من الثمن، وهو الأصح. وقال في "التتمة": إذا جمع بين ماله ومال غيره، وباع من ذلك الغير صفقة واحدة لا يجوز أصلاً، هكذا في بعض المواضع. (نهاية)

(٢) أى البائم.

(٣) قوله: "كذا هذا" أى كذلك الحكم فيما نحن فيه، يعنى يثبت حكم الدخول فى البيع فى حق المضموم إليه، وهو القن، لا فى حكم أم الولد والمدير. (عينى)

(٤) أى القدرى. (عينى)

(٥) أى لا يجوز بيع السمك فى الحظيرة.

(٦) قوله: "حظيرة" جائيكه خرما خشك كئند، ومحوطه از چوب ولى، وجائست كه از براى حيوانات سازند. (م)

(٧) بأن كانت الحظيرة كبيرة.

(٨) أى معنى قوله: ولا فى حظيرة.

(٩) قوله: "إذا أخذه [سمك] إلخ" فحيثذ كان ملكاً له، فباع ما يملكه، لكنه غير مقدور التسليم. (مل)

(١٠) حظيرة.

(١١) بأن كانت صغيرة. (زىلى)

(١٢) قوله: "جاز" لأنه ملكه، ومقدور التسليم، ويثبت للمشتري خيار الرؤية، ولا يعتد برؤيته فى الماء، لأنه يتفاوت فى الماء وخارجة. (زىلى)

(١٣) قوله: "إلا إذا إلخ" استثناء منقطع، فإن المستثنى منه المأخوذ الملقى فى الحظيرة، واجتمع بنفسه ليس بداخل فيه. (ع)

(١٤) حظيرة.

(١٥) من غير اصطيد.

(١٦) قوله: "ولم يسد إلخ" وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج، فقد صار أخذاً له بمنزلة ما لو وقع فى شبكة، فيجوز بيعه. (عينى)

(١٧) أى موضع دخول الماء. (عينى)

(١٨) قوله: "لعدم الملك [فلا يصح بيعه]" أى لم يملكها صاحب الأرض بمجرد الاجتماع فى ملكه، ألا ترى أنه لو باض الطير نبيها، أو فرخت لم يملكه لعدم الإحراز، فهنا أولى. (نهاية)

(١٩) أى القدرى (عينى)

(٢٠) قوله: "ولا بيع إلخ" هذا إذا كان يطير ولا يرجع، ولو كان له وكر عنده يطير منه فى الهواء، ثم يعود إليه

أرسله^(١) من يده؛ لأنه^(٢) غير مقدور التسليم، ولا بيع^(٣) الحمل^(٤) ولا التناج^(٥)؛ لنهى^(٦) النبي عليه السلام* عن بيع الحبل وحبل الحيلة^(٧)، ولأن فيه غرراً^(٨). قال^(٩): ولا اللبن^(١٠) في الضرع^(١١)؛ للغرر^(١٢)، فعساه انتفاخ^(١٣)، ولأنه ينازع^(١٤) في كيفية الحلب^(١٥)، وربما^(١٦) يزداد فيختلط المبيع بغيره. قال^(١٧): ولا الصوف^(١٨) على ظهر الغنم؛ لأنه من أوصاف الحيوان^(١٩)، ولأنه

جاز؛ لأنه يمكن أخذه من غير حيلة، وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان في يده، أو محبوساً في مكان يمكن أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن إلا بها لا يجوز. (زيلعي)

(١) قوله: "لو أرسله" أي كان الطير لأحد، وأرسله من يده وانفلت منه.

(٢) قوله: "لأنه غير إلخ" والحمام إذا علم عددها، وأمكن تسليمها جاز بيعها، لأنها مال مقدور التسليم. (ذرر)

(٣) قوله: "ولا بيع إلخ" الحمل ما في البطن، والتناج ما يحمل هذا الحمل، وهو المراد من حبل الحيلة في الحديث، وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية، فأبطل ذلك بالنهي. (ك)

(٤) الجنين.

(٥) قوله: "ولا التناج" هو في الأصل مصدر، نتجت الناقة بالضم، ولكن أريد به المنتوج ههنا، والحبل مصدر

حبلت المرأة حبله، فهي حبلية. (٤)

(٦) قوله: "لنهي النبي عليه الصلاة والسلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن

ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهي عن المضامين والملاقيح وحبل الحيلة»، قال: المضامين ما في أصلاب الإبل، والملاقيح ما في بطونها، وحبل الحيلة ولد هذه الناقة، انتهى. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٠، والدراية ج ٢، الحديث ٧٦٩ ص ١٤٩. (نعيم)

(٧) قوله: "وحبل إلخ" الحيلة وهو الحبل، وهو مصدر، وسمى به الجنين كما سمي بالحمل، وهو مصدر، وإنما

دخلت عليه التاء للإشعار بالأنوثة، معناه أن يبيع ما يحمله الجنين إن كانت أنثى. (زيلعي)

(٨) قوله: "ولأن فيه غرراً" الغرر ما طوى عنك علمه، وذكر في "الميسوط": الغرر ما يكون مستور العاقبة،

وذكر في "المغرب": نهى عن بيع الغرر، وهو الخطر الذي لا يدري أي يكون أم لا؟ (ن)

(٩) أي القدوري.

(١٠) قوله: "ولا اللبن [لا كيلاً ولا مجازفة. ن]" بالرفع والجر على حذف المضاف، وهو البيع، وكذا في

الصوف. (نهاية)

(١١) بالفتح: پستان. (من)

(١٢) قوله: "للغرر" وقد نهى عنه، فعساه انتفاخ أي فلعل الضرع ينتفخ، فيظن لبناً وهو الغرر. (عيني)

(١٣) من الريح.

(١٤) قوله: "ولأنه ينازع إلخ" فإن المشتري يستقصى في الحلب، والباثم يطالبه بأن يترك داعية اللبن. (٤)

(١٥) اللبن.

(١٦) قوله: "وربما يزداد" أي ساعة فساعة، والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده، فيختلط المبيع بغير، واختلاط

المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائم على وجه تعذر تمييزه مبطل للبيع. (٤)

(١٧) أي القدوري.

(١٨) صوف - بالضم - يشم غوسفند.

ينبت من أسفل^(١)، فيختلط المبيع^(٢) بغيره بخلاف^(٣) القوائم^(٤)، لأنها تزيد من أعلى^(٥)، وبخلاف القصيل^(٦)، لأنه يمكن قلعه، والقطع في الصوف متعين، فيقع التنازع في موضع القطع، وقد صح «أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم^(٧) وعن لبن في ضرع وسمن في لبن^(٨)»، وهو^(٩) حجة^(١٠) على أبي يوسف في هذا الصوف^(١١)، حيث جوز بيعه^(١٢) فيما يروى عنه.

قال^(١٣): وجذع^(١٤) في السقف، وذراع من ثوب^(١٥) ذكر القطع^(١٦) أو لم

(١٩) قوله: "لأنه من أوصاف الحيوان [أى قبل الجز فهو تابع ليس بمال متقوم]" جعل الصوف وصفاً لأنه تبع للحيوان، فلما كان تبعاً له لم يجوز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه. (عيني)

(١) بالضم: للبناء. (ك)

(٢) والاختلاط مبطل للبيع.

(٣) قوله: "بخلاف القوائم" فإنها عين مال مقصود من وجه. (ن)

(٤) شأنهاى درخت أى قوائم الخلاف. (فتح القدير)

(٥) قوله: "لأنها تزيد إلخ" جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر، وجاز بيعها، وحاصل الجواب أنها تزيد من

أعلاها، فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها، وتركت أياها يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن، دالا على ملك المشتري، وما وقع من الزيادة وقع في ملكه، أما الصوف فإن نموه من أسفله، فإذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالخضوب يبقى على رأسه لا في أصله. (ع)

(٦) قوله: "وبخلاف القصيل [كشت سبز، آنچه سبز بریده شود از کشت. من] إلخ" جواب عما يقال: القصيل

كالصوف، وجاز بيعه، فأجاب بأن بيع القصيل يجوز لأنه يمكن قلعه، وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع، فيقطع، والقطع في الصوف متعين معناد بين الناس والقلع فيه، وهو تنفعه ليس بمعمود بين الناس، فيقع المنازعة في موضع القطع، فلا يجوز لجهالة موضع القطع. (عيني)

(٧) قوله: "نهى عن بيع إلخ" قلت: روى مسنداً ومرسلاً، روى الطبراني في "معجمه" عن ابن عباس قال: «نهى

رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع» انتهى، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" بسنده عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن» انتهى. (ت)

(٨) المراد لبن في غير ضرع. (س)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١١، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧٠ ص ١٤٩. (نعيم)

(٩) الحديث.

(١٠) فإن القياس في مقابلة النص لا يجوز.

(١١) قوله: "في هذا الصوف [أى الصوف على ظهر الغنم. ك]" احتراز عن الصوف المجذوذ، فإنه يجوز بيعه على

جميع الروايات. (عيني)

(١٢) قوله: "حيث جوز بيعه" لأنه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم، بخلاف أطراف الحيوان، لأنه لا ينتفع بها

إلا بعد الذبح، فصار ماليته متعلقة بفعل شرعى، فلم يوجد قبله. (زيلعى)

(١٣) أى القدرورى في "مختصره". (عيني)

(١٤) بالكسر تنه خرما وجرآن.

يذكره، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر^(١)، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة^(٢) فضة^(٣)، لأنه لا ضرر في تبغيضه، ولو لم يكن^(٤) معيياً لا يجوز لما ذكرنا^(٥)، وللجهالة^(٦) أيضاً. ولو قطع البائع الذراع، أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري^(٧) يعود صحيحاً؛ لزوال المفسد^(٨)، بخلاف ما إذا باع النوى^(٩) في التمر، أو البذر^(١٠) في البطيخ^(١١)، حيث لا يكون صحيحاً، وإن^(١٢) شقهما وأخرج المبيع؛ لأن في وجودهما^(١٣) احتمالاً^(١٤)، أما الجذع^(١٥) فعين موجود^(١٦).

(١٥) يعني ثوب يضره التبغيض كالقميص لا الكرياس. (٤)

(١٦) قوله: "ذكر القطع" أى ذكر موضع القطع من الثوب، أو لم يذكره.

(١) قوله: "إلا بضرر" أى بضرر لم يوجب العقد، ومثله لا يكون لازماً، فيتمكن من الرجوع، ويتحقق المنازعة، وبهذا التقرير يندفع ما يقال: إن هذا الضرر مرضى به، فيبغى أن لا يكون مفسداً. (درر)

(٢) پاره از زرو سيم گداخته. (من)

(٣) سيم. (من)

(٤) الجذع والذرع.

(٥) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

(٦) فى المبيع.

(٧) المبيع.

(٨) وهو الضرر. (٤)

(٩) تخم خرما.

(١٠) تخم.

(١١) خريزه.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) فى زمان المبيع.

(١٤) قوله: "احتمالاً" لأنه شئ مغيب فى غلافه، فلا يجوز بيعه. فإن قيل: بيع الخنطة فى سنبلها، وأمثالها بيع ما فى وجوده احتمال، لأنه شئ مغيب، وهو فى غلافه، وهو جائز، أوجب عنه بأن جوازه باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه، وعلى ما يتصل به، فإن الخنطة إذا بيعت فى سنبلها إنما يقال: بعث هذا الخنطة، فالمذكور صريحاً هو المعقود عليه، فيصح العقد إعمالاً لتصحيح لفظه. وأما بذر البطيخ ونوى التمر، وحب القطن فاسم المبيع وهو البذر، والنوى، والحب لا يطلق عليه إذ لا يقال: هذا بذر، وهذا نوى، وحب بل يقال: بطيخ، تمر وقطن، فلم يكن المبيع المذكوراً، وما هو المذكور فليس بمبيع. (عناية)

(١٥) قوله: "أما الجذع إلخ" إشارة إلى تمام الفرق بين البذر، والنوى، والجذع المعين فى السقف، بأن الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبذر والنوى ليس كذلك. فإن قيل: إذا بيع جلد الشاة الميتة قبل ذبح الشاة، وسلخ جلدها، وسلمه لا ينقلب البيع جائزاً، وإن كان الجلد عيناً موجوداً كالجزع فى السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها.

وأوجب: بأن المبيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقية، فكان تابعاً له، فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصلياً، لأنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شئ غير مستحق بالعقد، وأما الجذع فإنه عين مال فى نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكماً لما فيه من إفساد بناء غير مستحق

قال ^(١): وضربة ^(٢) القانص ^(٣)، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة، لأنه مجهول ^(٤)، ولأن فيه غرراً ^(٥).

قال ^(٦): وبيع ^(٧) المزابنة، وهو ^(٨) بيع الثمر على النخيل بتمر مجذوذ ^(٩)، مثل ^(١٠) كيله حرصاً ^(١١)؛ لأنه عليه السلام ^(١٢) نهى عن المزابنة ^(١٣) والمحاقل، فالمزابنة ما

بالعقد، فإذا قلم والتزم الضرر، وزال المانع فيجوز. (٤)

(١٦) محسوس.

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) قوله: "وضربة القانص" القانص ضرب الشبكة على الطائر ألقاها عليه، ومنه نهى عن ضربة القانص وهو الصائد، وفي تهذيب الأزهري عن ضربة الغائص، وهو الغواص على اللأكي، وذلك أن يقول للتاجر: أغوص لك غوصة فما أخرجت، فهو لك بكذا. (ك)

(٣) من قنص إذا صاد.

(٤) لأنه لا يدري ما الذى يحصل من الضربة.

(٥) لأنه يجوز أن لا يدخل فى الشبكة شئ من الصيد. (ك)

(٦) أى القدورى. (عيني)

(٧) قوله: "وبيع المزابنة إلخ" المزابنة لغة المدافعة من الرين، وهو الدفع، وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع والتدافع. (عيني)

(٨) قوله: "وهو بيع الثمر إلخ" الأول بالثاء المنقوطة بالثلاث، والثانى بالثاء المنقوطة باثنين، كذا وجدت بخط شيخى، ولأن أعلى النخيل لا يسمى تمراً وإنما التمر المجذوذ، وأما الثمر فعام. (نهاية)

(٩) مقطوع.

(١٠) حال.

(١١) قوله: "حرصاً [تمييز، حرص بالفتح تخمين وغمان سخن گفتن. من] أى من حيث الظن، لا من حيث الكيل الحقيقى، أو الوزن الحقيقى لأنه لو وجد الكيل الحقيقى فى البديلين لم يبق الثمر على رؤوس النخيل بل يكون تمراً مجذوذاً كالذى يقابله من المجذوذ. (نهاية)

(١٢) أخرجه مسلم عن أبى هريرة. (ت)

(١٣) قوله: "نهى عن المزابنة والمحاقل" أخرجه البخارى ومسلم عن عطاء بن أبى رباح عن جابر ابن عبد الله

قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة بيع الرطب فى النخل بالتمر كيلا والمحاقل أن يبيع الزرع القائم بالحلب كيلا، وفى لفظ قال: المحاقل أن يتباع الحقل بكيل من الطعام معلوم، والمزابنة أن يباع النخل أوساقاً من التمر. وأخرج البخارى ومسلم عن أبى سعيد الخدرى قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقل والمزابنة اشتراء الثمر فى رؤوس النخل والمحاقل كراء الأرض». وأخرج البخارى عن ابن عباس قال: «نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن المحاقل والمزابنة»، وأخرج البخارى عن انس قال: «نهى النبى ﷺ عن المحاقل والملاسة والمنابذة والمزابنة». وأخرج مسلم عن أبى هريرة أن النبى عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقل، وأما الرخصة فى العرايا، فأخرجنا فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا بخرصها فى ما دون خمسة أوسق، أو فى خمسة أوسق، شك داود. وأخرج مسلم عن سهل بن أبى حنيفة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة، إلا أنه رخص فى بيع العربية، النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها كيلا.

وأخرجنا فى "الصحيحين" عن ابن عمر عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا أن يباع بخرصها،

ذكرنا*، والمحاولة بيع الخنطة في سنبها بحنطة مثل كيلها خرصاً^(٢)، ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه، فلا يجوز بطريق الخرص^(٣)، كما إذا كانا موضوعين على الأرض^(٤)، وكذا^(٥) العنب^(٦) بالزبيب^(٧) على هذا. وقال الشافعي: يجوز^(٨) فيما^(٩) دون خمسة أوسق^(١٠)، لأنه عليه السلام نهى^(١١) عن المزبنة، ورخص في العرايا^(١٢)، وهو^(١٣) أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق. قلنا^(١٤): العرية العطية^(١٥) لغة، وتأويله^(١٦): أن يبيع^(١٧) المعري له^(١٨) ما على النخيل من المعري^(١٩)

وفي لفظ رخص في العرية أن يؤخذ بمثل خرصها تمر يأكلها أهلها رطباً، قال صاحب "التنقيح": قد وافقنا الشافعي في صحة بيع العرايا، إلا أنه خالفنا في إباحتها من ضرورة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الرتبة ج ٤ ص ١٢، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧١ ص ١٥. (نعيم)

(٢) هذا المعنى للمحاولة المذكور في الفائق.

(٣) لاحتمال الربا.

(٤) وبيع أحدهما بالآخر خرصاً لا يجوز.

(٥) قوله: "وكذا العنب إلخ" أي لو باع مكيلاً من العنب بمكيل من الزبيب لا يجوز بطريق الخرص. (مل)

(٦) أنكور تر.

(٧) أنكور خشك موز.

(٨) أي شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصاً.

(٩) قوله: "يجوز فيما دون إلخ" ولا يجوز عنده فيما زاد على خمسة أوسق، وله في مقدار خمسة أوسق قولان. (ك)

(١٠) قوله: "أوسق" جمع وسق - بفتح الواو - وهو ستون صاعاً، وهو ثلاث مائة وعشرون رطلاً عند أهل الحجاز، وأربع مائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع. (عيني)

(١١) قوله: "نهى عن إلخ" قلت: النهي عن المزبنة تقدم، وأما العرايا فأخرج في الصحيحين عن داود ابن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة أن رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك داود، قال دون خمسة أو في خمسة، انتهى. (ت)

(١٢) أي بيع العرايا.

(١٣) قوله: "وهو أن يباع إلخ" أن يباع مسند إلى ضمير راجع إلى الثمر الذي على رأس النخيل، لأن الكلام فيه، وأنت ضمير بخرصها على أنه جمع الثمرة، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث. (نهاية)

(١٤) في الجواب.

(١٥) لا البيع.

(١٦) أي تأويل. قوله: ورخص في العرايا.

(١٧) قوله: "أن يبيع إلخ" معناه: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمراً مجذوذاً بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه، ولا يكون مخلقاً لو عده. (ع)

(١٨) موهوب له، أعراه النخلة أعراء داد أو رابار يك سال. (من)

(١٩) الواهب.

بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازاً، لأنه^(١) لم يملكه، فيكون^(٢) برأ^(٣) مبتدأ. قال^(٤): ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر، والملامسة، والمناذرة، وهذه^(٥) بيوع كانت في الجاهلية، وهو أن يترأض الرجلان على سلعة، أى يتساومان^(٦)، فإذا لمسها^(٧) المشتري، أو نبذها^(٨) إليه البائع، أو وضع المشتري عليها^(٩) حصاة لزم البيع، فالأول بيع الملامسة، والثاني بيع المناذرة، والثالث إلقاء الحجر، وقد نهى النبي عليه السلام^(١٠) عن بيع الملامسة والمناذرة*، ولأن فيه^(١١) تعليقاً بالخطر^(١٢).

(١) قوله: "لأنه لم يملكه إلخ" يعنى أن الموهوب لم يصير ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب، فما يعطيه الواهب من التمر المجذوذ لا يكون عوضاً بل هبة مبتدأة، وسمى بيعاً مجازاً، لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد. واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوى أن الرخصة مقصودة على هذا، فنقل كما وقع عنده، وفيه بحث من وجهين، الأول: أنه جاء في حديث زيد بن ثابت «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا»، فسياقه يدل على أن المراد بالعرايا بيع ثمر بتمر. والثاني: أنه جاء في حديث جابر بلفظ الاستثناء: إلا العرايا، والأصل حمل الاستثناء على الحقيقة، والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المشتني منه. والجواب عن الأول: أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، وعن الثاني: أنه على ذلك التقدير ينفى قوله عليه السلام المشهور: «التمر بالتمر مثل بمثل» والمشهور قاض عليه. (عناية) (٢) أى إعطاء المجذوذ.

(٣) بالكسر: نيكوثى وفراخى انسان. (من)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) قوله: "وهذه بيوع كانت في الجاهلية" أخرج البخارى ومسلم عن أبى سعيد الخدرى: «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيعتين وليستين ونهى عن الملامسة والمناذرة في البيع»، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار، ولا يقبله إلا بذلك، وأما المناذرة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير تراض. وأخرجه أيضاً من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «نهى عن الملامسة والمناذرة»، زاد مسلم أما الملامسة فإن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، والمناذرة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر، وإن لم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه، وأخرجه البخارى من حديث أنس: «أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة»، وقد تقدم قريباً. (تخريج الزيلعى)

(٦) يتساومان "سام البائع السلعة أى عرضها، وذكر ثمنها، وسامها المشتري بمعنى استامها. (عناية)

(٧) قوله: "فإذا لمسها [السلعة] إلخ" أى إن أحب المشتري الزام البيع لمسها بيده، أو وضع الحجر، فيكون مشترياً لها رضى مالكها أو لم يرض، وإن أحب مالكها الزام البيع بنبذها إليه، فيلزمه البيع، وليس له الرد بعد ذلك. (كفاية)

(٨) ألقاها السلعة.

(٩) السلعة.

(١٠) قوله: "وقد نهى النبي عليه السلام" أخرجه البخارى ومسلم من حديث أبى هريرة: «أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الملامسة والمناذرة». [ت] إلخ" قال الأكملى: وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه بيع الملامسة والمناذرة، وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما، لأنه في معناه، قلت: قد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبى هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الفرر وبيع الحصاة، وما وقف الأكملى على هذا الحديث. (عينى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧٣ ص ١٥٠. (نعيم)

قال^(١): "ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين^(٢)؛ لجهالة^(٣) المبيع، ولو قال^(٤): "علي أنه^(٥) بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً^(٦)، وقد ذكرناه بفروعه^(٧)."

قال^(٨): "ولا يجوز بيع المرعى^(٩)، ولا إيجارتها^(١٠)، والمراد^(١١) الكلاء^(١٢)، أما البيع، فلأنه ورد على ما لا يملكه لا مشترك الناس فيه بالحديث^(١٣)، وأما الإجارة^(١٤)

(١١) أى فى كل واحد من هذه البيوع.

(١٢) قوله: "تعليقاً" أى التملك بالخطر [أى الشرط والتردد] والتمليكات لا تحتمله لأدائه إلى معنى القمار، لأنه بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: أى ثوب ألقىته عليه الحجر فقد بعته، وأى ثوب لمست يدك فقد بعته، وأى ثوب نبذته إلى فقد اشتريته. (عناية)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) أو ثلاثة أثواب.

(٣) قوله: "لجهالة المبيع" جهالة تفضى إلى المنازعة لتفاوت الأثواب. (مل)

(٤) البائع.

(٥) المشتري.

(٦) لا قياساً.

(٧) فى باب خيار الشرط.

(٨) أى محمد. (عينى)

(٩) بالكسر: جمع المرعى اسم محل الرعى.

(١٠) قوله: "ولا إيجارتها" ولم يذكر أنها فاسدة، أو باطلة، وذكر فى الشرب فاسدة حتى يملك الأجر بالقبض. (نهاية)

(١١) قوله: "والمراد إلخ" أى المراد بالمرعى الكلاء إطلاقاً لاسم المحل على الحال، وإنما فسر المصنف المرعى بالكلاء لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعى، وهو الأرض، ولو لم يفسر ذلك لتوهم أن بيع الأرض وإيجارتها لا يجوز فهو غير صحيح لأن بيع الأرض وإيجارتها صحيح سواء كان فيه الكلاء أو لم يكن. (عينى)

(١٢) بالقصر، أى الكلاء غير المحرز.

(١٣) قوله: "بالحديث" وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء فى الثلاث الماء والكلاء والنار»، والمراد بالماء الذى فى الأنهار والآبار، أما إذا أخذه وجعله فى وعاء فقد أحرزه، فجاز بيعه، وبالكلاء ما نبت فى أرض غير مملوكة وما نبت فى أرض مملوكة بغير إنبات رب الأرض، لأن رب الأرض لا يكون محرزاً له بكونه فى أرضه، وإذا أنبت صاحب الأرض بالسقى والتشربة فى أرضه اختلفت الروايات فيه فإنه ذكر فى "الذخيرة" و"المحيط"، ولو باع حشيشاً فى أرضه إن كان صاحب الأرض هو الذى أنبت بأن سقاها لأجل الحشيش، فنبت بتكلفه جاز لأنه ملكه ألا ترى أنه ليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه، وإن نبت بنفسه لا يجوز، لأنه ليس بمملوك له بل هو مباح الأصل ألا ترى أن لكل أحد أن يأخذه.

وفى القدورى: ولا يجوز بيع الكلاء فى أرضه، ولو ساق الماء إلى أرضه، ولحقه مؤنته حتى خرج الكلاء لم يجز بيعه، لأن الشركة فى الكلاء ثابتة بالنص، وإنما ينقطع الشركة بالحيازة، وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة للكلاء، فبقي الكلاء على الشركة، فلا يجوز. وذكر الحلوانى عن محمد الكلاء ما ليس له ساق وما قام على الساق فليس بكلاء، وكان الفضلى يقول: هو كلاء، ومعنى إثبات الشركة فى النار الانتفاع بضوءها، والاصطلاء بها، وتجفيف الثياب بها، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك إلا بإذن صاحبها. (ك)

(١٤) أى إجارة الكلاء.

فلأنها عقدت^(١) على استهلاك^(٢) عين مباح^(٣)، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك، بأن استأجر بقرعة ليشرب لبنها لا يجوز، فهذا أولى^(٤).

قال: ولا يجوز بيع النحل^(٥)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يجوز إذا كان^(٦) محرراً^(٧)، وهو قول الشافعي، لأنه حيوان منتفع به حقيقة^(٨) وشرعاً^(٩)، فيجوز بيعه وإن^(١٠) كان لا يؤكل كالبغل والحمار^(١١).

ولهما: أنه من الهوام^(١٢)، فلا يجوز بيعه كالزنابير، والانتفاع^(١٣) بما يخرج^(١٤) منه لا بعينه^(١٥)، فلا يكون منتفعاً به^(١٦) قبل الخروج، حتى لو باع كؤارة^(١٧) فيها غسل بما فيها من النحل^(١٨) يجوز تبعاً له، كذا ذكره^(١٩) الكرخي^(٢٠).

- (١) قوله: "فلأنها عقدت إلخ" فعدم جواز الإجارة لعنين، وقوعها في غير مملوك، واستهلاك العين. (نهاية)
- (٢) قوله: "على استهلاك عين مباح إلخ" والمستحق بالإجارة المنافع دون الأعيان، إلا إذا كانت الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ في استجار الصباغ، واللبن في استجار الظئر حيث يجوز لكونه آلة للخضاب الظؤورة. (ك)
- (٣) غير مملوك.
- (٤) في عدم الجواز.
- (٥) مگس شهد.
- (٦) مجموعاً. (عناية)
- (٧) محفوظاً.
- (٨) باستيفاء ما يحدث منه. (٤)
- (٩) لعدم ما يمنع عنه شرعاً. (٤)
- (١٠) الواو وصلية.
- (١١) فإن بيعهما يجوز بالإجماع.
- (١٢) جمع هامة، وهي دود الأرض وحشراتهما، وهي المخوفة من الأجناس. (٤)
- (١٣) قوله: "والانتفاع إلخ" جواب عن قوله: حيوان منتفع به على سبيل المنع. (مل)
- (١٤) العسل.
- (١٥) قوله: "لا بعينه" احتراز عن المهر والجحش، فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ولكن ينتفع بهما في المال بأعيانهما، فيجوز البيع. (ك)
- (١٦) فلا يكون مالاً.
- (١٧) قوله: "كؤارة" بالضم والتشديد عن الغوري، وبالكسر والتخفيف عن الأزهرى، وقيد بفتح الكاف بعسل النحل إذا سوى من طين. (مل)
- قوله: "كؤارة" خم مانند يست از شاخ درخت یا از کل درون تہی تنگ سرا برای غسل نہادن زنبوران یا خانہ زنبور کہ دروی غسل نہد. (من)
- (١٨) بيان ما.
- (١٩) قوله: "كذا ذكره الكرخي" وذكر في موضع آخر: أن هذا قول القدوري، وقال الكرخي: إنما يدخل الشيء تبعاً إذا كان من حقوقه كالشرب، وهذا ليس من حقوقه. (نهاية)

ولا يجوز بيع دود القز^(١) عند أبي حنيفة؛ لأنه من الهوام، وعند أبي يوسف يجوز^(٢) إذا ظهر فيه القز تبعاً له^(٣)، وعند محمد يجوز^(٤) كيف ما كان^(٥) لكونه منتفعاً به. ولا يجوز^(٦) بيع بيضه^(٧) عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز^(٨) لمكان الضرورة، وقيل: أبو يوسف مع أبي حنيفة^(٩) كما في دود القز^(١٠)، والحمام^(١١) إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها؛ لأنه مال مقدور التسليم.

ولا يجوز بيع الأبق^(١٢)؛ لنهي النبي عليه السلام عنه^(١٣)، ولأنه لا يقدر على تسليمه*، إلا أن يبيعه من رجل زعم^(١٤) أنه عنده، لأن النهي^(١٥) بيع أبق مطلق^(١٦)، وهو أن يكون أبقاً في حق المتعاقدين، وهذا غير أبق في حق المشتري^(١٧)،

(٢٠) أبو الحسن، في "مختصره".

(١) بالفتح وتشديد الزاء: ابريشم خام. (م)

(٢) كبيع النحل مع العسل.

(٣) أي للقز.

(٤) قوله: "يجوز كيف ما كان" وعليه الفتوى اعتباراً للعادة، ففي دود القز مر أبو حنيفة على أصله المذكور في بيع النحل، وكذا محمد مر على أصله فقال بالجواز فيهما، وأما أبو يوسف ففرق، ففي بيع النحل مع أبي حنيفة، وفي بيع دود القز مع محمد، فقال ما ظهر من القز منتفع به في المستقبل، فكان بمنزلة المهر، بخلاف النحل. (ك)

(٥) أي سواء كان معه القز أولاً.

(٦) قوله: "ولا يجوز إلخ" لما ذكر في بيع النحل من أنه مما لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه، وهو معدوم في الحال. (مل)

(٧) هو البذر الذي يكون منه الدود. (ع)

(٨) قال الإمام المحيوي: وعليه الفتوى، وفي "الذخيرة": فإنه اختيار الصدر الشهيد (ك)

(٩) في عدم الجواز.

(١٠) إذ لم يظهر فيه القز.

(١١) قوله: "والحمام [كبوتر] إذا علم إلخ" وكان موضع ذكره عند قوله: ولا بيع الطير في الهواء، وإنما ذكر ههنا اتباعاً لما ذكر الصدر الشهيد في "شرح الجامع الصغير"، لأنه وضعه ثمة كذلك. (عناي)

(١٢) العبد الأبق.

(١٣) قوله: "لنهي النبي عليه السلام إلخ" قلت: رواه ابن ماجة في "سننه" عن أبي سعيد الخدري: «أن النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء عبده وأبق وعن شراء المعانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧٤ ص ١٥٠. (نهج)

(١٤) قال.

(١٥) في الحديث.

(١٦) كامل؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل.

(١٧) لأنه عنده في زعمه.

ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم^(١)، وهو^(٢) المانع. ثم لا يصير^(٣) قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده، وكان أشهد عند أخذه^(٤)، لأنه أمانة^(٥) عنده، وقبض الأمانة لا ينوب^(٦) عن قبض البيع، ولو كان لم يشهد^(٧) يجب^(٨) أن يصير قابضاً، لأنه^(٩) قبض غصب، ولو قال: هو عند فلان فبعه منى، فباعه لا يجوز؛ لأنه أبق في حق المتعاقدين، ولأنه لا يقدر على تسليمه. ولو باع الآبق، ثم عاد من الإباق لا يتم^(١٠) ذلك العقد^(١١)، لأنه وقع باطلاً؛ لانعدام^(١٢) المحل^(١٣) كبيع^(١٤) الطير في الهواء، وعن أبي حنيفة أنه يتم^(١٥) العقد^(١٦) إذا لم يفسخ^(١٧)، لأن العقد انعقد بقيام المالية^(١٨)، والمانع^(١٩) قد ارتفع، وهو العجز

(١) إلى المشتري.

(٢) العجز.

(٣) المشتري.

(٤) أى أشهد شاهدين عند الأخذ أنه يأخذه للرد على مولاه.

(٥) قوله: "لأنه أمانة إلخ" ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى، فهلك الأمانة. (عيني)

(٦) قوله: "لا ينوب إلخ" فإن قبض الأمانة أدنى، لأنه غير مضمون، فلا ينوب عن قبض المبيع وهو أقوى، لأنه مضمون لازم. (ك)

(٧) أى عند الأخذ وأخذه للرد.

(٨) قوله: "يجب أن يصير قابضاً" وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وذكر الإمام التمر تاشي: أنه لا يصير قابضاً عند أبي يوسف، وقول المصنف يجب أن يصير قابضاً كأنه إشارة إلى أنه يلزم أبا يوسف القول بكونه قابضاً نظراً إلى القاعدة، ولو قبضه لنفسه لا للرد يصير قابضاً عقيب الشراء بالاتفاق. (ع)

(٩) قوله: "لأنه قبض غصب" وهو قبض ضمان، فينوب عن قبض البيع، إذ هو أيضاً قبض ضمان، ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة. (مل)

(١٠) قوله: "لا يتم [ويحتاج إلى بيع جديد. ك] إلخ" لأن شرط جواز العقد وهو القدرة على التسليم كان فائتاً وقت البيع، فلا يجوز وإن وجد بعده. (نهاية)

(١١) فى ظاهر الرواية، وبه أخذ مشايخ بلخ. (ع)

(١٢) قوله: "لانعدام المحل^(١٣) لأن المالية فى الآبق تأوية، فهو كالمعلوم حقيقة فى المنع من البيع. فإن قيل: فلم جاز إعتاقه؟ قلنا: الإعتاق إبطال الملك، فلا نسلم تواه بالإباق، وأما البيع فإثبات الملك للمشتري والتوى ينفيه، فلا يثبت. (ك)

(١٣) فإن محل البيع مال مقدور التسليم.

(١٤) قوله: "كبيع" أى باع الطير فى الهواء، ثم أخذه وسلمه فى المجلس. (عناية)

(١٥) قوله: "يتم العقد" فأيهما امتنع من البائع والمشتري يجبر على التسليم والتسلم، ولا يحتاج إلى بيع جديد إلا إذا كان المشتري رفع الأمر إلى القاضى، وطلب التسليم، وظهر عجزه، وفسخ القاضى العقد، ثم ظهر العبد، فحينئذ يحتاج إلى بيع جديد. (نهاية)

(١٦) وبه أخذ الكرخي. (ع)

(١٧) أى القاضى العقد قبل عوده.

عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع^(١)، وهكذا^(٢) يروى عن محمد.
 قال^(٣): ولا يبيع لبن امرأة في قدح^(٤)، وقال الشافعي: يجوز بيعه، لأنه
 مشروب طاهر^(٥)، ولنا: أنه^(٦) جزء الآدمي، وهو بجميع أجزائه مكرم^(٧)
 مصون^(٨) عن الابتذال^(٩) بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة.
 وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة، لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها^(١٠)،
 فكذا على جزءها^(١١)، قلنا: الرق^(١٢) قد حل نفسها^(١٣)، فأما اللبن فلا رق فيه، لأنه
 يختص بمحل يتحقق فيه القوة^(١٤) التي هي ضده وهو الحى، ولا حياة في اللبن^(١٥).

(١٨) فى الأبق.

(١٩) قوله: "والمانع [من الجواز] قد ارتفع" فإذا زال صار كأن لم يكن كالراهن يبيع المرهون، ثم يفتكه قبل
 الخصومة. (نهاية)

(١) قبل القبض.

(٢) أى كما يروى عن أبى حنيفة.

(٣) أى محمد. (عنى)

(٤) قوله: "فى قدح" إنما قال: فى قدح، لأنه لو لم يذكر القدح لتوهم أنه يجوز بيعه إذا كان فى القدح، وإنما لا
 يجوز بسبب كونه فى الثدي كما هو الحكم فى ألبان سائر الحيوانات أنه إذا باعه وهو فى الضرع لا يجوز، وإذا كان فى
 القدح أو فى غيره من الإناء يجوز. (ك)

(٥) قوله: "طاهر" ذكر الطهارة بعد كونه مشروباً احترازاً عن الخمر وعملاً لا يتقوم فى نفسه مع كونه طاهراً
 كحبات الخنطة لعدم الانتفاع، فإنه لا يجوز بيعها لقوات وصف الطهارة فى الخمر، وفوات وصف التقوم فى حبات الخنطة. (ن)

(٦) قوله: "أنه جزء الآدمى" فلا يكون مالاً، لأن المال هو غير الآدمى خلقاً لمصلحة الآدمى مما يجرى فيه الشح
 والضنة، ومحلى البيع هو المال حتى لا يتعقد فى غيره أصلاً، وأما دلالة أن اللبن جزء الآدمى فهو أن الشرع أثبت حرمة
 الرضاع لمعنى البعضية. فإن قيل: أجزاء الآدمى مضمونة بالإتلاف، فوجب أن يكون اللبن كذلك.

قلنا: أجزاء الآدمى لا تضمن بالإتلاف بل يضمن ما انتقص من الأصل، ألا ترى أن الجرح إذا اتصل به البرء يسقط
 الضمان، وكذلك السن إذا نبتت، وأما صب اللبن فى عين رمدة فعند بعض أصحابنا لا يجوز، وقيل: يجوز إذا علم أنه
 يزول به، ولا يدل هذا على أنه مال متقوم. (ك)

(٧) وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال بالبيع. (عناية)

(٨) محفوظ.

(٩) نكاه داشتن چيزى را. (من)

(١٠) أمة.

(١١) اعتباراً للجزء على الكل. (عناية)

(١٢) قوله: "الرق إلخ" والجواب عن قوله: مشروب طاهر، أن المراد كونه مشروباً مطلقاً، أو فى حال الضرورة،
 والأول ممنوع، لأنه إذا استغنى عنه حرم شربه، والثانى مسلم، لأنه غذاء عند الضرورة، وليست بمال، فلا يجوز بيعه. (عنى)

(١٣) فففسها رقيقة يجوز بيعها.

(١٤) أى للعنق.

(١٥) فلا يرد عليه الرق ولا العنق لانتهاء الموضوع. (ع)

قال^(١): ولا يجوز^(٢) بيع شعر الخنزير؛ لأنه نجس العين^(٣)، فلا يجوز بيعه^(٤)، إهانة^(٥) له، ويجوز الانتفاع به^(٦) للخرز^(٧) للضرورة^(٨) فإن ذلك العمل لا يتأتى^(٩) بدونه، ويوجد^(١٠) مباح الأصل^(١١)، فلا ضرورة^(١٢) إلى البيع، ولو وقع^(١٣) في الماء القليل^(١٤) أفسده عند أبي يوسف، وعند محمد لا يفسده، لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته^(١٥)، ولأبي يوسف^(١٦) أن الإطلاق^(١٧) للضرورة، فلا تظهر^(١٨) إلا في حالة الاستعمال، وحالة الوقوع^(١٩) تغيرها.

ولا يجوز بيع شعور الإنسان^(٢٠)، ولا الانتفاع به^(٢١)؛ لأن الآدمي مكرم لا

(١) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) باتفاق الأئمة. (عيني)

(٣) فليس بمال. (٤)

(٤) الشعر.

(٥) قوله: "إهانة له" فإن قلت: لم جعل البيع في لبن الآدمي دليل الإهانة، وههنا دليل الإعزاز؟ قلت: الإعزاز والإهانة يتفاوتان بتفاوت محلبيهما كالإحراق إهانة في الآدمي إعزاز في الحطب. (نهاية)

(٦) الشعر.

(٧) قوله: "للخرز [لا لغيره (ن) خرز بالفتح: دوختن موزه وكفش. م]" بفتح الخاد المعجمة، والراء المهملة وآخره زاء معجمة مصدر خرز الخف وغيره، وهو العمل للخفاف بمنزلة الخياطة للخياط. (مل)

(٨) قوله: "للضرورة" فإن الأساكفة يحتاجون في خرز النعال والأخفاف إليه. (درر)

(٩) عادة. (كافي)

(١٠) قوله: "ويوجد مباح إلخ" جواب عما يقال: إذا كان يجوز الانتفاع به ينبغي أن يجوز بيعه، وتقرير الجواب: أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل، فلا ضرورة إلى بيعه، وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع. (عيني)

(١١) كالكلأ والماء.

(١٢) قوله: "فلا ضرورة" قال الفقيه أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء، ينبغي أن يجوز لهم الشراء للضرورة، ولا بأس لهم أن يصلوا معه وإن كان أكثر من قدر الدرهم. (نهاية)

(١٣) الشعر.

(١٤) بأن لم يكن جارياً ولا عشرأ في عشر.

(١٥) قوله: "دليل طهارته [والطاهر لا ينجس]" والصحيح قول أبي يوسف؛ لأنه لو كان طاهراً مباح الانتفاع به يصح بيعه، قياساً على عامة ما هذا شأنه، وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعباً أو خفاً مخروزاً بشعر الخنزير. (ك)

(١٦) قوله: "ولأبي يوسف إلخ" وكان المصنف اختار قول أبي يوسف حيث أخره، وقيل: هذا إذا كان منتوقاً، وأما المجزوز فطاهر، كذا في التمر تاشي وقاضي خان. (عناية)

(١٧) أى إطلاق الانتفاع.

(١٨) ضرورة.

(١٩) في الماء.

(٢٠) وذكر فخر الإسلام شعر الإنسان طاهر، وهو الصحيح عندنا. (ن)

مبتذل^(١)، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزاءه مهاناً مبتذلاً، وقد قال عليه السلام*: «لعن الله الواصلة والمستوصلة^(٢)» الحديث، وإنما يرخص^(٣) فيما يتخذ من الوبر^(٤) فيزيد في قرون^(٥) النساء وذوائبهن^(٦). قال^(٧): ولا يبيع جلود الميتة قبل أن تدبغ^(٨)؛ لأنه^(٩) غير منتفع به^(١٠)، قال عليه السلام*: «لا تتفعوا من الميتة بإهاب^(١١)»، وهو^(١٢) اسم لغير المدبوغ^(١٣) على ما مر في كتاب الصلاة^(١٤). ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ، لأنها طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة^(١٥)، ولا بأس ببيع عظام الميتة، وعصبها^(١٦)

(٢١) قوله: "ولا الانتفاع إلخ" روى عن محمد أنه يجوز الانتفاع بشعر آدمي استدلالاً بما روى أن النبي عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه، وكانوا يتبركون به، ولو كان نجساً لما فعل، فإنه لا يتبرك بالنجس، ألا ترى أن أبا طيبة رضی الله عنه حين شرب دمه على قصد التبرك نهاه أن يعود إلى مثله في المستقبل. (ك)

(١) ابتذال: نگاه نداشتن چیزی را.

* راجع نصب الرایة ج ٤ ص ١٥، والدرایة ج ٢، الحدیث ٧٧٥ ص ١٥٠. (نعیم)

(٢) قوله: "لعن الله إلخ" وأخرجه الشيخان عن ابن عمر كذا قال الزيلعي، وآخره: والواشمة والمستوشمة، فالواشمة التي تجعل الخيلان في وجه المرأة بكحل أو مداد، والمستوشمة المعمول بها ذلك، وإنما تستحق اللعن بالانتفاع بما لا يجوز به الانتفاع. والواصلة التي تصل شعر امرأة بشعر امرأة أخرى، والمستوصلة هي الأمرة بذلك، وقيل: هي التي يفعل بها ذلك، وقال الزيلعي: إن الاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعور الإنسان، والانتفاع به لكرامته غير واضح، وفيه أنه واضح لأن استحقاق اللعن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع به يدل على عدم جواز البيع، كذا قال العيني. (مولانا عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٣) الوصل.

(٤) محركة يشم شتر. (من)

(٥) قوله: "في قرون [قرن - بالفتم - جيسو. م] إلخ" أي في أصول الشعر للتكثير، وفي الذوائب للتطويل. (ك)

(٦) ذوائب: جيسوها. (م)

(٧) أي محمد. (عيني)

(٨) وبعد الدبغ يجوز.

(٩) قوله: "لأنه غير منتفع به" فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الدسوسات ومثله يجوز بيعه كالثوب النجس.

أجيب بأنها خلقية، فما لم يزل بالدباغ فهي كعين الجلد، بخلاف نجاسة الثوب. (٦)

(١٠) لنجاستها. (٦)

* راجع نصب الرایة ج ٤ ص ١٥، والدرایة ج ٢ تحت الحدیث ٧٧٥ ص ١٥٠. (نعیم)

(١١) رواه الترمذي.

(١٢) إهاب، كذا روى عن الخليل. (٦)

(١٣) وإذا دبغ فاسمه أدبم.

(١٤) أي أنه اسم لغير المدبوغ.

(١٥) بقوله: كل إهاب دبغ فقد طهر.

وصوفها^(١)، وقرنها^(٢)، وشعرها، ووبرها^(٣)، والانتفاع بذلك كله؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت^(٤) لعدم الحياة، وقد قررناه^(٥) من قبل^(٦)، والفيل كالخنزير^(٧) نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة^(٨) السباع، حتى يباع^(٩) عظمه ويتنفع به^(١٠).

قال^(١١): وإذا كان السفلى لرجل وعلوه^(١٢) لآخر فسقطا^(١٣)، أو سقط العلو وحده، فباع صاحب العلو وعلوه^(١٤) لم يجز؛ لأن حق التعلی ليس بمال^(١٥)، لأن المال ما يمكن إحرازه^(١٦)، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب^(١٧) حيث يجوز بيعه تبعاً^(١٨) للأرض باتفاق الروايات، ومفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه^(١٩) حظ من الماء، ولهذا^(٢٠) يضمن^(٢١) بالإتلاف، وله قسط^(٢٢) من الثمن على ما

(١٦) عصبته بـ عصب جمع.

(١) صوف - بالضم - پشم گوسفند. (م)

(٢) قرن بالفتح شاخ. (م)

(٣) پشم شتر.

(٤) والموت لا يحل إلا في محل الحياة [لعدم الحس].

(٥) بقوله: وشعر الميتة إلخ.

(٦) في كتاب الطهارة.

(٧) أى في حق تناول اللحم وغيره. (ك)

(٨) قوله: "بمنزلة السباع" لأنه منتفع به حقيقة، فكان منتفعاً به شرعاً اعتباراً بسائر السباع. (ك)

(٩) قوله: "حتى يباع إلخ" قالوا: هذا إذا لم يكن على عظم الفيل وأشباهه دسومة، وإذا كانت فهو نجس لا يجوز بيعه. (ن)

(١٠) أى بعظمه.

(١١) أى محمد. (عيني)

(١٢) علو الدار - بالضم والكسر - بالا خانة خلاف سفلى. (من)

(١٣) كلاهما.

(١٤) أى حق التعلی. (ك)

(١٥) قوله: "ليس بمال" لأن حق التعلی يتعلق بالهواء، والهواء ليس بمال، لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه، وإنما

يجوز البيع قبل الانتهاء باعتبار البناء القائم، ولم يبق. (عيني)

(١٦) أى حفظه وجمعه.

(١٧) فإنه حق الأرض مع أنه يجوز بيعه، شرب - بالكسر - حصه آب. (م)

(١٨) قوله: "تبعاً" لا مقصوداً، وهو اختيار مشايخ بخارا للجهالة. (ك)

(١٩) قوله: "لأنه حظ من الماء" والماء عين مال، فكان كبيع العين، أو بيع يتعلق بالعين، فيجوز، بخلاف التعلی على

ما ذكرنا. فإن قيل: لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع العين وهو الماء ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدوماً في الأرض.

قلنا: يجوز للضرورة بفرضية وجوده كما في السلم والاستصناع. (نهاية)

(٢٠) أى لكونه حظاً للماء.

نذكره^(١) في كتاب الشرب .

قال^(٢) : ويبيع الطريق وهبته جائز، ويبيع مسيل الماء^(٣) وهبته باطل، والمسألة تحتل وجهين : بيع رقبة الطريق^(٤) والمسيل، ويبيع حق المرور^(٥) والتسييل، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين^(٦) أن الطريق معلوم لأن^(٧) له طولاً وعرضاً معلوماً، وأما المسيل^(٨) فمجهول، لأنه^(٩) لا يدري^(١٠) قدر ما يشغله من الماء^(١١)، وإن كان الثاني^(١٢) ففي بيع حق المرور روايتان^(١٣) . ووجه الفرق على أحدهما^(١٤) بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم^(١٥) لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق^(١٦)، أما

(٢١) قوله: "يضمن بالانلاف" بأن سقى رجل أرض نفسه بشرب غيره يضمن. (كافي)

(٢٢) قوله: "قسط من الثمن" حتى إذا ادعى رجل شراء أرض بشرها بألف، فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادته لاختلافهما في ثمن الأرض، لأن الذي زاد الشرب نقص عن ثمن الأرض لأن بعض الثمن يقابل الشرب، فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الأرض. (كافي)

قوله: "قسط" - بالكسر - حصه ونصيب وپاره از چیزی. (م)

(١) قوله: "ما تذكره" قال الإنزاري أي من "الميسوط": قلت: هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره، وفي بعض النسخ تذكره بصيغة الجمع، فيكون المراد من قوله: في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كرى الأنهار من إحياء الموات. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) وهي النهر (ك) جاي روار شدن آب. (غث)

(٤) أي نفسه وعينه.

(٥) أي حق الطريق دون رقبة الأرض.

(٦) أي بيع رقبة الطريق وبيع رقبة المسيل.

(٧) قوله: "لأن له طولاً وعرضاً" فإن عرضه مقدار باب الدار، وطوله إلى السكة النافذة غالباً، فيجوز البيع، وهذا إذا بينهما، وإذا لم يبينهما جاز أيضاً، لأنه يقدر بعرض باب الدار العظمى، كذا في "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وأما المسيل" أي رقبة المسيل من حيث هو مسيل، وهذا القيد لإخراج بيع رقبته من حيث إنه نهر فإنه أرض مملوكة جاز بيعها، ذكره شمس الأئمة السرخسي. (ع)

(٩) قوله: "لأنه لا يدري إلخ" هذا إذا لم يبين الطول والعرض، فلا يجوز للجهالة، وإذا علم حدوده وموضعه فجائز. (عيني)

(١٠) لا طولاً ولا عرضاً.

(١١) بيان.

(١٢) أي بيع حق المرور وحق التسييل.

(١٣) قوله: "روايتان" جائز في رواية ابن سماعة، وفي رواية "الزيادات" لا يجوز، وصححه الفقيه أبو الليث بأنه حق من الحقوق، وبيع الحقوق بالأفراد لا يجوز. (درر)

(١٤) أي رواية الجواز.

(١٥) إما بالبيان أو التقدير، كما مر. (ع)

المسيل^(١) على السطح فهو^(٢) نظير حق التعلی^(٣)، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله^(٤)، ووجه^(٥) الفرق بين حق المرور، وحق التعلی على^(٦) أحد^(٧) الروائين أن حق التعلی يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء، فأشبهه^(٨) المنافع^(٩)، أما حق المرور يتعلق^(١٠) بعين تبقى وهو الأرض، فأشبهه الأعيان^(١١).

قال^(١٢): ومن باع جارية، فإذا هو^(١٣) غلام فلا بيع^(١٤) بينهما^(١٥)، بخلاف ما إذا باع كبشاً^(١٦) فإذا هو نعجة^(١٧) حيث ينعقد البيع ويتخير، والفرق^(١٨) يثنى على الأصل^(١٩) الذى ذكرناه فى النكاح لمحمد، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا

(١٦) لأنه معلوم القدر.

(١) أى حق التسييل.

(٢) قوله: "فهو نظير إلخ" أى هو غير جائز لمعتين أحدهما أنه متعلق بالهواء، فليس بمال، فكان بمنزلة حق التعلی، والثانى للجهالة، لأن التسييل مجهول مختلف لقلّة الماء كثرته. (ك)

(٣) فلا يجوز بيعه باتفاق الروايات.

(٤) فإنه لا يعلم قدر ما يشغله من الماء.

(٥) قوله: "ووجه الفرق إلخ" لما كان رواية ابن سماعة فى جواز بيع حق المرور تلجئ إلى الفرق بينه وبين حق

التعلی بين الفرق بينهما بقوله: ووجه الفرق إلخ. (ع)

(٦) متعلق بحق المرور.

(٧) أى رواية الجواز.

(٨) لأنها لا بقاء لها.

(٩) وبیم المنافع لا يجوز، فكذا هذا.

(١٠) قوله: "يتعلق إلخ" ظهر من هذا أن محل البيع إما الأعيان التى هى أموال، أو حق يتعلق بها، وفيه نظر، لأن

السكى من الدار مثلا حق يتعلق بعين يبقى وهو مال ولا يجوز بيعه. (عناية)

(١١) لأن لها بقاء.

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(١٣) ذكره لتذكير الخبر. (ن)

(١٤) قوله: "فلا بيع" أى فلا يجوز البيع، وإنما ذكر هذه العبارة لأنه عبارة محمد، فذكرها بعينه، وعند زفر يجوز

البيع. (عنى)

(١٥) قوله: "بينهما" قيل: باطل لأنه بيع المعدوم، وقيل: فاسد لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره. (ن)

(١٦) كبش - بالفتح - قحقار وأن در سال چهارم باشد. (من)

(١٧) بالفتح: ميش. (م)

(١٨) بين المسألتين.

(١٩) قوله: "على الأصل الذى إلخ" أى الأصل الذى ذكرناه، وهو متفق عليه لكن ذكرنا ذلك المتفق عليه فى وجه

قول محمد فى مسألة ما إذا تزوجها على دن من النحل فإذا هو خمر فلاتفاهم على ذلك الأصل لم يقع الخلاف ههنا فى

مسألة من باع جارية إلخ. (نهاية)

ففى مختلفى الجنس ^(١) يتعلق ^(٢) العقد بالمسمى، ويبطل ^(٣) لانعدامه ^(٤)، وفى متحدى الجنس ^(٥) يتعلق ^(٦) بالمشار إليه، وينعقد ^(٧) لوجوده، ويتخير ^(٨) لفوات الوصف ^(٩)، كمن اشترى عبداً على أنه غيباز فإذا هو كاتب ^(١٠)، وفى مسألتنا ^(١١) الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان للثفاوت ^(١٢) فى الأغراض، وفى الحيوانات جنس واحد للثقارب ^(١٣) فيها ^(١٤)، وهو ^(١٥) المعتبر فى هذا ^(١٦) دون الأصل كالخل والدبس ^(١٧) جنسان ^(١٨)، والوذارى ^(١٩) والزندىجى ^(٢٠) على ما قالوا، جنسان مع اتحاد

(١) أى المشار إليه والمسمى كانا مختلفى الجنس.

(٢) قوله: "يتعلق إلخ" لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الإشارة لأن الإشارة للإشارة لتعريف الذات، فإنه إذا قال: هذا صارت الذات معينة، والتسمية لإعلام الماهية، وأنه أمر زائد على أصل الذات، فكان أبلغ فى التعريف، ونحن نحتاج فى مقام التعريف إلى ما هو أبلغ تعريفاً، فلذلك علقنا الحكم بالمسمى دون المشار إليه، وأما إذا كان المشار إليه من جنس المسمى كانت العبارة للإشارة، لأن ما سُمى وجد فى المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه. (نهاية)

(٣) العقد.

(٤) المسمى.

(٥) أى المشار إليه والمسمى كانا متحدى الجنس.

(٦) العقد.

(٧) العقد.

(٨) المشترى.

(٩) المرغوب فيه.

(١٠) حيث ينعقد العقد ويتخير المشترى.

(١١) أى باع جارية فإذا هو غلام، أو كبشاً فإذا هو نعجة.

(١٢) قوله: "لثفاوت إلخ" لأن المطلوب من العبد الاستخدام خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما، ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ، والكنس، والاستفراش، والاستيلاء الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية، فكان الثفاوت بينهما فاحشاً. (مل)

(١٣) قوله: "لثقارب إلخ" الكيش والنعجة جنس واحد لأن الغرض الكلى من الحيوان الأكل، والركوب، والحمل، والذكر الأنثى فى ذلك سواء. (ع)

(١٤) الأغراض.

(١٥) قوله: "وهو المعتبر إلخ" أى المعتبر فى أنهما جنسان مختلفان، أو متحدان ثفاوت الأغراض وتقاربها، دون أصل المادة، وإذا عرف هذا فإذا وقعت الإشارة إلى مبيع ذكر بتسميته فإن كان ذلك مما يكون الذكر والأنثى فيه جنسين كبنى آدم، فالعقد يتعلق بالمسمى، ويبطل بانعدامه، فإذا قال: بعتك هذه الجارية فإذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التى هى أبلغ فى التعريف من الإشارة، وإن كان مما يكونان من جنس واحد فالعقد يتعلق بالمشار إليه، وينعقد بوجوده، لأن العبارة إذ ذاك للإشارة لا للتسمية، لأن ما سُمى وجد فى المشار إليه، فصار حق التسمية مقضياً بالمشار إليه، فإذا باع كبشاً فإذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه. (عناية)

(١٦) أى فى اختلاف الجنس واتحاده.

(١٧) دو شاب يعنى شيره أنكور. (غث)

(١٨) مع اتحاد أصلهما وهو العنب.

أصلهما^(١). قال: ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة، فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن^(٢) لا يجوز البيع الثاني، وقال الشافعي: يجوز؛ لأن الملك^(٣) قد تم فيها بالقبض، فصار البيع من البائع ومن غيره سواء، وصار كما لو باع^(٤) بمثل الثمن الأول أو بالزيادة^(٥) أو بالعرض^(٦).

ولنا: قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة^(٧)، وقد باعت بستمائة بعد ما

(١٩) قوله: "والوذاري" - يفتح الواو وكسرهما، والذال المعجمة - ثوب منسوب إلى وذار قرية بسمرقند. (ن)

(٢٠) قوله: "والزنديجي [الزند قرية ببخارا منه ثوب زنديجي. ق]" ثوب منسوب إلى زند علي خلاف القياس، قرية ببخارا. (نهاية)

(١) وهو القطن.

(٢) وبعد نقد الثمن يجوز.

(٣) للمشتري.

(٤) من البائع.

(٥) على الثمن الأول.

(٦) قوله: "أو بالعرض [متاع]" يعنى اشترى بألف ثم باعها قبل نقد الثمن بالعرض، وقيمة العرض أقل من الألف فإنه يجوز، ولو باعها بدرهم ثم اشتراها بدنانير، وقيمة الدنانير أقل من الثمن الأول لا يجوز استحساناً، خلافاً لرفر، فإن ربا الفضل لا يتحقق بين الدنانير والدرهم، ووجه الاستحسان: أنهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد، فيثبت شبهة الربا. (مل)

(٧) قوله: "لتلك المرأة الخ" قلت: أخرجه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة في نسوة، فسألته امرأة فقالت: يا أم المؤمنين كانت لي جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته الستمائة، وكتب عليه ثمان مائة، فقالت عائشة: بئس ما اشتريت، وبئس ما اشترى، أخبرني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل؟ فقالت: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾. وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمداني عن العالية، قالت: كنت قاعداً عند عائشة، فأنتها أم محبة، فقالت: إنني بعثت زيد بن أرقم جارية إلى عطاءه، فذكر نحوه، قال الدارقطني أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتاج بهما، انتهى. وأم محبة - بضم الميم وكسر الهاء - هكذا ذكره الدارقطني في "المؤتلف والمختلف"، وقال: إنها امرأة تروى عن عائشة، روى حديثها أبو إسحاق السبيعي عن امرأته العالية، ورواه أيضاً يونس بن أبي إسحاق عن أمه العالية بنت أنفع عن أم محبة عن عائشة. وأخرجه أحمد في "مسنده": حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن أبي إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إنني بعثت من زيد غلاماً بثمان مائة درهم نسيئة، واشتريته بستمائة نقداً فقالت عائشة: أبلغني زيدا إنك قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت. قال في "التنقيح": هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة، وكذلك الدارقطني قال في العالية: مجهولة لا يحتاج بها. وفيه نظر، فقد خالفه غيره، ولو لا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إن هذا محرم لم يستجزان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد، انتهى.

وقال ابن الجوزي: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها. قلنا: بل هي امرأة معروفة، جليلة القدر، ذكرها ابن سعد في "الطبقات"، فقال: العالية بنت أنفع، امرأة أبي إسحاق سمعت من عائشة، انتهى كلامه. (تخريج الزيلعي)

قوله: "لتلك المرأة الخ" أن امرأة دخلت على عائشة رضي الله تعالى عنها، وقالت: إنني اشتريت من زيد بن أرقم جارية إلى العطاء بثمان مائة درهم، ثم بعته منه بستمائة، فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها: بئس ما شريت الخ، فأثاها

اشترت بثمان مائة^(١): بئس^(٢) ما شريت^(٣) واشتريت^(٤)، أبلغى زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل^(٥) حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إن لم يتب*، ولأن الثمن لم يدخل^(٦) فى ضمانه^(٧) فإذا وصل^(٨) إليه^(٩) المبيع^(١٠)،

زيد بن أرقم معتذراً، فقلت قوله تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف﴾، فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد لهذا الصنع لا يهتدى إليه العقل، إذ شئ من المعاصى دون الكفر، لا يبطل شيئاً من الطاعات، إلا أن يثبت شئ من ذلك بالوحي، فدل على أنها قالته سماعاً.

واعذار زيد إليها دليل على ذلك، لأن فى المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضاً، وما كان يعتذر أحدهما إلى صاحبه فيها. لا يقال: إنما ألحقت الوعيد به للأجل إلى العطاء، لأننا نقول: إن مذهب عائشة رضى الله عنها جواز البيع إلى العطاء، ولأنها قد كرهت العقد الثانى بقولها: بئسما شريت، وليس فيه هذا المعنى. (كفاية)

(١) قوله: "بعد ما اشتريت إلخ" هذا ما روى فى مسند أبى حنيفة من أن زيد بن أرقم باع جارية أولاً بثمان مائة درهم من تلك المرأة، ثم اشتراها زيد منها بستمائة، ففى هذه الرواية حصل الريح لزيد يثبت من الروايات الأخرى أن الريح كان لتلك المرأة وهى كانت أم ولد زيد بن أرقم فإنه روى الإمام أحمد بن حنبل أنه دخلت أم ولد زيد على عائشة، فقالت: إني بعث من زيد غلاماً بثمان مائة درهم نسيئة، فاشتريته بستمائة، لقد روى عبد الرزاق أن امرأة دخلت على عائشة فقالت: كانت لى جارية، فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بستمائة، فنقدته ستمائة، وكتب لى عليه ثمانمائة، فقرأت عائشة آية الربا، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالى ورددت عليه الفضل؟ فقالت عائشة: فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف، وهكذا أورد مولانا حميد الدين البنيانى فى شرحه، ونقله العلى القارى فى شرحه "مختصر المنار"، والعلامة ابن الهمام فى "فتح القدير" وغيرهم، فتأمل. (مولانا عبد الحلیم)

(٢) قوله: "بئس ما شريت" أى بعث، لأن الشراء يستعمل فى معنى البيع، قال الله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس دراهم معدودة﴾ أى باعوه، ثم إنما قدمت العقد الثانى، لأن الفساد فيه مقصود وفى الأول باعتبار الوسيلة. فإن قيل: قد جاء الوعيد أيضاً فى تفريق الولد عن الوالد بالبيع، ومع ذلك لو فعله فالبيع جائز لا فاسد؟ قلنا: الوعيد هناك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً أيضاً، فلما أمكن الانفصال بين البيع والتفريق فى الجملة اعتبر منفصلاً فى جواز البيع، وكره ذلك نسبتة إلى التفريق، أما ههنا لما كان الوعيد لشبهة الربا، والربا مختص بالبيع فأوجب الفساد، ولأن فى هذا لما كان شبهة الربا أوجب الفساد، لأن شبهة الربا ملحقة بحقيقة الربا، فأوجب الفساد كحقيقته. (ك)

(٣) أى بعث.

(٤) قوله: "واشتريت [أى أولاً]" وإنما ذمت البيع الأول وإن كان جائزاً عندها، لأنه صار ذريعة إلى البيع الثانى الذى هو موسوم بالفساد، وهذا كما يقول لصاحبه: بئس البيع الذى أوقعتك فى هذا الفساد وإن كان البيع جائزاً. فإن قيل: يحتمل إنها ذمت البيع الأول لفساده بجهالة الأجل، وإنها رجعت عن تجويز البيع إلى العطاء، والبيع الثانى لأنه بيع المبيع قبل القبض، إذ القبض لم يذكر فى الحديث. قلنا: الرجوع لم يثبت، وإنما ذمت البيع الثانى لأجل الربا حتى تلت عليه آية الربا، وليس فى بيع المبيع قبل القبض الربا. (ك)

(٥) قوله: "أبطل حجه إلخ" إنما خص الجهاد لأنه أعظم الأعمال، وأشق على البدن، كذا الحج، قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾. (مل)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٥، والدرأية ج ٢، الحديث ٧٧٦ ص ١٥١. (نعيم)

(٦) لعدم القبض.

(٧) البائم.

(٨) بالبيع.

ووقعت^(١) المقاصة^(٢) بقى^(٣) له^(٤) فضل خمسمائة، وذلك^(٥) بلا عوض^(٦)، بخلاف ما إذا باع بالعرض^(٧)، لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة^(٨).

قال^(٩): ومن اشترى^(١٠) جارية بخمسمائة ثم باعها، وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز^(١١) في^(١٢) التي لم يشتريها من البائع، ويبطل في^(١٣) الأخرى؛ لأنه^(١٤) لا بد أن يجعل^(١٥) بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتريها منه^(١٦)، فيكون^(١٧) مشترياً للأخرى^(١٨) بأقل مما باع، وهو فاسد عندنا، ولم يوجد^(١٩).

(٩) البائم.

(١٠) أى بالصفة التي خرج عن ملكه. (ك)

(١) قوله: "ووقعت المقاصة" أى بين الثمن فى البيع الأول وبين الثمن فى البيع الثانى أى وقع تقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصاً. (مل)

(٢) جيزى يبدل جيزى فرا گرفتن. (م)

(٣) مع علامة الجارية له.

(٤) البائم.

(٥) الفضل.

(٦) قوله: "وذلك بلا عوض" فهذا ربح حصل لا على ضمانه، ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن ربح ما لم يضمن، بخلاف ما إذا باعه من غيره، لأن الربح لا يحصل للبائع، وبخلاف ما إذا اشترى بالثمن الأول لعدم الربا، بخلاف ما إذا اشترى بأكثر، فإن الربح هناك يحصل للمشتري، والمبيع قد دخل فى ضمانه. (ع)

(٧) رخت ومتاع وبهرجه غير از زر وسيم باشد. (م)

(٨) وقد انتفت.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(١٠) قوله: "ومن اشترى إلخ" هذه من فروع المسألة المتقدمة، لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. (ع)

(١١) قوله: "فالبيع جائز" وأما إذا باعها مع جارية أخرى بألف وخمسمائة فالبيع فاسد، لأنه عند انقسام الثمن يلزم شراء ما باع بأقل مما باع. فإن قلت: إنه يحقق هنا صورة الجواز، وهو أن يكون الخمس مائة بإزاء المبيعة أولاً، والألف بإزاء المضمونة، فلا ضير. قلت: لما اجتمع جهة الجواز وجهة الفساد فالترجيح هنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، كذا فى "العناية". (مل)

(١٢) الجارية.

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "لأنه لا بد أن يجعل إلخ" أى لأن المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هى التى اشتراها من البائم فى المرة الأولى بخمسمائة والأخرى هى التى لم يشتريها منه لا بد إلخ. (عنى)

(١٥) فى البيع الثانى.

(١٦) أى من البائم.

(١٧) أى البائم الأول.

(١٨) أى الجارية المبيعة أولاً.

هذا المعنى ^(١) في صاحبيتها، ولا يشيع الفساد، لأنه ضعيف فيها ^(٢) لكونه ^(٣) مجتهداً فيه، أو لأنه ^(٤) باعتبار شبهة الربا، أو لأنه ^(٥) طار لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة ^(٦)، فلا يسرى إلى غيرها.

قال ^(٧): ومن اشترى زيتاً ^(٨) على أن يزنه بظرفه، فيطرح ^(٩) عنه ^(١٠) مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز، لأن الشرط الأول ^(١١) لا يقتضيه العقد ^(١٢)، والثاني ^(١٣) يقتضيه ^(١٤).

(١٩) قوله: "ولم يوجد" في صاحبيتها، وهي الجارية التي ضمت إلى الجارية المبيعة لأنه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه، فيجوز لعدم المفسد. (عيني)

(١) أى الشراء بأقل مما باع.

(٢) أى فى المشتراة. (ك)

(٣) قوله: "لكونه مجتهداً فيه" لما أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده، فلما ضعف الفساد فيها لم يتعد إلى المضمومة إليها كما لو باع عبداً ومدبراً حيث يصح البيع فى العبد لضعف فساد البيع فى المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز، كذا فى "الكفاية". وقال فى "العناية": إن فيه نظراً لأن خلاف الشافعى كان بعد وضع المسألة، فكيف يوضع المسألة بناء على شىء لم يقع بعد. (مل)

(٤) قوله: "أو لأنه باعتبار شبهة الربا" من حيث إنه يعود إليه كل رأس ماله مع زيادة ليس بإزاءها ضمان وعوض، وشبهة الربا كحقيقته، فلو اعتبرنا تلك الشبهة فى الجارية التى ضمت إلى المشتراة لكننا قد اعتبرنا شبهة الشبهة، وذلك لا يجوز، كذا فى "الكفاية". وبيان أن فى المشتراة شبهة الربا أن الألف وإن وجب للبائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيردها، فيسقط الثمن عن المشتري، وبالبائع الثانى يقع الأمن عنه، فيصير البائع بالعقد الثانى مشترياً ألفاً بخمسائة من هذا الوجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الربا، كذا فى "العناية". (مل)

(٥) قوله: "أو لأنه طار" أى الفساد طار بوجهين، أحدهما: أنه قابل الثمن بالجارتين، وهى مقابلة صحيحة إذ لم يشترط فيها أن يكون فيه بإزاء ما باع أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتهما، فصار البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبيع، ففسد البيع فيما باع، ولا شك فى كونه طارئاً فلا يتعدى إلى الأخرى.

والثانى: المقاصة فإنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة، فتقاصاً خمسمائة بخمس مائة مثلها بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثانى، فيفسد عندها، وذلك لا شك فى طروءه. (عناية)

(٦) چیزی بیدل چیزی فرا گرفتن. (م)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) روغن زیتون.

(٩) البائم.

(١٠) أى عن المشتري.

(١١) أى طرح خمسين رطلا مكان كل ظرف.

(١٢) قوله: "لا يقتضيه العقد" فإن مقضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد، وعسى أن يكون وزنه أنقى من ذلك أو أكثر، فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه. (عناية)

(١٣) أى طرح وزن الظرف.

قال^(١): ومن اشترى سمناً^(٣) في زق^(٤)، فرد الظرف^(٥) وهو^(٦) عشرة

أرطال، فقال البائع: الزق^(٧) غير هذا، وهو خمسة أرطال، فالقول قول المشتري^(٨)، لأنه إن اعتبر^(٩) اختلافاً في تعيين الزق المقبوض^(١٠) فالقول قول القابض^(١١) ضمياً^(١٢) كان أو أميناً^(١٣)، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن^(١٤)، فيكون^(١٥) القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة.

قال^(١٦): وإذا أمر^(١٧) المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها، ففعل ذلك جاز^(١٨) عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز^(١٩) على المسلم، وعلى هذا الخلاف^(٢٠) الخنزير،

(١٤) العقد.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "ومن اشترى إلخ" صورة المسألة: رجل اشترى من رجل الثمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم، فوزن له السمن والزق، فبلغ مائة رطل، وقبضه المشتري، ثم جاء فقال: وجدت السمن تسعين رطلاً، والزق هذا وزنه عشرة أرطال، وقال البائع: الزق غير هذا، وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلاً. (عيني)

(٣) روغن زرد.

(٤) قوله: "في زق [مشك]" زق - بالكسر - پوستی ست برای شراب، وجز آن که موی آنرا بریده باشند نه برکنديده. (من)

(٥) أي الزق.

(٦) الواو حالية.

(٧) أي الذي كان فيه الثمن.

(٨) مع يمينه إذا لم يقيم البيعة.

(٩) هذا الاختلاف.

(١٠) مع السمن.

(١١) المشتري.

(١٢) كالغاصب. (ن)

(١٣) كالمودع. (ن)

(١٤) فالبايع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكره.

(١٥) قوله: "فيكون القول قول المشتري" ولا يتحالفان وإن اختلفا في الثمن، لأن اختلافهما في الثمن ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف في الزق لا يوجب التحالف، لأنه ليس بمعقود به، ولا معقود عليه، وكذا الاختلاف فيما ثبت تبعا، لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل. (ك)

(١٦) أي محمد. (عيني)

(١٧) أي وكل.

(١٨) قوله: "جاز إلخ" ويؤمر بتصدق الثمن، ويكره هذا التوكيل أشد الكراهة، ويصير الملك للموكل، ولو وكل النصراني نصرانياً يصح بالاتفاق، ولذا قيد بالمسلم، ولو وكل المسلم مسلماً لا يجوز بالاتفاق، ولذا قيد بالنصراني، ولو وكل المسلم ذمياً بهية الخمر وتسليمها لا يجوز، لأن أحكام العقد ترجع إلى الموكل، فصار كالرسول، كذا في "النهاية". (مل)

(١٩) التوكيل.

وعلى هذا^(١) توكيل المحرم غيره ببيع صيده^(٢). لهما: أن الموكل لا يليه^(٣)، فلا يوليه غيره^(٤)، ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل، فصار كأنه باشره بنفسه، فلا يجوز، ولأبي حنيفة: أن^(٥) العاقد هو الوكيل بأهليته^(٦) وولايته، وانتقال^(٧) الملك^(٨) إلى الأمر^(٩) أمر^(١٠) حكيم، فلا يمتنع^(١١) بسبب الإسلام، كما إذا ورثهما^(١٢)، ثم إن كان خمرأ^(١٣) يخللها^(١٤)، وإن كان خنزيراً يسيبه^(١٥). قال^(١٦): ومن^(١٧) باع عبداً على أن يعتقه المشتري، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة

(٢٠) أي إذا وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شراءه.

(١) الخلاف.

(٢) الذي صاده قبل الإحرام.

(٣) قوله: "لا يليه [وفي نسخة: لا يليه بنفسه]" أي لا يلي التصرف الذي أمره للنصراني، فلا يوليه غيره، لأن المسلم لا يملك بنفسه، فلا يملك غيره، لأن تملك ما لا يملك لا يجوز. (إعني)

(٤) كالمسلم وكل مجوسياً، بأن يزوجه مجوسية لا يصح العقد: (ن)

(٥) قوله: "أن العاقد الخ" يعني أن الوكيل إنما يملك التصرف لكونه حراً عاقلاً بالغاً، ولهذا يستغنى عن الإضافة إلى الموكل، ويرجع الحقوق إليه، والحاجة إلى الموكل لانتقال حكم التصرف إليه، والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إليه إرثاً، وصورة الإرث: بأن أسلم النصراني، وله خنازير وخمور، ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر، وله وارث مسلم يملكها. (ك)

(٦) لأن النصراني أهل لمباشرة ذلك.

(٧) جواب عن الدليل الثاني.

(٨) إلى الموكل بعد ثبوت الوكالة.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "أمر حكيم" أي جبري لا اختياري، فإنه يثبت للملك له بدون اختياره كما في الموت بالاتفاق، وقولهما: إن الموكل لا يليه، فلا يوليه غيره منقوض بما أن الوكيل بشراء شيء بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه بمثل ذلك الثمن، وله أن يوكل غيره بذلك، والقياس على تزويج المجوسى مدفوع، فإن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل، والوكيل سفير لا غير، كذا في "العناية". وقال في "الكفاية": إن الأصل أن الوكيل عند أبي حنيفة أصل في حق نفس التصرف، ونائب عن الموكل في حكم التصرف، فيعتبر أهليته لنفس التصرف، وأهلية الموكل لحكم التصرف، وعندهما نائب عن الموكل في حق نفس التصرف، فيعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف. (مل)

(١١) قوله: "فلا يمتنع [العقد]" أي إذا ثبت الأهلية لم يتمم العقد بسبب الإسلام، لأنه جالب لا سالب. (ع)

(١٢) المسلم.

(١٣) قوله: "إن كان خمرأ" أي متى جاز عند أبي حنيفة فإن كان خمرأ الخ، وإن كان ثمن خمر تصدق به لأنه عرض الخمر، فتمكن الخبث فيه. (ك)

(١٤) تخليل: سرکه کردن. (م)

(١٥) تسييب: گذاشتن ستور را بر سر خود. (من)

(١٦) أي القدوري.

(١٧) شرع في بيان الفساد الواقع في العقد بسبب الشرط. (ع)

على أن يستولدها فالبيع فاسد؛ لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط^(١)؛ ثم جملة^(٢) المذهب فيه أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد^(٣) كشرط الملك^(٤) للمشتري لا يفسد العقد^(٥) لثبوته^(٦) بدون الشرط^(٧)، وكل شرط لا يقتضيه العقد^(٨)، وفيه منفعة^(٩) لأحد المتعاقدين^(١٠)، أو للمعقود عليه وهو^(١١) من أهل^(١٢) الاستحقاق يفسده^(١٣) كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع^(١٤)، لأن فيه زيادة عارية عن العوض، فيؤدى^(١٥) إلى الربا، أو لأنه يقع^(١٦) بسببه المنازعة،

(١) قلت: رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) قوله: "ثم جملة المذهب" أى الكلية للذهن، والأصل الشامل لغروم أصحابنا. (ن)

(٣) أى يجب بالعقد من غير شرط. (ن)

(٤) أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع. (ك)

(٥) قوله: "لا يفسد العقد" وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد إلا أنه يلام البيع، أى يؤكد موجهه كالمبيع بشرط أن يعطى المشتري بالثمن رهنا، أو كفيلا وهو معلوم بالإشارة أو التسمية لا يفسد العقد أيضاً، لأن الرهن شرع وثيقة، وتأكيدها لجانب الاستيفاء، واستيفاء الثمن موجب العقد، فما يؤكد به يلام العقد، والكفالة وثيقة لجانب المطالبة، والمطالبة موجب العقد، فما يؤكدها يلام العقد، فلا يفسد، فإن لم يكونا معلومين فسد البيع، لأن جهالة الرهن والكفيل تفضى إلى النزاع، فالمشتري يعطيه رهنا أو كفيلا، والبائع يطالبه بأجر. (ك)

(٦) قوله: "لثبوته الخ" لا يقال: نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع وشرط، وهو بإطلاقه يقتضى عدم جوازها، لأنه فى الحقيقة ليس بشرط حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق. (عناية)

(٧) فلا يفيد الشرط إلا تأكيدها. (ك)

(٨) ولا يلائمه، ولم يرد الشرع بجوازها ليس بمتمعارف. (ك)

(٩) قوله: "وفيه منفعة الخ" بأن اشترى ثوباً على أن يحفظه البائع، أو باع عبداً على أن يخدمه اليافع شهراً، أو داراً على أن يسكن فيه البائع شهراً مثلاً. (عنى)

(١٠) البائع والمشتري.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "وهو من أهل الخ" أى من أهل أن يستحق على الغير حقاً بأن يكون آدمياً، وإن لم يكن من أهل الاستحقاق بأن اشترى فرساً بشرط أن يلفه كذا من الشعر، أو لم يكن فيه منفعة لأحد كغشراء ذابة، أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع فى ظاهر المذهب، وعن أبي يوسف أنه يفسد به البيع. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) فإن العبد يحبه أن لا تتداوله الأيدي. (ك)

(١٥) قوله: "فيؤدى إلى الربا" لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض، وهو ربا، لأن الربا عبارة عن فضل خال عن العوض. لا يقال: لا يطلق الزيادة إلا على الممانس للمزيد عليه، والمشرط منفعة، فكيف يكون ربا، لأنه مال جاز أخذ العوض عليه، ولم يعرض عنه شيء فى العقد، لهكون ربا. (ع)

(١٦) قوله: "يقع بسببه المنازعة" لأنه متى كان منتفعا به كان مرغوباً فيه، وكان له طالب، فيقع بسببه النزاع، ومتى لم يكن مرغوباً فيه لم يكن زيادة تقدير، أو لم يكن له طالب فلا يؤدى إلى الربا أو النزاع. فإن قيل: لما شرط المشتري أو البائع شرطاً فى العقد فالظاهر أنه يجرى على موجهه، فلا يؤدى الشرط حينئذ إلى النزاع.

فيعبرى العقد عن مقصوده^(١)، إلا^(٢) أن يكون^(٣) متعارفاً، لأن العرف^(٤) قاضٍ على القياس، ولو كان^(٥) لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد^(٦) لا يفسده^(٧)، وهو الظاهر^(٨) من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة^(٩)، فلا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعة.

إذا ثبت هذا نقول: هذه الشروط^(١٠) لا يقتضيها العقد، لأن قضيته^(١١) الإطلاق في التصرف والتخير، لا الإلزام حتماً^(١٢)، والشروط يقتضى ذلك^(١٣)، وفيه^(١٤) منفعة للمعقود عليه، والشافعي^(١٥) وإن^(١٦) كان يخالفنا في العتق^(١٧) ويقيسه^(١٨) على بيع

قلنا: يفسد العقد بالشرط بظاهر ما روى عن النبي عليه السلام نهي عن بيع وشرط، فبعد ذلك لا يجرى الشرط على الشرط، لأن الشرط إنما يراعى في البيع الصحيح. (ك)

(١) وهو الاسترباح وقطع النزاع.
(٢) قوله: "إلا أن يكون متعارفاً" هذا استثناء من قوله: يفسده، أي إلا أن يكون الشرط متعارفاً بين الناس كما لو اشترى نعلا بشرط أن يحذوه البائع، أو يشركه، فلا يفسد به البيع، وكذا كل شرط لا يلائم العقد، إلا أن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل، فيجوز؛ لأن العرف قاضٍ على القياس، إذ الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، وهو قوله: عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»، أو ثابت بالإجماع، فيكون العرف راجحاً على القياس.
لا يقال: فساد البيع بشرط ثابت بالحديث، والعرف ليس بقاضٍ عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به، وهو قطع المنازعة، والعرف ينفي الشرع، فكان موافقاً لمعنى الحديث، كذا في "العناية" وغيرها. (مل)

(٣) الشرط.

(٤) وهو حجة يترك به القياس. (ك)

(٥) الشرط.

(٦) من المتعاقدين.

(٧) لأن الشرط يلغو ويصح العقد.

(٨) قوله: "وهو الظاهر من المذهب" احتراز عما روى عن أبي يوسف أنه يبطل به البيع، نص عليه في آخر المزارعة، لأن في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث يتعدى عليه التصرف في ملكه، والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولكننا نقول: لا معتبر بالشرط إلا بالمطالبة؛ وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر. (ن)

(٩) من جهة الدابة. (نهاية)

(١٠) أي الإعتاق، والتدبير، والكتابة، والاستيلاء.

(١١) قوله: "لأن قضيته" أي قضية العقد، أن يكون المشتري مخيراً في جميع التصرفات في المشتري، إلا أن يكون ملتزماً على تصرف كالاتفاق أو التدبير. (ي)

(١٢) وجوباً.

(١٣) الزام.

(١٤) شرط.

(١٥) يقول: بيع الرقيق بشرط العتق جائز.

(١٦) الواو وصلية.

العبد نسمة^(١)، فالحجة عليه ما ذكرناه^(٢).

وتفسير البيع نسمة: أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا^(٣) أن يشترط فيه^(٤)، فلو أعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة. وقالوا: يبقى^(٥) فاسداً حتى يجب عليه القيمة، لأن البيع قد وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً، كما إذا تلف بوجه آخر^(٦)، ولأبي حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه^(٧)، ولكن من حيث حكمه يلائمه^(٨)، لأنه^(٩) منه للملك^(١٠)، والشئ بانتهاه يتقرر، ولهذا^(١١) لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة^(١٢)، فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق

(١٧) في قول. (ن)

(١٨) قوله: "ويقيسه إلخ" غير مستقيم فيما ذكر في "المبسوط" من تفسير الشافعي بيع العبد نسمة، حيث قال من جانب الشافعي: لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس، لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها، ثم قال: وتفسيره: البيع بشرط العتق، فلا يصح قوله: ويقيسه على بيع العبد نسمة، لأنه يلزم حنيئذ قياس الشئ على نفسه. (ن)

(١) قوله: "نسمة [النسم محركة نفس الروح كالنسمة محركة. ق]" النسمة النفس من نسيم الرياح، ثم سميت بها النفس، ومنها اعتق النسمة، والله تعالى بارئ النسمة، وأما قوله: ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة صحت الوصية، فالمراد أن يباع للعتق، أي لمن يريد أن يعتقه وانتصابها على الحال على معنى معرضاً للعتق، وإنما صح هذا لأنه لما كثر ذكرها في باب العتق، وخصوصاً في قوله عليه السلام: «فك الرقبة واعتق النسمة» صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق، فعولت معاملة الأسماء المتضمنة لعاني الأفعال، كذا في "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "ما ذكرناه [من الحديث والمعقول. نهاية]" فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع بشرط. رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم، والمعقول ما ذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفاً لمقتضى العقد. (ع)

(٣) نفى لما قاله الشافعي: إن تفسيره البيع بشرط العتق. (ك)

(٤) العتق.

(٥) كما كان. (ع)

(٦) غير وجه الإعتاق من الموت والقتل والبيع. (نهاية)

(٧) من أن قضية الإطلاق إلخ.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لأنه [أي لأن العتق]" أي لأن العتق ينهي الملك، فإن الملك في بني آدم ثابت إلى العتق، والشئ بانتهاه يتقرر، ومقر الشئ مصحح له، ولهذا لو اشترى عبداً فأعتقه فعلم بعيب به رجع بنقصانه، بخلاف ما لو باعه، فإذا استهلكه فقد تقرر للفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم، فإذا أعتقه تحققت الملائمة بحكم العتق، وهو انتهاء الملك به، فترجع جانب الجواز، فكان الحال قبل ذلك موقوفاً بين أن يبقى فاسداً كما كان، أو ينقلب إلى الجواز بالإعتاق. (ك)

(١٠) تنبيه ببيان رسائدين چیزی را. (من)

(١١) إيضاح لقوله: والشئ بانتهاه يتقرر.

(١٢) ويمتنع الرد.

تحققت الملائمة، فترجع جانب الجواز^(١)، فكان^(٢) الحال^(٣) قبل ذلك^(٤) موقوفاً.

قال^(٥): وكذلك^(٦) لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً، أو داراً على أن

يسكنها^(٧)، أو على^(٨) أن يقرضه^(٩) المشتري درهماً، أو على أن يهدى^(١٠) له^(١١) هدية؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد^(١٢) المتعاقدين، ولأنه عليه السلام نهى^(١٣) عن بيع و^(١٤) سلف^(١٥) *، ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن، يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما^(١٦) يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي عليه السلام^(١٧) عن صفقتين^(١٨) في صفقة**.

(١) على جانب الفساد.

(٢) قوله: "فكان الحال إلخ" تأمل حق التأمل تخلص من وطئة شبهة وهي أن هذا الشرط في نفسه إما أن يكون فاسداً أو لا، فإن كان الأول فتحققه يقرر الفساد، لئلا يلزم فساد الوضع، وإن كان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزاً، وذلك لأنه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملازمة جائز من حيث الحكم، فقلنا بالفساد في الابتداء عملاً بالذات والصورة والجواز عند الوفاء عملاً بالحكم والمعنى، ولم يعكس لأننا لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً، ووجدنا فاسداً ينقلب جائزاً لعدم تحقق الشرط. (٤)

(٣) أى حال العقد.

(٤) الإعتاق.

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) أى يفسد.

(٧) البائم.

(٨) قوله: "أو على أن يقرضه المشتري" احتراز عما إذا قال: بعثك هذه الدار على أن يقرض فلان الأجنبي ألف درهم، فقبله المشتري صح البيع، لأنها لم تلزم الأجنبي لا ضماناً عن المشتري، لأنها ليست في ذمته، فيتحملها الكفيل، ولا زيادة في الثمن، لأنه لم يقل: على أنى ضامن، بخلاف اشتراط الإقراض على المشتري. (عناية)

(٩) البائم.

(١٠) المشتري.

(١١) البائم.

(١٢) البائم.

(١٣) قوله: "نهى عن إلخ" أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يحل سلف وبيع». (ت)

(١٤) الواو للجمع.

(١٥) قوله: "سلف" محرركة دام كه دران دام دهنده را نفعى نباشد، وبر ذمه مديون أو اى آن بعينه باشد. (من)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧٨ ص ١٥١. (نعيم)

(١٦) شيء من الثمن.

(١٧) قوله: "وقد نهى النبي إلخ" قلت: رواه أحمد في "مسنده" عن عبد الله بن مسعود قال: «نهى النبي صلى

الله عليه وعلى آله وسلم عن صفقتين في صفقة». (ت)

(١٨) عقدين.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠، والدراية ج ٢، الحديث ٧٧٩ ص ١٥٢. (نعيم)

قال^(١): "ومن باع عيناً على أن لا يسلمه^(٢) إلى رأس الشهر، فالبيع فاسد؛ لأن الأجل في المبيع العين^(٣) باطل، فيكون شرطاً فاسداً^(٤)، وهذا^(٥) لأن الأجل شرع ترفيهاً^(٦)، فيليق^(٧) بالديون دون الأعيان.

قال^(٨): "ومن اشترى جاريةً إلا حملها فالبيع فاسد، والأصل^(٩) أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح^(١٠) استثناءه من العقد، والحمل من هذا القبيل^(١١)، وهذا^(١٢) لأنه بمنزلة^(١٣) أطراف الحيوان^(١٤) لاتصاله به خلقة، وبيع الأصل يتناولها^(١٥)، فلا استثناء يكون على خلاف الموجب^(١٦)، فلم يصح^(١٧)، فيصير^(١٨) شرطاً فاسداً، والبيع يبطل به^(١٩). والكتابة^(٢٠)، والإجارة^(٢١)، والرهن^(٢٢) بمنزلة البيع^(٢٣)، لأنها

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) إلى المشتري.

(٣) قوله: "فى المبيع العين" وإنما قيد بالعين احتراز عن المسلم فيه فى السلم، فإن المسلم فيه مبيع، ولكنه ليس بعين، فيصح الأجل. (نهاية)

(٤) والبيع يفسد بالشرط الفاسد. (ك)

(٥) أى بطلان الأجل.

(٦) ترفيه: آسائش دادن. (من)

(٧) قوله: "فيليق بالديون" وذلك لأن الدين غير حاصل، فكان الأجل فيه للترفيه، لأن فائدة شرط الأجل اتساع المدة التى يتمكن المشتري من تحصيل الثمن، أما العين فحاصل، فلا حاجة إلى ذكر الأجل. (نهاية)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الأمر الكلى.

(١٠) قوله: "لا يصح استثناءه" لأنه دليل على أنه تبع لما أن التبع يدخل فى البيوع، فلا حاجة إلى إيراد العقد، وبالاستثناء يعلم أنه مقصود. (نهاية)

(١١) أى لا يصح إفراده بالعقد.

(١٢) قوله: "وهذا" أى كون الجنين من هذا القبيل، لأنه بمنزلة أطراف الحيوان، فإن الجنين ما دام فى بطن أمه فهو فى حكم جزء منها كاليد والرجل، ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً، فلا تكون مقصودة بالاستثناء. (عينى)

(١٣) قوله: "بمنزلة أطراف الحيوان" واستثناء الأطراف لا يصح، لأن الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصداً لا تبعاً، والأطراف بمنزلة الأوصاف يكون دخولها تبعاً. (ك)

(١٤) ينتقل بانتقاله، ويتقرر بقراره. (ع)

(١٥) الأطراف.

(١٦) قوله: "على خلاف الموجب" أى خلاف موجب العقد، لأن العقد يوجب أن يكون الحمل تبعاً غير مقصود. (ب)

(١٧) الاستثناء.

(١٨) أى إذا لم يصح الاستثناء يصير الخ.

(١٩) أى بالشرط الفاسد.

تبطل بالشروط الفاسدة، غير^(١) أن المفسد في الكتابة ما يتمكن^(٢) في صلب^(٣) العقد منها، والهبة^(٤)، والصدقة، والنكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء^(٥)، لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة^(٦)، وكذا الوصية^(٧) لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً^(٨)، والجارية وصية^(٩)، لأن الوصية أخت الميراث^(١٠)، والميراث يجري فيما في البطن^(١١)، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها^(١٢)، لأن الميراث لا يجري فيها.

(٢٠) نحو كاتبتك إلا حملك.

(٢١) نحو آجرتك إلا حملك.

(٢٢) رهنتك إلا حملك.

(٢٣) قوله: "بمنزلة البيع إلخ" أى من حيث إنها معاوضة، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم، فكذا ما في معناه، والاستثناء يصير شرطاً فاسداً فيها، فيفسدها. (عيني)

(١) استثناء من قوله: تبطل.

(٢) قوله: "ما يتمكن إلخ" بأن كاتب المسلم عبده على خمر، أو خنزير، أو على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب العقد، أما لو شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة، فله أن يخرج، لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد، فبطل الشرط، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد، وذلك لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء من حيث إنه مال في حق المولى، وتشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه، فألحقها في البيع في شرط يتمكن في صلب العقد، وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلب العقد. (ن)

(٣) أى ما يقوم به العقد، وهو أحد العوضين.

(٤) قوله: "والهبة والصدقة إلخ" صور هذه الأشياء بأن قال: وهبت هذه الجارية لك إلا حملها، أو تصدقتها عليك إلا حملها، أو جعلتها مهراً، أو بدل الخلم، أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها. (عيني)

(٥) ويدخل في العقد الولد والأم جميعاً. (نهاية)

(٦) قوله: "لا تبطل بالشروط إلخ" لأن الفساد باعتبار إفضاءه إلى الربا، وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات، وهذه تبرعات وإسقاط، والهبة وإن كان من قبيل التملكات لكننا عرفنا بالحديث أن الشرط الفاسد لا يفسدها، فإنه عليه السلام أجاز العمري وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له، لا لورثة المعمر إذا شرط عوده، فيصح العقد، ويبطل الاستثناء. (٤)

(٧) بأن قال: أوصيت لرجل بهذه الجارية إلا حملها.

(٨) للورثة.

(٩) للموصى له.

(١٠) في أن الملك في كل منهما يحصل بعد الموت.

(١١) لأنه عين.

(١٢) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" أى أوصى بجارية لإنسان واستثنى خدمتها أو غلتها، فيبطل الاستثناء ويستحق الموصى له الجارية مع خدمتها، لأن الخدمة والغلة لا يجري فيهما الإرث، لأنها ليست بمال، ألا ترى أن الموصى له بالخدمة والغلة لو مات بعد صحة الوصية تعود إلى ملك الموصى، ولا يصير موروثاً عن الموصى له بخلاف الوصية بما في البطن حيث يصير ميراثاً عن الموصى له. فإن قيل: لما كان الأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه لزم من هذا أن ما

قال^(١): ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع، ويخيطه قميصاً، أو قباء فالبيع فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين^(٢)، ولأنه يصير صفقة في صفقة^(٣) على ما مر^(٤). قال: ومن اشترى^(٥) نعلا على أن يحذوه^(٦) البائع، أو يشركه^(٧) فالبيع فاسد، قال^(٨): ما ذكره^(٩) جواب القياس، ووجهه ما بينا^(١٠)، وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه، فصار كصبيغ الثوب^(١١)، وللتعامل جوزنا الاستصناع^(١٢). قال: والبيع إلى النيروز، والمهرجان^(١٣)، وصوم النصرى^(١٤)، وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان^(١٥) ذلك فاسد؛ لجهالة^(١٦) الأجل،

يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه، والخدمة في الوصية مما يصح إفراده بالعقد بأن قال: أوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان، فإنه يصح، فوجب أن يصح استثناءه. قلنا: إنا لو قلنا بصحة استثناء الخدمة يلزم أن ترد الخدمة إلى وريثة الموصي، والإرث لا يجري في الخدمة، لأن الإرث يجري في الأعيان دون المنافع، فلذلك قلنا بأن الاستثناء لا يصح. (مل)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) مشترى.

(٣) قوله: "يصير صفقة في صفقة" قال فيما تقدم: صفقتين في صفقة، لأن فيه احتمال الإجارة والعارية، وقال ههنا: صفقة في صفقة إذ ليس فيه احتمال العارية. (مل)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو قوله: ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلخ. (ك)

(٥) قوله: "ومن اشترى نعلا إلخ" أراد بالنعل الصرم، وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه. حذا النعل بالمثال قطعها به، وحذا نعلا عملها شرك النعل من التشريك، وضع عليها الشراك، وهو سيرها الذى على ظهر القدم وهو مثل فى القلعة، كذا فى "المغرب". (ك)

(٦) حذا النعل اندازه كرد كفش را وبريد. (من)

(٧) شرك النعل شراك ساخت براى نعل. (من)

(٨) قال أى المصنف.

(٩) الماتن.

(١٠) هو أنه شرط لا يقتضيه إلخ. (ن)

(١١) قوله: "فصار كصبيغ الثوب" أى استعجار الصباغ لصبيغ الثوب، فإن فى القياس لا يجوز، لأن الإجارة بيع المنافع وفيه يلزم بيع العين وهو الصبيغ، فلا يجوز كما إذا استأجر بقرة ليشرب ألبانها، لكن ترك القياس للتعامل، فإن له تأثيراً فى ترك القياس كما فى الاستصناع فإنه بيع المعدوم. (نهاية)

(١٢) قوله: "الاستصناع" فإن بيع المعدوم لا يجوز وإنما جوزناه للتعامل. (ك)

(١٣) قوله: "والبيع إلى النيروز [أى بتأجيل الثمن إلى النيروز. ك] إلخ" النيروز أصله النيروز معرب، وقد تكلم به عمر رضى الله عنه، فقال: كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتسهجون به، وهو يوم فى طرف الربيع، والمهرجان يوم طرف الخريف معرب مهرگان. (نهاية)

(١٤) قوله: "وصوم النصرى إلخ" النصرى يبتدعون الصوم من نيروز، ويصومون خمسين يوماً، ونيروز غير معلوم إلا بظن، وممارسة بعلم النجوم، فربما يخطئ ويصيب، واليهود يصومون رمضان كله، ولا يفتطرون يوم الفطر، ويتبعونه بصيام من شوال إلى تمام خمسين، فبعد دخول صومهم يوم فطرهم يختلف باختلاف رمضان. (مل)

(١٥) البائم والمشتري.

وهي مفضية إلى المنازعة في البيع؛ لابتناءها^(١) على المماكسة^(٢)، إلا^(٣) إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً^(٤) عندهما^(٥)، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم، لأن مدة صومهم بالأيام^(٦) معلومة^(٧)، فلا جهالة فيه.

قال: ولا يجوز^(٨) البيع إلى قدوم الحاج^(٩)، وكذلك إلى الحصاد^(١٠)، والدياس، والقطف، والجزاز^(١١)؛ لأنها^(١٢) تتقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز، لأن الجهالة اليسيرة^(١٣) متحملة^(١٤) في الكفالة، وهذه الجهالة^(١٥) يسيرة مستدركة^(١٦) لاختلاف الصحابة فيها^(١٧)، ولأنه معلوم الأصل^(١٨)، ألا ترى

(١٦) قوله: "جهالة الأجل" لأن النيروز مختلف بين نيروز السلطان ونيروز الدهاقين، ونيروز المجوس، كذا في "الكفاية"، وقال العيني: إن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين؛ فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة. (مل)

(١) قوله: "لابتناءها" أى لابتناء المنازعة على المماكسة، والمماكسة موجودة في هذا البيع عادة. (ن)

(٢) قوله: "المماكسة" مماكسة باكسى بجزى بخيلى كردن، وتشويش كردن در بيع، كم كردن در ثمن. (من)

(٣) استثناء من قوله: فاسد.

(٤) فارتفع الجهالة.

(٥) البائع والمشتري.

(٦) بخلاف شروعهم لأنه يتقدم ويتأخر.

(٧) وهو خمسون يوماً. (ن)

(٨) أى بتأجيل الثمن إلى وقت قدوم الحاج.

(٩) أو إلى العطار. (ن)

(١٠) أى وقته، وكذا في غيره. (ن)

(١١) قطع الصوف والشعر.

(١٢) قوله: "لأنها" أى لأن هذه الأوقات تتقدم وتتأخر باختلاف الحر والبرد، فليس لها وقت معلوم لأنها من أفعال

العباد، فتثبت بحسب ما يبدو لهم. (مل)

(١٣) اندك.

(١٤) قوله: "متحملة" وإنما احتملت الكفالة الجهالة اليسيرة لأنها تشبه النذر من حيث إنها إلزام محض ابتداء،

وتشبه البيع من حيث إنها معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه، فعملنا بالشبهين، فبالنظر إلى الشبه الأول تحملت الجهالة اليسيرة كما أن النذر يحتملها، وبالنظر إلى الثاني لا تتحمل الجهالة الثقيلة، فإن المعاوضات لا تحتملها، فافهم. (مولانا عبد الحلیم نور الله مرقده)

(١٥) أى جهالة الأجل.

(١٦) أى يمكن تداركها وإزالتها. (ك)

(١٧) قوله: "لاختلاف الصحابة فيها" أى في هذه الجهالات هل هي مانعة لجواز البيع أم لا؟ فقالت عائشة رضی

الله عنها: بالجواز، فإنها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وكان ابن عباس لا يجيز، ونحن نأخذ بقول ابن عباس. ثم قيل: لجهالة اليسيرة هي ما كان الاختلاف في التقدم والتأخر، وأما إذا اختلف في وجوده كهبوب الريح كانت فاحشة. (ن)

(١٨) قوله: "ولأنه معلوم الأصل" أى أن أصل هذه الأشياء معلوم الوقوع في تلك السنة، وإنما المجهول وصف التقدم

أنها تحتتمل الجهالة في أصل السدين بأن تكفل بما ذاب^(١) على فلان، ففي الوصف أولى^(٢)، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها^(٣) في أصل الثمن^(٤)، فكذا في وصفه^(٥)، بخلاف ما إذا باع مطلقاً^(٦)، ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز، لأن هذا تأجيل في الدين، وهذه الجهالة^(٧) فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد، لأنه^(٨) يبطل بالشرط الفاسد.

ولو باع إلى^(٩) هذه الآجال^(١٠)، ثم تراضيا^(١١) بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد، والدياس، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً^(١٢)، وقال زفر: لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً، وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل^(١٣). ولنا: أن الفساد^(١٤) للمنازعة، وقد ارتفع^(١٥) قبل تقررته^(١٦)، وهذه^(١٧)

والتأخر، فكانت الجهالة يسيرة، حتى لو كفل إلى هبوب الريح، أو مجيء المطر لا يصح، لأن أصله غير معلوم في تلك السنة. (ك)

(١) أى وجب.

(٢) قوله: "ففى الوصف أولى" لأن الوصف لا يخالف الأصل، فإن قيل: الوصف أدنى من الأصل، فلا يلزم أن يكون مثل الأصل فى كونه مفسداً، قلنا: معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما، ولا منازعة فى الكفالة لأنه تبرع ابتداءً، فتبتنى على المسامحة. (ك)

(٣) الجهالة.

(٤) حتى لو باع شيئاً بثمن مجهول لا يصح.

(٥) أى الأجل فإن الوصف لا يخالف الأصل.

(٦) أى بلا ذكر الأجل.

(٧) أى اليسيرة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "بإلى هذه الآجال" احتراز عن البيع إلى هبوب الريح، ومجىء المطر تراضياً على إسقاط تلك الآجال. (ك)

(١٠) أعنى التبرع والمهرجان إلى آخر ما ذكر. (ع)

(١١) قوله: "ثم تراضيا إلخ" ولو باع إلى هبوب الريح، ثم تراضيا لا ينقلب إلى الجواز، لأن هذا غرر بخلاف الأول، وقال فى "المبسوط": الأجل ما يكون منتظر الوجود، وهبوب الريح، وأمطار السماء قد يتصل بكلامه، فهو ليس بأجل بل هو شرط فاسد. (ن)

(١٢) أى كما جاز إذا باع مطلقاً، ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات.

(١٣) قوله: "وصار كإسقاط [أى على أصلكم وعلى أصل زفر فالنكاح إلى أجل جائز. ن] إلخ" يعنى فى النكاح الموقت، يقول زفر: هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا أسقط الوقت، فكذا فى المسألة المتنازع فيه. (عيني)

(١٤) فى البيع.

(١٥) قوله: "وقد ارتفع [الأجل] إلخ" فصح البيع كما لو باع، فصاً فى خاتم أو جذعاً فى سقف، ثم نزع وسلمه. (ن)

(١٦) وتقررته إما يكون بحلول الأجل.

(١٧) قوله: "وهذه الجهالة إلخ" جواب عما يقال: إن الجهالة والفساد قد تقررت فى ابتداء العقد، فلا يفيد سقوطها، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد. (عيني)

الجهالة في شرط زائد^(١)، لا في صلب العقد^(٢)، فيمكن إسقاطه. بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد^(٣)، لأن الفساد في صلب العقد^(٤)، وبخلاف النكاح إلى أجل^(٥)، لأنه متعة، وهو عقد غير عقد النكاح^(٦)، وقوله في الكتاب^(٧): ثم تراضيا خرج وفاقاً، لأن من له الأجل يستبد^(٨) بإسقاطه^(٩) لأنه^(١٠) خالص حقه.

قال^(١١): ومن جمع^(١٢) بين حر وعبد، أو شاة ذكية وميتة^(١٣) بطل^(١٤) البيع فيهما^(١٥)، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن سمي لكل واحد منهما ثمناً^(١٦) جاز^(١٧) في العبد والشاة الذكية^(١٨).

(١) الأجل.

(٢) أحد البدلين.

(٣) فلا يجوز.

(٤) أحد العوضين.

(٥) قوله: "وبخلاف النكاح إلخ" جواب عن قياس زفر على النكاح، وتقريره: إنا قد قلنا: إن العقد قد ينقلب جائزاً قبل تقرر الفساد، ولم نقل: إن عقداً ينقلب عقداً آخر، والنكاح إلى أجل متعة، وهي غير عقد النكاح، فلا تنقلب كإحداً. (عناية)

(٦) قوله: "وهو عقد غير عقد النكاح" لأن عقد النكاح مندوب إليه والمتعة منهي عنه، فلا يمكن العود إلى نكاح عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأساً. (عيني)

(٧) قوله: "وقوله: في الكتاب [أى القدوري. عناية] إلخ" ولا يجوز البيع إلى الحصاد، والدياس، والقطاف، بقدم الحاج، فإن تراضياً بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والقطاف، وقبل قدم الحاج جاز البيع استحساناً. (قدوري)

(٨) أى ينفرد ويستقل.

(٩) الأجل.

(١٠) الأجل.

(١١) أى القدوري. (عيني)

(١٢) في البيع.

(١٣) ماتت حتف أنفها.

(١٤) قوله: "بطل إلخ" في "الميسوط" بلفظ الفساد فيهما حيث قال: فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما، ولا تنكح في أن البيع باطل في الحر، أما في القن فما ذكر في "أصول الفقه" لشمس الأئمة يدل على أن العقد في القن فاسد لا باطل، حيث قال أبو حنيفة: فيما إذا باع حرّاً وعبداً، وسمى ثمن كل واحد منهما لم يتعقد العقد صحيحاً، ولم يقل: لم يتعقد العقد في العبد أصلاً. (ك)

(١٥) سواء فصل الثمن أو لم يفصل. (ن)

(١٦) بأن قال: اشترتنيهما بألف كل واحد منهما بخمس مائة.

(١٧) البيع.

وإن جمع بين عبد ومدبر، أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علماءنا الثلاثة، وقال زفر: فسد^(١) فيهما^(٢)، ومتروك التسمية عامداً^(٣) كالميتة^(٤)، والمكاتب وأم الولد كالمدير^(٥)، له: الاعتبار^(٦) بالفصل الأول^(٧)، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل^(٨).

ولهما: أن الفساد بقدر المفسد^(٩)، فلا يتعدى^(١٠) إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح^(١١)، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد^(١٢)، لأنه مجهول، ولأبي حنيفة - وهو الفرق بين الفصلين^(١٣) - أن الحر^(١٤) لا يدخل تحت العقد أصلاً، لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة^(١٥)، فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في

(١٨) المذبوحة.

(١) البيع.

(٢) قوله: "فيهما [أى فى العبد والمدبر إلخ]" أى فى الفصلين، وهو الجمع بين العبد والمدبر، والجمع بين عبده وعبد غيره. (ك)

(٣) وأما ناسياً فلا يضر.

(٤) قوله: "كالميتة [فإذا ضم الذكية مع متروك التسمية بطل البيع]" فإن قيل: ينبغى أن يجوز العقد فيما ضم إليه، لأنه مجتهد فيه كالمدير، فإن الشافعى قائل بحله.

قلنا: حرمة منصوص عليها، ولا مسأخ للاجتهاد فى مورد النص، وهو قوله: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾، فلا يعتبر خلافه، ولا ينفذ القضاء بقوله: ومن جمع بين وقف ومملوك صح فى الملك فى الأصح. (ك)

(٥) قوله: "كالمدير" يعنى إذا ضم المكاتب، أو أم الولد مع العبد يصح البيع فى العبد بحصته من الثمن. (عينى)

(٦) أى القياس.

(٧) يعنى الجمع بين الحر والعبد. (عناية)

(٨) أى الحر والميتة، والمدبر، وعبد الغير.

(٩) قوله: "بقدر المفسد" يعنى أن الفساد بقدر ما يفسد العقد إذا سُمى لكل واحد منهما ثمنًا إذ الحكم يثبت بقدر دليله، والمفسد فى الحر كونه ليس بمال محل للبيع، وهو مختص به. (عينى)

(١٠) الفساد.

(١١) قوله: "كمن جمع بين إلخ" بأن قال: زوجتكم بألف فالنكاح جائز فى الأجنبية دون أخته. (مل)

(١٢) من الحر والعبد.

(١٣) أى فصل الحر وفصل المدير مع القن. (عناية)

(١٤) قوله: "أن الحر إلخ" بيانه: إن من جمع بين شيئين فى العقد فقد جعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطاً للعقد على الآخر، ولهذا لا يملك المشتري القبول فى أحدهما دون الآخر، والحر والميتة لا يقبلان البيع أصلاً، لأنهما ليسا بمال، فيكون جاعلاً قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلاً شرطاً للعقد على العبد والذكية، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح، فإنه لا يبطل. (ك)

(١٥) قوله: "صفقة واحدة" فإن قيل: إذا بين ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة، فحيث لا يكون القبول فى الحر شرطاً فى العبد، قلنا: إذا لم يكرر الإيجاب تكون الصفقة متحدة وإن سُمى لكل واحد من المبيع ثمنًا،

العبد، وهذا شرط فاسد^(١). بخلاف^(٢) النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة^(٣)، وأما البيع^(٤) في هؤلاء موقوف^(٥)، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية^(٦)، ولهذا^(٧) ينعقد في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه^(٨) في الأصح^(٩)، وفي المدبر بقضاء القاضى، وكذا^(١٠) في أم الولد^(١١) عند أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أن المالك^(١٢) باستحقاقه المبيع^(١٣)، وهؤلاء^(١٤) باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان^(١٥) هذا إشارة إلى البقاء^(١٦)، كما إذا اشترى عبيدين، وهلك أحدهما قبل القبض^(١٧)، وهذا^(١٨) لا

وعند اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة البيع في الآخر، فكان قبول الحر شرطاً لصحة البيع في العبد، وهو شرط فاسد، فيفسد به البيع. (ك)

(١) قوله: " وهذا شرط فاسد " فيه بحث لأن الشرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه، حتى يكون في معنى الربا، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما، ولا للمعقود عليه، فلا يكون شرطاً فاسداً. وأجيب: بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبايع فإنه إذا باعهما بألف، والحر ليس بمال يقابله بدل، فكأنه قال: بعث هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم إلى خمس مائة آخر، فيقع فضل خال عن العوض في البيع، وهو الربا. (٤)

(٢) جواب عن قياسهما على النكاح. (عناية)

(٣) بخلاف البيع.

(٤) قوله: " وأما البيع إلخ " متصل بقوله: إن الحر لا يدخل تحت العقد، وأراد بهؤلاء المدبر، والمكاتب، وأم الولد، وعبد الغير. (عيني)

(٥) قوله: " موقوف " وما في أول الباب: وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل، فالجواب إذا لم يجز المكاتب، ولم يقض القاضى بجواز بيع أم الولد والمدبر يدل على ذلك تمام كلامه هناك. (٤)

(٦) لأن المالية باعتبار الرق والتقوم، وهما موجودان. (٤)

(٧) أى لكون بيع هؤلاء موقوفاً.

(٨) المكاتب.

(٩) قوله: " فى الأصح " روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف فى النوادر بخلافه، وذلك غير معتمد عليه. (ن)

(١٠) يجوز.

(١١) قوله: " وكذا فى أم الولد إلخ " وهذا بناء على أن جواز بيع أم الولد مختلف بين الصحابة. جوز على كرم الله وجهه بيع أم الولد، والباقون لم يجزوه، ثم أجمع المتأخرون على عدم جواز بيع أم الولد، والإجماع المتأخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يكون رافعا، فلهذا يجوز بيعها بقضاء القاضى عندهما. (ك)

(١٢) قوله: " إلا أن المالك إلخ " جواب من يقول: لما دخل هؤلاء تحت العقد بقيام المالية ينبغى أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً، فأجاب بقوله: إلا أن إلخ، استثناء من قوله: قد دخلوا إلخ، يعنى أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل، وههنا كذلك، لأن المالك، وهؤلاء ردوه، ولهم ذلك لاستحقاق المالك لاستحقاق هؤلاء أنفسهم. (عيني)

(١٣) أى عبد الغير.

(١٤) أى المدبر، والمكاتب، وأم الولد.

(١٥) قوله: " فكان هذا " أى فكان قوله ردوا البيع إشارة إلى انعقاد البيع وبقائه، حتى يحتاجوا إلى الرد. (ك)

(١٦) لأن رد البيع بدون الانعقاد لا يصح. (ن)

(١٧) فالعقد يبقى فى الباقي بحصته من الثمن.

يكون^(١) شرط القبول في غير المبيع، ولا بيعاً بالحصة ابتداء^(٢)، ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد^(٣) فيه.

فصل في أحكامه^(٤)

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد^(٥) بأمر البائع^(٦)، وفي العقد عوضان، كل واحد منهما مال ملك المبيع، ولزمته قيمته، وقال الشافعي: لا يملكه وإن^(٧) قبضه، لأنه^(٨) محذور^(٩)، فلا ينال به نعمة الملك^(١٠)، ولأن النهي^(١١) نسخ^(١٢) للمشروعية للتضاد^(١٣)، ولهذا^(١٤) لا يفيد^(١٥) قبل القبض، وصار كما إذا باع بالميتة^(١٦)، أو باع بالخمر بالدرهم.

(١٨) أى الجمع بين القن والمدبر وأم الولد، والمكاتب.

(١) لأنهم دخلوا تحت البيع.

(٢) قوله: "ولا بيعاً إلخ" البيع بالحصة ابتداء لا يجوز لجهالة الثمن، وصورته باع عبدين بألف درهم على أن يكون ثمن كل واحد منهما ما حصل من انقسام الثمن على قيمتهما، وبيع الحر مع العبد كذلك، لأنه ليس بمال، فصار كأن قال: بعث هذين أى الحر والعبد بثمن كذا على أن يكون ثمن العبد ما يحصل من المسمى بعد انقسامه على قيمته، وقيمة الحر لو فرض عبداً فلا يجوز. وبيع العبد مع المدبر يجوز، لأن المدبر محل البيع في الجملة، فيصير بيع بالحصة انتهاءً، وهو جائز كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض. (مولانا عبد الحلیم نور اللہ مرقدہ)

(٣) من العبد والمدبر.

(٤) لما كان حكم الشيء أثره وهو تابعه فذكر أحكام البيع الفاسد عقبيه.

(٥) قيد بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً.

(٦) قوله: "بأمر [إذن] البائع" أى بإذنه صريحاً أو دلالة، بأن يقبضه فى المجلس بحضرة، فإن لم يقبضه فى المجلس بحضرة البائع لم يملكه. "وفى العقد عوضان" قيد به لفائدة، وهى أنه إذا كان أحد العوضين، أو كلاهما غير مال فالبيع باطل كالبيع بالميتة، والدم والحر. (عینی)

(٧) والواو متصلة.

(٨) البيع الفاسد.

(٩) لكونه منهيّاً عنه. (ك)

(١٠) قوله: "فلا ينال إلخ" لاشتراط الملازمة بين المؤثر والأثر، والمالك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، ووسيلة إلى درك المطالب. (ك)

(١١) أى نهى البيع الفاسد.

(١٢) أى على أصل الشافعي. (ك)

(١٣) قوله: "للتضاد" أى بين النهى والمشروعية، إذ النهى يقتضى القبح، والمشروعية يقتضى الحسن، وبينهما منافاة. (ب)

(١٤) أى لعدم المشروعية.

(١٥) الملك.

(١٦) وقبضها المشتري، فإنه لا يفيد الملك.

ولنا: أن ركن البيع^(١) صدر^(٢) من أهله^(٣) مضافاً^(٤) إلى محله^(٥)، فوجب القول^(٦) بانعقاده^(٧)، ولا خفاء في الأهلية والمحلية، وركنه مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام^(٨)، والنهي^(٩) يقرر^(١٠) المشروعية عندنا لاقتضاءه^(١١) التصور، فنفس البيع

(١) الإيجاب والقبول.

(٢) بالرضاء.

(٣) أى العاقل البالغ.

(٤) حال.

(٥) قوله: "إلى محله" لأن المبيع فيه مال، والثمن مال من وجه لميلان طباع النفس إلى الخمر والخنزير، غير أنه ليس بمقوم لإهانة الشرع. (عيني)

(٦) لوجود الشرائط.

(٧) البيع.

(٨) قوله: "وفيه الكلام" أى الخلاف فيما إذا كان مبادلة المال بالمال، أما إذا لم يكن العوضان، أو أحدهما مالا فالبيع باطل إجماعاً لعدم ركنه، ولا نزاع فيه. (ك)

(٩) جواب عما قال: ولأن النهي إلخ.

(١٠) لأن النهي يراد به عدم الفعل مضافاً إلى اختيار العبد، فيعتمد تقويمه. (ك)

(١١) قوله: "لاقتضاءه" أى لاقتضاء النهي تصور النهي عنه، وإلا يلزم ورود النهي فى شىء لا يتكون وهو سفه، حتى لا يقال للآدمى: لا ينظر، للأعمى لا تبصر، فالنهي يكون عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيتاب، وبين أن يأتيه فيعاقب عليه، كذا قال العيني. (مل)

قوله: "لاقتضاءه التصور إلخ" حاصل المسألة: أن النهي المطلق عن الأفعال الشرعية محمول على بطلانها عند الأكثرين من أصحاب الشافعى، وهذا هو الظاهر من مذهبه، وإليه ذهب بعض المتكلمين، وعند بعض أصحابنا لا يدل على ذلك، وإليه مال بعض أصحاب الشافعى، كالغزالي، وأبى بكر القفال الشاشى، وهو قول عامة المتكلمين، وذهب بعضهم إلى أنه يدل على الفساد فى العبادات دون المعاملات. ثم القائلون بأنه يدل على البطلان مطلقاً أى فى العبادات والمعاملات اختلفوا فى ما بينهم، فقال بعضهم: يدل عليه لغة، وقال بعضهم: يدل عليه شرعاً، لا لغة، والقائلون بأنه لا يدل على البطلان أيضاً اختلفوا فى ما بينهم، فذهب أصحابنا إلى أنه يدل على الصحة، وذهب غيرهم كالغزالي إلى أنه لا يدل عليها. والصحة فى العبادات عند الفقهاء عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء، وعند المتكلمين عن موافقة أمر الشارع وجب القضاء، أو لم يجب، فصلاة من ظن أنه متطهر، وليس كذلك صحيحة عند المتكلمين لموافقة أمر الشارع بالصلاة على حسب حاله غير صحيحة عند الفقهاء لكونها غير مسقطاً للقضاء، وفى عقود المعاملات معنى الصحة كون العقد سبباً لترتب ثمراته المطلوبة عليه شرعاً كالبيع للمك. وأما البطلان فمعناه فى العبادات عدم سقوط القضاء بالفعل، وفى المعاملات خروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام على مقابلة الصحة، وأما الفساد فيرادف البطلان عند أصحاب الشافعى، وكلاهما عبارة عن معنى واحد، وعندنا هو قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل، وهو ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه. وذكر صاحب "الميزان" فيه: أن الصحيح ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً فى حق الحكم، فيقال: صلاة صحيحة، وصوم صحيح، وبيع صحيح إذا وجدت أركانه وشرائطه، قال: وتبين بهذا أن الصحة ليست بمعنى زائد على التصرف، والفساد ما كان مشروعاً فى نفسه فائت المعنى من وجه ملازمة ما ليس مشروعاً إياه، والباطل ما كان قائماً للمعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية التصرف كبيع المجنون والصبي الذى لا يعقل.

واعلم أن الصحة عندنا قد يطلق أيضاً على مقابلة الفاسد كما يطلق على مقابلة الباطل، فإذا حكمنا على شىء

مشروع وبه تنال نعمة الملك، وإنما المحذور^(١) ما يجاوره^(٢) كما في البيع^(٣) وقت النداء، وإنما^(٤) لا يثبت الملك^(٥) قبل القبض كيلا يؤدي^(٦) إلى تقرير الفساد المجاور^(٧)، إذ هو^(٨) واجب الرفع بالاسترداد^(٩) فبالامتناع^(١٠) عن المطالبة أولى. ولأن السبب^(١١) قد ضعف لمكان اقترانه بالقبض، فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم^(١٢) بمنزلة الهبة^(١٣)، والميتة^(١٤) ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان^(١٥) الخم

بالصحة فمعناه أنه مشروع بأصله ووصفه جميعاً، بخلاف الباطل فإنه ليس بمشروع أصلاً، وبخلاف الفاسد، فإنه مشروع بأصله غير مشروع بوصفه، فالنهي عن التصرفات الشرعية يدل على الصحة بالمعنى الأول عندنا من حيث إن النهي عنه يصلح لإسقاط القضاء في العبادات كما إذا نذر صوم يوم النحر وأداه فيه لا يجب القضاء، وترتب الأحكام في المعاملات، ولا يدل عليها بالمعنى الثاني، لأنه ليس بمشروع بوصفه وإن كان مشروعاً بأصله. (كشف الأسرار)

(١) قوله: "وإنما المحذور ما يجاوره" فإن قيل: هذا من قبيل ما يتصل به المعنى وصفاً، لا من قبيل ما يجاور المعنى جمعا كما عرف في أصول الفقه، قلنا: أراد بالمجاور أن الفساد ليس لمعنى في عين المنهي عنه بل لمعنى في غير المنهي عنه، وهو الشرط الزائد مثلاً. (ك)

(٢) فنفس البيع مشروع، والكراهة لأجل المجاور.

(٣) قوله: "كما في البيع وقت النداء" فإن النهي ثمة ورد لمعنى في غير المنهي عنه وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع، والاشتغال عن السعي غير البيع، فإن قلت: ذلك البيع مكروه، وهو فاسد، فما وجه الإلحاق، قلنا: هما سياتن في أن النهي فيهما غير راجع إلى عين المنهي عنه، وإنما يرجع إلى غيره لكن ذلك الغير ههنا متصل به وصفاً، فأثر في الفساد، وثمة مجاور، فأثر في الكراهة إظهاراً للقصور. (مل)

(٤) جواب عن قول الشافعي، ولهذا لا يفيد قبل القبض.

(٥) قوله: "وإنما لا يثبت الملك إلخ" تقرير ذلك أنه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن، ووجب على البائع تسليم المبيع، لأنهما من موجب العقد، فيتقرر الفساد، وهو لا يجوز، لأنه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره، ولما كان واجب الرفع بالاسترداد يعنى إذا كان المبيع مقبوضاً فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة أحد المتعاقدين أولى، لكونه أسهل لسلامته عن المطالبة والإحضار والتسليم، ثم الرفع بالاسترداد. (عناية)

(٦) قوله: "كيلا يؤدي إلخ" وذلك لأننا لو أثبتنا الملك قبل القبض لكننا مثبتين ذلك بالبيع الفاسد، لأنه لا موجب للملك هناك سواء، والبيع مشروع بشرع الله تعالى، فكان الفساد حيثئذ مضافاً إلى الشارع، فكان فيه تقرير الفساد، ولا يجوز ذلك. أما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتاً للملك لوجوب الضمان على القابض كما في القبض على سوم الشراء، فكان تقرير الفساد مضافاً إلى العباد، وذلك ليس ببعيد. (ك)

(٧) للبيع.

(٨) قوله: "إذ هو [الفساد] إلخ" يعنى أن القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض رفعا للفساد المتصل به، فلأن لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة أولى، لأن هذا أسهل وأبعد عن العبث، إذ لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشتري بعد القبض كان فيه نوع عبث. (ك)

(٩) أى طلب رد المبيع من المشتري.

(١٠) أى امتناع المشتري عن مطالبته تسليم المبيع.

(١١) قوله: "ولأن السبب [البيع الفاسد] إلخ" يعنى أن سبب الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به، والشئء إذا كان ضعيفاً وهياً لا يترتب عليه حكمه وموجهه، إلا بانضمام ما يؤكد كما في الهبة، فيكون انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا لانماه آخر. (ك)

مثمناً^(١)، فقد خرجناه^(٢) وشيء آخر^(٣)، وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة، وهي تصلح ثمناً لا مثمناً^(٤). ثم شرط^(٥) أن يكون القبض بإذن^(٦) البائع، وهو^(٧) الظاهر^(٨) إلا أنه يكتفى به دلالة كما إذا قبضه^(٩) في مجلس العقد استحساناً^(١٠)، وهو الصحيح^(١١)، لأن البيع تسليط منه على القبض، فإذا قبضه^(١٢) بحضرته قبل الافتراق^(١٣)، ولم ينهه^(١٤) كان^(١٥) بحكم التسليط السابق^(١٦)، وكذا^(١٧) القبض في

(١٢) الملك.

(١٣) في الاحتياج إلى ما يعضد العقد، وهو القبض.

(١٤) قوله: "والميتة ليست بمال إلخ" جواب عن قياس الشافعي المتنازع فيه على البيع بالميتة، تقريره: أن الميتة ليست بمال، وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه. (مل)

(١٥) جواب لقوله: أو باع الخمر بالدرهم.

(١) مبيعاً.

(٢) قوله: "فقد خرجناه [ذكرنا تخريجه. ن]" وهو ما ذكر في أول الباب أن المبيع هو المقصود في البيع، وفي جعل الخمر مبيعاً مقصوداً إعزاز له، والشرع أمر بإهانتته، وترك إعزازه، فكان بيع الخمر باطلاً. (ك)

(٣) قوله: "وشيء آخر [سوى ما ذكر هناك]" أى دليل آخر على بطلان بيع الخمر، وهو أن القيمة تصلح ثمناً لا مثمناً يعنى لو انعقد البيع على الخمر يجب على البائع قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر، وتسلمها، فلو قلنا بالانعقاد فيما إذا اشترى الخمر بالدرهم لجعلنا القيمة مثمناً، لأن كل عين من الأعيان بمقابلة الدرهم والدنانير في البيع مضمن، أى مبيع لتعين الدرهم والدنانير للثمنية خلقة شرعاً، وما عهدنا أن يكون القيمة مثمناً في صورة من صور البياعات، فيؤدى إلى تغيير المشروع. وأما إذا جعل بمقابلة الخمر ثوباً، أو غيره من العروض كانت الخمر ثمناً، والثمن يجرى مجرى الوصف، فيجب على المشتري قيمة الثوب، فكانت القيمة في محلها، فلا يحكم بالبطلان لكنه يفسد. (ن)

(٤) مبيعاً.

(٥) أى القدرى في "مختصره".

(٦) فالمراد من الأمر الإذن. (ك)

(٧) شرط الإذن.

(٨) أى ظاهر الرواية.

(٩) مشتري بحضرته.

(١٠) أى من حيث الاستحسان.

(١١) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما ذكره صاحب "الإيضاح"، وسماها الرواية المشهورة فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد، فهو كما لم يقبض، وهذه هي الرواية المشهورة، ووجهها أن العقد إذا وقع فاسداً لم يتضمن تسليطاً على القبض، لأن التسليط لو ثبت إنما يثبت شرعاً، والفساد يجب إعدامه، فلم يثبت مقتضى وهو التسليط على القبض، وهذا بخلاف ما إذا وهب، لأن التصرف وقم صحيحاً. (مل)

(١٢) المشتري.

(١٣) وبعد الافتراق لا بد من الإذن الصريح.

(١٤) مشتري، أى من القبض

(١٥) القبض.

الهيئة فى مجلس العقد^(١) يصح استحساناً، وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فيخرج عليه^(٢) البيع بالميتة^(٣)، والدم والحر، والريح^(٤)، والبيع مع نفى الثمن^(٥)، وقوله^(٦): لزمته^(٧) قيمته^(٨) فى ذوات القيم^(٩)، فأما فى ذوات الأمثال^(١٠) يلزمه^(١١) المثل، لأنه^(١٢) مضمون^(١٣) بنفسه بالقبض، فشابه الغصب^(١٤)، وهذا^(١٥) لأن المثل صورة، ومعنى أعدل من المثل^(١٦) معنى^(١٧).

(١٦) ويثبت الملك. (ك)

(١٧) قوله: "وكذا القبض الخ" يعنى يكتفى بسكوت الواهب، وعدم نبيه الموهوب له عن القبض.

(١) قوله: "فى مجلس العقد" إنما توقف على المجلس لأن القبض ركن فى باب الهيئة، وأنه ينزل منزلة القبول فى حق الحكم، فكما أن القبول يتوقف على المجلس فكذا التسليط على القبض. (نهاية)

(٢) أى على هذا الاشتراط.

(٣) قوله: "البيع بالميتة الخ" ويجعل الكل باطلا لعدم المالية فى هذه الأشياء سواء كانت ثمنًا أو مثنًا، لكن ذكر جهة الأثمان ليعلم أنها إن كانت مبيعة كان البيع أولى بالبطلان. (عناية)

(٤) قوله: "والريح" بأن قال: بعث هذا العبد بالريح التى تهب من مكان الجانب الشمالى، وذلك المكان ملك له.

(٥) قوله: "والبيع مع نفى الثمن" أى فى رواية، لأنه إذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد، فلم يكن بيعاً، وفى رواية ينعقد، لأن نفيه لم يصح، لأنه نفى بحكم العقد، وإذا لم يصح نفيه صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض، لأن مطلق العقد يقتضى المعاوضة فإذا سكت كان غرضه قيمته، فكأنه باع بقيمته. (كفاية)

(٦) أى قول القدورى. (٤)

(٧) قوله: "لزمته قيمته [أى عند الهلاك]" وإنما وجبت القيمة فى أبيع الفاسد لأن الأصل أن ينعقد البيع بقيمة المبيع، لأن العدل فيه، غير أن فى القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين، فأقيم المسمى مقامها صيانة للبيع عن الفساد، وإذا فسد البيع بوجه آخر تعذر العدول عن القيمة إلى المسمى، فيصير إلى الأصل. (كفاية)

(٨) أى معناه إذا كان المبيع من ذوات الخ.

(٩) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة.

(١٠) كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(١١) قوله: "يلزمه المثل" ولا يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفسد. (مل)

(١٢) قوله: "لأنه الخ" أى لأن المبيع مضمون بنفسه، أى بماليته فى البيع الفاسد لا بالتسمية، وأما البيع الصحيح فالبيع مضمون فيه بالتسمية وهى الثمن. (مل)

(١٣) فى البيع الفاسد.

(١٤) والحكم فى الغصب كذلك.

(١٥) أى وجوب المثل فى ذوات الأمثال.

(١٦) فلا يعدل عنه بلا ضرورة.

(١٧) قيمة.

قال^(١): "ولكل واحد من المتعاقدين فسخه"^(٢) رفعاً للفساد، وهذا^(٣) قبل القبض ظاهر، لأنه^(٤) لم يفد حكمه^(٥)، فيكون الفسخ امتناعاً منه^(٦)، وكذا^(٧) بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد^(٨) لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد، فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد^(٩) إلا أنه لم يتحقق المراضاة^(١٠) في حق من له الشرط^(١١). قال^(١٢): "فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه، فملك التصرف فيه^(١٤)، وسقط^(١٥) حق الاسترداد^(١٦) لتعلق حق^(١٧) العبد^(١٨) بالثاني^(١٩)، ونقض

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) قوله: "فسخه [البيع الفاسد]" بحضرة صاحبه عندهما، وعند أبى يوسف بغير حضرته أيضاً. (ن).

قوله: "فسخه" أى ولاية الفسخ، وأما باعتبار الحق فالفسخ حق الله تعالى لأن إعدام الفساد واجب.

(٣) أى كون حق الفسخ لكل.

(٤) البيع الفاسد.

(٥) الملك.

(٦) أى من الحكم.

(٧) أى لكل فسخه.

(٨) قوله: "فى صلب العقد" صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، وقيام العقد بالعوضين، فكل فساد تمكن فى أحد العوضين يكون فساداً فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين، وبيع ثوب بخمر أو خنزير لقوة الفساد، فيجب إعدامه حقاً للشرع. (ك)

(٩) قوله: "بشرط زائد" بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه كذا، أو باعه إلى أجل مجهول.

"لمن له الشرط [بحضرة صاحبه. ن.] ذلك [جواز الفسخ]" أى الفسخ، ومن له الشرط أى منفعة الشرط هو البائع فى صورة الإقراض، والمشتري فى صورة الأجل. "دون من عليه لقوة العقد" يعنى أن فسخ من عليه لا يجوز، لأن العقد قوى، لأن الشرط دخل فى أمر زائد لا فى صلب العقد. (عيني)

(١٠) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لقوة العقد] أنه إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: لقوة العقد، يعنى لما كان العقد قوياً كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضاً. (عيني)

(١١) فله أن يفسخ.

(١٢) أى القدورى. (عيني)

(١٣) بالشراء الفاسد.

(١٤) قوله: "فملك التصرف [من البيع، والهبة، والإعتاق. ن.] إلخ" ورد بأن المبيع لو كان مأكولاً لم يحل أكله، ولو كانت جارية لم يحل وطئها، ذكره فى "شرح الطحاوى"، فلم يملك التصرف مطلقاً، وأجيب بالمنع، فإن محمد نص فى كتاب الاستحسان على حلتها، لأن البائع سلطه على ذلك، وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يكره الوطئ ولا يحرم، فالمدكور فى "شرح الطحاوى": "يحمل على عدم الطيب، ولئن سلم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط، فبدلته أولى، وجواز التصرف باعتبار أصل الملك، وهو ينفك عن صفة الحل. (عناية)

(١٥) بالتصرف.

(١٦) للبائع الأول.

(١٧) قوله: "لتعلق حق إلخ" فإن قيل: كان ينبغى أن ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسداً لتعلق

الأول^(١) لحق الشرع، وحق العبد^(٢) مقدم لحاجته^(٣)، ولأن الأول^(٤) مشروع بأصله^(٥) دون وصفه^(٦)، والثاني^(٧) مشروع بأصله^(٨) ووصفه، فلا يعارضه مجرد الوصف، ولأنه حصل بتسليط^(٩) من جهة البائع^(١٠)، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة^(١١)، لأن كل واحد منهما^(١٢) حق العبد، ويستويان^(١٣) في المشروعية، وما حصل بتسليط من الشفيع^(١٤).

حق الوارث، ولم ينقطع كما لا يبقى له حق الاسترداد من الموصى له. قلنا: إنما كان كذلك لأن ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه، وذلك الملك كان مستحق النقض، فانتقل إلى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد، وأما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني، لأن له ملكاً متجدداً لثبوته بسبب اختياري منشأ ولهذا لا يرد بالعيب.*

(١٨) المشتري الثاني.

(١٩) أى بالبيع الثاني.

(١) أى البيع الأول.

(٢) إذا اجتمع مع حق الشرع.

(٣) قوله: "مقدم لحاجته [أى أن العبد محتاج، والله أغنى]" فإن قيل: يشكل على هذا ما إذا كان حلالاً، وفي يده صيد، ثم أحرم يجب عليه إرساله، وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العبد قلنا: الواجب الجمع بين الحقين وإنما يصر إلى الترجيح إذا لم يمكن، وههنا يمكن بأن يرسل من يده في موضع بحيث لا يضيع ملكه. (ك)

(٤) البيع الأول.

(٥) إذ لا فساد في أصل البيع.

(٦) لدخول الفساد.

(٧) البيع الثاني.

(٨) إذ لا فساد فيهما جميعاً.

(٩) قوله: "ولأنه حصل إلخ" معناه أن البيع الثاني حصل بتسليط البائع الأول، حيث كان القبض بإذنه، فاسترداده نقض ما تم من جهته، وذلك باطل، ونقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فإنه نقض ما تم من جهته، والجواب إنا لا نسلم التمام فيه فإن كلا من المتعاقدين يملك الفسخ والتمام فيه، فإذا باع المشتري فقد انتهى ملكه، فيكون الاسترداد نقضاً لما تم من جهته. (عناية)

(١٠) الأول.

(١١) قوله: "بخلاف تصرف [متصل بقوله: يسقط حق الاسترداد] إلخ" جواب عما يقال: لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً عن النقض لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع أن ينقضهما. (عيني)

(١٢) حق شفيع وحق مشتري.

(١٣) لأن كل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير موصوف بالفساد.

(١٤) قوله: "وما حصل إلخ" يعنى إن هذه التصرفات التي وجدت من المشتري في الدار المشفوعة، ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال: بأن في نقضها سعياً في نقض ما تم من جهته، بخلاف المبيع بيعاً فاسداً، فإن تصرف المشتري هناك وجد بتسليط من البائع، فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري منه، إذ لو جاز يلزم السعي في نقض ما تم من

قال^(١): ومن اشترى عبداً بخمر، أو خنزير، فقبضه وأعتقه، أو باعه^(٢)، أو وهبه وسلمه، فهو جائز، وعليه القيمة^(٣)؛ لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض، فينفذ تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك^(٤)، فتلزمه القيمة، وبالبيع والهبة^(٥) انقطع الاسترداد على ما مر^(٦). والكتابة^(٧) والرهن نظير البيع، لأنهما لازمان^(٨) إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب^(٩)، وفك الرهن لزوال المانع، وهذا^(١٠) بخلاف الإجارة، لأنها تفسخ بالأعذار^(١١)، ورفع الفساد عذر، ولأنها تنعقد^(١٢) شيئاً^(١٣)، فيكون الرد امتناعاً. قال^(١٤): وليس للبايع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن^(١٥)، لأن المبيع مقابل به، فيصير^(١٦) محبوساً به كالرهن^(١٧)، وإن مات

جهته. وفي الذخيرة: لأن التسلط إما يثبت بالإذن نصاً، أو بإثبات الملك للتصرف، ولم يوجد واحد منهما من الشئيم. (ك)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) كرر لفظ البيع كراهة أن يغير لفظ محمد. (عناية)

(٣) أى قيمة العبد.

(٤) كمغصوب هلك.

(٥) والتسليم.

(٦) من تعلق حق العبد.

(٧) أى كاتبه أو رهنه.

(٨) قوله: "لأنهما لازمان" فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لازماً فى حق الراهن كالكتابة فى حق المولى، وإذا

لم يتصل الرهن بالقبض فالراهن بالخيار إن شاء سلمه إلى المرتهن، وإن شاء يرجع عن الرهن. (مل)

(٩) قوله: "بعجز المكاتب [عن أداء الكتابة] إلخ" وليس لتخصيصهما زيادة فائدة، لأن عود الاسترداد فى جميع

الصور إذا انتقضت هذه التصرفات حتى لو رد عليه يعيب فى البيع قبل القضاء بالقيمة كان له الاسترداد، وكذلك إذا رجع

فى الهبة بقضاء أو لغيره، ثم عود الاسترداد فى الجميع إذا لم يقض بالقيمة، أما إذا كان عجز المكاتب ونحوه بعد القضاء فلا. (ن)

(١٠) قوله: "وهذا" أى انقطاع حق الاسترداد بالتصرفات المذكورة، بخلاف الإجارة، فإن حق الإسترداد فيها لا

ينقطع. (عينى)

(١١) قوله: "لأنها تفسخ إلخ" ولم يذكر محمد من يفسخ الإجارة، وذكر فى "النوادر": أن القاضى هو الذى

يفسخ، والتزويج يشبه الإجارة لوروده على المنفعة، والبيع يرد على ملك الرقبة، والفسخ يرد على ملك الرقبة أيضاً، فتعلق

حق الزوج بالمنفعة لا ينعق الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم، كذا فى "الذخيرة" و"الإيضاح". (ك)

(١٢) قوله: "ولأنها تنعقد إلخ" أى لأن الإجارة تنعقد على المنافع، وهى تحدث شيئاً فشيئاً، ففى وقت رد العقد

كان الرد امتناعاً من انعقاد العقد فى حق المنفعة التى تحدث بعده لعدم الضرورة، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت. (عينى)

(١٣) ساعة فساعة.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٥) قوله: "حتى يرد الثمن [الذى أخذه من المشتري]" قال فى "النهاية": أى القيمة التى أخذها من المشتري،

وليس بواضح، بل المراد به ما أخذه البائم فى مقابلة المبيع عرضاً كان أو نقداً، ثمناً أو قيمة. (ع)

(١٦) المبيع.

البائع فالمشتري أحق^(١) به^(٢) حتى يستوفى الثمن، لأنه يقدم عليه^(٣) في حياته^(٤)، فكذا على ورثته وغرماءه بعد وفاته كالراهن^(٥)، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها^(٦) تتعين^(٧) في البيع الفاسد، وهو الأصح^(٨)، لأنه^(٩) بمنزلة الغصب، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا^(١٠).

قال^(١١): ومن باع داراً بيعاً فاسداً، فبناها المشتري^(١٢)، فعليه^(١٣) قيمتها عند أبي حنيفة، رواه^(١٤) يعقوب^(١٥) عنه في "الجامع الصغير"^(١٦)، ثم شك^(١٧) بعد ذلك في الرواية^(١٨)، وقالوا: ينقض البناء وترد الدار^(١٩)، والغرس على هذا الاختلاف^(٢٠) لهما: أن حق الشفيع أضعف^(٢١) من حق البائع، حتى يحتاج فيه إلى القضاء،

(١٧) قوله: "كالرهن" فإنه يصير محبوساً بالدين إلا أن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وههنا البيع مضمون بجميع قيمته، كما في الغصب. (ك)

(١) من غرماء الميت.

(٢) المبيع.

(٣) البائع.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "كالراهن [وفي نسخة: كالمرتهن]" فإنه إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفى الدين. (عيني)

(٦) قوله: "لأنها تتعين إلخ" هل يتعين المقبوض للرد فهو على الروايتين، وذكر البردعي في "الجامع": الدراهم في البيع الفاسد إنما تتعين إذا كان البيع الفاسد صريحاً، وإن لم يكن صريحاً لا تتعين. (ك)

(٧) بالتعيين.

(٨) وفي رواية أبي حفص لا تتعين.

(٩) أي لأن الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب. (ك)

(١٠) أنه بمنزلة المغصوب، والحكم فيه كذلك. (نهاية)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) وليس للبائع أن يأخذها.

(١٣) مشتري.

(١٤) أي روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في "الجامع".

(١٥) أبو يوسف.

(١٦) ففي العبارة إغلاق.

(١٧) يعقوب.

(١٨) أي في سماعه عنه لا في مذهب أبي حنيفة.

(١٩) على البائع.

(٢٠) قوله: "والغرس [بالفتح درخت نشانده. من] إلخ" يعني ينقطع به حق الفسخ عند أبي حنيفة خلافاً لهما.

ويبطل بالتأخير^(١)، بخلاف حق البائع^(٢)، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء^(٣)، فأقواهما^(٤) أولى^(٥). وله: أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام^(٦)، وقد حصل^(٧) بتسليط من جهة البائع، فينقطع حق الاسترداد كالبيع^(٨) بخلاف حق الشفيع، لأنه لم يوجد منه^(٩) التسليط، ولهذا^(١٠) لا يبطل^(١١) بهبة المشتري وبيعه، فكذا ببناءه، وشك يعقوب في حفظه^(١٢) الرواية عن أبي حنيفة. وقد نص محمد^(١٣) على الاختلاف^(١٤) في كتاب الشفعة، فإن حق الشفعة مبني^(١٥) على انقطاع حق البائع

(٢١) قوله: "حق الشفيع أضعف" فلهذا يحتاج إلى الرضا أو القضاء، ولا يورث بخلاف حق البائع، ولهذا ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضا المشتري، ويورث هذا الحق ولا يورث حق الشفعة، وكذا حق البائع انضم إليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض هذا البيع، ولا يجب على الشفيع الأخذ بالشفعة، ثم ينقض بناء المشتري لحق الشفيع، فلحق البائع أولى. (ك)

(١) أى بتأخير الطلب.

(٢) فإنه لا يحتاج فيه إلى القضاء، ولا يبطل بالتأخير.

(٣) أى ببناء المشتري.

(٤) حق بائع.

(٥) بأن لا يبطل.

(٦) قوله: "مما يقصد به الدوام" إذ البناء ليس للنقض، والغرس ليس للقطع، والمشتري يتضرر بنقض البناء، والغرس تضرراً بلا جائز، والبائع يتضرر مع جائز مع أنه حصل بتسليطه، فكان رعاية حق المشتري أولى، فينقطع للبائع حق الاسترداد كما لو باعه المشتري بيعاً صحيحاً بخلاف الشفيع، لأنه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع. (ك)

(٧) أى كل واحد من الغرس والبناء.

(٨) أى كما إذا باع المشتري بيعاً صحيحاً.

(٩) الشفيع.

(١٠) أى لأجل عدم التسليط من الشفيع.

(١١) حق الشفيع.

(١٢) قوله: "وشك يعقوب في حفظه إلخ" أى لا في مذهب أبي حنيفة أنه ينقطع حق البائع به، وقال شمس الأئمة السرخسي: هذه هي المسألة التي وقعت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أنه ينقض البناء، وقال محمد: بل رويت لي عنه أنه يأخذ قيمتها، ثم قال شمس الأئمة: ثم شك يعقوب في هذه المسألة. (نهاية)

قوله: "في حفظه إلخ" يعنى شك أنه هل سمع من أبي حنيفة أنه ينقطع حق البائع ببناء المشتري في الشراء الفاسد أم لا، ولم يشك في الاختلاف. (ك)

(١٣) قوله: "وقد نص محمد إلخ" لتأكيد قوله: شك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة، لا في مذهب أبي

حنيفة. (نهاية)

(١٤) قوله: "على الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" أى في ثبوت الشفعة إذا بنى المشتري شراءً فاسداً في الدار المشتراة أو غرس فيها فللشفيع حق الشفعة عند أبي حنيفة، وعند محمد. وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد، فيكون نصاً على الاختلاف في انقطاع حق البائع ببناءه، لأن التنصيص على الاختلاف في الفرع يكون

بالبناء، وثبوته^(١) على الاختلاف.

قال: ومن اشترى جارية بيعاً^(٢) فاسداً وتقابضاً، فباعها وربح فيها، تصدق بالربح، ويطيب^(٣) للبايع^(٤) ما ربح في الثمن، والفرق^(٥) أن الجارية مما يتعين^(٦)، فيتعلق العقد بها، فيتمكن الخبث في الربح، والدرهم والدنانير لا تتعينان^(٧) في العقود^(٨)، فلم يتعلق العقد الثاني بعينها^(٩)، فلم يتمكن الخبث^(١٠)، فلا يجب التصدق، وهذا^(١١) في الخبث الذي سببه فساد الملك، أما الخبث لعدم الملك^(١٢) عند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين^(١٣) لتعلق^(١٤) العقد^(١٥) فيما يتعين حقيقة^(١٦)، وفيما

تنصيصاً على الاختلاف في أصل ذلك الفرع. (مل)

(١٥) لأنه لا شفعة ما دام حق الاسترداد باقياً، فلا يؤدي إلى تقرير الفساد. (ن)

(١) قوله: "وثبوته" قال الإنزاري في "غاية البيان": قال بعض الشارحين ثبوته - بالرفع - معطوف على قوله: مبني، وهو ضعيف، قلت: أراد ببعض الشارحين السغناقي، وتبعه على ذلك الكاكي لكن الإنزاري لم يبين وجه الضعف، والذي يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء، وعلى الاختلاف خبره. (عيني)

(٢) الشراء.

(٣) قوله: "ويطيب إلخ" هذا على الرواية التي لا تتعين الدراهم فيها، وأما على التي تتعين فهي بمنزلة المغصوب. (ن)

(٤) الأول.

(٥) في أن الربح طيب لبائهم الجارية في الثمن، وغير طيب لمشتري الجارية.

(٦) قوله: "مما يتعين" ومعنى تعين الجارية أنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى معها، ولما تعلق العقد بها، وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح جاء من بدل المملوك ملكاً فاسداً، فيتمكن الخبث في الربح، ويتصدق به، والخبث هو عدم الطيب. (عيني)

(٧) قوله: "لا تتعينان إلخ" معنى عدم التعيين فيهما أنه لو أشار المشتري إليهما بهذه الدراهم له أن يتركها، ويدفع غيرها كما أن الثمن يجب في ذمة المشتري. (نهاية)

(٨) احتراز عن المغصوب والودائع والشركة.

(٩) أي بعين الدراهم التي ابتاع المشتري الجارية بها.

(١٠) أي في الربح، لأن الربح حصل بالعقد لا بالدراهم.

(١١) قوله: "وهذا" أي الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين حيث لا يطيب الربح في الأول، ويطيب في الثاني. (عيني)

(١٢) كالجارية المغصوبة والدراهم المغصوبة. (نهاية)

(١٣) قوله: "يشمل النوعين" حتى إن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب والوديعة، والوديعة والمغصوب عرض أو من النقود، وأدى ضمانهما للمالك، وبقي الربح يتصدق الربح في قولهما، لأن فيما يتعين قد بدل مال الغير، فيثبت حقيقة الخبث، وفيما لا يتعين إن لم يكن بدل مال الغير لأن العقد لا يتعلق به بل بمثل ذلك في الذمة لكن إنما يوصل إلى الربح بأداء المغصوب والوديعة، فيتمكن فيه شبهة الخبث. (ن)

(١٤) أي بمال الغير. (عيني).

(١٥) الثاني.

لا يتعين شبهة^(١) من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع^(٢)، أو تقدير الثمن^(٣)، وعند فساد الملك^(٤) ينقلب الحقيقة شبهة، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة^(٥)، والشبهة هي المعبرة^(٦) دون النازل عنها^(٧).

قال^(٨): وكذا إذا ادعى على آخر مالا^(٩)، فقضاه إياه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في دراهم يطيب^(١٠) له الربح، لأن الخبث لفساد الملك ههنا، لأن الدين وجب بالتسمية^(١١)، ثم استحق^(١٢) بالتصادق، وبدل^(١٣) المستحق^(١٤) مملوك، فلا يعمل فيما لا يتعين.

(١٦) أى من حيث حقيقة الخبث.

(١) أى من حيث شبهة الخبث، وبينه من حيث بقوله إلخ. (عينية)

(٢) بأن نقد من الدراهم المغصوبة. (نهاية)

(٣) قوله: "أو تقدير الثمن" بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة، ونقد من مال نفسه. (نهاية)

(٤) قوله: "وعند فساد إلخ" يعنى أن الخبث لفساد الملك ينقلب حقيقته شبهة، أى ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة فى الخبث لعدم الملك كما فيما يتعين بكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك، لأن الخبث لفساد الملك، أدنى من الخبث لعدم الملك، والشبهة باعتبار عدم الملك فيما لا يتعين، نزل إلى شبهة الشبهة فيما لا يتعين. (عينية)

(٥) قوله: "تنزل إلى شبهة الشبهة إلخ" لأن تعلق سلامة المبيع أو تقدير الثمن الذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بمال فيه شائبة ملك. (٤)

(٦) بالحديث نبي عن الربا والريبة. (نهاية)

(٧) قوله: "دون النازل عنها" لأنها لو كانت معتبرة لكان مادونها معتبرة أيضاً، فلا يكون البيع خالياً عن شبهة الشبهة، فيفسد باب التجارة، وهو مفتوح، ولأن الأصل فى الكسب الشبهة فقد عدل عن هذا الأصل فى حق الشبهة، فبقى الخارج عنها على الأصل. (نهاية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينية)

(٩) أى دراهم أو دنائير. (ك)

(١٠) ولا يجب التصديق.

(١١) قوله: "لأن الدين وجب بالتسمية" أى دعوى المدعى مالا على آخر، وأداء المدعى عليه وقبض المدعى بدلا من الدين، ثم استحق أى الدين بالتصادق، فإن المرء يكون مأخوذاً بإقراره حكماً، فلما تصادقا أن الدين لم يكن على المدعى عليه صار الدين بمنزلة ما لو استحق، فيفسد الملك فى عوضه، فإن بدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً، كما لو باع أمة بألف، وتقابضاً فاستحقت كان الثمن مملوكاً للبائع لوجوب رده عليه، ولكن لا يبطل، فيتمكن فيه شبهة عدم الملك.

ولو حصل الربح فى دراهم غير مملوكة يتمكن فى الربح شبهة الخبث، وإذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث، فلا تعتبر، فلا يعمل، أى الخبث لفساد الملك فيما لا يتعين إذ لا أثر له فيه. (مل)

(١٢) الدين. (نهاية)

(١٣) الدراهم. (ن)

(١٤) الدين. (نهاية)

فصل فيما يكره^(١)

قال: ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش^(٢)، وهو أن يزيد في الثمن^(٣)، ولا يريد الشراء، ليرغب غيره، قال عليه السلام: «لا تناجشوا»^(٤)»^(٥)*

قال^(٦): وعن السوم^(٧) على سوم غيره، قال عليه السلام: «لا يستام^(٨) الرجل على سوم أخيه ولا يخطب^(٩) على خطبة أخيه»**، ولأن في ذلك^(١٠) إيحاشاً^(١١) وإضراراً^(١٢)، وهذا^(١٣) إذا تراضى المتعاقدان^(١٤) على مبلغ ثمن في المساومة^(١٥)، أما إذا لم يركن^(١٦) أحدهما إلى الآخر فهو^(١٧) بيع من يزيد، ولا بأس به

(١) قوله: "فيما يكره" قيل: المكروه أدنى درجة من الفاسد، لكن هو شعبة من شعبه، فلذلك ألحق به وآخر عنه، ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في أصول الفقه أن القبح إذا كان لأمر مجاور كان مكروهاً، وإن كان لو صف متصل كان فاسداً. (ع)

(٢) قوله: "عن النجش [لأنه خداع]" هو بفتحين وروى بالسكون هو أن تستام السلعة بأزيد من ثمنها ولا تريد شراءها بل ليرك الآخر، فيقع فيها، وكذا في النكاح وغيره. (ك)

(٣) قوله: "وهو أن يزيد إلخ" والنهي فيما إذا طلب الراغب بمثل ثمنها، وأما إذا طلب بدون ثمنها فلا بأس. (ن)

(٤) أى لا تفعلوا النجش. (ع)

(٥) قلت: أخرجه من حديث أبي هريرة. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٠ ص ١٥٢. (نعيم)

(٦) أى القدورى. (عيسى)

(٧) بها كردن.

(٨) قوله: "لا يستام [استيام بها كردن. (من) نهى بصيغة النفي، وهو أبلغ. ك] إلخ" قلت: أخرجه من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يبيع بعضكم على بيع بعض»، وفي لفظ: «لا يبيع الرجل على بيع ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له»، انتهى. (ت)

(٩) بخواستگارى كردن زن را. (من)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨١ ص ١٥٢. (نعيم)

(١٠) أى فى السوم على سوم أخيه.

(١١) أى إلقاء الوحشة فى قلب أخيه.

(١٢) بزيادة الثمن.

(١٣) أى لكونه مكروهاً.

(١٤) قوله: "إذا تراضى إلخ" صورته أن يتساوم الرجلان بالبيع والشراء على السلعة، ويرضى البائع والمشتري بذلك، ولم يعقدا عقد البيع حتى ساومه آخر على سومه، واشتراه منه فإنه يجوز ولكن يكره. (مل)

(١٥) ساومت المتاع: بها كردن متاع را. (ن)

(١٦) أى لم يعمل.

(١٧) أى السوم.

على ما نذكره^(١)، وما ذكرناه^(٢) محل النهي في النكاح أيضاً:
 قال^(٣): وعن تلقى الجلب^(٤)، وهذا إذا كان^(٥) يضر^(٦) بأهل البلد، فإن كان
 لا يضر^(٧) فلا بأس به، إلا إذا لبس^(٨) السعر^(٩) على الواردين^(١٠)، فحينئذ يكره لما
 فيه من الغرور والضرر^(١١). قال^(١٢): وعن بيع الحاضر^(١٣) للبادي^(١٤)، فقد قال عليه
 الصلاة والسلام^(١٥): «لا يبيع الحاضر للبادي^(١٦)»، وهذا^(١٧) إذا كان أهل البلدة
 في قحط وعوز^(١٨)، وهو يبيع^(١٩) من أهل البدو^(٢٠)، طمعاً في الثمن الغالي^(٢١) لما فيه

(١) في هذه الصفحة.

(٢) قوله: "وما ذكرناه" أراد به قوله: وهذا إذا تراضى المتعاقدان محل النكاح أيضاً، يعني إذا ركن قلب المرأة إلى المخاطب يكره خطبة غيره، فإذا لم يركن فلا يكره. (عيني)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "عن تلقى [بيش آمدن ودا گرفتن. من] الجلب [روى البخارى النهي عن تلقى الجلب]" جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة جلباً، والجلب المجلوب. (ك)

(٥) قوله: "وهذا إذا كان [أي كراهة تلقى الجلب] إلخ" صورته المصرى أخبر بمجيء قافلة، فتلقاهم، واشترى الجميع، وأدخله المصر ليبيعه على ما أراده. (ع)

(٦) بأن كانوا في ضيق وقحط.

(٧) بأهل البلد.

(٨) قوله: "لبس" تلبس بنهار داشتن مكر وعيب از كسى. (من)

(٩) بالكسر نرخ. (من)

(١٠) التجار.

(١١) في حق الواردين.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وعن بيع الحاضر إلخ" صورته أن الرجل إذا كان له طعام وعلف، وأهل المصر في قحط منهما، وهو لا يبيعهما من أهل المصر حتى يتوسعوا، ويبيعهما من أهل البادية في حال، وهم يتضررون بذلك فهو مكروه. (نهاية)

(١٤) اللام بمعنى من. (ن)

(١٥) قوله: "فقد قال عليه السلام إلخ" أخرج البخارى عن ابن عمر قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يبيع حاضر لباد، انتهى، فاللام بمعنى من، كذا في "النهاية"، ويحتمل أن يكون اللام على أصلها، والمعنى نهى أن يتولى المصرى عمن جاء بمال من خارج المصر، ويكون له سمساراً، ويبيع هذا المصرى للبادي، وهذا ليغالى في القيمة، فإن البادي المسافر لا يقف على عادات أهل المصر في المعاملات. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(١٦) مقيم في البادية.

* راجع نصب الراية ج: ص ٢٢، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٢ ص ١٥٢. (نعيم)

(١٧) أي كراهة بيع الحاضر للبادي.

(١٨) بالفتح: خشك سال، محرقة: درویشی. (من)

(١٩) من الحاضر.

من الإضرار بهم^(١)، أما إذا لم يكن كذلك^(٢)، فلا بأس به لانعدام الضرر.
قال^(٣): والبيع عند آذان الجمعة، قال الله تعالى: ﴿وذروا^(٤) البيع﴾، ثم^(٥)
فيه^(٦) إخلال بواجب السعي^(٧) على بعض الوجوه^(٨)، وقد ذكرنا الآذان
المعتبر^(٩) فيه^(١٠) في كتاب الصلاة.

قال^(١١): كل ذلك^(١٢) يكره لما ذكرنا^(١٣)، ولا يفسد^(١٤) به^(١٥) البيع، لأن
الفساد^(١٦) في معنى خارج زائد^(١٧) لا في صلب العقد^(١٨)، ولا في شرائط
الصحة^(١٩). قال^(٢٠): ولا بأس ببيع من يزيد، وتفسيره ما ذكرنا^(٢١)، وقد صح أن
النبي عليه السلام باع^(٢٢) قدحاً^(٢٣) وحلساً^(٢٤) ببيع من يزيد*، ولأنه بيع الفقراء،

(٢٠) بالفتح صحراء.

(٢١) گران.

(١) أى بأهل البلد.

(٢) بأن كانوا فى سعة. (ن)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى د ع عند آذان الجمعة.

(٥) بيان للقبح المجاور.

(٦) أى فى البيع عند آذان الجمعة.

(٧) أى بالسعى الواجب.

(٨) قوله: "بعض الوجوه" يعنى إذا قعدا أو وقفا قائمين لأجل البيع، وأما إذا كاتا بمشيان، وبيعان فلا بأس

بذلك. (ك)

(٩) قوله: "وقد ذكرنا إلخ" وهو قوله: والمعتبر هو الأذان الأول إذا كان بعد الزوال. (ك)

(١٠) فى باب الجمعة.

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى من أول الفصل إلى ههنا.

(١٣) من الدلائل منفرداً.

(١٤) قوله: "ولا يفسد" فيجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض.

(١٥) أى بالنهى المذكور.

(١٦) القبح. (إله داد)

(١٧) مجاور.

(١٨) البدلان.

(١٩) من الحرية والعقل والبلوغ.

(٢٠) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٢١) قوله: "ما ذكرنا" وهو قوله: فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد. (ك)

والحاجة ماسة^(١) إليه .

نوع منه^(٢)

قال: **ومن ملك مملوكين صغيرين^(٣)، أحدهما ذو رحم محرم^(٤) من الآخر، لم يفرق بينهما، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً^(٥)، والأصل فيه^(٦) قوله عليه السلام^(٧): «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته^(٨) يوم القيامة»*، ووهب النبي ﷺ لعلی رضی الله عنه غلامين أخوين صغيرين^(٩)، ثم قال له: «ما فعل الغلامان^(١٠)»**، فقال: بعتهما، فقال: «أدرك أدرك^(١١)»***،**

(٢٢) قوله: "وقد صح إلخ" روه اسحاق بن راهوية في "مسنده" عن أنس بن مالك عن رجل من الأنصار أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد، انتهى. (ت)

(٢٣) كاسة. (من)

(٢٤) قوله: "وحلساً" - بالكسر - غليم سطر كه برپشت شتر زير برده نهند ودر خانه زير فرشهای فاخرة فگند. (من)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٣ ص ١٥٢. (نعيم)

(١) داعية.

(٢) أى من البيع المكروه.

(٣) قوله: "ومن ملك إلخ" أى بقبوله الهبة، والوصية، والشراء، والإرث، وإنما قيد بالصغيرين لأنه لا يكره فى

الكبيرين. (مل)

(٤) صفت ذو وجر برای جوار ست.

(٥) أى لم يفرق.

(٦) قوله: "والأصل فيه [الدليل] إلخ" وجه الإستدلال بالأول هو الوعيد، وبالتالي تكرر الأمر بالإدراك والرد، والوعيد جاء للتفريق، والأمر بالرد على بيع أحدهما، وهو تفريق، ولم يتعرض للبيع فقلنا بكرامة البيع لإفضاءه إلى التفريق، وهو مجاور ينفك عنه لجواز أن يقع ذلك بالهبة. (٤)

(٧) قلت: أخرجه الترمذى فى البيوع، وفى السير عن أبى أيوب الأنصارى. (ت)

(٨) قوله: "وبين أحبته إلخ" وفاق الأحبة عقوبة كما قال العارف الشيرازى:

شنيده ام سخن خوش كه پير كنعان گفتم

فراق يار نه آن ميكنند كه بتوان گفتم

حديث هول قيامت كه گفتم واعظ شهر

كنايتى ست كه از روزگار هجران گفتم (ملا إله داد)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٣، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٤ ص ١٥٢. (نعيم)

(٩) قوله: "ووهب" قلت: أخرجه الترمذى وابن ماجه عن على. [ت] إلخ" معطوف على قوله عليه السلام: من

حيث المعنى، لأن تقديره: والأصل ما قال عليه السلام: ووهب النبي عليه السلام لعلی إلخ. (عناية)

(١٠) أى ما حالهما. (ك)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٥ ص ١٥٣. (نعيم)

(١١) أدركه در رسيد او را. (من)

ويروى: «أرَدُّ أرَدُّ»^(١) *، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير، والكبير يتعاهده^(٢)، فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاهد، وفيه ترك الرحمة على الصغار، وقد أوعده عليه^(٣). ثم المنع^(٤) معلول بالقرابة المحرمة^(٥) للنكاح^(٦)، حتى لا يدخل فيه محرم^(٧) غير قريب^(٨)، ولا قريب غير محرم^(٩)، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما، لأن النص ورد بخلاف القياس^(١٠)، فيقتصر على مورد^(١١)، ولا بد من اجتماعهما^(١٢) في ملكه، لما ذكرنا^(١٣) حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره^(١٤) لا بأس ببيع واحد منهما^(١٥)، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به، كدفع أحدهما بالجناية^(١٦)، وبيعه بالدين^(١٧)، وورده

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٥ ص ١٥٣. (نعيم)

(١) أى استردد. (ن) رده باز گردانيد او را. (من)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٥ ص ١٥٢. (نعيم)

(٢) أى يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة.

(٣) قوله: "وقد أوعده عليه" قلت: فى الباب حديث رواه أبو داود فى الأدب عن عبد الله بن عمرو ابن العاص رضى الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من لم يعرف صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا». (ت)

(٤) من التفريق. (٤)

(٥) قوله: "بالقرابة إلخ" فإن قيل: أليس أن الحربى إذا دخل دارنا بغلامين أخوين صغيرين بأمان، فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بالشراء منه، وإن كان فيه تفريق.

قلنا: لأنه لو لم يشتتر منه لعاد به إلى دار الحرب، وشراءه منه أنظر من مراعات التفريق. (ك)

(٦) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر.

(٧) كأمرة للأب. (ك)

(٨) بالرضاع والمصاهرة. (ن)

(٩) كأولاد الأعمام والعمات. (ن)

(١٠) قوله: "ورد بخلاف القياس" لأن القياس يقتضى أن يجوز، لأن المالك يتصرف فى ملكه كيف يشاء كما لو كانا كبيرين، وكما فى غير بنى آدم، فإن قلت: قد ذكرنا المعنى المعقول، وهو قوله: ولأن الصغير يستأنس إلخ، فكيف يصح الدعوى بعد ذلك أنه مخالف للقياس. قلت: لا بد أن يكون ورود النص موافقا للمعنى المعقول إلا أنا لما لم ندر كره من حيث الظاهر الذى هو عليه يسمى بدليل القياس سميئاً خلاف القياس. (نهاية)

(١١) هو القرابة المحرمة للنكاح، أى الأخوين والوالدة وولدها.

(١٢) المملوكين.

(١٣) قوله: "لما ذكرنا" أى من أن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورد. (كفاية)

(١٤) قوله: "والآخر لغيره" سواء كان ابناً صغيراً له أو كبيراً، وهما فى مؤنثه أولاً، أو زوجته، أو مكاتبه. (ن)

(١٥) لأن التفريق لا يتحقق فيه. (٤)

(١٦) قوله: "كدفع أحدهما بالجناية" أى بجناية وجدت منه جناية نفس أو مال، بأن جنى أحدهما جناية، أو

بالعيب^(١)، لأن المنظور إليه دفع الضرر^(٢) عن غيره^(٣) لا الإضرار به^(٤).
قال^(٥): فإن فرق كرهه له ذلك^(٦)، وجاز العقد^(٧)، وعن أبي يوسف
أنه لا يجوز في قرابة الولادة^(٨)، ويجوز في غيرها^(٩)، وعنه أنه لا يجوز في جميع
ذلك، لما روينا^(١٠)، فإن الأمر بالإدراك، والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد.
ولهما: أن ركن البيع^(١١) صدر من أهله^(١٢) في محله^(١٣)، وإنما الكراهة لمعنى
مجاور^(١٤)، فشابه كراهة الاستيلاء^(١٥).

وإن كانا كبيرين، فلا بأس بالتفريق بينهما، لأنه ليس في معنى^(١٦) ما ورد به

استهلك مال إنسان فللمولى أن يدفعه. (مل)

(١٧) قوله: "وبيعه بالدين" بأن كان مأذوناً وأحاطه به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له. (عيني)

(١) قوله: "ورده بالعيب" بأن اشتراهما لنفسه، فكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد له أن يردّه، ويمسك
الثانى. (مل)

(٢) قوله: "لأن المنظور إليه [أى ههنا فى جواز التفريق] إلخ" حاصل الكلام أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر
عن الصغير، وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق
إضرار بصاحب الحق، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمناً لحق مستحق، فلا يلتفت إليه لأنه كم من شىء يثبت ضمناً ولا
يثبت قصداً. (عيني)

(٣) أى عن غير الصغير وهو المولى.

(٤) الصغير.

(٥) أى القدرى. (عيني)

(٦) قوله: "فإن فرق إلخ" إطلاق التفريق يدل على أنه مكروه سواء كان بالبيع، أو القسمة فى الميراث، أو الغنائم،

أو الهبة، أو غير ذلك. (عناية)

(٧) البيع.

(٨) أى فى الوالدين والمولودين.

(٩) ففرق بين القربات بالقوة والضعف. (ن)

(١٠) قوله: "لما روينا" أشار إلى قول على رضى الله عنه فى الحديث: بعث أحدهما إلخ، فإن الأمر بالإدراك هو

قوله عليه السلام فى الحديث المذكور: أدرك أدرك، والرد فى قوله: ويروى اردد اردد. (عيني)

(١١) الإيجاب والقبول.

(١٢) العاقل البالغ.

(١٣) أى المال.

(١٤) لمعنى مجاور [وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق. عناية] وذلك ليس من المبيع فى شىء، والنهى متى

كان المعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد العقد كالتنهي عن البيع وقت النداء، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٥) قوله: "كراهة الاستيلاء" أى السوم على سوم أخيه، وقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه: «أدرك» محمول

على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع أحدهما منه. (ك)

(١٦) قوله: "ليس فى معنى إلخ" لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه، وربما لا يستأنس أحدهما بالآخر بل يتأذى

النص^(١)، وقد صح^(٢) «أنه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين»*، وكانتا أمتين أختين.

باب الإقالة^(٣)

الإقالة جائزة في المبيع بمثل الثمن الأول؛ لقوله عليه السلام: «من أقال^(٤)

أحدهما من الآخر بإحسان السيد إلى أحدهما. (ك)

(١) وهو أن التفريق قطع الاستئناس وترك التعاهد.

(٢) قوله: "وقد صح إلخ" بيان هذا ما روى البزار في "مسنده" من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: أهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فاستولدها فولدت له إبراهيم، وهي مارية أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحسان بن ثابت رضى الله عنه، وهي أم عبد الرحمن بن حسان. (عيني)

قوله: "وقد صح إلخ" أخرج البيهقي في "دلائل النبوة" مرسلًا عن طريق ابن إسحاق، حدثني الزهري عن عبد الرحمن: "أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس صاحب الإسكندرية بكتاب، فقبل الكتاب، وأكرم، وأكرم حاطبًا، وأحسن نزله، وأهدى لرسول الله ﷺ مع حاطب كسوة، وبغلة مسدوجة، وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العبدى، وهي أم زكريا ابن جهم الذى كان خليفة عمرو بن العاص على مصر" وهذا مخالف لما رواه البزار: "أن الأخرى أهداها لحسان بن ثابت رضى الله عنه". ويجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي عقب الحديث المذكور من حديث أبي بشير أحمد بن محمد حدثنا أبو الحارث أحمد بن سعيد، حدثنا هارون بن يحيى الخاطبي، حدثنا إبراهيم بن عبد الرحمن، حدثني عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم عن أبيه، حدثنا يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه عن جده حاطب بن أبي بلتعة قال: "بعثنى رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية، فحنته بكتاب رسول الله ﷺ، فأنزلنى فى منزله، وأقمت عنده، ثم بعث إلى وقد جمع بطارقة إلى أن قال: هذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد، قال: فأهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ثلاث جوار، منهم أم إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبى جهم بن حذيفة العدوى، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت الأنصارى".

ومن أحاديث الباب ما أخرجه مسلم عن سلمة بن الأكوع قال: خرجنا مع أبى بكر ففرونا فزاره إلى أن قال: فجئت بهم إلى أبى بكر، وفيهم امرأة معها ابنة لها من أحسن العرب، فأعطانى أبو بكر ابنتها، فقدمت المدينة، فقال لى عليه السلام: «يا سلمة هب لى المرأة»، قلت: هى لك، ففدى بها أسارى بمكة.

وحديث آخر رواه الحاكم فى المستدرک، والدارقطنى فى "سننه" من حديث عبد الله بن عمرو، حدثنا سعيد بن عبد العزيز سمعت مكحولًا يقول: حدثنا نافع بن محمود بن الربيع عن أبيه أنه سمع عبادة بن الصامت يقول: نهى رسول الله ﷺ أن يفرق بين الأم وولدها، فقيل: يارسول الله إلى متى، فقال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. وقال شيخنا شمس الدين السهبي فى "مختصر المستدرک": بل هو حديث موضوع، فإن عبد الله ابن عمرو بن حسان كذاب، انتهى، وقال الدارقطنى: عبد الله هو الواقفى، وهو ضعيف الحديث، ورواه على ابن المدينى بالكذب، ولم يروه عن سعيد غيره. (تخريج الزيلعى رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٨، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٦ ص ١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "باب الإقالة" الإقالة هو الرفع من القيل، وقيل: من القول، والهزمة للسلب، وهو مخدوش بدليل قلت: البيع بكسر القاف، وهو يجوز بلفظين أحدهما ما يعبر به عن المستقبل نحو أن يقول: أقلنى، فيقول الآخر: أقلت، وقال محمد: لا يقوم إلا بلفظين يعبرهما عن الماضى اعتباراً للبيع، كذا قيل، ولما كان الخلاص عن خبث البيع الفاسد والمكروه بالفسخ كان للإقالة تعلق خاص بهما، فعقب ذكرها بإيهامها. (مل)

نادماً^(١) بيعته أقال^(٢) الله عثراته يوم القيامة*، ولأن العقد حقهما^(٣)، فيملكان رفعه دفعاً لحاجتهما، فإن شرط أكثر منه^(٤)، أو أقل، فالشرط باطل، ويرد^(٥) مثل الثمن الأول^(٦)، والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين^(٧)، بيع جديد^(٨) في حق غيرهما^(٩)، إلا أن لا يمكن^(١٠) جعله فسخاً^(١١) فبطل^(١٢)، وهذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف هو بيع إلا أن لا يمكن جعله بيعاً^(١٣) فيجعل فسخاً، إلا أن لا يمكن^(١٤) فيبطل. وعند محمد هو فسخ^(١٥) إلا إذا تعذر^(١٦) جعله فسخاً^(١٧) فيجعل بيعاً

(٤) قوله: "من أقال إلخ" قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثراته»، وزاد ابن ماجة يوم القيامة، ونادماً عند البيهقي. (ت) قوله: "من أقال" إقاله برنداختن بييم، وگذاشتن گناه، ودور کردن لغزش را، يقال: أقال الله عثرتك وأقالكها. (من) (١) أى رجلاً نادماً.

(٢) أزال.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٠، والدرایة ج ٢، الحديث ٧٨٧ ص ١٥٤. (نعيم)

(٣) قوله: "ولأن العقد حقهما" في جميع الأحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول، مقبوضاً أو غير مقبوض. (عيني)

(٤) الثمن الأول.

(٥) قوله: "ويرد [البائتم] إلخ" لأن الإقالة رفع العقد الأول، فيكون على الوجه الذى انعقد. (إيضاح)

(٦) الذى وقع عليه العقد.

(٧) قوله: "فسخ في حق المتعاقدين" ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول، والنقصان منه، ولو باع البائتم المبيع من المشتري قبل أن يسترده منه جاز، ولو كان بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض. (عناية)

(٨) قوله: "بيع جديد إلخ" ولهذا يجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع شفته ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائتم، ولو كانت الإقالة فسخاً في حق غيرهما لما كان له ذلك. (عيني)

(٩) كالشفيع.

(١٠) قوله: "إلا أن لا يمكن إلخ" بأن ولدت المبيعة ولداً بعد القبض لأن الزيادة المنفصلة مانعة عن فسخ العقد حقاً

للمشعر. (ك)

(١١) بأن ولدت بعد القبض. (ن)

(١٢) الإقالة.

(١٣) قوله: "إلا أن لا يمكن جعله بيعاً" كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض أو في بيع العرض بالعرض بعد هلاك

أحدهما. (نهاية)

(١٤) قوله: "إلا أن لا يمكن" أى جعله فسخاً أيضاً كما في بيع العرض بالدرهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول بطلت الإقالة لأنه تعذر اعتبارها بيعاً، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وتعذر اعتبارها فسخاً أيضاً، لأن الفسخ إنما يكون بالثمن الأول، وقد سمياً ثمناً آخر. (ك)

(١٥) كما قاله أبو حنيفة. (ك)

(١٦) قوله: "إلا إذا تعذر إلخ" بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة، أو تقايلا بعد القبض بأكثر

من الثمن الأول أو بخلاف جنس الثمن الأول. (ك)

إلا أن لا يمكن^(١١) فيبطل. لمحمد أن اللفظ^(١٢) للفسخ والرفع، ومنه يقال: أقلنى عثرتي^(١٣) فيوفر عليه^(١٤) قضيته^(١٥)، وإذا تعذر^(١٦) يحل على محتمله^(١٧) وهو البيع، ألا ترى أنه^(١٨) بيع في حق الثالث^(١٩). ولأبي يوسف أنه^(٢٠) مبادلة المال بالمال بالتراضي، وهذا^(٢١) هو حد البيع^(٢٢)، ولهذا^(٢٣) يبطل^(٢٤) بهلاك السلعة^(٢٥)، ويرد بالعيب^(٢٦)، وتثبت به^(٢٧) الشفعة، وهذه أحكام البيع^(٢٨).

ولأبي حنيفة أن اللفظ ينبىء عن الفسخ والرفع كما قلنا^(٢٩)، والأصل أعمال

(١٧) كما قاله أبو يوسف. (ك)

(١) قوله: "إلا أن لا يمكن" أى جعله بيعاً ولا فسحاً، فيبطل كما فى بيع العرض بالدرهم إذا تقايلا بعد هلاك العرض، وكما إذا تقايلا فى المنقول أو غيره قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول. (ك)

(٢) أى لفظ الإقالة فى اللغة.

(٣) فى الدعاء.

(٤) قوله: "فيوفر [أى يترتب، توفير تمام كردن حق كسى را. من] عليه" أى يوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوى وقضية لفظ الإقالة ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسحاً. (ك)

(٥) أى مقتضاه لغة.

(٦) الفسخ.

(٧) مجازاً صيانة لكلام العاقل من الإلغاء.

(٨) الإقالة.

(٩) الشفيع.

(١٠) الإقالة.

(١١) وإن تلفظ بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعاني.

(١٢) قوله: "هو حد البيع" وعورض بأنه لو كانت بيعاً ومحملة له لانعقد البيع بلفظ الإقالة ابتداءً، وليس كذلك، وأجيب بمنع بطلان اللازم على المروى عن بعض المشايخ. (عناية)

(١٣) قوله: "ولهذا" أى لكون الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذى هو حد البيع يبطل الخ، فيكون الإقالة بيعاً، إلا أن فى المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً، فحملت على الفسخ حملاً لكلاهما على الصحة. (عنى)

(١٤) الإقالة.

(١٥) عند المشتري.

(١٦) أى المبيع على المشتري.

(١٧) الإقالة.

(١٨) قوله: "وهذه أحكام البيع" وهى بطلان الإقالة بهلاك السلعة فى يد المشتري بعد الإقالة والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها تدل على أن الإقالة بيع فالاستدلال بالأثر على العلة إنما يصح إذا كان الأثر مخصوصاً بذلك المؤثر كالاستدلال بالدخان على النار، وهذه الأحكام بهذه المثابة، لأنها لا توجد بدون البيع، فصح الاستدلال بها بخلاف الملك فإنه غير مختص بالبيع. (ك)

(١٩) فى دليل محمد.

الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل^(١) ابتداء العقد ليحمل^(٢) عليه عند تعذره^(٣)، لأنه^(٤) ضده، واللفظ لا يحتمل ضده^(٥)، فتعين البطلان^(٦)، وكونه بيعاً^(٧) في حق الثالث^(٨) أمر ضروري^(٩)، لأنه يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك لا مقتضى الصيغة^(١٠)، إذ لا ولاية لهما^(١١) على غيرهما^(١٢).

إذا ثبت هذا^(١٣) نقول: إذا شرط الأكثر^(١٤)، فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة، إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال^(١٥)، فيبطل الشرط^(١٦)، لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع^(١٧)، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد،

(١) قوله: "ولا يحتمل [جواب عن قول محمد: فإذا تعذر يحمل على محتمله] أى لا يمكن أن يجعل الإقالة مجازاً عن ابتداء العقد. (عناية)

(٢) الإقالة.

(٣) الفسخ.

(٤) العقد.

(٥) فاستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز.

(٦) أى لتعين بطلان الإقالة عند تعذر الفسخ.

(٧) قوله: "وكونه إلخ" جواب عما يقال: إن الإقالة بيع جديد في حق الثالث، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك. (عناية)

(٨) الشفيع.

(٩) قوله: "أمر ضروري" أى ثبوته بطريق الضرورة والحكم لا باعتبار اللفظ، وليس بطريق المجاز، إذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة. وقيل: أمر ضروري أى لضرورة دفع الضرر عن الشفيع، وهو يلحقه عند ثبوت الملك لغيره لا برضاه. راما الجواب لأبى حنيفة عما استدلل به أبو يوسف من أحكام البيع في الإقالة على أن الإقالة بيع بدلالة وجود تلك الأحكام المخصوصة بالبيع. قلنا: الشارع يبدل الأحكام من حكم إلى حكم كدم الاستحاضة أخرجت عن حكم الحدث، ولا يغير الحقائق، وفساد الإقالة عند هلاك المبيع، وثبوت حق الشفعة من الأحكام، فجاز أن يتبدل، ويثبت ضمناً للإقالة، أما لا يخرج الإقالة عن حقيقتها وهى الفسخ. (مل)

(١٠) قوله: "لا مقتضى الصيغة" لأن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته، والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله، وثبوت الملك للبائع من ضروراته، فيثبت بكل منهما الملك، فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين، لأن لهما ولاية على أنفسهما، واعتبر الحكم في حق غيرهما ولا ولاية للمتعاقدين في حق غيرهما، بأن يجعل هذا البيع فسخاً في غيرهما لكون الفسخ إضراراً في حق الغير. (مل)

(١١) العاقدين.

(١٢) أى الثالث.

(١٣) أى ما ذكر من الأصل.

(١٤) أى الزيادة على الثمن الأول.

(١٥) وفسخ العقد عبارة عن دفعه على الوصف الذى كان قبله. (ع)

(١٦) قوله: "فيبطل الشرط [لا الإقالة]" لأن الشرط يشبه الربا، لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة. (مل)

(١٧) قوله: "بخلاف البيع إلخ" متعلق بقوله: لتعذر الفسخ على الزيادة، أى تعذر الفسخ على الزيادة ولا يتعذر

فيتحقق الربا أما^(١) لا يمكن إثباتها في الرفع^(٢) .
وكذا^(٣) إذا شرط الأقل^(٤) لما بيناه^(٥) ، إلا أن يحدث في المبيع عيب^(٦) ،
فحينئذ جازت الإقالة^(٧) بالأقل ، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات^(٨) بالعيب ، وعندهما
في شرط الزيادة^(٩) يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف ، وعند محمد
جعله بيعاً ممكن^(١٠) ، فإذا زاد^(١١) كان قاصداً بهذا البيع^(١٢) .
وكذا^(١٣) في شرط الأقل^(١٤) عند أبي يوسف ، لأنه^(١٥) هو الأصل عنده ، وعند
محمد هو فسخ بالثمن الأول ، لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ، ولو سكت عن
الكل^(١٦) وأقال يكون فسخاً ، فهذا أولى^(١٧) ، بخلاف^(١٨) ما إذا زاد^(١٩) ، وإذا دخله

البيع بالزيادة كما إذا باع درهما بدرهمين ، فإن البيع يفسد بثبوت درهم زائد ، ولا يجعل كأنه باع درهما بدرهم ، ويبطل
الدريم الزائد حتى يصح البيع ، لأن الزيادة يمكن إثباتها في البيع ، لأنها إثبات ما لم يكن ثابتاً ، فيتحقق الربا ، ولا يمكن
إثبات الزيادة في الإقالة ، لأنها رفع ما كان ثابتاً ، ورفع ما كان زائداً على ما كان محال . (ك)

(١) بمعنى لكن .

(٢) أى الإقالة .

(٣) أى يقيم الإقالة بالثمن الأول .

(٤) أى من الثمن الأول .

(٥) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لتعذر الفسخ على الزيادة ، لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف
الذى كان قبله من غير زيادة ولا نقصان ، لأن في الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتاً ، وفي الفسخ على النقصان رفع
عدم ما كان ثابتاً ورفع المعدوم محال ، فكأننا في الإقالة على السواء ، فلذلك بطلت الزيادة والنقصان في الإقالة . (ك)

(٦) فى يد المشتري .

(٧) قوله: "جازت الإقالة" جواب الكتاب مطلق عن أن يكون حط الثمن بمقدار حط العيب أو أكثر بمقدار ما

يتغابن الناس فيه أولاً . (عناية)

(٨) أى ما احتسب عند المشتري جزء من المبيع .

(٩) على الثمن الأول .

(١٠) وإن كانت الإقالة عنده فسخاً لكنها فى الزيادة غير ممكن .

(١١) على الثمن الأول .

(١٢) فصار مجازاً فى البيع .

(١٣) أى البيع .

(١٤) عن الثمن الأول .

(١٥) البيع .

(١٦) أى جميع الثمن .

(١٧) قوله: "فهذا أولى [أى السكوت عن بعض الثمن أولى بالفسخ]" واعترض بأن كونه فسخاً إذا سكت عن
كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة ، أو على الاتفاق ، والأول قياس المختلف على المختلف ، والأول غير ناهض ، لأن
أبا يوسف إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لاتنفاع ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فإن فيها ما يصلح ثمناً . (عناية)

عيب^(١) فهو فسخ بالأقل لما بيناه^(٢).

ولو أقال بغير جنس الثمن الأول، فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة، ويجعل التسمية^(٣) لغواً، وعندهما بيع لما بينا^(٤).

ولو ولدت المبيعة ولدًا^(٥)، ثم تقايلا بالإقالة باطلة^(٦) عنده، لأن الولد مانع من الفسخ^(٧)، وعندهما يكون بيعاً، والإقالة قبل القبض في المنقول^(٨) وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد، وكذا عند أبي يوسف في المنقول لتعذر البيع^(٩)، وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده.

قال^(١٠): وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة، وهلاك المبيع يمنع عنها^(١١)، لأن رفع البيع يستدعى قيامه، وهو قائم بالمبيع دون الثمن^(١٢)، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي، لقيام البيع فيه، وإن تقايضا^(١٣) تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما^(١٤)، ولا تبطل^(١٥) بهلاك أحدهما، لأن كل واحد منهما يبيع، فكان البيع

(١٨) فإنه لا سكوت أصلاً، فيكون بيعاً.

(١٩) على الثمن الأول.

(١) وفسخ بالأقل.

(٢) من أن الحط يجعل بإزاء ما فات بالبيع. (ك)

(٣) أى تسمية الجنس الآخر.

(٤) فى فصل الزيادة.

(٥) بى يد المشتري.

(٦) قوله: "فالإقالة باطلة" هذا إذا ولدت بعد القبض، وأما إذا ولدت قبل القبض فالإقالة صحيحة عنده، وهذا فى الزيادة المنفصلة، وأما فى المتصلة كالسمن والجمال فيصح قبل القبض أيضاً. (مل)

(٧) لأجل الزيادة.

(٨) كالعقار.

(٩) قوله: "لتعذر البيع" وذلك لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالإجماع، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند

الشيخين. (عيني)

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) قوله: "يمنع عنها [فإن رفع المعلوم محال]" لأن شرط صحة العقد قيام العقد، لأنها رفع العقد فتقتضى قيام البيع، وقيامه بالمبيع لا بالثمن، لأن المبيع محل إضافة العقد بخلاف الثمن، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن. (ك)

(١٢) قوله: "وهو قائم إلخ" لأن الأصل هو المبيع، ولهذا شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف، وجاز العقد وإن لم يكن موجوداً. (عيني)

(١٣) قوله: "وإن تقايضا" أى لو عقدا عقد المقايضة، وهى بيع عوض بعوض مأخوذ بقولهم: هما قيطان أى

مثلان. (عيني)

باقياً^(١)، والله أعلم بالصواب.

باب المراجعة والتولية^(٢)

قال^(٣): المراجعة نقل ما ملكه^(٤) بالعقد الأول^(٥) بالثمن الأول^(٦) مع زيادة

ربح، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح، والبيعان جائزان؛ لاستجماع^(٧) شرائط الجواز^(٨)، والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع، لأن الغيبى الذى لا يهتدى فى التجارة يحتاج إلى أن يعتمد فعل الذكى المهتدى، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى^(٩)، وبزيادة ربح^(١٠)، فوجب القول بجوازهما^(١١)، ولهذا^(١٢) كان مبناهما^(١٣) على الأمانة، والاحتراز عن الخيانة^(١٤)، وعن شبهتها^(١٥)،

(١٤) العوضين ولو هلكا لا يجوز. (ن)

(١٥) أى لا تبطل الإقالة بعد وجودها بهلاك أحدهما. (كفاية)

(١) لأن الأصل وجود المبيع.

(٢) قوله: "المراجعة إلخ" البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة، المساومة، وهى التى لا يلتفت إلى الثمن السابق، ومنها بيع الوضعية وهو البيع بأقل من الثمن الأول، ومنها المراجعة، والتولية، وقولنا بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة يخرج الصرف. (ك)

قوله: "المراجعة" لما فرغ مما يتعلق بالأصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة، شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن. (مل)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "نقل ما ملكه" أى من السلم، لأنه إذا اشترى بالدرهم الدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مراجعة. (ك)

(٥) قوله: "بالعقد الأول" أى بما ملكه، لأن من غصب عبداً، وأبق العبد من يد الغاصب، وقضى القاضى بالقيمة، ثم عاد العبد، فللغاصب أن يبيع العبد مراجعة على القيمة التى أداها إلى مالكه. (ك)

(٦) قوله: "بالثمن الأول" أى بما قام عليه، لأنه لو ضم إلى الثمن الأول أجره القصار والصباغ والطراز، والقتل جاز، ولأنه لو ملك أصل الثوب بميراث أو هبة، أو وصية فقومه بقيمة، ثم باعه مراجعة على تلك القيمة جاز. (كفاية)

(٧) والمبيع معلوم والثمن معلوم.

(٨) من الحرية، والعقل، والبلوغ، ومبادلة المال بالمال.

(٩) صفة كاشفة، الذى يخفى عليه الأمور.

(١٠) هذا فى التولية.

(١١) هذا فى المراجعة.

(١٢) المراجعة والتولية.

(١٣) أى للاحتياج إلى الاعتماد. (ع)

(١٤) البيعين.

(١٥) قوله: "والاحتراز [تأكيد] عن الخيانة" حتى إذا اشترى إلى أجل ليس له أن يبيعه مراجعة إلا بالبيان. (ك)

(١٦) قوله: "وعن شبهتها" وعن هذا لم يصح المراجعة والتولية فيما إذا كان الثمن الأول من ذوات القيم، لأن المبادلة والمماثلة فى ذوات القيم إنما تعرف بالخز والظن، فكان فيه شبهة عدم المماثلة، فيشبه الخيانة كما تحرم المجازفة فى

وقد صح أن النبي ﷺ^(١) لما أراد الهجرة^(٢) ابتاع^(٣) أبو بكر رضى الله عنه بعيرين، فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «ولنى^(٤) أحدهما فقال^(٥) هو لك بغير شيء فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا^(٦)»*.

قال^(٧): ولا تصح المراجعة والتولية حتى يكون العوض^(٨) مما له مثل^(٩)، لأنه إذا لم يكن له^(١٠) مثل لو ملكه ملكه بالقيمة، وهي مجهولة^(١١).

ولو كان المشتري باعه مراجعة ممن يملك ذلك البديل^(١٢)، وقد باعه ربح درهم،

الأموال الربوية لذلك. (٤)

(١) قوله: "وقد صح [كذا في "كتاب السير" تصنيف محمد بن إسحاق، كذا قيل] إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال: «التولية والإقالة والشركة سواء لا بأس به»، وحديث أبي بكر في البخارى عن عائشة رضى الله عنها وفيه أن أبا بكر رضى الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم: خذ بأبى أنت وأمى يا رسول الله إحدى راحلتى هاتين، فقال عليه السلام: «بالتنم» الحديث، ليس فيه غير ذلك، أخرجه في بدء الخلق. ورواه أحمد في "مسنده" ونقله: فأعطاه أبو بكر إحدى الراحلتين، فقال: خذها يا رسول الله فاركبها، فقال عليه السلام: «قد أخذتها بالتنم» الحديث، وفي "الطبقات" لابن سعد: وكان أبو بكر قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير، فأخذ إحداها وهي القصوى، الحديث. (ت)

قوله: "وقد صح" قال ابن إسحاق: فلما قرب أبو بكر إحدى الراحلتين، قدم له أفضلهما، ثم قال له: اركب فذاك أبى وأمى، وقال: «لا، ولكن بالتنم الذى ابتعتها به»، قال أبو بكر: اشتريته بكذا وكذا، قال رسول الله ﷺ: «أخذتها بذلك»، قال الواقدي بإسناده: أخذ القصوى، وكان أبو بكر اشتراه بثمانمائة درهم، وقالت عائشة في ما ذكره ابن هشام: هى الجداء، وكذا حكى السهيل عن ابن إسحاق: إنها الجداء. (تاريخ ابن كثير)

(٢) إلى المدينة.

(٣) اشترى.

(٤) أى به منى تولية.

(٥) أبو بكر.

(٦) أى فلا آخذه.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٨ ص ١٥٤. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (عنى)

(٨) الأول.

(٩) قوله: "مما له مثل" أى من ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، والعديدات المتقاربة، لأن^(١٠) إذا لم يكن من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم أى العديدات المتقاربة كالثياب والدور والعيبد لو ملكه، أى المشتري الثانى ملكه بالقيمة، لأن المشتري الثانى لا يملك العوض الأول، فلا يمكن له رد عينه، ولا رد مثله، إذ لا مثل له، والقيمة مجهولة تعرف الحرز والظن، فيتمكن شبهة الخيانة، ويجب الاحتراز عنها. (مل)

(١٠) العوض.

(١١) القيمة.

(١٢) قوله: "ممن يملك إلخ" صورته: أن يشتري رجل عبدا بثوب، فسلم الثوب، وقبض العبد، ثم إن بائع العبد ملك الثوب آخر، فمشتري العبد باع العبد من الذى ملك الثوب بذلك الثوب، ويربح درهم، أو قفيز حنطة جاز. (ك)

أو بشيء من المكيل موصوف^(١) جاز؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعه^(٢) بربح ده يازده^(٣) لا يجوز، لأنه باعه^(٤) برأس المال^(٥)، وبيع بعض قيمته، لأنه ليس من ذوات الأمثال. ويجوز أن يضيف إلى رأس المال^(٦) أجرة القصار^(٧)، والطرز^(٨) والصبغ، والقتل^(٩)، وأجرة حمل الطعام^(١٠)؛ لأن العرف جارٍ بالحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع، أو في قيمته يلحق به^(١١)، هذا^(١٢) هو الأصل^(١٣)، وما عدناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته^(١٤) يزيد^(١٥) في العين^(١٦)، والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان^(١٧).
ويقول^(١٨): قام على بكذا، ولا يقول: اشتريته بكذا، كيلا يكون كاذباً^(١٩)،

(١) معين.

(٢) أى باع الذى اشتراه ببديل غير مثلى ممن يملك ذلك البديل بربح ده يازده إلخ.

(٣) قوله: "ربح ده يازده" معنى قولنا: بربح ده يازده أى بربح مقدار درهم على عشرة، فإن كان الثمن الأول عشرة كان الربح درهماً، وإن كان عشرين كان الربح درهماً، وإن كان ثلاثين كان الربح ثلاث دراهم، فتسمية ربح ده يازده تقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال، لأنه جعل الربح مثل عشر الثمن، وعشر الشيء يكون من جنسه، والثمن ههنا ليس من ذوات الأمثال بل من ذوات القيم، فيصير بائعاً للبعد بذلك الثوب، وبجزء من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحادى عشر لا يعرف إلا بالقيمة، فبكون بائعاً بالثوب، وبيع بعض قيمته، والقيمة مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٤) العبد.

(٥) الثوب.

(٦) المبيع.

(٧) غآذر. (من)

(٨) الطراز [كشيدده دوز] علم الثوب فارسى معرب. (صحاح) نكار جامه. (من)

(٩) قوله: "والقتل [تافتن. من]" هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير، أو كتان من قتل الجبل أفله بحرير. (رد المحتار)

(١٠) من موضع إلى موضع.

(١١) أى برأس المال.

(١٢) أى قوله: كل ما إلخ.

(١٣) قاعدة كلية.

(١٤) أى القتل والطرز.

(١٥) باعتبار الاتصال.

(١٦) المبيع.

(١٧) بحسب قرب المسافة وبعدها.

(١٨) قوله: "ويقول [هذا لفظ القدورى. (عيني) فى كل موضع - يورثه أن يضم إلى رأس المال] إلخ" وإذا اشترى الرجل متاعاً، ثم رقه بأكثر من ثمنه، ثم باعه مرابحة على رقه جاز، ولا يقول: قام على بكذا، ولا اشتريته، فإن ذلك كذب، ولكن يقول: رقه فأنأ أبيعته على ذلك. (نهاية)

(١٩) إذ القيام عليه عبارة عن الحصول بما عزم فيه القدر المسمى.

وسوق الغنم^(١) بمنزلة^(٢) الحمل بخلاف أجره الراعى^(٣) وكراء بيت الحفظ؛ لأنه^(٤) لا يزيد في العين^(٥) والمعنى^(٦)، وبخلاف أجره التعليم^(٧)، لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه^(٨) وهو حذاقته^(٩). فإن اطلع المشتري على خيانة في المراجعة^(١٠)، فهو بالخيار عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها^(١١) من الثمن، وقال أبو يوسف: يحط^(١٢) فيهما، وقال محمد: يخير^(١٣) فيهما. لمحمد أن الاعتبار^(١٤) للتسمية لكونه^(١٥) معلوماً^(١٦) والتولية^(١٧) والمراجعة ترويح وترغيب، فيكون^(١٨) وصفاً مرغوباً فيه^(١٩) كوصف

(١) من موضع إلى موضع.

(٢) قوله: "بمنزلة الحمل" لأن القيمة تختلف باختلاف المكان، فيضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما أن له أن يضم أجره الحمل. (مل)

(٣) حيث لا تضم، فإن الراعى يستحق الأجر باعتبار الحفظ. (ك)

(٤) قوله: "لأنه" أى لأن كل واحد من أجره الراعى وكراء بيت الحفظ.

(٥) قيمة.

(٦) المالية.

(٧) قوله: "وبخلاف أجره التعليم إلخ" فإنه إذا أنفق على عبده في تعليم عمل من الأعمال دراهم لم يلحقها برأس المال، وكذلك الشعر، والغناء، والعربية، وأجرة تعليم القرآن والحساب، إلا إذا كان فيه عرف ظاهر يلحقه كان له أن يلحقه، لأن زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وإن كان لا بد من التعليم، إلا أن التعلم آجر الأمرين وجوداً، وأنه حصل بفعل مختار، فيكون حصول الزيادة مضافاً إليه لا إلى التعليم. وأجرة السمسار تضم إن كانت مشروطة في العقد بالإجماع وإن لم تكن مشروطة، بأن كانت مرسومة فأكثر المشايخ على أنها لا تضم، ومنهم من قال: تضم.

والبايع الذى يؤخذ فى الطريق لا يلحق برأس المال، قال زفر: ولو كان فى موضع جرت العادة فيما بين التجار يلحقه برأس المال يلحق به أيضاً. وفى "المبسوط": وفى إلحاق شئ برأس المال المعتبر العرف الظاهر، وما عمل بيده عن قسار، أو خياطة، أو ما أشبه ذلك من الأعمال لا يضمه إلى رأس المال. (ك)

(٨) قوله: "لمعنى فيه [البيع]" لا بالتعليم، فالتعليم شرط أو جزء أول لعله ذات زئبن، والحكم لا يضاف إلى الشرط لا إلى الجزء الأول. (مل)

(٩) وذكاوته.

(١٠) قوله: "فإن اطلع إلخ" بإقرار البائم أو بالبينة، وفى "المبسوط": وينكوله عن اليمين. (نهاية)

(١١) أى أسقط قدر الخيانة.

(١٢) أى يحط قدر الخيانة فى المراجعة والتولية جميعاً.

(١٣) إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك.

(١٤) فى العقد.

(١٥) التسمية.

(١٦) والثمن يجب أن يكون معلوماً. (ن)

(١٧) أى ذكر التولية والمراجعة.

السلامة^(١)، فيتخير بفواته^(٢)، ولأبى يوسف أن الأصل فيه^(٣) كونه^(٤) تولية^(٥) ومراجعة، ولهذا ينعد^(٦) بقوله: وليتك بالثمن الأول، أو بعتك مراجعة على الثمن الأول إذا كان ذلك^(٧) معلوماً، فلا بد من البناء^(٨) على الأول^(٩)، وذلك بالخط، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال^(١٠)، وفي المراجعة منه ومن الربح^(١١). ولأبى حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية^(١٢)، لأنه يزيد على الثمن الأول^(١٣)، فيتغير التصرف، فتعين الخط، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى^(١٤) مراجعة وإن^(١٥) كان يتفاوت^(١٦) الربح فلا يتغير التصرف^(١٧)، فأمكن القول^(١٨)

(١٨) ذكر التولية والمراجعة.

(١٩) لوجود الأمن من الغبن. (ك)

(١) قوله: "كوصف السلامة" أى كوصف سلامة المبيع، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة

العيب. (عيني)

(٢) كما إذا وجد المبيع معيباً.

(٣) أى في لفظ المراجعة والتولية.

(٤) العقد.

(٥) لا التسمية.

(٦) العقد.

(٧) أى الثمن.

(٨) أى بناء العقد الثانى.

(٩) قوله: "على الأول" أى على العقد الأول، وقدر الخيانة لم يكن ثابتاً فى العقد الأول، فلا يمكن إثباته فى العقد

الثانى فيحط. (عيني)

(١٠) قوله: "فى التولية إلخ" بأن اشترى ثوباً بثمانية، فقال لغيره: اشترته بعشرة، وبعتك بمثل ما قام على، ثم علم

المشترى يأخذها بثمانية. (نهاية)

(١١) قوله: "منه ومن الربح" حتى لو باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة، فظهر أن الثمن كان ثمانية يحط قدر

الخيانة وهو درهمان من الأصل، وما قابله من الربح، وهو درهم، فيأخذ الثوب باثنى عشر درهماً، لأن هذا ربحاً فى

الكل، وظهرت الخيانة فى الكل. (عيني)

(١٢) قوله: "لا تبقى تولية" لأنها تكون بالثمن الأول، وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز أن لا تبقى تولية لئلا يتغير

التصريف، فتعين الخط. (٤)

(١٣) فيصير مراجعة.

(١٤) كما كانت من غير تصرف فى العقد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى يصير أكثر.

(١٧) أى العقد.

(١٨) لفوات الرضاء.

بالتخيير، فلو هلك^(١) قبل أن يرده^(٢)، أو حدث فيه^(٣) ما يمنع الفسخ يلزمه^(٤) جميع الثمن في الروايات الظاهرة^(٥)، لأنه مجرد خيار^(٦) لا يقابله شيء من الثمن، كخيار الرؤية^(٧) والشرط، بخلاف خيار العيب^(٨)، لأنه مطالبة بتسليم الفئات، فيسقط ما يقابله^(٩) عند عجزه^(١٠) قال^(١١): ومن اشترى ثوباً فباعه بربح، ثم اشتراه، فإن باعه مربحة طرح عنه^(١٢) كل ربح كان قبل ذلك^(١٣)، فإن كان استغرق^(١٤) الثمن لم يبعه مربحة، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يبيعه مربحة على الثمن الأخير، صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة، وباعه^(١٥) بخمسة عشر، ثم اشتراه^(١٦) بعشرة فإنه يبيعه مربحة بخمسة^(١٧)، ويقول^(١٨): قام على بخمسة.

ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مربحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مربحة أصلاً، وعندهما يبيعه مربحة على العشرة في الفصلين^(١٩). لهما: أن العقد الثاني^(٢٠)

(١) المبيع في بيع المراجعة بعد ظهور الخيانة.

(٢) المبيع.

(٣) المبيع.

(٤) المشتري.

(٥) قوله: "في الروايات الظاهرة" احتراز به عما روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن ويسترد، والمشتري الثمن الذي سلمه إلى البائع حتى يندفع الضرر عن المشتري. (عيني)

(٦) وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره، فيسقط الخيار.

(٧) إذا تعذر الرد بالهلاك وغيره يسقط الخيار.

(٨) قوله: "بخلاف خيار العيب" حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص عنه مقدار العيب. (عناية)

(٩) من الثمن.

(١٠) قوله: "عند عجزه" أي عند عجز المشتري عن الرد بالهلاك، أو بحدوث ما يمنع الفسخ، أو المعنى عند عجز

البائع عن تسليم الفئات. (مل)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) أي عن ثمن ما اشترى.

(١٣) الشراء الثاني.

(١٤) الربح.

(١٥) بعد القبض.

(١٦) بعد نقد الثمن، وتسليم المبيع.

(١٧) قوله: "فإنه يبيعه إلخ" ويحط من الثمن الثاني الربح الذي ربح وهو خمسة. (مل)

(١٨) ولا يقول: اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذباً.

(١٩) أي فصل الاستغراق وعدمه.

(٢٠) الشراء بعشرة.

عقد متجدد^(١) منقطع الأحكام عن الأول^(٢)، فيجوز بناء المراجعة عليه كما إذا تخلل ثالث^(٣)، ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح^(٤) بالعقد الثاني ثابتة، لأنه يتأكد به بعد^(٥) ما كان على شرف^(٦) السقوط بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً، ولهذا^(٧) لم تجز المراجعة^(٨) فيما أخذ بالصلح لشبهة الخطيئة^(٩)، فيصير كأنه اشترى خمسة^(١٠)، وثوباً بعشرة، فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل ثالث، لأن التأكد^(١١) حصل بغيره^(١٢).

(١) ورد على مال معلوم يبدل معلوم.

(٢) قوله: "منقطع الأحكام عن الأول" لأن الشفيع إذا سلم الشفعة في العقد الأول فله الشفعة في العقد الثاني. (ك)

(٣) قوله: "كما إذا تخلل فإنه يجوز البيع مراجعة على الثمن الأخير" ثالث "بأن اشترى من مشتري مشتريه، توضيحه: أنه باعه بعشرين، ثم باعه المشتري إلى ثالث، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة يجوز المراجعة بعشرة. (عيني)

(٤) الحاصل بالعقد الأول. (٤)

(٥) قوله: "بعد ما كان على شرف السقوط" بأن يجد المشتري بالثوب عيباً، فيرده ويسترد منه كل الثمن، ويطلب حقه في الربح، وبالشرى ثانياً وقع الأمن عن البطلان، فالمستفاد بالشراء الثاني الثوب، وتأكد الربح الأول، وللتأكيد شبه بالإيجاب حتى عزم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا، لأن شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة، وتمكّن ابن الزوج وبيع المراجعة يتمم بالشبهة كما يتمم بالحقيقة. (ك)

(٦) قوله: "شرف محرکه برامر بزرگ رسیدن از خیر یا از شر. (من)

(٧) أى للاحتياط.

(٨) قوله: "لم تجز المراجعة إلخ" صورته: لرجل على آخر عشرة دراهم، فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مراجعة على عشرة، لأن الصلح بناه على التجوز والخط، ولو وجدت حقيقة الخط لم يبيع مراجعة بعشرة، فكذا لو وجدت شبهة. (مل)

(٩) قوله: "خطيئة [وهى ما يحط من الثمن السلعة]" كسفينة ثمن كم كرده شده یا آنکه كم كند وفرو نهند از چیزی. (من)

(١٠) قوله: "فيصير إلخ" أى فصار فى الفصل الأول كأنه اشترى فى العقد الثانى ثوباً، وخمسة دراهم بعشرة، فالخمسة بإزاء الخمسة، وبقي الثوب بخمسة، فيبيعه بخمسة مراجعة، وفى الفصل الثانى كأنه اشتراه، وعشرة بعشرة، فصارت العشرة بالعشرة، ولم يبق بمقابلة الثوب شيء، فلا يبيعه مراجعة.

ولا يقال: على هذا ينبغي أن يفسد الشراء الثانى فى الفصل الثانى، كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة، فكان فيه شبهة الربا، لأننا نقول: إن الربح الأول لم يصير مقابلاً بالثمن الثانى حقيقة، وإنما ثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكد شبهة بالإيجاب، والشبهة تكفى لمنع بيع المراجعة، ولا تكفى لإفساد العقد، لأن المنع فى بيع المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع، حتى يجوز عند البيان، وإذا رضى به بعد البيع يجوز.

ولا يلزم على هذا ما إذا وهب له ثوب، فباعه بعشرة، ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مراجعة على عشرة، لأنه ممنوع فى رواية عن أبى حنيفة، ولو سلم فنقول: بالبيع الثانى وإن كان يتأكد انقطاع حق الواهب فى المرجوع لكنه ليس بمال. (ك)

(١١) أى تأكد الربح.

(١٢) قوله: "بغيره [أى بفعل غيره، وهو الثالث]" فلم يستفد الربح المشتري الأول بالشراء الثانى، فانفتت الشبهة. (عيني)

قال (١): وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته (٢)، فباعه من المولى بخمسة عشر (٣)، فإنه (٤) يبيعه مراجعة على عشرة، وكذلك (٥) إن كان المولى اشتراه، فباعه (٦) من العبد، لأن في هذا العقد (٧) شبهة العدم (٨) لجوازه (٩) مع المنافى فاعتبر عدماً (١٠) في حكم المراجعة، وبقي الاعتبار للأول (١١)، فيصير كأن العبد اشتراه (١٢) للمولى بعشرة في الفصل الأول (١٣)، وكأنه يبيعه (١٤) للمولى في الفصل الثاني (١٥)، فيعتبر الثمن الأول.

قال (١٦): وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف (١٧)، فاشترى ثوباً بعشرة،

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) قوله: "وعليه دين إلخ" إنما قيد بالدين المحيط برقبته، لأنه لو لم يكن على العبد دين، فباع العبد من موله شيئاً فإنه لا يصح، فإن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة، ولا ملك التصرف. وكذا إذا كان عليه دين لا يحيط بماله لأنه لا يمنع ملك المولى بالإجماع، لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه، فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولو كان محيطاً بماله دون رقبته، فباع من المولى شيئاً صح البيع، ولكن فيه شبهة العدم أيضاً، فلا يبيعه المولى مراجعة بالثمن الذي اشتراه من العبد، لأنه لما لم يجز للمولى بيع ما اشترى من عبده وعليه دين يحيط برقبته مع أنه أجنبي عن كسبه، فلأن لا يجوز وعليه دين محيط بماله دون رقبته أولى، فظهر أنه إنما قيد بقوله: وعليه دين إلخ ليثبت الحكم فيما لا يحيط بالطريق الأولى. (كفاية)

(٣) الثوب.

(٤) المولى.

(٥) أي يبيع العبد مراجعة على عشرة.

(٦) بخمسة عشر.

(٧) أي يبيع العبد من المولى وعكسه.

(٨) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز.

(٩) قوله: "لجوازه" أي لجواز العقد لتقيام الدين مع وجود المنافى للجواز، وهو كون العبد ملكاً للمولى، فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه، وكذا في الشراء. (عيني)

(١٠) لوجوب الاحتراز في المراجعة عن شبهة الخيانة.

(١١) أي العقد الأول.

(١٢) قوله: "كأن العبد اشتراه" أي بالوكالة لأجل المولى، فلو ثبت الوكالة حقيقة لم يبيعه المولى إلا على عشرة، فكذا إذا تمكنت شبهة الوكالة لأن الشبهة ملحقمة بالحقيقة في بيع المراجعة. (ل)

(١٣) وهو ما إذا باعه العبد من موله. (ك)

(١٤) قوله: "و كأنه يبيعه [عبد]" أي بالوكالة لأجل المولى، فلو كان المولى يربح بنفسه لكان يربح على عشرة،

فكذا إذا ربح العبد. (مل)

(١٥) وهو ما إذا باعه المولى من عبده. (ك)

(١٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٧) أي يقرر الشركة في الربح بالنصف.

وباعه من رب المال بخمسة عشر، فإنه^(١) يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف، لأن هذا البيع^(٢) وإن^(٣) قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح^(٤)، خلافاً لزفر^(٥) مع أنه^(٦) اشترى ماله بماله^(٧) لما فيه من استفادة^(٨) ولاية التصرف وهو مقصود، والانعقاد^(٩) يتبع الفائدة^(١٠)، ففيه شبهة العدم^(١١)، ألا ترى^(١٢) أنه^(١٣) وكيل عنه^(١٤) في البيع الأول من وجه^(١٥)، فاعتبر البيع الثاني^(١٦) عدماً^(١٧) في حق نصف الربح.

قال^(١٨): ومن اشترى جارية، فاعورّت^(١٩) ووطئها وهي ثيب، يبيعها مرابحة ولا يبين^(٢٠)؛ لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن، لأن الأوصاف^(٢١) تابعة^(٢٢) لا

(١) أى فإن رب المال.

(٢) أى بيع المضارب من رب المال.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "عند عدم الربح [وعند وجوده جاز بالاتفاق، لأنه صار شريكاً في الربح]" كما هو كذلك ههنا، لأن الربح إنما يحصل إذا بيع من الأجنبي. (درر)

(٥) قوله: "خلافاً لزفر" فإن عنده بيع المضارب من رب المال وبالعكس لا يجوز إذا لم يكن في المال ربح. (مل)

(٦) رب المال.

(٧) لأن ربة المال له.

(٨) قوله: "من استفادة الخ" لأن بتسليم رب المال ماله إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فيه، وبالشراء تحصل. (نهاية)

(٩) أى انعقاد العقد.

(١٠) قوله: "يتبع الفائدة" ولهذا إذا جمع بين عبده وعبده غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز، ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق انقسام الثمن، ثم يخرج، فكذا ههنا. (عيني)

(١١) قوله: "ففيه [جواب قوله: وإن قضى] شبهة العدم" لما قال زفر: إن البيع تمليك المال بالمال، وأنه معدوم ههنا. (ك)

(١٢) إيضاح لقوله: ففيه شبهة العدم. (ك)

(١٣) المضارب.

(١٤) رب المال.

(١٥) قوله: "من وجه" لأنه يعمل لنفسه ولرب المال، ولهذا يكون الربح لهما، بخلاف الوكيل لأنه يعمل للموكل، ولهذا يكون الربح له. (عيني)

(١٦) قوله: "فاعتبر [لما فيه من شبهة العدم، أى بيع المضارب من رب المال] الخ" يعنى أن المضارب لما كان وكيلاً عنه، وجب أن لا يجوز البيع بينهما، كما لا يجوز البيع بين الموكل وبين وكيله فيما وكله فيه، فصار بيع المضارب من رب المال باطلاً في حق نصف الربح، لأن ذلك حق رب المال، فأما درهمان ونصف فحق المضارب، ولا شبهة في أصل الثمن، فلهذا يبيعه مرابحة على اثني عشر ونصف. (ك)

(١٧) معدوماً.

(١٨) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٩) فى يد المشتري بأفة سماوية (٦) يك چشم شد.

يقابلها الثمن، ولهذا^(١) لو فاتت^(٢) قبل التسليم^(٣) لا يسقط شيء من الثمن^(٤)، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن^(٥)، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطئ^(٦)، وعن أبي يوسف في الفصل الأول^(٧) أنه لا يبيع من غير بيان، كما إذا احتبس^(٨) بفعله، وهو قول الشافعي^(٩).

فأما^(١٠) إذا فقأ^(١١) عينها بنفسه، أو فقأها أجنبي^(١٢)، فأخذ أرشها^(١٣) لم يبيعها مراجعة^(١٤) حتى يبين؛ لأنه^(١٥) صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابلها^(١٦) شيء من الثمن،

(٢٠) قوله: "ولا يبين" قال الزيلعي: المراد بقولهم: يبيعه مراجعة بلا بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن، ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك، وأما نفس العيب فلا بد من بيانه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليماً، ثم حدث به العيب عنده. (در)

(٢١) قوله: "لأن الأوصاف إلخ" فإن قيل: كما أن أعضاء المبيع وصف فكذلك الأجل، يقال: ثمن مؤجل وثنم حال، كما يقال: مبيع سليم، ومعيب، فكيف وجب بيان وصف الأجل فيه على ما يأتي، قلنا: جوابه أيضاً يأتي، وهو أن الأجل له قسط من الثمن. (ن)

(٢٢) والأصل باق.

(١) توضيح لقوله: الأوصاف تابعة.

(٢) العين.

(٣) إلى المشتري. (٤)

(٤) كذا ههنا.

(٥) قوله: "لا يقابلها إلخ" عورض بأن منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل أن المشتري إذا وطئها، ثم وجد عيباً لا يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري. وأجيب بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها، فإما أن يردّها مع العقر أو بدونه، لا سبيل إلى الأول، لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة، فالفسخ لا يرد عليها، ولا إلى الثاني لأنها تعود إلى قديم ملك البائع، ويسلم الوطئ للمشتري مجاناً لا باعتبار احتباس جزء من المبيع. (عناية)

(٦) أي الثيب.

(٧) أي اشترى جارية فاعورت.

(٨) الشيء الغائب.

(٩) قوله: "وهو قول الشافعي" بناء على مذهبه أن للأوصاف حصّة من الثمن من غير فصل بين ما كان التعيب بأفة سماوية، أو يصنع العباد. (٤)

(١٠) قوله: "فأما إذا إلخ" راجع إلى أول المسألة، وفي بعض النسخ، قلنا: فيكون جواباً لقول أبي يوسف والشافعي. (عناية)

(١١) فقأً - بالفتح - كور كردن. (من)

(١٢) سواء كان بأمر المشتري أو بغيره. (عناية)

(١٣) أرش - بالفتح - ديت جراحت.

(١٤) قوله: "لم يبيعها إلخ" أما إذا كان بأمر المشتري فإنه كفعل المشتري بنفسه، وأما إذا كان بغير أمره فلأنه جنابة توجب ضمان النقصان عليه، فيكون المشتري حابس بدل جزء من المعقود عليه، فيمتنع المراجعة بدون البيان، وعبرة المصنف تدل بالتنصيص على أخذ أرشها، وهو المذكور في لفظ محمد في أصل "الجامع الصغير".

وكذا إذا وطئها^(١) وهي بكر، لأن العذرة^(٢) جزء من العين^(٣) يقابلها الثمن، وقد حبسها^(٤). ولو اشترى ثوباً، فأصابه فرض فأر^(٥)، أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان، ولو تكسر^(٦) بنشره وطئه لا يبيعه حتى يبين، والمعنى ما بيناه^(٧).

قال^(٨): ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة، فباعه بربح مائة ولم يبين^(٩)، فعلم المشتري، فإن شاء رده، وإن شاء قبل، لأن للأجل شبهاً بالمبيع، ألا يرى^(١٠) أنه يزداد في الثمن لأجل الأجل^(١١)، والشبهة في هذا^(١٢) ملحقة بالحقيقة^(١٣)، فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمانهما^(١٤)، والإقدام على المراجعة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا ظهرت^(١٥) يخير^(١٦) كما في العيب^(١٧)، وإن

وقال في "النهاية": كأن ذكر الأرش وقع اتفاقاً، لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش، ووجب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش، فأخذ حكمه، ثم قال: والدليل على هذا إطلاق ما ذكره في "المبسوط". (عناية)

(١٥) الوصف.

(١٦) العين.

(١) فلا يبيع مرابحة إلا بالبيان.

(٢) بالضم: البكارة. (ق)

(٣) أي عين المبيع.

(٤) بفعل قصدي.

(٥) قوله: "فرض [بريدن] فأر" في "الفوائد الظهيرية": الفرض - بفاء معجمة من فوقها بواحدة - نص على هذا صدر الإسلام أبو اليسر، كذا في "الكفاية"، وقال في "العناية": بالقاف من فرض الثوب بالمقراض إذا قطعه. (مل)

(٦) الثوب.

(٧) قوله: "والمعنى [الدليل] ما بيناه" أما في فرض فأر فلما ذكر في الاعورار أن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، وأما في حق تكسر الثوب بنشره، فلما ذكر في فقأ العين أنه صار مقصوداً بالإتلاف. (ك)

(٨) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٩) أنه اشتراه نسيئة.

(١٠) توضيح لقوله: لأن للأجل إلخ.

(١١) قوله: "لأجل الأجل" ونوقض بأن الغلام السليم الأعضاء يزداد في ثمنه لأجل سلامة الأعضاء بالنسبة إلى غير السليم، وإن فاتت سلامة الأعضاء لم يجب البيان على البائع، كما مر في مسألة اعورار العين.

وأجيب بأن الزيادة هناك ليست منصوطة عليها، إنها في مقابلة السلامة، وما نحن فيه هو أن يقول: إن اجلنتي مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار، فيثبت زيادة الثمن بالشرط، ولا يثبت ذلك في سلامة الأعضاء. (عناية)

(١٢) أي باب المراجعة.

(١٣) أي حقيقة المبيع.

(١٤) وهذا حرام.

(١٥) أي الخيانة بسبب أنه لم يبين أنه نسيئة.

(١٦) في الأخذ والترك. (عيني)

استهلكه^(١) ثم علم^(٢) لزمه بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن.
 قال^(٣): فإن كان ولاه^(٤) إياه ولم يبين^(٥) رده إن شاء؛ لأن الخيانة في التولية
 مثلها^(٦) في المراجعة، لأنه بناء^(٧) على الثمن الأول، وإن كان استهلكه ثم علم^(٨)،
 لزمه بألف حالة لما ذكرناه^(٩). وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة^(١٠)، ويسترد كل الثمن،
 وهو^(١١) نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد^(١٢)، وعلم بعد الإنفاق^(١٣)،
 وسيأتيك^(١٤) من بعد إن شاء الله تعالى.
 وقيل^(١٥): يقوم بثمن حال، وبثمن مؤجل، فيرجع بفضلهما ما بينهما، ولو لم
 يكن الأجل مشروطاً في العقد، ولكنه منجم^(١٦) معتاد^(١٧)، قيل: لا بد من بيانه،
 لأن المعروف^(١٨) كالمشروط^(١٩)، وقيل: يبيعه، ولا يبينه^(٢٠)، لأن الثمن حال^(٢١).

(١٧) أى كما له الخيار عند ظهور العيب فى المبيع. (عينى)

(١) قوله: "وإن استهلكه" أى إن استهلك المشتري المبيع بوجه بأن باعه، أو بوجه آخر لزمه، أى لزم المبيع المشتري
 لتعذر الفسخ بألف ومائة، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة، ولكن فيه شبهة المقابلة، فباعبار شبهة الخيانة كان
 له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً، فأما إن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا، وإلا لكان ما فرضناه
 شبهة حقيقة، هذا خلف. (عينى)

(٢) الخيانة.

(٣) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٤) أى الغلام.

(٥) أنه اشتراه بألف نسيئة وعلم المشتري.

(٦) الخيانة.

(٧) أى لأن التولية مبنية على الثمن الأول بلا زيادة ولا نقصان.

(٨) أى الخيانة.

(٩) من أن الأجل لا يقابله شيء من الثمن. (ك)

(١٠) أى المشتري بعد الهلاك قيمة العين.

(١١) هذا الحكم.

(١٢) بأن كان له على آخر عشرة جياد فاستوفى زيوفاً.

(١٣) فيرد زيوفاً ويأخذ الجياد.

(١٤) فى مسائل متتورة قبيل كتاب الصرف. (عناية)

(١٥) القائل الفقيه أبو جعفر الهندوانى. (عينى)

(١٦) تنجيم اندك اندك گزاردن وام وپاره پاره كردن چیزی را. (م)

(١٧) قوله: "معتاد" يعنى من عادات الناس إذا باعوا شيئاً بثمن غال من غير شرط الأجل فى البيع يأخذون الثمن

نجماً نجماً. (عينى)

(١٨) أى الثابت بالعرف.

قال (١): ومن (٢) ولّى رجلاً شيئاً بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه، فالبيع فاسد لجهالة الثمن. فإن أعلمه (٣) البائع في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأن الفساد لم يتقرر (٤)، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد (٥)، وصار كتأخير القبول (٦) إلى آخر المجلس (٧)، وبعد الافتراق (٨) قد تقرر (٩)، فلا يقبل الإصلاح، ونظيره بيع الشيء برقمه (١٠) إذا علم في المجلس، وإنما يتخير، لأن الرضا لم يتم قبله (١١) لعدم العلم، فيتخير كما في خيار الرؤية (١٢).

فصل (١٣)

ومن اشترى شيئاً مما ينقل (١٤) ويحول (١٥) لم يجز له بيعه (١٦) حتى يقبضه، لأنه

(١٩) بين العاقدين.

(٢٠) أى لا يجب البيان.

(٢١) قوله: "لأن الثمن حال" لعدم ذكر الأجل، والأصل الحال في الثمن، واستيفاءه منجماً لا يخرج من أن يكون حالاً. (مل)

(١) أى محمد في "الجامع الصغير". (عنى)

(٢) قوله: "ومن لّى الخ" أى قال: وليتك هذا بما قام على ويريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصنغ والقتل وغير ذلك. (مل)

(٣) بثمنه.

(٤) لأن ساعات المجلس كساعة واحدة لعدم تبدل المجلس. (ك)

(٥) فله خيار القبول.

(٦) قوله: "وصار كتأخير [أى قال البائع فى أول المجلس: بعته، وقال المشتري فى آخره: اشتريت جاز. ن] الخ" فإن القبول فى آخر المجلس يرتبط بالإيجاب، وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل فى آخر المجلس كالعالم الحاصل فى أوله، فصح على تقدير الابتداء، فأما بعد الافتراق فإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق، وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح، لأن جهالة الثمن فساد فى صلب العقد بخلاف ما إذا باع إلى الحصاد، وأسقط الأجل قبل الحصاد، لأنه لم يتقرر، أو لأنه ليس فى صلب العقد، وهذا فى صلب العقد. (ك)

(٧) فالتأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول إليه.

(٨) أى افتراق المجلس.

(٩) الفساد.

(١٠) قوله: "بيع الشيء برقمه" أى بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا، فهو معلوم عند البائع، ومجهول عند المشتري، يقال: التاجر يرقم الثياب، أى يعلمها أن الثمن هكذا. (مل)

(١١) أى قبل العلم بقدر الثمن.

(١٢) إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء رد.

(١٣) قوله: "فصل" وجه إيراد هذا الفصل ظاهر، لأن المسائل المذكورة فيه ليست من باب المراجعة، ووجه ذكرها عقيب باب المراجعة اعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الأوصاف كالمراجعة والتولية. (ع)

(١٤) قوله: "مما ينقل" أى نقلاً حسياً وهو المراد بقوله: يحول، فسر به لئلا يتوهم أنه احتراز عن المدير. (ع)

عليه السلام نهى عن بيع^(١) ما لم يقبض*، ولأن فيه^(٢) غرر انفساخ العقد^(٣) على اعتبار الهلاك^(٤).

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، رجوعاً إلى إطلاق الحديث^(٥)، واعتباراً بالمنقول^(٦)، وصار كالإجارة^(٧). ولهما أن ركن^(٨) البيع صدر من أهله^(٩) في محله^(١٠)، ولا غرر فيه^(١١)، لأن الهلاك في العقار نادر^(١٢)، بخلاف المنقول^(١٣)، والغرر المنهى عنه غرر انفساخ العقد،

(١٥) عطف تفسير.

(١٦) قوله: "لم يجوز له بيعه" قيد بالبيع، ولم يقل: لم يجز له التصرف ليقع المسألة على الاتفاق، فإن عند محمد يجوز الهبة والصدقة قبل القبض، وأبو يوسف يقول: البيع أسرع نفاذاً من الهبة بدليل أن الشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع، ثم البيوع قبل القبض لا يجوز فالهبة أولى. (نهاية)

(١) قوله: "نهى عن بيع الخ" أخرجه النسائي في "سننه الكبرى" عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «لا تبعن شيئاً حتى تقبضه»، انتهى. (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٢، والدراية ج ٢، الحديث ٧٨٩ ص ١٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولأن فيه الخ" تقريره: أن في البيع قبل القبض غرر انفساخ العقد الأول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع، والغرر غير جائز، لأنه صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الغرر، والغرر ما طوى عنك علمه. واعتراض بأن غرر الانفساخ بعد القبض أيضاً متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق، وليس بمانع، ولا يدفع بأن عدم ظهور الاستحقاق أصل، لأن عدم الهلاك كذلك، فاستويا. وأجيب بأن عدم جواز قبض القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾، وليس ما بعد القبض بمعناه، لأن فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة، فلم يلحق به. (عناية)

(٣) الأول أو الثاني.

(٤) قوله: "على استنجان الهلاك [أي هلاك المبيع عند البائع الأول]" لأنه إذا هلك قبل القبض يفسخ البيع وعاد إلى قديم ملك البائع، فيكون المشتري بائعاً ملك غيره، ومتى قبض يتم البيع، فيصير بائعاً ملك نفسه، وقبل القبض لا يدري أتم البيع، فيصير بائعاً ملك نفسه، أم يفسخ؟ فيصير بائعاً ملك غيره، فلا يصح، فتمكن فيه غرر، فكان باطلاً، بخلاف البيع الأول، لأنه لا يتمكن فيه هذا الغرر لأنه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك، أو قبض وتم البيع يكون البائع في الحالين بائعاً ملكه لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه. (ك)

(٥) المذكور، ولا يجوز تخصيصه بالقياس.

(٦) بجامع عدم القبض فيهما. (٤)

(٧) قوله: "وصار كالإجارة" فإن الإجارة في العقار لا تجوز قبل القبض، والجامع اشتمالهما على ربح ما لم يضمن، فإن المقصود من البيع الربح، وربح ما لم يضمن منبى عنه شرعاً. (عيني)

(٨) الإيجاب والقبول.

(٩) العاقل البالغ.

(١٠) أي المال المملوك.

(١١) قوله: "ولا غرر فيه [أي في بيع العقار قبل القبض]" فيصح العقد لوجود مقتضى وانتفاء المانع، بخلاف المنقول فإن المانع فيه موجود. (٤)

والحديث^(١١) معلول به^(١٢) عملاً بدلائل^(٣) الجواز^(٤)، والإجارة^(٥) قيل: على هذا الخلاف، ولو سلم^(٦) فالمعقود عليه في الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر^(٧).

قال^(٨): ومن اشترى مكيلاً^(٩) مكيالته، أو موزوناً موازنةً، فآكثاله^(١٠) أو أترنه،

ثم باعه مكيالته أو موازنةً لم يجز للمشتري^(١١) منه أن يبيعه، ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل^(١٢) والوزن؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام^(١٣) حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع^(١٤) وصاع المشتري*، ولأنه^(١٥) يحتمل أن يزيد على

(١٢) قوله: "نادر" حتى قال بعض أصحابنا في موضع لا يؤمن عليه ذلك: لا يجوز عنده كما في المنقول، وجوابه في موضع لا يخشى عليه أن تصير بحراً، أو يغلب عليه الرماد. (ن)

(١٣) فإن الهلاك فيه غير نادر.

(١) المذكور.

(٢) قوله: "معلول به" أى بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه، فيكون مخصوصاً بالمنقول، والدليل عليه أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز، لأنه لا غرر في الملك. (مل)

(٣) من الكتاب، والسنة، والإجماع.

(٤) أى جواز البيع.

(٥) قوله: "والإجارة إلخ" جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الإجارة، وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها، لأنها على هذا الخلاف، أى لا يجوز للمشتري أن يؤجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد، وعندهما يجوز، والأصح أن الإجارة لا تصح اتفاقاً، وعليه الفتوى، لأن الإجارة تملك المنافع كالمنقول في احتمال الهلاك. (مل)

(٦) أن الإجارة لا تجوز.

(٧) فيمتنع جواز الإجارة [كالمنقول]

(٨) أى محمد. (عيني)

(٩) قوله: "ومن اشترى مكيلاً" كالحنطة والشعير مكيالته، أى بشرط الكيل بأن قال: اشتريت هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة، أو موزوناً كالحديد والذهب موازنةً أى بشرط الوزن بأن قال: اشتريت هذا الحديد على أنه عشرة أمماء، فآكثاله أى كاله لنفسه، أو أترنه أى وزن لنفسه، وإنما قيد بالشراء، لأنه لو ملك المكيل، أو الموزون باتهاب، أو ميراث، أو وصية يجوز له التصرف قبل الكيل، وكذا إذا قبض الكر، وهو ثمن ثم تصرف فيه قبل الكيل جاز، لجواز التصرف قبل القبض في الثمن، وإنما قيد الشراء بكونه مكيالته أو موازنةً، لأنه إذا اشترى المكيل أو الموزون مجازفة جاز التصرف فيه بيعاً، أو أكلاً، أو غيرهما قبل الكيل أو الوزن، وإنما قال: فآكثاله أو أترنه ليشير به إلى أن تصرف المشتري موازنةً أو مكيالته قبل الوزن أو الكيل لا يجوز، وإن كيل أو وزن مرة قبل شراؤه أو بعد شراؤه يبيعه، كذا في "الكفاية". (مل)

(١٠) الاكتيال الأخذ بالكيل، والاتزان الأخذ بالوزن.

(١١) الثاني.

(١٢) قوله: "حتى يعيد الكيل [أى لنفسه كما هو الحكم في المشتري الأول. ك] إلخ" أى بعد شراؤه، ولا يكتفى بكيل بائعه حيث اشترى بائعه، ولا يريد به حتى يعيد الكيل بعد القبض مع الكيل، لأن الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري مرة يكفى به. (ك)

(١٣) قوله: "نهى عن بيع إلخ" أخرجه ابن ماجة في "سننه" عن جابر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري، انتهى. (ت)

المشروط، وذلك^(١) للبائع، والتصرف في مال الغير حرام، فيجب التحرز^(٢) عنه، بخلاف ما إذا باعه^(٣) مجازفةً، لأن الزيادة له^(٤)، وبخلاف ما إذا باع الثوب مدارعة^(٥)، لأن الزيادة له^(٦)، إذ الذرع وصف^(٧) في الثوب بخلاف القدر^(٨). ولا معتبر بكييل البائع^(٩) قبل البيع^(١٠) وإن^(١١) كان بحضرة المشتري^(١٢)، لأنه ليس صاع البائع والمشتري، وهو الشرط^(١٣)، ولا بكييله بعد البيع^(١٤) بغيبة المشتري^(١٥)، لأن الكيل من باب التسليم، لأن به يصير المبيع معلوماً، ولا تسليم إلا بحضرة^(١٦)، ولو كاله البائع^(١٧) بعد البيع^(١٨) بحضرة المشتري^(١٩)، فقد قيل: لا

(١٤) قوله: "صاع البائع إلخ" أراد بصاع البائع صاعه لنفسه حين يشتريه، وبصاع المشتري صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم على أن البيع الواحد لا يحتاج إلى الكيل مرتين. (عيني)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٠ ص ١٥٥. (نعيم)

(١٥) أى المكيل والموزون.

(١) الزيادة.

(٢) وهو يترك التصرف. (٤)

(٣) أى المكيل والموزون.

(٤) قوله: "لأن الزيادة له" المراد بالزيادة الزيادة على التي كانت في ذهن البائع، وذلك بأنه باع مجازفة، وفي ذهنه أنه مائة قفيز، فإذا هو زائد على ما ظنه، والزائد للمشتري، فالمشتري لو قبضه جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن. (عيني)

(٥) أى بشرط الذرع على أنه عشرة أذرع مثلاً.

(٦) أى للمشتري لا للبائع حتى يلزم التصرف في مال الغير.

(٧) قوله: "إذ الذرع وصف [فلم يكن في معنى ما ورد به النص فيلحق به. ع]" قال الزيلعي: هذا إذا لم يسم لكل ذراعاً ثناً، وإن سمي فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع. (در)

(٨) قوله: "بخلاف القدر [أى المكيل والموزون، فإنه مبيع لا وصف]" أى الكيل فإنه ليس بوصف، لأنه بازدياد القدر لا يزيد قيمة المقدر كخمسين منا من الحنطة إذا زاد، وعليه خمسون أخرى لا يزداد قيمة الخمسين الأولى. (عيني)

(٩) هو المشتري الأول.

(١٠) الثانى.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) الثانى.

(١٣) قوله: "وهو الشرط [بحديث قد مر]" أى الشرط ككيل البائع وكيل المشتري، وإنما شرط ذلك لأن البيع يتناول ما يحويه الكيل أو الوزن، وهو مجهول، فربما يزيد وينقص فما لم يكمل لنفسه أو لم يزن لا يمتاز المبيع عن غيره، فكان المبيع مجهولاً، فيفسد البيع. (ك)

(١٤) الثانى.

(١٥) الثانى.

(١٦) المشتري الثانى.

(١٧) أى المشتري الأول.

يكتفى به^(١) لظاهر الحديث، فإنه اعتبر صاعين، والصحيح أنه يكتفى به^(٢) لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد، وتحقق معنى التسليم^(٣)، ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين^(٤) في باب السلم إن شاء الله تعالى، ولو اشترى المعداد^(٥) عدلاً^(٦) فهو كالمذروع فيما يروى عنهما، لأنه^(٧) ليس بمال الربا، والموزون فيما يروى عن أبي حنيفة^(٨)، لأنه^(٩) لا تحل له الزيادة على المشروط.

قال^(١٠): والتصرف^(١١) في الثمن قبل القبض جائز^(١٢) لقيام المطلق^(١٣) وهو الملك، وليس^(١٤) فيه غرر^(١٥) الانفساخ بالهلاك لعدم تعيينها بالتعيين^(١٦)، بخلاف المبيع^(١٧). قال^(١٨): ويجوز للمشتري أن يزيد^(١٩) للبائع في الثمن^(٢٠)، ويجوز للبائع أن

(١٨) الثاني.

(١٩) الثاني.

(١) أي بكيل البائع.

(٢) أي بالكيل الواحد.

(٣) لحضور المشتري.

(٤) قوله: "على ما نبين" وهو ما إذا اشترى المسلم إليه من رجل كراء، وأمر رب السلم بقبضه، فإنه لا يصح إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل أحدهما شراء المسلم إليه، وثانيهما قبض رب السلم لنفسه، وهو كالبيع الجديد، فيجتمع صفقتان. (ك)

(٥) كالجوز.

(٦) أي بشرط العد كأنه ألف.

(٧) قوله: "لأنه ليس بمال الربا" ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنتين، فكان كالمذروع، وحكمه قد سر أنه لا يحتاج إلى إعادة الذرع إذا باع مذارعة. (عناية)

(٨) وهو قول الكرخي. (٤)

(٩) قوله: "لأنه لا تحل الخ" ألا ترى أنه من اشترى جوزاً على أنها ألف، فوجدها أكثر لم يسلم له الزيادة، ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان عن البائع كالموزون، فلا بد لجواز التصرف من العد كالموزون في الموزون. (عناية)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) بأن يأخذ من المشتري مكان الدراهم الثمن ثوباً أو غيره.

(١٢) قوله: "جائز" سواء كان الثمن مما لا يتعين بالنقد، أو مما يتعين بالكيل والموزون حتى لو باع إبلاً بدرهم، أم بكر من الحنطة جاز أن يأخذ بدله شيئاً. (٤)

(١٣) مجوز.

(١٤) قوله: "وليس فيه غرر الانفساخ" أي انفساخ العقد بهلاك الثمن لعدم تعيينها بالتعيين، لأنها من النقود، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري. (عيني)

(١٥) يعني أن المانع منتف وهو الغرر.

(١٦) النقود.

(١٧) فإنه يتعين بالتعيين.

يزيد للمشتري في المبيع، ويجوز أن يحط^(١) عن الثمن، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك^(٢)، فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق^(٣) بل^(٤) على اعتبار ابتداء الصلة^(٥).

لهما: أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنًا، لأنه يصير ملكه عوض ملكه^(٦)، فلا يلتحق^(٧) بأصل العقد، وكذلك الحط، لأن كل الثمن صار مقابلًا بكل المبيع، فلا يمكن^(٨) إخراجه، فصار^(٩) برأ مبتدأ. ولنا: أنهما^(١٠) بالحط والزيادة يغيران العقد^(١١) من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو^(١٢) كونه رابحًا أو خاسرًا، أو عدلًا^(١٣)، ولهما^(١٤) ولاية الرفع^(١٥)، فأولى^(١٦) أن يكون لهما ولاية التغيير^(١٧)، وصار كما إذا

(١٨) أي القدوري. (عيني)

(١٩) قوله: "أن يزيد الخ" إذا اشترى عينًا بمائة، ثم زاد عشرة مثلاً، أو باع عينًا بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً أو حط بعض الثمن جاز. (٤)

(٢٠) ما دام قيام المبيع.

(١) البائع.

(٢) قوله: "بجميع ذلك" أي بالمزيد عليه والمزيد، فإن للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن إذا كان الثمن حالاً، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحققت بأصل العقد، وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن، وكذلك للمشتري أن يرجع على البائع بجميع ذلك أعني بالأصل والزيادة إذ استحق بالمبيع، وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي بعد الحط من الثمن، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط. (عيني)

(٣) بأصل العقد.

(٤) قوله: "بل على اعتبار الخ" أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن، والمثمن هبة مبتدأة لا تتم إلا بالتسليم. (عيني)

(٥) الهبة.

(٦) قوله: "لأنه يصير ملكه [المشتري] عوض ملكه [المشتري]" لأن المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى من الثمن قبل الزيادة، فلو زاد في الثمن مع ذلك كانت الزيادة لأجل ملك نفسه، وهو المبيع وذلك لا يجوز. (ن)

(٧) الزيادة.

(٨) قوله: "فلا يمكن إخراجه" أي إخراجه بعضه، فلو أخرج بقى بعض المبيع بلا عوض، وذا لا يجوز، ولا يمكن أن يجعل الباقي في مقابلة الكل لانقضاء العقد الجديد. (ك)

(٩) أي الزيادة أو الحط.

(١٠) البائع والمشتري.

(١١) قوله: "يغيران العقد [بتراضيهما] الخ" لأن البيع شرع خاسراً ورابحاً وعادلاً، والزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلاً، والعدل رابحاً، والحط يجعل الرابع عدلاً والعدل خاسراً، وكذلك الزيادة في المبيع. (عناية)

(١٢) أي الوصف المشروع.

(١٣) أي لا رابحاً ولا خاسراً.

(١٤) أي للعاقدين.

أسقطاً^(١) الخيار^(٢)، أو شرطاه بعد العقد^(٣).
ثم إذا صح^(٤) يلتحق بأصل العقد، لأن وصف الشيء يقوم به^(٥) لا بنفسه،
بخلاف حط الكل^(٦) لأنه تبديل^(٧) لأصله^(٨) لا تغيير لوصفه، فلا يلتحق به^(٩)،
وعلى^(١٠) اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً^(١١) عن ملكه^(١٢)، ويظهر حكم
الالتحاق في التولية والمراجعة حتى يجوز^(١٣) على الكل^(١٤) في الزيادة، ويباشر على
الباقي في الحط^(١٥) وفي الشفعة، حتى يأخذ^(١٦) بما بقي في الحط، وإنما كان للشفيع^(١٧)
أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال^(١٨) حقه الثابت، فلا يملكه^(١٩)، ثم

(١٥) أى رفع العقد بالإقالة.

(١٦) قوله: "فأولى إلخ" لأن التصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله، فالذى يملك التصرف في
الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف. (عيني)

(١٧) من وصف إلى وصف.

(١) العاقدان.

(٢) أى خيار الشرط لهما أو لأحدهما.

(٣) قوله: "أو شرطاه بعد العقد" بأن عقداً عقداً ثم شرطاً الخيار بعده فقد تغير العقد من صفة اللزوم إلى غيره. (ك)

(٤) الحط أو الزيادة.

(٥) فكذلك ههنا تقوم الزيادة بالثمن لا بنفسها. (ن)

(٦) قوله: "بخلاف حط إلخ" هذا جواب عما يقال: لو كان حط البعض صحيحاً لكان حط الكل كذلك اعتباراً
للكل بالعض، فأجاب بقوله: بخلاف حط الكل حيث لا يصح. (عيني)

(٧) صيرورته هبة.

(٨) لعدم بقاء الثمن.

(٩) لوجود المانع. (عناية)

(١٠) جواب عن تعليل زفر والشافعي أن في الزيادة تصير إلخ. (ن)

(١١) قوله: "لا تكون الزيادة إلخ" لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجود عند العقد فلا يلزم
حينئذ ما قال. (عيني)

(١٢) المشتري.

(١٣) أى كل واحد من التولية والمراجعة.

(١٤) أى المزيد والمزيد عليه.

(١٥) قوله: "في الحط" فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري والمشتري قال للآخر: وليتك هذا الشيء وقع
عقد التولية على ما بقي من الثمن، فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد، وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك
المقدار، وكذلك في الزيادة. (عيني)

(١٦) الشفيع.

(١٧) قوله: "ولمّا كان إلخ" جواب سؤال مقدر تقرير السؤال أن يقال: لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ
الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد. (عيني)

الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع^(١) على ظاهر الرواية^(٢)، لأن المبيع لم يبق على حالة^(٣) يصح الاعتياض عنه، والشئ يثبت^(٤) ثم يستند، بخلاف الحط^(٥) لأنه^(٦) بحال^(٧) يمكن إخراج البدل عما يقابله^(٨)، فيلتحق^(٩) بأصل العقد استناداً.

قال^(١٠): "ومن باع بثمن حال، ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً؛ لأن الثمن حقه^(١١)، فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه^(١٢)، ألا يرى أنه^(١٣) يملك إبراءه^(١٤) مطلقاً^(١٥)، فكذا^(١٦) مؤقتاً، ولو أجله إلى أجل مجهول، إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب^(١٧) الريح^(١٨) لا يجوز، وإن كانت متقاربة كالحصاد^(١٩) والدياس^(٢٠) يجوز،

(١٨) قوله: "من إبطال الخ" أى لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذى تعلق بالعقد. (عيني)

(١٩) أى البائم والمشتري لأنه إضرار.

(١) قوله: "ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع [وكذا بعد العتاق والتدبير. ن]" يعنى الزيادة فى الثمن، وفى البقالى: وأما الزيادة فى المبيع فجازة بعد الهلاك، لأنها تثبت بمقابلة الثمن، وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لأنها تثبت بمقابلة المبيع، وهو ليس بقائم. (ك)

(٢) قوله: "على ظاهر الرواية" وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع، ووجهه أن يجعل المعقود عليه قائماً تقديراً. (ع)

(٣) وهى حالة الوجود.

(٤) قوله: "والشئ [الزيادة] الخ" ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله، وهو المبيع فلا يستند إلى أصل العقد. (مل)

(٥) حيث يصح بعد هلاك المبيع.

(٦) قوله: "لأنه بحال الخ" فإن الهالك لا قيمة له، فإخراج البدل عما يقابله ملائم له، ولا كذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع. (ك)

(٧) البيم.

(٨) قوله: "يمكن الخ" يعنى لا يمكن إثبات الثمن بمقابلة الهالك، ويمكن إسقاطه بمقابلة الهالك، لأن الحط يلام

الهالك. (نهاية)

(٩) الحط.

(١٠) أى القدرى. (عيني)

(١١) البائم.

(١٢) وهو المشتري.

(١٣) البائم.

(١٤) الثمن.

(١٥) عمن عليه.

(١٦) أى يملك البراءة الموقته إلى أجل.

(١٧) هبوب بالضم وزيدن باد. (م)

(١٨) ونزول المطر.

(١٩) أى حصاد الزرع [درودن. (م)].

لأنه بمنزلة الكفالة^(١)، وقد ذكرناه من قبل^(٢).

قال: وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا^(٣) إلا القرض، فإن تأجيله لا يصح^(٤) لأنه إعارة وصلة^(٥) في الابتداء، حتى يصح بلفظة الإعارة^(٦)، ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصى^(٧) والصبي^(٨)، ومعاوضة في الانتهاء^(٩)، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما^(١٠) في الإعارة، إذ لا جبر^(١١) في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح، لأنه يصير^(١٢) بيع الدراهم بالدراهم نسيئة، وهو ربا^(١٣)، وهذا^(١٤) يخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه^(١٥) أن يقرضوه، ولا يطالبوه قبل المدة، لأنه وصية بالتبرع^(١٦) بمنزلة الوصية^(١٧) بالخدمة^(١٨) والسكنى، فيلزم حقاً للموصى^(١٩).

(٢٠) كوفتن بها.

(١) فيصح مع الجهالة اليسيرة، فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه من قبل" أى فى آخر باب البيع الفاسد، وهو أن الجهالة اليسيرة محتملة فى الكفالة، وفى تأجيل الدين كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع إلى أجل مجهول حيث لا يصح وإن كانت الجهالة يسيرة. (ك)
(٣) وهو قوله: لأن الثمن حقه. (ك)

(٤) قوله: "فإن تأجيله لا يصح [فإن للمقرض أن يطالب للمستقرض فى الحال بعد التأجيل]" أى لا يلزم أى لمن أجل إبطاله كما فى العوارى، واعلم أن القرض مال يقطع من أمواله، فيعطيه، وما ثبت عليه ديناً، فليس بقرض، والدين يشتمل ما وجب فى ذمته ديناً بعقد أو استهلاك، وما صار ديناً فى ذمته باستقراضه فهو أعم من القرض، وقال مالك: التأجيل فى القرض لازم، لأنه صار ديناً فى ذمته بالقبض، فيصح التأجيل فيه كسائر الديون. (ك)

(٥) تبرع وعطاء.

(٦) حتى لو قال: أعرتك هذه المائة مثلاً يكون قرضاً.

(٧) فإنه لا يجوز له أن يقرض من مال الصغير.

(٨) قوله: "والصبي" فإنه لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذى هو التبرع.

(٩) لأن الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين.

(١٠) أى كما لا يلزم.

(١١) قوله: "إذ لا جبر" ولو لزم الأجل لصار جبراً على المشتري، وهو المكث عن المطالبة بمضى الأجل.

(١٢) فى الانتهاء.

(١٣) قوله: "وهو ربا" وهذا يقتضى فساد القرض لكن نذب الشرع إليه، وأجمع الأمة على جوازه. (مل)

(١٤) أى ههنا يلزم التأجيل.

(١٥) أى من ثلث ماله.

(١٦) قوله: "لأنه وصية إلخ" وفى الوصية يلزم ما لا يلزم فى غيره ألا ترى أنه لو أوصى بشمرة بستانه يلزمه، وإن

كانت الشمرة معدومة قبل الوصية. (ن)

(١٧) قوله: "بمنزلة الوصية" حيث تلزم، والجامع معنى التبرع بالمنافع. (نهاية)

باب الربا^(١)

قال^(٢): الربا^(٣) محرم^(٤) في كل مكييل أو موزون إذا بيع بجنسه^(٥) متفاضلاً، فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس.

قال رضى الله عنه^(٦): ويقال: القدر مع الجنس، وهو أشمل^(٧)، والأصل^(٨) فيه^(٩) الحديث^(١٠) المشهور، وهو قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل^(١١) يداً بيد^(١٢) والفضل ربا»*، وعد^(١٣) الأشياء الستة الحنطة، والشعير، والتمر، والملح، والذهب والفضة على هذا المثال^(١٤)، ويروى بروايتين بالرفع مثل، وبالنصب مثلاً،

(١٨) أى بخدمة العميد مثلاً وسكنى الدار.

(١٩) قوله: "حقاً للموصى" حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً له.

(١) قوله: "باب الربا" لما فرغ عن ذكر أنواع البيوع التى أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾، شرع في بيان بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا﴾، فإن النهى يعقب الأمر، وهذا لأن المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذى هو بيع شرعاً، والحرام الذى هو الربا، ولذا لما قيل محمد: ألا تصنف شيئاً فى الزهد قال: قد صنفت كتاب البيوع، ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب عن الحرام، والرغبة فى الحلال. والربا فى اللغة هو الزيادة من ربي المال، أى زاد، ويقال: ربا بكسر الراء، ومنه الأشياء الربوية، وفتح الراء خطأ، ذكره فى "المغرب". (٢)

(٢) أى القدورى. (عيني)

(٣) قوله: "الربا" فى الشرع عبارة عن فضل مال لا يقابله عوض فى معاوضة مال بمال. (ك)

(٤) قوله: "محرم" بقوله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾، وقد ذكر الله تعالى لآكل الربا خمساً من العقوبات: إحداهما: الخبط، والثانى: الحق، والثالث: الحرب، والرابع: الكفر، والخامس: الخلود فى النار. وذلك آية نهاية حرمة: ﴿ولا يقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان﴾، ﴿بمحق الله الربا﴾، ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾، ﴿وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾. (ك)

(٥) أى بمكييل أو موزون.

(٦) أى المصنف.

(٧) لهما، وليس كل واحد بانفراده يتناول الآخر.

(٨) الدليل.

(٩) أى فى كون القدر مع الجنس علة. (ك)

(١٠) قوله: "الحديث" رواه عمر بن الخطاب، وعبادة بن الصامت، وأبو سعيد الخدرى وغيرهم، وأخرجه أصحاب الصحاح.

(١١) أى عيناً بعين. (٢)

(١٢) أى قبضاً بقبض كنى باليد عنه لكونه آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩١ ص ١٥٦. (نعيم)

(١٣) أى النبى ﷺ.

(١٤) أى مثلاً بمثل يداً بيد.

ومعنى الأول: بيع التمر^(١)، ومعنى الثاني^(٢): بيعوا التمر، والحكم^(٣) معلول بإجماع^(٤) القائسين^(٥) لكن العلة عندنا ما ذكرناه^(٦)، وعند الشافعي^(٧) الطعم في المطعومات، والتمنية في الأثمان، والجنسية^(٨) شرط^(٩)، والمساواة مخلص^(١٠).
والأصل^(١١) هو الحرمة عنده^(١٢)؛ لأنه نص^(١٣) على شرطين التقابض والمماثلة، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر^(١٤)، كاشتراط الشهادة في النكاح^(١٥)، فيعطل^(١٦) بعلة

(١) قوله: "بيع التمر" ثم حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه، وأعرّب بإعرابه. (٤)

(٢) قوله: "ومعنى الثاني: بيعوا التمر" فإن قيل: تقدير بيعوا يوجب البيع، وهو مباح، وأجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك: مت وأنت شهيد، وليس المراد الأمر بالموت لكن بما يكون على صفة الشهداء إذا مات كذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة. (٤)

(٣) أى حرمة الفضل.

(٤) قوله: "إجماع القائسين" خلافاً لأصحاب الظواهر، لأنهم لا يرون القياس حجة، فقصروا حكم الربا على الأشياء الستة. (ك)

(٥) أى المجتهدين.

(٦) قوله: "ما ذكرناه" أى القدر مع الجنس، فعد هذا الحكم إلى الجص والنورة وغيرهما لأنه مكيل، وإلى الحديد، والنحاس، والرصاص، وغيرها لوجود الوزن. (مل)

(٧) العلة فى الربا.

(٨) قوله: "والجنسية شرط" فائدة كون الجنسية شرطاً واحداً وصفى العلة عندنا إنما يظهر فيما إذا وجدت الجنسية فى غير الأموال الربوية هل يحرم النساء؟ كما لو أسلم ثوباً هروياً فى هروى لا يجوز عندنا لوجود أحد وصفى العلة، فيثبت الحكم، وذلك حرمة النساء، وعنده يجوز لأن الجنسية شرط، وإنما يعمل العلة عند وجود شرطها إلا أن الشرط يعمل شيئاً من العمل عند عدم العلة. (نهاية)

(٩) قوله: "شرط" لعمل العلة عملها حتى لا تعمل علته وهى الطعم فى المطعومات، والتمنية فى الأثمان عنده، إلا وجود الجنسية، ولا أثر للجنسية بانفرادها عنده. (ك)

(١٠) قوله: "والمساواة مخلص" أى يتخلص عن الحرمة بسبب المساواة، فينتفى الحرمة عند ذلك. (نهاية)

(١١) فى الأموال الربوية.

(١٢) الشافعي.

(١٣) قوله: "لأنه نص [الشارع] إلخ" لأنه قال: يدا بيد مثلاً بمثل أى قابضاً يداً بيد، ومماثل بمماثل آخر، وهما نصبا على الحال، والعامل فيه الفعل المضمر، وهو بيعوا، ورواية الرفع فى هذا المعنى أيضاً، والعدول إلى الرفع للدلالة على الثبوت والأحوال شروط، كما فى قوله: إن دخلت الدار راكبةً، فأنت طالق. (كفاية)

(١٤) قوله: "وكل ذلك [أى يكل من الشرطين] إلخ" أى جواز بيع هذه الأموال بشرطى التقابض والتماثل يشعر بأن موجبهما وصف فى المحل ينبئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لأجله زيادة الشرط، لأنه متى يقيد طريق إصابته بشرط زائد يعظم خطره فى عين التملكين كالعقد الوارد على الأبخاع لما خص بشهود وولى دون سائر المعاملات دل على أن المستحق به ماله خطر وهو البضغ، فيعطل بعلة تناسب إظهار العزة والخطر وهو الطعم والتمنية. (ك)

(١٥) قوله: "كاشتراط إلخ" فإن اشتراط الشهادة فى عقد النكاح لأجل إظهار خطرها وعزتها دون سائر

المعاملات. (عيني)

تناسب إظهار الخطر والعزة، وهو الطعم^(١) لبقاء الإنسان به، والتمنية^(٢) لبقاء الأموال^(٣) التي هي مناط المصالح بها^(٤)، ولا أثر للجنسية^(٥) في ذلك، فجعلناه شرطاً^(٦)، والحكم قد يدور مع الشرط^(٧).

ولنا: أنه^(٨) أوجب المماثلة شرطاً^(٩) في البيع، وهو المقصود بسوقه^(١٠) تحقيقاً لمعنى البيع، إذ هو ينبىء عن التقابل^(١١)، وذلك بالتمائل^(١٢)، أو صيانة لأموال الناس^(١٣) عن التوى^(١٤)، أو تميمياً للفائدة^(١٥) باتصال التسليم به^(١٦). ثم يلزم عند فوته^(١٧) حرمة الربا^(١٨)، والمماثلة بين الشئيين^(١٩) باعتبار الصورة والمعنى^(٢٠)، والمعيار

(١٦) قوله: "فيعلل" أى إذا كان الشرطان يشعران بالعزة والخطر، فيعلل حرمة الربا إلخ.

(١) فى المطعومات.

(٢) فى الأثمان.

(٣) قوله: "لبقاء الأموال إلخ" إذ الأموال إنما تبقى أموالاً ما دامت لها أثمان، لأن ما لا يبذل الثمن بمقابلته لا يكون ما لا مثل كف من تراب ونحوه فالأموال سبب بقاء الأنفس لو صف أنها مأكولة أو وسيلة إليه. (ك)

(٤) أى بالتمنية.

(٥) قوله: "ولا أثر للجنسية" والقدر فى زيادة العزة والخطر لثبوتها فى خطير ومهان، ولكن الحكم لا يثبت إلا عند الجنسية فجعلناها شرطاً لا علة. (ك)

(٦) لا علة.

(٧) قوله: "والحكم قد يدور إلخ" جواب شبهة ترد على قول الشافعى وهى أن حكم الربا كما يدور مع الطعم والتمنية على أصلك، فكذا يدور مع الجنسية، فلم جعلت الطعم والتمنية علة دون الجنسية، فأجاب بأنه لا أثر للجنسية فى زيادة الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الإحصان، والفرق بينهما بالتأثير وعدمه. (ك)

(٨) أى أن الحديث.

(٩) لما ذكرنا أن مثلاً يمثل حال، وهى شرط. (نهاية)

(١٠) قوله: "وهو المقصود بسوقه [أى بسوق الحديث. نهاية]" لأن معناه بيعوا هذه الأشياء مثلاً يمثل، والباء للإلصاق، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فيصرف الأمر إلى الحال التى هى شرط، أى بيعوا بوصف المماثلة. (ك)

(١١) لأن البيع مبادلة المال بالمال.

(١٢) قوله: "وذلك بالتمائل [أى التقابل]" لأنه لو كان أنقص من الآخر لا يوجد التقابل من كل وجه. (نهاية)

(١٣) قوله: "أو صيانة إلخ" لأن أحد البدلين لو كان أنقص كان فيه إضاعة فضل. (ن)

(١٤) توى كرحى: هلكى. (من)

(١٥) قوله: "أو تميمياً إلخ" يعنى فى الذهب والفضة اشترط التماثل بالقبض، فإنهما لا يتعينان بالتعيين، فيحتاج إلى القبض لتحقيق المماثلة، فكان تميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتمائل، ويحتمل أن يكون معناه عاماً فى الأموال كلها، أى لو لم يكن كل واحد منهما مماثلاً للآخر لا يتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعاً فى حق أحد المتعاقدين ضرراً فى حق الآخر، وإذا كان مثلاً للآخر يكون نفعاً فى حقهما. (نهاية)

(١٦) أى بالمبيم أو بالتمائل.

(١٧) قوله: "ثم يلزم إلخ" وإذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بناء عليه فيعلل بعله تؤثر فى إيجاب

يسوى الذات^(١)، والجنسية تسوى المعنى^(٢)، فيظهر الفضل على ذلك^(٣)، فيتحقق الربا، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه^(٤)، ولا يعتبر الوصف^(٥)، لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات^(٦)، أو لقوله عليه السلام* : «جيدها ورديتها سواء»^(٧) .

والطعم^(٨) والتمنية من أعظم وجوه المنافع^(٩)، والسبيل في مثلها^(١٠)

المماثلة وهو القدر والجنس لا الطعم والتمنية، لأن وجوب المماثلة لا يكون إلا في محل قابل لها. (ك)

(١٨) حيث قال: والفضل ربا.

(١٩) قوله: "والمماثلة إلخ" هذا بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة، ولقائل أن يقول: قد تبين أن المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات، وعلتموها بالقدر والجنس، فكان ذلك تعليلاً لإثبات الشرط، وذلك باطل. والجواب: أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداءً، وأما بطريق التعدية من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين، وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام، وصاحب الميزان، وما نحن فيه كذلك، لأن النص أوجب المماثلة شرطاً في الأشياء الستة، فأثبتناها في غيرها تعدية، فكان جائزاً، فإذا ثبت وجوب المماثلة شرطاً وهي بالكيل والجنس يظهر الفضل إلخ. (٤)

(٢٠) قوله: "باعتبار الصورة إلخ" فالقدر عبارة عن التساوى في الميعاد، فيحصل به المماثلة صورة، والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني، فيثبت به المماثلة معنى. (عيني)

(١) قوله: "يسوى الذات [أى الصورة. ع]" فإن كيلاً من بر يساوى كيلاً من ذرة من حيث القد والصورة لا من حيث المعنى لعدم الجنسية. (نهاية)

(٢) فإن كيلاً من بر يساوى كيلاً من بر معنى.

(٣) التساوى.

(٤) أى فى العقد. (٤)

(٥) قوله: "ولا يعتبر الوصف" جواب عما يقال: إذا كانت المماثلة شرطاً على ما قلتم فكيف أهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في أحد البديلين دون الآخر، فأجاب بقوله: ولا يعتبر الوصف، أى وصف الجودة والرداءة، لأنه، أى الوصف لا يعد تفاوتاً عرفاً، أى من حيث العرف، فإن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبراً لقلته، ولأن في اعتباره، أى التفاوت في الوصف سد باب البياعات في هذه الأشياء، وهو مفتوح، لأن بيع هذه الأشياء لا يجوز متفاضلاً، ولا مجازفة، فلم يبق إلا حالة التساوى، ولو اعتبر المساواة في الوصف تسد باب البياعات، لأن الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لامحالة. (عيني)

(٦) قوله: "البياعات [أى باب بيع البياعات]" بياعة - بالكسر - متاع، وكالآى فروختنى بياعات جمع. (من)

* راجع نصب الرأية ج٤ ص ٣٧، والدراية ج٢، الحديث ٧٩٢ ص ١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "جيدها ورديتها سواء" قلت: غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبى سعيد رواه مسلم قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل بدأ بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء»، انتهى. (ت)

(٨) جواب عن جعل الشافعى الطعم والتمنية علة للحرمة.

(٩) بالمال.

(١٠) قوله: "والسبيل إلخ" أى السبيل في مثل الأشياء التى يتعلّق بها وجوه المنافع التوسعة والإطلاق لا التضييق، فإن السنة الإلهية جرت فى الإنسان وسائر الحيوانات بأن ما كان احتياج المخلوقين أكثر كان أوفر كالهواء والماء، وما بعدهما

الإطلاق^(١) بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه، فلا معتبر بما ذكره^(٢). إذا ثبت هذا^(٣) نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل^(٤) جاز البيع فيه، لوجود شرط الجواز، وهو المماثلة في المعيار، ألا ترى^(٥) إلى ما يروى مكان قوله: «مثلاً بمثل كيلاً بكيل»، وفي الذهب^(٦): «بالذهب وزناً بوزن».

وإن تفاضلاً^(٧) لم يجز لتحقق الربا، ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما^(٨) فيه الربا إلا مثلاً بمثل^(٩)، لإهدار التفاوت في الوصف^(١٠)، ويجوز بيع الحفنة^(١١) بالحفتين، والتفاحة^(١٢) بالتفاحتين؛ لأن المساواة بالمعيار^(١٣)، ولم يوجد، فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف^(١٤).

وعند الشافعي العلة^(١٥) هي الطعم، ولا مخلص^(١٦) وهو المساواة، فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة^(١٧)، لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه^(١٨)، ولو

على الترتيب، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق، والسنة الإلهية في مثله التوسعة تعليلاً لفساد الوضع، وذكر في "المسوط": الطعم من أعظم وجوه الانتفاع بالمال، وكذلك الثمنية. (نهاية)

(١) التوسعة.

(٢) الشافعي.

(٣) أي ما ذكرنا من أن العلة القدر والجنس مطعوماً كان أو غير مطعوم.

(٤) أي كيلاً بكيل، أو وزناً بوزن.

(٥) توضيح المماثلة في المعيار.

(٦) أي يروى في الذهب إلخ.

(٧) قوله: "وإن تفاضلاً" على التغليب، والمراد فضل أحدهما على الآخر. (نهاية)

(٨) أي من الأشياء الربوية.

(٩) أي متساويين.

(١٠) أي الجودة والرداء عرفاً وشرعاً.

(١١) الحفنة ملاً الكف. (نهاية) صاحب صراح گوید حفنة مقدار دو مشت از طعام وجز آن وچیز اندک. (م)

(١٢) سيب. (م)

(١٣) قوله: "لأن المساواة بالمعيار" أي بالمكيل والوزن، ولم يوجد، إذ لا كيل في الحفنة والحفتين، والتفاحة والتفاحتين، وكذا لا وزن، فلم يتحقق الفضل، فإن تحققه مبني على المساواة بالمعيار، وإذ ليس فليس، فلا يكون ربا، ولهذا أي لأجل أن الحفنة والحفتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي كان إلخ. (مل)

(١٤) قوله: "كان مضموناً إلخ" ولو كان داخل تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات، لأن المكيلات والموزونات كلها ذوات الأمثال دون القيم. (عيني)

(١٥) للربا.

(١٦) عن الحرمة.

(١٧) قوله: "فهو في حكم الحفنة" حتى لو باع خمس حفنات بست مما لم يدخل تحت نصف صاع جاز، ثم ههنا

تبايعا مكيلا^(١)، أو موزوناً غير مطعوم بجنسه، متفاضلا كالخص^(٢) والحديد^(٣) لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس^(٤)، وعنده^(٥) يجوز لعدم الطعم والشمية.

قال^(٦): وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى^(٧) المضموم إليه^(٨) حل التفاضل والنساء^(٩) لعدم العلة المحرمة^(١٠)، والأصل فيه^(١١) الإباحة، وإذا وجد^(١٢) حرم التفاضل والنساء لوجود العلة^(١٣)، وإذا وجد أحدهما^(١٤)، وعدم الآخر حل التفاضل، وحرم النساء، مثل أن يسلم هروياً^(١٥) في هروى^(١٦)، أو حنطة في شعير^(١٧)، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة النساء بأحدهما^(١٨).

وقال الشافعي: الجنس بانفراده^(١٩) لا يحرم النساء، لأن بالنقدية^(٢٠) وعدمها^(٢١)

دقيقة وهي أن المكيلات يجوز بيعها فيما دون نصف صاع من غير اعتبار التسوية فيما إذا كان كل واحد من البديلين لا يدخل تحت الصاع، أما إذا كان أحدهما لا يبلغه، والآخر يبلغه، فلا يجوز، وقالوا: بيع الحفنة بقفيز لا يجوز. (نهاية)

(١٨) بخلاف النصف فإنه مقدر في الشرع كما في صدقة الفطر.

(١) قوله: "ولو تبايعا الخ" ولو تبايعا وزنيا بوزني، وهو مأكول أو مشروب كالدهن والزيت والخل لا يجوز إلا بزنا بوزن في قولهم جميعاً عندنا لوجود الوزن، وعنده لوجود الطعم. (نهاية)

(٢) مكيل معرب كج. (م)

(٣) موزون آمن.

(٤) الكيل أو الوزن.

(٥) الشافعي.

(٦) أي القدرى. (عينى)

(٧) القدر.

(٨) الجنس.

(٩) البيع إلى أجل التأخير.

(١٠) قوله: "لعدم الحرمة [القدر مع الجنس]" أى حل التفاضل لدليل الحل، وهو قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ وعدم علة الحرمة لا أن يثبت حل التفاضل لعدم علة الحرمة لأن عدم لا يثبت شيئاً، لأنه ليس بثابت فى نفسه. (ك)

(١١) البيع.

(١٢) الوصفان.

(١٣) الحرمة.

(١٤) الوصفين.

(١٥) أى ثوباً هروياً إلخ.

(١٦) قوله: "هروياً فى هروى" فالجنسية موجودة دون القدر، فيجوز فيه التفاضل بأن يباع واحد بالثنين، ولا يجوز

أن يباع بالنسيئة. (مل)

(١٧) قوله: "أو حنطة إلخ" أى إذا أسلم حنطة فى شعير وفيه عدم الجنس فيجوز فيه التفاضل، ولا يجوز النساء

كما إذا أسلم أحدهما فى الآخر. (عينى)

(١٨) حتى لو باع عبداً بعد إلى أجل لا يجوز للجنسية. (ن)

لا يثبت إلا شبهة الفضل^(١)، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد^(٢) بالاثنتين، فالشبهة أولى^(٣).

ولنا: أنه مال الربا^(٤) من وجه نظراً إلى القدر^(٥) أو الجنس^(٦)، والنقدية أوجبت فضلاً في المالية، فتحقق شبهة الربا^(٧)، وهي^(٨) مانعة^(٩) كالحقيقة^(١٠)، إلا أنه إذا أسلم النقود^(١١) في الزعفران ونحوه^(١٢) يجوز وإن^(١٣) جمعهما الوزن، لأنهما لا يتفقدان في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء^(١٤)، وهو^(١٥) مثنى يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات^(١٦)، وهو^(١٧) ثمن لا يتعين بالتعيين.

(١٩) قوله: "الجنس بانفراده إلخ" ليس للتخصيص فائدة، فإنه كذلك الكيل والوزن، وحاصله أن وجود أحد وصفى الربا لا يحرم النساء عنده، فهو ينكر حرمة النساء. (نهاية)

(٢٠) في جانب.

(٢١) في جانب.

(١) في جانب النقد.

(٢) أي الثوب الواحد الهروي.

(٣) أن لا يكون مانعاً. (ن)

(٤) قوله: "أنه مال الربا إلخ" فيه أن كونه من مال الربا من وجه شبهة، وكون النقدية أوجبت فضلاً شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها.

والجواب أن الشبهة الأولى في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، وشبهة العلة في المحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة. فإذ قيل: إجماع الصحابة على حرمة النساء، فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب، فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول: إنهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها. (ع)

(٥) وحده كما في الخنطة مع الشعير.

(٦) وحده كالثوب الهروي مع الهروي.

(٧) أي في محل صالح لعله صالحة لها.

(٨) قوله: "وهي مانعة" وهذا لأن كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما، فلكل واحد منهما شبهة العلة، فيثبت بشبهة العلية شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته. (ك)

(٩) عن الجواز.

(١٠) حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربا. (ك)

(١١) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وحرمة النساء في قوله: فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرمة النساء. (عيني)

(١٢) كالقطن والحديد. (ن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) قوله: "بالأمناء" وهو جمع المنى [منا كعصا يك من يا پیمانہ ایست. من] مقصوراً والثنية منوان، وقال الجوهري: المنى الذي يوزن به. (عيني)

(١٥) زعفران.

ولو باع^(١) بالنقود موازنة^(٢)، وقبضها^(٣) صح^(٤) التصرف^(٥) فيها^(٦) قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز^(٧)، فإذا اختلفا^(٨) فيه^(٩) صورة^(١٠) ومعنى^(١١) وحكمًا لم يجمعهما القدر^(١٢) من كل وجه، فتنزل^(١٣) الشبهة فيه^(١٤) إلى شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة. قال^(١٥): وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل^(١٦) أبدأ وإن^(١٧) ترك الناس الكيل فيه، مثل الحنطة، والشعير، والتمر، والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنًا فهو موزون أبدأ وإن^(١٨) ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة؛ لأن النص أقوى من العرف^(١٩)،

(١٦) قوله: "بالسنجات [أى بالمناقيل والدراهم الصنجات. شامى]" وهى معربة سنج ترازو ونقل عن الفراء أن السين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات، ولا يقال: بالسين. (٤)

(١٧) النقد.

(١) الزعفران وأشباهه. (ن)

(٢) بشرط الوزن على أنه عشرة منا. (أى)

(٣) النقود.

(٤) أى للبايع.

(٥) بأن يشتري بها شيئًا.

(٦) النقود.

(٧) أى للمشتري، أى التصرف قبل الوزن.

(٨) قوله: "فإذا اختلفا" لا يقال: لم يخرجوا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن إطلاق الوزن عليهما حينئذ بالاشترک اللفظى ليس إلا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. (٤)

(٩) الوزن.

(١٠) أى صفة كما قال فى رد التعليل فى صفة الوزن. (عناية)

(١١) قوله: صورة ومعنى إلخ" على طريق اللف والنشر المرتب نظير الصورة أن الزعفران يوزن بالأمناء، وهذا بالسنجات، والمعنى أن ذلك معين، وهذا لا، والحكم أنه يجوز التصرف قبل القبض فى هذا دون ذلك. (نهاية)

(١٢) الوزن.

(١٣) قوله: "فتنزل الشبهة فيه إلى إلخ" فإن الموزونين إذا اتفقا فى الوزن كان المنع لبيع النساء للشبهة، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة، فكان ذلك شبهة الشبهة. (عينى)

(١٤) أى الشبهة الواقعة فى الوزن.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) أى من غير اختصاص بمعهده صلوات الله عليه.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) قوله: "أقوى من العرف" لأن العرف يحتمل أن يكون على الباطل، وأما النص بعد ثبوته لا يحتمل، ولأن العرف حجة على الذين تعارفوا لا من لم يتعارفوا، والنص حجة على الكل. (نهاية)

والأقوى لا يترك بالأدنى .

وما لم ينص عليه محمول على عادات الناس ؛ لأنها دالة^(١) ، وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً ، لأن^(٢) النص على ذلك لمكان العادة ، فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت^(٣) ، فعلى هذا لو باع الخنطة بجنسها متساوياً وزناً ، أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما^(٤) وإن^(٥) تعارفوا ذلك ، لتوهم الفضل^(٦) على ما هو المعيار فيه^(٧) ، كما إذا باع مجازفة^(٨) ، إلا أنه يجوز الإسلام في الخنطة^(٩) ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم^(١٠) .
قال^(١١) : وكل ما ينسب إلى^(١٢) الرطل^(١٣) فهو وزني^(١٤) ، معناه^(١٥) ما يباع بالأوقى^(١٦) ، لأنها قدرت بطريق الوزن^(١٧) حتى يحتسب ما يباع بها وزناً ، بخلاف

(١) قوله: "لأنها" أى لأن عادة الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه عاداتهم، لقوله عليه السلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن». (ن)

(٢) قوله: "لأن النص إلخ" أى لأن النص بالكيل فى المكيل وبالوزن فى الموزون فى ذلك الوقت إنما كان لمكان العادة فيه، فكانت العادة هى المنظور إليها. (ك)

(٣) قوله: "وقد تبدلت [العادة]، فيجب أن يثبت الحكم على وفق العادة. ع]" والجواب عنه أن تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوا فى ذلك بمنزلة النص منه، فلا يعتبر بالعرف، لأنه لا يعارض النص. (ك)

(٤) الطرفين.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "لتوهم إلخ" فشرط الجواز فيهما المماثلة فى الكيل والوزن، ولم يعلم. (ك)

(٧) أى الكيل نى الخنطة والوزن فى الذهب.

(٨) أى لم يجز لعدم العلم بالمساواة.

(٩) قوله: "إلا [استثناء من قوله: لا يجوز عندهما] أنه يجوز إلخ" وهو رواية الطحاوى عن أصحابنا، وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأنه مكيل بالنص، والفتوى على الأول لعادة الناس. (ك)

(١٠) قوله: "لوجود الإسلام إلخ" فإن المماثلة فى الوزن ليست بمعتبرة فى المسلم فيه إنما المعتبر فيه هو الإعلام على وجه ينفى المنازعة فى التسليم، وذلك كما يحصل بالكيل بالكيل يحصل بذكر الوزن. (عيني)

(١١) أى محمد فى "الجامع". (عيني)

(١٢) أى إلى كيل الرطل.

(١٣) قوله: "الرطل" -بالكسر والفتح- لغة: نصف من، وعن الأصمعى هو الذى يوزن به أو يكال به، وقال أبو عبيدة: وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وزن سبعة. (ك)

(١٤) قوله: "فهو وزني" فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلاً فى الكيل متساوياً فى الوزن يجوز، وذكر فى "المبسوط": كل شىء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون، ثم قال: المراد به الأوهان ونحوها، لأن الرطل إنما يعدل بالوزن. (نهاية)

(١٥) فهو وزني.

(١٦) قوله: "بالأوقى" الأوقية بالشديد أربعون درهماً، أفعوله من الوقاية، لأنها تقى صاحبها من الضرر، وعند

سائر المكاييل^(١)، وإذا كان موزوناً، فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه^(٢) بمكيال مثله لا يجوز^(٣) لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة.

قال^(٤): وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان^(٥) يعتبر^(٦) فيه قبض عوضيه في المجلس؛ لقوله عليه السلام: «الفضة بالفضة^(٧) هاء وهاء^(٨)»، معناه يداً بيد^(٩)، وسنين^(١٠) الفقه^(١١) في الصرف إن شاء الله.

قال^(١٢): وما سواه^(١٣) مما^(١٤) فيه الربا^(١٥) يعتبر فيه التعيين، ولا يعتبر فيه التقابض^(١٦)، خلافاً للشافعي في بيع الطعام بالطعام^(١٧)، له قوله عليه السلام

الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم، وهي أستار وثلاثون درهم، وفي كتاب العين: الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل، كذا في "المغرب"، وفي الصحاح: الأوقية في الحديث أربعون درهماً، وكذلك فيما مضى. وأما اليوم فيما تعارفه الناس، وتقرر عليه الأطباء، فالأوقية عندهم وزن عشرة دراهم وخمسة أسباع درهم، وهي أستار، وثلاث أستار، والجمع الأوقى، وإن شئت خففت الياء في الجمع. (نهاية)

(١٧) قوله: "لأنها قدرت بطريق الوزن" لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء، لأنه لا يمسك إلا في وعاء، وفي وزن كل وعاء حرج، فاتخذت الأوقى كذلك تيسيراً، بخلاف سائر المكاييل. (ك)

(١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: "لأنها قدرت بطريق الوزن، حيث لم يقدر المكاييل بطريق الوزن، فالاعتبار في المكاييل للكيل. (نهاية)

(٢) وإذا عرف وزنه جاز. (٤)

(٣) وإن كانت المساواة في الكيل.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "ما وقع على جنس الأثمان [النقود]" أي في الطرفين، هذا تعريفه، وقوله: يعتبر فيه قبض عوضيه، هذا حكمه. (ك)

(٦) أي يجب.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٣ ص ١٥٦. (نعيم)

(٧) قوله: "الفضة إلخ" رواه ابن أبي شيبه بلفظ: الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء. (ت)

(٨) قوله: "هاء وهاء [بالمدة مبنى على الفتح. ف] بوزن هاء أي خذ، أي بيع الفضة بالفضة يقال فيه: هاء وهاء، أي يقول: كل واحد من المتعاقدين لصاحبه هاء، فيتقابضان. (ك)

(٩) قبل تفرق الأبدان.

(١٠) قوله: "وسنين إلخ" أورد هذه المسألة في باب الربا، لأن عقد الصرف يقع في أموال الربا، فناسب إيراد ههنا. (مل)

(١١) أي الوجه لاشتراط التقابض.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وما سواه" أي ما سوى الصرف من العقود الواردة على الأموال الربوية. (ك)

(١٤) جنس الأثمان.

(١٥) كالمكيلات والموزونات سوى الحجرين.

في الحديث المعروف^(١): «يبدأ بيبد^(٢)»، ولأنه^(٣) إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض، وللقدمية^(٤)، فيتحقق شبهة الربا^(٥).
ولنا: أنه^(٦) مبيع متعين، فلا يشترط فيه القبض^(٧) كالثوب^(٨)، وهذا^(٩) لأن الفائدة المطلوبة^(١٠) إنما هو التمكن من التصرف، ويترتب ذلك على التعيين^(١١)، بخلاف الصرف^(١٢)، لأن القبض فيه ليتعين به^(١٣)، ومعنى قوله عليه السلام^(١٤): «يبدأ بيبد عيناً بعين^(١٥)»*، كذا رواه عبادة ابن الصامت رضى الله عنه^(١٦)، وتعاقب

(١٦) في المجلس.

(١٧) قوله: "خلاقاً للشافعي في بيع الطعام" ذكر لفظ الطعام مطلقاً ليتناول كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد بأن باع كر حنطة بكر حنطة، أو بكر شعير وتمر، وافتراقاً من غير قبض فإنه يجوز العقد عندنا، وعند الشافعي لا يجوز. (نهاية) (١) المشهور.

(٢) والمراد به القبض، وهذه الكناية، لأن اليد آلة القبض.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٤ ص ١٥٦. (نعيم)

(٣) هذا الدليل إلزامي من الشافعي على أبي حنيفة.

(٤) على غير النقد.

(٥) كالحال والمؤجل، وهي مانعة كالحقيقة في باب الربا.

(٦) أي ماسوي جنس الأثمان.

(٧) فإن كل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض.

(٨) قوله: "كالثوب" أي كما لو باع ثوباً بثوب، أو بثوبين وافتراقاً لا عن قبض، فإن قيل: إذا باع إناء فضة بإناء فضة، أو بإناء ذهب يشترط فيها التقابض مع أن إناء الفضة والذهب مما يتعين بالتعيين.

قلنا: إن الذهب والفضة خلقا ثمينين والتعين بالصنعة عارض، فبقي شبهة عدم التعين نظراً إلى الأصل، فيشترط القبض اعتباراً للشبهة في الربا، بخلاف الطعام فإنه ما خلق للتمنية، فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعيين. (ك)

(٩) أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين. (٤)

(١٠) بالنقد.

(١١) فلا حاجة إلى القبض.

(١٢) قوله: "بخلاف الصرف" جواب عما يقال: لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف.

(١٣) فإن النقود لا تتعين، فيشترط القبض.

(١٤) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث.

(١٥) قوله: "عيناً بعيناً" إذ اليد آلة التعيين كما هو آلة القبض، فلم كان حملته على القبض أولى بل حملة على هذا حق لما روى عبادة بن الصامت عيناً بعين، فإن قيل: يعين هذا اللفظ أريد القبض في الصرف حتى لو افتراقاً قبل القبض بطل الصرف، فكيف يجوز أن يراد به التعيين في بيع الطعام قلنا: بل أريد التعيين فيهما إلا أن التعيين في الصرف لا يكون إلا بالقبض فاشتراط القبض للتعين لا لعينه، فلم يختلف المراد. (كفاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٧٩٤ ص ١٥٦. (نعيم)

(١٦) قوله: "كذا رواه عبادة إلخ" في حديث عبادة عند مسلم إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله

القبض^(١) لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً، بخلاف النقد^(٢) والمؤجل.

قال^(٣): ويجوز بيع البيضة بالبيضتين^(٤)، والتمرة بالتمرتين، والجوزة بالجوزتين، لانعدام المعيار^(٥)، فلا يتحقق الربا، والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر^(٦). قال: ويجوز بيع الفلوس بالفلسين بأعيانهما^(٧) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز، لأن الثمنية تثبت^(٨) باصطلاح^(٩) الكل^(١٠)، فلا تبطل باصطلاحهما^(١١)، وإذا بقيت أثماناً لا تتعين^(١٢)، فصار^(١٣) كما إذا كانا بغير أعيانهما^(١٤)، وكبيع الدرهم بالدرهمين^(١٥). ولهما: أن الثمنية في حقهما^(١٦) تثبت^(١٧) باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما، فتبطل باصطلاحهما^(١٨)، وإذا بطلت الثمنية

وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة، والبر بالبر، الشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح إلا سواء عينا بعين، فمن زاد واستزاد فقد أربى. (ت)

(١) قوله: "وتعاقب القبض إلخ" جواب عن قول الخصم: ولأنه إذا لم يقبض في المجلس إلخ، يعني أن التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا، بخلاف الحال والمؤجل. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف النقد" أي الحال والمؤجل، فإن فيهما التعاقب بعد تفاوتاً لأنهم يفصلون فيهما. (عيني)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "ويجوز بيع البيضة بالبيضتين إلخ" إن كانا موجودين، وإن كان أحدهما نسيعة لا يجوز، لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، فإن قيل: الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات، فكيف يجوز بيع الواحد بالآخرين. 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، فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغراً وكبيراً. (عناية)

(٥) أي القدر.

(٦) من أن علة الربا عندهم في المطاعم الطعم.

(٧) أي حال كونهما معنيين يشار إليهما.

(٨) في الفلوس.

(٩) لا خلقة.

(١٠) من الناس.

(١١) لعدم ولايتهما على غيرهما.

(١٢) قوله: "لا تتعين إلخ" ولهذا لو قبضت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة، فهلك قبل التسليم

لم يبطل العقد كالذهب والفضة. (ع)

(١٣) هذا البيع.

(١٤) حيث لا يجوز.

(١٥) حيث لا يجوز.

(١٦) المتعاقدين.

(١٧) في الفلوس.

(١٨) قوله: "فتبطل إلخ" واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين، فيجب

تتعين^(١) بالتعيين، ولا يعود وزنيا^(٢) لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد^(٣)، فصار^(٤) كالجوزة بالجوزتين^(٥)، بخلاف النقود^(٦)، لأنها للثمنية خلقة. وبخلاف^(٧) ما إذا كانا^(٨) بغير أعيانهما^(٩)، لأنه كاليء بالكاليء^(١٠)،

أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما.

وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل، فلا يجوز أن تكون ثمنياً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل، وأما إذا اصطلاحاً على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل، فكان جائزاً، وإن كان من سواهما متفقين على الثمنية، وفيه نظر، لأنه يناهى قوله: إن الثمنية في حقهما ثبتت إلخ، ويمكن أن يقال: معناه إن الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثمنية. (٦)

(١) وتعود عروضاً.

(٢) قوله: "ولا يعود وزنيا" جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمنياً، فيعود وزنيا، فكان هذا بيع قطعة صفر بقطعتي صفر، وذلك لا يجوز، فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد، فقال: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية، والعدو هما في هذه المبيعة أعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها، وما أعرضا عن اعتبار صفة العدو ليس من ضرورة خروجها من أن يكون ثمنياً في حقهما خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض، فهو عددي وليس بثمن، فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. (كفاية)

(٣) قوله: "فساد العقد [وهما قصدا صحة العقد]" وفيه نظر لأنه مدعى الخصم، ولو ضم إلى ذلك، والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول: الأصل حمل العقد عليها مطلقاً أو في غير الربويات، والأول ممنوع، والثاني لا يفيد. (عناية)

(٤) بيان لانفكاك العد من الثمنية. (عناية)

(٥) حيث يجوز لانعدام المعيار فلا ربا.

(٦) قوله: "بخلاف النقود إلخ" جواب عن قول محمد كبيع الدرهم بالدرهمين، لأن النقود للثمنية خلقة، أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح، فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما. (عيني)

(٧) جواب عما قال محمد: كما إذا كانا بغير أعيانهما.

(٨) العوضان.

(٩) فإن ذلك لم يجز.

(١٠) قوله: "لأنه كاليء إلخ" أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منسب عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال: «نسي رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أن يباع كاليء بكاليء» يعني ديناً بدين، رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية والبخاري في مسانيدهم، قال في الفائق: كالأ الدين كالأ تأخر فهو كاليء. (عيني)

قوله: "لأنه كاليء بالكاليء" قلت: روى من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج، فحديث ابن عمر رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية، ولفظ البخاري: قال: «نسي رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الغرر وعن كاليء بكاليء وعن بيع عاجل بأجل»، فالغرر أن تبيع ما ليس عندك، والكاليء بالكاليء دين بدين، والعاجل بالأجل أن يكون له مؤجل، فيتعجل عنها بخمس مائة. ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبدة، ونقل تضعيفه عن أحمد بن حنبل، وقال: قيل لأحمد: فإن شعبة يروى عنه، قال: ما رأينا، قال ابن عدي: والضعف على حديثه بين، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه": أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار به، باللفظ الأول، وهو معلول.

ورواه الحاكم في "المستدرک"، والدارقطني في "سننه" عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهي عن بيع الكاليء بالكاليء»، وقال: هو النسيئة بالنسيئة، قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وغلظه البيهقي، وقال: فيه موسى بن عبدة الزهري. وأما حديث رافع بن خديج فرواه الطبراني في "معجمه": حدثنا أحمد بن عبد الله البزاز التستري، حدثنا محمد بن أبي يوسف المسكي، حدثنا محمد بن يعلى عن موسى بن

وقد نهى عنه*، وبخلاف^(٢) ما إذا كان^(٣) أحدهما^(٤) بغير عينه، لأن الجنس بانفراده^(٥) يحرم النساء. قال^(٦): ولا يجوز الحنطة بالدقيق ولا بالسويق، لأن المجانسة باقية من وجه^(٧)، لأنهما من أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسو^(٨) بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما^(٩) فيه^(١٠)، وتخلخل^(١١) حبات الحنطة، فلا يجوز^(١٢) وإن^(١٣) كان كيلا بكيل.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق^(١٤) متساوياً^(١٥) كيلاً^(١٦) لتحقق الشرط^(١٧)، وبيع

عبيدة عن عيسى بن سهل بن رافع ابن خديج عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ونهى أن يقول الرجل للرجل ابتع هذا بنقد واشتريته بنسيئة حتى يتأخروا» وعن كالي بكالي ودين بدين، انتهى. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٥ ص ١٥٧. (نعيم)

(٢) قوله: "وبخلاف [جواب عن القسمين الباقيين] إلخ" يعني إذا كان أحد العوضين في ما إذا باع فلما بفلسين غير معين، وكان الآخر عيناً لا يجوز، لأن جنس العوضين متحد، والجنس بانفراده مع قطع النظر عن الكيل والوزن يحرم النساء، وههنا يلزم النساء، لأنه إذا لم يكن أحدهما بعينه لم يتصور قبضه في الحال، فيحتاج إلى النساء، فصار كما إذا باع ما لم يكن كيالياً ولا وزنياً عاجلاً بأجل مع اتحاد الجنس، فإنه لا يجوز، بخلاف المتنازع فيه، وهو ما إذا كان كل من العوضين معيناً يشار إليه، فإنه لا يفضى إلى النساء، ولا إلى فساد آخر. (مولوى محمد عبد الحمى رحمه الله تعالى).

(٣) فإنه لم يجز.

(٤) أى العوضين. [أى الفليس والفلسين].

(٥) بدون الكيل والوزن.

(٦) أى القدرى. (عيني)

(٧) قوله: "باقية من وجه" لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئاً آخر، وزائلة من وجه، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير، وقد زال الاسم وهو ظاهر، وتبدلت الصورة، واختلفت المعاني والمنافع، وكانت الحرمة للفضل ثابتة قبل الطحن، وقد بقيت المجانسة من وجه، فلا يزول تلك الحرمة بالشك، فاشتراط التساوى في بيع الحنطة بالدقيق، ولم يوجد لأن الكيل لا يسوى بينهما، فلذلك لم يجز البيع أصلاً، أى لا متساوياً ولا متفاضلاً بالكيل، ولا بغيره لشبهة الفضل. (مل)

(٨) قوله: "لكن الكيل إلخ" فإن قيل: الحرمة في الربا حرمة مؤقتة إلى غاية وجود المساواة، فلو يثبت الحرمة بينهما على هذا الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهى أبداً، فحيث كان على خلاف ما اقتضاه النص في الأصل، وهو قوله عليه السلام: «لا تبعوا بالبر إلا متساوياً»، وهذا فرع ذلك، فيجب أن يكون على وفق الأصل.

قلنا: الحرمة المتناهية في الربا هي حرمة حقيقة الفضل، فإن تلك الحرمة تنتهى بالمساواة، وأما الحرمة الثابتة بشبهة الفضل بغير مؤقتة، ألا ترى أن حرمة النساء حرمة بشبهة الفضل لا تنتهى إلى غاية ولا تنتهى بالمسوى بل تبقى إلى أن يبقى النساء فكذلك ههنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق لعدم إمكان المساواة. (ك)

(٩) اكتناز ير شدن هر چه باشد. (من)

(١٠) الكيل فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة.

(١١) جدا شدن أجزاء چیزی از یکدیگر. (غث)

(١٢) لعدم التساوى مع جنسية العوضين.

(١٣) الواو متصلة.

الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية^(١)، ولا بيع السويق بالحنطة، فكذا بيع أجزاءهما لقيام المجانسة^(٢) من وجه، وعندهما يجوز^(٣) لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود^(٤).

قلنا: معظم المقصود وهو التغذية يشملهما^(٥)، ولا يبالي بفوات البعض^(٦) كالمقلية مع غير المقلية^(٧)، والعلكة^(٨) بالمسوسة.

قال: ويجوز بيع اللحم بالحيوان^(٩) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: إذا باعه بلحم من جنسه^(١٠) لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر^(١١)، ليكون

(١٤) قوله: "ويجوز الخ" وعند الشافعي لا يجوز، لأنه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل، إذ هو ينكس، قلنا: المجانسة بينهما قائمة من كل وجه، والاتفاق في القدر ثابت، فبيان المجانسة ظاهر، وأما بيان الاتفاق في القدر أن الدقيق كيل، فإن الناس اعتادوا بيعه كيلا، ولهذا جاز السلم كيلا، وحكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساوا كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين، كذا في "الذخيرة". (كفاية)

(١٥) حال.

(١٦) تمييز.

(١٧) هو وجود المسوى. (عناية)

(١) أي بالحنطة المقلية، أي المشوية.

(٢) قوله: "لقيام المجانسة" إذ السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال، فكذا بيع الدقيق بالسويق، ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق، ولا بيع الحنطة بالسويق، فكذا بيع أجزاءهما بل هذا أولى لتوفر المجانسة ههنا. (ك)

(٣) كيف ما كان متساويا أو متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد. (ن)

(٤) قوله: "لاختلاف المقصود" لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والأطرية، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق إنما يلت بالسمن أو العسل فيوكل. (ن)

(٥) الدقيق والسويق.

(٦) أي بعض المنافع.

(٧) قوله: "كالمقلية مع غير المقلية" والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة، وذا لا يوجب اختلاف الجنس، فكذا الدقيق مع السويق إلا أن بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم المسوى بينهما، فإن المقلية لا يعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ يحدث فيها بالغلي إذا قلت رطبة أو ضمور إذا قلت يابسة.

وهذا التفاوت معتبر لأنه بصنع العباد، بخلاف التفاوت بين العلكة والمسوسة، لأنه بأفة سماوية لا يمكن التحرز عنه، وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوى بينهما حنطة علكة، أي يتلزوج كالعلكة من جودتها وصلابتها التلزوج التمدد من غير انقطاع المسوسة، يكسر الواو المشددة التي وقم فيها السوسة، وهي دودة تقم في الصوف والثياب والطعام. (ك)

(٨) أي الحميدة يقال: طعام علك أي متين المضعة.

(٩) الحى.

(١٠) قوله: "بلحم من جنسه" بأن باع لحم الشاة، ولو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة، وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما يجيء في اللحمان المختلفة. (نهاية)

(١١) مما في الحيوان.

اللحم^(١) بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقي بمقابلة السقط^(٢)، إذ لو لم يكن كذلك^(٣) يتحقق الربا من حيث زيادة السقط^(٤)، أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل^(٥) بالسمس^(٦). ولهما: أنه باع الموزون بما ليس بموزون^(٧)، لأن الحيوان لا يوزن عادةً، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه يخفف نفسه^(٨) مرة^(٩)، ويثقل أخرى^(١٠)، بخلاف تلك المسألة^(١١)، لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن^(١٢) إذا ميز بينه وبين الشجيرة^(١٣)، ويوزن الشجيرة. قال^(١٤): ويجوز بيع الرطب^(١٥) بالتمر^(١٦) مثلاً بمثل^(١٧) عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز؛ لقوله عليه السلام^(١٨) حين سئل عنه^(١٩):

(١) المفرز.

(٢) قوله: "السقط" [هو غير اللحم كالجلد والأعضاء والكرش والطحال] سقط المتاع زواله وأراد به ههنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة سقط بالتحريك هيچ كاره از هر چیز. (من)

(٣) أى أكثر بل مساوياً أو أقل.

(٤) قوله: "من حيث زيادة السقط" هذا إذا كان اللحم المفرز مثل اللحم الذى فى الحيوان، أو من حيث زيادة اللحم والسقط هذا إذا كان اللحم المفرز أقل من اللحم الذى فى الحيوان، وإنما لم يقل الشارح المحقق فى الشق الثانى: والسقط لاكتفاء زيادة اللحم فى ثبوت الربا. وفى "الكفاية": من حيث زيادة السقط بأن قوبل اللحم باللحم، أو من حيث زيادة اللحم، بأن قوبل اللحم بالسقط، انتهى، وعليك التدرج. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقد)

(٥) قوله: "فصار كالحل [بالفتح وتشديد اللام روغن كنجد. م] إلخ" أى كبيع دهن السمس بالسمس فإنه لا يصح إلا إذا كان الحل أكثر من الحل الذى فى السمس، والحل دهن السمس غير مطيب. (مل)

(٦) بكسر هر دوسين كنجد. (م)

(٧) قوله: "باع الموزون بما ليس بموزون" فهما جنسان، قيل إذا اختلف الجنسان، لم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة، وليس كذلك، وأجيب بأن النسيئة إذا كانت فى الشاة الحية فهو سلم فى الحيوان، وإن كان فى البديل الآخر فهو سلم فى اللحم، وكلاهما لا يجوز. (ع)

(٨) لصلابته. (ك)

(٩) فلا يدرى أن الشاة خفت نفسها أو ثقلت.

(١٠) قوله: "ويثقل أخرى" لا سترخاء مفاصله والميت لا سترخاء مفاصلة أثقل من الحى والنساء لا سترخاءهن أثقل من الرجال لصلابتهم. (ك)

قوله: "ويثقل" إقبال گران کردن بوزن، وگران شدن، وگرانبار شدن، وگرانبار کردن. (م)

(١١) أى بيع الحل بالسمس. (ك)

(١٢) قوله: "يعرف إلخ" فيكون حيث يبيع الموزون بموزون من جنسه، فلا يجوز إلا مع التساوى، وذلك مجهول، والنهى عن بيع اللحم بالحيوان فيما إذا كان أحدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به فى رواية، وبه نقول. (ك)

(١٣) قوله: "وبين الشجيرة [هو ثقل كل شىء يعصر. نهاية]" شجيرة كأمير كنجاره كه ثقل باشد. (من)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) خرمای پخته تر.

(١٦) خرمای پخته خشک.

«أو ينقص^(١) إذا جف فقليل نعم فقال عليه السلام لا إذا^(٢)» *، وله: أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدي^(٣) إليه رطباً: «أو كل تمر خيبر^(٤)» *، هكذا

(١٧) وأما متفاضلاً فلا يجوز إجماعاً.

(١٨) رواه مالك في "الموطأ".

(١٩) أى عن بيع الرطب تمرأ.

(١) الرطب.

(٢) قوله: "لا إذا" أى لا يجوز على ذلك التقدير، أى تقدير النقصان بالجفاف، ثم فى قوله: أو ينقص إذا جف، إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة فى أعدل الأحوال، وهو بعد الجفاف، ولا يعرف ذلك بالمساواة بالكيل فى الحال. (نهاية)

قوله: "لا إذا" قلت: رواه مالك فى "الموطأ" عن عبد الله بن يزيد عن زيد بن عياش عن سعد ابن أبى وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت، فقال: سعد أيهما أفضل قال: البيضاء، فنهاه عن ذلك، وقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب، فقال عليه السلام: أينقص الرطب إذا جف؟ قال: نعم، فنهاه عن ذلك.

ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه"، والحاكم فى "المستدرک"، ولفظهما أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص الرطب إذا جف؟ قانوا: نعم، قال: فلا إذن، قال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس، وأنه محكم لكل ما يرويه فى الحديث إذ لم يوجد فى رواياته إلا الصحيح خصوصاً فى حديث أهل المدينة، والشيخان لم يخرجاه لما خشيا من جهالة زيد بن عياش. وقد تابع مالكاً فى رواية عن عبد الله بن يزيد إسماعيل بن أمية، ويحيى بن أبى كثير، ثم أخرج حديثهما، وسكت عنهما، قال الخطابى: وقد تكلم بعض الناس فى إسناده هذا الحديث وقال: زيد بن عياش مجهول، ومثل هذا الإسناد على رأى الشافعى لا يحتج به، وليس الأمر كما توهمه، فإن زيداً هذا من بنى زهرة معروف، وقد ذكره مالك فى "الموطأ"، وهو لا يروى عن مجهول، ولا عن رجل متروك الحديث، وهذا من شان مالك وعادته، انتهى. وقال المنذرى فى "مختصره": قد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد بن عياش مجهول، وكيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنان ثقتان عبد الله بن يزيد، ومولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبى أنس، وهما مما احتج به مسلم فى "صحيحه"، وقد عرفه أئمة هذا الشأن، فالإمام مالك قد أخرج حديثه، وكذلك الحاكم فى المستدرک، وقد ذكره مسلم فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره النسائى فى كتاب الكنى، وكذلك ذكره الحافظ ابن أحمد، وذكروا أنه سمع من سعد بن أبى وقاص، وما علمت أحداً ضعفه. وقال ابن الجوزى فى التحقيق: قال أبو حنيفة: زيد بن عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل، ثم ذكر ما قاله المنذرى سواء، واعلم أن شيخنا علاء الدين نسب المصنف إلى الوهم فى قوله: ومداره على زيد بن عياش، قال: إنما هو زيد أبو عياش كما هو فى الحديث، وشيخنا قلد غيره فى ذلك، وليس ذلك بصحيح، قال صاحب "التقيح": زيد بن عياش أبو عياش الخزمى، ويقال: مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس، وقال ابن حزم: مجهول. (تخريج الزيلعى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٦ ص ١٥٧. (نعيم)

(٣) أى عامل خيبر.

(٤) قوله: "أو كل تمر خيبر الخ" قلت أخرج البخارى ومسلم عن أبى هريرة وأبى سعيد الخدرى أن النبى ﷺ بعث أبا بنى عدى الأنصارى، فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: أكل تمر خيبر هكذا؟ قال: لا، والله يا رسول الله! إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع، فقال رسول الله ﷺ: لا تفعلوا، ولكن مثلاً بمثل، أو يبيعوا هذا واشتروا بتمنه من هذا، انتهى، وقد كشفت طرق الحديث وألفاظه: فلم أجد فيه ذكر الرطب. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٣، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٧ ص ١٥٨. (نعيم)

سماه تمرًا^(١)، ويبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا^(٢)، ولأنه لو كان تمرًا^(٣) جاز البيع بأول الحديث، وإن كان غير تمر^(٤) فبآخره^(٥)، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»*، ومدار ما روياه^(٦) على زيد بن عياش، وهو ضعيف^(٧) عند النقلة^(٨).

قال: وكذلك^(٩) العنب^(١٠) بالزبيب^(١١)، يعني على هذا الخلاف^(١٢)، والوجه ما بيناه^(١٣)، وقيل: لا يجوز بالاتفاق^(١٤) اعتباراً^(١٥) بالحنطة المقلية^(١٦) بغير المقلية،

(١) قوله: "سماه [أى النبي ﷺ] تمرًا" فإن قيل: لو كان الرطب تمرًا ينبغي أن يحث فيما إذا حلف لا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا، قلنا: مبنى الأيمان على العرف، وفي العرف الرطب غير التمر. (ك)

(٢) من قوله عليه السلام: «التمر بالتمر مثلاً مثلاً».

(٣) قوله: "ولأنه لو كان إلخ" ذكر في "المبسوط": ودخل أبو حنيفة بغداد فستل عن هذه المسألة، وكانوا شديدًا عليه لمخالفة الخبر، فقال: الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أو لم يكن، فإن كان تمرًا جاز العقد عليه لقوله عليه السلام: التمر بالتمر، وإن لم يكن تمرًا جاز العقد أيضًا لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم، فأورد عليه حديث سعد فقال: هذا الحديث دائر على زيد بن عياش، وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك: كيف يقال: أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه. (ك)

(٤) قوله: "وإن كان إلخ" فإن قيل: فبالنظر إلى هذا التردد ينبغي أن يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية، لأن المقلية لا تخلو إما إن كانت حنطة، أو لم تكن، فإن كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام: الحنطة بالحنطة، وإن لم تكن حنطة يجوز أيضًا، لقوله عليه السلام: إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم.

قلنا: هذا جواب جدلي لأجل دفع الخصم، أما الجواب لأبي حنيفة عن قوله: أو ينقص إذا جف، فإطلاق النبي عليه السلام اسم التمر على الرطب. (ك)

(٥) الحديث.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٣، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٧٩٧ ص ١٥٨. (تعميم)

(٦) الصحاح.

(٧) قوله: "وهو ضعيف إلخ" وتأويل الحديث إن صح أن السائل كان وصيًا ليتيم فلم ير رسول الله ﷺ في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار نقصان عند الخوف، فمنع الوصي منه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد، كذا في "المبسوط"، ولأن الصحيح أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر نساء كذا روى أبو داود في "سننه"، وبه نقول. (كفاية)

(٨) أى نقلة الحديث وأصحابه.

(٩) قوله: "وكذلك" أى يجوز عند أبي حنيفة إذا تساوى كيلا، ولا يجوز عندهما تساويًا أو تفاضلا.

(١٠) انكور تر.

(١١) انكور خشك.

(١٢) قوله: "على هذا الخلاف" ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة. (عناية)

(١٣) قوله: "والوجه ما بيناه" أى الوجه فى بيع العنب بالزبيب ما بيناه فى بيع الرطب بالتمر وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنسًا واحدًا جاز بيع أحدهما بالآخر متمثلًا كيلًا، وإن كانا جنسين جاز أيضًا. (عينى)

(١٤) قوله: "بالاتفاق" والفرق لأبي حنيفة بين بيع التمر بالرطب وبيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو أن النص ورد بإطلاق لفظ التمر على الرطب فى قوله عليه السلام: أو كل تمر خيسر هكذا، ولم يرد بإطلاق اسم الزبيب على

والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً^(١) عندنا^(٢)؛ لأنه بيع التمر بالتمر، وكذا^(٣) بيع^(٤) الحنطة الرطبة^(٥)، أو المبلولة^(٦) بمثلها أو بالياسة. أو التمر أو الزبيب المنقع^(٧) بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد^(٨): لا يجوز جميع ذلك^(٩)، لأنه يعتبر^(١٠) المساواة في أعدل الأحوال وهو المأل^(١١)، وأبو حنيفة يعتبر^(١٢) في الحال، وكذا أبو يوسف عملاً بإطلاق الحديث^(١٣)، إلا أنه ترك هذا الأصل^(١٤) في بيع الرطب بالتمر لما روينا^(١٥) لهما^(١٦).

ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول^(١٧) وبين الرطب بالرطب^(١٨): أن التفاوت

العنب. (ك)

(١٥) قياساً.

(١٦) مشوية.

(١) أي من حيث الكيل. (٤)

(٢) قوله: "عندنا" خلافاً للشافعي لأنه ربا يتفاوت في أعدل الأحوال أعنى عند الجفوف، فلا يجوز كالحنطة مع

الذقيق. (عناية)

(٣) أي يجوز.

(٤) قوله: "بيع الحنطة الرطبة إلخ" أي بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة، أو المبلولة بالمبلولة، والحنطة الرطبة

بالمبلولة أو بالياسة.

(٥) يخته تر.

(٦) بالماء.

(٧) قوله: "المنقع" -بالفتح مخففاً- لا غير من أنقع الزبيب في الخابية، ونقعه ألقاه فيها ليبتل، ويخرج منه

الحلاوة، والمنقع من التنقيم لم يورد في الكتب المتداولة في اللغة. (نهاية)

(٨) قوله: "وقال محمد إلخ" قال شمس الأئمة الحلواني: إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة

بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد لكن بلت من ساعته يجوز بيعها بالياسة إذا تساوى

كيلاً، كذا في "المحيط" و"الذخيرة". (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: وكذا بيع إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه يعتبر المساواة إلخ" ولم يوجد المساواة في المأل إذ بالجفاف ينتقص الرطبة. (مل)

(١١) وهو حال الجفاف.

(١٢) المساواة.

(١٣) المشهورة في باب المساواة.

(١٤) أي المساواة في الحال.

(١٥) وهو قوله عليه السلام: لا إذا. (ن)

(١٦) صاحبين.

(١٧) قوله: "هذه" أي بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة إلخ. (ك)

(١٨) حيث يجوز عنده.

فيها^(١) يظهر^(٢) مع بقاء البديلين^(٣) على الاسم^(٤) الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر^(٥) مع بقاء أحدهما على ذلك، فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب التفاوت^(٦) بعد زوال ذلك الاسم، فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه، فلا يعتبر^(٧). ولو باع البسر^(٨) بالتمر متفاضلاً^(٩) لا يجوز، لأن البسر تمر^(١٠)، بخلاف^(١١) الكفري^(١٢) حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد، لأنه ليس بتمر^(١٣) فإن هذا الاسم^(١٤) له^(١٥) من أول ما تنعقد صورته لا قبله^(١٦)، والكفري عددي^(١٧) متفاوت^(١٨) حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهاالة^(١٩).

(١) قوله: "أن التفاوت إلخ" حاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البديلين، أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد من البديلين، فليس بمفسد إذ لم يكن تفاوتاً في المعقود عليه، فلا يكون معتبراً. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذا كان العقد وارداً على البديلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المعقود عليه فلا، لأن المعقود عليه هو الذات المشار إليها وهي لا تتبدل. (٢)

(٢) في المال بعد الجفاف.

(٣) فوجد التغير في المعقود عليه، فلا يجوز.

(٤) أي اسم الحنطة والزبيب والتمر.

(٥) قوله: "وفي الرطب بالتمر إلخ" يعني في الرطب بالتمر يظهر التفاوت في المال بعد الجفاف مع بقاء أحد البديلين أعنى التمر على ذلك أي على الاسم الذي وقع عليه العقد، فصار كأنه تفاوت في عين المعقود عليه، وهو مفسد للعقد. (مل)

(٦) قوله: "التفاوت" أي يظهر التفاوت بعد خروج البديلين عن اسم عقد عليه العقد. (ك)

(٧) فيصح العقد.

(٨) قوله: "البسر" بسر بالضم غوره خرما، ويضم السين، وآتجه از شكوفه خرما أول ظاهر شود آن را طلع خوانند، وچون بسته گردد سياب گویند، وهر گاه سبز وگرد گردد جدال، وچون اند که کلان گردد آنرا بقو خوانند، چون ازان کلان شود بسر ست بعد ازان مخظم، بعد ازان موکت بعد ازان تذنوب بعد ازان خمسه بعد ازان خال وچون پختگی آن بانتهاء سد رطب نامند، وبعد ازان تمر. (من)

(٩) ومتساوياً كيلاً يداً بيد يجوز إجماعاً. (عناية)

(١٠) قوله: "لأن البسر تمر" لأن التمر اسم الثمرة النخل من أول ما ينعقد صورتها. (مل)

(١١) قوله: "بخلاف الكفري" هو كم النخل واشتقاقه من الكفر، وهو الستر سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر. (ب)

(١٢) قوله: "الكفري [غنچه خرما وهو أول ما يشق عنه النخل]" كفري - بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء

مقصوراً. (ف)

(١٣) لأنه لم ينعقد بعد في صورة التمر. (ف)

(١٤) أي اسم التمر. (ك)

(١٥) أي للبسر. (ن)

(١٦) فإن قبل انعقاد صورته اسمه الكفري. (ك) أي قبل الانعقاد.

(١٧) قوله: "الكفري عددي إلخ" هذا جواب عما يقال: الكفري لما لم يكن من جنس التمر وجب أن يجوز

قال^(١): ولا يجوز بيع الزيتون^(٢) بالزيت، والسمسسم بالشيرج^(٣) حتى يكون الزيت والشيرج أكثر^(٤) مما في الزيتون والسمسسم، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالشجير؛ لأن عند ذلك^(٥) يعرى^(٦) عن الربا إذ ما فيه^(٧) من الدهن^(٨) موزون^(٩)، وهذا^(١٠) لأن ما فيه لو كان أكثر^(١١)، أو مساوياً له فالشجير^(١٢) وبعض الدهن أو الشجير وحده^(١٣) فضل^(١٤)، ولو لم يعلم^(١٥) مقدار ما فيه لا يجوز^(١٦) لاحتمال الربا، والشبهة فيه^(١٧) كالحقيقة^(١٨)، والجوز^(١٩) بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره،

الإسلام في الكفرى إذا جعل التمر رأس المال، فأجاب بأن الكفرى عددى متفاوت، فلم يجز السلم فيه بالتمر للجهالة لا للمجانسة. (ك)

(١٨) صغراً وكبراً.

(١٩) لأن عددى متفاوت.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "الزيتون [أى ثمرة الزيتون. نهاية]" وفى "المغرب": الزيتون من العصاره، ويقال لثمرة الزيتون أيضاً، ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن يتغير شيرج أيضاً، وهو تعريب شيرة. (ك)

(٣) المراد به ههنا ما يتخذ من السمسسم.

(٤) أى من الدهن الذى فى الخ.

(٥) أى مقابلة الدهن بالدهن، ومقابلة الزائد بالشجير.

(٦) عقد.

(٧) أى فى الزيتون أو السمسسم.

(٨) بيان ما.

(٩) قوله: "موزون" فإن قيل: ينبغى أن يجوز بيع الدهن بالسمسسم بأى وجه كان، لأن الدهن وزنى، والسمسسم كىلى، قلنا: المقصود من السمسسم ما فيه، وهو الدهن، فكان حينئذ بيع الجنس بالجنس.

فإن قيل: لما كان فى السمسسم الشجير أيضاً مقصوداً حتى جعل بمقابلته شىء من الدهن ينبغى أن يجوز بيع السمسسم بالسمسسم متفاضلاً صرفاً لكل واحد إلى خلاف الجنس كما فى كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير، قلنا: ذلك الذى فى المنفصل خلقة. (نهاية)

(١٠) أى شرط الزيادة.

(١١) من الدهن الخارجى.

(١٢) ينصرف إلى لو كان أكثر. (ن)

(١٣) ينصرف إلى متساوياً. (ن)

(١٤) وهو ربا.

(١٥) أى لا يدرى أن وزن الدهن الخالص مثله أو أقل أو أكثر.

(١٦) قوله: "لا يجوز" فإن قلت: إن الأصل فى البيع لجواز، فلا يترك الأصل بالشك، قلنا: الفساد بالوجهين، وهو ما إذا كان الدهن الخالص مثلاً أو أقل، والحكم للغالب. (مل)

(١٧) الربا.

(١٨) قوله: "كالحقيقة" ولا يلزم بيع اللحم بالحيوان عندهما، لأن اللحم فى شراء الحيوان غير مقصود، وإنما

والتمر بدبسه^(١) على هذا الاعتبار^(٢)، واختلفوا في القطن^(٣) بغزله^(٤)،
والكرباس^(٥) بالقطن يجوز^(٦) كيف ما كان^(٧) بالإجماع.

قال^(٨): ويجوز^(٩) بيع اللحمان المختلفة^(١٠) بعضها ببعض متفاضلا، ومراده
لحم الإبل والبقر، والغنم، فأما البقر والجواميس جنس واحد^(١١)، وكذا^(١٢) المعز^(١٣)
مع الضأن^(١٤)، وكذا^(١٥) العراب^(١٦) مع البختى^(١٧).

المقصود الدر والنسل، والإسامة، وإنما يعتبر المحانسة بما في الضمن إذا كان مقصوداً كما في الزيت بالزيتون، والسمن
بالشريح، ألا ترى أن اللحم في الحيوان وإن كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً، حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان
لا يحل تناولها، وعرفنا أن مقصود اللحم حصل بالذبح حكماً، فلا يعتبر قبله. (ك)

(١٩) اخروث.

(١) قوله: "بدبسه [دبس بكسر وبكسرتين دو شاب خرما. من] دبس بمعنى دو شاب يعنى شيره أنگور. (غب)

(٢) قوله: "على هذا الاعتبار" بيانه أنه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذى فى الجوز، والسمن الخالص
أكثر مما فى اللبن والعصير الخالص أكثر مما فى العنب، والدبس الخالص أكثر مما فى التمر جاز وإلا فلا. (عينى)

(٣) قوله: "فى القطن [پنبه] إلخ" أى فى بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً، قال بعضهم: يجوز لأن أصلهما
واحد، وكلاهما موزون، وقال بعضهم لا يجوز، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص إذا غزل فصار
كالخطة مع الدقيق. (عينى)

(٤) بالفتح رشة.

(٥) كقرطاس جامه پنه سفيد. (من)

(٦) قوله: "يجوز إلخ" لاختلافهما من كل وجه، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئاً آخر، وهذا يخالف ما روى
عن محمد: أن بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا، وعنه أنه لا يجوز مطلقاً، كذا فى "العناية". (مل)

(٧) أى سواء كان القطن أكثر مما فى الكرباس من القطن، أو أقل، أو متساوياً. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ويجوز إلخ" وقال الشافعى: لا يجوز لأن المقصود من اللحم التغذى والتقوى، واختلاف المقاصد بعد
ذلك يرجع إلى الوصف، ونحن نقول: اللحم فرع أصول مختلفة، واختلاف الأصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة،
والإتحاد فى التغذى اعتبار المعنى العام كالطعم فى المطاعم والمعتبر الإتحاد فى المعنى الخاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "المختلفة" كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان فى الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبيقر،
والجواميس، والبختى، والعراب، والمعز، والضأن، وكل ما لا يكمل به نصاباً لآخر، فهو يوصف بالاختلاف كالبيقر،
والغنم، والإبل. (عناية)

(١١) فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا. (نهاية)

(١٢) أى جنس واحد.

(١٣) بز.

(١٤) ميش.

(١٥) أى جنس واحد.

(١٦) شتران عربى گرامى نژاد.

(١٧) قوله: "مع البختى [منسوب إلى بخت نصر، فإنه أول من جمع بين العربى والعجمى]" بختى شتر قوى

قال^(١): وكذلك^(٢) ألبان البقر والغنم، وعن الشافعي لا يجوز لأنها^(٣) جنس واحد لاتحاد^(٤) المقصود^(٥). ولنا: أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل^(٦) نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة، فكذا أجزاءها^(٧) إذا لم تتبدل بالصنعة^(٨).

قال^(٩): وكذا^(١٠) خل^(١١) الدقل^(١٢) بخل العنب^(١٣)؛ للاختلاف بين أصليهما^(١٤)، فكذا بين ماءهما، ولهذا^(١٥) كان^(١٦) عصيراهما جنسين، وشعر المعز وصوف الغنم^(١٧) جنسان^(١٨) لاختلاف المقاصد^(١٩).

دراز گردن متولد از عربی وعجمی منسوب ست بسوی بخت نصر، بختیة مؤنث آن، بخت - بالضم - وبختی - بالتشديد - جمع. (من)

(١) أى القدورى. (عینی)

(٢) أى يصح متفاضلا.

(٣) الألبان.

(٤) قوله: "لاتحاد" قلت: لم يتحد المقصود أيضاً فإن السمن يحصل بلبن البقر دون الإبل. (نهاية)

(٥) التغذى والتقوى.

(٦) فإن نصاب البقرة لا يكمل بالإبل والغنم.

(٧) قوله: "فكذا أجزاءها" حتى لا يجوز فى الألبان التى اتحد أصلها كالألبان الشاة بعضها ببعض، ولكن مع اختلاف الجنس الألبان واللحوم كلها موزونة، فلذلك لا يجوز نسيئة، وأما بيع لحم الطيور بعضها ببعض فيجوز متفاضلا مع اتحاد الجنس، فإنه ليس بوزنى عادة ولا كيلى، فلم يتناوله القدر الشرعى، وفى مثله يجوز البيع متفاضلا. (مل)

(٨) قوله: "إذا لم يتبدل بالصنعة" قيل: معناه أن اختلاف جنس الأصول دليل اختلاف جنس الفروع إذا لم يتبدل بالصنعة، فإن الأجزاء المختلفة إذا أبدع فيها صنعة تصير كجزء واحد، بأن اتخذ منها الجبن لا يجوز بيعه متفاضلا، وفى مسائلنا لم يتبدل بالصنعة، فيكون الأجزاء مختلفة كأصولها. (ك)

(٩) أى القدورى. (عینی)

(١٠) أى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا.

(١١) قوله: "خل الدقل إلخ" الدقل اردأ التمر، ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالباً أخرج الكلام على مخرج

العادة. (عناية)

(١٢) قوله: "الدقل" دقل محركة خرمائى كه اورا اسمى بخصوص، واز أنواع مشهورة نباشد. (من)

(١٣) انگور تر.

(١٤) دقل وعنب.

(١٥) أى للاختلاف بين مائيهما.

(١٦) بالإجماع.

(١٧) ميش.

(١٨) وإن لم يتبدل الأصل والصنعة. (ك)

(١٩) قوله: "لاختلاف إلخ" فإن قيل: يجب أن يكون جنساً واحداً لأن المعز والغنم جنس واحد حتى اعتبر اتحادهما فى حق الألبان، وفى حق تكميل النصاب.

قال: وكذا^(١) شحم البطن بالألية^(٢) أو باللحم، لأنها أجناس مختلفة، لاختلاف الصور^(٣)، والمعاني، والمنافع اختلافاً فاحشاً.

قال^(٤): ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً^(٥)؛ لأن الخبز صار عددياً^(٦)، أو موزوناً^(٧)، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه، والحنطة مكيلاً^(٨). وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه^(٩)، والفتوى على الأول، وهذا^(١٠) إذا كانا نقدين، فإن كانت الحنطة^(١١) نسيئة جاز أيضاً^(١٢)، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف^(١٣)، وعليه^(١٤) الفتوى. وكذا السلم في الخبز جائز^(١٥) في الصحيح^(١٦)، ولا خير في استقراره^(١٧) عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة؛ لأنه يتفاوت بالخبز^(١٨) والخباز

قلنا: نعم، كذلك إلا أن المقاصد فيهما قد اختلفت، فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللبود واللغافة إنما تتخذ من صوف الضأن دون شعر المعز، فصار السبب اختلاف المقاصد جنسين مختلفين. (ك)

(١) أى جاز البيع متفاضلاً.

(٢) بيه وگوشت سرین. (من)

(٣) قوله: "لاختلاف الصور الخ" أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه فى الدهن عند تصوره، ولا شك فى ذلك عند تصور هذه الأشياء، وأما اختلاف المعاني، فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ، وهما مختلفان لا محالة، وأما اختلاف المنافع فكأ، فله الطب. (ع)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) يبدأ بيد، وعليه الفتوى. (ع)

(٦) كما عند محمد. (نهاية)

(٧) كما عند أبى يوسف. (نهاية)

(٨) بالنص، وكذا الدقيق فإنه جزءها.

(٩) قوله: "لا خير فيه [أى فى بيع الخبز بالحنطة والدقيق]" أى لا يجوز على وجه المبالغة لأنه نكرة فى موضع النفى، فتعم جميع جهات الخيرية. (ك)

(١٠) أى جواز بيع الخبز بالحنطة أو الدقيق.

(١١) أو الدقيق.

(١٢) قوله: "جاز أيضاً" لأنه أسلم موزوناً فى مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره. (ع)

(١٣) لأنه أسلم فى موزون. (عناية)

(١٤) أى على قوله أبى يوسف.

(١٥) قوله: "جائز [وزناً]" لحاجة الناس، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذى سمي لئلا يصير استبدالاً بالمسلم فيه قبل القبض. (عناية)

(١٦) قوله: "فى الصحيح" احتراز به عما روى عن أبى حنيفة أنه لا يجوز، لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز، ويكون منه الثقيل والخفيف، وأبو يوسف يقول: الخبز موزون عادة، والسلم فى الموزونات وزناً يجوز إذا أتى بشرائط السلم. (مل)

(١٧) الخبز.

والتنور^(١)، والتقدم والتأخر^(٢)، وعند محمد يجوز^(٣) بهما^(٤) للتعامل، وعند أبي يوسف يجوز^(٥) وزناً^(٦)، ولا يجوز عدداً للفتاوت في آحاده.

قال^(٧): ولا ربا بين المولى وعبده؛ لأن العبد وما فى يده ملك لمولاه، فلا يتحقق الربا، وهذا^(٨) إذا كان مأذوناً^(٩) له^(١٠)، ولم يكن عليه دين^(١١)، وإن كان عليه دين لا يجوز^(١٢) بالاتفاق، لأن ما فى يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة، وعندهما تعلق به حق الغرماء، فصار كالأجنبي^(١٣)، فيتحقق الربا كما يتحقق^(١٤) بينه وبين مكاتبه^(١٥). قال^(١٦): ولا بين المسلم^(١٧) والحربى فى دار الحرب، خلافاً لأبى يوسف والشافعى، لهما: الاعتبار بالمستأمن منهم فى دارنا^(١٨)، ولنا: قوله

(١٨) قوله: "لأنه يتفاوت بالخبز" بالفتح من حيث الطول والعرض، والغلظ والرقة، والخباز لأن الخباز إذا كان حادقاً فى هذه الباب يجيء خبزه أحسن كون، وإلا فلا، والتنور، لأنه إذا كان جديداً يجيء خبزه جيداً، بخلاف ما إذا كان عتيقاً، وبحسب قوة نار التنور وضعفها، فإن نار التنور إذا كانت قوية يحترق وجه الخبز، ولا ينضج لبابه، وإذا كانت ضعيفة لا ينجبر جيداً، بل ينبغى أن يكون النار معتدلة، والتقدم والتأخر، أى بحسب تقدم الخبز فى أول التنور وتأخره فى آخر التنور، فإن فى آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك، وفى أوله لا ينضج كما ينبغى. (مل)

(١) بتشديد نون تنور نان يختن. (ك)

(٢) يعنى قول أبى يوسف.

(٣) الاستقراض.

(٤) أى بالعدد والوزن.

(٥) الاستقراض.

(٦) وبه يفتى. (غرر)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "وهذا إذا كان [أى عدم كون الربا] الخ" لأنه حيثئذ لا يتحقق البيع، فلا يتصور الربا. (ك)

(٩) فى التجارة.

(١٠) مولى.

(١١) يحيط برقبته. (ع)

(١٢) أى البيع بالتفاضل.

(١٣) من المولى.

(١٤) الربا.

(١٥) لأن المكاتب كالحر الأجنبى.

(١٦) أى القدورى.

(١٧) الذى دخل دار الحرب بأمان.

(١٨) قوله: "لهما الاعتبار [القياس] بالمستأمن الخ" أى يتحقق الربا بين المسلم والحربى الذى دخل دارنا بأمان فى

دارنا، فكذلك فى دارهم، والجامع تحقق الفضل الخالى عن العوض المستحق بالعقد. (نهاية)

عليه السلام* : «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب^(١)»، ولأن مالهم^(٢) مباح^(٣) في دارهم، فبأى طريق^(٤) أخذ المسلم أخذ ما لا مباحاً إذا لم يكن فيه غدر^(٥)، بخلاف المستأمن^(٦) منهم، لأن ماله صار محظوراً^(٧) بعقد الأمان.

باب الحقوق^(٨)

ومن اشترى منزلاً^(٩) فوفقه منزل فليس له^(١٠) الأعلى إلا أن يشتريه^(١١) بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أو منه، ومن اشترى بيتاً فوفقه بيت بكل حق^(١٢) هو له لم يكن له الأعلى^(١٣)، ومن اشترى داراً بحدودها^(١٤) فله العلو^(١٥) والكنيف^(١٦) جمع^(١٧) بين المنزل والبيت والدار، فاسم الدار ينتظم^(١٨) العلو، لأنه اسم

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٨ ص ١٥٨. (نعيم)

(١) قوله: «لا ربا لخب» قلت: غريب، وأسند البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير عن الشافعي قال: قال أبو يوسف: إنما قال أبو حنيفة: هذا، لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ربا بين أهل الحرب»، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعي: وهذا ليس بثابت، ولا حجة فيه، انتهى كلامه. (ت)

(٢) أهل الحرب.

(٣) غير معصوم بالإباحة الأصلية.

(٤) من البيع والقمار.

(٥) لأن الغدر حرام.

(٦) جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي.

(٧) أى ممنوعاً أخذه.

(٨) الحقوق توابع، فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع. (عناية)

(٩) قوله: «منزلاً» المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف، ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، والبيت اسم لمسقف واحد، له دهليز، والدار اسم لما يشتمل على بيوت، ومنازل، وصحن غير مسقف، فكانت الدار أعم من أختيها، لاشتمالها عليهما، فاستتبع العلو ذكر الحقوق أولاً. (ك)

(١٠) أى لا يدخل في البيع المنزل الأعلى.

(١١) قوله: «إلا أن يشتريه» أى إلا أن يقول وقت الشراء: اشتريته بكل حق هو له، أى للمنزل، كالمسئل، والطريق الذى فيه حق الخروج والدخول، أو بمرافقه أى منافعه جمع مرفق، ومرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما، أو بكل قليل وكثير هو فيه، أى فى المنزل مما ينتفع به كالميزاب، أو منه كالكنيف ونحوه، أى يدخل الأعلى بواحد من هذه الألفاظ الثلاثة. (مل)

(١٢) أو بعبارة أخرى من الثلث.

(١٣) البيت الأعلى.

(١٤) ولم يذكر شيئاً. (م)

(١٥) بلندی.

لما أدير عليه الحدود، والعلو من توابع الأصل وأجزائه، فيدخل فيه^(١).
 والبيت اسم لما ييات فيه، والعلو مثله، والشئ لا يكون تبعاً^(٢) لمثله^(٣)، فلا
 يدخل^(٤) فيه إلا بالتنصيص^(٥) عليه. والمنزل^(٦) بين الدار والبيت^(٧)، لأنه يتأتى فيه
 مرافق^(٨) السكنى مع ضرب قصور، إذ لا يكون فيه منزل الدواب، فلشبهه بالدار
 يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع^(٩)، ولشبهه بالبيت لا يدخل^(١٠) فيه بدونه^(١١)،
 وقيل^(١٢): في عرفنا^(١٣) يدخل العلو في جميع ذلك، لأن كل مسكن^(١٤) يسمى

(١٦) المستراح كنيف - بالفتح - جاي خلا وطهارت. (ن)

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٨) أى يشمله من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق.

(١) العلو.

(٢) قوله: "لا يكون تبعاً إلخ" فإن قيل: يشكل على هذا المستعير، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، والمكاتب، فإن له أن يكاتب.

قلنا: المراد من عدم التبعة ههنا فى اللفظ الواحد، بأن يكون اللفظ موضوعاً لشيء، فعند ذكر الشيء يدخل هو ومثله فإنه لا يصح بل ما كان تبعاً لذلك الشيء يدخل تبعاً للمذكور الذى وضع له اللفظ مقصوداً.
 وأما فى الإعارة والمكاتب لم يتبع للفظه ماهو مثله أيضاً، ولكن لما أعار لرجل فقد ملكه المنافع، وولاية الإعارة للمستعير إنما نشأت من تملكه المنافع كالمالك، إلا أنه لم يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل بخلاف المالك؛ لأن المستعار أمانة فى يده، وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال وقوع التغيير فيه بسبب استعمال المستعير الثانى، فمنع عنه حذراً عن وقوع التغيير به. وكذلك المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو أحق بتصرف يوصله إلى مقصوده، وفى كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى مقصوده عسى. (ك)

(٣) لأن تبع الشيء يكون أدنى منه لا مثله.

(٤) العلو.

(٥) أى بذكره صريحاً.

(٦) ليس له صحن غير مسقف، ولا اصطبل الدواب. (رد المحتار)

(٧) أى فوق البيت وتحت الدار.

(٨) المنافع.

(٩) وهو قوله: بكل حق وأمثاله. (نهاية)

(١٠) العلو.

(١١) أى بدون ذكر التوابع.

(١٢) قوله: "وقيل فى عرفنا إلخ" أى قالوا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة، وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل، أى سواء باع باسم البيت أو المنزل، أو الدار، لأن كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيراً أو كبيراً إلا دار السلطان، فإنه يسمى سرائى. (ك)

(١٣) أى عرف بخارا.

(١٤) وفى نسخة: بيت.

بالفارسية خانه، ولا يخلو^(١) عن علو، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف، لأنه من توابعه^(٢). ولا يدخل^(٣) الظلة^(٤) إلا بذكر ما ذكرنا^(٥) عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه^(٦) مبنى على هواء الطريق^(٧)، فأخذ حكمه.

وعندهما إن كان مفتحه^(٨) في الدار يدخل من غير ذكر شيء^(٩) مما ذكرنا^(١٠)، لأنه من توابعه^(١١)، فشابه الكنيف^(١٢). قال^(١٣): ومن اشترى بيتاً في دار، أو منزلاً،

أو مسكناً لم يكن^(١٤) له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير، وكذا^(١٥) الشرب^(١٦) والمسيل^(١٧)؛ لأنه^(١٨) خارج الحدود^(١٩)، إلا أنه من

(١) قوله: "ولا يخلو عن علو" وفيه نظر لأن الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل، ويقال: معناه إن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو، وأنه يدخل في عرفنا، فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكاً بالمعروف. (٤)

(٢) الدار.

(٣) قوله: "ولا يدخل الظلة إلخ" الظلة هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة، ومفتحه في الدار، وذكر في "المغرب": وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة [أيوان بالأي در] التي فوق الباب. (ك)

(٤) قوله: "الظلة [سائبان]" أي ولو خارجاً مبنياً على الظلة لأنه يعد من الدار. (بحر)، وهو المستراح، وبعضهم يعبر عنه ببيت الماء النهر. (رد المحتار)

(٥) وهو قوله: بكل حق هو له إلخ. (ك)

(٦) الظلة.

(٧) والطريق لا يدخل إلا بذكر التوابع، فكذا الظلة.

(٨) راه ظلة.

(٩) أي بكل حق إلخ.

(١٠) يعني من العبارات المذكورة. (٤)

(١١) الدار.

(١٢) حيث يدخل من غير ذكر الحقوق والمرافق.

(١٣) أي محمد. (عيني)

(١٤) قوله: "لم يكن له الطريق" يعني الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة، وإلى طريق عام يدخل، وكذا ما كان لها من حق مسيل الماء، أو حق إلقاء الثلج في ملك إنسان، فلا يدخل، كذا في "شرح الطحاوي رحمه الله".

وفي "الذخيرة": بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله، حتى إن من سد طريق منزله، وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الأول. (ك)

(١٥) أي لا يدخل في بيع الأرض.

(١٦) بالكسر حصه آب. (م)

(١٧) مسيل جاي روان شدن آب. (م)

التوابع^(١)، فيدخل بذكر التوابع^(٢)، بخلاف الإجارة^(٣)، لأنها^(٤) تعقد للانتفاع، ولا يتحقق^(٥) إلا به، إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة^(٦)، ولا يستأجره، فيدخل تحصيلًا^(٧) للفائدة المطلوبة منه^(٨)، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه، لأن المشتري عادة يشتريه^(٩)، وقد يتجر فيه^(١٠)، فيبيعه من غيره، فحصلت الفائدة.

باب الاستحقاق^(١١)

ومن اشترى جارية، فولدت^(١٢) عنده فاستحقها رجل بيينة، فإنه يأخذها، وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها^(١٣) ولدها، ووجه الفرق^(١٤) أن البينة حجة^(١٥) مطلقة، فإنها^(١٦) كاسمها مبينة^(١٧)، فيظهر بها ملكه^(١٨) من الأصل والولد كان متصلا

(١٨) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل.

(١٩) أى حدود المبيع.

(١) لأنها إنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع.

(٢) وهو قوله: بكل حق الخ.

(٣) قوله: "بخلاف الإجارة" فإن الطريق يدخل في استعجار الدور، والمسيل، والشرب في استعجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق، لأن الإجارة تعقد لتمليك المنافع والانتفاع بالدار بدون الطريق، وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر الخ.

(٤) قوله: "لأنها تعقد للانتفاع الخ" ولذا لا يصح الإجارة فيما لا ينتفع به في الحال كأرض السبخة والبيع تمليك العين لا المنفعة، ولذا يجوز بيع الأرض السبخة ونحوها. (ن)

(٥) الانتفاع.

(٦) وكذا الشرب والمسيل.

(٧) ضرورة تصحيح العقد. (ك)

(٨) أى من الإجارة.

(٩) الدار

(١٠) أى فى شراءه.

(١١) قوله: "باب الاستحقاق [طلب الحق]" مناسبة البابين ظاهرة من حيث اللفظ والمعنى. (نهاية)

(١٢) لا باستيلاده.

(١٣) قوله: "لم يتبعها ولدها" أى لا يأخذ المقر له الولد بل الأمة، وهذا إذا لم يذكر المقر له الولد، أما إذا ادعى الولد كان له، لأن الظاهر له، وإن لم يدعه لم يحكم له. (ن)

(١٤) بين البينة والإقرار.

(١٥) قوله: "حجة مطلقة" حتى تظهر فى حق كافة الناس، لأن البينة تصير حجة بالقضاء، وللقاضى ولاية عامة، فيتعدى إلى الكل، وأما الإقرار فحجة قاصرة، لأنه لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع فى الإقرار. (ك)

(١٦) البينة.

بها، فيكون^(١) له^(٢)، أما الإقرار حجة قاصرة^(٣) يثبت^(٤) الملك^(٥) في المخبر به^(٦) ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت^(٧) بإثباته^(٨) بعد الانفصال^(٩)، فلا يكون الولد له^(١٠). ثم قيل: يدخل الولد^(١١) في القضاء بالأم تبعاً^(١٢)، وقيل: يشترط القضاء^(١٣) بالولد^(١٤)، وإليه تشير المسائل^(١٥)، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد^(١٦)، قال محمد رحمه الله: لا تدخل الزوائد في الحكم، وكذا الولد إذا كان في يد غيره^(١٧) لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً. قال^(١٨): ومن اشترى عبداً^(١٩) فإذا هو^(٢٠) حر، وقد قال^(٢١)

(١٧) المظهر.

(١٨) قوله: "فيظهر بها [أى بالبينة] ملكه [الرجل] إلخ" فإن الملك لا بد له من زمان، وليس زمان بأولى بالتعيين فيظهر الملك من الأصل أى من وقت الشراء لا فى الحال، لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ما لم يكن ثابتاً، والولد كان يوم الشراء متصلاً بالأم فيأخذها. (مل)

(١) الولد.

(٢) الرجل.

(٣) لانعدام الولاية على الغير.

(٤) فى الحال.

(٥) للرجل.

(٦) أى الجارية.

(٧) الضرورة.

(٨) الملك.

(٩) قوله: "بعد الانفصال" أى فى الحال المنفصل فيه الولد عنها. (نهاية)

(١٠) الرجل.

(١١) فى الاستحقاق بالبينة.

(١٢) للأم.

(١٣) قوله: "يشترط القضاء" لأن الولد يوم القضاء أصل بنفسه، فلا بد له من الحكم مقصوداً. (ك)

(١٤) وهو الأصح. (ع)

(١٥) أى مسائل "المبسوط".

(١٦) وحكم بالأصل.

(١٧) أى غير المستحق له وهو غائب، فقضى بالأم.

(١٨) أى محمد. (عيني)

(١٩) أى شخصاً على ظن أنه عبد. (ك)

(٢٠) بيينة أقامها.

(٢١) حين البيع.

العبد للمشتري: اشترني^(١) فإنني عبده، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء^(٢)، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد^(٣)، ورجع هو على البائع^(٤)، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده^(٥) حرّاً لم يرجع^(٦) عليه^(٧) على كل حال. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع^(٨) فيهما^(٩)، لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة^(١٠)، والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً^(١١)، فصار كما إذا قال^(١٢) الأجنبي: ذلك، أو قال العبد: ارتهني فإنني عبد^(١٣)، وهى المسألة الثانية. ولهما^(١٤): أن المشتري شرع في الشراء^(١٥) معتمداً على أمره^(١٦)،

(١) قوله: "اشترني فإنني عبد" إنما قيد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع: إنني عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني ولم يقل: إنني عبد لا يرجع في قولهم جميعاً. (نهاية)

(٢) لأن البائع أخذ المال، فمنه الرجوع.

(٣) لأن العبد أمره بالشراء وأتلف ماله.

(٤) قوله: "ورجع هو [العبد] على البائع" وإنما يرجع العبد على البائع إذا قدر عليه، وإن لم يأمره البائع بهذا الضمان، لأنه أدى دينه، وهو مضطر في ذلك، فصار كمعير الرهن. (نهاية)

(٥) المرتهن.

(٦) قوله: "لم يرجع إلخ" أى لم يرجع المرتهن على هذا العبد المقر في حال من الأحوال سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبته كانت. (ن)

(٧) العبد.

(٨) أى المشتري والمرتهن على العبد.

(٩) أى فى البيع والرهن. (ن)

(١٠) قوله: "لأن الرجوع [على العبد] إلخ" أى الرجوع بالثمن وجوبه بالمعاوضة، أو بالكفالة لما أن أنواع الرجوع على الغير بالضمان كثيرة، وذكر شمس الأئمة رحمه الله فى "الجامع الصغير" قول محمد رحمه الله مع قول أبي يوسف رحمه الله. (ك)

(١١) دون المعاوضة والكفالة.

(١٢) قوله: "إذا قال الأجنبي" أى قال الأجنبي: اشتره فإنه عبداً اشتراه، فظهر حرّاً ليس على الأجنبي شيء. (مل)

(١٣) فظهر حرّاً.

(١٤) وهو ظاهر الرواية. (ن)

(١٥) قوله: "شرع فى الشراء إلخ" وحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك، واعتمد فى الشراء على إقراره، فصار مغروراً من جهته والغرور فى المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض جعل سبب الضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان، كما فى المولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدى، وقد أذنت له فى التجارة، فباعوه ولحقته ديون، ثم ظهر أنه حر، فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرور وقع فى عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته أهل للضمان، فيجعل العبد إلخ. (عناية)

(١٦) بقوله: اشترني. (ع)

وإقراره^(١): إني عبد، إذ القول له في الحرية^(٢)، فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر^(٣)، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه^(٤)، والبيع عقد معاوضة^(٥)، فأمكن أن يجعل الأمر به^(٦) ضامناً للسلامة^(٧)، كما هو موجهه^(٨)، بخلاف الرهن، لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة^(٩) لاستيفاء عين حقه^(١٠) حتى يجوز الرهن^(١١) ببدل الصرف^(١٢)، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر به ضامناً للسلامة^(١٣).

وبخلاف الأجنبي^(١٤) لأنه لا يعبأ بقوله^(١٥)، فلا يتحقق الغرور، ونظير مسألتنا^(١٦) قول المولى^(١٧): بايعوا عبدي هذا فإنني قد أذنت^(١٨) له، ثم ظهر^(١٩)

(١) بقوله: فإني عبد. (عناية)

(٢) فإن الأصل هو الحرية في بني آدم.

(٣) عن المشتري.

(٤) البائع.

(٥) قوله: "والبيع إلخ" إنما خص رحمه الله به مع كونه معلوماً من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيداً للجواب عن الرهن، اهتماماً ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات. (ع)

(٦) العبد.

(٧) أي سلامة المبيع.

(٨) قوله: "كما هو [أي السلامة] موجه" فيجعل العبد بالأمر ضامناً سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه، وتعذر رجوعه على البائع نفياً للغرور والضرر. (ك)

(٩) قوله: "بل هو وثيقة إلخ" فإن الرهن عبارة عن جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه، وأخذه من مالية المرهون لا من عينه. (مل)

(١٠) المرتهن.

(١١) قوله: "حتى يجوز إلخ" هذا استدلال بجواز الرهن على أن الرهن ليس بمعاوضة، إذ لو كان معاوضة لكان استبدالاً ببدل الصرف والمسلم فيه ضرورة وقوع الاستيفاء بهلاك الرهن في يد المرتهن، وأنه حرام. (ك)

(١٢) قوله: "ببدل الصرف" بأن باع زيد عشرة دراهم من عمرو بعشرة دراهم، ثم ارتهن زيد من عمرو شيئاً عوض عشرة دراهم التي هي بدل الصرف، ثم هلك المرهون في يد زيد المرتهن، فصار المرتهن مستوفياً حقه إن كان قيمة الرهن يساوي بدل الصرف، وإن كان في قيمته فضل فهو أمانة، وإن كان بدل الصرف أكثر رجع زيد على عمرو بالباقي. والمسلم فيه بأن أسلم زيد عشرة دراهم في مائة قفيز من بر عند عمرو، ثم رهن عمرو شيئاً عوض المسلم فيه عند زيد، فهلك المرهون في يد زيد المرتهن، فالحال على ما عرفت آنفاً. (مل)

(١٣) قوله: "فلا يجعل إلخ" أي لم يكن الأمر بالارتهان غروراً في عقد معاوضة، فلا ينتهض سبباً للضمان، ولهذا إذا سأل رجل غيره عن أمن الطريق، فقال له: اسلك هذا الطريق فإنه آمن، فسلكه فسلب للصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء لأنه غرور فيما ليس بمعاوضة. (ك)

(١٤) جواب عن قياس أبي يوسف.

(١٥) إذ لا علم له بحال العبد ظاهراً، ولا ولاية له.

الاستحقاق يرجعون^(١) عليه^(٢) بقيمته^(٣)، ثم فى وضع المسألة^(٤) ضرب^(٥) إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط فى حرية العبد^(٦) عنده، والتناقض يفسد الدعوى^(٧).

وقيل^(٨): إن كان الوضع^(٩) فى حرية الأصل، فالدعوى فيها ليس بشرط^(١٠) عنده^(١١) لتضمنه تحريم فرج الأم^(١٢)، وقيل: هو^(١٣) شرط^(١٤) لكن التناقض غير مانع لخصاء العلوق^(١٥)، وإن كان الوضع^(١٦) فى الإعتاق^(١٧) فالتناقض لا يمنع^(١٨)

(١٦) وهو قوله: ومن اشترى.

(١٧) من أهل السوق.

(١٨) أى فى التجارة وقد لحقه ديون، ثم إلخ.

(١٩) أى ظهر أنه حر مستحق نفسه.

(١) أى أهل السوق.

(٢) المولى.

(٣) العبد.

(٤) بقوله: فإذا هو حر.

(٥) النوع.

(٦) لإقامة البيعة.

(٧) قوله: "والتناقض إلخ" فالعبد بعد ما قال: اشترنى فأنى عبد، فأما أن يدعى الحرية أولاً فالأول تناقض، فكيف يثبت به الحرية، والثانى ينتفى شرط الحرية. (عناية)

(٨) أى قيل فى الجواب أن قول الإمام محمد فإذا العبد حريحتل حرية الأصل وحرية العتاقة، فإذا كان إلخ. (ع)

(٩) أى وضع المسألة.

(١٠) على ما قال عامة المشايخ.

(١١) الإمام.

(١٢) قوله: "لتضمنه إلخ" توضيحه: أن الشخص إذا كان حر الأصل يكون فرج أمه حراماً على من يدعى أنها ملكه، وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، وفى حقوق الله تعالى لا يشترط الدعوى، فتقبل الشهود بغير بيعة، وهذا كما أن رجلين شهدا أن هذه الأمة أعتقها مولاهما وهى ساكنة ثبت حرمتها بدون دعواها لأن حرمة الفرج حق الله تعالى. (مل)

(١٣) الدعوى.

(١٤) أى فى حرية الأصل أيضاً.

(١٥) قوله: "لخصاء العلوق إلخ" فإنه قد يجلب من دار الحرب صغيراً، ولا يعلم حرية أبيه أو أمه، فيقر بالرق، ثم يعلم بحرية أمه أو أبيه، فيدعى الحرية، والتناقض فيما يجرى فيه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى. (ك)

(١٦) أى وضع المسألة.

(١٧) أى الحرية بالإعتاق.

لاستبداد^(١) المولى به، فصار كالمختلعة تقيم^(٢) البينة على الطلقات الثلاث^(٣) قبل الخلع، والمكاتب يقيمها^(٤) على الإعتاق قبل الكتابة.

قال^(٥): ومن ادعى حقا في دار^(٦) معناه حقا مجهولا، فصالحه الذى فى يده على مائة درهم، فاستحقت الدار^(٧) إلا ذراعا منها لم يرجع^(٨) بشيء؛ لأن للمدعى أن يقول: دعواى فى هذا الباقي.

وإن ادعاها كلها فصالحه^(٩) على مائة درهم فاستحق منها^(١٠) شيء رجع^(١١) بحسابه؛ لأن التوفيق غير ممكن^(١٢)، فوجب الرجوع^(١٣) ببدله^(١٤) عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول^(١٥) على معلوم جائز؛ لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضى إلى المنازعة.

(١٨) صحة الدعوى.

(١) أى الاستقلال، فربما لا يعلم العبد إعتاقه، ثم يعلم بعد ذلك. (ع)

(٢) قوله: "تقيم البينة" فإنها تقبل منها لأن الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عاملة عند الخلع، ثم علمت. (ع)

(٣) قوله: "على الطلقات الثلاث" إنما قيد بالثلاث لأن فيما دون الثلاث يمكن للزوج إقامة البينة أنه تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتتها المرأة بيومين أو يوم، فالمرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعيا. (ن)

(٤) فإنها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحريم.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(٦) بيد رجل، وأنكر المدعى عليه. (ع)

(٧) لرجل.

(٨) أى المدعى عليه على المدعى.

(٩) أى الذى فى يده الدار.

(١٠) أى من الدار.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لأن التوفيق غير ممكن" لأن المائة كانت واقعة بدلا عن كل الدار، والبديل ينقسم على أجزاء

المبدل، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع. (عنى)

(١٣) لأنه أخذ ذلك من البديل بغير حق. (عنى)

(١٤) أى بحصته.

(١٥) قوله: "على أن إلخ" وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأن الدعوى المجهولة فى

الدار ليست بصحيحة، حتى لو أقام البينة لا تقبل إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق، فحينئذ يصح الدعوى، وتقبل البينة. (نهاية)

فصل في بيع الفضولي^(١)

قال^(٢): ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ. وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد^(٣)، لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية، لأنها^(٤) بالملك، أو بإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية^(٥). ولنا: أنه تصرف تمليك^(٦)، وقد صدر^(٧) من أهله^(٨) في محله^(٩)، فوجب^(١٠) القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره^(١١)، بل فيه نفعه^(١٢) حيث يكفي^(١٣) مؤنة^(١٤) طلب المشتري، وقرار الثمن، وغيره^(١٥)، وفيه نفع العاقد^(١٦) لصون

(١) قوله: "فصل في بيع الفضولي إلخ" مناسبة هذا باب الاستحقاق ظاهر، لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق، لأن المستحق إنما يقول عند الدعوى هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني، فهو عين بيع الفضولي، والفضولي بضم الفاء لا غير.

وفي "المغرب": الفضل الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل: فضول بلا فضل، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه: فضولي، لأنه صار بالغبلة لهذا المعنى كالعلم، ولم يصر إلى الواحد في النسبة كما في أعرابي وأنصاري، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بأصيل، ولا وكيل، وفتح الفاء خطأً. (نهاية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) البيع.

(٤) أي الولاية الشرعية. (ن)

(٥) وهي بالملك، أو بإذن المالك.

(٦) قوله: "تصرف تمليك [من إضافة العام إلى الخاص. نهاية]" ولم يقل: تمليك، لأن التمليك من غير المالك ليس بمتصور، وقيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو إسقاط كالطلاق والعتاق. (عيني)

(٧) قوله: "وقد صدر من أهله" لأن التصرف كلام، والأهلية للكلام حقيقة بالتمييز، واعتباره شرعاً بالخطاب. (نهاية)

(٨) أي العاقل البالغ.

(٩) قوله: "في محله" فإن محل البيع المال المتقوم، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا ينعدم المالية والنقوم، ألا ترى أنه لو باع بإذن المالك يجوز، وما ليس بمحل لا يصير محلاً بالإذن، ولو باعه المالك بنفسه جاز، والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكاً أو غير مالك. (نهاية)

(١٠) قوله: "فوجب القول إلخ" لأن الحكم عند تحقق المقتضى لا يمتنع إلا المانع، والمانع منتف، لأن المانع هو الضرر، ولا ضرر فيه للمالك إلخ. فإن قيل: سلمنا وجود المقتضى لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعاً لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، وكذلك العجز عن التسليم، ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما.

فالجواب: أن قوله: لا تبع نهى عن البيع المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، والكامل هو البيع البات، فلا اتصال له بموضع النزاع، والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابت. (ع)

(١١) أي كونه مخيراً بين الإجازة والفسخ.

(١٢) المالك.

كلامه عن الإلغاء، وفيه نفع المشتري^(١)، فثبت القدرة الشرعية^(٢) تحصيلاً لهذه الوجوه كيف^(٣)؟ وإن^(٤) الإذن ثابت^(٥) دلالة، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع. قال^(٦): وله^(٧) الإجازة إذا كان المعقود عليه باقياً، والمتعاقدان^(٨) بحالهما^(٩)؛ لأن الإجازة تصرف^(١٠) في العقد، فلا بد من قيامه، وذلك^(١١) بقيام العاقدين والمعقود عليه. وإذا أجاز^(١٢) المالك كان الثمن مملوكاً له^(١٣) أمانة في يده^(١٤) بمنزلة الوكيل^(١٥)، لأن الإجازة^(١٦) اللاحقة^(١٧) بمنزلة^(١٨) الوكالة^(١٩) السابقة^(٢٠)، وللفضولي^(٢١) أن

(١٣) كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. (من)

(١٤) المشقة.

(١٥) وهو حقوق العقد، فإنها لا ترجع إلى المالك لمؤنة طلب الوكيل عند العجز. (ك)

(١٦) الفضولى.

(١) لأنه أقدم عليه طائعاً، ولو لم يكن فيه نفع، لما أقدم عليه. (ك)

(٢) قوله: "فثبت إلخ" جواب عن قول الشافعى رحمه الله: ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، أى ثبت القدرة الشرعية، وهو التصرف الذى ينعقد به العقد تحصيلاً لهذه الوجوه، أى لأجل تحصيل هذه الوجوه، وهى كفاية مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء. (عينى)

(٣) أى كيف لا يكون العقد منعقداً، جواب عن قول الشافعى رحمه الله: إن الولاية بالإذن، أو بالملك ولم يوجد.

(٤) الواو حالية.

(٥) فى حق الانعقاد.

(٦) أى القدرى. (عينى)

(٧) أى للمالك.

(٨) الفضولى والمشتري.

(٩) أى مع أهليتهما.

(١٠) من التوقف إلى النفاذ البات.

(١١) أى قيام العقد.

(١٢) البيع.

(١٣) المالك.

(١٤) الفضولى.

(١٥) فإن الوكيل بالبيع إذا قبض الثمن فهو أمانة فى يده.

(١٦) أى فى بيع الفضولى.

(١٧) أى بعد البيع.

(١٨) قوله: "بمنزلة إلخ" من حيث إن كل واحدة منهما تثبت الحكم، أو من حيث إن كل واحدة منهما

رافعة للمانع. (ك)

يفسخ^(١) قبل الإجازة^(٢) دفعاً للحقوق^(٣) عن نفسه، بخلاف الفضولي في النكاح^(٤)، لأنه معبر محض^(٥). هذا^(٦) إذا كان الثمن ديناً^(٧)، فإن كان^(٨) عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً، ثم الإجازة إجازة نقد^(٩)، لا إجازة عقد، حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي، وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً^(١٠)، لأنه شراء من وجه^(١١)، والشراء لا يتوقف على الإجازة^(١٢). ولو هلك^(١٣) المالك لا ينفذ^(١٤) بإجازة الوارث^(١٥) في الفصلين^(١٦)،

(١٩) أى فى البيع بالوكالة.

(٢٠) أى على البيع.

(٢١) فى البيع.

(١) البيع.

(٢) أى إجازة المالك.

(٣) والضرر.

(٤) قوله: "بخلاف الفضولي فى النكاح" حيث لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له، أو فسخه، لأن الحقوق لا ترجع إليه، لأنه معبر محض وسفير، فإذا عبر انتهى أمره، فصار بمنزلة الأجنبي، بخلاف الفضولي فى البيع لأنه لا ينتهى أمره بالبيع؛ لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه. (عيني)

(٥) قوله: "لأنه معبر محض" فليس له الفسخ بالقول، وله أن يفسخ بالفعل بأن زوج رجلاً امرأة برضاها، فقبل إجازة الزوج زوجته أختها كان نقضاً للنكاح الأول. (ك)

(٦) أى اشتراط بقاء المعقود عليه والمتعاقدين.

(٧) قوله: "دينياً" كالدرهم والدنانير، والفلوس، والكيلي، والوزنى الموصوف بغير عينه. (نهاية)

(٨) الثمن.

(٩) قوله: "ثم الإجازة إلخ" أى الإجازة لهما إذا كان الثمن عرضاً معيناً من المالك إجازة أن ينقد الفضولي الثمن من مال المالك لإجازة عقد موقوف، فإن العقد فى هذه الصورة وقع لازماً على الفضولي، وناقذاً من غير إجازة المالك. (نهاية)

(١٠) البيع بالعرض.

(١١) قوله: "لأنه شراء إلخ" أى الثمن إذا كان عرضاً كان الفضولي مشترياً بالعرض من وجه، والشراء لا يتوقف إذا وجد نفاذاً على العاقد، وههنا وجد نفاذاً على العاقد، لأن العاقد من أهله غير أنه صار نافذاً مال غيره بغير إذنه فى عقده لنفسه، فإذا أجازته صاحبه كان مخيراً للنقد. (ن)

(١٢) قوله: "والشراء إلخ" أى شراء الفضولي لا يتوقف على إجازة من اشترى له أى إذا وجد نفاذاً على العاقد، وأما لو لم يجد نفاذاً على العاقد فإنه يتوقف على إجازة من اشترى له كالصبي المحجور، والعبد المحجور إذا اشترى لغيرهما وأضافا العقد إلى أنفسهما فإنه يتوقف على الإجازة. (ك)

(١٣) أى مات قبل الإجازة.

(١٤) البيع.

(١٥) بل يفسخ.

لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه^(١)، فلا يجوز بإجازة غيره^(٢)، ولو أجاز^(٣) المالك في حياته^(٤)، ولا يعلم حال المبيع^(٥) جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولاً، وهو قول محمد رحمه الله، لأن الأصل بقاءه^(٦)، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه^(٧) عند الإجازة، لأن الشك^(٨) وقع في شرط الإجازة^(٩)، فلا يثبت^(١٠) مع الشك.

قال^(١١): ومن غصب عبداً^(١٢)، فباعه^(١٣)، وأعتقه المشتري، ثم أجاز المولى البيع^(١٤) فالعتق جائز استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز^(١٥)، لأنه لا عتق بدون الملك، قال عليه

(١٦) أى فيما إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً. (ك)

(١) قوله: "لأنه توقف [بيع الفضولى] إلخ" فإن قيل: يشكل بالأمة إذا تزوجت بغير إذن مولاهما، ثم مات المولى فإنه ينفذ بإجازة الوارث إذ لم يحل له وطؤها. قلنا: الأمة تصرفت بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية، والنكاح من خواصها، وإنما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر المالك، والوارث مالك كالمورث، ولم يثبت له ملك بات ليطل الملك الموقوف. (ك)

(٢) قوله: "فلا يجوز إلخ" لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذى باشره الفضولى والاختيار لا يحتمل النقل لأنه لا يتصور فى الأعراس. (عيني)

(٣) البيع.

(٤) ثم مات.

(٥) أباى أم لا؟

(٦) المبيع.

(٧) المبيع.

(٨) قوله: "لأن الشك إلخ" فإن قيل: الشك هو ما استوى طرفاه، وههنا طرف البقاء راجح إذ الأصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل، وههنا لم يتيقن. أجب: بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة، ونحن ههنا نحتاج إلى ثبوت الملك فى المعقود عليه لمن وقع له الشراء، فلا يصلح فيه حجة. (ع)

(٩) وهو بقاء المبيع.

(١٠) الإجازة.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٢) قوله: "ومن غصب إلخ" قيل: جرت المحاوره فى هذه المسألة بين أبى يوسف ومحمد رحمه الله حين عرض عليه الكتاب، قال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز، وإنما رويت أن العتق باطل، قال محمد رحمه الله: بل رويت أن العتق جائز. (ع)

(١٣) من رجل.

(١٤) السابق الموقوف.

(١٥) العتق قياساً.

السلام^(١): «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»*، والموقوف^(٢) لا يفيد الملك^(٣)، ولو ثبت في الآخرة^(٤) يثبت مستنداً^(٥)، وهو^(٦) ثابت من وجه دون وجه، والمصحح للإعتاق الملك الكامل^(٧) لما روينا^(٨)، ولهذا^(٩) لا يصح أن يعتق الغاصب^(١٠)، ثم يؤدي الضمان، ولا^(١١) أن يعتق المشتري^(١٢) والخيار^(١٣) للبائع، ثم يخير البائع ذلك^(١٤)، وكذا لا يصح بيع المشتري^(١٥) من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه^(١٦) أسرع^(١٧) نفاذاً، حتى نفذ^(١٨) من الغاصب إذا أدى^(١٩) الضمان، وكذا لا يصح^(٢٠) إعتاق

(١) قوله: "قال عليه السلام إلخ" أخرجه الترمذى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك»، انتهى. (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٤، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٧٩٨ فى بدء باب الاستحقاق وباب السلم ص ١٥٨. (نعيم)

(٢) أى البيع الموقوف نفاذه على إجازة المالك.

(٣) فى الحال.

(٤) بفتحيتين مرادف آخر أى حين إجازة المالك. (م)

(٥) إلى السبب السابق وهو بيع الغاصب.

(٦) أى الملك الثابت بطريق الاستناد.

(٧) قوله: "الملك الكامل" ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز، وليس الملك فيه كاملاً، لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيهما كامل فيه. (ع)

(٨) قوله: "لما روينا [من الحديث]" من النص المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل. (مل)

(٩) أى الضرورة الملك الكامل للعتق.

(١٠) قوله: "لا يصح أن يعتق [عبداً] إلخ" يعنى أن الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه، ولا ينفذ بيع المشتري منه، ثم لم ينفذ عتقه عند أداء الضمان، فأولى أن لا ينفذ عتق من تلقى الملك من جانبه. (ك)

(١١) لا يصح.

(١٢) قوله: "ولا أن يعتق إلخ" بل هذا أولى، فإن البيع بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف. (مل)

(١٣) الواو الحالية.

(١٤) البيع.

(١٥) قوله: "وكذا لا يصح إلخ" أى المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثانى، فكذلك إذا أعتق ينبغى أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق، ألا ترى أن الغاصب إذا باع، ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتق، ثم ضمن لم ينفذ عتقه، فإذا لم يصح ما هو أسرع نفاذاً، فلأن لا ينفذ غيره أولى. (ع)

(١٦) البيع.

(١٧) من العتق.

المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان .

ولهما: أن الملك^(١) ثبت موقوفاً^(٢) بتصرف مطلق^(٣) موضوع لإفادة الملك^(٤)، ولا ضرر فيه على ما مر^(٥)، فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه، وينفذ^(٦) بنفاذه^(٧)، وصار^(٨) كإعتاق المشتري من الراهن^(٩)، وكإعتاق الوارث عبداً من التركة، و^(١٠) هي^(١١) مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى^(١٢) الديون بعد ذلك^(١٣) بخلاف^(١٤) إعتاق الغاصب بنفسه^(١٥)، لأن الغصب^(١٦) غير موضوع لإفادة الملك، وبخلاف ما إذا كان في البيع^(١٧) خيار للبائع، لأنه^(١٨) ليس بمطلق، وقران الشرط^(١٩)

(١٨) أبيع.

(١٩) الغاصب.

(٢٠) فينبغي أن لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب في فصل الإجازة أيضاً.

(١) أى ملك المشتري من الغاصب.

(٢) أى على إجازة المالك.

(٣) احتراز عن البيع بشرط الخيار. (ك)

(٤) قوله: "موضوع إلخ" احتراز عن الغصب لأن الغصب ليس بموضوع لإفادة الملك. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: ولنا أنه تصرف تملك إلخ.

(٦) الإعتاق.

(٧) إجازة المالك.

(٨) أى إعتاق المشتري من الغاصب.

(٩) قوله: "كإعتاق إلخ" أى اشتراه من الراهن بلا إجازة المرتهن، فأعتقه، ثم أجازته المرتهن ينفذ العتق.

كذا ههنا، والجامع لإعتاق فى بيع موقوف. (مل)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى التركة.

(١٢) الوارث.

(١٣) الإعتاق.

(١٤) شروع فى الجواب عن المسائل المذكورة لمحمد رحمه الله.

(١٥) قوله: "إعتاق إلخ" يعنى أن الغاصب أعتق، ثم ضمن التهمة لا ينفذ عتقه، لأن الغصب إلخ. (مل)

(١٦) قوله: "لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك" لكونه عدواناً محضاً، وإنما يثبت الملك به ضرورة عند أداء الضمان كيلا يجتمع فى ملك واحد بدلان، فلم يكن الغصب فى الحال سبب الملك ليتوقف الملك، ويتوقف العتق حكماً له بل هو بمعرض أن يصير سبباً عند أداء الضمان، والعتق وجد قبله. (ك)

(١٧) قوله: "وبخلاف إلخ" جواب عن المسألة الثانية، فإن البيع بالخيار ليس بمطلق، فالسبب فيه غير

تام، فإن قوله: على أنى بالخيار مقرون بالعقد، فصار قران الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط، فينعقد به أصل العقد، ولكن يكون فى حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله. (ع)

به^(١١) يمنع انعقاده^(٢) في حق الحكم^(٣) أصلاً، وبخلاف المشتري^(٤) من الغاصب إذا باع، لأن بالإجازة^(٥) يثبت للبائع ملك بات^(٦)، فإذا طرأ على ملك موقوف^(٧) لغيره أبطله^(٨)، وأما^(٩) إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه^(١٠)، كذا ذكره هلال رحمه الله^(١١)، وهو الأصح^(١٢).

قال^(١٣): فإن قطعت^(١٤) يد العبد، فأخذ^(١٥) أرشها^(١٦)، ثم أجاز^(١٧) البيع

(١٨) أى لأن هذا البيع.

(١٩) أى شرط الخيار.

(١) أى بهذا البيع.

(٢) قوله: "يمنع انعقاده إلخ" فكان الملك معدوماً لوجود الخيار المانع منه، فلم يصادف الإعتاق محلاً مملوكاً للمشتري، فيلغو، وههنا البيع مطلق، والأصل في الأسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخ، والتراخي إنما ثبت ههنا لضرورة دفع الضرر، ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق، فوجب القول بإظهار السبب في حقه، ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها، وغير موجود في حق الأحكام التي يتضرر المالك بها. (ك)

(٣) أى الملك.

(٤) جواب عن المسألة الثالثة. (عناية)

(٥) قوله: "لأن بالإجازة" أى وإجازة البيع الأول يثبت للبائع، وهو المشتري من الغاصب ملك بات، أى من كل وجه، فإذا طرأ، أى الملك البات على ملك موقوف لغيره، أى لغير المشتري من الغاصب، وهو المشتري من الغاصب أبطله، أى أبطل الملك الموقوف لغيره، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد، والبيع بعد ما يبطل لا يلحقه الإجازة. (عيني)

(٦) مستقل قطعي، بات: منقطع، ومنه طلاق بات، وبيع بات. (من)

(٧) قوله: "فإذا طرأ [أى الملك البات] إلخ" فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب، ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً، وإن طرأ الملك البات الذى يثبت الغاصب بأداء الضمان على الملك المشتري الذى اشتري منه، وهو موقوف. قلنا: إن ثبوت الملك للغاصب ضروري، لأن الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان عليه، فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري. (ك)

(٨) أى أبطل الملك البات الملك الموقوف.

(٩) جواب عن المسألة الرابعة.

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كذا ذكره هلال رحمه الله" أى في كتاب الوقف، فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان، فالعتق أولى، وبعد التسليم هناك يملك المشتري من جهة الغاصب، والمستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفي لتنفيذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه، ولهذا لم ينفذ إعتاق الغاصب، فكذا إعتاق من تلقى الملك من جهته، وههنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة المحيز، والمحيز كان مالكا له حقيقة، فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد، فهذا نفذ عتقه. (ك)

(١٢) قوله: "وهو الأصح" لأن ملك المشتري يثبت بسبب مطلق وهو الشراء، فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب، لأنه ملك بالغصب، وهو سبب ضروري لا مطلق، فكان الملك ناقصاً كملك المكاتب. (مل)

فالأرش للمشتري؛ لأن الملك^(١) تم^(٢) له^(٣) من وقت الشراء، فتيين^(٤) أن القطع^(٥) حصل على ملكه، وهذه^(٦) حجة على محمد رحمه الله، والعدر له^(٧) أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش كالمكاتب إذا قطعت يده، وأخذ^(٨) الأرش، ثم رد^(٩) في الرق يكون الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع، ثم أجاز البيع فالأرش للمشتري^(١٠)، بخلاف الإعتاق^(١١) على ما مر^(١٢)، ويتصدق^(١٣) بما زاد^(١٤) على نصف الثمن، لأنه^(١٥) لم يدخل في ضمانه^(١٦) أو فيه شبهة

(١٣) أى محمد. (عيني)

(١٤) أى فى يد المشتري من الغاصب.

(١٥) أى المشتري من الغاصب.

(١٦) يد، أرش - بالفتح - ديت جراحت. (م)

(١٧) المولى.

(١) للمشتري.

(٢) بالإجازة.

(٣) قوله: "تم له [أى للمشتري] إلخ" فإن سبب الملك وهو البيع كان تاماً فى نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك لما منع، وهو حق المصوب منه، فإذا ارتفع يثبت من وقت السبب، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (نهاية)

(٤) بالاستناد. (ن)

(٥) أى قطع اليد.

(٦) قوله: "وهذه" أى المسألة، أى كون الأرش على المشتري حجة على محمد رحمه الله فى عدم تجويز الإعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شئ من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان. (ع)

(٧) أى الجواب لمحمد رحمه الله عن هذه الحجة أن إلخ.

(٨) المولى.

(٩) بالعجز عن المال.

(١٠) لثبوت الملك من وجه. (ع)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متعلق بقوله: أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرث، يعنى أن إعتاق

المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا يصح. (ع)

(١٢) من أن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل. (ع)

(١٣) المشتري من الغاصب.

(١٤) من الأرش. (ك)

(١٥) العبد.

(١٦) قوله: "لأنه لم يدخل فى ضمانه [مشتري]" أى إن كان القطع قبل القبض، لأن المبيع إذا لم يكن

مقبوض المشتري لا يكون فى ضمانه، فيكون ربح ما لم يضمن. (ك)

عدم الملك^(١).

قال^(٢): فإن باعه المشتري^(٣) من آخر، ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا^(٤)، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول^(٥)، والبيع يفسد به^(٦)، بخلاف الإعتاق^(٧) عندهما^(٨)، لأنه لا يؤثر فيه الغرر^(٩). قال^(١٠): فإن لم يبعه المشتري^(١١)، فمات في يده أو قتل، ثم أجاز^(١٢) البيع^(١٣) لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه، وقد فات^(١٤) بالموت، وكذا بالقتل إذ لا يمكن^(١٥) إيجاب البدل^(١٦) للمشتري بالقتل حتى يعد باقياً

(١) قوله: "أو فيه شبهة عدم الملك" أي إذا كان القطع بعد القبض، لأن الملك غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما يثبت بطريق الاستناد، وكان ثابتاً من وجه دون وجه، فلا يطيب له الربح الحاصل به. (كفاية)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) من الغاصب.

(٤) قوله: "لما ذكرنا" من أن الملك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله كما لو اشتراه الغاصب أو اتهمه يبطل بيعه، بخلاف ما لو أدى الضمان بعد البيع حيث نفذ بيعه، لأن بأداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب فلا يكون طارئاً. (ك)

(٥) قوله: "ولأن فيه [أي في البيع الثاني] غرر الانفساخ" إذ نفاذ هذا البيع يتعلق بنفاذ الأول، ونفاذ الأول معلق بإجازة المالك، وهو ربما يجيز العقد الأول، وربما لا يجيز، فإن أجاز نفذ العقد الثاني، وإلا لا ينفذ، فيتعلق نفاذه بما فيه خطر، فيمتنع الجواز.

(٦) قوله: "والبيع يفسد به إلخ" فإن قيل: في البيع الأول أيضاً غرر الانفساخ، ومع هذا ينعقد جائزاً، ننت: فيه غرر الفسخ دون الإنفساخ، والمفسد غرر الانفساخ دون الفسخ، فإن البيع بشرط الخيار جائز مع غرر الفسخ. (مل)

(٧) حيث ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة.

(٨) الشيخين.

(٩) قوله: "لا يؤثر فيه [أي في الإعتاق] الغرر" ولهذا يجوز إعتاق المبيع قبل القبض، وبيعه لا يجوز، لأن فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض. (ك)

(١٠) قوله: "قال" أي المصنف، فإن محمداً لم يذكر هذه المسألة في "الجامع الصغير"، وإنما ذكرها شراحه، فأورده المصنف تبعاً لهم على سبيل التفريع. (عيني)

(١١) من الغاصب. (عناية)

(١٢) المالك.

(١٣) أي يبيع الغاصب. (عناية)

(١٤) المعقود عليه.

(١٥) أي يمتنع.

(١٦) القيمة.

ببقاء البديل، لأنه لا ملك للمشتري^(١) عند القتل ملكاً يقابل بالبديل، فيتحقق الفوات، بخلاف البيع الصحيح^(٢)، لأن ملك المشتري ثابت، فأمكن إيجاب البديل^(٣) له^(٤)، فيكون المبيع^(٥) قائماً بقيام خلفه^(٦).

قال^(٧): ومن باع عبد غيره بغير أمره^(٨)، وأقام المشتري البينة على إقرار البائع، أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع، وأراد^(٩) ردّ البيع لم تقبل بيئته للتناقض في الدعوى، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه^(١٠) بصحته^(١١)، والبينة مبنية على صحة الدعوى. وإن أقر البائع بذلك^(١٢) عند القاضي^(١٣) بطل البيع إن طلب المشتري ذلك^(١٤)، لأن التناقض^(١٥) لا يمنع صحة الإقرار^(١٦)، فللمشتري أن يساعده^(١٧) على ذلك^(١٨)، فيتحقق الإنفاق بينهما^(١٩)، فلهذا شرط طلب^(٢٠) المشتري^(٢١).

(١) لأن ملكه ملك موقوف. (ع)

(٢) ففي البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البديل للمشتري.

(٣) القيمة.

(٤) أى للمشتري.

(٥) قوله: "فيكون المبيع الخ" يعنى إذا قتل المبيع فى يد البائع كان البيع باقياً على بدله، وهو قيمته، ويخير المشتري، فيكون البديل للمشتري على تقدير الإجازة. (ن)

(٦) هو القيمة. (ع)

(٧) أى محمد. (عيني)

(٨) أى قال المشتري: أرد البيع لأنك، بعنتى بغير أمر صاحبه، فأقام الخ.

(٩) المشتري.

(١٠) أى من المشتري.

(١١) قوله: "بصحته [بأن البائع مأذون]" ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمره دليل على عدم صحة الشراء. (عناية)

قوله: "بصحته" أى بأن الشراء صحيح، وأن المبيع ملك البائع.

(١٢) أى بعدم أمر رب العبد. (ن)

(١٣) قوله: "عند القاضي" إنما قيد بقوله: عند القاضي، لأن إقراره إنما يثبت عند القاضي إذا أقر عنده، لأنه لا يسمع البينة عليه للتناقض فى الدعوى. (ك)

(١٤) أى بطلان البيع.

(١٥) فى الدعوى.

(١٦) من المدعى عليه؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى إلى الغير.

(١٧) البائع.

(١٨) الإقرار.

قال^(١): وذكر في "الزيادات"^(٢): أن المشتري إذا صدق مدعيه^(٣)، ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه^(٤) للمستحق تقبل^(٥)، وفرقوا^(٦) أن العبد في هذه المسألة^(٧) في يد المشتري^(٨)، وفي تلك المسألة^(٩) في يد غيره^(١٠)، وهو المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري.

قال^(١١): ومن^(١٢) باع دار الرجل^(١٣)، وأدخلها^(١٤) المشتري في بناءه لم يضمن^(١٥) البائع^(١٦) عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله

(١٩) بين البائع والمشتري.

(٢٠) أى للرد.

(٢١) حتى يكون نقضاً باتفاقهما.

(١) أى المصنف.

(٢) فى الباب الثالث من الكتاب على ترتيب محمد رحمه الله. (مل)

(٣) قوله: "إذا صدق إلخ" أى ادعى رجل على المشتري بأن ذلك العبد له، وصدقه المشتري فى ذلك، ثم أقام على البائع البينة أنه أقر أن المبيع للمستحق تقبل وإن كان متناقضاً فى دعواه. (نهاية)

(٤) المبيع.

(٥) البينة.

(٦) قوله: "وفرّقوا [أى المشايخ بين روايتى الكتاب و"الزيادات"] إلخ" قيل: فى هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة فى الزيادات أيضاً فى أن العبد فى يد المشتري، ولئن سلمنا أنه فى يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى. ويجاب عنه بأن المشتري غير متناقض من كل وجه، لأنه لا ينكر العقد أصلاً، ولا ملك الثمن للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو الصحة، واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضاً من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضاً فى الفصل الأول، لأنه لا يفيد فائدة الرجوع دون الفصل الثانى، لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن بعدم سلامته، لكونه فى يد غيره، فكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، فصرنا إليه. (عناية)

(٧) أى مسألة "الجامع الصغير" وهى مسألة الكتاب.

(٨) قوله: "فى يد المشتري" فيكون العبد سالماً له، فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له إذ شرط الرجوع بالثمن عدماً. (نهاية)

(٩) أى مسألة "الزيادات".

(١٠) قوله: "فى يد غيره" فلا يكون المبيع سالماً للمشتري، فيثبت له حق الرجوع، لأنه وجد شرطه. (ن)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) قوله: "ومن باع إلخ" معنى المسألة: إذا باعها، ثم اعترف بالغصب، وكذبه المشتري إذ لو صدقه يؤمر بقطع البناء. (مل)

(١٣) بغير أمره. (ع)

(١٤) قوله: "وأدخلها إلخ" قيل: يعنى قبضها، وإنما قيد بالإدخال فى البناء اتفاقاً. (ع)

(١٥) أى قيمة الدار.

آخرًا، وكان يقول^(١) أولاً: يضمن البائع، وهو قول محمد رحمه الله، وهي مسألة غصب العقار، وسنينه في الغصب إن شاء الله تعالى، والله أعلم بالصواب.

باب السلم^(٢)

السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المدائنة^(٣)، فقد قال ابن عباس^(٤):
أشهد أن الله تعالى أحل السلف^(٥) المضمون^(٦)، وأنزل^(٧) فيها^(٨) أطول آية في كتابه*، وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم^(٩) بدين إلى أجل مسمى^(١٠) فاكتبوه﴾ الآية. وبالسنه، وهو ما روى** : «أنه عليه السلام نهي عن بيع^(١١) ما ليس عند الإنسان^(١٢)»، ورخص^(١٣) في السلم، والقياس وإن^(١٤) كان

(١٦) للمالك.

(١) أبو يوسف رحمه الله.

(٢) قوله: "باب السلم" لما فرغ من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين، أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين، فهو بمنزلة المفرد من المركب، وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يتعجل فيه الثمن، وفي اصطلاح الفقهاء قيل: هو أخذ عاجل بأجل، ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى، وليس بسلم، ولو قيل: بيع أجل بعاجل لاندفع الرد. وركنه: الإيجاب والقبول، بأن يقول رب السلم لآخر: أسلمت إليك عشرة دراهم في كره حنطة، فقال الآخر: قبلت، ويصح بلفظ البيع بأن يقول: اشتريت منك كره بر صفته كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه في مكان كذا، ويسمى المشتري رب السلم، والآخر المسلم إليه، والحنطة المسلم فيه والثمن رأس المال، ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه، والقبول من رب السلم صح. (مل)

(٣) يقال: دأبت الرجل إذا عاملته بدين معطيًا أو آخذًا.

(٤) قوله: "فقد قال ابن عباس: أشهد إلخ" رواه الحاكم في "المستدرک" في تفسير سورة البقرة عن ابن عباس قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحل الله له في الكتاب، وأذن فيه، قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ الآية، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

(٥) قيل: السلم والسلف بمعنى. (ك)

(٦) قوله: "السلف المضمون" أي السلم الموجب في الذمة، وقوله: المضمون صفة مقررة لما أن المسلم فيه يجب في ذمة المسلم إليه لا محالة. (نهاية)

(٧) الله.

(٨) أي في السلف على تأويل المدائنة. (ع)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٤٤، والدراية ج ٢، الحديث ٧٩٩ ص ١٥٨. (نعيم)

(٩) أي إذا تعاطيتم. (ع)

(١٠) معلوم.

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٤٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٠ ص ١٥٩. (نعيم)

(١١) قوله: "نهي عن بيع إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وقوله: رخص السلم هو من تمام الحديث لا من

يأباه^(١)، ولكننا تركناه^(٢) بما رويناه^(٣)، ووجه القياس أنه بيع المعدوم^(٤)، إذ المبيع هو المسلم فيه. قال^(٥): وهو جائز في المكيلات والموزونات؛ لقوله عليه السلام: «من أسلم^(٦) منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»*، والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير^(٧)، لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد^(٨) أن يكون مثنياً^(٩)، فلا يصح السلم فيهما^(١٠)، ثم قيل^(١١): يكون باطلاً، وقيل: ينعقد بيعاً بثمن مؤجل^(١٢)، تحصيلاً المقصود المتعاقدين بحسب الإمكان^(١٣)، والعبرة في العقود

كلام المصنف، والذي يظهر أن هذا حديث مركب فحديث النبي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك»، انتهى، قال الترمذي: حديث حسن صحيح. وأما الرخصة في السلم فأخرج البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال: إنا كنا لنسلف على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر وعمر رضی الله عنهما في الحنطة والشعير والتمر والزبيب. (ت)

(١٢) أى ليس فى ملكه.

(١٣) النبى ﷺ.

(١٤) الواو وصلية.

(١) الجواز.

(٢) القياس.

(٣) من الحديث.

(٤) قوله: «أنه بيع المعدوم إلخ» أى المسلم فيه مبيع، وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك، أو مملوك غير مقدر التسليم لا يصح، فبيع المعدوم أحق. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: «من أسلم» قلت: أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن أبى المنهال قال: سمعت ابن عباس يقول: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنين، والثلاث، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من أسلف فى ثمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠١ ص ١٥٩. (نعيم)

(٧) كالحديد.

(٨) لأنه مبيع.

(٩) مبيعاً يتعين بالتعيين.

(١٠) صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرياس وغيره فى عشرة دراهم أو دنانير.

(١١) قال عيسى بن أبان. (نهاية)

(١٢) قوله: «وقيل [قال أبو بكر الأعمش. نهاية]: ينعقد إلخ» هذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض فى الدراهم والدنانير ليتمكن أن يجعل بيع الحنطة بدراهم مؤجلة بناءً على أنها قصداً مبادلة الحنطة بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من الأثمان، فإنه لا يجوز بالإجماع لأنها لا تكون مثنياً. (ع)

(١٣) وهو واجب بقدر الإمكان. (نهاية)

للمعاني^(١)، والأول أصح، لأن التصحيح^(٢) إنما يجب في محل^(٣) أو جبا^(٤) العقد فيه، ولا يمكن ذلك^(٥). قال^(٦): وكذا في المذروعات^(٧)، لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع^(٨)، والصفة^(٩) والصنعة^(١٠) ولا بد منها^(١١) لترتفع^(١٢) الجهالة، فيتحقق شرط صحة السلم، وكذا^(١٣) في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض^(١٤)، لأن العددي المتقارب^(١٥) معلوم^(١٦) مضبوط الوصف مقدور التسليم، فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء^(١٧) باصطلاح الناس^(١٨) على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً^(١٩)، ويتفاوت الآحاد^(٢٠) في المالية يعرف

(١) لا للألفاظ.

(٢) أى تصحيح العقد.

(٣) أى الدراهم والدنانير.

(٤) أى المتعاقدان.

(٥) قوله: "ولا يمكن ذلك" لأن الدراهم والدنانير قط لا تكونان بيعاً، لأنهما خلقتا ثمناً، والمسلم فيه مبيع. (ب)

(٦) أى القدرى. (عيني)

(٧) قوله: "وكذا [يجوز السلم] في المذروعات [وهى الثياب والحصر والبوارى. ن] إلخ" فإن قيل:

ينبغي أن لا يجوز السلم في المذروعات، لأن السلم يثبت بخلاف القياس، لأنه بيع المعدوم والنص ورد في الكيلى والوزنى، وهو قوله عليه السلام: «من أسلم منكم» الحديث.

قلنا: يلحق المذروعات بهما بدلالة النص لما أن قوله عليه السلام: «فليسلم في كيل معلوم وزون معلوم». إنما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار إمكان التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل، كذلك يتحقق بالذرع، فيجوز السلم في المذروعات بطريق الدلالة. (ك)

(٨) طولاً وعرضاً.

(٩) جيد أو ردىء.

(١٠) من الغلظة والرقعة.

(١١) أى من هذه المذكورات وهى ذكر الأذرع والصفة والصنعة. (ن)

(١٢) والتفاوت اليسير بعده غير معتبر لأنها لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) يجوز السلم.

(١٤) بالفتح: تخمهاى مرغ جمع بيضة.

(١٥) هو ما لا يتفاوت آحاده بالقيمة ويضمن بالمثل.

(١٦) أى قدرأ.

(١٧) أى بعد أن كانا من جنس واحد.

(١٨) فإنك لا ترى جوزة بفلسين وجوزة بفلس.

(١٩) فإنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدرهمين.

(٢٠) للعددي.

العددي المتفاوت^(١)، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز^(٢) في بيض النعام^(٣)، لأنه يتفاوت أحاده في المالية. ثم كما يجوز السلم فيها عدداً^(٤) يجوز كيلاً، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز كيلاً، لأنه عددي، وليس بمكيل، وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت^(٥). ولنا: أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح، فيصير مكيلاً باصطلاحهما^(٦)، وكذا^(٧) في الفلوس عدداً، وقيل: هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله^(٨)، وعند محمد رحمه الله لا يجوز، لأنها أثمان^(٩). ولهما: أن الثمنية في حقهما^(١٠) باصطلاحهما^(١١)، فيبطل^(١٢) باصطلاحهما، ولا تعود وزنياً^(١٣)، وقد ذكرناه من قبل^(١٤).

(١) كالبطيخ والرمان.

(٢) السلم.

(٣) شتر مرغ.

(٤) أى في المعدودات المتقاربة.

(٥) في الأحاد. (٤)

(٦) العاقدين.

(٧) يصح السلم.

(٨) قوله: "وقيل: هذا [الجواز] إلخ" هذا الخلاف مبنى على الخلاف في بيع الفلوس بالفلسين بأعيانهما، ومن المشايخ من قال: جواز السلم في الفلوس قول الكل، وهذا القائل يفرق لمحمد رحمه الله بين السلم والبيع، والفرق أن من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعاً، وإقدامهما على السلم تضمن إبطال الاصطلاح في حقهما فعاد ثمناً، أما ليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنياً، فإن بيع الأثمان كبيع الدراهم بالدراهم، وبيع الدينار بالدنانير جائز، فلا يتضمن إقدامهما على البيع إبطالا لذلك الاصطلاح في حقهما، فبقى ثمناً كما كان، فلا يجوز بيع الواحد بالاثنتين. (ك).

قوله: "وقيل: هذا" أى ذكر هذه المسألة في "الجامع الصغير" مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد، وقيل: هذا إلخ. (عناية)

(٩) قوله: "لأنها [أى الفلوس] أثمان" ولا يجوز السلم في الأثمان بالإجماع كما لو أسلم في الدنانير والدراهم. (ن)

(١٠) العاقدين.

(١١) إذ لا ولاية للغير عليهما.

(١٢) فإذا بطلت الثمنية صارت مثنياً يتعين بالتعيين، فجاز السلم. (عناية)

(١٣) قوله: "ولا تعود [أى فلوس أى بعد بطلان الثمنية] وزنياً إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا خرج في حقهما عن أن يكون ثمناً كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر، وذا لا يجوز، فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد. قلنا: هما عرضا عن اعتبار الثمنية فيها لاعتبار صفة العدد، وليس من ضرورة خروجها عن أن تكون ثمناً في حقهما خروجها عن أن تكون عددية، فهو عددي، وليس بثمان ولا بوزنى. (مل)

ولا يجوز السلم في الحيوان، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز، لأنه^(١) يصير معلوماً ببيان الجنس^(٢) والسن^(٣)، والنوع^(٤)، والصفة^(٥)، والتفاوت بعد ذلك^(٦) يسير، فأشبهه الثياب^(٧). ولنا: أن بعد ذكر ما ذكر^(٨) يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة^(٩)، فيفضى إلى المنازعة^(١٠)، بخلاف الثياب^(١١)، لأنه^(١٢) مصنوع للعباد، فقلما يتفاوت الثوبان^(١٣) إذا نسجا^(١٤) على منوال^(١٥) واحد، وقد صح^(١٦) أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان^{(١٧)*}، ويدخل فيه جميع

(١٤) في باب الربا.

(١) الحيوان.

(٢) نحو الإبل. (نهاية)

(٣) نحو الجذع والثني. (ن)

(٤) كالبختي والعربي. (ن)

(٥) كالسمين والهزال. (ن)

(٦) البيان.

(٧) قوله: "فأشبه الثياب" فإن فيها بعد ذكر الذرع والصفة والنوع لا يبقى إلا تفاوت يسير، فيجوز السلم فيها، كذا ههنا. (مل)

(٨) من بيان الجنس والسن والنوع والصفة.

(٩) قوله: "باعتبار المعنى الباطنة" كالصباحة، والملاحاة والفصاحة، والخلق، والحسن، والذهن، والكياسة، فإنك ترى عبيدين متفقين في الأوصاف المذكورة من الجنس والسن والصفة، ومع ذلك يساوي أحدهما ألفاً، والآخر ألفين، وقد يكون فرسان متساويين في الأوصاف المذكورة، ومع ذلك يزيد ثمن أحدهما زيادة فاحشة. (مل)

(١٠) المنافية لوضع الأسباب. (ع)

(١١) جواب عن قياس الشافعي.

(١٢) الثوب.

(١٣) قوله: "فقلما يتفاوت إلخ" فإذا اتحد الصانع والآلة اتحداً، لأن العبد إنما يصنع بالآلة ولا يتفاوت في المالية إلا قليلاً، ولا يعتبر بذلك القدر، والحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريدته تعالى، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير، وفي مثله لا يجوز السلم بالاتفاق. (عيني)

(١٤) باقثة شوند.

(١٥) قوله: "على منوال [هو في الأصل الخشب الذي يلف عليه الحائك الثوب. مل]" منوال - بالكسر - جوبيكه پارچه را وقت بافتن بران پیچند. (م)

(١٦) قوله: "وقد صح إلخ" قلت: أخرجه الحاكم في "المستدرک"، والدارقطني في "سننه" عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن السلف في الحيوان، انتهى، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، انتهى. (ت)

أجناسه^(١) حتى العصافير^(٢). قال^(٣): ولا فى أطرافه كالرؤوس والأكارع^(٤)،
للتفاوت فيها^(٥)، إذ هو^(٦) عددى متفاوت^(٧) لا مقدر لها.

قال^(٨): ولا فى الجلود^(٩) عددًا^(١٠)، ولا فى الحطب^(١١) حزمًا^(١٢)، ولا فى
الرطوبة^(١٣) جزراً^(١٤) للتفاوت، إلا إذا عرف ذلك بأن يبين له^(١٥) طول ما يشد به
الحزمة أنه شبر، أو ذراع، فحيثئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت^(١٦).

(١٧) معلوماً أو كان غير معلوم.

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ٤٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٢ ص ١٥٩. (نعيم)

(١) قوله: "ويدخل فيه [أى فى قوله: فى الحيوان] إلخ" جواب سؤال، بأن يقال: السلم فى الحيوان إنما لا
يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه، والتفاوت فى العصافير غير معتبر بينهم، فينبغى أن يصح السلم فيها، فأجاب بأن
العبرة فى المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان. (ك)

(٢) قوله: "حتى العصافير" لا يقال: فى كلام المصنف تسامح، لأن الدليل المذكور بقوله: ولنا
منقوض بالعصافير، لأن ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم، وأما
الدليل على ذلك فهو السنة. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عنى)

(٤) قوله: والأكارع" فى "المغرب": الكراع ما دون الركبة من الدواب جمعه الأكارع. (ن)

(٥) قوله: "للتفاوت فيها" فالتفاوت بين رأس ورأس، وكراع وكراع معتبر فيما بين الناس بما كسون فيه،
أو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه. (ك)

(٦) أى كل واحد من الرأس والكراع.

(٧) فى الصغر والكبر والسمن والهزال.

(٨) أى القدورى. (عنى)

(٩) قوله: "ولا فى الجلود" أى جلود الإبل والبقر، والغنم، وقال مالك رحمه الله: يجوز، لأنه مقدور
التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة، ولكننا نقول: الجلود لا توزن عادة، فلم يجز وزناً بالطريق الأولى، ولكنها
تباع عدداً، وهى عددية متفاوت فيها الصغر والكبر، فلا يجوز السلم فيها لأنه مفض إلى المنازعة. (نهاية)

(١٠) وفى "الذخيرة" إن بين الجلود ضرباً معلوماً يجوز لانتفاء المنازعة. (عنى)

(١١) قوله: "ولا فى الحطب [أى هيزم] حزمًا" لأن هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه، وغلظه، فإن
عرف يجوز، كذا فى "المبسوط". (نهاية)

(١٢) بضم أول وفتح ثانى: هيزم وعلف جزآن. (م)

(١٣) سبست تركه علق اسب باشد.

(١٤) قوله: "جزراً [جزره بند اسبست ومانند آن ويكمشت ازان. من]" جمع الجزرة - بتقديم الرء المهملة
على الزاء المعجمة - هى القبض من القت ونحوه، والحزمة لأنها قطعة من الجزر وهو القطع، ومنها قوله: باع
القت جزراً، وما سواه تصحيف، كذا فى "المغرب".

(١٥) أى للمسلم إليه.

(١٦) قوله: "لا يتفاوت [بأن يبين صفته أن الحطب مبلول أو مجفوف]" أى بالشد نحو العصا، أما إذا كان

قال^(١): ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل^(٢)، حتى لو كان منقطعاً^(٣) عند العقد موجوداً عند المحل، أو على العكس^(٤)، أو منقطعاً^(٥) فيما بين ذلك لا يجوز. وقال الشافعي رحمه الله: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم^(٦) حال وجوبه^(٧). ولنا قوله عليه السلام^(٨): «لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها^(٩)»^{(١٠)*}، ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل، فلا بد^(١١) من استمرار الوجود^(١٢) في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل. ولو انقطع^(١٣) بعد المحل، فرب السلم بالخيار^(١٤) إن شاء فسخ السلم^(١٥) وإن شاء انتظر وجوده^(١٦)، لأن السلم قد صح، والعجز^(١٧) الطارئ على

يتفاوت كالشوك والسوس فلا يجوز، لأنه لإفضاءه إلى المنازعة. (ن)

- (١) أى القدورى. (عينى)
- (٢) محل الدين مهلت دادم، مصدر ميمي بمعنى الحلول أى حلول الأجل هكذا قيل. (من)
- (٣) قوله: "منقطعاً" أى عن أيدي الناس، وحد الانقطاع هو أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وإن كان يوجد فى البيوت، كذا فى "الذخيرة". (ك)
- (٤) أى موجوداً عند العقد منقطعاً عند المحل.
- (٥) وموجوداً عند العقد، وعند المحل.
- (٦) أى تسليم المسلم فيه.
- (٧) وهو زمان حلول الأجل والعجز قبل ذلك لا يعتبر.
- (٨) قوله: "قوله عليه السلام إلخ" الحديث دل على أن القدرة عند المحل غير كافية لجواز العقد، إذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله: «حتى يبدو صلاحها». فائدة: ودل على أن الوجود معتبر من حين العقد إلى حين المحل. (ك)
- (٩) أى يظهر ارتفاعها.
- (١٠) قلت: أخرجه أبو داود وابن ماجه واللفظ له. (ت)
- * راجع نصب الراية ج٤ ص٤٩، والدراية ج٢، الحديث ٨٠٣ ص١٥٩. (نعيم)
- (١١) قوله: "فلا بد إلخ" يعنى أن المسلم فيه وإن وجد عند المحل لكن من الجائر أن لا يقدر المسلم إليه على اكتسابه حينئذ، فيشترط الوجود فى جملة المدة، حتى لو لم يقدر فى بعض الأزمان لقدر فى البعض. (مل)
- (١٢) أى وجود المسلم فيه.
- (١٣) أراد أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى المحل، ثم انقطع.
- (١٤) قوله: "فرب السلم بالخيار" وقال زفر رحمه الله: يبطل العقد ويسترد رأس المال للعجز عن تسليمه، فصار كما لو هلك المبيع فى بيع العين. (ك)
- (١٥) بأخذ رأس المال.
- (١٦) إلى موسم آخر.
- (١٧) إشارة إلى جواب زفر.

شرف الزوال^(١)، فصار^(٢) كإباق المبيع^(٣) قبل القبض^(٤).

قال^(٥): ويجوز السلم في السمك^(٦) المالح^(٧) وزناً معلوماً، وضرباً^(٨) معلوماً، لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم، إذ هو غير منقطع^(٩)، ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت.

قال^(١٠): ولا^(١١) خير^(١٢) في السلم في السمك الطرى^(١٣) إلا في حينه^(١٤) وزناً معلوماً، وضرباً معلوماً؛ لأنه ينقطع في زمان الشتاء^(١٥)، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز^(١٦) مطلقاً^(١٧)، وإنما يجوز^(١٨) وزناً لا عدداً لما ذكرنا^(١٩)، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها^(٢٠)، وهي التي تقطع^(٢١) اعتباراً

(١) قوله: "على شرف الزوال" بأن يصير إلى أن يوجد، وبه فارق الهلاك، فالمعقود عليه في البيع عين، ثم فات أصلاً، وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة، وهو باق لبقاء الذمة. (ك)

(٢) في بقاء العقد لكن المشتري بالخيار.

(٣) العبد.

(٤) أى قبض المشتري.

(٥) أى محمد. (عيني)

(٦) قوله: "في السمك" قيل: يقال: سمك ملح، ومملوح لا مالح إلا في لغة رديئة، وهو المقدار الذي فيه

ملح. (ع)

(٧) نمك آلوده.

(٨) نوعاً.

(٩) من الوجود.

(١٠) أى محمد في "الجامع". (عيني)

(١١) أى لا يجوز.

(١٢) نفى الجواز على سبيل المبالغة.

(١٣) تازة.

(١٤) أى موسمه.

(١٥) لانجماد الماء.

(١٦) السلم.

(١٧) في كل حين.

(١٨) السلم.

(١٩) أى للتفاوت.

(٢٠) السمك.

(٢١) تقطع: پاره پاره كردن.

بالسلم^(١) فى اللحم عنده. قال^(٢): ولا^(٣) خير^(٤) فى السلم فى اللحم عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالوا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً^(٥) بصفة معلومة جاز، لأنه موزون مضبوط الوصف^(٦)، ولهذا^(٧) يضمن بالمثل^(٨)، ويجوز استقراضه وزناً^(٩)، ويجرى^(١٠) فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور^(١١)، لأنه لا يمكن وصف موضع منه^(١٢). وله^(١٣): أنه مجهول للتفاوت فى قلة العظم وكثرتة، أو فى سمنه^(١٤)، وهزاله^(١٥) على اختلاف فصول السنة^(١٦)، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة^(١٧)، وفى مخلوع^(١٨) العظم لا يجوز^(١٩) على الوجه الثانى^(٢٠)، وهو

(١) قوله: "اعتباراً [قياساً] بالسلم" فى الاختلاف بالسمن والهزال، ووجه الرواية الأخرى أن السمن والهزال ليس بظاهر فيه، فصار كالصغار. (٤)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "ولا خير إلخ" خير نكرة وقعت فى سياق النفى، فيفيد نفي أنواع الخير بعمومه، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة. (٤)

(٤) أى لا يجوز وإن بين. (ن)

(٥) قوله: إذا وصف [رب السلم] إلخ" يعنى إذا بين جنسه، ونوعه، وسنه، ووصفه، وموضعه، وقدره، كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الظهر مائة. (عينى)

(٦) بالبيان.

(٧) قوله: "ولهذا [أى لكونه موزوناً] يضمن إلخ" إيضاح لقوله: موزون مضبوط الوصف، وكذا قوله: ويصح استقراضه وزناً، لأن الاستقراض لا يصح إلا فى المثليات، ويجرى فيه ربا الفضل لعله الوزن، والوزن وضع لتقدير المثليات، فكان مضبوطاً، فيصح السلم فيه كما فى الآية والشحم. (كفاية)

(٨) إذا أتلفه الغاصب.

(٩) بعله الوزن. (ن)

(١٠) ويجرى المماكسة بين البائع والمشتري فى ذلك. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف لحم الطيور [فلا يجوز السلم فيه]" بأن يسلم فى لحم الدجاج مثلاً ببيان سمنه وهزاله، وسنه ومقداره، ومن المشايخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تجس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم فى المقطع، والسلم فى مثله غير جائز عندهم اتفاقاً وإن ذكر الوزن، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل، لأن ما يقع من التفاوت فى اللحم بسبب العظم فى الطيور لا يعتبره الناس. (عناية)

(١٢) قوله: "لا يمكن وصف موضع منه" أى من الطير، لأن عضو جنس الطير قليل، ولا يشتري لحم

العضو عادة. (نهاية)

(١٣) أى له طريقان: أحدهما أنه إلخ، وثانيهما أنه يتفاوت سمنه إلخ. (ن)

(١٤) فربى.

(١٥) لاغرى.

(١٦) فى الصيف هزال وفى الشتاء سمن.

(١٧) قوله: "مفضية إلى المنازعة" لأن السلم لا يكون إلا مؤجلاً، ولا يدري عند حلول الأجل على أى

الأصح^(١)، والتضمين^(٢) بالمثل ممنوع^(٣)، وكذا الاستقراض^(٤)، وبعد التسليم^(٥) فالمثل أعدل من القيمة، ولأن القبض^(٦) يعاين^(٧)، فيعرف مثل^(٨) المقبوض به في وقته، أما الوصف فلا يكتفى^(٩) به^(١٠).

قال^(١١): ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز حالاً^(١٢) لإطلاق الحديث^(١٣)، ورخص في السلم^(١٤). ولنا: قوله عليه السلام^(١٥): «إلى أجل

صفة، فكان بمنزلة السلم في الحيوان. (نهاية)

(١٨) خلع بالفتح بيرون كردن.

(١٩) السلم وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة، والجوز هو رواية الحسن عنه.

(٢٠) وهو التعليل بالهزال والسمن. (نهاية)

(١) قوله: "وهو الأصح" لجواز أن يكون معلولاً بعلمين، فعدم أحدهما لا يدل على عدم الجواز. (ك)

(٢) جواب عن قولهما. (ن)

(٣) فإنه مضمون بالقيمة.

(٤) وزناً ممنوع أيضاً.

(٥) قوله: "وبعد التسليم" أي سلمنا أن اللحم يضمن بالمثل إذا أتلفه الغاصب، فليس وجهه كون اللحم وزنياً كما فهمتم، بل وجهه أن الأصل في ضمان العدوان الماثلة، والماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى، فيكون أعدل من القيمة، لأنها مثل معنى لا صورة. (مل)

(٦) قوله: "ولأن القبض إلخ" هذه النكتة لأجل التفرقة بين الاستقراض والسلم، ففي الاستقراض يقبض حالاً، فيرتفع الجهالة بالقبض، ولا يفيض إلى المنازعة، وأما السلم فإن المسلم فيه إنما يعرف بالوصف، وبالوصف لا يرتفع الجهالة، فيفيض إلى المنازعة، ولما لم يعرف الوصف تمام التعريف لم يكتف بالوصف في حق اللحم في السلم. (نهاية)

(٧) في الاستقراض.

(٨) فيرتفع الجهالة المفضية إلى النزاع.

(٩) في السلم.

(١٠) أي الوصف.

(١١) أي القدرى. (عيني)

(١٢) قوله: "يجوز [السلم] حالاً [أي بغير أجل]" السلم الحال هو السلم بغير أجل، بأن يقول: أسلمت عشرة في كره حنطة ولم يذكر الأجل. (مل)

(١٣) وقد مر الحديث كاملاً.

(١٤) قوله: "ورخص [أي النبي ﷺ] في السلم" فقد أثبت في السلم رخصة مطلقة، فاشتراط التأجيل فيه زيادة على النص، ويمكن أن يقال: إن الأصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الإنسان، وما ورد النص بجوازه إلا مؤجلاً، وما روى حكاية حال لا عموم له وقد أراد به السلم المؤجل إجماعاً، فلم يرد غيره لئلا يعم. (مل)

(١٥) قوله: "قوله عليه السلام" وسوق الكلام لبيان شرط السلم، لا لبيان الأجل. (ع)

معلوم»، فيما روينا^(١)، ولأنه^(٢) شرع رخصة^(٣) دفعاً لحاجة المفاليس^(٤)، فلا بد من الأجل، ليقدر^(٥) على التحصيل^(٦) فيه^(٧)، فيسلم، ولو كان^(٨) قادراً^(٩) على التسليم لم يوجد المرخص، فبقى^(١٠) على النافي^(١١).

قال^(١٢): ولا يجوز^(١٣) إلا بأجل معلوم، لما روينا*، ولأن الجهالة فيه^(١٤) مفضية^(١٥) إلى المنازعة كما في البيع، والأجل أدناه شهر، وقيل^(١٦): ثلاثة أيام^(١٧)، وقيل^(١٨): أكثر من نصف اليوم^(١٩)، والأول أصح^(٢٠).

(١) في أوائل الباب.

(٢) السلم.

(٣) إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان. (ع)

(٤) قوله: "دفعاً لحاجة المفاليس" فإن قيل: لو كانت شرعيته دفعاً لحاجة المفاليس لاختص بحالة الإفلاس، قلنا: الإفلاس أمر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته، والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة، فبقى على السبب الظاهر الدال على الحاجة، ليمكنا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليل الحاجة. (ك)

(٥) المسلم إليه.

(٦) أى تحصيل المسلم فيه.

(٧) أى فى الأجل.

(٨) المسلم إليه.

(٩) فى الحال.

(١٠) السلم فلا يجوز.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «لا تبع ما ليس عندك». (ك)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) السلم فلا يجوز.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٠، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٠٢ ص ١٦٠. (نعيم)

(١٤) أى فى الأجل.

(١٥) فهذا يطالبه بمدة قريبة، وذاك يؤديه فى بعيدها. (ع)

(١٦) قوله: "وقيل إلخ" وهو ما ذكره أحمد بن أبى عمران البغدادى أستاذ الطحاوى عن أصحابنا، اعتباراً بخيار الشرط، وليس بصحيح، لأن الثلاث ثمة بيان أقصى المدّة، فأما أدناه فغير مقدر. (ع)

(١٧) والصحيح ما رواه الكرخى أنه مقدر بما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه.

(١٨) قوله: "وقيل: أكثر إلخ" لأن المعجل ما كان مقبوضاً فى المجلس، والمؤجل ما تأخر قبضه عن المجلس، ولا يبقى المجلس بينهما فى العادة أكثر من نصف اليوم. (نهاية)

(١٩) قال به أبو بكر الرازى.

(٢٠) قوله: "والأول أصح" استدلالاً بمسألة كتاب الأيمان، إذا حلف المديون ليقضين حقه عاجلاً، وقضاه قبل تمام الشهر بر فى يمينه فما فوقه فى حكم الأجل. (نهاية)

ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه، ولا بذراع رجل بعينه، معناه لا يعرف مقداره^(١)، لأنه يتأخر فيه التسليم، فربما يضيع^(٢)، فيؤدى إلى المنازعة^(٣)، وقد مر من قبل^(٤)، ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض^(٥)، ولا ينسبط كالقصاص^(٦) مثلاً، فإن كان مما ينكبس^(٧) بالكبس كالزنبيل^(٨) والجراب^(٩) لا يجوز للمنازعة إلا في قرب^(١٠) الماء للتعامل فيه، كذا روى عن أبي يوسف رحمه الله.

قال: ولا^(١١) في طعام قرية بعينها، أو ثمرة نخلة بعينها، لأنه قد يعتر به آفة^(١٣)، فلا يقدر على التسليم^(١٤)، وإليه أشار عليه السلام حيث قال: «أ رأيت^(١٥) لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه^(١٦)»*، ولو كانت النسبة إلى

(١) أى مقدار كل واحد من المكيال أو الذراع.

(٢) أى المكيال أو الذراع.

(٣) قوله: "فيؤدى إلخ" حتى لو اشترى ذلك الإناء يبدأ بيد فلا بأس به، لأن فى العين يجوز البيع مجازفة، فمكيال غيره أولى، وهذا لأن التسليم عقيب العقد، والقدرة على التسليم فى الحال ثابتة لقيام المكيال الذى عينه. (نهاية)

(٤) فى أول كتاب البيوع. (ك)

(٥) كما إذا كان من حديد أو خشب أو نحوهما. (ع)

(٦) قصعة - بالفتح - كاسة قصاع كجبال جمع. (من)

(٧) أى يمتلىء جداً إذا بولغ فى ملاءه. (ك)

(٨) قوله: "كالزنبيل [بكسر الزاء. ع]" ظرفى باشد كه آن را از بوريا بافند، ودو دسته بران نصب کنند، وگوشت وغير در آن گذارند، از جای بجای برند. (برهان)

(٩) انبان وتوشه دان. (م)

(١٠) قوله: "قرب [جمع قرربة بالكسر مشك. م]" بأن يشتري من سقاء كذا وكذا قرربة من الماء بهذه القربة. (ع)

(١١) لا يصح السلم.

(١٢) يصيبه.

(١٣) فينقطع عن أيدي الناس.

(١٤) أى تسليم المسلم فيه.

(١٥) قوله: "حيث قال [حين سئل عن سلم تمر حائط بعينه. ك]: أ رأيت [أخبرنى. نهاية] إلخ" قال البعلبلى: قلت: غريب فى هذا المعنى ولا أعرف ورود هذا فى السلم إنما ورد هذا اللفظ فى البيع، كما أخرجه البخارى ومسلم عن حميد عن أنس: «أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو»، فقلت لأنس: وما زهوها؟ قال: تمر أو تصفر، أ رأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك، انتهى، اللهم إلا أن يؤخذ بإطلاق اللفظ، فيدخل فيه السلم أيضاً. (مل)

(١٦) أى رأس المال. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٤ ص ١٦٠. (نعيم)

قرية لبيان الصفة^(١) لا بأس به على ما قالوا كالحشمراي^(٢) ببخارا والبساخي^(٣) بفرغانة. قال^(٤): ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط، جنس معلوم، كقولنا: حنطة أو شعير، ونوع معلوم، كقولنا: سقية^(٥) أو بخسية، وصفة معلومة كقولنا: جيد أو رديء، ومقدار معلوم، كقولنا: كذا كيلا^(٦) بمكيال معروف^(٧)، أو كذا وزناً^(٨)، وأجل معلوم، والأصل^(٩) فيه ما روينا^(١٠)، والفقهاء^(١١) فيه ما بينا^(١٢). ومعرفة مقدار^(١٣) رأس المال إذا كان يتعلق العقد^(١٤) على مقداره كالمكيل والموزون، والمعدود، وتسمية المكان الذي يوفيه^(١٥) فيه^(١٦) إذا كان له حمل^(١٧) ومؤنة^(١٨).

- (١) قوله: "بيان الصفة" أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان. (عيني)
- (٢) أي الحنطة المنسوبة إلى الحشمران وهي قرية من قرى بخارا.
- (٣) أي الحنطة المنسوبة إلى البساخ وهي قرية من قرى فرغانة.
- (٤) أي القدوري. (عيني)
- (٥) قوله: "سقية [أي مسقية]" السقي ما يسقى سيقاً [أي بالماء الجاري. رد المحتار] فعيل بمعنى مفعول والبخسي بخلافه منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي يسقيها السماء لأنها مبخوسة الخط من الماء. (ك)
- (٦) أي عشرين كراً.
- (٧) أي معروف القدر. (ن)
- (٨) أي عشرين مناً.
- (٩) الدليل.
- (١٠) أي قوله عليه السلام: من أسلم منكم إلخ. (ك)
- (١١) الحكمة والسر.
- (١٢) وهو قوله: ولأن الجهالة فيه مفضية إلخ. (ك)
- (١٣) وإن كان يشار إليه.
- (١٤) قوله: "إذا كان إلخ" احترز به عما إذا كان رأس المال ثوباً، لأن الذرع وصف لا يتعلق العقد على مقداره، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط، ولهذا لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شيء من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان، ولا يشترط إعلامه، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فجهالة قدر الذرعان لا يؤدي إلى جهالة المسلم فيه، وههنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه، فيفسد العقد. (ك)

(١٥) المسلم إليه

(١٦) المدنم فيه.

(١٧) قوله: "إذا كان له [أي للمسلم فيه] حمل [باري كه برگردن بردارند. م]" - بفتح الحاء - مصدر

حمل الشيء ومعناها ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر دابة وأجرة حمال. (مل)

وقالا: لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً^(١)، ولا إلى مكان^(٢) التسليم^(٣)، ويسلمه^(٤) في موضع العقد، فهاتان مسألتان^(٥).
ولهما في الأولى^(٦): أن المقصود^(٧) يحصل بالإشارة، فأشبهه^(٨) الثمن^(٩) والأجرة^(١٠)، وصار كالثوب^(١١)، وله: أنه ربما يوجد^(١٢) بعضها^(١٣) زيوفاً، ولا يستبدل^(١٤) في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي^(١٥)، أو ربما لا يقدر^(١٦) على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج^(١٧) إلى رد رأس المال^(١٨)، والموهوم^(١٩) في هذا^(٢٠)

(١٨) مؤنة - بالفتح - باركراني وهي فعولة. (من)

(١) بالإشارة.

(٢) بيان.

(٣) أى تسليم المسلم فيه.

(٤) أى المسلم إليه المسلم فيه.

(٥) قوله: "فهاتان مسألتان" أى الاختلاف بينه وصاحبه في هاتين المسألتين، وإنما قال هذا ليتبين أن كل واحدة تحتاج إلى إقامة الدليل من الطرفين بالاستبداد. (نهاية)

(٦) أى المسألة الأولى.

(٧) أى تسليم رأس المال.

(٨) قوله: "فأشبهه الثمن إلخ" يعنى إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع، أو الأجرة فى الاستحجار، فأشار إليهما، ولا يعرف مقدارهما يجوز. (نهاية)

(٩) بأن يقول: اشتريت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها. (ك)

(١٠) بأن يقول: استأجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها. (ك)

(١١) قوله: "وصار كالثوب [بأن يقول: أسلمت هذا الثوب ولم يبين قدر الدرغان. ك]" إذا جعل رأس المال يجوز وإن لم يبين ذرعانه. (نهاية)

(١٢) قوله: "أنه ربما يوجد إلخ: تحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً، ولا يستبدل فى المجلس، فيرد، فيبطل العقد برده بقدر ما رده، فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم فى كم انتقص السلم، وفى كم بقي، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها. (عيني)

(١٣) دراهم.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) المسلم.

(١٦) المسلم إليه.

(١٧) المسلم إليه.

(١٨) وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك.

(١٩) دفع لما يقال من أن ما قال أبو حنيفة رحمه الله أمر موهوم لا يعتبر به.

العقد كالمحقق لشرعه مع المنافى^(١).

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً^(٢)، لأن الذرع وصف فيه^(٣) لا يتعلق العقد^(٤) على مقداره^(٥)، ومن فروعه^(٦) إذا أسلم^(٧) في جنسين، ولم يبين رأس مال كل واحد منهما، أو أسلم جنسين^(٨)، ولم يبين مقدار أحدهما. ولهما في الثانية^(٩): أن مكان العقد يتعين^(١٠) لوجود العقد الموجب^(١١) للتسليم

(٢٠) أى السلم.

(١) قوله: "لشرعه مع المنافى [أى بيع المعدوم]" إذ القياس يخالفه، ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجوز لتوهم هلاك ذلك المكيال، وعوده إلى الجهالة. (ع)

(٢) جواب عما قاساه عليه من الثوب.

(٣) قوله: "وصف فيه [ثوب]" ولهذا لو وجد زائداً على المسمى سلم له الزيادة، ولو وجد ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن، وقد تقدم. (عناية)

(٤) قوله: "لا يتعلق العقد إلخ" وليس كلامنا في ذلك، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره، فكان قياساً مع الفارق. (عناية)

(٥) ثوب.

(٦) الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال. (ك)

(٧) قوله: "إذا أسلم إلخ" بأن أسلم مائة في كر حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة، وطريق معرفته الخرز، فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً، وعندهما يجوز، لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد، وقد وجدت. (ع)

(٨) قوله: "أو أسلم جنسين" كما إذا أسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن أحدهما لا الآخر لا خير فيه عنده، وهو جائز عندهما، لأن إعلام القدر فيما يتعلق العقد به شرط عنده، فإذا لم يعلم وزن أحدهما بطل في حصته لانعدام شرط الجواز، فيبطل في حصة الآخر أيضاً لاتحاد الصنف، أو لجهالة حصة الآخر، والسلم في المجهول لا يصح ابتداءً، وعندهما الإشارة إلى العين تكفي، فيجوز. (نهاية)

(٩) قوله: "في الثانية" أى في المسألة الثانية، وهو بيان مكان الإيفاء لا يحتاج إليه عندهما. فإن قيل: لو تعين مكان العقد لفسد بيان مكان آخر، كما في بيع العين، فإنه لو اشترى كر حنطة، وشرط على البائع الحمل إلى منزله فإن البيع يفسد. قلنا: لما عين مكاناً آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى تعينه بدلالة السبب الموجب التسليم من غير نص، غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين، لأن المشتري يملك العين بالشراء، فإذا شرط عليه حملاً زائداً فقد اشترط عليه عملاً فى ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سُمى الثمن بإزاء ذلك كله، فصار ما يقابل الحمل إجارة، فيصير صفقة فى صفقة، فيفسد بالشرط الفاسد، ورب السلم لا يملكه عيناً قبل القبض، فيكون النقل إلى مكان آخر عملاً من البائع فى مال نفسه، فلا يصير مؤاجراً لغيره، فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة فلا يصير فاسداً. (ك)

(١٠) للإيفاء.

(١١) قوله: "لوجود إلخ" كما فى بيع العين، فإن من باع حنطة بعينها بسواد وجب تسليمها فى موضع الحنطة، لأنه ملكها فى ذلك الموضع. (ن)

فيه، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه^(١)، فيصير نظير^(٢) أول أوقات^(٣) الإمكان^(٤) في الأوامر، وصار كالقرض والغصب^(٥). ولأبي حنيفة رحمه الله: أن التسليم^(٦) غير واجب في الحال^(٧)، فلا يتعين بخلاف القرض^(٨) والغصب^(٩)، وإذا لم يتعين^(١٠) فالجهالة فيه تفضي^(١١) إلى المنازعة، لأن قيم الأشياء تختلف^(١٢) باختلاف المكان، فلا بد من البيان، وصار كجهالة الصفة^(١٣). وعن هذا^(١٤) قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف^(١٥) فيه^(١٦) عنده^(١٧) يوجب التحالف كما في الصفة^(١٨)، وقيل

(١) أى فى التسليم.

(٢) قوله: "فيصير نظير إلخ" يعنى مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير أول وقت الصلاة لنفس الوجوب من حيث إنه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية ما مضى للوجوب وعدم ما سيأتى من الزمان. (ك)

(٣) فالجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه، وهذا على قول الكرخي. (عيني)

(٤) أى إمكان المأمور به.

(٥) قوله: "وصار كالقرض والغصب" فإن التسليم فيهما يجب فى مكان تحقق القرض والغصب. (ك)

(٦) أى تسليم المسلم فيه.

(٧) لاشتراط الأجل.

(٨) قوله: "فلا يتعين [أى مكان العقد، للتسليم] إلخ" وذلك لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والاستهلاك والغصب، والسلم لا يجوز إلا مؤجلاً، وإنما استحقاق التسليم عند حلول الأجل، وعند ذلك لا يدرى فى أى مكان يكون. (نهاية)

(٩) فإن التسليم فيهما واجب فى الحال.

(١٠) مكان العقد للإيفاء.

(١١) قوله: "تفضى إلى المنازعة" لأن رب السلم يطالبه فى موضع يكثر فيه الثمن، والمسلم إليه يسلم فى موضع يقل فيه الثمن. (مل)

(١٢) قوله: "تختلف" فإن الحنطة والحطب موجود فى المصر والسود، ثم يشتري فى المصر بأكثر مما يشتري به فى السود، وما ذلك إلا لاختلاف المكان. (نهاية)

(١٣) قوله: "وصار كجهالة الصفة" يعنى أن باختلاف الصفة فى المسلم فيه يختلف القيمة فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضاً، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى، فلا بد من البيان. (عيني)

(١٤) أى عن أن اختلاف القيم باختلاف المكان. (نهاية)

(١٥) أى اختلاف المتبايعين.

(١٦) أى مكان الإيفاء.

(١٧) لا عندهما.

(١٨) قوله: "كما فى الصفة" أى كما لو اختلفا فى صفة الثمن، أو الثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة فهو كما إذا اختلفا فى جودته ورداءته. (ف)

على عكسه^(١)، لأن تعين المكان^(٢) قضية العقد^(٣) عندهما .
وعلى هذا الخلاف الثمن^(٤) والأجرة والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً،
وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له^(٥) حمل ومؤنة، وقيل: لا يشترط^(٦)
ذلك^(٧) في الثمن، والصحيح أنه يشترط^(٨) إذا كان^(٩) مؤجلاً، وهو اختيار شمس
الأئمة السرخسي رحمه الله، وعنهما يتعين^(١٠) مكان الدار، ومكان تسليم الدابة^(١١)
للإيفاء^(١٢). قال^(١٣): وما لم يكن له حمل^(١٤) ومؤنة^(١٥) لا يحتاج فيه إلى بيان^(١٦)
مكان الإيفاء بالإجماع، لأنه لا يختلف قيمته^(١٧)، ويوفيه^(١٨) في المكان الذي أسلم

(١) قوله: "وقيل على عكسه" أى لا يوجب التحالف عنده بنى القول للمسلم إليه، وعنهما يوجهه. (ع)

(٢) قوله: "لأن تعين المكان إلخ" أى لأن تعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد، والاختلاف فيها يوجب التحالف بالإجماع، فيجب أن يكون ههنا كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف، فكذا ههنا. (ك)

(٣) أى مقتضاه قضية كعنية فرمان اسم است. (من)

(٤) قوله: "وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل، بأن باع عبداً بئر موصوف في الذمة إلى أجل يشترط بيان مكان الإيفاء للبئر عنده في الصحيح، وعنهما يتعين مكان العقد، والأجرة بأن يستأجر دابة، أو داراً بماله حمل، ومؤنة ديناً في الذمة عنده يشترط بيان مكان الإيفاء، وعنهما يتعين موضع الدار للإيفاء، وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء لصحة القسمة في الصحيح، وعنهما يتعين مكان القسمة للإيفاء. (ك)

(٥) لزيادة عرض، أو بناء في نصيب أحدهما. (ك)

(٦) عند الكل.

(٧) أى بيان مكان الإيفاء.

(٨) عنده، لا عندهما.

(٩) الثمن.

(١٠) فى إجارة الدار.

(١١) فى إجارة الدابة.

(١٢) أى إيفاء الأجرة.

(١٣) أى محمد. (عيني)

(١٤) قوله: "وما لم يكن له حمل إلخ" قيل: ماله حمل ومؤنة هو ما يكون بحال لو أمر إنساناً بحمله إلى مجلس القضاء لا يحمله مجاناً، وقيل: هو ما لا يمكن رفعه بيد واحدة، وقيل: ما يحتاج فى نقله إلى المؤنة كالخطة والشعير، وما لا يحتاج فيه إليها فهو مما لا مؤنة له كالمسك والكافور. (ك)

(١٥) كالمسك والكافور والزعفران، وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه. (ف)

(١٦) لصحة السلم. (ع)

(١٧) باختلاف الأماكن.

فيه^(١). قال رضى الله عنه^(٢): وهذه^(٣) رواية "الجامع الصغير" والبيوع، وذكر^(٤) فى الإجازات^(٥): أنه يوفيه فى أى مكان شاء، وهو الأصح، لأن الأماكن كلها سواء^(٦)، ولا وجوب فى الحال^(٧)، ولو عينا^(٨) مكاناً قليل: لا يتعين، لأنه لا يفيد^(٩)، وقيل^(١٠): يتعين، لأنه يفيد سقوط خطر الطريق^(١١)، ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتبى به^(١٢)، لأنه مع ثباين أطرافه كبقعة واحدة فيما^(١٣) ذكرنا^(١٤).

قال^(١٥): ولا يصح^(١٦) السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه^(١٧)، أما إذا كان من النقود^(١٨) فلأنه افتراق^(١٩) عن دين بدين^(٢٠)، وقد نهى^(٢١) النبى عليه

(١٨) المسلم إليه.

(١) لأنه موضع الالتزام فيترجح على غيره. (ع)

(٢) أى المصنف.

(٣) أى قوله: ويوفيه إلخ.

(٤) من أصل المسوط. (ف)

(٥) من أصل المسوط. (ف)

(٦) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأمكنة فيه. (ع)

(٧) حتى يتعين مكان العقد.

(٨) فيما لا حمل له.

(٩) قوله: "لأنه [التعين] لا يفيد" لأنه لا يلزمه بنقله مؤنة، ولا يختلف ماليته باختلاف الأمكنة. (ن)

(١٠) وهو الأصح. (عناية)

(١١) لرب السلم.

(١٢) قوله: "يكتفى به" هذا إذا لم يكن المصر عظيماً، فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ لا يجوز إلا أن

يبين، لأنه مفضى إلى المنازعة، ذكره فى "المحيط". (ف)

(١٣) قوله: "فيما ذكرنا" من أنه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة، وقيل: فيما ذكرنا من المسائل وهى

السلم والتمن، والأجرة، والقسمة. (عناية)

(١٤) أى فى القيمة.

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) أى لا يبقى صحيحاً بعد وقوعه على الصحة. (ن)

(١٧) قوله: "قبل أن يفارقه فيه [أى فى المجلس]" أى قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدناً لا

مكاناً حتى لو مشياً فرسخاً قبل القبض لم يفسد ما لم يتفرقا من غير قبض، فإن افتراقاً كذلك فسد. (عناية)

(١٨) كالدرهم والدنانير.

(١٩) قوله: "فلأنه افتراق إلخ" لأنها لا تتعين فلا يقع العقد إلا على دين فى الذمة يقع بدفع العين المقاصة

عنه. (ف)

(٢٠) وهو لا يجوز.

السلم عن الكالى بالكالى^(١) *، وإن كان عيناً^(٢) فلأن المسلم أخذ عاجلاً بأجل، إذ الإسلام والإسلاف^(٣) ينبئان عن التعجيل، فلا بد^(٤) من قبض أحد العوضين^(٥) ليتحقق معنى الاسم^(٦).

ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب^(٧) المسلم إليه فيه^(٨)، فيقدر^(٩) على التسليم^(١٠)، ولهذا قلنا^(١١): لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما^(١٢) أو لأحدهما، لأنه^(١٣) يمنع^(١٤) تمام القبض لكونه^(١٥) مانعاً^(١٦) من الانعقاد فى حق الحكم^(١٧)، وكذا لا يثبت^(١٨) فيه^(١٩) خيار الرؤية، لأنه^(٢٠) غير مفيد^(٢١) بخلاف

(٢١) قد تقدم. (ت)

(١) أى النسيئة بالنسيئة. (ع)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٠٤ ص ١٦٠. (نعيم)

(٢) كالتوب والحيوان. (ك)

(٣) فى شىء.

(٤) قوله: "فلا بد إلخ" أى فيشترط كون أحد البديلين فيه معجلاً كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلاً ليكون حكمه ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة، والكفالة، فإن هذه العقود يثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة، فكان ينبغي أن يشترط اقتران القبض بالعقد، فإنه أتم ما يكون من التعجيل، ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيراً كما فى عقد الصرف. وقال مالك رحمه الله: يجوز عقد السلم وإن لم يقبض رأس المال يوماً أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلاً، لأنه يعد عاجلاً عرفاً. (ك)

(٥) أى رأس المال فإن المسلم فيه آجل.

(٦) أى اسم السلم.

(٧) يتصرف.

(٨) فإن حاجة المسلم إليه إلى هذا العقد لإفلاسه. (ف)

(٩) المسلم إليه.

(١٠) أى تسليم المسلم فيه.

(١١) قوله: "ولهذا إلخ" إيضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله: ولأنه لا بد من تسليم رأس المال. (ن)

(١٢) أى للعاقدين.

(١٣) أى لأن خيار الشرط.

(١٤) قوله: "لأنه يمنع إلخ" أى لأن الخيار يمنع تمام القبض، لأنه إنما يتم إذا كان بناء على الملك، وخيار الشرط يمنع الملك لأنه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم، فيمتنع تمام العقد والاتراق قبل تمامه مبطل للعقد. (ك)

(١٥) خيار الشرط.

(١٦) قوله: "لكونه مانعاً إلخ" هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله ظاهر، فإنه وإن خرج البديل من ملك من له الخيار لم يكن فى ملك الآخر، وعلى قولهما هو ملك متزلزل، فإنه بعرضة أن يفسخ من له الخيار، فلا يتم القبض، لأن تمامه مبني على تمام الملك فى المقبوض. (فتح القدير)

خيار^(١) العيب^(٢)، لأنه لا يمنع تمام القبض^(٣). ولو أسقط^(٤) خيار الشرط قبل الافتراق^(٥) ورأس المال^(٦) قائم^(٧) جاز خلافاً لزفر رحمه الله^(٨)، وقد مر نظيره^(٩).
وجملة الشروط^(١٠) جمعوها في قوله: إعلام رأس المال^(١١) وتعجيله^(١٢)، وإعلام المسلم فيه^(١٣) وتأجيله، وبيان مكان الإيفاء^(١٤) والقدرة على تحصيله^(١٥)، فإن

(١٧) وهو ثبوت الملك.

(١٨) قوله: "وكذا لا يثبت فيه" أى في المسلم فيه دون رأس المال، فإن خيار الرؤية أو خيار العيب فيه لا يفسد، لأنه لا يمنع ثبوت الملك. (نهاية)

(١٩) وفي الاستصناع المعقود عليه عين فيثبت فيه.

(٢٠) خيار الرؤية.

(٢١) قوله: "لأنه غير مفيد" إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع، والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان، لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض، وإنما تناول مثله ديناً في الذمة، فلا يفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله، فإذا لم يفد فائدته لا يثبت بخلاف بيع العين فإنه لو رد العين بخيار الرؤية يفسخ العقد، لأنه رد عين ما تناوله العقد، فيفسخ العقد برده، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده. (عيني)

(١) في رأس المال.

(٢) في المسلم فيه. (ف)

(٣) قوله: "لأنه لا يمنع إلخ" لأن تمام القبض بتمام الصفقة، وتتمامها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد. (ع)

(٤) رب السلم. (ع)

(٥) عن المجلس.

(٦) قوله: "ورأس المال [الواو حالية] قائم" إنما قيد بقيام رأس المال، لأنهما لو أسقطاه بعد انفاقه، واستهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً، لأنه بالاستهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فلو صح كان رأس مال هو دين، وذلك لا يجوز في ابتداء العقد، ولأنه الآن في معنى الابتداء، إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً. (ف)

(٧) في يد المسلم إليه.

(٨) والشافعي رحمه الله. (ف)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" أى في باب البيع الفاسد وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول، ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله. (ف)

(١٠) قال المصنف: وجملة الشروط إلخ. (ف)

(١١) قوله: "إعلام رأس المال" يشمل على بيان جنسه، وصفته، ونوعه، وقدره. (ف)

(١٢) أى التسليم قبل الافتراق.

(١٣) قوله: "وإعلام المسلم فيه" أى قدره، وجنسه، ووصفه، ونوعه.

(١٤) أى إيفاء المسلم فيه.

(١٥) قوله: "والقدرة على تحصيله" بأن كان المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين الحبل، ولا يكون

أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه^(١)، ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل^(٢) لفوات القبض، ويجوز^(٣) في حصة النقد؛ لاستجماع شرائطه^(٤)، ولا يشيع^(٥) الفساد لأن الفساد طار^(٦) إذ السلم وقع صحيحاً^(٧)، ولهذا^(٨) لو نقد رأس المال^(٩) قبل الافتراق صح^(١٠)، إلا أنه يبطل^(١١) بالافتراق^(١٢) لما بينا^(١٣)، وهذا^(١٤) لأن الدين لا يتعين في البيع، ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين^(١٥)،

منقطعاً، ثم اعلم أنه يشترط في السلم أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، فلا يجوز في النقود، وأن لا يكون فيه خيار الشرط وأن لا يكون البدلان شاملين لإحدى علتى الربا. فقوله: وجملة الشروط لا يستقيم، كذا في "فتح القدير". (مولان عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(١) قوله: "على المسلم إليه" إنما قيد بقوله: على المسلم إليه؛ لأنه لو قال: أسلمت إليك هذه المائة، والمائة التي على فلان يبطل العقد في الكل وإن نقد مائة، لأن اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد، وهذا فساد مقارن للعقد، فأوجب فساد الكل. (ك)

(٢) سواء أطلق المائتين ابتداءً، أو أضاف العقد في أحدهما إلى الدين. (ع)

(٣) السلم.

(٤) السلم.

(٥) قوله: "ولا يشيع الفساد إلخ" جواب عن قول زفر، فإنه يقول: يشيع الفساد، ويبطل العقد في حصة النقد أيضاً، لأن هذا فساد قوى تمكن في صلب العقد يفسد به الكل. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الفساد طار" لأن قبض رأس المال في المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة، أما العقد في ذاته فقد وقع صحيحاً. (ك)

(٧) قوله: "إذ السلم وقع صحيحاً" أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقاً بأن قال: أسلمت لك مائتين في كذا، ثم جعل أحدهما الدين فظاهر، وأما إن أضاف العقد إلى الدين والعين جميعاً بأن قال: أسلمت مائة الدين، وهذه المائة في كذا فكذلك، لأن العقد لا يتقيد بالدين، ولو قيد به بدليل أن من اشترى عبداً بدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد إلا إذا كانا يعلمان عدم الدين، فيفسد لأمر آخر، وهو أنهما حيثئذٍ هازلان بالبيع حيث عقداً بيعاً بلا ثمن. (ف)

(٨) أى لأن الفساد الطارى لا يفسد السلم.

(٩) الذى هو دين على المسلم إليه.

(١٠) إذ السلم وقع صحيحاً.

(١١) السلم.

(١٢) من غير قبض.

(١٣) من أنه افتراق عن دين بدين.

(١٤) قوله: "وهذا" إشارة إلى قوله: إذ السلم وقع صحيحاً لأن الدين لا يتعين في البيع بإضافة العقد إليه بل العقد يتعلق بجنس المضاف إليه، لأن النقود لا تتعين في العقود إذا كانت عيناً فكذا إذا كانت ديناً، فصار الإطلاق والتقييد سواء فيه. (مل)

(١٥) على البائع.

ثم تصادقا أن لا دين ^(١) لا يبطل البيع، فينقصد ^(٢) صحيحاً.

قال ^(٣): ولا يجوز التصرف ^(٤) في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض.

أما الأول ^(٥) فلما فيه من تقويت القبض ^(٦) المستحق بالعقد ^(٧)، وأما الثاني ^(٨)

فلأن المسلم فيه مبيع، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز.

ولا يجوز الشركة ^(٩) والتولية في المسلم فيه، لأنه تصرف فيه ^(١٠)، فإن تقايلا

السلم لم يكن له ^(١١) أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً حتى يقبضه كله؛ لقوله

عليه السلام ^(١٢): «لا تأخذ إلا سلمك ^(١٣) أو رأس مالك» * أي ^(١٤) عند الفسخ،

ولأنه ^(١٥) أخذ شبهها بالمبيع، فلا يحل التصرف فيه ^(١٦) قبل قبضه، وهذا ^(١٧) لأن

(١) عليه.

(٢) البيع.

(٣) أي القدرى. (عيني)

(٤) بالبيع، أو الهبة، أو الوصية.

(٥) أي رأس المال. (ف)

(٦) قبل الافتراق. (ف)

(٧) وهو حق للشرع.

(٨) أي المسلم فيه. (ف)

(٩) قوله: «ولا يجوز الشركة إلخ» صورة الشركة أن يقول رب السلم لآخر: أعطني نصف رأس المال

حتى تكون شريكاً في المسلم فيه، وصورة التولية أن يقول رب السلم لآخر: أعطني مثل ما أعطيت للمسلم إليه

حتى يكون المسلم فيه لك، وأنه يبيع بعض المبيع قبل القبض، أو يبيع كله. (ك)

(١٠) قوله: «لأنه تصرف فيه» فإن قيل: ما وجه تخصيص الشركة والتولية بعد ذكر الأعم منهما وهو

قوله: ولا يجوز التصرف إلخ، قلنا: إن أحداً لا يشتري المسلم فيه مرابحة لكونه ديناً ولا وضعية لكونها ضرراً

ظاهراً، ولو اشترى إنما يشتريه بمثل ما اشتراه رب السلم رغبة في كله وهو التولية، أو بعضه وهو الشركة،

فخصهما ليتصور التصرف فيهما من هذا الوجه. (ن)

(١١) أي لرب السلم. (ف)

(١٢) قوله: «لقوله عليه السلام» رواه الدارقطني في «سننه» عن إبراهيم بن سعيد الجوهري بلفظ: «من

أسلم في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»، كذا قال الزيلعي.

(١٣) أي المسلم فيه، وهذا عند بقاء العقد.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٥ ص ١٦٠. (نعيم)

(١٤) هذا تفسير من المصنف. (عيني)

(١٥) رأس المال.

(١٦) رأس المال.

(١٧) أي كون رأس المال شبيهاً بالمبيع.

الإقالة بيع جديد في حق ثالث^(١)، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه^(٢)، فجعل رأس المال مبيعاً^(٣)، لأنه دين مثله^(٤)، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس^(٥)، لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه، وفيه^(٦) خلاف زفر رحمه الله^(٧)، والحجة عليه^(٨) ما ذكرناه^(٩). قال^(١٠): ومن أسلم في كر حنطة^(١١) فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً، وأمر رب السلم بقبضه^(١٢) قضاء^(١٣) لم يكن قضاء^(١٤)، وإن أمره^(١٥) أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه جاز، لأنه

(١) قوله: "لأن الإقالة إلخ" يعني الإقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين، وهو الشرع، والبيع يقتضى وجود المعقود عليه، والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة، فلا بد من جعل رأس المال مبيعاً ليرد عليه العقد، وإلا لكان ما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً باطل، وهو صالح لذلك لأنه دين مثل المسلم فيه، وجعل الدين مبيعاً ليس بمجال، وإذا كان شبيهاً بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض، فكذا ما أشبهه. (ع)

(٢) مسلم فيه.

(٣) استحساناً.

(٤) مسلم فيه.

(٥) قوله: "إلا أنه إلخ" هذا الاستثناء لدفع السؤال، وهو أن الإقالة لما كانت بيعاً جديداً في حق ثالث، فصار إقالة السلم كبيع السلم اعتباراً لحكم الانتهاء بالابتداء، فينبغي أن يجب قبض رأس المال بعد الإقالة في مجلس الإقالة كما كان قبض رأس المال في المجلس شرطاً في ابتداء السلم. فقال: إلا أنه لا يجب قبضه في مجلس الإقالة، لأنه، أى لأن عقد الإقالة في كونه بيعاً ليس في حكم ابتداء عقد السلم، لأنه بيع من كل وجه في حق الكل، والإقالة بيع في حق ثالث، وفسخ في حق العاقدين، وليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من كل وجه الاشتراط فيه من وجه دون وجه، كذا في "النهاية" وغيرها. وتعقب عليه في العناية بأن التأمل يغنى عن هذا السؤال، فلا حاجة إلى الجواب، لأن رأس المال لما صار معقوداً عليه أسقط اشتراط قبضه، فالسؤال بوجوب قبضه لا يرد، لكن المصنف دفع وهم من عسى أن يتوهم نظراً إلى كونه رأس المال وجوب قبضه، ولا ينظر إلى ما في الدليل السابق من انقلابه معقوداً عليه. تأمل. (مولانا عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٦) قوله: "وفيه" أى في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً خلاف زفر، هو يقول: رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه، فلما جاز الاستبدال لسائر الديون جاز بهذا الدين. (ع)

(٧) وما قال زفر هو القياس.

(٨) زفر.

(٩) من الحديث والمعقول، وهو قوله: وهذا لأن الإقالة بيع جديد إلخ.

(١٠) أى محمد في "الجامع الصغير". (عينى)

(١١) هو ستون قفيتراً.

(١٢) أى يقبض الكر.

(١٣) قوله: "قضاء" أى أداء لحقه، ولفظ ش رحمه الله "الجامع الصغير" أمر أن يعتقه اقتضاء لحقه، فاقتضاه لا يكون قبضاً حتى يكيله مرتين. (ن)

(١٤) قوله: "لم يكن قضاء" حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه، ويطالب رب السلم بحقه. (ف)

(١٥) أى رب السلم.

اجتمعت الصفقتان^(١) بشرط الكيل، فلا بد من الكيل مرتين^(٢)، لنهى النبي عليه السلام عن بيع الطعام* حتى يجرى فيه صاعان^(٣)، وهذا هو محمل الحديث على ما مر^(٤)، والسلم^(٥) وإن^(٦) كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق، وأنه بمنزلة ابتداء البيع^(٧)، لأن العين^(٨) غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص^(٩)، وهو حرمة الاستبدال^(١٠)، فيتحقق^(١١) البيع بعد الشرى، وإن لم يكن^(١٢) سلماً وكان قرضاً^(١٣) فأمره بقبض الكر^(١٤) جاز، لأن القرض إعارة، ولهذا^(١٥) ينعقد بلفظ الإعارة، فكان المرود عين المأخوذ^(١٦) مطلقاً^(١٧) حكماً^(١٨)، فلا يجتمع

(١) قوله: "الصفقتان" أحدهما صفقة عقد السلم، والثانية التي جرت بين المسلم إليه وبائعه. (ف)

(٢) قوله: "فلا بد إلخ" والفقهاء فيه أن المستحق بالعقد ما سمي به وهو الكر، وهو إنما يتحقق بالكيل، فكان الكيل معيناً للمستحق بالعقد، وهذان عقدان ومشترتان، فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه. (ف)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٠٥ ص ١٦١. (نعم)

(٣) صاع البائع وصاع المشتري. (ف)

(٤) قوله: "على ما مر" وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية بقوله: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين. (ن)

(٥) قوله: "والسلم إلخ" جواب سؤال مقدر بأن بيع المسلم إليه من رب السلم كان سابقاً على شرى المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعاً عند الشرى، فلم يجتمع الصفقتان، فلا يدخل تحت النهى. (ن)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وأنه بمنزلة ابتداء البيع" أى كأنهما جددا العقد على ذلك المقبوض، وإنما قال: أن القبض بمنزلة ابتداء البيع لأن المسلم فيه دين فى ذمته، والمقبوض عين، وهو غير الدين. (مل)

(٨) المقبوض.

(٩) قوله: "وإن [الواو وصلية] جعل عينه [أى عين الدين] إلخ" أى وإن جعل المقبوض عين ما تناوله العقد فى حكم خاص للعقد، وهو حرمة الاستبدال، إذ لو جعل غيره لكان استبدالاً بالمسلم فيه، وهو حرام، وأما فيما وراءه فهو غيره حقيقة، فصار بائعاً ما اشترى مكايلة قبل الكيل، فيطل. (ك)

(١٠) قبل القبض.

(١١) قوله: "فيتحقق إلخ" أى فيتحقق بيع المسلم إليه من رب السلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه، فقد اجتمعت الصفقتان. (مل)

(١٢) الكر.

(١٣) قوله: "وكان قرضاً إلخ" يعنى إذا استقرض كراً، ثم اشترى المستقرض كراً من الغير، ثم أمر المستقرض المقرض بقبض ذلك الكر جاز، ويكتفى بكيل واحد لأن القرض إلخ. (ن)

(١٤) ولم يقل: قبضه لى ثم قبضه لنفسك. (ف)

(١٥) أى لكونه إعارة.

(١٦) المقبوض سابقاً.

الصفقتان. قال^(١): "ومن أسلم في كره، فأمر رب السلم أن يكيه^(٢) المسلم إليه في غرائر^(٣) رب السلم، ففعل^(٤) وهو^(٥) غائب^(٦) لم يكن قضاء^(٧)؛ لأن الأمر بالكيل لم يصح، لأنه لم يصادف^(٨) ملك الأمر^(٩)، لأن حقه في الدين دون العين^(١٠)، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه، وقد جعل^(١١) ملك نفسه فيها^(١٢)، فصار كما لو كان عليه دراهم دين، فدفع^(١٣) إليه^(١٤) كيساً ليزنها^(١٥) المديون فيه^(١٦) لم يصر^(١٧) قابضاً. ولو كانت الحنطة مشتراً^(١٨)، والمسألة بحالها^(١٩) صار^(٢٠) قابضاً، لأن الأمر

(١٧) سواء كان في حق الاستبدال أو غيره.

(١٨) قوله: "حكماً إلخ" أى حكماً للشرع وإلا يلزم تملك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربا، فلا يجتمع الصفقتان بشرط الكيل، فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة. (مل)

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) أى ذلك الكره.

(٣) غرارة بالثناء لا بالفتح جوال غرائر جمع. (من)

(٤) أى كان المسلم إليه الكره فى غرائر رب السلم. (ن)

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وهو غائب" والتقييد بغيبته لأنه لو كان فيها رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع. (ف)

(٧) قوله: "لم يكن قضاء [حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه. ن]" هذا إذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد، فإن كان قبلي لا يصير قابضاً لما قررنا أن أمره غير معتبر فى ملك الغير، قال فى "المبسوط": والأصح عندي أنه يصير قابضاً، لأن أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر، فيصير قابضاً. (ف)

(٨) نيافت.

(٩) أى رب السلم.

(١٠) قوله: "لأن حقه إلخ" الحاصل أن حق رب السلم فى الدين لا فى العين والدين وصف ثابت فى الذمة، وجعله فى غرائر رب السلم محال، فالأمر بالكيل لم يصادف ملك الأمر إنما صادف عيناً مملوكاً للبائع. (مل)

(١١) المسلم إليه.

(١٢) فلم يصير رب السلم قابضاً.

(١٣) الدائن.

(١٤) أى إلى المديون.

(١٥) الدراهم.

(١٦) أى فى الكيس.

(١٧) الدائن.

(١٨) أى غير مسلم فيها. (ف)

قد صح حيث صادف^(١) ملكه^(٢)، لأنه ملك العين بالبيع، ألا ترى^(٣) أنه لو أمره^(٤) بالطحن^(٥) كان الطحين^(٦) في السلم للمسلم إليه^(٧)، وفي الشرى للمشتري لصحة الأمر^(٨)، وكذا إذا أمره^(٩) أن يصبه^(١٠) في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه^(١١)، وفي الشرى من مال المشتري، ويتقرر الثمن عليه^(١٢) لما قلنا^(١٣)، ولهذا^(١٤) يكتفى بذلك الكيل في الشرى في الصحيح^(١٥)، لأنه^(١٦) نائب عنه في الكيل، والقبض بالوقوع في غرائر المشتري.

ولو أمره^(١٧) في الشرى أن يكيه في غرائر البائع، ففعل^(١٨) لم يصر^(١٩) قابضاً،

(١٩) قوله: "والمسألة بحالها" وهي أنه دفع غرائره إلى البائع وقال: اجعلها فيها، ففعل والمشتري حاضر أو غائب، صار قابضاً لأنه حينئذ يصير البائع وكيلاً عنه في إمساك الغرائر، فبقيت الغرائر في يد المشتري حكماً، فصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري حكماً، لأن فعل نائبه كفعله حتى لو كانت الغرائر للبائع لم يصر قابضاً. (عيني)

(٢٠) لا لمشتري.

(١) الأمر.

(٢) أى المشتري.

(٣) توضيح لتملكه بالبيع.

(٤) البائع.

(٥) آرد كردن غلة وغيره. (غث)

(٦) آرد تيار كردن أى الدقيق. (ن)

(٧) لأن الأمر بالطحن في السلم لا يصح لأنه لا يلقى ملك المسلم إليه، ولا يكون لرب السلم أن يأخذه، لأنه حينئذ يعتبر مستبدلاً. (ك)

(٨) لأنه لا يلقى ملك المشتري.

(٩) البائع.

(١٠) المبيع.

(١١) لأن أمره لا يصح.

(١٢) أى على المشتري.

(١٣) من صحة الأمر.

(١٤) أى لكون الأمر قد صح.

(١٥) قوله: "في الصحيح" احتراز عما قيل: لا يكتفى بكيل واحد تمسكاً بظاهر ما روى أنه عليه السلام

نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشتري. (ن)

(١٦) قوله: "لأنه" أى لأن البائع نائب عن المشتري في الكيل، والقبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر

المشتري كأن هذا جواب إشكال بأن يقال: البائع مسلم ويكون متسلماً قابضاً. (نهاية)

(١٧) أى المشتري البائع.

لأنه^(١) استعار غرائره، ولم يقبضها^(٢)، فلا تصير الغرائر في يده،^(٣) فكذا ما يقع فيها^(٤)، وصار كما لو أمره^(٥) أن يكيه^(٦)، ويعزله^(٧) في ناحية من بيت البائع، لأن البيت بنواحيه في يده^(٨)، فلم يصير المشتري قابضاً^(٩).
ولو اجتمع الدين والعين^(١٠)، والغرائر^(١١) للمشتري إن بدأ^(١٢) بالعين صار^(١٣) قابضاً^(١٤)، أما العين فلصحة الأمر^(١٥) فيه^(١٦)، وأما الدين فلا اتصاله^(١٧) بملكه^(١٨)، وبمثله^(١٩) يصير^(٢٠) قابضاً، كمن استقرض حنطة وأمره^(٢١) أن يزرعها في أرضه،

(١٨) بغيبته. (ف)

(١٩) المشتري.

(١) المشتري.

(٢) قوله: "ولم يقبضها" والعارية تبرع، فلا تتم بدون القبض، فلم يصير المشتري قابضاً، لأنه مستعير لم يقبض، فلا تصير إلخ. (ن)

(٣) مشتري.

(٤) غرائر.

(٥) أى المشتري البائع.

(٦) الكر ففعل بغيبته. (ف)

(٧) جدا نمايد كردن.

(٨) البائع.

(٩) لأنه مستعير لم يقبض. (ع)

(١٠) أى اشترى كراً معيناً، وله على البائع كراً آخر دين، وهو المسلم فيه. (عينى)

(١١) قوله: "والغرائر" أى والحال أن الغرائر للمشتري، وأمره أن يجعل الدين والعين فيها. (عينى)

(١٢) بائع.

(١٣) المشتري.

(١٤) للعين والدين كليهما.

(١٥) قوله: "فلصحة الأمر [ففعل المأمور كفعل الأمر]" ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري فى القبض كما لو وكله بذلك نصاً، وأجيب بأنه يثبت ضمناً، وإن لم يثبت قصداً. (عناية)

(١٦) لمصادفة الملك. (ع)

(١٧) دين بالرضاء. (ع)

(١٨) مشتري.

(١٩) أى بمثل اتصال الدين بملك المشتري رضاء.

(٢٠) قوله: "وبمثله يصير إلخ" لأن القبض تارة بيده، أو بتخلية منه، ومرة باتصاله بملكه، فإن قيل: أليس أن الصباغ إذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر وهو رب الثوب قابضاً باعتبار هذا الاتصال، فلم يصير قابضاً ههنا باعتباره. قلنا: المعقود عليه ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين، وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل، لأنه عرض لا

وكممن دفع إلى صائغ خاتماً، وأمره^(١) أن يزيده من عنده نصف دينار^(٢)، وإن بدأ بالدين^(٣) لم يصير^(٤) قابضاً^(٥)، أما الدين فلعدم صحة الأمر^(٦)، وأما العين فلأنه^(٧) خلطه^(٨) بملكه^(٩) قبل التسليم، فصار^(١٠) مستهلكاً^(١١) عند أبي حنيفة رحمه الله، فينتقض البيع^(١٢)، وهذا الخلط^(١٣) غير مرضى به من جهته^(١٤) لجواز أن يكون مراده البداية بالعين^(١٥)، وعندهما هو^(١٦) بالخيار إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه^(١٧) في المخلوط، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

قال^(١٨): "ومن أسلم جارية في كر حنطة^(١٩)، وقبضها^(٢٠) المسلم إليه، ثم

يقبل الانتقال عن محله، فلم يتصل العقود عليه بالثوب، فلم يصير به قابضاً. (كفاية)

(٢١) قوله: "وأمره إلخ" أى أمر المستقرض المقرض أن يزرع الحنطة فى أرض المستقرض، فزرع صار المستقرض قابضاً بحكم اتصاله بملكه. (ملخصات)

(١) الصائغ.

(٢) فيصير قابضاً للنصف بحكم اتصاله بملكه. (ن)

(٣) المسلم فيه.

(٤) المشتري.

(٥) الدين والعين كليهما.

(٦) لعدم مصادفة الملك لأن حقه فى الدين لا فى العين، وهذا عين. (ع)

(٧) البائع.

(٨) بحيث لا يميز.

(٩) يعود.

(١٠) البائع.

(١١) للمبيع.

(١٢) لهلاك المبيع قبل القبض. (ف)

(١٣) قوله: "وهذا الخلط إلخ" جواب سؤال ذكر فى "الفوائد الظهيرية"، فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري، فينبغى أن لا ينتقض البيع. قلنا: إن الخلط على هذا الوجه لم قلت بأنه حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الأمر قابضاً حصل بإذنه، وهو إذا بدأ بالعين. (ك)

(١٤) المشتري.

(١٥) قوله: "لجواز إلخ" كلامه فى قوة المنع كأنه قال: لا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به، وقوله: لجواز

إلخ سند المنع، فاستقام الكلام. (ع)

(١٦) المشتري.

(١٧) البائع.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٩) قوله: "ومن أسلم إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل أن فى بيع المقايضة، وهو بيع ما يتعين بما يتعين

تقايلاً^(١)، فماتت في يد المشتري^(٢) فعليه قيمتها^(٣) يوم قبضها، ولو تقايلاً^(٤) بعد هلاك الجارية جاز^(٥)؛ لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد^(٦)، وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه^(٧)، فصحت الإقالة حال بقاءه، وإذا جاز^(٨) ابتداء أولى أن يبقى انتهاء، لأن البقاء أسهل^(٩)، وإذا انفسخ العقد^(١٠) في المسلم فيه انفسخ^(١١) في الجارية تبعاً، فيجب عليه ردها، وقد عجز^(١٢)، فيجب عليه رد قيمتها^(١٣). ولو اشترى^(١٤) جارية بألف درهم، ثم تقايلاً، فماتت^(١٥) في يد المشتري

هلاك أحدهما لا يمنع ابتداء الإقالة، ولا بقاءها، وهلاكهما يمنع الإقالة ابتداء وبقاء، لأن في المقايضة العقد قائم بقيام أحد العوضين، لأن قيام العقد عند قيامهما، لأن أحدهما لا يتعين لإضافة القيام إليه، وإذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك أحدهما لما عرف أن الثابت بالشئيين لا يزول بزوال أحدهما، فيكون قائماً بقيام أحدهما، فيصح الإقالة. وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين، لأن ما يتعين له ضرب مزية على ما لا يتعين، لأن ما يتعين مال حقيقة وحكماً، وما لا يتعين مال حكماً لا حقيقة، لأنه دين. وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين، وهو الصرف يصح الإقالة، وإن هلكا، أو هلك أحدهما لأن انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء، فكذا في الانفساخ بقاء، لأن قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد. (ك)

(٢٠) الجارية.

(١) السلم.

(٢) قوله: "في يد المشتري" أي المسلم إليه، وإنما سماه مشترياً نظراً إلى اشتراؤه الجارية بالحنطة التي هي

دين. (ن)

• (٣) ولم يبطل الإقالة بهلاكها. (ع)

(٤) السلم.

(٥) والقول في القيمة قول المطلوب، والبينة بينة الطالب. (ن)

(٦) لأنها فسخ العقد، وفسخ العقد بدون العقد لا يكون. (ك)

(٧) لأنه مبيع. (ن)

(٨) قوله: "وإذا جاز إلخ" أي إذا جازت الإقالة بعد هلاك الجارية في المسألة الثانية فلأن يبقى الإقالة بعد

هلاك الجارية في الأولى بالطريق الأولى. (ن)

(٩) من الابتداء.

(١٠) قوله: "وإذا انفسخ [بالإقالة] إلخ" هذا جواب من يقول: إن الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف

يتحقق، وأنه ليس بمحل لذلك، فقال: الانفساخ بطريق التبعية، وكم من شيء يثبت تبعاً، ولا يثبت قصداً. (عيني)

(١١) العقد.

(١٢) أي المسلم إليه عن رد الجارية بسبب موتها.

(١٣) قوله: "رد قيمتها" وقامت قيمة الجارية مقام الجارية، فكان أحد العوضين قائماً، فلا يرد ما قيل:

الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالإقالة، فصار كهلاك العوضين في المقايضة، وهو يمنع الإقالة. (عناية)

(١٤) من غير مسلم.

(١٥) الجارية.

بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة^(١) ؛ لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية ، فلا يبقى العقد بعد هلاكها ، فلا يصح الإقالة ابتداءً ، فلا تبقى^(٢) انتهاء لانعدام محله ، وهذا^(٣) بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الإقالة^(٤) ، وتبقى^(٥) بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما^(٦) مبيع فيه .

قال^(٧) : " ومن أسلم^(٨) إلى رجل دراهم في كرحنطة ، فقال المسلم إليه : شرطت رديا ، وقال رب السلم : لم تشتر شيئا ، فالقول قول المسلم إليه^(٩) ؛ لأن رب السلم متعنت^(١٠) في إنكاره^(١١) الصحة^(١٢) ، لأن المسلم فيه يربو^(١٣) على رأس المال في العادة ، وفي عكسه^(١٤) قالوا^(١٥) : يجب^(١٦) أن يكون القول لرب السلم عند

(١) أيضاً .

(٢) الإقالة .

(٣) أى الذى ذكرناه .

(٤) ابتداء .

(٥) الإقالة .

(٦) العوضين .

(٧) أى محمد في " الجامع الصغير " . (عيني)

(٨) قوله : " ومن أسلم الخ " الأصل في جنس هذه المسائل إنهما إذا اختلفا في الصحة ، فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت ، وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا ، والقول قول من يدعى الصحة ، وإن خرج مخرج الخصومة ، وهو أن ينكر ما يضره ، فقال أبو حنيفة رحمه الله : القول قول من يدعى الصحة إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصه المنكر ، وقالوا : القول قول المنكر وإن أنكر الصحة . (ف)

(٩) قوله : " قول المسلم إليه " لأنهما اتفقا على عقد واحد ، واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه ، وهو بيان الوصف ، فمن يدعيه يدعى صحة العقد ، فكان الظاهر شاهدا له ، لأن الظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة دون الفساد ، والقول قول من شهد له الظاهر ، لأنه أقرب إلى الصدق . (ن)

(١٠) قوله : " متعنت " المتعنت لغة من يطلب العنت ، وهو وقوع الإنسان فيما لا يستطيع الخروج عنه ، والمراد بالمتعنت شرعا من ينكر ما ينفعه ، والمخاصم من ينكر ما يضره . كذا في القوائد الظهيرية . (ن)

(١١) إذ لا بد في صحة السلم من بيان الصفة .

(١٢) أى صحة السلم .

(١٣) قوله : " يربو [أى يزيد] " فإن قيل : لا نسلم بل رأس المال خبير وإن قل من المسلم فيه وإن جل ، لأن ذلك نقد ، وهذا نسيئة . قلنا : نعم كذلك إلا أن ذلك متروك ههنا بالعرف والعادة ، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون على عقد السلم ، وما ذلك إلا لفائدة زائدة زادها فيه ، فكان إلغاء مزية النقد بمقابلة فائدة زائدة زادها في المسلم فيه مع كونه نسيئة . (ن)

(١٤) قوله : " وفي عكسه " يعنى المسلم إليه ينكر بيان الوصف ، ورب السلم يدعى . (ن)

(١٥) قوله : " قالوا " أى لم يذكره محمد في " الجامع الصغير " ، والمتأخرون من المشايخ قالوا الخ . (ع)

أبى حنيفة رحمه الله، لأنه يدعى الصحة وإن^(١) كان صاحبه منكراً، وعندهما القول للمسلم إليه، لأنه مثكر وإن^(٢) أنكر الصحة، وسنقره من بعد^(٣)، إن شاء الله تعالى. ولو قال المسلم إليه: لم يكن له أجل، وقال رب السلم: بل كان له أجل، فالقول قول رب السلم^(٤)، لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل^(٥) غير متيقن لمكان الاجتهاد^(٦)، فلا يعتبر النفع في رد رأس المال. بخلاف عدم الوصف^(٧)، وفي عكسه^(٨) القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقاً^(٩) عليه، فيكون القول قوله وإن^(١٠) أنكر الصحة، كرب المال إذا قال للمضارب: شرطت لك نصف الربح^(١١) إلا عشرة^(١٢)، وقال المضارب: لا بل

(١٦) قوله: "يجب إلخ" لأن الظاهر شاهد له لأنه العقد الفاسد معصية، والظاهر من حال المسلم التحرز عن المعصية. (عيني)

(١) الواو وصلية.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "وسنقره من بعد [فيه تسامح، فإن السين لا تستعمل للبعيد، والمطابق ونقره. عناية]" وهو قوله: بعد خطوط القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقاً عليه إلخ. (ن)

(٤) بالاتفاق. (ف)

(٥) قوله: "والفساد إلخ" جواب عن سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكاره الأجل، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد لعدم الأجل، ويرد رأس المال يبقى له المسلم فيه، والمسلم فيه خير من رأس المال، وأنفع منه. (عيني)

(٦) قوله: "الاجتهاد" يعني أن فساد السلم بسبب ترك ذكر الأجل مجتهد فيه، فإن السلم الحال جائز عند الشافعي، فلما لم يكن فساده قطعاً عند ترك الأجل لم يلزم من إنكار الأجل رد رأس المال، فلا يكون النفع حاصلًا للمسلم إليه بهذا الإنكار من كل وجه، فلم يعتبر نفع رد رأس المال، فكان متعنتاً لإنكاره النفع الظاهر، وهو الأجل، كذا في "النهاية". وتعقب عليه بأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها كالشافعي رحمه الله غير صحيح، والصحيح أن يقال: لأن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابة، لكن هذا مبنى على ثبوته بين الصحابة. وقال ابن الهمام: هرباً عن القدح لأن السلم الحال حائز عند بعض المجتهدين. (مولانا عبد الحلیم)

(٧) قوله: "بخلاف عدم الوصف [كإلرداءة ونحوها. ف]" أى لو قال المسلم إليه: شرطت لك ردياً، وقال رب السلم: لم تشترط شيئاً، وهى المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه، لأن فساد السلم بترك الوصف متيقن به غير مجتهد فيه، فكان رب السلم متعنتاً. (ن)

(٨) أى ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم.

(٩) وهو زيادة الربح. (ف)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "نصف الربح إلخ" ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة، وهى غلط لأنه على هذا التقدير القول للمضارب، لأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا. (ف)

(١٢) بالاستثناء.

شرطت لى نصف الربح، فالقول لرب المال، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن^(١) أنكر الصحة^(٢)، وعند أبى حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه، لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا^(٣) على عقد واحد^(٤)، فكانا متفقين على الصحة ظاهراً^(٥). بخلاف^(٦) مسألة المضاربة^(٧)، ولأنه ليس بلازم^(٨)، فلا يعتبر الاختلاف فيه^(٩)، فبقى مجرد دعوى استحقاق الربح، أما السلم فلازم، فصار الأصل^(١٠) أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه^(١١) بالاتفاق^(١٢)، وإن خرج^(١٣) خصومة^(١٤)، ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن^(١٥) أنكر الصحة.

قال^(١٦): ويجوز السلم فى الثياب إذا بين^(١٧) طولاً وعرضاً، ورقعة^(١٨)؛ لأنه

(١) الواو وصلية.

(٢) أى صحة العقد.

(٣) المتعاقدان، واختلفا فى جوازه وفساده. (٤)

(٤) لأن السلم عقد واحد، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر. (٤)

(٥) إذ الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة. (٤)

(٦) قوله: "بخلاف [جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة] إلخ" يعنى أن عقد المضاربة إذا صح كان شركة، وإذا فسد صار إجارة، فلم يتفقا على عقد واحد، فإن مدعى الفساد يدعى إجارة، ومدعى الصحة يدعى الشركة، فكان اختلافهما فى نوع العقد، بخلاف السلم فى الحال، وهو ما يدعى منكر الأجل، فإنه سلم فاسد لا عقد آخر، ولهذا يحنث به فى يمينه: لا يسلم فى شىء، فقد اتفقا على عقد واحد، واختلفا فى صحته وفساده، فالقول لمدعى الصحة. (ف)

(٧) أى لم يتفقا فيها على عقد واحد لأن الفاسد منها يكون إجارة. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إلخ" فرق آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه، والأول فرق آخر باتحاد العقد وتعدد دل عليه قوله: وقد اتفقا على عقد واحد إلخ. (ك)

(٩) قوله: "فلا يعتبر إلخ" أى عقد المضاربة ليس بعقد لازم، لأن كل واحد من رب المال والمضارب يتمكن من فسخه بعد عقد المضاربة، وإذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف العاقدين، وإذا ارتفع بقى دعوى المضارب فى مال رب المال، فالقول للمنكر، وهو رب المال، أما السلم فعقد لازم، فبالاختلاف لا يرتفع، وإنما يرتفع عند رفعهما معاً، فكان مدعى الفساد متعنتاً، لأنه لا فائدة فى إنكاره، فكان القول قول من يدعى الصحة. (ن)

(١٠) أى القاعدة الكلية.

(١١) وهى مدعى الصحة.

(١٢) لأن كلام المتعنت مردود.

(١٣) كلامه.

(١٤) أى من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى القدورى. (عيني)

أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا^(١)، وإن كان ثوب حرير^(٢) لا بد من بيان وزنه أيضاً، لأنه مقصود فيه^(٣).

ولا يجوز السلم في الجواهر^(٤)، ولا في الخرز^(٥)؛ لأن أحادها تتفاوت^(٦) تفاوتاً فاحشاً، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً^(٧) يجوز السلم، لأنه مما يعلم بالوزن^(٨). ولا بأس بالسلم في اللبن^(٩) والآجر^(١٠) إذا سمي ملبناً^(١١) معلوماً؛ لأنه عددي^(١٢) متقارب، لا سيما إذا سمي اللبن.

قال^(١٣): وكل ما أمكن ضبط صفته^(١٤)، ومعرفة مقداره^(١٥) جاز السلم^(١٦) فيه؛ لأنه لا يفضى إلى المنازعة، وما لا يضبط صفته، ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم

(١٧) بعد ذكر الجنس والنوع والصفة.

(١٨) قوله: "ورقعة [أى غلظة وثخانة]" يقال: ورقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخاته. (ك)

(١) عند قوله في أول الباب: وكذا في المذروعات.

(٢) هو المتخذ من الإبريسم. (ع)

(٣) قوله: "لأنه [مع الطول والعرض] مقصود فيه [أى في الحرير]" لأن الحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته، وكذا الديباج فإنه كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته. (مل)

(٤) قوله: "ولا يجوز إلخ" العددي الذى يتفاوت أحاده فى المالىة كالجواهر والآلىة، والرمان والبطيخ، لا يجوز فيه السلم لإفضاءه إلى النزاع، والذى لا يتفاوت أحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد. (ع)

(٥) قوله: "الخرز [هو الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه]" خرزه بفتحيتين مهرة، وخرز، بفتحيتين مهراها، وخرزات الملك جواهر تاج، ورسم چنان بود كه هر سال بادشاهان جوهرى باقیمت بر تاج مى نشانیدند تا عدد سالهاى پادشاهى ازان معلوم شود. (منتخب)

(٦) قوله: "تفاوت" أى فى المالىة فإن الجوهريين قد تتحدان وزناً، ويختلف فيمتها باعتبار حسن الهيئة. (ف)

(٧) للكحل والتداوى وتدق وتجعل فى الدواء. (ف)

(٨) فلا يتفاوت فى المالىة. (ع)

(٩) لبنة واحد خشت خام.

(١٠) خشت پخته.

(١١) قوله: "ملبنا [آلة]" ملبن كمنبر قالب الطين قاموس، فهو بفتح الباء. (رد المحتار)

(١٢) قوله: "لأنه عددي إلخ" يعنى إذا سمي اللبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً، فيكون ساقط الاعتبار، فيلحق بعددي متقارب. (ع)

(١٣) أى القدورى. (عبنى)

(١٤) قوله: "وكل ما أمكن إلخ" هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز، وما لا يجوز، والمقصود فى الفقه معرفة المسائل الجزئية، فقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل، كذا فى "العناية". (مل)

(١٥) كالقطن، والكتان، والإبريشم، والنحاس، والحديد، والرصاص، والصفير. (ف)

(١٦) قوله: "جاز السلم" كالأصناف الأربعة من المكيات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربة.

فيه؛ لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضى إلى المنازعة.

ولا بأس بالسلم في طست^(١)، أو قمقمة، أو خفين، أو نحو ذلك^(٢) إذا كان يعرف، لاجتماع شرائط السلم، وإن كان لا يعرف، فلا خير^(٣) فيه، لأنه دين مجهول.

قال^(٤): وإن استصنع شيئاً^(٥) من ذلك^(٦) بغير أجل^(٧) جاز استحساناً^(٨) للإجماع الثابت بالتعامل^(٩)، وفي القياس لا يجوز، لأنه بيع المدوم^(١٠).
والصحيح أنه يجوز بيعاً لا عدة^(١١)، والمدوم قد يعتبر موجوداً حكماً^(١٢)، والمعقود عليه^(١٣) العين^(١٤) دون العمل، حتى لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعه، أو

(١) طشت.

(٢) كالكوز والقانسوة وغيرهما.

(٣) أى لا يجوز. (٤)

(٤) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) قوله: "وإن استصنع [الاستصناع طلب الصنعة. ف] إلخ" صورة الاستصناع أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول: اصنع لى شيئاً صورته كذا، وقدره كذا بكذا درهما، وسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها، أو لا يسلم. (٤)

(٦) طشت، وقمقمة، وخف وغيره.

(٧) ولما لم يضرب له أجل فليس بسلم.

(٨) قوله: "استحساناً" وجه الاستحسان أن النبي عليه السلام استصنع خاتماً ومنبراً، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير، فنزل منزلة الإجماع. (ك)

(٩) على الاتفاق. (ك)

(١٠) وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع المدوم. (ك)

(١١) قوله: "لا عدة" وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة، وإنما يتعقد العقد بالتعاطى إذا جاء به مفروغاً عنه، ولهذا يثبت الخيار لكل واحد منهما، والصحيح عند الجمهور أنه بيع لأن محمد رحمه الله سماه شراء، فقال: كان المستصنع إذا رآه بالخيار، لأنه اشترى مالم يره، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه تعامل، وبين مالا تعامل فيه، والمواعيد تجوز قياساً واستحساناً في الكل. (ك)

(١٢) قوله: "والمدوم إلخ" هذا جواب عما يقال: كيف يجوز أن يكون بيعاً، والمدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً. وتقرير الجواب: أن المدوم قد يعتبر موجوداً حكماً، أى من حيث الحكم كالتاسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان، فكذلك المستصنع المدوم جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس. (عيني)

(١٣) قوله: "والمعقود عليه إلخ" جواب عما يقال: إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع، بأن المعقود عليه هو العين، لأن المقصود هو المستصنع دون العمل، وفيه نفى لقول أبى سعيد البردعي، فإنه يقول: المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع استفعال من الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به يدل على أنه معقود عليه، والأديم آلة العمل، وإنما يتعقد بيعاً عند التسليم، والصحيح أن المعقود عليه هو العين، حتى لو جاء به، أى لو جاء الصانع الذى يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغاً عنه إلخ. (مل)

من صنعته قبل العقد، فأخذه^(١) جاز، ولا يتعين^(٢) إلا بالاختيار^(٣) حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز^(٤)، وهذا كله هو الصحيح^(٥).

قال: وهو^(٦) بالخيار^(٧) إن شاء أخذه، وإن شاء تركه؛ لأنه اشترى شيئاً لم يرده، ولا خيار للصانع، كذا ذكره في المبسوط، وهو الأصح^(٨)؛ لأنه باع ما لم يره^(٩). وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له^(١٠) الخيار أيضاً^(١١)، لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر^(١٢)، وهو قطع الصرم^(١٣)، وغيره^(١٤). وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما^(١٥)، أما الصانع فلما ذكرنا^(١٦)، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع، لأنه لا يشتريه غيره بمثله^(١٧)، ولا يجوز^(١٨) فيما لا تعامل

(١٤) المستصنع فيه.

(١) المستصنع.

(٢) المستصنع.

(٣) من المستصنع.

(٤) ولو تعين لما جاز بيعه قبل رؤيته.

(٥) قوله: "وهذا كله هو الصحيح" راجع إلى قوله: أنه يجوز بيعاً لا عدة، والمعقود عليه العين دون العمل، وقوله: لا يتعين إلا بالاختيار لما أن في كل واحد منها قولاً آخر.

فإن قيل: لو كان بيعاً لما بطل بموت الصانع أو المستصنع، قلنا: للاستصناع شبه بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع، وهو العمل، وشبه بالبيع من حيث إن المعقود عليه عين المستصنع، فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع، وهو المقصود أجرينا القياس والاستحسان، وأثبتنا فيه خيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في بيع العين. (ك)

(٦) أى المستصنع. (ع)

(٧) إذا رآه.

(٨) بناء على جعله بيعاً لا عدة. (ع)

(٩) وليس خيار الرؤية للبائع.

(١٠) أى للصانع.

(١١) إن شاء فعل وإن شاء ترك. (ع)

(١٢) أى بإتلاف شيء عين. (ن)

(١٣) قوله: "وهو قطع الصرم [معرب جرم] إلخ" فإن قيل: قطع الصرم لا يعتبر ضرراً في حقه لأنه رضى به، قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبور على القبول، وأنه مجتهد فيه. (ك)

(١٤) كإتلاف الخيط في خرزة.

(١٥) أى الصانع والمستصنع.

(١٦) إشارة إلى قوله: ولا خيار للصانع إلخ. (ك)

(١٧) قوله: "لا يشتريه [أى المصنوع] غيره بمثله" وقد لا يشتريه أصلاً، كما لو استصنع منبراً من يعظ

فيه للناس، كالثياب، لعدم المجوز^(١)، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن التسليم^(٢).
وإنما قال^(٣): بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل^(٤) فيما فيه تعامل يصير سلماً^(٥) عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافاً لهما، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق.

لهما^(٦): أن اللفظ^(٧) حقيقة للاستصناع، فيحافظ على قضيته^(٨)، ويحمل الأجل على التعجيل^(٩)، بخلاف ما لا تعامل فيه، لأن ذلك استصناع فاسد، فيحمل^(١٠) على السلم الصحيح، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه^(١١) دين يحتمل السلم، وجواز السلم بإجماع^(١٢) لا شبهة فيه^(١٣)، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة^(١٤)، فكان الحمل على السلم أولى، والله أعلم.

الناس عليه فالقاضي لا يشتره إصلاً. (ن)

(١٨) الاستصناع.

(١) تعامل.

(٢) أى تسليم المستصنع.

(٣) فى أول مسألة الاستصناع. (ن)

(٤) قوله: "لو ضرب الأجل إلخ" المراد بضرب الأجل ما ذكر على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال مثل أن قال: على أن تفرغ غداً أو بعد غد لا يصير سلماً، لأن ذكره حينئذٍ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال، ولا يصير به سلماً، وإن كان من الصانع فهو سلم، لأنه يذكره على سبيل الاستمهال. (ع)

(٥) فلا يجوز إلا بشرائط السلم.

(٦) فى الخلافية.

(٧) أى لفظ الاستصناع.

(٨) قوله: "فيحافظ إلخ" يعنى أن العمل بحقيقة اللفظ واجب إلا إذا صرفه عن الحقيقة صارف، وذكر الأجل لا يصرفه عنها لأن ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال لحياط: خط هذا الثوب غداً، فيحمل على حقيقة الاستصناع. (ك)

(٩) لأن ذكر الأجل يحتمل أن يكون للتعجيل، وأن يكون للاستمهال.

(١٠) بدلالة الأجل تصحيحاً لتصرف العاقل ما أمكن.

(١١) المصنوع.

(١٢) أى بإجماع الصحابة.

(١٣) لأنه ثابت بأية المداينة والسنة.

(١٤) لأن الشافعى رحمه الله ينكره.

مسائل منتورة^(١)

قال^(٢): ويجوز بيع الكلب، والفهد^(٣)، والسباع^(٤)، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الكلب^(٥) العقور^(٦)؛ لأنه غير منتفع به. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الكلب^(٧)؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت^(٨) مهر البغى^(٩) وثمر الكلب*»، ولأنه نجس العين، والنجاسة تشعر بهوان^(١٠) المحل، وجواز البيع يشعر بإعزازه، فكان^(١١) متنفياً. ولنا: «أنه عليه السلام نهى عن بيع الكلب^(١٢) إلا كلب صيد^(١٣) أو ماشية**».

(١) قوله: مسائل منتورة [نثر الشيء نثراً رماه متفرقة. ق] المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة، ولم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل منتورة، أي عن أبوابها. (ف)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) بالفتح يوز. (م)

(٤) أي ذى ناب وذى مخلب.

(٥) الذى لا يقبل التعليم. (ك)

(٦) أي الجارح. (ع)

(٧) مطلقاً. (ف)

(٨) قوله: «إن من السحت [حرام] إلخ» روى ابن حبان في «صحيحه» عن أبي هريرة أن النبي ﷺ

قال: «إن مهر البغى وثمر الكلب وكسب الحجام من السحت». (ف)

(٩) أي أجرة الزانية. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٢، والدراية ج، الحديث ٨٠٦ ص ١٦٦. (نعيم)

(١٠) ذلة - بالضم - خوارى. (م)

(١١) جواز البيع.

(١٢) قوله: «نهى عن بيع إلخ» هو غريب بهذا اللفظ نعم أخرج الترمذى عن أبي هريرة قال: نهى النبي ﷺ

عن ثمن الكلب إلا كلب صيد، وضعفه الترمذى، وقال: وقد روى أيضاً عن جابر مرفوعاً، ولا يصح إسناده، والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء. لكن روى أبو حنيفة في «مسنده» عن الهيثم عن عكرمة

عن ابن عباس قال: رخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد، وهذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في

الثقات من أثبات التابعين، فهذا الحديث على رأيهم يصلح مخصصاً، والمخصص بيان للمراد العام، فيجوز وإن

كان دونه في القوة عندهم، حتى أجاز، والتخصيص العام والقاطع بخير الواحد ابتداءً، فيبطل مدعاهم من عموم

منع البيع. ثم دليل التخصيص مما يعلل تعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه منتفعاً به، وخصوص الاصطبياد

ملغى، فصار الكلب المنتفع به خارجاً سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية. (ف)

(١٣) قوله: «إلا كلب إلخ» ههنا بحث، وهو أن الدليل أحص من الدعوى، فإن المدعى جواز بيع الكلب

مطلقاً، والحديث يفيد جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير.

وأجيب عنه بوجه: الأول: ما اختاره في «النهاية» من أن إيراد هذا الحديث لإبطال مذهب الخصم، إذ هو

يدعى شمول عدم الجواز، وأما إثبات المدعى، فيحديث ذكره في «الأسرار» برواية عبد الله بن عمرو ابن العاص

ولأنه منتفع به حراسة^(١) واصطياداً فكان^(٢) مالا^(٣)، فيجوز بيعه، بخلاف الهوام^(٤) المؤذية؛ لأنه لا ينتفع بها^(٥)، والحديث^(٦) محمول^(٧) على الابتداء^(٨)، قلعا لهم عن الاقتناء^(٩)، ولا نسلم^(١٠) نجاسة العين، ولو سلم فيحرم تناول^(١١) دون البيع^(١٢). قال^(١٣): ولا يجوز^(١٤) بيع الخمر والخنزير؛ لقوله عليه السلام فيه^(١٥): «إن

أنه قضى عليه السلام في كلب بأربعين درهماً، ذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلاب في التضمين، وتضمين المتلف دليل على تقومه، وفيه إما أولاً فبأن الطحاوي حدث في "شرح الآثار" عن عبد الله ابن عمرو أنه عليه السلام قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً، فهذا مخصوص بنوع. وأما ثانياً: فبأنه حكاية حال، فلا توجب العموم في أنواع الكلاب.

والثاني: ما اختاره في "الكفاية" وغيرها: وهو أن الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب، لأن كل كلب يصلح لحراسة الماشية، إذ من عادة الكلاب نباها عند حس الذئب أو السارق.

والثالث: أن ما واء كذب الماشية ملحق به دلالة، فتدبر. (مولانا عبد الحلیم نور الله مرقدہ) * راجع نصب الراية ج ٥٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٧ ص ١٦١. (نعيم)

(١) قوله: "حراسة" فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه، يمنع الأجانب عن الدخول فيه، ويخبر عن الجاني بنباحه عليه، فساوى المعلم في الانتفاع. (عيني)

(٢) قوله: "فكان مالا" يعني ماله مملوكاً متقوماً، أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدمي خلق لمنفعته المطلقة شرعاً، وهذا كذلك، فكان مالا، وأما أنه مملوك متقوم فلأنه محرر مأذون شرعاً في الانتفاع، والمالك يثبت بالأحرار بدار الإسلام والتقوم بالتمول وكلاهما مأذون فيه شرعاً، إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد، وإذا كان كذلك جاز بيعه. (فتح القدير)

(٣) منتفعاً به حقيقة وشرعاً. (ع)

(٤) قوله: "بخلاف الهوام [جمع هامة وهي ما تقتل من ذوات السموم. عيني]" أي هوام الأرض كالخنفايس والعقارب والفأرة، والوزع، والقنفاذ، والضب، وهوام البحر كالضفدع والسرطان، وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كالت ينتفع بها، وإن لم ينتفع فلا يجوز. (ف)

(٥) بل هي مضرة.

(٦) المذكور في استدلال الشافعي، جواب عن استدلال الشافعي بالحديث. (ع)

(٧) قوله: "محمول إلخ" لأنه روى عن إبراهيم أنه قال: روى عنه عليه السلام أنه رخص في ثمن كلب الصيد، فبذكر الرخصة تبين انفساخ ما روى من النبي، وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب، وكانت الكلب فيهم توذى الصبيان والغرباء، فسبوا عن اقتنائها، فشق ذلك عليهم، فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك ثمن ما يكون منتفعاً به وهو كلب الصيد والحرب والماشية. (ن)

(٨) أي ابتداء الإسلام.

(٩) نگاه داشتن برای خوردن و تجارت. (م)

(١٠) جواب عن استدلال بالمعقول بالمنع. (ع)

(١١) أي الأكل.

(١٢) قوله: "دون البيع" كما في السرقين، فإنه عندنا يجوز بيع البع والسرقيين، وقال الشافعي: لا يجوز لأنه نجس العين بمنزلة القدرة، ولنا: أنه مال منتفع به عند الناس من غير تكبير، وأما القدرة فلا ينتفع بها إلا إذا

الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها^(١) * ، ولأنه ليس بمال^(٢) في حقنا^(٣) ، وقد ذكرناه^(٤) . قال^(٥) : وأهل الذمة في البياعات كالمسلمين ؛ لقوله عليه السلام في ذلك الحديث^(٦) : « فأعلمهم^(٧) أن لهم ما للمسلمين^(٨) وعليهم ما على المسلمين^(٩) » * ، ولأنهم مكلفون^(١٠) محتاجون كالمسلمين^(١١) .

قال : إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ، لأنها أموال^(١٢) في

اختلط بالتراب ، وحينئذٍ جاز بيعها تبعاً ، كذا ذكره الإمام قاضي خان في " الجامع الصغير " . (ن)

(١٣) أى القدورى . (عيني)

(١٤) يعنى أنه باطل . (ع)

(١٥) أى فى الخمر .

(١) قوله : " إن الذى حرم الخ " قال محمد فى " كتاب الآثار " : إن رجلاً يبنى أباً عامراً ، كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل عام راوية من خمر ، فأهدى إليه فى العام الذى حرمت راوية كما كان يهدى ، فقال النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم : « يا أبأ عامر إن الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا فى خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستغن بئمنها على حاجتك فقال له النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا أبأ عامر أن الذى حرم شربها حرم بيعها ، وأكل ثمنها . » (ع)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٤ ، والدراية ج ٢ ، الحديث ٨٠٨ ص ١٦١ . (نعيم)

(٢) أى متقوم . (ك)

(٣) أى المسلمين .

(٤) فى باب البيع الفاسد . (ف)

(٥) أى القدورى . (عيني)

(٦) هذا الحديث لم يعرف . (ف)

(٧) قوله : " فأعلمهم الخ " قلت : لم أعرف الحديث الذى أشار إليه المصنف ، ولم يتقدم فى هذا المعنى إلا حديث معاذ ، وهو فى كتاب الزكاة ، وحديث بريدة وهو فى كتاب السير وليس فىهما ذلك . (ت)

(٨) أى يحل لهم ما يحل للخ .

(٩) أى يحرم عليهم ما يحرم للخ .

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٥ ، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٠٨ ص ١٦٢ . (نعيم)

(١٠) قوله : " ولأنهم مكلفون [وقد التزموا أحكامنا بالإقامة فى دارنا ، وإعطاء الجزية . ف] " يعنى بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما يبقى به نفوسهم كالمسلمين ، ولا يبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب ، والكسوة ، والسكنى ، ولا يحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة ، ومنها البيع ، فيكون مشروعاً فى حقهم ، كما فى حق المسلمين . (ع)

(١١) قوله : " كالمسلمين " حتى أن الذمى إذا باع مكيلاً أو موزوناً بمكيل ، أو موزون من جنسه متساوياً جاز ، ولا يجوز مفاضلاً . (ك)

اعتقادهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم، وما^(١) يعتقدون دل عليه^(٢) قول عمر رضى الله عنه^(٣): "ولوهم بيعهما^(٤)، وخذو العشر من أثمانهما^(٥)".*

قال^(٦): "ومن قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف درهم على أنى ضامن^(٧) لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، ففعل^(٨) فهو جائز، ويأخذ الألف من المشتري، والخمسمائة^(٩) من الضامن^(١٠)، وإن كان لم يقل^(١١) من الثمن جاز البيع بألف درهم، ولا شىء على الضمين، وأصله^(١٢) أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا، وتلتحق^(١٣) بأصل العقد، خلافاً لزفر رحمه الله والشافعى رحمه الله، لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو كونه عدلاً^(١٤)، أو

(١٢) متقومة. (ع)

(١) إى مع.

(٢) أى على ما ذكرنا من أنا أمرنا إلخ.

(٣) أخرجه أبو يوسف فى كتاب الخراج. (ف)

(٤) قوله: "ولوهم إلخ" الخطاب إلى العمال، وكانوا يأخذون فى الجزية الميتة، والخنزير والخمر، والمعنى اجعلوهم ولاة بيعها، والتولية أن يجعل واليا، كذا فى "النهاية". (مل)

(٥) رواه عبد الرزاق فى "مصنفه". (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٥، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٠٨ ص ١٦٢. (نعيم)

(٦) أى محمد. (عبنى)

(٧) قوله: "على أنى ضامن إلخ" صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبد بألف درهم، وهو لا يبيع إلا به وبخمس مائة، والمشتري لا يرغب إلا بالألف، فيجىء آخر، ويقول بع عبدك من هذا الرجل بألف على أنى ضامن لك خمس مائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد: بعت، ويكون قوله: بعت جواباً للكل، ولو لم يوجد إباء، ولا مساومة، ولكن إيجاب العقد بألف حصل عقيب زمان الرجل ذلك كان كذلك استحساناً، أما زمانه بعد الإباء والمساومة يصح قياساً واستحساناً. (ن)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "والخمسمائة بالألف واللام فى المضاف دون المضاف إليه، فقيل لا خلاف فى امتناعه، وقال ابن عصفور: بعض الكتاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً، وقيل: إذا أورد مثل هذا ينبغى أن لا يعتقد إضافة الخمسة بل الجر فى المضاف إليه على حذف المضاف، أى الخمس خمس مائة. (ع)

(١٠) قوله: "من الضامن" ثم إن كان الضمان بأمر المشتري كان له أن يحبس المبيع حتى يأخذ الخمس مائة من الضامن، لأن البيع على المشتري صار بألف وخمس مائة، وللمشتري أن يرابح على ألف وخمس مائة، ولو كان بغير أمره، لم يثبت الزيادة فى حق المشتري، فليس للبائع حبس المبيع على الخمس مائة، ويرابح على ألف. (ف)

(١١) الضامن.

(١٢) أى الأمر الكلى.

(١٣) كما مر.

خاسراً^(١)، أو رابحاً^(٢). ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئاً^(٣) بأن زاد في الثمن و^(٤) هو^(٥) يساوى المبيع بدونها، فيصح اشتراطها على الأجنبي كبديل الخلع^(٦)، لكن من شرطها المقابلة^(٧) تسمية^(٨) وصورة، فإذا قال من الثمن وجد شرطها^(٩) فيصح^(١٠)، وإذا لم يقل لم يوجد، فلم يصح.

قال: ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها^(١١)، فوطئها الزوج فالنكاح جائز^(١٢) لوجود سبب الولاية^(١٣) وهو الملك في الرقبة على الكمال^(١٤)، وعليه^(١٥) المهل وهذا^(١٦) قبض، لأن وطئ الزوج حصل بتسليط من جهته، فصار فعله كفعله، وإن

(١٤) بأن يكون الثمن مساوياً بقيمة المبيع.

(١) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع.

(٢) بأن يكون الثمن زائداً على قيمة المبيع.

(٣) قوله: "ثم قد لا يستفيد الخ" جواب سؤال هو أن يقال: ينبغي أن لا يصح الضمان على الأجنبي من البائع بخمس مائة، لأنه لا يستفيد بها شيئاً، فأجاب بأن المشتري قد يزيد في الثمن بعد البيع مع أنه لا يستفيد بتلك الزيادة شيئاً لأن المبيع حصل له بدونها، فكذا في الأجنبي. (مل)

(٤) الواو حالية.

(٥) الثمن.

(٦) قوله: "كبدل الخلع [فإنه قد صح شرطه على غير العاقد أعني غير المرأة. ك] أى فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلة شيء، فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو. (عناية)

(٧) بأن يتكلم بلفظ من الثمن.

(٨) قوله: "تسمية" بأن يتكلم بلفظ من الثمن، وصورة بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة، وإن لم يقابل من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصله بالمزيد عليه، بخلاف ما إذا لم يقل من الثمن حيث لا يصح لأنها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال مبتدأ، فيكون بطريق الرشوة وهو حرام. (ك)

(٩) وهو المقابلة.

(١٠) قوله: "فيصح" فيه أنه لو كان خمس مائة ثمناً لتوجهت المطالبة بها على المشتري، إلا أن يقال: إن الزيادة ثابتة على المشتري بلا بدل، فيطلب ممن التزمه لا غير، كبدل الخلع. (مل)

(١١) برجل. (ع)

(١٢) قوله: "فالنكاح جائز" وإنما جاز نكاحها قبل القبض، ولم يحز بيعها قبله، لأن البيع يفسد قبل الفرر دون النكاح، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض والنكاح لا يفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع، وذلك إنما يكون بعد القبض، وليس بشرط لصحة الإنكاح، ألا ترى أن بيع الأبى لا يصح، وتزويج الأبقة يجوز. (ف)

(١٣) أى ولاية التزويج.

(١٤) قيده بالكمال، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج.

(١٥) الزوج.

لم يطأها فليس بقبض^(١١)، والقياس أن يصير قابضاً^(١٢)، لأنه تعيب حكماً^(٣)،
 فيعتبر^(٤) بالتعيب الحقيقي، وجه الاستحسان: أن في الحقيقي^(٥) استيلاء^(٦) على
 المحل وبه يصير قابضاً، ولا كذلك الحكمي^(٧)، فافتقراً^(٨).

قال: ومن اشترى عبداً فغاب^(٩)، والعبد في يد البائع، وأقام البائع^(١٠) البينة أنه
 باعه^(١١) إياه، فإن كانت غيبته معروفة^(١٢) لم يبع^(١٣) في دين البائع؛ لأنه يمكن إيصال
 البائع إلى حقه بدون البيع، وفيه^(١٤) إبطال حق المشتري^(١٥)، وإن لم يدر أين هو يبع
 العبد، وأوفى الثمن^(١٦) لأن ملك المشتري^(١٧) ظهر بإقراره^(١٨)، فيظهر^(١٩) على الوجه

(١٦) أى هذا التزويج الذى مع الوطئ.

(١) أى مجرد التزويج. (ع)، حتى إذا هلك فهو من مال البائع. (ك)

(٢) قوله: "والقياس أن يصير قابضاً [أى بمجرد النكاح]" وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله حتى إن
 بلكت بعد ذلك تهلك من مال المشتري. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه [تزويج] تعيب حكماً" حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها، فيصير
 كالتعيب الحقيقي كقطع اليد، وفقى العين. (مل)

(٤) أى فيقاس.

(٥) قوله: "فى الحقيقي" بأن اشترى جارية، وفقاً عينها، أو قطع يدها. (نهاية)

(٦) باتصال فعل من المشتري به.

(٧) قوله: "ولا كذلك الحكمي" فإنه عيب حكماً من طريق الحكم على معنى أنه يقل رغبات الناس
 فيهما، وينتقص لأجله الثمن، وهو معنى نقصان السعر. (ن)

(٨) أى الحقيقي والحكمي.

(٩) أى قبل نقد الثمن. (ك)

(١٠) عند القاضى.

(١١) العبد.

(١٢) أى يعلم أين هو. (ف)

(١٣) العبد.

(١٤) البيع.

(١٥) فى المبيع.

(١٦) مفعول ثان للإيفاء، أى أوفى البائع الثمن. (ن)

(١٧) قوله: "لأن ملك المشتري إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا يشترط إقامة البينة للبيع إذا كان لا يدرى أين هو،
 لأن موضوع المسألة أن العبد فى يد البائع، وقول الإنسان فيما فى يده مقبول، لكن مع هذا يشترط إقامة البينة
 ليكون البيع بحجة بالغة، وهذه البينة لكشف الحال، وفى مثلها لا يشترط حضور الخصم، وإنما وضع المسألة فى
 المنقول، لأن القاضى لا يبيع العقار على الغائب. (ك)

(١٨) البائع.

الذى أقر^(١) به^(٢) مشغولاً بحقه^(٣). وإذا تعذر استيفاءه^(٤) من المشتري يبيعه القاضى^(٥) فيه^(٦) كالراهن^(٧) إذا مات، والمشتري^(٨) إذا مات مفلساً^(٩)، والمبيع لم يقبض، بخلاف^(١٠) ما بعد القبض^(١١)، لأن حقه^(١٢) لم يبق متعلقاً به، ثم إن فضل^(١٣) شيء^(١٤) يسك للمشتري، لأنه بدل حقه^(١٥)، وإن نقص^(١٦) يتبع هو^(١٧) أيضاً.

فإن كان المشتري اثنين، فغاب أحدهما^(١٨)، فللحاضر أن يدفع^(١٩) الثمن كله،

(١٩) الملك.

(١) البائع.

(٢) أى بذلك الوجه.

(٣) البائع.

(٤) أى استيفاء حق البائع.

(٥) قوله: "يبيعه القاضى إلخ" ثم قيل ينصب القاضى من يقبض العبد للمشتري، ثم يبيع لأن بيع القاضى كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز، فكذا بيع القاضى، وفيه نظر لأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن، فكذا من يجعل وكيلاً عنه. وقيل: لا ينصب، لأن البيع ههنا ليس بمقصود، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه، والبيع يحصل فى ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشيء حتماً، ولا يثبت قصداً. (ك)

(٦) أى فى هذا الاستيفاء.

(٧) قوله: "كالراهن إلخ" فإن المرتهن أحق بالرهون يباع فى دينه إذا تعذر الاستيفاء. (ع)

(٨) فإن المبيع يباع بثمنه. (ع)

(٩) قبل قبض المبيع. (ع)

(١٠) فإن بينة البائع لا تقبل.

(١١) أى قبض المشتري المبيع، ثم غائب.

(١٢) قوله: "لأن حقه" أى حق البائع لم يبق متعلقاً بمالية العبد بل صار ديناً فى الدمة على المشتري، والبينة

لإثبات الدين على الغائب غير مقبولة عندنا. (ن)

(١٣) من ثمن العبد.

(١٤) بعد البيع.

(١٥) المشتري.

(١٦) قوله: "وإن نقص" أى إن نقص ثمن العبد من حق البائع يتبع البائع المشتري يعنى يرجع البائع

بالنقصان إذا ظفر به. (مل)

(١٧) المشتري.

(١٨) قبل نقد الثمن.

(١٩) قوله: "فللحاضر أن يدفع إلخ" الحاضر لا يملك قبل نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق، فلو نقده

اختلفوا فى موضع، الأول: هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب عند أبى يوسف لا وعند أبى حنيفة ومحمد يجبر. والثانى: أنه إن قبل هل يجبر على تسليم نصيب الغائب للحاضر عند أبى يوسف لا وعندهما يجبر.

ويقبضه^(١)، وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه^(٢)، وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه، لأنه قضى دين غيره، بغير أمره، فلا يرجع عليه^(٣)، وهو أجنبى عن نصيب صاحبه^(٤)، فلا يقبضه^(٥).
ولهما: أنه مضطر فيه^(٦)، لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن، لأن البيع صفقة واحدة، وله^(٧) حق الحبس^(٨) ما بقى شيء منه، والمضطر يرجع كعمير الرهن^(٩)، وإذا كان له أن يرجع عليه^(١٠) كان له الحبس^(١١) عنه^(١٢) إلى أن يستوفى حقه كالوكيل^(١٣) بالشراء^(١٤) إذا قضى الثمن من مال نفسه^(١٥).
قال: ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة^(١٦) فهما نصفان؛ لأنه أضاف

والثالث: لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما تقدمه عند أبي يوسف لا وعندهما يرجع. (ف)

(١) العبد.

(٢) أى يقبض نصيبه بطريق المهايأة. (ن)

(٣) الغير.

(٤) أى الغائب.

(٥) أى نصيب صاحبه.

(٦) قوله: "مضطر فيه [أى فى دفع كل الثمن]" فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار صحيحاً لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبته، فإنه لا يقدر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه، فالجواب أن الاضطرار فى حال حضوره مفقود لإمكان أن يخاصم إلى الحاكم لنقد نصيبه من الثمن، فيتمكن هو من قبض نصيبه بخلاف حال غيبته. (ع)

(٧) أى للبايع.

(٨) أى حبس المبيع.

(٩) قوله: "كعمير الرهن" بأن أعار شيئاً ليرهنه فرهنه، ثم أفلس الراهن وهو المستعير، أو غاب فأفتكه المعير يرجع بما أدى من الدين على الراهن، وإن كان قضى دين الراهن بغير أمره لأنه مضطر فى القضاء، لأنه لا يتمكن من الانتفاع بماله إلا بقضاء الدين، فكذلك ههنا. (ك)

(١٠) وفى نسخة إليه أى الغائب.

(١١) ولو بقى درهم.

(١٢) الغائب.

(١٣) له أن يحتس المبيع عن الموكل إلى أن يعطى جميع الثمن. (ف)

(١٤) فإنه يرجع على الموكل بما أدى من الثمن.

(١٥) دون مال الموكل.

(١٦) قوله: "بألف مثقال إلخ" قيل: فكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة، أو الوسط، لأن الناس لا يتبايعون بالتبر، فلا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة، ولهذا قيده محمد رحمه الله بها فى "الجامع

المثقال إليهما على السواء^(١)، فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية، وبمثله^(٢) لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل^(٣)، ومن الفضة دراهم^(٤) وزن سبعة، لأنه أضاف الألف إليهما، فينصرف إلى الوزن^(٥) المعهود^(٦) في كل واحد منهما.

قال: ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ، فقضاه زيوفاً^(٧) وهو لا يعلم فأنفقها^(٨)، أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله^(٩).

وقال أبو يوسف رحمه الله: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهمه^(١٠)، لأن حقه^(١١) في الوصف مرعى كهو^(١٢) في الأصل، ولا يمكن رعايته^(١٣) بإيجاب^(١٤) ضمان الوصف^(١٥)، لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه، فوجب المصير إلى ما قلنا^(١٦).

الصغير، وبيوع "الأصل"، ويجوز أن يقال: تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه. (عناية)

(١) قوله: "على السواء" فإن قيل: ينبغي أن يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل، و يترجح الفضة لكونها غالبية في المبيعات. قلنا: لما تعارض هذان الوجهان وجب المصير إلى قضية الإضافة، ومطلق إضافة المثاقيل إليهما يوجب الشركة على السواء. (ك)

(٢) قوله: "وبمثله" هذا اللفظ في استعمال الفقهاء فيما إذا كانت المسألتان متشابهتين صورة، ومختلفتين حكماً، وههنا كذلك. (نهاية)

(٣) خمس مائة مثقال. (ع)

(٤) أى خمس مائة دراهم كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل.

(٥) قوله: "إلى الوزن المعهود إلخ" ولقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضى أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذى وقع فيه العقد. (عناية)

(٦) وهو وزن السبعة المثقال.

(٧) درهم زيف أى ردىء وهو من الوصف بالمصدر.

(٨) زيوف.

(٩) أى يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء.

(١٠) الجياذ.

(١١) قوله: "لأن حقه إلخ" أى لأن حق رب الدين فى وصف الدين من حيث الجودة واجب الرعاية كحق ذلك فى الأصل من حيث القدر، فلو كان المقبوض دون حقه قدراً لم يسقط حقه فى المطالبة بقدر نقصان، فكذلك إذا كان دون حقه وصفاً إلا أنه يتعذر ذلك، لأنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد عين المقبوض إذا كان قائماً، ومثله إن كان مستهلكاً، لأن مثل الشيء يحكى عنه. (ن)

(١٢) الحق.

(١٣) أى رعاية حق صف.

(١٤) أى على المديون.

(١٥) الذى هو الجودة.

ولهما: أنه^(١) من جنس حقه، حتى لو تجوز^(٢) به^(٣) فيما لا يجوز^(٤) الاستبدال^(٥) جاز^(٦)، فيقع به^(٧) الاستيفاء، ولا يبقى حقه إلا في الجودة، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا^(٨)، وكذا بإيجاب ضمان الأصل، لأنه إيجاب^(٩) له عليه^(١٠)، ولا نظير له^(١١).

قال: وإذا أفرخ^(١٢) طير في أرض رجل فهو^(١٣) لمن أخذه، وكذا^(١٤) إذا باض^(١٥) فيها، وكذا إذا تكنس^(١٦) فيها طير، لأنه^(١٧) مباح سبقت يده إليه، ولأنه^(١٨) صيد

(١٦) من أنه يرد مثل الخ.

(١) الزيف.

(٢) قوله: "تجوز [أى أخذ مساهلاً لنقصان حقه. ن] تجوز في هذا آسان فرا گرفت آن را وچشم پوشی کرد تجوز الدرهم قبول گردد رمها را با آنکه مغشوش بودند. (من)

(٣) أى بالزيف.

(٤) قوله: "فيما لا يجوز الخ" وإنما عين ذلك لأن غير ذلك لا يكون دليلاً حتى إنه لو كان عليه دين في غير موضع الصرف والسلم جاز أن يستبدله بالثياب وغيرها، ومعلوم أن الثياب ليس من جنس حقه، وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال، فلو لم يكن الزيف من جنس حقه لكان استبدالاً في الصرف والسلم. (ن)

(٥) كالصرف والسلم. (ن)

(٦) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالاً بل نفس الحق. (ف)

(٧) زيف.

(٨) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. (ن)

(٩) قوله: "لأنه إيجاب الخ" أى لأن المضمون حيث هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف، فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه. (ع)

(١٠) قوله: "عليه" وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى، وإن كان ملكاً له لأن ذلك ضمان ملكه عليه لا له بل للغير، وهذا ضمان ملكه عليه له. فإن قيل: إيجاب الضمان له عليه إنما يكون ممتنعاً لعدم الفائدة، وههنا اشتمل على فائدة وصوله إلى حقه وهو الجودة، ألا ترى أن من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم الفائدة، ويجوز لرب المال أن يشتري مال المضاربة من المضارب لما فيه من الفائدة. قلنا: لا يصح وإن كان فيه فائدة، لأن الجودة تبع للدرهم لأنها وصف لها، فنقض أصل الدرهم لاسترداد الجودة جعل ما هو الأصل تبعاً لتهه، وهذا نقض الموضوع، وقلب المعقول، بخلاف المستشهد به، لأنه ليس فيه ذلك. (ك)

(١١) فى الشرع.

(١٢) إفراخ: جوزه بيرون آوردن مرغ وبيضة. (من)

(١٣) أى الفرخ.

(١٤) أى لمن أخذه.

(١٥) قوله: "باض" باضت الدجاجة خايه نهاد ما كيان. (من) والتكنس بكناس پنهان شدن آهو، وكناس ككتاب خواب جاے آهو در درخت لأنه يكنس الرمل حتى يصل. (من)

(١٦) قوله: "إذا تكنس [أى دخل فى الكناس وهو موضعه. ك]" وفى بعض النسخ تكسر أى وقع فيها، فتكسر [تكسر أى انكسر رجله بنفسه. در مختار] ويحترز عما لو كسره رجل فيها، فإنه لذلك الرجل

وإن^(١) كان^(٢) يؤخذ بغير حيلة، والصيد لمن أخذه^(٣)، وكذا البيض، لأنه أصل الصيد^(٤)، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه^(٥)، وصاحب الأرض^(٦) لم يعد^(٧) أرضه لذلك، فصار كمنصب شبكة^(٨) للجفاف، وكما إذا دخل الصيد داره^(٩)، أو وقع ما نثر من السكر، أو الدراهم في ثيابه لم يكن له^(١٠) ما^(١١) لم يكفله، أو كان مستعداً له^(١٢) بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه^(١٣)، لأنه^(١٤) عد من أنزله^(١٥)، فيملكه^(١٦) تبعاً لأرضه كالشجر النابت^(١٧) فيه^(١٨)، والتراب^(١٩) المجتمع في

لا للأخذ، ولا يختص بصاحب الأرض. (ف)

(١٧) أى لأن كل واحد منها.

(١٨) هر واحد.

(١٩) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن كان يؤخذ إلخ" كونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرج به عن الصيدية كصيد انكسر رجله في أرض إنسان، فإنه للأخذ دون صاحب الأرض. (ع)

(٣) بالحديث. (ع)

(٤) فحكمه حكم الصيد.

(٥) شوى اللحم شيئاً بريان كرد گوشت را. (من)

(٦) قوله: "وصاحب الأرض إلخ" جملة حالية هي قيد لقوله: فهو لمن أخذه أى إنما يكون للأخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئراً ليسقط فيها، أو أعد مكاناً للفرخ ليأخذها، فإن أعدها لذلك لا يملكها الآخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضاً حكماً كمن نصب شبكة لتجففها، فتعلق بها صيد فهو لمن أخذه لصاحب الشبكة، لأنه لم يعدها الآن للأخذ. (ف)

(٧) من الإعداد.

(٨) بفتحين دام صياد. (م)

(٩) قوله: "وكما إذا دخل الصيد داره" فلم يعلمه، فأغلق بابه، فهو لمن أخذه، فإن علم به وأغلق الباب عليه، أو سدا لكوة كان لصاحب الدار. (ف)

(١٠) قوله: "لم يكن له" أى لم يكن لصاحب الثياب ما لم يكفه، أى ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه فهو لمن أخذه، وإذا كان كفه فهو له دون غيره. (مل)

(١١) ما هذه مصدرية نائبة عن ظرف الزمان. (ف)

(١٢) قوله: "أو كان مستعداً [بأن تهيأ له وبسط ثوبه لذلك] له [أى للثائر]" إما معطوف على قوله: لم يكفه بتقدير حرف النفي، أى ما كان مستعداً له، وإما معطوف على محذوف بعد قوله: ما لم يكفه، أى إذا كان كفه، أو كان مستعداً له كان له، أى للكاف، أو للمستعد، كذا فى "النهاية". (مولانا محمد عبد الحلیم)

(١٣) فهو لصاحب الأرض. (ف)

(١٤) العسل.

(١٥) قوله: "من أنزله [أى من زيادات الأرض أى ما يثبت فيها. ف]" الأنزال جمع نزل، وهو الزيادة، وذكر الضمير، وهو عائذ إلى الأرض وهى مؤنثة على تأويل المكان. (ف)

أرضه بجريان الماء^(١).كتاب الصرف^(٢)

قال: الصرف هو البيع^(٣) إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان^(٤)، سمي^(٥) به^(٦) للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد، والصرف هو النقل والرد لغة^(٧)، أو لأنه لا يطلب منه^(٨) إلا الزيادة، إذ لا ينتفع بعينه، والصرف هو الزيادة لغة، كذا قاله الخليل، ومنه^(٩) سميت^(١٠) العبادة النافلة صرفاً^(١١).

(١٦) قوله: "فيملكه [عسل] الخ" لأن الأصل لا يحصل في مطلق المواضع، بمطلق الأغذية بل لغذاء خاص، ومكان خاص، فإذا عسل في أرضه علم أنه من نبات ذلك الأرض كالشجر. (ن)
 (١٧) فهو لصاحب الأرض.
 (١٨) أي في أرضه.
 (١٩) فهو لصاحب الأرض.
 (١) على الأرض.

(٢) آخر من أنواع كتاب البيوع، لأن الصرف بيع الأثمان، والثلث في البيعات يجري مجرى الوصف، لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل، فقدم ما هو أكثر وجوداً. (ف)

(٣) قوله: "الصرف هو البيع الخ" هذا قول القُدوري، وإنما قال من جنس الأثمان، ولم يقتصر على قوله: بيع ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمناً صريحاً، ولهذا يتعين في العقد، ومع هذا بيع صرف. (ف)

(٤) قوله: "من جنس الأثمان [الثلث عند العرب ما كان ديناً في الذمة كذا قاله الفراء. ك] الأموال أنواع، نوع ثمن بكل حال كالنقد والدين صحبه الباء أو لا قوبلت بجنسها أو بغيره، ونوع مبيع بكل حال، فهو ما ليس من ذوات الأمثال كالثياب والدواب والممالك، ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون، فإنه إذا كان معيناً في العقد كان مبيعاً، وإن لم يكن معيناً، وصحبه الباء، وقابله مبيع فهو ثمن، ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل فإن كان رائجاً كان ثمناً، وإن كان كاسداً كان سلعة. وأقسام بيع الصرف ثلاثة: بيع الذهب بالذهب، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر، وشروطه على الإجمال التقاض قبل الافتراق بدناً، وأن لا يكون فيه خيار ولا أجل. (مل)

(٥) هذا العقد.

(٦) أي بالصرف.

(٧) قال الله تعالى: ﴿ثم انصرفوا﴾ أي صرف الله قلوبهم. (ك)

(٨) قوله: "لا يطلب الخ" أي لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة، إذ النقود لا تنتفع بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والركوب، فلو لم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلاً فلا يكون مشروعاً، وقد دل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾، وإذا كان المطلوب به الزيادة والصرف هو الزيادة ناسب أن يسمى صرفاً. (ع)

(٩) أي من كون الصرف هو الزيادة لغة. (ع)

(١٠) قوله: "سميت" في قوله ﷺ: «من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً»، أي لا تقبل ولا فرضاً. (ف)

(١١) فإنها زائدة على الفرض.

قال: فإن باع فضةً بفضة، أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل^(١) وإن^(٢) اختلفت في الجودة^(٣) والصياغة^(٤)؛ لقوله عليه السلام^(٥): «الذهب^(٦) بالذهب مثلاً بمثل^(٧) وزناً بوزن يداً بيد والفضل ربا»، الحديث^(٨)*، وقال عليه السلام^(٩): «جيدها ورديتها^(١٠) سواء^(١١)»،** وقد ذكرناه في البيوع^(١٢).

قال: ولا بد من قبض العوضين^(١٣) قبل الافتراق^(١٤)، لما روينا^(١٥)، ولقول عمر رضي الله عنه^(١٦): «وإن استنظرك^(١٧) أن يدخل بيته فلا تنظره^(١٨)***» ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ^(١٩).

- (١) قوله: «إلا مثلاً بمثل» أي في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط، فلو باعها مجازفة، ولم يعلم كميتها، وكانا في نفس الأمر متساويين لم يجز، ولو وزنا في مجلس، فظهرتا متساويين يجوز. (ف)
- (٢) الواو وصلية.
- (٣) أي أحدهما أجود من الآخر.
- (٤) أي أحدهما أحسن صياغة من الآخر.
- (٥) الحديث تقدم في الربا. (ف)
- (٦) قوله: «الذهب» انتصابه بالعامل المقدر، أي يبعوا، والأولى حيث كان الذهب مرفوعاً بالحديث بأن يجعل عامله متعلق المحرور، أي الذهب يباع بالذهب مثلاً بمثل. (ف)
- (٧) أي في القدر لا في الوصف. (ع)
- (٨) أي اقرأ الحديث.
- * راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٦، والدراية ج ٢، تحت حديث كتاب الصرف ص ١٦٣. (نعيم)
- (٩) تقدم في الربا أيضاً. (ت)
- (١٠) الأموال الربوية.
- (١١) في حرمة الزيادة.
- ** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٦، والدراية ج ٢ تحت حديث كتاب الصرف ص ١٦٣. (نعيم)
- (١٢) أي في كتاب البيوع في باب الربا. (ع)
- (١٣) يعني لبقاء العقد على ما سيحيى.
- (١٤) بالأبدان. (ع)
- (١٥) وهو ما روى قبيله: يداً بيد. (ك)
- (١٦) قوله: «لقول عمر رضي الله عنه» روى مالك في «الموطأ» عنه قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يداً بيد، هات وهات، إنى أحشى عليكم الربا. (ف)
- (١٧) قوله: «وإن استنظرك [استنظارك مهلت خواستن من] الخ» يخاطب به أحد عاقدى الصرف يعني إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله. (عيني)
- (١٨) أنظر: مهلت دادن.

ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة^(١)، فلا يتحقق الربا^(٢)، ولأن أحدهما ليس بأولى^(٣) من الآخر، فوجب قبضهما^(٤) سواء كانا يتعينان كالمصوغ، أو لا يتعينان كالمضروب^(٥)، أو يتعين أحدهما، ولا يتعين الآخر، لإطلاق ما روينا^(٦). ولأنه إن كان يتعين^(٧)، ففيه شبهة عدم التعيين^(٨) لكونه ثمنًا خلقة، فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا، والمراد منه^(٩) الافتراق بالأبدان حتى لو ذهب^(١٠) عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة^(١١)، أو ناما في المجلس^(١٢)، أو أغمى عليهما لا يبطل الصرف، لقول ابن عمر رضي الله عنهما^(١٣): "وإن وثب^(١٤) من سطح فثب معه^(١٥)"*، وكذا^(١٦) المتعبر ما ذكرناه^(١٧) في قبض رأس مال السلم^(١٨)

*** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٦، والدراية ج ٢، تحت حديث كتاب الصرف ص ١٦٣. (نعيم)

(١٩) أي النسبة بالنسبة وهو ممنوع.

(١) قوله: "تحقيقاً للمساواة" فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما إذا باع المضروب بالمصوغ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين. ومع ذلك يشترط قبضهما أيضاً، وعلى هذا التعليل ينبغي أن لا يشترط قبض المصوغ إذا وجد قبض المضروب لتحقيق المساواة بينهما في العينية في المضروب بالقبض، وفي المصوغ بالصياغة وبحصول العينية فيهما يخرجان عن بيع الكالئ بالكالئ إذ النسبة إنما تكون باعتبار عدم التعيين، قلت: عدم جوازه بوجه يجيء بعد هذا، وهو قوله: ولأنه إن كان إلخ. (ن)

(٢) قوله: "فلا يتحقق الربا [قيل: هو منصوب بجواب النفي وهو قوله: ثم لا بد. (ع) مرتبط بقوله: لا بد]" أي للتقدم مزية على النسبة، فيتحقق الفضل في أحد العوضين، وهو الربا. (ف)

(٣) بالقبض.

(٤) وإلا يلزم الترجيح بلا مرجح.

(٥) الدراهم والدنانير.

(٦) الذهب بالذهب، وبعده الفضة بالفضة. (ن)

(٧) قوله: "ولأنه إن كان إلخ" جواب عما يقال: بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح، لأنه كالئ بكالئ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين. (ع)

(٨) والشبهة في الحرمان ملحقة بالحقيقة. (ك)

(٩) أي من الافتراق.

(١٠) المتعاقدان.

(١١) ولو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل لوجود الافتراق بالأبدان. (ن)

(١٢) أو طال قعودهما. (ف)

(١٣) قوله: "لقول ابن عمر إلخ" هذا الحديث غريب جداً من كتب الحديث، وذكره في "الميسوط" عن أبي جيلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلت: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة، وعندهم الورق الخفاف الكاسدة، فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف، فقال: لا تفعل، لكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى تستوفى وإن وثب على سطح فثب معه. (ف)

(١٤) وثوب - بالضم - برجستن. (م)

بخلاف خيار المخيرة^(١)، لأنه يبطل بالإعراض^(٢).

وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة، ووجب التقابض؛ لقوله عليه السلام^(٣): «الذهب بالورق^(٤) ربا^(٥) إلا هاء وهاء».*

فإن^(٦) افترقا^(٧) في الصرف قبل قبض العوضين، أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط^(٨) وهو القبض، ولهذا^(٩) لا يصح^(١٠) شرط الخيار فيه^(١١)، ولا الأجل، لأن أحدهما^(١٢) لا يبقى القبض مستحقاً^(١٣)، وبالثاني^(١٤) يفوت^(١٥) القبض المستحق^(١٦)،

(١٥) قوله: "فنب معه" ليس المراد منه الإطلاق في الوثبة المهلكة بل هو مبالغة في ترك الافتراق بالأبدان قبل القبض. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٦، والدراية ج ٢، تحت حديث كتاب الصرف ص ١٦٣. (نعيم)

(١٦) أى المعتبر تفرق الأبدان لا القيام عن مجلس العقد. (ك)

(١٧) أى تفرق الأبدان.

(١٨) فيقبضه قبل الافتراق بالأبدان.

(١) قوله: "بخلاف خيار إلخ" يرتبط بقوله: لا يبطل الصرف، يعنى أنها لو قامت عن المجلس قبل الاختيار، أو مشت مع زوجها في جهة واحدة بطل خيارها، فإنه يبطل بالإعراض إذالتخيير تمليك، فيبطل بما يدل على الرد، والقيام دليله. وعن محمد في رواية أخرى أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بدليل الإعراض كالقيام عن المجلس، كذا في "الذخيرة"، كذا قيل. (مولانا محمد عبد الحلیم. نور الله مرقدہ)

(٢) وفي نسخة: بالإعراض فيه.

(٣) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عمر بن الخطاب. (ت)

(٤) فضة.

(٥) قوله: "ربا" أى حرام بطريق إطلاق اسم الملزوم على اللازم، وقوله: هاء بوزن باع أى أخذ ومنه هاءم أقرأوا كتابية، أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاء، فيتقابضان. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٦، والدراية ج ٢ ص ١٦٣ وقد ذكر تحت كتاب الصرف. (نعيم)

(٦) يتعلق بقوله: ولا بد من قبض العوضين. (٤)

(٧) المتعاقدان.

(٨) أى شرط البقاء. (٤)

(٩) أى لأن الافتراق بلا قبض مبطل. (٤)

(١٠) قوله: "لا يصح شرط الخيار إلخ" بأن قال: اشتريت هذه الدنانير بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام، وكذلك الأجل. (ن)

(١١) قوله: "شرط الخيار فيه" قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين، لأنه لا فائدة في رده بالخيار، إذالعقد لا يفسخ برده، وإنما يرجع بمثله. (٤)

(١٢) أى شرط الخيار. (ك)

(١٣) لأن الخيار بمنع الملك.

(١٤) أى الأجل. (ك)

إلا إذا أسقط^(١) الخيار في المجلس^(٢)، فيعود^(٣) إلى الجواز لارتفاعه^(٤) قبل تفرره^(٥)، وفيه^(٦) خلاف زفر رحمه الله^(٧).

قال: ولا يجوز التصرف^(٨) في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع ديناراً

بعشرة دراهم، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد؛ لأن القبض^(٩) مستحق^(١٠) بالعقد حقاً لله تعالى^(١١)، وفي تجوزه فواته^(١٢)، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب، كما نقل عن زفر رحمه الله^(١٣)، لأن الدراهم لا تتعين، فينصرف العقد^(١٤) إلى مطلقها^(١٥)، ولكننا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع، لأن البيع لا بد له منه^(١٦)، ولا شيء سوى الثمنين^(١٧)، فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم

(١٥) قوله: "يقوت إلخ" والفرق بين العبارتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه، فلم يكن في الحال مستحقاً، وفي الأجل ذكر في العقد ما ينافي القبض، وذكر منافي الشيء مفوت له كذا قيل، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت، وفي الثاني القبض المستحق شرعاً فائت. (٤)

(١٦) بالعقد.

(١) قوله: "إلا إذا أسقط إلخ" استثناء من لازم قوله: لا يصح شرط الخيار، وهو وجوب شرط التقابض المستلزم لبطان ما فيه شرط الخيار، ولم يذكر إسقاط الأجل، لأنه لو سلم في المجلس بإسقاط الأجل يجوز، وإن لم يوجد الإسقاط ذكراً، كذا في "النهاية". (مل)

(٢) يعني منهما إن كان الخيار لهما، أو ممن له ذلك. (٤)

(٣) استحساناً.

(٤) الفساد.

(٥) الفساد وهو يكون بتبدل المجلس.

(٦) وقوله هو القياس.

(٧) فإنه قال: لا يعود جائزاً.

(٨) بهية أو صدقة أو بيع.

(٩) في العشرة.

(١٠) واجب.

(١١) لأن الربا حرام حقاً لله تعالى. (ن)

(١٢) أي فوات حق الله تعالى.

(١٣) إنما ذكر بعن لأن ظاهر مذهبه كالمذهب الثلاثة.

(١٤) أي بيع الثوب.

(١٥) قوله: "إلى مطلقها [الدراهم]" أي مطلق الدراهم، وإن اشترى الثوب ولم يضيف إلى بدل الصرف يجوز، فكذلك إذا أضاف لأنها لا تتعين، وإن كانت مشاراً إليها فكانت الإضافة والإطلاق سواء. (ن)

(١٦) أي من المبيع.

(١٧) قوله: "ولا شيء إلخ" يعني أن عقد الصرف عقد بيع لأنه مبادلة مال بمال، ولذا لو حلف لا يبيع، فيصارف يحنث، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمان، وليس كل من بدلته أولى، بأن يجعل مبيعاً فجعل كل مبيعاً من وجه، وثماناً من

الأولوية^(١١)، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز، وليس^(١٢) من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه.

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة^(١٣)، لأن المساواة غير مشروطة^(١٤) فيه^(١٥)، ولكن يشترط القبض في المجلس^(١٦) لما ذكرنا^(١٧)، بخلاف بيعه^(١٨) بجنسه مجازفة؛ لما فيه من احتمال الربا^(١٩). قال: ومن باع جارية^(٢٠) قيمتها ألف مثقال فضة، وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال^(٢١) بألفي مثقال فضة، ونقد من الثمن ألف مثقال^(٢٢)، ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة؛ لأن قبض حصة الطوق واجب^(٢٣) في المجلس^(٢٤) لكونه بدل الصرف، والظاهر منه^(٢٥) الاتيان بالواجب.

وكذا لو اشتراهما^(٢٦) بألفي مثقال ألف نسيئة، وألف نقد فالنقد ثمن الطوق؛

وجه ضرورة انعقاد البيع، وإن كان كل ثمنًا حقيقةً كبيع العرض بالعرض اعتبر كل ثمنًا من وجه، وإن كان مبيعاً حقيقةً، فلو جاز الاستبدال به من حيث إنه ثمن فلا يجوز من حيث إنه ثمن، فلا يجوز بالشك. (ن)

(١) قوله: "لعدم الأولوية" قيل: لا نسلم عدم الأولوية فإن ما أدخله الباء أولى بالثمنية، وأجيب بأن ذلك في الأثمان الحعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت ديناً في ذمة لا في الأثمان الخلقية. (ع)

(٢) قوله: "وليس من ضرورة إلخ" جواب أن يقال: لو كان بدل الصرف مبيعاً لكان متعيناً، لأن المبيع متعين، قلنا: المسلم فيه مبيع، وذلك غير متعين بل هو واجب في الذمة غير عين، إلا أن شبهة كونه متعيناً قد ظهرت في الثوب حتى حصل به تقدير الثمن، وإن لم يكن متعيناً في نفسه. (نهاية)

(٣) وكذا سائر الأموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة والشعير. (ف)

(٤) لاختلاف الجنس.

(٥) قوله: "فيه" أي في بيع الذهب بالفضة، وكل جنسين مختلفين. (ف)

(٦) المراد بالمجلس ما قبل الافتراق، فعبر بالمجلس عنه. (ف)

(٧) أي من الحديث والمعقول. (ك)

(٨) فإنه لا يجوز.

(٩) قوله: "لما فيه من احتمال الربا" وإن كانا متساويين في الوزن في الواقع لا يجوز أيضاً، لأن العلم بتساويهما

حالة العقد شرط صحة العقد، لأن الفضل الموهوم في هذا الباب كالتحقق. (ع)

(١٠) قوله: "ومن باع إلخ" فيه إيماء إلى أن الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما

يقابلها من الثمن. (ع)

(١١) الفضة.

(١٢) الفضة.

(١٣) حقاً للشراء وقبض ثمن الجارية ليس بواجب. (ع)

(١٤) أي قبل الافتراق.

(١٥) لأن من حال البائم المسلم أن يؤدي الواجب.

(١٦) قوله: "وكذا لو اشتراهما [أي الجارية والطوق] إلخ" ولو اشتراهما بألفي مثقال فضة نسيئة فسد في الكل

عند أبي حنيفة، أما الطوق فلفوات التقابض، وأما في الأمة فلأن المفسد مقارن العقد، وقد تقرر في الكل معنى من حيث

لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية، والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما^(١)، وكذلك لو باع سيفاً محلي بمائة درهم، وحليته^(٢) خمسون^(٣)، ودفع^(٤) من الثمن خمسين جاز البيع^(٥)، فكان المقبض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا^(٦). وكذلك إن قال^(٧): خذ هذه الخمسين من ثمنهما؛ لأن الاثنين قد يراد* بذكرهما الواحد^(٨)، قال الله تعالى: ﴿يُخْرِجُ مِنْهُمَا^(٩) اللؤلؤ والمرجان﴾، والمراد أحدهما^(١٠)، فيحمل^(١١) عليه بظاهر حاله.

فإن لم يتقابضا^(١٢) حتى افترقا بطل العقد في الحلية؛ لأنه صرف فيها، وكذا^(١٣) في السيف إن كان لا يتخلص^(١٤) إلا بضرب، لأنه لا يمكن تسليمه^(١٥) بدون الضرر،

إن قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي، وعندهما لا يفسد في الأمة، لأن الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما، أما لو اشتراهما بألفي مثقال، ولم ينقد من الثمن شيئاً حتى افترقا بطل في الطوق دون الجارية بالإجماع، لأن الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى إلى الأمة. (ك)

- (١) العاقدين.
- (٢) أى الخمسون ثمن الحلية.
- (٣) درهماً.
- (٤) ساكتاً عنهما.
- (٥) لحمل أمور المسلمين على الصلاح.
- (٦) إشارة إلى قوله: لأن قبض حصة الطوق إلخ.
- (٧) قوله: "وكذلك إلخ" بخلاف ما لو صرح فقال: خذ هذه الألف من ثمن الجارية، فإن الظاهر حينئذٍ عارضه التصريح بخلافه، فإذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما إذا لم يقبضه. (ف)
- * كما في قوله عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمر: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما» راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٧، والدراية ج ٢ تحت حديث كتاب الصرف ص ١٦٣. (نعيم)
- (٨) مجازاً عند قيام الدليل.
- (٩) قوله: "يُخْرِجُ مِنْهُمَا" أى من البحرين العذب والملح، والمراد أحدهما إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن الملح والعذب يلتقيان، فيكون العذب كاللحاح للملح. (عين)
- (١٠) أى الملح.
- (١١) قوله: "فيحمل" أى فيحمل قوله: خذ هذه الخمسين إلخ على ثمن الطوق بظاهر حاله فإن حال المسلم أن لا يباشر إلا على وجه الجواز.
- (١٢) قوله: "فإن لم يتقابضا" أى في صورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية، لأنه صرف فيها، ويصح في الجارية، وأما السيف فإن كان لا يتخلص إلخ، ولقد وقع الإفراط في تصوير المسألة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أرتال بالمصرى، ووقع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الأصل أنه إذا بيع نقد من غيره بنقد من جنسه لا بد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه. (ف)
- (١٣) بطل.

ولهذا^(١١) لا يجوز إفراده^(١٢) بالبيع كالجدة في السقف^(١٣)، وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في السيف، وبطل في الحلية، لأنه أمكن إفراده^(١٤) بالبيع، فصار كالطوق والجارية^(١٥). وهذا^(١٦) إذا كانت^(١٧) الفضة^(١٨) المفردة^(١٩) أزيد مما^(٢٠) فيه^(٢١)، فإن كانت مثله^(٢٢)، أو أقل منه، أو لا يدري^(٢٣) لا يجوز البيع للربا، أو لاحتماله^(٢٤)، وجهة الصحة من وجه^(٢٥)، وجهة الفساد من وجهين، فترجحت^(٢٦).

قال: ومن باع إناء فضة^(٢٧) ثم افترقا^(٢٨)، وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض^(٢٩)، وصح فيما قبض، وكان الإناء^(٣٠) مشتركا^(٣١) بينهما^(٣٢)؛ لأنه^(٣٣) صرف

(١٤) السيف خلص فلأنما نجاه مخلص. (ق)

(١٥) السيف.

(١) أى لأجل عدم تسليم السيف إلا بضرر.

(٢) السيف.

(٣) فيبيع الجدة في السقف لا يجوز لعدم إمكان تسليمه إلا بضرر.

(٤) السيف.

(٥) أى كالجارية التى فى عنقها طوق.

(٦) أى الجواب فى المسألتين إذا لىخ.

(٧) قوله: "وهذا إذا كانت إلخ" تعميم الكلام لأن فرض المسألة أن الحلية خمسون، والثلث مائة، فكان ذكره مستغنى عنه لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الأخر. (٤)

(٨) أى الثمن. (ف)

(٩) فالفضة بالفضة والباقى بالباقى.

(١٠) أى من الفضة التى فى المبيع.

(١١) المبيع.

(١٢) هو غير جائز لأنه ربا لأن الفضل ربا. (٤)

(١٣) أى مقدارها.

(١٤) أى فيما لا يدرى، أى فيما إذا كان مثله، أو أقل منه. (ك)

(١٥) قوله: "وجهة الصحة إلخ" جواب عن قول زفر فى ما لا يدرى بأن الأصل هو الجواز، والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض، فما لم يعلم به حكم بجوازه، وحاصل الجواب أن ما لا يدرى يجوز فى الواقع أن يكون مثلا، وأن يكون أقل، وأن يكون زائدا، فإن كان زائداً جاز وإلا فسد، فتعدد جهة الفساد، فترجحت. (٤)

(١٦) قوله: "فترجحت" فإن قيل: الترجيح إما يكون بشيء لا يكون علة لإثبات الحكم ابتداء، وههنا كل واحد من الجهتين، أعنى المساواة والنقصان من المفروض علة عدم الجواز ابتداء، فلا يصلح للترجيح.

قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفى للحكم، فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقى. (ك)

(١٧) بفضة أو بذهب. (٤)

(١٨) العاقدان.

(١٩) ثمنه. (٤)

كله^(١)، فصح^(٢) فيما وجد شرطه^(٣)، وبطل فيما لم يوجد، والفساد طار^(٤)، لأنه يصح، ثم يبطل بالافتراق^(٥)، فلا يشيع.

ولو استحق^(٦) بعض الإناء فالمشترى بالخيار^(٧) إن شاء أخذ الباقي بحصته، وإن شاء رده؛ لأن الشركة عيب في الإناء^(٨)، ومن باع قطعة نقرة^(٩)، ثم استحق بعضها^(١٠) أخذ ما بقي بحصته، ولا خيار له؛ لأنه لا يضره التبعض^(١١).

قال: ومن باع درهمين، وديناراً بدرهم، ودينارين جاز البيع^(١٢)، وجعل كل جنس منهما^(١٣) بخلافه^(١٤). وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز، وعلى هذا^(١٥) الخلاف^(١٦) إذا باع كر شعير، وكر حنطة بكرى حنطة وكرى شعير.

(٢٠) قوله: "وكان الإناء مشتركاً الخ" لا يقال: إن فيه تفریق الصفقة على المشتري، فينبغي أن يتخير، لأن التفرق من جهة الشرع باسئراط القبض لا من العاقد، فصار كهلاك أحد العوضين، ولأن الشركة وقعت بصنعه، وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن. (ك)

(٢١) البائم والمشتري.

(٢٢) هذا العقد.

(١) قوله: "لأنه صرف كله" بهذا يحترز عن جارية في عنقها طوق، وسيف محلى بمائة درهم، فإنه بيع وصرف، ففيهما الحكم من حيث الدليل. (ن)

(٢) أى بقى صحيحاً. (عناية)

(٣) التقابض.

(٤) قوله: "والفساد طار" فصار كما إذا باع عبدين، ومات أحدهما قبل القبض، فإن البيع يبقى فى الباقي، ويبطل فى الهالك. (مل)

(٥) قوله: "لأنه [أى] العقد يصح، ثم يبطل الخ" بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانقضاء على وجه الصحيح. (ف)

(٦) فى هذه المسألة. (ع)

(٧) بخلاف ما مر، لأن الشركة فيه وقعت بصنعه.

(٨) فإن الإناء ينتقص بالتبعض.

(٩) قوله: "نقرة [سليم] كذا اخته. ص" المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة. (ع)

(١٠) القطعة.

(١١) فالشركة فيها ليست يعيب بخلاف الإناء.

(١٢) تصحيحاً للعقد. (ع)

(١٣) أى من الدرهم والدينار.

(١٤) فيعتبر الدرهمان بالدينارين، والدرهم بالدينار. (ف)

(١٥) أى يصح عندنا خلافاً لهما.

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف الخ" الأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفقة، وكان فى صرف الجنس إلى الجنس فساد يصرف كل جنس منهما إلى خلافة عند العلماء الثلاثة خلافاً لهما. (ع)

لهما: أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه، لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضيته الانقسام على الشيوع^(١) لا على التعيين والتغيير^(٢) لا يجوز^(٣) وإن^(٤) كان فيه تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلباً^(٥) بعشرة، وثوباً بعشرة، ثم باعهما^(٦) مرابحة^(٧) لا يجوز وإن^(٨) أمكن^(٩) صرف الربح إلى الثوب.

وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم، ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشتري بألف^(١٠) وإن^(١١) أمكن تصحيحه^(١٢) بصرف الألف^(١٣) إليه^(١٤). وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: بعثك أحدهما لا يجوز وإن^(١٥) أمكن تصحيحه^(١٦) بصرفه إلى عبده. وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب، وافترقا^(١٧) من غير قبض فسد العقد في الدرهمين، ولا يصرف الدرهم إلى

(١) قوله: "ومن قضيته [أى المقابلة على تأويل التقابل. ن] الانقسام على الشيوع" بأن ينقسم كل بدل من هذا الجانب على البدلين من ذلك الجانب، وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب، ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة، إذ الخنطة والشعير والدرهم والدينار من أحد الجانبين أكثر، فيتحقق الربا، وفي صرف الجنس إلى خلافه تغيير تصرفه، وإثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه، نعم فيه تصحيح تصرفه، ولكن تغيير التصرف لا يصح لتصحيح التصرف. (ك)

(٢) أى تغيير تصرفهما. (ف)

(٣) قوله: "لا يجوز" لأنه تصير المقابلة غير الأولى، ويكون التصرف تصرفاً آخر، والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذى باشره، وقصده لا على خلاف ذلك، والعاقدان قصداً المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس، وهى إنشاء تصرف آخر، فسخ التصرف الأول. (عيني)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى سواراً وزنه عشرة دراهم. (عيني)

(٦) صفقة واحدة. (ف)

(٧) على عشرين.

(٨) الواو وصلية.

(٩) تصحيحاً لتصرفه.

(١٠) لأنه شراء ما باع بأقل مما باع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) العقد.

(١٣) لأنه لو صرف الألف إلى المشتري لا يكون شراء ما باع بأقل مما باع. (ن)

(١٤) أى إلى المشتري وخمس مائة إلى الآخر.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) العقد.

(١٧) العاقدان.

الثوب^(١) لما ذكرنا^(٢). ولنا: أن المقابلة^(٣) المطلقة^(٤) تحتمل^(٥) مقابلة الفرد بالفرد^(٥) كما في مقابلة الجنس بالجنس، وإنه^(٦) طريق متعين^(٧) لتصحيحه^(٨)، فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه، وفيه^(٩) تغيير وصفه^(١٠) لا أصله^(١١)، لأنه يبقى موجه^(١٢) الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف^(١٣) إلى نصيبه^(١٤) تصحيحاً لتصرفه، بخلاف^(١٥) ما عد من المسائل. أما مسألة المراهبة لأنه يصير^(١٦) تولية في القلب^(١٧) بصرف الربح كله إلى الثوب، والطريق^(١٨) في المسألة الثانية غير متعين^(١٩)، لأنه يمكن^(٢٠) صرف الزيادة^(٢١)

(١) وإن أمكن تصحيح التصرف بصرف الجنس إلى خلاف الجنس. (عيني)

(٢) قوله: "لما [أى] ليس ذلك كله إلا لما ذكرنا. ع [ذكرنا] وهو قوله: من قضيته الانقسام على الشيوع لا التعيين والتغيير لا يجوز. (ن)

(٣) قوله: "أن المقابلة المطلقة إلخ" يعني أن العقد يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع، ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه، أو من خلاف جنسه لأنها مقابلة مقيدة، واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منها، ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد، وسائر وجوه المقابلة لا يقتضيه الإطلاق، وذلك لأن الذات لا تخلو عن وصف من الأوصاف كما عرف في الرقبة، ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال: على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح، ويصير الفرد مقابلاً للفرد، ولو لا الاحتمال لما صح التفسير به، ولما كانت هذه المقابلة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد إلخ. (ك)

(٤) قوله: "تحتمل إلخ" يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين، والدينار بالدرهم كما في الجنس بالجنس، بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق. (عيني)

(٥) بأن يكون الواحد بالواحد، والاثنتان بالاثنتين. (ن)

(٦) أى أن مقابلة الفرد بالفرد. (ن)

(٧) قوله: "طريق متعين" منع ذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم، والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين، والدينار بمقابلة الدينار الآخر. قلنا: هذا غلط، لأننا ما أردنا من الطريق إلا الصرف إلى خلاف الجنس على أى وجه كان علاناً فيما ذكرتم تغييرات كثيرة، وما هو أصل تغييراً متعين. (ع)

(٨) العقد.

(٩) قوله: "وفيه [أى في هذا الحمل] إلخ" أى ليس فيه تغيير كلامه بل هو تعيين أحد المحتملين ولن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه. (ك)

(١٠) شيوع العقد.

(١١) العقد كما فهم زفر.

(١٢) العقد.

(١٣) بيعه وإن كان في ذلك تغيير وصف من الشيوع إلى التعيين. (ع).

(١٤) البائث لا إلى النصف الشائم.

(١٥) شروع في الجواب عن مسائل الإمام زفر.

(١٦) أى يتغير أصل العقد. (ك)

(١٧) قوله: "يصير تولية إلخ" والتولية ضد المراهبة، والشىء لا يتناول ضده، وقد صرح بقوله: بعتهما مراهبة. (ن)

على الألف إلى المشتري، وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر، وهو ليس بمحل للبيع^(١)، والمعين ضده، وفي الأخيرة انعقد العقد^(٢) صحيحاً، والفساد^(٣) في حالة البقاء، وكلامنا في الابتداء^(٤). قال: ومن باع^(٥) أحد عشر^(٦) درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع، ويكون العشرة بمثلها، والدينار بدرهم، لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا^(٧)، فالظاهر أنه أراد^(٨) به ذلك^(٩)، فبقي الدرهم بالدينار، وهما جنسان، ولا يعتبر التساوي فيهما^(١٠). ولو تباعا فضة بفضة، أو ذهباً بذهب، وأحدهما أقل^(١١)، ومع أقلهما شيء آخر^(١٢) يبلغ قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية، وإن لم تبلغ^(١٣) فمع الكراهة^(١٤)، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا

(١٨) أى طريق الجواز. (ن)

(١٩) لأنه متعدد، فيبقى الثمن مجهولاً، فيفسد العقد.

(٢٠) قوله: "لأنه يمكن الخ" أى كما يجوز أن يصرف الألف إلى المشتري فكذلك يجوز أن يصرف إليه ألف، وواحد، أو اثنان، أو ثلاثة، وإلى الآخر أربع مائة وتسعة وتسعين، أو شيء، والوجه كلها سواء، وليس بعضها أولى من البعض، فيفسد العقد لجهالة طريق الجواز. (ك)

(٢١) مع الألف.

(١) لجهالته.

(٢) قوله: "انعقد العقد الخ" أى العقد صحيح من غير الصرف إلى خلاف الجنس، فإن القبض فى المجلس شرط بقاء العقد، ونحن إنما صححنا بهذا ليصح لا يبقى صحيحاً، فلا يلزم. (ن)

(٣) بالافتراق بلا قبض. (٤)

(٤) قوله: "وكلامنا فى الابتداء" والحاجة إلى التصحيح فوق الحاجة إلى الإبقاء على الصحة، لأنه لو لا الصحة يكون هو مرتكباً للمحرم فى مباشرة الصرف، ولا كذلك البقاء على الصحة، ولأن الفساد ثمة موهوم لجواز أن يتقايضاً فى المجلس، وههنا متحقق. (ك)

قوله: "وكلامنا فى الابتداء" يعنى الذى نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس. (ب)

(٥) قوله: "ومن باع الخ" المسألة المتقدمة كان البدلان فيهما جنسين من الأموال الربوية، وفى هذه أحدهما، وهى صحيحة كأولى. (ف)

(٦) قوله: "أحد عشر" فى هذه المسألة أحد الطرفين جنس واحد، والآخر مشتمل على جنسين. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «الفضة بالفضة مثل بمثل». (نهاية)

(٨) حملاً على الصلاح. (٤)

(٩) أى التماثل.

(١٠) أى فى الجنسين.

(١١) وزناً.

(١٢) بأن باع عشرة دراهم، وثوباً بخمسة عشر درهماً. (ك)

(١٣) أى قيمة باقى الفضة كالجوزة وكف من زبيب. (ن)

(١٤) قوله: "فمع الكراهة" قيل لمحمد: كيف تجده فى قلبك؟ قال: مثل الخيل، ولم ترو الكراهة عن أبى حنيفة بل

يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض ، فيكون ربا .

ومن كان له على آخر عشرة دراهم ، فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ، ودفع الدينار وتقاصاً^(١) العشرة^(٢) بالعشرة فهو جائز^(٣) ، ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة^(٤) ، ووجهه^(٥) أنه يجب بهذا العقد^(٦) ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا^(٧) ، والدين^(٨) ليس بهذه الصفة ، فلا يقع المقاصة بنفس البيع^(٩) لعدم المجانسة^(١٠) ، فإذا تقاصاً^(١١) يتضمن ذلك فسخ الأول^(١٢) ، والإضافة إلى الدين^(١٣) ، إذ لو لا^(١٤) ذلك^(١٥) يكون استبدالاً^(١٦) ببدل الصرف ، وفي الإضافة إلى

صرح في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبي حنيفة ، قال : وإنما كرهه محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل ، واستعملوه فيما لا يجوز ، وهكذا ذكر في "المحيط" أيضاً . وقيل : إنما كرهه لأنهما باشرا الخيلة لسقوط الربا كبيع العينة فإنه مكروه بهذا ، وأورد : لو كان مكروهاً كان البيع في مسألة الدرهمين والدينار بدرهم ، ودينارين ، وهي المسألة الخلافية مكروها ، ولم يذكره . قلت : الذي يقتضيه النظر أن يكون مكروهاً إذ لا فرق بينه وبين المسألة المذكورة في جهة الكراهة ، غاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهة ، ثم ذكر أصلاً كلياً يفيد ، وينبغي أن يكون قول أبي حنيفة أيضاً على الكراهة كما هو ظاهر إطلاق المصنف من غير ذكر خلاف . (ف)

(١) قوله : "وتقاصا العشرة إلخ" بخلاف ما لو جعل رأس المال قصاصاً لأن المسلم فيه دين ، وبالمقاصة يصير افتراقاً

عن دين بدين . (ن)

(٢) بالتراضي

(٣) استحساناً .

(٤) قوله : "بعشرة مطلقة" أي من غير أن تقيّد بالعشرة التي عليه أما إذا قيد بذلك فقال : بالعشرة التي عليه يجوز

البيع بلا خلاف بخلاف المطلقة ، فإنه جائز عندنا خلافاً لزفر . (ن)

(٥) الجواز .

(٦) أي العقد المطلق .

(٧) قوله : "لما ذكرنا" وهو قوله : لا بد من قبض العوضين قبل الافتراق إلخ . (ن)

(٨) أي الدين السابق لا يجب تعيينه بالقبض . (ك)

(٩) وفي نسخة : العقد .

(١٠) قوله : "لعدم المجانسة" أي بين العين والدين فإن بدل الصرف يجب أن يكون متعيناً بالقبض ، وهذا دين سبق

وجوبه ، فينبغي أن لا يجوز ، وإن تقاصاً كما في السلم إلا أنه يجوز لأنهما لما أقدما على المقاصة ، ولا صحة لها مع بقاء

عقد الصرف لما قاله زفر : يتضمن ذلك إلخ . (ن)

(١١) بالتراضي . (عيني)

(١٢) قوله : "فسخ الأول" أي الصرف الأول وهو الصرف المطلق ، وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة . (عيني)

(١٣) قوله : "والإضافة [فانفسخ الأول اقتضاء] إلخ" أي يتضمن ذلك إضافة العقد إلى الدين ، وهو بيع الدينار

بالعشرة التي هي دين فصار كأنه قال : بعث هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علم . (عيني)

(١٤) قوله : "إذ لو لا ذلك" أي لو لا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين . (عيني)

(١٥) الانقضاء .

الدين^(١) يقع المقاصة^(٢) بنفس العقد على ما نبينه^(٣)، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف، ثم بألف وخمسمائة^(٤).
 وزفر رحمه الله يخالفنا فيه^(٥)، لأنه^(٦) لا يقول: بالاقتضاء^(٧)، وهذا^(٨) إذا كان الدين سابقاً^(٩)، فإن كان لاحقاً^(١٠) فكذلك^(١١) في أصح الروايتين^(١٢) لتضمنه^(١٣) انفساخ الأول^(١٤)، والإضافة^(١٥) إلى دين قائم وقت تحويل العقد^(١٦)، فكفى^(١٧) ذلك للجواز^(١٨). قال: ويجوز بيع درهم صحيح، ودرهمين غلتين^(١٩) بدرهمين

(١٦) قبل القبض [وهو لا يجوز].

(١) السابق.

(٢) قوله: "يقع المقاصة إلخ" لأنهما لما أضافا العقد إلى الدين وجب ثمن لا يجب تعيينه، لأنه يسقط، وتعين الساقط محال، فهذا وقعت المقاصة ههنا بنفس العقد لتجانسهما، وعقد الصرف على هذا الوجه جائز، لأن قبض البديلين إنما يكون شرطاً احترازاً عن الربا، فإنه إذا كان أحدهما مقبوضاً، والآخر غير مقبوض، واقتراضاً يكون بيع عين بدين، والعين خير من الدين، لأن الدين مما يقع فيه الخطر في عاقبه، ولا خطر في دين يسقط، فلا ربا بينه وبين المقبوض في المجلس. (ك)

(٣) إشارة إلى قوله: فكفى ذلك للجواز.

(٤) فإن العقد الأول يفسخ.

(٥) ويقول: لا يجوز، وهو القياس.

(٦) زفر.

(٧) بقى العقد الأول، وليس المقاصة فيه.

(٨) أى المقاصة، وفسخ الأول.

(٩) على العقد على بيع الدينار. (ف)

(١٠) قوله: "فإن كان [الدين] لاحقاً" بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم، وقبض الدينار، ثم إن اشترى الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم أراد أن يتقاصا. (عيني)

(١١) أى يقع المقاصة.

(١٢) قوله: "في أصح الروايتين" هي رواية أبي سليمان، واختارها فخر الإسلام، وفي رواية أبي حفص، واختارها شمس الأئمة، وقاضى خان لا يقع المقاصة، لأن الدين لاحق. (عناية)

(١٣) المقاصة.

(١٤) أى الصرف الأول.

(١٥) أى إضافة عقد الصرف.

(١٦) فيكون الدين ثابتاً سابقاً على المقاصة.

(١٧) هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول. (ع)

(١٨) أى هذه الإضافة.

(١٩) قوله: "غلتين" غلة - بالفتح - در آمد هر چیزی از حبوب و نقود و جز آن و آمد كرايه مكان و مزد غلام و ما حصل زمین. (من). الغلة ما يرد به بيت المال لا للزيادة بل لأنها دراهم منقطعة متكسرة يكون في القطعة ربع، وثمان، وأقل، وبيت المال لا يأخذ إلا العالى. (ف)

صحيحين، ودرهم غلة، والغلة ما يرده بيت المال^(١)، ويأخذه التجار، ووجهه^(٢) تحقق المساواة في الوزن^(٣)، وما عرف من سقوط اعتبار الجودة^(٤).

قال: وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدينانير الذهب فهي ذهب، ويعتبر فيهما^(٥) من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة^(٦) بها، ولا يبيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن، وكذا لا يجوز الاستقراض بها^(٧) إلا وزناً^(٨)، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش^(٩) عادة، لأنها لا تنطبع إلا مع الغش^(١٠)، وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء^(١١) منه^(١٢)، فيلحق القليل^(١٣) بالرداءة^(١٤)، والجيد والرديء سواء.

وإن كان الغالب عليهما^(١٥) الغش، فليس في حكم الدراهم والدينانير^(١٦)، اعتباراً للغالب^(١٧)، فإن اشترى بها^(١٨) فضة خالصة، فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف^(١٩).

(١) أى لا لزيافتها بل لكونها قطعاً. (رد المحتار)

(٢) الجواز.

(٣) مم صدور العقد عن أهله في محله.

(٤) عند المقابلة بالجنس. (٤)

(٥) أى في هذه الدراهم والدينانير الغير الخالصة.

(٦) أى الدراهم والدينانير الخالصة.

(٧) كاستقراض الذهب والفضة الخالصين. (ف)

(٨) أى لا عدداً.

(٩) العيب المغشوش الغير الخالص. (ق وكتر اللغات)

(١٠) فإنها بدون بعض الغش لا يجتمع بعضها مع بعض.

(١١) الذى يقال له: ناقص العيار فى عرفنا. (ف)

(١٢) أى من الذهب والفضة.

(١٣) من الغش.

(١٤) الفطرية.

(١٥) دراهم ودينانير.

(١٦) قوله: "فليس الخ" هذا إذا كانت الفضة لا تتخلص عن الغش لأنها صارت مستهلكة، ولا اعتبار لها، وأما إذا

كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة، كذا فى "شرح الأقطم". (ن)

(١٧) لأن المغلوب فى مقابلة الغالب كالمستهلك. (٤)

(١٨) دراهم مغشوشة.

(١٩) قوله: "فهو على الوجوه الخ" وهى أنه إن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التى فى الدراهم، أو أقل، أو لا

فإن بيعت ^(١) بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً ^(٢) للجنس إلى خلاف الجنس ^(٣)،
فهي ^(٤) في حكم شيئين فضة و صفر ^(٥)، ولكنه صرف ^(٦) حتى يشترط القبض في
المجلس ^(٧) لوجود الفضة من الجانبين، فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في
الصفر، لأنه لا يتميز عنه ^(٨) إلا بضرر.

قال رضى الله عنه ^(٩): ومشاينا رحمه الله ^(١٠) لم يفتوا بجواز ذلك ^(١١) في
العدالي ^(١٢) والغطارفة ^(١٣) لأنها أعز الأموال في ديارنا ^(١٤)، فلو أبيع التفاضل فيه يفتح
باب الربا. ثم إن كانت ^(١٥) تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما ^(١٦) بالوزن، وإن

يدرى لا يصح العقد في الفضة، ولا في النحاس إذا كان لا يتخلص الفضة إلا بضرر، وإن كانت الخالصة أكثر مما في
الدرهم جاز ليكون ما في الدرهم من الفضة يمثلها من الخالصة، والزائد من الخالصة بمقابلة العش. (ف)

(١) الدراهم التي غشها غالب. (ن)

(٢) قوله: "صرفاً للجنس إلخ" أى يصرف كل من الدراهم إلى غش دراهم أخرى، لأنها في حكم شيئين إلخ. (ف)

(٣) ضرورة صحة العقد. (ع)

(٤) أى الدراهم المغشوشة.

(٥) قوله: "وصفر [بالضم الذى يعمل منه الأوانى. صحاح]" الصفر مثل قفل، وكسر الصاد لغة النحاس، وقيل:
أجوده (مصباح)، وفي "شرح الشريعة": هو شيء مركب من المعدنيات كالنحاس والأسرب وغير ذلك. (رد المحتار)
قوله: "صفر" بهندى كانسى.

(٦) قوله: "ولكنه [أى العقد] صرف إلخ" جواب أن يقال: ينبغى أن لا يشترط القبض في المجلس في هذه
الصورة، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أى الفضة إلى الصفر وبالعكس لم يبق صرفاً، ولما لم يبق صرفاً لا
يشترط التقابض في المجلس. قلنا: إنما صرفنا الجنس إلى خلافه لحاجتنا إلى جواز العقد، فإذا جاز بذلك الطريق لا حاجة لنا
إلى البقاء، فلم يكن كل واحد منهما مصروفاً إلى خلاف الجنس في حق القبض بل صرف إلى جنسه، فيشترط التقابض
في المجلس لعدم الحاجة إلى بقاء العقد على الصحة، لأن الحاجة إنما تمس في نفي المفسد الطارئ. (ن)

(٧) أى قبل الافتراق. (ف)

(٨) الفضة.

(٩) أى المصنف. (ع)

(١٠) يريد به علماء ماوراء النهر. (ع)

(١١) قوله: "بجواز ذلك [التفاضل] إلخ" أى بجواز التفاضل في هذه الأموال لم يفتوا لأنه لو جاز حل الربا في أعز
الأموال لقاوسوا عليه جواز الربا في الذهب والفضة بالتدرج. (ن)

(١٢) هذان نوعان من الدراهم المغشوشة. (ميرجان)

(١٣) قوله: "والغطارفة" الدراهم الغطريفية منسوب إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد، كذا
في "المغرب"، وقيل: هو خال هارون رشيد. (ن)

(١٤) أى بخاراً و سمرقند.

(١٥) أى الدراهم والدنانير التي غلب العش فيها.

(١٦) الدراهم والدنانير.

كانت تروج بالعد فبالعد، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما^(١) إذا لم يكن فيهما نص، ثم هي^(٢) ما دامت تروج تكون أثمناً^(٣) لا تتعين بالتعيين، وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين^(٤)، وإذا كانت يتقلبها البعض دون البعض فهي كالزئوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها^(٥) زيوفاً^(٦) إن كان البائع يعلم بحالها^(٧) لتحقق الرضا^(٨) منه^(٩)، وبجنسها من الجياد إن كان^(١٠) لا يعلم لعدم الرضا منه^(١١). وإذا اشترى بها^(١٢) سلعة فكسدت^(١٣)، وترك الناس^(١٤)

المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله^(١٥):
عليه^(١٦) قيمتها^(١٧) يوم البيع^(١٨)، وقال محمد رحمه الله: قيمتها آخر^(١٩) ما تعامل

(١) أى فى الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٢) أى الدراهم والدنانير المغشوشة.

(٣) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد ويجب عليه المثل. (٤)

(٤) كالرصاص ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم. (٤)

(٥) أى بجنس الدراهم المغشوشة. (ك)

(٦) كما فى الرائجة. (ف)

(٧) قوله: "بحالها" أى بحال الدراهم والدنانير المغشوشة بأنها زيفة، ويقبلها البعض دون البعض. (ميرجان)

(٨) وهو إدراج نفسه فى البعض الذى يقبلونها. (ف)

(٩) بجنس الزئوف. (٤)

(١٠) البائم.

(١١) بالزئوف. (٤)

(١٢) أى بالدراهم المغشوشة. (ن)

(١٣) قوله: "فكسدت" الكساد أن لا تروج فى جميع البلدان، هذا على قول محمد، وأما عندهما الكساد فى بلد

يكفى لفساد البيع فى تلك البلدة. (عنى)

(١٤) قوله: "وترك الناس إلخ" المصنف فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها، ولم يذكر أنه فى كل البلاد أو فى

البلد الذى وقع عليه العقد، ونقل عن "عيون المسائل": أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا تروج فى

جميع البلدان، لأنه حينئذ يصير هالكاً، ويبقى البيع بلا ثمن. وأما إذا كانت لا تروج فى هذه البلدة وتروج فى غيرها لا

يفسد البيع، لأنه لم يهلك لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار إن شاء قال: أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع، وإن شاء أخذ

قيمة ذلك دنانير، قالوا: وما ذكر فى "العيون": يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا يستقيم. (٤)

(١٥) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قال الشارحون: هذا الذى ذكره القدرورى من الاختلاف مخالف لما فى

"المبسوط"، و"الأسرار"، و"شرح الطحاوى" حيث ذكر البطلان عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف

بين أصحابنا الثلاثة. (٤)

(١٦) أى على المشتري.

(١٧) أى قيمة هذه الدراهم المغشوشة.

(١٨) قال فى "الذخيرة": وعليه الفتوى. (ف)

الناس بها^(١). لهما: أن العقد قد صح^(٢) إلا أنه تعذر التسليم^(٣) بالكساد، وأنه^(٤) لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع^(٥)، وإذا بقي العقد وجبت القيمة^(٦) لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع، لأنه مضمون به^(٧)، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع، لأنه أو ان الانتقال^(٨) إلى القيمة. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن الثمن يهلك بالكساد، لأن الثمنية^(٩) بالاصطلاح^(١٠) وما بقي^(١١)، فيبقى^(١٢) بيعاً بلا ثمن، فيبطل، وإذا بطل البيع^(١٣) يجب^(١٤) رد المبيع إن كان قائماً، وقيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد. قال: ويجوز البيع بالفلوس، لأنه^(١٥) مال معلوم، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين^(١٦) لأنها أثمان^(١٧) بالاصطلاح، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها، لأنها سلع، فلا بد من تعيينها.

(١٩) وهو يوم الانقطاع في السوق.

(١) وفي "المحيط": به يفتى. (ف)

(٢) لوجود مبادلة المال بالمال.

(٣) أي تسليم الثمن. (ف)

(٤) أي تعذر التسليم.

(٥) قوله: "فانقطع" انقطاعه أن لا يوجد في الأسواق، فلا يبطل البيع حينئذٍ بالاتفاق، ويجب القيمة، ولا ينتظر

إلى زمان الرطب في السنة الثانية، فكذا هذا. (عيني)

(٦) على المشتري.

(٧) قوله: "لأنه مضمون به" أي لأن الثمن مضمون بالبيع، فكان كالمفصوب يعتبر قيمة يوم الغصب، لأنه

مضمون فيه. (عيني)

(٨) من نفس الدراهم.

(٩) قوله: "لأن الثمنية إلخ" أي الدراهم التي غشها غالب إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح، فإذا ترك الناس المعاملة بها

بطل الاصطلاح. (عيني)

(١٠) بخلاف التقدين فإن ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح. (ف)

(١١) نافية.

(١٢) العقد.

(١٣) قوله: "وإذا بطل البيع إلخ" ثم إذا فسد البيع بالكساد، أو بالانقطاع، فإن لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم

لهذا البيع أصلاً، وإن كان مقبوضاً، فإن كان قائماً رده على البائع، وإن كان مستهلكاً، أو هالكاً رجع البائع عليه بقيمة

المبيع إن لم يكن مثلياً، وبمثله إن كان مثلياً. (ك)

(١٤) على المشتري.

(١٥) أي لأن الفلس.

(١٦) كالدرهم والدنانير.

(١٧) حتى لو هلكت قبل القبض لا يفسخ العقد. (ف)

وإذا باع بالفلوس النافقة، ثم كسدت^(١) بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وهو نظير الاختلاف الذي بيناه^(٢).

ولو استقرض فلوساً نافقةً، فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه^(٣) مثلها^(٤)، لأنه^(٥) إعارة، وموجبه رد العين^(٦) معنى^(٧)، والتمنية^(٨) فضل^(٩) فيه^(١٠) إذ القرض لا يختص به^(١١)، وعندهما^(١٢) يجب قيمتها، لأنه لما بطل وصف التمنية تعذر ردها كما قبض، فيجب رد قيمتها^(١٣) كما إذا استقرض مثلياً^(١٤) فانقطع^(١٥) لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل^(١٦)، وأصل الاختلاف^(١٧) فيمن غصب مثلياً^(١٨) فانقطع، وقول محمد رحمه

(١) قبل القبض.

(٢) قوله: "وهو نظير الاختلاف الذي بيناه" أى فى الدراهم الغالب الغش، فإنه يبطل البيع، فيجب على المشتري رد المبيع على البائع إن كان قائماً، ورد مثله، أو قيمته إن كان هالكا، وعندهما يجب قيمتها لكن عند أبي يوسف قيمة يوم البيع، وعند محمد قيمة يوم الانقطاع. (مل)

(٣) أى على المستقرض.

(٤) من الفلوس، أى عدداً. (ف)

(٥) الاستقراض.

(٦) قوله: "وموجبه [الاستقراض] رد العين" والنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة، ولما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فات رد عينه حقيقة، فيجب رد عينه معنى، وهو المثل، ويجعل بمعنى العين حقيقة، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسبية، وهو لا يجوز. (ع)

(٧) أى من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "والتمنية الخ" جواب عما يقال: كيف يكون المثل معنى، وقد فات وصف التمنية، وإنما كان بمعنى العين أن يورد مثله حال كونه نافقاً، وتوضيح الجواب: أن القرض لا يختص بالتمنية يعنى صحة استقراض الفلوس لم يكن باعتبار التمنية بل لأنه مثلي، وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً، ولهذا يصح استقراضه بعد الكساد. (عيني)

(٩) قوله: "فضل" بخلاف البيع فإن دخول الفلوس فى العقد فيه بصفة التمنية، وقد فات ذلك بالكساد. (ع)

(١٠) أى فى القرض. (ف)

(١١) أى بالتمن. (ن)

(١٢) وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر فى اختياره قولهما. (ف)

(١٣) قوله: "فيجب رد قيمتها [لأنه ليس المثل المجرى فى معناها. ع]" وهذا لأن القرض وإن لم يختص وصف التمنية لا يقتضى سقوط اعتبارها إذا كان القرض قرضاً موصوفاً بها، لأن الأوصاف معتبرة فى الديون، لأنها تعرف بخلاف الأعيان المشار إليها، فإن وصفها لغو لأنها تعرف بذواتها. (ف)

(١٤) كالرطب.

(١٥) فيجب رد القيمة.

(١٦) قوله: "من قبل" وكثير من المشايخ كانوا يفتون بقول محمد، وبه كان يفتى الصدر الشهيد حسام الدين، والصدر الكبير برهان الأمة، وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف رحمه الله. (ك)

الله أنظر^(١) للجانيين، وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر^(٢).

قال: ومن اشترى شيئاً بنصف درهم^(٣) فلوس^(٤) جاز، وعليه ما يباع^(٥)

بنصف درهم من الفلوس^(٦)، وكذا إذا قال بدانق^(٧) فلوس، أو بقيراط فلوس جاز. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز في جميع ذلك، لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بالدانق، ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها^(٨).

ونحن نقول: ما يباع بالدانق^(٩) ونصف الدرهم من^(١٠) الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه^(١١)، فأغنى عن بيان العدد، ولو قال: بدرهم فلوس^(١٢)، أو

(١٧) قوله: "وأصل الاختلاف إلخ" أى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد فى اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد فرع الاختلاف فىمن غصب مثلياً، فانقطع، فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع. (عيني) (١٨) كالرطب.

(١) قوله: أنظر" أى للمقرض والمستقرض، أما للمقرض فبالنسبة إلى قول أبى حنيفة، لأنه على قوله يلزم على المقرض مثل تلك الفلوس الكاسدة، وليس فيه نظر للمقرض، وأما للمستقرض فبالنسبة إلى قول أبى يوسف، فإن الواجب عليه قيمتها يوم القبض عنده، فكان ترك النظر للمستقرض، فقلنا: بقيمة يوم الكساد ونظراً للجانيين. (ن)

(٢) قوله: "أيسر" لأن ثمن الفلوس كانت معلومة يوم القبض للمقرض والمستقرض كما هى معلومة للمتعاقدين يوم البيع، والناس أجمع، فكان العمل بها أيسر، وأقل اختلافاً بين الناس، وأما قيمة يوم الانقطاع فغير معلومة للناس بل يختلفون اختلافاً كثيراً، فلا يكون أيسر فى معرفة حكم الشرع. (ن)

(٣) أى بفلوس قيمتهما نصف درهم فضة. (ك)

(٤) يعنى إن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة. (٤)

(٥) قوله: "وعليه إلخ" أى يجب على المشتري إذا اشترى شيئاً بهذا اللفظ قدر ما يباع من عدد الفلوس بمقابلة نصف درهم فضة إذا بيعت الفلوس بمقابلة نصف درهم فى سوق الصيارفة. (نهاية)

(٦) بيان ما يباع.

(٧) قوله: "بدانق إلخ" فى "المغرب": الدانق - بالفتح والكسر - قيراطان والجمع دوانق، ودانيق، وفى الصحاح: الدانق سدس الدرهم والقيراط نصف دانق، وأصله قيراط - بالتشديد - بدليل جمعه على قراريط، فأبدل من إحدى حرفى تضعيفه ياء. (نهاية)

(٨) قوله: "فلا بد من بيان عددها [وإلا يبقى مجهولاً فلا يجوز]" ولا يحصل ذلك بتسمية الدراهم لأن الناس قد يستقصون فى بيع الفلوس، وقد يتسامحون. (نهاية)

(٩) قوله: "ما يباع إلخ" يعنى أن ما يباع بالدانق، وما ذكر من الفلوس معلوم، وهو المراد بقوله: بنصف درهم فلوس لأنه لما ذكر نصف الدرهم، ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس، فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه، وإذا صار كناية عما يباع بنصف درهم وربعم درهم لم يلزم جهالة الثمن. (ف)

(١٠) بيان ما.

(١١) قوله: "والكلام فيه" يعنى فرض المسألة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً حين العقد، فكان مغنياً عن ذكر العدد. (عيني)

(١٢) أى بفلوس قيمتها درهم فضة.

بدرهمين فلوس، فكذلك^(١) عند أبي يوسف رحمه الله، لأن ما يباع بالدرهم من^(٢) الفلوس معلوم وهو المراد، لا وزن الدرهم من الفلوس، وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم، ويجوز فيما دون الدرهم، لأن في العادة المبايع بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم، قالوا: وقول أبي يوسف رحمه الله أصح^(٣) لا سيما في ديارنا^(٤).

قال: ومن أعطى صيرفياً^(٥) درهماً، وقال: أعطنى بنصفه فلوساً، وبنصفه^(٦) نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس، وبطل فيما بقى عندهما، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا، فلا يجوز.
وعلى قياس^(٧) قول أبي حنيفة رحمه الله بطل في الكل، لأن الصفقة متحدة، والفساد قوى^(٨) فيشيع، وقد مر^(٩) نظيره^(١٠)، ولو كرر لفظ الإعطاء^(١١) كان جوابه كجوابهما^(١٢) هو الصحيح^(١٣)، لأنهما بيعان^(١٤)، ولو قال^(١٥): أعطنى نصف درهم

(١) أى يجوز.

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "أصح" وجه الأصح أن ما يباع بالدرهم إلى آخر ما مر أى بذكر الدرهم والداق يصير عدد الفلوس معلوماً لأن قدر ما يوجد بالدرهم أو الدرهمين من الفلوس معلوم في السوق، فكان تسمية الدرهم كتسمية ما يقابله من عدد الفلوس في الأعلام على وجه لا يتمكن المنازعة بينهما. (نهاية)

(٤) أى المدن التى وراء النهر، فإنهم يشترون الفلوس بالدرهم. (ف)

(٥) قوله: "صيرفياً" أى صرافاً، وهو من قولهم: الدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة، أى فضل، وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة: صراف وصيرفى، كذا في "المغرب". (كفاية)

(٦) أى أعطنى بنصف الدرهم درهماً صغيراً يساوى نصف الدرهم إلا حبة. (ن)

(٧) عبارة الكتاب تدل على أنه لا نص عن أبي حنيفة. (٤)

(٨) مقارن للعقد؛ لأن هذا الفساد مجمع عليه. (ف ونهاية)

(٩) قوله: "وقد مر نظيره" وهو ما إذا جمع بين حر وعبد، وباعهما صفقة واحدة، فلو لم يبين ثمن كل واحد

منهما يشيع الفساد في الكل بالإجماع، وإن بين يشيع على قول أبي حنيفة. (ن)

(١٠) فى البيع الفاسد. (ف)

(١١) قوله: "ولو كرر لفظ الإعطاء" بأن قال: أعطنى بنصفه كذا فلوساً، وأعطنى بنصفه الباقى نصفاً إلا حبة فالحكم

أن العقد فى حصة الفلوس جائز بالإجماع. (ك)

(١٢) فى أن الفساد يخص النصف الآخر. (ف)

(١٣) قوله: "هو الصحيح" حكى عن الفقيه عمر بن جعفر الهندوانى، والفقيه مظفر بن اليمان، والشيخ الإمام

شيخ الإسلام ههنا أيضاً لا يصح وإن كرر لفظ الإعطاء، لأن الصفقة متحدة، لأنها لو تفرقت إنما تفرقت بتكرار قوله: أعطنى، ولا وجه إليه، لأن قوله: أعطنى مساومة، وتكرر المساومة لا يتكرر البيع، ألا ترى أن بذكر المساومة لا يتعقد البيع، حتى إن من قال لآخر: بعنى، فقال: بعث لا يتعقد البيع ما لم يقل الآخر: اشتريت، وإذا كان لا يتعقد البيع بذكر

فلوساً، ونصفاً^(١) إلا حبة جاز، لأنه قابل الدرهم بما يباع من^(٢) الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة، فيكون نصف درهم^(٣) إلا حبة بمثله، وما وراءه بإزاء الفلوس، قال رضى الله عنه^(٤): وفي أكثر نسخ "المختصر"^(٥) ذكر المسألة الثانية^(٦).

كتاب الكفالة^(٧)

قال: الكفالة هي الضم لغةً، قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا^(٨)﴾، ثم قيل: هي^(٩) ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة^(١٠)، وقيل: في الدين، والأول^(١١) أصح^(١٢).

المساومة، فيتكرره كيف يتكرر العقد، وكانت الصفقة واحدة، والصحيح أنهما بيعان، فلا يشيع الفساد. (ك)

(١٤) فلا يشيع الفساد، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر. (ك)

(١٥) حين دفع إليه الدرهم الكبير. (ف)

(١) النصب على البدلية من نصف. (ن)

(٢) بيان ما.

(٣) قوله: "فيكون نصف الخ" بخلاف المسألة الأولى لأنه صرح بالفساد حيث جعل بإزاء الدرهم الصغير نصف درهم من الدرهم الكبير إلا حبة، وهو ربا، والعاقدان متى صرحا بفساد العقد لا يحمل على وجه الصحة، وأما في هذه المسألة لم يصرح، فإنه لم يبين للدرهم الصغير حصة من الدرهم الكبير. (ن)

(٤) أى المصنف. (٤)

(٥) أى مختصر القدرى. (ك)

(٦) قوله: "ذكر المسألة الثانية" أى قوله: أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز، ولم يذكر فى أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى، وهو قوله: من أعطى صيرفياً درهماً، وقال: أعطني بنصفه فلوساً الخ.

وفى بعض نسخة: ولو قال: أعطني بنصف درهم درهماً صغيراً وزنه نصف درهم إلا حبة وبالباقى فلوساً جاز البيع، انتهى، وهذا غلط من الكتاب كذا فى المضمرة شرح القدرى، والحكم فيه أن البيع فاسد عند الإمام، وقالوا: جاز فى حصة الفلوس خاصة، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٧) قوله: "كتاب الكفالة" ركنها الإيجاب والقبول عند أبى حنيفة ومحمد، خلافاً لأبى يوسف فى قوله الآخر، حتى عندهما الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال، أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له، أو قبول أجنبى عنه فى مجلس العقد، وقال أبو يوسف آخر: الكفالة تتم بالكفيل وجد القبول أو الخطاب من غيره، أو لم يوجد. وأما شرطها: كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص، وأن يكون ديناً صحيحاً، ولهذا لم يصح الكفالة ببديل الكتابة، وأما أهلها فأهل التبرع بأن كان حراً مكلفاً، فلا يصح من العبد والصبي، وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل. (ك)

قوله: "الكفالة" عقب البيوع لأنها تكون فى البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء، فناسب ذكرها عقب البيوع التى هى معاوضة. (٤)

(٨) قوله: "وكفلها [أى مريم، أى ضمها إلى نفسه. ك] زكريا" أى ضمها إلى نفسه، وقرأ بتشديد الفاء، ونصب

زكريا، أى جعله كافلاً لها، وضامناً لمصالحها. (٤)

(٩) أى فى الشريعة. (ك)

(١٠) دون الدين. (ك)

قال^(١): الكفالة ضربان: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال، فالكفالة بالنفس جائزة، والمضمون بها إحضار المكفول به.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تجوز^(٢)، لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه، إذ لا قدرة^(٣) له^(٤) على نفس المكفول به، بخلاف الكفالة بالمال، لأن له^(٥) ولاية على مال نفسه. ولنا: قوله عليه السلام^(٦): «الزعيم^(٧) غارم^(٨)»، وهذا يفيد^(٩) مشروعية الكفالة بنوعيهما^(١٠)، ولأنه^(١١) يقدر على تسليمه^(١٢) بطريقة^(١٣) بأن يعلم^(١٤) الطالب مكانه^(١٥)، فيخلى بينه وبينه^(١٦)، أو يستعين^(١٧) بأعوان القاضى فى ذلك،

(١١) قوله: "والأول" أى ضم الدمة إلى الدمة فى المطالبة أصح، لأنه لو وجب الدين فى ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصل يصير الدين الواحد دينين. (نهاية)

(١٢) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة. (٤)

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) هذا هو منقول عن الشافعي، والقول الأظهر عند الشافعية إنها جائزة، كذا فى "فتح القدير".

(٣) قوله: "إذ لا قدرة إلخ" أما إذا كانت الكفالة بغير أمره فظاهر وإن كان بأمره، فلان أمره بالكفالة لا يثبت له ولاية فى نفسه ليسلم. (٤)

(٤) أى للكفيل.

(٥) أى للكفيل.

(٦) رواه أبو داود والترمذى. (ف)

(٧) أى الكفيل. (٤)

(٨) الضامن. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٧، والدراية ج ٢، الحديث ٨٠٩ ص ١٦٣. (نعيم)

(٩) لأنه مطلق.

(١٠) قوله: "بنوعيهما" الكفالة بالنفس والمال، فإن قيل: قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» يدل على وجوب الغرم على الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئاً، فكيف يستدل به على مشروعيته؟ قلنا: الغرم ينبىء عن لزوم شىء يضره، وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار، والحاجة ماسة إلى هذا النوع، وهى ضرورة إحياء حقوق العباد، لأنه ربما يغيب نفسه، فيتوى حق صاحب الحق، وعن الصحابة أنهم جوزوا الكفالة بالنفس. (ك)

(١١) أى لأن الكفيل، جواب عن قول الشافعي.

(١٢) أى المكفول به.

(١٣) فإن قدرة كل شىء بحسبه. (٤)

(١٤) الكفيل.

(١٥) المكفول به.

(١٦) المكفول به.

(١٧) الكفيل.

والحاجة ماسة إليه^(١)، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه^(٢) وهو الضم في المطالبة.

قال^(٣): وتتعقد^(٤) إذا قال: تكفلت بنفس فلان^(٥)، أو برقبته، أو بروحه، أو بجسده، أو برأسه، وكذا ببدنه، وبوجهه؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن، إما حقيقة^(٦) أو عرفاً^(٧) على ما مر في الطلاق، وكذا إذا قال^(٨): بنصفه، أو بثلثه، أو بجزء منه، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ، فكان ذكر بعضها شائعاً^(٩) كذكر كلها، بخلاف ما إذا قال: تكفلت بيد فلان^(١٠)، أو برجله، لأنه لا يعبر بهما^(١١) عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما^(١٢)، وفيما تقدم^(١٣) يصح^(١٤). وكذا إذا قال^(١٥): ضمته، لأنه تصريح بموجبه^(١٦)، أو قال: هو على، لأنه^(١٧) صيغة الالتزام^(١٨)، أو قال: إلى؛ لأنه في معنى على في هذا المقام، قال عليه السلام: «ومن ترك^(١٩) مالا فلورثته ومن ترك^(٢٠) كلا^(٢١) فألى^(٢٢)»*.

(١) أى إلى عقد الكفالة بالنفس.

(٢) أى فى عقد الكفالة بالنفس.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وتتعقد [الكفالة بالنفس] إلخ" لما فرغ من أنواع الكفالة شرع فى ذكر الألفاظ المستعملة فيها. (٤)

(٥) قوله: "بنفس فلان" لم يذكر محمد ما إذا تكفل بعينه، قال البلخى: لا يصح كما فى الطلاق إلا أن ينوى به البدن، والذي يجب أن يصح فى الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل، يقال: عين القوم، وهو عين فى الناس. (ف)

(٦) كجسده أو بدنه. (ن)

(٧) قوله: "أو عرفاً" كوجهه ورأسه، ورقبته، فإن كلا منها مخصوص بعضو خاص، فلا يشمل الكل حقيقة،

لكنه يشمل بطريق العرف. (عناية)

(٨) تتعقد الكفالة بالنفس.

(٩) أى غير معين.

(١٠) حيث لا يصح الكفالة بالنفس.

(١١) أى باليد والرجل.

(١٢) اليد والرجل.

(١٣) أى الجزء الشائم كالنصف.

(١٤) أى إضافة الطلاق.

(١٥) أى تتعقد الكفالة بالنفس.

(١٦) قوله: "لأنه تصريح بموجبه [لأن موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى أكثر الصور. ف] أى بموجب

عقد الكفالة، لأنه يصير به ضماناً للتسليم، والعقد يتعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع يتعقد بلفظ التمليك. (ك)

(١٧) أى على.

(١٨) فأفاد الضمان، فصحت الكفالة.

(١٩) قوله: "من ترك إلخ" أخرجه أبو داود والنسائى، وابن ماجه عن المقدم بن معديكرب، قال: قال رسول

وكذا^(١) إذا قال: أنا زعيم^(٢) به، أو قبيل؛ لأن الزعامة هي الكفالة، وقد روينا^(٣) فيه^(٤)، والقبيل^(٥) هو الكفيل، ولهذا سمي الصك^(٦) قبالة^(٧)، بخلاف ما إذا قال^(٨): أنا ضامن لعرفته^(٩)، لأنه التزم المعرفة^(١٠) دون المطالبة.

قال: فإن شرط^(١١) في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه^(١٢) إحضاره إذا طالبه^(١٣) في ذلك الوقت، وفاء بما التزمه. فإن أحضره^(١٤) وإلا حبسه الحاكم، لامتناعه^(١٥) عن إيفاء حق مستحق عليه^(١٦)، ولكن لا يحبسه^(١٧) أول

الله ﷺ: «من ترك كلا فيألي، ومن ترك مالا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وارثه»، ورواه ابن حبان في «صحيحه»، وفي لفظ لأبي داود: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فمن ترك ديناً أو ضيعة فألي». (ف) (٢٠) اليتيم.

(٢١) قوله: «أو عيالا [هو من يعوله، أى يقوته. ك] عيال - بالكسر -: أولاد وزن، وآنكه تكفل وتعهده حال إيشان ومؤنث إيشان بايد نمود، ونفقه بايد داد. (م)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٥٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٠ ص ١٦٤. (نعيم)

(١) تتعدد الكفالة.

(٢) كأمر ضامن. (من)

(٣) وهو قوله عليه السلام: «الزعيم غارم». (ك)

(٤) أى فى أن الزعامة الكفالة.

(٥) قبالة بالفتح ضامن شذن. (م)

(٦) قوله: «الصك» صك بالفتح وتشديد كاف نامه، وقبالة معرب چك. (م)

(٧) لأنه قابل بما فيه.

(٨) قوله: «بخلاف ما إذا قال الخ» وعن نصير قال: سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر: أنا ضامن لمعرفة فلان، قال أبو سليمان: أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لا يلزم شيء. وأما أبو يوسف قال: هذا على معاملة الناس وعرفهم، قال الفقيه أبو الليث فى «...» بن أبى يوسف غير مشهور، والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد فى «خزائة الواقعات»، وبه يفتى، أى بظاه. فيمن قال: أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه، وعلى هذا معاملة الناس. (ف)

(٩) أى لا يصير كفيلا. (ن)

(١٠) قوله: «لأنه التزم المعرفة الخ» يعنى أن موجب الكفالة التزام التسليم، وهو ضمن المعرفة لا التسليم، وفى الفارسية بأن قال: من ضامنم دانستن، ويرأ عامة المشايخ قالوا: يكون كفيلا، فكأنهم فرقوا بين الفارسية والعربية، كذا فى فتاوى قاضى خان. (ك)

(١١) هذه مسألة القدورى.

(١٢) الكفيل.

(١٣) أى المكفول له.

(١٤) فى ذلك الوقت فيها.

(١٥) الكفيل.

مرة^(١)، فلعله^(٢) ما درى لماذا يدعى، ولو غاب^(٣) المكفول^(٤) بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه^(٥)، فإن مضت^(٦) ولم يحضره يحبس^(٧) لتحقق امتناعه^(٨) عن إيفاء الحق. قال: وكذا إذا ارتد^(٩) -والعياذ بالله- ولحق بدار الحرب^(١٠)، وهذا^(١١) لأنه^(١٢) عاجز في المدة، فينظر^(١٣) كالذى أعسر^(١٤)، ولو سلمه قبل ذلك^(١٥) برئ^(١٦) لأن الأجل حقه، فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل^(١٧).

(١٦) فصار ظلماً، والحبس جزاء الظلم.

(١٧) الحاكم الكفيل.

(١) لأن الحبس جزاء الظلم، ولا يظهر في أول الوهلة.

(٢) أى لعل الكفيل.

(٣) مسافة بعيدة أو قريبة.

(٤) المدعى عليه.

(٥) قوله: "أمهله الحاكم [أى الكفيل] إلخ" ويستوثق منه بكفيل، هذا إذا عرف مكانه، وإن لم يعرف مكانه، واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال إلى أن يعرف مكانه، لأنهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال. وإن وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل فقال الكفيل: لا أعرف مكانه، وقال الطالب: تعرف مكانه، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت، فالقول قول الطالب، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع، لأن الظاهر شاهد للمدعى، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه، فالقول قول الكفيل، لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل، ومنكر لزوم المطالبة إياه والطالب يدعيه. (ك)

(٦) المدة.

(٧) أى يحبس الحاكم الكفيل.

(٨) مع إمكانه.

(٩) قوله: "وكذا [أى يمهل مدة الذهاب والمجيء] إذا ارتد إلخ" وفي "الذخيرة": إذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب إن كان الكفيل قادراً على رده، بأن كان بيننا وبين أهل الحرب موادة، أن من لحق بهم مرتداً يردونهم علينا إذا طلبنا، يمهل تدر الذهاب والمجيء، وإن لم يكن قادراً على رده بأن لم يتقدم موادة على الوجه الذى قلنا: فالكفيل لا يؤاخذ به. (ك)

(١٠) قوله: "ولحق إلخ" وللحاق وإن كان موتاً فهو حكمى فى ماله ليعطى الأقرب إليه، أما حقوق العباد فتأبى على حالها. (ف)

(١١) أى الإمهال.

(١٢) أى الكفيل.

(١٣) الإنظار مهلت دادن. (م)

(١٤) وعليه دين فإنه يمهل [إعسار بالكسر درویش شدن]. (م)

(١٥) الوقت المعين.

(١٦) أى الكفيل.

(١٧) إذا أدى قبل الأجل برئ.

قال (١) : "وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه (٢) مثل أن يكون في مصر (٣) برئ الكفيل من الكفالة (٤) ؛ لأنه أتى بما التزمه (٥) ، وحصل المقصود (٦) به ، وهذا (٧) لأنه ما التزم التسليم إلا مرة .

وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود (٨) ، وقيل (٩) : في زماننا لا يبرأ (١٠) ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار (١١) ، فكان التقييد (١٢) مفيداً .

وإن سلمه في برية (١٣) لم يبرأ ، لأنه (١٤) لا يقدر على المخاصمة فيها (١٥) ، فلم يحصل المقصود ، وكذا (١٦) إذا سلمه في سواد (١٧) لعدم قاض يفصل الحكم فيه .
ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله للقدرة (١٨) على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ (١٩) ، لأنه (٢٠) قد يكون شهوده

(١) أى القدورى . (عينى)

(٢) أى فى ذلك المكان .

(٣) قوله : "مثل أن يكون فى مصر" أى من الأمصار ، ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر هو الذى كفل فيه ، وعن أبى حنيفة ليس ذلك بشرط ، وهى المسألة الأخيرة من مسائل التسليم .

(٤) سواء قبله الطالب أو لا . (ف)

(٥) بالكفالة . (ف)

(٦) أى مقصود المكفول له .

(٧) أى إتيانه بما التزمه .

(٨) قوله : "لحصول المقصود [هو القدرة على المحاكمة . ع]" إذ المقصود من التسليم فى مجلس الحاكم إمكان الخصومة ، واستخراج الحق بإثبات حقه عليه ، وهذا الإمكان حاصل متى سلمه فى مكان آخر من هذا المصر . (ك)

(٩) القائل شمس الأئمة السرخسى .

(١٠) قيل : ويجب أن يفتى بهذا ، إذا شرط التسليم فى مجلس القضاء بالتسليم فى غير ذلك المجلس . (عنايه)

(١١) قوله : "لا على الإحضار" يعنى أن الظاهر أنه لا يعاونه أحد من أهل الطريق والسوق على إحضار المكفول به فى مجلس القاضى بل يعاونونه على الامتناع لغلبة أهل الفسق والفساد . (مل)

(١٢) بمجلس القاضى .

(١٣) صحرا وزمين بى كشت برارى جمع . (من)

(١٤) المكفول له .

(١٥) البرية .

(١٦) أى لا يبرأ .

(١٧) هى القرى التى ليس فيها قضاة [سراد بالفتح ديهام شهر . (م)]

(١٨) لأن المحاكمة تتحقق عند كل قاض ؛ فصار التسليم فى البلدين سواء .

(١٩) قوله : "وعندهما [وقولهما أوجه . (ف)] إلخ" قيل : هذا اختلاف عصر وزمان ، فإن أبى حنيفة كان فى القرن

فيما عينه^(١)، ولو سلمه^(٢) في السجن، وقد حبسه^(٣) غير الطالب لا يبرأ^(٤)، لأنه لا يقدر^(٥) على المخاصمة فيه^(٦).

قال^(٧): وإذا مات المكفول به^(٨) برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأنه عجز عن إحضاره، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل^(٩)، فيسقط الإحضار عن الكفيل، وكذا إذا مات الكفيل^(١٠)، لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه^(١١)، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب^(١٢)، بخلاف الكفيل بالمال^(١٣)، ولو مات المكفول به، فلو وصى أن يطالب الكفيل، وإن لم يكن^(١٤) فلوارثه^(١٥) لقيامه^(١٦) مقام الميت.

قال^(١٧): من كفل^(١٨) بنفس آخر^(١٩) ولم يقل: إذا دفعت إليك فأنا برىء، فدفعه

الثاني، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق، فكانت الغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة، وعامل كل مصر منقاد لأمر الخليفة، فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصر أو في مصر آخر، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمان أبي يوسف ومحمد، فظهر الفساد، والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة، فيتقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب. (٤)

(٢٠) قوله: "لأنه قد يكون إلخ" وذلك القاضى يعرف حادثته، فتعارض الموهومان وبقي التسليم سالماً عن المعارض، فبرأ، وهذا إذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه، وإن شرط فلا يبرأ فيه عندهما، وعلى قوله اختلف المشايخ فيه. (ك)

(١) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر.

(٢) كائناً.

(٣) أى القاضى قد حبسه لأجل غير الطالب.

(٤) وإن كان الحابس هو الطالب برئ. (٤)

(٥) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" لأن الغرض من التسليم تمكنه من إحضاره بمجلس الحكم ليثبت عليه حقه، وإذا لا يتأتى إذا كان محبوساً. (ك)

(٦) أى فى الحبس.

(٧) أى القدرى. (عينى)

(٨) المدعى عليه.

(٩) المكفول به.

(١٠) أى يسقط الكفالة.

(١١) فإن قيل: فليؤد الدين من ماله أوجب بأن ماله إلخ. (٤)

(١٢) أى الإحضار، وتسليم المكفول به.

(١٣) قوله: "بخلاف الكفيل بالمال" حيث لا يبطل الكفالة بالمال بموت الكفيل لنيابة ماله منابه، إذ المقصود هناك إيفاء حق المكفول له بالمال، ومال الكفيل صالح لذلك، فيؤخذ ماله من تركته، ثم يرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما فى الحياة. (ن)

(١٤) الوصى.

(١٥) المكفول له.

(١٦) أى لقيام كل واحد من الوصى والوارث.

إليه فهو برىء؛ لأنه^(١) موجب^(٢) التصرف^(٣)، فيثبت^(٤) بدون التنصيص^(٥) عليه، ولا يشترط^(٦) قبول الطالب التسليم^(٧) كما في قضاء الدين. ولو^(٨) سلم^(٩) المكفول به نفسه^(١٠) من كفالاته صح^(١١)، لأنه مطالب بالخصومة، فكان له^(١٢) ولاية الدفع^(١٣)، وكذا^(١٤) إذا سلمه إليه^(١٥) وكيل الكفيل، أو رسوله لقيامهما^(١٦) مقامه.

قال^(١٧): فإن تكفل بنفسه^(١٨) على أنه إن لم يوافق^(١٩) به^(٢٠) إلى وقت كذا فهو

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٨) قوله: "ومن كفل بنفس آخر إلخ" قال الفقيه أبو الليث: إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفى حقه، لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوثق لاستيفاء الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه، فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة، ولا يفيد التكرار. (ف)

(١٩) بالإضافة. (ع)

(١) أى لأن البراءة.

(٢) قوله: "لأنه موجب إلخ" معناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط، وقال فى "النهاية": لأنه موجب التصرف، أى لأن دفع المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس، والموجبات تثبت فى التصرف، أى بدون ذكرها صريحاً، وليس بشيء لأن الكلام فى أن البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به إلى المكفول له. (ع)

(٣) أى الكفالة بالنفس.

(٤) البراءة.

(٥) التصريح.

(٦) قوله: "ولا يشترط إلخ" فى "المبسوط": لأن الكفيل يبرىء نفسه بإبقاء عين ما التزمه، فلا يتوقف على قبول صاحب الحق كالمدينون إذا جاء بالدين، ووضعه بين يدي الطالب، وهذا لأنه لو توقف على قبوله تضرر به من عليه. (ن)

(٧) أى تسليم الكفيل المكفول به.

(٨) هذه من مسائل "المبسوط". (عين)

(٩) إلى الطالب.

(١٠) وقال: وقعت نفسى إليك من كفالة فلان. (ع)

(١١) وبرئ الكفيل.

(١٢) قوله: "فكان له إلخ" فتسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه، ومن جهة الكفيل، فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل، فلا يبرأ. (ع)

(١٣) أى دفع الخصومة. (ك)

(١٤) أى يبرأ.

(١٥) أى إلى الطالب.

(١٦) الوكيل والرسول.

(١٧) هذه مسألة القدرورى. (عيني)

(١٨) الرجل.

ضامن^(١) لما عليه وهو ألف، فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال؛ لأن الكفالة بالمال معلقة^(٢) بشرط عدم الموافقة، وهذا التعليق صحيح^(٣)، فإذا وجد الشرط لزمه^(٤) المال. ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأن وجوب المال عليه^(٥) بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما^(٦) للتوثق^(٧).

وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح هذه الكفالة^(٨)؛ لأنه تعليق سبب^(٩) وجوب المال بالخطر^(١٠)، فأشبهه البيع^(١١).

ولنا: أنه يشبه البيع^(١٢)، ويشبه النذر^(١٣) من حيث إنه التزام^(١٤)، فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط^(١٥)، كهبوب الريح ونحوه^(١٦)، ويصح^(١٧) بشرط متعارف^(١٨)

(١٩) أى لم يأت.

(٢٠) وافاه إياه مفاعلة من الوفاء. (ن)

(١) قوله: "فهو ضامن لما عليه وهو ألف" التقييد بقوله: لما عليه مفيد لأنه إن لم يقله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافقة على قول محمد، خلافاً لهما. ويقول: وهو ألف غير مفيد لأنه إذا قال: فعلى مالك عليه، ولم يسم الكمية جاز، لأن جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لابتناءها على التوسم. (٤)

(٢) فى هذه الصورة. (٤)

(٣) قوله: "هذا التعليق صحيح" لأنه تعليق بشرط متعارف لتعامل الناس إياه، وإن كان القياس بأباه، وبالتعامل يترك القياس فى البيع كما لو اشترى نعلا على أن يحذوه الباتم مع أن بابه أضيق من الكفالة، فلأن يترك ههنا وبابها أوسع أولى. (ك)

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "لا ينافي إلخ" تقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقاً للمكفول له لا يبطل إلا بما ينافيها من تسليم أو إبراء، أو موت، وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما، ولأن كل واحد منهما للتوثق، فلا تبطلها، وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى، وإبطالها يفضى إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع، وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس، ووجوب البديل ينافي المبدل عنه كما فى خصال الكفارة، وأجيب بأن بدليتها ممنوعة، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر. (عناية)

(٧) الكفالتين.

(٨) الاعتماد.

(٩) أى بالمال.

(١٠) أى الكفالة بالمال. أى بأمر متردد، قد يكون وقد لا يكون، وهو عدم الموافقة إلى وقت كذا.

(١١) قوله: "فأشبهه البيع" أى فى لزوم المال بالعروض يرجوع الكفيل على الأصيل بالمال إذا كان بأمره، وتعليق سبب وجوب المال فى البيع لا يجوز، فكذا ههنا، والجواب أنا لا نسلّم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه، ولكنه يشبه إلخ. (٤)

(١٢) قوله: "يشبه البيع" انتهاء، لأن الكفيل يرجع على الأصيل بما أدى عنه إذا كان بأمره، فكان مبادلة المال بالمال. (ك)

(١٣) أى ابتداء. (ك)

(١٤) لشيء غير لازم.

عملاً بالشبهين ، والتعليق بعدم الموافقة متعارف .

ومن ^(١) كفل بنفس رجل ، وقال : إن لم يواف به غداً ^(٢) فعليه المال ، فإن مات ^(٣) المكفول عنه ضمن المال ^(٤) لتحقق الشرط ، وهو عدم الموافقة .

قال : ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها ^(٥) أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة ، فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى ^(٦) بعد ذلك ^(٧) لم يلتفت إلى دعواه ^(٨) ؛ لأنه علق ^(٩) مالا مطلقاً ^(١٠) بخطر ^(١١) ، ألا يرى ^(١٢) أنه ^(١٣) لم

(١٥) عملاً بشبه البيع .

(١٦) كإمطار السماء .

(١٧) عملاً بشبه النذر ، فإن النذر يصح تعليقه مطلقاً .

(١٨) قوله : " بشرط متعارف " والتعليق بعدم الموافقة متعارف ، فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافقة بالنفس ، ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في مجرد الكفالة بالنفس . (عناية)
(١) هذه مسألة " الجامع الصغير " .

(٢) قوله : " غداً " لم يذكر في أكثر نسخ " الجامع الصغير " لفظ " الغد " ولهذا لم يذكره فخر الإسلام ، والصدر الشهيد ، وقاضى خان ، فثبت الفرق بين مسألة الجامع والقدرى ، بأن هذه مطلقة ، وتلك مقيدة بالوقت ، فلذا ذكرها المصنف . والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافقة إذا كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافقة يكون عن تقصير عن الكفيل بخلاف موت المكفول عنه فإنه أمر سماوى . (ف)

(٣) بعد الغد . (ف)

(٤) قوله : " ضمن المال [للمكفول له . ف] " فيه شبهة قوية ، وهو أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يرتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ، وليست بمقصودة ، ولهذا لو أبرأ الكفيل الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة بطلت الكفالة بالمال ، فكذا ههنا انفسخت الكفالة بالنفس بموت المكفول به ، فتبطل الكفالة بالمال أيضاً . والجواب أن الإبراء وضع لفسخ الكفالة ، والموت لم يوضع له فالإبراء يفسخ الكفالة من كل وجه ، وبالموت يفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بالنفس ، ولا ضرورة إلى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق ، والشرط عدم الموافقة مطلقاً . (مل)

(٥) أى بين صفتها بأنها جيدة أو رديئة . (ك)

(٦) قوله : " ثم ادعى [بأنه موصوف بصفة كذا] إلخ " أى ثم ادعى مدعى المائة التى كان لم يبين صفتها تلك المائة على الكفيل مع بيان الصفة لا يسمع دعواه ، أى لا يؤخذ الكفيل بكفالاته حتى لا يقدر المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة ، وإن بين ما ادعاه بعد ما ادعى على المدعى عليه شيئاً مجهولاً . (نهاية)

(٧) الكفالة .

(٨) الكفيل .

(٩) قوله : " لأنه علق إلخ " فيحتمل أنه التزم [لترك الدعوى فى الحال] مالا ابتداءً ، فيكون رشوة ، ويحتمل أنه أراد ما على الأصيل ، فلا يكون رشوة ، والمال لم يكن لازماً ، فلا يلزم بالشك . (ك)

(١٠) قوله : " مالا مطلقاً [أى عن النسبة . ع] " المراد من الإطلاق عدم نسبة كفالاته إلى المال المدعى به حيث لم يقل الكفيل على المائة الذى على المدعى عليه . (مل)

ينسبه إلى ما عليه^(١١)، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه^(١٢) وإن بينها^(١٣)، ولأنه^(١٤) لم يصح الدعوى من غير بيان^(١٥)، فلا يجب^(١٦) إحضار النفس، وإذا لم يجب^(١٧) لا تصح الكفالة بالنفس، فلا تصح^(١٨) بالمال، لأنه^(١٩) بناء عليه^(٢٠)، بخلاف ما إذا بين^(٢١). ولهما أن المال ذكر معرفاً^(٢٢)، فينصرف إلى ما عليه، والعادة^(٢٣) جرت بإجمال في الدعاوى^(٢٤)، فتصح الدعاوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فتبين صحة الكفالة^(٢٥) الأولى، فيترب عليها الثانية^(٢٦).

(١١) أى أمر متردد. (٤)

(١٢) توضيح.

(١٣) أى أن الكفيل.

(١٤) أى على المكفول عنه.

(٢) قوله: "ولا تصح إلخ" يعنى أن هذا الوجه كما ترى يقتضى أن لا تصح هذه الكفالة بالمال أصلاً وإن بينها الطالب أو لا، وبه صرح الشارح، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبى منصور الماترىدى. (مل)

(٣) أو لا.

(٤) هذا الوجه منسوب إلى الشيخ أبى الحسن الكرخى.

(٥) قوله: "ولأنه لم يصح إلخ" يعنى إذا لم يدع مالا مقدرا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضى لفساد الدعوى، فلم يصح الكفالة بالنفس، فلم يصح الكفالة بالمال، لأنه بناء عليه، فعلى هذا الوجه إذا كان المدعى به معلوماً وقت الدعوى يصح الكفالة وينصرف الكفالة إلى المال المدعى به. (ك)

(٦) على المدعى عليه.

(٧) إحضار النفس.

(٨) الكفالة.

(٩) الكفالة بالمال.

(١٠) أى على الكفالة بالنفس.

(١١) حيث تصح الكفالة بالنفس وبالمال.

(١٢) قوله: "أن المال ذكر إلخ" هذه النكتة فى مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وحاصلها أن المال فى قول الكفيل ذكر معرفاً، لأنه قال: فعليه المائة، فينصرف المائة إلى ما على المكفول عنه بجعل اللام للعهد، فكانت النسبة موجودة، فيخرج المال عن كونه رشوة، فيلزم، ويصح الكفالة، كذا فى "العناية" وغيرها. ولا يذهب عليك أن فى عبارة "الجامع الصغير" ذكر المال منكراً حيث قال فيه: فإن لم أوفك به غداً فعلى مائة دينار، وهكذا ذكر غير واحد، وكذا فى "المبسوط"، فلا يستقيم هذه النكتة، كذا فى "فتح القدير". (مولانا عبد الحليم نور الله مرقد)

(١٣) هذه النكتة فى مقابلة النكتة الثانية لمحمد.

(١٤) قوله: "والعادة جرت إلخ" تقريره أن المال إذا لم يكن معلوماً لا بأس به، لأن العادة جرت بإجمال فى الدعاوى فى غير مجلس القضاء دفعاً لحيل الخصوم، والبيان عند الحاجة فى مجلس القضاء، فيصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى، فكأنه أراد بالمائة المطلقة فى الابتداء المائة التى يدعيها، ويبينها فى الآخرة، وعلى هذا صحة الكفالة بالمال، والنفس جميعاً، ويكون القول قوله فى هذا البيان، لأنه يدعى صحة الكفالة. (٤)

(١٥) أى بالنفس.

قال^(١): ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه^(٢) لا يجبر عليها عنده^(٣). وقالوا: يجبر في حد القذف^(٤)، لأن فيه^(٥) حق العبد، وفي القصاص^(٦) لأنه خالص حق العبد^(٧)، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى^(٨). ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام*: «لا كفالة في حد^(٩) من غير فصل^(١٠)»، ولأن مبنى الكل^(١١) على الدرء^(١٢)، فلا يجب

(١٦) أى بالمال.

(١) أى القدرى. (عنى)

(٢) قوله: "معناه إلخ" وعلى هذا يكون معنى قوله: ولا يجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف، وإستناد الجواز إلى الكفالة مجازاً. (عناية)

(٣) قوله: "لا يجبر عليها [الكفالة] إلخ" يعنى من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب المدعى منه كفيلاً بنفسه بأن يحضره فى مجلس القضاء لإثبات ما يدعى على المدعى عليه، فامتنع عن إعطاءه لا يجبر عليه. (عنى)

(٤) قوله: "وقالوا: يجبر [أى المدعى عليه على الكفالة] إلخ" وفى "الفوائد الظهيرية": وليس تفسير الجبر ههنا الحبس لكن يأمره بالملازمة، وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب، لأنه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب، فيدور معه أينما دار كيلاً بتغيب، وإذا انتهى إلى باب داره، وأراد الدخول يستأذنه الطالب فى الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن له فى الدخول يجلسه فى باب داره، ويمتنع من الدخول، وسيجىء تفسير الملازمة فى كتاب الحجر، إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأن فيه حق العبد" ولذا شرط فيه الدعوى، والمدعى يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود والمطلوب، وهو ربما يخفى لفسه، فيحتاج إلى أن يأخذ منه كنيلاً. وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف فى الجبر بالكفالة على قولهما، وفى الجواز من غير جبر على قول أبي حنيفة رحمه الله، لأنه من الحقوق التى يتعلق بها حق العباد. (ن)

(٦) أى المقلب فيه حق العبد. (ن)

(٧) قوله: "لأنه خالص حق العبد" ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك، وفيه حق الله لإخلاء الأرض عن الفساد. (ف)

(٨) قوله: "بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى" كحد الزنا، والشرب لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها، لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى، لأنه لا يسمع دعوى أحد فى الزنا والشرب، فلم تقع الكفالة بالنفس بحق واجب على الأصيل، وبعد إقامة البينة قبل التعديل يجس، وبه يحصل الاشتياق، فلا معنى للكفالة بخلاف ما فيه حق العبد، فإن حضوره فى مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضى على الحضور، ويحول بينه وبين أشغاله، فتصح الكفالة بإحضاره. (ف)

* راجع نصب الرأية ج٤ ص ٥٩، والدرأية ج٢، الحديث ٨١١ ص ١٦٤. (نعيم)

(٩) قوله: "لا كفالة فى حد" قال فى "العناية": قيل: هذا من كلام شريح لا من كلام النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم، ذكره الخصاص فى أدب القاضى عن شريح، وقال الصدر الشهيد فى أدب القاضى: روى هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، انتهى، وقال الزيلعي: إن هذا الحديث أخرجه البيهقى فى "سننه" مرفوعاً لكن فى رواية عمر بن أبى عمرو الكلاعى، وهو مجهول، ورواياته منكراً، ورواه ابن عدى فى "الكامل" عنه وقال: إنه مجهول لا أعلم، وأحاديثه غير محفوظة، وهكذا قال الإمام ابن الهمام فى "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحليم)

(١٠) قوله: "فصل" أى بين ما هو حق العبد وبين ما هو خالص حق الله تعالى. (ع)

(١١) أى كل الحد.

فيها الاستيثاق^(١)، بخلاف^(٢) سائر الحقوق، لأنها لا تندرى بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق، كما في التعزير^(٣).

ولو سمحت^(٤) نفسه^(٥) به^(٦) يصح^(٧) بالإجماع؛ لأنه أمكن ترتيب موجهه^(٨) عليه، لأن تسليم النفس فيها^(٩) واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم^(١٠).

قال^(١١): ولا يحبس فيها^(١٢) حتى يشهد شاهدان مستوران^(١٣)، أو شاهد عدل^(١٤) يعرفه القاضي^(١٥)، لأن الحبس للتهمة^(١٦) ههنا^(١٧)، والتهمة تثبت^(١٨) بأحد

(١٢) أى الدفع.

(١) قوله: "فلا يجب فيها [الحدود] الاستيثاق" أى بالكفيل، فإذا لم يكفل عنده ما ذا يصنع به، قال يلزمه إلى وقت قيام القاضي، فإن أحضر البينة فيها، وإلا خلى سبيله، هذا إذا لم يقم البينة، وأما إذا أقام شاهدين مستورين، أو شاهد عدل لا يكفل عنده أيضاً، ولكن يحبسه للتهمة، والحبس بها مشروع لما روى أن النبي عليه السلام حبس رجلاً للتهمة. (ن)

(٢) حيث يجب فيها الاستيثاق بالتكفير.

(٣) قوله: "كما في التعزير" أى يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فى الشيء الذى يجب فيه التعزير، فإن التعزير محض حق العبد، ويسقط بإسقاطه، ويثبت بالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه، فيجبر على إعطاء الكفيل فيه كالأموال. (ك)

(٤) سماحة - بالفتح - جوامردى. (م)

(٥) المدعى عليه.

(٦) أى يعطى الكفيل. (نهاية)

(٧) قوله: "يصح" أى فى الحدود والقصاص التى وقع الاختلاف فى الجبر عليه. (ن)

(٨) أى موجب عقد الكفالة وهو الزام المطالبة.

(٩) الحدود.

(١٠) وهو معنى الكفالة.

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير"، وليس فى أكثر النسخ قال. (عينى)

(١٢) قوله: "ولا يحبس فيها" أى فى الحدود والقصاص، وفى بعض النسخ فيهما، أى فى حد القذف والقصاص. (ن)

(١٣) أى لا يعرف فسقهما ولا عدالتهما.

(١٤) قوله: "أو شاهد عدل" فإن قيل: قد قلتم بحبسه بإقامة شاهد عدل، ومعنى الاحتياط فى الحبس أكثر من أخذ الكفيل، قلنا: الحبس ليس للاحتياط، ولكن لتهمة الدعارة والفساد، وفيحبس تعزيراً. (ك)

(١٥) قوله: "يعرفه القاضي" أى يعرف كونه عدلاً، فإن كان مجهولاً لا يحبسه، لأنه انعدم العدد والعدالة. (نهاية)

(١٦) قوله: "للهمة [أى تهمة الفساد]" فى "الصحاح" و"المغرب": التهمة بالتحريك وأصل التاء فيه واو من وهمت الشيء أهمه، وهما من باب ضرب أى وقع فى خلدى والوهم ما يقع فى القلب من الخاطر، واتهمت فلاناً بكذا، والاسم التهمة بالتحريك أصله اوتهمت، كما فى اتكلت أصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها، ثم أبدلت منها، وأدغمت فى تاء الاتعال. (ف)

(١٧) أى فى الحدود والقصاص.

(١٨) قوله: "والتهمة تثبت بأحد إلخ" لأن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد، وهو من الديانات والديانات تثبت بأحد شرطها. ولقائل أن يقول: الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافى الدرء بالشبهات، والدرء ثابت لقوله عنه

شطرى الشهادة، إما العدد، أو العدالة، بخلاف الحبس^(١) فى باب الأموال^(٢)؛ لأنه أقصى عقوبة فيه، فلا يثبت إلا بحجة كاملة^(٣)، وذكر^(٤) فى أدب القاضى أن على قولهما لا يحبس فى الحدود^(٥)، والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة^(٦). قال^(٧): والرهن والكفالة جائزان فى الخراج^(٨)؛ لأنه دين^(٩) مطالب به^(١٠) ممكن الاستيفاء^(١١)، فىمكن ترتيب موجب العقد^(١٢) عليه فىهما^(١٣).

«درء الحدود بالشبهات». ويمكن أن يجاب بأن يحمل قولهم للتهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضاً بالتهاون فيه، وبيانه أن الدرء مأمور به، والتهاون حرام لإفضاءه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه، فإن وجد أحد شطرى الشهادة، ولم يحبس الحاكم اتهم بأنه متهاون فى ذلك وهو قاذح فى عدالته والاتقاء من أمثاله مأمور به، فىحبس بأحد شطرى الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم، والحبس من النبى ﷺ فى ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن صلى الله عليه وعلى آله وسلم ممن يتهم بذلك، ثم إذا سمع الحجة الكاملة يحيل للدرء، والله أعلم. (٤)

(١) قوله: "بخلاف الحبس" فإنه لو ثبت المال بالبينة العادلة، وامتنع من الإيفاء بحبس، فكان الحبس أقصى عقوبة فيه. (ف)

(٢) حيث لا يحبس فيه بشهادة مستورين، أو شاهد عدل.

(٣) قوله: "إلا بحجة كاملة" فلا يجوز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوته، أما فى الحدود والقصاص أقصى عقوبة القتل أو الضرب، والحبس نوع عقوبة، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص. (عنى)

(٤) أى فى "المبسوط" فى باب أدب القاضى.

(٥) أى التى فيها حق العبد كحد القذف.

(٦) قوله: "لحصول الخ" أى لأن أخذ الكفيل لما جاز عنهما جاز أن يستوثق به، فىستغنى عن الحبس بها. (٤)

(٧) أى محمد. (عنى)

(٨) قوله: "فى الخراج" وإنما أورد الخراج لأنه فى حكم الصلاة دون الديون المطلقة، ووجوبه بحق الشرع كالزكاة، فكان ينبغى أن لا يصح الكفالة والرهن به. (نهاية)

(٩) قوله: "لأنه دين" ألا ترى أنه يحبس به، ويمنع لأجله من وجوب الزكاة، فىجوزان كسائر الديون، كذا فى "الفوائد الظهيرية". فإن قيل: دين الزكاة له مطالب من جهة العباد، أما فى الأموال الظاهرة فالإمام، وأما فى الأموال الباطنة فملاكها، فإنهم نواب عن الإمام، ومع ذلك لا يجوز الكفالة بدين الزكاة.

قلت: قال الإمام النمرتاشى: الزكاة ليست بدين بل هى عبارة عن تملك المال مبتدأ، ولذا لا يؤخذ من تركته بعد موته، فعلى هذا كان قوله فى الكتاب: لأنه يطالب به، أى يطالب به فى الحياة والممات، احتراز عن دين الزكاة، وقوله: ممكن الاستيفاء احتراز عن الحدود والقصاص. (نهاية)

(١٠) قوله: "مطالب به الخ" ثم قوله: دين مطالب به راجع إلى الكفالة، وقوله: ممكن الاستيفاء راجع إلى الرهن، أى يطالب به، فىصح الكفالة لأن الكفالة تقتضى ديناً يطالب به، ويمكن الاستيفاء، فىصح الرهن، لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء. (ك)

(١١) فى هذا الكلام لف ونشر مشوش.

(١٢) قوله: "موجب العقد الخ" موجب الكفالة كونها مشروعة لتحمل المطالبة، وموجب الرهن كونه مشروعاً بمضمون يمكن استيفاءه من الرهن. (عنى)

(١٣) أى كل من عقدى الرهن والكفالة.

قال^(١): "ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب^(٢) فأخذ منه كفيلاً فهما^(٣) كفيلاً؛ لأن موجب^(٤) التزام المطالبة^(٥)، وهى^(٦) متعددة^(٧)، والمقصود^(٨) التوثق، وبالثانية يزداد التوثق، فلا يتنافيان.

وأما الكفالة بالمال^(٩) فجائزة معلوماً^(١٠) كان المكفول به^(١١)، أو مجهولاً، إذا كان^(١٢) ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف، أو بمالك^(١٣) عليه، أو بما^(١٤) يدركك^(١٥) فى هذا البيع؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع^(١٦)، فيتحمل فيه^(١٧) الجهالة^(١٨)، وعلى^(١٩) الكفالة بالدرك^(٢٠) إجماع، وكفى به حجة، وصار^(٢١) كما إذا

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) رب الدين. (نهاية)

(٣) قوله: "فهما" ثم لو سلم أحد الكفيلين بنفس الأصل برئ هو دون الآخر. (ك)

(٤) أى موجب عقد الكفالة. (نهاية)

(٥) قوله: "التزام المطالبة [ولهذا قلنا: إن إبراء الكفيل لا يرتد بالرد. ك]" أى أن يلتزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصل فى المطالبة، بأن يكون مطلوباً بإحضار المكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه. (عناية)

(٦) المطالبة.

(٧) أى تحتل التعدد.

(٨) من عقد الكفالة.

(٩) قوله: "وأما الكفالة بالمال [هذا لفظ القدورى. عينى] إلخ" هو تعديل قوله أول الباب: الكفالة ضربان،: كفالة بالنفس، وكفالة بالمال من حيث المعنى، فإن المعادلة الصريحة أن يقول: أما الكفالة بالنفس، وهو إنما قال: فالكفالة بالنفس إلخ. (فتح القدير)

(١٠) أى فى المقدار.

(١١) أى المال.

(١٢) قوله: "إذا كان ديناً صحيحاً" أى الدين الذى لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بخلاف دين الكتابة فإنه دين ضعيف، لأنه يثبت مع المنافى وهو الرق، ولهذا يستبد المكاتب بإسقاط بدل الكتابة بتعجيز نفسه. (ك)

(١٣) دليل على جوازها بالمجهول.

(١٤) من العوارض.

(١٥) قوله: "يدركك [من الضمان. ن]" أى يلحقك، كذا فى "مجمع الأنهر"، وفى "المنتخب": درك آنچه دربى چیز پدید آید از عوارض.

(١٦) فإنها تبرع ابتداء. (٤)

(١٧) أى فى الكفالة.

(١٨) البسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة، أى جهالة المكفول به. (ن)

(١٩) قوله: "وعلى الكفالة إلخ" ضمان الدرك أن يقول للمشتري: أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد، والدرك التبعة، وفيه فتح الرأء وسكونها. (ف)

(٢٠) وأصل الدرك فى اللحوق، وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول. (ك)

كفل^(١) بشجة^(٢) صحت الكفالة وإن^(٣) احتملت^(٤) السراية والاقْتصار، وشرط^(٥) أن يكون ديناً^(٦) صحيحاً^(٧)، ومراده أن لا يكون^(٨) بدل الكتابة^(٩)، سيأتيك^(١٠) في موضعه إن شاء الله.

قال^(١١): والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل^(١٢)، وإن شاء طالب كفيله؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، وذلك^(١٣) يقتضى قيام الأول^(١٤) لا البراءة عنه، إلا إذا شرط فيه البراءة^(١٥)، فحينئذ تنعقد^(١٦) حوالة^(١٧) اعتباراً للمعاني كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة.

(٢١) قوله: "وصار كما إذا كفل إلخ" بأن قال: كفلت بما أصابك في هذه الشجة التي شجك فلان، وهي خطأ يصح بلغت النفس أو لم تبلغ، ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول، لأنه لا يدري قدر ما يبقى من أثر الشجة، وهل يسرى إلى النفس، أو لا يسرى. (ك)

(١) أى الكفالة بمال مجهول.

(٢) قوله: "بشجة [أية شجة كانت]" أى خطأ فإن العمد على تقدير السراية يوجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة، ولا كفالة بالقصاص، وإذا كانت خطأ ففى الكفالة بها جهالة المكفول به، فإنها إن سرت إلى النفس وجبت دية النفس، وإلا فأرش الشجة، ومع ذلك صح. (ف)

قوله: "شجة" جراحت وشكستكى. (م)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الشجة.

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) المكفول به.

(٧) قوله: "ديناً صحيحاً" الدين الصحيح هو الذى له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء، وبديل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب على أن يسقط البديل بتعجيز نفسه، وقيل: لأن المولى لا يجب له على عبده شىء، فيطالبه به، فوجبه بخلاف القياس. (ع)

(٨) قوله: "أن لا يكون إلخ" ويحتمل أن يحترز به عن دين الزكاة، فإنه دين أيضاً حتى ظهر أثره فى منع وجوب الزكاة، وفى حق مطالبة الإمام فى الأموال الظاهرة، ولكن ليس بصحيح من كل وجه حتى لا تؤخذ من تركته بعد موته. (ن)

(٩) فإنه ليس بدين صحيح.

(١٠) فى كتاب المكاتب.

(١١) أى القدورى. (عيني)

(١٢) قوله: "عليه الأصل [أى أصل الدين]" إما سمي الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه، فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور، فكانت المطالبة فرعاً. (عبارة)

(١٣) الضم.

(١٤) الأصيل.

(١٥) أى براءة الأصيل.

(١٦) الكفالة.

(١٧) يعنى أنها حوالة عقدت بلفظ الكفالة، فيجرى أحكام الحوالة. (ف)

ولو طالب^(١) أحدهما له أن يطالب الآخر، وله أن يطالبهما^(٢)؛ لأن مقتضاه^(٣) الضم، بخلاف المالك^(٤) إذا اختار^(٥) تضمين أحد الغاصبين^(٦)، لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه^(٧)، فلا يمكنه التمليك من الثاني^(٨)، أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن^(٩) التمليك، فوضح الفرق.

قال^(١٠): ويجوز تعليق الكفالة بالشروط، مثل أن يقول: ما بايعت فلاناً^(١١) فعلى^(١٢)، وما ذاب^(١٣) لك عليه^(١٤) فعلى، أو ما غصبك^(١٥) فعلى، والأصل^(١٦) فيه^(١٧) قوله تعالى^(١٨): ﴿ولمن جاء به حمل^(١٩) بعير وأنا به زعيم﴾، والإجماع

(١) المكفول له.

(٢) معاً.

(٣) الكفالة.

(٤) قوله: "بخلاف المالك [للمال المغصوب]" إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، أى بالقضاء أو الرضا، لأنه إذا ضمن أحدهما بالرضا أو بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه، وتمليكه من الآخر، والمطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء، حتى إذا استوفاه من أحدهما صار المضمون وهو الدين ملكاً له، فلا يكون له مطالبة الآخر، وفي الغصب إذا اختار تضمين أحدهما بلا رضا وقضاء له تضمين الآخر أيضاً. (كفاية)

(٥) فليس له أن يضمّن الآخر.

(٦) الغاصب وغاصب الغاصب.

(٧) أى من ذلك الأحد.

(٨) لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً من اثنين فى زمان واحد.

(٩) فلا يمتن مطالبة أحدهما مطالبة الآخر.

(١٠) أى القدرورى. (عنى)

(١١) قوله: "بايعت فلاناً إلخ" قيد بقوله: فلاناً ليصير المكفول عنه معلوماً فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول له فى الإضافة، فلو قال: ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لتفاحش جهالة المكفول عنه وبه، بخلاف انفراد جهالة المكفول به، فإنها حيثئذ قليلة تتحمل. والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقاً، وجهالة المكفول به لا تمنع مطلقاً، وجهالة المكفول عنه فى التعليق، والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفى التنجيز لا تمنع. (ف)

(١٢) المعنى إن بايعت فلاناً فعلى ذلك هذا البيع.

(١٣) قوله: "وما ذاب [المعنى إن ذاب [إلخ]] فى "المغرب": ذاب عليه حق أى وجب مستعار من ذوب الشمع. (ن)

(١٤) فلاناً.

(١٥) أى ما غصب منك.

(١٦) الدليل.

(١٧) يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة.

(١٨) قوله: "قوله تعالى إلخ" قصته: أنه لما أعطى الله يوسف ملك مصر، وقحط الناس، وعم القحط البلاد، أتاه إخوانهم طلباً للرزق، فعرفهم، وهم لم يعرفوه، فسألهم: كم أنتم؟ قالوا: كنا اثني عشر إخوة، فذهب أخ معنا إلى البرية - يريدون به يوسف - فهلك فيها، وكان أحبنا إلى أبينا يعقوب، قال: فكم أنتم ههنا؟ قالوا: عشرة، قال: فأين الحادى عشر؟

منعقد على صحة ضمان الدرك .

ثم الأصل ^(١) أنه يصح تعليقها ^(٢) بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق ^(٣) ، كقوله ^(٤) : إذا استحق المبيع ^(٥) ، أو لإمكان الاستيفاء ^(٦) مثل قوله : إذا قدم زيد ^(٧) وهو ^(٨) مكفول عنه ^(٩) ، أو لتعذر الاستيفاء ^(١٠) مثل قوله : إذا غاب ^(١١) عن

قالوا: عند أينا، لأنه أخ الذي هلك من أمه، فأبونا ينسلى به، فقال: فمن يعلم أن الذي تقولون به حق أو باطل، فأتوني بأخ لكم إن كنتم صادقين، وإني أوف لكم الكيل وأنا خير المنزلين، فقالوا: إن أبانا لا يتحمل فراقه، لكننا سنراود عنه أباه. فترخصوا من يوسف، ووصلوا أوطانهم، وقصوا على يعقوب القصة، فقال: لن أرسله معكم حتى تؤتوني ميثاقاً وعهداً على أنكم تصلونه إلى فاني لا اعتمد عليكم لأنكم قد فعلتم ما فعلتم بأخيه يوسف، فأعطوه عهداً موثقاً، وسافروا مع أخى يوسف إلى أن وصلوا إلى ملكه، وقالوا: هذا أخونا الذي أمرتنا أن نأتيك به، فقال: أحسنتم، ثم أنزلهم وأكرمهم، ثم أضافهم، وأجلس كل اثنين منهم على مائدة، فبقى الحادي عشر وهو بنيامين وحيداً، فبكى، وقال: لو كان أخى يوسف حياً لأجلسنى معه، فقال يوسف له: لقد بقي أخوكم هذا وحيداً، فأجلسه معه على مائدته، وجعل يؤاكله.

فلما كان الليل أمر بمثل ذلك، وقال له: إني أخوك فلا تحزن بما كانوا يعملون، فإن الله تعالى قد أحسن إلينا، ولا تخبرهم شيئاً مما أعلمتك، فقال له بنيامين: أنا لا أفارقك، فقال له يوسف: قد علمت اغتنام والدى بى، فإن حبستك ازداد غمه، ولا يمكننى هذا إلا بعد أن اشهرك بأمر قبيح، قال: لا أبالي، افعل ما بدا لك، قال: فإني أضع صاعى فى رحلك، ثم نادى عليك بالسرقة ليتيسر لى ردك عندى. فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية وهى المشربة التى كان يوسف يشره منها فى رحل أخيه بنيامين، ثم أمر نادياً: أيتها القائلة التى فيها الأحمال أنكم لسارقون، فقوا، فغطفوا على المنادى، وقالوا له: ما ذا تفقدون؟ قالوا: سقاية الملك، ولمن جاء بصواع الملك حمل بعير من الطعام يعطيه الملك، وأنا بإعطاءه زعيم، أى كفى، فقالوا: والله ما جئنا سارقين، وإنما جئنا جائعين مسترزقين. فقال المنادى وأصحابه: ما جزاء السارق منكم إن وجد فيكم؟ قالوا: جزاءه أن يسلم السارق إلى المسروق منه، فيسترقه سنة، وكان ذلك سنة آل يعقوب فى السارق، فبدأ بأوعيتهم قبل وعاء أخيه نفيماً للتهمة، ثم استخرجها من وعاء أخيه، فأخذه من عندهم، وودع باقى إخوانهم، فبقى بنيامين عند أخيه يوسف مستبشراً، وترخص الإخوة إلى أبيهم. (مولانا محمد عبد الحليم رحمه الله)

قوله: "قوله تعالى: ولمن جاء الخ" فالآية تدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، إذ حمل البعير مجهول، وعلى أن تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة بشرط المحيى بالصواع، وشرية من قبلنا تلزمنا إذا قص الله ورسوله بلا إنكار. (ك)

(١٩) قوله: "ولمن جاء به [الصاع] الخ" الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إما نادى العير عن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم: لمن جاء به حمل بعير، معنى إما نادى بأمره، ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له، فقد اشتملت على أمرين، جنواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب وجوب المال، وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له، وهو لا يستلزم نسخ الآخر. (ف)

(٢٠) بار.

(١) الأمر الكلى.

(٢) الكفالة.

(٣) أى حق المدعى المكفول له على المدعى عليه المكفول عنه.

(٤) قوله: "كقوله: إذا استحق الخ" فإن استحقاق المبيع سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما فى الآية، فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المحيى بالصواع، فإنه سبب وجوب الجعل. (ف)

(٥) فأنا ضامن.

(٦) أى استيفاء الحق.

البلدة^(١)، وما ذكر^(٢) من الشروط في معنى ما ذكرناه^(٣)، فإما لا يصح التعليق^(٤) بمجرد الشرط^(٥) كقوله: إن هبت الريح^(٦)، أو جاء المطر، وكذا^(٧) إذا جعل^(٨) واحدا منهما^(٩) أجلا إلا أنه يصح^(١٠) الكفالة^(١١)، ويجب المال حالا، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط^(١٢) لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق^(١٣).

(٧) فأنا زعيم.

(٨) قوله: "وهو [الواو حالية] إلخ" إنما قيد بقوله: وهو مكفول عنه، لأنه إذا علق الكفالة بقدم أجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح، لأن قدم الأجنبي ليس بميسر تسليم ما التزمه، فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل، كما لو علقه بدخول الدار، ومعنى قوله: باطل، أن الشرط باطل، فأما الكفالة فصحيحة إذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره. (ك)

(٩) فقدومه سبب موصل للاستيفاء منه. (ف)

(١٠) أى استيفاء الحق.

(١١) أى المكفول عنه.

(١) أو هرب، أو مات ولم يدع شيئا. (ف)

(٢) قوله: "وما ذكر" أى ما بايعت، وما ذاب، وما غصبك.

(٣) من التعليقات بالشرط الملائم.

(٤) قوله: "فإما لا يصح إلخ" فيه أن قوله: لا يصح التعليق يقتضى نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة مع أن المقصود أن الكفالة المعلقة لا يجوز، والجواب أن حاصل كلامه نفي جواز الكفالة المعلقة بهما، والمجموع ينتفى بانتفاء جزئه. لا يقال: نفي الكفالة المؤجلة كنفى المعلقة، ولا ينتفى الكفالة بانتفاء الأجل، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه، والأجل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفاء العارض انتفاء معروضة. (ع)

(٥) أى بشرط مجرد عن الملائمة. (ع)

(٦) فأنا ضامن.

(٧) أى كذا لا يصح الأجل إذا جعل إلخ. (ع)

(٨) قوله: "إذا جعل إلخ" بأن قال: تكفلت إلى أن يمطر السماء، أو تهب الريح. (كفاية)

(٩) هبوب ريح ومجىء مطر.

(١٠) قوله: "إلا أنه يصح إلخ" أى الكفالة تثبت بحالة، ويبطل الأجل بخلاف ما لو علقها بهما، نحو إذا هبت الريح فقد كفلت بمالك عليه، فإن الكفالة باطلة أصلا. فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل الغير الملائم تصح حالة، ويبطل الأجل لكن تعليق المصنف هذا بقوله: لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق، يقتضى أن في التعليق بغير الملائم يصح الكفالة حالة. وإنما يبطل بالشروط، والمصرح به فى "المبسوط"، وفى فتاوى قاضى خان: أن الكفالة باطلة، فتصحيحه أن يحمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجامع أن فى كل منها عدم ثبوت الحكم فى الحال. وقلد المصنف فى هذا الاستعمال لفظ "المبسوط"، فإنه ذكر التعليق، وأراد التأجيل هذا، وظاهر شرح الإقناع المشى على ظاهر اللفظ فإنه قال فيه: الشرط إذا كان ملائما جاز تعليق الكفالة، ومثل بقوله: إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال: وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح، ومجىء المطر لا يصح التعليق، ويبطل الشرط لكن تتعد الكفالة، ويجب المال، لأن كل ما جاء تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط، أصله الطلاق والعتاق. (ف)

(١١) ويبطل الأجل.

(١٢) قوله: "لما صح تعليقها إلخ" المراد بالتعليق بالشرط مجازاً بقرينة قوله: ويجب المال حالا، وتقريره أن

فإن قال: تكفلت بمالك عليه، فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت^(١) معاينة، فيتحقق ما عليه، فيصح الضمان به، وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به؛ لأنه منكر للزيادة^(٢).
فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك^(٣) لم يصدق على كفيله؛ لأنه إقرار على الغير، ولا ولاية له عليه^(٤)، ويصدق في حق نفسه؛ لولايته عليها^(٥).
قال^(٦): ويجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره^(٧)؛ لإطلاق ما روينا^(٨)، ولأنه^(٩) التزام المطالبة، وهو تصرف^(١٠) في حق نفسه، وفيه نفع الطالب، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع^(١١)، إذ هو عند أمره^(١٢)، وقد رضى به^(١٣). فإن^(١٤) كفل بأمره رجح بما أدى عليه؛ لأنه^(١٥) قضى دينه بأمره^(١٦)، وإن كفل بغير أمره لم يرجح بما يؤديه؛ لأنه^(١٧) متبرع بأداءه^(١٨).

الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجال الفاسدة كالطلاق والعتاق. (٤)
(١٣) قوله: "كالطلاق والعتاق [أى كما أن الشرط المجهول فى الطلاق والعتاق] يبطل ويصح الطلاق والعتاق، بأن قال: أعتقت عبدي، أو قال: طلقت امرأتى إلى قدوم الحاج أو الحصاد. (عيني)
(١) قوله: "كالثابت" ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه، فكذا إذا ثبت بالبينة. (عناية)
(٢) والقول قول المنكر مع اليمين.
(٣) أى مما يعترف به الكفيل.
(٤) أى على الكفيل.
(٥) أى على نفسه.
(٦) أى القدورى. (عيني).
(٧) بأن يقول: اضمن عنى، أو تكفل عنى. (٤)
(٨) أى قوله عليه السلام: «الزعيم غارم».
(٩) أى لأن عقد الكفالة.
(١٠) أى هذا الالتزام. (ف)
(١١) أى رجوع الكفيل على المكفول عنه بما أدى.
(١٢) المكفول عنه.
(١٣) أى حال الأمر.
(١٤) هذا قول القدورى. (عيني)
(١٥)

(١٦) قوله: "لأنه قضى [ومن قضى دين غيره بأمره رجح عليه. ع] دينه بأمره" هذا مقيد بأمرين، أحدهما: أن يكون المطلوب ممن يصح منه الإقرار، فلو كان محجوراً صبيّاً، وأمر من الكفيل، فلا رجوع له عليه، ولو كان عبداً محجوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه، فلو كان الصبي مأذوناً صح أمره، ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن. وثانيهما: أن يشتمل كلامه على لفظة عنى كأن يقول: اكفل عنى، اضمن عنى لفلان. (ف)

وقوله: رجع بما أدى، معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه^(١) رجع بما ضمن^(٢)، لأنه^(٣) ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب^(٤)، كما إذا ملكه^(٥) بالهبة^(٦) أو بالإرث^(٧)، وكما إذا ملكه المحتال عليه^(٨) بما ذكرنا في الحوالة^(٩)، بخلاف المأمور^(١٠) بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى^(١١)، لأنه لم يجب عليه شيء^(١٢) حتى يملك الدين بالأداء^(١٣)، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل^(١٤) الطالب عن الألف على خمسمائة^(١٥)، لأنه^(١٦) إسقاط^(١٧)، فصار كما إذا أبرأ الكفيل^(١٨).

(١٧) الكفيل.

(١٨) والتبرع لا يرجع. (٤)

(١) قوله: "أما إذا أدى خلافه" كما إذا أدى زيوفاً بدل ما ضمن من الجياد، ويجوز له ذلك، أو بالعكس. (٤)

(٢) لا بما أدى.

(٣) أى لأن الكفيل.

(٤) والطالب لم يكن له أن يطالبه، إلا بما في ذمته، فكذا من نزل منزلته. (٤)

(٥) قوله: "كما إذا ملكه [أى الكفيل] بالهبة" بأن يجب من الكفيل المكفول له الدين الذى فى ذمة المكفول عنه، فإن الكفيل يملكه، ويرجع على الأصيل بما ضمن. (٤)

(٦) قوله: "بالهبة" فإن قيل: ينبغى أن لا يصح هبة الدين من الكفيل، لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين، وليس الدين على الكفيل على المختار.

أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذن للغير فى قبضه، فأما إذا وهب الدين من آخره، وأذن له فى قبضه جاز استحساناً، وههنا لما وهب الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب. (ف)

(٧) بأن مات المكفول له وورثه الكفيل.

(٨) قوله: "وكما إذا ملكه إلخ" أى ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الأسباب، وذلك بأن أحمال المطلوب على إنسان، ولم يكن على المحتال عليه دين، فأدى المحتال عليه دنائير، وعروضاً عن الدراهم الدين، أو وهب له المحتال له الدين، أو تصدق عليه، أو ورث منه، فإنه يرجع فى ذلك كله على المحيل بالدين، لأنه ملك ما فى ذمته بهذه الأسباب، فيرجع على المحيل بما قبله منه. (ك)

(٩) أى حوالة "كفاية المنتهى". (ف)

(١٠) قوله: "بخلاف المأمور إلخ" جواب دخل مقدر، تقريره: أن الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه، وحيث لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين، والمأمور يرجع بما أدى، فكذلك الكفيل. (٤)

(١١) قوله: "حيث يرجع بما أدى" فلو أدى الزيوف عن الجياد، ويجوز له ذلك رجوع بها دون الجياد، لأن أداء المأمور به لم يوجد، وإن عكس فكذلك، لأن الأمر لم يوجد فى حق الزيادة، فكان تبرعاً بها، فعلى هذا، فقوله: رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح. (٤)

(١٢) حيث لم يلتزم المال بالكفالة.

(١٣) فينزل منزلة الطالب، فيرجع بما ضمن. (٤)

(١٤) حيث يرجع بما أدى وهو خمس مائة، لا بما ضمن وهو الألف.

(١٥) قوله: "على خمس مائة" إنما قيد بقوله: على خمس مائة احتراز عما لو صالح عن جنس آخر من الدنائير أو

العروض فى ذلك يرجع على المكفول عنه بجثيم الألف التى كفل. (ك)

قال^(١): وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي^(٢) عنه^(٣)؛ لأنه لا يملكه^(٤) قبل الأداء^(٥)، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع^(٦) قبل الأداء^(٧)، لأنه انعقد^(٨) بينهما^(٩) مبادلة حكمية^(١٠).

قال^(١١): فإن لوزم^(١٢) بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه^(١٣) حتى يخلصه^(١٤)، وكذا إذا حبس^(١٥) كان له أن يحبسه^(١٦)؛ لأنه لحقه^(١٧) ما لحقه من جهته، فيعامله بمثله. وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه، أو استوفى^(١٨) منه برئ الكفيل، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل^(١٩)؛ لأن الدين عليه^(٢٠) في الصحيح^(٢١).

(١٦) قوله: "لأنه إسقاط" أي لأن الصلح على أقل من جنس حقه إبراء للكفيل فيما وراء بدل الصلح، والإبراء إسقاط، فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة. (ك)

(١٧) عن بعض الدين، وليس بمبادلة وإلا لكان رباً.

(١٨) قوله: "كما إذا أبرأ الكفيل" يعني عن خمس مائة، وأخذ منه خمس مائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمس مائة، فكذا إذا صالح على خمس مائة عن الألف لا يرجع. (ف)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) الكفيل.

(٣) المكفول عنه.

(٤) أي الكفيل المال.

(٥) والمالك هو الموجب للرجوع، ولم يوجد.

(٦) على الموكل بالثمن.

(٧) إلى البائت.

(٨) قوله: "انعقد بينهما مبادلة حكمية" فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل، فكان الوكيل كالبائع، ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن، وللبائت المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع، فكذا الوكيل. (ف)

(٩) أي بين الوكيل والموكل.

(١٠) ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن. (ع)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) أي الكفيل.

(١٣) إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل. (عناية)

(١٤) قوله: "حتى يخلصه" أي حتى يخلص المكفول عنه الكفيل، لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورصة فعليه خلاصه عنها. (عيني)

(١٥) الكفيل.

(١٦) إذا كان الكفالة بأمره.

(١٧) الكفيل.

(١٨) دينه.

(١٩) قوله: "توجب إلخ" منقوض بما إذا شرط براءة الأصيل في ابتداء الكفالة. فإن براءة الأصيل فيه موجودة، ولم

وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه ؛ لأنه ^(١) تبع ^(٢) ، ولأن عليه ^(٣) المطالبة ^(٤) ، وبقاء الدين على الأصيل بدونه ^(٥) جائز ^(٦) .

وكذا إذا أصر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أصر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصيل ، لأن التأخير إبراء موقت ^(٧) ، فيعتبر بالإبراء المؤبد ^(٨) ، بخلاف ^(٩) ما إذا كفل بالمال الحال ^(١٠) مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل ^(١١) عن الأصيل ، لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار الأجل داخلاً فيه ^(١٢) ، أما ههنا ^(١٣) فبخلافه ^(١٤) . فإن صالح ^(١٥) الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة ، فقد

توجد براءة الكفيل. قلنا: لا نقض في ذلك فإننا قلنا: إن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، ولم يبق ذلك كفيلاً بل هذا العقد عقد الحوالة. (عناية)

(٢٠) أي على الأصيل. (ف)

(٢١) قوله: "في الصحيح" احتراز عما قال بعضهم بوجود أصل الدين في ذمة الكفيل. (ك)

(١) أي لأن الكفيل.

(٢) والأصيل لا يتبع تبعه.

(٣) أي على الكفيل. (ف)

(٤) دون الدين. (ف)

(٥) الطلب أو بدون الكفيل. (ف)

(٦) قوله: "جائز" ألا ترى أنه لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الأصيل. (عناية)

(٧) لإسقاط المطالبة إلى غاية. (ف)

(٨) قوله: "فيعتبر [أي يقاس] بالإبراء المؤبد" أي فيما بين الأصيل والكفيل، فأما الإبراء الموقت والمؤبد يفترقان في حق الكفيل، فإن الإبراء المؤبد للكفيل لا يرتد برده، وأما الإبراء الموقت يرتد برده، ويكون الدين عليه حالاً، لأن الإبراء المؤبد إسقاط في حقه، والإسقاط لا يرتد بالرد، وأما الإبراء الموقت فهو تأخير المطالبة، وليس بإسقاط، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل الإبطال، بخلاف الإسقاط المحض. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف إلخ" يجوز أن يكون جواب دخل تقريره: لا نسلم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأخيراً عن الأصيل، فإن الكفيل إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر فإنه يكون تأخيراً عن الأصيل. (عناية)

(١٠) على الأصيل.

(١١) الدين.

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "أما ههنا" وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل، فبخلافه، لأنه تقرر حكمها قبل التأجيل أنه جواز المطالبة، ثم طرأ التأجيل عن الكفيل، فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة. (ف)

(١٤) قوله: "فبخلافه" لأن تأخير الكفيل بعد ما كفل حالاً تأخير المطالبة عن الكفيل، إذ الملتزم بالكفالة المطالبة، فكان تأخيراً للملتزم، فلا يثبت التأخير في حق الدين، لأن الدين لم يذكر في معرض التأجيل، وأما في هذه المسألة ذكر الدين في معرض التأجيل، أو جب المطالبة عليه ابتداءً مؤجلاً، ولن يكون عليه مؤجلاً ابتداءً إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل، لأن حالة وجود الكفالة لا حق يقبل الأجل إلا الدين، فيأجل في حقها. (ك)

برئ الكفيل، والذي عليه الأصيل؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين، وهي (١) على الأصيل، فبرئ (٢) عن خمسمائة؛ لأنه (٣) إسقاطه، وبراءته (٤) توجب براءة الكفيل، ثم برئاً جميعاً (٥) عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة (٦) إن كانت الكفالة بأمره (٧)، بخلاف ما إذا صالح (٨) على جنس آخر، لأنه (٩) مبادلة حكمية، فملكه (١٠)، فيرجع بجميع الألف، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة (١١) لا يبرأ الأصيل، لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة.

قال (١٢): ومن قال لكفيل ضمن له ما لا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه (١٣) بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء، فيكون (١٤) هذا (١٥) إقراراً بالأداء (١٦)، فيرجع. وإن قال (١٧): أبرأتك لم يرجع الكفيل (١٨) على المكفول عنه؛ لأنه (١٩) براءة لا

(١٥) قوله: "فإن صالح الكفيل إلخ" المسألة على أربعة أوجه، إن شرطاً براءتهما في الصلح برئاً جميعاً عن خمس مائة، وإن شرطاً براءة المطلوب فكذلك يبرئان جميعاً، وإن شرطاً براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمس مائة لا غير، وإن لم يشترط في الصلح براءة واحد منهما بأن قال الكفيل للطالب: صالحتك عن الألف على خمس مائة، ولم يزد على هذه، وهي مسألة الكتاب برئاً جميعاً، لأنه أضاف إلخ. (ك)

(١) ألف دين.

(٢) الأصيل.

(٣) أي هذا الصلح.

(٤) الأصيل.

(٥) أي الأصيل والكفيل.

(٦) لأن أوفى هذا القدر. (ك)

(٧) وإن كانت بغير أمره لا يرجع.

(٨) عن الألف.

(٩) أي لأن هذا الصلح بجنس آخر. (ف)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "ولو كان صالحه [رب الدين] عما استوجب بالكفالة" أي ما وجب بالكفالة وهي المطالبة، صورته ما ذكر في "المبسوط" أنه لو صالح على مائة درهم على أن يبرأ الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصيل بمائة، ورجع الطالب على الأصيل بتسع مائة، لأن إبراء الكفيل يكون فسحاً للكفالة، ولا يكون إسقاطاً لأصل الدين. (ك)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٣) أي معنى قوله: رجع إلخ، رجع بما ضمن الكفيل للمكفول له بأمر المكفول عنه.

(١٤) قوله: "فيكون إلخ" وكان بمنزلة أن يقول: دفعت إلى من المال، وقبضته منك وهو إقرار بالقبض، فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل، ولا من الأصيل، ويرجع الكفيل على الأصيل. (ك)

(١٥) أي قوله: برئت إلى.

(١٦) أي الإيفاء.

(١٧) الطالب.

تنتهى إلى غيره، وذلك^(١) بالإسقاط، فلم يكن إقراراً بالإيفاء، ولو قال: برئت^(٢)، قال محمد رحمه الله: هو مثل الثاني^(٣)؛ لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه^(٤) والإبراء^(٥)، فيثبت الأدنى^(٦)، إذ لا يرجع الكفيل بالشك^(٧).

وقال أبو يوسف رحمه الله^(٨): هو مثل الأول^(٩)، لأنه^(١٠) أقرب ببراءة ابتداءها من المطلوب^(١١)، وإليه الإيفاء^(١٢) دون الإبراء^(١٣). وقيل: في جميع ما ذكرنا^(١٤) إذا كان الطالب حاضراً^(١٥) يرجع في البيان^(١٦) إليه^(١٧) لأنه هو المجمع^(١٨).

قال^(١٩): ولا يجوز^(٢٠) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط^(٢١)؛ لما فيه من معنى

(١٨) لكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصل. (عناية)

(١٩) أى لأن ما دل عليه اللفظ براءة إلخ. (٤)

(١) أى هذه البراءة الغير المنتهية إلى غير الطالب.

(٢) ولم يقل: إلى.

(٣) أى قوله: أبرأتك.

(٤) طالب.

(٥) الإسقاط.

(٦) أى البراءة بالإبراء.

(٧) قوله: "إذ لا يرجع إلخ" يعنى إنا تيقنا بحصول البراءة بأى الأمرين كان، وشككتنا فى الرجوع، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع، وإن كانت بالإبراء لم يرجع، فلا يرجع بالشك. (عناية)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" وقيل: أبو حنيفة مع أبى يوسف فى هذه المسألة، وكان المصنف اختاره، فأخره، وهو أقرب الاحتمالين، فالمصير إليه أولى. (عناية)

(٩) أى قوله: برئت إلى.

(١٠) أى لأن الطالب.

(١١) قوله: "ابتداءها من المطلوب" فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل: قمت، وقعدت. (عناية)

(١٢) قوله: "وإليه الإيفاء" لأنه يضع المال بين يدى الطالب، ويخلى بينه وبين المال، فيقع البراءة، وإن لم يوجد من الطالب صنم. (٤)

(١٣) فإن الإبراء لا يوجد بفعل الكفيل.

(١٤) من الوجوه الثلاث.

(١٥) وأما إذا كان غائباً فالاستدلال على الوجوه المذكورة. (٤)

(١٦) أنه قبض أو لم يقبض. (ف)

(١٧) أى إلى الطالب.

(١٨) قوله: "هو المجمع" والمراد بالمجمع ما يحتاج إلى تأويل، ويحتمل المجاز، وإن كان بعيداً كما يحتمل قوله: برئت إلى معنى لأنى أبرأتك، لا حقيقة المجمع، يعنى يرجع إليه إذا كان حاضراً، لإزالة الاحتمالات خصوصاً إذا كان العرف من ذلك اللفظ مشتركاً منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض، ومنهم من يقصد الإبراء. (ف)

التمليك^(١١)، وكما في سائر البراءات، ويروى^(١٢) أنه^(١٣) يصح، لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح، فكان^(١٤) إسقاطاً محضاً^(١٥) كالطلاق^(١٦)، ولهذا^(١٧) لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد، بخلاف إبراء الأصيل^(١٨).

وكل حق لا يمكن^(١٩) استيفاءه من الكفيل لا يصح^(٢٠) الكفالة به كالحدود والقصاص^(٢١)، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد^(٢٢)، لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا^(٢٣) لأن العقوبة^(٢٤) لا يجرى فيها النيابة^(٢٥). وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز^(٢٦)؛ لأنه^(٢٧) دين^(٢٨) كسائر الديون^(٢٩)، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح؛

(١٩) أى القدورى. (عينى)

(٢٠) قوله: "ولا يجوز الخ" يشكل بما إذا قال الكفيل بالمال لرب المال: على أنى إن وافيت به غداً فأنا برئ من المال، فوافاه به يبرأ من المال. وجوابه: أن هذا شرط ملائم، وكلام الكتاب فى الشرط الغير الملائم، وأن الغرض أن فيه روايتين، وهذا الفرع شاهد لأحدهما، فلا إشكال، كذا فى "فتح القدير". (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٢١) مثل أن يقول: إذا جاء غداً فأنت برئ من الكفالة. (عناية)

(١) قوله: "لما فيه من معنى التمليك [وليس استيفاء محض. ع]" وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر، وكذا على قول غيره، لأن فيها تمليك المطالبة، وهى كالدين، لأنها وسيلة إليه، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط. (ك)

(٢) وهو أوجه. (ف)

(٣) أى أن هذا التعليق.

(٤) الإبراء.

(٥) والإسقاط المحض يصح تعليقه. (٤)

(٦) فإنه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط.

(٧) أى لكونه إسقاطاً محضاً.

(٨) فإنه يرتد بالرد.

(٩) قوله: "لا يمكن إلته" أى لا يصح شرعاً عبر عنه بعدم الإمكان مبالغة فى نفى الصحة. (٤)

(١٠) حيث لا يصح الاستيفاء منه. (٤)

(١١) أى كنفس الحدود ونفس القصاص. (ف)

(١٢) فإن الكفالة بنفس من عليه مر.

(١٣) أى القعندر.

(١٤) قوله: "لأن العقوبة لا يجرى الخ" وفيه تشكيك، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل، أو لغيره، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود به كما ترى بعض المنهكين يعودون إلى الجنابة، وإن كان الثانى فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا فى الحدود، وأما فى القصاص فالأول منتف قطعاً لعدم تصوره بعد انقوت أصلاً لامحالة، والثانى كما فى الحد، ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى، فإنه لم يرد من أحد من أهله خلاف فى عدم جريانها فى العقوبات، فيكون التشكيك حيث تشكيكاً فى المسلمات، وهو غير مسموع. (عناية)

(١٥) لأنه لا يحصل المقصود بها وهو الزجر. (ك)

لأنه عين مضمون بغيره^(١) وهو الثمن^(٢)، والكفالة بالأعيان المضمونة وإن^(٣) كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله^(٤) لكن بالأعيان^(٥) المضمونة بنفسها^(٦) كالمبيع

(١٦) الكفالة.

(١٧) الثمن.

(١٨) صحيح.

(١٩) قوله: "كسائر الديون" وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده. (عناية)
(١) قوله: "لأنه عين مضمون إلخ" أما الأعيان المضمونة على نوعين، الأول ما كان مضموناً بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت قائمة، ورد قيمتها، أو مثلها إن هلك، فتصح الكفالة بها. والثاني ما كان غير مضمون بنفسه، بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والرهون في يد المرتهن، لأن المبيع مضمون بالثمن إذ المبيع لو هلك بهلك على حكم ملك المالك، يفسخ البيع، والرهن مضمون بالدين بقدره، فلا تصح الكفالة بها. (عيني)

(٢) قوله: "وهو الثمن [ولا يمكن أداءه من الكفيل إذا هلك فإنه إذا هلك العين يسقط الثمن] إلخ" وهذا لأنه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع شيء، وإنما يسقط حقه في الثمن، وإذا كان المبيع مضموناً على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لا يمكن تحقق معنى الكفالة، إذ هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة، ولا يتحقق الضم بين المختلفين، فإن ما ثبت على الأصيل، وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن إثباته في حق الكفيل، وما أمكن إثباته على الكفيل من كونه مضموناً عليه بالقيمة لا يمكن إثباته على الأصيل. بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقيق معنى الضم فيها، ونظير الكفالة بالمبيع الكفالة بيد الكتابة حيث لا يمكن الإيجاب على الكفيل بمثل ما وجب على الأصيل. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "خلافاً للشافعي إلخ" إذ الشافعية منعت الكفالة بالأعيان مطلقاً بناء على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة، فكان محلها الدين دون العين، وإن شرط صحتها قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده، وذلك يتصور في الديون دون الأعيان. وقلنا بناءً على أصلنا: إن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضموناً على الأصيل لا محالة. (عناية)

(٥) قوله: "لكن بالأعيان المضمونة بنفسها إلخ" ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائماً، وتسليم قيمته أو ثمنه عند الهلاك، لأنها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أنه يجب قيمتها عند الهلاك، وما لم يجب قيمته، أو ثمنه عند الهلاك فهو مضمون بغيره. (عناية)

قوله: "لكن بالأعيان المضمونة إلخ" يعني أن الكفالة بالأعيان المضمونة عندنا صحيحة لكن لا مطلقاً بل إذا كانت الأعيان مضمونة بقيمتها، بأن تكون بحيث لو فقدت وجب قيمتها كالمبيع بيعاً فاسداً، فإنه مضمون بالقيمة، حتى لو هلك يجب القيمة لا الثمن، فتصح الكفالة به، وكالمقبوض على سوم الشراء، فإنه مضمون بقيمته، حتى لو هلك في يد من أخذه على سوم الشراء يجب القيمة عليه لا ثمنه، لأنه لم يتم البيع، فالكفالة تصح به بأن يكفل أحد لصاحب المال عن يأخذه على سوم الشراء. وكالمقبوض فإنه مضمون بالقيمة إذ هلك عند الغاصب، فتصح الكفالة به، وقس عليه نحو هذه الصور، فإن كانت الأعيان مضمونة بغير القيمة كالمبيع فإنه مضمون بانه من لا بالقيمة، حتى لو هلك في يد البائع لا يجب إلا رد الثمن لا أداء قيمته، وكالرهون فإنه مضمون بالدين، حتى لو هلك يحكم بالتقاضي بينه وبين الدين على ما يأتي تفصيله في كتاب الرهن، فحيث لا تصح الكفالة، فلو كفل أحد بالمبيع، أو بالرهون لم تصح، لأن ثمرة الكفالة وجوب بدل المكفول به عند فقدانه، وهنا ذلك غير مضمون بقيمته، بل بشيء آخر وهو لا يجب على الكفيل. واحترز بقيد المضمونة عن الأعيان التي هي أمانة، كالوديعة عند رجل، فإنه لو هلك في يد المودع لم يجب شيء، وكالمستعار، فإنه لو هلك في يد المستعير لا شيء عليه، وكالمستأجر، فإنه لو هلك في يد المستأجر من غير تعد منه لم يجب شيء على ما يأتي في كتاب الإجارة، وكحال المضاربة ومال الشركة فإنه أمانة في يد من هو في يده.

بيعاً فاسداً، أو المقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا^(١) بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون، ولا^(٢) بما كان^(٣) أمانة كالوديعة والمستعار، والمستأجر، ومال المضاربة، والشركة، ولو كفل بتسليم المبيع^(٤) قبل القبض^(٥)، أو بتسليم^(٦) الرهن^(٧) بعد القبض إلى الراهن، أو بتسليم المستأجر^(٨) إلى المستأجر جاز؛ لأنه التزم فعلاً واجباً^(٩).

ومن استأجر دابة للحمل عليها، فإن كانت^(١٠) بعينها لا يصح الكفالة بالحمل؛ لأنه^(١١) عاجز عنه^(١٢)، وإن كانت^(١٣) بغير عينها جازت الكفالة؛ لأنه يمكنه^(١٤) الحمل

فهذه الأشياء وأمثالها لا تصح الكفالة لفقدان ثمرة الكفالة، لأن الغرض منها أداء عين، وعند عدمه أداء بدله، وههنا لا يجب شيء بهلاك هذه الأشياء، فلا يتصور معنى الكفالة ههنا، أى ضم الذمة بالذمة. فإن قلت: ثمرة الكفالة تظهر عند وجود هذه الأشياء وهو أنه كما أن رد هذه الأشياء على من هي في يده واجب كذلك يجب على الكفيل، قلت: هذا جزء الثمرة، والثمرة هو أداء عينه، أو بدله، وأداء البدل ههنا مفقود، فلو صحت الكفالة لزم عدم مساواة الكفيل والمكفول عنه، لو أوجبنا البدل على الكفيل، لأنه غير واجب على الأصيل، والكفالة إنما يكون بإيجاب ما على الأصيل على الكفيل، وإذ ليس فليس، فافهم. (مولانا محمد عبد الحى نور الله مرقدته)

(٦) أى يقيمتها. (ك)

(١) أى لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٢) أى لا يصح الكفالة بما إلخ.

(٣) أى غير مضمونة.

(٤) قوله: "بتسليم [أى بتسليم الأعيان المضمونة بغيرها] المبيع [إلى المشتري] إلخ" فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل، لأن العقد قد انفسخ، ووجب على البائع رد الثمن، والكفيل لم يضمن الثمن، وإن هلك الرهن عند المرتهن فكذلك، لأن حين الرهن إن كان بمقدار الدين، أو زائداً عليه، والزيادة عليه من ماله كان أمانة فى يد المرتهن، ولا ضمان فيها. (ع)

(٥) أى قبل قبض المشتري، وبعد نقد الثمن.

(٦) قوله: "أو بتسليم الرهن إلخ" أى كفل بتسليم الرهن عن المرتهن إلى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين. (ك)

(٧) أى المرهون.

(٨) قوله: "أو بتسليم المستأجر إلخ" ما كان أمانة، فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة، ومال المضاربة والشركة، فإن الواجب عدم المنع عند الطلب لا التسليم لا يجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وإن كان واجب التسليم كالمستأجر إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة، وعجل الآخر، ولم يقبضها، وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة، وعلى الكفيل تسليمها ما دامت حية، فإن هلكت فليس على الكفيل شيء، لأن الإجارة انفسخت، وخرج الأصيل عن كونه مطالباً بتسليمها، وإنما عليه رد الأجر، والكفيل ما كفل به. (ع)

(٩) قوله: "لأنه التزم فعلاً [على الأصيل] وهو تسليم المبيع، أو المرهون، أو المستأجر. واجباً" إشارة إلى التفرقة بين

ما يكون واجب التسليم، وما لا يكون كما فصلنا. (ع)

(١٠) الدابة.

(١١) قوله: "لأنه" أى الكفيل عاجز عنه، أى عن الحمل على الدابة المعينة، لأن الدابة المعينة ليست فى ملكه،

والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة. (ع)

(١٢) لأنه لا ولاية له على الحمل على دابة غيره. (ك)

على دابة نفسه، والحمل هو المستحق، وكذا من استأجر عبداً^(١) للخدمة، فكفل له رجل بخدمته فهو باطل؛ لما بينا^(٢).

قال: ولا تصح^(٣) الكفالة^(٤) إلا بقبول المكفول له في المجلس^(٥)، وهذا عند أبي حنيفة^(٦) ومحمد رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله^(٧): يجوز إذا بلغه^(٨) فأجاز، لم يشترط^(٩) في بعض النسخ^(١٠) الإجازة^(١١)، والخلاف^(١٢) في الكفالة بالنفس والمال جميعاً. له: أنه^(١٣) تصرف التزام^(١٤)، فيستبد^(١٥) به الملتزم، وهذا وجه هذه الرواية عنه^(١٦)، ووجه^(١٧) التوقف^(١٨) ما ذكرناه^(١٩) في الفضولي في النكاح،

(١٣) الدابة.

(١٤) الكفيل.

(١) بعينه. (٢)

(٢) من أنه عاجز عما كفل به. (٢)

(٣) هذه مسألة القدوري.

(٤) بالمال أو النفس.

(٥) أي مجلس عقد الكفالة.

(٦) ويوافقه أبو يوسف في القول الأول.

(٧) آخراً.

(٨) الخبر.

(٩) على قول أبي يوسف، كذا في الباب الأول من كفالة "المبسوط".

(١٠) قوله: "في بعض النسخ" أي نسخ كفالة "المبسوط"، وفيه: أن نسخ كفالة "المبسوط" لم تعدد، 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 موضعين، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ "المبسوط". (عناية)

(١١) فرضاً الطالب ليس بشرط عنده.

(١٢) بين الطرفين وأبي يوسف.

(١٣) الكفالة.

(١٤) كالنذر.

(١٥) يستقل.

(١٦) التي لم تشترط الإجازة فيها. (٢)

(١٧) أبي يوسف.

(١٨) على الإجازة. (عناية)

(١٩) قوله: "ما ذكرناه" هو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف، وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس، فإذا تزوج الفضولي امرأة يتوقف عند أبي يوسف على إجازتها فيما وراء المجلس، لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد. (عيني)

ولهما: أن فيه ^(١) معنى التملك، وهو تملك المطالبة منه ^(٢)، فيقوم ^(٣) بهما جميعاً، والوجود شرطه ^(٤)، فلا يتوقف على ما وراء المجلس ^(٥).

قال ^(٦): إلا في مسألة واحدة ^(٧)، وهي أن يقول المريض ^(٨) لوارثه: تكفل عني بما على من الدين، فكفل ^(٩) به مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن ذلك ^(١٠) وصية ^(١١) في الحقيقة، ولهذا ^(١٢) تصح ^(١٣) وإن ^(١٤) لم يسم المكفول لهم ^(١٥)، ولهذا ^(١٦) قالوا ^(١٧): إن تصح ^(١٨) إذا كان له مال ^(١٩). أو يقال ^(٢٠): إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه ^(٢١) تفرغاً

(١) أتى في عقد الكفالة. (٤)

(٢) الطالب أى من الكفيل.

(٣) قوله: "فيقوم" أى التملك بهما، أى بالكفيل والطالب، ولا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول. (مل)

(٤) لا كله عقد، فإن كلام الواحد شرط العقد، والتمليك بالشرطين.

(٥) قوله: "فلا يتوقف [الشرط] إلخ" هذا يقتضى أنه لو تم عقد بقبول فضولى آخر توقف، وقد صرح بذلك عنهما، قالوا: إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع، وحينئذ فقوله: فى وضع المسألة لا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس غير صحيح بل الشرط أن يقبل فى المجلس إن كان حاضراً، فينفذ، ويقبل عنه فضولى إذا كان غائباً، فيتوقف على إجازته أو رده. (ف)

(٦) أى القدورى. (عبنى)

(٧) قوله: "إلا فى مسألة إلخ" استثناء من قوله: إلا بقبول المكفول له فى مجلس العقد، أى تصح الكفالة بدون قبول المكفول له ههنا عندهما لكن هو جواب الاستحسان، وأما فى جواب القياس فلا يجوز على قولهما فى هذه المسألة أيضاً، لأن الطالب غير حاضر، فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته، أو لغيرهم لم يصح، فكذلك ههنا. (ك)

(٨) المديون.

(٩) الوارث.

(١٠) قوله: "لأن ذلك إلخ" كأنه أوصى إليه بقضاء ديونهم، فيشترط قبول من أوصى، إليه ليصير وصياً لا قبول

غيره. (عبنى)

(١١) قوله: "وصية فى الحقيقة" أى فى معنى الوصية، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة، والمرض فى ذلك، وقد ذكر فى "المبسوط" أن ذلك لا يصح منه فى حال الصحة. (ف)

(١٢) أى لأجل أنه وصية.

(١٣) هذه الكفالة.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة. (٤)

(١٦) أى لأجل أنه وصية.

(١٧) قوله: "قالوا" أى المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه، ولو كان

حقيقة الكفالة لأخذوا بها حيث تكلفوا. (ف)

(١٨) أى هذه الكفالة.

(١٩) عند الموت.

(٢٠) أى فى صحة قول المريض لوارثه: تكفل عني إلخ.

لذمته^(١)، وفيه^(٢) نفع الطالب^(٣)، كما إذا حضر بنفسه^(٤)، وإنما يصح بهذا اللفظ^(٥)، ولا يشترط القبول^(٦)، لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة، فصار كالأمر بالنكاح، ولو قال المريض^(٧) ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه^(٨). قال^(٩): وإذا مات الرجل^(١٠) وعليه ديون، ولم يترك شيئاً^(١١)، فتكفل عنه رجل^(١٢) للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: تصح؛ لأنه كفل بدين ثابت^(١٣) لأنه وجب^(١٤) لحق الطالب، ولم يوجد

(٢١) أى إلى القيام مقامه.

(١) أى عن الدين.

(٢) كفالة.

(٣) وهو وصول حقه إليه. (ك)

(٤) قوله: "كما إذا حضر [أى الطالب] إلخ" أى فصار كما إذا حضر الطالب، وقال للوارث: تكفل عن أهلك لى. (ك)

(٥) قوله: "وإنما يصح إلخ" دفع دخل، تقريره: أن المريض لما قام من الطالب ينبغي أن يشترط قبوله كما يشترط قبول الطالب لعدم صحة الكفالة بدون قبول المكفول له، وهل هذا القول إلا كقول المشتري لرجل، يعنى فلما قال: بعث لا يتعقد البيع إلا إذا قال المشتري: قبلت، فكذا هذا. وتوضيح الدفع أنه يصح الكفالة بهذا اللفظ، أى قول المريض، لأنه يريد المريض لوارثه تكفل عنى إلخ، ولا يشترط قبول المريض، لأنه يريد المريض بهذا القول تحقيق الكفالة تخلص نفسه من الديون دون المساومة، فإن ظاهر الحالة التى هو عليها وهى حالة الموت تدل ظاهراً على قصده إلى التحقيق دون المساومة، فقوله: تكفل، بمنزلة قوله: قبلت الكفالة، فصار الأمر ههنا كالأمر بالنكاح فيما لو قال رجل لامرأة: زوجنى نفسك، فقالت: زوجت. فهذا بمنزلة قولهما: تزوجت، وقبلت، فإن النكاح لا يجرى فيه المساومة، وهذا بخلاف البيع، فإنه يجرى فيه المساومة. ثم اعلم أنه تعقبه فى العناية بأن ظاهر قوله: ولا يشترط القبول يدل على سقوطه فى هذه الصورة وهو مناسب للاستثناء، وتمثله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما، ويجوز أن يكونا مسلكين فى هذه المسألة. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٦) أى قبول المريض. (ك)

(٧) قوله: "ولو قال إلخ" أى إذا قال المريض لأجنبي: تكفل عنى بما على من الدين، ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ، فمنهم من لم يصح ذلك، لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه، لا فى الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام، فكان المريض والصحيح فى 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 فى تركته، فيصح هذا من المريض على أن يجعله قائماً مقام الطالب، لتضييق الحال عليه بمرض الموت، كما تقدم، ومثل هذا لا يوجد من الصحيح، فتركناه على القياس، أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الأجر من الاستحسان، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له، وجواز ذلك فى المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح. (عناية)

(٨) والأوجه هو الصحة، كذا فى "فتح القدير".

(٩) أى القدرى. (عينى)

(١٠) مفلساً.

(١١) ولم يكن عنه كفيل. (٤)

(١٢) وارثاً كان أو أجنبياً. (٤)

المسقط^(١١)، ولهذا^(١٢) يبقى في حق أحكام الآخرة^(١٣)، ولو تبرع به^(١٤) إنسان يصح^(١٥)، وكذا يبقى^(١٦) إذا كان به^(١٧) كفيل، أو مال^(١٨).

وله: أنه كفيل بدين ساقط^(١٩)، لأن الدين هو الفعل حقيقة^(٢٠)، ولهذا يوصف بالوجوب^(٢١)، لكنه في الحكم مال^(٢٢)، لأنه يؤول إليه في المال، وقد عجز بنفسه وبخلفه^(٢٣)، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورة^(٢٤)، والتبرع لا يعتمد قيام الدين^(٢٥)، وإذا كان به كفيل^(٢٦)، أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باقي.

(١٣) صحيح، لأنه المفروض. (ع)

(١٤) في حياته. (ف)

(١) قوله: "ولم يوجد المسقط [للدين]" إذ المفروض عدم إبراء من له الحق، وأداء من عليه، فسح سبب الوجوب. (ع)

(٢) أى لأجل عدم المسقط.

(٣) أى في حق الإثم. (ك)

(٤) أى بأداء هذا الدين.

(٥) قوله: "يصح" ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع. (عناية)

(٦) قوله: "وكذا يبقى الخ" أى لو كان بالدين كفيل بقى على كفالاته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل. (ك)

(٧) أى بهذا الدين.

(٨) ويبقى الكفيل على كفالاته.

(٩) لأن محل الدين قد فات، وقيام الدين من غير المحل محال.

(١٠) قوله: "هو الفعل حقيقة" يعنى أن المقصود والفائدة الحاصلة من الدين هو الفعل، أى فعل الأداء، يعنى تملك المال وتسليمه. (مل)

(١١) قوله: "ولهذا [أى لكون الدين هو الفعل] يوصف بالوجوب" يقال: دين واجب، والوجوب صفة الأفعال دون الأعيان، إذ الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل الذى يقتضى استحقاق الذم والإثم على الإخلال به، وهذا إنما يتصور فى الأفعال دون الأعيان، لأن الأعيان لا تدخل تحت قدرة العباد، فلا يتصور الإخلال بتحصيلها منهم، ولا فعل ههنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال وتمليكها. (ك)

(١٢) قوله: "لكنه فى الحكم الخ" دفع دخل مقدر، تقريره: أن المال أيضاً يوصف بالوجوب، يقال: على فلان ألف درهم ثمن بيع، أو ضمان استهلاك، وحاصل الدفع أن الدين فى الحكم مال لأن تحقق ذلك الفعل، أى الأداء فى الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال، فاتصاف المال بالوجوب لأن الدين يؤول إلى المال فى المال، فكان وصفاً مجازياً. (مل)

(١٣) أى الكفيل.

(١٤) قوله: "فيسقط [فى الدنيا] ضرورة" لأن كل فعل يقتضى القدرة، والقدرة إنما يكون بنفسه وبخلفه، وهما معدومان. (عناية)

(١٥) قوله: "والتبرع [أى فى حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه فى حق الكفيل. ك] لا يعتمد قيام الدين" فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم، وأنا كفيل به صحت الكفالة، وعليه أداءه، وإن لم يوجد الدين أصلاً، وأن بطلان الدين إنما هو فى حق الميت لا المستحق، لأن الموت يخرج من قام به عن المحلية، وإذا كان باقياً فى حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير. (ع)

قال^(١): "ومن كفّل عن رجل بألف عليه بأمره، ففضاه الألف^(٢) قبل أن يعطيه^(٣) صاحب المال، فليس له أن يرجع فيها^(٤)؛ لأنه تعلق به^(٥) حق القابض^(٦) على احتمال قضاءه الدين، فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال^(٧) كمن عجل^(٨) زكاته^(٩)، ودفعها^(١٠) إلى الساعي^(١١)، ولأنه ملكه^(١٢) بالقبض على ما نذكر^(١٣)، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة^(١٤)، لأنه تمحض أمانة في يده. وإن ربح الكفيل فيه^(١٥) فهو له لا يتصدق به؛ لأنه ملكه^(١٦) حين قبضه^(١٧)، أما

(١٦) قوله: "وإذا كان الخ" جواب عن قولهما: وكذا يبقى الخ. بيانه أن القدرة شرط الفعل، إما بنفس القادر أو بخلفه، وإذا كان به كفيل، أو له مال، وإن انتفى القادر فخلفه، وهو الكفيل، أو المال في حق بقاء الدين باق. وقوله: أو الإفضاء إلى الأداء نزل، أي الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين، فالإفضاء إلى الأداء لوجودهما باق؛ بخلاف ما إذا عدما، ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر، وتقديره: فخلفه وهو الكفيل، أو الإفضاء، أي ما يقضى إلى الأداء وهو المال باق، وعلى هذا يشترط في القدرة إما نفس القادر أو خلفه، أو ما يقضى إلى الأداء. (٤)

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) قوله: "فضاه الخ" أي دفع المال المطلوب إلى الكفيل على وجه القضاء بأن قال له: إنني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه. (ك)

(٣) الألف.

(٤) أي في الألف المدفوع.

(٥) الألف.

(٦) الكفيل.

(٧) قوله: "ما بقي هذا الاحتمال" أي ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده، لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقياً، لئلا يكون سعيًا في نقض ما أوجبه. (٤)

(٨) قوله: "كمن عجل زكاته الخ" تعلق بالمقبوض حق القابض على احتمال أن يتم الحول والنصاب كامل، فلم يجز استرداده شرعاً ما بقي هذا الاحتمال. (ف)

(٩) فليس له أن يسترده.

(١٠) قبل الحول.

(١١) هو الذي يتولى أخذ الزكاة.

(١٢) الألف.

(١٣) قوله: "على ما نذكر" يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله: لأنه ملكه حين قبضه الخ. (ف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة" بأن قال المطلوب للكفيل: خذ هذا المال، وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده، فله الاسترداد، كذا قال أبو الليث. (ك)

(١٥) الألف.

(١٦) الألف والربح الحاصل من ملكه طيب. (٤)

(١٧) الألف.

إذا قبض الدين فظاهر^(١)، وكذا^(٢) إذا قضى المطلوب^(٣) بنفسه، وثبت له حق الاسترداد^(٤)، لأنه^(٥) وجب له^(١) على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه، إلا^(٧) أنه أخرت المطالبة^(٨) إلى وقت الأداء^(٩)، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولهذا^(١٠) لو أبرأ الكفيل المطلوب^(١١) قبل أداءه^(١٢) يصح^(١٣)، فكذا إذا قبضه^(١٤) يملكه^(١٥)، إلا أن فيه نوع خبث نبينه^(١٦)، فلا يعمل^(١٧) مع الملك فيما لا يتعين^(١٨)، وقد قررناه في

(١) أنه يملك الألف.

(٢) أي يملكه الكفيل.

(٣) أي الأصيل أدى الدين بنفسه.

(٤) من الكفيل.

(٥) قوله: "لأنه وجب إلخ" توجيهه أنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل، وحيث لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل، إلا المطالبة، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب، فلا ينافي ذلك، فيكون الواجب عند الكفالة، دينين وثلاث مطالبات دين، ومطالبة حاليين للطالب على الأصيل ومطالبة فقط على الكفيل. بناء على أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ودين ومطالب للكفيل على الأصيل إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء، فيكون دين الكفيل مؤجلاً، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء، فإن قيل: فما معنى قوله: فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل. قلنا: معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة، وفي ذلك إذا قبضه معجلاً ملكه، فكذا ههنا. (٦)

(٦) بمجرد الكفالة. (ف)

(٧) استثناء من قوله: لأنه وجب له على إلخ.

(٨) أي مطالبة الكفيل الأصيل.

(٩) أي أداء الكفيل.

(١٠) أي لأجل تنزله منزلة الدين.

(١١) أي عن الدين.

(١٢) أي أداء الكفيل للطالب.

(١٣) فلا يرجع على الأصيل وإن أدى.

(١٤) الألف.

(١٥) الألف.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء منقطع. ف] أن إلخ" لما كان يرد أن في هذا الربح الحاصل للكفيل بتصرف في المقبوض، وقد أدى الأصيل الدين نوع خبث، فينبغي أن يتصدق به، لأن حق المال الخبيث التصديق به، فقال: إلا أن فيه نوع خبث، أي على قول أبي حنيفة نبينه، أي في مسألة الكفالة بالكر، وهو قوله: في تعليق قول أبي حنيفة، وله أن تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد إلخ. وأما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه أصلاً في قولهم جميعاً، وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة، ومحمد، لأنه من أصل خبيث في قول أبي يوسف يطيب، لأن الخراج بالضم، وأصله المودع إذا تصرف في الوديعة ربح فيه فإنه على الاختلاف. (مل)

(١٧) الخبث.

البيوع^(١). ولو كانت الكفالة بكر حنطة، فقبضها^(٢) الكفيل، فباعها، وبيع فيها فالربح له في الحكم^(٣)؛ لما بينا أنه ملكه^(٤)، قال^(٥): وأحب إلى أن يردّه^(٦) على الذى قضاه الكر^(٧)، ولا يجب^(٨) عليه فى الحكم، وهذا^(٩) عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الجامع الصغير، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو^(١٠) له، ولا يردّه^(١١) على الذى قضاه^(١٢)، وهو^(١٣) رواية عنه، وعنه^(١٤) أنه يتصدق^(١٥) به^(١٦). لهما: أنه ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه^(١٧)، فيسلم^(١٨) له. وله: أنه تمكن الخبث مع الملك، إما لأنه^(١٩) بسبيل من الاسترداد^(٢٠) بأن يقضيه^(٢١) بنفسه، أو لأنه^(٢٢) رضى به^(٢٣) على اعتبار قضاء^(٢٤) الكفيل، فإذا قضاه^(٢٥)

(١٨) وهو الألف التى قضاه إياها لأن الدرهم لا تعين. (ف)

(١) فى آخر فصل أحكام البيع الفاسد. (٤)

(٢) أى من الأصيل قبل أن يؤدى إلى الطالب. (عناية)

(٣) أى القضاء. (٤)

(٤) أى ملك الكر. (ف)

(٥) أى أبو حنيفة. (عبنى)

(٦) الربح.

(٧) أى الأصيل.

(٨) الرد.

(٩) قوله: "وهذا عند أبى حنيفة" ولا شك أن ضمير قال لأبى حنيفة، فقوله: وهذا عند أبى حنيفة فى رواية "الجامع الصغير" إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال. (ف)

(١٠) الربح.

(١١) ولا يتصدق به. (٤)

(١٢) أى الأصيل.

(١٣) أى قولهما رواية عن الإمام فى كتاب البيوع من الأصل.

(١٤) الإمام.

(١٥) وهذه رواية كتاب الكفالة من الأصل.

(١٦) الربح.

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه وجب له على المكفول عنه إلخ.

(١٨) الربح.

(١٩) أى الأصيل.

(٢٠) قوله: "بسبيل من الاسترداد" وإذا كان كذلك كان الربح حاصلًا فى ملك متردد بين أن يقر، وأن لا يقر، ومثل ذلك قاصر، فإذا كان قاصراً تمكن بيه شبهة الخبث. (٤)

(٢١) الكر.

بنفسه لم يكن راضياً به، وهذا الخبث^(١) يعمل فيما يتعين^(٢)، فيكون سبيله^(٣) التصديق في رواية، ويرده عليه^(٤) في رواية، لأن الخبث لحقه^(٥)، وهذا^(٦) أصح^(٧) لكنه استحباب^(٨) لا جبر^(٩)، لأن الحق له^(١٠).

قال^(١١): "ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً^(١٢)، ففعل فالشراء للكفيل، والربح الذي ربحه البائع فهو عليه^(١٣)، ومعناه^(١٤)"

(٢٢) قوله: "أو لأنه [أى الأصيل] رضى إلخ" الوجه أن يعطف بالواو، فإنهما وجهان، لا أن الوجه أحدهما. (ف)

(٢٣) أى يكون المدفوع ملكاً للكفيل. (ع)

(٢٤) الدين.

(٢٥) الأصيل.

(١) الذى مع الملك.

(٢) كغير النقود.

(٣) الربح.

(٤) أى على الأصيل.

(٥) أى لحق الأصيل لا لحق الشرع. (ف)

(٦) الرد.

(٧) من التصديق.

(٨) قوله: "لكنه استحباب" لأنه لو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا إيجاباً ولا استحباباً ولو انعدم الملك أصلاً كان الربح خبيثاً، فإن كان صحيحاً من وجه، فاسداً من وجه أمرناه بالتصدق أو بالرد على المالك استحباباً لا إيجاباً توفيراً على الشبهين حفظهما، فإذا رده إلى المالك إن كان فقيراً طاب له، وإن كان غنياً ففيه رزائنان، والأشبه أنه يطيب له، لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه، وأما إذا أعطاه على وجه الرسالة، فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد، وطاب عند أبي يوسف لما عرف. (ك)

(٩) قوله: "لا جبر" واعلم أنه تقرر فى هذه المسألة مقابلة الاستحباب بالحكم، فقال أولاً: أحب أن يرد إلى، ولا يجب فى الحكم، أى فى القضاء، وثانياً أنه استحباب لا جبر، يعنى لا يجبره الحاكم على ذلك، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبر القاضى، ولكن يفعله هو، ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى، وهو مستحب فى القضاء، غير مجبور عليه. (ف)

(١٠) لأن الملك للكفيل. (ف)

(١١) أى محمد. (عنى)

(١٢) قوله: "فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً" أى يشتري له حريراً بطريق العينة، وهو أن يشتري له حريراً بثمن هو أكثر من قيمته ليبيعه بأقل من ذلك الثمن بغير البائع، فيشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه، فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون، فيسلم الثوب للبائع كما كان، ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل.

وإنما وسط الثانى تحريماً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وأما تفسيره بأن يستقرض من تاجر إلخ، فلا يصح ههنا، إذ ليس المراد من قوله: تعين لى حريراً، اذهب فاستقرض، فإن لم يرض المسؤول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه. (ف)

(١٣) كفيل لا على الأصيل. (ع)

الأمر ببيع العينة^(١) مثل أن يستقرض من تاجر عشرة^(٢)، فيتأبى^(٣) عليه، ويبيع منه ثوباً يساوى عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة^(٤) لبيعه^(٥) المستقرض بعشرة، ويتحمل^(٦) عليه خمسة سمي به^(٧) لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين، وهو مكروه^(٨) لما فيه^(٩) من الإعراض عن مبرة^(١٠) الإقراض مطاوعة^(١١) لمذموم البخل^(١٢). ثم قيل: هذا ضمان^(١٣) لما يخسر المشتري^(١٤) نظراً إلى قوله: على^(١٥)، وهو فاسد^(١٦)، وليس بتوكيل^(١٧)، وقيل: هو توكيل^(١٨) فاسد^(١٩)، لأن

(١٤) أى معنى قوله: فأمره الأصيل أن يتعين إلخ.

(١) قوله: "الأمر [أى أمره بأن يشتري عليه حريراً ببيع العينة] ببيع العينة [أى يعامل إنساناً بطريق العينة. ع] أى النسبئة والعينة السلف، ويقال: باعه بعينة، أى نسيئة كذا فى "المغرب"، أى معنى قوله يتعين عليه حريراً اشترى لى حريراً بعينة، ثم بعه بالتقد بأقل منه، واقض دينى. (ك)

(٢) قوله: "مثل أن يستقرض إلخ" هذه صورة بيع العينة، فيقول له: أبيعك هذا الثوب، وقيمه عشرة باثنى عشر، لتبيعه فى السوق بعشرة، فيحصل لى ربخ درهمين. (ك)

(٣) أى يتمتع التاجر من أن يقرضه.

(٤) أى طمعاً فى الفضل الذى لا يناله المقرض بالقرض.

(٥) الثوب.

(٦) مستقرض.

(٧) هذا البيع أى ببيع العينة.

(٨) قوله: "وهو [بيع العينة] مكروه [اخترعه آكلة الربا. ك] إلخ" وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح فى التجارات كذلك، وإلا لكانت المرابحة مكروهة. (٤)

(٩) قوله: "لما فيه إلخ" وقال أبو يوسف: لا يكره هذا البيع، لأنه فعله كثير من الصحابة، وحمدوا ذلك، ولم يعدوه من الربا. وقال محمد: هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم، وقد ذمهم رسول الله ﷺ، فقال: إذا تبايعتم بالعين، واتبعتم أذناب البقرة ذلتتم، وظهر عليكم عدوكم. (ف)

(١٠) نيكى.

(١١) فرمان بردارى كردن. (م)

(١٢) أى للبخل المذموم.

(١٣) قوله: "هذا [أى قوله: أن يتعين عليه إلخ] ضمان إلخ" ومعنى الضمان ههنا أن يقول المديون للضامن: اشتر لى ثوباً لتبيعه فى السوق، فتقضى بثمانه الدين، فإن أمكنك أن تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فيها ونعمت، وإن لم يكن لك إلا بالخسران فذلك على. (ك)

(١٤) الكفيل.

(١٥) فإنه كلمة ضمان. (٤)

(١٦) قوله: "وهو فاسد" لأن الضمان والكفالة إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل، والخسران ليس بمضمون على أحد، فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر: بع متاعك فى هذا السوق على أن كل وضيفة وخسران يصيبك فأنا ضامن بذلك. (٤)

(١٧) لأنه لم يقل: تعين لى بل قال يتعين على وهى ليست بكلمة الوكالة.

الحرير غير متعين^(١)، وكذا الثمن غير معلوم^(٢) لجهالة ما زاد على الدين، وكيف ما كان^(٣) فالشراء للمشتري^(٤)، وهو الكفيل، والربح أى الزيادة عليه، لأنه العاقد.

قال^(٥): ومن كفل عن رجل بما ذاب^(٦) له عليه، أو بما قضى له^(٧) عليه، فغاب

المكفول عنه فأقام المدعى البينة على الكفيل، بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم يقبل بيته؛ لأن المكفول به مال مقضى به^(٨)، وهذا فى لفظة القضاء^(٩) ظاهر، وكذا فى الأخرى^(١٠)، لأن معنى ذاب تقرر، وهو^(١١) بالقضاء، أو مال يقضى به^(١٢)، وهذا^(١٣) ماض أريد به^(١٤) المستأنف^(١٥)، كقوله: أطال الله بقاءك، والدعوى^(١٦) مطلقة^(١٧) عن ذلك، فلا تصح.

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا، وأن هذا كفيل عنه بأمره، فإنه يقضى به^(١٨)

(١٨) لأنه أخرج الكلام مخرج الوكالة. (ك)

(١٩) قوله: "هو توكيل" نظراً إلى قوله: تعين يعنى اشتره بعينة ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقض دينى. (ع)

(١) فإنه أجناس مختلفة، ولم يعلم مقداره.

(٢) قوله: "وكذا الثمن غير معلوم" فإن قيل: الدين معلوم، والمأمور به هو مقداره، فكيف يكون الثمن مجهولاً،

أجاب بقوله: لجهالة ما زاد إلخ، فإنه داخل فى الثمن. (ع)

(٣) أى سواء كان توكيلاً، أو ضماناً.

(٤) لفساد الكفالة والوكالة. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى وجب.

(٧) من الحق.

(٨) أى وقع القضاء به قبل الكفالة.

(٩) أى فى قوله: بما قضى له إلخ.

(١٠) أى قوله: ما ذاب له.

(١١) أى التقرر.

(١٢) بعد الكفالة.

(١٣) أى قوله: ذاب أو قضى.

(١٤) قوله: "أريد به إلخ" وهذا لأنه جعل الذوب شرطاً، والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود، فما

لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً. (ف)

(١٥) استئناف: از سر گرفتهن چیزی را. (م)

(١٦) أى دعوى المدعى على الكفيل غير متعرض، بأن وجوب المال له على المكفول عنه بعد الكفالة أو قبلها.

(١٧) قوله: "مطلقة عن ذلك" فلا مطابقة بينهما لإطلاق الدعوى، وتقييد المكفول به حتى قيل: إن من ادعى على

الكفيل أن قاضى بلدة كذا قضى على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم، وأقام على ذلك بينة قبلت بيته لوجود

المطابقة. (ع)

(١٨) أى بهذا المال.

على الكفيل، وعلى المكفول عنه^(١)، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة، وإنما تقبل^(٢) لأن المكفول به^(٣) مال مطلق^(٤)، بخلاف^(٥) ما تقدم^(٦)، وإنما يختلف^(٧) بالأمر وعدمه^(٨)، لأنهما^(٩) يتغايران، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً، وبغير أمر تبرع ابتداءً وانتهاءً^(١٠)، فبدعواه أحدهما^(١١) لا يقضى له بالآخر^(١٢)، وإذا قضى بها بالأمر ثبت^(١٣) أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير^(١٤) مقضياً عليه. والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه^(١٥)، لأنه تعتمد صحتها^(١٦) قيام الدين في زعم^(١٧) الكفيل^(١٨)، فلا يتعدى^(١٩) إليه^(٢٠)، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما

(١) الغائب.

(٢) أى البينة من المدعى حتى يقضى بالمال على الكفيل.

(٣) فى هذه المسألة.

(٤) قوله: "مال مطلق" أى عن التوصيف بكونه مقضياً به، أو يقضى به، فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به، فصحت وقبلت البينة لإقامتها على دعوى صحيحة. (٤)

(٥) فإن الدعوى هناك مطلقة، والمكفول به مقيد، فلا تصح.

(٦) قوله: "ما تقدم" وهو ما إذا كفّل عن رجل بما ذاب له، أو بما قضى له. (ك)

(٧) قوله: "وإنما يختلف" أى القضاء بالأمر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما فى الأمر، فيرجع الكفيل، ولو حضر الغائب لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه بالمال، لأنه قد قضى عليه به، وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر، فلا يرجع لأنها إلخ. (ف)

(٨) قوله: "بالأمر وعدمه" أى إنما يختلف حكم القاضى بالأمر وعدمه مع أن القضاء على الغائب لا يجوز، فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصماً عن الأصيل بين أن يكون بأمر وبغيره. (٤)

(٩) أى الكفالة بأمر، والكفالة بغير الأمر.

(١٠) إذ لا رجوع فيه. (ك)

(١١) كالتين.

(١٢) قوله: "لا يقضى له بالآخر" لأن الحماكم إنما يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحداً، وهو الملك. (٤)

(١٣) قوله: "ثبت أمره" أى أمر الأصيل، وهو الأمر بالكفالة بهجة كاملة، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال، لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقراً بالمال. (عيني)

(١٤) الأصيل الغائب.

(١٥) الغائب.

(١٦) قوله: "لأنه تعتمد صحتها إلخ" حتى لو قال: لفلان على فلان ألف درهم، وأنا به كفيل وجب المال عليه وإن

لم يجب على الأصيل شيء. (٤)

(١٧) لأن المرء يؤخذ بزعمه.

(١٨) لأنها لم تكن بأمره.

(١٩) الدين.

(٢٠) أى إلى الأصيل.

أدى على الأمر^(١). وقال زفر رحمه الله: لا يرجع^(٢)، لأنه لما أنكر فقد ظلم^(٣) في زعمه، فلا يظلم غيره^(٤)، ونحن نقول: صار مكذباً^(٥) شرعاً^(٦)، فبطل ما في زعمه. قال^(٧): ومن باع داراً، وكفل رجل عنه^(٨) بالدرك^(٩) فهو تسليم^(١٠)، لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع^(١١) فتمامه بقبوله^(١٢)، ثم بالدعوى يسعى^(١٣) في نقض ما تم من جهته^(١٤)، وإن لم تكن مشروطة فيه فلمراد بها^(١٥) إحكام البيع، وترغيب المشتري فيه، إذ لا يرغب فيه دون الكفالة^(١٦)، فتزل^(١٧) منزلة الإقرار^(١٨) بملك البائع^(١٩).

(١) قوله: "يرجم الخ" فلو كان الكفالة بالأمر عياناً رجم الكفيل بما أدى على الأصل، فكذا إذا ثبت بالبينة. (٤)

(٢) الكفيل على الأصل.

(٣) من الطالب.

(٤) الأمر.

(٥) قوله: "صار [لقيام البينة] مكذباً الخ" هذا كمن اشترى شيئاً وأقر أن البائع باع ملك نفسه، ثم جاء إنسان واستحققه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن، لأنه صار مكذباً شرعاً، والفرق لمحمد بين هذا وبين ما إذا اشترى عبداً، ثم باعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما أنكر العيب، وأراد أن يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع أن القاضى لما قضى عليه بالدرك بغيره فقد كذبه في زعمه هو أن قوله: لا عيب فيه نفى العيب في الحال والماضى، والقاضى إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثانى دون الأول، لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثانى. (ك)

(٦) لأن القاضى لما قضى عليه فقد أكذبه.

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) البائع.

(٩) قوله: "بالدرك" قد بينا أن ضمان الدرك هو قبول زد الثمن عند استحقاق المبيع. (ف)

(١٠) قوله: "فهو تسليم" أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا يسمع دعواه. (عناية)

(١١) بأن باع بشرط أن يكفل له. (ف)

(١٢) قوله: "فتمامه بقبوله [فى المجلس. ك]" وهو شرط ملايم للعقد، إذ الدرك يثبت بلا شرط الكفالة فالشرط

يزيده. (٤)

(١٣) قوله: "يسعى الخ" وهو باطل، ولهذا لو كان الكفيل شقيقاً بطلت شفيعته، والمراد بالنقض ما يكون بغير رضاء الخصم، والإقالة ليست كذلك فهى فسخ لا نقض. (٤)

(١٤) فلا يجوز.

(١٥) الكفالة.

(١٦) قوله: "إذ لا يرغب [أى يحتمل أن لا يرغب] الخ" مخافة الاستحقاق، فتكفل تسكيناً لقلبه وصار كأنه قال:

اشتر ولا تبال، فإنها ملك البائع، فإن أدركك درك فأنا ضامن. (٤)

(١٧) عقد الكفالة. (ف)

(١٨) لأنه يؤول إليه معنى.

(١٩) وبعد الإقرار لا يسمع الدعوى.

قال^(١): ولو شهد^(٢) وختم، ولم يكفل لم يكن تسليمًا^(٣)، وهو على دعواه، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع^(٤)، ولا هي^(٥) إقراراً بالملك، لأن البيع مرة يوجد من المالك، وتارة من غيره^(٦)، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة، بخلاف ما تقدم^(٧)، قالوا^(٨): إذا كتب في الصك^(٩) باع وهو^(١٠) يملكه، أو بيعاً ياتاً^(١١) نافذاً، وهو^(١٢) كتب شهد بذلك، فهو تسليم^(١٣)، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين^(١٤).

فصل في الضمان^(١٥)

قال^(١٦): ومن باع لرجل^(١٧) ثوباً، وضمن له^(١٨) الثمن، أو مضارب ضمن^(١٩)

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) قوله: "ولو شهد [شاهد على بيع الدار]" أى كتب شهادته فى صك الشرى، وختم على ذلك الصك، ثم ادعى الشاهد بعد ذلك أن الدار له يسمع دعواه، ولا يكون كتابة الشاهد على الصك وختمه تسليمًا وإقراراً بأن المبيع ملك البائع. وقوله: ختم، إشارة إلى عرف زمانهم فإن الرجل إذا كتب شهادته فى صك الشراء يختم فى آخره، حتى يكون ذلك علامة الكتابة، وصيانة عن التغيير والتبديل، ولم يبق ذلك العرف فى زماننا، والحكم لا يتفاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا. (ك)

(٣) ويقبل شهادته لغيره أيضاً. (ع)

(٤) لعدم الملازمة. (ع)

(٥) الشهادة.

(٦) المالك.

(٧) من ضمان الدرك لأنه إقرار بملك البائع.

(٨) قوله: "قالوا إلخ" أى قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور فى كتابة الشهادة محمول على ما إذا كتب شهد فلان البيع، والشراء، وكتب جرى البيع بمشهدى، أو كتب أقرأ بالبيع والشراء عندي، أما إذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه، بأن كان فى صك البيع، انتهى. (ك)

(٩) نام، وقبالة معرب جك.

(١٠) الواو حالية.

(١١) بات منقطع ومنه بيع بات. (من)

(١٢) الشاهد.

(١٣) فلا يصح دعواه بعد ذلك. (ك)

(١٤) فإنه ليس بتسليم.

(١٥) الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل "الجامع الصغير" وذكرت فيها بلفظ الضمان، أوردها مترجمة بذلك. (ف)

(١٦) أى محمد. (عيني)

(١٧) قوله: "لرجل [أى لأجل رجل]" اللام فى لرجل لام الملك، أى باع ثوباً هو لرجل بطريق الوكالة عنه فى بيعه، فضمن الوكيل له، أى للرجل المالك الثمن، أو المضارب إلخ. (ف)

(١٨) أى لذلك الرجل.

ثمن متاع رب المال، فالضمان باطل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة^(١)، وهي^(٢) إليهما^(٣)، فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه^(٤)، ولأن المال أمانة^(٥) في أيديهما^(٦)، والضمان تغيير لحكم الشرع^(٧)، فيرد عليه^(٨) كاشتراطه^(٩) على المودع والمستعير. وكذا^(١٠) رجلان باعاً عبداً صفقة واحدة، وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن، لأنه لو صح الضمان^(١١) مع الشركة^(١٢) يصير ضامناً لنفسه^(١٣)، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة^(١٤) يؤدي^(١٥) إلى قسمة الدين^(١٦) قبل قبضه، ولا يجوز^(١٧) ذلك، بخلاف^(١٨) ما إذا باعاً^(١٩) بصفقتين، لأنه لا شركة، ألا ترى أن للمشتري أن

(١٩) لرب المال بعد بيع شيء من المتاع.

(١) وهو الضمان.

(٢) قوله: وهي إليهما" أى الوكيل والمضارب، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل حتى لو حلف المشتري مال للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حائثاً، وكذا المضارب. (عناية)

(٣) أى البائع والمضارب.

(٤) قوله: "ضامناً لنفسه [وهو لا يجوز]" ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة، فإنه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة. (عناية)

(٥) والأمين لا يكون ضامناً.

(٦) أى البائع والوكيل والمضارب.

(٧) وليس للعبد ذلك.

(٨) أى على كل واحد منهما.

(٩) الضمان، فإنه لا ضمان عليهما شرعاً، فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع، فلا يجوز.

(١٠) أى لا يصح الضمان.

(١١) لخصته من الثمن شائعاً. (٤)

(١٢) إذ ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما.

(١٣) وقد تقدم فساده. (عناية)

(١٤) أى مفرزاً. (٤)

(١٥) قوله: "يؤدي إلخ" فى "الفوائد الظهيرية": لا معنى للقول بأن فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه. ويجاب عنه بأنه إنما يلزم القسمة فيه، لأن ما اشترى نصيبه وقم على الشركة، ولهذا كان للأخر أن يشاركه. (مل)

(١٦) حيث امتاز نصيب أحدهما.

(١٧) قوله: "ولا يجوز ذلك" لأن القسمة إفرار، وذلك إما أن يكون حساً، أو بوصف مميز، وكلاهما فى ما فى

ذمة من الدين غير متصور. (٤)

(١٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعاً بصفقتين" بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة، ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان، لأن الصفقة إذا تعددت فما وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة. (ك)

يقبل نصيب أحدهما^(١)، ويقبض إذ نقده ثمن حصته وإن قبل الكل .
قال^(٢): ومن ضمن عن آخر خراجه، ونوائبه^(٣)، وقسمته^(٤) فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه^(٥)، وهو يخالف الزكاة، لأنها مجرد فعل^(٦)، ولهذا^(٧) لا تؤدى بعد موته^(٨) من تركته إلا بوصية، وأما النوائب، فإن أريد بها ما يكون بحق، ككرى النهر المشترك^(٩)، وأجر الحارس^(١٠)، والموظف^(١١) لتجهيز الجيش، وفداء الأسارى^(١٢) وغيرها، جازت^(١٣) الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس

(١٩) عبداً.

(١) ويرد الآخر.

(٢) أى محمد. (عيني)

(٣) نائبه مصيب و كار دشوار نواب جمع. (من)

(٤) قوله: "وقسمته" قد ذكر عند أبى بكر بن سعيد أنه قال: وقع هذا الحرف غلطاً، لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون. وأجيب بأن القسمة قد تجمى بمعنى النصيب، قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئِهِمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾، والمراد النصيب. وكان الفقيه أبو جعفر الهندوانى يقول: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه فى القسمة جاز ذلك لأن القسمة واجبة عليه. (٤)

(٥) قوله: "فقد ذكرناه [قبل هذا الفصل. ف]" وهو قوله: والرهن والكفالة جائزان فى الخراج، لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء. ثم قيل: المراد من الخراج الذى تصح الكفالة عنه الخراج الموظف، وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الإمام كل سنة على مال على ما يراه الإمام لا المقاسمة، وهى التى يقسم الإمام ما يخرج من الأرض، فإنها غير واجبة فى الذمة، فلم يكن فى معنى الدين. (ك)

(٦) قوله: "لأنها [أى الزكاة] مجرد فعل" فإن الواجب فى الزكاة فعل، وهو عبادة، أى تمليك المال من غير أن يكون بدلا عن شىء، والمال محل لإقامة هذا الواجب، والمال غير مضمون على من عليه الزكاة، فإنه لو هلك لا يضمن شيئاً، والكفالة لا تصح بالعبادة، ولا بالأعيان الغير المضمونة، وليست الزكاة ديناً، لأن الدين الثابت فى الذمة اسم مال وجب فى الذمة بكونه بدلا عن مال ألتفه، أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر، أو استئجار عين، والزكاة ليست كذلك. بخلاف الخراج لأنه يجب حقاً للمقاتلة بدلا عن الذات عن حريم الدين، والمحاماة عن بيضة الإسلام، فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحة، فكذلك بالخراج. (مل)

(٧) أى لأجل كون الزكاة مجرد فعل.

(٨) أى موت من عليه الزكاة.

(٩) قوله: "ككرى النهر المشترك [الكرى الحفر. غاية البيان]" نحو أن يقضى القاضى بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة، فأبى واحد منهم من الكرى، وأنفق شريكه بأمر القاضى يصير حصة الآبى ديناً فى ذمته، فتصح الكفالة بها لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل. وكذا أجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان بها، وكذا ما وظف الإمام على الناس عند الحاجة إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين، وقد خلا بيت المال عن المال، أو يحتاج إلى فداء أسارى المسلمين، فوظف على الناس مالا لأجل ذلك، فهو واجب مضمون تصح الكفالة به. (٤)

(١٠) للمحلة. (٤)

(١١) أى المقرر من جهة الإمام عند خلو بيت المال، توظيف روز مره كردن بر كسى. (من)

(١٢) أى تخليصهم من الأسر جمع أسير مقيد ومحبوس من أيدي الكفار.

بحق^(١) كالجبايات^(٢) في زماننا^(٣)، ففيه^(٤) اختلاف المشايخ رحمهم الله، وممن يميل^(٥) إلى الصحة^(٦) الإمام على البزدوى^(٧)، وأما القسمة فقد قيل: هي النوائب بعينها^(٨)، أو حصة منها^(٩)، والرواية باد^(١٠)، وقيل^(١١): هي النائبة الموظفة^(١٢) الراتبية^(١٣)، والمراد بالنوائب ما ينوبه^(١٤) غير راتب^(١٥)، والحكم ما بيناه^(١٦).

ومن قال لآخر: لك علي مائة إلى شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول المدعى^(١٧)، ومن قال: ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر، وقال المقر له: هي حالة، فالقول قول الضامن^(١٨).

- (١٣) قوله: "ازت الكفالة" لأنها واجبة على كل مسلم موسر بإيجاب طاعة أولى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين. (ف)
- (١) بل هو ظلم.
- (٢) قوله: "كالجبايات" الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الحياط والصباغ، وغيرهم للسلطان في كل يوم، أو شهر، أو ثلاثة أشهر، فإنها ظلم. (ف)
- (٣) وهي التي تأخذها الظلمة في زماننا ظلمًا. (ع)
- (٤) قوله: "ففيه اختلاف المشايخ" قال بعضهم: لا يصح الضمان بها، لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً، ولا شيء عليه شرعاً ههنا. (ع)
- (٥) قوله: "وممن يميل إلى الصحة إلخ" لأنها ديون في حكم توجه المطالبة بها، والعبرة في الكفالة للمطالبة بحق، أو بباطل، لأنها شرعت لالتزامها، ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط كان مأجوراً، وإن كان أصله من جهة الذي يأخذ باطلاً. (ع)
- (٦) أي صحة الكفالة بها.
- (٧) هو فخر الإسلام.
- (٨) فحيث يكون الرواية بالواو. (ك)
- (٩) قوله: "أو حصة منها" يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الأنهار المشتركة، فأصاب واحداً شيء من ذلك، فيجب أداؤه، فكفل به رجل صحت الكفالة به بالإجماع. (ع)
- (١٠) قوله: "والرواية باد" إشارة إلى أن الرواية باد على تقدير أن يكون القسمة حصة من النوائب، وأما إذا كانت هي النائبة بعينها فهو محل الواو للبيان من باب العطف للتفسير. (ع)
- (١١) قوله: "وقيل هي النائبة إلخ" وقيل: أراد بالقسمة أجرة الكيال الذي يقسم الغلة إذا كان الحراج مقاسمة. (ك)
- (١٢) هي المقاطعات الديوانية في كل شهر، أو ثلاثة أشهر. (ك)
- (١٣) ثابتة دائمة وقرار غرثته. (م)
- (١٤) نوب آمدن كاري. (من)
- (١٥) بل يلحقه أحياناً. (ك)
- (١٦) قوله: "والحكم ما بيناه" وهو جواز الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ. (ك)
- (١٧) أي المقر مع اليمين.
- (١٨) مع اليمين.

ووجه الفرق^(١) أن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقاً^(٢) لنفسه^(٣)، وهو تأخير المطالبة إلى أجل، وفي الكفالة ما أقر^(٤) بالدين، لأنه لا دين عليه^(٥) في الصحيح^(٦)، وإنما أقر^(٧) بمجرد المطالبة بعد الشهر. ولأن^(٨) الأجل في الديون عارض، حتى لا يثبت إلا بشرط^(٩)، فكان القول قول من أنكر الشرط^(١٠)، كما في الخيار^(١١)، أما الأجل في الكفالة فنوع^(١٢) منها^(١٣)، حتى يثبت من غير شرط، بأن كان^(١٤) مؤجلاً على الأصل. والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني^(١٥)، والفرق أوضحناه^(١٦).

(١) بين المسألتين. (ف)

(٢) قوله: "ثم ادعى حقاً إلخ" فكان ثمة إقرار على نفسه، ودعوى على غيره، فالأول مقبول، والثاني يحتاج إلى برهان، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر. ولقاتل أن يقول: أقر في الكفالة بالمطالبة مدعي حقاً لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل، فكان ثمة إقرار، ودعوى إلى آخر ما ذكرتم، فلا يتم الفرق. والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول اقتناعاً جديداً لدفع الخصم في المجلس، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار، وهو قوله: ولأن الأجل إلخ. (٤)

(٣) والآخر ينكره.

(٤) الكفيل.

(٥) أى على الكفيل.

(٦) قوله: "في الصحيح" احتراز عن القول الآخر بأنه يجب للطالب على الكفيل دين أيضاً. (ك)

(٧) قوله: "إنما أقر إلخ" والمكفول له يدعى حق المطالبة لنفسه في الحال، والضامن ينكر ذلك القول، فالقول للمنكر. (عيني)

(٨) بيان فرق آخر.

(٩) قوله: "إلا بشرط" فإن ثمن البيعات والمهور، وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط. (٤)

(١٠) مع اليمين. (ك)

(١١) قوله: "كما في الخيار" إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط، وينكره الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين. (عيني)

(١٢) قوله: "فروع منها" أى منوع كالناطق المنوع لبعض الحيوان، فكان إقراره بنوع من الكفالة، فلا يحكم بغيره، فكان القول قوله. (عناية)

(١٣) من الكفالة.

(١٤) الدين.

(١٥) قوله: "والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه [وهو رواية ابن رستم عنه. ف] ألحق الأول بالثاني" هكذا وقع في عامة النسخ، وهذا ليس بصحيح بل الصحيح عكسه، وهو أن يقال: والشافعي ألحق الأول بالثاني، وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الثاني بالأول، وذلك لأن عند الشافعي رحمه الله القول قول المقر في الفصلين جميعاً، فكان الإقرار بالدين، وهو المذكور أولاً في الرواية ملحقاً بالثاني، وهو الإقرار بالكفالة، وذلك إنما يستفاد فيما قلنا. ومذهب أبي يوسف فيما يروى عنه على عكسه، وحجة الشافعي رحمه الله أن الدين نوعان حال ومؤجل، فإذا أقر بالمؤجل، فقد أقر بأحد نوعي الدين فالقول قوله، وحجة أبي يوسف أنهما تصادقا على وجوب

قال (١) : ومن اشترى جارية، فكفل له رجل بالدرك (٢)، فاستحقت لم يأخذ (٣) الكفيل (٤)، حتى يقضى له بالثمن على البائع؛ لأن بمجرد الاستحقاق (٥) لا ينتقض (٦) البيع (٧) على ظاهر الرواية (٨) ما لم يقض له بالثمن على البائع، فلم يجب له على الأصيل (٩) رد الثمن، فلا يجب (١٠) على الكفيل، بخلاف القضاء (١١) بالحرية (١٢)، لأن البيع يبطل بها (١٣) لعدم المحلية (١٤)، فيرجع (١٥) على البائع والكفيل (١٦). وعن أبي يوسف رحمه الله (١٧) أنه يبطل (١٨) البيع بالاستحقاق (١٩)، فعلى قياس قوله: يرجع (٢٠) بمجرد الاستحقاق، وموضعه (٢١) أوائل الزيادات في ترتيب

المال، ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه، فلا يصدق فيه إلا بحجة، ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جاز إقراره بالكفالة، ودعواه الخيار لما قلنا، فكذا دعوى الأجل. (ك)

(١٦) بقوله: وجه الفرق إلخ.

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) هو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق. (ع)

(٣) قوله: "لم يأخذ الكفيل إلخ" لأن احتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت، فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ. (ف)

(٤) وهو الصحيح. (ك)

(٥) أي القضاء بالاستحقاق.

(٦) لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت.

(٧) قوله: "لا ينتقض إلخ" فلو كان الثمن عبداً، فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ إعتاقه. (ع)

(٨) لأن الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع، فأولى أن لا ينفي البقاء. (ك)

(٩) البائع.

(١٠) الرد.

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" يعني فإن قيل إذا قضى القاضي بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع، فما الفرق بينها وبين الاستحقاق، فأجاب عنه المصنف بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

(١٢) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها.

(١٣) بالحرية.

(١٤) للبيوع.

(١٥) المشتري.

(١٦) إن شاء.

(١٧) في رواية الأمالي.

(١٨) قوله: "يبطل البيع إلخ" فبأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن، لأن الضمان توجه على البائع،

ووجب للمشتري مطالبته، فكذلك على الكفيل. (ف)

(١٩) قيل أن يقضى على البائع بالثمن.

(٢٠) على الكفيل.

الأصل^(١). ومن اشترى عبداً، فضمن له رجل بالعهد، فالضمان باطل^(٢)؛ لأن هذه اللفظة^(٣) مشتبهة^(٤) قد تقع^(٥) على الصك القديم، وهو ملك البائع، فلا يصح^(٦) ضمانه، وقد تقع على العقد، وعلى حقوقه، وعلى الدرك، وعلى الخيار، ولكل ذلك وجه^(٧)، فتعذر العمل بها^(٨)، بخلاف الدرك^(٩)، لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً.

ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه^(١٠) عبارة عن تخليص المبيع^(١١)، وتسليمه^(١٢) لا محالة^(١٣)، وهو^(١٤) غير قادر عليه، وعندهما هو^(١٥) بمنزلة الدرك، وهو تسليم^(١٦) المبيع، أو قيمته^(١٧)، فيصح^(١٨).

(٢١) أى الاستحقاق. (ف)

(١) قوله: "فى ترتيب الأصل" أى فى ترتيب محمد رحمه الله، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفاً لترتيب سائر الكتب تبركاً بما أملى به أبو يوسف، فإن محمداً أخذ ما أملى به أبو يوسف باباً، وجعله أصلاً، وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الأبواب، وكان أصل الكتاب من تصنيف أبى يوسف، وزيادته من تصنيف محمد رحمه الله ولذلك سماه كتاب الزيادات، وكان ابتداء إملاء أبى يوسف رحمه الله فى هذا الكتاب من باب المأذون، ولم يغيره محمد تبركاً، ثم رتبته أبو عبد الله الزعفرانى تلميذ محمد بن الحسن على هذا الترتيب الذى هو عليه اليوم. (عناية)

(٢) بالاتفاق. (ك)

(٣) أى لفظة العهد.

(٤) أى فى المراد لاشرآكها، فلا يجب العمل به قبل البيان.

(٥) قوله: "قد تقع على الصك القديم" لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، وقد تقع على العقد، لأن العهد من العهد كالعقد من العقد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوقه لأنها من ثمرات العقد، وقد تطلق على خيار الشرط كما جاء فى الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أى خيار الشرط. (كفاية)

(٦) لأنه غير مضمون عليه، أى البائى، وما ليس بمضمون على الأصيل لا يصح الكفالة. (٤)

(٧) يجوز الحمل به عليه.

(٨) فيبطل الضمان للجهالة قبل البيان.

(٩) فإن ضمانه يصح.

(١٠) أى زمان الخلاص.

(١١) عن الاستحقاق.

(١٢) إلى المشتري.

(١٣) أى على كل حال، وبأى طريق كان.

(١٤) قوله: "وهو غير قادر عليه" لأنه إن ظهر مستحقاً فرمى لا يساعده المستحق، أو حراً، فلا يقدر مطلقاً، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل. (٤)

(١٥) أى ضمان الخلاص.

(١٦) إن قدر عليه.

(١٧) إن عجز عن تسليم المبيع.

باب كفالة الرجلين^(١)

وإذا^(٢) كان الدين على اثنين، وكل واحد منهما كفيلاً^(٣) عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم، وكفل^(٤) كل واحد منهما، عن صاحبه، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل، وفي النصف الآخر كفيلاً، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة، وبحق الكفالة، لأن الأول^(٥) دين، والثاني^(٦) مطالبة، ثم^(٧) هو^(٨) تابع للأول^(٩)، فيقع^(١٠) عن الأول^(١١)، وفي الزيادة^(١٢) لا معارضة^(١٣)، فيقع عن الكفالة^(١٤)، ولأنه^(١٥) لو وقع في النصف عن صاحبه، فيرجع عليه^(١٦)، فلصاحبه^(١٧)

(١٨) قوله: "أى قيمته" فى كلام المصنف نظر، لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة، وهو مدفوع بأن المراد بالقيمة الثمن مجازاً، وبلاغة التركيب باستعمال المجاز مما لا يلتبس فضله. (٤)

(١) قوله: "كفالة الرجلين" لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين، لما أن الاثنين بعد الواحد طبعاً، فأخر وضعاً ليناسب الوضع الطبع. (٤)

(٢) هذا لفظ القدرى. (عبنى)

(٣) لرب الدين.

(٤) للبائتم.

(٥) أى ما بحق الأصالة.

(٦) أى ما بحق الكفالة.

(٧) قوله: "ثم هو" أى الثانى، وهو المطالبة تابع للدين، لأن المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين، لأن المطالبة بالدين، ولا دين محال. (ك)

(٨) الثانى.

(٩) قوله: "تابع للأول" لا يقال: هذا يقتضى على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة لكون المؤدى منهما كما هو قول طائفة من مشايخنا، لأننا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة. (ف)

(١٠) قوله: "فيقع [أى النصف] عن الأول" صرفاً إلى أقوى ما عليه، كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً، فنقد فى المجلس عشرة جعل النقود ثمن الصرف، لأن الواجب أقوى لحاجته إلى القبض فى المجلس. (٤)

(١١) الدين.

(١٢) قوله: "وفى الزيادة [على النصف] لا معارضة" أى من كل وجه، وفى النصف أيضاً لم يكن معارضة حقيقة، ولكنه كانت معارضة صورة، ولا دور أيضاً، لأن المؤدى لما نوى عما كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة، فإذا جعل المؤدى الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدى. (ك)

(١٣) إذ لم يكن عليه فى الزيادة بحق الأصالة شيء.

(١٤) فيرجع بالزائد.

(١٥) قوله: "ولأنه إلخ" دليل آخر على ذلك، أورده بقياس الخلف، فإنه جعل نقيض المدعى، وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال، وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم المدور. (٤)

أن يرجع، لأن^(١) أداء نائبه كأداءه، فيؤدى إلى الدور^(٢).

وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداء أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان^(٣) أو كثيراً.

ومعنى المسألة فى الصحيح^(٤) أن يكون الكفالة بالكل عن الأصيل، وبالكل عن الشريك، والمطالبة^(٥) متعددة^(٦)، فيجتمع^(٧) الكفالتان^(٨) على ما مر^(٩)، وموجبها^(١٠) التزام المطالبة^(١١)، فتصح الكفالة عن الكفيل، كما تصح الكفالة عن

(١٦) أى على صاحبه.

(١٧) قوله: فلصاحبه إلخ "لأنه لو جعل شيء من المؤدى من صاحبه، فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائى، فإن جعلت شيئاً من المؤدى عنى، ورجعت على بذلك، فلى أن أجعل المؤدى عنك كما لو أدبت بنفسى، فيفضى إلى الدور. (ك)

(١) قوله: "لأن أداء إلخ" تقريره أن صاحب المؤدى يقول له: أنت أدبت عنى بأمرى، فيكون ذلك كأدائى، ولو أدبت بنفسى حقيقة رجعت عليك، فكذا ههنا، بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه، إذ ليس على شريكه بحكم الأصلة إلا النصف، فيفيد الرجوع. (عنى)

(٢) قوله: "فيؤدى إلى الدور [فلم يكن فى الرجوع فائدة]" واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور، فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه، ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع، فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما، فيمتنع الرجوع.

والحق أن هذا الوجه باطل، فإن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعاً، لأنه يؤدى إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى على الطالب، وهو تقيض ما يقطع به من الشرع من أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير، وهذا مجازفة عظيمة. (ف)

(٣) المؤدى. (٤)

(٤) قوله: "ومعنى المسألة إلخ" يريد أن معنى ما قال فى الكتاب: وإذا كفل رجلان عن رجل بمال كفل كل واحد منهما عن الأصيل بالكل، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالكل أيضاً، وإنما قال: فى الصحيح لأنهما لو كفلا بألف كان الألف منقسماً عليهما نصفين. ثم إذا كفل أحدهما عن صاحبه فأدى أحدهما نصف المال فإنه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى على النصف، لأن جهة الضمان قد اختلفت، لأن نصف المال كان واجباً عليه بحكم ضمانه بغير واسطة، والنصف الآخر كان واجباً عليه بحكم الكفالة الثانية، فنزل هذا منزلة المسألة الأولى. (ك)

(٥) قوله: "والمطالبة متعددة" يعنى إنما يكون كل واحد منهما كفيلاً عن الأصيل، وكفيل عن صاحبه لأن موجب الكفالة التزام المطالبة، وهى متعددة، مطالبة على الأصيل ومطالبة على الكفيل، وقد التزمها كل واحد منهما، فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما. (ك)

(٦) قوله: "متعددة" لأن كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الأصيل، ومطالب بالكل أيضاً من جهة الكفيل. (عنى)

(٧) أى على كل واحد من الكفيلين.

(٨) كفالة عن الأصيل، وكفالة عن الكفيل. (٤)

(٩) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما مر من قوله: لأن موجبه التزام المطالبة وهى متعددة فى تعليل قوله: من أخذ من رجل كفيلاً بنفسه، ثم ذهب، فأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان. (ك)

(١٠) الكفالة.

(١١) على الكفيل.

الأصيل، وكما تصح^(١) الحوالة من المحتال عليه. وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما، إذ الكل كفالة، فلا ترجيح للبعض على البعض، بخلاف^(٢) ما تقدم^(٣)، فيرجع على شريكه بنصفه^(٤)، ولا يؤدي إلى الدور^(٥)، لأن قضيته^(٦) الاستواء، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى، فلا ينقض برجوع الآخر عليه^(٧)، بخلاف^(٨) ما تقدم، ثم يرجعان^(٩) على الأصيل، لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه، والآخر بنائبه، وإن شاء^(١٠) رجوع بالجميع^(١١) على المفكول عنه؛ لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره.

قال^(١٢): وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع^(١٣)، لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه^(١٤)، ولهذا يأخذه^(١٥) به^(١٦).

قال^(١٧): وإذا افترق^(١٨) المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا

- (١) قوله: "وكما تصح إلخ" أي حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر يصح، فكذا في الكفالة. (ك)
- (٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أي في المسألة الأولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف، لأن أداء النصف كان بحق الأصالة والنصف الآخر بحق الكفالة. (عيني)
- (٣) فإن الأصالة بالنصف راجحة. (٤)
- (٤) أي إذا وقع شائعاً فيرجع إلخ.
- (٥) لأنه إذا رجع أحدهما على صاحبه بنصف ما أدى ليس للآخر أن يرجع عليه، لأن إلخ. (ك)
- (٦) قوله: "لأن قضيته" أي قضية عقد الكفالة الاستواء لاستواءهما في العلة، وهي ضمان الكفالة، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى لأنه مستو لصاحبه في الالتزام بجهة واحدة، فوجب أن يستويا في الغرم لسببه. (عيني)
- (٧) أي لو رجع الشريك عليه لا يبقى المساواة.
- (٨) قوله: "بخلاف ما تقدم" فإن هناك كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشراء نفسه، ونصف المال بكفالاته عن شريكه، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور. (ن)
- (٩) ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلاً عن الأصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما. (٤)
- (١٠) أي من أدى منهما. (٤)
- (١١) قوله: "بالجميع" ولو كان أحدهما كفيلاً عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصيل. (٤)
- (١٢) قوله: "قال" قيل: الظاهر أن قائله محمد، قلت: الظاهر أن قائله المصنف، لأن المسألة لم يذكرها إلا شراح الجامع الصغير. (عيني)
- (١٣) أي بجميع الدين.
- (١٤) إشارة إلى قوله: ومعنى المسألة في الصحيح إلخ. (ك)
- (١٥) الكفيل.
- (١٦) أي بكل المال.

بجميع الدين، لأن كل واحد منهما كفيل^(١) عن صاحبه على ما عرف في الشركة .
ولا يرجع^(٢) أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر^(٣)
من الوجهين في كفالة الرجلين . قال^(٤) : وإذا كوتب العبدان كتابة^(٥) واحدة، وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه،
ووجهه أن هذا العقد^(٦) جائز^(٧) استحساناً^(٨)، وطريقه^(٩) أن يجعل^(١٠) كل واحد
منهما^(١١) أصيلاً في حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما معلقاً بأداءه^(١٢)،
ويجعل^(١٣) كليلاً بالألف في حق صاحبه^(١٤)، وسنذكره في المكاتب^(١٥) إن شاء الله

(١٧) أي محمد. (عيني)

(١٨) قوله: "وإذا افترق المتفاوضان إلخ" المفاوضة شركة متساويين مالا، وحرية، وعقلا، ودينًا، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل كفيل الآخر ووكيله، ولما كان كل واحد منهما يفوض التصرف إلى صاحبه على الإطلاق سميت مفاوضة مشتقة من التفويض، كذا قال العلي القاري في "شرح النقاية". (مل)

(١) فإن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق، فلا تبطل بالافتراق. (ع)

(٢) قوله: "ولا يرجع" أي إذا طلبوا أحدهما، وأخذوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه إلخ. (ع)

(٣) قوله: "لما مر من الوجهين" في كفالة الرجلين، وهي مسألة أول الباب، حيث قال: ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وما عليه بحق الكفالة، وما ذكره من لزوم الدور. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) قوله: "كتابة واحدة" بأن قال: كاتبكما على ألف إلى سنة، ثم إما قيد في المسألة بالكتابة الواحدة، لأن كل واحد منهما لو كان مكاتباً على حدة، فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياساً واستحساناً. (ك)

(٦) أي عقد الكفالة.

(٧) خلافاً للأئمة الثلاثة. (ف)

(٨) قوله: "استحساناً" والقياس بخلافه، لأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، فعند الاجتماع أولى أن يكون باطلاً، أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع، والمكاتب لا يملكه، وأما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلما مر من أنها تقتضى ديناً صحيحاً، وبدل الكتابة ليس كذلك. (ع)

(٩) الاستحسان.

(١٠) قوله: "أن يجعل إلخ" أي يجعل المال على أحدهما، وعتق الآخر معلقاً بأداءه كما في الولد المولود من المكاتبية في الكتابة، ويجعل كل واحد في حق المولى كان المال كله عليه، وعتق الآخر معلقاً بأداءه، فيطالب كل واحد منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما، ولكننا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة ف فيما وراء ذلك العبرة للحقيقة. (ن)

قوله: "أن يجعل" فإن تصرف الإنسان واجب التصحيح بقدر الإمكان، وقد أمكن تصحيح هذه الكتابة بأن يجعل

إلخ. (كافي)

(١١) احتيالا لتصحيح الضمان، فكان ضرورياً لا يتعدى عن موضعه. (جلبى)

(١٢) الألف فكانه قال لكل منهما: إن أديت الألف فأنت حر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أي كل واحد.

(١٤) قوله: "كفيلاً إلخ" فصارت كفالاته بما عليه أصله، وكفالة المكاتب بما عليه أصله جائزة. (جلبى)

تعالى، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه^(١) لاستواءهما^(٢)، ولو رجع بالكل^(٣) لا تتحقق المساواة.

قال: ولو لم يؤدي شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته^(٤) ملكه^(٥)، وبرئ^(٦) عن النصف^(٧)، لأنه ما رضى بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق، وما^(٨) بقى وسيلة^(٩) فيسقط^(١٠)، ويبقى النصف على الآخر، لأن المال في الحقيقة مقابل^(١١) برقبتهما. وإنما جعل^(١٢) على كل واحد منهما احتيالاً^(١٣) لتصحيح الضمان، وإذا جاء العتق استغنى عنه^(١٤)، فاعتبر^(١٥) مقابلاً برقبتهما، فلهذا يتنصف، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء^(١٦) المعتق بالكفالة^(١٧)،

(١٥) أى فى كتاب المكاتب.

(١) قوله: "رجع بنصفه إلخ" فإن قيل: كيف يرجع على صاحبه بنصف ما أدى والمال فى الحقيقة مقابل بهما، فيكون على كل واحد منهما نصفه، فيجب أن لا يكون له حق الرجوع ما لم يزد المؤدى على ما يخصه كما فى مسألة الدور. قلنا: إنما يرجع على صاحبه بنصف ما أدى تحززا عن تفريق الصفقة على المولى، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص يبرأ بأدائه عن نصيبه، فيعتق، لأن المكاتب إذا برئ عما عليه من البذل يعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً، ويعتقا جميعاً. (ك)

(٢) قوله: "لاستواءهما" أى فى الوجوب عليهما لاستواءهما فى العلة أعنى الكتابة، فكان كل البذل مضموناً على كل واحد منهما، ولهذا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البذل. (ع)

(٣) أو لم يرجع بشىء. (ع)

(٤) العتق.

(٥) المولى.

(٦) أى المعتق.

(٧) أى نصف البذل.

(٨) نافية.

(٩) لحصول عتقه بطريق آخر. (ف)

(١٠) النصف.

(١١) حتى يكون موزعاً منقسماً. (ع)

(١٢) المال.

(١٣) فكان ضرورياً لا يتعدى عن موضعها. (ع)

(١٤) الجعل.

(١٥) المال.

(١٦) قوله: "أيهما شاء" لأن كل واحد منهما كان مطالباً بجميع الألف، والباقي بعد ذلك الألف، فبقى على تلك الصفة، لأن البقاء يكون على وفق الثبوت. (ك)

(١٧) قوله: "المعتق بالكفالة" فإن قيل: كيف يكون المعتق ههنا كفيلاً ببذل الكتابة، والكفالة ببذل الكتابة لا تصح، قلنا: هذا فى حالة البقاء، لأنه لم يكن هذا كفالة فى ابتداءه ببذل الكتابة بل كان كل بدل الكتابة واجباً على كل واحد

وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجوع على صاحبه بما يؤدي ، لأنه مؤد عنه ^(١) بأمرة ، وإن أخذ الآخر لم يرجع ^(٢) على المعتق بشيء ، لأنه ^(٣) أدى عن نفسه ، والله أعلم .

باب كفالة ^(٤) العبد وعنه

ومن ^(٥) ضمن عن عبد مالا لا يجب ^(٦) عليه ^(٧) ، حتى يعتق ، ولم يسم ^(٨) حالا ، ولا غيره ^(٩) ، فهو حال ^(١٠) ؛ لأن المال حال عليه لوجود السبب ، وقبول الذمة ^(١١) إلا أنه لا يطالب به لعسرتة ، إذ جميع ما فى يده ملك المولى ، ولم يرض ^(١٢) بتعلقه ^(١٣) به فى الحال ، والكفيل غير معسر ^(١٤) ، فصار كما إذا كفّل عن غائب ^(١٥) أو مفلس ^(١٦) ، بخلاف الدين المؤجل ^(١٧) ، لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى ^(١٨) رجوع على

منهما تصحيحاً للكتابة ، وبعد إعتاق أحدهما صار المعتق كفيلاً عن غير المعتق ببدل الكتابة ، فيجوز ذلك بقاء ، وإن لم يجز ابتداءً . (ك)

(١) أى عن صاحبه .

(٢) الآخر .

(٣) الآخر .

(٤) قوله : " كفالة " أى كفالة العبد عن الآخر ، وكفالة الآخر عن العبد ، وأخر ما يتعلق به لتأخره بالرق . (مل)

(٥) هذه من مسائل " الجامع الصغير " . (عنى)

(٦) قوله : " مالا لا يجب إلخ " كأن أقر باستهلاك مال ، وكذبه المولى ، أو أقرضه إنسان ، أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه ، وكذا إذا أودع شيئاً فاستهلكه ، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى ، بخلاف ما لو كان استهلاكه للمال معايناً معلوماً فإنه يؤخذ به فى الحال . (ف)

(٧) صفة مالا .

(٨) أى الكفيل .

(٩) أى الضمان .

(١٠) جواب المسألة . (ع)

(١١) قوله : " لوجود السبب وقبول الذمة " وعدم الأجل ، وكيف والعتق لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه ، وقد لا

يقع أصلاً . (ف)

(١٢) أى المولى .

(١٣) الدين .

(١٤) إسار : درويش شدن ، فالمانع غير متحقق فى حق الكفيل . (ع و م)

(١٥) قوله : " كما إذا كفّل عن غائب " يصح ، ويؤخذ به الكفيل حالا ، وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل ، أو

مفلس يصح ، ويؤخذ به فى الحال ، وإن كان فى حق الأصيل متأخراً إلى الميسرة .

فإن قيل : إذا لم يؤخذ العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد

الأجل ، أجاب بقوله : بخلاف الدين المؤجل ، لأنه متأخر إلخ ، يعنى أن الدين ثمة تأخر عن الأصيل بمؤخر يعنى بأمر يوجب

التأخير ، وهو التأجيل ، لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا ، وقد التزم الكفيل ذلك ، فلزمه مؤجلاً . (ع)

العبد بعد العتق، لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل لقيامه^(١) مقامه^(٢). ومن ادعى على عبد مالا، وكفل له رجل بنفسه، فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما^(٤) إذا كان المكفول بنفسه حرّاً^(٥).

قال^(٦): فإن ادعى رقبة العبد^(٧)، وكفل به^(٨) رجل فمات العبد، فأقام المدعى^(٩) البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته؛ لأن على المولى^(١٠) ردها على وجه تخلفها^(١١) قيمتها، وقد التزم الكفيل ذلك^(١٢)، وبعد الموت يبقى القيمة واجبة على الأصيل، فكذا على الكفيل^(١٣) بخلاف الأول^(١٤).

قال^(١٥): وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره، فعتق^(١٦)، فأداه^(١٧)، أو كان المولى كفل عنه^(١٨)، فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما^(١٩) على صاحبه.

(١٦) بتشديد اللام. (٤) تقليس حكم كردن قاضى بإفلاس كسى. (٢)

(١٧) يؤخذ الكفيل به بعد الأجل.

(١٨) أى الكفيل عن العبد.

(١) فى المطالبة.

(٢) الطالب.

(٣) هذه مسألة "الجامع". (عنى)

(٤) قوله: "كما إذا كان إلخ" الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرّاً، أو عبداً، فإن بموته يبرأ الكفيل كما لو كان حرّاً، وذكر هذا تمهيداً للتمهيد، وليبان الفرق بينهما. (عناية)

(٥) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل ههنا أيضاً.

(٦) أى محمد. (عنى)

(٧) على ذى اليد.

(٨) العبد.

(٩) قوله: "فأقام المدعى إلخ" إنما قيد بإقامة البينة احترازاً عما إذا ثبت الملك له بإقر ر ذى اليد، أو نكوله عن اليمين حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل. (٤)

(١٠) أى ذى اليد.

(١١) عند العجز عن ردها.

(١٢) الرد.

(١٣) لأن الكفيل التزم المطالبة بما على الأصيل.

(١٤) قوله: "بخلاف الأول [أى المسألة الأولى]" لأن محل ما التزمه وهو العبد قد فات، وسقط عن العبد تسليم نفسه، فكذا عن كفيله. (عناية)

(١٥) أى محمد. (عنى)

(١٦) العبد.

(١٧) المال.

وقال زفر رحمه الله: يرجع^(١)، ومعنى الوجه الأول^(٢) أن لا يكون على العبد دين^(٣) حتى تصح^(٤) كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره، أما كفالته^(٥) عن العبد، فتصح على كل حال^(٦). له أنه تحقق الموجب للرجوع، وهو الكفالة بأمره^(٧)، والمانع^(٨) وهو الرق قد زال^(٩). ولنا أنها^(١٠) وقعت غير موجبة للرجوع، لأن المولى لا يستوجب^(١١) على عبده ديناً، وكذا العبد على مولاه^(١٢)، فلا تنقلب^(١٣) موجبة^(١٤) أبداً، كمن كف عن غيره بغير أمره فأجازة^(١٥). ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة^(١٦) حر

(١٨) العبد.

(١٩) المولى والعبد.

(١) كل على صاحبه.

(٢) أى كفالة العبد عن مولاه بأمره.

(٣) مستغرق.

(٤) قوله: "حتى تصح إلخ" لأنه إذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى إياه بالكفالة، ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير، ألا ترى أنه يملك أن يجعله مشغولاً بالدين بأن يقر عليه بالدين، فكذا له أن يأذن حتى تكفل عنه بخلاف ما إذا كان مديوناً، لأن مولاه صار أجنبياً عنه لتعلق حق الغرماء حتى لا يملك شغله بالدين بالإقرار عليه، فكذا لا يملك أمره بالكفالة. (ك)

(٥) قوله: "أما كفالته عن إلخ" فإن قيل: دين العبد الذى يظهر فى حق المولى يقضى من ماله، وهى ملك المولى، فأية فائدة فى هذه الكفالة، أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولاً معه ليقضى من جميع أمواله بخلاف ما إذا لم يكفل فإنه لا يلزمه عيناً، إلا أن يسلمه لبيع، وقد لا يفي ثمنه بالدين، فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين، وبالكفالة يصلون. (ف)

(٦) أى بالمال كانت أو بالنفس، وعلى العبد دين كان أم لا.

(٧) المرجوع.

(٨) قوله: "والمانع إلخ" أى المانع وهو كونه عبده، ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر قد زال بالعتق، فإن الأداء منهما بعده، فيجب الرجوع. (ف)

(٩) بالعتق.

(١٠) الكفالة.

(١١) أى لا يستحق.

(١٢) أى لا يستوجب ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق.

(١٣) قوله: "فلا تنقلب [الكفالة] إلخ" والراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر، وسمى العبد فى الدين رجوع به على المولى، لأن استيجاب الدين على المولى إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به، قبل العتق، فلا يكون مما نحن فيه. (ف)

(١٤) للرجوع.

(١٥) قوله: "فأجازة [فلا يرجع]" فأدى الكفيل لا يرجع، لأن معنى الأمر، وإن تحقق فى حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع. (ف)

(١٦) قوله: "بمال الكتابة" إنما قال: بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل، وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة، أما فى بدل الكتابة فلأنه ثبت إلخ، وأما فى غير بدل الكتابة، فلأنه إذا عجز نفسه سقط بفسخ الكتابة لا ابتداء عليها، إذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً. (ف)

تكفل به أو عبداً؛ لأنه دين ثبت^(١) مع المنافي، فلا يظهر^(٢) في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط^(٣)، ولا^(٤) يمكن إثباته^(٥) على هذا الوجه^(٦) في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقاً ينافي معنى الضم، لأن^(٧) من شرطه^(٨) الاتحاد، وبدل السعاية^(٩) كمال الكتابة^(١٠) في قول أبي حنيفة رحمه الله عليه، لأنه كالمكاتب^(١١) عنده.

كتاب الحوالة^(١٢)

قال: وهي^(١٣) جائزة بالديون، قال عليه السلام*: «من أحميل^(١٤) على

(١) قوله: "ثبت مع المنافي" وهو الرق، فإن المكاتب عبداً ما بقي درهم، فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً، وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر أى ثابتاً من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاءها ديناً مستقراً لأنها، لتوثيق المطالبة. وإذا كان غير مستقر جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب، فلم يبق للكفالة فائدة، بل قد يكون هزواً ولعباً، وقوله: ولأنه إلخ دليل آخر على عدم استقراره، فإن المستقر من الدين ما لا يسقط إلا بالأداء والإبراء. (٤)

(٢) الدين.

(٣) الدين.

(٤) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة. (٤)

(٥) قوله: "ولا يمكن إلخ" لأن الأصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقاً لمولاه كما كان، والكفيل ليس كذلك. (٤)

(٦) وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصيل نفسه. (٤)

(٧) قيله: "لأن من شرطه الاتحاد" أى من حيث الأوصاف حتى يثبت فيها معنى الضم مطلقاً، ألا ترى أن الدين لو كان مؤجلاً على الأصيل يثبت كذلك على الكفيل إذا كفل مطلقاً، وكذلك لو كان الدين زيفاً أو جيداً على الأصيل فيجب على الكفيل بتلك الصفة تحقيقاً لمعنى الضم مطلقاً. (ن)

(٨) الضم.

(٩) إذا أعتق المولى بعض عبده، أو أمته عتق ذلك القدر ويسمى العبد في بقية قيمته لمولاه عنده.

(١٠) قوله: "كمال الكتابة" أى في عدم جواز الكفالة به للمولى على قول أبي حنيفة رحمه الله، لكونه ديناً غير مستقر لثبوته مع المنافي لما أن أحكام المستسعى عنده أحكام العبد من عدم قبول الشهادة، وتزوج المرأتين، وتصنيف الحدود وغيرها، وعلى قولهما يصح، لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز، وهو في السعاية لا يتحقق، لأن المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس، فكان كالحر المديون. (عناية)

(١١) للعلة الأولى دون الثانية. (ف)

(١٢) قوله: "كتاب الحوالة" الحوالة تناسب الكفالة، لأن كلا منهما عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل براءة مقيدة على ما ستعلم، بخلاف الكفالة فإنها لا تتضمنه، فكانت كالمركب مع المفرد، والمفرد مقدم، فأخر الحوالة عنها. (ف)

قوله: "الحوالة" هى اسم بمعنى الإجمالية، يقال: أحلت زيدا بماله على رجل، فاحتال زيد به على الرجل، فأنا محيل، وزيد محال ومحتمل، والمال محال به، والرجل محال عليه، ومحتمل عليه، وقولهم للمحتال المحتال له لغو لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال: حويل، كذا في "المغرب"، وهى فى الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. (ك)

ملىء^(١) فليتبع^(٢)»، ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه، فتصح كالكفالة، وإنما اختصت بالديون، لأنها تنبئ عن النقل والتحويل^(٣)، والتحويل في الدين^(٤)، لا في العين.

قال^(٥): وتصح الحوالة برضا المحيل^(٦) والمحتال^(٧)، والمحتال عليه، أما المحتال فلأن الدين حقه، وهو الذي ينتقل بها، والذم متفاوتة^(٨)، فلا بد من رضاه^(٩)، وأما المحتال عليه، فلأنه^(١٠) يلزمه الدين، ولا لزوم بدون التزامه^(١١).
وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه^(١٢) ذكره^(١٣) في "الزيادات"، لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه، وهو لا يتضرر به^(١٤) بل فيه^(١٥) نفعه، لأنه^(١٦) لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره.

(١٣) هذه من مسائل القدوري. (عيني)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٥٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٢ ص ١٦٤. (نعيم)

(١٤) قوله: "من أحيل" روى هذا اللفظ الطبراني في "معجمه الوسيط" عن الأعرج عن أبي هريرة، كذا قال الزيلعي.

(١) ملء كأمر تواتر ومالدار، يا مالدار نيكو معاملة. (من)

(٢) فالأمر بالاتباع دليل الجواز. (ك)

(٣) في "المغرب": تركيب الحوالة يدل على الزوال، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل. (ف)

(٤) قوله: "في الدين لا في العين" لأن هذا نقل شرعي، والدين وصف شرعي، فيظهر أثره في المطالبة، فجاز أن

يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً، أما العين فحسي، فلا ينتقل بالنقل الشرعي، بل يحتاج إلى النقل الحسي. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) المديون.

(٧) الدائن.

(٨) في المطالبة والأداء.

(٩) محتال، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان للمحيل دين عليه، فلا يشترط رضاه. (ع)

(١٠) المحتال عليه.

(١١) قوله: "ولا لزوم بدون التزامه" ولو كان مديوناً للمحيل لأن الناس يتفاوتون في القضاء بين مسهل ميسر،

ومضيق معسر. (ف)

(١٢) قوله: "بدون رضاه" وشرطه القدوري وعيسى معللاً، بأن ذوى المروات قلما يرضون بتحمل غيرهم ما

عليهم من الدين فلا بد من رضاهم. (ع)

(١٣) محمد.

(١٤) أي يتصرف المحتال عليه في حق نفسه.

(١٥) قوله: "فيه [أي في هذا التصرف] نفعه" أي عاجلاً باندفاع المطالبة عنه في الحال، وأجلاً بعدم الرجوع عليه،

لأنه لا يرجع عليه إلا بأمره. (ف)

(١٦) أي المحتال عليه.

قال (١): وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من (٢) الدين (٣) بالقبول (٤)، وقال زفر
رحمة الله عليه: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة (٥)، إذ كل واحد منهما (٦) عقد توثق (٧).
ولنا أن الحوالة النقل لغة (٨)، ومنه حوالة الغراس (٩)، والدين متى انتقل عن
الذمة (١٠) لا يبقى فيها، أما الكفالة فللضم (١١) والأحكام الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية، والتوثق (١٢) باختيار الأملاء (١٣)، والأحسن (١٤) في القضاء، وإنما (١٥) يجبر (١٦)
على القبول إذا نقد المحيل، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى، فلم يكن (١٧)

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) قوله: "من الدين" وللمتأخرين اختلاف في أن الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين، أم عن المطالبة
دون الدين، وإنما اختلفوا لذكر محمد رحمه الله مسائل تدل على القولين: من أن المحتال إذا وهب الدين من المحيل، أو أبرأه
من الدين بعد الحوالة لا تصح هيبته وإبراءه ولو بقى الدين في ذمته وجب أن يصح. ولو أبرأ المحتال عليه، أو وهب الدين
منه صح، وهذا يقتضى تحول الدين إلى ذمة المحتال عليه، وبراءة المحيل عنه، ومن أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه صح، ولا
يرتد بالرد، ولو انتقل الدين إلى المحتال عليه وجب أن يرتد برده كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة، فصار الحاصل أن الحوالة
نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة المحيل قبل أن يتوى المال على المحتال عليه، وتأجيل معنى حتى لو توى يرجع المحتال
على المحيل، فكان محمد رحمه الله اعتبر النقل في بعض الأحكام، واعتبر التأجيل في البعض ليكون عملاً بهما. (مل)

(٣) هذا هو الأصح.

(٤) أى بقبول المحيل والمحتال، والمحتال عليه.

(٥) فإنه لا يبرأ الكفول عنه بالكفالة.

(٦) الكفالة والحوالة.

(٧) والتوثق أن يطالب كلا منهما. (ن)

(٨) قوله: "النقل لغة" اعترض عليه بالحوالة بغير أمر المحيل، فإنها حوالة صحيحة كما مر، ولا نقل فيها، ولا
تحويل، وهو نقض إجمالى، والجواب: إنا لا نسلم أن لا نقل فيها فإنه بعد أداء الدين ظاهر التحقق، ولهذا لا يبقى على
المحيل شيء. (٤)

(٩) بالكسر نهال نشانده شده. (م)

(١٠) أى ذمة المحيل.

(١١) وهو يقتضى بقاء ما يضم إليه لأنها من الكفل وهو الضم. (٤)

(١٢) أى التوثق يحصل مع البراءة باختيار الخ، جواب عن قول زفر.

(١٣) الأقدر على الإيفاء. (٤)

(١٤) بأداء الأجود بلا ماطلة. (٤)

(١٥) قوله: "وإنما يجبر الخ" جواب سؤال مقدر، هو أن يقال: لما انتقل الدين بالحوالة من ذمة المحيل كما قلتم،
يجب أن يكون المحيل في أداءه متبرعاً، والمتبرع لو أدى دين مديون لا يجبر رب الدين على القبول، وهنا يجبر، فعلم أنه لم
يكن متبرعاً، فلما لم يكن متبرعاً علم أن الدين في ذمته باق كما كان، فحينئذ لم يوجد معنى الحوالة، وهو النقل. (ن)

(١٦) المحتال، جواب نقض من قبل زفر. (ف)

(١٧) قوله: "فلم يكن متبرعاً" فإن قيل: هو متبرع حال أداء الدين، إذ لا دين عليه في الحال قطعاً، وما ذكرت
موهوم، قلنا: المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلاً، وهو بهذا الأداء قصد

متبرعاً^(١). قال^(٢): ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى^(٣) حقه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يرجع وإن توى^(٤)، لأن البراءة^(٥) قد حصلت مطلقة^(٦)، فلا يعود^(٧) إلا بسبب جديد^(٨). ولنا أنها^(٩) مقيدة^(١٠) بسلامة^(١١) حقه له، إذ هو المقصود^(١٢)، أو تفسخ الحوالة لفواته^(١٣)، لأنه قابل للفسخ، فصار^(١٤) كوصف السلامة في المبيع. قال^(١٥): والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين، وهو إما أن يجحد^(١٦) الحوالة ويحلف، ولا بينة له^(١٧) عليه، أو يموت مفلساً^(١٨)؛ لأن العجز

دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط عن نفسه المطالبة، والحبس حال إعساره، فلا يكون متبرعاً. (ك)

(١) في النقد. (٤)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) التوى التلف يقال: توى بوزن علم يتوى. (ف)

(٤) حقه يموت، أو إفلاس، أو غيرهما. (ف)

(٥) للمحيل.

(٦) عن قيد الرجوع عند التوى.

(٧) حقه، كما في الإبراء. (٤)

(٨) كان يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل.

(٩) البراءة.

(١٠) بدلالة الحال وإن كانت مطلقة لفظاً. (٤)

(١١) قوله: "بسلامة إلخ" فإذا فات الشرط، أي سلامة حق المحتال له تفسخ الحوالة، وعاد حقه على المحيل، فيرجع به عليه، فصار كوصف السلامة في المبيع، بأنه اشترى شيئاً فهلك قبل القبض فإنه يفسخ العقد، ويعود حقه في الثمن، وإن لم يشترط ذلك لفظاً، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة تفسخ ويعود الدين بدون الفسخ، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٢) قوله: "إذ هو المقصود [أي وصول حق المحتال عليه. ك]" يعني أن المقصود من الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني، لأن الذم باعتبار هذا القدر متساوية، وإنما تتفاوت في إحسان القضاء وعدمه، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن، وإلا لم ينتقل عن الأول. (ف)

(١٣) قوله: "أو تفسخ إلخ" أي تفسخ الحوالة بفوات المقصود، وهو السلامة، لأنه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة تفسخ ويعود الدين، فصار كوصف السلامة في المبيع، يعني أن المشتري إذا وجد في المبيع عيباً، واختار رده فإنه يفسخ البيع، ويعاد الثمن، وهذا الوجه يشير إلى أن الحوالة لا تفسخ بل تفسخ، ويعاد الدين على المحيل، وهو عبارة بعض المشايخ. (مل)

(١٤) قوله: "فصار [أي وصف السلامة في حق المحيل] إلخ" والله در الشارح رحمه الله حيث جمع بين طريقتي المشايخ، وأورد النظر بقوله: فصار كوصف إلخ، وهو ينطبق عليهما بمعنيين مختلفين. (مل)

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) المحتال عليه.

(١٧) أي للمحيل ولا للمحتال.

(١٨) قوله: "أو يموت [المحتال عليه] مفلساً [أي لم يترك مالا، ولا ديناً، ولا كفيلاً. ك]" ولو مات المحتال عليه فقال المحتال: مات مفلساً، وقال: المحيل بخلافه، ففي الشافعي القول للمحتال مع اليمين على العلم، لتمسكه بالأصل، وهو

عن الوصول^(١) يتحقق^(٢) بكل واحد منهما^(٣)، وهو التوى فى الحقيقة^(٤).

وقالا: هذان الوجهان، ووجه ثالث، وهو أن يحكم الحاكم^(٥) بإفلاسه^(٦)

حال حياته، وهذا^(٧) بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضى عنده، خلافاً

لهما^(٨)، لأن المال غاد^(٩) ورائح^(١٠). قال^(١١): وإذا طالب المحتال عليه^(١٢) المحيل بمثل

مال الحوالة، فقال المحيل: أحلت بدين لى عليك لم يقبل قوله إلا بحجة^(١٣)، وكان

عليه مثل الدين؛ لأن سبب الرجوع^(١٤) قد تحقق^(١٥) وهو^(١٦) قضاء دينه بأمره إلا أن

المحيل يدعى عليه ديناً، وهو منكر، والقول للمنكر، ولا يكون^(١٧) الحوالة إقراراً منه

بالدين عليه، لأنها^(١٨) قد تكون بدونها^(١٩). قال^(٢٠): وإذا طالب المحيل المحتال بما أحال

العسرة، وفى شرح الناصحى: القول للمحيل مع اليمين على العلم لإنكاره عود الدين. (ك)

(١) إلى الحق.

(٢) قوله: "يتحقق بكل واحد منهما" أما فى الأول فلائنه حينئذ لا يقدر على مطالبته، وأما الثانى فلائنه لم يبق ذمة

يتعلق بها الحق. (٤)

(٣) أى الجحود والموت مفلساً.

(٤) وحينئذ يثبت للمحتال الرجوع على المحيل. (٤)

(٥) بالشهود. (٤)

(٦) قوله: "إفلاسه [أى المحتال عليه]" يقال: أفلس، أى صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار، فاستعمل مكان

افتقر، وفلسه القاضى، أى قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله. (ك)

(٧) الخلاف بين الإمام وصاحبيه.

(٨) قوله: "خلافاً لهما" قالوا: التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق، وقد حصل ههنا لأنه عجز عن استيفاء

حقه، فصار كموت المحتال عليه، وقال: عجز عن ذلك عجزاً يتوهم ارتفاعه بحدوث المال، لأن مال الله تعالى غاد ورائح. (٤)

(٩) قوله: "غاد" وغدا عليه غدواً أمداً، أو راباً مداداً. (من)

(١٠) قوله: "رائح" راح روحاً شبانگه شد بحاى. (من)

(١١) أى القدورى.

(١٢) مدعياً قضاء دين المحيل من ماله.

(١٣) فإن أقام البينة بطل حق المحتال عليه فى الرجوع.

(١٤) أى رجوع المحتال عليه على المحيل.

(١٥) بإقراره. (٤)

(١٦) أى سبب الرجوع.

(١٧) قوله: "ولا يكون الحوالة إلخ" يعنى فإن قيل: لم لا يجوز أن يكون الحوالة إقراراً من المحتال عليه بالدين عليه؟

أجاب بقوله: ولا تكون إلخ. (٤)

(١٨) الحوالة.

(١٩) الدين.

(٢٠) أى القدورى. (عينى)

به، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لى، وقال المحتال: لا بل أحلتنى بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل؛ لأن المحتال يدعى عليه الدين، وهو ينكر، ولفظة (١) الحوالة مستعملة فى الوكالة، فيكون القول قوله مع يمينه (٢).

قال: ومن (٣) أودع رجلاً ألف درهم، وأحال بها عليه (٤) آخر فهو جائز، لأنه (٥) أقدر (٦) على القضاء (٧)، فإن هلكت برئ (٨) برئ (٩)؛ لتقيدها (١٠) بها (١١)، فإنه (١٢) ما التزم الأداء إلا (١٣) منها (١٤)، بخلاف (١٥) ما إذا كانت مقيدة بالمغضوب (١٦)، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، وقد تكون (١٨) الحوالة مقيدة بالدين (١٩) أيضاً.

(١) قوله: "ولفظه الحوالة إلخ" دفع دخل مقدر تقريره: أن الحوالة حقيقة فى نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل، وحاصل الدفع أن لفظ الحوالة يستعمل فى الوكالة مجازاً، والعلاقة هو النقل، فإن فى الوكالة نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيجوز أن يكون مراده من لفظ الحوالة ذلك، فيصدق. (مل)

(٢) لأن فى ذلك نوع مخالفة للظاهر. (٤)

(٣) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عنى)

(٤) أى على المودع.

(٥) أى لأن المودع.

(٦) قوله: "لأنه أقدر إلخ" بوجهين: أحدهما: أن الأداء منها يتحقق بعين حق المحيل، وحينئذ لا يصعب عليه الأداء، فكان أقدر، والثانى: أن الوديعة حاصلة بنفسه غير محتاج إلى كسب، والدين قد يحتاج إليه. (٤)

(٧) أى قضاء مال الحوالة.

(٨) الوديعة.

(٩) المودع، وهو المحتال عليه. (٤)

(١٠) الحوالة.

(١١) أى بالوديعة.

(١٢) أى فإن المودع.

(١٣) قوله: "إلا منها" فيتعلق بها، ويبطل بهلاكها كالأمانة المتعلقة بنصاب معين. (عناية)

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "بخلاف ما إذا كانت إلخ" حيث لا يبطل الحوالة بهلاك المغضوب، ولا يبرأ الغاصب بل يبقى الحوالة بمثل المغضوب إن كان مثلياً، أو بقيمته إذا كان غير مثلى، إذ هلاك المغضوب فى يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة، فصار كلا فوات. (عنى)

(١٦) الحوالة.

(١٧) عرضاً كان أو غيره.

(١٨) قوله: "وقد تكون إلخ" يعنى أن الحوالة المقيدة كما تكون مقيدة بالعين كالوديعة والغصب تكون مقيدة بالدين أيضاً مثل ثمن المبيع. (عنى)

(١٩) قوله: "مقيدة بالدين" كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم، وللمديون على آخر كذلك، وأحال المديون الطالب على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التى للمطلوب عليه. (٤)

وحكم المقيدة^(١) في هذه الجملة^(٢) أن لا يملك المحيل^(٣) مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق^(٤) المحتال على مثال الرهن^(٥) وإن كان^(٦) أسوة^(٧) للغرماء^(٨) بعد موت المحيل، وهذا^(٩) لأنه لو بقيت له مطالبة به^(١٠)، فيأخذه منه^(١١) لبطلت الحوالة، وهي حق المحتال^(١٢)، بخلاف^(١٣) المطلقة^(١٤)، لأنه لا تعلق لحقه به^(١٥) بل بذمته^(١٦)، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أو ما عنده^(١٧).

(١) أي الحوالة المقيدة.

(٢) أي الوديعة، والغصب، والدين.

(٣) بذلك الدين والعين الذي قيدت الحوالة به. (٤)

(٤) قوله: "حق المحتال" وإنما رضى بنقل حقه إلى المحتال عليه بشرط أن يكافئ حقه مما للمحيل عليه، أو بيده، فيتعلق به حقه استيفاءً، فلا يمكن المحيل من أخذها، ولو دفعها المودع وغيره إلى المحيل ضمن، لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير. (عناية)

(٥) قوله: "على مثال الرهن" فإنه لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين.

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" هذا إشارة إلى حكم آخر، به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الأخذ للمحيل، والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين، وعلى المحيل ديون كثيرة ومات، ولم يترك شيئاً سوى العين الذي له بيد المحتال عليه، أو الدين الذي عليه، فالمحتال أسوة للغرماء بعد موته، وأما المرتهن فإنه أحق من الغرماء الآخرين بعد موت الراهن بالرهن. (عيني)

(٧) برابره. (ترجمة)

(٨) قوله: "لـلغرماء" خلافاً لـزفر رحمه الله، وهو القياس، لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل، وهو صار أجنياً من هذا المال، ولهذا لا يكون له أخذه في حياته، وكذا بعد وفاته، لأن المحتال كان أسبق تعلقاً بهذا المال لتعلق حقه به في صحته، وحق الغرماء لم يتعلق في صحته، فيقدم المحتال على غيره كالمرتهن.

قلنا: العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل، والدين الذي له عليه لم يصير مملوكاً للمحتال بعقد الحوالة لا يداً، وهو ظاهر، ولا رغبة، لأن الحوالة ما وضعت للتملك، وإنما وضعت للنقل، وأما المرتهن فإنه ملك المرهون يداً وحساً، فيثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً، فلا يكون لغيره، أن يشاركه فيه. (٤)

(٩) إشارة إلى قوله: أن لا يملك إلخ. (٦)

(١٠) أي بذلك العين أو الدين.

(١١) أي من المحتال عليه.

(١٢) الطالب.

(١٣) قوله: "بخلاف [يتصل بقوله: لا يملك المحيل إلخ. ف] المطلقة" وهي أن يقول المديون لرب الدين: أحلتك بالألف التي لك على هذا الرجل، ولم يقل: ليؤديها من المال الذي لي عليه، أو العين الذي عنده من غضب أو وديعة، لأنه لا تعلق لحقه، أي لحق المحتال به، أي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال عليه، أو بذلك العين الذي عنده، بل بذمته، أي بذمة المحتال عليه، وفي الذمة سعة، فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه، أي من الدين، أو ما عنده من الغضب والوديعة. (ك)

(١٤) أي الحوالة المطلقة الغير المقيدة بالدين، أو العين.

(١٥) أي بالعين أو الدين.

(١٦) أي المحتال عليه.

قال^(١): ويكره السفاتج^(٢)، وهى قرض^(٣) استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق، وهذا نوع نفع استفيد به، وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعاً^(٤)*.

(١٧) فيؤدى احتمال عليه دين الخيل من مال نفسه.

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) قوله: "ويكره السفاتج" السفتجة تعريب سفته، وسفته شيء محكم، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره، وفى "المغرب": السفتجة بضم السين، وفتح التاء، واحدة السفاتج، وصورتها: أن يدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه، وإنما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وقيل: هى أن يقرض إنساناً ليقضيه المستقرض فى بلد يريد المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق، فإن لم تكن المنفعة مشروطة، ولا كان فيها عرف ظاهر فلا بأس به، وهو فى معنى الحوالة، لأنه إحال خطر المتوقع على المستقرض، ولذلك أورده فى آخر باب الحوالة. (ك)

قوله: "ويكره السفاتج الخ" قال فى "النهر": إطلاق المصنف يفيد إناطة الكراهة بجر النفع، سواء كان ذلك مشروطاً أو لا، قال الزيلعي: وقيل: إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، وجزم بهذا القيل فى الصغرى، والواقعات الحسامية، والكفاية للبيهقي، وعلى ذلك جرى فى صرف "البرازية"، وظاهر الفتح اعتماده أيضاً حيث قال: وفى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد وإلا جاز.

وصورة الشرط كما فى الواقعات رجل أقرض رجلاً مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بلا شرط وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا، فلا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً. (رد المحتار على الدر المختار) قوله: "ويكره السفاتج" ثم قيل: إنما أورد هذه المسألة فى هذا الموضوع، لأنها معاملة فى الدين كالكفالة والحوالة، فإنها أيضاً معاملة فى الديون. (٦)

(٣) قوله: "وهى قرض الخ" فى الفتاوى الصغرى وغيرها: إن كان السفتج مشروطاً فى القرض فهو حرام، والقرض بهذا الشرط فاسد، وإن لم يكن مشروطاً جاز، وصورة الشرط ما فى الواقعات: رجل أقرض رجلاً مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا، فإنه لا يجوز، وإن أقرضه بغير شرط، وكتب جاز، وكذا لو قال: اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك ههنا لا خير فيه، وروى عن ابن عباس ذلك، ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطاً، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل كذلك فلا. (ف)

(٤) قوله: "وقد نهى الرسول الخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" عن على رضى الله عنه يقول: قال رسول الله ﷺ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا» انتهى، وفى روايته سوار بن مصعب، وهو متروك الحديث، قاله عبد الحق، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن عطاء قال: كانوا [أى الصحابة] يكرهون كل قرض جر منفعة - انتهى - كذا قال الزيلعي فى تخريجه، وابن همام فى فتح القدير. (مل)

قوله: "وقد نهى الرسول الخ" قلت: روى الحارث فى "مسنده" حدثنا حفص بن حمزة، حدثنا سوار ابن مصعب عن عمارة الهمداني، قال: سمعت علياً يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «كل قرض جر منفعة فهو ربا»، ومن جهة الحارث بن أبى أسامة ذكره عبد الحق فى "أحكامه" فى البيوع، وأعله بسوار بن مصعب، وقال: أنه متروك. ورواه ابن الجهم فى جزئه المعروف حدثنا سواد بن مصعب به، ولم يعزه صاحب "التنقيح" إلا لجزء أبى جهم، وقال: إسناده ساقط، وسوار متروك الحديث. وأخرج ابن عدى فى الكامل عن إبراهيم بن نافع، حدثنا عمر بن موسى ابن وجيه عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «السفتجات حرام»، وأعله بعمربن موسى ابن وجيه، وضعفه عن البخارى والنسائى وابن معين، وقال: إنه فى عداد من يضع الحديث، ومن طريق ابن عدى رواه ابن الجوزى فى "الموضوعات"، ونقل كلامه، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا أبو خالد

كتاب أدب القاضي^(١)

قال^(٢): ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى^(٣) شرائط: الشهادة^(٤)، ويكون من أهل الاجتهاد*، أما الأول^(٥) فلأن حكم القضاء يستقى^(٦) من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما^(٧) من باب الولاية^(٨)، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء. والفاسق أهل للقضاء^(٩)، حتى لو قلّد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلّد كما في حكم الشهادة، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كان القاضي عدلاً، ففسق بأخذ الرشوة^(١٠) أو غيره^(١١) لا ينعزل^(١٢)، ويستحق^(١٣) العزل^(١٤)، وهذا^(١٥) هو ظاهر المذهب، وعليه مشايخنا رحمهم الله^(١٦).

الأحمر عن حجاج عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة. (تخريج الزيلعي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٣ ص ١٦٤. (نعيم)

(١) قوله: "كتاب أدب القاضي" لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات، والمنازعات يحتاج إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها، وهو القضاء، والأدب الحصول الحميدة، والقاضي يحتاج إليها، فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي ويكون عليه، وسميت الحصول الحميدة أدباً لأنها تدعو إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: تستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفرغ من الأمر، يعني بإكماله، وفي الشرع يراد به الإلزام، يقال للحكم، وهو منع الظالم من الظلم، وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أتموا، وقد أمره الله تعالى بنبيه صلى الله عليه وعلى آله وسلم بقوله: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾، وبعث ﷺ علياً قاضياً إلى اليمن، ومعاذاً، وعليه إجماع المسلمين. (ف)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "في المولى" بلفظ اسم المفعول، واختياره على المتولى بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أنه ينبغي أن يكون القاضي قاضياً بتوليته غيره لا بطلبه. (٤)

(٤) من العقل، والبلوغ، والإسلام، والعدالة.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٤ ص ١٦٥. (نعيم)

(٥) أي اشتراط شرائط الشهادة.

(٦) قوله: "يستقى [أي يستفاد. ع] إلخ" وإنما قلنا: إن حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة إذ الشهادة بمنزلة الأصل، والقضاء كالتبع لها، ألا ترى أنه بنى عليها. (ك)

قوله: "يستقى" والاستقاء في أصل اللغة آب خواستن، ويركشيدن آب از جاه. (من)

(٧) أي من الشهادة والقضاء.

(٨) قوله: "الولاية" إذ كل واحد تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى. (٤)

(٩) لأهليته للشهادة. (٤)

(١٠) بضم الراء وكسر ها. (٤)

(١١) كالزنا، وشرب الخمر. (٤)

(١٢) إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم. (٤)

(١٣) قوله: "يستحق إلخ" فهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه، وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام

وقال الشافعي رحمه الله^(١): الفاسق لا يجوز قضاءه كما لا يقبل شهادته عنده^(٢)، وعن علماءنا الثلاثة رحمهم الله تعالى^(٣) في "النوادر": أنه لا يجوز قضاءه، وقال بعض المشايخ رحمهم الله: إذا قلّد الفاسق ابتداءً يصح، ولو قلّد وهو عدل ينعزل بالفسق، لأن المقلّد اعتمد عدالته^(٤)، فلم يكن^(٥) راضياً بتقليده دونها^(٦)، وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل: لا، لأنه^(٧) من أمور الدين، وخبره غير مقبول^(٨) في الديانات^(٩)، وقيل: يصلح، لأنه يجتهد الفاسق^(١٠) حذراً عن النسبة^(١١) إلى الخطأ. وأما الثاني^(١٢) فالصحيح^(١٣) أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية، فأما تقليد^(١٤) الجاهل فصحيح^(١٥) عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، وهو^(١٦) يقول: إن

البيزوي. (٤)

(١٤) فيعزله من له الأمر. (٤)

(١٥) قوله: "وهذا" إشارة إلى أن استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب، وروى عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق، وهو اختيار الطحاوي، وعلى أن الرازي صاحب أبي يوسف رحمه الله. (٤)

(١٦) البخاريون والسمريون. (ف)

(١) قوله: "وقال الشافعي رحمه الله إلخ" قيل: هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص، فإن الأعمال عنده من الإيمان، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه. (٤)

(٢) الشافعي.

(٣) الإمام وصاحبه.

(٤) قوله: "اعتمد عدالته [أي في تقليده. ع]" فيتقيد التقليد بحال عدالته، فصار كأنه علق بقاء قضاء القاضي بحال عدالته، فلما فسق لم يبق التقليد لارتفاع العدالة، وكما يصح تعليق القضاء والإمارة بالشرط بأن يقول السلطان لرجل: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، أو يقول لرجل: إذا أتيت مكة فأنت أمير الموسم، فكذلك يصح أيضاً تعليق عزل القاضي بالشرط. (ن)

(٥) المقلّد.

(٦) العدالة.

(٧) أي الفتية.

(٨) إذ الفاسق لا يؤتمن عليها. (٤)

(٩) فإن مبنى القبول على الأمانة والاحتراز عن الجنابة.

(١٠) المفتي.

(١١) من فقهاء العصر. (ف)

(١٢) يعني اشتراط الاجتهاد. (٤)

(١٣) قوله: "فالصحيح إلخ" ولفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح، وقد ذكر محمد في "الأصل" أن المقلّد لا يجوز أن يكون قاضياً لكن الصحيح أن إلخ. (عناية)

(١٤) قوله: "فأما تقليد الجاهل إلخ" يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلّد، لأنه ذكره في مقابلة المجتهد، وسماه جاهلاً بالنسبة إلى المجتهد، وهو المناسب لسباق الكلام، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء،

الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم^(١)، ولنا: أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره، ومقصود القضاء يحصل به^(٢)، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، وينبغي للمقلد^(٣) أن يختار^(٤) من هو الأقدر^(٥) والأولى^(٦) لقوله عليه السلام: «من قلد إنساناً عملاً^(٧) وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»*.

وفي حدّ الاجتهاد^(٨) كلام تعرف في أصول الفقه، حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني^(٩) الآثار^(١٠)، أو صاحب فقه له معرفة بالحديث^(١١)، لتلا يشتغل بالقياس في النصوص عليه، وقيل: أن يكون^(١٢) صاحب

وهو المناسب لسياق الكلام، وهو قوله: خلافاً للشافعي إلخ، وقد عال له بقوله: إن الأمر بالقضاء يستدعى القدرة عليه، ولا قدرة دون العلم، ولم يقل دون الاجتهاد. (٤)

(١٥) ويحكم بفتوى غيره. (ف)

(١٦) الشافعي.

(١) لأن الجاهل لا يميز بين الحق والباطل.

(٢) إذا قضى بفتوى غيره. (٤)

(٣) قوله: "للمقلد" هو من له ولاية التقليد، وهو الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة، وأطلق التصرف له، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية، وأطلق له التصرف. (ف)

(٤) فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل. (٤)

(٥) على القضاء.

(٦) بعلمه، ودينه، وأمانته.

(٧) قوله: "من قلد إلخ" أخرجه الطبراني عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك، وأعلم منه بكتاب الله وبسنة رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (ف)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٦٢، والدراية ج٢، الحديث ١١٥، ص ١٦٥. (نعيم)

(٨) قوله: "وفي حدّ الاجتهاد إلخ" المجتهد من يعلم الكتاب والسنة مقدار ما يتعلق به الأحكام دون المواعظ، وقيل: إذا كان صوابه أكثر من خطئه حل له الاجتهاد، والأول أصح. (فصول عمادى)

(٩) أى المعانى التى هى مناطات الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث. (ف)

(١٠) هى ما روى عن الأصحاب. (درر)

(١١) قوله: "أو صاحب فقه إلخ" والفرق بين القائلين أن على الأول نسبة إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفى الثانى عكسه، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعاً، وهما تجرزه عن القياس فى معارضة النص، ومعرفة معانى الآثار، ليتمكن من القياس، فالوجه أن ينال: صاحب حديث وفقه، ليعرف معانى الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقساميهما من عبارتهما، وإشارتهما، ودلالاتهما، واقتضاءهما وباقى الأقسام ناسخها، ومنسوخها، ومناطات أحكامها، وشروط القياس، والمسائل المجمع عليها، لتلا يقع فى القياس فى مقابلة الإجماع، وأقوال الصحابة. (ف)

قريحة^(١) مع ذلك^(٢) يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى^(٣) عليها^(٤).
قال^(٥): ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه^(٦)؛ لأن
الصحابة تقلدوه^(٧)، وكفى بهم^(٨) قدوة^(٩)، ولأنه فرض كفاية^(١٠) لكونه أمراً
بالمعروف. قال^(١١): ويكره^(١٢) الدخول فيه^(١٣) لمن يخاف العجز عنه^(١٤)، ولا يأمن
على نفسه الحيف^(١٥) فيه، كيلا يصير شرطاً^(١٦) لمباشرته القبيح^(١٧)، وكره^(١٨)

(١٢) قوله: "أن يكون صاحب إلخ" فهذا القيد لا بد منه في المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد، فيجب عليه أن يعمل باجتهاده، وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة، ولا يقلد أحداً. (ف)
(١) قوله: "قريحة" أى طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرية ينتقل من المطالب إلى المبادئ، ومنها إلى المطالب بسرعة، ويرتب على ما يصلح أن يكون سبباً للمطلوب عرفاً وعادة. (ع)

(٢) أى مع ما ذكرنا من أحد الأمرين.

(٣) أى مخالفاً للقياس كدخول الحرام. (ع)

(٤) كالاستصناع. (ك)

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) قوله: "أنه يؤدي فرضه" وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء صلوات الله عليهم، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾، وقال لنبينا صلى الله عليه وعلى آله وسلم: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بالحق﴾. (عناية)

(٧) قوله: "تقلدوه إلخ" فحديث معاذ معروف، وروى أبو داود أن علياً جعله النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قاضياً، وبعثه إلى اليمن، وقال الترمذى: إنه حديث حسن، وأخرج البيهقي أن أبا بكر ولي عمر ابن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضاً أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد فى الطبقات أن عمر بن الخطاب استعمل زيد بن ثابت على القضاء، وفرض له ورقاً، وقلد على رضى الله عنه شريحاً. كذا قال الزيلعى وابن الهمام. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقدته)

(٨) الصحابة.

(٩) قدوة مثلثة: ييشوا. (من)

(١٠) قوله: فرض كفاية" فإن قيل: لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما فى صلاة الجنازة ونحوها.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطراً عظيماً، وأمرأ مخوفاً، لا يسلم فى بحرهِ كل سابع إلا من عصمه الله تعالى. (ك)

(١١) أى القدورى. (عيني)

(١٢) أى كراهة التحريم.

(١٣) أى فى القضاء.

(١٤) أى عن أداء فرضه.

(١٥) الجور.

(١٦) قوله: "كيلا يصير [الدخول] شرطاً [أى وسيلة إلى مباشرته إلخ] إلخ" لأنه قبل القضاء لا يتمكن من إجراء الظلم على غيره، أو ارتكاب قبيح آخر لعجزه، وخوفه، فلما ولى القضاء فقد تمكن من ذلك لقدرته، وولايته، فيصير الدخول فى القضاء شرطاً لارتكابه. (ك)

بعضهم^(١) الدخول فيه مختاراً لقوله عليه السلام^(٢): «من جعل على القضاء^(٣) فكأنما^(٤) ذبح بغير سكين^(٥)»، *، والصحيح أن الدخول فيه رخصة^(٦) طمعاً في

(١٧) وهو الحيف في القضاء. (٤)

(١٨) قوله: «وكره بعضهم إلخ» سواء وثقوا بأنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة هنا بعدم الجواز، قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال: لا يجوز الدخول في القضاء إلا مكرهاً. (٤)

(١) من السلف. (٤)

(٢) قوله: «لقوله عليه السلام إلخ» وقيل: قد ازدراه بعض القضاة، وقال: كيف يكون هكذا، ثم دعى في مجلسه بمن يسوى شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقته شهيقاً، فأصاب موسى حلقه وألقى رأسه بين يديه. (درر)

(٣) قوله: «من جعل إلخ» أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»، حسنه الترمذى. (ف)

قوله: «من جعل إلخ» روى من حديث أبي هريرة وابن عباس، فحديث أبي هريرة أخرجه أصحاب السنن الأربعة، ورواه الحاكم في «المستدرک» في كتاب الأحكام، وقال صحيح الأسناد، ولم يخرجاه، وبسند الترمذى رواه أحمد والبخاري، والدارقطني. وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن عدى في «الكامل» عن داود ابن الزبير عن عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من استقضى فقد ذبح بغير سكين»، قال ابن عدى: لا أعرف هذا الحديث عن عطاء إلا من حديث داود، وأسند تضعيفه عن النسائي، وابن معين.

وفي بعض نسخ الهداية: وقد جاء في التحذير من القضاء آثار، وقد اجتنبه أبو حنيفة، وصبر على الضرب، واجتنبه كثير من السلف، وقيد محمد نيفاً، وثلاثين يوماً حتى تقلده.

قلت: فيه حديث أبي ذر أن النبي عليه السلام قال له: «يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسى لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال يتيم»، أخرجه مسلم، وهم الحاكم، فرواه في «المستدرک» وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه.

وفيه حديث: «من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين»، وقد تقدم، وفيه حديث بريدة أخرجه أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «القضاة ثلاثة ثلاثة أئمان في النار وواحد في الجنة رجل عرف الحق فققضى به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض به ورجل في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فققضى للناس على جهل فهو في النار»، ورواه الحاكم في «المستدرک»، وزاد فيه: «قالوا يارسول الله فما ذنب هذا الذي يجهل قال ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم»، وقال فيه: حديث صحيح على شرط مسلم.

حديث آخر أخرجه ابن حبان في «صحيحه» عن عمران بن حطان عن عائشة قال: سمعت رسول الله عليه السلام يقول: يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة، فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره.

حديث آخر أخرجه الحاكم في «المستدرک» عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: «ليوشك الرجل أنه يتمنى أنه خر من الثريا ولم يل من أمر الناس شيئاً»، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

حديث آخر أخرجه الحاكم عن سعدان بن الوليد عن عطاء عن ابن عباس أن رسول الله قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا وكرهوا جرى به يوم القيامة مغلولة يده على عنقه فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يجف فك الله عنه وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وجار فيه شدة يساره إلى يمينه ورمى به في جهنم»، وسكت عنه، ثم قال: وسعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث، ولم يخرجاه عنه.

حديث آخر رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده» عن معتمر بن سليمان عن عبد الملك عن عبد الله ابن وهب عن ابن عمر أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: «من كان قاضياً فققضى بالجوهر كان من أهل النار ومن كان قاضياً فققضى بالفضة كان من أهل النار ومن كان قاضياً فققضى بالذهب كان من أهل النار، ومن كان قاضياً عالماً فققضى بهدل فبالحرى أن ينقلب كفافاً»، قال أبو حاتم في «علة»: عبد الملك هذا مجهول. (تخريج الزيلعي رحمه الله تعالى)

(٤) قوله: «فكأنما ذبح إلخ» ذكر الصدر الشهيد: وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال: لأن السكين يؤثر

إقامة العدل*، والترك^(٢) عزيمة، فلعله^(٣) يخطئ^(٤) ظنه^(٥)، ولا يوفق له^(٦)، أو لا يعينه^(٧) عليه^(٨) غيره، ولا بد^(٩) من الإعانة إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره، فيحتملُ يفترض عليه التقلد^(١٠) صيانةً لحقوق العباد، وإخلاءً للعالم عن الفساد^(١١). قال^(١٢): وينبغي أن لا يطلب^(١٣) الولاية، ولا يسألها؛ لقوله عليه السلام** : «من طلب القضاء^(١٤) وكل^(١٥) إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك

في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن دون الظاهر، فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر، فإنه في الظاهر جاه، وفي باطنه هلاك. (ك) (٥) كارد.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦٤، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٦ ص ١٦٦. (نعيم)

(٦) فإن عدل يوم أفضل من عبادة ستين سنة، كذا روى إسحاق في "مسنده".

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦٧، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٧ ص ١٦٧. (نعيم)

(٢) قوله: "والترك [أى ترك القضاء] عزيمة" ألا ترى أنه اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله، فإنه دعى إلى القضاء ثلاث مرات، فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، وحبس في السجن حتى مات، وقال في المرة الثالثة: حتى استشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف رحمه الله، فقال أبو يوسف رحمه الله: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله نظر الغضب، وقال: أ رأيت أن أمرت أن أعبر البحر العميق سباحة أكنت أقدر عليه؟ فقال أبو يوسف رحمه الله: البحر عميق والسفينة وثيق، والملاح عالم، فقال أبو حنيفة رحمه الله: كأني بك قاضياً. وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء، فأبى حتى قيده، وحبس نيفاً وثلاثين، أو نيفاً وأربعين يوماً، فاضطر، وتقلد، وروى النسائي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي، وأبو قلابة دعى للقضاء، فهرب حتى أتى الشام، فوافق موت قاضيتها، فهرب حتى أتى اليمامة، وكذا اجتنبه كثير من السلف. (مل)

(٣) الفاء للتعليل.

(٤) الإخطاء: خطأ كردن، كذا في "منتهى الأرب".

(٥) إذا كان مجتهداً. (٤)

(٦) بالصواب.

(٧) إن كان غير مجتهد. (٤)

(٨) أى على انفاذ القضاء بالحق.

(٩) والواو للحال.

(١٠) قوله: "يفترض إلخ" إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أئتموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم، وإلا فلا، وإن امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى. (٤)

(١١) فى الحدود والقصاص. (عيني)

(١٢) أى القدورى. (عيني)

(١٣) بقلبه. (٤)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٦٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٨ ص ١٦٨. (نعيم)

(١٤) قوله: "من طلب إلخ" أخرج الترمذى عن أنس مرفوعاً من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه،

يسدده^(١)، ولأن من طلبه يعتمد على نفسه^(٢) فيحرم^(٣)، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم^(٤). ثم يجوز^(٥) التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل؛ لأن الصحابة^(٦) تقلدوا من معاوية^(٧)، والحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبته^(٨)، والتابعين تقلدوا^(٩) من الحجاج^(١٠)، وهو^(١١) كان جائراً إلا^(١٢) إذا كان^(١٣) لا يمكنه^(١٤) من القضاء بحق، لأن المقصود لا يحصل بالتقليد^(١٥)، بخلاف ما إذا كان

ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده، وقال: حسن غريب. (ف)

(١٥) قوله: "وكل إلى نفسه" بالتخفيف، أى فروض أمره إليها، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب، لأن النفس أمارة بالسوء. (عناية)

(١) لأنه قد اعتصم بحبل الله تعالى. (ك)

(٢) من الورع والعلم، والفتنة، فيصير معجباً، فلا يلهم الرشد.

(٣) قوله: "فيحرم" أى من التوفيق، وينبغى أن لا يشتغل المرء بمألو ناله يحرم. (ع)

(٤) الرشد والتوفيق. (ع)

(٥) تفريع على مسألة القدورى. (عنى)

(٦) قوله: "لأن الصحابة رضى الله عنهم إلخ" هنا تصريح بجور معاوية، والمراد فى خروجه لا فى أفضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولى القضاء قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الحاجة، واستقضى معاوية أبا الدرداء بالشام، وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولى بعده، فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصارى، فولاه بالشام بعده. (ف)

(٧) لما انفرد بالأمر، وخالف علياً.

(٨) قوله: "فى نوبته" هى كونه رابعاً بعد عثمان رضى الله عنه، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض أنه كان أحق بها فى سائر النوب، حتى من أبى بكر رضى الله عنه، وإنما كان الحق معه فى تلك النوبة لصحة بيعته، وانعقادها، فكان على الحق فى قتال أهل الجمل، وقتال معاوية، بصفين، وقوله عليه السلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»، وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة. ولقد أظهرت عائشة الندم كما أخرجه ابن عبد البر فى الاستيعاب قال: قالت عائشة رض لابن عمر رضى: يا أبا عبد الرحمن من ما منعك أن تنهاني عن مسيرى؟ قال: رأيت رجلاً غلب عليك يعنى ابن الزبير، فقالت له: أما والله لو نهيتى ما خرجت. (ف)

(٩) قوله: "تقلدوا إلخ" فى تاريخ البخارا مسنداً عن ضمرة قال: استقضى الحجاج أبا بردة بن موسى، وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير، ومات الحجاج بعده بستة أشهر. فى تاريخ أصبهان للحافظ أبى نعيم عبد الله ابن أبى مريم الأموى: ولى القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج، وأقام محبوساً بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفى بها. قال ابن القطان فى كتابه فى باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف بن أخى عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بالمدينة، وهو تابعى يروى عن ابن عباس، وأبى هريرة وأبى بكر رضى الله عنهم. (ف)

(١٠) قوله: "من الحجاج بن يوسف الثقفى" عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان مات رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة. (عنى)

(١١) الحجاج.

(١٢) استثناء من قوله: ثم يجوز إلخ.

(١٣) السلطان.

(١٤) أى القاضي.

يمكنه . قال ^(١) : ومن قلد القضاء ^(٢) يسأل عن ديون القاضي الذي كان قبله ^(٣) ، وهو ^(٤) الخرائط ^(٥) التي فيها السجلات ^(٦) وغيرها ، لأنها ^(٧) وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ^(٨) ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ^(٩) ، ثم إن كان البياض من بيت المال ^(١٠) فظاهر ^(١١) .

وكذا ^(١٢) إذا كان من مال الخصوم في الصحيح ^(١٣) لأنهم ^(١٤) وضعوها في يده ^(١٥) لعمله ، وقد انتقل ^(١٦) إلى المولى ، وكذا ^(١٧) إذا كان ^(١٨) من مال القاضي ^(١٩) هو الصحيح ؛ لأنه ^(٢٠) اتخذه تدينا لا تمولا ، ويبعث ^(٢١) أميين ^(٢٢) ليقبضاها بحضرة

(١٥) من السلطان الجائر الكذائي .

(١) أى القدورى . (عيني)

(٢) بعد عزل آخر . (٤)

(٣) أى أول ما يبدأ به من الأعمال هذا . (ف)

(٤) قوله : " وهو [أى الديوان . ع] الخرائط التى فيها السجلات " والصكوك ، ونصب الأوصياء ، والقيم فى أموال الوقف ، وتقدير النفقات ، وهذا لأن القاضي يكتب نسختين : إحداهما تكون بيد الخصم ، والأخرى تكون فى ديوان القاضي ، لأنه ربما يحتاج إليه معنى من المعانى ، وما بيد الخصم لا يؤمن عليه الزيادة والنقصان . (ك)

(٥) قوله : " الخرائط " خريطة كسفية كيسة از پوست ، ومانند آن كه در ان چیزى كرده دهن آن بند كنند . (من)

(٦) قوله : " السجلات [السجل كتاب الحكم] " سجل - بكسرتين وتشديد لام - چك يا مهر ، سجلات جمع . (من)

(٧) أى السجلات وغيرها . (٤)

(٨) محفوظة عند القاضي . (ف)

(٩) هو القاضي المولى .

(١٠) أى الذى كتب فيه الحادثة ، وقد كان أوراقا . (٤)

(١١) قوله : " فظاهر " أى يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان فى يده لعلمه ، وقد صار العمل بغيره ، فلا تبرك فى يده . (عيني)

(١٢) أى يجعل فى يد من له ولاية القضاء .

(١٣) قوله : " فى الصحيح " فى صورتين ، احتراز عما قاله بعض المشايخ أن البياض إذا كان من مال الخصوم ، أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه ، لأنه ملكه أو وهب له . (٤)

(١٤) أى الخصوم .

(١٥) المعزول .

(١٦) العمل .

(١٧) أى يجبر على الدفع .

(١٨) البياض .

(١٩) المعزول .

(٢٠) قوله : " لأنه " أى القاضي المعزول وضع عنده بطريق الديانة والأمانة ، وما وضع عنده من حيث إنه يتمول به . (عيني)

(٢١) قوله : " يبعث " أى المولى ، وهذا بيان لكيفية التسليم . (٤)

المعزول أو أمينه، ويسألانه^(١) شيئاً فشيئاً^(٢)، ويجعلان^(٣) كل نوع منها^(٤) فى خريطة^(٥) كيلا يشتبه على المولى، وهذا السؤال^(٦) لكشف الحال لا للإلزام^(٧).

قال^(٨): وينظر^(٩) فى حال المحبوسين^(١٠)، لأنه نصب ناظراً، فمن اعترف بحق ألزمه^(١١) إياه، لأن الإقرار ملزم. ومن أنكر^(١٢) لم يقبل قول المعزول عليه إلا بينة^(١٣)، لأنه بالعزل التحق بالرعايا^(١٤)، وشهادة الفرد^(١٥) ليست بحجة لا سيما إذا كانت^(١٦) على فعل نفسه. فإن لم تقم^(١٧) لم يعجل^(١٨) بتخليته حتى ينادى^(١٩) عليه، وينظر فى

(٢٢) أى الرجلين موثقاً بهما وهو أحوط والواحد بكفى.

(١) معزول عن أحوال السجلات وغيرها. (٤)

(٢) حال بمعنى مفصلاً. (عناية)

(٣) قوله: "ويجعلان كل نوع الخ" فما كان فيها من نسخ السجلات يجعلانه فى خريطة، وما كان من نصب الأوصياء فى أموال اليتامى يجعلونه فى خريطة، لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إلى نسخة منها، فأما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع فى خريطة، ولو احتاج إلى نوع منها يحتاج إلى تفتيش جميعها، وإنما يسألان القاضي المعزول وإن لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف لهما ما أشكل عليهما. (ك)

(٤) أى من السجلات والصكوك وغيرها.

(٥) على حدة.

(٦) من المعزول.

(٧) أى لإلزام العمل بمقتضى الجواب.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) القاضي الجديد.

(١٠) قوله: "وينظر فى حال المحبوسين" بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأساميتهم، ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم، لأنه نصب ناظراً لأمر المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة، فلا بد من التفحص عن حالهم، فيجمع بينهم وبين خصومهم، فمن إلخ. (٤)

(١١) وحبسه إذا طلب الخصم ذلك. (٤)

(١٢) ما يوجب الحبس. (عناية)

(١٣) قوله: "إلا بينة" فإن قامت البينة بالحق، والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود، فإن عدلوا فكذا، فإن لم تقم إلخ. (٤)

(١٤) أى بواحد من الرعايا.

(١٥) المعزول.

(١٦) الشهادة.

(١٧) قوله: "فإن لم تقم" أى البينة، أو لم يحضر خصم، وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل إلخ. (٤)

(١٨) القاضي.

(١٩) قوله: "حتى ينادى عليه" أى يأمر منادياً ينادى عليه كل يوم إذا جلس من كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس

أمره^(١)؛ لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً فلا يعجل^(٢) كيلاً يؤدي^(٣) إلى إبطال حق الغير. وينظر^(٤) في الودائع^(٥) وارتفاع الوقوف^(٦)، فيعمل فيه^(٧) على ما تقوم به البينة، أو يعترف به من هو^(٨) في يده؛ لأنه كل ذلك^(٩) حجة، ولا يقبل^(١٠) قول المعزول لما بيناه^(١١) إلا أن يعترف الذي هي^(١٢) في يده^(١٣) أن المعزول سلمها^(١٤) إليه، فيقبل قوله فيها^(١٥)؛ لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي^(١٦)، فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال^(١٧) إلا^(١٨) إذا بدأ^(١٩) بالإقرار لغيره، ثم أقر^(٢٠) بتسليم القاضي

الفلاني بحق فليحضر، حتى يجمع بينه وبينه، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه ينادى عليه كذلك أياماً، فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه، وإن لم يحضر تأتى عليه أياماً على حسب ما يرى القاضي، فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلاً بأنفسهم، وأطلقهم، ولو قال: لا كفيل لى، أو لا أعطى كفيلاً فاحتاط بوجه آخر، بأن ينادى عليه شهراً آخر، ثم خلاه. والفرق لأبى حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل ههنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلاً على ما سيجيء: أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين، وفي ثبوته لغيره شك، فلا يجوز تأخير المستحق لأمر موهوم، وأما ههنا فالحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول، لكنه مجهول، فلا يكون الكفالة لأمر موهوم. (مل)

(١) الحاصل.

(٢) بإطلاق المحبوس.

(٣) قوله: "كيلاً يؤدي إلخ" لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر. (ع)

(٤) قوله: وينظر في الودائع وارتفاع الأوقاف الكائنة تحت أيدي أمناء القاضي، والذي في ديارنا من هذا أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر والمباشرة فيها، وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم، فيعمل فيها على حسب ما تقوم به البينة أنه لفلان، أو غير ذلك، أو يعترف إلخ. (ف)

(٥) التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء.

(٦) لأنه نصب ناظراً. (ع)

(٧) أى في المذكور.

(٨) قوله: "من هو" أى من يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره. (ك)

(٩) أى قيام البينة والاعتراف.

(١٠) قوله: "ولا يقبل قول المعزول" أى على من هو في يده إذا أنكر، وقال: هي لى بأن المال الذى فى يد زيد يكون لعمرو إلا بيينة لما بينا إلخ. (مل)

(١١) من أنه بالعزل التحق إلخ.

(١٢) الودائع.

(١٣) وفي نسخة: يديه.

(١٤) الودائع.

(١٥) الودائع.

(١٦) المعزول.

(١٧) لأن يد المودع كيد المودع. (ع)

(١٨) استثناء من قوله: فيقبل.

فيسلم ما فى يده إلى المقر له الأول^(١) لسبق حقه، ويضمن قيمته^(٢) للقاضى^(٣) بإقراره الثانى^(٤)، ويسلم إلى المقر له من جهة القاضى^(٥).

قال^(٦): ويجلس^(٧) للحكم جلوساً ظاهراً فى المسجد^(٨) كيلاً يشتهبه مكانه على الغرباء^(٩)، وبعض المقيمين^(١٠)، والمسجد الجامع أولى^(١١)، لأنه أشهر. وقال الشافعى رحمه الله: يكره الجلوس فى المسجد للقضاء، لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص^(١٢)، والحائض وهى ممنوعة عن دخوله^(١٣). ولنا: قوله عليه السلام^(١٤): «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم^(١٥)»، وكان^(١٦) رسول الله صلى الله

(١٩) قوله: "إلا إذا بدأ بالإقرار إلخ" بأن قال: هذا المال لفلان ابن فلان غير الذى أقر له القاضى المعزول، ثم أقر بتسليم القاضى، وقال: دفعه إلى المعزول. (مل)

(٢٠) قوله: "ثم أقر إلخ" ولو بدأ بالدفع فقال: دفعه إلى القاضى المعزول وهو لفلان، وقال المعزول: بل لفلان آخر فالقول قول المعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقر له القاضى المعزول، ولو قال صاحب اليد: دفعه إلى القاضى المعزول، وقال: هو لفلان من فلان، أو قال: دفعه إلى، ولا أدرى لمن هو فالمولى يقبل قول المعزول. (ك)

(١) أى الذى أقر به ذو اليد.

(٢) أو مثله. (ك)

(٣) المعزول.

(٤) أى بإقراره أن اليد كانت للقاضى.

(٥) المعزول.

(٦) القدورى. (عينى)

(٧) القاضى.

(٨) ولا يتعب نفسه فى طول الجلوس، ولكن يجلس طرف النهار، وكذا المفتى والفقهاء. (ف)

(٩) المسافرين.

(١٠) الذين ليس لهم احتلاط بالقضاة.

(١١) قوله: "أولى" ثم الذى يقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة، قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع فى وسط البلدة، أما إذا كان فى طرف منها فلا، لزيادة المشقة على أهل الشقة القابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً فى وسط البلدة، وفى السوق. (ف)

(١٢) قال الله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس﴾. (ف)

(١٣) المسجد.

(١٤) قوله: "قوله عليه السلام: أما الحديث الذى ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»، فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابى الذى قام يبول فى المسجد، فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا تدرموه دعوه، -فتركوه حتى بال- ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقدر وإنما هى لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن»، قال: وأمر رجلاً من القوم، فدعا بدلو من ماء فشنه عليه. (ف)

(١٥) قلت: غريب بهذا اللفظ. (ت)

عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه*، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون^(٢) في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة. ونجاسة المشرك^(٣) في اعتقاده لا في ظاهره، فلا يمنع من دخوله^(٤)، والحائض تخبر بحالتها، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد، أو يبعث^(٥) من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة في الدابة^(٦)؛ ولو جلس^(٧) في داره لا بأس به، ويأذن للناس بالدخول فيها^(٨)، ويجلس معه من كان يجلس^(٩) قبل ذلك^(١٠)، لأن في جلوسه وحده تهمة^(١١).

قال^(١٢): ولا يقبل^(١٣) هدية^(١٤) إلا من ذى رحم محرّم^(١٥)، أو ممن جرت عادته

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨١٩ ص ١٦٨. (نعيم)

(١٦) قوله: "وكان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم إلخ" في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد، وفيه: فتلاعنا في المسجد، ولا بد من كون أحدهما كاذباً حائثاً في يمين غموس. وفي "الصحيحين" عن كعب بن مالك رضى الله عنه أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى يا كعب؟ فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضم الشطر من دينك، قال كعب: فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه. (ف)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٠ ص ١٦٨. (نعيم)

(٢) قوله: "كانوا يجلسون إلخ" قال الزيلعي: هذا غريب، أقول: هذا مبنى على أن مراد صاحب "الهداية" رواية هذا اللفظ، وليس كذلك بل هذا نقل بالمعنى، يعني أنه وقع من الصحابة الجلوس في المساجد لفصل الخصومات، ففي البخارى لآعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم، وأسند الإمام أبو بكر الرازى إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد، وذكر القصة، كذا في "فتح القدير".

(٣) جواب عن دليل الشافعى. (٤)

(٤) فإن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد. (٤)

(٥) القاضي (٤) فإنه يخرج القاضي لسما ع الدعوى وشهادة الشهود، والإشارة إليها. (ك)

(٦) فيوقف الدابة خارج المسجد.

(٧) القاضي.

(٨) أى في داره.

(٩) معه.

(١٠) القضاء.

(١١) وهى تهمة الظلم والرشوة. (ك)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "ولا يقبل [أى القاضي] هدية إلخ" والأصل في ذلك ما في البخارى عن أبى حميد الساعدى قال: استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزدي يقال له: ابن اللبية على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم، وهذا لى، قال عليه السلام: «هلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه، فينظر أبيه لى أم لاه. وفي شرح الأقطع: "الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها، انتهى. (ف)

قبل القضاء بمهاداته^(١)، لأن الأول صلة^(٢) الرحم^(٣). والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة، وفيما وراء ذلك^(٤) يصير^(٥) أكلاً بقضائه حتى لو كانت تقرب خصومة، لا يقبل هديته، وكذا^(٦) إذا زاد المهدي على المعتاد، أو كانت له خصومة؛ لأنه لأجل القضاء، فيتحاماه^(٧)، ولا يحضر^(٨) دعوة إلا أن تكون عامة، لأن الخاصة لأجل القضاء، فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب^(٩) قربه^(١٠) وهو قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه^(١١) وإن^(١٢) كانت خاصة كالهدية^(١٣) والخاصة^(١٤) ما لو علم المضيف^(١٥) أن القاضي لا يحضرها^(١٦)

(١٤) تحفه وارمغان. (من)

(١٥) ليس له خصومة على أحد، وعادته المهاوة قبل القضاء.

(١) هديه دادن يكديگر. (س)

(٢) عطاء دادن. (من)

(٣) وهو مندوب. (ع)

(٤) قوله: "وفيما وراء ذلك إلخ" ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ما ذا يصنع به، اختلفوا فيه، بعضهم قالوا: يضع في بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم وإليه أشار في "السير الكبير". فإن لم يعرفهم، أو يعرفهم إلا أن الرد يتعذر لبعدهم يضعها في بيت المال، وحكمها حكم اللقطة، وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم. (عناية)

(٥) القاضي.

(٦) أى لا يقبل.

(٧) تحاماه الناس خویشان را از وی نگاه داشتند مردم، وپرهیز نمودند ازو. (من)

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "ويدخل في هذا الجواب [أى لا يحضر دعوة] إلخ" لم يفصل في الدعوة الخاصة بين أن يكون الداعي أجنبياً أو ذا رحم محرم منه، وقال في فصل الهدية: لا يقبل إلا من ذى رحم محرم منه، فلا بد من التأويل بين المسألتين، قالوا: ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرم لم يجز بينهما الدعوة، والمهاداة^(١٠) للقرابة، وإنما أحدث بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبى سواء في هذا، وما ذكر في الهدية أنه يقبل من ذى رحم محرم فهو محمول على أنه كان جرى المهاداة قبل القضاء صلة للقرابة، فإذا أهدى إليه هدية بعد القضاء فلا بأس بالقبول، هكذا ذكر شيخ الإسلام المعروف بـ "خواهر زاده رحمه الله"، وفي "مبسوط شيخ الإسلام" إلا أن يكون المضيف خصماً، فينبغي أن لا يجيب دعوته، وإن كانت عامة. (ك)

(١٠) القاضي.

(١١) أى يجيب دعوة القريب.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) حيث يجوز أخذها من قريب.

(١٤) قوله: "والخاصة ما لو علم إلخ" قيل: العامة ما يكون فوق العشرة، وما دونه خاصة، وقيل: دعوة العرس

والختان عامة وما سوى ذلك خاصة. (ع)

لا يتخذها^(١). قال^(٢): ويشهد الجنازة، ويعود^(٣) المريض؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه السلام: «للمسلم^(٤) على المسلم ستة حقوق*»، وعدّ منها هذين^(٥)، ولا يضيف^(٦) أحد الخصمين دون^(٧) خصمه؛ لأن النبي عليه السلام نهى^(٨) عن ذلك**، ولأن فيه تهمة^(٩).

قال^(١٠): وإذا حضرا^(١١) سوى^(١٢) بينهما^(١٣) في الجلوس والإقبال^(١٤)؛ لقوله عليه السلام^(١٥): «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة

(١٥) والعامه هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. (ف)

(١٦) الدعوة.

(١) الدعوة.

(٢) أي القدرى. (عينى)

(٣) قوله: "يعود" إذا لم يكن المريض من المتخاصمين، أما إذا كان منهم فلا ينبغى أن يعود، لأن ذلك يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر، وإلى التهمة. (ك)

(٤) قوله: "للمسلم على إلخ" روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «حق المسلم على المسلم خمس رد السلام وتشميت العاطس وإجابة الدعوة وعبادة المريض واتباع الجنازة»، وإذا استصحك فانصحه له، فهذه هي السادسة. (ف)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢١ ص ١٦٨. (نعيم)

(٥) أي شهود الجنازة وعود المريض. (ت)

(٦) القاضي.

(٧) فيه إيحاء إلى أنه لو أضاف الخصمين جميعاً لا بأس به، كذا في "الكفاية".

(٨) قوله: "نهى عن ذلك" لما روى إسحاق بن راهويه عن الحسن في "مسنده" قال: جاء رجل، فنزل على علي، فأضافه، فلما قال: إني أريد أن أخاصمه، قال علي: تحول، فإن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهانا أن يضيف الخصم إلا ومعه خصمه. (ف)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٣، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٢ ص ١٦٩. (نعيم)

(٩) أي تهمة الميل.

(١٠) أي القدرى. (عينى)

(١١) المتخاصمان.

(١٢) القاضي.

(١٣) قوله: "سوى بينهما إلخ" المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحداً عن يمينه والآخر عن شماله، لأن لليمين فضلاً. وفي "النوازل" و"الفتاوى الكبرى": خاصم السلطان مع رجل، فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغى للقاضي أن يقوم من مقامه، ويجلس خصم السلطان فيه، ويقعد هو على الأرض، ثم يقضى بينهما. (ف)

(١٤) التوجه والنظر.

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" روى إسحاق بن راهويه في "مسنده" عن أم سلمة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في الجلوس والإشارة والنظر». (ف)

والنظر»*. ولا يسار^(٢) أحدهما ولا يشير^(٣) إليه، ولا يلقيه حجة للتهمة^(٤)، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيتترك حقه، ولا يضحك^(٥) في وجه أحدهما؛ لأنه يجترئ^(٦) على خصمه، ولا يمازحهم^(٧)، ولا واحداً منهم؛ لأنه^(٨) يذهب بمهابة^(٩) القضاء. قال^(١٠): ويكره تلقين الشاهد^(١١)، ومعناه أن يقول^(١٢) له: أتشهد بكذا وكذا، وهذا^(١٣) لأنه إعانة لأحد الخصمين، فيكره كتلقين الخصم^(١٤)، واستحسنه^(١٥) أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة^(١٦)؛ لأن الشاهد قد يحصر^(١٧) لمهابة المجلس، فكان تلقينه إحياءً للحق بمنزلة الأشخاص^(١٨) والتكفيل^(١٩).

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٣، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٣ ص ١٦٩. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا يسار [أى القاضي] إلخ" وينبغي أن يقيم بين يديه رجلان يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقعة، ويمنعهم عن إشارة الأدب، يقال له: صاحب المجلس، ويمنع من رفع الصوت في المجلس، ويجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي. (عناية) مسارة: با كسى راز گفتن. (من).

قوله: "ولا يسار" أى لا يتكلم مع أحدهما سراً.

(٣) بالرأس أو العين، أو الحاجب.

(٤) أى تهمة الميل.

(٥) القاضي.

(٦) بسبب ضحك القاضي.

(٧) الخصوم.

(٨) المزاح.

(٩) بالفتح: ترس وبزرگى. (من)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "تلقين الشاهد" هو أن يقول القاضي: ما يستفيد به الشاهد علماً بما تعلق بالشهادة مثل أن إلخ. (عناية)

(١٢) القاضي.

(١٣) أى الكراهة.

(١٤) حيث يكره.

(١٥) قوله: "واستحسنه إلخ" تأخير دليل أبى يوسف رحمه الله، وتسميته بالاستحسان كل ذلك دليل على أن

المختار عند المصنف رحمه الله قول أبى يوسف رحمه الله. (نهاية)

(١٦) قوله: "في غير موضع التهمة" ولا في موضع التهمة أما في موضع التهمة مثل أن يدعى ألفاً وخمس مائة،

والمدعى عليه ينكر خمس مائة، وشهد الشاهد بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأ خمس مائة واستفاد الشاهد علماً

بذلك ووقف القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. (عناية)

(١٧) أى يحتبس لسانه عن البيان، حصر بفتحين بست شدن در سخن گفتن وخواندن وعاجز شدن. (م)

(١٨) إرسال الرجل لإحضار الخصم. (ع)

(١٩) أى أخذ الكفيل من أحد الخصمين.

فصل في الحبس^(١)

قال^(٢): وإذا ثبت الحق عند القاضي، وطلب صاحب الحق حبس غريمه^(٣) لم يعجل بحبسه، وأمره بدفع ما عليه؛ لأن الحبس جزاء المماطلة^(٤)، فلا بد من ظهورها، وهذا^(٥) إذا ثبت الحق بإقراره، لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة، فلعله طمع^(٦) في الإمهال^(٧)، فلم يستصحب^(٨) المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله^(٩)، أما إذا ثبت^(١٠) بالبينة حبسه كما ثبت^(١١) لظهور المظل بيانكاره. قال^(١٢): فإن امتنع^(١٣) حبسه^(١٤) في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كضمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفيلة؛ لأنه إذا حصل المال في يده^(١٥) ثبت غناؤه به^(١٦)، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره، إذ هو لا يلتزم^(١٧) إلا ما يقدر على أدائه، والمراد بالمهر معجله^(١٨) دون مؤجله.

(١) قوله: "فصل في الحبس" لما كان الحبس من أحكام القضاء، وتعلق به أحكام أفردته في فصل على حدة، وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾، فإن المراد به الحبس، ولم يكن في زمان النبي ﷺ، وأبي بكر وعمر، وعثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبسه في المسجد والدليل حيث أمكن، ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناه من قصب فنقبه للصوص، فبنى سجنا من مدر. (٤)

(٢) هذا قول القدوري.

(٣) سواء كان الحق درهماً، أو أقل منه، أو أكثر منه.

(٤) قوله: "المماطلة" ماطلة دفع الوقت كردن، وفرصت نمودن، ودورو دراز كشیدن كاری. (م)

(٥) أي ترك القاضي العجلة بالحبس.

(٦) أي يقول: إنني ظننت أنك تمهلني فلم استصحب المال.

(٧) فرصت ومهلته دادن. (م)

(٨) أي لم يتقدم.

(٩) مظل - بفتحيتين - درنگ کردن دردادن دام. (م)

(١٠) الحق.

(١١) الحق.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) الغريم بعد أمر القاضي بالدفع.

(١٤) إذا طلب المدعي.

(١٥) الغريم.

(١٦) قوله: "ثبت غناؤه به" وزواله عن الملك محتمل، والثابت لا يترك بالاحتمال، فلا يسمع قوله: إنني فقير فيحبس. (مل)

(١٧) قوله: "إذ هو لا يلتزم إلخ" فيبعد ذلك لا يسمع دعواه بأنه لا يقدر على تسليمه. (ن)

(١٨) قوله: "والمراد بالمهر معجله" لأن العادة جرت على تسليم المعجل، فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته

على تسليم المعجل. (ن)

قال^(١): ولا يحبسبه فيما سوى ذلك^(٢) إذا قال: إني فقير، إلا أن يثبت غريمه^(٣) أن له مالا، فيحبسه؛ لأنه لم يوجد دلالة اليسار، فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعى إثبات غناه، ويروى^(٤) أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك^(٥)، لأن الأصل هو العسرة^(٦).

ويروى^(٧) أن القول له^(٨) إلا فيما بدله مال^(٩)، وفي^(١٠) النفقة^(١١) القول قول الزوج أنه معسر، وفي إعتاق العبد المشترك^(١٢) القول للمعتق، والمسألان تؤيدان^(١٣) القولين الآخرين^(١٤)، والتخريج^(١٥) على ما قال^(١٦) في الكتاب: إنه ليس^(١٧) بدين مطلق، بل هو صلة حتى تسقط النفقة^(١٨) بالموت^(١٩) على الاتفاق، وكذا عند أبي

(١) هذا قول القدرى.

(٢) كضمان الغصب وأرش الجناية. (عناية)

(٣) المدعى.

(٤) وهو اختيار الخصاص. (ك)

(٥) أى فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن. (٤)

(٦) قوله: "لأن الأصل هو العسرة" إذ الأدبى يولد ولا مال له، والمدعى يدعى عارضاً، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه، فكان القول قول المدعى مع يمينه. (عناية)

(٧) عن الشيخين.

(٨) وهو اختيار أبي عبد الله البلخى. (ك)

(٩) قوله: "إلا فيما بدله مال [كثمن متاع]" لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل، فكان القول للمدعى، وما لم يكن بدله مالا كالمهر، وبدل الخلع، وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه، لأنه لم يدخل في ملكه شيء، ولم يعرف قدرته على القضاء، فبقى متمسكاً بالأصل، وهو العسرة. (٤)

(١٠) بيان لما هو المحفوظ من الرواية. (عناية)

(١١) قوله: "وفي النفقة إلخ" المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر، وادعت نفقة الموسرين، وادعى الزوج أنه معسر، وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج أنه معسر لتمسكه بالأصل. (ك)

(١٢) قوله: "وفي إعتاق إلخ" أى أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد، وزعم أنه معسر كان القول له. (٤)

(١٣) قوله: "تؤيدان إلخ" وتخالفان القول الأول، لأن فيهما التزاماً إذ إقدامه على النكاح، والإعتاق أمانة قدرته على النفقة والضمان، كما فى المهر والكفالة. (ك)

(١٤) فإن فيهما القول قول من عليه وليس بدل النفقة، وبدل ضمان الإعتاق مالا.

(١٥) قوله: "والتخريج إلخ" يعنى تخريج هاتين المسألتين على وجه لا تردان نقضاً على ما قال فى الكتاب فى ظاهر الرواية حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال، أو التزمه بعقد أن الحبس فيما يكون ديناً على المدعى عليه مطلقاً، وفى هاتين المسألتين النفقة ليست بدين مطلقاً، حتى يسقط بالموت، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. (ك)

(١٦) يعنى القدرى.

(١٧) قوله: "أنه ليس بدين مطلق" فإنه قد تقدم أن الدين الصحيح هو مالا يسقط بالإبراء من له، أو بإيفاء من عليه. (٤)

(١٨) أى نفقة الأيام الماضية.

حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق.

ثم فيما كان القول قول المدعى أن له ^(١) مالا، أو ثبت ذلك ^(٢) بالبينة فيما كان القول قول من عليه ^(٣) يحبسه شهرين، أو ثلاثة ^(٤)، ثم يسأل عنه ^(٥) فالحبس لظهور ظلمه ^(٦) في الحال، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة ^(٧)، فقدر ^(٨) بما ذكره ^(٩)، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر ^(١٠)، أو أربعة إلى ستة أشهر ^(١١)، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضي ^(١٢) لاختلاف أحوال الأشخاص فيه ^(١٣).

فإن لم ^(١٤) يظهر له مال خلى ^(١٥) سبيله، يعنى بعد ^(١٦) مضى المدة، لأنه استحق النظرة ^(١٧) إلى الميسرة، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً، ولو قامت البينة ^(١٨) على إفلاسه

(١٩) أى يموت الزوج.

(١) المدعى عليه.

(٢) أى كون المدعى عليه ذا مال.

(٣) الحاكم.

(٤) هو رواية محمد عن أبى حنيفة فى كتاب الحوالة. (ك)

(٥) جيرانه عن يساره وعساره.

(٦) وفى نسخة: مظلّمه.

(٧) أى ظهور ماله لو كان.

(٨) محمد.

(٩) أى شهرين أو ثلاثة.

(١٠) قوله: "بشهر [ذكره الطحاوى]" لأن ما دونه عاجل، والشهر آجل، قال شمس الأئمة الحلوانى: وهو أرفق

الأقويل فى هذا الباب. (٤)

(١١) هو رواية الحسن عن أبى حنيفة.

(١٢) قوله: مفوض إلخ "فإن مضى أربعة أشهر، ووقع للقاضى أنه متعنت يستديم حبسه، وإن كان دون ذلك بأن كان شهرين أو دونه، ووقع أنه عاجز لا مال له أطلقه من السجن. (عينى)

(١٣) أى فى احتمال الحبس.

(١٤) قوله: "فإن لم يظهر إلخ" أى إن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضى المدة التى رآها القاضى برأيه، وبعد مضى

المدة التى اختارها بعض المشايخ كشهر، أو شهرين، أو أربعة على ما تقدم على سبيله. (عناية)

(١٥) الحاكم.

(١٦) متعلق بقوله: لم يظهر.

(١٧) تأخير كردن ومهلت دادن. (م)

(١٨) قوله: "ولو قامت [بأن أخبر واحد ثقة، أو اثنان] البينة إلخ" كيفية الشهادة على الإفلاس، حكى عن أبى

القاسم أنه قال: ينبغى أن يقول: أشهد أنه مفلس معدم، لا نعلم له مالا سوى كسوته التى عليه، وثياب ليلته، وقد اخترنا

قبل المدة تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل^(١)، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله. قال^(٢) في الكتاب: خلى سبيله، ولا يحول^(٣) بينه وبين غرماءه^(٤)، وهذا كلام^(٥) في الملازمة، وسنذكره في كتاب الحجر^(٦) إن شاء الله تعالى.

وفي "الجامع الصغير"^(٧): رجل أقر عند القاضي بدين، فإنه يحبسه، ثم يسأل^(٨) عنه، فإن كان موسراً أبد حبسه، وإن كان معسراً خلى سبيله، ومراده إذا أقر عند غير القاضي^(٩)، أو عنده مرة، فظهرت بماطلته، والحبس أولاً^(١٠)، ومدته قد بيناه^(١١)، فلا نعيده^(١٢).

قال^(١٣): ويجبس الرجل في نفقة زوجته^(١٤)؛ لأنه ظالم بالامتناع، ولا يحبس

أمره في السر والعلانية. (ك)

(١) قوله: "وفي رواية لا تقبل" وفي "الذخيرة": فإن أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل، أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان، فعن محمد رحمه الله فيه روايتان، في رواية قال: لا يحبسه، وبه كان يفتى الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل. وقال أبو بكر الإسكاف: وعامة مشايخ ماوآ النهر: أن القاضي يحبسه، ولا يلتفت إلى هذه البينة، وهذا لأن البينة على الإعسار بينة على النفي، فلا تتقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد، وقبل الحبس ما تأيدت بمؤيد، وبعد ما حبس، ومضت عليه مدة فقد تأيدت بمؤيد، لأن الظاهر أنه لو كان قادراً على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس. (ك)

(٢) أى القدورى. (٤)

(٣) بعد خروجه عن الحبس.

(٤) بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف.

(٥) قوله: "وهذا كلام" يعنى المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجهم عن الحبس. (عدية)

(٦) فى باب الحجر بسبب الدين. (٤)

(٧) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" إنما ذكر لفظ "الجامع الصغير" ههنا، لأن رواية "الجامع الصغير" من حيث الظاهر تخالف ما ذكر فى أول هذا الفصل أنه إذا ثبت الدين على المديون بالإقرار لا يحبسه فى أول الوهلة، بخلاف ما إذا ثبت الدين بالبينة. وما ذكر فى "الجامع الصغير" يقتضى بجواز الحبس متصلاً بإقراره حيث قال: يحبسه، ثم يسأل عنه، فثبت التناقض بين الروايتين، فذكر لفظ "الجامع الصغير" كما هو، ثم ذكر تأويله بقوله: ومراده إذا أقر إلخ، إزالة للتناقض الثابت من حيث الظاهر. (ك)

(٨) أى جيرانه عن يساره وعساره.

(٩) قوله: "ومراده [أى محمد] إذا إلخ" يعنى مراد محمد فيما إذا ثبت الحق بالإقرار، ثم يثبت الماطلة فترافعا إلى القاضي، فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار. (عينية)

(١٠) قوله: "والحبس أولاً [أى قبل السؤال عن الجيران] إلخ" يعنى أن المذكور فى "الجامع الصغير" من الحبس أولاً، ومدته بيناه، وليس فيه مخالفة لما بيناه، فنحتاج إلى ذكره ثانياً. (عناية)

(١١) من أنه شهر أو غيره.

(١٢) أى بينا الحبس أولاً، ومدته فلا نعيده. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينية)

(١٤) قوله: "فى نفقة إلخ" إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته، أو اصطلاحاً على مقدار، فلم ينفق عليها،

الوالد^(١) في دين ولده ؛ لأنه^(٢) نوع عقوبة، فلا يستحقه الولد على الوالد كالحُدود والقصاص^(٣)، إلا إذا امتنع^(٤) عن الإنفاق عليه^(٥)، لأن فيه إحياء لولده^(٦)، ولأنه لا يتدارك لسقوطها^(٧) بمضى الزمان، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي^(٨)

قال^(٩) : ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق^(١٠) إذا شهد به^(١١)

عنده^(١٢) للحاجة على ما نبين^(١٣)، فإن شهدوا^(١٤) على خصم^(١٥) حاضر حكم

ورفعت إلى الحاكم حبسه. (٤)

(١) وكذا الأم، والجد، والجددة. (ك)

(٢) الحبس.

(٣) قوله: "كالحُدود والقصاص" فإن الوالد لا يؤخذ بها لأجل ولده. (عيني)

(٤) الوالد.

(٥) الولد.

(٦) وفي تركه سعى لهلاكه. (٤)

(٧) قوله: "لسقوطها" أي لسقوط نفقة الولد بمضى الزمان، أما الدين لا يسقط بمضى الزمان، فافترقا في حق هذا

الحكم، فيفترقان في حق الحبس أيضاً. (ك)

(٨) قوله: "باب كتاب إلخ" أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم

بقاض واحد، وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين. (ع)

قوله: "باب كتاب إلخ" هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضين، فهو كالمركب بالنسبة إلى ما قبله، كذا في "الفتح"، وهذا أولى من قول الزبلي أنه ليس من كتاب القضاء، لأنه إما نقل شهادة، أو نقل حكم نعم هو من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب، انتهى، وحيث كان من عملهم، فكيف ينفيه بحر، وأجاب في النهر: بأن المنفي كونه قضاء، والمثبت كونه من أحكامه. (رد المحتار)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) قوله: "في الحقوق" أي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة، وقيد بالحقوق لما في الأعيان المنقولة خلاف. (ك)

(١١) المكتوب إليه أي بالكتاب. (ن)

(١٢) أي عند القاضي.

(١٣) وهو ما ذكره بعده، وجوازه لمساس الحاجة إلخ. (ك)

(١٤) قوله: "فإن شهدوا إلخ" هذا بيان أن كتاب القاضي إلى القاضي نوعان: المسمى سجلاً، والمسمى بالكتاب

الحكمي، والفرق بينهما: أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو مخالفه لاتصال الحكم به، والثاني إن وافقه أنفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به. (٤)

(١٥) قوله: "على خصم" قيل: المراد بالخصم ههنا الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعل وكيلاً لإثبات الحق

عليه، وإن لم يكن وكيلاً عنه في الحقيقة إذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتج إلى كتاب القاضي إلى قاضٍ آخر، لأن حكم القاضي قد تم، ويحتمل أن يكون الخصم هو المدعى عليه، وأن يكون مراده بيان أن هذا الكتاب هو المدعو سجلاً لا أنه يكتب إلى قاضٍ آخر، أو كان المدعى به مبيعاً، فأراد المدعى عليه الرجوع على بائعه، وهو في بلدة أخرى، فطلب من القاضي أن يكتب بحكمه إلى قاضي تلك البلدة. (ك)

بالشهادة؛ لوجود الحجة، وكتب بحكمه وهو^(١) المدعو^(٢) سجلاً، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز.

وكتب^(٣) بالشهادة^(٤) ليحكم المكتوب إليه بها، وهذا هو الكتاب الحكمي^(٥)، وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط^(٦) نذكرها^(٧) إن شاء الله، وجوازه^(٨) لمساس الحاجة^(٩) لأن المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه، فأشبهه^(١٠) الشهادة على الشهادة. وقوله^(١١): في الحقوق يندرج تحته الدين،

قوله: "على خصم حاضر" قال في "النهاية": المراد بالخصم هو الوكيل عن الغائب، أو المسخر الذي جعله القاضي وكيلاً لإثبات الحق، ولو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه لما احتج إلى قاضٍ آخر.

أقول: لا يخفى ما فيه من التكلف، والأحسن أن يقال: إن قوله: فإن شهدوا على خصم حاضر ليس بمقصود بالذات في هذا الباب بل توطئة لقوله: وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم فيه، ونظائره كثيرة، كذا في "الدرر". قلت: وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاضٍ آخر، حتى يراد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه، ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة لا لبعثه إلى قاضٍ آخر، لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب، وهي الآتية، فهذه ذكرت توطئة لتلك.

وذكر في "النهر" عن الزيلعي: أنه إذا قدر أن الخصم غاب بعد الحكم عليه، وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه، انتهى. وحاصله: أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاضٍ آخر، فيكون ذكرها مقصوداً في الباب. وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي، ولو كان الخصم حاضراً، وذلك لإمضاء قاضٍ آخر كما إذا ادعى على آخر ألقاً، وبرهن، وحكم به، ثم اصطالحاً أن يأخذه منه في بلد آخر، وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضٍ البلد. (رد المحتار)

(١) أي المكتوب فيه الحكم.

(٢) قوله: "هو المدعو سجلاً [على البناء للمفعول. ك] هو - بكسر السين والجيم وتشديد اللام - والضمستان مع التشديد، والفتح مع سكون الجيم، والكسر لغات قهستاني عن الكشاف. (رد المحتار)

(٣) القاضي إلى المكتوب إليه.

(٤) أي بما سمعه من الشهادة.

(٥) لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه.

(٦) قوله: "بشرائط" منها العلوم الخمسة، وهي أن يكون من معلوم إلى معلوم في معلوم بمعلوم على معلوم. (٦)

(٧) هو الموعود ويقول: على ما نبين. (٦)

(٨) قوله: "وجوازه [أي جواز كتاب القاضي إلى القاضي] إلى آخره" والقياس بأبي جوازه، إذ فيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم بالخاتم، إلا أنه جوز لحاجة الناس، ولما روى أن علياً رضي الله عنه جوزه لذلك. (عناية)

(٩) قوله: "لمساس الحاجة" لا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما أن أكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة، فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب. (ك)

(١٠) قوله: "فأشبهه الشهادة الخ" فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد، فكذا جوز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس، فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان. (عناية)

(١١) أي قول القدوري. (عناية)

والنكاح^(١)، والنسب، والمغصوب، والأمانة المجحودة، والمضاربة المجحودة؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين^(٢)، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة، ويقبل^(٣) في العقار^(٤) أيضاً، لأن التعريف فيه بالتحديد^(٥)، ولا يقبل في الأعيان^(٦) المنقولة للحاجة إلى الإشارة^(٧). وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة، لغلبة الإباق فيه^(٨) دونها، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط^(٩) تعرف في

(١) قوله: "يندرج تحته الدين، والنكاح" بأن ادعى رجل نكاحاً على امرأة، أو بالعكس، وكذلك الطلاق إذا ادعت امرأة على زوجها، فإن قيل: الإشارة في باب النكاح شرط، وكتاب القاضي إلى القاضي فيما يحتاج إلى الإشارة لا يجوز، قيل: الإشارة إلى الخصم شرط، وهو الرجل أو المرأة، وهو ليس بمدعى به إنما المدعى به شيء آخر، وهو نفس النكاح لا نفس المرأة، ولا نفس الرجل، فصار النكاح نظير الدين في الذمة، والإشارة إلى الغريم شرط، ومع هذا جاز كتاب القاضي فيه، كذا ههنا والنسب بأن ادعى نسباً مثلاً من الميت، والغصب، بأن ادعى غصباً على رجل، والأمانة المجحودة من المودع، والمضاربة المجحودة من المضارب، وإنما قيد الأمانة والمضاربة بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين، إذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الأعيان المنقولة، ولا يقبل كتاب القاضي فيها. (ملخص الحواشي)

قوله: "يندرج تحته إلخ" هو المروى عن محمد، وبه يفتى للضرورة، وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المقول للحاجة إلى الإشارة إليه عند الدعوى، وعن الثاني تجوز في العبد دون الأمة، وعنه تجوز في الكل.

قال الإسيجاني: وعليه الفتوى، والقياس أن لا يجوز، لأن كتابته لا تكون أقوى من عبارته، ولو أخبر القاضي في محله لم يعمل بإخباره، فكتابته أولى، وإنما جوزناه لأثر على رضى الله عنه، وللحاجة بحر. (رد المحتار)

(٢) والدين يجوز فيه الكتاب، فكذا فيما كان بمنزلة. (٤)

(٣) أى كتاب القاضي إلى القاضي.

(٤) أى فى دعوى العقار.

(٥) أى بيان الحدود الأربعة ولا يحتاج إلى الإشارة. (٤)

(٦) كالدابة والثوب والعبد.

(٧) إلى المدعى به.

(٨) قوله: "لغلبة الإباق [العبد] إلخ" فإن العبد يخدم خارج البيت غالباً، فيقدر على الإباق، فيمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمة، فإنها داخل البيت غالباً. (عناية)

(٩) قوله: "بشرائط" وصفة ذلك بخارى أبق عبد له إلى سمرقند مثلاً، فأخذ سمرقندى، وشهود المولى ببخارا،

فطلب من قاضى بخارا أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجب إلى ذلك، ويكتب شهد عندي فلان وفلان، بأن العبد الذى من صفته كيت وكيت لملك فلان المدعى . اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ليرسلها، ويجعل على كتابه شاهدين، ويعلمهما ما فيه، ويرسله إلى سمرقند فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده، ليشهدا عنده عليه بالكتاب، وبما فيه، فيقبل شهادتهما، ويفتح الكتاب، ويدفع العبد إلى المدعى، ولا يقضى له به لأن شهادة شاهدى الملك لم يكن بحضرة العبد، ويأخذ كفيلاً من المدعى بنفس العبد، ويجعل فى عنق العبد خاتماً من رصاص كى لا يتهم المدعى بالسرقة. ويكتب كتاباً إلى قاضى بخارا، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه، وعلى ما فى الكتاب، فإذا وصل إلى قاضى بخارا، وشهد بالكتاب، وختمه أمر المدعى بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالأمة، وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيلاً. وفى رواية عن أبي يوسف رحمه الله أن قاضى بخارا لا يقضى بمدعى بالعبد، لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضى سمرقند فيه ما جرى عنده، ويشهد شاهدين على كتابه، وختمه وما فيه، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضى له به بحضرة المدعى عليه، فإذا وصل الكتاب

موضعه^(١). وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول، وعليه المتأخرون رحمهم الله. قال^(٢): ولا يقبل الكتاب^(٣) إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين؛ لأن الكتاب يشبه الكتاب، فلا يثبت إلا بحجة^(٤) تامة، وهذا^(٥) لأنه ملزم، فلا بد من الحجة، بخلاف^(٦) كتاب الاستئمان من أهل الحرب، لأنه^(٧) ليس بملزم^(٨)، وبخلاف رسول القاضي^(٩) إلى المزكي^(١٠) ورسوله إلى القاضي، لأن الإلزام^(١١) بالشهادة لا بالتزكية^(١٢). قال^(١٣): ويجب^(١٤) أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه، أو يعلمهم^(١٥) به^(١٦)؛ لأن لا شهادة بدون العلم، ثم يختمه بحضرتهم^(١٧)،

إليه يفعل ذلك، ويرأ الكفيل، وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعى، ولكنه يعث بها معه على يد أمين كيلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه. (عناية)

(١) قوله: "تعرف في موضعها" وموضعه كتاب الإباق من "المسوط"، وباب كتاب القاضي إلى القاضي من شرح أدب القاضي للصدر الشهيد، وهو الباب التاسع والخمسون منه، وكتاب أدب القاضي من "الذخيرة". (نهاية)

(٢) أي القدوري في نسخة العيني: وقال: بالواو. (عيني)

(٣) أي كتاب القاضي إلى القاضي. (٤)

(٤) وهي البينة. (نهاية)

(٥) قوله: "هذا" أي اشتراط الحجة التامة في كتاب القاضي بأن هذا الكتاب كتاب فلان القاضي، لأنه، أي لأن كتاب القاضي ملزم، فلا بد للملزم من الحجة حتى يثبت بها كونه ملزماً، والحجة هي البينة. (نهاية)

(٦) قوله: "بخلاف كتاب الاستئمان إلخ" يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة حتى لو أمنه الإمام صح. (نهاية)

(٧) قوله: "لأنه ليس بملزم" لأن كتاب ملك أهل الحرب ليس بملزم، لأن الإمام بالخيار إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا يشترط البينة. (ك)

(٨) على الإمام.

(٩) حيث يقبل بغير بينة.

(١٠) قوله: "إلى المزكي" إنما قيد بقوله: إلى المزكي، لأن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه بالبينة، ولا بغير البينة، وفي جواز كتاب القاضي إلى القاضي ورداً للأثر وإجماع التابعين عليه، ولم يرد مثل ذلك في الرسول فعمل فيه بالقياس. (نهاية)

(١١) على المدعى عليه.

(١٢) قوله: "لا بالتزكية" حتى لو قضى القاضي بالشهادة بدون التزكية صح قضاءه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق. (نهاية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "ويجب" أي يجب على القاضي الكاتب أن يقرأ كتابه الذي كتب إلى قاضٍ آخر على الشهود الذين يشهدهم كتابه الكتاب. (نهاية)

(١٥) الشهود.

(١٦) أي بما فيه.

(١٧) الشهود.

ويسلمه إليهم^(١)، كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، لأن علم ما في الكتاب، والختم بحضرتهم شرط، وكذا^(٢) حفظ^(٣) ما في الكتاب عندهما، ولهذا يدفع^(٤) إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم^(٥) معاونة على حفظهم. وقال أبو يوسف رحمه الله آخر^(٦): شيء من ذلك^(٧) ليس بشرط، والشرط أن يشهدهم^(٨) أن هذا كتابه وخاتمه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن الختم ليس بشرط أيضاً، فسهل^(٩) في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وليس الخبر كالمعاينة^(١٠)، واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله^(١١).

قال^(١٢): فإذا وصل إلى القاضي^(١٣) لم يقبله إلا بحضرة الخصم؛ لأنه بمنزلة أداء الشهادة^(١٤)، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضي الكاتب^(١٥)، لأنه للنقل لا للحكم. قال^(١٦): فإذا سلمه الشهود إليه^(١٧) نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا^(١٨) أنه كتاب

(١) قوله: "ويسلمه إليهم" أي إلى الشهود، وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعى، وهو قول أبي يوسف رحمهم الله تعالى، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يسلم المكتوب إلى الشهود، كذا وجدت بخط شيخى رحمه الله. (ن)

(٢) أي يشترط.

(٣) قوله: "حفظ" أي من وقت التحمل إلى وقت الأداء، كما في جميع الشهادات.

(٤) القاضي الكاتب.

(٥) الشهود.

(٦) وأولاً ما قال الإمام.

(٧) أي علم ما في الكتاب والختم والحفظ.

(٨) قوله: "والشرط أن يشهدهم إلخ" وأجمعوا في الصك على أن الإشهاد لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب. (ن)

(٩) أبو يوسف.

(١٠) يعني أن أبا يوسف عاين ذلك فهو أعرف منا.

(١١) تيسراً على الناس. (٤)

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فإذا وصل [أي كتاب القاضي] إلخ" لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه. (٤)

(١٤) قوله: "لأنه [أي الكتاب] إلخ" أو لأن ذلك في معنى الشهادة على الشهادة، فإن القاضي الكاتب ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى القاضي المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة الأصل بعبارة، ولا يسمع الشهادة على الشهادة إلا بمحضر من الخصم، فكذا ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "بخلاف سماع القاضي الكاتب" أي فإنه يسمع شهادة شهود المدعى مع أن الخصم وهو المدعى عليه ليس بحاضر. (نهاية)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي إلى القاضي المكتوب إليه.

فلأن القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه، وقرأه علينا، وختمه، فتحه القاضي^(١) وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه^(٢)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله. وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا شهدوا أنه كتابه، وختامه قبله على ما مر^(٣)، ولم يشترط في الكتاب^(٤) ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفض^(٥) الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاص رحمه الله، لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود^(٦). وإنما يمكنهم أداء الشهادة^(٧) بعد قيام الختم، وإنما يقبله^(٨) المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء، حتى لو مات أو عزل، أو لم يبق أهلاً للقضاء^(٩) قبل وصول الكتاب^(١٠) لا يقبله، لأنه التحق بواحد^(١١) من الرعايا^(١٢)، ولهذا^(١٣) لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله^(١٤)، أو في غير عملهما. وكذلك لو مات المكتوب إليه^(١٥) إلا إذا كتب إلى فلان ابن فلان قاضى بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه^(١٦) من قضاة

(١٨) الشهود.

(١) المكتوب إليه.

(٢) الكتاب.

(٣) من قوله: وقال أبو يوسف رحمه الله: آخر الخ

(٤) قوله: "ولم يشترط في الكتاب [أى فى القدورى. ع]" حيث لم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعلم بهذا أنه لم

يشترط العدالة للفتح. (ن)

(٥) أى يفتح. (٦) فض: شكستن مهر نامه. (من)

(٦) قوله: "لأنه ربما الخ" أى، لأن العدالة متى لم تظهر يحتاج إلى أن يزيد فى شهوده لعدم ظهور عدالة هؤلاء. (مل)

(٧) يشهدون أن هذا كتاب فلان القاضى، وختمه، وأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك.

(٨) الكتاب.

(٩) قوله: "أو لم يبق أهلاً للقضاء" لجنون أو إغماء، أو فسق إذا تولى وهو عدل، ثم فسق على ما مر من قول

بعض المشايخ. (ع)

(١٠) أو بعد الوصول قبل القراءة.

(١١) قوله: "لأنه التحق الخ" هذا ظاهر فيما إذا عزل، أما فى الموت، أو فى الخروج عن الأهلية فليس بظاهر، لأن

الميت أو المجنون لا يلحق بواحد من الرعايا، ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حياً، وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة، فلأن لا يبقى الموت أو الخروج عن الأهلية أولى. (عناية)

(١٢) فلا ينفذ الحكم بكتابه.

(١٣) أى لكونه ملتحقاً بواحد من الرعايا.

(١٤) قوله: "لا يقبل إخباره الخ" أى إذا أخبر القاضى قاضياً آخر فى غير عمل الخبر لا يقبل، وقاضيان لو التقيا فى

مصر ليس من عملهما، فقال أحدهما للآخر: ثبت عندى لفلان كذا، فأعمل بما يحق لك لم يقبل منه، ولم ينفذ، لأن

السمع وجد من غير القاضى حيث لم يكن فى مكان ولايته. (عينى)

(١٥) قوله: "وكذلك لو مات الخ" أى لا يفيد كتاب القاضى فيه أيضاً بل يبطل حكمه. (نهاية)

المسلمين، لأن غيره صار تبعاً له^(١) وهو معرف، بخلاف ما إذا كتب^(٢) ابتداءً إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمه الله، لأنه غير معرف^(٣)، ولو كان مات^(٤) الخصم^(٥) ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه^(٦).

ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص؛ لأن فيه شبهة البدلية^(٧) فصار كالشهادة على الشهادة^(٨)، ولأن مبناهما على الإسقاط، وفي قبوله سعى في إثباتهما^(٩).

فصل آخر^(١٠)

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها^(١١) فيهما، وقد مر الوجه^(١٢)، وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء^(١٣) إلا أن يفوض

(١٦) الكتاب.

(١) وكم من شيء يجوز تبعاً، وإن كان لا يجوز قصداً.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كتب إلخ" أي كتب من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا إلى من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلى بالقضاء. (ك)

(٣) قوله: "لأنه غير معرف" حاصل الكلام أنه في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم، فأتى بما هو شرط، هو أن يكون من معلوم إلى معلوم، ثم يصير غيره تبعاً له، وفي الصورة الثانية من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط. (عيني)

(٤) أي قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي.

(٥) أي المدعى عليه.

(٦) قوله: "ينفذ إلخ" سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده. (عناية)

(٧) قوله: "البدلية" فإن الشهود الأصول شهدوا عند الكاتب، وكتب شهادتهم، ونقلت في الكتاب.

(٨) وهي غير مقبولة فيهما.

(٩) فلا يقبل.

(١٠) قوله: "فصل آخر" قال في "النهاية": قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاءه يجب على القاضي المكتوب أمضاه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي، فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعدد مجال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها. وهذا الفصل لبيان ذلك، وما يلحقه، وهذا يدل على أن الفصل من تنمة كتاب أدب القاضي إلى القاضي لكن قوله: آخر ينافي ذلك، لأنه ليس في ذلك الكتاب فصل قبل هذا، حتى يقول: فصل آخر، والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر في أدب القاضي فإنه تقدم فصل الحيس، وهذا فصل آخر. (٤)

(١١) المرأة.

(١٢) قوله: "وقد مر الوجه" أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للقضاء فهو أهل للشهادة، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فهي أهل للقضاء في غيرها. وقيل: أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله: لأن فيه شبهة البدلية، فلا يعتبر فيهما شهادتها لذلك، كما سيجيء، وقضاءها مستفاد من شهادتها. (٤)

(١٣) يعذر أو غيره. (٤)

إليه ذلك^(١)؛ لأنه قلد القضاء دون التقليد به^(٢)، فصار كتوكيل الوكيل^(٣)، بخلاف
المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف^(٤)، لأنه على شرف^(٥) الفوات لتوقته^(٦)،
فكان الأمر به إذنا في الاستخلاف دلالة^(٧)، ولا كذلك القضاء^(٨).
ولو قضى الثاني^(٩) بمحضر من الأول، أو قضى الثاني^(١٠) فأجاز الأول جاز،
كما في الوكالة^(١١)، وهذا^(١٢) لأنه حضره رأى الأول^(١٣)، وهو الشرط، وإذا فوض
إليه^(١٤) يملكه، فيصير الثاني نائباً عن الأصيل^(١٥)، حتى لا يملك الأول عزله^(١٦)، إلا

(١) الاستخلاف.

(٢) أى بالقضاء. (٤)

(٣) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك. (عناية)

(٤) قوله: "حيث يستخلف [وإن لم يأذن له ذلك] إلخ" لكن استخلاف الإمام غيره في الجمعة إنما يجوز أن لو
كان ذلك الغير سمع الخطبة، وأما إذا لم يكن ذلك الغير شهد الخطبة لم يجز له أن يصلى بهم الجمعة، لأن الخطبة من
شرائط افتتاح الجمعة، فإذا لم يستجمع شرائطها لم يجز له افتتاحها كأول. فإن قيل: يشكل هذا بما لو افتتح الأول
الصلاة، ثم سبقه الحدث، فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز، قلنا: لأن هناك الثاني بان، وليس بمفتتح، والخطبة
من شرائط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصيل، فيغنى عن اعتباره في حق التابع. (ن)

(٥) شرف محرمة برامر بزرگ رسیدن از خیر یا از شر.

(٦) أى لتوقت أداء الجمعة بوقت يفوت بانقضاءه.

(٧) وإن لم يكن صريحاً.

(٨) قوله: "ولا [أى ليس القضاء كالجمعة. ع] كذلك القضاء" لأن القضاء غير موقت، ولا يفوت بتأخيره عند
العدو، والجمعة موقفة تقوت بتأخيرها عند العدو إذا لم يستخلف، ومن ولاه لما أمره بذلك مع علمه أنه قد يعرض له
عارض يمنعه من أداءها في الوقت، فقد صار راضياً باستخلافه. (ك)

(٩) أى لو فرضنا أنه استخلف وقضى إلخ. (٤)

(١٠) عند غيبة الأول. (ن)

(١١) قوله: "كما في الوكالة" فإن الوكيل إذا وكل غيره، ولم يأذن له الموكل ذلك ففقد وكيله بحضرته، أو بغير
حضرته، وأجاز الوكيل الأول جاز. (ك)

(١٢) أى الجواز للمسألين يصلح دليلاً، أى مسألة القضاء ومسألة الوكالة.

(١٣) وكان رأيه معتمداً عليه للخليفة.

(١٤) قوله: "وإذا فوض إليه" أى إذا فوض القضاء إلى القاضي يملك القاضي الاستخلاف حيثئذ، وهو أن يقول
الخليفة للقاضي: ول من شئت كان له أن يولى غيره، قيل: ما الفرق بين الوصى والقاضي، فإن كلا منهما مفوض إليه من
جهة الغير، والوصى يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاء.

وأجيب بأن أوان وجوب الوصايا ما بعد الموت، وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية، ولا يمكنه
الرجوع إلى الوصى، فيكون الوصى راضياً بالاستعانة من غيره، ولا كذلك القضاء. (مل)

(١٥) أى الخليفة. (ك)

(١٦) الثاني.

إذا فوض إليه^(١) العزل، هو الصحيح.

قال: وإذا^(٢) رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه^(٣)، إلا أن يخالف الكتاب^(٤)، أو السنة^(٥)، أو الإجماع^(٦)، بأن يكون^(٧) قولاً لا دليل عليه. وفي "الجامع الصغير"^(٨): وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي، ثم جاء

(١) أى إلى الأول.

(٢) هذه مسألة القدورى.

(٣) أى نفذه.

(٤) قوله: "إلا أن يخالف الكتاب" كالحكم بحل متروك التسمية عامداً، فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا

مما لم يذكر اسم الله عليه﴾. (ع)

قوله: "إلا أن يخالف الخ" إذا رفع إليه حكم قاض خرج المحكم، ودخل الميت والمعزول، والمخالف لرأيه، لأنه نكرة فى سياق الشرط، فتعم آخر قيد اتفانى إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك ابن كمال نفذه، أى ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه عالمياً باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاءه، ولا يمضيه الثانى فى ظاهر المذهب. (زيلعى وعيني، وابن كمال) لكن فى "الخلاصة": ويفتى بخلافه، وكأنه تيسيراً، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان افتاءً، فيحكم بمذهبه لا غير. (بحر) وسيجىء آخر الكتاب: وأنه إذا ارتاب فى حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافى زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر، وقد تعارفوا فى زماننا القضاء بالموجب، وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه فى ظن القاضى شرعاً من حيث إنه يقضى به، فإذا حكم حنفى بموجب بيع المدير كان معناه الحكم ببطلان البيع. ولو قال الموثق: وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشئ لا يقتضى بطلان نفسه، وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم إلا ما عرى عن دليل، أو خالف كتاباً لم يختلف فى تأويله السلف كمتروك التسمية، أو سنة مشهورة كتحرير بلا وطى مخالفته حديث العسيلة المشهورة، أو إجماعاً كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده، وكبيع أم ولد على الأظهر، وقيل: ينفذ على الأصح، ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر». أو بقباص بتعيين الولى واحداً من أهل المحلة، أو بصحة نكاح المتعة، أو الوقت، أو بصحة بيع معتق البعض، أو بسقوط الدين بمضى سنين، أو بصحة طلاق الدور، وبقاء النكاح وقضاء عبد وصنى وكافر أبداً ونحو ذلك كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرزعة لا ينفذ فى الكل، وعد منها فى الأشباه نيقاً وأربعين، وذكر فى الدرر لما ينفذ سبع صور، والأصل أن القضاء يصح فى موضع الاختلاف لا الخلاف. (در مختار)

(٥) قوله: "أو السنة" أى المشهورة منها كالحكم فى المطلقة ثلاثاً بثبوت الحل بنفس العقد بدون الوطى فإنه

يخالف الحديث المشهور، وهو حديث رفاعة: لا، حتى تدوقى من عسيلته، ويدوق هو من عسيلتك. (ك)

(٦) قوله: "أو الإجماع" كالحكم بجواز بيع متروك التسمية عمداً، فإنه مخالف لما اتفقوا عليه فى الصدر الأول،

فكان قضاءه بخلاف الإجماع. (ك)

(٧) قوله: "بأن يكون الخ" وفى بعض النسخ: أو يكون قولاً لا دليل عليه، كما إذا مضى على الدين سنون،

فحكم بسقوط الدين عن من عليه، لتأخير المطالبة، فإنه لا دليل شرعى يدل على ذلك، كذا فى "العناية". (مل)

(٨) قوله: "وفى الجامع الخ" إنما ذكر رواية "الجامع الصغير" بهذا اللفظ المذكور، لأن فيه فائدتين أحدهما: أنه

قيد فيه بالفقهاء، لأن القاضى إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاءه بموضع الاجتهاد، فعلى قول العامة لا يجب

على الثانى تنفيذ حكمه. والثانية: أنه قيد بقوله: يرى غير ذلك، وفى رواية القدورى لم يتعرض ذلك، وكان يحتمل أن

يحمل قوله: أمضاه فيما إذا كان رأى القاضى الثانى موافقاً لحكم الأول، وأما إذا كان مخالفاً فلا يمضيه، وأما رواية

"الجامع الصغير" فتحكم، بأن ذلك الإمضاء عام سوى المستثنيات من مخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنه لما كان

بعضى حكم القاضى الأول فيما يخالف رأيه ينفذ فيما كان يوافقه أولى. (نهاية)

قاضي آخر يرى غير ذلك أمضاه^(١)، والأصل^(٢) أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ، ولا يردده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول^(٣)، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض^(٤) بما هو دونه^(٥).

ولو قضى^(٦) في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان^(٧) عامداً ففيه روايتان، ووجه النفاذ^(٨) أنه ليس بخطأ بيقين^(٩)، وعندهما لا ينفذ في الوجهين^(١٠)، لأنه قضى بما هو خطأ عنده^(١١)، وعليه الفتوى، ثم المجتهد فيه^(١٢) أن لا يكون مخالفاً؛ لما ذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها، وفيما اجتمع عليه الجمهور^(١٣) لا يعتبر مخالفة البعض^(١٤) وذلك خلاف، وليس

(١) القضاء الأول.

(٢) قوله: "والأصل" أي في تنفيذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة أن إلخ. (٤)

(٣) في احتمال الخطأ.

(٤) الأول، وإلا فينقض الثاني بالثالث وهكذا.

(٥) أي أدنى درجة منه، وهو ما لم يتصل القضاء به. (ن)

(٦) القاضي.

(٧) أي يتعمد مخالفة مذهبه.

(٨) قوله: "ووجه النفاذ [وهو دليل النسيان أيضاً. ع] إلخ" ووجه عدم النفاذ أنه زعم فساد قضاءه وهو مؤاخذ

بقضاءه بزعمه. (٤)

(٩) لكونه مجتهداً فيه. (عناية)

(١٠) النسيان والعمد.

(١١) فهو زاعم بفساد قضاءه.

(١٢) قوله: "ثم المجتهد فيه إلخ" لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه، فقال:

ثم المجتهد فيه ما لا يكون مخالفاً لما ذكرناه من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع، فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه، ولو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض، لأنه باطل بخلاف المجتهد فيه، فإذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فرغ إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول، ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد، وهو نافذ بالإجماع.

والثاني مخالف للإجماع فلا ينفذ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾، فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزويج امرأة الأب وجاريته، ووطنها إن وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه. (٤)

(١٣) أي أجل الناس، وأكثرهم. (٤)

(١٤) قوله: "لا يعتبر إلخ" فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف

الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف مما لم يسوغ اجتهاده ذلك، وأنكر الجميع قوله كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل، فإنه لم يسوغ له ذلك حتى روى أنه رجع إلى قولهم، ولم يتبعه أحد، وأنكروا عليه. فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه، لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه، فأما إذا سوغ له ذلك لم ينقض الإجماع بدونه، كقول ابن عباس في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من

باختلاف، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول^(١).

قال^(٢): وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه^(٣)، فهو في الباطن كذلك^(٤) عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا إذا قضى بإحلال^(٥)، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين^(٦)، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود^(٧)، والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح.

قال: ولا يقضى^(٨) القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه^(٩)، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز^(١٠) لوجود الحجة، وهي البيينة، فظهر الحق، ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة^(١١)، ولا منازعة بدون الإنكار^(١٢)، ولم يوجد^(١٣)، ولأنه^(١٤)

الأخوة، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع. (عناية)

(١) قوله: "والمعتبر الاختلاف إلخ" معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين، لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من الصدر الأول، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن يتقضه. (٤)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) أي فيما بيننا. (٤)

(٤) قوله: "فهو في الباطن [أي عند الله. ع] كذلك [أي حرام]" ومن صورته: امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وأقامت بيينة كاذبة، وقضى القاضي بالفرقة، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف رحمهما الله أولاً: لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً وباطناً، ويحل للثاني ظاهراً وباطناً علم بحقيقة الحال أو لا، وعلى قول محمد لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالماً بحقيقة الحال. (عيني)

(٥) قوله: "وكذا إذا قضى إلخ" يعني إذا قضى القاضي بإحلال شيء في الظاهر فهو في الباطن كذلك، ومن صورته رجل ادعى على امرأة نكاحاً، وهي تجحد، فأقام عليها شاهد زور، وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطئها، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة، وعند محمد رحمه الله لا يحل لهما ذلك. (عيني)

(٦) قوله: "بسبب معين [كنكاح، أو بيع، أو طلاق، أو عتاق لا في الأملاك المرسلة. عناية]" وأما لو ادعى ملكاً مطلقاً بلا بيان السبب فالقضاء فيها بشهادة الزور لا ينفذ باطناً بالإجماع، لأن هناك لا يمكن تصحيح القضاء باطناً، لأنه لا يمكن إنشاء الملك سابقاً، لأن إنشاء الملك مطلقاً بلا سبب ليس في وسع العباد، وتعذر إنشاء السبب، لأن في أسباب الملك كثرة، وليس البعض بأولى من البعض. (نهاية)

(٧) قوله: "في العقود" منها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ما إذا قال: بعنتي هذه الجارية، أو من جهة البائع، مثل ما إذا قال: اشتريت مني هذه الجارية، فإنه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعاً. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية، وأقام شاهدي زور، وقضى القاضي بالفرقة (٤)

(٨) هذا قول القدوري.

(٩) كالوكيل.

(١٠) قوله: "يجوز" أي إذا غاب عن البلد، أو عن مجلس الحكم، واستتر في البلد، وإلا لا، لأن في الاستتار تضييع

الحقوق دون غيره. (٤)

(١١) قوله: "لقطع المنازعة" لأن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل

إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها. (عيني)

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء، لأن أحكامهما^(١) مختلفة. ولو أنكر^(٢) ثم غاب، فكذلك الجواب^(٣)، لأن الشرط^(٤) قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله^(٥)، ومن يقوم مقامه^(٦) قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصى من جهة القاضي^(٧)، وقد يكون حكماً^(٨) بأن كان ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه^(٩) على الحاضر^(١٠)، وهذا^(١١)

(١٢) قوله: "ولا منازعة بدون الإنكار" فإن قيل: قد علمتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت، أوجب بأن الشرع أنزله منكرًا حملًا لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت لو كان عليه دين. وإن قال: سلمنا أن لا منازعة إلا بانكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه، فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك، قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعى صادق ظاهراً لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل فهو لا يترك الإقرار بعقله ودينه أيضاً. (٤)

(١٣) قوله: "ولم يوجد [أى الإنكار]" والبينة بدون حضوره ليس بحجة لاحتمال أن يطعن في الشهود، أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء.

(١٤) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشان. (٤)

(١) قوله: "لأن أحكامهما" أى أحكام القضاء مع البينة عند الإنكار، وأحكام القضاء مع الإقرار مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وعلى الأصل لا على الاختصار فى الحال، وحكم القضاء بالإقرار بخلافه. بيانه: رجل اشترى جارية، فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لم يأخذ ولدها، لأن البينة حجة مطلقة، لأنها كاسمها مبينة مظهرة ملك الجارية من الأصل، فيكون الولد متفرعاً من جارية مملوكة للمستحق، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على البعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير، ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على البعض. (كفاية)

(٢) المدعى عليه.

(٣) قوله: "فكذلك الجواب [لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء. عناية]" يعنى لا يقضى القاضي فى غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكر، وسمم البينة ثم غاب قبل القضاء. (٤)

(٤) أى شرط صحة البينة. (ن)

(٥) قوله: "وفيه خلاف أبي يوسف" فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب، وأوجب بأن الاستصحاب يصلح للدفع للإثبات. (٤)

(٦) قوله: "ومن يقوم إلخ" لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. (٤)

(٧) قوله: "كالوصى إلخ" احتراز عن المسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين، فإنه ذكر فى "الذخيرة": إذا نصب القاضي مسخرًا عن الغائب لا يجوز، ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه، وتفسير المسخر: أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسم الخصومة عليه. (تأهية)

(٨) أى من حيث الحكم. (ك)

(٩) قوله: "سبباً [أى سبباً لازماً. ع] لما يدعيه إلخ" أى سبباً لا محالة، أما إذا لم يكن سبباً لا محالة لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب كما إذا قال لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلنى أن أحملك إليه، فقالت المرأة: إنه كان طلقنى ثلاثاً، وأقامت على ذلك بينة، قبلت بينتها فى قصر يد الوكيل عنها لا فى حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق فالمرأة تحتاج إلى إعادة البينة، لأن المدعى به على الغائب وهو الطلاق ليس سبباً لثبوت ما يدعى على الحاضر، وهو قصر يد الوكيل، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل، بأن لم يكن وكيلاً

فى غير صورة فى الكتب، أما إذا كان^(١) شرطاً لحقه^(٢)، فلا يعتبر به^(٣) فى جعله^(٤) خصماً عن الغائب، وقد عرف تمامه فى "الجامع"^(٥).

قال^(٦): ويقرض القاضى أموال اليتامى^(٧)، ويكتب^(٨) ذكر الحق؛ لأن فى الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال^(٩) محفوظة^(١٠) مضمونة، والقاضى يقدر على الاستخراج، والكتابة لتحفظه. وإن أقرض الوصى ضمن^(١١)؛ لأنه^(١٢) لا يقدر على

بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان كيلاً بالحمل قبل الطلاق، فكان المدعى على الغائب سبباً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: إنه يقضى بقصر يد الوكيل، ولا يقضى بالطلاق والعناق عملاً بهما. (ك)

(١٠) قوله: "على الحاضر" كما إذا ادعى داراً فى يد رجل أنها داره اشتراها من فلان الغائب، وهو يملكها، وأنكر ذو اليد، وقال: الدار دارى، وأقام المدعى بينة على دعواه قبلت بيته، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، ويتنصب الحاضر خصماً عن الغائب، لأن ما يدعى على الغائب وهو الشرى منه سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر، لأن الشرى من المالك سبب له لا محالة. (ك)

(١١) قوله: "وهذا [أى له نظائر فى الكتب] فى غير صورة إلخ" منها إذا ادعى الشفعة فى دار إنسان، وقال ذو اليد: الدار دارى ما اشتريتها من أحد، فأقام المدعى البينة أن ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم، وهو يملكها، وأنه شفيعها يقضى بالشرى فى حق ذى اليد والغائب جميعاً. (ن)

(١) أى ما يدعى على الغائب.

(٢) أى لحق المدعى على الحاضر.

(٣) قوله: "فلا يعتبر به" هذا قول عامة المشايخ، وأما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الإسلام على البيزدوى، وشمس الإسلام محمود الأوزجندى رحمه الله: فللشرط اعتبار أيضاً كما للسبب، لأن دعوى المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط أيضاً. وصورته رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم إن امرأة الخالف ادعت عليه أن فلاناً طلق امرأته، وفلان غائب، وأقامت البينة لا يقبل منها هذه البينة، ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها، وقد أفتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا إذا كان شرطاً يتضرر به الغائب، أما إذا كان شرطاً لا يتضمن ضرراً كما لو قال لامرأته: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، ثم إن المرأة أقامت البينة أن فلاناً دخل الدار، وفلان غائب يقبل هذه البينة، ويحكم بوقوع الطلاق عليها. (كفاية)

(٤) الحاضر.

(٥) الصغير.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) للتفاوت.

(٨) قوله: "ويكتب" أى يكتب كتاباً، وهو الصك لأجل ذكر الحق وهو الأقرض.

(٩) قوله: "لبقاء الأموال محفوظة" فإن القاضى لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة، وإن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك، فلم تكن مضمونة بالقرض تصير محفوظة مضمونة.

فإن قيل: نعم، هو كذلك لكن لم يومن من التوى لحدود المستقرض، أجاب بقوله: والقاضى يقدر على الاستخراج لكونه معلوماً له، وبالكتابة يحصل الحفظ، وينتفى النسيان. (ع)

(١٠) قوله: "محفوظة" ولو كان المستقرض معسراً فى الابتداء لا يجوز له أن يقرضه مال اليتيم. (كفاية)

(١١) قوله: "وإن أقرض الوصى [مألاً اليتامى] إلخ" أى ليس للوصى أن يقرض، فإن فعل ضمن، لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى مانعة لعدم قدرته على الاستخراج، لأنه ليس كل قاضى يعدل،

الاستخراج، والأب بمنزلة الوصى^(١) فى أصح الروايتين^(٢) لعجزه^(٣) عن الإستخراج.

باب التحكيم^(٤)

وإذا حكم^(٥) رجلان رجلا، فحكم بينهما، ورضيا بحكمه جاز؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، وينفذ حكمه عليهما^(٦)، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم، لأنه بمنزلة القاضى فيما بينهما، فيشترط أهلية القضاء^(٧)، ولا يجوز^(٨) تحكيم الكافر، والعبد، والذمى^(٩)، والمحدود فى القذف^(١٠)، والفساق، والوصى^(١١)؛ لانعدام أهلية القضاء، اعتباراً^(١٢) بأهلية الشهادة، والفساق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر^(١٣) فى المولى.

ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما؛ لأنه مقلد من

ولا كل بينة تعدل. (٤)

(١٢) الوصى.

(١) فى إقراض مال الصغير.

(٢) قوله: "فى أصح الروايتين" وبمنزلة القاضى فى رواية، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس، كولاية القاضى، وشقيقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه من يأمن جوده، وإن أخذ الأب قرضاً لنفسه قالوا: يجوز، وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى أنه قال: ليس للأب أن يستقرض مال الصغير لنفسه. (كفاية)

(٣) أب.

(٤) قوله: "باب التحكيم" هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث إن الحكم أدنى مرتبة من القاضى لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه، وعموم ولاية القاضى، وهو مشروع بالكتاب، والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما﴾ والصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم. (عناية)

(٥) أى فوضا الحكم إليه. (نهاية)

(٦) قوله: "وينفذ حكمه عليهما" لا على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب، فحكم هو والبائع رجلا، فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه. (عيني)

(٧) قوله: "فيشترط أهلية القضاء [من الإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية]" فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جار، لأنها من أهل الشهادة فيها. (٤)

(٨) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (عيني)

(٩) قوله: "والذمى" هذا إن حكم المسلمون، وإن حكم أهل الذمة جاز، لأنه من أهل الشهادة بينهم، وتراضيهما عليه فى حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمى ليحكم أهل الذمة صحيح، دون أهل الإسلام. (٤)

(١٠) وإن تاب، لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا.

(١١) هذا كله من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول. (ن)

(١٢) مرتبط بالانعدام.

(١٣) قوله: "كما مر" فى أول أدب القاضى من أن الفاسق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز. (٤)

جهتهما، فلا يحكم إلا برضاها جميعاً^(١١)، وإذا حكم لزمهما^(١٢)؛ لصدور حكمه عن ولاية عليهما، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق^(١٣) مذهبه أمضاه^(١٤)؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم في إبرامه^(١٥) على ذلك الوجه^(١٦)، وإن خالفه^(١٧) أبطله؛ لأن حكمه لا يلزمه^(١٨) لعدم التحكيم منه.

ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص^(١٩)؛ لأنه لا ولاية^(٢٠) لهما^(٢١) على دمهما، ولهذا لا يملك الإباحة^(٢٢)، فلا يستباح^(٢٣) برضاها. قالوا^(٢٤): وتخصيص^(٢٥) الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات^(٢٦)

(١) قوله: "فلا يحكم إلخ" لأن ما كان وجوده من شيئين **ب** بدله من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً.

وإن قيل: إخراج أحدهما سعى في نقض ما تم من جهته، قلنا: ما تم الأمر، وإنما التمام بعد الحكم، ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما حينئذ. (عناية)

(٢) الحكم، كالقاضي إذا قضى ثم عزل فإنه لازم. (٤)

(٣) ذلك الحكم.

(٤) قوله: "أمضاه" وفائدة إمضائه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، ولو لم يمض لتمكن؛ لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه. (عناية)

(٥) إبرام استوار كردن. (م)

(٦) أى على الوجه الذى حكم المحكم.

(٧) الحكم أى مذهب القاضى.

(٨) قوله: "لأن حكمه لا يلزمه" بخلاف حكم الحاكم كما تقدم، فإنه لا يبطله الثانى، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته، فكان قضاءه حجة فى حق الكل، فلا يجوز لقاض آخر أن يردّه. (عناية)

(٩) قوله: "ولا يجوز التحكيم إلخ" لا يجوز التحكيم فى الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفاءها، وأما فى حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه، قال شمس الأئمة من أصحابنا: من قال: التحكيم فى حد القذف والقصاص جائز، وذكر فى "الذخيرة" عن صلح "الأصل": أن التحكيم فى القصاص جائز، لأن الاستيفاء إليهما، وهما من حقوق العباد، فيجوز التحكيم كما فى الأموال، وذكر الخصاص أن التحكيم لا يجوز فى الحدود والقصاص، واختاره المصنف رحمهم الله تعالى. (عناية)

(١٠) قوله: "لأنه لا ولاية إلخ" هو دليل القصاص، ولم يذكر دليل الحدود، قالوا فى ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة فى حق غير المحكمين، فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف رحمه الله. (٤)

(١١) المحكمين.

(١٢) أى إباحتها.

(١٣) الدم.

(١٤) أى المتأخرون من مشايخنا. (عناية)

(١٥) أى تخصيص القدرى.

(١٦) كالكنائيات فى جعلها رجعية.

كالطلاق^(١) والنكاح^(٢) وغيرهما، وهو صحيح، إلا أنه لا يفتى به، ويقال: يحتاج إلى حكم المولى^(٣) دفعاً لتجاسر العوام فيه^(٤).
 وإن حكماه في دم خطأ^(٥)، فقضى^(٦) بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا ولاية له عليهم، إذ لا تحكيم من جهتهم^(٧)، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي، ويقضى^(٨) بالدية على العاقلة^(٩)، لأنه^(١٠) مخالف لرأيه، ومخالف للنص^(١١) أيضاً^(١٢)، إلا^(١٣) إذا ثبت القتل بإقراره^(١٤)؛ لأن العاقلة لا تعقله^(١٥).
 ويجوز أن يسمع^(١٦) البينة، ويقضى بالنكول، وكذا بالإقرار؛ لأنه^(١٧) حكم موافق للشرع، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين^(١٨)، أو بعدالة الشهود، وهما^(١٩) على

(١) قوله: "كالطلاق إلخ" ذكر في "الذخيرة": إذا رفع اليمين بالطلاق المضاف إلى الملك إلى حاكم أصحاب الشافعي ليطلق اليمين، ويجوز النكاح، فالأحسن له أن يقول: أبطلت هذه اليمين، ونقضت هذا الطلاق عملاً بقول عليه السلام: «لا طلاق قبل النكاح». (نهاية)

(٢) بغير إذن المولى.

(٣) كما في الحدود والقصاص.

(٤) أى كيلاً يتطرق الجهالة إلى ذلك هوى إلى هدم مذهبنا. (٤)

(٥) كما إذا رأى صيداً، فإذا أصاب آدمياً.

(٦) الحكم.

(٧) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "على العاقلة" أى أهل النصره من أهل الديون، أو القبيلة، أو أهل الحرف، أو غيرهم.

(١٠) أى لأن حكم المحكم على القاتل بالدية.

(١١) قوله: "ومخالف للنص أيضاً" وهو حديث حمل بن مالك أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال للأولياء: قوموا فدوه. (ك)

(١٢) على ما يأتي في كتاب المعامل. (ن)

(١٣) استثناء من قوله: رده القاضي. (٤)

(١٤) حيثنذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل.

(١٥) قوله: "لأن العاقلة لا تعقله" [ما عقل القاتل ديت داد كشته را. من] "وأما أروش الجروحات إن كانت بحيث لا يتحملها العاقلة، وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمس مائة درهم، ويثبت ذلك بالإقرار، أو النكول أو كانت عمداً، أو قضى على الجاني جاز، لأنه لا يخالف حكم الشرع، وقد رضى الجاني بحكمه عليه، فيجوز. وإن كانت بحيث يتحملها العاقلة بأن كانت خمس مائة فصاعداً، وقد يثبت الجناية بالبينة، وكان خطأ لا يجوز قضاءه بها أصلاً، لأنه إن قضى بها على الجاني فقد قضى بخلاف حكم الشرع، وإن قضى بها على العاقلة فالعاقلة ما رضوا بحكمه. (ن)

(١٦) أى المحكم.

(١٧) أى لأن سماع البينة والقضاء بالنكول، وبالإقرار.

(١٨) قوله: "ولو أخبر إلخ" أى لو قال المحكم بينهما لأحدهما: قد أقررت عدى لهذا بكذا، أو كذا، أو قامت

تحكيمهما يقبل قوله^(١)؛ لأن الولاية قائمة، ولو أخبر بالحكم^(٢) لا يقبل قوله لانقضاء الولاية، كقول المولى بعد العزل.

وحكم الحاكم لأبويه، وزوجته، وولده باطل، والمولى والمحكم فيه^(٣) سواء، وهذا^(٤) لأنه لا تقبل شهادته^(٥) لهؤلاء^(٦) لمكان التهمة، فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتهاء التهمة، فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما^(٧)، لأنه^(٨) أمر يحتاج فيه إلى الرأى، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى من كتاب القضاء^(٩)

قال^(١٠): وإذا كان علو لرجل، وسفل لآخر، فليس لصاحب السفل أن يتد^(١١)

فيه وتدا^(١٢)، ولا يتقب^(١٣) فيه كوة^(١٤) عند أبي حنيفة رحمه الله، معناه بغير رضا عندى عليك بينة لهذا بكذا وبكذا، فعدلوا عندى، وقد ألزمتك ذلك، وحكمت به لهذا عليك، وأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء، أو قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت إلى قوله، وأمضى القضاء عليه ونفذ، لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك، فيملك الإقرار كالقاضى المولى إذا قال فى حال قضاءه لإنسان: قضيت عليك لهذا بإقرارك، أو بينة قامت عندى على ذلك، فإنه يصدق فى ذلك، ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه، فكذا ههنا، إلا أن يخرج من الحكم، ويعزله عنه قبل أن يقول: قد حكمت عليك، ثم قال المحكم بعد ذلك لم يصدق. (ك)

(١٩) أى الخصمان.

(١) المحكم.

(٢) قوله: "ولو أخبر بالحكم" مثل أن يقول المحكم: كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق، لأنه إذا حكم صار معزولا فلا يقبل قوله: إنى حكمت بكذا كالقاضى المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا. (ع)

(٣) أى فى بطلان الحكم.

(٤) أى بطلان الحكم.

(٥) رجل.

(٦) أى الأبوين والزوجة والولد.

(٧) قوله: "لا بد من اجتماعهما" حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز، لأنهما رضيا برأيهما، ورأى الواحد لا يكون كراى الاثنين. (ن)

(٨) أى لأن الحكم.

(٩) قوله: "مسائل شتى [أى متفرقة جمع شتيت]" ذكر فى آخر كتاب أدب القاضى مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا فى آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدرأكا لما فات من الكتاب، ويترجمونه بمسائل شتى، أو منشورة، أو متفرقة، وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء، ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم، وأنه لجدير بالتأخير لا محالة. (ع)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) ميخزند.

(١٢) ميخزند.

صاحب العلو. وقالوا: يصنع ما لا يضر بالعلو^(١)، وعلى هذا الخلاف^(٢) إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه^(٣). قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله^(٤)، فلا خلاف، وقيل^(٥): الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف في ملكه، والملك يقتضى الإطلاق^(٦)، والحرمة بعارض الضرر، فإذا أشكل^(٧) لم يجز المنع، والأصل عنده الحظر^(٨)؛ لأنه تصرف^(٩) في محل تعلق به حق محترم للغير^(١٠) كحق المرتهن والمستأجر^(١١)، والإطلاق^(١٢) بعارض^(١٣)، فإذا أشكل^(١٤) لا يزول المنع، على أنه لا يعرى^(١٥) عن نوع ضرر بالعلو من توهين^(١٦) بناء أو نقضه، فيمنع عنه. قال^(١٧): وإذا كانت زائغة^(١٨) مستطيلة تنشعب^(١٩) منها زائغة مستطيلة، وهي^(٢٠)

(١٣) نقب سوراخ كردن ديوار وجزآن. (م)

(١٤) كوه - بالفتح وبضم - روزن خانه. (من)

(١) لأن التصرف حصل في ملكه. (ع)

(٢) بين الإمام وصاحبيه.

(٣) يعنى زيادة على ما كان. (ك)

(٤) قوله: "تفسير الخ" يعنى أن أبا حنيفة رحمه الله إنما منع صاحب السفلى عن أن يتد فيه وتدا، أو أن ينقب فيه كوة لأن صاحب العلو يتضرر به، ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو قولهما، فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر فيه الآخر فصلا مجمعا عليه. (ك)

(٥) أى ليس هذا تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله بل بينهما خلاف لأن الأصل الخ.

(٦) الإباحة.

(٧) قوله: "فإذا أشكل" يعنى إذا لم يعلم أنه يضره أم لا لا يجوز المنع، لأن الأصل الإطلاق فى تصرف ملكه. (ب)

(٨) منع.

(٩) وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه.

(١٠) وهو صاحب العلو.

(١١) قوله: "كحق المرتهن والمستأجر" فإنهما يمنعان المالك عن التصرف فى المرهون والمستأجر. (مل)

(١٢) للتصرف.

(١٣) وهو الرضاء دون عدم الضرر. (ع)

(١٤) بأن لم يعلم أن فيه ضرراً أم لا؟

(١٥) قوله: "على أنه لا يعرى الخ" إشارة إلى أن القياس قول أبى حنيفة رحمه الله، فوجب منعه. (ك)

قوله: "لا يعرى" فلا يملك صاحب السفلى أن يهدم كل الجدار أو السقف، فكذا بعضه.

(١٦) سست كردن. (م)

(١٧) أى محمد. (عيني)

(١٨) السكة. (ع)

(١٩) عن يمينها ويسارها. (ع)

(٢٠) قوله: "وهى" أى الزائغة الثانية المنشعبة غير نافذة، ولا فرق فى الأولى بين أن تكون نافذة أو غير نافذة فى أن

غير نافذة، فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى؛ لأن فتحه^(١١) للمرور، ولا حق لهم في المرور، إذ هو^(١٢) لأهلها^(١٣) خصوصاً^(١٤)، حتى لا يكون لأهل الأولى^(١٥) فيما بيع فيها^(١٦) حق الشفعة، بخلاف النافذة^(١٧)، لأن المرور فيها حق العامة^(١٨)، قيل: المنع من المرور لا من فتح الباب، لأنه رفع جداره^(١٩)، والأصح أن المنع من الفتح، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه عساه^(٢٠) يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب^(٢١).

وإن كانت^(٢٢) مستديرة قد لزق طرفاها فلهم^(٢٣) أن يفتحوا باباً؛ لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها، إذ هي ساحة مشتركة، ولهذا يشتركون^(٢٤) في الشفعة إذا بيعت دار منها. قال^(٢٥): ومن ادعى في دار دعوى^(٢٦)، وأنكرها الذي هي^(٢٧) في يده، ثم صالحه^(٢٨) منها فهو جائز^(٢٩)، وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسنذكرها

لاحق لأهلها في المشعبة بخلاف ما إذا كانت المشعبة بنافذة، لأن المرور فيها حق العامة، فلأهل الأولى فتح الباب فيها. (ك)

(١) الباب.

(٢) المرور.

(٣) أى لأهل المشعبة.

(٤) لكونها غير نافذة. (٤)

(٥) أى السكة الأولى؛ لأن تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة. (٤)

(٦) أى في السكة المشعبة.

(٧) المشعبة.

(٨) لا للسكان خاصة.

(٩) وله أن يرجع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى. (٤)

(١٠) لعله.

(١١) قوله: "يدعى الحق [بعد فتح الباب] إلخ" لأنه إذا فعل ذلك، وتقدم العهد ربما يدعى شركة في الطريق في تلك الزائغة يستدل على ذلك بالباب والميزاب، ويكون القول قوله من هذا الوجه، فيمنع منه. (ك)

(١٢) قوله: "وإن كانت" أى الزائغة الثانية مستديرة، أى سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة، فلكل واحد منهم أن يفتح بابه في أى موضع شاء، لأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها، وهي بينهم على الشركة. (ن)

(١٣) أى لأهل الزائغة الأولى.

(١٤) أهل الزائغة الأولى.

(١٥) أى محمد. (عيني)

(١٦) ولم يبين المدعى ثلث أو ربه، أو نحوها. (ك)

(١٧) الدار.

(١٨) المدعى.

(١٩) قوله: "فهو جائز" ولقائل أن يقول: جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أولاً، فإن كان الثاني

في الصلح إن شاء الله تعالى. والمدعى^(١) وإن^(٢) كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا؛ لأنه جهالة في الساقط، فلا تفضي^(٣) إلى المنازعة^(٤) على ما عرف^(٥).

قال^(٦): "ومن ادعى داراً في يد رجل^(٧) أنه وهبها له^(٨) في وقت، فسئل

البينة،^(٩) فقال^(١٠): جحدني الهبة^(١١)، فاشتريتها، وأقام المدعى البينة على الشراء

قبل الوقت الذي يدعى فيه الهبة لا تقبل بيته؛ لظهور التناقض، إذ هو يدعى الشراء

بعد الهبة^(١٢)، وهم يشهدون^(١٣) به^(١٤) قبلها^(١٥)، ولو شهدوا به^(١٦) بعدها^(١٧) تقبل

لوضوح التوفيق^(١٨).

صح دعوى من ادعى على إنسان شيئاً، لكنها لم تصح، ذكره في "النهاية" ناقلاً عن الفوائد الظهيرية، وإن كان الأول لما

جاز الصلح فيما نحن فيه جهالة المدعى لكنه صحيح. والجواب باختيار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما

نحن فيه، لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح، لأنه يقطع الشغب والحصام، وذلك يتحقق بالباطل كما

يتحقق بالحق. (٤)

(١) قوله: "والمدعى إلخ" جواب عما يقال: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى، ومعلومية مقداره شرط صحة

الدعوى. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) هذه الجهالة.

(٤) والمانع ما أفضى إلى المنازعة.

(٥) في كتاب الصلح.

(٦) أي محمد. (عيني)

(٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" أي ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً، وسلمها، وأنها ملكه بطريق

الهبة والتسليم، وجحد دعواه ذو اليد، فسئل البينة فقال: لى بيته تشهد على الشراء لأني طلبت منه، فجحد في الهبة

فاضطرت إلى شراءها منه، وأشهدت عليه، وأقام المدعى البينة إلخ. (٤)

(٨) المدعى.

(٩) على دعواه.

(١٠) المدعى.

(١١) وما كانت لى بيته في حق الهبة.

(١٢) قوله: "إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة" لأنه قال: جحدني الهبة فاشتريتها، والفاء للتعقيب. (ك)

(١٣) فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. (٤)

(١٤) أي بالشراء.

(١٥) الهبة.

(١٦) قوله: "ولو شهدوا إلخ" يريد به لو ادعى الشراء بعد الهبة، وشهدوا بالشراء بعد الهبة. (ك)

(١٧) الهبة.

(١٨) قوله: "لوضوح التوفيق" لأنه يمكنه أن يقول: وهب منذ شهر، ثم جحدني الهبة، فاشتريتها هذا للأسبوع،

ولو كان ادعى الهبة، ثم أقام البينة على الشراء قبلها^(١)، ولم يقل جحدنى الهبة، فاشتريتها لم تقبل^(٢) أيضاً، ذكره فى بعض النسخ^(٣)، لأن دعوى الهبة^(٤) إقرار منه بالملك^(٥) للواهب، ودعوى الشراء^(٦) رجوع منه^(٧)، فعد مناقضاً^(٨)، بخلاف ما إذا ادعى الشراء^(٩) بعد الهبة^(١٠)، لأنه تقرير ملكه عندها^(١١).

ومن قال لآخر: اشتريت منى هذه الجارية، فأنكر الآخر إن أجمع^(١٢) البائع على ترك الخصومة^(١٣) وسعه^(١٤) أن يطأها^(١٥)؛ لأن المشتري لما جحد^(١٦) كان فسخاً من جهته، إذ الفسخ يثبت به^(١٧)، كما إذا تجاحدا^(١٨)، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ^(١٩)، وبمجرد العزم^(٢٠) وإن^(٢١) كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل^(٢٢)،

وهذه المسألة تدل على أن التناضض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن للتوفيق، أما إذا أمكن فلا. (ك)

(١) الهبة.

(٢) البيعة.

(٣) للجامع الصغير.

(٤) فى وقت. (ك)

(٥) فى ذلك الوقت. (ك)

(٦) قبل ذلك الوقت. (ك)

(٧) أى من ذلك الإقرار.

(٨) قوله: "فعد مناقضاً" لأنه وإن كانت الشهادة موافقة للدعوى إلا أنه مناقض فى الدعوى. (ك)

(٩) قوله: "بخلاف ما إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا تقبل بينته فى هذا الوجه أيضاً، لأنه ادعى شراء باطلا، لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. قلنا: إذا جحد الهبة فقد فسخها، إذ جحد ما عدا النكاح من العقود فسخ له بخلاف النكاح، لأنه لا يحتل الفسخ، فانفسخت الهبة فى حق المدعى عليه، وتوقف فى حق الآخر على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فقد تم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه، فصح. (ك)

(١٠) حيث تقبل بينته.

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "إن أجمع البائع" أى عزم بقلبه، وقيل: إن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه. (ع)

(١٣) أى عزم وقصد ترك الخصومة. (ن)

(١٤) أى حل له، أى البائع.

(١٥) جارية.

(١٦) العقد. (عناية)

(١٧) قوله: "إذ الفسخ يثبت به" أى بالجحد، لأن الجحد كناية عن الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحد إنكار العقد من الأصل، فكان بينهما مناسبة، فيجعل أحدهما مجازاً عن الآخر. (ن)

(١٨) فإنه يجعل فسخاً لا محالة. (ع)

(١٩) من الجانبين. (ع)

وهو إمساك الجارية ونقلها^(١) وما يضاهايه^(٢)، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري^(٣) فات رضا البائع، فيستبد^(٤) بفسخه.

قال: ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم^(٥)، ثم ادعى أنها زيوف صدق^(٦)، وفي بعض النسخ^(٧) اقتضى، وهو^(٨) عبارة عن القبض أيضاً، ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا^(٩) لو تجوز بها^(١٠) في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالحياد^(١١)، فيصدق^(١٢)، لأنه أنكر قبض حقه^(١٣)، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد، أو حقه، أو الثمن، أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً، أو دلالة فلا يصدق^(١٤).

(٢٠) قوله: "وبمجرد العزم إلخ" جواب شبهة، وهو أن يقال: كيف يثبت الفسخ بعزم البائع على الفسخ، وفسخ العقود لا يثبت بمجرد العزم، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ بمجرد عزمه. (ك)

(٢١) الواو وصلية.

(٢٢) وذلك الفعل لا يحل بدون الفسخ، فيوجد الفسخ دلالة. (ع)

(١) من موضع الخصومة إلى بيته. (ع)

(٢) كالأستخدام. (ع)

(٣) قوله: "ولأنه لما تعذر [بالجور] إلخ" دليل آخر، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتباً على الفسخ من الجانبين، وجعل جحووده فسخاً من جانبه، والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع، وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. (ع)

(٤) أى يستقل البائع.

(٥) قرضاً، أو ثمن سلعة عنده أو غير ذلك. (ع)

(٦) قوله: "صدق [أى القول قوله مع اليمين]" سواء كان مفصولاً أو موصولاً، دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب، والتصريح به في غيره. (ع)

(٧) أى فى بعض نسخ "الجامع الصغير" وقم موضع قبض اقتضى. (ع)

(٨) اقتضاء.

(٩) أى لكون الزيوف من جنس الدراهم.

(١٠) قوله: "لو تجوز بها إلخ" أى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال به كالصرف والسلم جاز، ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالاً، وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. (ع)

قوله: "لو تجوز بها إلخ" تجوز فى هذا آسان فرا گرفت آنرا، وچشم پوشى كرد، وتجاوز الدراهم قبول كدر در مهارا با آنکه مغشوش بودند. (من)

(١١) قوله: "والقبض إلخ" جواب عما يقال: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق، وهو الجياد، ولو أقر بقبض حقه، ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع عنه، فكذا هذا. (عيني)

(١٢) فى دعواه أنها زيوف.

(١٣) أى الجياد.

(١٤) قوله: "فلا يصدق" أى لا يصدق فيما إذا ادعى الزيادة بعد ذلك، لأنه تناقض، أما الأول فظاهر، وكذا فى

والنهرجة^(١) كالزيوف^(٢)، وفي الستوقة^(٣) لا يصدق^(٤)، لأنه ليس من جنس الدراهم^(٥) حتى لو تجوز بها فيما ذكرنا^(٦) لا يجوز، والزيف ما زيفه بيت المال^(٧)، والنهرجة ما يرده التجار^(٨)، والستوقة ما يغلب عليها الغش^(٩).

قال^(١٠): ومن قال لآخر: لك على ألف درهم، فقال: ليس لى عليك شيء، ثم قال فى مكانه: بل لى عليك ألف درهم، فليس عليه شيء^(١١)؛ لأن إقراره هو الأول، وقد ارتد برد المقر له^(١٢)، والثانى^(١٣) دعوى، فلا بد من الحجة^(١٤)، أو تصديق^(١٥) خصمه^(١٦). بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت^(١٧)، وأنكر الآخر له أن يصدقه^(١٨)، لأن^(١٩) أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ^(٢٠)، كما لا يتفرد بالعقد،

غيره، لأن حقه فى الجياد، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً لإقرار منه بقبض الجياد، وكذا الإقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام، فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً. (ك)

(١) معرب نبره، هو الدرهم الذى فضته رديئة، وقيل: الذى الغلبة فيه للفضة. (نهاية)

(٢) قوله: "كالزيوف" أى فى حكم التصديق إذا قال قبض من فلان كذا درهماً، ثم ادعى أنها نهرجة يصدق، كما إذا قال: إنها زيوف. (عيني)

(٣) قوله: "وفى الستوقة" - بالفتح - أراء من النهرج، وعن الكرخى الستوقة عندهم ما كان الصفراء والنحاس هو الغالب، وفى "المسوط": الستوقة كالفلوس فإنه صفر مموه من الجانيين، وهو معرب سه طاقة، أى الطاق الأعلى والأصفل فضة، والأوسط صفر. (ك)

(٤) لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة. (٤)

(٥) فصار مناقضاً.

(٦) أى الصرف والسلم.

(٧) قوله: "ما زيفه [تزييف زبون وناسره كردن درم. م] بيت المال" أى رده، وفى المغرب زافت عليه دراهمه أى صارت مردودة عليه بغش فيها، وقد زيفت، أى ردت. (ن)

(٨) ولعله أردأ من الزيوف. (٤)

(٩) لبن مغشوش مخلوط بالماء. (مغرب)

(١٠) أى محمد. (عيني)

(١١) أى على المقر.

(١٢) قوله: "وقد ارتد برد المقر له" فإن الإقرار بالدين يرتد برد المقر له، وكذا الإقرار بالعين، ولو صدق ثم رد لا يرتد. (ك)

(١٣) وهو قوله: بل لى عليك ألف درهم.

(١٤) أى البينة. (٤)

(١٥) ثانياً.

(١٦) المقر.

(١٧) منى هذه الجارية.

(١٨) أى للآخر المقر له أى بعد الرد لأن الإقرار بالبيع لا يرتد برد المقر له. (ك)

(١٩) قوله: "لأن أحد" فبرده لا يفسخ البيع، فلو صدق بعد ذلك والعقد قائم عمل تصديقه. (ك)

والمعنى^(١) فيه أنه^(٢) حقهما، فبقي العقد، فيعمل التصديق، أما المقر له يتفرد^(٣) برد الإقرار، فافترقا. قال^(٤): ومن ادعى على آخر ما لا فقال: ما كان^(٥) لك على شيء قط، فأقام المدعى البينة على ألف، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيته^(٦)، وكذلك^(٧) على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل، لأن القضاء يتلو الوجوب^(٨)، وقد أنكره^(٩)، فيكون مناقضاً^(١٠). ولنا: أن التوفيق ممكن، لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه دفعاً للخصومة، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل^(١١)، وقد يصلح^(١٢) على شيء، فيثبت^(١٣)، ثم يقضى^(١٤)، وكذا إذا قال: ليس لك على شيء قط، لأن التوفيق أظهر^(١٥). ولو قال: ما كان لك على شيء قط، ولا أعرفك^(١٦) لم يقبل بيته على القضاء، وكذا^(١٧) على الإبراء لتعذر التوفيق، لأنه لا يكون بين اثنين

(٢٠) قوله: "لا يتفرد الخ" قال في الكافي: ذكر في الهداية: أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ، وذكر قبله لأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع، فيستبد بفسخه، والتوفيق بين كلاميه صعب، أقول لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وههنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء، فلا يستبد بالفسخ. (٤)

(١) الوجه.

(٢) الفسخ.

(٣) قوله: "يتفرد" بخلاف ما لو أقر بنسب عبده من إنسان، فكذبه المقر له، ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله النسب من المقر، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال، فلا يرتد بالرد. (ك)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) معناه نفى الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق. (٤)

(٦) قوله: "قبلت بيته" ودلت المسألة على أن التوفيق إذا كان ممكناً بين الكلامين يجب قبول البينة من غير دعوى التوفيق. (ن)

(٧) أي كما تقبل البينة على دعوى القضاء تقبل لو ادعى الآخر الإبراء.

(٨) لأنه تسليم مثل الواجب.

(٩) الوجوب.

(١٠) قوله: "فيكون مناقضاً" أي في دعواه، وقبول البينة يقتضى دعوى صحيحة. (٤)

(١١) كما يقال قضى بحق.

(١٢) بالإنكار.

(١٣) ذلك الشيء.

(١٤) أي يؤدي.

(١٥) قوله: "أظهر" لأن ليس لنفى الحال فصار كأنه قال: ليس لك على شيء في الحال، لأنى قضيت حقتك، ألا ترى أنه لو صرح به يصح. (ك)

(١٦) قوله: "ولا أعرفك" أو ما رأيتك أو ما جرى بيني وبينك مخالطة، ولا أخذ ولا إعطاء، ولا اجتمعت أنا وأنت في موضع، وما أشبه ذلك. (نهاية)

(١٧) أي لا تقبل بيته على الإبراء.

أخذ وإعطاء، وقضاء واقتضاء، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة .
 وذكر القدوري أنه ^(١) تقبل أيضاً، لأن المحتجب ^(٢) أو المخدرة ^(٣) قد يؤذى
 بالشغب ^(٤) على بابه فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه، ولا يعرفه، ثم يعرفه بعد ذلك،
 فأمكن التوفيق ^(٥).

قال ^(٦): ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريتته، فقال: لم أبعها ^(٧) منك قط،
 فأقام البينة على الشراء، فوجد بها ^(٨) إصبعا ^(٩) زائدة ^(١٠)، فأقام البائع البينة أنه برىء
 إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تقبل ^(١١) اعتباراً بما
 ذكرنا ^(١٢)، وجه الظاهر أن شرط البراءة ^(١٣) تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى
 غيره، فيستدعى وجود البيع ^(١٤)، وقد أنكره ^(١٥)، فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه
 قد يقضى ^(١٦) وإن ^(١٧) كان باطلاً على ما مر ^(١٨).

(١) البينة.

(٢) قوله: "لأن المحتجب" أى الرجل المحتجب وهو الذى لا يراه كل أحد لعظمته، وقال تاج الشريعة: المحتجب
 الذى لا يتولى الأمور بنفسه. (عيني) احتجب در پرده شد. (من)

(٣) قوله: "أو المخدرة" أى المرأة التى لم تجر عاداتها بالبروز فى مجلس الحكم. (عيني)
 قوله: "مخدرة" مخدرة كمعظمة زن پرده نشين. (من)

(٤) بالفتح ويحرك، وقيل: الإبراء انكيختن فتنه، وخصومت ونزاع. (من)

(٥) قوله: "فأمكن التوفيق" فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته، وقيل: يقبل
 البينة على الإبراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. (ك)

(٦) أى محمد. (عيني)

(٧) الجارية.

(٨) الجارية.

(٩)

(١٠) قوله: "إصبعا زائدة [وأراد الرذ]" خص هذه العيب بالذكر ليثبت أنه عيب قديم كان فى يد البائع، لأنه
 لا يحدث مثله فى تلك المدة. (ن)

(١١) البينة.

(١٢) قوله: "اعتباراً بما ذكرنا" وهو التوفيق فى الدين، فإنه لو أنكر الدين أصلاً، ثم ادعى قضاءه فإنه يسمع، ولا
 يكون مناقضاً لاحتماله التوفيق على ما ذكرنا، فكذا ههنا. ثم وجه التوفيق ههنا هو أن يكون البائع وكيلاً من المالك فى
 البيع، وكان المالك فى قوله: ما بعته صادقاً، ثم المالك فى دعواه براءته من كل عيب لا يكون مناقضاً. (نهاية)

(١٣) من كل عيب.

(١٤) لأن وجود الصفة بدون وجود الموصوف لا يتصور.

(١٥) البيع.

(١٦) يؤدى.

قال^(١): ذكر حق^(٢) كتب في أسفله، ومن قام^(٣) بهذا^(٤) الذكر فهو ولى ما فيه إن شاء الله تعالى. أو كتب في شراء^(٥)، فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله^(٦)، وهذا^(٧) عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالوا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص^(٨)، وعلى من قام بذكر الحق. وقولهما استحسان ذكره^(٩) في الإقرار^(١٠)، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، لأن الذكر للاستيثاق^(١١)، وكذا الأصل في الكلام^(١٢) الاستبداد^(١٣). وله أن الكل^(١٤) كشيء واحد بحكم العطف، فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله: عبده حر، وامرأته طالق، وعليه المشى إلى بيت الله تعالى إن شاء الله^(١٥)، ولو ترك

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) من قوله: لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه.

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) أى كتاب إقرار بدين. (ك)

(٣) قوله: "ومن قام إلخ" أى من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك، فإن قيل: لماذا يكتب هذا، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه، لأنه توكيل المجهول، والمجهول لا يصلح وكيلًا. قلنا: الغرض من كتابة هذا استماع خصومة الوكيل، فإن التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى تقدير الرضا ههنا يلزم التوكيل بلا رضا. (كفاية)

(٤) الصك.

(٥) قوله: "أو كتب في شراء" أى لو كتب صك الشراء، وكتب في آخره فما أدرك فلانا فيه من درك فعلى فلان خلاص ذلك إلخ. فإن قيل: هذا الكلام لغو، لأن الخلاص على فلان ضمان الثمن، وهو عليه شرط أو لم يشترط. قلنا: يكون اشتراطه توكيدًا، وفيه تمحز عن قول ابن أبي ليلى، لأن عنده لا رجوع بدون الشرط. (ك)

(٦) قوله: "بطل الذكر كله" أى يبطل الصك حتى يبطل الدين الذى فيه، ويفسد الشراء. (مل)

(٧) أى بطلان الصك.

(٨) قوله: "هو على الخلاص" يعنى قوله: إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله: على فلان خلاصه، وعلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقر به لازم. (عيني)

(٩) محمد.

(١٠) من "الميسوط".

(١١) قوله: "لأن الذكر إلخ" أى لأن الصك يكتب للاستيثاق والتأكيد، لا للإبطال، فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذى يليه. (عيني)

(١٢) قوله: "وكذا الأصل إلخ" فلا يكون ما فى الصك مرتبطًا بعبءه ببعض، فيصرف الاستثناء إلى ما يليه. (٤)

(١٣) الاستقلال.

(١٤) قوله: "وله أن الكل إلخ" والجواب عما قالوا: أن الذكر للاستيثاق مطلقًا، أو إذا لم يكتب فى آخره إن شاء الله تعالى، والثانى مسلم، ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل فى الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه، وقد وجد ذلك، وهو العطف. (٤)

فرجة^(١)، قالوا: لا يلتحق^(٢) به، ويصير كفاصل السكوت^(٣).

فصل فى القضاء بالمواريث^(٤)

قال: وإذا^(٥) مات نصراني^(٦)، فجاءت امرأته مسلمة، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالتقول قول الورثة، وقال زفر رحمه الله: القول قولهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات^(٧). ولنا أن سبب^(٨) الحرمان^(٩) ثابت فى الحال، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال^(١٠)، كما فى جريان ماء الطاحونة^(١١)، وهذا ظاهر نعتبره للدفع^(١٢)، وهو يعتبره^(١٣) للاستحقاق^(١٤).

(١٥) فإنه ينصرف إلى الجميع، ولا يلزمه شىء.

(١) قوله: "ولو ترك فرجة" هو أن يترك شىء من البياض قبيل قوله: ومن قام بهذا الذكر ليكون البياض فصلاً بين صك الشراء وصك الإقرار، وبين قوله: ومن قام بهذا الذكر ليصرف الاستثناء إلى قوله: ومن قام بهذا الذكر لا إلى صك الشراء أو الإقرار. (نهاية)

(٢) الاستثناء.

(٣) إذ الفرجة فى الصك كالسكوت فى المنطق. (ك)

(٤) قوله: "فصل" لما كان الموت آخر أحوال المرء فى الدنيا ذكر الأحكام المتعلقة به آخر ما ذكر من أحكام القضاء. (نهاية)

(٥) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) قوله: "وإذا مات إلخ" ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر فى وقت بناء على ثبوته فى وقت آخر، وهو على نوعين: أحدهما: أن يقال: كان ثابتاً فى الماضى، فيكون ثابتاً فى الحال، كحياة المفقود. والثانى: أن يقال: هو ثابت فى الحال، فيحكم بثبوته فى الماضى كجريان ماء الطاحونة، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا، كما عرف فى أصول الفقه. (٤)

(٧) فيجعل موجوداً بعد موته لا قبله.

(٨) الإسلام.

(٩) عن ميراث الزوج النصراني.

(١٠) أى باستصحاب الحال. (٤)

(١١) قوله: "كما فى جريان ماء الطاحونة" فإن أيها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضى المدة فى جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال، فإن كان جارياً فى الحال كان القول قول رب الطاحونة، وإن لم يكن جارياً كان القول قول المستأجر. (عينى)

قوله: "الطاحونة" والطحانة الرحى التى يديرها الماء عن اللبث، وفى جامع الغورى اختلاف، وفى كتب الشروط: الطحانة ما يديره الدابة، والطاحونة ما يديرها الماء. (مغرب)

(١٢) أى لدفع دعوى المرأة للميراث.

(١٣) قوله: "وهو يعتبره إلخ" فيه نظر لأن زفر رحمه الله لم يجعل استحقاقها للميراث فى الحال، بل بأن الأصل فى الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر، والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق. (٤)

ولو مات المسلم، وله امرأة نصرانية، فجاءت مسلمة بعد موته، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: أسلمت بعد موته، فالتقول قولهم^(١) أيضاً، ولا يحكم^(٢) الحال، لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، وهي^(٣) محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون^(٤)، ويشهد^(٥) لهم ظاهر الحدوث أيضاً.

قال^(٦): ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة، فقال المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يدفع المال إليه، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة^(٧)، فصار كما إذا أقر أن حق المورث، وهو^(٨) حتى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه^(٩) منه^(١٠) حيث لا يؤمر بالدفع^(١١) إليه^(١٢)، لأنه أقر بقيام حق المودع، إذ هو^(١٣) حتى، فيكون^(١٤) إقراراً على

(١٤) أى لاستحقاق المرأة الميراث والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. (ك)

(١) أى الورثة.

(٢) أى لا يقال: إنها مسلمة فى الحال، فتكون مسلمة قبل موته.

(٣) المرأة.

(٤) قوله: "أما [إشارة إلى معنى آخر. ع] الورثة إلخ" الحاصل أن المرأة تملك فى هذه المسألة بما يتمسك به الورثة فى المسألة الأولى، والورثة فى هذه المسألة يتمسكون بما تمسكت به المرأة فى المسألة الأولى غير أنها فى المسألتين تملك بالظاهر لإثبات الاستحقاق، والظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق، والورثة هم الدافعون جميعاً فى المسألتين. (كفاية)

(٥) قوله: "ويشهد لهم إلخ" دليل آخر هو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبراً فى الدلالة كان ظاهر زفر رحمه الله فى المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب، ويحتاج إلى مرجح، والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر فى الدفع لا فى الإثبات، وزفر رحمه الله يعتبره للإثبات. (عيني)

(٦) أى محمد. (عيني)

(٧) عن الميت.

(٨) المورث.

(٩) أى عين الوديعة.

(١٠) أى من المودع.

(١١) قوله: "لا يؤمر إلخ" فإذا امتنع فى الوديعة حتى هلك هل يضمن أو لا؟ قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن، وكان ينبغى أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه كالمنع من المودع، وفى المنع عنه يضمن، فكذا من وكيله، وإن سلمها له أن يستردها؟ قيل: لا يملك ذلك، لأنه يصير ساعياً فى نقض ما تم من جهته.

ولقائل أن يقول: كان الواجب فى المسألة الأولى لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت فى المال باعتبار ما يوجب قيامه لحاجته إليه كالدين وغيره، فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك، والجواب أن استحقاق الوارث يثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت فى المال متوهم، فلا يؤخر اليقين به. (٤)

(١٢) أى إلى ذلك الرجل.

(١٣) المودع.

مال الغير^(١)، ولا كذلك بعد موته^(٢)، بخلاف المديون^(٣) إذا أقر بتوكيل^(٤) غيره بالقبض، لأن الديون تقضى بأمثالها^(٥)، فيكون^(٦) إقرارا على نفسه^(٧)، فيؤمر بالدفع إليه.

ولو قال المودع لآخر^(٨): هذا ابنه^(٩) أيضاً، وقال: الأول^(١٠) ليس له ابن غيري، قضى بالمال للأول^(١١)؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال، فيكون هذا^(١٢) إقرارا على الأول، فلا يصح إقراره للثاني كما^(١٣) لو كان الأول ابناً معروفاً؛ ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له، فصح، وحيث أقر للثاني له مكذب^(١٤)، فلم يصح. قال^(١٥): وإذا قسّم الميراث بين الغرماء والورثة^(١٦)، فإنه لا يؤخذ منهم كفيلاً،

(١٤) هذا الإقرار.

(١) فلا يصح.

(٢) قوله: "ولا كذلك بعد موته [المودع]" لأنه زعم أن الميت لم يبق مالكا، وأن المالك هو الوارث، فلم يكن في تصحيح إقراره تنفيذ إقراره في ملك الغير. (ك)

(٣) حيث يؤمر بالدفع إليه.

(٤) من الدائن.

(٥) لا بأعيانها.

(٦) أي إقرار المديون بأنه وكيل بالمطالبة والقبض. (ن)

(٧) لوجوب القضاء عليه.

(٨) بعد أن قال لرجل: أنه ابنه.

(٩) الميت.

(١٠) الابن الأول.

(١١) قوله: "قضى بالمال للأول" وهل يضمن للثاني إذا دفع إلى الأول بغير قضاء يضمن نصفه للثاني، كذا في "النهاية". (ك)

(١٢) الإقرار الثاني.

(١٣) أي كما لا يصح الإقرار للثاني.

(١٤) هو الأول.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) قوله: "إذا قسم الخ" إذا حضر رجل، وادعى داراً في يد آخر أنها لأبيه مات، وتركها ميراثاً له، وأنكر ذو اليد، وأقام بينته، وهم شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار، ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره، فإن القاضي يتأخر زماناً على قدر ما يرى، وقدر الطحاوي بالحول.

فإن حضر وارث غيره قسمت بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر لا يحجب حرماناً كالأب والابن، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ، فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله، وقول أبي حنيفة رحمه الله مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب، ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيلاً بما دفع إليه؟ قال أبو

ولا من وارث، وهذا^(١) شيء احتاط به بعض القضاة^(٢) وهو ظلم، وهذا^(٣) عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: يأخذ^(٤) الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين، والإرث بالشهادة، ولم يقل الشهود^(٥): لا نعلم له وارثاً غيره.

لهما: أن القاضي ناظر للغيب^(٦)، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً، أو غريباً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة، فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع^(٧) الآبق^(٨) واللقطة إلى^(٩) صاحبه^(١٠)، أو أعطى امرأة الغائب النفقة^(١١) من ماله^(١٢).

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حق الحاضر ثابت قطعاً^(١٣) أو ظاهراً، فلا يؤخر^(١٤) لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت^(١٥) الشراء^(١٦) ممن في يده، أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع^(١٧) في دينه لا يكفل^(١٨)، ولأن^(١٩) المكفول له مجهول^(٢٠)،

حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم، قيل: أراد به ابن أبي ليلى، وقالوا: له ذلك. (مل)

(١) أى أخذ الكفيل.

(٢) ابن أبي ليلى.

(٣) أى عدم أخذ الكفيل.

(٤) القاضي.

(٥) قوله: "لم يقل الخ" أما إذا قالوا: لا نعلم وارثاً غيره دفع إليه من غير كفيل، ولا تأن عندهم. (ك)

(٦) كركم جمع غائب.

(٧) القاضي.

(٨) العبد الآبق.

(٩) أى إلى رجل ثبت عنده أنه صاحبه. (ع)

(١٠) فإنه يأخذ كفيلاً. (ع)

(١١) قوله: "وأعطى [أى القاضي] امرأة الغائب الخ" هى امرأة تستنفق، وزوجها غائب، وله عند رجل رديعة،

والمودع مقر بالوديعة والزوجة فالقاضي يفرض لها النفقة، ويأخذ منها كفيلاً. (ك)

(١٢) الغائب.

(١٣) قوله: "ثابت قطعاً" إن لم يكن له وارث آخر يبين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع، ولم يظهر عند

الحاكم، فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر الخ. (ع)

(١٤) حقه. (ك)

(١٥) بالبينة.

(١٦) فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعى. (ع)

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "لا يكفل" أى لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذى أثبت شراؤه بالحجة، ولا يؤخذ الكفيل من رب

الدين الذى أثبت دينه على العبد حتى يبيع العبد لأجل دينه، وإن كان يتوهم حضور مشتريه قبله، وغريم آخر فى حق

فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة^(١)، لأن حق الزوج ثابت^(٢)، وهو^(٣) معلوم، وأما الآبق واللقطة^(٤) ففيه روايتان، والأصح أنه على الخلاف^(٥).

وقيل: إن دفع^(٦) بعلامة اللقطة^(٧) أو إقرار العبد^(٨) يكفل بالإجماع، لأن الحق غير ثابت^(٩)، ولهذا كان له^(١٠) أن يمنع^(١١)، وقوله^(١٢): وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل، وهذا^(١٣) يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ ويصيب^(١٤)، لا كما ظنه البعض^(١٥).

قال^(١٦): وإذا كانت الدار فى يد رجل، وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها

العبد، فعلم أن المتيقن المعلوم لا يؤخر إلى زمان التكفيل لأمر موهوم. (ك)

قوله: "يكفل" إكفال پذيرفتار گردانیدن كسى را. (من)

(١٩) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل. (٤)

(٢٠) فلا يصح.

(١) جواب عما استشهد به. (٤)

(٢) فى الوديعة.

(٣) أى الزوج معلوم، فلا يلزم جهالة المكفول له.

(٤) قوله: "وأما الآبق إلخ" يعنى أن الآبق واللقطة فى كل واحد منهما روايتان، قال فى رواية: لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً، وقال فى رواية: أحب إلى أن يأخذ منه كفيلاً، قالوا فى "شرح الجامع الصغير": والصحيح أن الرواية الأولى قول أبى حنيفة رحمه الله، فلا يصح القياس حينئذ. (عناية)

(٥) أى بين الإمام وصاحبيه.

(٦) القاضى.

(٧) أى بإخبار المدعى عن علامة فى اللقطة.

(٨) قوله: "إقرار العبد" أى إقرار العبد الآبق أنه لفلان. (ك)

(٩) إذ العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق. (ق)

(١٠) أى القاضى.

(١١) من الدفع.

(١٢) أى قول أبى حنيفة. (٤)

(١٣) أى إطلاق الظلم على المجتهد فيه. (٤)

(١٤) قوله: "أن المجتهد إلخ" وقول من قال: كل مجتهد مصيب ينزع إلى مذهب الاعتزال لما أن عندهم الأصلح واجب على الله تعالى، فكان صيانة الله المجتهدين، وتقريرهم على الصواب واجباً عليه، ويلزم من هذا ضرورة أن يقال: كل مجتهد مصيب. (ك)

(١٥) قوله: "لا كما ظنه البعض" ونسبوا القول بأن كل مجتهد مصيب إلى أبى حنيفة رحمه الله، وإنما وقعوا فى هذا الظن بسبب ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال: أبو يوسف بن خالد الشمنى، فكل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، قلنا: معنى هذا الكلام أنه مصيب فى حق عمله حتى أن عمله به يقع صحيحاً شرعياً، وإن كان مخطئاً للحق عند الله تعالى. (ك)

ميراثاً بينه وبين أخيه، فلان الغائب قضى له بالنصف^(١)، وترك النصف لآخر في د
الذي هي في يديه، ولا يستوثق منه^(٢) بكفيل، وهذا^(٣) عند أبي حنيفة رحمه الله،
وقالا: إن كان^(٤) الذي في يديه جاحداً أخذ^(٥) منه، وجعل في يد أمين^(٦)، وإن لم
يجحد ترك في يده^(٧). لهما: أن الجاحد خائن، فلا يترك المال في يده، بخلاف
المقر، لأنه أمين، وله: أن القضاء وقع للميت^(٨) مقصوداً، واحتمال كونه^(٩) مختاراً
للميت ثابت، فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً^(١٠)، وجحوده^(١١) قد ارتفع بقضاء
القاضي، والظاهر عدم الجحود^(١٢) في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له
وللقاضي^(١٣). ولو كانت الدعوى^(١٤) في منقول فقد قيل: يؤخذ^(١٥) منه^(١٦) بالاتفاق،
لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ^(١٧)، والنزع أبلغ فيه^(١٨)، بخلاف العقار لأنها محصنة^(١٩)

(١٦) أي محمد. (عيني)

(١) أي بنصف الدرار

(٢) أي من ذى اليد.

(٣) أي ترك النصف الآخر في يد من في يده. (٤)

(٤) وقت دعوى الابن.

(٥) النصف.

(٦) حتى يقدم الغائب.

(٧) لأنه أمين.

(٨) قوله: "وقع للميت" لأن الوارث قال: هذا ميراث، ولا إرث إلا بثبوت الملك للورثة، ولذا يقدم ديونه على

الميراث، وينفذ وصاياه منه. (ك)

(٩) ذى اليا..

(١٠) من في يده.

(١١) جواب عن قولهما: إن الجاحد خائن. (ك)

(١٢) قوله: "والظاهر عدم الجحود" جواب عما قيل: لما جحد مرة فالظاهر أنه يدوم على جحوده، فقال: والظاهر

عدم الجحود في المستقبل، لأن من الجائر أن جحوده لاشتباه الأمر عليه، وقد صارت الحادثة معلومة له بشهادة الشهود،
وللقاضي أيضاً، وبعد ما صار مسجلاً مبيناً في خريطة القاضي يؤمن جحود ذى اليد لعلمه أنه لا يلتفت إلى ذلك، ويؤمن
تصرفه فيه لعلمه أن ذلك القاضي لا يمكنه منه. (ك)

(١٣) قوله: "لصيرورة الحادثة إلخ" لا يقال: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة، واحتراق الخريطة أمور

محتملة، فكان الجحود محتملاً، لأن ذلك نادر، والناذر لا حكم له. (٤)

(١٤) والمسألة بحالها.

(١٥) النصف الآخر.

(١٦) أي من ذى اليد.

(١٧) قوله: "لأنه يحتاج إلخ" أما إنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه للانتقال من محل، وأما إن

بنفسها، ولهذا^(١) يملك الوصى^(٢) بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا حكم^(٣) وصى الأم^(٤) والأخ والعم على الصغير. وقيل: المنقول على الخلاف أيضاً^(٥)، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه^(٦) أظهر^(٧) لحاجته إلى الحفظ^(٨)، وإنما^(٩) لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء الخصومة^(١٠)، والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشاءها. وإذا حضر الغائب^(١١) لا يحتاج إلى إعادة البيعة^(١٢)، ويسلم إليه النصف بذلك القضاء^(١٣)، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق له^(١٤)، وعليه^(١٥) ديناً كان أو عيناً، لأن المقضى له، وعليه إنما هو الميت في الحقيقة، وواحد من الورثة

الزرع أبلغ فيه، فلأنه لما جحد من يده يتصرف فيه لحياته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزع الحاكم ووضعه على يد أمين كان هو عدلاً ظاهراً، فكان المال به محفوظاً. (٤)

(١٨) أى فى الحفظ.

(١٩) محفوظة.

(١) أى لكون المنقول محتاجاً إلى الحفظ. (ك)

(٢) ولو لا أنه محتاج إلى الحفظ لما ملك الوصى ذلك. (ك)

(٣) قوله: "وكذا حكم وصى إلخ" أى فى بيع المنقول من تركه الموصى، ولا يكون له بيع منقول ملك الصغير لا من جهة الموصى، وهذا لأن التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه، وملك الورثة من وجه، فأثبتنا للوصى الحفظ باعتبار ما بقى للميت من الملك فى تركته دون مال آخر. وفى "الذخيرة": أما وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغار عن الأب العقار، والمنقول فى ذلك سواء، لأن وصى الأم قائم مقام الأم، والأم حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير العقار، والمنقول المشغول بالدين والحال فى ذلك سواء. (ك)

(٤) قوله: "وصى الأم والأخ، والعم" وإنما خصهم لأنه ليس لهم ولاية التصرف، ولهم ولاية الحفظ، وهذا من

باب الحفظ. (ن)

(٥) يعنى لا يؤخذ نصيب الغائب من المدعى عليه على قوله: خلافاً لهما.

(٦) أى فى المنقول.

(٧) أى من قوله فى العقار.

(٨) قوله: "لحاجته إلى الحفظ" والحفظ بالترك فى يده أتم، لأنه يصير محفوظاً صورة، ومعنى لأنه لو هلك فى يده يجب عليه الضمان، لأنه بالإنكار صار ضامناً، ولو أخذ من يده ووضع فى يد أمين لا يصير محفوظاً معنى، لأنه غير مضمون عليه. (ك)

(٩) راجع إلى قوله: ولا يستوثق منه بكفيل.

(١٠) قوله: "لأنه إنشاء الخصومة" لأن ذاليد ربما لا يسامح نفسه فى دفع الكفيل، والآخر الحاضر يطالبه بالكفيل،

فينشأ الخصومة. (ن)

(١١) وأراد أخذ نصيبه.

(١٢) لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه.

(١٣) السابق.

(١٤) أى للميت.

(١٥) أى على الميت.

يصلح خليفة عنه^(١) في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه^(٢)، لأنه^(٣) عامل فيه لنفسه، فلا يصلح نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفى^(٤) إلا نصيبه، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت^(٥) إلا أنه^(٦) إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده^(٧) ذكره^(٨) في "الجامع"^(٩)، لأنه لا يكون خصماً بدون اليد^(١٠)، فيقتصر القضاء على ما في يده.

ومن قال^(١١): مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة^(١٢)، وإن أوصى بثلاث ماله فهو على ثلاث^(١٣) كل شيء، والقياس^(١٤) أن يلزمه التصديق بالكل، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال^(١٥) كما في الوصية. وجه الاستحسان أن إيجاب العبد^(١٦) يعتبر^(١٧) بإيجاب الله تعالى، فينصرف

(١) أى عن الميت.

(٢) قوله: "بخلاف إلخ" جواب عما يقال: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. (عيني)

(٣) المستوفى.

(٤) الحاضر.

(٥) على رجل فإنه يقضى بالكل، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه.

(٦) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء عن قوله: لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي، معناه أن استحقاق الكل على أحد الورثة إنما يكون استحقاقاً على الباقي إذا كان الكل في يده. (ك)

(٧) قوله: "إذا كان الكل إلخ" يعني لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون هو خصماً في جميع الدين، ولا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت الـ كة جميعاً في يده. (عيني)

(٨) قوله: "ذكره [أى محمد] في الجامع" ذكر فيه أنه إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر، ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره. (ك)

(٩) الكبير. (عيني)

(١٠) قوله: "لا يكون خصماً إلخ" لأن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذى اليد، وإنما ينتصب خصماً عن الكل إذا كان المدعى في يده، وهذا بخلاف دعوى الدين، فإن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت، وعن باقى الورثة في دعوى

الدين على الميت، وإن لم يكن في يده شيء من التركة. (ك)

(١١) ندرأ.

(١٢) قوله: "فهو على ما فيه الزكاة" أى يجب عليه صدقة جميع ما يملك من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة كالنقدين، ومال السواثم، وأموال التجارة بقليلها وكثيرها، ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه، لأن ذلك يتعلق به الزكاة إذا انضم إليه غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر، ولا يجب عليه التصديق بما لا يكون من جنس ما

يجب فيه الزكاة كالعقار والرقيق، وأثاث المنازل، وثياب البذلة وغير ذلك. (ك)

(١٣) ولا يختص بما فيه الزكاة.

(١٤) فى الأول. (٤)

(١٥) عما لا يجب فيه الزكاة وما يجب فيه الزكاة.

إيجابه^(١) إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال، أما الوصية فأخت الميراث، لأنها خلافة كهى^(٢)، فلا يختص^(٣) بمال دون مال.

ولأن^(٤) الظاهر التزام الصدقة^(٥) من فاضل ماله^(٦)، وهو مال الزكاة، أما الوصية فتقع في حال الاستغناء^(٧)، فينصرف إلى الكل^(٨)، وتدخل فيه^(٩) الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله، لأنها سبب الصدقة^(١٠)، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة^(١١) عنده^(١٢). وعند محمد رحمه الله^(١٣) لا تدخل، لأنه^(١٤) سبب المؤنة^(١٥)، إذ جهة المؤنة^(١٦) راجحة عنده^(١٧)، ولا يدخل^(١٨) أرض الخراج بالإجماع

(١٦) في النذر.

(١٧) يقاس؛ إذ ليس للعبد الإيجاب مبتدأ لئلا ينزع إلى الشركة. (٤)

(١) العبد.

(٢) قوله: "لأنها [الوصية] خلافة كهى" كالوراثه من حيث إنهما يشبتان الملك بعد الموت، والله تعالى أوجب

الموارث في كل عين ودين. (ك)

(٣) الوصية.

(٤) دليل آخر من حال الناذر.

(٥) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما يقوم به حوائجها الأصلية. (٤)

(٦) حال الحياة.

(٧) عن الأموال.

(٨) فإن بعد موته يكون جنس ماله فاضلا.

(٩) أى في هذا النذر.

(١٠) قوله: "لأنها سبب الصدقة" وهى العشر، فصارت الأرض العشرية بمنزلة أموال التجارة من حيث كل واحد

منهما من جنس أموال يجب فيها الصدقة. (ن)

(١١) ولهذا لا يجب العشر ابتداء على الكافر، ومصرفه مصرف الزكاة.

(١٢) أى عند أبي يوسف.

(١٣) وأبى حنيفة.

(١٤) قوله: "لأنه" أى لأن الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر. (٤)

(١٥) فأشبهه الخراج فصار مثل عبيد الخدمة. (٤ و ك)

(١٦) قوله: "جهة المؤنة" مؤنت عبارات است از چیزے كه واجب شود آن چیز بر انسان بسبب غير، چنانچه

نقحه بر اے حيوان كذا فى تبين الأصول والمؤنة عبارة عما هو سبب بقاء الشيء الذى كان وجوبه على الإنسان بسبب

الغير كالنقطة. ثم العشر والخراج سببان لبقاء الأرض فى أيدي الملاك لما أن مصرف العشر الفقراء، ومصرف الخراج المقاتلة

فالمقاتلة يدفعون قاصدى أهل الإسلام، والفقراء يدعون بنصرة أهل الإسلام على الكفار، كذا فى "النهاية"، والخوارزمى.

(اصطلاحات از خواجه بوهان الدين بن خواجه سيف الدين أورنگ آبادى)

(١٧) لأن سببه الأرض النامية كما فى الخراج. (كافى)

(١٨) فى هذا النذر.

لأنه يتمحض مؤنة^(١). ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين، فقد قيل: يتناول كل مال، لأنه^(٢) أعم من لفظ المال^(٣)، والمقيد^(٤) إيجاب الشرع^(٥)، وهو مختص بلفظ المال، ولا مخصص في لفظ الملك^(٦)، فبقى^(٧) على العموم، والصحيح أنهما^(٨) سواء^(٩)، لأن الملتزم باللفظين^(١٠) الفاضل عن الحاجة على ما مر^(١١)، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته^(١٢)، ثم إذا أصاب شيئاً^(١٣) تصدق بما أمسك، لأن حاجته هذه مقدمة^(١٤)، ولم يقدر^(١٥) بشيء^(١٦) لاختلاف أحوال الناس فيه^(١٧).

وقيل: المحترف يمسك قوته ليوم، وصاحب الغلة^(١٨) لشهر^(١٩)، وصاحب

(١) قوله: "لأنه [الخراج] يتمحض مؤنة [وفيها معنى العقوبة، وليست بعبادة من وجه. كافي]" لأن مصرف الخراج المقاتلة، وفيه الأغنياء. (عيني)

(٢) أى لأن لفظ الملك.

(٣) قوله: "أعم من لفظ المال" لأن لفظ الملك يطلق على المال وغيره، فإنه يقال: ملك النكاح، وملك القصاص، وملك المنفعة، واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال، فإذا كان لفظ الملك أعم يظهر لعمومه زيادة مزية على المال، وذلك فى أن ينصرف إلى كل مال، فصار كأنه قال: كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة. فحيثما ينصرف إلى مال الزكاة وغيره، كذا هذا. (ك)

(٤) قوله: "والمقيد [بمال الزكاة] إلخ" جواب عما يقال: الصدقة فى الأموال مقيدة فى الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. (مل)

(٥) قوله: "إيجاب الشرع" وهو قوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾، وقوله عليه السلام: «هاتوا ربع عشر أموالكم». (ك)

(٦) قوله: "ولا مخصص إلخ" إذ لم يوجد من الله تعالى إيجاب الصدقة مضافاً إلى الملك مخصصاً بأموال الزكاة. (عيني)

(٧) فيه نظر لأنه حيثما لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع. (٤)

(٨) قوله: "والصحيح أنهما" أى أن لفظ الملك ولفظ المال سواء يعنى يختصان بالأموال الزكائية. (مل)

(٩) قوله: "سواء" أى حكم الملك كحكم المال، حتى لا يعمان جميع الأموال من العقار والرقيق، وثياب البذلة، بل يخصان بالأموال التى فيها الزكاة. (ن)

(١٠) أى لفظ المال، ولفظ الملك.

(١١) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله. (عيني)

(١٢) قوله: "قوته" قوت - بالضم - خورش باندازه قوام بدن إنسان. (من)

(١٣) من الدنيا.

(١٤) قوله: "لأن حاجته هذه مقدمة [على الصدقة]" إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله، ويسأل الناس من يومه. (٤)

(١٥) قوله: "ولم يقدر" على صيغة المجهول، أى لم يبين فى "المبسوط" مقدار ما يمسك. (عيني)

(١٦) أى مقدار ما يمسك. (ن)

(١٧) لقلّة عياله وكثرة عياله. (ن)

الضياع لسنة^(١) على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال^(٢)، وعلى هذا صاحب التجارة يمك بقدر ما يرجع إليه ماله.

قال^(٣): "ومن أوصى إليه^(٤)، ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً^(٥) من التركة فهو وصى، والبيع جائز، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم^(٦).
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل^(٧) الأول أيضاً، لأن الوصاية إنابة بعد الموت، فتعتبر^(٨) بالإنابة قبله^(٩)، وهي الوكالة.

وجه الفرق^(١٠) على الظاهر^(١١) أن الوصاية خلافة^(١٢) لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة^(١٣)، فلا يتوقف^(١٤) على العلم كما في تصرف الوارث^(١٥)، أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه^(١٦)، فيتوقف على العلم^(١٧)، وهذا^(١٨) لأنه لو توقف^(١٩) على

(١٨) أى صاحب الدور والحوانيت والبيوت التى يوجرها الإنسان. (ك)

(١٩) قوله: "الغلة" غلة - بالفتح - در آمد هر چیزی از حبوب، وبقود، وجزآن، وآمد كراية مكان ومزد غلام وما حصل زمين. (من)

(٢٠) أى يمك قوته لشهر.

(١) أى يمك قوته لسنة.

(٢) قوله: "على حسب التفاوت إلخ" لأن يد الدهقان إما يصل إلى ما ينفق سنة فسنته ويد صاحب الغلة شهراً، فشهراً ويد العامل يوماً فيوماً، فلما وصل ماله إليه يتصدق المقدار الذى أمسك. (ن)

(٣) أى محمد. (عيني)

(٤) أى جعل وصياً.

(٥) بعد موت الوصى.

(٦) أنه وكيل لتوقف التوكل على العلم.

(٧) فى الفصل "أى لا يجوز بيع الوصى قبل العلم بالوصاية أيضاً اعتباراً بالوكالة.

(٨) تقاس.

(٩) الموت.

(١٠) بينهما.

(١١) أى ظاهر الرواية.

(١٢) لا إنابة.

(١٣) وهو زمان ما بعد الموت.

(١٤) الوصاية.

(١٥) قوله: "كما فى تصرف الوارث" لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه، فكذا الوصى. (ك)

(١٦) فإنه حى.

(١٧) قوله: "فيتوقف [الإنابة] على العلم" فإن قيل: إذا قال لرجل: اشتر عبيدى من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان،

وباع عبده صح من غير توقف على علمه.

العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول^(١) يفوت لعجز الموصى.

ومن أعلمه^(٢) من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، لأنه إثبات حق^(٣) لا إلزام أمر. قال: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده^(٤) شاهدان^(٥)، أو رجل^(٦) عدل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: هو والأول^(٧) سواء^(٨)، لأنه من المعاملات، ويخبر الواحد فيها^(٩) كفاية. وله: أنه خبر ملزم^(١٠)، فيكون شهادة من وجه، فيشترط أحد شطريها^(١١) وهو العدد^(١٢) أو العدالة بخلاف الأول^(١٣)، وبخلاف^(١٤) رسول الموكل^(١٥)، لأن عبارته كعبارة المرسل^(١٦) للحاجة إلى

أجيب بأنه على الروایتين، ووجه الفرق على رواية الجواز أنه يثبت ضمناً، والكلام في الوكالة التي تثبت قصداً. (٤)

(١٨) أى توقف الوكالة على العلم دون الوصاية.

(١٩) الوكالة.

(١) أى أن الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر.

(٢) قوله: "ومن أعلمه [الوكيل] إلخ" أى إذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من

إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عدلاً، أو على أضعاف ذلك بعد ما كان مميزاً جاز تصرفه. (٤)

(٣) قوله: "لأنه إثبات حق" أى إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه

كاف. (عيني)

(٤) قوله: "حتى يشهد إلخ" أى يخبر مخبران، والمراد بالشهادة الإخبار، لأن لفظ الشهادة هنا ليس بشرط. (ك)

(٥) قوله: "شاهدان إلخ" العدالة شرط في المخبرين هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لو صح هذا

الخبر من الفاسقين لكان إلزاماً بقول الفاسق، وذلك لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني، وزعم أنه هو المذهب عند أبي حنيفة، ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول على ما إذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة، كذا في "النهاية". (ك)

(٦) واحد. (ك)

(٧) أى الإعلام بالوكالة.

(٨) أى في الاكتفاء بخبر الواحد.

(٩) أى في المعاملات بدون الإلزام.

(١٠) قوله: "أنه خبر ملزم" لما فيه من ضرر يلزم الآخر من حيث منعه عن التصرف، فيكون شهادة من وجه،

ويشبه التوكيل من حيث إن المتصرف يتصرف في ملكه، فوجب أن يشترط أحد شطري الشهادة، وهو العدد أو العدالة توفيراً على الشبهين حظهما والإلزام من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر مشروطاً بلفظ الشهادة. (ك)

(١١) الشهادة.

(١٢) بأن يكون اثنين.

(١٣) قوله: "بخلاف الأول" أى الإعلام بالوكالة، فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يكن في معناه أصلاً، فلم

يشترط فيه شيء من ذلك. (٤)

(١٤) فإنها لا يشترط فيه العدد أو العدالة.

(١٥) إلى الوكيل.

(١٦) فصار كأنه حضره. (ك)

الإرسال^(١)، وعلى هذا الخلاف^(٢) إذا أخبر المولى بجناية عبده^(٣)، والشفيع^(٤)،
والبكر^(٥)، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا^(٦).

قال^(٧): وإذا باع القاضي^(٨) أو أمينه عبداً للغرماء^(٩)، وأخذ^(١٠) المال^(١١)
فضاع^(١٢)، واستحق العبد^(١٣) لم يضمن^(١٤)؛ لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي،
والقاضي قائم مقام الإمام، وكل واحد منهم^(١٥) لا يلحقه ضمان^(١٦)؛ كيلا يتقاعد
الناس عن قبول هذه الأمانة، فتضيع الحقوق، ويرجع المشتري على الغرماء، لأن
البيع واقع لهم، فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد^(١٧)، كما إذا كان العاقد
محجوراً عليه^(١٨)، ولهذا^(١٩) يباع^(٢٠) بطلبهم.

(١) قوله: "للحاجة إلى الإرسال" فإنه ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله. (عيني)

(٢) أى بين الإمام وصاحبيه فى اشتراط أحد شطرى الشهادة.

(٣) قوله: "إذا أخبر المولى إلخ" فإن أخبره اثنان أو واحد عدل، فتصرف فيه بعده بعق أو بيع كان اختياراً منه
للفداء، وإن أخبره فاسق فصدقه فكذلك وإلا فعلى الاختلاف، فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. (عيني)

(٤) قوله: "والشفيع" أى إذا أخبره اثنان، أو واحد عدل بالبيع فسكت سقطت شفيعته، وإن أخبره فاسق فعلى

الاختلاف. (عيني)

(٥) قوله: "والبكر" أى إذا أخبرها اثنان، أو واحد عدل بإنكاح الولي، فسكتت كان رضا بلا خلاف، وإن كان

واحداً غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافاً لهما. (مل)

(٦) قوله: "والمسلم الذي لم يهاجر إلخ" أى حربى أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر فأخبر بما عليه من الفرائض

إن كان الخبير عدلاً، أو اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاءها، وإن كان الخبير فاسقاً إن صرقة فكذلك، وإن كذبه
فعلى الاختلاف الذى قلنا، فعنده لا يلزمه خلافاً لهما. وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح عندي أنه يلزمه القضاء

ههنا، لأن من يخبره فهو رسول رسول الله ﷺ. (ك)

(٧) أى محمد. (عيني)

(٨) قوله: "وإذا باع القاضي إلخ" صورته رجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل، وله عبد يساوى مائة درهم،

فيرفع الغريم الوصى إلى القاضي، فباع القاضي إلخ. (عيني)

(٩) أى لأجل الغرماء وهو أرباب الديون. (ك)

(١٠) البائع.

(١١) الثمن.

(١٢) المال.

(١٣) من يد المشتري.

(١٤) القاضي ولا أمينه.

(١٥) أى من الإمام، والقاضي وأمينه.

(١٦) خوفاً من الضمان.

(١٧) أى القاضي أو أمينه.

(١٨) قوله: "كما إذا كان العاقد محجوراً [غير مأذون] عليه" أطلق لفظ المحجور ليتناول الصبي المحجور، والعبد

وإن أمر القاضي الوصي ببيعه^(١) للغرماء، ثم استحق^(٢)، أو مات^(٣) قبل القبض، وضاع المال^(٤) رجع المشتري على الوصي؛ لأنه عاقد نيابة عن الميت^(٥)، وإن^(٦) كان^(٧) بإقامة القاضي عنه، فصار كما إذا باعه بنفسه^(٨).
قال^(٩): ويرجع الوصي على الغرماء، لأنه^(١٠) عامل لهم^(١١)، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم^(١٢) فيه بدينه، قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالمائة^(١٣) التي غرمها^(١٤) أيضاً^(١٥)، لأنه لحقه^(١٦) في أمر الميت، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم^(١٧)؛ لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له.

المحجور، فإن من وكل صبياً محجوراً يعقل البيع والشراء، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما، ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما، لأن التزام العهدة لا يصح منهما، ففي الصبي لقصور أهليته، وفي العبد لحق سيده. (ك)
(١٩) أى لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء.

(٢٠) العبد.

(١) العبد.

(٢) العبد.

(٣) العبد.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "لأنه [الوصي] عاقد نيابة إلخ" أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وأما إذا نصب القاضي فكذلك، لأن القاضي إنما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا ليكون قائماً مقام القاضي. (ك)
(٦) الواو وصلية.

(٧) الوصي.

(٨) قوله: "كما إذا باعه بنفسه" أى المديون إذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة إليه، فكذا ترجع إلى من قام مقامه بعد مماته، فيرجع المشتري على الوصي. (ك)

(٩) قوله: "قال" يجوز أن يكون فاعله محمد، لأنه حكى عن أبي حنيفة، ويجوز أن يكون فاعله المصنف. (عيني)

(١٠) الوصي.

(١١) قوله: "عامل لهم" ومن عمل عملاً لغيره، ولحقه ضمان يرجع على من وقع له العمل.

(١٢) أى يأخذ دينه من ذلك. (ع)

(١٣) قوله: "يرجع [الغريم] بالمائة إلخ" وقيل: ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له، فلم يكن له أن

يرجع على غيره. (ع)

(١٤) للوصي أو للمشتري. (ك)

(١٥) أى كما يرجع بدينه.

(١٦) أى الغرامة.

(١٧) قوله: "والوارث إلخ" الوارث إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصي، ثم استحق

رجع المشتري بالثمن على الوصي، والوصي على الوارث، ولو باعه أمين القاضي رجع المشتري على الوارث إذا كان أهلاً، وإن لم يكن أهلاً ينصب القاضي عنه وصياً، فيرجع ويؤدى من مال الصغير. (ك)

فصل آخر^(١)

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه، أو بالقطع فاقطعه، أو بالضرب فاضربه، وسعك أن تفعل، وعن محمد رحمه الله^(٢): أنه رجع عن هذا^(٣)، وقال: لا تأخذ بقوله حتى^(٤) تعين الحجة؛ لأن قوله^(٥): يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك غير ممكن، وعلى هذه^(٦) الرواية لا يقبل كتابه.

واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي^(٧) للحاجة إليه، وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء^(٨)، فيقبل لخلوه عن التهمة.

ولأن طاعة أولى الأمر واجبة، وفي تصديقه طاعة، وقال الإمام أبو منصور رحمه الله^(٩): إن كان^(١٠) عدلاً عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة^(١١)، وإن كان^(١٢) عدلاً جاهلاً يستفسر^(١٣)، فإن أحسن التفسير^(١٤) وجب تصديقه، وإلا فلا^(١٥)، وإن كان^(١٦) جاهلاً فاسقاً، أو عالمًا فاسقاً لا يقبل إلا أن يعين سبب الحكم

(١) قوله: "فصل آخر" جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً. (٤)

(٢) في رواية ابن سماعة عنه.

(٣) قوله: "أنه رجع إلخ" لأنه كان حكى هذا عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله في "الجامع الصغير"، ثم رجع عنه. (عيني)

(٤) أى حتى لم يكن الشهادة بحضرتك.

(٥) القاضي.

(٦) قوله: "وعلى هذه" أى هذه الرواية عن محمد تقتضى أن لا يقبل كتاب القاضي.

(٧) قوله: "إلا في كتاب القاضي" أى إلى القاضي فإنهم لم يأخذوا فيه بهذه الرواية، وأخذوا بظاهر الرواية. (عيني)

(٨) قوله: "أنه أخبر إلخ" ومن تمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره، وفيه بحث، وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها، والثاني ممنوع، والأول يجبر إلى غير ظاهر الرواية عن معاينة الحجة. (٤)

(٩) قوله: "وقال الإمام إلخ" أى ظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقال الإمام أبو منصور إلخ. (٤)

(١٠) القاضي.

(١١) لعلمه وعدالته.

(١٢) القاضي.

(١٣) عن قضاؤه.

(١٤) قوله: "فإن أحسن التفسير" بأن يقول في حد الزنا: إنى استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه، وحكمت عليه بالرجم، ويقول في حد السرقة: إنه ثبت عندى بالحجة أنه أخذ منه نصاباً من حرز لا شبهة فيه، وفي القصاص أنه قتل عمداً بلا شبهة، وإنما يحتاج إلى استفسار الجاهل لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً. (ك)

لتهمة الخطأ^(١) والخيانة^(٢).

قال^(٣): "وإذا عزل القاضي^(٤) فقال لرجل: أخذت منك ألفاً، ودفعتها إلي

فلان، قد قضيت بها له عليك، فقال الرجل: أخذتها ظلماً فالقول قول القاضي،

وكذلك لو قال^(٥): قضيت بقطع يدك في حق هذا^(٦) إذا كان الذي قطعت يده،

والذي أخذ منه المال مقرين أنه^(٧) فعل ذلك^(٨) وهو قاضي^(٩).

ووجهه^(١٠) أنهما^(١١) لما توافقا أنه^(١٢) فعل ذلك^(١٣) في قضاءه كان الظاهر

شاهداً^(١٤) له^(١٥)، إذ القاضي لا يقضى بالجور ظاهراً، ولا يمين عليه^(١٦)؛ لأنه ثبت

فعله في قضاءه بالتصادق^(١٧)، ولا يمين على القاضي^(١٨).

ولو أقر القاطع^(١٩)، أو الأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً؛ لأنه فعله في

(١٥) قوله: "وإلا فلا" أى وإن لم يحسن تفسيره فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله. (عيني)

(١٦) القاضي.

(١) فى الجهل.

(٢) فى الفسق.

(٣) أى محمد. (عيني)

(٤) قوله: "وإذا عزل إلخ" لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضي من قضاءه فى زمن ولايته شرع فى بيان ذلك بعد

عزله. (٤)

(٥) أى القول قول القاضي.

(٦) أى كون القول قول القاضي فى هاتين الصورتين.

(٧) القاضي.

(٨) أى أخذ المال والقطع.

(٩) الواو حالية.

(١٠) قوله: "ووجهه" أى وجه كون القول قول القاضي فى هاتين الصورتين.

(١١) قوله: "أنهما" أى أن القاضي والمأخوذ منه المال والمقطوع يده. (عيني)

(١٢) القاضي.

(١٣) أى أخذ المال والقطع.

(١٤) والقول لمن يشهد له الظاهر.

(١٥) القاضي.

(١٦) القاضي.

(١٧) قوله: "لأنه إلخ" ولأننا لو أوجبنا اليمين على القاضي فى مواضع اليمين لا تمتنع الناس عن الدخول فى القضاء،

فيتعطل أمور الناس. (ن)

(١٨) قوله: "ولا يمين على القاضي" لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً، وقضاء الخصم لا ينفذ، والقاضي أمين لا خصيم. (ك)

(١٩) قوله: "ولو أقر إلخ" أى لو أقر القاطع بأمر القاضي، أو أخذ المال بأمر القاضي بالقطع، والأخذ بقضاء القاضي

حال القضاء، ودفع القاضي^(١) صحيح كما إذا كان معائناً.

ولو زعم^(٢) المقطوع يده، أو المأخوذ ماله أنه^(٣) فعل ذلك^(٤) قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضاً، وهو الصحيح^(٥)، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان^(٦)، فصار^(٧) كما إذا قال^(٨): طلقت، أو أعتقت وأنا^(٩) مجنون، والجنون^(١٠) منه كان معهوداً^(١١).

ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل^(١٢) بما أقر به القاضي^(١٣) يضمنان^(١٤)؛ لأنهما أقرّا بسبب الضمان^(١٥)، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في

لا يضمن أيضاً كالقاضي، لأنه أي لأن القاطع أو الآخذ فعله في حالة القضاء، فلا يضمن. (ن)

(١) قوله: "ودفع القاضي" أي دفع القاضي المال إلى رب الدين أو المستحق الذي هو الآخذ صحيح، لأنه دفعه في حالة القضاء فالظاهر أنه دفعه بحق، فكان دفعه صحيحاً كما إذا كان معائناً، أي كما إذا كان دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء في معابنة المأخوذ منه المال حكمه أنه لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقر بما أقر به القاضي. (ن)

(٢) أي قال.

(٣) القاضي.

(٤) والقاضي يقول: إنه فعل ذلك حال قضاءه.

(٥) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما قال شمس الأئمة السرخسي: إن القول قول المدعى في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي يحكم الحال، وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان، وهو بهذا الإسناد يدعى ما يسقط الضمان عنه، وأما في الأول فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض، وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً، لأنه الأصل أن يكون قضاءه حقاً. (٦)

(٦) قوله: "لأنه [القاضي] أسند إلخ" لما مر أن حالة القضاء تنافي الضمان، فالقاضي بذلك الأسناد منكر، والقول للمنكر. (٦)

(٧) إسناد القضاء ههنا. (٦)

(٨) قوله: "كما إذا قال إلخ" فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع. (٦)

(٩) الواو حالية.

(١٠) الواو حالية.

(١١) معلوماً بين الناس. (٦)

(١٢) قوله: "في هذا الفصل" أي في هذه الصورة وهي صورة زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله أن القاضي قطع وأخذ ماله قبل التقليد أو بعد العزل. (ن)

(١٣) أي الفعل في حال القضاء.

(١٤) قوله: "يضمنان" فإن قيل: قد وجد منه الإسناد أيضاً إلى حالة معهودة منافية للضمان، فيجب أن لا يضمن كالقاضي. قلنا: إن هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الإقرار بسبب الضمان، لأن هذه جهة قطعية لكون إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه، وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية، والظاهر أنه لا يعارض القطعي. (ن)

(١٥) أي أخذ المال وقطع اليد.

إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول^(١)، لأنه ثبت فعله^(٢) في قضاءه بالتصادق^(٣).

ولو كان المال في يد الآخذ قائماً، وقد أقر بما أقر به القاضى، والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضاءه، أو ادعى أنه فعله في غير قضاءه يؤخذ^(٤) منه؛ لأنه أقر أن اليد كانت له^(٥)، فلا يصدق^(٦) في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول فيه ليس بحجة^(٧).

كتاب الشهادة^(٨)

قال^(٩): الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم^(١٠) كتمانها إذا طالبهم المدعى؛ لقوله تعالى^(١١): ﴿ولا يَأبَى الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دَعُوا﴾^(١٢)، وقوله تعالى: ﴿ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(١٣) ومن يكتمها فإنه آثم قلبه^(١٤)، وإنما يشترط^(١٥) طلب المدعى لأنها

(١) أى الفصل الأول.

(٢) القاضى.

(٣) قوله: "بالتصادق" أى بتصادق القاضى والمقطوع يده والمأخوذ ماله.

(٤) يؤخذ أى المال جزء لقوله: ولو كان.

(٥) أى للمأخوذ منه.

(٦) لأنه لم يكن له ولاية الأخذ إلا بحجة ظاهرة.

(٧) قوله: "ليس بحجة" لكونه شهادة فرد بخلاف ما لو كان المال هالكاً، لأن القاضى ينكر وجوب الضمان، والقول قول المنكر. (عينى)

(٨) قوله: "كتاب الشهادة" هى فى اللغة ~~مطهرة~~ عن الإخبار بصحة الشئ عن مشاهدة وعيان، ولهذا قالوا: ههنا مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعانية. وفى اصطلاح أهل الفقه عبارة عن الإخبار الصادق فى مجلس الحكم بلفظ الشهادة، فالإخبار كالجنس يشتملها والأخبار الكاذبة.

وقوله: صادق يخرج الكاذبة، وقوله: فى مجلس الحكم ولفظ الشهادة يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات، وسببها معانية ما يتحملها، ومشهدته بما يختص بمشاهدة من السماع فى المسموعات والإبصار فى المبصرات ونحو ذلك، وسبب أداءها، إما طلب المدعى منه الشهادة، أو خوف فوت المدعى إذا لم يعلم عليه. والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً، وحكمها وجوب الحكم على الحاضر بمقتضاها، والقياس لا يقتضى ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجع جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة. (عناية)

قوله: "الشهادة" إيراد هذا الكتاب عقيب كتاب أدب القاضى ظاهر المناسبة إذ القاضى فى قضاءه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم. (٦)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) تأكيد لقوله: تلزم إلخ.

(١١) دليل على أن الطلب من المدعى شرط الفرضية.

(١٢) قوله: "ولا يَأبَى الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دَعُوا" والنهى عن الإباء عند الدعاء أمر بالحضور عند الدعاء. (ك)

حقه^(١)، فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق^(٢).

والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار؛ لأنه^(٣) بين حسبين^(٤) : إقامة الحد، والتوقى^(٥) عن الهتك^(٦). والستر أفضل؛ لقوله عليه السلام^(٧) : «لذى شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيراً لك^(٨)»*، وقال عليه السلام^(٩) : «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة»*، وفيما نقل من تلقين الدرء^(١٠) عن النبي عليه السلام^(١١) وأصحابه رضی الله عنهم^(١٢) دلالة ظاهرة

(١٣) قوله: "ولا تكتموا الشهادة إلخ" هو بظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة، والنهي عن أحد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان، فإذا كان الكتمان منهيًا فيكون الإظهار ثابتًا، وثبوته بالأداء، وما لم يجب لا يثبت، فكان إظهار الأداء واجبًا. (٤)

(١٤) قوله: "فإنه آثم قلبه" وعيد، واستحقاق الوعيد بترك الواجب، ثم لم يقتصر على قوله: فإنه آثم لزيادة التأكيد لما أن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها الإثم من الإسناد إلى الجملة، ولأن القلب رئيس الأعضاء، والمضغة التي إن صلحت صلح البدن كله، وإن فسدت فسدت البدن كله. (ك)

(١٥) أى إنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعى، فالطلب سبب الأداء ووجوده شرط. (٤)

(١) مدعى.

(٢) قوله: "فيتوقف إلخ" ونوقض بما إذا علم الشهادة الشاهد، ولم يعلم بها المدعى، ويعلم الشاهد أنه لو لم يشهد يضيع حقه، فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة. والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة، فإن موجب الأداء عند الطلب إحياء الحق، وهو فيما ذكرتم موجودة فألحق به. (٤)

(٣) الشاهد.

(٤) الحسبة - بالكسر - ثواب. (م)

(٥) برهيز كردن. (من)

(٦) أى هتك عرض أخيه المسلم. (ك)

(٧) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قيل: هذه الأحبار معارضة لإطلاق الكتاب، أى لا تكتموا الشهادة الآية، وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بخبر الواحد، والحق أن يقال: القدر المشترك فيما نقل عن النبي ﷺ وأصحابه رضی الله عنهم فى الدرء متواتر فى المعنى، فجاز الزيادة به. (٤)

(٨) قوله: "لذى شهد [بالزنا] عنده لو سترته إلخ" قلت: الذى قال له النبى ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء، ولكنه رجل حمل ماعزاً على أن اعترف بالزنا عند النبى ﷺ، وذلك الرجل اسمه هزال، كذا فى "تخريج الزيلعى". (مل)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٧٤، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٤ ص ١٧٠. (نعيم)

(٩) قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن أبى هريرة مرفوعاً قال: ومن ستر مسلماً ستره الله فى الدنيا والآخرة. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٧٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٦ ص ١٧١. (نعيم)

(١٠) أى دفع الحد.

(١١) قوله: "عن النبى عليه السلام" للبخارى عن ابن عباس فى حديث ماعز قال له عليه السلام: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت، قال: لا، قال: أفنكتها، قال: نعم، فعند ذلك أمر برجمه، انتهى.

وأخرج أبو داود: "أن النبى ﷺ أتى بلبص قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال له رسول الله ﷺ:

عن أفضلية الستر* .

إلا^(٢) أنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة، فيقول: أخذ؛ إحياء لحق المسروق منه^(٣)، ولا يقول: سرق محافظة على الستر، ولأنه لو ظهرت السرقة^(٤) لوجب القطع^(٥)، والضمان لا يجامع القطع، فلا يحصل إحياء حقه .

قال^(٦): والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال^(٧)؛ لقوله تعالى^(٨): ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾، ولقوله تعالى^(٩): ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ﴾^(١٠) شهداء^(١١) .

ولا يقبل فيها شهادة النساء؛ لحديث^(١٢) الزهري^(١٣) مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والخليفين^(١٤) من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص**، ولأن فيها شبهة البديلية^(١٥) لقيامها مقام شهادة الرجال^(١٦)، فلا تقبل

﴿مَا إِخَالَكْ سَرَقْتَ﴾ قال: بلى، فأعاد عليه مرتين و ثلاثاً فأمر به فقطع، انتهى. (ت)

(١٢) أبى بكر وعمر وعلى وابنه الحسن، وأبى هريرة، وعمرو بن العاص، وأبى مسعود، وأبى واقد الليثى رضى الله

عنه. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٥ ص ١٧٠. (نعيم)

(٢) استثناء منقطع من قوله: يخبر فيها الشاهد.

(٣) ورعاية حق الله وهو الحد ليس بأهم من رعاية حق العبد.

(٤) بقوله: سرق.

(٥) ويسقط الضمان.

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "يعتبر فيها أربعة من الرجال" أما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمد وغيره فالظاهر منه أن الله تعالى

يجب الستر على عباده، ولا يرضى بإشاعة الفاحشة. (٤)

(٨) قوله: "لقوله تعالى إلخ" فإن قيل: فى هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد، وليس فيها بيان نفي ذلك

بدون العدد، قلنا: المقادير فى الشرع لمنع الزيادة أو النقصان، أو لمنعها، وهذا التقدير لا يمنع الزيادة، فلو لم يفسد منع

النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة، فكان هذا قضية متلقاة من جهة الشرع، فينتهى إلى ما أنها الشرع إليه. (ك)

(٩) والذين يرمون المحصنات.

(١٠) ولفظ الأربعة نص فى العدد والذكورة. (٤)

(١١) فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً.

(١٢) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" لكن فيه ليس لفظ: والقصاص، كذا فى "تخرىج الزيلعى".

(١٣) تابعى توفى فى رمضان سنة ١٢٤ هـ.

(١٤) قوله: "والخليفين [أبى بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما]" وتخصيصهما بالذكر ما ورد فى حقهما من

قوله ﷺ: «اقتدوا بالذين من بعده أبى بكر وعمر». (٤)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٧٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٨ ص ١٧١. (نعيم)

فيما يندرى بالشبهات .

ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص^(١) تقبل فيها شهادة رجلين ؛ لقوله تعالى^(٢) : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ، ولا يقبل فيها شهادة النساء^(٣) لما ذكرنا^(٤) . قال^(٥) : وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال ، مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية^(٦) ونحو ذلك^(٧) .

وقال الشافعي رحمه الله : لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها^(٨) ؛ لأن الأصل فيها^(٩) عدم القبول لتقصان العقل ، واختلال الضبط^(١٠) ، وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للإمارة^(١١) ، ولهذا^(١٢) لا تقبل^(١٣) في الحدود . ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا^(١٤) أنها قبلت في الأموال ضرورة^(١٥) ، والنكاح^(١٦) أعظم خطراً وأقل وقوعاً ، فلا يلتحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً^(١٧) .

(١٥) قوله : " ولأن فيها شبهة إلخ " إنما قال : شبهة البديلية لأن حقيقتها إما تكون فيما امتنع العمل بالبدل مع إمكان الأصل ، وليس شهادتهن كذلك فإنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين . (٤)

(١٦) لقوله تعالى : فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان .

(١) أى سوى حد الزناء كحد القذف وحد الشرب .

(٢) قوله : " لقوله تعالى إلخ " فإن قيل : هذا النص ورد في المداينات لما مر ، فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص ؟ قلنا : العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى إن هذه الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق التي تثبت مرة بالإقرار ، ومرة بالشهر . لا حق يثبت شرعاً بالشهود التي فوق الاثنين سوى حد الزنا ، فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنتين من الشهود ومن سائر الحقوق بقية الحدود ، فيثبت بشهادة رجلين . (ك)

(٣) أى في بقية الحدود والقصاص .

(٤) من حديث الزهري وشبهة البديلية .

(٥) أى القدورى . (عيني)

(٦) أى الإيضاء لأنه فى تعداد غير المال . (ك)

(٧) كالعناق والنسب . (ك)

(٨) قوله : " وتوابعها " كالإعارة والإجارة ، والكفالة ، والأجل ، وشرط الخيار . (ك)

(٩) أى فى شهادة النساء .

(١٠) لغلبة التسيان .

(١١) الخلافة .

(١٢) أى لأجل أن الأصل عدم القبول .

(١٣) أى شهادة النساء .

(١٤) استثناء من قوله : لأن الأصل إلخ .

(١٥) أى ضرورة إحياء حقوق العباد لكثيرة وقوعها . (٤)

ولنا: أن الأصل فيها^(١) القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة، وهو المشاهدة والضبط والأداء^(٢)، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد، وبالثاني يبقى^(٣)، وبالثالث يحصل العلم للقاضي، ولهذا^(٤) يقبل إخبارها في الأخبار^(٥)، ونقصان الضبط^(٦) بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى إليها^(٧)، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة^(٨)، فلهذا^(٩) لا تقبل فيما يندرى بالشبهات، وهذه الحقوق^(١٠) تثبت مع الشبهات، وعدم قبول الأربع^(١١) على خلاف القياس^(١٢) كيلا يكثر خروجهن^(١٣).

قال: ويقبل في الولادة، والبكارة، والعيوب بالنساء في موضع لا يطاع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة^(١٤)؛ لقوله عليه السلام: «شهادة النساء جائزة فيما لا

(١٦) قوله: "والنكاح" وكذا الطلاق والرجعة والإسلام، والردة والبلوغ، والولاء، والعدة، والجرح، والتعديل، العفو عن القصاص. (٤)

(١٧) أى المال.

(١) أى فى شهادة النساء.

(٢) قوله: "وهو المشاهدة إلخ" أى أهلية قبول الشهادة بالولاية والمشاهدة والضبط، وهو حسن السماع والفهم، والحفظ إلى وقت الأداء إذ فى لفظ الكتاب نوع خلل لأنها لا يثبت بها أهلية الشهادة، لأن هذه الأشياء ثابتة للعبد، والصبي العاقل، والكافر، ولا شهادة لهم. (ك)

(٣) العلم.

(٤) أى لكون القبول أصلاً.

(٥) الأحاديث.

(٦) قوله: "ونقصان الضبط" جواب عن قول الشافعى الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط. (ك)

(٧) المرأة.

(٨) أى شبهة البديلة.

(٩) أى فلاجل شبهة البديلة.

(١٠) قوله: "وهذه الحقوق" إشارة إلى مثل النكاح والطلاق، والوكالة، والوصية، أما النكاح والطلاق فيثبتان مع الهزل والإكراه بخلاف الأموال وتوابعها حيث لا يثبت البيع والإجارة والمضاربة وغيرها مع الهزل، فلما ثبتت هذه الأشياء أعنى البيع وأمثاله بشهادة النساء مع الرجال مع أنها لا تثبت بالهزل، فلأن يثبت بشهادتهن النكاح والطلاق، وهما يثبتان بالهزل أولى. وأما الوكالة والوصية والأموال فإنه يجرى فيها كتاب القاضى والشهادة على الشهادة، فيثبت ذلك بشهادة النساء أيضاً، فإن كان فيها شبهة البديلة. (ك)

(١١) قوله: "وعدم [جواب عن قول الشافعى: ولا يقبل شهادة الأربع] قبول إلخ" ولم يذكر الجواب عن قوله: لنقصان العقل، ولا عن قوله: لقصور الولاية، والجواب عن الأول أنه لا نقصان فى عقلهن فيما هو مناط التكليف، وما روى عنه عليه السلام أنهم ناقصات عقل، فالمراد منه العقل بالفعل، وهو أن يحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب، ولذلك لا يصلح الولاية والخلافة والإمارة، وبهذا ظهر الجواب عن الثانى أيضاً، كذا قيل. (مل)

(١٢) والقياس يقتضى ذلك.

(١٣) فإن فى كثرة خروجهن اقتضاء حالهن.

يستطيع الرجال النظر إليه^(١) * . والجمع المحلى بالألف واللام^(٢) يراد به الجنس^(٣) ، فيتناول الأقل ، وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع^(٤) . ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر^(٥) ، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف^(٦) ، فكذا يسقط^(٧) اعتبار^(٨) العدد ، إلا أن المثني والثلاث أحوط ؛ لما فيه من معنى الإلزام^(٩) . ثم حكمها^(١٠) في الولادة شرحناه في الطلاق^(١١) ، فأما حكم البكارة^(١٢) فإن شهدنا أنها بكر يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعده^(١٣) ، لأنها^(١٤) تأيدت بمؤيد^(١٥) ، إذ البكارة أصل ، وكذا في رد الميعة^(١٦) إذا اشتراها بشرط البكارة ، فإن قلنا^(١٧) : إنها ثبت يحلف البائع لينضم^(١٨) نكوله^(١٩) إلى قولهن ، والعيب^(٢٠)

(١٤) قوله: "شهادة امرأة واحدة" ويقبل شهادة رجل على الولادة، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة، فقبول شهادة واحد أولى. (ك)

(١) قوله: "شهادة النساء إلخ" قلت غريب، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن ابن شهاب الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعبوبهن. (ت) * راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٧ ص ١٧١. (نعيم)

(٢) هذا بيان وجه الاستدلال بهذا الحديث.

(٣) قوله: "يراد به الجنس" أي إذا لم يكن ثمة معهود، والكل ليس بمراد مطلقاً فيراد به الأقل ضرورة. (ك)

(٤) بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادة. (٤)

(٥) قوله: "ليخف النظر" أي النظر إلى العورة حرام إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها، لأن نظر الجنس أخف لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف من نظر الرجل إلى عورة المرأة. (عيني)

(٦) قوله: "أخف" لعدم الشهوة، ولهذا بعد الموت يغسل المرأة المرأة، والرجل الرجل. (ك)

(٧) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة.

(٨) أي شرطاً.

(٩) قوله: "لما فيه من معنى الإلزام" ولهذا يشترط الحرية والإسلام، ولفظ الشهادة، واختص بمجلس القاضى. (ك)

(١٠) أي حكم شهادة المرأة الواحدة. (٤)

(١١) قوله: "في الطلاق" أي باب ثبوت النسب، وهو قوله: وإذا تزوج الرجل امرأة، فجاءت بولد بستة أشهر، فصاعداً فحسد الزوج الولادة يثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة. (ك)

(١٢) قوله: "فأما حكم البكارة إلخ" بيانه أن امرأة العنين مع زوجها إذا اختلفا فقال: هو وصلت إليها، وقالت هي: لم يصل إلى فإنها تراها النساء فإن شهدنا إلخ. (عيني)

(١٣) أي بعد مرور السنة.

(١٤) الشهادة.

(١٥) هو الأصل.

(١٦) قوله: "وكذا في رد إلخ" بيانه أنه إذا اشترى رجل جارية على أنها بكر، ثم اختلفا قبل القبض، أو بعده، فقال البائم: هي بكر في الحال فإن القاضى يريها النساء، فإن قلنا إلخ. (مل)

(١٧) قوله: "فإن قلنا إنها إلخ" فإن المشتري إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له

يثبت^(١) بقولهن، فيحلف البائع^(٢).

وأما شهادتهن على استهلال^(٣) الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الإرث، لأنه مما يطلع عليه الرجال^(٤) إلا في حق الصلاة^(٥)؛ لأنها من أمور الدين^(٦)، وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً؛ لأنه صوت عند الولادة، ولا يحضرها الرجال عادة، فصار كشهادتهن على نفس الولادة^(٧).

قال^(٨): ولا بد في ذلك كله^(٩) من العدالة^(١٠) ولفظة الشهادة، فإن لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال: أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته^(١١).

أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾، والمرضى من الشاهد هو العدل، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، ولأن العدالة هي المعينة للصدق^(١٢)، لأن من يتعاطى^(١٣) غير الكذب^(١٤) قد يتعاطاه^(١٥).

ولاية التحليف وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل، فإذا قلن: إنها تيب يثبت العيب في الحال، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع فإنه لم يثبت حق الفسخ بمجرد شهادتهن. وقولهن: إنها تيب لأن الفسخ حق قوى، وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع، فيحلف البائع بأنه لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر، وإن لم يقبضها فبأنه بالله لقد بعتهما وهي بكر فإن نكل يرد عليه، وإن حلف لزم امشترى. (عيني)

(١٨) فيرد.

(١٩) البائع.

(٢٠) قوله: "والعيب إلخ" جواب عما يقال: إن شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال، فيجب الرد بقولهن، والتحليف ترك العمل بالحديث. (مل)

(١) قوله: يثبت بقولهن "أى في الحال وقيام العيب في الحال شرط لصحة الخصومة. (ك)

(٢) بأنه لم يكن عنده هذا العيب. (ك)

(٣) هو صوت الصبي عند الولادة. (ع)

(٤) فلا يكون شهادتهن حجة. (ع)

(٥) أى تقبل شهادة المرأة الحرة على استهلال الصبي في حق الصلاة.

(٦) فشهادة الواحدة فيه حجة.

(٧) قوله: "فصار إلخ" والجواب أن المعتبر في ذلك إمكان الإطلاع، ولا شك في ذلك، فلا معتبر بشهادتهن، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم، وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء. (ع)

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) أى في جميع ما تقدم. (ك)

(١٠) قوله: "من العدالة" وأحسن ما قيل في تفسير العدالة ما نقل عن المصنف: من أن العدل في الشهادة أن يكون مجتنباً عن الكبائر، ولا يكون مصراً على الصغائر، ويكون صلاحه أكثر من فساده، وصوابه أكثر من خطأه. (ن)

(١١) فى تلك الحادثة فى ذلك الوقت. (ع)

(١٢) يعنى أن الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة إلخ. (ع)

وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجيهاً^(١) في الناس ذا مروءة^(٢) تقبل شهادته، لأنه لا يستأجر لوجهاته، ويمتنع عن الكذب لمروءته، والأول أصح^(٣) إلا أن القاضى لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا^(٤)، والمسألة معروفة^(٥). وأما لفظ الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها^(٦) إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها^(٧) زيادة توكيد، فإن قوله: أشهد من ألفاظ اليمين، فكان الامتناع عن الكذب^(٨) بهذه اللفظة أشد.

وقوله: فى ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم^(٩) حتى يشترط العدالة، ولفظة الشهادة فى شهادة النساء فى الولادة وغيرها هو الصحيح^(١٠)، لأنه شهادة^(١١) لمافيه من معنى الإلزام^(١٢) حتى اختص بمجلس القضاء، ويشترط فيه الحرية والإسلام^(١٣).

قال أبو حنيفة رحمه الله: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم؛ لقوله عليه السلام^(١٤): «المسلمون عدوا»

(١٣) تعاطى: مرتكب كارى شذن. (من)

(١٤) من محظورات الدين.

(١٥) فيقدم على شهادة الزور أيضاً، فترد شهادته للتهمة. (عيني)

(١) أى ذا وجهة، وقد ر و شرف.

(٢) أى إنسانية. (٤)

(٣) قوله: "والأول أصح" أى عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً سواء كان ذا وجهة أو لم يكن أصح، لأن قبول

الشهادة إكرام للشاهد بحيث يحى به الحقوق، ونحن أمرنا بإهانة الفاسق. (مل)

(٤) لا عند الشافعى.

(٥) وفى أدب القاضى مذكورة.

(٦) قوله: "نطقت باشتراطها" أى ورد نظم النصوص بلفظ الشهادة، والإشهاد، والاستشهاد، نحو قوله تعالى:

وأقيموا الشهادة لله، وأشهدوا إذا تبايعتم، واستشهدوا شهيدين، وقوله عليه السلام: إذا علمت مثل الشمس فاشهد، لا أن يكون اشتراطها بتلك اللفظة صريحاً، وإلى هذا إشارة بقوله: إذ الأمر فيها بهذه اللفظة، فإذا جاء الأمر بهذه اللفظة لا يجوز تبديلها بلفظ آخر. وأما تبديل لفظ الله أكبر، بالله الأجل، أو الله أعظم، وإن ورد صريح النص به فى قوله تعالى:

﴿ووربك فكبير﴾، فيحصل المقصود، وهو التعظيم والتبجيل، فتأمل. (مل)

(٧) أى فى لفظ الشهادة.

(٨) وهو المقصود. (٤)

(٩) من أنواع الشهادة.

(١٠) احتراز عن قول العراقيين إنه لا يشترط لفظ الشهادة. (ك)

(١١) ليست مجرد إخبار.

(١٢) أى إلزام النسب وغيره.

(١٣) والعقل والبلوغ.

بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف*، ومثل ذلك مروى^(٢) عن عمر رضى الله عنه، ولأن الظاهر^(٣) هو الانزجار^(٤) عما هو محرم دينه، وبالظاهر كفاية^(٥) إذ لا وصول إلى القطع إلا^(٦) في الحدود والقصاص فإنه يسأل^(٧) عن الشهود؛ لأنه يحتال^(٨) لإسقاطها^(٩)، فيشترط الاستقصاء فيها^(١٠)، ولأن الشبهة فيها دارئة^(١١)، وإن طعن الخصم فيهم^(١٢) يسأل عنهم في السر والعلانية، لأنه تقابل^(١٣) الظاهران، فيسأل طلباً للترجيح^(١٤). وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله: لا بد أن يسأل^(١٥) عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق، لأن القضاء مبناه على الحجة،

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في البيوع عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٢٩ ص ١٧١. (نعيم)

(٢) قوله: "مروى عن عمر" كتب عمر رضى الله عنه كتاباً إلى أبي موسى، رواه الدارقطني، وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في حد. (مل)

(٣) في المسلم.

(٤) انزجر: باز ايستاد. (من)

(٥) قوله: "وبالظاهر كفاية" فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، وههنا يثبت المدعى استحقاق المدعى به بإقامة البينة، والجواب ما أشار إليه بقوله: إذ لا وصول إلى القطع، وبيانه أنه لو لم يكتف بالظاهر لاحتج إلى التزكية وقبول قول المزكى في التعديل أيضاً عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكى صدق، فالكلام فيه كالأول، وهلم جرا، فيدور أو يتسلسل، علا أن الظاهر قد يكفي للاستحقاق إذا لم ينازع آخر، ألا ترى أن الشفيع يستحق الشفاعة بظاهر يده الثابتة على داره إذا لم ينازعه المشتري في ذلك، وههنا كذلك، لأن كلامنا فيما إذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود، ولو طعن فحينئذ يسأل عنهم كما لو نازع المشتري الشفيع في ما في يد الشفيع بأنه لا ملك له فيه. (مل)

(٦) استثناء من قوله: ولا يسأل.

(٧) قبل طعن الخصم.

(٨) احتيال حيله ساختن. (م)

(٩) الحدود والقصاص.

(١٠) قوله: "فيشترط الاستقصاء [استقصاء: تمام در گرفتن و بنهايت چيزى رسيدن. م] فيها" إذ السؤال عن الشهادة، مما يفرض إلى الدرء والدفع، فيجب السؤال احتيالا له. (مل)

(١١) قوله: "ولأن الشبهة إلخ" أى العدالة وإن كانت ظاهرة، فكذا احتمال كونه غير عدل ثابت، فتعمل هذه الشبهة بالدرء. (مل)

(١٢) شهود.

(١٣) قوله: "لأنه تقابل إلخ" أى كما أن الظاهر أن الشهود لا يكذبون كذلك الظاهر أن الخصم لا يكذب في طعنه. (عيني)

(١٤) بين المتعارضين.

(١٥) طعن الخصم أولاً.

وهي شهادة العدول، فيتعرف^(١) عن العدالة، وفيه^(٢) صون قضاءه عن البطلان^(٣)، وقيل: هذا^(٤) اختلاف عصر^(٥) وزمان^(٦)، والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة^(٧) إلى المعدل^(٨) فيها النسب^(٩) والحلى^(١٠) والمصلى^(١١) ويردها المعدل^(١٢)، وكل ذلك^(١٣) في السر كيلا يظهر^(١٤)، فيخدع^(١٥) أو يقصد^(١٦). وفي العلانية لا بد أن يجمع بين المعدل والشاهد^(١٧) ليتفتى شبهة تعديل غيره^(١٨)، وقد كانت العلانية وحدها^(١٩) في الصدر الأول^(٢٠)، ووقع

(١) تعرف: معرفت جستن. (من)

(٢) أى فى السؤال.

(٣) أى على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) قوله: "اختلاف عصر" لأن أبا حنيفة أجاب فى زمانه، وكان الغالب منهم عدولا، وهما أجاياه فى زمانهما،

وقد تغير الناس وكثر الفساد، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما. (٦)

(٦) أى لا اختلاف برهان.

(٧) قوله: "المستورة" هو اسم الرقعة التى يكتبها القاضى ويعيئها سرّاً بيد أمينه إلى المزكى سميت بذلك، لأنها

تستر عن نظر العوام. (ك)

(٨) قوله: "إلى المعدل" وينبغى أن يكون عدلاً يمكن الاعتماد على قوله: وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم،

ولا يكون طماعاً ولا فقيراً يتوهم خداعه بالمال. (٦)

(٩) أى نسب الشهود.

(١٠) قوله: "والحلى" بكسر الحاء وضمها جمع حلية الإنسان صفته، وما يرى منه من لون أو غيره. (٦)

(١١) قيل: المراد به الحلة، وقيل: المراد به مسجد الحلة. (ك)

(١٢) قوله: "ويردها المعدل [إلى الحاكم] إلخ" بأنه إذا وصل الرقعة إلى المزكى فالمزكى يسأل عنهم من أهل

حرفتهم ومن جيرانهم وأهل محلّتهم، فإن لم يجدوا فمن أهل سوقهم، فإذا قال المسؤول عنه: هو عدل يكتب المزكى فى

آخر الرقعة أنه عدل مرضى عندى جائز الشهادة، ومن عرف فسقه يصرح به، ومن لم يعرفه لا بالعديل ولا

بالفسق يكتب تحت اسمه فى كتاب القاضى مستور. (عيني)

(١٣) أى البعث إلى المعدل ورده.

(١٤) أى ما فيها.

(١٥) قوله: فى خدع [أى بالمال] "خدعه خدعاً فريفت أو را. (من)

(١٦) بالإضرار.

(١٧) قوله: "لا بد أن يجمع [فى مجلس القضاء] إلخ" ويقول للمعدل: أهذا الذى عدلته، أو يقول للمزكى

بحضرة الشهود: أهؤلاء عدول مقبول الشهادة. (ك)

(١٨) قوله: "ليتفتى شبهة إلخ" لأن الشخصين قد يتفقان فى الاسم والنسب، فيقول المعدل: هذا الذى عدلته، يشير

إلى الشاهد. (عيني)

(١٩) بدون تزكية السر.

(٢٠) قوله: "فى الصدر الأول" أى فى عهد رسول الله ﷺ وأصحابه، لأن المعدل كان لا يتوقى عن الجرح،

الاكتفاء في السر^(١) في زماننا تحرزاً عن الفتنة^(٢).

ويروي عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة^(٣)، ثم قيل: لا بد أن يقول المعدل: هو^(٤) حر عدل جائر الشهادة، لأن العبد قد يعدل، وقيل: يكتب بقوله: هو عدل^(٥)، لأن الحرية ثابتة بالدار^(٦)، وهذا أصح^(٧).

قال: وفي قول^(٨) من رأى أن يسأل عن الشهود: لم يقبل قول الخصم: إنه عدل، معناه قول المدعى عليه. وعن أبي يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله أنه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية الآخر إلى تزكيته؛ لأن العدد عنده^(٩) شرط^(١٠).
ووجه الظاهر أن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره، مبطل^(١١) في إصراره^(١٢)، فلا يصلح معدلاً^(١٣)، وموضوع المسألة^(١٤) إذا قال: هم عدول^(١٥) إلا أنهم أخطأوا^(١٦) أو نسوا، أما إذا قال: صدقوا، أو هم عدول صدقة، فقد اعترف بالحق^(١٧).

ولا يخاف من المدعى، ولا من الشهود، لأنهم كانوا منقادين للحق، ولا يقاتلون بالأذى لو جرحهم. (ك)

(١) وتركت تزكية العلانية.

(٢) قوله: "تحرزاً عن الفتنة" لأن الشهود يقاتلون الزكي ويقم بينه وبين الشهود عداوة. (عيني)

(٣) قوله: "بلاء وفتنة" إذ الشهود والمدعى يقاتلون الجارح بالأذى. (ك)

(٤) شاهد.

(٥) ولا يشترط أن يقول: هو حر عدل جائر الشهادة.

(٦) أى دار الإسلام، وفي نسخة: بأصل الدار.

(٧) قوله: "وهذا أصح" لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية، ولهذا لا يسأل

القاضي عن إسلامه وحرية، وإنما يسأل عن عدالته. (٤)

(٨) هذا تفريع من أبي حنيفة على قول من يرى المسألة عن الشهود.

(٩) محمد.

(١٠) فى الزكوى.

(١١) أبطل: باطل آورد، دروغ گفت. (من)

(١٢) أى ثباته على الإنكار.

(١٣) لا شيطراط العدالة فيه بالاتفاق. (٤)

(١٤) قوله: "وموضوع إلخ" جواب عما يقال: تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه، فكان مقبولاً لأن العدالة

ليست بشرط فيه بالاتفاق. (عيني)

(١٥) ومثل هذا القول ليس بإقرار للحق.

(١٦) أى فى هذه الشهادة.

(١٧) قوله: "فقد اعترف بالحق" فيقتضى القاضي باعترافه لا بالشهود. (مل)

قال^(١): وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود^(٢) واحداً جاز^(٣)، والاثنتان أفضل^(٤)، وهذا عند أبى حنيفة، وأبى يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إلا اثنان، والمراد منه المزكى، وعلى هذا الخلاف^(٥) رسول القاضى إلى المزكى^(٦)، والمترجم عن الشاهد.

له^(٧) أن التزكية فى معنى الشهادة، لأن ولاية القضاء^(٨) تبتنى على ظهور العدالة، وهو بالتزكية، فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة^(٩) فيه، وتشترط الذكورة^(١٠) فى المزكى فى الحدود والقصاص.

ولهما أنه ليس فى معنى الشهادة، ولهذا^(١١) لا يشترط فيه لفظة الشهادة، ومجلس القضاء، واشترط العدد أمر حكيم^(١٢) فى الشهادة، فلا يتعدها^(١٣).

ولا يشترط أهلية الشهادة فى المزكى فى تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً^(١٤)، فأما فى تزكية العلانية فهو^(١٥) شرط، وكذا العدد بالإجماع^(١٦) على ما قاله الخصاص.

(١) أى محمد. (عيني).

(٢) أى عن حال الشهود.

(٣) لأنه ليس بشهادة.

(٤) لكونه أحوط.

(٥) قوله: "وعلى هذا الخلاف" يعنى يكفى الواحد للرسالة والترجمة عند الشيخين، وعند محمد لا بد من اثنين.

(٦) قوله: "رسول القاضى إلخ" معناه من ينقل قول المزكى إلى القاضى بعد ما بلغ قول القاضى إلى المزكى. (ك)

(٧) محمد.

(٨) للقاضى.

(٩) أى عدالة المزكى.

(١٠) كما هو فى الشهود.

(١١) أى لعدم كونه فى معنى الشهادة.

(١٢) قوله: "أمر حكيم" أى أمر ثبت بالنص، بخلاف القياس لأن رجحان الصدق فى العمل بالعدالة لا بالعدد كما فى رواية حديث النبى ﷺ فى حق العلم بالتواتر، وإذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد فى الشهادة لكننا تركنا ذلك القياس بالنصوص التى فيها بيان العدد. (ك)

(١٣) قوله: "فلا يتعدها" أى فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية، فإن قيل: فيلحن بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها، فالجواب إنما ألحق لو كان فى معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق. (ملخصات)

(١٤) والوالد لولده وغيره.

(١٥) لمولاه وغيره. (٦)

(١٦) قوله: "وكذا أهلية الشهادة، أى يشترط فى العلانية العدد إلخ" فيه بحث لأن اشتراط العدد فى تزكية العلانية ينافى عدم اشتراط ذلك فى تزكية السر، لأن المزكى فى السر هو المزكى فى العلانية، والجواب أن الخصاص شرط

رحمه الله لا اختصاصها بمجلس القضاء، قالوا: يشترط الأربعة^(١) في تركية شهود الزنا عند محمد رحمه الله.

فصل^(٢)

وما يتحملة الشاهد على ضربين: أحدهما: ما يثبت حكمه بنفسه^(٣) مثل البيع

والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم، فإذا سمع ذلك^(٤) الشاهد، أو رآه^(٥)

وسعه أن يشهد وإن لم يشهد عليه؛ لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وهو الركن^(٦) في

إطلاق^(٧) الأداء^(٨)، قال الله تعالى^(٩): ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ^(١٠) بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ^(١١)﴾،

وقال النبي ﷺ^(١٢): «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فعد»*. قال:

ويقول^(١٣): أشهد أنه باع، ولا يقول: أشهدني، لأنه كذب، ولو سمع من وراء

أن يكون المزكى في السر غير المزكى في العلانية، فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر وإليه أشار بقوله: على ما قال الخصاص. (٤)

(١) أى لا بد أن يكون المزكون أربعة.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحملة الشاهد. (ع)

مسائل هذا الفصل كلها من القدورى.

(٣) قوله: "ما يثبت حكمه بنفسه" أى من غير احتياج إلى الإشهاد، ألا ترى أن حكم البيع، وهو ثبوت الملك في

المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائت يثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره. (مل)

(٤) فيما يعرف بالسماع مثل البيع والإقرار وحكم الحاكم.

(٥) كالغصب والقتل.

(٦) أى العلم بالموجب بنفسه.

(٧) أى تجوز الأداء. (ك)

(٨) أى أداء الشهادة.

(٩) قوله: "قال الله تعالى إلخ" التمسك بالآية على قوله: وسعه أن يشهد به لأنه أطلق أداء الشهادة بمجرد العلم،

وقد حصل ذلك بالرؤية في المرئيات وبالسماع في المسموعات، والعلم شرط جواز الأداء حيث جعله حالاً في قوله

تعالى: وهم يعلمون، والأحوال شروط وشرطاً في قوله عليه السلام: إذا علمت إلخ. (ك)

(١٠) قوله: "إلا من شهد" ولا يملك الذين يدعون يعبدون أى الكفار من دونه، أى الله الشفاعة لأحد إلا من شهد

بالحق، أى قال: لا إله إلا الله، وهم يعلمون بقلوبهم ما شهدوا به بألسنتهم، وهم عيسى وعزير، والملائكة، فإنهم يشفعون

للمؤمنين. (جلالين)

(١١) قوله: "وهم يعلمون" قيل: جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء مخالف للنصين جميعاً فإنهما يدلان على

شرطيته، إذ الأحوال شروط، وإذا موضوعة للشرط، وأجيب بأنه مجاز عن الشرط، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة

احتياج الأداء إليه. (ع)

(١٢) قوله: "وقال النبي إلخ" قلت: أخرج البيهقي في سننه، والحاكم في المستدرک في كتاب الأحكام عن ابن

عباس أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الشهادة، فقال: هل ترى الشمس؟ قال: نعم، قال: على مثلها فاشهد، أو د، ع، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣٠ ص ١٧٢. (نعيم)

الحجاب^(١) لا يجوز له أن يشهد، ولو فسر للقاضي^(٢) لا يقبله، لأن النعمة^(٣) تشبه النعمة، فلم يصلح العلم.

إلا^(٤) إذا كان دخل^(٥) البيت، وعلم أنه ليس فيه^(٦) أحد سواه^(٧)، ثم جلس^(٨) على الباب، وليس في البيت مسلك غيره، فسمع^(٩) إقرار الداخل^(١٠)، ولا يراه، له أن يشهد؛ لأنه حصل العلم في هذه الصورة.

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه^(١١) مثل الشهادة على الشهادة^(١٢)، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء^(١٣) لم يجز له^(١٤) أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده^(١٥) عليها^(١٦)؛ لأن الشهادة^(١٧) غير موجبة بنفسها، وإنما تصير^(١٨) موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء، فلا بد من الإنابة والتحميل^(١٩)، ولم يوجد^(٢٠).

(١٣) في البيع.

(١) أى قول واحد: بعت وقول آخر: اشتريت.

(٢) بأن يقول: أشهد بالسماع من وراء الحجاب. (٤)

(٣) هو الكلام الخفى. (٤)

(٤) استثناء من قوله: لا يجوز له أن يشهد. (٤)

(٥) الرجل.

(٦) البيت.

(٧) الداخل.

(٨) الشاهد.

(٩) الشاهد.

(١٠) بالبيع مثلاً.

(١١) قوله: "ومنه ما لا يثبت إلخ" هذا بيان للضرب الثانى من الضريين الذين ذكرهما بقوله: وما يتحمله

الشاهد إلخ. (عيني)

(١٢) فإنها لا يثبت به الحكم ما لم يشهد. (٤)

(١٣) أى فى غير مجلس القضاء. (ن)

(١٤) السامع.

(١٥) السامع.

(١٦) الشهادة.

(١٧) أى شهادة الأصول. (٤)

(١٨) الشهادة.

(١٩) قوله: "فلا بد من الإنابة إلخ" أى لا بد من الإنابة بتحميل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس

القاضى فإنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته فى تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإزالة الولاية الثابتة للغير ضرر عليه، فلا بد من الإنابة والتحميل. وقيل: إن الأول إشارة إلى مذهب محمد فإنه يقول بطريق التوكيل، ولا توكيل إلا بأمر

وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد؛ لأنه ما حملة^(١)، وإنما حمل غيره^(٢).

قال^(٣): ولا يحل للشاهد إذا رأى^(٤) خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة^(٥)؛ لأن الخط يشبه الخط، فلم يحصل العلم، قيل: هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله^(٦) وعندهما يحل له أن يشهد^(٧). وقيل: هذا^(٨) بالاتفاق، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضى شهادته^(٩) فى ديونه^(١٠) أو قضيته^(١١)، لأن ما يكون^(١٢) فى قمطره^(١٣) فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فحصل له العلم بذلك، ولا كذلك^(١٤) الشهادة^(١٥) فى الصك^(١٦) لأنه^(١٧) فى يد غيره، وعلى هذا^(١٨) إذا تذكر

الموكل، والثانى إشارة إلى مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف، فإنهما لم يقولوا بطريق التوكيل بل بطريق التحميل. (مل)

(٢٠) كل واحد من الإنابة والتحميل.

(١) السامع.

(٢) السامع.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) فى صك. (٤)

(٥) والحادثة.

(٦) فإنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ. (٤)

(٧) رخصة. (٤)

(٨) إشارة إلى أول المسألة وهو قوله: ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد. (ك)

(٩) قوله: "شهادته [أى شاهد] إلخ" أى شهد الشهود عند القاضى فأثبتت فى قمطره، أى خريطته وجاء المشهود

له يطلب الحكم، ولم يحفظ القاضى. (مل)

(١٠) دفتر.

(١١) قوله: "أو قضيته [أى فرمان وحكم] أى وجد حكمه مكتوباً فى خريطته. (ن)

(١٢) قوله: "لأن ما يكون إلخ" يعنى أن القاضى إذا وجد فى ديوانه صحيفة شهادته، ولم يتذكر أنهم شهدوا

بذلك ولا حكمه فعلى قول أبى حنيفة لا يحكم القاضى بدون الذكر، وعندهما يحكم، كذا قال العينى. أما دليل الإمام

أبى حنيفة فقد مر آنفاً من أن الخط يشبه الخط، وأما دليلهما فهو أن القاضى لكثرة أشغاله يعجز عن أن يحفظ كل حادثة،

ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذى ليس يمكن التحرز عنه، وما يكون

فى قمطره إلخ، كذا فى "الناية"، وإنما خص دليلهما بالذكر لأنه ذكر أولاً دليل الإمام أبى حنيفة. (مل)

(١٣) قمطر كتاب دان. (من) بسة.

(١٤) قوله: "ولا كذلك إلخ" أى إذا وجد الشاهد شهادته فى الصك وعلم أنه خطه لا يحل له أن يشهد بمجرد هذا

لأن الصك فى يد غير القاضى فلا يكون تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان، فلا يحصل العلم بذلك. (مل)

(١٥) أى لا يؤمن من الزيادة.

(١٦) معرب چك. (من)

(١٧) أى لأن الصك.

المجلس^(١) الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق^(٢) به إنا شهدنا نحن وأنت .
قال^(٣) : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب^(٤) والموت^(٥)

والنكاح^(٦) ، والدخول^(٧) ، وولاية القاضي^(٨) ، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به . وهذا استحسان ، والقياس أن لا تجوز^(٩) ؛ لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ، وذلك^(١٠) بالعلم ، ولم يحصل فصار كالبيع^(١١) . وجه الاستحسان : أن هذه الأمور^(١٢) تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام^(١٣) تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج^(١٤) ، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ؛ لأنه يسمعه كل واحد^(١٥) . وإنما يجوز للشاهد^(١٦) أن يشهد بالاشتهار ، وذلك^(١٧) بالتواتر^(١٨) ، وبإخبار^(١٩) من يثق به كما قال في الكتاب ،

(١٨) أى الاختلاف .

(١) قوله : " إذا تذكر المجلس [أى الشاهد] إلخ " أى لا يحل للشاهد أن يسجد إذا ذكر المجلس الذى كانت فيه الشهادة ، ولم يتذكر الحادثة ، فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه فى الشهادة . (ك)

(٢) الشاهد .

(٣) أى القدورى . (عينى)

(٤) بأن سمع أنه من فلان .

(٥) بأن سمع من الناس أن فلان مات .

(٦) قوله : " والنكاح " بأن سمع ناساً يقولون : إن فلاناً تزوج بفلانة .

(٧) لأنه أمر يشتهر ويتعلق به الأحكام المشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الإحصان . (ك)

(٨) بأن سمع أن فلاناً تقلد قضاء هذه البلدة .

(٩) الشهادة بالتسامع .

(١٠) أى المشاهدة بالعلم ، فكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة . (عناية)

(١١) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع .

(١٢) الخمسة .

(١٣) قوله : " ويتعلق بها أحكام " كالإرث فى النسب والموت والنكاح وثبوت الملك فى قضاء القاضى ، وكمال

المهر والعدة ، والنسب فى الدخول . (٤)

(١٤) قوله : " أدى إلى الحرج إلخ " لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الصبي مع أمه وينسبونه إلى

الأب ، ويقولون : هو ابن فلان ، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنائز حكموا بأن فلاناً مات ،

وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد ، فإذا أخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً نكح فلانة يقتصرون على ذلك فى التحقق ،

وكذلك ولاية القاضى لا يحضرها كل أحد ، فإذا قرأ الحكم وجلس القاضى مجلس الحاكم ونظر بين الخصوم تحققوا أنه قاض . (ب)

(١٥) وسبب الملك وهو اليد مما يعاينه كل أحد .

(١٦) قوله : " وإنما يجوز إلخ " جواب عما يقال : هذا الاستحسان مخالف للكتاب إذ العلم مشروط فى الكتاب ، ولا

علم فيما نحن فيه ، وتقرير الجواب إنا لا نسلم أن لا علم فيما نحن فيه ؛ لأنه إنما يجوز إلخ . (عينى)

(١٧) الاشتهار .

ويشترط أن يخبره رجلان عدلان^(١)، أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم، وقيل: في الموت يكتفى بإخبار واحد، أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد^(٢)، إذ الإنسان يهابه^(٣) ويكرهه، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب. النكاح^(٤)، وينبغي أن يطلق أداء الشهادة^(٥) ولا يفسر.

أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق^(٦) للشهادة، ثم إذا فسر^(٧) لا تقبل كذا هذا، وكذا لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصومة حل له أن يشهد على كونه قاضياً^(٨)، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً^(٩)، وينبسط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج، كما إذا رأى عيناً في يد غيره^(١٠)، ومن شهد أنه شهد^(١١) دفن فلان، أو صلى على جنازته، فهو معاينة^(١٢) حتى لو فسر للقاضي قبله.

(١٨) الاشتهار الحقيقي.

(٢٩) الاشتهار الحكمي.

(١) قوله: "ويشترط أن يخبره إلخ" هذا على قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر، وإذا ثبت الشهرة عندهما بخبر عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا، لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر. (٤)

(٢) قوله: "لأنه قلما إلخ" فرقوا بين الموت والأشياء الثلاثة، أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء، لأن الغالب فيها أن يكون بين الجماعة، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين، وأما الولادة فإنها تكون بين الجماعة في الغالب، وكذلك تقليد الإمام القضاء، وأما الموت فلأنه قلما يشاهد إلخ. (عناية)

(٣) هابه هيئاً: ترسيد أو را. (من)

(٤) فإن فيهما لا بد من عدلين.

(٥) قوله: "وينبغي [بيان لكيفية الأداء. ع] أن يطلق [بأن يقول: أشهد أنه ابنه، أو أشهد أنها امرأته. ك] إلخ" والفرق بين الإطلاق والتفسير أنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه، فيكون شهادته عن علم ولا كذلك إذ فسر ويقول: سمعت كذا، وعن هذا كان المراسيل من الإخبار أقوى من المسانيد. (ك)

(٦) مجوز.

(٧) بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده. (٤)

(٨) وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه. (٤)

(٩) قوله: "وكذا إذا رأى إلخ" أي جناز له أن يشهد بأنها امرأته، فإن سأله القاضي هل كنت حاضرًا؟ قال: لا تقبل شهادته، لأنه يحمل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمهات المؤمنين أزواج النبي ﷺ، وقيل: لا تقبل، لأنه لما قال: لم يعاين العقد تين القاضي أنه يشهد بالتسامع، ولو قال: أشهد لأني سمعت لا تقبل، فكذا هذا. (عناية)

(١٠) فجاز له أن يشهد له به.

(١١) حضر.

(١٢) لأنه لا يدفع إلا الميت، ولا يصلى إلا عليه..

ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاة والوقف^(١). وعن أبي يوسف رحمه الله آخرًا^(٢): «أنه يجوز في الولاة^(٣)؛ لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام^(٤): «الولاة لحمة كلحمة النسب^(٥)»*.

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز^(٦) في الوقف؛ لأنه يبقى على مر الأعصار إلا أنا نقول^(٧): الولاة بيتنى على زوال الملك^(٨)، ولا بد فيه من المعاينة، فكذا فيما بيتنى^(٩) عليه، وأما الوقف فالصحيح أنه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله^(١٠) دون شرائطه؛ لأن أصله^(١١) هو الذي يشتهر.

قال^(١٢): «ومن كان في يده شيء^(١٣) سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له؛ لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها^(١٤)،

(١) فلا يجوز الشهادة بالتسامع في الولاة والوقف.

(٢) أى قولاً آخرًا.

(٣) قوله: «أنه يجوز في الولاة» ألا يرى أنا نشهد أن قنبراً مولى على رضى الله عنه، وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنه، وإن لم ندرك ذلك. (ك)

(٤) قوله: «لقوله عليه السلام: «الولاة لحمة» إلخ» رواه الشافعى في «مسنده» عن محمد بن الحسن مرفوعاً، كذا في «شرح النقاية» لعلى القارى، واللحمة - بالضم - خويشى. (ملخصات الخواشى)

(٥) والشهادة في النسب بالتسامع تجوز، فكذا في الولاة.

* هذا الحديث لم يخرج الزيلعي وابن حجر العسقلاني في «نصب الراية» و«الدراية». (نعيم)

(٦) الشهادة بالتسامع.

(٧) جواب عن قول أبي يوسف.

(٨) أى ملك المولى للعبد، لأنه يحصل بكلام يسمعه الناس. (ع)

(٩) أى الولاة.

(١٠) قوله: «في أصله [أى الوقف]» قال الإمام ظهير الدين المرغينانى: لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أن هذا وقف على المسجد، أو على المقبرة، أو نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم.

وتأويل قولهم: لا تقبل الشهادة في شرائط الوقف أنهم بعد ما شهدوا أن هذا وقف على كذا لا ينبغى لهم أن يشهدوا يبدأ من غلته، فيصرف إلى كذا، ولو قالوا تلك في شهادتهم: لا تقبل شهادتهم. (ك)

(١١) دون شرائطه.

(١٢) أى محمد. (عيني)

(١٣) قوله: «ومن كان إلخ» صورته رجل رأى عيناً في يد إنسان ثم رآها في يد آخر، والأول يدعى الملك وسعه أن يشهد أنه للمدعى. (مل)

(١٤) قوله: «إذ هي مرجع الدلالة إلخ» إذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع، لأن أكثر ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء والهبة وما أشبه ذلك، إلا أن الشراء إما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكاً للبايع، وإما يعرف كون المبيع ملكاً له بيده بلا منازع، فيثبت أن لا دليل على الملك سوى اليد، فكان للشاهد أن يعتمد على مثل هذا الدليل اعتباراً للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة. (ك)

فيكتفى بها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك^(١) أن يقع في قلبه^(٢) أنه له^(٣)، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا^(٤) تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية^(٥)، فيكون^(٦) شرطاً على الاتفاق^(٧). وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله^(٨) لأن اليد متنوعة^(٩) إلى أمانة وملك، قلنا: والتصرف يتنوع أيضاً^(١٠) إلى نيابة^(١١) وأصالة. ثم المسألة على وجوه^(١٢): إن عاين المالك^(١٣) والملك حل له أن يشهد^(١٤)، وكذا إذا عاين الملك بحدوده^(١٥) دون المالك استحساناً^(١٦)، لأن النسب^(١٧) يثبت بالتسامع، فيحصل معرفته^(١٨)، وإن لم يعاينهما^(١٩)، أو عاين المالك^(٢٠) دون الملك لا يحل

(١) أى مع رؤية اليد والتصرف.

(٢) قوله: "أن يقع في قلبه [الشاهد] إلخ" قيل: لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبها القاضي إذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد، وليس كذلك.

أجيب بأننا جعلنا العيان مجوزاً للشاهد بأن يقدم على الشهادة، وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك، ويبيع دار بجنيها، فلذى اليد أن يأخذها بالشفعة، والقاضي لا يقضى له عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سبباً للوجوب. (٤)

(٣) قوله: "أنه له" فإن وقع في قلبه أنه ملك غيره لا يحل له أن يشهد بالملك لذى اليد، لأن الأصل اعتبار علم اليقين لجواز الشهادة. (ك)

(٤) أى ما ذكر من شهادة القلب.

(٥) قوله: "تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية" وهو قوله: وسعك أن تشهد أنه له، يعنى إذا وقع ذلك في القلب. (٤)

(٦) أى شهادة القلب.

(٧) وبه تأخذ. (ن)

(٨) وهو الخصاص. (٤)

(٩) فيشترط انضمام التصرف للشهادة على المالك. (ك)

(١٠) فيضم محتمل إلى محتمل يزيد الإحتمال، فاعتبرنا أصل اليد.

(١١) كالوكيل والمضارب. (ك)

(١٢) أربعة.

(١٣) قوله: "إن عاين المالك" بأن عرف البائع باسمه ونسبه ووجهه، وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة، ووقع في قلبه أنه له حل إلخ. (ك)

(١٤) لأنه شهادة عن علم وبصيرة.

(١٥) قوله: "وكذا إذا عاين الملك بحدوده" ينسب إلى فلان ابن فلان الفلاني، وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه، ثم جاء الذى نسب إليه الملك، وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له أن يشهد. (ك)

(١٦) والقياس أن لا يحل لأنه شهادة بالملك مع جهالة المشهود له.

(١٧) أى نسب المالك.

(١٨) أى معرفة المالك فصارت الشهادة للمعلوم.

له^(١). وأما العبد والأمة^(٢) فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكذلك^(٣)؛ لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه^(٤)، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن نفسيهما فكذلك^(٥)، لأنه لا يد لهما^(٦)، وإن كانا كبيرين^(٧) فذلك مصرف الاستثناء^(٨)، لأن لهما يداً على أنفسهما^(٩)، فيدفع^(١٠) يد الغير عنهما، فانعدم، دليل الملك. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له^(١١) أن يشهد فيهما^(١٢) أيضاً اعتباراً بالثياب^(١٣)، والفرق ما بيناه^(١٤)، والله أعلم.

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل^(١٥)

قال^(١٦): "ولا تقبل^(١٧) شهادة الأعمى، وقال زفر رحمه الله: وهو رواية عن أبي

(١٩) قوله: "وإن لم يعاينهما" أى المالك والمملك، ولكن سمع من الناس قالوا: إن لفلان بن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا، وهو لم يعرف الضيعة، ولم يعاين يده عليها. (ك)

(٢٠) قوله: "أو عاين المالك" بأن عرف الرجل معرفة تامة، وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة، وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها. (ك)

(١) لأنه لم يحصل له العلم بالحدود، وهو شرط للشهادة. (ك)

(٢) قوله: "وأما العبد إلخ" مردود إلى قوله: سوى العبد والأمة، وتقديره أن الرجل إذا رأى عبداً أو أمة فى يد شخص فإن كان إلخ. (٤)

(٣) أى يحل للرأى أن يشهد لذى اليد بالملك.

(٤) بل فى يد المستولى عليه.

(٥) أى يحل للرأى أن يشهد.

(٦) الصغيرين.

(٧) أراد بالكبيرين أن يكونا يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين أو بالغين. (نهاية)

(٨) أى بقوله: سوى العبد والأمة.

(٩) قوله: "لأن لهما [الكبيرين] يداً إلخ" حتى إذا ادعى أنه حر الأصل كان القول له، فلا يثبت لغيره يد على الحقيقة، حتى تعتبر لإطلاق الشهادة بالملك، ولا يمكن أن يعتبر التصرف وهو الاستخدام مطلقاً للشهادة، لأنه لا يصلح دليلاً على الملك، فالحر يستخدم الحر، ويخدمه طوعاً كما يخدم العبد سيده. (ك)

(١٠) أى ثبوت يدهما على أنفسهما.

(١١) قوله: "أنه يحل له" وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد، فجعلوا اليد دليلاً على الملك فى الكل. (٤)

(١٢) الكبيرين.

(١٣) والدواب. (٤)

(١٤) قوله: "والفرق ما بيناه" هو قوله: لأن لهما يداً على نفسيهما فيدفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب. (٤)

(١٥) قوله: "باب من يقبل شهادته إلخ" لما فرغ من بيان ما يسمع فيه الشهادة وما لا يسمع شرع فى بيان من يسمع منه الشهادة ومن لا يسمع، وقدم ذلك على هذا لأنهم محال الشهادة والمحال شروط، والشروط مقدمة على الشروط. (ن)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) قوله: "ولا تقبل" وقال مالك: تقبل، لأن العمى لا يقدح فى الولاية والعدالة، باعتبارهما يجوز الشهادة،

حنيفة رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسماع^(١)؛ لأن الحاجة فيه إلى السماع، ولا خلل فيه^(٢)، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: يجوز^(٣) إذا كان بصيراً^(٤) وقت التحمل^(٥) لحصول العلم بالمعينة والأداء يختص بالقول، ولسانه غير مؤف^(٦)، والتعريف^(٧) يحصل بالنسبة^(٨)، كما في الشهادة على الميت^(٩).

ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له، والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنعمة، وفيه^(١٠) شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود^(١١)، والنسبة^(١٢) لتعريف الغائب دون الحاضر، فصار كالحدود والقصاص^(١٣).

ولو عمى^(١٤) بعد الأداء^(١٥) يمتنع القضاء^(١٦) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، فإن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها^(١٧) حجة عنده، وقد بطلت، وصار كما إذا خرس^(١٨)، أو جن، أو فسق، بخلاف ما إذا ماتوا أو

ولهذا قبلت روايته. (ك)

(١) كالنسب والموت.

(٢) لأنه في السماع كالصير. (ك)

(٣) أي فيما لا يحتاج إلى الإشارة كالديون والعقار. (ك)

(٤) وأداها وهو أعمى. (ك)

(٥) أي تحمل الشهادة.

(٦) أي لم تصبه آفة.

(٧) أي تعريف المشهود عليه.

(٨) بأن يقول: أشهد على فلان هو ابن فلان.

(٩) قوله: "كما في الشهادة على الميت" إذا شهد على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين، فإنها تقبل بالاتفاق

إذا ذكر النسبة. (ع)

(١٠) أي في التمييز بالنعمة.

(١١) قوله: "يمكن التحرز عنها إلخ" فإن بالشهود البصراء كثرة، وفيه غنية عن شهادة الأعمى، وفي هذا القول

إشارة إلى الجواب عن الميت فإن الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لأن المدعى وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى

إقامة الاسم والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه. (ع)

(١٢) جواب عن قوله: والتعريف يحصل بالنسبة.

(١٣) فإن شهادة الأعمى في الحدود والقصاص لا تقبل إجماعاً للشبهة فكذا في غيرها.

(١٤) الشاهد.

(١٥) أي بعد أداء الشهادة وقبل القضاء.

(١٦) أي لم يجز الحكم بها.

(١٧) الشاهد.

(١٨) قوله: "كما إذا خرس [گنگ گريد. من]" فإنه إذا حل هذه العوارض بعد الأداء قبل القضاء لا يقضى

غابوا^(١)؛ لأن الأهلية بالموت قد انتهت^(٢)، وبالغيبة ما بطلت.

قال^(٣): ولا المملوك؛ لأن الشهادة من باب الولاية^(٤)، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت له الولاية على غيره، ولا المحدود في القذف وإن تاب؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾، ولأنه^(٥) من تمام الحد لكونه مانعاً^(٦)، فيبقى^(٧) بعد التوبة كأصله، بخلاف المحدود في غير القذف^(٨)، لأن الرد للفسق^(٩)، وقد ارتفع^(١٠) بالتوبة^(١١).

وقال الشافعي رحمه الله: تقبل^(١٢) إذا تاب؛ لقوله تعالى: ﴿إلا الذين^(١٣) تابوا﴾، استثنى التائب. قلنا: الاستثناء^(١٤) ينصرف^(١٥) إلى ما يليه، وهو قوله تعالى: ﴿فأولئك هم الفاسقون﴾، أو هو استثناء منقطع بمعنى^(١٦) لكن، ولو حد^(١٧) الكافر

القاضي بهذه الشهادة لبطان الأهلية كذا هذا.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا ماتوا إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمتنع القضاء ولا أهلية عنده. (٤)

(٢) وتقررت فإن الشيء يتقرر بانتهاه.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) لأنها تنفيذ القول على الغير.

(٥) رد الشهادة.

(٦) قوله: "لكونه [رد الشهادة] مانعاً" عن القذف لأن فيه معنى الزجر لأنه يؤلم قلبه كما أن الجلد يؤلم بدنه، وقد آذاه بلسانه، فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاءً وفاقاً، فيبقى بعد التوبة كأصله، وهو الجلد، لأن رد شهادته من تمام الحد، وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له. (ك)

(٧) الرد.

(٨) حيث يقبل شهادته بعد التوبة كالزنا والسرقه وشرب الخمر.

(٩) لا لتمام الحد كما في المحدود في القذف.

(١٠) الفسق.

(١١) إذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له. (ك)

(١٢) أي شهادة المحدود في القذف.

(١٣) قوله: "إلا الذين" تمام الآية: والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا. الآية.

(١٤) قوله: "الاستثناء ينصرف إلخ" لأن الاستثناء ليس يرجع إلى جميع ما تقدم إذ من جملته قوله تعالى:

فاجلدوهم، ولا يرتفع الجلد بالتوبة. (عيني)

(١٥) قوله: "ينصرف إلى ما يليه" وهو قوله تعالى: فأولئك هم الفاسقون، لأنه للاستئناف، لأن ما قبله أمر ونهي،

وهذه جملة اسمية إخبار عن حال قائمة فيهم، فلم يحسن العطف، فكانت مستأنفة، فانصرف الاستثناء إلى هذه الجملة فحسب. (ك)

(١٦) قوله: "بمعنى لكن" لأن التائبين ليسوا من جنس الفاسقين، فكان مغناه لكن الذين تابوا فإن الله يغفر ذنوبهم،

فى قذف، ثم أسلم يقبل شهادته، لأن للكافر شهادة^(١)، فكان ردها من تمام الحد^(٢)، وبالإسلام حدثت له شهادة^(٣) أخرى^(٤)، بخلاف العبد إذا حد^(٥)، ثم أعتق لأنه لا شهادة^(٦) للعبد^(٧) أصلاً، فتمام حده برد شهادته بعد العتق^(٨).

قال^(٩): ولا شهادة الوالد لولده، وولد ولده، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده، والأصل^(١٠) فيه^(١١) قوله عليه السلام^(١٢): «لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد^(١٣) لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره»*.

ولأن المنافع^(١٤) بين الأولاد والآباء متصلة، ولهذا^(١٥) لا يجوز أداء الزكاة إليهم، فتكون^(١٦) شهادة لنفسه من وجه، أو تتمكن فيه التهمة.

قال^(١٧): والمراد بالأجير على ما قالوا^(١٨): التلميذ الخاص^(١٩) الذى يعد ضرر

ويرحمهم، فكان كلاماً مبتدأ غير متعلق بما قبله. (ك)

(١٧) قوله: "ولو حد الكافر إلخ" صورته ذمى إذا حد فى قذف لم يجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام جميعاً. (ل)

(١) وهو شهادته على مثله.

(٢) أى حد القذف.

(٣) وهو الشهادة المطلقة.

(٤) غير الأولى المردودة.

(٥) حيث لا يقبل شهادته.

(٦) فى حال رقه.

(٧) لا على المسلم ولا على الكافر.

(٨) قوله: "برد شهادته إلخ" لأنه لا بد فى حد القذف من رد الشهادة، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق، فترد

شهادته الآن تنميماً للحد. (عينى)

(٩) أى القدرى. (عينى)

(١٠) الدليل.

(١١) أى فى شهادة هؤلاء بعضهم لبعض.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام: «لا يقبل» إلخ" قلت غريب، وهو فى مصنف ابن أبى شيبة، وعبد الرزاق من قول

شريح، وقال فى "الخلاصة": رواه الخفاف بإسناده عن النبى ﷺ. (ت)

(١٣) ذكره على سبيل الاستطراد. [أى فلو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة. (ك)]

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣١ ص ١١٢ (٠٠)

(١٤) أى منافع الأملاك.

(١٥) أى لأجل اتصال المنافع.

(١٦) هذه الشهادة.

أستأذه ضرر نفسه، ونفعه نفع نفسه، وهو معنى قوله عليه السلام^(١): «لا شهادة للقانع^(٢) بأهل البيت لهم»*. وقيل: المراد به الأجير مسانبة^(٣) أو مشاهرة، أو مياومة، فيستوجب^(٤) الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة، فيصير^(٥) كالمستأجر عليها^(٦). ولا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر، وقال الشافعي رحمه الله: تقبل، لأن الأملأك بينهما متميزة، والأيدى متحيزة^(٧)، ولهذا^(٨) يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما، ولا معتبر^(٩) بما فيه^(١٠) من النفع^(١١) لثبوته ضمناً^(١٢)، كما فى الغريم إذا شهد لمديونه المفلس^(١٣). ولنا ما روينا^(١٤)، ولأن الانتفاع متصل عادة^(١٥) وهو

(١٧) أى المصنف.

(١٨) المشايخ.

(١٩) هو الذى يأكل معه وفى عياله. (ع)

(١) أخرجه الترمذى عن عائشة رضى الله عنها. (ت)

(٢) قوله: "لا شهادة للقانع [القانع: السائل من القنوع؛ لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم. ع] القانع التابع لأهل البيت كالحامد لهم، وفى "المغرب": المتعلم الذى يأكل فى بيت أستاذه يكون فى معنى القانع المذكور فى الحديث. (ب)
* راجع نصب الرأية ج٤ ص ٨٣، والدرأية ج٢، الحديث ٨٣٢ ص ١٧٢. (نعيم)

(٣) قوله: "الأجير مسانبة إلخ" وهو الأجير الواحد، وأما شهادة الأجير المشترك فمقبولة، لأن منافعه غير مملوكة للمستأجر ولهذا له أن يؤجر نفسه من غيره فى مدة الإجارة. (ع)
قوله: "مسانبة" سنة محرركة: سال، أصله سنهته أو سنوه سانهه مسانبة سالا سال داد او را جيزى، وسالانه كرد او را بركارى. (من)

(٤) قوله: "فيستوجب [الأجير]" أى فيستوجب الأجير بمنافع نفسه، لأن عمل الأجير كله فى مدة الإجارة للمستأجر فصار الأجير حينئذ بالشهادة للمستأجر مستوجباً للأجر عليه، فصار الأجير بمنزلة المستأجر على الشهادة، لأن شهادته عمل من أعماله، فجميع أعماله مستحقه للمستأجر فى المدة. (ن)

(٥) الأجير.

(٦) الشهادة.

(٧) أى مجتمعة بنفسها غير متصرفة فى ملك الآخر.

(٨) قوله: "ولهذا" أى لأجل تميز الأملأك وتخير الأيدى يجرى القصاص بينهما بأن يقتص من أحدهما الآخر، ويحبس أحدهما بدين الآخر، وكل من كان كذلك يقبل شهادته فى حق صاحبه كالأخوين والأعمام. (عينى رحمه الله)
(٩) دفع دخل.

(١٠) أى فى قبول شهادة أحدهما للآخر.

(١١) قوله: "من النفع" أى النفع الحاصل منه للشاهد فإن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه. (مل)

(١٢) أى فى ضمن الشهادة لا قصداً.

(١٣) قوله: "كما فى الغريم [أى رب الدين] إذا شهد إلخ" حيث يقبل شهادته وإن كان له فيه نفع، لأن النفع حصل ههنا. (مل)

(١٤) من الحديث.

المقصود^(١)، فيصير شاهداً لنفسه من وجهه، أو يصير متهماً^(٢)، بخلاف شهادة الغريم^(٣)؛ لأنه لا ولاية له على المشهود به^(٤).

ولا شهادة المولى لعبده؛ لأنه شهادة لنفسه من كل وجه^(٥) إذا لم يكن على العبد دين، أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف^(٦) مراعى، ولا لمكاتبه؛ لما قلنا^(٧). ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما؛ لأنه شهادة لنفسه^(٨) من وجه لا شراكتهما^(٩)، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة.

وتقبل شهادة الرجل لأخيه وعمه؛ لانعدام التهمة، لأن الأملاك ومنافعها متباينة^(١٠)، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض. قال^(١١): ولا تقبل شهادة مخنث^(١٢)، ومراده المخنث في الردى^(١٣) من الأفعال^(١٤)؛ لأنه فاسق، فأما الذى فى

(١٥) قوله: "متصل [بينهما] عادة [حتى يعد الزوج غنياً بمالها]" ولهذا لو وطئ جارية امرأته، وقال: ظننت أنها تحمل لى لا يحد. (عناية)

(١) من الأموال.

(٢) فى شهادته، وشهادة المتهم مردودة.

(٣) قوله: "بخلاف شهادة الخ" جواب عما ذكره الشافعى، ووجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به، إذ هو مال المديون، ولا تصرف له عليه؛ بخلاف الرجل فإنه لكونه قواماً عليها هو الذى يتصرف فى مالها عادة، لا يقال: الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه لأن الظفر أمر موهوم، وحق الأخذ بناء عليه، ولا كذلك الزوجان. (عناية)

(٤) إذ هو مال المديون، فلم يكن الغريم متهماً، فجاز شهادته.

(٥) لأن العبد وما يملكه نولاه. (٤)

(٦) قوله: "لأن الحال [أى حال العبد] موقوف" أى بين أن يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم فى دينهم، فيصير أجنبياً، فتقبل شهادة المولى له، أو يبقى للمولى كما كان بسبب قضاءه دينه. (ك)

(٧) قوله: "لما [من أنه شهادة لنفسه من وجهه. ك] قلنا" أى من كون الحال موقوفاً مراعى لأنه إن أدى بدل الكتابة صار أجنبياً وإن لم يؤد عاد رقيقاً، فكانت شهادة لنفسه. (عناية)

(٨) قوله: "لأنه شهادة لنفسه [لأن كل ما يحصل للمشهود له للشاهد فيه نصيب]" أى فى البعض، وذلك باطل، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة، إذ هى شهادة واحدة. (٤)

(٩) فى الذى يحصل بسبب الشهادة.

(١٠) أى الرجل وأخيه، والرجل وعمه.

(١١) أى القدورى. (عبنى)

(١٢) قوله: "مخنث" المراد من المخنث هو الذى يتشبه النساء باختياره فى الأقوال والأفعال، وفى "البحر": المخنث بكسر النون وفتحها، فإن كان الأول فهو بمعنى المنكسر فى أعضائه المتلين فى كلامه تشبيهاً بالنساء، وإن كان الثانى فهو الذى يعمل به اللواط. (مجمع الأنهر)

(١٣) أى التمكين من اللواط.

(١٤) قوله: "من الأفعال" أفعال النساء من التزين بزيتنهن، والتشبيه بهن فى الفعل والقول، فالفعل مثل كونه محلاً للواط، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبيهاً بالنساء. (عين)

كلامه لين^(١)، وفي أعضائه^(٢) تكسر فهو مقبول الشهادة، ولا نائحة^(٣) ولا مغنية^(٤)؛ لأنهما ترتكبان محرماً، فإنه عليه السلام نهى^(٥) عن الصوتين الأحمقين^(٦) النائحة والمغنية*.

قال: ولا مدمن الشرب على اللهو^(٧)؛ لأنه ارتكب محرماً دينه، ولا من يلعب بالطيور^(٨)؛ لأنه يورث غفلة^(٩)، ولأنه قد يقف على عورات النساء^(١٠) بصعود سطحه ليطير طيره، وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطيور^(١١) وهو المغنى. قال: ولا من يغنى للناس^(١٢)؛ لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، قال:

(١) كما فى كلام النساء، ولم يشتهر بشئ من الأفعال الرديئة. (كافى)

(٢) خلقة.

(٣) قوله: "ولا نائحة" المراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها، واتخذت ذلك حرفة، ولم يرد بها التى تنوح على مصيبتها. (مل)

(٤) قوله: "ولا مغنية" التغنى باللهو معصية فى جميع الأديان خصوصاً إن كان الغناء من المرأة، فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلاً عن ضم الغناء إليه، ولهذا لم يقيد ههنا بقوله: للناس، وقيد به فيما ذكر بعد هذا فى غناء الرجل. (ع)

(٥) أخرجه الترمذى فى الجنائز. (ت)

(٦) وصف الصوت بصفة صاحبه. (ع)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٤، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣٣ ص ١٨٢. (نعيم)

(٧) قوله: "ولا مدمن [أدمن الخمر بيوست خوردي را. من] الشرب [المراد به من شرب، ولم يتب، ومن نيته أن يشرب بعد ذلك إذا وجد، كذا فى "الذخيرة". مل] على اللهو [لا للدواء]" أطلق الشرب على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع الأشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما، فإن الإدمان شرط فى الخمر أيضاً، وفى فتاوى قاضى خان ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر، ثم قال: وإنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس، فإن من اتهم بشرب الخمر فى بيته لا يبطل عدالته وإن كانت كبيرة، وإنما يبطل إذا ظهر ذلك، أو يخرج سكران، فيسخر منه الصبيان لأن مثله لا يحترز عن الكذب. (ك)

(٨) قوله: "ولا من يلعب بالطيور" وأما إذا كان يستأنس بالحمام فى بيته فهو عدل مقبول الشهادة إلا إذا خرجت من البيت فإنها تأتى بجماعات غيره، فتفرخ فى بيته، وهو يبيعه، ولا يفرقه من حمام نفسه، فيكون أكلاً للحرام. (عناية)

(٩) فلا يؤمن من الزيادة والنقصان، فلا يقبل شهادته.

(١٠) والنظر إلى عورات الأجانب حرام، فلا يجوز شهادة مرتكب احرام.

(١١) قوله: "ولا من يلعب بالطيور" خصه بالذكر لكونه أعظم من آلات اللهو عند المعجم من الترك وغيره. (مل)

قوله: "بالطيور" والمراد بالطيور كل لهو يكون شنيعاً بين الناس احتراز عما لم يكن شنيعاً كضرب القضيبي لأنها لا يمنع قبولها إلا أن يتفاحش بأن يرقصوا به فيدخل فى حد الكبائر. (مجمع الأنهر)

(١٢) قوله: "ولا من يغنى للناس" فإنه أعم من أن يكون مع آله اللهو أو لا، وإنما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق، وهذا مقيد بكونه للناس، حتى لو كان غناءه فى نفسه لإزالة الوحشة لا بأس به عند عامة المشايخ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى، واختاره المصنف، وعلل بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة، وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه دخل على أخيه، وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة.

ومن المشايخ من كره جميع ذلك، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زادة، وحمل حديث البراء على أنه كان ينشد

ولا من يأتي باباً من الكبائر^(١) التي يتعلق بها الحد^(٢) للفسق.

قال: ولا من^(٣) يدخل الحمام من غير إزار؛ لأن كشف العورة حرام، أو يأكل الربا، أو يقامر بالنرد^(٤) والشطرنج؛ لأن كل ذلك من الكبائر، وكذلك^(٥) من تفوته الصلاة للاشتغال بهما، فأما مجرد اللعب بالشطرنج^(٦) فليس بفسق مانع من الشهادة، لأن للاجتهاد فيه مساعاً^(٧)، وشرط في الأصل^(٨) أن يكون آكل الربا مشهوراً به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة^(٩)، وكل ذلك ربا^(١٠).

قال^(١١): ولا من يفعل الأفعال المستحقة كالبول على الطريق^(١٢) والأكل على الطريق^(١٣)، لأنه تارك للمروءة^(١٤)، وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم، ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف^(١٥)؛ لظهور فسقه بخلاف من

الأشعار المباحة التي فيها الوعظ، والحكم واسم الغناء يطلق على ذلك كله. (٤)

(١) قوله: "باباً من الكبائر إلخ" اختلفوا في تفسير الكبيرة، قال بعضهم هي السبع التي ذكرها رسول الله عليه السلام في الحديث المعروف، وهو الإنسراك بالله والفرار من الزحف، وعقوق الوالدين، وقتل النفس بغير حق ونهب المؤمن والزنا، وشرب الخمر وهو تول أهل الحجاز، وأهل الحديث، وزاد بعضهم على هذا السبع أكل الربا، وأكل مال اليتيم بغير حق، وقال بعضهم: ما كان حراماً لعينه فهو كبيرة، وأصح ما قيل فيه، هو ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال: ما كانت شنيعاً بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر، وكذلك الإعانة على المعاصي والفجور، والحث عليها من جملة الكبائر، فوجب سقوط العدالة، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٢) وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيه حد أو قتل. (٤)

(٣) هذا وما قبله كله من القدوري.

(٤) قوله: "بالنرد" ونرد - بالفتح - بازيست معروف معرب ست ارد شيرين بايك آن را وضع كرد. (من)

(٥) وكذلك من يكثر الأيمان الكاذبة بالاشتغال بهما، كذا في "الذخيرة".

(٦) قوله: "فأما مجرد إلخ" وأما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على حال قال عليه السلام: «ملعون من يلعب بالنرد»، ومن كان ملعوناً كيف يكون عدلاً، كذا في "الكفاية" ناقلاً من "الذخيرة". (مل)

(٧) قال مالك والشافعي يحل اللعب بالشطرنج.

(٨) أي المبسوط.

(٩) قوله: "قلما ينجو إلخ" فلو ردت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالباً، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم، فإنه يسقط العدالة، وإن لم يشتهر به لعدم عموم البلوى. (عناية)

(١٠) أي في معنى الربا.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "كالبول على الطريق [يعني به بمر أي الناس. ك]" وذكر الكرخي لا تقبل شهادة من مشى في الطريق

بسر أو يلبس عليه غيره. (ن)

(١٣) وفي السوق بين يدي الناس، كذا قال قاضي حان.

(١٤) إنسانية.

(١٥) قوله: "سب السلف [وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة. ع]" في المستصفي السلف جمع سالف وهو الماضي، وفي الشرع اسم لكل من يقلد مذهبه، ويقف على أثره كأبي حنيفة وأصحابه فإنهم سلفنا، والصحابة والتابعون

يكتمه^(١)، وتقبل^(٢) شهادة أهل الأهواء^(٣) إلا الخطابية^(٤)، وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق^(٥). ولنا أنه^(٦) فسق من حيث الاعتقاد^(٧)، وما أوقعه فيه^(٨) إلا تدينه^(٩)، فيمتنع عن الكذب، وصار كمن يشرب المثلث^(١٠)، أو يأكل^(١١) متروك التسمية عامداً مستبيحاً^(١٢) لذلك^(١٣)، بخلاف الفسق^(١٤) من حيث التعاطي^(١٥). أما الخطائية فهم قوم من غلاة^(١٦) الروافض، يعتقدون الشهادة لكل من حلف

سلف لأبي حنيفة وأصحابه، كذا ذكره بدر الدين. (ك)

قوله: "سلف" السلف وهم الصحابة والعلماء المجتهدون رضوان الله تعالى عليهم، ولو قال: أو يظهر سب مسلم، لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسب مسلم وإن لم يكن من السلف، كما في "النهاية"، وغيرها قيد بالإظهار؛ لأنه لو كتبه تقبل. (مجمع الأنهر)

(١) وإن كان يعتقد.

(٢) قوله: "تقبل" إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجناً، ويكون عدلاً في تعاطيه وهو الصحيح، كذا في "الكفاية".

(٣) قوله: "أهل الأهواء [أي هل البدع]" الهوى ميلان النفس إلى ما يستلذ به من الشهوات، وإنما سموا به لتابعتهم النفس، ومخالفتهم السنة، وأصول أهل الأهواء أي أهل البدع ستة الجبر والقدر والرفض والخروج، والتشبيه والتعطيل وكل واحد يصير اثني عشر فرقة، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة. (مل)

(٤) قوله: "إلا الخطابية" في "شرح الأقطع": هم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة يزعم أن علياً الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر، ويعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له تقية، وقيل: يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم أنه محق، ويقولون: المسلم لا يحلف كاذباً، فيمكن شبهة الكذب في شهادتهم. (مل)

(٥) إذا الفسق اعتقاداً أغلظ منه تعاطياً، ولا شهادة للفاسق. (ك)

(٦) أي أن ما ذهبوا إليه.

(٧) قوله: "من حيث الاعتقاد" والفاسق إما لا يقبل شهادته لتهمة الكذب، والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك، لأنه ما أوقعه فيه إلخ. (ك)

(٨) أي في الهوى.

(٩) قوله: "إلا تدينه" أي تعمقه في الدين، ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب، حتى يجعله كفراً، فيكون ممتنعاً عن

الكذب. (ك)

(١٠) قوله: "كمن [وكان حنفيًا] يشرب المثلث [فإنه لا يصير مردود الشهادة. ك]" يحل المثلث، وهو عصير

العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي الثلث، وإن اشتد وقذف ما لم يسكر بلانية لهو وطرب عند الشيخين. (مجمع الأنهر)

(١١) وكان شافعياً.

(١٢) يتعلق بكليهما.

(١٣) معتقداً بإباحته. (ك)

(١٤) فترد شهادته.

(١٥) أي العمل والمباشرة.

(١٦) جمع غالي، غلا في الأمر غلوا: در گذشت از حد آن. (من)

عندهم، وقيل: يرون الشهادة لشيعتهم واجبة، فتمكنت التهمة^(١) في شهادتهم لظهور فسقهم. قال^(٢): وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم^(٣)، وقال مالك والشافعي^ح: لا تقبل، لأنه فاسق، قال الله تعالى: ﴿والكافرون هم الفاسقون﴾، فيجب التوقف في خبره^(٤)، ولهذا^(٥) لا تقبل شهادته^(٦) على المسلم، فصار كالمرتد^(٧).

ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض^{(٨)*}، ولأنه^(٩) من أهل الولاية على نفسه، وعلى أولاده الصغار، فيكون من أهل الشهادة^(١٠) على جنسه^(١١)، والفسق^(١٢) من حيث الاعتقاد غير مانع؛ لأنه يجنب ما يعتقد محرماً دينه^(١٣)، والكذب محظوراً لأديان كلها، بخلاف المرتد^(١٤) لأنه لا ولاية^(١٥) له، وبخلاف شهادة الذمي على المسلم^(١٦)، لأنه لا ولاية له بالإضافة

(١) أي تهمة الكذب.

(٢) هذه من القدوري.

(٣) أي أديانهم كاليهود والنصارى.

(٤) بقوله تعالى: ﴿إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا﴾.

(٥) أي لكونه فاسقاً.

(٦) الكافر.

(٧) قوله: "فصار كالمرتد" أي لا تقبل شهادة المرتد بجنسه، وخلاف جنسه، وعليهما فكذا الكافر. (ك)

(٨) قوله: "أجاز شهادة إلخ" قلت غريب بهذا اللفظ، وهو غير مطابق للحكمين فإن المصنف قال: وتقبل شهادة

أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم، ثم استدلل بالحديث، ولو قال أهل الذمة عوض النصارى لكان أولى، وموافقاً للحكمين أعني اتحاد الملة، واختلافها هكذا أخرجه ابن ماجه في "سننه" عن جابر ابن عبد الله أن النبي ﷺ أجاز

شهادة أهل الذمة بعضهم على بعضهم، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣٤ ص ١٧٢. (نعيم)

(٩) الذمي.

(١٠) كالمسلم.

(١١) قوله: "على جنسه" وترك خلاف الجنس لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. (ع)

(١٢) جواب عن قول الشافعي لأنه فاسق.

(١٣) قوله: "يجنب إلخ" فإن قلت: لا نسلم أنهم يجتنبون الكذب بل يباشرونه، فإن الله تعالى أخبر أنهم ينكرون

الآيات عناداً مع علمهم بأنها حق، وكان ذلك كذباً منهم. قال الله تعالى: ﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً

وعلواً﴾. قلت: كان ذلك في الأحرار الذين كانوا على عهد رسول الله ﷺ حتى تواطأوا على كتمان نعت رسول الله ﷺ،

فلا شهادة لأولئك عندنا، فأما من سواهم فيعتقدون الكفر لأن عندهم أن الحق ما هم عليه، قال الله تعالى:

﴿ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى﴾. (ن)

(١٤) جواب عن قوله: فصار كالمرتد.

(١٥) وهو ركن الدليل.

(١٦) جواب عن قوله: ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم.

إليه، ولأنه يتقول^(١) عليه، لأنه^(٢) يغيظه^(٣) قهره إياه، وملل الكفر^(٤) وإن^(٥) اختلفت فلا قهر^(٦)، فلا يحملهم الغيظ على التقول^(٧).

قال: ولا تقبل شهادة الحربى على الذمى، أراد به والله أعلم المستأمن^(٨) لأنه لا ولاية له عليه، لأن الذمى من أهل دارنا^(٩)، وهو أعلى حالا منه^(١٠).

ويقبل شهادة الذمى عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمى، وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة، وإن كانوا من دارين^(١١) كالروم والترك لا تقبل^(١٢)؛ لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية، ولهذا^(١٣) يمنع التوارث بخلاف الذمى^(١٤) لأنه من أهل دارنا، ولا كذلك المستأمن.

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات^(١٥)، والرجل يجتنب الكبائر قبلت

(١) يفترى.

(٢) تقريره إنا سلمنا أن الولاية متحققة لكن المانم وهو التقول موجود.

(٣) غاظه غيظاً: بخشم آورد آن را. (من)

(٤) قوله: "وملل إلخ" جواب لما يقال: كما أن بين المسلم والذمى معادة فكذلك بين اليهود والنصارى، وكذا بينهم وبين المجوس، فكان ينبغي أن يكون اختلاف الملل مانعاً. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) لبعضهم على بعض فى دار الإسلام. (٤)

(٧) الافتراء.

(٨) قوله: "أراد به والله أعلم المستأمن إلخ" لعدم تصور شهادة الكافر الحربى على الذمى لما أن الشهادة إنما تكون فى مجلس القاضى، ومن شرط القضاء المصر فى دار الإسلام ولو دخل حربى دار الإسلام بغير استئذان يؤخذ قهراً فيسترق، فيكون شهادته فى حكم شهادة عبد على أحد. (ك)

(٩) قوله: "من أهل دارنا [حتى لا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب]" المستأمن من أهل دار الحرب، واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية. (عينى)

(١٠) قوله: "وهو أعلى لجزء لبلدة انقطاع الولاية." أى أقرب إلى أهل الإسلام لأنه قبل ما هو خلف الإسلام، وهو الجزية، ولأنه صار محقون الدم على التابيد، ولهذا يقتل المسلم بالذمى قصاصاً، ولا يقتل المسلم بالمستأمن. (ك)

(١١) مختلفين بالمنعة.

(١٢) أى شهادة بعضهم لبعض.

(١٣) أى لانقطاع الولاية.

(١٤) قوله: "بخلاف الذمى" جواب عما يقال: اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمى على المستأمن لوجوده لكنها قبلت، ووجهه أن يقال: الذمى من أهل دارنا، ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها، فكان الواجب شهادة الذمى على المسلم كعكسه، لكن تركناه بالنص، كما مر، ولا نص فى المستأمن فيقبل شهادة الذمى عليه، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض، لأنهم من دارنا فهى تجمعهم بخلاف المستأمنين. (عناية)

شهادته وإن ألم^(١) بمعصية، هذا^(٢) هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة^(٣)، إذ لا بد له من توقي^(٤) الكبائر كلها، وبعد ذلك^(٥) يعتبر^(٦) الغالب كما ذكرنا^(٧)، فأما الإمام بمعصية^(٨) لا ينقدح به العدالة المشروطة^(٩)، فلا يرد به الشهادة المشروعة، لأن في اعتبار اجتنابه الكل^(١٠) سد بابه^(١١)، وهو مفتوح إحياء للحقوق^(١٢).

قال^(١٣): وتقبل شهادة الأقف^(١٤)؛ لأنه^(١٥) لا يخل^(١٦) بالعدالة إلا إذا تركه استخفافاً^(١٧) بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً^(١٨).

قال^(١٩): والخصي^(٢٠)، فإن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي^(٢١)،

(١٥) الصغائر.

(١) إلمام مباشر، ومرتكب صغائر شذن. (من)

(٢) أى كون الحسنات أكثر من السيئات واجتناب الكبائر.

(٣) فى الشرع.

(٤) برهيز كردن. (من)

(٥) التوقي.

(٦) فى حق الصغائر.

(٧) من قوله: وإن كانت إلخ.

(٨) من الصغائر.

(٩) فى الشهادة.

(١٠) أى كل الذنوب.

(١١) الشهادة.

(١٢) أى حقوق الناس.

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١٤) قوله: "الأقف" هو من لم يختن، وأبو حنيفة لم يقدر له وقتاً معيناً إذا المقادير تعرف بالشرع، ولم يرد فى ذلك نص، ولا إجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشرين، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده، لما روى الحسن والحسين رضى الله تعالى عنهما، ختتا اليوم السابع أو بعده، لكنه شاذ. (٤)

(١٥) قوله: "لأنه" أى لأن ترك الحتان لا يخل بالعدالة لأن الحتان سنة، وترك السنة لا يخل بالعدالة، وعن ابن عباس رضى الله عنهما لا تقبل شهادته. (مل)

(١٦) إذا تركه بعذر الكبير أو خوف الهلاك. (ك)

(١٧) وعلى وجه الإعراض عن السنة. (ك)

(١٨) قوله: "عدلاً" قال الزيلعى فى "تخریجه": إنه يوجد فى بعض نسخ "الهداية"، وعن ابن عباس لا تقبل شهادة الأقف، ولا تقبل صلاته، ولا تؤكل ذبيحته، انتهى، وقد أخرج ابن أبى شيبة فى "مصنفه". (مل)

(١٩) أى القدورى. (عيني)

(٢٠) هو منزوع الخصيتين. (٤)

(٢١) على بن مظعون، كذا رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه".

ولأنه قطع عضو منه ^(١) ظلماً ^(٢)، فصار كما إذا قطعت يده.

قال ^(٣): وولد الزنا؛ لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما ^(٤) وهو ^(٥) مسلم ^(٦)، وقال مالك: لا تقبل ^(٧) في الزنا ^(٨)؛ لأنه يحب أن يكون غيره كمثلته ^(٩)، فيتهم ^(١٠). قلنا: العدل لا يختار ذلك ^(١١)، ولا يستحبه، والكلام ^(١٢) في العدل، قال ^(١٣): وشهادة الخنثى جائز؛ لأنه رجل أو امرأة، وشهادة الجنسين مقبولة ^(١٤) بالنص ^(١٥). قال ^(١٦): وشهادة العمال جائزة، والمراد عمال السلطان ^(١٧) عند عامة المشايخ لأن نفس العمل ^(١٨) ليس بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم ^(١٩)، وقيل: العامل إذا كان وجيهاً ^(٢٠) في الناس ذا مروءة ^(٢١) لا يجازف ^(٢٢) في كلامه تقبل

(١) الخصى.

(٢) أى من دون وجه شرعى.

(٣) أى القدورى. (عنى)

(٤) الأبوين.

(٥) الواو حالية.

(٦) فلا يؤخذ بكفر الأبوين.

(٧) أى شهادة ولد الزنا.

(٨) أى فى الشهادة على الزنا.

(٩) الكاف زائدة. (٤)

(١٠) فترد.

(١١) أى أن يكون غيره مثله.

(١٢) أى الكلام فى قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً.

(١٣) أى القدورى. (عنى)

(١٤) قوله: "مقبولة" قال: فى الخزانة: والخنثى المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة، ولو شهد مع رجل وامرأة

تقبل، وفى "العناية": وينبغى أن لا تقبل شهادته فى الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال أن يكون امرأة. (عناية)

(١٥) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿وَأَمَّا شُهَدَاؤُهُمْ فَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّهُمْ بَشَرٌ لِّمِثْلِ مَا كَفَرْتُمْ﴾. (عناية)

(١٦) أى القدورى. (عنى)

(١٧) قوله: "عمال السلطان" وهم الذين يعينون السلطان فى أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم

ونحوهما، وقيل: الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم لأن من الناس من قال: لا تقبل شهادة هؤلاء، وإنما أورد هذه

المسألة رد القول هذا القائل لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء فى الحديث: «أفضل الناس عند الله تعالى من يأكل

من كسب يده»، فلا يوجب ذلك جرحاً. (ك)

(١٨) فإن أجلاء الصحابة كانوا عمالاً. (٤)

(١٩) كما فى زماننا فلا تقبل شهادتهم.

(٢٠) قوله: "إذا كان وجيهاً [ذا وجهة وشرف] إلخ" لعله يريد به إذا كان عوناً على الظلم، فإنه إذا لم يكن

كذلك لم يشترط فيه ذلك، ويدل على ذلك تمثله بما مر عن أبى يوسف فى الفاسق. (٤)

(٢١) إنسانية.

شهادته كما مر عن أبي يوسف في الفاسق؛ لأنه لوجهاته لا يقدم على الكذب حفظاً للمرؤة، ولمهاتته^(١) لا يستأجر^(٢) على الشهادة الكاذبة.

قال^(٣): وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان^(٤)، والوصى يدعى

ذلك^(٥)، فهو جائز استحساناً، وإن أنكر الوصى^(٦) لم يجز، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى^(٧)، وعلى هذا^(٨) إذا شهد الموصى لهما بذلك^(٩)، أو غريمان لهما على الميت دين، أو للميت عليهما دين، أو شهد الوصيان أنه^(١٠) أوصى إلى هذا الرجل معهما. وجه القياس: أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه^(١١)، وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى إذا كان^(١٢) طالباً^(١٣)، والموت معروفاً^(١٤)، فيكفي القاضي بهذه الشهادة^(١٥) مؤنة^(١٦) التعيين، لا أن يثبت بها^(١٧) شيء^(١٨)، فصار

(٢٢) جزف - بالفتح - آسان گرفتن كار را. (م)

(١) مهابة - بالفتح - بزرگی. (من)

(٢) حفظاً على حرمة استأجرته بمزد خواستم او را. (من)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عینی)

(٤) أي جعل فلاناً وصياً.

(٥) الوصاية.

(٦) الوصاية.

(٧) الوصاية.

(٨) قوله: "وعلى هذا" أي على ما ذكر من الجواز عند دعوى الوصى بذلك وعدمه عند دعواه بذلك.

(٩) قوله: "وعلى هذا إذا شهد إلخ" ههنا خمس مسائل: الغريمان لهما على الميت دين، والغريمان عليهما للميت

دين، والموصى لهما، والموصى إليهما والوارثان، وشهد كل فريق أن الميت أوصى إلى هذا، وهو يطلب ذلك جازت

الشهادة استحساناً، وفي القياس لا يجوز وإن أنكر الوصى ذلك لم يجز قياساً واستحساناً. (ن)

(١٠) الميت.

(١١) قوله: "لعود المنفعة إليه [الشاهد]" وهذا لأن الوارثين قصداً بهذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في إحياء

حقوقهما، والغريمان قصداً نصب من يستوفيان منه حقه، أو يبرأ بالدفع إليه، والوصيان قصداً من يغنيهما عن

التصرف في مال الميت والموصى لهما قصداً من يدفع إليه حقوقهما. (ك)

(١٢) الوصى.

(١٣) أي طالباً للنصب وراضياً به.

(١٤) ظاهراً.

(١٥) قوله: "فيكفي [كفاه مؤنة كفاية كار گزارى كرد او را. من] القاضي إلخ" لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في

هذا الوصى أنه هل يصلح الوصية لأمانته وديانته، وهديته أم لا يصلح، وهما بهذه الشهادة زكياه، وأخبرنا القاضي بأنه

أهل لذلك، فكفى مؤنة التعيين فصار كالقرعة فإنها ليست بحجة، ويجوز استعمالها في تعيين الأنصبة لدفع

التهمة عن القاضي. (كفاية)

(١٦) المشقة.

كالقرعة^(١)، والوصيان إذا أقرأ أن معهما ثالثاً^(٢)، يملك القاضى نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما^(٣). بخلاف^(٤) ما إذا أنكر^(٥) أو لم يعرف الموت؛ لأنه ليس له^(٦) ولاية نصب الوصى، فتكون الشهادة هي الموجبة^(٧)، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة^(٨) وإن^(٩) لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران على أنفسهما^(١٠)، فيثبت الموت^(١١) باعترافهما فى حقهما.

وإن شهدا أن أباهما الغائب، وكله^(١٢) بقبض ديونه بالكوفة، فادعى الوكيل^(١٣)، أو أنكر لم تقبل شهادتهما؛ لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب، فلو ثبت^(١٤) إنما يثبت بشهادتهما، وهى غير موجبة لمكان التهمة^(١٥).

قال: ولا يسمع القاضى^(١٦) الشهادة^(١٧) على جرح مجرد^(١٨)، ولا

(١٧) الشهادة.

(١٨) فليست هذه شهادة حقيقة.

(١) قوله: "كالقرعة" كما يكون القرعة فى القسمة لتطيب القلوب، وصورتها أن يكتب أسامى الشركاء، ويجعلها بطاقات، ويطوى كل بطاقة، ويجعلها شبه البندقة، ويدخلها فى طين، ثم يخرجها، ثم يدلكها، ثم يجعلها فى وعاء أو فى كفه، ثم يخرج واحداً بعد واحد. (مجمع الأنهر)

(٢) قوله: "والوصيان إلخ" جواب لما يقال: إذا كان للميت وصيان فالقاضى لا يحتاج إلى نصب وصى آخر على الميت، فلا يكون له ذلك من غير شهادة، فتمكن التهمة فى الشهادة. (ك)

(٣) وشهادتهما ههنا بثالث اعتراف بعجزهما. (٤)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا أنكر إلخ" أى بخلاف ما إذا كان الوصى جاحداً، لأن القاضى ليس له إجبار أحد على قبول الوصية، بخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهراً، لأنه حينئذ لم يكن له ولاية نصب الوصى إلا بهذه البينة، فيصير الشهادة موجبة، فبطل بمعنى التهمة. (ك)

(٥) أى لا تقبل الشهادة.

(٦) القاضى.

(٧) لثبوت الوصاية.

(٨) قوله: "تقبل الشهادة" قيل: معنى القبول أمر القاضى إياهما بأداء ما عليهما إليه لا ببراءتهما عن الدين بهذا الأداء، لأن استيفاء الدين منهما حق عليهما والبراءة حق لهما، فلا تقبل فيها. (ك)

(٩) الواو وصلية.

(١٠) بحق قبض الدين فانفتت التهمة.

(١١) أى موت رب الدين.

(١٢) رجلا.

(١٣) الوكالة.

(١٤) لتوكيل.

(١٥) لأنهما يشهدان لأبيهما.

(١٦) قول: "ولا يسمع القاضى" لو شهدوا بأن شهود المدعى فسقة، أو زناة، أو أكلة الربا، أو شرابة الخمر، أى

يحكم^(١) بذلك^(٢)؛ لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم^(٣)، لأن له^(٤) الرفع بالتوبة، فلا يتحقق الإلزام، ولأن فيه^(٥) هتك^(٦) الستر، والستر واجب والإشاعة^(٧) حرام^(٨)، وإنما يرخص^(٩) ضرورة إحياء الحقوق، وذلك فيما يدخل تحت الحكم، إلا إذا شهدوا^(١٠) على إقرار المدعى بذلك^(١١)، لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم^(١٢).

قال^(١٣): ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل؛ لأنه شهادة على جرح مجرد، والاستئجار^(١٤) وإن كان أمراً زائداً عليه^(١٥)، فلا

عادتهم الزنا، أو أكل الربا، أو الشرب، فهذا شهادة على جرح مجرد، فإنه لا يثبت به الحد، ولو شهدوا أنهم زنوا، أو سرقوا، أو شربوا الخمر تقبل فإنه شهادة على جرح غير مجرد، إذ يثبت به الحد، كذا في "الدر المختار على رد المحتار".

(١٧) من شهود المدعى عليه.

(١٨) قوله: "على جرح مجرد" والجرح المجرد هو أن يطعن المدعى عليه الشهود بطعن لا يدخل تحت حكم القاضي كقوله: إنهم فسقة، وأما الجرح الذي هو غير مجرد فهو أن يكون مقروناً بحق من حقوق الله تعالى، بأن أقام المدعى عليه البينة أن الشهود أكلوا الربا، أو شربوا الخمر كان المقصود إقامة الحد، وهو مما يدخل تحت الحكم.

أو أن يكون مقروناً بحق من حقوق العباد، نحو إن قال: صالحت هؤلاء الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ودفعت المال إليهم، ولم يوفوا ما شرطوا فيأتي أطلبهم بما دفعت إليهم قبل هذا الجرح، لأن فيه إيجاب رد المال، وهو مما يدخل تحت الحكم، حتى لو قال: صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على هذه الشهادة، ولكن لم أدفع المال إليهم لا تقبل. (ن)

(١) أي لا يحكم القاضي بعلمه أيضاً. (ع)

(٢) أي بالجرح المجرد.

(٣) قوله: "لا يدخل تحت الحكم" وليس في وسع القاضي إلزامه، والبينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم، وفي وسع القاضي إلزامه. (ك)

(٤) أي للمقضى عليه.

(٥) قوله: "ولأن فيه [أي في الجرح المجرد] إلخ" يعني أن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقاً، لأن فيها إشاعة الفاحشة وهي حرام بالنص، والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق.

ولا يقال: إن فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة، وقد قال عليه السلام: «انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً»، لأنه لا ضرورة إلى أداء هذه الشهادة على ملام من الناس، ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سراً. (ك)

(٦) وهو إظهار الفاحشة.

(٧) أي إشاعة الفاحشة.

(٨) بلا ضرورة.

(٩) الإشاعة.

(١٠) قوله: "إلا إذا شهدوا [أي شهود المدعى عليه] إلخ" استثناء من قوله: لأن الفسق، وهو منقطع بمعنى لكن. (عيني)

(١١) أي بالجرح المجرد بأنهم فسقة، أو شهدوا بزور أو نحوه.

(١٢) قوله: "لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم" ويقدر القاضي على الإلزام، لأنه لا يرتفع بالتوبة، ولأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة، وإنما حكوا إظهار الفاحشة عن غيرهم، فلا يصيرون فاسقين، فيثبت المشهود به. (ك)

(١٣) أي محمد. (عيني)

خصم في إثباته^(١)، لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه^(٢) حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة، وأعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل^(٣)، لأنه^(٤) خصم في ذلك، ثم يثبت الجرح بناء عليه. وكذا^(٥) إذا أقامها^(٦) على أنى صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل، وقد شهدوا، وطالبهم^(٧) برد ذلك المال، ولهذا قلنا^(٨): إنه لو أقام^(٩) البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف، أو شارب خمر، أو قاذف، أو شريك المدعى تقبل^(١٠).

قال^(١١): ومن شهد ولم يبرح^(١٢)، حتى قال: أوهمت بعض شهادتي، فإن كان عدلاً جازت شهادته^(١٣)، ومعنى قوله: أوهمت^(١٤) أى أخطأت بنسيان ما كان بحق

(١٤) قوله: "والاستعجار إلخ" جواب سؤال مقدر بأن يقال: بأن هذا ليس بجرح مجرد بل هو إثبات أمر زائد، وهو استعجار المدعى، وهو إثبات لحق المدعى، فيثبت في ضمنه الجرح. وحاصل الجواب أنه نعم كذلك إلا أن المدعى عليه ليس بنائب عن المدعى في إثبات الحق له بل هو أجنبي عنه، فبقى جرحاً مجرداً. (مل)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أى على الجرح المجرد.

(١) الاستعجار.

(٢) المدعى.

(٣) هذه الشهادة.

(٤) أى لأن المدعى خصم للمدعى عليه فيما يدعيه.

(٥) أى تقبل.

(٦) المدعى عليه البينة.

(٧) المدعى عليه.

(٨) قوله: "ولهذا قلنا" أى لما قلنا من أن الشهادة على الجرح المجرد لا يقبل، وهو ما ليس فيه حق الله، أو حق العبد قلنا: إنه إلخ، وهذا عجيب فإنه ليس له ذكر في "الهداية"، فكان المناسب أن يقول: ولهذا لو أقام البينة إلخ. (مل)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) قوله: "تقبل [أى البينة]" لأن الحق حق الله تعالى، وأما المحدود في القذف ففيه إحياء حق الله تعالى، وهو رد الشهادة، وأنه من تمام الحد. وأما شارب الخمر ولم يتقدم العهد فلأن فيه إحياء حق الله تعالى، وهو الحد، وأما القاذف فالمقدوف يدعى، لأن فيه إثبات الحد، وفيه حقان، والمغلب حق الله تعالى. وأما شريك المدعى إذا كان يشهد بمال مشترك فيثبت التهمة، والشهادة ترد بالتهمة، فإن قيل: في هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما في ما تقدم فكيف سمعت، فالجواب أن إظهارها إذا دعت إليه ضرورة جاز، وقد تحققت لإقامة الحد. (مل)

(١١) أى محمد. (عيني)

(١٢) أى لم يزل من مكانه.

(١٣) قوله: "فإن كان عدلاً إلخ" وإن كان غير عدل يرد شهادته مطلقاً، أى سواء قال في المجلس أو بعده في موضع التهمة، أو غيره. (٤)

على ذكره^(١)، أو زيادة كانت باطلة. ووجهه^(٢) أن الشاهد قد يتلى بمثله^(٣) لمهابة مجلس القضاء^(٤)، فكان العذر واضحاً، فتقبل^(٥) إذا تداركه في أوانه^(٦)، وهو^(٧) عدل، بخلاف ما إذا قام^(٨) عن المجلس^(٩)، ثم عاد^(١٠)، وقال: أوهمت، لأنه يوهم الزيادة من المدعى بتلبس^(١١) وخيانة، فوجب الاحتياط. ولأن المجلس^(١٢) إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة، فصار^(١٣) ككلام واحد، ولا كذلك^(١٤) إذا اختلف^(١٥)، وعلى هذا^(١٦) إذا وقع الغلط في بعض الحدود^(١٧)، أو في بعض النسب، وهذا^(١٨) إذا

(١٤) قوله: "ومعنى قوله: أوهمت إلخ" قيل: معنى قوله: أوهمت في بعض شهادتي أن يكون غلطاً في المقدار، أو في الجنس أو في السبب، ثم قيل: يقضى بجميع ما شهد لأن ما شهد صار حقاً للمدعى على المدعى عليه، ولا يبطل بقوله: أوهمت. وقيل: يقضى بما بقي حتى لو شهد بألف، وقال غلطت بخمس مائة بل هو خمس مائة يقضى عليه بخمس مائة لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، ولو شهد بخمس مائة لا يقضى بألف، كذا هذا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي. (كفاية)

(١) كذا قال فخر الإسلام.

(٢) جواز الشهادة.

(٣) أى يمثل قوله: أوهمت.

(٤) فإن مهابة مجلس القضاء بوقوع عليه الزيادة أو النقصان.

(٥) شهادته.

(٦) هو قبل البراح عن مكانه.

(٧) الواو حالية.

(٨) الشاهد.

(٩) أى مجلس القضاء.

(١٠) فإنه لا يقبل.

(١١) قوله: "بتلبس" تلبس در آمیختن وینهان داشتن مکر وعیب از کسی. (من)

قوله: "تلبس" أى على الشهود، وبإطماع المدعى الشهود بحطام الدنيا، وأيضاً يوهم النقصان من المدعى عليه يمثل

ذلك. (٤)

(١٢) قوله: "ولأن المجلس إلخ" دليل آخر على ذلك، وفيه إشارة إلى ما قال شمس الأئمة السرخسي فإن هذا الدليل

يوجب العمل بالشهادة الثانية فى الزيادة والنقصان. (مل)

(١٣) الملحق والملحق به.

(١٤) أى لا يلحق الملحق بأصل الشهادة.

(١٥) المجلس.

(١٦) قوله: "وعلى هذا" أى على اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبس، واعتبار اختلافه فى وجود التلبس. (مل)

(١٧) قوله: "إذا وقع الغلط فى بعض الحدود" بأن يذكر الجانب الشرقى مكان الجانب الغربى، أو على العكس،

أو فى بعض النسب بأن يذكر محمد بن أحمد بن عمر مكان محمد بن على بن عمر مثلاً، فتقبل إذا تدارك فى مجلسه،

ولا تقبل بعده. (ك)

(١٨) أى اعتبار اتحاد المجلس فى عدم التلبس واعتبار اختلافه فى وجود التلبس.

كان موضع شبهة^(١)، فأما إذا لم يكن^(٢) فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة، وما يجرى مجرى ذلك^(٣)، وإن^(٤) قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقبل^(٥) قوله^(٦) في غير المجلس^(٧) إذا كان عدلاً، والظاهر^(٨) ما ذكرناه.

باب الاختلاف في الشهادة^(٩)

قال^(١٠): الشهادة إذا وافقت الدعوى^(١١) قبلت، وإن خالفتها لم تقبل؛ لأن تقدم الدعوى^(١٢) في حقوق العباد^(١٣) شرط قبول الشهادة، وقد وجدت فيما

(١) أى موضع شبهة التلبس من المدعى أو المدعى عليه. (ك)

(٢) أى موضع شبهته. (ك)

(٣) قوله: "وما يجرى مجرى ذلك" بأن ترك ذكر اسم المدعى، أو المدعى عليه، أو ترك الإشارة إلى المدعى أو

المدعى عليه. (ك)

(٤) الروا وصلية.

(٥) قوله: "أنه يقبل الخ" أى يقبل فى غير المجلس أيضاً فى جميع ذلك، لأن فرض عدالته ينفى توهم التلبس

والتغيير، والظاهر ما ذكره أولاً من تقييد ما فيه شبهة التغيير بالمجلس. (٤)

(٦) الشاهد.

(٧) أى فى جميع المجالس الشاهد.

(٨) قوله: "والظاهر" أى ظاهر الرواية ما ذكرناه، وهو أن شهادته تجوز إذا قال: أوهمت إذا لم يبرح عن مكانه

بعد أن كان عدلاً، فإن برح فلا. (عينى)

(٩) قوله: "باب الاختلاف فى الشهادة" تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق

أصلاً، والاختلاف إنما هو بعراض الجهل، والكذب، فأخره وضعاً للتناسب. (عناية)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "إذا وافقت الدعوى [هو مطالبته حق فى مجلس من له الخلاص بعد ثبوته. ع]" بأن تتحد أنواعاً،

وكما وكيفاً، وزماناً، وفعلًا، وانفعالًا، ووضعًا، وملكًا، ونسبة، فإنه إذا ادعى على آخر عشر دنانير وشهد الشاهد بعشرة

دراهم، أو ادعى عشرة دراهم يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة، أو ادعى شق زق، وإتلاف ما فيه،

وشهد بانشقاقه عنده، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقى من ملك فلان، وشهد بالغربى منه، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه

ملك ولده، أو ادعى أنه عبد ولدته الجارية الفلانية، وشهد بولادة غيرها لم يكن تلك الشهادة موافقة للدعوى، وأما

الموافقة بين لفظهما فليست بشرط. (٤)

(١٢) قوله: "لأن تقدم الخ" أما إن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط لقبولها فلان القاضى نصب لفصل

الخصومات فلا بد منها، ولا نعى بالخصومة إلا الدعوى. وأما وجودها عند الموافقة فعدم ما يهدرها من التكذيب، وأما

عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك، لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها، فصار وجودها وعدمها سواء،

والأصل فى الشهود العدالة ولا يشترط عدالة المدعى لصحة الدعوى، فرجحنا جانب الشهود عملاً بالأصل. (٤)

(١٣) قوله: "فى حقوق العباد" قيد به لأنه لا يشترط فى حقوق الله تعالى تقدم الدعوى لقبول الشهادة، لأن كل

واحد خصم فى إثبات حق الله تعالى، لأنه واجب الرعاية على كل أحد، فصار كأن الدعوى موجودة، وحق الإنسان

يتوقف على مطالبته، أو مطالبة من يقوم مقامه. (ك)

يوافقها، وانعدمت فيما يخالفها.

قال ^(١): ويعتبر ^(٢) اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة، فإن شهد

أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ^(٣)، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين، وعلى هذا ^(٤) المائة والمائتان ^(٥)، والطلقتة والطلقتان ^(٦)، والطلقتة والثلاث. لهما: أنهما اتفقا على الألف أو الطلقتة، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اجتمعا ^(٧) عليه دون ما تفرد به أحدهما ^(٨)، فصار كالألف ^(٩) والألف والخمسائة. ولأبي حنيفة أنهما ^(١٠) اختلفا لفظاً ^(١١)، وذلك ^(١٢) يدل على اختلاف المعنى، لأنه ^(١٣) يستفاد باللفظ، وهذا ^(١٤) لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان ^(١٥) متبايتان، فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ^(١٦)،

(١) أى القدورى. (عنى).

(٢) قوله: "ويعتبر اتفاق الشاهدين" لأن القضاء إما يجوز بحجة وهى شهادة المثني، فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة، أما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف، وأما الاختلاف في اللفظ من حيث الترادف، فلا يمنع بلا خلاف، ولهذا لو شهدا بالهبة والآخر بالعطية فهو مقبولة. وأما الاختلاف في اللفظ بحيث يدل لفظ شاهد واحد على مدلول لفظ الشاهد الآخر بالتضمن، فقد نفا أبو حنيفة جوازها، فعنده لا بد من أن يطابق لفظهما على إفادة المعنى المراد بطريق الوضع لا بطريق التضمن خلافاً لهما. (مل)

(٣) كما لو شهد أحدهما بدرهم والآخر بدنانير. (ك)

(٤) الخلاف.

(٥) أى شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين.

(٦) قوله: "والطلقتة إلخ" أى شهد أحدهما بأنه طلق امرأته واحدة، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين، أو ثلاث

تطبيقات. (مل)

(٧) أى الألف أو الطلقتة.

(٨) أى الزيادة.

(٩) قوله: "فصار كالألف إلخ" أى ادعى ألفاً وخمس مائة، وشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمس مائة

قبل الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظاً ومعنى. (عنى).

(١٠) شاهدين.

(١١) فإن أحد اللفظين فرد والآخر مثني.

(١٢) أى الاختلاف لفظاً.

(١٣) المعنى.

(١٤) أى دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى.

(١٥) قوله: "بل هما جملتان" أى كلمتان وتسمية جملة لأن مدلول كما

فإن قيل: الألف موجود في الألفين، قلنا: نعم، إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه، فإذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه. (ك)

(١٦) فلا يقبل.

فصار^(١) كما إذا اختلف جنس المال. قال^(٢): "وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفاً وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى، لأن الألف والخمسمائة جملتان عطف إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول^(٣)، ونظيره^(٤) الطلقة^(٥) والطلقة والنصف، والمائة^(٦) والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر^(٧)، لأنه ليس بينهما حرف العطف^(٨)، فهو نظير الألف والألفين.

وإن قال^(٩) المدعى لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف^(١٠) والخمسمائة باطلة؛ لأنه^(١١) كذبه المدعى في المشهود به، وكذا إذا سكت^(١٢) إلا عن دعوى الألف، لأن التكذيب^(١٣) ظاهر، فلا بد من التوفيق^(١٤)، ولو قال: كان أصل حقي ألفاً وخمسمائة^(١٥)، ولكنني استوفيت خمسمائة، أو ابرأته عنها قبلت^(١٦)

(١) قوله: "فصار كما إذا اختلف إلخ" بأن شهد أحدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة. (عناية)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي المعطوف عليه.

(٤) قوله: "ونظيره" فقبل الشهادة على الطلقة، وكذا على المائة.

(٥) بأن شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف.

(٦) قوله: "والمائة" بأن شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين.

(٧) قوله: "بخلاف العشرة إلخ" يعني أن المدعى يدعى خمسة عشر، وشهد أحدهما بعشرة، والآخر بخمسة عشر، فلا يثبت العشر عند أبي حنيفة لأن الموافقة بين اللفظين شرط، ولم توجد. (عيني)

(٨) قوله: "لأنه ليس بينهما إلخ" لأن خمسة عشر تذكر بغير حرف العطف، فكانت كلمة واحدة غير العشرة

فلم يوجد الموافقة. (مل)

(٩) قوله: "وإن قال" أي ما مر كان إذا كان المدعى يدعى الأكثر، وأما إذا ادعى الأقل، وقال إلخ. (٤)

(١٠) أي بالأكثر.

(١١) قوله: "لأنه كذبه إلخ" فلم يبق له إلا شاهد واحد، فلا يثبت به شيء، فإن قيل: لم يكذبه إلا في البعض فما بال القاضي لا يقضى به على الباقي كما يقضى بالباقي في الإقرار إذا كذب المقر له في بعض ما أقر به. أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له، ولا شهادة للفاقد بخلاف الإقرار، لأن عدالة المقر ليست بشرط، ففسيقه لا يبطل الإقرار. (٤)

(١٢) قوله: "وكذا إذا سكت" أي ادعى الأقل، ولم يتعرض للخمس مائة لانفيا، ولا إثباتاً، وسكت عن قوله: لم

يكن لي إلا الألف، وباقي المسألة بحالها، فلا يقضى له بشيء. (مل)

(١٣) أي تكذيب المدعى الشاهد.

(١٤) ولو وفق قبلت، وأشار إلى التوفيق بقوله: ولو قال إلخ.

(١٥) كما شهد.

(١٦) قوله: "قبلت" وعلم مما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المالين إذا اختلفت الشهادة، لا تخلوا عن ثلاث أحوال،

إما أن يكذب الشاهد بالزيادة، أو يسكت عن التصديق والتوفيق، أو يوفق، وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون

لتوفيقه . قال ^(١) : وإذا شهدا بألف ^(٢) ، وقال أحدهما : قضاة خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ، ولم يسمع قوله : إنه قضاة خمسمائة ، لأنه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر . وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسمائة ، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمسمائة ، وجوابه ما قلنا ^(٣) .

قال ^(٤) : وينبغي للشاهد ^(٥) إذا علم بذلك ^(٦) أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة ، كيلا يصير ^(٧) معيياً على الظلم ^(٨) .
وقال ^(٩) في الجامع الصغير ^(١٠) : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه ^(١١) ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بيننا ^(١٢) . وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل ^(١٣) ، وهو قول زفر ، لأن المدعى أكذب شاهد القضاء ^(١٤) ، قلنا : هذا أكذب في غير المشهود به الأول ^(١٥) ، وهو ^(١٦) القرض ، ومثله لا يمنع القبول ^(١٧) .

الآخر . (٦)

(١) أي القدوري . (عيني)

(٢) والدعوى ألف .

(٣) وهو قوله : لاتفاقهما عليه . (ك)

(٤) أي القدوري . (عيني)

(٥) بقضاء خمس مائة .

(٦) أي بقضاء خمس مائة .

(٧) الشاهد .

(٨) لعلمه بأن دعواه بغير حق .

(٩) محمد .

(١٠) قوله : في "الجامع الصغير" إلخ الفرق بين مسألة الجامع ، ومسألة المتن أن في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين ، وفي مسألة المتن شهد بقضاء بعض الدين . (عيني)

(١١) القرض .

(١٢) من أن القضاء لا يثبت بتفرد أحد الشاهدين .

(١٣) في القرض أيضاً .

(١٤) وهو تفسيق له فبقى واحد .

(١٥) فالمشهود به للمدعى والقضاء لم يثبت .

(١٦) أي المشهود به الأول .

(١٧) قوله : " ومثله لا يمنع القبول " بيانه أن الشاهدين إذا شهدا لإنسان بمال ، ثم شهدا عليه بمال لإنسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو مشهود له أولاً يقضى بما شهدا له ، وإن كان هو يفسقهما فيما شهدا عليه ، لأن هذا تفسيق عن اضطرار ، والموجب للرد هو التفسيق عن اختيار ، وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بألف درهم

قال^(١): وإذا شهد^(٢) شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة، وشهد آخران^(٣) أنه قتله يوم النحر بالكوفة، واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين؛ لأن أحدهما كاذبة ييقين^(٤)، وليست إحداهما بأولى من الأخرى^(٥).
فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل^(٦)؛ لأن الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض^(٧) بالثانية.

قال^(٨): وإذا شهدا^(٩) على رجل أنه سرق بقرة، واختلفا في لونها^(١٠) قطع، وإن قال أحدهما: بقرة، والآخر: ثوراً لم يقطع. وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يقطع في الوجهين جميعاً^(١١)، وقيل: الاختلاف^(١٢) في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة^(١٣) لا في السواد والبياض، وقيل^(١٤): هو في جميع الألوان. لهما: أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء^(١٥)، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة، وصار كالغصب^(١٦) بل أولى، لأن أمر الحد أهم^(١٧)، وصار كالذكورة والأنوثة^(١٨).

ومائة دينار، فكذبها المشهود له في المائة الدينار تقبل شهادتهما، ثم ههنا كذبه فيما شهدا عليه، وهو القضاء، فلا يقدر في شهادته له. (كفاية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) هذا نظير اختلاف الشاهدين في المكان

(٣) قبل التمسك.

(٤) إذا النحر، نواحد أعنى القتل لا يمكن أن يكون في مكانين.

(٥) لعدم المرجح.

(٦) الأخرى.

(٧) الأولى.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) هذا نظير اختلاف الشاهدين كيفاً.

(١٠) بأن قال أحدهما: إنها سوداء والآخر: إنها صفراء.

(١١) قوله: "وقالوا: لا يقطع في الوجهين إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى سرقة بقرة فقط، أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا يقبل شهادتها بالإجماع لأنه كذب أحد الشاهدين. (كفاية)

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) فإن الحمرة الشديدة تضرب إلى السوداء.

(١٤) وهو الأصح. (عناية)

(١٥) فلا تقبل.

(١٦) يعني شهد الغصب بقرة واختلفا في لونها فلم تقبل.

(١٧) قوله: "لأن أمر الحد أهم" أي الحد أعسر إثباتاً من الغصب، لأن الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، ولا كذلك الحد، فلما لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فأولى أن لا يثبت الحد. (ك)

وله: أن التوفيق ممكن^(١) لأن التحمل في الليالي من بعيد^(٢)، واللونان يتشابهان^(٣) أو يجتمعان في واحد^(٤)، فيكون السواد من جانب، وهذا يبصره، والبياض من جانب آخر، وهذا يشاهده^(٥)، بخلاف^(٦) الغضب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه، فلا يشتهبه^(٧).

قال^(٨): ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداً^(٩) من فلان بألف، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة، فالشهادة باطلة؛ لأن المقصود إثبات السبب^(١٠) وهو العقد^(١١)، ويختلف باختلاف الثمن^(١٢)، فاختلف المشهود به، ولم يتم العدد على

(١٨) كما إذا شهد أحدهما بأنه بقرة والآخر قال: إنه ثور فلم تقبل.

(١) قوله: "أن التوفيق إلخ" فإن قيل: هذا احتيال وطلب توفيق لإثبات الحد، وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لإثباته، قلنا: إن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكافئا نقله، فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق، وهذا لأنها يكلفان بيان القيمة ليعلم أنه هل كان نصاباً، فأما اللون فلا.

وإذا لم يكن القطع مضافاً إلى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات، فيصح الإخبار به للإثبات إحياء للحقوق بقدر الإمكان والتوفيق ممكن، وبهذا تبين أن الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة فإن قيل: لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بقاء لا سوداء، ولا بيضاء، قلنا: نعم، ولكن في حق من يعرف اللونين، أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهو عنده على ذلك اللون. (ك)

(٢) إذ أكثر السرقات يكون في الليالي، وتحمل الشهادة يكون من بعيد.

(٣) كالحمرة والسواد.

(٤) وإن لم يتشابهها.

(٥) وكل واحد يشهد بما رآه.

(٦) جواب عن مسألة الغضب.

(٧) قوله: "فلا يشتهبه" أي الوقوف على صفة الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بعد القرب منها، وعند ذلك لا يشتهبه، فلا حاجة إلى التوفيق. (ك)

(٨) أي محمد. (عينى)

(٩) قوله: "اشترى عبداً" والمدعى يدعى أنه اشترى هذا العبد بألف وخمس مائة من فلان، وأنكر البائع ذلك.

(١٠) قوله: "لأن المقصود [من دعوى البيع قبل التسليم. عناية] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم، وهو الملك والسبب وسببه، أوجب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليترتب الحكم، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لا دعاه، وهو لا يحتاج إلى سبب معين، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة، فكان مقصوده السبب. فإن قيل: التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولاً ألفاً فزاد في الثمن، وعرف به أحدهما دون الآخر، أوجب بأن السيد أبا القاسم ذهب إلى ذلك، ووجه ما في الكتاب أن الشراء بألف وخمس مائة إنما يكون إذا كان الألف وخمس مائة ملتصقين بالشراء، وأما إذا اشترى بألف ثم زاد خمس مائة فلا يقال: اشترى بألف وخمس مائة، ولهذا يأخذ الشفيع بأول الثمن. (ع)

(١١) الشراء.

(١٢) إذ الشراء بألف غيره بألف وخمس مائة. (ع)

كل واحد، ولأن المدعى يكذب أحد شاهديه، وكذلك^(١) إذا كان المدعى هو البائع، ولا فرق بين أن يدعى المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بيننا^(٢).
وكذلك^(٣) الكتابة؛ لأن المقصود هو العقد^(٤) إن كان المدعى^(٥) هو العبد فظاهر^(٦)، وكذا^(٧) إذا كان هو المولى، لأن العتق لا يثبت^(٨) قبل الأداء^(٩)، فكان المقصود^(١٠) إثبات السبب^(١١)، وكذا الخلع والإعتاق على مال، والصلح عن دم العمدة إذا كان المدعى هو المرأة والعبد والقاتل، لأن المقصود^(١٢) إثبات العقد، والحاجة ماسة إليه^(١٣)، وإن كانت الدعوى من جانب آخر^(١٤) فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه^(١٥)، لأنه يثبت العفو، والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق^(١٦)، فبقى الدعوى في الدين^(١٧).

- (١) أى الشهادة باطلّة.
(٢) من أن المقصود إثبات السبب. (ك)
(٣) أى كالبيم لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البذل كالبيم.
(٤) لا المال.
(٥) أى عقد الكتابة.
(٦) قوله: "فظاهر" أى فظاهر أن العقد مقصوده، فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان فى بدل الكتابة. (مل)
(٧) أى لا تقبل الشهادة.
(٨) قوله: "لأن العتق إلخ" معناه أن مقصود المولى العتق، والعتق لا يثبت قبل الأداء، والأداء لا يتحقق بدون الكتابة، فكانت هى المقصودة. (ع)
(٩) أى أداء بدل الكتابة.
(١٠) قوله: "فكان المقصود إلخ" وفيه بحث، لأن المولى إذا ادعى الكتابة، والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ، أوجب بأن قوله: فالشهادة لا تقبل لتمكه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ، ويخاصم لأدنى البديلين. (ع)
(١١) العقد.
(١٢) أى مقصود المرأة والعبد والقاتل.
(١٣) وثبوت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه.
(١٤) قوله: "من جانب آخر" هو المولى والزوج وولى القصاص، بأن قال المولى: أعتقتك على ألف وخمسة مائة، والعبد يدعى الألف، وقال الزوج: خالعتك على ألف وخمسة مائة، والمرأة تدعى الألف، وقال ولى القصاص: صالحتك على ألف وخمسة مائة، والقاتل يدعى الألف. (عينى)
(١٥) قوله: "فيما ذكرنا من الوجوه [خلافًا ووفقًا. ك]" من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفًا وخمسة مائة بالاتفاق، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عند الإمام الأعظم خلافًا لهما، وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت. (عينى)
(١٦) هو المولى والزوج وولى القصاص.
(١٧) هو البذل.

وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن^(١) لا يقبل^(٢)، لأنه^(٣) لا حظ له^(٤) في الرهن، فعريت الشهادة عن الدعوى، وإن كان^(٥) هو المرتهن فهو^(٦) بمنزلة دعوى الدين^(٧)، وفي الإجارة^(٨) إن كان ذلك^(٩) في أول المدة^(١٠) فهو نظير البيع^(١١)، وإن كان بعد مضي المدة^(١٢)، والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين^(١٣).

قال^(١٤): فأما النكاح^(١٥) فإنه يجوز بألف استحساناً، وقالوا: هذا باطل في النكاح أيضاً^(١٦)، وذكر في الأمالي^(١٧) قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة، ولهما أن

(١) قوله: "إن كان المدعى هو الراهن" وشهد أحد الشاهدين بالألف، والآخر بألف وخمس مائة. (مل)

(٢) لعدم الدعوى.

(٣) قوله: "لأنه لا حظ له" فإن الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل أن للمرتهن أن يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء، ولا معتبر لمنفعة سقوط الدين عن الراهن، لأنه موهوم عسى لا يثبت، ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق، فلا يفيد بينة الراهن على إثبات حق الغير. (ك)

(٤) أي قبل قضاء الدين.

(٥) المدعى.

(٦) قوله: "فهو بمنزلة الخ" لأن الرهن لا يكون إلا بعد تقدم الدين، فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الديون، ويثبت الرهن بالألف ضمناً وتبعاً للدين. (ك)

(٧) يقضى بأقل المالين إجمالاً. (٤)

(٨) إذا اختلف الشاهدان.

(٩) الدعوى.

(١٠) قبل استيفاء المنفعة.

(١١) قوله: "فهو نظير البيع" يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع، لأن المقصود إثبات العقد، وقد اختلف باختلاف البذل. (عيني)

(١٢) أي بعد استيفاء المنفعة.

(١٣) قوله: "فهو دعوى الدين" يقضى بأقل المالين إذا ادعى الأكثر، لأن المدة إذا انقضت كانت المنازعة في الأجر، فصار كمن ادعى على آخر ألفاً وخمس مائة، وشهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمس مائة جازت على الألف، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافاً لهما، وإن ادعى المستأجر.

قال في "النهاية": كان ذلك اعترافاً منه بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما، وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبق نزاع، وإن أقر بالأقل، فالآخر لا يأخذ منه سوى ذلك. (٤)

(١٤) أي أبو حنيفة. (عيني)

(١٥) قوله: "فأما النكاح الخ" يعني إذا اختلف الشهود في النكاح فقال أحدهما: بألف والآخر بألف وخمس مائة. (عيني)

(١٦) أي كما هو باطل في البيع فلا تقبل الشهادة، ولا يقضى بالنكاح.

(١٧) قوله: "الأمالي" هو جمع الإملاء، وهو أن يقعد عالم، وحوله تلامذته بالخبار والقرايس، فيتكلم العالم بما فتح الله سبحانه عليه من العلم، ويكتبه التلامذة، فنصير كتاباً، ويسمونه الإملاء والأمالي، وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية وغيرها في علومهم، فاندurst لذهاب العلم والعلماء، وأمالي الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الحنفي المتوفى... ثلاث ثمانين ومائة، وهي في الفقه، يقال: أكثر من ثلاث مائة مجلد. (كشف الظنون)

هذا اختلاف في العقد^(١)، لأن المقصود من الجانبين السبب، فأشبه البيع^(٢).
ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع^(٣)، والأصل فيه الحل^(٤)، والازدواج،
والملك^(٥)، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت^(٦)، ثم إذا وقع الاختلاف في
التبع^(٧) يقضى بالأقل لاتفاقهما^(٨) عليه، ويستوى دعوى أقل المالين أو^(٩) أكثرهما
في الصحيح^(١٠)، ثم قيل: الاختلاف^(١١) فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، وفيما إذا
كان الدعى هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل^(١٢)، لأن مقصودها قد يكون المال،
ومقصوده ليس إلا العقد^(١٣)، وقيل: الخلاف في الفصلين^(١٤)، وهذا أصح^(١٥)،
والوجه ما ذكرناه^(١٦).

(١) والاختلاف في العقد يمنع قبول الشهادة، لأن النكاح بألف غير النكاح بألف وخمس مائة.

(٢) العقد.

(٣) قوله: "أن المال في النكاح تابع" ولهذا يصح النكاح بلا تسمية المهر، والاختلاف في التابع لا يوجب
الاختلاف في الأصل، فكان ثابتا. (٤)

(٤) قوله: "والأصل فيه إلخ" هذا دليل آخر، وتقديره أن الأصل في النكاح الحل، والازدواج، والمالك، لأن
شرعيته لذلك، ولزوم المهر لصون محل الخطر عن الابتذال بالتسليط عليه مجاناً، كما عرف في موضعه، ولا اختلاف
للساشرين فيها، فيثبت الأصل. واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين، والجواب أن المال إذا لم يكن مقصوداً
كالدین فالاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق، والتشكيك فيه مسموع. (٤)

(٥) أى ملك البضعة.

(٦) الأصل.

(٧) وهو المال. (٤)

(٨) الشاهدين.

(٩) الصواب كلمة الواو بدلالة يستوى. (٤)

(١٠) قوله: "في الصحيح" احتراز عما قال بعضهم: إنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما
في الدين، وإليه ذهب شمس الأئمة، ووجه ما فى الكتاب أن المنظور إليه العقد، وهو لا يختلف باختلاف البديل لكونه
غير مقصود يثبت فى ضمن العقد، فلا يراعى فيه ما هو شرط فى المقصود، أعنى الدين. (٤)

(١١) بين الإمام وصاحبيه.

(١٢) الشهادة.

(١٣) والاختلاف فى العقد يمنع القبول.

(١٤) قوله: "فى الفصلين" يعنى ما إذا كانت المرأة تدعى، وما إذا كان الزوج يدعى. (٤)

(١٥) قوله: "وهذا أصح" لأن الكلام ليس فى أن الزوج يدعى العقد أو المال، أو المرأة تدعى ذلك، وإنما الكلام
فى أن الاختلاف فى الشهادة على مقدار المهر، هل يوجب الاختلاف فى نفس العقد أم لا؟ قال أبو حنيفة: لا يوجب
ذلك، وقالوا: يوجب، وقد ذكر المصنف دليلها، وإليه أشار بقوله: والوجه ما ذكرنا. (٤)

(١٦) قوله: "والوجه ما ذكرناه" وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين من قوله: لهما أن هذا اختلاف فى العقد إلى
أن قال: ولأبي حنيفة أن المال فى النكاح تابع، والأصل فيه الحل، فهذا الدليل لا يفرق بين أن يكون المدعى الزوج أو المرأة. (ك)

فصل في الشهادة على الإرث^(١)

قال^(٢): ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها، أو أودعها الذي هي^(٣) في يده فإنه^(٤) يأخذها^(٥)، ولا يكلف البينة^(٦) أنه مات، وتركها ميراثاً له، وأصله^(٧) أنه متى ثبت الملك للمورث لا يقضى به^(٨) للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات^(٩) وتركها ميراثاً له^(١٠) عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، هو يقول: إن ملك الوارث ملك المورث^(١١)، فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث^(١٢). وهما يقولان: إن ملك الوارث متجدد في حق العين^(١٣) حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة، ويحل للوارث^(١٤) الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير، فلا بد^(١٥) من النقل^(١٦). إلا أنه يكتفى بالشهادة^(١٧) على قيام ملك المورث

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان أحكام شهادة تتعلق بالأحياء شرع في هذا الفصل في بيان أحكام شهادة تتعلق بالأموات، إذ الموت بعد الحياة وجوداً، فكذا حكمه. (ن)

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) الدار.

(٤) المدعى.

(٥) الدار.

(٦) قوله: "ولا يكلف إلخ" هذا بالإجماع، أما عند أبي يوسف فظاهر، لأنه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة، لأنه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكاً للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لأنه يخلفه في أملاكه، فصارت الشهادة بأنها كانت ملكاً للمورث بمنزلة الشهادة للحي بأنها كانت له، وبمنزلة الشهادة للمشتري أنها ما كانت لبائعه. وكذا على قولهما، لأنهما وإن كانا يشترطان الجر والانتقال إلى الوارث في الشهادة لم يشترط ذلك ههنا، لأن المدعى أثبت لمورثه يدا في المدعى عليه عند الموت بما أقام من البينة، لأن يد المستعير والمودع يد المعير والمودع، فصارت كأنه أقام البينة أن أباه مات، والدار في يديه، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة، فكذا ههنا. (ك)

(٧) أي أصل حكم الشهادة على الإرث.

(٨) أي بذلك الملك.

(٩) المورث.

(١٠) الوارث.

(١١) لأن الورثة خلافة، ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب. (٤)

(١٢) أي بالملك.

(١٣) أي في حق أحكام ترجع إلى العين. (ك)

(١٤) أي لو لا تجدد الملك لما حل له ذلك. (ك)

(١٥) قوله: "فلا بد" لأن المتجدد محتاج إلى النقل لئلا يكون استصحاب المال مثبتاً. (عناية)

(١٦) بأن يشهدوا أنه مات وتركها ميراثاً له، أو أنه مات وهو ملكه. (ك)

(١٧) استثناء من قوله: لا بد من النقل.

وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة، وكذا على قيام يده^(١) على ما ذكره^(٢) إن شاء الله تعالى، وقد وجدت الشهادة على اليد^(٣) في مسألة الكتاب^(٤)، لأن يد المستعير والمودع، والمستأجر قائمة مقام يده^(٥)، فأغنى ذلك عن^(٦) الجر والنقل.

وإن شهدوا أنها^(٧) كانت في يد فلان مات، وهى فى يديه جازت الشهادة، لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان، والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل^(٨)، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت.

وإن^(٩) قالوا^(١٠) لرجل حى^(١١): نشهد أنها^(١٢) كانت فى يد المدعى^(١٣) منذ أشهر لم تقبل^(١٤). وعن أبى يوسف أنها تقبل، لأن اليد مقصودة كالملك^(١٥)، ولو شهدوا أنها^(١٦) كانت ملكه تقبل، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى^(١٧).

(١) قوله: "وكذا على قيام يده" أى يكتفى بالشهادة على قيام يد المورث عند الموت على المملوك لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوى أسبابه ويعطى ما كان عنده من الودائع، والغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما فى يده ملكه. (ب)
(٢) قوله: "على ما ذكره" إشارة إلى ما ذكره بقوله: لأن الأيدى عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لأن اليد عند الموت لا تخلو من أن تكون يد ملك، أو يد غصب، أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إن كانت يد غصب، لأنها تصير يد ملك لأن بالموت يتقرر عليه الضمان، ويصير المضمون ملكاً له، وإن كانت يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل، فصارت يد ملك أيضاً، فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت، وشهادة بالملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة. (ك)

(٣) أى يد المورث.

(٤) المذكورة.

(٥) أى يد أب المدعى.

(٦) أى عن الشهادة بالجر والنقل.

(٧) الدار.

(٨) بأن يموت ولم يبين أنها وديعة فلان. (٤)

(٩) ذكر هذه المسألة استطراداً، وهى ليست من باب الميراث.

(١٠) قوله: "وإن قالوا إلخ" يعنى إذا كانت الدار فى يد رجل فادعها رجل آخر، وليست الدار فى يده أنها له، وشهد الشهود على هذا الطريق. (ك)

(١١) قوله: "حى" قيد به لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت فى يده وقت الموت تقبل الشهادة بالإجماع، ويكون الدار لوارثه، وقد ذكرناه. (ك)

(١٢) الدار.

(١٣) قوله: "أنها كانت فى يد المدعى" قيد به لأنهم لو شهدوا أنها كانت له لم تقبل بالاتفاق، وأما قوله: منذ أشهر ليس بقيد، فإنه ذكر الإمام التمر تاشى شهدوا لحي أن العين كان فى يده لم تقبل. (كفاية)

(١٤) هذه الشهادة.

(١٥) إذا ثبت الملك يبقى إلى أن يوجد المزيل، فكذا فى اليد.

(١٦) الدار.

وجه الظاهر وهو قولهما: أن الشهادة قامت بمجهول^(١)، لأن اليد منقضية^(٢)، وهى متنوعة^(٣) إلى ملك وأمانة وضمآن^(٤)، فتعذر القضاء بإعادة المجهول، بخلاف الملك^(٥) لأنه معلوم غير مختلف^(٦)، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم^(٧)، وحكمه^(٨) معلوم وهو وجوب الرد، ولأن يد ذى اليد معين، ويد المدعى مشهود به، وليس الخبر كالمعينة. وإن أقر بذلك^(٩) المدعى عليه دفعت إلى المدعى؛ لأن الجهالة فى المقر به لا تمنع صحة الإقرار، وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها^(١٠) كانت فى يد المدعى دفعت إليه^(١١)؛ لأن المشهود به ههنا الإقرار وهو معلوم^(١٢).

باب الشهادة على الشهادة^(١٣)

قال^(١٤): الشهادة على الشهادة جائزة فى كل حق^(١٥) لا يسقط بالشبهة، وهذا استحسان^(١٦) لشدة الحاجة إليها إذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض

(١٧) قوله: "كما إذا شهدوا بالأخذ إلخ" يعنى لو شهدوا أنها كانت فى يد المدعى، وأخذها المدعى عليه الذى هو صاحب اليد تقبل الشهادة، وترد الدار إلى المدعى. (عنى)

(١) والقضاء بالمجهول متعذر. (٤)

(٢) قوله: "لأن اليد [أى يد المدعى] منقضية [أى زائلة فى الحال، وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر] تزول بأسباب الزوال، فرمما زالت بعد ما كانت وكل ما كان كذلك، فهو مجهول، والقضاء بالمجهول متعذر. (٤)

(٣) قوله: "وهى [أى اليد] متنوعة إلخ" دليل آخر، أى اليد ملك وأمانة وضمآن، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بإعادة المجهول متعذر. (٤)

(٤) بالغصب.

(٥) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٦) وإن كان أسباب حدوثه شتى.

(٧) بالشهادة.

(٨) الأخذ.

(٩) يعنى قال المدعى عليه: إن هذه الدار كانت فى يد المدعى. (٤)

(١٠) الدار.

(١١) المدعى.

(١٢) قوله: "وهو معلوم" وإنما الجهالة فى المقر به، وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئاً جازت الشهادة، ويؤمر بالبيان، كذا فى "الجامع الصغير" لقاضى خان. (ك)

(١٣) قوله: "باب الشهادة إلخ" لما فرغ من بيان أحكام الأصول شرع فى بيان أحكام شهادة الفروع، وذكر على هذا الترتيب لأن الفرع مستند لتقديم الأصل. (ن)

(١٤) أى القدورى. (عنى)

(١٥) أراد به غير الحدود والقصاص.

(١٦) قوله: "وهذا [أى جواز الشهادة على الشهادة] استحسان" والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة عبادة بدنية

العوارض^(١)، فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتياء^(٢) الحقوق، ولهذا^(٣) جوزنا الشهادة على الشهادة^(٤) وإن^(٥) كثرت^(٦)، إلا^(٧) أن فيها شبهة من حيث البديلة^(٨)، أو من حيث إن فيها زيادة احتمال^(٩)، وقد أمكن الاحتراز عنه^(١٠) بجنس الشهود، فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات كالحُدود والقصاص^(١١).

ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين^(١٢)، وقال الشافعي: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان، لأن كل شاهدين^(١٣) قائمان مقام شاهد^(١٤) واحد^(١٥)،

لزم شاهد الأصل، وليست بحق المشهود له بدليل أنه لا يجوز الخصومة فيها والإجبار عليها، والنيابة لا تجرى في العبادة البدنية، أو لأنه يتمكن زيادة الشبهة فيها إذ الأخبار إذا تناسخها الألسن يتمكن فيها زيادة ونقصان إلا أنهم تركوا القياس إحياء للحقوق. (ك)

(١) كالسفر والغيبة والموت.

(٢) إهلاك.

(٣) أي لشدة الحاجة إليها. (ك)

(٤) أي جوزنا الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أي بعدت.

(٧) لكن.

(٨) قوله: "من حيث البديلة" لأن البديل ما لا يصار إليه إلا عند العجز، وهذه الشهادة كذلك، فإنه لا يصار إليها إلا عند العجز عن شهادة سائر الأصول، وإن لم يشترط العجز عن شهادة سائر الأصول.

واعترض عليه بأن لو كان فيها معنى البديلة لما جاز الجمع بينها لعدم جوازها بين البديل والمبدل لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل، وأخران على الشهادة بشهادة شاهد آخر جاز.

وأجيب بأن بديته إنما هي في المشهود به، بشهادة الفروع وهو شهادة الأصول، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عاينته مما يدعيه المدعي، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الأصول، فلا يمنع إتمام الأصول بالفروع، وإذا ثبت البديلة فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال. (مل)

(٩) قوله: "زيادة احتمال" لأن الشبهة في عامة الشهادات تثبت في المشهود به أحق هو أم لا؟ وهما ثبتت شبهة زائدة في نفس الشهادة بل أنها وجدت من الأصول أم لا؟ (ك)

(١٠) بأن يكثر الأصول، فإذا ظهر لبعضهم عذر يبقى بعضهم. (ك)

(١١) قوله: "فلا تقبل إلخ" فإن قيل: ذكر في "المبسوط" أن الشاهدين إذا شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حداً في قذف فهو جائز.

قلنا: لأن المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد، وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات، وأما الذي لا يثبت بالشبهات الأسباب الموجبة للعقوبة، وإقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة. (ك)

(١٢) قوله: "ويجوز إلخ" أي يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصليين، وقال الشافعي: لا تجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير الذي شهدا على شهادة الآخر، فلذلك يصيرون أربعا. (٤)

(١٣) أي فرعين.

(١٤) أي أصل.

فصار كالمرأتين^(١). ولنا قول على رضى الله عنه^(٢): "لا يجوز على شهادة رجل^(٣) إلا شهادة رجلين^(٤)"*، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق^(٥)، فهما^(٦) شهدا بحق، ثم شهدا بحق آخر^(٧)، فتقبل^(٨)، ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا^(٩)، وهو حجة^(١٠) على مالك، ولأنه^(١١) حق من الحقوق^(١٢)، فلا بد من نصاب الشهادة. وصفة^(١٣) الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع: اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندى بكذا، أو أشهدنى على نفسه؛ لأن الفرع كالنائب عنه^(١٤)، فلا بد^(١٥) من التعميل^(١٦) والتوكيل على ما مر^(١٧)، ولا بد أن

(١٥) فلا يتم حجة القضاء بهما.

(١) قوله: "فصار كالمرأتين" فإنهما لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما. (عينى)

(٢) قوله: "ولنا قول على رضى الله عنه إلخ" قلت: غريب، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. (ت)

(٣) قوله: "لا يجوز إلخ" وجه الاستدلال بذلك أن علياً رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل، ولم يشترط أن يكون بإزاء كل أصل فرعان على حدة، فدل إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الأصلين، ولم يرد عن غيره خلافه. (عينى)

(٤) فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين غير مقيد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان. (٤)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٨٧، وانظر الدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص ١٧٣. (نعيم)

(٥) قوله: "من الحقوق" أى من حقوق الناس، لأنه يجب على كل واحد من الأصلين أن يودى ما عليه إذا طالبه المدعى. (ك)

(٦) الفرعان.

(٧) غير الأول.

(٨) قوله: "فتقبل [لكمال نصاب الشهادة]" بخلاف شهادة المرأتين، فإن النصاب لم يوجد لأنهما بمنزلة رجل واحد. (٤)

(٩) من قول على رضى الله عنه.

(١٠) قوله: "وهو حجة على مالك" قال: الفرع قائم مقام الأصل يعبر عنه بمنزلة رسوله فى إيصال شهادته إلى مجلس القاضى، فكأنه حضر وشهد بنفسه، واعتبر هذا برواية الأخبار، فإن رواية الواحد من الواحد مقبولة. (٤)

(١١) نقل الشهادة.

(١٢) بخلاف رواية الأخبار. (٤)

(١٣) قوله: "وصفة" لما فرغ من بيان وجه مشروعيتها وكمية الشهود الفروع شرع فى بيان كيفية الإشهاد، وأداء الفروع. (عناية)

(١٤) قوله: "كالنائب عنه [أصل]" إنما قال: كالنائب عنه لأن الفرع ليس بنائب عن الأصل فى شهادته بل فى المشهود به. (عناية)

(١٥) قوله: "فلا بد إلخ" لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء، فلا بد من التعميل، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل. (عينى)

(١٦) قوله: "من التعميل" وهو أن يقول: اشهد على شهادتى، ولا يقول: اشهد على ذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون

يشهد^(١) كما يشهد^(٢) عند القاضى لينقله^(٣) إلى مجلس القضاء^(٤)، وإن لم يقل^(٥): أشهدنى على نفسه جاز، لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة، وإن لم يقل^(٦) له: أشهد.

ويقول شاهد الفرع عند الأداء^(٧): أشهد أن فلاناً أشهدنى على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا، وقال لى: أشهد على شهادتى بذلك؛ لأنه لا بد من شهادته^(٨)، وذكره شهادة الأصل، وذكره التحميل^(٩)، ولها^(١٠) لفظ أطول^(١١) من هذا، وأقصر^(١٢) منه، وخير الأمور أوسطها^(١٣).

ومن قال: أشهدنى^(١٤) فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته^(١٥) حتى يقول: أشهد على شهادتى؛ لأنه لا بد من التحميل، وهذا ظاهر عند محمد^(١٦)، لأن

على أصل الحق المشهود به، وهو أمر بالكذب، وكذا لا يقول: فاشهد بشهادتى لأنه يحتمل أن يكون مراده: فاشهد بمثل شهادتى، فيكون أمراً بالشهادة على أصل الحق. (ك)

(١٧) فى فصل ما يتحمله الشاهد.

(١) عند الفرع. (ع)

(٢) أى الأصل.

(٣) أى شاهد الفرع.

(٤) أى ما أشهده الأصل.

(٥) أى الأصل عند التحميل. (ع)

(٦) المقر.

(٧) هذا بيان كيفية أداء الفرع.

(٨) والعبارة المذكورة نفى بذلك كله؛ لأنه يشهد على شهادة الأصل. (ع وك)

(٩) لم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل. (ك)

(١٠) أى لشهادة الفرع. (ع)

(١١) قوله: "أطول من هذا" وهو أن يقول الفرع بين يدي القاضى: أشهد أن فلاناً شهد عندى أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدنى على شهادته، وأمرنى أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن. (ك)

(١٢) قوله: "وأقصر" وهو أن يقول الفرع عند القاضى: أشهد على شهادة فلان بكذا. (ك)

(١٣) وهو أسهل وأيسر. (ك)

(١٤) أى المقر على إقراره.

(١٥) أى لا يحل للسامع أن يشهد على شهادته. (ك)

(١٦) قوله: "وهذا ظاهر عند محمد" وذلك لأن الشاهد الفرعى لا علم له بالحق لكنه ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول فى قول محمد، ولو رجع الأصول والفروع جميعاً يخير المشهود عليه إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، فلا يصير الوكيل وكيلاً عن الموكل إلا بأمره. وفى "الفوائد الظهيرية": ومعنى قوله: حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع أن المشهود عليه بالخيار، إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، وليس معناه أنه يقضى بالنصف على الأصول، وبالنصف على الفروع، بل هذا

القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً، حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع، وكذا عندهما^(١)، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول^(٢) لتصير^(٣) حجة، فيظهر تحمیل ما هو حجة. قال^(٤): ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل، أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً، أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه^(٥) حضور مجلس الحاكم؛ لأن جوازها^(٦) للحاجة، وإنما تمس^(٧) عند عجز الأصل، وبهذه الأشياء^(٨) يتحقق العجز، وإنما اعتبرنا السفر^(٩) لأن المعجز بعد المسافة، ومدة السفر بعيدة حكماً^(١٠) حتى أدير عليها عدة من الأحكام^(١١)، فكذا سبيل هذا الحكم. وعن أبي يوسف أنه كان في مكان لو غدا^(١٢) لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله^(١٣) صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس، قالوا: الأول^(١٤) أحسن، والثاني^(١٥) أوفق، وبه أخذ الفقيه أبو الليث^(١٦).

كالغاصب مع غاصب الغاصب، فالمنصوب منه أن يضمن أيهما شاء. (ك)

(١) قوله: "وكذا عندهما" أي أما عندهما فلأن الحكم وإن كان يضاف إلى الفروع حتى يجب الضمان عليهم دون الأصول عند الرجوع، ولكن تحملهم إنما يصح إذا عاينوا ما هو حجة، والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة، فيجب النقل إلى مجلس القاضى ليصير حجة، ويظهر أن التحمل حصل بما هو حجة، فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحمل. (ك)

(٢) قوله: "لأنه لا بد الخ" افتائل أن يقول: كلام المصنف مضطرب، لأنه جعل المطلوب في كلامه التحميل، واستدل عليه بقوله: لأنه لا بد من النقل لتصير حجة، وعطف عليه، فيظهر بالنصب، وذلك يقتضى أن يكون التحميل إنما يحصل بعد النقل، والنقل لا يكون إلا بالتحميل. (٤)

(٣) أي شهادة الأصول.

(٤) أي القدرى. (عيني)

(٥) أي مع ذلك المرض.

(٦) أي الشهادة على الشهادة.

(٧) الحاجة.

(٨) أي الموت والسفر والمرض.

(٩) أي إنما اعتبرنا مدة السفر في الغيبة.

(١٠) من الشارح.

(١١) قوله: "عدة من الأحكام" كقصر الصلاة، والفطر، وامتداد المسح إلى ثلاثة أيام، وعدم وجوب التشريق على قول أبي حنيفة، وعدم وجوب الأضحية والجمعة، وحرمة خروج امرأة بلا محرم أو زوج. (٤)

(١٢) أي ذهب بكرة النهار.

(١٣) بعد الرجوع من مجلس القاضى.

(١٤) قوله: "الأول" أي التقدير بثلاثة أيام أحسن لأن العجز شرعاً يتحقق به كما في سائر الأحكام التي عددناها،

فكان موافقاً لحكم الشرع، فكان أحسن. (٤)

قال^(١): فإن عدل^(٢) شهود الأصل شهود الفرع جاز؛ لأنهم من أهل
التزكية^(٣)، وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح؛ لما قلنا^(٤). غاية
الأمر^(٥) أن فيه^(٦) منفعة له من حيث القضاء بشهادته^(٧)، لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم في شهادة نفسه^(٨) كيف^(٩)، وأن قوله مقبول في حق نفسه، وإن ردت
شهادة صاحبه فلا تهمة^(١٠).

قال^(١١): وإن سكتوا^(١٢) عن تعديلهم^(١٣) جاز^(١٤)، وينظر القاضى فى
حالهم^(١٥)، وهذا عند أبى يوسف. وقال محمد: لا تقبل، لأنه لا شهادة إلا
بالعدالة، فإن لم يعرفوها^(١٦) لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل. ولأبى يوسف أن
المأخوذ عليهم^(١٧) النقل دون التعديل؛ لأنه^(١٨) قد يخفى عليهم، وإذا انقلوا^(١٩)

(١٥) هو ما قال أبو يوسف رحمه الله.

(١٦) قوله: "وبه أخذ الفقيه أبو الليث" وكثير من المشايخ، كذا فى الذخيرة، وروى عن محمد أنه إذا كان الأصل
فى زاوية المسجد، فشهد الفرع على شهادته فى زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادته. (ك)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بأن كان يعرف القاضى الفروع دون الأصول.

(٣) قوله: "لأنهم [لكونهم على صفة الشهادة] من أهل التزكية" فيسأل القاضى الفروع عن الأصول، ولا يقضى
قبل السؤال، وشاهد الفرع إذا صلح مزكياً فلا فرق بين تزكيته وتزكية غيره. (ك)

(٤) أنه من أهل التزكية. (ك)

(٥) قوله: "غاية الأمر إلخ" يقول من قال من المشايخ: لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل،
فكان متهماً، فأشار إلى رده بقوله: غاية الأمر. (٤)

(٦) أى فى تعديله.

(٧) أى من حيث تنفيذ القاضى قوله على ما شهد به.

(٨) قوله: "كما لا يتهم فى شهادة نفسه" فإنه يتحمل أن يقال: إنما يشهد فيما شهد ليصير مقبول القول فيما بين
الناس عند تنفيذ القاضى قوله على موجب ما شهد وإن لم يكن له شهادة فيه فى الواقع. (٤)

(٩) أى كيف يتهم والحال أن إلخ.

(١٠) قوله: "وإن ردت إلخ" حتى إذا انضم إليه غيره من العدول حكم القاضى بشهادتهما، فلا تهمة. (٤)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) شهادة الفروع.

(١٥) الأصول.

(١٦) أى عدالة الأصول.

(١٧) الواجب.

يتعرف^(١) القاضى العدالة^(٢) كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا.

قال^(٣): وإن أنكر شهود الأصل الشهادة^(٤) لم تقبل شهادة شهود الفرع؛ لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين^(٥)، وهو شرط^(٦).

وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم،

وقالا^(٧): أخبرانا أنهما^(٨) يعرفانها، فجاء^(٩) بامرأة وقالا^(١٠): لا ندرى أهى هذه أم

لا؟ فإنه يقال للمدعى: هات شاهدين، يشهدان أنها^(١١) فلانة؛ لأن الشهادة على

المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعى يدعى الحق على الحاضرة، ولعلها^(١٢) غيرها، فلا

بد من تعريفها^(١٣) بتلك النسبة. ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة يذكر

حدودها، وشهدوا^(١٤) على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها^(١٥)

فى يد المدعى عليه، وكذا إذا أنكر المدعى عليه^(١٦) أن الحدود المذكورة فى الشهادة

(١٨) تعديل.

(١٩) شهادة الأصول.

(١) أى يطلب المعرفة أى يسأل المزكين غير الفروع عن أحوالهم.

(٢) فإن القاضى يتعرف حالهم. (عينى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) قوله: "وإن أنكر إلخ" معنى المسألة أنهم قالوا: ما لنا شهادة على هذه الحادثة، وماتوا، أو غابوا، ثم جاء

الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهن فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا. (ك)

(٥) خبير الأصول وخبير الفروع.

(٦) لصحة شهادة الفروع.

(٧) الفرعان.

(٨) الأصولان.

(٩) المدعى.

(١٠) الفرعان.

(١١) أى المرأة الحاضرة.

(١٢) الحاضرة.

(١٣) الحاضرة.

(١٤) بعد ما أنكر المشتري أن يكون المحدود بها فى يده. (٦)

(١٥) قوله: "يشهدان على أن إلخ" فائدة كون المحدود بها فى يد المشتري حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفيع أن

فلاناً باع، والمحدود فى يد المشتري ولى استحقاق الشفعة، أما إذا كان المدعى هو البائع يطالب المشتري بالثمن، فلا حاجة

إلى كون المحدود فى يد المشتري. (ك)

(١٦) قوله: "وكذا إذا أنكر إلخ" توضيحه ما قال العتايى: إنه إذا ادعى رجل على رجل محدوداً فى يديه، وشهد

الشهود أن هذا المحدود المذكور بهذه الحدود ملك هذا المدعى فى يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذى فى

حدود ما في يديه . قال : وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى ^(١) ؛ لأنه في معنى الشهادة على الشهادة ، إلا أن القاضى لكمال ديانتته ووفور ولايته يتفرد بالنقل ^(٢) .

ولو قالوا في هذين البابين ^(٣) : التسمية ^(٤) ، لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها ^(٥) ، وهى القبيلة الخاصة ، وهذا ^(٦) لأن التعريف لا بد منه فى هذا ، ولا يتحصل بالنسبة العامة ^(٧) ، وهى عامة بالنسبة إلى بنى تميم ^(٨) ، لأنهم قوم لا يحصون ، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ ، لأنها خاصة . وقيل : الفرغانية ^(٩) نسبة عامة ، والأوزجندية خاصة ، وقيل : السمرقندية والبخارية عامة ، وقيل ^(١٠) : إلى السكة الصغيرة خاصة ، وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة . ثم التعريف وإن ^(١١) كان يتم بذكر

يدى غير محدود ، وبهذه الحدود التى ذكرها الشهود ، فيقال للمدعى : هات شاهدين على أن الذى فى يديه محدود بهذه الحدود ليصح القضاء .

(١) قوله : " وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى إلخ " يعنى كتب فى كتابه شهد عدلان عندى أن لفلان بن الفلان الفلانى على فلانة بنت فلان الفلانية كذا ، فأقضى عليها أنت بذلك ، فأحضر المدعى امرأة فى مجلس المكتوب إليه ، ودفع الكتاب إليه ، وأنكرت أنها فلانة ، يقول القاضى : هات شاهدين يشهدان أن هذه التى أحضرتها هى الفلانية المذكورة فى هذا الكتاب ليتمكن الإشارة إليها فى القضاء . (عنى)

(٢) قوله : " إلا أن القاضى إلخ " جواب إشكال مقدر ، هو أن يقال : إن القاضى الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعى ، لأنه سمع الشهادة من الشاهدين ، ونقل شهادتهما بالكتاب ، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه ، وشهد ، وهناك يشترط اثنان فلذلك ينبغى أن يشترط فى القاضى الكاتب أن يكون اثنين ، فأجاب بقوله : إلا أن إلخ . (عنى)

(٣) أى فى الشهادة على الشهادة ، وكتاب القاضى إلى القاضى . (ك)

(٤) أى فلانة بنت فلان التسمية . (ك)

(٥) قوله : " إلى فخذها " الفخذ آخر القبائل الست ، كذا فى " الصحاح " ، وفى " الكشف " قوله تعالى : ﴿ وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ﴾ ، الشعب الطبقة الأولى من الطبقات الست التى عليها العرب وهى : الشعب والقبيلة والعمارة والبطن ، والفخذ والفصيلة ، فالشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمائر ، والعمارة تجمع البطون ، والبطون تجمع الأنفخذ ، والفخذ تجمع الفصائل ، خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، قريش عمارة ، وقصى بطن ، وهاشم فخذ والعباس فصيلة ، وسميت الشعب ، لأن القبائل منشعب منها ، فعلى هذا لا يكون الفخذ هى القبيلة الخاصة ، والمراد بالفخذ فى الكتاب القبيلة الخاصة ، ففى الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين . (ك)

(٦) أى عدم الجواز .

(٧) كالتسمية .

(٨) فكم يكون بينهم نساء اتحدت أساميهن وأسامى آباءهن .

(٩) قوله : " وقيل : الفرغانية " فرغانة نسبة إلى فرغانة ، وهى اسم لإقليم ما وراء النهر ، وفيها مدن كثيرة ، وفيها

سكك منها أوزجند . (عنى)

(١٠) قوله : " وقيل إلى إلخ " وحاصل الكلام أن النسبة إلى ما هى خاصة فيها يحصل التعريف بخلاف النسبة إلى ما

هى عامة منها حيث لا يحصل التعريف فيها ، لأن المحلة الكبيرة والمصر يشمل كل منهما على ناس كثيرين تتخذ

أساميهم ، وأسامى آباءهم فلا يحصل التعريف بذلك . (عنى)

(١١) الواو وصلية .

الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف على ظاهر الروايات^(١)، فذكر الفخذ يقوم مقام الجد، لأنه^(٢) اسم الجد الأعلى^(٣)، فنزل منزلة الجد الأدنى^(٤).
فصل^(٥)

قال أبو حنيفة: شاهد الزور^(٦) أشهره^(٧) في السوق، ولا أعزره^(٨)، وقالوا: نوجعه^(٩) ضرباً ونحبسه، وهو قول الشافعي.

لهما ما روى عن عمر رضی الله عنه^(١٠): "أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً^(١١)، وسخم وجهه^{(١٢)*}، ولأن هذه^(١٣) كبيرة^(١٤) يتعدى^(١٥) ضررها إلى

(١) فإنه عنده يتم بذكر الأب، ولا يحتاج إلى ذكر الجد في التعريف. (ك)

(٢) فخذ.

(٣) أى فى القبيلة الخاصة. (ك)

(٤) هو أب الأب. (٤)

(٥) قوله: "فصل" ذكر شهادة شاهد الزور فى فصل على حدة، لأن لها أحكاماً مخصوصة وأخرها، لأن الأصل هو الصدق. (ن)

(٦) قوله: "شاهد الزور أشهره" أن يقر على نفسه بالكذب متعمداً، فيقول: كذبت فيما شهدت متعمداً، أو يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى ثبت كذبه بيقين، ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة لأنه نفى لشهادته، والبينة حجة الإثبات دون النفي، فأما إذا قال: غلطت أو أخطأت، أو ردت شهادته لتهمة، أو مخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر. (ك)

(٧) قوله: "أشهره [وتشهيره تعزيره. ع]" أقول: هذا صريح فى أن التشهير أيضاً نوع من التعزير اتفاقاً غير أن الإمام اكفى على التشهير فى شاهد الزور، وهما ضمناً مع الوجع والضرب أيضاً، وبه يظهر جواب ما سئلت عنه من أنه هل يجوز للسلطان أن يشهر القاضى المرتشى، وقد سبقنا بتجويزه، ابن نجيم المصرى صاحب البحر الرائق فى بعض رسائله، وقال فيه: فإن قلت: هل له تسويد الوجه، وحلق جانب من اللحية مع كونه منها عنده.

قلت: له ذلك كما روى ابن أبى شيبه بسنده أن عمر رضی الله عنه كتب إلى عماله بالشام فى شاهد الزور أن يضرب أربعين سوطاً، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه، ويपाल حبسه، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" أن عمر رضى أمر بشاهد الزور أن يلقى عمامته فى عنقه، ويطاف به فى القبائل.

وقال فى "فتح القدير": مجيباً عن كونه مثله أن المثلة ليست إلا فى الأعضاء ونحوه، ومن المشايخ من أجاب عن فعل عمر بأنه كان سياسة، فإذا رآه الحاكم ذلك كان له أن يفعله، وقد استفيد منه أن السياسة ما يفعله الحاكم لمصلحة العامة من غير ورود الشرع، فإذا رأى القاضى تشهير الرشى على هذا الوجه مع كثرتها فى هذا الزمان فإنه يثاب على ذلك، ولو لم يرد فكيف، وله أصل فى شاهد الزور، انتهى كلامه. (مولوى عبد الحى دام فيضه)

(٨) يعنى لا أضربه. (٤)

(٩) إيجاع: درد ناك ساختن. (من)

(١٠) قوله: "ما روى عن عمر إلخ" قلت رواه ابن أبى شيبه فى "مصنفه" فى الحدود عن الوليد ابن أبى مبلك أن عمر كتب إلى عماله بالشام فى شاهد الزور يضرب أربعين سوطاً، ويسخم وجهه، ويحلق رأسه ويपाल حبسه، انتهى. (ت)

(١١) قوله: "أنه إلخ" هذا الحديث يدل على أن أصل الضرب مشروع فى تعزيره، وما زاد على ذلك كان محمولاً على السياسة، فيثبت ما نفاه أبو حنيفة. (عناية)

العباد، وليس فيها حد مقرر^(١)، فيعزروه: أن شريحاً^(٢) كان يشهره^(٣) ولا يضرب، ولأن الانزجار^(٤) يحصل بالتشهير، فيكتفى به، والضرب وإن^(٥) كان مبالغته في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع^(٦)، فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه، وحديث عمر رضى الله عنه^(٧) محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين^(٨) والتسخيم. ثم تفسير التشهير منقول^(٩) عن شريح^(١٠) فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً، وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر، أجمع ما كانوا^(١١)، ويقولون: إن شريحاً يقرأ عليكم السلام^(١٢)، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وحذروا الناس منه^(١٣). وذكر شمس الأئمة السرخسى أنه يشهر عندهما أيضاً، والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضى عندهما، وكيفية التعزير ما

(١٢) قوله: "سخم وجهه إلخ" أى سوده من السخام وهو سواد القدر، وأما بالخاء المهملة من الاسخم الأسود، فقد جاء، كذا فى "المغرب"، وفى "المغنى": ولا يسخم وجهه يروى هذا اللفظ بالخاء والحاء جميعاً. (ن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٨، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٣٥ ص ١٧٣. (نعيم)

(١٣) شهادة الزور.

(١٤) قال الله تعالى: ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور﴾.

(١٥) بإتلاف أموالهم.

(١) من الشارح.

(٢) قوله: "أن شريحاً إلخ" وذكر العلامة النسفى فى "الكافى": وشريح كان قاضياً فى زمن الصحابة، ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة، ولم ينكر عليه أحد منهم، فحل محل الإجماع، فكان هذا من أبى حنيفة احتجاجاً بإجماع الصحابة لا تقليد الشريح لأنه لا يرى تقليد التابعى. (ك)

(٣) أى شاهد الزور.

(٤) باز ايستاد.

(٥) الواو وصلية.

(٦) فإنه إذا تصور الضرب يخاف، فلا يرجع، وفيه تضييم الحقوق. (ع)

(٧) جواب عن سند الصحابين.

(٨) قوله: "بدلالة التبليغ إلى الأربعين إلخ" لأنه لو كان بسبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه حداً فى غير حد. (عينى)

(٩) قوله: "منقول إلخ" ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تائباً أو مصرأً، أو مجهول الحال، وقد قيل: إن رجوع على سبيل التوبة والندم لا يعزى من غير خلاف، وإن رجوع على سبيل الإغراء يعزى بالضرب من غير خلاف، وإن سم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذى قلنا. (ع)

(١٠) كذا رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار"، كذا قال الزيلعى.

(١١) أى مجتمعين أو إلى موضع يكون أكثر جمعاً للقوم. (عناية)

(١٢) قرأ عليه السلام رسائيد بروى سلام را. (من)

(١٣) حتى لا يستشهده.

ذكرناه^(١) في الحدود.

وفي "الجامع الصغير": شاهدان أقرأ أنهما شهدا بزور لم يضربا^(٢)، وقالوا: يعزران، وفائدته^(٣) أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم^(٤) هو المقر على نفسه بذلك^(٥)، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك^(٦) بالبينة^(٧)، لأنه نفى الشهادة والبيئات للإثبات^(٨)، والله أعلم.

كتاب الرجوع عن الشهادات^(٩)

قال^(١٠): وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء، والقاضي لا يقضى بكلام متناقض^(١١)، ولا ضمان عليهما، لأنهما ما أتلفا شيئاً^(١٢) لا على المدعى، ولا على المدعى عليه^(١٣).

فإن حكم^(١٤) بشهادتهم، ثم رجعوا لم يفسخ الحكم؛ لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا ينقض^(١٥) الحكم بالتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول^(١٦)،

(١) قوله: "ما ذكرناه" قال في فصل التعزير: أكثره تسعة وثلاثون، وأقله ثلاث جلدات، وقال أبو يوسف: يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً، وإن رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل.

(٢) عند أبي حنيفة: يضربان.

(٣) قوله: "وفائدته" أي فائدة وضع "الجامع الصغير" أن شاهد الزور إنما يعرف أن شهادته كانت زوراً وكذباً بإقراره لا غير، ولا يعرف ذلك بالبينة، ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص، وظهر حياً أو بموته وكان حياً إما لندرته، وإما لأنه لا محيص له أن يقول: كذبت، أو ظننت ذلك، أو سمعت ذلك فشهدت، وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم، فجعل مكانه قال ذلك. (مل)

(٤) من التشهير والحبس.

(٥) الزور.

(٦) الزور.

(٧) فلا يسمع.

(٨) أي إثبات الأحكام.

(٩) قوله: "كتاب الرجوع عن الشهادات" تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخره عن فصل شهادة الزور ظاهر إذ الرجوع عنها يقتضى سبق وجودها، وهو مما يعلم به كونها زوراً، وهو أمر مرغوب فيه ديانة، لأن فيه خلاصاً عن عقاب الكبيرة. (عناية)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) من الشاهد.

(١٢) قوله: "لأنهما [الشاهدين] ما أتلفا شيئاً" أما على المدعى عليه فظاهر، وأما على المدعى فلأن الشهادة إن كانت حقاً في الواقع، ورجعاً عنها صاروا كاتمين للشهادة، ولا ضمان على من يكتمها. (٤)

(١٣) وفي نسخة: المشهود عليه.

(١٤) القاضي.

وقد ترحح الأول باتصال القضاء به^(١)، وعليهم ضمان^(٢) ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب^(٣) الضمان، والتناقض^(٤) لا يمنع صحة الإقرار، وستقرره من بعد.

ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم^(٥)؛ لأنه فسخ للشهادة^(٦)، فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضى أى قاضى كان، ولأن الرجوع^(٧) توبة^(٨)، والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان^(٩). وإذا لم يصح الرجوع فى غير مجلس القاضى، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما، وأراد^(١٠) يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بيته عليهما، لأنه ادعى^(١١) رجوعاً باطلاً^(١٢)، حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا، وضمنه^(١٣) المال تقبل^(١٤) لأن السبب صحيح^(١٥).

(١٥) قوله: "فلا ينقض الحكم بالتناقض" لئلا يؤدي إلى التسلسل، وذلك لأنه لو كان معتبراً لجاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى، وليس لبعض على غيره ترجيح، فيتسلسل الحكم، ونسخه ذلك خارج عن موضوعات الشرع. (٤)

(١٦) فتساويا وقد إلخ.

(١) فلا ينقض.

(٢) قوله: "وعليهم [الشهود] ضمان إلخ" فقضاء القاضى وإن كان علة للتلف لكنه كالملجأ من جانبهم وكان السبب منهم تعدياً، فيضاف الحكم إليهم كما فى حفر البئر فى قارة الطريق. (٤)

(٣) الرجوع.

(٤) جواب عما يقال كلامهم يتناقض وذلك ساقط العبارة فليس عليهم الضمان. (٤)

(٥) سواء كان هو الحاكم الأول أو لا.

(٦) قوله: "لأنه فسخ للشهادة" هذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما يختص به الشهادة، وهو ممنوع، فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإلتاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية، فلا بد من رفعها، والرجوع فى غير مجلس الحكم ليس برفع الحجة، لأن الشهادة فى غير مجلسه ليس بحجة، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها إذا ثبت فى ضمنه، فكان من توابعه. (عناية)

(٧) عن الشهادة.

(٨) عن جنابة الكذب.

(٩) وشهادة الزور جنابة فى مجلس الحاكم، فالتوبة تنقيد به. (عناية)

(١٠) على تقدير عجز المدعى عن البينة.

(١١) قوله: "ادعى" فدعوى الرجوع فى غير مجلس الحكم باطلة، والبينة واليمين يترتان على دعوى صحيحة. (٤)

(١٢) أى فى غير مجلس القاضى.

(١٣) قوله: "وضمنه" الضمير المستكن يرجع إلى القاضى، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن. (٤)

(١٤) البينة.

قال^(١): وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به، ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه^(٢)، لأن التسبب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر^(٣)، وقد سببا للإتلاف^(٤) تعدياً. وقال الشافعي: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة. قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضى؛ لأنه كالملجأ^(٥) إلى القضاء^(٦)، وفي^(٧) إيجابه^(٨) صرف الناس^(٩) عن تقلده^(١٠)، وتعذر استيفاءه من المدعى؛ لأن الحكم ماض، فاعتبر التسبب، وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً^(١١)؛ لأن الإتلاف به^(١٢) يتحقق، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. قال^(١٣): فإن رجع أحدهما ضمن النصف^(١٤) والأصل^(١٥) أن

(١٥) أى سبب قبول البينة، وهو دعوى الرجوع فى مجلس الحاكم.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) العلة هى المؤثرة فى الحكم، والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير.

(٣) قوله: "كحافر البئر" أى فى قارعة الطريق، فإن ثقل الساقط فيها علة التلف والمشى سبب، والحفر شرط، لأنه أزال المانع من السقوط، فالثقل أمر طبيعى لا يصلح لإضافة التلف إليه، والمشى مباح لا تعدى فيه، فأضيف الحكم إلى الحفر، لأن الحافر متعد فيه، وههنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضى، وإن حصل الإتلاف بقضائه لأنه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين إلى القضاء، فإن بعد ظهور عدالتهم وجب عليه القضاء شرعاً، حتى لو امتنع منه يأنم ويعزل، ويعزر ولا يمكن استيفاءه من المدعى، لأن الحكم ماض، فأوجبنا الضمان على الشاهدين، لأنهما سييان وقد أقرأ على أنفسهما بالتعدى. (ك)

(٤) أى إتلاف المال.

(٥) قوله: "لأنه كالملجأ الخ" لم يقل: ملجأ، لأن الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة الدنياوية، والقاضى ههنا إنما يخاف العقوبة فى الآخرة، ولا يصير به ملجأ حقيقة، لأن كل أحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها فى الآخرة، ولا يصير به مكرهاً.

قوله: "لأنه كالملجأ" لأن القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهراً حتى لو لم ير وجوب القضاء عليه يكفر. (عينى)

(٦) من جهة الشاهدين. (ك)

(٧) أى فى إيجاب الضمان على القاضى.

(٨) هذا دليل آخر.

(٩) وذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص لأجله. (٦)

(١٠) القضاء.

(١١) قوله: "وإنما يضمنان إذا قبض المدعى المال ديناً كان أو عيناً" لأنه تحقق الخسران عند تسليم المال إلى المفضى له، فأما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران فى حقه، ولأن الضمان مقدر بالمثل، وهما أتلفا عليه ديناً حين أزماء بشهادتهما كذلك، فإذا ضمنهما قبل ذلك فقد استوفى منهما عيناً فى مقابلة دين، ولا مماثلة بين أخذ العين، وإلزام الدين، وفى الأعيان أن يثبت الملك للمفضى له بالقضاء، ولكن المفضى عليه يزعم أن ذلك باطل، وأن المال الذى فى يده ملكه، فلم يكن له أن يضمن الشاهدين شيئاً ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى، كذا فى ال"الميسوط". (ك)

(١٢) أى بالقبض.

المعتبر في هذا ^(١) بقاء من بقى ^(٢)، لا رجوع من رجوع ^(٣)، وقد بقى من يبقى بشهادة نصف الحق ^(٤)، وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، وهذا ^(٥) لأن الاستحقاق ^(٦) باق بالحجة، والمتلف متى استحق ^(٧) سقط الضمان ^(٨)، فأولى أن يمتنع ^(٩)، فإن رجع آخر ^(١٠) ضمن الراجعان ^(١١) نصف الحق ^(١٢)، لأن بقاء أحدهم يبقى نصف الحق ^(١٣).

وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمننت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع بقاء من بقى، وإن رجعتا ضمننتا نصف الحق، لأن بشهادة الرجل بقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة، ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن، لأنه بقى من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى ^(١٤) كان عليهن ربع الحق ^(١٥)، لأنه بقى النصف

(١٣) أى القدورى. (عنى)

(١٤) أى نصف المشهود به.

(١٥) الأمر الكلى.

(١) أى فى باب الرجوع. (٤)

(٢) قوله: "بقاء من بقى" لأن وجوب الحق فى الحقيقة بشهادة الشاهدين، وما زاد فهو فضل فى حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من اثنين يضاف القضاء، ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم، وإذا رجع واحد زال الاستواء، وظهر إضافة القضاء إلى المثنى. (٤)

(٣) قوله: "لا رجوع من رجع" لأنه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجباً على الراجع مع بقاء الحكم عند وجود مبقيه وهو الشاهدان، بأن شهد ثلاثة ورجع واحد. (ك)

(٤) قوله: "من يبقى إلخ" قيل: لا نسلم ذلك فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء، فكذا بقاء، وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء، فيجوز أن يصلح فى البقاء للإثبات ما لا يصلح فى الابتداء كذلك كما فى النصاب، فإن بعضه لا يصلح فى الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح فى البقاء بقدره. (٤)

(٥) أى عدم الضمان على الثالث الراجع.

(٦) أى استحقاق الشهود به للمدعى. (ن)

(٧) قوله: "والمتلف متى استحق إلخ" كمن غصب مال إنسان وأتلفه، ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه على المتلف إذا لم يضمن المستحق شيئاً. (ك)

(٨) عن المتلف.

(٩) لأن المنعم أسهل من الدفع، الضمان عن الراجع. (٤)

(١٠) من الثلث.

(١١) قوله: "ضمن الراجعان إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يضمن الراجع الثانى فقط، لأن التلّف أضيف إليه، قلنا: التلّف يضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره بمانع وهو بقاء من بقى، فإذا رجع الثانى ظهر أن التلّف بهما. (ك)

(١٢) لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

(١٣) وفى نسخة: المال.

(١٤) سوى الثمان.

بشهادة الرجل ، والرابع بشهادة الباقية ، فبقي ثلاثة الأرباع .

وإن رجع الرجل والنساء^(١) فعلى الرجل سدس الحق على النسوة خمسة أسدسه عند أبي حنيفة . وقالوا : على الرجل النصف ، وعلى النسوة النصف ، لأنهن وإن^(٢) كثرن يقمن مقام رجل واحد^(٣) ، ولهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل .
ولأبي حنيفة أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد ، قال عليه السلام في نقصان عقلهن^(٤) : « عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد »^(٥) * ، فصار^(٦) كما إذا شهد ذلك ستة رجال^(٧) ثم رجعوا .

فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين^(٨) ؛ لما قلنا^(٩) ، ولو شهد رجلان وامرأة بمال ، ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة ، لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد ، فلا يضاف إليه الحكم^(١٠) . قال^(١١) : وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن^(١٢) منافع البضع غير متقومة عند الإلتاف ، لأن التضمين يستدعى المماثلة^(١٣) على ما عرف^(١٤) ، وإنما

(١٥) أى على الراجعات التسم .

(١) العشرة .

(٢) الواو وصلية .

(٣) قوله : " يقمن مقام الخ " فصار شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين ، فصار الضمان على الرجل والنسوة إنصافاً . (عيني)

(٤) قوله : " قال عليه السلام الخ " وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر ، وإنما تم أن لو قال : عدلت شهادة كل اثنين منها بشهادة رجل ، والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك فى الابتداء أو مكرراً . (٤)

(٥) أخرجه البخارى فى الوضوء والعيدين ، وفى الزكاة والصوم من حديث الخدرى .

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٨٩ ، والدراية ج ٢ ، الحديث ٨٣٦ ص ١٧٣ . (نعيم)

(٦) شهادة رجل وعشر نسوة .

(٧) فإن الضمان عليهم أسداساً .

(٨) أى قول الإمام وصاحبيه .

(٩) قوله : " لما قلنا " من أن المعتبر هو بقاء من بقى ، فالرجل يبقى ببقاء نصف الحق . (٤)

(١٠) قوله : " فلا يضاف إليه الحكم " لأن المرأة الواحدة شرط العلة ، فلا يثبت به شيء من الحكم ، فكان القضاء مضافاً إلى شهادة رجلين دونها ، فلا تضمن عند الرجوع شيئاً . (٤)

(١١) أى القدورى . (عيني)

(١٢) أى لأن الشاهدين أتلفوا بالشهادة بالنكاح منافع البضع ومنافع البضع الخ .

(١٣) قوله : " لأن التضمين يستدعى المماثلة [ولا مماثلة بين العين والمنفعة] " ولا مماثلة بين البضع والمال ، فأما عند

تضمن وتتقوم بالتملك^(١)، لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل .
وكذلك^(٢) إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها^(٣)؛ لأنه إتلاف
بعوض^(٤) لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك، والإتلاف بعوض كلا
إتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على الماثلة ولا ماثلة بين الإتلاف بعوض^(٥)
وبينه بغير عوض^(٦)، وإن شهدا بأكثر من مهر المثل^(٧)، ثم رجعا ضمنا الزيادة؛
لأنهما أتلفاها^(٨) من غير عوض . قال^(٩): وإن شهدا^(١٠) ببيع شيء بمثل القيمة أو
أكثر، ثم رجعا لم يضمنا^(١١)؛ لأنه^(١٢) ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض، وإن
كان بأقل من القيمة ضمنا^(١٣) النقصان؛ لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض،
ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً^(١٤)، أو فيه خيار البائع^(١٥)، لأن السبب^(١٦) هو البيع

دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوماً إظهاراً لخطره حتى يكون مصوناً عن الابتدال، ولا يملك مجاناً فإن ما يملكه المرء
مجاناً لا يعظم خطره، وذلك محل له خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا المعنى لا يوجد في طرف الإزالة. (ك)
(١٤) في أصول الفقه.

(١) قوله: "وإنما تضمن إلخ" دفع دخل هو أنه لو لم يكن المنافع للبضع متقومة لكانت غير متقومة إذا كان الزوج
مالكاً للبضع مع أنه ليس كذلك. (مل)
(٢) أي لا ضمان.
(٣) ورجعا.

(٤) قوله: "لأنه [مال الزوج] إتلاف بعوض [وهو منافع البضع]" فإن قيل: منافع البضع كيف تصلح عوضاً عن
المهر، وأن المرأة ليست بمال، ومنافع البضع أيضاً ليست بعين مال. قلنا: منافع البضع حالة الدخول في الملك أعطى لها
حكم المال شرعاً بدليل أن الشرع جوز للأب أن يزوج ابنه الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير، والوالد لا يملك إزالة
ملك الصغير إلا بعوض يعده، ألا ترى أنه لو خالغ ابنته الصغيرة بمالها لم يجز. (ك)

(٥) أي إتلاف مال الزوج صار بعوض، ولو كان الضمان لزم إتلاف مال الشاهد بغير عوض.

(٦) والمشتري يدعى.

(٧) على الزوج.

(٨) وهو يوجب الضمان.

(٩) أي القدروى. (عيني)

(١٠) على البائم.

(١١) للبائم.

(١٢) لأنهما لما أخرجا المبيع عن ملكه فقد أدخله في ملكه ما يلازمه.

(١٣) للبائم.

(١٤) قوله: "ولا فرق إلخ" جواب سؤال بأن يقال: ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدوا، بالبيع
بشرط الخيار لأنهما لم يتلفا شيئاً على البائع لأنهما اثبتا البيع بشرط الخيار، والبائع لم يزل ملكه عن المبيع بعد، وإنما يزول
إذا مضت المدة وهو ساكت، فإن سكت عن الرد كان راضياً بزوال ملكه، فكيف يجب الضمان على الشهود. (عيني)

(١٥) قوله: "أو فيه خيار البائم" بأن شهدا بأقل من القيمة، وبأن البائم بالخيار ثلاثة أيام، فقضى القاضى بذلك

السابق^(١)، فيضاف الحكم^(٢) عند سقوط الخيار إليه، فيضاف التلف إليهم^(٣).

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا نصف المهر؛ لأنهما أكدا ضمناً على شرف^(٤) السقوط، ألا ترى أنها^(٥) لو طاعت ابن الزوج^(٦)، أو ارتدت سقط المهر أصلاً؛ ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ^(٧)، فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح^(٨)، ثم يجب نصف المهر ابتداءً بطريق المتعة^(٩)، فكان واجباً بشهادتهما. قال^(١٠): وإن شهدا على أنه أعتق عبده^(١١)، ثم رجعا ضمنا قيمته^(١٢)؛ لأنهما أتلفا مالية العبد عليه^(١٣) من غير عوض، والولاء للمعتق، لأن العتق لا يتحول إليهما^(١٤) بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء

ومضت المدة، وتقرر البيع، ثم رجعا فإنهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لإتلافهما الزائد بغير عوض، ولو أوجب البيع في المدة لم يضمن شيئاً، لأنه أزال ملكه باختياره، فلم يتحقق الإتلاف. (عناية)

(١٦) أى السبب الزيل للملك، ولهذا يستحق المشتري بزوائده. (٤)

(١) المشهود به. (٤)

(٢) وهو زوال الملك.

(٣) فإنه قد حصل ذلك السبب بشهادتهم، فيجب عليهم الضمان.

(٤) بر امر بزرگ رسیدن از خیر یا شر.

(٥) المرأة.

(٦) أو قبلت ابنة بشهوة.

(٧) قوله: "في معنى الفسخ" إنما قال: في معنى الفسخ ولم يقل: هو فسخ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل وهو البضع إلى المرأة كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض، وفي كل موضع إذا تم الفسخ يجعل كأن العقد لم يجر بين المتعاقدين لعود ما كان لهما إلى ملكهما كاملاً، فعلى هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداءً لكون العقد بسبب الفسخ كأن لم يكن، وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة الشاهدين، فعند الرجوع يضمنان للزوج ما أتلفا عليه من وجوب نصف المهر. (ك)

(٨) في باب المهر. (ك)

(٩) قوله: "بطريق المتعة" كما يجب المتعة لمن زوجت بلا مهر، وطلقت قبل الوطئ وهي درع وخمار، وملحفة لا تزيد على نصف مهر المثل لو كان الزوج غنياً، ولا تنقص عن خمسة دراهم لو فقيراً، كذا في "الدر المختار".

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) وقضى به القاضى.

(١٢) قوله: "ضمناً [أى للمولى] قيمته [العبد]" موسرين كان أو معسرين، لأن هذا ضمان إتلاف الملك، وأنه لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يتمتع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لأن الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب، فلا يكون عوضاً عما أتلفا عليه من ملك المال. فإن قيل: ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق، قلنا: بقضاء القاضى بالحجة صار مكذباً شرعاً، لأن القاضى لما قضى بالعتق من المولى تبعه الولاء. (ك)

(١٣) المولى.

(١٤) الشاهدين.

إليهما^(١)، وإن شهدوا بقصاص، ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية^(٢)، ولا يقتص منهم^(٣). وقال الشافعي: يقتص منهم لوجود القتل منهم^(٤) تسبيهاً، فأشبهه المكره^(٥) بل أولى^(٦)، لأن الولي يعان، والمكره يمنع. ولنا: أن القتل^(٧) مباشرة لم يوجد^(٨)، وكذا^(٩) تسبيهاً، لأن السبب ما يفضى إليه غالباً، وههنا لا يفضى، لأن العفو مندوب^(١٠)، وبخلاف المكره، لأنه يؤثر^(١١) حياته ظاهراً^(١٢)، ولأن^(١٣) الفعل الاختياري مما يقطع النسبة^(١٤)، ثم لا أقل^(١٥) من الشبهة وهي دائرة للقصاص، بخلاف المال^(١٦)، لأنه يثبت مع الشبهات، والباقي يعرف في المختلف^(١٧).

(١) لأن الولاء لمن أعتق.

(٢) في مالهما. (٤)

(٣) الشهود.

(٤) من الشهود.

(٥) قوله: "فأشبهه [أى الشاهد] المكره [على القتل]" بيان الشبه أن المكره مسبب غير مباشر، وكذلك الشاهد مسبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصاً، فكذلك الشهود. (ك)

(٦) قوله: "بل أولى" وبيان الأولوية أن الشهادة في السببية والإفضاء إلى القتل فوق الإكراه، لأن الولي يعان على استيفاء القصاص، والمكره يمنع عنه شرعاً وعادة، فعسى أن يمتنع المكره من المباشرة، فلا يفضى إلى القتل غالباً، فإذا قتل المكره وهو المسبب فلأن يقتل الشاهد وهو في التسبب فوق المكره أولى. (ك)

(٧) قوله: "أن القتل إلخ" هذا ظاهر ومستغنى عنه ههنا، لأنه لم يختلف فيه أحد، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن يكون إيماء إلى أن المباشر للقتل، وهو الولي لما لم يلزمه القصاص، فكيف يلزم غيره، وهو تكلف بعيد. (٤)

(٨) من الشهود.

(٩) أى لم يوجد.

(١٠) قوله: "لأن العفو مندوب [قتال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ ك]" يعنى أن المسلم المتدين العفو ظاهر بالنظر إلى حاله، لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله، ويحصل له الأجر الكثير، فأما المكره يختار حياته بأذى رخصة في الشرع، ويرجحها على حياة غيره. (عيني)

(١١) أى يختار.

(١٢) فالإكراه يفضى إلى القتل غالباً.

(١٣) هذا الدليل بعد تسليم أن الشهود مسبب.

(١٤) قوله: "ولأن الفعل الاختياري إلخ" أى القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير إجبار مما يقطع نسبة القتل إلى الشهود، فكان الفعل مقصوراً على الولي، فلم يكن الشاهد قاتلاً، لأن تدخل فعل فاعل مختار يقطع النسبة إلى الأول كمن حل قيد عبد إنسان، فأبق العبد لا ضمان على الحال لما قلنا، بخلاف المكره، فإن له اختياراً فاسداً، وللمكره اختيار الصحيح، والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المدوم، فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره، فلذلك انتقل فعل المكره إلى المكره. (ك)

(١٥) أى سلمنا أن لا يقطع نسبة إلى الشهود، ولكن الأقل من شبهة قطع النسبة.

(١٦) أى الدية. (ك)

قال^(١): وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا^(٢)، لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم، فكان التلف مضافاً إليهم^(٣)، ولو رجع شهود الأصل، وقالوا: لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم؛ لأنهم أنكروا السبب^(٤)، وهو الإشهاد^(٥)، ولا يبطل القضاء، لأنه^(٦) خبر^(٧) محتمل^(٨)، فصار كرجوع الشاهد^(٩) بخلاف ما قبل القضاء^(١٠).

وإن قالوا^(١١): أشهدنا هم^(١٢) وغلطنا ضمنوا^(١٣)، وهذا^(١٤) عند محمد، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم^(١٥)، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع، لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة^(١٦) وهى شهادتهم^(١٧).
وله: أن الفروع نقلوا شهادة الأصول^(١٨)، فصار كأنهم حضروا^(١٩)، ولو رجع

(١٧) أى مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبى الليث.

(١) أبى القدورى. (عينى)

(٢) المشهود به.

(٣) فوجب الضمان عليهم.

(٤) والعلة، وهى شهادة الفروع باقية، أى سبب إتلاف مال المدعى عليه. (ك)

(٥) على شهادتهم. (ك)

(٦) الإنكار.

(٧) فتعارض الخبران.

(٨) للصدق والكذب.

(٩) قوله: "فصار كرجوع الشاهد" أى شاهد الأصل لو شهد بنفسه، وقضى القاضى بشهادته، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع، فكذا لا يبطل بإنكار الإشهاد. (عينى)

(١٠) قوله: "بخلاف ما قبل القضاء [لأنهم أنكروا التحميل، ولا بد منه. ك]" يعنى إذا أنكر شهود الأصل الإشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضى القاضى بشهادة الفروع بعد ذلك كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضى بذلك. (عينى)

(١١) الأصول.

(١٢) الفروع.

(١٣) الأصول.

(١٤) أى وجوب الضمان.

(١٥) الأصول.

(١٦) وشهادة الأصول فى غير مجلس القاضى فليست بحجة.

(١٧) الفروع.

(١٨) قوله: "وله أن الفروع إلخ" يعنى أن الفرعين قاما مقام الأصلين فى نقل شهادتهما إلى مجلس القضاء والقضاء يحصل بشهادة الأصلين، ولذا يعتبر عدالتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا، ثم رجعا، وفى ذلك

الأصول والفروع جميعاً يجب الضمان عندهما^(١) على الفروع لا غير، لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا^(٢)، وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر^(٣)، فيتخير^(٤) بينهما، والجهتان^(٥) متغايرتان^(٦)، فلا يجمع بينهما في التضمنين^(٧).

وإن قال شهود الفرع^(٨): كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك^(٩) لم يلتفت إلى ذلك^(١٠)، لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، ولا يجب الضمان عليهم^(١١)، لأنهم^(١٢) ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا^(١٣) على غيرهم^(١٤) بالرجوع. قال^(١٥): وإن رجع المزكّون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمنون، لأنهم أثنوا^(١٦) على الشهود خيراً، فصاروا كشهود الإحصان^(١٧)، وله أن

يلزم الضمان، فكذا ههنا. (٤)

(١٩) وشهدوا، ثم حضروا، ورجعوا.

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "من الوجه الذي ذكرنا" أي أبو حنيفة وأبو يوسف إشارة إلى قولهما: إن القاضى يقضى بما يعاين من

الحجة وهو شهادة الفروع. (ك)

(٣) أي محمد من قوله: إن الفروع نقلوا شهادة الأصول. (ك)

(٤) المشهود عليه.

(٥) قوله: "والجهتان إلخ" جواب عما يقال: لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف. (مل)

(٦) قوله: "متغايرتان" لأن شهادة الأصول على أصل الحق، وشهادة الفروع على شهادة الأصول. (ك)

(٧) قوله: "فلا يجمع بينهما [أي بين الأصول والفروع] إلخ" أي لا يقال: إن كل فريق يضمن النصف بل يجعل

كل فريق كالمفرد والمشهود عليه بالخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب، فإن للمغصوب منه أن يضمن أيهما شاء. (ك)

(٨) أي بعد القضاء.

(٩) أي في شهادتهم.

(١٠) أي إلى قولهم.

(١١) الفروع.

(١٢) الفروع.

(١٣) الفروع.

(١٤) الأصول.

(١٥) أي القدرى. (عينى)

(١٦) ولم يشهدوا، وما تعرضوا للزيادة. (ن)

(١٧) قوله: "كشهود الإحصان" أي إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه فرجم، فإذا رجعوا بعد ذلك لا

يضمنون. (عينى)

التزكية أعمال للشهادة^(١)، إذ القاضى لا يعمل بها إلا بالتزكية^(٢)، فصارت^(٣) بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان^(٤) لأنه شرط محض^(٥).

قال^(٦): وإذا شهد شاهدان باليمين^(٧)، وشاهدان بوجود الشرط^(٨)، ثم رجعوا فالضمان^(٩) على شهود اليمين^(١٠) خاصة^(١١)؛ لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتى السبب^(١٢) دون الشرط المحض، ألا ترى^(١٣) أن القاضى يقضى بشهادة اليمين دون شهود الشرط، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه^(١٤)،

(١) أى بها يعمل بالشهادة.

(٢) قوله: "لا يعمل بها إلخ" لأن الشهادة إنما تصير حجة بالعدالة، والعدالة إنما تثبت بالتزكية، فصارت بمعنى علة العلة كالرمى فإنه سبب لمضى السهم فى الهواء، وذا سبب الوصول إلى المرمى، وذا سبب الجرح، وذا سبب ترادف الإيلاء، وذا سبب الموت، ثم الموت أضيف إلى الرمي الذى هو العلة الأولى، حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية. (ك)

(٣) التزكية.

(٤) قوله: "بخلاف شهود الإحصان" لأنه شرط محض، والشهادة على الزنا بدون الإحصان، موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا، وأما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية، فمن هذا الوجه يقع الفرق بينهما، ولهذا يشترط الذكورة فى المزكين كشهود الزنا، ويثبت الإحصان بشهادة النساء مع الرجال، ثم الإحصان فى معنى العلامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط والزنا، وإذا وجد لم يتوقف عمله على إحصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم، ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا، فثبت أنه علامة لا شرط، فلم يتعلق به الرجوع والوجود إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر، فلهذا لم يضمنوا بحال. (ك)

(٥) قوله: "لأنه شرط محض" الحاصل أن الإحصان ليس فيه معنى العلة، لأن الإحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر، فلا يتوقف ثبوت الزنا على ثبوت الإحصان، ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية، فظهر الفرق. (عينى)

قوله: "لأنه شرط" اعلم أن الشرط عند الأصوليين ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم، ولا مفض إليه والعلة هى المؤثرة فى الحكم، والسبب هو المفضى إلى الحكم بلا تأثير، والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفاً عليه، وبهذا ظهر أن الإحصان شرط كما ذكر الأكثر لتوقف وجوب الحد عليه. (منح) كذا فى الهامش. (رد المحتار)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) نحو إن دخلت الدار فعبدى حر.

(٨) فقضى القاضى بترتب الجزاء.

(٩) أى ضمان قيمة العبد مثلاً.

(١٠) قوله: "شهود إلخ" وقال فى البحر لأنهم شهود العلة، إذ التلف يحصل بسببهم، وهو الإعتاق والتطليق، وهم أثبتوه أطلقه، فيشمل تعليق العتق والطلاق، فيضمن فى الأول والقيمة، وفى الثانى نصف المهر إن كان قبل الذخول، كذا فى الهامش. (رد المحتار)

(١١) رد لقول زفر، فإنه يقول: الضمان عليهم.

(١٢) كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان عليه دون الحافر. (٤)

(١٣) قوله: "ألا ترى إلخ" توضيح للإضافة إلى السبب دون الشرط، فإن القاضى يسمع شهادة اليمين، ويحكم بها وإن لم يشهد بالذخول. (٤)

(١٤) قوله: "اختلف المشايخ فيه" قال بعضهم: يضمنون، لأن الشرط إذا سلم عن معارضة العلة صلح علة، لأن

ومعنى المسألة^(١) يمين العتاق^(٢) والطلاق قبل الدخول^(٣).
كتاب الوكالة^(٤)

قال^(٥): كل عقد^(٦) جاز أن يعقده^(٧) الإنسان بنفسه جاز^(٨) أن يوكل به غيره؛ لأن الإنسان قد يعجز^(٩) عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال^(١٠)، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره، فيكون بسبيل منه^(١١) دفعاً للحاجة، وقد صح^(١٢) أن النبي

العلل لم تجعل عللاً بذواتها فاستقام أن يخلفها الشروط، والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال: نص عليه في الزيادات. (ك)

(١) يريد به صورة المسألة. (٤)

(٢) قوله: "يمين العتاق" أى شهدا أنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته وهى غير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق. (ك)

(٣) إنما قيد بقوله: قبل الدخول لأن رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئاً. (عيني)

(٤) قوله: "كتاب الوكالة" لما فرغ من بيان أحكام الشهادات بأنواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان أحكام الوكالة، إما لمناسبة أن كل واحد من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى، ثم الله شهيد على ما يفعلون، وقوله: ﴿حسبنا الله ونعم الوكيل﴾، وإما لأن كلا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في حقه، وإما لأن كلا منهما يصلح سبباً لاكتساب الثواب، كذا في "النهاية". (نت)

قوله: "الوكالة" - يفتح الواو وكسرها - اسم للتوكيل من وكله بكذا، أى فوض إليه ذلك، والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فعيل بمعنى مفعول، لأنه موكول إليه الأمر، أى مفوض إليه، وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف معلوم، وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها، وركنها لفظ وكلت وأشباهه، وشرطها أن يملك الموكل التصرف، ويلزمه الأحكام، وصفتها أنه عقد جائز يملك كل من الموكل، والوكيل العزل بدون رضى صاحبه، وحكمها مباشرة الوكيل ما فوض إليه. (٤)

(٥) أى القدرى. (عيني)

(٦) قوله: "كل عقد [هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به. نتائج إلخ]" فإن قيل: يشكل على هذا الاستقراض فإنه لو استقرض بنفسه يجوز، ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز، قلنا: التوكيل تفويض التصرف، وإنما يصح ذلك فيما ينفذ فيه تصرفه، ويصح أمره، وتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه، فإن الدرهم التى يستقرضها الوكيل ملك المقرض، والأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل. (ك)

(٧) قوله: "أن يعقده" أى يكون مستتبداً بذلك العقد، فلا يردان الوكيل جاز له أن يعقده بنفسه، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له فى ذلك لا يجوز، لأن الوكيل ليس بمستبد فى العقد.

(٨) قوله: "جاز أن يوكل إلخ" وليس العكس مقصوداً، أى ليس أن كل عقد لا يعقده الإنسان بنفسه لا يجوز التوكيل به، ألا ترى أن المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءه بنفسه، ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبى حنيفة. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقده)

(٩) قوله: "لأن الإنسان إلخ" اعترض عليه بأنه دليل أخص من المدلول، وهو جواز الوكالة، فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً، وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهى تراعى فى الجنس دون الأفراد، كالمشقة فى السفر. (نت)

(١٠) قوله: "على اعتبار بعض الأحوال [لقلة هدايته ولكثرة أشغاله. ك]" بأن كان مريضاً، أو شيخاً فانياً أو ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه. (عيني)

عليه السلام^(١) وكل بالشراء^(٢) حكيم ابن حزام* ، وبالتزويج^(٣) عمر بن أم سلمة^(٤)*. قال^(٥): ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق^(٦)، لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات، وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل^(٧) فيها^(٨) عقيلاً^(٩)، وبعد ما أسن^(١٠) وكل عبد الله^(١١) بن جعفر^(١٢)*. وكذا^(١٣) بإيفاءها^(١٤)، واستيفاءها^(١٥) إلا في الحدود^(١٦) والقصاص، فإن الوكالة لا تصح باستيفاءهما مع غيبة الموكل عن المجلس؛ لأنهما تندرى بالشبهات^(١٧)، وشبهة العفو^(١٨) ثابتة حال غيبة الموكل^(١٩) بل هو الظاهر للندب

(١١) التوكيل.

(١٢) قوله: "وقد صح إلخ" يتجه على ذلك أن توكيل النبي ﷺ في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة من الكلية، فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي منبه دفع الحاجة بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي ﷺ لا إقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة. (نت)

(١) رواه أبو داود في البيوع. (ت)

(٢) أي شراء الأضحية. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٩٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣٧ ص ١٧٤. (نعيم)

(٣) أي تزويج أمه أم سلمة من النبي ﷺ. (ك)

(٤) أخرجه النسائي في "سننه" في النكاح. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٩٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٣٨ ص ١٧٤. (نعيم)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) أي في جميعها. (ك)

(٧) أخرجه البيهقي. (ت)

(٨) أي في الخصومات. (نتائج)

(٩) هو ابن أبي طالب كان ذكياً حاضراً الجواب.

(١٠) عقيل.

(١١) قوله: "وكل إلخ" إما لأنه وقر عقيلاً لكبر سنه، أو لأنه انتقص ذهنه، وكان عبد الله بن جعفر شاباً ذكياً. (ك)

(١٢) الطيار. (ك)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٩٤ تحت الحديث الثاني في كتاب الوكالة، وراجع الدراية ج ٢ تحت الحديث

٨٣٨ ص ١٧٤. (نعيم)

(١٣) يجوز الوكالة.

(١٤) أي أداء الحقوق.

(١٥) أي قبض الحقوق.

(١٦) كحد القذف والسرقة. (ك)

(١٧) قوله: "لأنهما تندرى بالشبهات" فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير، لأن فيه نوع شبهة، ولهذا لا يستوفى

الشرعى^(١) بخلاف غيبة الشاهد^(٢)، لأن الظاهر^(٣) عدم الرجوع^(٤)، وبخلاف حالة الحضرة^(٥) لانتهاء هذه الشبهة، وليس كل أحد^(٦) يحسن الاستيفاء^(٧)، فلو منع عنه^(٨) ينسد^(٩) باب الاستيفاء أصلاً.

وهذا^(١٠) الذى ذكرناه قول أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً، وقول محمد مع أبى حنيفة^(١١)، وقيل: مع أبى يوسف، وقيل: هذا الاختلاف فى غيبته^(١٢) دون حضرته^(١٣)، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره، فصار كأنه متكلم بنفسه.

له^(١٤): أن التوكيل إنابة، وشبهة النيابة يتحرز عنها فى هذا الباب^(١٥) كما فى الشهادة على الشهادة^(١٦)، وكما فى الاستيفاء^(١٧).

بكتاب القاضى إلى القاضى والشهادة على الشهادة، وشهادة النساء مع الرجال. (كفاية)

(١٨) قوله: "وشبهة العفو الخ" وهذا الوجه مخصوص بالقصاص إذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد أن فى القصاص ثبوت شبهة أخرى حال غيبة الموكل، وهى شبهة العفو. (نتائج الأفكار)

(١٩) لجواز أن يكون الموكل قد عفا بنفسه، والوكيل لا يشعر به. (ك)

(١) لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾. (نتائج)

(٢) قوله: "بخلاف غيبة الشاهد" حيث يستوفى الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتملاً. (عنى)

(٣) فى حق الشاهد.

(٤) إذ الصديق هو الأصل خصوصاً فى حق العدول. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف حالة الحضرة" أى حضرة الموكل أى يجوز للوكيل أن يستوفى القصاص، قال: حضرة الموكل لانتهاء هذه الشبهة وهى شبهة العفو. (ك)

(٦) قوله: "وليس كل أحد الخ" هذا جواب لأن يقال: لما حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل فيستوفيه بنفسه، لما أن فى التوكيل شبهة البدلية، واستيفاء القصاص مما لا يجرى فيه الأبدال. (ك)

(٧) لقلة هدايته، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك. (٤)

(٨) أى عن التوكيل بالاستيفاء. (نتائج)

(٩) قوله: "ينسد" أى ينسد باب الاستيفاء بالنسبة إليه بالكلية، فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لقلا ينسد بابه. (نتائج)

(١٠) قوله: "وهذا" أى هذا الذى ذكرنا صريحاً فيما مر آنفاً من قولنا: ويجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق، أى فى جميعها. (نتائج)

(١١) وهو الأظهر. (ك)

(١٢) الموكل.

(١٣) فإن فى حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف.

(١٤) أى لأبى يوسف.

(١٥) أى باب الحدود والقصاص.

ولأبي حنيفة أن الخصومة شرط^(١) محض^(٢) لأن الوجوب^(٣) مضاف إلى الجناية والظهور^(٤) إلى الشهادة، فيجربى فيه التوكيل^(٥)، كما فى سائر الحقوق، وعلى هذا الخلاف^(٦) التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص^(٧). وكلام أبى حنيفة فيه^(٨) أظهر؛ لأن الشبهة لا تمنع الدفع^(٩) غير أن إقرار الوكيل^(١٠) غير مقبول عليه^(١١)، لما فيه من شبهة عدم الأمر به. وقال أبو حنيفة: لا يجوز التوكيل بالخصومة^(١٢) من غير رضا الخصم^(١٣) إلا أن يكون الموكل مريضاً^(١٤)، أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً. وقالوا: يجوز التوكيل بغير رضا الخصم، وهو قول الشافعى، ولا خلاف فى الجواز^(١٥)، إنما الخلاف فى اللزوم^(١٦).

(١٦) يعنى لا تجوز فى الحدود والقصاص.

(١٧) فإن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص لا يجوز.

(١) أى ليس لها حظ لا فى الوجوب ولا فى الظهور.

(٢) والشرط المحض حق من الحقوق. (٤)

(٣) أى وجوب الحدود والقصاص.

(٤) المضاف.

(٥) قوله: "فيجربى فيه إلخ" لا يقال: المانع موجود، وهو الشبهة كما فى الاستيفاء والشهادة على الشهادة، على ما مر، لأننا نقول: الشبهة فى الشرط لا تصلح للمنع إذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود، ولا الظهور بخلاف الاستيفاء، فإنه يتعلق به الوجود، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور. (نتائج)

(٦) أى بين الإمام وأبى يوسف.

(٧) فأجازاه أبو حنيفة، ومنعه أبو يوسف، وقول محمد مضطرب. (نتائج)

(٨) أى فى التوكيل من جانب من عليه.

(٩) لأن دفع الحدود والقصاص يثبت مع الشبهات. (ك)

(١٠) قوله: "غير أن إلخ" أى لكن هذا الوكيل إذا أقر فى مجلس القضاء بما يوجب القصاص على موكله لم يصح إقراره استحساناً، وفى القياس يصح لأنه قام مقام الموكل بعد صحة التوكيل ألا ترى أن فى سائر الحقوق جعل إقراره كإقرار الموكل، فكذلك فى القصاص. (ك)

(١١) أى على موكله.

(١٢) أى لا يلزم ذكر الجوز، وأراد اللزوم. (نتائج)

(١٣) أى من المدعى والمدعى عليه.

(١٤) قوله: "مريضاً" المراد نفس المرض، وقيل: إن تكلف الحضور بالركوب على دابة أو غيرها يرداد مرضه. (ك)

(١٥) بين الإمام وصاحبيه.

(١٦) قوله: "إنما الخلاف فى اللزوم" هل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا؟ عنده ترتد ولا يلزم للخصم الحضور، والجواب بخصومة الوكيل، عندهما لا ترتد برده، ويلزم الحضور، والجواب بخصومته، والمتأخرون اختاروا للفتوى أن

لهما أن التوكيل تصرف في خالص^(١) حقه^(٢)، فلا يتوقف على رضا غيره، كالتوكيل^(٣) بتقاضى الديون^(٤). وله^(٥): أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره، والناس متفاوتون^(٦) في الخصومة^(٧)، فلو قلنا بلزومه^(٨) يتضرر به، فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما^(٩) يتخير^(١٠) الآخر، بخلاف المريض^(١١) والممافر^(١٢)، لأن الجواب غير مستحق^(١٣) عليهما هنالك^(١٤)، ثم كما يلزم التوكيل عنده^(١٥) من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة، ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر^(١٦) عاداتها بالبروز، وحضور مجلس الحاكم.

قال الرازي^(١٧): يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها

القاضي إذا علم من الخصم التعنت في إباء الوكيل لا يمكنه من صنع ذلك ويقبل التوكيل من الموكل، وإن علم من الموكل القصد إلى الإضرار بصاحبه في التوكيل لا يقبل منه إلا برضا صاحبه، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي. (ك)

(١) والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره.

(٢) الموكل، وهذا لأنه وكله بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل. (ك)

(٣) لا يتوقف على رضا المديون.

(٤) أى قبض الديون. (٤)

(٥) قوله: "وله إلخ" قال صاحب العناية: ولأبى حنيفة أنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه، فإن الجواب حق للمدعى على الخصم، أى المدعى عليه، ولهذا يستحضره، أى يستحضر المدعى الخصم في مجلس القاضي، والمستحق للغير لا يكون خالصاً له، سلمنا خلوصه لكن تصرف الإنسان في خالص حقه، إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره، وههنا ليس كذلك، لأن الناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا: إلخ وهذا ينادى على أن عبارة المصنف حملها صاحب "العناية" على الدليلين، وفي الدليل الأول أنه مخصوص بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى. (مل)

(٦) قوله: "متفاوتون" فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه، فيحتمل أن يكون الوكيل ممن له حذق في الخصومات، فيتضرر بذلك. (عيني)

(٧) أى من جهة الدعوى والإثبات، ومن جهة الدفع والجواب. (نتائج)

(٨) التوكيل.

(٩) الشريكين.

(١٠) قوله: "يتخير" فإن الكتابة تتوقف على رضا الآخر، وإن كان تصرفاً في خالص حقه لمكان ضرر شريكه،

فيتخير بين الإمضاء، والفسخ. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" متصل بقوله: إلا أن يكون الموكل مريضاً، أو غائباً، والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى

بالمستثنى منه. (نتائج الأفكار)

(١٢) أما المريض فلعجزه بالمرض، وأما المسافر فلغيته.

(١٣) واجب.

(١٤) أى فيما إذا كان الموكل مريضاً، أو مسافراً. (نت)

(١٥) الإمام.

(١٦) صفة كاشفة للمخدرة. (نتائج)

لحياءها، فيلزم توكيلها، قال^(١): هذا شيء استحسنة المتأخرون^(٢).

قال^(٣): ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف^(٤)، ويلزمه الأحكام^(٥)؛ لأن الوكيل^(٦) يملك التصرف من جهة الموكل، فلا بد من أن يكون الموكل مالكا لملكه من غيره. ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد^(٧)، ويقصده^(٨)؛ لأنه^(٩) يقوم مقام الموكل في العبارة، فيشترط أن يكون^(١٠) من أهل العبارة^(١١) حتى لو كان^(١٢) صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً^(١٣).

وإذا وكل الحر العاقل البالغ، أو المأذون^(١٤) مثلها جاز^(١٥)؛ لأن الموكل مالك

(١٧) أبو بكر أحمد بن علي الجصاص. (عيني)

(١) قوله: "قال [أى المصنف. ع]" قال الإنزاري أى أبو بكر الرازي، وقال الأكملى أى المصنف: وشيخى

العلامة قال: مثل قول الإنزاري، وهو الظاهر. (عيني)

(٢) قوله: "استحسنة المتأخرون [وعليه الفتوى. ك]"، وأما فى الأصل فإنه لا فرق عند أبى حنيفة بين الرجل

والمرأة المخدرة وغيرها البكر والثيب فى عدم جواز الوكالة إلا بالعدرين المذكورين، وعندهما كذلك فى جوازها، وقال

ابن أبى ليلى: تقبل من البكر دون الثيب. (٤)

(٣) أى القدورى. (نتائج)

(٤) قوله: "ممن يملك التصرف" أى جنس التصرف، وهذا احتراز عن الصبى والمجنون. (عيني)

(٥) قوله: "يلزمه الأحكام" يحتمل أحكام ذلك التصرف، وجنس الأحكام، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل

فإنه لا يملك ذلك التصرف دون التوكيل به، لأنه لم يلزمه الأحكام حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع، ولا الوكيل بالبيع

الثمن، وعلى هذا يكون فى الكلام شرطان. والثانى احتراز عن الصبى والمجنون، فىكون ملك التصرف ولزوم الأحكام

شرطاً واحداً، قال صاحب "العناية": وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح، والأحكام لا تلزمه. (مل)

قوله: "ويلزمه" لأن المطلوب من الأسباب أحكامها، فإن كان ممن لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبى

المحجور والعهد المحجور. (ك)

(٦) أى من حيث هو وكيل.

(٧) قوله: "ممن يعقل العقد" بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب والشراء جالب، ويعرف الغبن اليسير من الغبن

الفاحش، كذا ذكر فى مأذون "الذخيرة"، وفى أكثر المعترات. (نتائج)

(٨) بأن لا يكون هازلاً بل يقصد مباشرة السبب للحكم.

(٩) الوكيل.

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "من أهل العبارة" وأهلية العبارة تكون بالعقل، لأن المراد بالكلام ما يكون له صورة ومعنى، فكل

محدث يكون موجوداً له صورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يؤخذ إلا بالعقل والتمييز. (ك)

(١٢) الوكيل.

(١٣) إذ لا يتعلق بقولهما حكم.

(١٤) قوله: "أو المأذون" وإنما أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبى الذى يعقل البيع والشراء إذا كان مأذوناً له فى

التجارة، لأن توكيل الصبى المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته، بخلاف ما إذا كان الصبى محجوراً حيث لا يجوز له أن

يوكل غيره. (عيني)

للتصرف، والوكيل من أهل العبارة.

وإن وكل^(١) صبيًا محجورًا يعقل البيع، والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز، ولا يتعلق بهما الحقوق^(٢)، وتتعلق^(٣) بموكلهما؛ لأن الصبي من أهل العبارة^(٤)، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه^(٥) مالك له^(٦)، وإنما لا يملكه^(٧) في حق المولى^(٨)، والتوكيل ليس تصرفًا في حقه^(٩)، إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة^(١٠)، أما الصبي لقصور أهليته^(١١)، والعبد لحق سيده^(١٢)، فتلزم الموكل^(١٣). وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون^(١٤)، أو محجور له^(١٥) خيار الفسخ، لأنه دخل في العقد على ظن أن حقوقه^(١٦) تتعلق بالعاقد، فإذا ظهر خلافه^(١٧) يتخير كما إذا عثر^(١٨) على عيب^(١٩).

(١٥) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بالطريق الأولى. (٤)

(١) الحر العاقل البالغ أو المأذون.

(٢) كالقاضي وأمينه. (ك)

(٣) الحقوق.

(٤) قوله: "لأن الصبي إلخ" يعلم من هذا التعليل أن العبد إذا أعتق لزمه أيضًا العهدة، لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال، والصبي إذا بلغ لم يلزمه، لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن قوله ملزمًا في حق نفسه في ذلك الوقت، فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ. (٤)

(٥) ولهذا لو أقر بالمال لزمه بعد الحرية، وصح إقراره بالحدود والقصاص. (ك)

(٦) التصرف.

(٧) التصرف.

(٨) دفعًا للضرر.

(٩) قوله: "ليس تصرفًا في حقه" أى في حق المولى، إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته، والعبد يبقى على أصل الحرية في ذلك، لأن صحة العبارة بكونه آدميًا. (عيني)

(١٠) قوله: "إلا أنه لا يصح منهما إلخ" جواب إشكال هو أنه يقال: إنهما لو كانا من أهل التصرف فينبغي أن يصح منهما التزام العهدة، فأجاب بقوله: "إلا أنه إلخ". (عيني)

(١١) لعدم البلوغ.

(١٢) فلا يلزم الضرر به.

(١٣) قوله: "فتلزم [الحقوق] الموكل" لأنه لما تعذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس إليهما، وهو من انتفع بهذا التصرف وهو الموكل. (عيني)

(١٤) قوله: "أو مجنون [المراد به من يجن ويفيق. ح] قيل: المراد بالمجنون الذي يعقل البيع والشراء، حتى يصح الإنباء، ويكون بمنزلة الصبي المحجور، وقيل: على حاشية نسخة المصنف محجور مقام قوله: مجنون، وفي "الكافي" للعلامة النسفي: وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع، ثم علم أنه صبي محجور، أو عبد محجور جاز له الفسخ، فالظاهر أن قوله: مجنون تصحيف. (ك)

(١٥) المشتري.

قال^(١): والعقد الذي يعقده الوكلاء^(٢) على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه^(٣) كالبيع^(٤) والإجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل.

وقال الشافعي: تتعلق بالموكل، لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم، وهو الملك يتعلق بالموكل، فكذا توابعه، وصار كالرسول^(٥) والوكيل^(٦) في النكاح.

ولنا: أن الوكيل هو العاقد حقيقة^(٧)، لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة عبارته^(٨) لكونه آدمياً^(٩)، وكذا حكماً^(١٠)، لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيراً عنه^(١١) لما استغنى عن ذلك^(١٢) كالرسول^(١٣)، وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق، فيتعلق حقوق العقد به، ولهذا^(١٤) قال في الكتاب^(١٥):

ويسلم المبيع^(١٦)، ويقبض الثمن، ويطالب بالثمن إذا اشترى، ويقبض المبيع ويخاصم

(١٦) العقد.

(١٧) الظن.

(١٨) اطلم المشتري.

(١٩) فله الخيار لعدم الرضا.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) فى العرف.

(٣) أى لا يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل. (ك)

(٤) قوله: "كالبيع" فإنه يقول: بعث هذا الشيء منك، ولا يقول: بعث منك من قبل فلان، وكذا غيره. (مجمع الأنهر)

(٥) هو: أن يقول الرجل لآخر: كن رسولا عنى فى بيع عبدى. (ك)

(٦) فإن حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل. (عينى)

(٧) أى من حيث الحقيقة.

(٨) قوله: "وصحة الخ" أى صحة عبارته، لا لكونه وكيلاً بل لكونه آدمياً عاقلاً، فثبت أن مباشرة العقد بالولاية الأصلية الثابتة إلا أنه كان لا ينفذ تصرفه بهذه الولاية فى محل هو مملوك للغير إلا برضا المالك، والتوكيل لتنفيذ حكم التصرف فى المحل لا لإثبات الولاية، وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم التصرف، فجعلناه ثابتاً فى حق الحكم، وراعينا الأصل فى حق الحقوق. (ك)

(٩) لأهلية الإيجاب، والاستيجاب. (٤)

(١٠) أى من حيث الحكم.

(١١) أى الموكل.

(١٢) أى إضافة العقد إليه.

(١٣) قوله: "كالرسول" فإنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى المرسل.

(١٤) أى لكونه أصيلاً فى الحقوق.

(١٥) أى القدورى فى "المختصر". (٤)

(١٦) إذا كان وكيلاً بالبيع.

فى العيب^(١)، ويخاصم فيه^(٢)؛ لأن كل ذلك من الحقوق^(٣)، والمملك يثبت للموكل^(٤) خلافة عنه^(٥)؛ اعتباراً للتوكيل السابق كالعبد يتهب^(٦) ويصطاد^(٧)، ويحتطب^(٨) هو الصحيح^(٩)، قال^(١٠): وفى مسألة العيب تفصيل^(١١) نذكره إن شاء الله تعالى. قال^(١٢): وكل عقد^(١٣) يضيفه^(١٤) إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكييل الزوج بالمهر، ولا يلزم وكييل المرأة تسليمها؛ لأن الوكيل فيها^(١٥) سفير محض^(١٦)، ألا ترى أنه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو أضافه^(١٧) إلى نفسه كان النكاح له، فصار^(١٨) كالرسول^(١٩)، وهذا^(٢٠) لأن الحكم فيها^(٢١) لا يقبل الفصل عن السبب^(٢٢)،

(١) إذا باع.

(٢) إذا اشترى.

(٣) أى حقوق العقد.

(٤) قوله: "والمملك إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: كما يثبت للملك للموكل ينبغى أن يثبت الحقوق له كما قاله الشافعى. (عنى)

(٥) قوله: "خلافة عنه [لا أصالة، كما زعم الشافعى]" أى ابتداء بدلا عنه لا أن يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل. (ك)

(٦) قوله: "كالعبد يتهب [هبه قبول مى كند]" أى يقبل الهبة والصدقة، ويصطاد، فإن مولاة يقوم مقامه فى المملك بذلك السبب. (نهاية)

(٧) الصيد.

(٨) احتطاب: هيمه جمع كردن.

(٩) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن طريقة الكرخى وهى أن المملك يثبت للوكيل لتتحقق السبب من جهته، ثم ينتقل إلى الموكل، وإنما كان الأول هو الصحيح، لأن المشتري إذا كان منكوحه الوكيل أو قريبه لا يفسد النكاح، ولا يعتق عليه، ولو ملك المشتري لكان ذلك. (٤)

(١٠) أى المصنف.

(١١) قوله: "تفصيل" وهو ما ذكره فى باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله: وإذا اشترى الوكيل، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه. (ك)

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) فى عرف أهل المعاملة. (مجمع الأنهر)

(١٤) أى لا يستغنى فيه عن الإضافة إلى الموكل.

(١٥) أى فى هذه العقود.

(١٦) قوله: "سفير محض" والسفير هو الذى يحكى قول الغير، ومن حكى حكاية الغير لا يلزمه أحكام قول الغير، كما إذا حكى كذب الغير لا يكون قاذفاً. (ك)

(١٧) العقد.

(١٨) الوكيل فى النكاح وأمثاله. (ك)

لأنه إسقاط^(١)، فيتلاشى^(٢)، فلا يتصور^(٣) صدوره^(٤) من شخص، وثبوت حكمه لغيره، فكان سفيراً، والضرب الثاني من أخواته العتق على مال^(٥)، والكتابة والصلح عن الإنكار^(٦). فأما الصلح^(٧) الذي هو جار مجزى البيع فهو من الضرب الأول^(٨)، والوكيل بالهبة^(٩) والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً؛ لأن الحكم فيها^(١٠) يثبت بالقبض، وأنه يلاقى محلاً مملوكاً للغير، فلا يجعل أصيلاً، وكذا^(١١) إذا كان الوكيل من جانب الملتمس^(١٢)، وكذا الشركة^(١٣)

(١٩) في باب البيع. (ك)

(٢٠) أى كونه كالرسول.

(٢١) أى في هذه العقود وهى النكاح وأمثاله.

(٢٢) قوله: "لا يقبل الفصل عن السبب [وهو العقد]" حتى لم يدخل فيها خيار الشرط، لأن الخيار يدخل على الحكم، فيوجب تراخيه عن السبب، وهذه العقود لا تحتل تراخي الحكم. (ك)

(١) قوله: "لأنه إسقاط" أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح، لأنها تسقط مالكتها بعقد النكاح، ولأن الأصل فى الإيضاع الحرمة، فكان النكاح إسقاطاً للحرمة نظراً إلى الأصل. (ك)

(٢) أى يسقط.

(٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" لأنه لا يجوز أن يسقط فى حق الوكيل، ثم يسقط ثانياً فى حق الموكل بالانتقال، لأن الساقط لا يعود إلا بسبب -حديد، ولم يوجد، فجعلناه سفيراً بخلاف البيع، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب، كما فى البيع بشرط الخيار، فجار أن يصدر السبب من شخص أصالة، ويقع الحكم لغيره. (ك)

(٤) على سبيل الأصالة. (ك)

(٥) صورته أن يوكل أحداً على أن يعتق عبده على مال. (عنى)

(٦) قوله: "والصلح عن الإنكار" جعل من هذه القبيل، لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة فى حق المدعى عليه. (عنى)

(٧) أى الصلح عن الإقرار.

(٨) لأنه مبادلة مال بمال، فكان كالبيع يتعلق حقوقه بالوكيل. (٤)

(٩) قوله: "والوكيل بالهبة" يعنى إذا وكل رجلاً بأن يهب عبده لفلان، والتصدق، أى وكل بأن يتصدق بماله، والإعارة بأن وكله أن يعير فلاناً، والإيداع بأن وكله أن يودع متاعه، والرهن بأن وكله أن يرهن متاعه، والإقراض، بأن وكله أن يقرض فلاناً. (عنى)

(١٠) قوله: "لأن الحكم فيها" أى فى هذه العقود المذكورة، يثبت بالقبض أى بقبض الموهوب له والمتصدق عليه، ونظائرهما، وأنه أى وأن القبض يلاقى محلاً مملوكاً للغير، أى لغير الوكيل فالحكم أيضاً يلاقى محلاً مملوكاً لغير الوكيل، فلا يجعل، أى الوكيل أصيلاً، لكونه أجنبياً عن ذلك المحل، بخلاف التصرفات التى تقوم بالقول، ولا تتوقف على القبض كالبيع وغيره، فإن الوكيل يجب أن يكون فيها أصيلاً، لأنه أصيل فى التكلم، وكلامه مملوك له. (نت)

(١١) أى يكون سفيراً.

(١٢) قوله: "من جانب الملتمس" كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاج فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل. (ك)

(١٣) قوله: "وكذا الشركة [أى إذا وكل بعقد الشركة، أو المضاربة كانت الحقوق راجعة إلى الموكل لا إضافة.

والمضاربة إلا^(١) أن التوكيل بالاستقراض باطل^(٢)، حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه^(٣).

قال^(٤): وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن^(٥)، فله أن يمنعه إياه، لأنه^(٦) أجنبي عن العقد، وحقوقه لما أن الحقوق^(٧) إلى العاقد.

فإن دفعه^(٨) إليه^(٩) جاز^(١٠)، ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً؛ لأن نفس الثمن المقبوض حقه^(١١)، وقد وصل إليه، ولا فائدة في الأخذ منه^(١٢)، ثم الدفع إليه^(١٣)، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة، ولو كان له عليهما^(١٤) دين يقع المقاصة^(١٥) بدين الموكل أيضاً، دون دين الوكيل، وبدين الوكيل^(١٦) إذا كان

[٤] "أى الوكيل فى الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه. (ك)

(١) استثناء من قوله: كذا إذا كان الوكيل من جانب الخ.

(٢) قوله: "التوكيل بالاستقراض باطل" لا الرسالة. (درر) والتوكيل بقبض القرض صحيح. (الدر المختار)
قوله: "باطل" لأن المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته، ولو قال: بع شيئاً من مالك على أن يكون ثمنه لى، لا يصح، فكذا إذا قال: التزم العشرة فى ذمتك على أن عوضه لى، فكان التوكيل بالاستقراض باطلاً، وما استقرض الوكيل له أن يمنعه من الأمر، ولو هلك هلك من ماله. (ك)

(٣) فإنه يصح، بأن يقول: أرسلنى فلان إليك يستقرض منك، فثبت الملك للمستقرض.

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) للمستقرض.

(٦) الموكل.

(٧) راجعة.

(٨) الثمن.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "جاز" واعلم أن هذا فى غير الصرف، وأما فى الصرف فقبض الموكل لا يصح، لأن جواز البيع فى الصرف بالقبض، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز، فكذا إذا ثبت له حق القبض، وقبض الموكل. (نت)

(١١) الموكل.

(١٢) الموكل.

(١٣) أى إلى الوكيل.

(١٤) أى على الوكيل والموكل.

(١٥) قوله: "يقع المقاصة الخ" وإنما كان هذا لأن المقاصة إبراء بعوض، فيعتبر بالإبراء بغير عوض، ولو أبرأ المشتري عن الثمن بغير عوض، وخرج الكلامان معاً فالمشتري يبرأ ببراءة الأمر، ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الأمر على المأمور بشيء، فكذلك ههنا. (ك)

(١٦) قوله: "وبدين الوكيل الخ" ولما استشعر أن يقال: المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقاً للموكل دون الوكيل فإنها تقع بدين الوكيل إذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده، أجاب بقوله: وبدين الوكيل الخ. (نت)

وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد، لما أنه يملك الإبراء^(١) عنه^(٢) عندهما، ولكنه^(٣) يضمنه^(٤) للموكل في الفصلين^(٥).

باب^(٦) الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء^(٧)

قال^(٨): "ومن وكل رجلاً بشراء شيء^(٩)، فلا بد من تسمية جنسه^(١٠)، وصفته^(١١) أو جنسه ومبلغ ثمنه^(١٢)؛ ليصير الفعل الموكل به معلوماً^(١٣)، فيمكنه الائتثار^(١٤)، إلا^(١٥) أن يوكله وكالة عامة^(١٦)، فيقول: ابتع لى ما رأيت؛ لأنه فوض

(١) قوله: "لما أنه [الوكيل] يملك الإبراء" لأن الإبراء إسقاط حق القبض والقبض خالص حق الوكيل، حتى لا يمنع الموكل عن ذلك. (ك)

(٢) أى عن الثمن.

(٣) الوكيل.

(٤) الثمن.

(٥) قوله: "في الفصلين" أى فصلى المقاصة والإبراء، ولا يجوز للوكيل الإبراء عن الثمن فى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى لأنه تصرف فى ملك الغير إذ الثمن ملك الموكل. (كفاية)

(٦) قوله: "باب" قدم من أبواب الوكالة ما هو أكثر وقوعاً، وأمس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء. (٤)

(٧) قوله: "فصل فى الشراء" قدم فصل الشراء على فصل البيع؛ لكونه أكثر وقوعاً وأمس حاجة، فإن أكثر الناس يوكل الآخر بالشراء فى مآكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الأمور المهمة التى قلما يخلو الإنسان فى أوقاته عن الاحتياج إليها، ولا يقدر على أن يتولى شراؤها بخلاف التوكيل فى باب البيع، كما لا يخفى. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى غير معين لأن فى المعين لا يحتاج إلى تسميته.

(١٠) قوله: "فلا بد من تسمية جنسه [كالجارية والعبد] إلخ" المراد بالجنس ههنا غير ما اصطلاح عليه أهل المنطق، فإن الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة فى جواب ما هو كالحيوآن والنوع، هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة فى جواب ما هو كالإنسان مثلاً، والصنف هو النوع المقيد بقدر عرسى كالهندى والتركى، والمراد ههنا بالجنس ما يشمل أصنافاً وهو النوع عنى اصطلاح أولئك، وبالنوع الصنف. (ح)

قوله: "تسمية" الأصل أن الوكالة إن جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت، وإن كانت فاحشة، وهى جهالة الجنس كدابة بطلت، وإن كانت متوسطة كعبد، فإن بين الثمن والصفة كتركى صحت، وإلا لا. (در مختار)

(١١) أى نوعه كالتركى والحينى. (ك)

(١٢) مثل أن يقول: عبداً بخمس مائة درهم. (٤)

(١٣) قوله: "ليصير الفعل إلخ" فإن ذكر الجنس مجرداً عن الوصف أو الثمن غير مفيد للمعرفة، فلا يتمكن الوكيل عن الائتثار بما أمر به، واعتراض على قوله: ليصير الفعل الموكل به معلوماً، بأن الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء.

والجواب أن الفعل للموكل به فى هذا القسم ليس هو الشراء، بل هو نوع من جنسه إذا لم يعلم النوع لم يعلم الفعل المضاف إليه بخلاف القسم الآخر وهو الوكيل العام. (٤)

(١٤) الائتثار لأمر الموكل.

الأمر إلى رأيه^(١)، فأى شىء يشتريه يكون ممتثلاً^(٢).
والأصل فيه^(٣) أن الجهالة اليسيرة^(٤) تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف
استحساناً^(٥)، لأن مبنى التوكيل على التوسعة؛ لأنه^(٦) استعانة، وفي اعتبار هذا
الشرط^(٧) بعض الحرج، وهو مدفوع^(٨)، ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً^(٩)، أو ما
هو^(١٠) في معنى الأجناس^(١١) لا يصح التوكيل وإن^(١٢) بين الثمن، لأن بذلك الثمن
يوجد من كل جنس، فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة^(١٣).
وإن كان جنساً يجمع أنواعاً^(١٤) لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأنه بتقدير
الثمن يصير النوع معلوماً^(١٥)، وبذكر النوع تقل الجهالة، فلا يمنع^(١٦) الامتثال، مثاله:
إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح؛ لأنه يشمل أنواعاً، فإن بين النوع كالتركي، أو
الحبشى، أو الهندي، أو السندي، أو المولد^(١٧) جاز^(١٨)، وكذا^(١٩) إذا بين الثمن لما

(١٥) استثناء من قوله: فلا بد إلخ.

(١٦) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس.

(١) الوكيل.

(٢) لأمر الموكل ويقم عن الموكل.

(٣) أى في باب الوكالة.

(٤) والجهالة الفاحشة هي جهالة الجنس بأن ذكر لفظاً يدل على أجناس مختلفة.

(٥) قوله: "استحساناً" والقياس يأباه لأن الوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بأن يجعل الوكيل

كالمشتري لنفسه، ثم كالبائعين من الموكل، وفي ذلك الجهالة تنم الصحة، فكذا فيما اعتبر به. (٦)

(٦) الوكالة.

(٧) أى عدم الجهالة اليسيرة.

(٨) شرعاً.

(٩) كالدابة أو الثوب. (ك)

(١٠) في الاختلاف الفاحش.

(١١) كالدار والريق. (ك)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) فلا يقدر الوكيل على الامتثال.

(١٤) كالعبد والأمة.

(١٥) قوله: "يصير النوع معلوماً" قال بعض المشايخ: إن كان يوجد بما سمي من الثمن من كل نوع لا يصح

بيان الثمن ما لم يبين النوع، كذا في "الذخيرة". (ك)

(١٦) الجهالة.

(١٧) قوله: "أو المولد" مولد شخصي عجمي كه در عرب پرورش یافته باشد، وشخصى دو تخمه چناچه پدرش

از هند، ومادرش از حبش باشد. (غياث) في "المغرب": المولدة التي ولدت في بلاد الإسلام. (ك)

ذكرناه^(١)، ولو بين النوع أو الثمن، ولم يبين صفة الجودة والرداءة والسطة^(٢) جاز، لأنه جهالة مستدركة^(٣)، ومراده من الصفة المذكورة^(٤) في الكتاب^(٥) النوع.

وفي "الجامع الصغير"^(٦): ومن قال لآخر: اشتر لي ثوباً، أو دابةً، أو داراً، فالوكالة باطلة^(٧) للجهالة الفاحشة، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض. وفي العرف يطلق على الخيل والحمار، والبغل، فقد جمع أجناساً، وكذا الثوب؛ لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء^(٨)، ولهذا^(٩) لا يصح تسميته مهراً، وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس^(١٠)، لأنها^(١١) تختلف اختلافاً فاحشاً^(١٢) باختلاف الأغراض والجيران، والمرافق^(١٣)، والمحال، والبلدان، فيتعذر الامتثال^(١٤). قال^(١٥): وإن سمي ثمن الدار، ووصف جنس الدار، والثوب^(١٦) جاز^(١٧)، معناه نوعه^(١٨)، وكذا^(١٩) إذا سمي نوع الدابة بأن قال: حماراً^(٢٠)

(١٨) التوكيل.

(١٩) جاز.

(١) من أن بتقدير الثمن بهير النوع معلوماً. (ك)

-- (٢) قوله: "والسطة" هو من الوسط كالعدة من الوعد في أن التاء عوض في آخرها من الواو الساقطة من أولها في المصدر، والفعل من حد ضرب. (ن)

(٣) أي يمكن دركها بالنظر إلى حال الموكل. (نهاية)

(٤) قوله: "ومراده [أي القديري] إلخ" ليوافق كلامه القاعدة الشرعية، وما صرح به في كتب سائر المشايخ. (نت)

(٥) المختصر.

(٦) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" فائدة ذكر وضع "الجامع الصغير" بيان اشتغال لفظه على أجناس مختلفة. (ع)

(٧) قوله: "باطلة" وإن بين الثمن، وقد ذكرناه، ولما بطلت الوكالة كان الشراء واقعاً على الوكيل، وبه صرح في نسخ "الجامع الصغير". (ن)

(٨) قوله: "من الأطلس إلى الكساء" أي من الأرفح من الثياب إلى أدونها. (عيني)

(٩) أي للجهالة الفاحشة وكونه متناولاً للملبوس من الأطلس إلى الكساء.

(١٠) قوله: "تشمل ما هو في معنى إلخ" يعني أن الدار وإن لم تجمع أجناساً مختلفة حقيقة إلا أنها تجمع ما هو في معنى الأجناس. (نت)

(١١) الدار.

(١٢) قوله: "اختلافاً فاحشاً" لاختلافها بالطول والعرض في السكة والبيوت والمرافق، وقرب الماء وبعده، والجيران وغيرها، وكانت الدار لاختلافها فيما ذكر بمنزلة ما يشمل أجناساً. (مل)

(١٣) المنافع.

(١٤) لأمر الأمر بشراء الدار مطلقاً.

(١٥) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) أي سمي ثمنه ووصف جنسه.

ونحوه^(١). قال^(٢): ومن دفع إلى آخر^(٣) دراهم^(٤)، وقال: اشترى بها طعاماً فهو على الخنطة ودقيقها استحساناً، والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في اليمين^(٥) على الأكل، إذ الطعام اسم لما يطعم. وجه الاستحسان أن العرف أملك^(٦)، وهو على ما ذكرناه^(٧)، إذا ذكر^(٨) مقروراً بالبيع والشراء، ولا عرف في الأكل^(٩)، فبقى على الوضع. وقيل^(١٠): إن كثرت الدراهم فعلى الخنطة^(١١)، وإن قلت فعلى الخبز، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق.

(١٧) لأن التفاحش يرتفع بذكر الوصف والتمن.

(١٨) قوله: "معناه نوعه" تقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية "المبسوط"، فقال: فيه وإن وكله بأن يشتري له داراً، ولم يسم ثمناً لم يجز ذلك، ثم قال: وإن سمي الثمن جاز، لأن تسمية الثمن تصير معلومة عادة، وإن بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة، والمتأخرون من مشايخنا يقولون: في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة. (ن)

(١٩) قوله: "وكذا" أي يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يسم الثمن لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية، وإنما بقيت الجهالة في الوصف، فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن. فإن قيل: لا كذلك، فالحمير أنواع منها ما يصلح لركوب العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل عليه، قلنا: هذا اختلاف الوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل حيث قالوا: إن القاضى إذا أمر إنساناً أن يشتري له حماراً ينصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز، وقد صح أن النبي عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الأضحية. (ك)

(٢٠) قوله: "حماراً" هذا مخالف لما قال في باب المهر من أن الحمار جنس، كذا في "نتائج الأفكار".

(١) كالغزل.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "ومن دفع إلى آخر" قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم، وقال: اشترى حنطة أو شعيراً لم يجز لأنه لم يبين المقدار، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس. (عيني)

(٤) سواء كانت الدراهم قليلة أو كثيرة. (نت)

(٥) إذا حلف لا يأكل طعاماً فأكل فأكهة يحنث. (عيني)

(٦) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس. (٤)

(٧) قوله: "وهو على ما ذكرناه" أي على الخنطة ودقيقها، قيل: هذا في عرف أهل الكوفة، فإن سوق الخنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام، فأما في عرف غير أهل الكوفة فينصرف إلى شراء كل مطعوم، وبعض مشايخ ماوآء النهر قالوا: إن الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ والمشوى، ونحوه، فيصرف إليه التوكيل دون الخنطة والدقيق والخبز، قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، كذا في "الذخيرة". (ك)

(٨) الطعام.

(٩) أي في اليمين بالأكل.

(١٠) القائل الفقيه أبو جعفر.

(١١) قوله: "فعلى الخنطة" إلا أن يكون ثمة وليمة، فعلى الخبز وإن كثرت، والقلة مثل درهم إلى ثلاثة والوسط

مثل أربعة إلى خمسة أو سبعة. (كفاية)

قال^(١): وإذا اشترى الوكيل، وقبض، ثم اطلع على عيب فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده؛ لأنه^(٢) من حقوق العقد، وهي^(٣) كلها إليه، فإن سلمه^(٤) إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه^(٥)؛ لأنه انتهى حكم الوكالة، ولأن فيه^(٦) إبطال يده الحقيقية^(٧)، فلا يتمكن منه^(٨) إلا بإذنه^(٩)، ولهذا^(١٠) كان خصماً لمن يدعى في المشتري دعوى كالتنبيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده.

قال^(١١): ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم؛ لأنه عقد يملكه^(١٢) بنفسه فيملك التوكيل به دفعا للحاجة على ما مر^(١٣)، ومراده التوكيل بالإسلام^(١٤) دون قبول السلم؛ لأن ذلك لا يجوز^(١٥)، فإن الوكيل يبيع طعاماً^(١٦) في ذمته^(١٧) على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز.

فإن^(١٨) فارق الوكيل^(١٩) صاحبه^(٢٠) قبل القبض^(٢١) بطل العقد^(٢٢)؛ لوجود

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) الرد بالعيب.

(٣) حقوق.

(٤) المبيع.

(٥) الموكل.

(٦) الرد.

(٧) الموكل.

(٨) الإبطال.

(٩) الموكل.

(١٠) قوله: "ولهذا" أى لما ذكرنا من الأدلة على جواز الرد فى صورة وعدم جوازه فى أخرى. (نت)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) الموكل.

(١٣) فى أول كتاب الوكالة. (نهاية)

(١٤) قوله: "التوكيل بالإسلام" أى يصح التوكيل بالإسلام من رب السلم، ولا يصح من المسلم إليه، فيقول: أسلم فى كذا، أى اشترى بالسلم، وإنما لم يصح توكيل المسلم إليه لأنه لو صح التوكيل يجب أن يكون بيع الوكيل طعاماً فى ذمة نفسه على أن يكون الثمن لموكله، وهو المسلم إليه، وذلك لا يجوز، فإن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن الثمن لغيره لا يجوز، وكذلك فى الديون. (ك)

(١٥) قوله: "لأن ذلك لا يجوز" أى باطل، وإذا بطل التوكيل كان الوكيل عاملاً لنفسه، فيجب الطعام فى ذمته،

ورأس المال مملوك له. (نهاية)

(١٦) قوله: "فإن الوكيل إلخ" على أن القياس أن لا يملك المسلم إليه قبول عقد السلم لأنه يبيع المعلوم إلا أنه جاز

ذلك من المسلم إليه رخصة له، ودفعاً لحاجة المفاليس، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص، فلم يجز توكيله غيره. (ب)

(١٧) فإن حقوق العقد راجعة إليه.

الافتراق من غير قبض^(١)، ولا يعتبر مفارقة الموكل^(٢)؛ لأنه ليس بعاقده، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل، فيصح قبضه^(٣) وإن^(٤) كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، بخلاف الرسولين^(٥)؛ لأن الرسالة في العقد^(٦) لا في القبض، ويتنقل كلامه^(٧) إلى المرسل، فصار قبض الرسول قبض غير العاقد، فلم يصح^(٨). قال^(٩): وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله، وقبض المبيع فله أن يرجع به^(١٠) على الموكل^(١١)؛ لأنه انعقدت بينهما^(١٢) مبادلة حكيمية^(١٣)، ولهذا^(١٤) إذا اختلفا^(١٥) في الثمن^(١٦) يتحالفان، ويرد الموكل^(١٧) بالعيب على الوكيل^(١٨)، وقد

(١٨) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(١٩) أى فى الصرف والسلم. (ك)

(٢٠) الذى عقد معه.

(٢١) أى قبل أن يقبض بدل الصرف، وأن يقبض المسلم إليه رأس المال.

(٢٢) قوله: "بطل العقد" هذا إذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضراً فى مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه، فلا يعتبر مفارقة الوكيل. (نهاية)

(١) والقبض فى المجلس شرط [فإن قبض المسلم إليه رأس المال شرط بالنص]. (عيني)

(٢) أى قبل القبض.

(٣) قوله: "فيصح قبضه" أى يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالبالغ والعبد المأذون، أو لم يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه، وهذا دفع سؤال، وهو أن الصبي المحجور والعبد المحجور إذا توكلتا من آخر يصح، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسليم بل يرجع على موكلهما، فكيف يتعلق الحقوق ههنا بالصبي المحجور، والعبد المحجور، حتى بطل الصرف والسلم بمفارقتهما قبل قبض البدل دون مفارقة موكلهما. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) قوله: "بخلاف الرسولين [أى الرسول فى باب الصرف والسلم]" مرتبط بقوله: فيصح قبضه، أى يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول، فإنه لا يصح. (عيني)

(٦) وقد حصلت.

(٧) الرسول.

(٨) قبض الرسول.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) الثمن.

(١١) أى ليس هذا تبرعاً.

(١٢) أى بين الوكيل والموكل.

(١٣) أى الوكيل من الموكل كالبائع من المشتري.

(١٤) أى للمبادلة الحكيمية.

(١٥) قوله: "إذا اختلفا إلخ" إذا اختلف المتبايعان، فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه، فإن لم يكن لأحدهما بيينة، ولم يرض أحدهما بما يقول به الآخر حلف كل واحد منهما، فإن نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر، وإن

سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه^(١)، ولأن الحقوق لما كانت إليه^(٢)، وقد علمه الموكل، فيكون^(٣) راضياً بدفعه^(٤) من ماله.

فإن هلك المبيع في يده^(٥) قبل حبسه^(٦) هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن^(٧)؛ لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضاً بيده، وله أن يحبسه^(٨) حتى يستوفى الثمن؛ لما بينا، أنه بمنزلة البائع من الموكل^(٩).

وقال زفر: ليس له ذلك^(١٠) لأن الموكل صار قابضاً بيده، فكأنه سلمه^(١١) إليه، فيسقط حق الحبس. قلنا^(١٢): هذا مما لا يمكن التحرز عنه، فلا يكون^(١٣) راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن^(١٤) قبضه^(١٥) موقوف، فيقع^(١٦) للموكل إن لم يحبسه، ولنفسه

حلفاً فسخ القاضى البيع بينهما. (مل)

(١٦) المقدار.

(١٧) المبيع.

(١٨) بالشراء.

(١) أى على الموكل.

(٢) قوله: "ولأن الحقوق إلخ" تحقيقه أن التبرع إنما يتحقق إذا كان الدفع بغير إذن الموكل، والإذن ثابت ههنا دلالة، لأن الموكل لما علم أن الحقوق ترجع إلى الوكيل، ومن جعلها الدفع علم أنه مطالب بالدفع بقبض المبيع، فكان راضياً بذلك أمراً به دلالة. (ع)

(٣) الموكل.

(٤) الثمن.

(٥) الوكيل.

(٦) للثمن.

(٧) فلا يبطل الرجوع. (ع).

(٨) قوله: "يحبسه" أى سراء كان الوكيل دفع الثمن إلى البائع، أو لم يدفع، كذا في "المبسوط". (ك)

(٩) وللبياع حق الحبس. (ع)

(١٠) حق الحبس.

(١١) قوله: "سلمه" أى سلم الوكيل المشتري إلى الموكل، فسقط حق الحبس أيضاً، إذ لو وقع في يد الموكل حقيقة

لا يكون للوكيل حق الحبس، فكأنه إذا وقع في يده حكماً. (مل)

(١٢) قوله: "قلنا: هذا" يعنى قبض الوكيل على وجه يصير الموكل به قابضاً مما لا يمكن التحرز عنه للوكيل، وما لا

يمكن التحرز عنه يجعل عفواً، فكان في حكم العدم، فلم يكن دليل سقوط حقه في الحبس، لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يتحقق عنه الرضا في ما لا طريق له إلى التحرز عنه، وإنما جعل يد الوكيل يد الموكل حكماً في حكم هلاك المبيع، حتى هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن عنه لا في حق عدم ولاية الحبس له بالثمن. (ك)

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى لا نسلم أن الموكل صار قابضاً بل قبضه إلخ.

(١٥) الوكيل.

عند حبسه . فإن حبسه ^(١) فهلك ^(٢) كان مضموناً ^(٣) ضمان الرهن ^(٤) عند أبي يوسف ^(٥) ، وضمان البيع ^(٦) عند محمد ^(٧) ، وهو قول أبي حنيفة ، وضمان الغصب ^(٨) عند زفر ^(٩) ، لأنه ^(١٠) منع بغير حق ^(١١) . لهما أنه ^(١٢) بمنزلة البائع ^(١٣) منه ^(١٤) ، فكان حبسه لاستيفاء الثمن ، فيسقط ^(١٥) بهلاكه ^(١٦) .
ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء ^(١٧) بعد ^(١٨) أن لم يكن ^(١٩) ،

(١٦) القبض.

(١) أى الوكيل المبيع.

(٢) عند الوكيل.

(٣) قوله: " كان مضموناً إلخ " حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإلا رجع بالفضل على الموكل. (عيني)

(٤) قوله: " ضمان الرهن " فيعتبر الأقل من قيمته ومن الدين، وهو الثمن، فإذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة

المبيع عشرة رجع الوكيل على الموكل بخمسة. (٤)

(٥) فلا يرجع أحدهما على الآخر. (ك)

(٦) أى يسقط الثمن قليلاً كان أو كثيراً. (٤)

(٧) لم يذكر قول أبي حنيفة فى القدورى.

(٨) قوله: " وضمان الغصب " يعنى يجب مثله، أو قيمته بالغة ما بلغت، قال فى " العناية ": فلا يرجع الوكيل على

الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت قيمته أكثر، انتهى.

وقال الشارح تاج الشريعة: فيرجع الوكيل على الموكل إن كان ثمنه أكثر، ويرجع الموكل على الوكيل إن كانت

قيمه أكثر، انتهى، وهو المفهوم مما ذكر صدر الشريعة فى شرح الوقاية، وهو الظاهر عندى على قول زفر. (نتائج)

(٩) قوله: " عند زفر " فإن كان الثمن مساوياً للقيمة فلا اختلاف، وإن كان الثمن عشرة، والقيمة خمسة عشر،

فعند زفر يضمن خمسة عشر، لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، وعند الباقيين يضمن عشرة، وإن كان بالعكس

فعند زفر يضمن عشرة، ويطلب الخمسة من الموكل، وكذا عند أبي يوسف، لأن الرهن يضمن بالأقل من قيمته والدين،

وعند محمد يكون مضموناً بالثمن، وهو خمسة عشر ابن كمال. (رد المحتار)

(١٠) الحبس.

(١١) إذ ليس له حق الحبس.

(١٢) الوكيل.

(١٣) قوله: " بمنزلة البائع إلخ " واعترض بأنه لو كان كذلك لزم الضمان حبس أو لم يحبس، لأن المبيع مضمون

على البائع وإن لم يحبسه، وأجيب بأنه إذا حبس تعين أنه بالقبض كان عاملاً لنفسه، فيقوى جهة كونه بائعاً، فلزم

الضمان، أما إذا لم يحبس نقيضه لموكله، فأشبهه الرسول، فهلك عنده أمانة. (٤)

(١٤) الموكل.

(١٥) الثمن.

(١٦) المبيع.

(١٧) أى أنه يحبسه ليستوفى ما أدى عنه من الثمن. (ك)

(١٨) قوله: " بعد أن لم يكن " لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس وصار مضموناً بعد الحبس. (عيني)

(١٩) مضموناً. (ك)

وهو^(١) الرهن بعينه، بخلاف المبيع^(٢)، لأن البيع يفسخ بهلاكه^(٣)، وههنا لا يفسخ أصل العقد^(٤)، قلنا: يفسخ^(٥) في حق الموكل والوكيل، كما إذا رده الموكل بعيب^(٦)، ورضى الوكيل به.

قال^(٧): وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم، فاشتري عشرين رطلا

بدرهم من لحم يباع منه^(٨) عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه^(٩) عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة^(١٠)، وقالوا: يلزمه العشرون بدرهم، وذكر في بعض النسخ^(١١) قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد، لم يذكر الخلاف في الأصل^(١٢). لأبي يوسف أنه أمره^(١٣) بصرف الدرهم في اللحم، وظن أن سعره^(١٤) عشرة أرطال، فإذا اشترى به^(١٥) عشرين فقد زاده خيراً، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين.

(١) أى الحيس للاستيفاء حكم الرهن.

(٢) قوله: "بخلاف المبيع" هذا النفي قولهما، يعنى إن المشتري المحبوس ههنا ليس كالبيع، لأن البيع إلخ. (نتائج)

(٣) عند البائتم.

(٤) أى الذى بين البائتم والوكيل.

(٥) بيع.

(٦) قوله: "كما إذا رده إلخ" إذا وجد الوكل عيباً بالمشتري، فرده إلى الوكيل، ورضى الوكيل به، فإنه يلزم

الوكيل، ويفسخ العقد بينه وبين الموكل، وإن لم يفسخ بينه وبين بائعه. (نتائج)

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "من لحم يباع إلخ" أى كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم لتساوى قيمته درهماً قيد به لأنه إذا كان

عشرون رطلاً من لحم تساوى درهماً نقد الكل على الوكيل بالإجماع للمخالفة. (عينية)

(٩) قوله: "لزم الموكل إلخ" فإن قيل: ينبغى أن لا يلزم الأمر عشرة بنصف درهم عنده، لأن هذه العشرة تثبت

ضمناً للعشرين لا قصداً، وهو قد وكله بشراء عشرة قصداً، ومثل هذا لا يجوز على قوله: كما إذا قال لرجل طلق امرأتى

واحدة، فطلقها ثلاثاً لا تقع واحدة لثبوتها فى ضمن الثلث، والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما فى ضمنه

أيضاً تبعاً له. قلنا: ذلك مسلم فى الطلاق لأن المتضمن لم يثبت أصلاً لا من الموكل لعدم التوكيل به، ولا من الوكيل لعدم

شرطه، لأن المرأة امرأة للموكل لا امرأة الوكيل، وأما ههنا إذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل، لأن الشراء إذا

وجد نفاذاً لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما فى سائر الصور التى خالف الوكيل بالشراء، فلما ثبت التضمن وهو

العشرون ثبت ما فى ضمنه، وهو العشرة إلا أن الوكيل خالف الموكل حيث اشترى العشرة بنصف درهم، وهو مخالف

إلى خير، فلا تكون مخالفة، فينفذ على الموكل. (ك)

(١٠) أى نسخ مختصر اقدورى. (نت)

(١١) قوله: "فى الأصل" أى فى "المبسوط" فى آخر باب الوكالة بالبيع والشراء فقال فيه: لزم الأمر منها عشرة

بنصف درهم والباقى للمأمور. (٤)

(١٢) الوكيل.

(١٣) سعر - بالكسر -: أرخ. (من)

(١٤) الوكيل.

ولأبى حنيفة أنه أمره ^(١) بشراء عشرة ^(٢)، ولم يأمره بشراء الزيادة، فنفذ شراءها عليه ^(٣)، وشراء العشرة على الموكل ^(٤)، بخلاف ما استشهد به ^(٥)، لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل ^(٦)، فتكون ^(٧) له، بخلاف ما إذا اشترى ^(٨) ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير ^(٩) مشترياً لنفسه بالإجماع، لأن الأمر يتناول السمين ^(١٠)، وهذا مهزول ^(١١)، فلم يحصل مقصود الأمر.

قال ^(١٢): ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه ^(١٣)؛ لأنه ^(١٤) يؤدي إلى تعزير الأمر حيث اعتمد ^(١٥) عليه، ولأن فيه ^(١٦) عزل ^(١٧) نفسه، ولا يملكه

(١٥) الدرهم.

(١) الوكيل.

(٢) أي بشراء قدر مسمى. (ك)

(٣) الوكيل للمخالفة.

(٤) قوله: "على الموكل [لأنه أتى بالمأمور به]" هذا بخلاف ما إذا أمره أن يشتري له ثوباً هروياً بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي بعشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على الأمر عند أبى حنيفة، لأن اللحم من ذوات الأمثال في الصحيح، فلا تفاوت إذا بين عشرة للأمر، وبين عشرة للوكيل. بخلاف الثوب فإنه من ذوات القيم، فلا يثبت المساواة بين الثوبين إلا بالقيمة، والقيمة تختلف باختلاف المقومين، فلا يتعين حق الموكل في واحد منهما، وإلى هذا إشارة في التتمة في التعليل حيث قال: لأنى لا أدرى أيهما أعطيه بحصة من العشرة، لأن القيمة لا تعرف إلا بالحرز والظن. (ك)

(٥) جواب عن تمثيل أبى يوسف. (٤)

(٦) قوله: "بدل ملك إلخ" ورد بأن الدرهم ملك الموكل، فيكون الزيادة ملكه، فلا فرق بينهما حيثئذ، والجواب أن الزيادة ثمة ميدل منه لا بدل، فكان الفرق ظاهراً، والحاصل أن ذلك قياس المبيع على الثمن، وهو فاسد لوجود الفارق، وأصل ذلك أن الألف الزائد لا يفسد بطول المكث، بخلاف اللحم، ويجوز صرفها إلى حاجة أخرى بأخرة، وقد يتعذر ذلك في اللحم فيتلف. (٤)

(٧) الزيادة.

(٨) هذا متعلق بأصل المسألة. (نت)

(٩) الوكيل.

(١٠) أي اللحم السمين.

(١١) لاغر.

(١٢) أي القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فليس له [الوكيل] إلخ" سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه، أو صرح بالشراء لنفسه، بأن قال: اشهدوا أنى قد اشترت لنفسه، وهذا إذا كان الموكل غائباً، فإن كان حاضراً، أو صرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشترياً لنفسه، كذا في التتمة. (ك)

(١٤) أي لأن شراؤه لنفسه.

(١٥) الأمر.

(١٦) أي في شراؤه لنفسه.

على ما قيل^(١) إلا بمحض من الموكل، فلو كان الثمن مسمى^(٢)، فاشترى بخلاف جنسه^(٣)، أو لم يكن^(٤) مسمى، فاشترى بغير^(٥) النقود^(٦)، أو وكل^(٧) وكيلًا بشراءه، فاشترى الثاني^(٨) وهو^(٩) غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه، لأنه خالف أمر الأمر^(١٠)، فنفذ^(١١) عليه، ولو اشترى الثاني^(١٢) بحضرة الوكيل الأول نفذ^(١٣) على الموكل الأول، لأنه حضره رأيه، فلم يكن مخالفًا^(١٤).

قال^(١٥): وإن وكله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى^(١٦) عبدًا، فهو للوكيل، إلا أن يقول: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بمال الموكل. قال رضي الله عنه^(١٧): هذه المسألة على وجوه: إن أضاف^(١٨) العقد إلى دراهم الأمر كان للأمر، وهو المراد^(١٩) عندي بقوله: أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من

(١٧) عن الوكالة.

(١) قوله: "ولا يملكه إلخ" لأنه فسخ عقد، فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود. (٤)

(٢) بأن وكله بالشراء بثمن مسمى.

(٣) أي جنس المسمى بأن سمي دراهم، فاشترى بدنانير.

(٤) الثمن.

(٥) كالمكيل والموزون.

(٦) الدراهم والدنانير.

(٧) الوكيل.

(٨) أي وكيل الوكيل.

(٩) الوكيل الأول.

(١٠) قوله: "خالف أمر الأمر" وهو الموكل، أما إذا اشترى بخلاف جنس ما سمي فظاهر، وأما إذا اشترى بغير النقود فلأن المتعارف نقد البلد والأمر ينصرف إليه، وأما إذا وكل وكيلًا بشراءه فلأنه مأمور بأن يحضره رأيه، ولم يتحقق ذلك حال هيئته. (نت)

(١١) الشراء.

(١٢) أي وكيل الوكيل.

(١٣) الشراء.

(١٤) قوله: "فلم يكن مخالفًا" وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق، فإنه لو طلق الثاني بحضرة الأول لا يقع، لأن فعل الأول حصل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق، فلا يقع بدون، ولا كذلك ههنا، لأنه من قبيل الإيوانات، فلا يكون قابلاً للتعليق، والمعنى في المسألة أنه أمكن له عزل نفسه بغية الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة. (ك)

(١٥) أي القدرى. (نت)

(١٦) الوكيل.

(١٧) أي المصنف.

(١٨) الوكيل.

ماله، لأن فيه تفصيلاً^(١) وخلافاً^(٢)، وهذا بالإجماع^(٣)، وهو مطلق، وإن أضافه^(٤) إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله^(٥) على ما يحل له شرعاً^(٦)، أو يفعلُه عادة، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غيره مستنكر^(٧) شرعاً و عرفاً. وإن أضافه^(٨) إلى دراهم مطلقة^(٩)، فإن نواها للآمر فهو للآمر، وإن نواها لنفسه فلنفسه، لأن له^(١٠) أن يعمل لنفسه^(١١)، ويعمل^(١٢) للآمر في هذا التوكيل^(١٣)، وإن تكاذباً^(١٤) في النية^(١٥) يحكم النقد بالإجماع، لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا^(١٦)،

(١٩) قوله: "وهو المراد" أي المراد بقوله: أو يشتريه بمال الموكل أن يضيف العقد إلى دراهم الموكل لا أن ينقد من مال الموكل من غير أن يضيف العقد إليه. (ك)

(١) قوله: "لأن فيه تفصيلاً إلخ" أراد بالتفصيل في قوله: لأن فيه تفصيلاً صورتى التكاذب والتوافق، وبالحلاف الخلاف الواقع في صورة التوافق فالمعنى أن في النقد من مال الموكل تفصيلاً، فإنه إذا نقد من ماله، فإن تكاذباً في النية يحكم النقد بالإجماع، وإن توافقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد هو للعاقده، وعند أبي يوسف يحكم النقد أيضاً.

(٢) قوله: "وخلافاً" فإنه إذا نقد من ماله، وتوافقا على عدم النية لأحدهما، فعند محمد: هو للعاقده، وعند أبي يوسف: يحكم النقد بخلاف الإضافة إلى دراهم الأمر، فإنه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل القدورى عليها أولى. (نت)

(٣) قوله: "وهذا بالإجماع" أى لو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالإجماع وهو مطلق، أى قوله: أو يشتريه بمال الموكل مطلق، أى مذكور من غير خلاف، فيحمل على الصورة المجمع عليها، وهو أن يضيف العقد إلى مال الموكل. (ك)

(٤) الوكيل العقد.

(٥) قوله: "حملاً لحاله [الوكيل] إلخ" هذا تمسك بدلالة الشرع والصرف بعد ذكر المسألتين إضافة العقد إلى دراهم أمره، وإضافة العقد إلى دراهم نفسه، فالتمسك بدلالة العرف والعادة شامل للقسمين إذ العرف مستمر بأن مضيف العقد إلى دراهم نفسه مشتري لنفسه، والمضيف إلى دراهم أمره مشتري لأمره. فأما التمسك بدلالة الشرع إنما يرجع إلى المسألة الأولى خاصة، إذا الشراء نفسه بإضافة العقد إلى مال غير حرام، ولكن الشراء لغيره بإضافة العقد إلى مال نفسه ليس بحرام. (ك)

قوله: "حملاً لحاله إلخ" يجوز أن يكون التعليلان للمسألة الأولى، والحكم في المسألة الثانية يثبت بطريق الدلالة، لأنه كما لا يحل له أن يشتري لنفسه، ويضيف العقد إلى دراهم غيره شرعاً، فكذا لا يحل له أن يشتري لغيره، ويضيفه إلى دراهم نفسه. وأما العادة فجارية على أنه لا يشتري لغيره، ويضيفه إلى دراهم نفسه، وكذا على العكس. (تاج الشريعة)

(٦) قوله: "على ما يحل له إلخ" لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الأمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعاً للوكيل، وإذا كان وقع العقد للوكيل كان غاصباً لدراهم الأمر، وهو لا يحل شرعاً. (عيني)

(٧) قبيح.

(٨) العقد.

(٩) من غير إضافة إلى دراهم أحد.

(١٠) الوكيل.

(١١) أصالة.

(١٢) وكالة.

(١٣) أى التوكيل بشراء عبد بغير عينه. (عيني)

وإن توافقا^(١) على أنه لم تحضره النية^(٢).

قال محمد: هر للعاقده، لأن الأصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت^(٣) جعله^(٤) لغيره، ولم يثبت، وعند أبي يوسف يحكم النقد فيه، لأن ما أوقعه^(٥) مطلقاً^(٦) يحتمل الوجهين^(٧)، فيبقى موقوفاً، فمن أى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه^(٨)، ولأن مع تصادقهما^(٩) يحتمل النية^(١٠) للأمر، وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح^(١١)، كما فى حالة التكاذب، والتوكيل بالإسلام فى الطعام^(١٢) على هذه الوجوه^(١٣).

قال^(١٤): ومن أمر رجلاً بشراء عبد^(١٥) بألف، فقال^(١٦): قد فعلت، ومات^(١٧)

(١٤) قوله: "وإن تكاذبا" أى إن اختلفا فقال الوكيل: نويت لنفسى، وقال الموكل: نويت لى، حكم النقد بالإجماع، فمن مال من نقد الثمن كان المبيع له، لكونه دلالة ظاهرة على ذلك، لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعاً. (٤)

(١٥) بأن قال الموكل: اشتريته لى، وقال الوكيل: اشتريته لنفسى. (عينية)

(١٦) هو قوله: حملاً لحاله على ما يحل لى.

(١) الوكيل والموكل.

(٢) وقت الشراء.

(٣) بالإضافة إلى مال الغبر أو بالنية والفرض عدمه. (٤)

(٤) العمل.

(٥) الوكيل.

(٦) من غير النية.

(٧) وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل.

(٨) المال.

(٩) أى على أنه لم يحضره النية.

(١٠) لاحتمال أن يكون نوى الأمر ثم نسيه. (عينية)

(١١) قوله: "وفيما قلناه [من تحكيم النقد] حمل حاله [الوكيل] إلخ" لأنه لو قلنا بأن العقد يقع له وإن نقد من مال الأمر يكون غاصباً، فقلنا: يقع للموكل إذا نقد من ماله حملاً لحاله على الصلاح. (كفاية)

(١٢) قوله: "والتوكيل بالإسلام إلخ" إنما خصه بالذكر مع أنه يستفاد حكمه من التوكيل بالشراء نفيًا لقول بعض مشايخنا، فإنهم قالوا فى مسألة الشراء: إذا تصادقا أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعاً، ولا يحكم النقد، وإنما الخلاف بين أبي يوسف ومحمد^{رحمهما} فى مسألة التوكيل بالإسلام.

وهذا القائل فرق بين مسألة الشراء والسلم على قول أبي يوسف^{رحمهما}، فإن للنقد أثراً فى تنفيذ السلم، فإن المفارقة بلا نقد تبطل السلم، فإذا جهل من له العقد يستبان بالنقد، وليس الشراء كذلك، وكان العقد للعاقده عملاً بقضية الدليل. (٤)

(١٣) قوله: "على هذه الوجوه [المذكورة فى التوكيل بالشراء وفقاً وخلافاً. نت]" فإن أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الأمر كان المسلم له، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان له، وإن عقده مطلقاً من غير إضافة إلى دراهم أحد، فإن نوى السلم للموكل كان له، وإن نوى لنفسه كان له، وإن تكاذبا يحكم النقد، وإن توافقا على أنه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد رحمه الله، وقال أبو يوسف^{رحمهما} يحكم النقد، فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له. (عينية)

عندي، وقال الأمر: اشتريته^(١) لنفسك، فالقول قول الأمر فإن كان دفع^(٢) إليه^(٣) الألف فالقول قول المأمور؛ لأن في الوجه الأول^(٤) أخبر عما لا يملك استئنافه^(٥)، وهو الرجوع بالثمن^(٦) على الأمر، وهو^(٧) ينكر، والقول للمنكر، وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله. ولو كان العبد حياً حين اختلفا^(٨) إن كان الثمن منقوداً^(٩)، فالقول للمأمور، لأنه أمين^(١٠) وإن لم يكن^(١١) منقوداً، فكذلك عند أبي يوسف ومحمد^(١٢)؛ لأنه يملك استئناف الشراء^(١٣)، فلا يتهم في الأخبار عنه، وعند أبي حنيفة القول للأمر لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة^(١٤) خاسرة^(١٥) ألزمها الأمر.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) بغير عينه.

(١٦) الوكيل.

(١٧) للعبد.

(١) العبد.

(٢) الأمر.

(٣) الوكيل.

(٤) هو الذى لم يدفع الثمن فيه.

(٥) قوله: "أخبر عما لا يملك استئنافه [لأن العبد ميت، والكلام فيه، والعبد الميت ليس بمحل لعقد الشراء. ك] "

أى لا يقدر على إنشاءه، أى إنشاء العقد، ومن أخبر عما لا يملك إنشاءه فى الحال لا يكون القول له. (عينى)

(٦) قوله: "وهو [الضمير راجع إلى ما فى قوله: عما لا يملك] الرجوع بالثمن " أى سبب الرجوع بالثمن، وإنما

قال: وهو الرجوع بالثمن، ولم يقل: وهو العقد، لأن مقصود الوكيل من العقد الرجوع بالثمن على الأمر لا العقد لأجل

الأمر، فترك الواسطة، وهى العقد، وصرح بالمقصود، وهو الرجوع، فكان ذكراً للمسبب وإرادة للسبب، وجاز هذا لأن

الرجوع بالثمن على الأمر مختص بالشراء لأجل الأمر. (ك)

(٧) الأمر.

(٨) قوله: "حين اختلفا" فقال المأمور: اشتريته لك، وقال الأمر: اشتريته لنفسك. (عينى)

(٩) من الأمر إلى المأمور.

(١٠) يريد الخروج عن عهدة الأمانة.

(١١) الثمن.

(١٢) أى القول للمأمور.

(١٣) قوله: "لأنه يملك إلخ" لأن العبد حى، والحى محل للشراء فيملك أن يشتريه فى الحال لأجل الأمر، فإن قيل:

الشرى لا يتوقف بخلاف البيع، ولما وقع شراؤه أولاً للوكيل حين اشترى كيف يقع بعد ذلك للموكل.

قلنا: استئناف الشراء دائر مع التصور، فيتصور أن يتفاسخ الوكيل ببعه مع بائعه، ثم يشتريه لأجل الموكل. (ك)

(١٤) عقد البيع.

(١٥) بأن وجد به عيباً أو لم يعجبه.

بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنه أمين فيه، فيقبل قوله تبعاً لذلك^(١)، ولا ثمن في يده ههنا^(٢)، وإن كان أمره بشراء عبد بعينه، ثم اختلفا^(٣) والعبد حتى^(٤)، فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً، أو غير منقود، وهذا بالإجماع، لأنه أخبر عما يملك استئنافه^(٥)، ولا تهمة فيه، لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته^(٦) على ما مر^(٧)، بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة^(٨).

ومن قال لآخر^(٩): بعني هذا العبد لفلان^(١٠)، فباعه، ثم أنكر^(١١) أن يكون فلان أمره، ثم جاء فلا، وقال: أنا أمرته بذلك^(١٢) فإن فلاناً يأخذه^(١٣)؛ لأن قوله السابق^(١٤) إقرار منه بالوكالة عنه^(١٥)، فلا ينفعه الإنكار اللاحق، فإن قال: فلان لم

(١) قوله: "تبعاً لذلك" أى تبعاً لقبول قوله في دعوى الخروج عن عهدة الأمانة، ومن ضرورة ذلك قبول قوله في أن الشراء كان للأمر، وما كان ثبرته بطريق التبعية لا ينظر إلى وصفه، فلا ينظر ههنا إلى كون الوكيل متهماً أو غير متهم. (ك)

(٢) أى فيما إذا لم يكن الثمن منقوداً. (ك)

(٣) قوله: "لم اختلفا" بأن قال الأمر: اشتريته لنفسك، وقال المأمور: بل اشتريته لك. (عيني)

(٤) قوله: "والعبد حتى" وإن كان العبد هالكا والثمن منقوداً فالقول للمأمور، لأنه أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، وإن كان غير منقود فالقول للأمر، لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه، ويريد بذلك الرجوع على الأمر، وهو منكر، والقول للمنكر. (٤)

(٥) قوله: "لأنه أخبر عما يملك إلخ" فإن قيل: الولي إذا أقر تزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال.

قلنا: قوله: يملك استئناف وقع على قولهما، وقوله: ولا تهمة فيه وقع على قول أبي حنيفة، فكان في هذه المسألة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج، فلما لم يكن قوله: يملك استئنافه على قول أبي حنيفة لا يرد الإشكال على قوله.

أو نقول: لو كان في تزويج الصغيرة إخباره عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده أيضاً، فكان ذلك عبارة عن إنشاء النكاح ابتداءً، فلا يرد الإشكال. (ك)

(٦) الموكل.

(٧) قوله: "على ما مر" من أن شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن عزل لنفسه، وهو لا يملكه حال غيبته، بخلاف حضوره، فإنه لو فعل ذلك جاز ووقم المشتري له. (٤)

(٨) إشارة إلى قوله: لأنه موضع تهمة. (ك)

(٩) هذه مسألة "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لفلان [يسئ لأجله. ٤]" معناه أنا وكيل فلان بشراء هذا العبد، فبعه حتى اشترته لأجله. (ك)

(١١) أى أنكرا المقر بعد الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) أى له ولاية الأخذ. (ك)

(١٤) قوله: "لأن قوله السابق" وهو قوله: بعني هذا العبد لفلان إقرار بالوكالة من فلان، فإن قيل: يحتمل أن معناه لشفاة فلان كما قال محمد في كتاب الشفعة: ولو أن أجنبياً طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار، فقال الشفيع:

أمره لم يكن ذلك له^(١)؛ لأن الإقرار^(٢) ارتد برده.

قال^(٣): إلا أن يسلمه المشتري له^(٤)، فيكون بيعاً^(٥) عنه، وعليه العهدة؛ لأنه صار مشترياً بالتعاطى كمن اشترى لغيره بغير أمره^(٦)، حتى لزمه، ثم سلمه المشتري له، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطى^(٧) وإن^(٨) لم يوجد نقد الثمن، وهو^(٩) يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو^(١٠) المعتبر في الباب^(١١).

قال^(١٢): ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما، ولم يسم له ثمناً فاشترى له أحدهما جاز^(١٣)؛ لأن التوكيل مطلق^(١٤)، فيجرب على إطلاقه، وقد لا

سلمتها لك، أى لأجل شفاعتك بطلت الشفعة استجساناً. قلنا: اللام للتملك، وإنما حمل على الإسقاط في مسألة الشفعة لكونه مسبوقة بسؤال الإسقاط، ولا كذلك هنا. (ك)

(١٥) فلان.

(١) أى لم يكن له على العبد سبيل. (نت)

(٢) أى إقرار المقر.

(٣) الظاهر أن قائله محمد، لأن المسألة من "الجامع". (عنى)

(٤) قوله: "إلا أن يسلمه المشتري له" هذا روى بروايتين، بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل، وبفتح الراء على صيغة اسم المفعول، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلاً، وقوله: له أى لأجله، ويكون المفعول الثانى محذوفاً وهو إليه، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لأجل فلان إليه. وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر، وهو فلان، والفاعل مضمر، أى إلا أن يسلم الفضولى العبد إلى المشتري له، وهو فلان، وهذا الاستثناء من قوله: لم يكن له أى لم يكن لفلان إلا فى صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صورة التسليم إليه، لأن فلاناً لو قال: أجزت بعد قوله: لم أمره لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري، لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائر، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري. (نهاية)

(٥) قوله: "فيكون بيعاً" أى فيكون تسليم العبد إليه بيعاً مبتدأ، وعليه العهدة، أى على فلان عهدة الأخذ بتسليم الثمن، كذا فسره فخر الإسلام البزدوى، وفخر الدين قاضى خان، ويدل عليه قوله: لأنه صار مشترياً بالتعاطى. (نت)

(٦) قوله: "كمن إلخ" أى كالفضولى الذى اشترى لغيره بغير أمر ذلك الغير حتى لزمه، أى لزم العقد للمشتري، ثم سلمه المشتري له حيث كان بيعاً بالتعاطى. (نت)

(٧) قوله: "يكفى إلخ" يعنى أن بيع التعاطى كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتملك، وإن كان أخذاً بلا إعطاء كعادة الناس. (عنى)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بيع التعاطى.

(١٠) التراضي.

(١١) فى باب البيع، قال الله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) أى جاز شراء أحدهما له.

(١٤) أى عن قيد شرائهما متفرقين أو مجتمعين. (عناية)

يتفق الجمع بينهما في البيع إلا^(١) فيما لا يتغابن^(٢) الناس فيه ؛ لأنه توكيل بالشراء^(٣) ، وهذا كله بالإجماع^(٤) .

ولو أمره بأن يشتريهما بالألف ، وقيمتها سواء فعند أبي حنيفة إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز ، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الأمر لأنه قابل الألف بهما وقيمتها^(٥) سواء ، فيقسم^(٦) بينهما نصفين دلالة^(٧) ، فكان أمرا بشرى كل واحد منهما بخمس مائة ، ثم الشراء بها^(٨) موافقة ، وبأقل منها^(٩) مخالفة إلى خير ، وبالزيادة^(١٠) إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما^(١١) استحساناً^(١٢) ؛ لأن شري الأول قائم ، وقد حصل غرضه المصرح به^(١٣) ، وهو تحصيل العبدین بالألف ، وما ثبت الانقسام^(١٤) إلا دلالة ، والصريح^(١٥) يفوقها^(١٦) . وقال أبو يوسف ومحمد : إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه^(١٧) ، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي^(١٨) جاز ، لأن التوكيل

(١) استثناء من قوله : جاز . (٤)

(٢) وهو الغبن الفاحش .

(٣) قوله : "لأنه توكيل بالشراء" قيد به احترازاً عن التوكيل بالبيع ، فإن ذلك يجوز عند أبي حنيفة بالغبن الفاحش ، وأما في التوكيل بالشراء فلا يتحمل الغبن الفاحش . (ك)

(٤) بين أئمة مذهبنا .

(٥) الواو حالية .

(٦) الألف .

(٧) فيعمل بها عند عدم التصريح .

(٨) أي بخمس مائة .

(٩) خمس مائة .

(١٠) المخالفة .

(١١) أي قبل أن يختصم الأمر والمأمور لثبوت المخالفة .

(١٢) قوله : "استحساناً" قيد به لأن جواب القياس أن لا يلزم الأمر لثبوت المخالفة ، وبه أخذ مالك والشافعي . (نت)

(١٣) قوله : "وقد حصل غرضه إلخ" فإن قيل : الخلاف قد تحقق ، والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل . قلنا : العمل بالصريح أقوى من العمل بالدلالة ، والموكل صرح باكتساب العبدین بألف ، وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها صريح ، فإذا جاء الصريح بطل العمل بها ، والشراء قد يتوقف إذا لم يجد نفاذاً على المشتري كالتوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه . (ك)

(١٤) بالسوية .

(١٥) إذا أمكن العمل به .

(١٦) دلالة .

(١٧) وهو الغبن اليسير .

مطلق^(١) لكنه يتقيد بالمتعارف، وهو فيما^(٢) قلنا^(٣)، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليتمكنه تحصيل غرض الأمر.

قال^(٤): ومن له على آخر ألف درهم، فأمره بأن يشتري بها هذا العبد^(٥) فاشتره جاز^(٦)؛ لأن في تعيين المبيع تعيين البائع، ولو عين البائع يجوز على ما نذكره إن شاء الله تعالى^(٧). وإن أمره أن يشتري بها^(٨) عبداً بغير عينه، فاشتره فمات^(٩) في يده قبل أن يقبضه الأمر مات^(١٠) من مال المشتري، وإن قبضه الأمر فهو له^(١١)، وهذا عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه. وقالوا: هو^(١٢) لازم للأمر^(١٣) إذا قبضه المأمور^(١٤)، وعلى هذا^(١٥) إذا أمره أن يسلم ما عليه، أو يصرف ما عليه. لهما: أن الدراهم والدنانير لا تتعنان في المعاوضات^(١٦) دينا^(١٧) كانت أو عيناً^(١٨)، ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين^(١٩)، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد^(٢٠)،

(١٨) من العبدین. (نت)

(١) أى غیر مقید بخمس مائة.

(٢) أى فيما يتغابن الناس به. (نت)

(٣) أى المتعارف. (نت)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٥) أى عبداً معيناً.

(٦) وضح على الأمر. (٦)

(٧) بقوله: بخلاف ما إذا عين البائمه إلى آخره. (نت)

(٨) قوله: "بها" أى بالألف التى عليه. (نتائج الأفكار)

(٩) العبد.

(١٠) العبد.

(١١) أى العبد للأمر، أى وإن مات فى يد الوكيل. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) فى الوجهين.

(١٤) الوكيل.

(١٥) قولهم: "وعلى هذا" أى على هذا التفصيل إذا أمره أى إذا أمر من عليه الدين أن يسلم ما عليه، أى يعقد عقد السلم، أو يصرف ما عليه، أى يعقد عقد الصرف، فإن عين المسلم إليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإلا فعلى الاختلاف، وبتخصيصهما بالذكر إنما هو لإزالة ما يتردد فى ذهن من أن التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بائى الصرف والسلم أيضاً، أم لا؟ بناء على أن لهما شأنًا مخصوصاً فى بعض الأحكام. (نت)

(١٦) البيوع وغيرها.

(١٧) فى الذمة.

(١٨) يعنى لا تكون فى الذمة.

فصار الإطلاق^(١) والتقيد فيه سواء، فيصح التوكيل^(٢)، ويلزم^(٣) الأمر لأن يد الوكيل كيده^(٤). ولأبي حنيفة رضى الله عنه أنها تتعين في الوكالات^(٥)، ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين^(٦) منها، أو بالدين^(٧) منها، ثم استهلك^(٨) العين^(٩)، أو أسقط^(١٠) الدين^(١١) بطلت الوكالة، فإذا تعينت^(١٢) كان هذا^(١٣) تملك^(١٤) الدين^(١٥) من

(١٩) أى بدين على البائع.

(٢٠) ووجب مثل ذلك الدين.

(١) قوله: "فصار الإطلاق" بأن قال: بألف ولم يصفه إلى ما عليه، والتقيد، بأن أضافه إلى ما عليه فيه، أى فى

عقد تباع العين بالدين. (عيني)

(٢) قوله: "فيصح التوكيل" وصار كما لو قال: تصدق بمالى عليك على المساكين فإنه يجب. (نت)

(٣) العقد. (نت)

(٤) الأمر.

(٥) قوله: "أنها تتعين الدراهم والدنانير" فى الوكالات" أى بعد التسليم إلى الوكيل، وفى "الذخيرة": قال

محمد فى "الزيادات": رجل قال لغيره: اشترى لى بهذه الألف الدراهم جارية، وأراه الدراهم، ولم يسلمها إلى الوكيل حتى سرقت الدراهم، ثم اشترى الوكيل جارية بألف درهم لزم الموكل. ثم قال: الأهل أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم بلا خلاف، لأن الوكالات وسيلة إلى الشراء، فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فيه قبل التسلم، فكذا فيما هو وسيلة إليه، فأما بعد التسليم هل تتعين المشايخ، فيه فيعضهم قالوا: تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها، لأن يد الوكيل يد أمانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الأمانات، وعامتهم على أنها لا تتعين.

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ اثنتان، إحداهما أنه يتوقف بقاء الوكالة بقاء الدراهم المنقودة، فإن

المعرف الظاهر فى ما بين الناس أن الموكل إذا دفع الدراهم إلى الوكيل يريد الشراء حال قيام الدراهم فى يد الوكيل.

والثانية: قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه، وهذا لأن شراء الوكيل يوجب دينين، ديناً للبائع

على الوكيل وديناً للموكل على الموكل. (ك)

(٦) التى ليست فى الذمة.

(٧) أى التى فى الذمة.

(٨) قوله: "ثم استهلك" الضمير إما عائد إلى الموكل ففائدة قيد الاستهلاك أن الوكالة لا تبطل بالهلاك فى يد

الموكل، وإنما تبطل بالهلاك فى يد الوكيل، وإما عائد إلى الوكيل، ففائدة قيد الاستهلاك أن لا يتوهم أن الوكالة لا

تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة إليه، لأنه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها، فيصير كأن عينها باقية، فذكر

الاستهلاك لبيان تساويهما فى بطلان الوكالة بهما. (مل)

(٩) أى الأمر أو الوكيل، كذا فى "معراج الدراية". (نت)

(١٠) الموكل.

(١١) بأن أيراً الموكل الركيل عن الدين.

(١٢) قوله: "تعينت [أى فى الوكالة]" تنمة الدليل المذكور، ومرتبب بقوله: إنها تتعين إلخ.

(١٣) أى التوكيل المذكور.

(١٤) من جهة رب الدين.

(١٥) الذى على الوكيل.

غير من عليه^(١) الدين من غير أن يوكله^(٢) بقبضه^(٣)، وذلك^(٤) لا يجوز، كما إذا اشترى بدين على غير المشتري^(٥)، أو يكون^(٦) أمراً بصرف مالا يملكه^(٧) إلا بالقبض قبله^(٨)، وذلك^(٩) باطل، كما إذا قال^(١٠): أعط مائتي عليك من شئت^(١١). بخلاف^(١٢) ما إذا عين^(١٣) البائع؛ لأنه يصير وكيلاً عنه^(١٤) في القبض، ثم يملكه^(١٥)، وبخلاف^(١٦) ما إذا أمره بالتصدق؛ لأنه جعل المال لله تعالى^(١٧)، وهو معلوم^(١٨)، وإذا لم يصح التوكيل^(١٩) نفذ الشراء على المأمور، فيهلك^(٢٠) من ماله^(٢١)

(١) وهو البائت.

(٢) أي رب الدين المملك.

(٣) الدين.

(٤) قوله: "وذلك" أي التمليك المذكور لا يجوز لعدم القدرة على التسليم.

(٥) قوله: "كما إذا اشترى بدين على غير المشتري" أي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع المضمّر بأن كان لزيد على عمرو دين مثلاً، فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو لا يجوز. (ك)

(٦) التوكيل المذكور

(٧) قوله: "بصرف [أي دفع] ما لا يملكه [الموكل]" لأن رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض، لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أدى المديون إلى البائع، أو إلى رب الدين ملك المديون، ورب الدين لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة، فكان أمر رب الدين المديون بالدفع إلى البائت أمراً فيما لا يملكه، فكان باطلاً. (ك)

(٨) القبض.

(٩) أي الأمر المذكور.

(١٠) قوله: "كما إذا قال: أعط إلخ" فإنه باطل، فإنه أمر بصرف ما لا يملكه الأمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون

بنفسه. (عنى)

(١١) والجامع أن كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك. (ك)

(١٢) قوله: "بخلاف إلخ" أي بخلاف ما إذا كان الموكل عين البائع، أو المسلم إليه، فإن التوكيل صحيح لازم للآمر، لأنه يصير البائع أولاً وكيلاً عنه في القبض، ثم يملكه، وذلك ليس بتمليك من غير من عليه، ولا أمراً بصرف ما لم يقبض. واعترض بأنه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي أن يجوز جعله وكيلاً بالقبض أولاً، وأجيب بأن عدم الجواز ههنا لكونه بيعاً بشرط، وهو أداء الثمن على الغير. (عناية)

(١٣) الموكل.

(١٤) أي عن رب الدين الموكل.

(١٥) قوله: "ثم يملكه [أي الدين]" فيصير البائع قابضاً لرب الدين أولاً، ثم يصير قابضاً لنفسه كما لو وهب دينه على غيره، ووكل الموهوب له بقبضه، وكذا إذا عين المبيع، لأن في تعيين المبيع تعيين البائت كما مر في صدر الكتاب. (نت)

(١٦) جواب عن قياسهما على الأمر بالتصدق ولم يذكر في الكتاب.

(١٧) والفقير نائب عنه.

(١٨) فصار كتميين البائت.

(١٩) قوله: "وإذا لم يصح إلخ" رجوع إلى أول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم

يعلم بائته بدين على الوكيل غير صحيح، وإذا لم يصح إلخ. (مل)

إلا إذا قبضه^(١) الأمر منه^(٢) لانعقاد البيع^(٣) تعاطياً.

قال^(٤): ومن دفع إلى آخر ألفاً، وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها، فقال

الأمر: اشتريتها بخمسمائة، وقال المأمور: اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور^(٥)، ومراده^(٦) إذا كانت^(٧) تساوى ألفاً، لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والأمر يدعى عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر^(٨)، فإن كانت^(٩) تساوى خمسمائة فالقول قول الأمر، لأنه خالف^(١٠) حيث اشترى جارية تساوى خمسمائة، والأمر تناول ما يساوى ألفاً فيضمن.

قال^(١١): وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الأمر، أما إذا كانت قيمتها^(١٢)

خمسمائة فللمخالفة^(١٣)، وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه^(١٤) أنهما يتحالفان، لأن الموكل والوكيل في هذا^(١٥) ينزلان^(١٦) منزلة البائع والمشتري، وقد وقع الاختلاف في الثمن، وموجبه التحالف، ثم يفسخ^(١٧) العقد^(١٨) الذي جرى بينهما، فيلزم الجارية^(١٩)

(٢٠) العبد.

(٢١) المأمور.

(١) العبد.

(٢) المأمور.

(٣) بين الأمر والمأمور.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٥) مع يمينه.

(٦) محمد.

(٧) الجارية.

(٨) والقول للمنكر. (٤)

(٩) الجارية. (٤)

(١٠) قوله: "لأنه خالف إلخ" لأنه إن اشتراها بألف فالوكيل بشراء جارية بغير عينها لا يملك الشراء بغير فاحش، فالأمر يتناول جارية تشتري بألف، فكان مخالفاً، فيكون مشترياً لنفسه. (ك)

(١١) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الجارية.

(١٣) إلى شر. (٤)

(١٤) أي معنى قوله: فالقول قول الأمر. (عناية)

(١٥) الفصل. (٤)

(١٦) للمبادلة الحكمة بينهما. (عناية)

(١٧) بعد التحالف.

(١٨) الحكمى التقديرى.

المأمور. قال^(١): ولو أمره أن يشتري له هذا العبد، ولم يسم له ثمنًا، فاشتراه، فقال الأمر: اشتريته بخمسائة، وقال المأمور: بألف، وصدق البائع المأمور، فالقول قول المأمور مع يمينه. قيل: لا تحالف ههنا^(٢)؛ لأنه ارتفع الخلاف^(٣) بتصديق البائع^(٤)، إذ هو حاضر، وفي المسألة الأولى هو غائب، فاعتبر الاختلاف^(٥)، وقيل: يتحالفان لما ذكرناه^(٦). وقد ذكر^(٧) معظم يمين التحالف^(٨)، وهو يمين البائع^(٩)، والبائع^(١٠) بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما^(١١)، وقبله أجنبي عن الموكل، إذ لم يجز بينهما^(١٢) بيع، فلا يصدق^(١٣) عليه^(١٤)، فبقي الخلاف^(١٥)، وهذا^(١٦) قول الإمام أبي منصور، وهو أظهر، والله أعلم بالصواب.

(١٩) قوله: "فيلزم الجارية إلخ" قيل: ههنا مطالبة، وهى أن الوكيل إذا قبض الثمن، فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والأمانة، وإذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة، فما الحاكم في ذلك.

وأجيب بأن في الأول سبقت الأمانة للمبادلة، والسبق من أسباب الترجيح، فاعتبرت فيه بخلاف الثاني. (نت)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) هو قول الفقيه أبى جعفر. (ك)

(٣) فى الثمن.

(٤) قوله: "بتصديق البائع" فيجعل تصادق البائع والوكيل بمنزلة إنشاء العقد، ولو أنشأ العقد يلزم العبد للأمر، كذا هذا.

(٥) بين الأمر والمأمور، ووجب التحالف.

(٦) من أنهما نزلا بمنزلة البائع والمشتري.

(٧) قوله: "وقد ذكر [أى محمد] معظم إلخ" لفظه لا يدل على ذلك، فإن قوله: إن القول قول المأمور مع يمينه

يدل على أن المأمور يصدق فيما قاله، وفى التحالف لا يصدق واحد منهما، فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك. (ت)

(٨) جواب عما يقال: إن المذكور فالقول قول المأمور مع يمينه فالتحالف يخالفه. (عنى)

(٩) قوله: "وهو يمين البائع" أى المأمور، لأنه بائع تقديراً فى حق الموكل، وإنما قلنا: إن يمينه معظم يمين التحالف

لأن البائع وهو المأمور ههنا مدع، ولا يمين على المدعى إلا فى صورة التحالف.

وأما المشتري فمستكر، فعلى المنكر اليمين على كل حال، فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت أعظم

اليمينين، ثم لما وجب اليمين على المأمور وهو المدعى، فلأن يجب على المشتري المنكر وهو الأمر أولى، وهو معنى

التحالف. (ك)

(١٠) قوله: "والبائع إلخ" هذا جواب عن تعليل القول الأول بقوله: ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذا هو حاضر. (ك)

(١١) أى عن الأمر والمأمور.

(١٢) أى بين الموكل الأمر والبائع الأصل.

(١٣) البائع.

(١٤) أى على الموكل.

(١٥) فى الثمن بين الأمر والمأمور الذين بمنزلة البائع والمشتري، فيجوز التحالف.

(١٦) أى القول الآخر.

فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد^(١)

قال^(٢): وإذا قال العبد لرجل: اشتر لي نفسى من مولاي بألف، ودفعها^(٣)

إليه^(٤)، فإن قال الرجل للمولى: اشترت لنفسه، فباعه^(٥) على هذا فهو حر،
والولاء للمولى؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق^(٦)، وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق
ببدل، والمأمور سفير عنه^(٧) إذ لا يرجع عليه^(٨) الحقوق^(٩)، فصار كأنه اشترى
بنفسه، وإذا كان^(١٠) إعتاقاً أعقب الولاء^(١١).

وإن لم يبين^(١٢) للمولى^(١٣) فهو عبد للمشتري؛ لأن اللفظ^(١٤) حقيقة
للمعاوضة^(١٥)، وأمكن العمل بها إذا لم يبين^(١٦)، فيحافظ عليها^(١٧)، بخلاف شرى

(١) قوله: "فصل فى التوكيل إلخ" لما كان شراء العبد نفسه من مولاه إعتاقاً على مال لم يكن من مسائل فصل
التوكيل بالشراء، لكنه شراء صبره، فناسب أن يذكر فى فصل على حدة، والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على
وجهين، وهو أن يوكل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه، وهو المسألة الأولى، وأن يوكل الرجل عبداً ليشتريه له من
مولاه فالعبد فى الأول موكل، وفى الثانى وكيل، وكلام المصنف يتناولهما بجعل الألف، واللام بدلا من المضاف إليه،
وجعل المصدر مضافاً إلى الفاعل أو المفعول، وذكر أحدهما متروك مثل أن يقول فى توكيل العبد: رجلاً، وفى توكيل
العبد: رجلاً. (عناية)

(٢) أى محمداً فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أى العبد الألف.

(٤) الرجل.

(٥) المولى.

(٦) قوله: "إعتاق" لأن العبد لا يملك وإن ملك، لأنه ليس بأهل لأن يملك مالا، فصار مجازاً عن الإعتاق، إذ البيع
إزالة ملئك بعوض إلى آخر، فجاز أن يستعار منه. (ك)

(٧) حيث أضاف العقد إلى موكله. (٤)

(٨) أى المأمور.

(٩) حقوق العبد.

(١٠) هذا الشراء.

(١١) لأن ما يثبت يثبت بضروراته ولوازمه. (ك)

(١٢) أى الرجل.

(١٣) أى لم يقل التوكيل: اشترت العبد لنفس العبد. (ك)

(١٤) أى قوله: اشترت عبداً بألف درهم. (ك)

(١٥) لا للإعتاق. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكن العمل بها [أى بالحقيقة. ك] إلخ" فإن قيل: لا نسلم أن العمل بالحقيقة يمكن ههنا، لأنه وكيل
بشراء شيء بعينه، فليس للتوكيل أن يشتريه لنفسه. قلنا: قد أتى التوكيل ههنا بجنس تصرف آخر غير ما وكل به، فإن ما
وكل به كان من جنس الإعتاق على مال، وما أتى به إنما هو من جنس الشراء المحض، فكان مخالفاً للأمر، فيجوز عليه. (نت)

(١٧) أى على المعاوضة. (ك)

العبد نفسه^(١)، لأن المجاز فيه متعين، وإذا كان^(٢) معاوضة يثبت الملك له^(٣).
والألف^(٤) للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشتري ألف مثله^(٥) ثمناً للعبد،
فإنه^(٦) في ذمته^(٧) حيث لم يصح الأداء^(٨) بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره^(٩)
حيث لا يشترط بيانه^(١٠)؛ لأن العقدين^(١١) هنالك على نمط واحد^(١٢)، وفي الحالين^(١٣)
المطالبة يتوجه نحو العاقد^(١٤)، أما ههنا^(١٥) فأحدهما إعتاق معقب للولاء، ولا مطالبة
على الوكيل^(١٦) والمولى عساه لا يرضاه^(١٧) ويرغب في المعاوضة المحضه^(١٨)، فلا بد
من البيان. ومن قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك، فقال^(١٩) لمولاه: بعني نفسي

(١) قوله: "بخلاف شري العبد نفسه" حيث نجعله للإعتاق، ووجه الورد أنه لما جعل الشراء للمعاوضة حقيقة
ينبغي أن يحمل على حقيقته أينما كان، ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما إذا اشترى العبد نفسه من مولاه بالبدل،
بل حمل على الإعتاق ببدل، لأن المجاز فيه متعين، لأنه تعذر اعتباره بيعاً حقيقة، لأن البيع يوجب الملك للمشتري، والعبد
ليس من أهله. (ك)

(٢) هذا الشراء.

(٣) الرجل.

(٤) التي دفعها العبد إلى وكيله.

(٥) قوله: "وعلى المشتري إلخ" هذا ظاهر فيما إذا أوقع الشراء للمشتري، وأما إذا أوقع الشراء للعبد نفسه حتى
أعتق هل يجب على العبد ألف أخرى؟ قال الإمام قاضي خان في "الجامع الصغير": إنه لم يذكر في الكتاب، وينبغي أن
يجب، لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلا عن ملكه. (ك)

(٦) الثمن.

(٧) المشتري.

(٨) أي أداء الألف التي أداها الوكيل المشتري إلى المولى.

(٩) قوله: "من غيره" أي من غير العبد بأن وكل أجنبي أجنبياً آخر بشراء العبد من مولاه. (عيني).

(١٠) قوله: "حيث لا يشترط بيانه [بأن يقول عند الشراء: اشتريته لموكلتي]" فإنه يصير مشترياً للآخر، سواء أعلم
الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره، أو لم يعلمه، وههنا ما لم يعلمه أنه يشتري للعبد لا يصير مشترياً للعبد لأن إلخ. (ك)

(١١) يعني الذي يقيم له والذي يقيم للموكل.

(١٢) أي المبايعه.

(١٣) قوله: "وفي الحالين" أي في حال الإضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله. (عيني).

(١٤) الوكيل. (ك)

(١٥) أي في صورة توكيل العبد بشراء نفسه.

(١٦) لأنه سفير، فلا يرجع الحقوق عليه. (ك)

(١٧) قوله: "والمولى عساه لا يرضاه" أي لا يرضى الإعتاق، لأنه يعقب الولاء، وموجب الجناية عليه حيثئذ، وبما
يتضرر به، وشبه المصنف عسى بكاد، فاستعمل استعماله. (ع)

(١٨) التي فيها المطالبة على الوكيل.

(١٩) العبد.

لفلان بكذا، ففعل^(١) فهو للأمر؛ لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه أجنبي عن ماليته^(٢)، والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده^(٣)، حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن^(٤)، فإذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالا^(٥)، فيقع العقد للأمر^(٦).

وإن عقد^(٧) لنفسه فهو حر؛ لأنه^(٨) إعتاق، وقد رضى به المولى دون المعاوضة، والعبد وإن كان وكيلا بشراء معين^(٩)، ولكنه أتى بجنس تصرف^(١٠) آخر^(١١)، وفي مثله^(١٢) ينفذ على الوكيل^(١٣).

وكذا لو قال: بعنى نفسى^(١٤)، ولم يقل: لفلان فهو حر؛ لأن المطلق^(١٥) يحتمل الوجهين^(١٦)، فلا يقع امتثالا بالشك، فيبقى التصرف^(١٧) واقعاً لنفسه^(١٨).

(١) قوله: "ففعل [أى المولى]" أى قال: بعث فهو للأمر، وإنما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلت، وأما إذا وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى: بعث مسبقاً بقول العبد: بعنى نفسى بكذا، بناء على أن الواحد يتولى طرفى الإعتاق على مال، إذا كان المال مقدراً، ولا يتولى طرفى البيع وإن كان المال مقدراً. (ك)

(٢) لأن ماليته يولاه.

(٣) لكونه مأذوناً له.

(٤) قوله: "لا يملك البائع [أى المولى] إلخ" كالمودع إذا اشترى الوديعة وهى بحضرتة لم يكن للبائع حبسها لاستيفاء الثمن. (ك)

(٥) قوله: "فإذا أضافه [أى العقد] إلخ" تقرير الدليل العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه، لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الأمر صح فعله امتثالا، فالعبد إذا أضافه إلى الأمر صح فعله امتثالا. (عيني)

(٦) قوله: "فيقع العقد للأمر" فإن قلت: إذا أضاف إلى الموكل فمن المطالب بالثمن، أجب بأن ذمة العبد لكونه العاقدة، فإن قلت: قد يكون محجوراً عليه، ومثله لا يرجع إليه الحقوق.

أجب بأن الحجر زال بالعقد الذى يشرى به مولاه، فإن المباشرة تستدعى تصور صحة المباشرة وهو إذن. (٤)

(٧) أى إذا قال: بعنى نفسى منى، فقال المولى: بعث.

(٨) لأن العبد لا يملك شيئاً حتى يشتري.

(٩) قوله: "والعبد وإن كان إلخ" جواب إشكال، وهو أن يقال ينبغى أن لا يجوز بيعه لنفسه، لأنه وكيل بشراء شئ معين، وهو لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه، فينبغى أن لا يتمكن العبد من ذلك. (عيني)

(١٠) هو الإعتاق على مال.

(١١) أى غير ما وكل به.

(١٢) قوله: "وفى مثله ينفذ على الوكيل" فإن الوكيل إذا خالف نفذ الشراء على الوكيل. (عيني)

(١٣) قوله: "ينفذ على الوكيل" كما إذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين، أو خالف امرأته على ذلك، أو اشتراه بأكثر من الثمن الذى عينه، أو بخلاف جنس ذلك الثمن. (ك)

(١٤) أى أطلق.

(١٥) هو قوله: بعنى نفسى.

فصل في البيع^(١)

قال^(٢): والوكيل بالبيع والشراء^(٣)، لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له^(٤) عند أبي حنيفة رضى الله عنه.

وقالوا: يجوز بيعه منهم^(٥) بمثل القيمة^(٦) إلا من عبده^(٧) أو مكاتبه؛ لأن التوكيل مطلق^(٨) ولا تهمة^(٩)، إذ الأملك متباينة^(١٠)، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد، لأنه^(١١) بيع من نفسه^(١٢)، لأن ما في يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق في كسب المكاتب^(١٣)، وينقلب حقيقة بالعجز^(١٤).

(١٦) قوله: "والوجهين" وهما أن يكون مشترياً بنفسه لنفسه، وأن يكون مشترياً لغيره. (عيني)

(١٧) قوله: "فيقي التصرف واقعا لنفسه" لأن الظاهر أن الإنسان يتصرف لأجل نفسه لا سيما تصرفاً يحصل منه الإعتاق. (عيني)

(١٨) قوله: "واقعا لنفسه" فإن قيل: ينبغي أن يقع الشراء للموكل عند الإطلاق، لأن اللفظ لحقيقته في الأصل، فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي أن يحمل على الحقيقة كما هو الأصل.

قلنا: عارضت جهة أصالة الحقيقة جهة أصالة أخرى، وهي أن الأصل في تصرف الإنسان أن يقع لنفسه، ولما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق، لأنه تصرف مندوب إليه والمعاوضة مباحة محضه. (ك)

(١) قوله: "فصل في البيع" لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء مع أنواعه وهو الإثبات شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وهو الإزالة، فالإزالة بعد الإثبات وجوداً، فكذا وضعاً. (نهاية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "والوكيل بالبيع إلخ" في "الذخيرة": الوكيل بالبيع إذا باع من لا يقبل شهادته له إن كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وإن كان بأقل من القيمة بغن فاحش لا يجوز بالإجماع، فإن كان بغن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة، فعن أبي حنيفة روايتان في رواية الوكالة والبيع لا يجوز، وفي رواية المضاربة يجوز. (كفاية)

(٤) كاتبه وأخيه.

(٥) أي من أبيه وجده، ومن لا يقبل شهادته له.

(٦) قوله: "بمثل القيمة" والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في "الذخيرة". (كفاية)

(٧) أي الذي لا دين عليه.

(٨) أي عن التقييد بشخص دون شخص.

(٩) في البيع بمثل القيمة.

(١٠) قوله: "متباينة" دل عليه أنه يحل للابن وطى جارته، ولو لم يكن ملكه متبايناً عن ملك أبيه لكانت جاريته مشتركة، ولما حل وطئها حيثئذ. (ك)

(١١) أي لأن البيع من عبده.

(١٢) فصار الواحد متولياً طرفي العقد، وذا لا يجوز.

(١٣) حتى لا يصح تبرعته.

(١٤) أي يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة.

وله: أن مواضع التهمة مستثناة^(١) عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة^(٢)، ولأن المنافع بينهم متصلة^(٣)، فصار^(٤) بيعاً من نفسه من وجه^(٥)، والإجارة^(٦) والصرف^(٧) على هذا الخلاف.

قال^(٨): والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير، والعرض عند أبي حنيفة^(٩)، وقالوا: يجوز بيعه بنقصان^(٩) لا يتغابن الناس فيه^(١٠)، ولا يجوز إلا بالدرهم والدنانير؛ لأن مطلق الأمر^(١١) يتقيد بالمتعارف، لأن التصرفات لدفع الحاجات، فيتقيد بمواقعها، والمتعارف بالبيع بثمن المثل والنقود، ولهذا^(١٢) يتقيد التوكيل^(١٣) بشراء الفحم^(١٤) والجمد^(١٥) والأضحية بزمان الحاجة^(١٦). ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه^(١٧)، وهبة من وجه^(١٨)، وكذا المقايضة^(١٩) بيع من وجه^(٢٠)،

(١) لأن الوكالة شرعت للأمانة.

(٢) قوله: "بدليل عدم قبول الشهادة" فقد ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة. (ك)

(٣) عادة.

(٤) أي بيع الوكيل من هؤلاء.

(٥) قوله: "فصار بيعاً إلخ" فإن قيل: ما الفرق لأبي حنيفة في تجوز بيع المضاربة من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أنه له قبل ظهور، حكم الوكيل.

أجيب بأن المضارب أعم تصرفاً من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيته، كما إذا صار المال عروضاً، فجاز أن يجوز تصرفه مع هؤلاء نظراً إلى جهة استبداده. (٤)

(٦) قوله: "والإجارة إلخ" يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر لأن الإجارة شرعت على خلاف القياس، لأن لمعقود عليه - وهو المنافع - معدومة، والصرف مشروط بشروط عرى عنها غيره، فكانا مما يظن عدم جواز، مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما. (نت)

(٧) كذا السلم. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) أي بالغبن الفاحش.

(١٠) ويجوز بالغبن اليسير.

(١١) بالوكالة.

(١٢) أي لأجل تقيد التصرفات بمواقعها.

(١٣) قوله: "يتقيد التوكيل إلخ" التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد في تلك السنة، والتوكيل بشراء الجمد بأيام

الصيف في تلك السنة، والتوكيل بشراء الأضحية بأيام النحر في تلك السنة أو قبلها. (ك)

(١٤) انكشت.

(١٥) قوله: "والجمد" يسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد، وتسميته للاسم بالمصدر. (٤)

(١٦) حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الأمر. (٤)

(١٧) وهو وكيل بالبيع المطلق. (ك)

وشراء من وجهه، فلا يتناوله مطلق اسم البيع، ولهذا^(١) لا يملكه^(٢) الأب والوصى^(٣). وله: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجرى على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع^(٤) بالغبن^(٥) أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن، والتبرم^(٦) من العين، والمسائل^(٧) ممنوعة^(٨) على قول أبي حنيفة على ما هو المروى عنه، وأنه^(٩) بيع من كل وجه^(١٠)، حتى إن من حلف لا يبيع يحنث به^(١١)، غير أن الأب والوصى^(١٢) لا يملكانه^(١٣) مع أنه يبيع^(١٤)، لأن ولايتهما نظرية^(١٥)، ولا نظر فيه، والمقايضة^(١٦) شراء من كل وجه^(١٧)، ويبيع من كل وجه^(١٨) لوجود حد كل واحد

(١٨) حتى لو حصل من المريض يعتبر من الثلث. (ك)

(١٩) أي البيع بالعرض.

(٢٠) قوله: "بيع من وجه الخ" لأنه من حيث إن فيه إخراج السلعة من الملك بيع، ومن حيث إن فيه تحصيل السلعة

في الملك شراء. (ع)

(١) أي لأن البيع بغبن فاحش إلخ.

(٢) البيع بغبن فاحش.

(٣) في مال الصغير.

(٤) جواب عن قولهما.

(٥) أي سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع إلخ.

(٦) تبرم به بنسوه آمه وملول كرديد. (من)

(٧) أي شراء الفحم والجمد وغيرهما.

(٨) قوله: "ممنوعة إلخ" المسائل مروية عن أبي يوسف، فأما عند أبي حنيفة يعتبر الإطلاق في جميع ذلك. (ك)

(٩) أي البيع بغبن فاحش. (نت)

(١٠) قوله: "وأنه يبيع إلخ" جواب عن قولهما: ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجهه، وهبة من وجهه، يعني لا نسلم

أنه كذلك بل هو بيع من كل وجه. (نت)

(١١) أي بالبيع بغبن فاحش. (نت)

(١٢) قوله: "غير أن الأب إلخ" جواب عن سؤال مقدر، تقريره أنه لو كان البيع بغبن فاحش بيعاً من كل وجه

يملكه الأب والوصى. (نت)

(١٣) أي البيع بغبن فاحش.

(١٤) من كل وجه.

(١٥) قوله: "لأن ولايتهما إلخ" أي ولاية الأب والوصى على الصغير من حيث النظر في أمرهما بالشفقة، ولا نظر

في بيع الغبن. (عيني)

(١٦) جواب عن قولهما: وكذا المقايضة إلخ. (نت)

(١٧) بالنسبة إلى عرض صاحبه. (ك)

(١٨) بالنسبة إلى عرض نفسه. (ك)

منهما. قال^(١): والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة^(٢)، وزيادة يتغابن الناس في مثلها، ولا يجوز بنا لا يتغابن^(٣) الناس في مثله؛ لأن التهمة فيه^(٤) متحققة، فلعله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافق^(٥) ألحقه بغيره على ما مر^(٦)، حتى لو كان وكيلًا بشراء شيء بعينه، قالوا^(٧): ينفذ^(٨) على الأمر^(٩)، لأنه^(١٠) لا يملك شراءه لنفسه، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه^(١١) امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده^(١٢)، لأنه لا بد من الإضافة إلى الميركل في العقد^(١٣)، فلا تتمكن^(١٤) هذه التهمة، ولا كذلك الوكيل بالشراء^(١٥)، لأنه يطلق العقد^(١٦).

قال^(١٧): والذي^(١٨) لا يتغابن^(١٩) الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل^(٢٠): في العروص^(٢١) ده نيم^(٢٢)، وفي الحيوانات ده يازده، وفي العقار ده

(١) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يجوز عقده إلخ" هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالحيز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الأمر. (ك)

(٣) هو الغبن الفاحش.

(٤) أي في الشراء بالغبن الفاحش.

(٥) أو قد وجده خاسراً.

(٦) قوله: "على ما مر" أي في المتن بقوله: لأنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها

الأمر. (عيني)

(٧) قوله: "قالوا" أراد بقوله: قالوا عامة المشايخ، فإن بعضهم قال: يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش، وقال

بعضهم: لا يتحمل فيه اليسير أيضاً. (٤)

(٨) وإن كان شري بالغبن الفاحش.

(٩) لأنفاء التهمة.

(١٠) أي لأن الوكيل بشراء شيء بعينه.

(١١) الموكل.

(١٢) أي عند أبي - نيفة. (نت)

(١٣) أي عقد النكاح.

(١٤) أشار به إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة.

(١٥) فإنه يتمكن فيه التهمة المذكورة.

(١٦) قوله: "لأنه يملك العقد" أي لا يضيف العقد إلى الموكل، حيث يقول: اشترت، ولا يقول: لفلان. (مل)

(١٧) أي القدوري. (عيني)

(١٨) هذا لفظ القدوري.

(١٩) ومقابله ما يتغابن الناس فيه فهو يسير.

(٢٠) قوله: "وقيل إلخ" ظاهر سوق الكلام مشعر بأن مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش، والحق أن قوله:

دوازه؛ لأن التصرف يكثر وجوده في الأول، ويقل في الأخير، ويتوسط في الأوسط، وكثرة الغبن لقلّة التصرف^(١).

قال^(٢): وإذا وكله ببيع عبد^(٣) له، فباع^(٤) نصفه جاز عند أبي حنيفة^(٥)؛ لأن اللفظ مطلق^(٥) من قيد الافتراق والاجتماع، ألا ترى^(٦) أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده^(٧)، فإذا باع النصف به^(٨) أولى^(٩).

وقالا: لا يجوز؛ لأنه^(١٠) غير متعارف^(١١)، ولما فيه^(١٢) من ضرر الشركة، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما^(١٣)؛ لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى

وقيل إلخ معطوف على ما تضمن قوله: ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، والتقدير أنه إذا كان الغبن الفاحش لا يدخل تحت تقويمهم كأن ما يدخل تحت تقويمهم غبناً يسيراً. وقيل: الغبن اليسير في العروض إلخ، وحيث أن يكون هذا تفسير الغبن اليسير وهذا موافق لما ذكره الإمام علاء الدين الإسيبجاني في "شرح الطحاوي"، وأبو المعين النسفي في "شرح الجامع الكبير" إلى غير ذلك من جمهور الأئمة الفقهاء، تأمل. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٢١) وفي "النهاية": هذا بيان الغبن اليسير. (ك)

(٢٢) قوله: "ده نيم" ثم إن عشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة، فجعلت أصلاً، والدرهم مال يبحث لأجله، فقد لا يتسامح به في المماكسة، فلم يعتبر، فما كثر وقوعه يسيراً والنصف منه كان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر فيه ضعفه يسيراً، وما كان أقل من الأقل اعتبر فيه ضعفه يسيراً. (نت)

(١) قوله: "قلّة التصرف" تقريره أن الغبن يزيد بقلّة التجربة، وينتقص من كثرتها وقلتها، وكثرتها بقلّة وقوع التجارات وكثرتها، وفي القسم الأول كثير، وفي الأخير قليل، وفي الأوسط متوسط، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً، فلزم الأمر، وإن زاد على ذلك لزم الوكيل. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "بيع عبد" قيد بالعبد، لأن بيع النصف فيما وكل ببيع ما ليس في تبييضه ضرر كالحنطة والشعير جائز بالاتفاق. (ك)

(٤) الوكيل.

(٥) فيجری علی إطلاقه.

(٦) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" فإن قيل: إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لأنه لم يتضمن عيب الشركة، وأما بيع النصف يتضمن عيب الشركة في العبد، فكان هذا مخالفة من الوكيل إلى شر، فلا ينفذ بيعه على الموكل. قلنا: ضرر الشركة أهون، وأقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن، فلما جاز ذلك على قوله، لأن يجوز هذا وهو ضرر الشركة أولى. (ك)

(٧) قوله: "يجوز عنده" قيد بقوله: عنده لأنه لا يجوز عندهما لأنه يبيع بغبن فاحش. (عيني)

(٨) أي بثمن النصف.

(٩) قوله: "أولى" لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن. (عيني)

(١٠) بيع النصف.

(١١) والتوكيل بالبيع ينصرف إلى المتعارف.

(١٢) بيع النصف.

(١٣) الوكيل والموكل.

الامتثال^(١)، بأن لا يجد^(٢) من يشتريه جملة، فيحتاج إلى أن يفرق، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة^(٣)، وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة، فلا يجوز، وهذا استحسان^(٤) عندهما.

وإن وكله بشراء عبد، فاشترى^(٥) نصفه^(٦) فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه^(٧) لزم الموكل؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان^(٨) موروثاً بين جماعة، فيحتاج إلى شراءه شقصاً شقصاً^(٩)، فإذا اشترى^(١٠) الباقي قبل رد الأمر البيع تبين أنه^(١١) وقع وسيلة، فينفذ على الأمر، وهذا بالاتفاق^(١٢)، والفرق^(١٣) لأبي حنيفة أن في الشرى يتحقق التهمة على ما مر^(١٤)، وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه^(١٥) فيصح، فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء صادف ملك الغير، فلم يصح، فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق^(١٦).

(١) أى امتثال أمر الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) إلى الامتثال.

(٤) قوله: " وهذا استحسان " أى كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة استحسان عند أبي يوسف ومحمد لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف. (عيني)

(٥) الوكيل.

(٦) العبد.

(٧) العبد.

(٨) العبد.

(٩) ياره.

(١٠) الوكيل.

(١١) أى أن شراء النصف.

(١٢) بين أئمتنا الثلاثة. (نت)

(١٣) بين البيع والشراء.

(١٤) قوله: " على ما مر " إشارة إلى قوله: لأن التهمة فيه متحققة، فلعله اشتراه لنفسه. (ك)

(١٥) قوله: " وآخر [أى فرق آخر] أن إلخ " قال فى غاية البيان: يعنى أن الأمر فى صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الأمر، فصح أمره لولايته على ملكه، فاعتبر إطلاق الأمر، فجاز بيع النصف، لأن الأمر وقع مطلقاً عن الجمع والتفريق، وأما الأمر فى صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير، وهو مال البائع، فلم يصح الأمر مقصوداً، لأنه لا ملك للأمر فى مال الغير، وإنما صح ضرورة الحاجة إليه، ولا عموم لما ثبت ضرورة، فلا يعتبر إطلاقه، فلم يجز شراء البعض، لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، وذلك يتأدى بالتعارف وهو شراء الكل لا البعض، لأن الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض إلا إذا اشترى الباقي قبل أن يختصما، فيجوز على الأمر، لأنه حصل مقصوده. (نت)

(١٦) بل يعتبر العرف، والعرف فيه أن يشتري جملة. (ع)

قال^(١): "ومن أمر رجلاً ببيع عبده، فباعه، وقبض الثمن، أو لم يقبض، فرده^(٢) المشتري عليه^(٣) بعب^(٤) لا يحدث مثله بقضاء القاضى بينة^(٥)، أو بإبائه^(٦) يمين، أو بإقراره^(٧) فإنه يرده^(٨) على الأمر^(٩)؛ لأن القاضى تيقن^(١٠) بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستنداً^(١١) إلى هذه الحجج^(١٢) وتأويل اشتراطها^(١٣) فى الكتاب^(١٤) أن القاضى يعلم أنه^(١٥) لا يحدث مثله فى مدة شهر مثلاً، لكنه اشتبه عليه^(١٦) تاريخ البيع، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ^(١٧)، أو كان^(١٨) عيباً^(١٩) لا يعرفه إلا النساء^(٢٠)، أو الأطباء^(٢١)، وقولهن^(٢٢)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) العبد.

(٣) الوكيل.

(٤) كالإصبع الزائدة.

(٥) قامت على الأمور.

(٦) أى بنكول الأمور عن اليمين عند توجهها إليه.

(٧) أى الأمور بالعيب.

(٨) العبد.

(٩) أى من غير خصومة، إذ الرد على الوكيل وعلى الموكل.

(١٠) إذ الكلام فى عيب لا يحدث مثله. (نت)

(١١) قوله: "فلم يكن الخ" قال جماعة من الشراح: هذا جواب عن سؤال سائل، وهو أن يقال: لما كان العيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة لم يتوقف قضاء القاضى على وجود هذه الحجج، بل ينبغى أن يقضى القاضى بدونها لعلمه قطعاً بوجود هذا عند البائع، فأجاب بأن قال: لم يكن قضاءه مستنداً إلى هذه الحجج الخ. أقول: إن الفاء هنا غير مناسب، ولو قال المصنف: ولم يكن قضاءه مستنداً إلى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو لكان كلامه أسلم. (نت)

(١٢) أى البينة والإبائه عن اليمين والإقرار.

(١٣) قوله: "وتأويل اشتراطها الخ" يعنى لما تيقن القاضى بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستنداً إلى هذه الحجج، فما معنى اشتراطها، فقال: وتأويل الخ. (ك)

(١٤) الجامع الصغير. (نت)

(١٥) العيب.

(١٦) القاضى.

(١٧) قوله: "لظهور التاريخ" ليعلم أن تاريخ البيع منذ شهر، فيظهر عند القاضى أن هذا العيب كان فى يد البائع، فيرد المبيع عليه. (عناية)

(١٨) أى العيب الذى يريد به المشتري الرد.

(١٩) إشارة إلى تأويل آخر. (نت)

(٢٠) كمرض الفرج.

وقول الطبيب حجة^(١١) في توجه الخصومة^(١٢) لا في الرد^(١٣)، فيفتقر إليها في الرد^(١٤)، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب^(١٥) ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها^(١٦)، وهو^(١٧) رد على الموكل، فلا يحتاج الوكيل^(١٨) إلى رد وخصومة^(١٩).

قال: وكذلك^(٢٠) إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة، أو بإبائه يمين^(٢١)؛ لأن البينة حجة مطلقة^(٢٢) والوكيل مضطر في النكول لبعده العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع^(٢٣)، فلزم^(٢٤) الأمر. قال^(٢٥): فإن كان ذلك^(٢٦) بإقراره لزم المأمور^(٢٧)؛

(٢١) كالسعال القديم.

(٢٢) النساء.

(١) للمشتري.

(٢) مع البائع.

(٣) على البائع.

(٤) قوله: "فيفتقر إليها [الحجج] في الرد" فإن قيل: إذا أقر الوكيل بالعيب فلا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي لأنه يقبله لا محالة، فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الإقرار، قلنا: يمكن أن يقر الوكيل بالعيب، ويمتنع بعد ذلك عن القبول، فقضاء القاضي كان جبراً عليه على القبول. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الحجج.

(٧) أي الرد على الوكيل.

(٨) قوله: "فلا يحتاج إلخ" لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي، والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل

فسخ على الموكل. (نت)

(٩) مع الموكل.

(١٠) أي كذلك الرد على الوكيل رد على الموكل أن رد المشتري المبيع على البائع.

(١١) قوله: "أو بإبائه يمين" أي إن نكل الوكيل يرده على الأمر أيضاً، وفيه خلاف زفر، فإن قيل: إذا كان الرد بالإبائه

يجب أن لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئاً وباعه من غيره، ثم إن المشتري الثاني وجد به عيباً، فرده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه، وهذا دليل زفر.

فنقول: الوكيل مضطر في هذا النكول، لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً إذا كان عالماً بالعيب، وإنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره للأمر فيرجع عليه بما يلحقه من المهدة فيه، بخلاف ما لو أقر فإنه غير مضطر إلى الإقرار، لأنه يمكنه أن يسكت حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالنكول، ولكن في عمل باشره لنفسه لا يرجع بعهدته على غيره. (ك)

(١٢) قوله: "حجة مطلقة [أي كاملة]" أي مثبتة عند الناس كافة، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل، فنقد الرد

على الموكل. (عيني)

(١٣) فإنه لم يمارس من أحوال المبيع وهو العبد، فلا يعرف بعيب ملك الغير. (نت)

(١٤) العبد.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) الرد بالعيب.

(١٧) الوكيل. أي ليس هذا الرد رداً على الموكل.

لأن الإقرار حجة قاصرة^(١)، وهو غير مضطر إليه^(٢) لإمكانه السكوت والنكول^(٣)، إلا أن له^(٤) أن يخاصم الموكل، فيلزمه بيئته أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الرد^(٥) بغير قضاء بإقرار^(٦)، والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له^(٧) أن يخاصم بائعه^(٨)، لأنه^(٩) بيع جديد^(١٠) في حق ثالث^(١١)، والبائع^(١٢) ثالثهما، والرد^(١٣) بالقضاء فسخ^(١٤) لعموم ولاية القاضى^(١٥) غير أن الحجة قاصرة، وهى الإقرار، فمن حيث الفسخ كان له^(١٦) أن يخاصمه، ومن حيث القصور فى الحجة لا يلزم الموكل إلا بحجة^(١٧). ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره^(١٨) يلزم الموكل من غير خصومة فى رواية^(١٩)، لأن الرد متعين^(٢٠)، وفى عامة الروايات^(٢١) ليس له أن

(١) لا يظهر إلا فى حق المقر دون غيره.

(٢) الإقرار.

(٣) قوله: "قوله: "لإمكانه [أى المأمور] إلخ" يعنى يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين، ويقضى عليه بالسكوت والنكول. (نتائج)

(٤) الوكيل.

(٥) أى رد المشتري المبيع على الوكيل بإقراره.

(٦) من الوكيل.

(٧) أى الوكيل.

(٨) قوله: "أن يخاصم بائعه" أى موكله سماه بائعاً لكونه بمنزلة البائع فى أنه يرد عليه الوكيل تارة، ويخاصمه فى

الرد فى بعض الصور. (ك)

(٩) أى لأن الرد بغير القضاء بالإقرار.

(١٠) قوله: "لأنه بيع جديد إلخ" أى الرد متى كان بالإقرار بغير قضاء كان فسخاً بالتراضى، فأمكن اعتباره بيعاً جديداً فى حق الثالث، فيبطل حق الخصومة، والرد لما حصل بقضاء تعذر اعتباره بيعاً جديداً لفقد التراضى، فكان فسخاً، إلا أن هذا فسخ بدليل قاصر، فللقصور الحجة لا يكون الرد على الوكيل رداً على الموكل، ومن حيث إنه فسخ كان له أن يخاصم الموكل. (ك)

(١١) سوى المتعاقدين، فإنه فسخ فى حقهما.

(١٢) هو الموكل.

(١٣) بالإقرار.

(١٤) لأن القاضى يرده على كره منه.

(١٥) أى على الوكيل والموكل.

(١٦) أى للوكيل.

(١٧) أى البيئته أو النكول.

(١٨) الوكيل.

(١٩) أى رواية كتاب البيوع من الأصل. (نت)

(٢٠) قوله: "لأن الرد متعين" وذلك لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع الأمر إليه، فإنهما لو رفعوا الأمر إلى فى عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل، ولا يكلفه إقامة الحجة على ذلك، وكان ذلك رداً على الموكل، قال فى

يخاصمه^(١) لما ذكرنا^(٢)، والحق^(٣) في وصف السلامة^(٤)، ثم ينتقل^(٥) إلى الرد^(٦)، ثم إلى الرجوع^(٧) بالنقصان، فلم يتعين الرد، وقد بيناه^(٨) في الكفاية^(٩) بأطول من هذا. قال^(١٠): "ومن قال لآخر: أمرتك ببيع عبدى بنقد، فبعته بنسيئة^(١١)، وقال المأمور: أمرتني ببيعه، ولم تقل شيئاً، فالقول قول الأمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته^(١٢)، ولا دلالة على الإطلاق^(١٣)".

قال^(١٤): "وإن اختلف^(١٥) في ذلك^(١٦) المضارب، ورب المال فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل^(١٧) في المضاربة العموم، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة

"الكافي": فإذا تعين الرد صار تسليم الخصم، وتسليم القاضى سواء كتسليم الشفعة، وقضاء الدين والرجوع في الهبة. (نت) (٢١) من "المبسوط".

(١) قوله: "ليس له [أى للوكيل] أن يخاصمه" بل يلزم الوكيل، لأن الرد ثبت بالتراضى فصار كالبيع الجديد، ولا نسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضى، فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية، وفي المسائل الموردة في "الكافي" الحق متعين لا يحتمل النقل إلى غيره، وهذا هو المراد بقوله: وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه بيع جديد في حق ثالث. (نت)

(٣) أى حق المشتري.

(٤) جواب من قال: إن الرد متعين.

(٥) الحق.

(٦) لضرورة العجز. (ك)

(٧) قوله: "إلى الرجوع" أى ثم ينتقل الحق بامتناع الرد بحدوث عيب، أو بحدوث زيادة في المبيع إلى الرجوع بالنقصان. (نت)

(٨) حكم المسائل المذكورة.

(٩) أى كفاية المنتهى.

(١٠) أى محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١١) كسفينية درنگ وتأخير. (من)

(١٢) فهو أعلم بما قاله. (نت)

(١٣) قوله: "ولا دلالة إلخ" إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً، وقد يكون مطلقاً، ولا دليل على أحد الوجهين على أن الأصل في عقد الوكالة التقييد، لأن مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون ذلك، فإنه ما لم يقل: وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلاً ببيعه، ألا ترى أنه لو قال لغيره: وكلتك بمالى أو فى مالى لا يملك إلا الحفظ، فكان مدعياً لما هو الأصل فيه، فكان القول قوله. (نت)

(١٤) أى محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "وإن اختلف إلخ" بأن قال رب المال: أمرتك بالنقد، وقال المضارب: بل دفعت المال مضاربة، ولم تعين شيئاً. (عيني)

(١٦) أى النقد وعدمه.

(١٧) وإن كان الأمر يستفاد من رب المال.

المضاربة، فقامت دلالة الإطلاق، بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع، والمضارب في نوع آخر، حيث يكون القول لرب المال؛ لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما^(١)، فنزل إلى الوكالة المحضة^(٢)، ثم مطلق الأمر بالبيع^(٣) ينتظمه^(٤) نقداً ونسيئة إلى أى أجل كان عند أبى حنيفة^(٥)، وعندهما يتقيد بأجل متعارف، والوجه^(٦) قد تقدم^(٧).

قال^(٨): ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه، وأخذ بالثمن رهناً، فضع^(٩) فى يده، أو أخذ به^(١٠) كفيلاً فتوى المال عليه^(١١) فلا ضمان عليه؛ لأن الوكيل أصيل فى الحقوق، وقبض الثمن منها^(١٢)، والكفالة توثق به^(١٣)، والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء^(١٤)، فيملكهما^(١٥) بخلاف الوكيل بقبض الدين^(١٦)، لأنه يفعل نيابة^(١٧)،

(١) رب المال والمضارب.

(٢) وفيها القول للأمر.

(٣) أى فى صورة الوكالة. (نت)

(٤) البيع.

(٥) قوله: "إلى أى أجل كان إلخ" حتى لو باع لأجل غير متعارف بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده عملاً بالإطلاق. (كفاية)

(٦) قوله: "والوجه" أى من الجانبين قد تقدم فى التوكيل بالبيع أنه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض، وعندهما يتقيد بالمتعارف. (ك)

(٧) قوله: "قد تقدم" أى فى مسألة التوكيل بالبيع، فإن أبا حنيفة عمل بالإطلاق وهما بالمتعارف، قال صاحب "العناية": وكان الأنسب أن يذكر مسألة النسيئة فى أوائل الفصل عند قوله: والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما أشار إلى ذلك الموضع بقوله: والوجه قد تقدم. (نت)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرهن.

(١٠) أى بالثمن.

(١١) قوله: "فتوى المال عليه" بأن مات الكفيل مفلساً، والمكفول عنه أيضاً مات مفلساً، أو غاب، ولا يعرف موضعه، أو بأن رفع الأمر إلى قاض يرى براءة الأصيل، بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك، فحكم براءة الأصيل فتوى المال على الكفيل. (ك)

(١٢) الحقوق.

(١٣) أى بالثمن.

(١٤) أى استيفاء الثمن.

(١٥) أى الوكيل الكفالة والارتهان.

(١٦) فإنه إذا أخذ رهناً، أو كفيلاً لا يجوز.

(١٧) حتى إذا نهاه عن القبض صح نهيها.

وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة، وأخذ الرهن، والوكيل بالبيع يقبض أصالة^(١)، ولهذا لا يملك الموكل حجره^(٢) عنه^(٣).

فصل^(٤)

وإذا^(٥) وكل وكيلين، فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر^(٦)، وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي^(٧) كالبيع والخلع وغير ذلك؛ لأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما^(٨)، والبدل^(٩) وإن^(١٠) كان مقدراً، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة، واختيار المشتري. قال^(١١): إلا^(١٢) أن يوكلهما بالخصومة^(١٣)؛ لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء

(١) لأنه أصيل في الحقوق.

(٢) أى حجر الوكيل.

(٣) أى عن قبض الثمن. (نت)

(٤) قوله: "فصل" لما ذكر حكم وكالة رجل واحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الرجلين، لما أن الاثنين بعد

الواحد، فكذلك حكمهما. (ن)

(٥) هذا لفظ القدورى.

(٦) قوله: "فليس لأحدهما إلخ" هذا إذا وكلهما بكلام واحد، بأن قال وكلتكما ببيع عبدى هذا، أو بخلع امرأتى

هذه، أما إذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد فى التصرف. (ك)

(٧) قوله: "وهذا فى تصرف إلخ" أقول: فيه شىء، وهو أنه لو كان هذا الذى ذكره القدورى فى "مختصره"

مقيداً بتصرف يحتاج فيه إلى رأى لما احتاج إلى استثناء أمور أربعة من الأمور الخمسة التى استثنى التوكيل بها من الحكم

المذكور، وهو ما سوى الخصومة، فإنها مما لا يحتاج فيه إلى رأى كما سيأتى التصريح به من المصنف، ومع ذلك لما تم

الجمع بين تلك الأمور الخمسة فى الاستثناء بكلمة واحدة، لأن الاستثناء يصير حينئذ متصلاً بالنظر إلى التوكيل

بالخصومة، ومنقطعاً بالنظر إلى التوكيل بما سواها، وقد تقرر فى كتب الأصول أن صيغة الاستثناء حقيقة فى المتصل،

مجاز فى المنقطع، فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز.

فالظاهر أن كلام القدورى ههنا مطلق، وبعد الاستثناء الآتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه إلى رأى، وما يحتاج

فيه إلى رأى، ولكن يتعذر الاجتماع عليه كالمخصومة، ويصير الاستثناء متصلاً بالنظر إلى الكل، فينتظم المقام. (نت)

(٨) قوله: "أحدهما" فلو باع أحدهما والآخر حاضر لا يجوز إلا أن يجيز الآخر، ولو كان الآخر غائباً عنه

فأجاز له يجز عند الإمام الأعظم. (عينى)

(٩) قوله: "والبدل إلخ" جواب سؤال، وهو أن البدل إذا كان مقدراً لا يحتاج فيه إلى رأى، وينبغى أن يستبد

كل واحد منهما بالتصرف حينئذ، فقال: والبدل وإن كان مقدراً، ولكن تقدير الثمن فى البيع يمنع النقصان دون الزيادة،

وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما، وهدايته، أو يختار الآخر مشترياً لا بماطل فى أداء الثمن. (ك)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) استثناء من قوله: فليس لأحدهما أن يتصرف إلخ.

(١٣) فلا يشترط حضور صاحبه فى خصومة. (ك)

إلى الشغب^(١) في مجلس القضاء، والرأى يحتاج إليه^(٢) سابقاً لتقويم الخصومة^(٣).
قال^(٤): أو بطلاق^(٥) زوجته بغير عوض^(٦)، أو بعق^(٧) عبده بغير عوض، أو
برد وديعة عنده^(٨)، أو قضاء^(٩) دين عليه؛ لأن هذه الأشياء^(١٠) لا يحتاج فيها إلى
الرأى بل هو^(١١) تعبير محض^(١٢)، وعبرة المثني والواحد سواء، وهذا^(١٣) بخلاف ما
إذا قال لهما^(١٤): طلقاها^(١٥) إن شئتما، أو قال: أمرها بأيديكما؛ لأنه تفويض إلى
رأيهما^(١٦)، ألا ترى أنه تملك مقتصر على المجلس^(١٧)، ولأنه علق الطلاق^(١٨)

(١) فتنه وخصومت ونزاع، وأنه مانعة من إظهار الحق. (ك)

(٢) قوله: "والرأى إلخ" إشارة إلى دفع قول من قال ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه لأن الخصومة يحتاج فيه إلى الرأى، والموكل رضى برأيهما. (عنى)

(٣) قوله: "لتقويم الخصومة" يعنى أن الخصومة وإن افتقرت إلى تعاون الرأين يعتضد كل واحد منهما بالآخر في استنباط ما هو الأصوب فيها، لكن إنما يفتقر إلى تعاون الرأين على ذلك قبل مجلس القضاء. (ك)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) فلأحدهما أن يطلق.

(٦) المال.

(٧) فلأحدهما أن يعتق.

(٨) قوله: "أو برد [فلأحدهما أن يردها] وديعة إلخ" قيد بردها لأنه إذا وكل رجلين بقبض وديعة له، فقبض أحدهما بغير إذن صاحبه كان ضامناً، لأنه شرط اجتماعهما على القبض، واجتماعهما على القبض ممكن، وللموكل فيه فائدة لأن حفظ اثنين أنفع، فإذا قبض أحدهما صار قابضاً بإذن المال، فيصير ضامناً.

فإن قيل: ينبغي أن يكون ضامناً للنصف، لأن كل واحد منهما مأمور بقبض النصف، قلنا: كل واحد منهما مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، فأما فى حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه. (ك)

(٩) فلأحدهما أن يقضيه.

(١٠) أى الطلاق بلا عوض والإعتاق بلا عوض وغيرهما.

(١١) التوكيل.

(١٢) عن كلام الموكل.

(١٣) أى جواز انفرد أحدهما.

(١٤) الوكيلين.

(١٥) المرأة.

(١٦) فلا يجوز انفرد أحدهما.

(١٧) قوله: "ألا ترى أنه [أى أن قوله: طلقاها إلخ، أو أمرها إلخ] تملك إلخ" وإذا كان تملكاً صار التطبيق تملكاً لهما، فلا يقدر أحدهما على التصرف فى ملك الآخر، قيل: ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة، وأجيب بأن فيه إبطال حق الآخر إذ بإيقاع النصف يقع تطليقة كاملة، فإن قيل: هذا الإبطال ضمنى، فلا يعتبر، أجيب بأنه لا حاجة إليه مع قدرتهما على الاجتماع. (نت)

(١٨) قوله: "ولأنه علق الطلاق إلخ" بناء على أن التعليق كما يوجد فى صورة أن قال لهما: طلقاها إن شئتما يوجد أيضاً فى صورة أن قال لهما: أمرها بأيديكما، إذ قد صرح المصنف فى فصل الأمر باليد من باب تفويض الطلاق، بأن

بفعلهما^(١)، فاعتبره^(٢) بدخولهما.

قال^(٣): وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به، لأنه^(٤) فوض إليه التصرف دون التوكيل به^(٥)، وهذا^(٦) لأنه^(٧) رضى برأيه، والناس متفاوتون في الآراء^(٨).

قال^(٩): إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا، أو يقول له: اعمل برأيك، لإطلاق التفويض إلى رأيه، وإذا جاز في هذا الوجه^(١٠) يكون^(١١) الثاني وكيلًا عن الموكل، حتى لا يملك^(١٢) الأول عزله، ولا ينعزل بموته^(١٣)، وينعزلان^(١٤) بموت الأول^(١٥)، وقد مر نظيره^(١٦) في أدب القاضي^(١٧).

قال^(١٨): فإن وكل بغير إذن موكله، فعقد وكيله بحضرته جاز^(١٩)؛ لأن

جعل الأمر باليد فيه معنى التعليق، وقال الشراح في بيانه: وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق. (نت)

(١) قوله: بفعل، أى تطبيق، وقوله: هما، أى وكيلين.

(٢) قوله: فاعتبره [أى التعليق] أى فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق، كذا هذا، فإن قيل: ففى قوله: طلقاها أيضاً متعلق بفعلهما، ويقع بإيقاع أحدهما، أوجب بالمنع فإنه ليس فيه ما يدل على ذلك، بخلاف ما نحن فيه لوجود حرف الشرط، وهو قوله: إن شئتما. (٤)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٤) الموكل.

(٥) أى بالتصرف.

(٦) أى عدم جواز توكيل الوكيل.

(٧) الموكل.

(٨) فلا يكون راضياً بغيره.

(٩) أى القدورى. (عيني)

(١٠) قوله: "وإذا جاز فى هذا الوجه" أى إذا جاز توكيل الوكيل غيره فى هذا الوجه الذى يجوز التوكيل فيه، وذلك بأن يأذن له الموكل، أو يقول له: اعمل برأيك، فوكل غيره. (نت)

(١١) الوكيل.

(١٢) الوكيل.

(١٣) الأول.

(١٤) الأول والثانى.

(١٥) أى الموكل الأول.

(١٦) قوله: "وقد مر نظيره" حيث قال: وليس للقاضى أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك إلى آخر ما ذكر. (٤)

(١٧) فى أول فصل قبل باب التحكيم.

(١٨) أى القدورى فى "مختصره". (نتائج الأفكار)

(١٩) قوله: "جاز" لم يشترط للجواز إجازة الوكيل الأول، وهكذا ذكر فى وكالة الأصل فى موضع، وذكر فى موضع آخر من وكالة الأصل إذا باع الوكيل الثانى، والوكيل الأول حاضر، أو غائب، فأجاز الوكيل جاز، و... عن

المقصود^(١) حضور رأى الأول^(٢) وقد حضر^(٣)، وتكلموا في حقوقه^(٤)، وإن عقد^(٥) في حال غيبته لم يجز؛ لأنه فات رأيه، إلا أن يبلغه^(٦)، فيجيزه، وكذا لو باع غير الوكيل^(٧)، فبلغه^(٨) فأجازة، لأنه حضر رأيه، ولو قدر^(٩) الأول الثمن للثاني، ففقد^(١٠) بغيبته^(١١) يجوز^(١٢)؛ لأن الرأى يحتاج إليه فيه^(١٣) لتقدير الثمن ظاهراً، وقد حصل^(١٤). وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين، وقدر الثمن^(١٥)، لأنه^(١٦) لما فوض إليهما مع تقدير الثمن، ظهر أن غرضه^(١٧) اجتماع رأيهما في الزيادة، واختيار المشتري^(١٨)

الكرخي أنه ليس في المسألة روايتان لكنه ما ذكر مطلقاً في بعض المواضع أنه يجوز إذا باع بحضرة الأول محمول على ما إذا أجاز، وهذا لأن توكيل الوكيل الأول لما لم يصح لأنه لم يؤذن له بذلك صار وجود هذا التوكيل والعدم بمنزلة، فالوكيل الثاني صار فضولياً، فعقده لا ينفذ إلا إذا أجاز الوكيل الأول، ولا يفيد حضوره، فإن بيع الفضولي لا يثبت بالسكوت لكون السكوت محتملاً، ومنهم من يجعل في المسألة روايتين، وجه عدم الجواز قد مر، ووجه رواية الجواز أنه حضر هذا العقد رأى الأول. (مل).

(١) أى مقصود الموكل.

(٢) الوكيل.

(٣) رأيه.

(٤) قوله: "وتكلموا الخ" يعنى إذا باع بحضرة الأول حتى جاز، فالعهدة على من يكون؟ لم يذكره محمد في "الجامع الصغير"، وتكلم المشايخ في ذلك، فمنهم من قال على الأول، لأن الموكل إنما رضى بلزوم العهدة على الأول، ومنهم من قال على الثاني إذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الأول. (ع).

(٥) الثاني.

(٦) الخبر.

(٧) أى الأجنبي.

(٨) الوكيل الخبر.

(٩) قوله: "ولو قدر" أى قدر الوكيل الأول الثمن للوكيل الثاني الذى وكله بغير إذن موكله، بأن قال له: بعه بكذا، فباعه الثاني بالثمن الذى قدره الوكيل الأول. (عينى)

(١٠) الثاني.

(١١) الأول.

(١٢) قوله: "يجوز" هذه رواية كتاب الرهن، وقد اختارها، وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز، لأن تقدير الثمن لمنه نقصان لا لمنه الزيادة، وربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) التقدير.

(١٥) فإنه لا يجوز بيع أحدهما بذلك المقدار. (ع)

(١٦) الموكل.

(١٧) الموكل.

(١٨) أى الذى لا يماطل فى تسليم الثمن.

على ما بيناه^(١)، أما إذا لم يقدر^(٢) الثمن، وفوض إلى الأول^(٣) كان غرضه^(٤) رأيه في معظم الأمر^(٥)، وهو التقدير في الثمن.

قال^(٦): وإذا زوج المكاتب، أو العبد، أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة^(٧)، أو باع، أو اشترى لها لم يجز، معناه التصرف في مالها^(٨)؛ لأن الرق والكفر يقطعان الولاية، ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه، فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم^(٩)، حتى لا تقبل شهادته عليه^(١٠)، ولأن هذه^(١١) ولاية نظرية^(١٢)، فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق، ليتحقق معنى النظر، والرق يزيل القدرة^(١٣)، والكفر يقطع الشفقة على المسلم، فلا تفوض^(١٤) إليهما^(١٥).

وقال أبو يوسف ومحمد^(١٦): المرتد إذا قتل على رده، والحربي كذلك^(١٧)؛

(١) بقوله: والبدل وإن كان مقدر الخ.

(٢) الموكل.

(٣) أى الوكيل الأول.

(٤) الموكل.

(٥) وقد حضر رأيه بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع.

(٦) أى محمد. (عيني)

(٧) قوله: "مسلمة" فإن قلت: كيف يكون المسلمة تحت الذمي، قلت: يجوز أن يطلقها ثم أسلمت، وماتت وبقي البنت. (عيني)

(٨) قوله: "معناه [أى معنى ما قال محمد فى "الجامع الصغير"] التصرف إلخ" يريد به التعميم، أى لا يختص بالبيع والشرى، بل أى تصرف كان لم يجز، أو معنى قوله: معناه التصرف فى مالها أن الشرى ينفذ عليه لا عليها، لأنه تصرف فى مالها، وليس له ولاية على مالها، ومعناه بأن اشترى لها بمالها لأن يكون المراد أن يشتري لها بمال نفسه. (ك)

(٩) لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. (٦)

(١٠) المسلم.

(١١) الولاية.

(١٢) أى ولاية ثابتة نظراً للصغار، والصغائر لعجزهم. (نت)

(١٣) قال الله تعالى: ﴿عبداً مملوكاً لا يقدر على شىء﴾ (عيني)

(١٤) هذه الولاية.

(١٥) أى إلى الكافر والرقيق.

(١٦) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" إنما خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه، لأن الشبهة إنما ترد على قولهما، لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل على رده عندهما بناء على الملك، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع. (ك)

(١٧) أى لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله. (نت)

لأن الحربى^(١) أبعد من الذمى^(٢)، فأولى بسلب الولاية، وأما المرتد، فتصرفه فى ماله وإن كان نافذاً^(٣) عندهما، لكنه^(٤) موقوف^(٥) على ولده، ومال ولده بالإجماع، لأنها ولاية نظرية، وذلك^(٦) باتفاق الملة، وهى مترددة^(٧)، ثم تستقر جهة الانقطاع^(٨) إذا قتل^(٩) على الرذة، فيبطل^(١٠)، وبالإسلام يجعل^(١١) كأنه لم يزل مسلماً فيصح^(١٢).

باب الوكالة بالخصومة والقبض^(١٣)

قال^(١٤): الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض^(١٥) عندنا خلافاً لزفر^(١٦)، وهو يقول: إنه^(١٧) رضى بخصومته والقبض غير الخصومة، ولم يرض^(١٨) به^(١٩)، ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض.

والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على

(١) أى وإن كان مستأماً. (نت)

(٢) قوله: "أبعد من الذمى" ألا ترى أن شهادته على الذمى لا تقبل، والذمى صار منا، وأراد إن لم يكن منا ديناً، وتحقق فى حق الذمى ما هو خلف عن الإسلام، ولم يثبت فى حق الحربى شىء من الأصل والخلف. (ك)

(٣) أى وإن كان نافذاً. (نت)

(٤) أى لكن تصرفه.

(٥) إن أسلم جاز وإلا فلا. (ع)

(٦) أى النظر والشفقة.

(٧) فإنه يحتمل أن يعود المرتد مسلماً.

(٨) أى انقطاع الولاية.

(٩) المرتد.

(١٠) تصرف المرتد.

(١١) المرتد.

(١٢) تصرفه.

(١٣) قوله: "باب الوكالة إلخ" أخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء، لأن الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاء ممن هو فى ذمته، وذلك فى الأغلب يكون بمطالبة المبيع أو الثمن، أو لأنها مهجورة شرعاً، فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور. (نتائج الأفكار)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) سواء كانت الخصومة فى الدين أو فى العين. (ك)

(١٦) فإنه يقول: لا يكون وكيلاً بالقبض.

(١٧) الموكل.

(١٨) الموكل.

(١٩) أى بالقبض.

الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل بالتقاضي^(١) يملك القبض على أصل الرواية، لأنه^(٢) في معناه^(٣) وضعاً^(٤)، إلا أن العرف بخلافه^(٥)، وهو قاضٍ على الوضع^(٦)، فالفتوى على أن لا يملك^(٧).

قال^(٨): فإن كانا^(٩) وكيلين بالخصومة لا يقبضان^(١٠) إلا معاً؛ لأنه^(١١) رضى بأمانتهما لا بأمانة أحدهما، واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة^(١٢) على ما مر^(١٣).

قال^(١٤): والوكيل بقبض الدين^(١٥) يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة^(١٦)، حتى لو أقيمت عليه البينة^(١٧) على استيفاء الموكل، أو إبراءه تقبل عنده. وقالوا: لا يكون خصماً^(١٧)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، لأن القبض غير الخصومة^(١٨)، وليس كل^(١٩) من يؤتمن على المال يهتدى في الخصومات، فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها^(٢٠).

(١) أى طلب الدين من الديون.

(٢) التقاضى.

(٣) القبض.

(٤) فى القاموس تقاضاه الدين قبضه منه. (نت)

(٥) لأنه يراد به المطالبة فى العرف. (ك)

(٦) قوله: "وهو قاضٍ على إلخ" أى العرف قاضٍ وحاكم، وراجع على الوضع، لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس، وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز، فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية. (عينى)

(٧) أى لا يملك الوكيل بتقاضى الدين للقبض لفساد الزمان.

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) الرجلان.

(١٠) الدين أو العين.

(١١) الموكل.

(١٢) فإن اجتماعهما عليها غير ممكن.

(١٣) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشعب فى مجلس القضاء. (نت)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "والوكيل بقبض الدين إلخ" قيد بالدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة بالإجماع، والأصل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلاً بالخصومة، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير، وإذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلاً بالخصومة، لأن التملك إنشاء تصرف، وحقوق العقد تتعلق بالعاقده، فكان خصماً فيها. (ك)

(١٦) من المديون.

(١٧) فلا تقبل بينة الخصم عليه.

(١٨) فلا يكون الوكيل بالقبض وكيلاً بالخصومة.

(١٩) هذا دليل ثان.

ولأبى حنيفة: أنه وكله بالتملك^(١)، لأن الديون تقضى بأمثالها^(٢) إذ قبض الدين نفسه لا يتصور^(٣) إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه^(٤)، فأشبهه^(٥) الوكيل بأخذ الشفعة^(٦)، والرجوع في الهبة^(٧)، والوكيل بالشراء^(٨) والقسمة^(٩)، والرد بالعيب^(١٠)، وهذه^(١١) أشبهه بأخذ الشفعة حتى يكون^(١٢) خصماً قبل القبض كما يكون^(١٣) خصماً قبل الأخذ هنالك^(١٤)، والوكيل بالشراء^(١٥) لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء، وهذا^(١٦) لأن المبادلة تقتضى حقوقاً، وهو^(١٧) أصيل فيها^(١٨)، فيكون

(٢٠) أى بالخصومة.

(١) قوله: "أنه وكله إلخ" أى أن الموكل وكل الوكيل بقبض الدين بتملك المقبوض بمقابلة ما فى ذمة المدين قصاصاً لأن الدين إلخ. (نتائج)

(٢) لا بأعيانها، وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه. (ك)

(٣) لأنه وصف ثابت فى الذمة.

(٤) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: لأن الدين تقضى بأمثالها يعنى أن الدين وإن كانت تقضى بأمثالها لا بأعيانها لما ذكرنا آنفاً إلا أن قبض المثل جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه، ولهذا يجبر المدين على الأداء، ولو كان تملكاً محضاً لما أجبر عليه، وكذا إذا ظفر الدائن بجنس حقه حل له الأخذ. (نت)

(٥) قوله: "فأشبهه" أى الوكيل بقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة يعنى أشبه ذلك فى كونه خصماً، فإنه إذا أقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل. (نت)

(٦) أى بأخذ الدار بالشفعة.

(٧) قوله: "والرجوع فى الهبة" يعنى إذا وكل وكيلاً بالرجوع فى الهبة كان خصماً حتى إذا أراد الرجوع، فأقام الموهوب له البينة على أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته. (عيني)

(٨) قوله: "والوكيل بالشراء" أى فأشبهه الوكيل بالشراء فإنه خصم يطالب بحقوق العقد، ولا يرى لفصله عما قبله بإعادة لفظ الوكيل كثير فائدة. (نت)

(٩) قوله: "والقسمة" بأن وكل أحد الشريكين وكيلاً بأن يقاسم مع شريكه، فالشريك أقام البينة على الوكيل بأن شريكى الذى هو موكلك أخذ نصيبه تقبل لأنه خصم. (ك)

(١٠) قوله: "والرد بالعيب" بأن وكل المشتري رجلاً برد المبيع على البائع فأقام البينة على الوكيل أن المشتري رضى بالعيب تقبل بينته، لأنه خصم. (ك)

(١١) قوله: "وهذه" أى مسألة الكتاب وهى مسألة الوكيل بقبض الدين أشبهه بأخذ الشفعة، أى أشبهه بالوكيل بأخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء، كذا صرحوا به فى شروح "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) الوكيل بقبض الدين.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى فى أخذ الشفعة.

(١٥) قوله: "والوكيل بالشراء" تخصيص الوكيل بالشراء بالذكر يدل على أن المراد بالفضل عليه فى قوله: فيما مر، وهذه أشبهه بأخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء. (نت)

(١٦) قوله: "وهذا" أى كونه خصماً لكونه وكيلاً بالتملك، لأنه وكيل بتملك مثل الدين الذى على المدين، وذلك مبادلة هو المأمور بالمبادلة يكون أصيلاً فى حقوق المبادلة. (ك)

خصماً فيها^(١). قال^(٢): والوكيل بقبض العين لا يكون، وكيلاً بالخصومة، لأنه أمين محض^(٣)، والقبض ليس بمبادلة، فأشبهه الرسول، حتى إن من وكل وكيلاً بقبض عبد له، فأقام الذي هو^(٤) في يده البيئة على أن الموكل باعه^(٥) إياه^(٦) وقف الأمر حتى يحضر الغائب^(٧)، وهذا^(٨) استحسان. والقياس أن يدفع^(٩) إلى الوكيل، لأن البيئة قامت لا على خصم^(١٠)، فلم تعتبر، وجه الاستحسان: أنه خصم في قصر يده^(١١) لقيامه مقام الموكل في القبض، فتقتصر يده، وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البيئة على البيع، فصار كما إذا أقام^(١٢) البيئة على أن الموكل عزله^(١٣) عن ذلك^(١٤)، فإنها تقبل في قصر يده^(١٥) كذا هنا. قال^(١٦): وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك^(١٧)، معناه إذا أقامت المرأة البيئة على الطلاق^(١٨)، والعبد والأمة على العتاق

(١٧) أى الأمور بالمبادلة.

(١٨) أى فى حقوق المبادلة.

(١) أى فى الحقوق.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٣) قوله: "لأنه أمين [ورسول. ك] محض" لأنه ليس بوكيل بالمبادلة، فلم يتعلق الحقوق بالقباض، فلا ينتصب

خصماً، فلا تقبل البيئة عليه أصلاً قياساً. (ك)

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أى ذا اليد.

(٧) أى الموكل.

(٨) أى وقوف الأمر. (نت)

(٩) العبد.

(١٠) لأن الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم.

(١١) قوله: "أنه [أى الوكيل بقبض الوديعة] خصم إلخ" يعنى أن البيئة قامت على شيئين البيع وقصر يد الوكيل،

ففى حق زوال الملك عن الموكل إن قامت البيئة لا على خصم، ففى قصر يد الوكيل قامت على خصم، فيسمع هذه البيئة فى قصر يد الوكيل، ولم يسمع فى حق إزالة ملك الموكل. (ك)

(١٢) ذو اليد.

(١٣) الوكيل.

(١٤) أى عن التوكيل بقبض العين.

(١٥) الوكيل.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) قوله: "وغير ذلك" كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من موكل الوكيل، وأقام بيئة على ذلك تقصر يد

الوكيل عن القبض. (ك)

على الوكيل بنقلهم^(١) تقبل في قصر يده^(٢) حتى يحضر الغائب^(٣) استحساناً^(٤) دون العتق والطلاق^(٥). قال^(٦): وإذا أقر الوكيل^(٧) بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد استحساناً، إلا أنه يخرج من الوكالة^(٨)، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن^(٩) أقر في غير مجلس القضاء. وقال زفر والشافعي: لا يجوز^(١٠) في الوجهين^(١١)، وهو^(١٢) قول أبي يوسف أولاً، وهو^(١٣) القياس؛ لأنه مأمور بالخصومة، وهي منازعة، والإقرار يضاده^(١٤)، لأنه^(١٥) مسألة^(١٦)، والأمر بالشئ لا يتناول ضده، ولهذا^(١٧) لا يملك الصلح والإبراء، ويصح إذ استثنى الإقرار^(١٨)، وكذا لو وكله^(١٩)

- (١٨) قوله: "معناه إذا قامت إلخ" أي إذا أراد الوكيل بنقل المرأة إلى زوجها نقلها، والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما، فأقامت المرأة إلخ. (٤)
- (١) أي المرأة والعبد والأمة.
- (٢) الوكيل.
- (٣) قوله: "حتى يحضر الغائب [أي الموكل]" فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة على العتاق والطلاق. (عيني)
- (٤) وأما قياساً فلا تقبل لقيامها لا على خصم. (نت)
- (٥) قوله: "دون إلخ" أي لا تقبل البينة في حق العتق والطلاق، لأن الوكيل ليس بخصم فيهما، ولكنه خصم في قصر يده، وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتاق والطلاق على الغائب، فتقبل في القصر دون غيره. (عيني)
- (٦) أي القدروري في "مختصره". (نت)
- (٧) قوله: "وإذا أقر الوكيل" سواء كان وكيل المدعى، أو وكيل المدعى عليه، وإقرار وكيل المدعى هو أن يقر أن موكله قبض هذا المال، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجود المال على المدعى عليه. (ك)
- (٨) فلا يدفع إليه المال. (٤)
- (٩) الواو وصلية.
- (١٠) إقراره.
- (١١) أي مجلس القاضي وغيره.
- (١٢) قول زفر.
- (١٣) قول زفر.
- (١٤) قوله: "والإقرار يضاده" فإن الخصومة اسم الكلام يجري بين اثنين على سبيل المشاجرة والمنازعة، والإقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسألة والموافقة. (ك)
- (١٥) الإقرار.
- (١٦) مسألة: أشتى كردن با کسی. (من)
- (١٧) قوله: "ولهذا" أي لأجل عدم تناول الأمر بالشئ ضده لا يملك، أي الوكيل بالخصومة الصلح لوجود المضادة، لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل، والإبراء لأنه إسقاط، وهو مأمور بالاستيفاء. (عيني)
- (١٨) قوله: "ويصح [أي التوكيل بالخصومة] إذا استثنى الإقرار" بأن وكله بالخصومة غير الإقرار، أي لو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار. (ك)

بالجواب مطلقاً^(١) يتقيد^(٢) بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك، ولهذا يختار فيه^(٣) الأهدى فالأهدى^(٤). وجه الاستحسان أن التوكيل^(٥) صحيح قطعاً^(٦)،

قوله: "إذا استثنى الإقرار" قال تاج الشريعة: معناه أن الإقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناءه كما لو استثنى الإنكار، وكما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الثمن، ولا يسلم المبيع، انتهى، واقتضى أثره صاحب "العناية"، ثم قال: وفيه نظر، لأنه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء، انتهى.

أقول: نظره ساقط جداً، لأن عدم تناول إنما ينافي - حجة الاستثناء المتصل دون الاستثناء المنقطع، نعم، يرد أن من يقول بصحة استثناء الإقرار من التوكيل بالخصومة، فمن يقول بجواز إقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة بل يقول بكونه من جزئياته، كما سيظهر من تقرير المصنف، فلا يتم التقريب، لأنه لا يكون قوله: ويصح إذا استثنى الإقرار على المعنى المذكور حجة عليه. (نتائج)

(١٩) قوله: "وكذا لو وكله إلخ" هذه المسألة ذكرت ههنا على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحاً لا يتناول الإقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار بدلالة العرف، فكيف يتناول الإقرار إذا وكله الخصومة بمجرد احتمال أن يراد بالخصومة مطلق الجواب مجازاً. (نت)

قوله: "وكذا لو وكله بالجواب إلخ" قال صاحب "النهاية": هذه مسألة مبتدأة خلافية، ليس إيرادها على وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقاً فهو على هذا الخلاف أيضاً، كذا في الاختلافات البرهانية. انتهى.

وقد اقتضى أثره أكثر الشراح إلا أن صاحب "العناية" ذكره بطريق النقل عن "النهاية"، وقال صاحب غاية البيان: هذا سهو القلم من صاحب "الهداية"، وظنى أنه أراد بذلك في ما لو وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة، يعني لما كان الأمر بالشيء لا يتناول ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح، وصح استثناء الموكل الإقرار، انتج أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة، وهو الإنكار لا بجواب هو مسألة، أى الإقرار.

ولأجل أن التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار في التوكيل بالخصومة الأهدى فالأهدى، ولا يصح كلام صاحب "الهداية" بأجزائه على ظاهره، لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد بجواب هو خصومة، أى الإنكار، لأن المأمور به هو مطلق الجواب، وهو يشمل الإقرار والإنكار، بخلاف الخصومة، إذ يجوز أن يقول زفر: بين الخصومة والإقرار مضادة. ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف أنه لو وكله بالجواب المطلق، فأقر يصح فعلم أنه إذا وكله بالجواب المطلق لا يتقيد بجواب هو خصومة، وقد تحير بعض الشارحين في هذه المقام، فقال: هذه المسألة مبتدأة لا للاستشهاد، أى ههنا كلامه.

أقول: فيه نظر إما أولاً: فلأن كون الكلام المذكور من سهو القلم مما لا ينبغي أن ينسب إلى من له أدنى تمييز فضلاً عن أن ينسب إلى صاحب "الهداية" ذلك الإمام الذي لن تسمح بمثله الأدوار ما دار الفلك الدوار، فإن بين الكلام المذكور وبين ما ظنه مراداً بذلك بونا بعيداً من حيث اللفظ والمعنى، فأنى يتيسر الحمل على أن يكون أحدهما سهواً عن الآخر. وأما ثانياً: فلأن لا نسلم عدم تصحيح كلام صاحب "الهداية" بإجراءه على ظاهره، وقوله: لأنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول أبي حنيفة ومحمد، وقول أبي يوسف آخرها بجواب هو خصومة، فهذا مسلم لكن لا يضر بتصحيح كلام المصنف بإجراءه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولاً وإن أراد بذلك أنه لو وكله بالجواب مطلقاً لا يتقيد على قول زفر والشافعي، وقول أبي يوسف أولاً أيضاً بجواب هو خصومة، فممنوع كيف، وقد صرح في الاختلافات البرهانية أن هذه المسألة أيضاً على الخلاف المذكور في التوكيل بالخصومة. (نتائج)

(١) عند زفر والشافعي. (ن)

(٢) قوله: "يتقيد" ولا يتقيد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، كذا يفهم من "نتائج الأفكار".

(٣) قوله: "يختار فيه [أى فى التوكيل بالخصومة. عيني]" وفى الإقرار لا يحتاج إلى زيادة "الهداية". (ك)

(٤) أى من كان أكثر هداية فى طريق الخصومة. (عيني)

(٥) أى المذكور بالخصومة.

وصحته^(١) بتناوله ما يملكه قطعاً، وذلك^(٢) مطلق الجواب دون أحدهما عيناً^(٣)، وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى، فيصرف إليه^(٤) تحريماً للصحة قطعاً، ولو استثنى الإقرار^(٥)، فعن أبي يوسف أنه لا يصح^(٦)، لأنه^(٧) لا يملكه، وعن محمد أنه يصح^(٨)، لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه^(٩) إياه^(١٠)، وعند الإطلاق يحمل على الأولى^(١١). وعنه^(١٢) أنه فصل بين الطالب والمطلوب^(١٣)، ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه، ويخير الطالب فيه^(١٤)، فبعد ذلك^(١٥)

(٦) أى إجماعاً من كل وجه.

(١) قوله: "وصحته" أى صحة هذا التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعاً، لأن التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه، وهو غير صحيح. (نت)
(٢) أى المملوك قطعاً.

(٣) قوله: "دون أحدهما عيناً" أى لا يملك أحدهما، وهو الإقرار أو الإنكار معيناً، لأنه ربما يكون الجواب بأحدهما معيناً حراماً، لأنه لو كان خصمه محققاً لا يملك الإنكار شرعاً، ولو كان مبطلاً يكون حقه في الإنكار لا غير، فلا يملك المعين منهما قطعاً، فلا يجوز التوكيل به قطعاً، فيصح من وجه دون وجه، فحملناه على المجاز، وهو الجواب مطلقاً تحريماً لصحته قطعاً، وطريق المجاز موجود، أى بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب، وإطلاق السبب، وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز على ما نبينه، إشارة إلى ما ذكره عند قوله: هما يقولان: إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة. (عيني)

(٤) أى إلى مطلق الجواب.

(٥) قوله: "استثنى إلخ" جواب عن تشهد زفر، ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف، لأنه لا يملك الاستثناء لأن ملكه يستلزم بقاء الإنكار عيناً، وقد لا يحل. (عناية)

(٦) أى استثناء الإقرار. (ك)

(٧) أى لأن الموكل لا يملك الاستثناء. (نت)

(٨) قوله: "وعن محمد أنه يصح" أى إن استثنى الإقرار يصح لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار، فصار زيادة دلالة على ملكه إياه، وعند الإطلاق، أى عند إطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثناء الإقرار يحمل إلخ. (عيني)

(٩) قوله: "زيادة دلالة إلخ" لجواز أن يكون الخصم محققاً، فإذا نص على استثناء الإقرار دل على أنه علم بيقين أن خصمه مبطل حملاً لأمر المسلم على الصلاح، فتعين الإنكار. (٤)

(١٠) أى تملكه الإنكار. (نت)

(١١) قوله: "يحمل على الأولى" أى على ما هو الأولى بالمسلم، وهو مطلق الجواب، فإنه حلال في عموم الأحوال والخصومة منازعة، وهى حرام، والتوكيل بالحرام حرام، فحملناه على المجاز بظاهر حاله. (ك)

(١٢) قوله: "وعنه" أى عن محمد أنه لم يصح استثناء الإقرار من المطلوب لكونه مجبوراً عليه، وإنما يكون مجبوراً لدفع ضرر المدعى، وفى صحة استثناء الإقرار إضرار به، وصح استثناء الإقرار من وكيل الطالب لأنه مخير فى أصل الخصومة، فله ترك أحد وجهيها. (ك)

(١٣) أى بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب. (٤)

(١٤) قوله: "ويخير الطالب فيه" ولم يذكر المصنف الجواب عن صورتي الصلح والإبراء، فنقول: التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب لما ذكرنا، ومطلق الجواب إما بلا، أو نعم، والصلح عقد آخر يحتاج إلى عبارة

يقول أبو يوسف: إن الوكيل قائم مقام الموكل، وإقراره^(١) لا يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار نائبه. وهما^(٢) يقولان: إن التوكيل^(٣) يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة^(٤) أو مجازاً^(٥)، والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً، إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة^(٦)، أو لأنه^(٧) سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء، فيختص به^(٨) لكن إذا أقيمت البينة^(٩) على إقراره^(١٠) في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة^(١١)، حتى لا يؤمر^(١٢) بدفع المال إليه^(١٣)، لأنه صار مناقضاً، وصار كالأب أو الوصي^(١٤) إذا

أخرى خلاف ما وضع للجواب، وكذلك الإبراء، فلا يتناوله اللفظ للموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازاً. (٤)

(١٥) قوله: "فبعد ذلك" شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الأئمة، أي بعد ما ثبت أن التوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب. (نت)

(١) الموكل.

(٢) أي الطرفان.

(٣) بالخصومة.

(٤) بأن أنكر. (ك)

(٥) بأن أقر. (ك)

(٦) قوله: "إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة" أي في جواب الخصومة، وإطلاق اسم أحد المتقابلين على الآخر جائز مجاز، قال الله تعالى: ﴿فافتعدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾، ﴿وجزاء سيفة مثلهما﴾. (٤)

(٧) قوله: "أو لأنه" أي أو لأن الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهراً، والجواب تارة بلا، وتارة بنعم، والسببية طريق المجاز، ولهذا يختص بمجلس القضاء. (ك)

(٨) قوله: "فيختص به" أي فيختص جواب الخصومة بمجلس القضاء، فالإقرار الذي في غير مجلس القضاء ليس بخصومة، لا حقيقة، وهو ظاهر، ولا مجازاً، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فالإقرار ليس خصومة مجازاً في غيره. (عيني)

(٩) قوله: "لكن إذا أقيمت إلخ" هذا استدراك من قوله: فيختص به، وفيه إشارة إلى دفع ما يقال: إذا لم يكن الإقرار في غير مجلس القضاء جواباً كان الواجب أن لا يعتبر، ولا يخرج عن الوكالة. (نت)

(١٠) الوكيل.

(١١) قوله: "يخرج [الوكيل] من الوكالة" لأنه لا يمكن أن يبقى وكيلاً بمطلق الجواب، لأنه لا يملك الإنكار، لأنه يصير مناقضاً في كلامه، فلو بقي وكيلاً لبقى وكيلاً بجواب مقيد، وهو الإقرار، وما وكله بجواب مقيد، وإنما وكله بالجواب مطلقاً. (كافي)

(١٢) الخصم.

(١٣) الوكيل.

(١٤) قوله: "وصار إلخ" أي صار كالأب والوصي إذا أقر على اليتيم أنه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح إقرارهما عليه، ولكن لا يدفع المال إليهما لزعهما ببطان حق الأخذ، وإنما لا يصح إقرارهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر في الإقرار على الصغير، فأما التفويض من الموكل حصل مطلقاً غير مقيد بشرط النظر، فيدخل تحته الإقرار والإنكار جميعاً، غير أن الإقرار صحته يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا. (ك)

أقر في مجلس القضاء لا يصح^(١)، ولا يدفع المال إليه.

قال^(٢): ومن كفل بمال عن رجل، فوكله صاحب المال^(٣) بقبضه^(٤) عن الغريم^(٥) لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً^(٦)، لأن الوكيل من يعمل لغيره، ولو صححناها^(٧) صار عاملاً لنفسه^(٨) في إبراء ذمته، فانعدم الركن^(٩)، ولأن قبول قوله^(١٠) ملازم للوكالة لكونه أميناً، ولو صححناها^(١١) لا يقبل^(١٢) لكونه مبرئاً نفسه، فينعدم^(١٣) بانعدام لازمه^(١٤)، وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته^(١٥) للغرماء^(١٦)، ويطالب العبد بجميع الدين، فلو وكله الطالب^(١٧) بقبض المال^(١٨) عن العبد كان^(١٩) باطلاً لما بيناه^(٢٠).

(١) قوله: "إذا أقر إلخ" بيانه أن الأب والوصى إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه، فصدقه الأب أو الوصى، ثم جاء يدعى ذلك المال لا يدفع المال إليهما، لأنهما خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي. (عيني)

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٣) أي رب الدين. (ك)

(٤) المال.

(٥) المديون.

(٦) قوله: "لم يكن وكيلاً إلخ" حتى لو هلك المال في يده لا يهلك على الموكل، وقوله: أبداً، أي قبل براءة الكفيل، وبعدها، أما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من انعدام ركن الوكالة، وأما بعد البراءة فإنه لما لم يوجب وكالة حال وجود التوكيل للمانع لا يتقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب، فلم يصح لعدم قبوله، وهو شرط، ثم إذا بلغه الخبر، فأجاز لا يجوز أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد. (ك)

(٧) الوكالة.

(٨) قوله: "صار عاملاً لنفسه" لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل، وقبضه يبرأ ذمة الكفيل، فكذا بقبض الوكيل.

(عيني)

(٩) قوله: "فانعدم الركن" أي ركن الوكالة، وهو العمل للغير، فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه، وصار هذا كالمحتال إذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلاً لما قلنا. (ك)

(١٠) الوكيل.

(١١) الوكالة.

(١٢) قوله.

(١٣) التوكيل.

(١٤) أي قبول قول الوكيل.

(١٥) العبد.

(١٦) أي لزمه ضمان قيمته للغرماء. (ك)

(١٧) رب الدين.

(١٨) الدين.

(١٩) توكيل.

قال^(١): ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه، فصدقه الغريم^(٢) أمر^(٣) بتسليم الدين إليه؛ لأنه^(٤) إقرار^(٥) على نفسه^(٦)، لأن ما يقضيه^(٧) خالص ماله^(٨).

فإن حضر الغائب فصدقه^(٩)، وإلا دفع إليه^(١٠) الغريم الدين ثانياً، لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر^(١١) الوكالة، والقول في ذلك^(١٢) قوله^(١٣) مع يمينه^(١٤)، فيفسد الأداء، ويرجع^(١٥) به على الوكيل إن كان^(١٦) باقياً في يده^(١٧)، لأن غرضه^(١٨) من الدفع براءة ذمته، ولم يحصل، فله^(١٩) أن ينقض قبضه^(٢٠)، وإن كان ضاع^(٢١) في يده^(٢٢) لم يرجع^(٢٣) عليه^(٢٤)؛ لأنه بتصديقه^(٢٥) اعترف إنه^(٢٦) محق في القبض وهو^(٢٧)

(٢٠) قوله: "لما بناه" من أن الوكيل من يعمل لغيره، وههنا لما كان المولى ضامناً لقيمته كان في مقدارها عاملاً لنفسه لأنه يبرأ به نفسه، فيكون التوكيل باطلاً. (٤)

(١) أي القدرى في "مختصره". (نت)

(٢) المديون.

(٣) الغريم.

(٤) أي لأن تصديقه.

(٥) بحق.

(٦) ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه إلى المقر له.

(٧) وفي نسخة: يقبضه.

(٨) قوله: "خالص ماله [الغريم]" لأن الديون تقضى بأمثالها، فما أداه المديون مثل مال رب المال لا

عينه. (عيني)

(٩) فيها.

(١٠) أي إلى الدائن.

(١١) الغائب الدائن.

(١٢) أي في إنكار الوكالة.

(١٣) أي قول رب الدين.

(١٤) قوله: "مع يمينه" لأن الدين كان ثابتاً، والمديون يدعى أمراً عارضاً، وهو سقوط الدين بأداءه إلى الوكيل،

والموكل ينكر الوكالة، والقول قول المنكر مع يمينه، وإذا لم يثبت الاستيفاء فسد الأداء، وهو واجب على المديون، فيجب الدفع ثانياً. (٤)

(١٥) المديون.

(١٦) المال.

(١٧) الوكيل.

(١٨) المديون.

(١٩) غريم.

(٢٠) الوكيل.

(٢١) المال.

مظلوم في هذا الأخذ^(١)، والمظلوم لا يظلم غيره^(٢). قال^(٣): إلا أن يكون^(٤) ضمنه عند الدفع^(٥)؛ لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه^(٦) في زعمهما^(٧)، وهذا كفالة أضيفت إلى حالة القبض^(٨)، فتصح^(٩) بمنزلة الكفالة^(١٠) بما ذاب^(١١) له على فلان، ولو كان الغريم لم يصدقه^(١٢) على الوكالة، ودفعه^(١٣) إليه على ادعاءه^(١٤)، فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل، لأنه^(١٥) لم يصدقه في الوكالة، وإنما دفعه^(١٦) إليه على رجاء الإجازة^(١٧)،

(٢٢) الوكيل.

(٢٣) المديون.

(٢٤) الوكيل.

(٢٥) قوله: "لأنه [المديون] بتصديقه إلخ" فإن قيل: هذا الوجه يقتضى أن لا يرجع عليه إذا كانت العين في يده باقية أيضاً، فالجواب أن العين إذا كانت باقية أمكن نقض قبضه، فيرجع بنقضه، إذ لم يحصل غرضه من التسليم، وأما إذا هلك فلم يمكن نقضه، فلم يرجع عليه. (٤)

(٢٦) الوكيل.

(٢٧) المديون.

(١) أى أخذ رب الدين ثانياً.

(٢) قوله: "والمظلوم لا يظلم إلخ" فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك، لأن الوكيل فى زعمه محق فى قبض الدين عنه، وبعد ما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم. (عيني)

(٣) قوله: "قال" أى المصنف فى البداية إلا أن يكون ضمنه عند الدفع، أى عند دفع المال إلى الوكيل، وهذا استثناء من قوله: لم يرجع عليه. (نت)

(٤) المديون.

(٥) قوله: "ضمنه [أى الوكيل] عند الدفع" وصورة التضمنين أن يقول الغريم للوكيل: نعم، أنت وكيل، ولكن لا آمن أن يحضر الطالب ويجحد وكالتك، ويأخذ منى ثانياً، ويصير ذلك ديناً لى عليه باتفاق بينى وبينك، فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ منى؟ فقبل صح وصار كفيلاً. (ك)

(٦) رب الدين.

(٧) أى الوكيل والمديون.

(٨) أى قبض رب الدين ثانياً. (ك)

(٩) الكفالة.

(١٠) قوله: "بمنزلة الكفالة إلخ" وجه المشابهة بين المسألتين كون كل واحدة منهما كفالة أضيفت إلى حال وجوب فى المستقبل على المكفول عنه. (نت)

(١١) أى يذوب، ثبت.

(١٢) يعنى ولم يكذبه أيضاً بل كان ساكتاً لأن فرع التكذيب يجىء. (٤)

(١٣) الغريم المال.

(١٤) التوكيل.

فإذا انقطع رجاءه رجع عليه^(١)، وكذا^(٢) إذا دفعه^(٣) إليه على تكذيبه إياه في الوكالة، وهذا أظهر^(٤) لما قلنا^(٥). وفي الوجوه كلها^(٦) ليس له^(٧) أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب، لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً^(٨) أو محتملاً^(٩)، فصار كما إذا دفعه^(١٠) إلى فضولى على رجاء الإجازة^(١١) لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة، ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه. ومن^(١٢) قال: إني وكيل بقبض الوديعة، فصدقه المودع^(١٣) لم يؤمر^(١٤)

(١٥) الغريم.

(١٦) أى إجازة رب المال.

(١٧) قوله: "رجع عليه [أى الغريم]" لا يقال: بأن الدفع إذا كان على رجاء الإجازة كان المدفوع إليه فضولياً، فيكون المدفوع أمانة في يده، فلا يكون ضامناً لأن المدفوع إليه يقبضه ليكون أمانة عنده من جهة المديون، وإنما يقبضه ليكون أمانة من جهة الطالب، فلا يمكن اعتبار الأمانة من جهة المديون. (ك)

(١) الوكيل.

(٢) أى رجع الغريم على الوكيل.

(٣) أى المال.

(٤) قوله: "وهذا أظهر" أى جواز الرجوع فى صورة التكذيب أظهر منه فى الصورتين الأوليين، وهو التصديق مع التضمن، والسكوت، لأنه إذا كذبه صار الوكيل فى حقه بمنزلة الغاصب وللمغضوب منه حق الرجوع على الغاصب. (عنى)

(٥) إشارة إلى قوله: إنما دفعه إليه على رجاء إلخ [أى دليل الرجوع]. [نت]. (٦)

(٦) قوله: "وفى الوجوه كلها" وهى الوجوه الأربعة، وهى دفعه مع التصديق من غير تضمن، ودفعه بالتصديق مع التضمن، ودفعه ساكناً من غير تكذيب ولا تصديق، ودفعه مع التكذيب. (ك)

(٧) أى الغريم.

(٨) أى فى حالة التصادق. (ك)

(٩) أى فى حالة التكاذب. (ك)

(١٠) الدين الذى عليه.

(١١) من رب الدين.

(١٢) هذا لفظ القدورى. (نت)

(١٣) قوله: "فصدقه المودع إلخ" ثم إن الوجوه الأربعة المذكورة فى الوكيل بقبض الدين واردة فى الوكيل بقبض الوديعة أيضاً فإنه قال فى "المبسوط": "وإذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة: ما وكلتك وحلف على ذلك، وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض إن كان عنده بعينه، لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال: هلك منى، أو دفعته إلى الموكل فهو على التفصيل الذى قلنا: إن صدقه المستودع فى الوكالة لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، أو صدقه، وضمنه كان له أن يضمه. (نت)

(١٤) قوله: "لم يؤمر إلخ" ولو سلم مع هذا ثم أراد الاسترداد هل له ذلك؟ ذكر شيخ الإسلام علاء الدين فى "شرح الجامع" أنه لا يملك الاسترداد، لأنه ساع فى نقض ما أوجبه، وقال أيضاً: وإذا لم يؤمر المودع بالتسليم، ولم يسلم حتى ضاعت فى يده بل يضمن قيل: لا يضمن، وكان ينبغى أن يضمن، لأن المنع من وكيل المودع فى زعمه بمنزلة المنع من المودع، والمنع من المودع يوجب الضمان، فكذا من وكيله. (ك)

بالتسليم إليه ؛ لأنه ^(١) إقرار بجال الغير ^(٢) بخلاف الدين ^(٣) ، ومن ادعى ^(٤) أنه مات أبوه ، وترك الوديعة ميراثاً له لا وارث له غيره ، وصدقه المودع أمر بالدفع إليه ، لأنه لا يبقى ماله ^(٥) بعد موته ، فقد اتفقا على أنه مال الوارث ^(٦) . ولو ادعى ^(٧) أنه اشترى الوديعة من صاحبها ، فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه ^(٨) ، لأنه ^(٩) مادام حياً كان ^(١٠) إقراراً بملك الغير ، لأنه ^(١١) من أهله ^(١٢) ، فلا يصدقان ^(١٣) في دعوى البيع عليه ^(١٤) .

قال ^(١٥) : فإن وكل وكيلاً بقبض ماله ^(١٦) ، فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه ^(١٧) يدفع المال إليه ؛ لأن الوكالة ^(١٨) قد ثبتت بالتصادق ، والاستيفاء لم

(١) أى لأن تصديقه.

(٢) لأن الوديعة مال الغير . (ك)

(٣) قوله: "بخلاف الدين [حيث يؤمر هناك بالتسليم إليه]" لأن ما يقضيه المديون خالص ماله، لأن المديون تقضى بأمثالها، فكان ما أداه المديون مثل مال رب الدين لا عينه، فكان تصديقه إقراراً على نفسه بأداء المال، ومن أقر على نفسه بالمال يجبر على الأداء. (ك)

قوله: "بخلاف الدين" أى بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين.

(٤) قوله: "ومن ادعى [ذكره المصنف تفريراً على مسألة القدورى. نت] هذه المسألة، وكذا التي بعدها ليستا من مسائل باب الوكالة، ولكنه لما ذكر سابقاً مسألة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة أوردتها عقيبها لمناسبة ما، ولا حرج فيه. (مولانا محمد عبد الحلیم نور اللہ مرقدہ)

(٥) قوله: "لأنه لا يبقى ماله [أى مال المودع - بالكسر] - بالنصب - هكذا معرب بإعراب شيخى، أى لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته، أى منسوباً إليه ومملوكاً له، وكان انتصابه على تأويل الحال، كما فى كلمته: فاه إلى فى، أى مشافهاً إياه. (ن)

(٦) قوله: "فقد اتفقا [أى المدعى والمودع - بالفتح] - على أنه مال الوارث" فلا بد من الدفع إليه، قال صاحب "التسهيل": أقول: فيه إقرار على الغير بالموت، فينبغى أن لا يؤمر بالدفع، حتى يثبت موته عند القاضى، انتهى. (نت)

(٧) ذكرها المصنف تفريراً على مسألة القدورى. (نت)

(٨) المدعى.

(٩) أى لأن المودع - بالكسر - .

(١٠) هذا التصديق.

(١٦) أى لأن المودع بالكسر.

(١٢) الملك.

(١٣) أى المودع - بالفتح - والمدعى.

(١٤) أى على المودع - بالكسر - .

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) وأقام الوكيل البينة عليه. (جامع صغير)

(١٧) الغريم.

(١٨) قوله: "لأن الوكالة" قد ثبتت يعنى بالبينة، لأن وضع المسألة كذلك. (٤)

يثبت بمجرد دعواه^(١)، فلا يؤخر^(٢) الحق^(٣)، قال^(٤): ويتبع^(٥) رب المال فيستحلفه^(٦) رعاية لجانبه، ولا يستحلف^(٧) الوكيل؛ لأنه نائبه^(٨).

قال^(٩): ومن وكله بعيب^(١٠) في جارية، فادعى البائع رضا المشتري^(١١) لم يرد^(١٢) عليه^(١٣) حتى يحلف المشتري^(١٤) بخلاف مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن هنالك^(١٥) باسترداد ما قبضه الوكيل^(١٦)، إذا ظهر الخطاء عند نكوله^(١٧)، وفي الثاني غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماضٍ على الصحة^(١٨) وإن^(١٩) ظهر الخطاء عند أبي حنيفة كما هو مذهبه^(٢٠)، ولا يستحلف المشتري عنده^(٢١) بعد ذلك^(٢٢)، لأنه^(٢٣) لا

(١) الغريم.

(٢) أى تحليف رب الدين. (٤)

(٣) أى حق القبض. (نت)

(٤) أى محمد.

(٥) الغريم.

(٦) رب المال، فإن حلف مضى الأداء، وإن نكل يتبع الغريم القابض، فيسترد ما قبضه. (نت)

(٧) أى الغريم، أى بأنه ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين.

(٨) قوله: "لأنه نائبه" يعنى أن المطلوب يدعى حقا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلفنا الوكيل لحلفناه بطريق

النيابة، والنيابة لا تجرى فى اليمين. (ك)

(٩) أى محمد. (عيني)

(١٠) أى برد جارية بسبب عيب. (نت)

(١١) بالعيب.

(١٢) الوكيل.

(١٣) البائع.

(١٤) قوله: "حتى يحلف المشتري" يعنى لا يقضى القاضى بالرد عليه حتى يحضر المشتري، ويحلف على أنه لم

يرض بالعيب، بخلاف ما مر من مسألة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين إلى الوكيل قبل تحليف رب الدين. (نت)

(١٥) أى فى مسألة الدين. (ك)

(١٦) قوله: "باسترداد الخ" إذ القضاء لم ينفذ باطناً لأنه ما قضى إلا بمجرد التسليم، فكان كالقضاء بالأموال

المرسلة. (ك)

(١٧) أى نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين.

(١٨) قوله: "ماضٍ على الصحة" لأن قضاء القاضى فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة،

ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهراً وباطناً لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضاء، لأنه لا فائدة إن نكل. (ك)

(١٩) الواو وصلية.

(٢٠) الإمام.

(٢١) الإمام.

(٢٢) أى بعد أن مضى القضاء بالفسخ. (نت)

يفيد. وأما عندهما قالوا: يجب أن يتحد الجواب على هذا^(١) في الفصلين، ولا يؤخر^(٢)، لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء، وقيل: الأصح عند أبي يوسف أن يؤخر^(٣) في الفصلين^(٤)، لأنه يعتبر النظر^(٥)، حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائع، فينتظر للنظر.

قال^(٦): ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله، فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة^(٧)؛ لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء، والحكم فيه ما ذكرناه^(٨)، وقد قررناه^(٩)، فهذا^(١٠) كذلك.

وقيل: هذا استحسان، وفي القياس ليس له ذلك^(١١)، ويصير متبرعاً^(١٢)،

(٢٣) قوله: "لأنه" أي لأن الاستحلاف لا يفيد فإنه لما مضى الفسخ، ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة. (نت)

(١) قوله: "يجب أن يتحد الجواب على هذا" أي على هذا الأصل المذكور في الفصلين، فصل الجارية، وفصل الدين، فيدفع الدين كما تقدم، وترد الجارية، ولا يؤخر إلى تحليف المشتري، لأن عدم التأخير إلى تحليف رب الدين إنما يكون لكون التدارك ممكناً عند ظهور الخطأ، وذلك موجود في صورة الجارية، لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً، فإذا ظهر خطأ القضاء عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري، فلا يؤخر إلى التحليف. (٤)

(٢) القضاء بالرد.

(٣) الرد.

(٤) أي فصل الرد بالعيب، وفصل الدين.

(٥) قوله: "لأنه يعتبر النظر [أي نظر المديون والبائع] الخ" يعني أن من مذهبه أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً، وأراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب، وإن لم يدع البائع، فإذا كان المشتري غائباً لا يرد عليه أيضاً، حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان، ونظراً للبائع والمديون، فصار عنه روايتان، رواية مثل قول محمد، وفي رواية يؤخر فيهما. (ك)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٧) قوله: "فالعشرة بالعشرة" أي العشرة التي أنفقها الوكيل من عند نفسه بمقابلة العشرة التي أخذها من الموكل، أي لا يكون متبرعاً. (ك)

(٨) من رجوع الوكيل على الموكل بما أدى من الثمن. (٤)

(٩) قوله: "وقد قررناه" يعني في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله: وإذا دفع الوكيل الخ. (٤)

(١٠) قوله: "فهذا" أي ما نحن فيه من التوكيل بالإنفاق كذلك، لأن الوكيل بشراء ما يحتاج إليه الأهل قد يضطر إلى شراء ما يصلح لنفقتهم، ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة، فيحتاج إلى أن يؤدي ثمنه من مال نفسه، فكان في التوكيل بذلك تجوز الاستبدال. (٤)

(١١) أي المقاصة.

(١٢) قوله: "ويصير متبرعاً" أي فيما أنفق من ماله، ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه، وإن استهلكها ضمن، لأن الدراهم تتعين في الوكالات، حتى لو هلكت قبل الإنفاق بطلت الوكالة، فإذا أنفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره، فيكون متبرعاً. (عيني)

وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين^(١)، لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق^(٢) يتضمن الشراء، فلا يدخلانه^(٣)، والله أعلم.

باب^(٤) عزل الوكيل

قال^(٥): وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة، لأن الوكالة حقه، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به^(٦) حق الغير، بأن كان^(٧) وكيلاً^(٨) بالخصومة بطلب من جهة الطالب^(٩)، لما فيه من إبطال حق الغير^(١٠)، وصار كالوكالة^(١١) التي تضمنها عقد الرهن^(١٢).

(١) قوله: "في قضاء الدين" هو أن يدفع المديون إلى رجل ألفاً، ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء منه، فإنه في القياس متبرع، حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف الذي دفع إليه لا يكون له، وفي الاستحسان له ذلك لأنه ليس بشراء، هو دليل القياس، أي لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل، فلو لم يجعله متبرعاً لألزمناه ديناً لم يرض به، فجعلناه متبرعاً قياساً. (عيني)

(٢) قوله: "وأما الإنفاق إلخ" يعني أما مسألة الإنفاق فرضى الأمر بثبوت الدين في ذمته للوكيل، بأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق أمر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم المدفوعة إليه بل يتعلق بمثلها في الذمة، ثم يثبت به حق الرجوع على الأمر، فكان راضياً بثبوت الدين، فلم يجعله متبرعاً قياساً أيضاً. (عيني)

(٣) أي القياس والاستحسان.

(٤) قوله: "باب" آخر باب العزل إذ العزل يقتضى سبق الثبوت، فناسب ذكره آخراً. (نت)

(٥) أي القدورى. (عيني)

(٦) أي بالوكالة.

(٧) أي الوكيل.

(٨) من المدعى عليه.

(٩) قوله: "بطلب من جهة الطالب" قيد بالطلب، لأنه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضراً، أو غائباً، ويكون الطلب من جهة الطالب، لأنه لو كان من جهة المطلوب أى المدعى عليه ووكل الطالب، فله عزله عند غيبة المطلوب، لأن الطالب بالعزل يبطل حق نفسه، إذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب، وخصومة الطالب بنفسه حقه، فكذا خصومة من قام مقامه. (كفاية)

(١٠) قوله: "لما فيه [أى فى العزل] من إبطال حق الغير [الطالب]" وهو أن يحضره مجلس الحكم وبخاصته، ويثبت حقه عليه، فلو صح عزله عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق أصلاً، لأنه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل، وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب، فلا يمكنه الخصومة معه أيضاً، بخلاف ما إذا كان الطالب حاضراً فإن: حقه لا يبطل أصلاً، لأنه إن لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب، ويمكنه أن يطلب منه وكيلاً آخر. (ك)

(١١) قوله: "وصار [أى الوكيل الذى كان يطلب من جهة الطالب. نت] كالوكالة إلخ" أى فى تعلق حق الغير بوكالة الوكيل، وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل، إلا أن الموكل فى الرهن لا يملك عزله أصلاً، إذا لم يرض المرتهن به، والمطلوب يملك عزله عند حضرة الطالب، وإن لم يرض به الطالب لأنه لا يبطل حقه حينئذ، لأنه يمكنه أن يخاصم المطلوب، وفى الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل حقه فى البيع أصلاً، لأنه لا يمكنه أن يطلب الراهن بالبيع. (ك)

(١٢) قوله: "كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن" بأن وضع الرهن على يدى عدل وشرط فى الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح، وإن كان يحضره المرتهن ما لم يرض به. (عيني)

قال^(١): فإن لم يبلغه^(٢) العزل^(٣)، فهو على وكالته، وتصرفه جائز حتى يعلم^(٤)؛ لأن في العزل إضراراً به^(٥) من حيث إبطال ولايته^(٦)، أو من حيث رجوع الحقوق إليه، فينقذ من مال الموكل^(٧)، ويسلم المبيع^(٨) فيضمنه^(٩)، فيتضرر به، ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره^(١٠) للوجه الأول^(١١)، وقد ذكرنا اشتراط العدد^(١٢)، أو العدالة في المخير^(١٣)، فلا نعيده.

قال^(١٤): ويبطل الوكالة بموت الموكل^(١٥)، وجنونه جنوناً مطبقاً^(١٦)، ولحاقه بدار الحرب مرتداً؛ لأن التوكيل تصرف غير لازم^(١٧)، فيكون لدوامه^(١٨) حكم ابتداءه، فلا

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) الوكيل.

(٣) أى عزل الموكل إياه.

(٤) الوكيل عزله.

(٥) أى الوكيل.

(٦) قوله: "من حيث إبطال ولايته [من غير علمه]" وفى إبطال ولايته تكذيبه، لأن الوكيل لما زوج لموكله، أو طلق امرأته، أو باع أو اشترى له على ادعاء أنه وكيله، ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكديماً للوكيل فيما ادعى من الوكالة لبطلان ولايته على هذه التصرفات بالعزل، وفى تكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه، وهذا المعنى عام شامل لجميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء. (ك)

(٧) إذا كان وكيلاً بالشراء.

(٨) إذا كان وكيلاً بالبيع.

(٩) أى ما نقد من الثمن، وما سلم من البيع على تقدير صحة العزل. (ك)

(١٠) كالوكيل بالطلاق والعتاق. (ك)

(١١) قوله: "لوجه الأول" وهو أن في العزل إضراراً من حيث إبطال ولايته. (ك)

(١٢) قوله: "وقد ذكرنا اشتراط العدد [أى رجلان أو رجل وامرأتان] إلخ" أى فى فصل القضاء بالمواريث فى

كتاب أدب القاضى فى قوله: ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان إلخ. (٤)

(١٣) بالعزل.

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٥) قوله: "ويبطل الوكالة إلخ" قد تقدم أن من الوكالة ما يجوز للموكل فيه أن يعزل من غير توقف على رضى

أحد، ومنها ما لا يجوز ذلك فيه إلا برضى الطالب، ففى الأول يبطل الوكالة إلخ.

وفى الثانى لا تبطل، لأن التوكيل فى هذا النوع صار لازماً لتعلق حق الغير به، فلا يكون لدوامه حكم ابتداءه، فلا يلزم بقاء الأمر، وكلام المصنف عن بيان التقسيم ساكت، وهو مما لا بد منه. (٤)

(١٦) دائماً.

(١٧) قوله: "تصرف غير لازم" إذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على التراضى من الجانبين، وههنا ليس كذلك،

لأن كلا منهما منفرد فى فسحها، فإن للوكيل أن يمنعه نفسه عن الوكالة، وللموكل أن يمنعه الوكيل عنها. (٤)

(١٨) قوله: "فيكون لدوامه" وإنما كان كذلك، لأن التصرف إذا كان غير لازم كان المتصرف فى كل لحظة من

بد من قيام الأمر^(١)، وقد بطل^(٢) بهذه العوارض^(٣)، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً، لأن قليله^(٤) بمنزلة الإغماء^(٥). وحد المطبق شهر عند أبي يوسف^(٦)، اعتباراً بما يسقط به الصوم^(٧)، وعنه^(٨) أكثر من يوم وليلة، لأنه يسقط به الصلوات الخمس، فصار كالميت. وقال محمد: حول كامل، لأنه يسقط به جميع العبادات^(٩)، فقدر به^(١٠) احتياطاً. قالوا^(١١): الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة^ح؛ لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته^(١٢)، فإن أسلم^(١٣) نفذ، وإن قتل، أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته^(١٤) نافذة، فلا يبطل وكالته، إلا أن يموت أو يقتل على رده، أو يحكم بلحاظه^(١٥)، وقد مر في السير^(١٦)، وإن كان الموكل امرأة، فارتدت فالوكيل على وكالته^(١٧)، حتى تموت، أو تلحق بدار

لحظات دوام التصرف يستبد من النقص والفسخ، فلما لم يفسخ بطل امتناعه عن الفسخ عند إمكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه، وأما إذا كان التصرف لازماً لا يتأتى هذا المعنى، لأن التصرف لا يتمكّن في كل لحظة من الفسخ، فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء. (ك)

(١) أى أمر الموكل بالوكيل فى كل ساعة.

(٢) قوله: "وقد بطل إلخ" فإن قيل: البيع بالخيار غير لازم، ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت، بل يتقرر البيع، ويبطل الخيار. قلنا: الأصل فى البيع اللزوم، وعدم اللزوم بسبب العارض، وهو الخيار، فإذا مات تقرر الأصل، ويبطل العارض. (ك)

(٣) من الموت والجنون والارتداد. (ك)

(٤) أى الجنون، وكثيره كالموت.

(٥) فلا يبطل به الوكالة.

(٦) وأبى حنيفة فى رواية أبى بكر الرازى.

(٧) أى صوم شهر رمضان.

(٨) أى عن أبى يوسف. (نت)

(٩) قوله: "لأنه يسقط به جميع العبادات" كالصوم والصلاة والزكاة، أما ما دون الحول فلا يمنع وجود الزكاة، فلا يكون فى معنى الموت. (ك)

(١٠) الحول.

(١١) المشايخ.

(١٢) الموقوفة.

(١٣) المرتد.

(١٤) المرتد.

(١٥) قوله: "أو يحكم بلحاظه" أى يحكم الحاكم بلحاظه، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم، فإذا حكم به بطلت الوكالة. (زيلعى)

(١٦) قوله: "وقد مر فى السير" أى مر كون تصرف المرتد موقوفاً عند أبى حنيفة نافذا عندهما مع ما ذكر من دليل الطرفين، مستوفى فى باب أحكام المرتدين من كتاب السير. (نت)

(١٧) قوله: "فالوكيل [أى بالإجماع. نت] على وكالته [ما خلا التوكيل بالتزويج، فإن ردها مخرج الوكيل به

الحرب، لأن ردتها لا تؤثر^(١) في عقودها على ما عرف^(٢).

قال^(٣): وإذا وكل المكاتب^(٤)، ثم عجز، أو المأذون له، ثم حجر عليه، أو

الشريكان^(٥)، فافترقا، فهذه الوجوه^(٦) تبطل الوكالة على الوكيل علم^(٧) أو لم

يعلم؛ لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل بالحجر^(٨) والعجز^(٩)

والافتراق^(١٠)، ولا فرق بين العلم^(١١) وعدمه، لأن هذا عزل حكمي، فلا يتوقف^(١٢)

على العلم^(١٣) كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل^(١٤).

قال^(١٥): وإذا مات الوكيل، أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة؛ لأنه لا

يصح^(١٦) أمره^(١٧) بعد جنونه وموته.

وإن لحق^(١٨) بدار الحرب مرتدّاً لم يجز له التصرف^(١٩) إلا أن يعود^(٢٠) مسلماً^(٢١)

من الوكالة. عناية] مراده أن تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة، أو لحوقها بدار الحرب بالإجماع، بخلاف ما إذا كان الموكل رجلاً فارتد، فإن تصرف الوكيل ليس نافذ هناك عند أبي حنيفة بعد ارتداد موكله، بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه، وأما بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معاً، قبل الموت واللحوق بدار الحرب. (نتائج)

(١) لأنها لا تقتل. (نت)

(٢) في السير. (نت)

(٣) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(٤) بالبيع أو الشراء.

(٥) قوله: "أو الشريكان" أى أحد الشريكين فافترقا، يعنى به أنه يبطل الوكالة فى حق الشريك الآخر الذى لم يوجد منه التوكيل صريحاً، وإنما صار وكيلاً عنه بالشركة، فلما افترقا لم يبق وكيلاً عنه، إما يبقّى وكيلاً فى حق الآخر، وينبغى أن لا يعزل فيما إذا وكل الشريكان صريحاً باقتراحهما. (كفاية)

(٦) أى عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له، وافتراق الشريكين.

(٧) الوكيل.

(٨) فى المأذون له.

(٩) فى المكاتب.

(١٠) فى الشريكين.

(١١) أى علم الوكيل.

(١٢) كالموت.

(١٣) إذ العلم شرط للعزل القصدى لا للعزل الحكمى. (نت)

(١٤) قوله: "إذا باعه" أى إذا باع المبيع الموكل حيث يصير الموكل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل. (عينى)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) قوله: "لأنه لا يصح إلخ" فلو جن ساعة، ثم أفاق فهو على وكالته، وجعل هذا كالنوم. (عينى)

(١٧) قوله: "أمره" الأمر مصدر مضاف إلى المفعول، ومعناه الأمر الذى كان مأموراً به لم يبق صحيحاً، وإنما عبر

عنه بذلك لما ذكرنا من أن لدوامه حكم ابتداءه. (ع)

(١٨) أى الوكيل.

(١٩) قوله: "لم يجز التصرف [فيما وكل به. ع] إلخ" هذا إذا حكم القاضى بلحاظه بدار الحرب، وذكر شيخ

قال^(١): وهذا^(٢) عند محمد، فأما عند أبي يوسف لا يعود الوكالة^(٣). لمحمد أن الوكالة إطلاق، لأنه رفع المانع^(٤)، أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به^(٥)، وإنما عجز^(٦) بعارض اللحاق لتباين الدارين^(٧)، فإذا زال العجز والإطلاق باق عاد وكيلا.

ولأبي يوسف أنه^(٨) إثبات^(٩) ولاية التنفيذ، لأن ولاية أصل التصرف بأهليته^(١٠)، وولاية التنفيذ بالملك^(١١)، وباللحاق^(١٢) لحق بالأموات^(١٣)، وبطلت الولاية، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدير^(١٤)، ولو عاد الموكل مسلماً، وقد^(١٥) لحق بدار الحرب مرتداً^(١٦)، لا تعود الوكالة في الظاهر^(١٧).

الإسلام في "المبسوط": وإن لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً، فإنه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاظه. (ك)

(٢٠) من دار الحرب إلى دار الإسلام.

(٢١) فيعود وكيلا.

(١) أي المصنف.

(٢) أي جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلماً.

(٣) وإن عاد مسلماً.

(٤) قوله: "لأنه رفع المانع" ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً أن يتصرف في شيء لموكله، فإذا وكله رفع المانع. (٤)

(٥) كالحرية والعقل والبلوغ.

(٦) عن التصرف. (٤)

(٧) دار الإسلام ودار الحرب.

(٨) أي التوكيل.

(٩) قوله: "إثبات" أي تملك ولاية التنفيذ فإن الوكيل إنما يملك تنفيذ تصرفه، وعلى موكله بالوكالة. (عناية)

حاصله أن الوكيل له ولايتان، ولاية أصل التصرف، وولاية التنفيذ، والأولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده، والثانية غير

ثابتة قبله، وإنما حدثت بعده، ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل، فكانت ثابتة به.

(١٠) بالعقل والبلوغ والحرية.

(١١) قوله: "ولاية التنفيذ بالملك [وكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة]" أي تملك ولاية التنفيذ ملصق بالملك،

لأن التملك بلا ملك غير متحقق. (عناية)

(١٢) بدار الحرب.

(١٣) والميت ليس بأهل للملك.

(١٤) قوله: "كملكه [المرتد] إلخ" يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاظه، ويعوده مسلماً لا يعود ملكه فيهما،

ولا يرتفع العتق، فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود. (عيني)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) وقضى القاضي باللحاق. (ك)

(١٧) أي ظاهر الرواية.

وعن محمد أنها تعود^(١)، كما قال^(٢) في الوكيل^(٣)، والفرق له على الظاهر^(٤) أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك، وقد زال، وفي حق الوكيل على معنى قائم به، ولم يزل باللحاق.

قال^(٥): "ومن وكل آخر بشيء^(٦)، ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة، وهذا اللفظ يتنظم^(٧) وجوهاً^(٨) مثل أن يوكله بإعتاق عبده، أو بكتابته، فأعتقه، أو كاتبه الموكل بنفسه، أو يوكله^(٩) بتزويج امرأة^(١٠)، أو بشراء شيء^(١١)، ففعله بنفسه^(١٢)، أو يوكل بطلاق^(١٣)، فطلقها الزوج ثلاثاً، أو واحدة^(١٤)، وانقضت عدتها، أو بالخلع^(١٥)، فخالعها^(١٦) بنفسه، لأنه^(١٧) لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل

(١) الوكالة.

(٢) محمد.

(٣) بأنه إذا عاد الوكيل مسلماً تعود وكالته.

(٤) قوله: "والفرق له [أى محمد] إلخ" وأبو يوسف سوى بين عود الموكل مسلماً وبين عود الوكيل مسلماً بعد قضاء القاضى باللحوق حيث لا يقول بعود الوكالة في الفصلين. ومحمد فرق بينهما في الظاهر، والفرق له: أن الوكالة تعلقت بملك الموكل، وقد زال ملكه بردته ولحاقه، فبطلت الوكالة على التات، فأما برودة الوكيل لم يزل ملك الموكل، فكان محل تصرف الوكيل باقياً، لكنه عجز عن التصرف بعارض، فإذا زال العارض صار كان لم يكن. وعن محمد أنه سوى بينهما، وقال: يعود وكيلا كما كان فيهما، لأن الموكل إذا عاد مسلماً يعاد عليه ماله على قديم ملكه، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه، فيعود الوكيل على وكالته. (ك)

(٥) أى القدورى فى "مختصره".

(٦) من الإثباتات والإسقاطات. (٤)

(٧) يشمل.

(٨) كثيرة من المسائل.

(٩) أى يوكله بأن يزوجه امرأة.

(١٠) معينة.

(١١) معين.

(١٢) قوله: "ففعله بنفسه" أى فعل الموكل بنفسه بأن تزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلاً حتى لو أبانها بعد التزوج لم يكن للوكيل أن يزوجها منه لانقضاء الحاجة، بخلاف ما لو زوجها الوكيل، فأبانها فإن له أن يزوجها لو كله لبقاء الحاجة، وكذا لو اشتراه الموكل بنفسه وباعه، ثم اشتراه المأمور للأمر لم يجز. (٤)

(١٣) لزوجه.

(١٤) قوله: "ثلاثاً، أو واحدة إلخ" إنما قيد بقوله: ثلاثاً أو واحدة، وانقضت عدتها لأنه إذا وكله بالطلاق، ثم طلقها بنفسه واحدة، أو اثنتين بائنة كانت أو رجعية، فإن له أن يطلقها ما دامت فى العدة، والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الطلاق كان وكيله كذلك. (٤)

(١٥) أى وكل بأن يخالعه امرأته.

(١٦) الزوج.

التصرف، فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه^(١)، وأبأنها لم يكن للوكيل أن يزوجهامنه^(٢)، لأن الحاجة^(٣) قد انقضت.

بخلاف ما إذا تزوجهامنه^(٤) الوكيل، وأبأنها له^(٥) أن يزوجه الموكل لبقاء الحاجة^(٦)، وكذا^(٧) لو وكله ببيع عبده، فباعه بنفسه، فلورّد عليه^(٨) بعيب بقضاء القاضي^(٩). فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه^(١٠) مرة أخرى، لأن بيعه بنفسه منع له^(١١) من التصرف، فصار كالعزل^(١٢).

وقال محمد: له^(١٣) أن يبيعه^(١٤) مرة أخرى، لأن الوكالة باقية، لأنه إطلاق^(١٥)، والعجز قد زال بخلاف ما إذا وكله^(١٦) بالهبة^(١٧)، فوهب بنفسه^(١٨)، ثم رجع^(١٩) لم

(١٧) متعلق بجميع ما ذكر. (٤)

(١) قوله: "حتى لو تزوجهامنه" أى تزوجه المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجهامنه. (عيني)

(٢) مرة ثانية.

(٣) فى تزوجهامنه.

(٤) أى المرأة التي وكل بتزويجهامنه.

(٥) الوكيل.

(٦) أى حاجة الموكل.

(٧) أى بطلت الوكالة.

(٨) قوله: "فلورّد [أى العبد] عليه إلخ" فى الذخيرة: ولو أقاله المشتري فليس للوكيل أن يبيعه إن كانت الإقالة بعد القبض، لأنه بمنزلة الشراء الجديد فى حق الثالث، وكذلك إن كانت الإقالة قبل القبض، لأن الأمر قد انتهى نهايته بالبيع، والمقصود من البيع هو الثمن، وإن فات لكن من جهة الموكل، وفوات المقصود من التصرفات من جهة المتصرف لا يلحق التصرف بالعدم. (ك)

(٩) قوله: "بقضاء القاضي" قيد بقوله: بقضاء القاضي، لأن الموكل إذا قبله بالبيع بغير قضاء، فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع لأنه كالعقد المبتدأ فى حق غير المتعاقدين، والوكيل غيرهما، فكان فى حق الوكيل كأن الموكل اشتراه. (٤)

(١٠) أى العبد.

(١١) أى الوكيل.

(١٢) صريحاً.

(١٣) أى الوكيل.

(١٤) أى العبد.

(١٥) قوله: "لأنه إطلاق [وهو باق]" أى لأن التوكيل إطلاق للتصرف، ولم يوجد العزل صريحاً، وكان ممنوعاً بعراض يعجزه عن ذلك، والعجز قد زال، فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة أخرى. (عيني)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا وكله إلخ" يتعلق بقوله: وقال محمد: له أن يبيعه مرة أخرى. (ك)

(١٧) أى بأن يهب عبده من فلان.

(١٨) قوله: "فوهب بنفسه" ليس بقيد لأنه لو وكله بأن يهب عبده، فوهبه الوكيل، ثم رجع الموكل فى هبته لم

يكن للوكيل أن يهب ثانياً، لأنه^(١) مختار في الرجوع، فكان^(٢) دليل عدم الحاجة^(٣)، أما الرد^(٤) بقضاء بغير اختياره، فلم يكن^(٥) دليل زوال الحاجة^(٦)، فإذا عاد إليه قديم ملكه كان له^(٧) أن يبيعه^(٨)، والله أعلم.

يكن للوكيل أن يهبه مرة أخرى. (كفاية)

(١٩) عن هبته.

(١) الواهب.

(٢) الرجوع.

(٣) أى إلى الهبة، إذ لو كان محتاجاً لما رجع.

(٤) أى رد العبد بالعيب.

(٥) الرد.

(٦) إلى البيع.

(٧) أى الوكيل.

(٨) أى العبد.

فهرس المحتويات

٣	كتاب البيوع
٢٠	فصل
٣٢	باب خيار الشرط
٥٢	باب خيار الرؤية
٦٤	باب خيار العيب
٩٠	باب البيع الفاسد
١٣٢	فصل فى أحكامه
١٤٤	فصل فيما يكره
١٤٧	نوع منه
١٥٠	باب الإقالة
١٥٦	باب المراجعة والتولية
١٦٨	فصل
١٧٧	باب الربا
٢٠٢	باب الحقوق
٢٠٥	باب الاستحقاق
٢١١	فصل فى بيع الفضولى
٢٢٢	باب السلم
٢٥٨	مسائل مثورة
٢٦٩	كتاب الصرف
٢٩٠	كتاب الكفالة
٣٣٠	فصل فى الضمان
٣٣٧	باب كفالة الرجلين
٣٤٢	باب كفالة العبد وعنه

٣٤٥	كتاب الحوالة
٣٥٣	كتاب أدب القاضى
٣٦٨	فصل فى الحبس
٣٧٢	باب كتاب القاضى إلى القاضى
٣٧٨	فصل آخر
٣٨٥	باب التحكيم
٣٨٨	مسائل شتى من كتاب القضاء
٣٩٨	فصل فى القضاء بالمواريث
٤١٢	فصل آخر
٤١٥	كتاب الشهادة
٤٢٧	فصل
٤٣٤	باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل
٤٥٢	باب الاختلاف فى الشهادة
٤٦١	فصل فى الشهادة على الإرث
٤٦٣	باب الشهادة على الشهادة
٤٧١	فصل
٤٧٣	كتاب الرجوع عن الشهادات
٤٨٤	كتاب الوكالة
٤٩٥	باب الوكالة بالبيع والشراء
٤٩٥	فصل فى الشراء
٥١٧	فصل فى التوكيل بشراء نفس العبد
٥٢٠	فصل فى البيع
٥٣١	فصل
٥٣٦	باب الوكالة بالخصومة والقبض
٥٥١	باب عزل الوكيل

المهملة الثانية

شرح

ببآية المبتدى

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمه الله تعالى المتوفى ٥٠٩٣ هـ

مع

شرح العلامة عبد المحي الكنوي

رحمه الله تعالى المتوفى ١٣٠٣ هـ

٦

اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتزجج آتاده من نصب الراء والذالية

تعم اشرف نورا حمد

من مشوراهن

الإمام القزويني والعجوة والإمام المصنعي

٤٣٧-٤٣٧ دى ٥ گاردن ایست ٥ کراچی ٥ پاکستان

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: فهيم أشرف نور

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧/D كاردن ايسٲ كراتشي ٥ - باكستان

الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨ - ٩٢٢٢١

E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:

المكتبة الإمدادية باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات اتار كلي لاهور - باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الدعوى^(١)

قال^(٢): المدعى^(٣) من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة، ومعرفة الفرق بينهما^(٤) من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى. وقد اختلف عبارات المشايخ فيه، فمنها ما قال في الكتاب^(٥)، وهو حد عام صحيح^(٦)، وقيل: المدعى من لا يستحق إلا بحجة^(٧) كالخارج^(٨)، والمدعى عليه من يكون مستحقاً^(٩) بقوله: من غير حجة كذى اليد^(١٠)، وقيل: المدعى من يتمسك^(١١) بغير الظاهر^(١٢)، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر^(١٣).

(١) قوله: كتاب الدعوى " لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي أشهر أنواع الوكالات سبباً داعياً إلى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة، لأن المسبب يتلو السبب، كذا في "نتائج الأفكار".

والدعوى اسم للدعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمر و مالا، فزيد المدعى وعمر المدعى عليه، والمال المدعى والمُدعى به خطأ، وألفها للتأنيث فلا تنون، وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوى، وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وفي عرف الفقهاء عن مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته.

وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطي المعاملات، وشرط صحتها مجلس القضاء، فالدعوى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابها. وحضور الخصم ومعلومية المدعى، وكونه ملزماً على الخصم بالنفى أو الإثبات، حتى لو ادعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره، فإن القاضى لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر الآخر، لأنه يمكنه عزله في الحال، وأما حكمها، فوجوب الجواب على الخصم بنعم أو بلا، ولهذا وجب على القاضى إحضاره مجلس الحكم، وهي نوعان: صحيحة، وفاسدة. (مل)

(٢) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(٣) قوله: "المدعى" قيل: إن القاضى يسميه مدعياً قبل إقامة البينة، وأما بعدها يسميه محقلاً لا مدعياً.

(٤) أى بين المدعى والمدعى عليه.

(٥) يعنى القدورى. (٤)

(٦) قوله: "وهو حد عام صحيح" أما عمومها فلأنه يتناول كل واحد من الحدود التي ذكرت في المدعى والمدعى عليه، وأما صحتها فلأنه جامع مانع. (عبنى)

(٧) البينة والإقرار. (٤)

(٨) قوله: "كالخارج" أى الذى يدعى عيناً فى يد رجل فإنه لا يستحق إلا بحجة، يعنى البينة أو الإقرار. (عبنى)

(٩) قوله: "من يكون إلخ" لعله غير صحيح لأن المدعى عليه من يدمم استحقاق غيره. (٤)

(١٠) قوله: "كذى اليد" فإنه إذا قال: هو لى كان له ما لم يثبت الغير استحقاقه. (كفاية)

(١١) قوله: "المدعى من يتمسك إلخ" لعله منقوض بالمودع إذا قال: رددت الوديعة فإنه مدعى عليه وليس يتمسك بالظاهر، إذ رد الوديعة ليس بظاهر، لأن الفراغ ليس بأصل بعد الاشتغال، ويجوز أن يورد بالعكس بأنه مدع، ومتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان. (ك)

(١٢) إذ الظاهر أن الإملاك فى يد المالك.

(١٣) إذ الظاهر براءة الذمة.

وقال محمد في "الأصل"^(١): المدعى عليه هو المنكر، وهذا صحيح^(٢) لكن الشأن في معرفته، والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا^(٣)؛ لأن الاعتبار للمعاني دون الصور^(٤)، فإن المودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين^(٥) وإن^(٦) كان مدعياً للرد صورة، لأنه ينكر الضمان معني.

قال^(٧): ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً^(٨) في جنسه^(٩) وقدره^(١٠)؛ لأن فائدة الدعوى الإلزام^(١١) بواسطة إقامة الحجة^(١٢)، والإلزام في المجهول لا يتحقق. فإن كان^(١٣) عيناً^(١٤) في يد المدعى عليه كلف إحضارها^(١٥) ليشير^(١٦) إليها بالدعوى^(١٧)، وكذا في الشهادة^(١٨) والاستحلاف، لأن الإعلام بأقصى ما يمكن^(١٩)

(١) أى المتوسط.

(٢) قوله: "وهذا صحيح" لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «اليمين على من أنكر»، وروى اليمين على المدعى عليه. (٤)

(٣) قوله: "والترجيح بالفقه إلخ" يعنى إذا تعارضت الجهتان أى جهة الادعاء الصورى، وجهة الإنكار المعنوى، فالترجيح بالفقه، أى بالمعنى عند الحذاق من أصحابنا، فإن الاعتبار للمعاني دون الصور، فالمودع إذا قال: رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء على أنه ينكر الضمان معني، ولا يعتبر كونه مدعياً للرد صورة. وأما قبول بيئته إذا أقامها على الرد فلدفع اليمين على ما صرحوا به فى مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة فى "شرح الوقاية" فى مسألة اختلاف الزوجين فى المهر قدرأ حيث قال: إن المرأة تدعى الزيادة، فإن أقامت بيئته قبلت، وإن أقام الزوج تقبل أيضاً، أن البيئته تقبل لدفع اليمين كما إذا قام المودع بيئته على رد الوديعة على المالك تقبل، انتهى. (نت)

(٤) قوله: "دون الصور" والمباني فإنه قد يوجد الكلام من الشخص فى صورة الدعوى، وهو إنكار معني كالمودع إذا قال إلخ. (كفاية)

(٥) قوله: "فالقول قوله مع اليمين" ويحلفه القاضى بأنه لا يلزمه الرد، ولا ضمان ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبداً يكون على النفى. (عيني)

(٦) الواو وصلية.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) فإن معلومية المدعى شرط لصحة الدعوى.

(٩) كالدراهم والدينائر والحنطة مثلاً. (٤)

(١٠) مثل كذا وكذا دراهم وديناراً، وكذا كراً.

(١١) على الخصم.

(١٢) البيئته أو الإقرار.

(١٣) المدعى.

(١٤) منقولاً.

(١٥) فى مجلس الحكم.

(١٦) المدعى.

(١٧) فيقول: هذا الذى ادعيه.

شرط^(١)، وذلك^(٢) بالإشارة فى المنقول، لأن النقل ممكن، والإشارة أبلغ فى التعريف^(٣)، ويتعلق بالدعوى^(٤) وجوب الحضور^(٥)، وعلى هذا القضاة من آخرهم^(٦) فى كل عصر^(٧) ووجوب الجواب^(٨) إذا حضر ليفيد حضوره، ولزوم إحضار العين المدعاة^(٩)؛ لما قلنا^(١٠)، واليمين إذا أنكره^(١١)، وسنذكره^(١٢) إن شاء الله تعالى.

قال^(١٣): وإن لم تكن^(١٤) حاضرة^(١٥) ذكر قيمتها^(١٦)، ليصير المدعى معلوماً، لأن العين لا تعرف بالوصف^(١٧) والقيمة تعرف به، وقد^(١٨) تعذر مشاهدة العين^(١٩)، وقال

(١٨) قوله: "وكذا فى الشهادة" أى كلف المدعى عليه بإحضار المدعى ليشير إليه عند أداء الشهادة، وإذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها. (عيني)

(١٩) فى صحة الدعوى.

(١) نقياً للجهالة.

(٢) أى الإعلام.

(٣) قوله: "أبلغ فى التعريف" لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الأوصاف، فإن اشترك شخصين فيها يمكن. (٤)

(٤) الصحيحة.

(٥) على المدعى عليه.

(٦) أى من أولهم إلى آخرهم.

(٧) من زمن المجتهدين وغيرهم.

(٨) بنعم، أو لا.

(٩) بمجلس القاضى إذا كانت منقولة قائمة فى يده.

(١٠) من الإشارة إليها. (٤٢)

(١١) ولم يقدر المدعى على إقامة البينة.

(١٢) اليمين.

(١٣) أى القدرى.

(١٤) العين.

(١٥) قوله: "حاضرة إلخ" أى إن وقع الدعوى فى عين غائبة لا يعرف مكانها بأن ادعى رجل على رجل أنه غصب منه ثوباً، أو جارية لا يدري أنه قائم أو هالك. (ك)

(١٦) قوله: "ذكر قيمتها" وإن لم يبين القيمة، وقال: غصب منى عين كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب أنه تسمع دعواه، لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به. (كافى)

(١٧) قوله: "لأن العين لا تعرف بالوصف" لإمكان مشاركة أعيان كثيرة فيه، وإن بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف به، أى القيمة شىء يعرف العين به، فذكرها يفيد، وقد تعذر مشاهدة العين، جملة حالية من قوله: والقيمة تعرف به، يعنى والحال أن المشاهدة متعذرة، فيكون ذكر القيمة إذ ذاك أقصى ما يكون فى الأعلام. (نت)

(١٨) الواو حالية.

(١٩) كالصبرة من الطعام.

الفقيه أبو الليث: يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة.

قال^(١): فإن ادعى عقاراً حدده^(٢)، وذكر أنه في يد المدعى عليه، وأنه يطالبه؛ لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل^(٣)، فيصار إلى التحديد^(٤)، فإن العقار يعرف به^(٥)، ويذكر الحدود الأربعة، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم^(٦)، ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به^(٧) عند أبي حنيفة على ما عرف، وهو الصحيح^(٨). ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره^(٩)، فإن ذكر ثلاثة من الحدود^(١٠) يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر^(١١)، لوجود الأكثر^(١٢)، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة؛ لأنه يختلف به^(١٣) المدعى، ولا كذلك بتركها^(١٤)، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط^(١٥) في الشهادة. وقوله في الكتاب^(١٦): وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه^(١٧) إنما يتصب خصماً إذا كان^(١٨) في يده، وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى، وتصديق المدعى عليه أنه^(١٩) في يده بل لا يثبت اليد فيه^(٢٠) إلا بالبينة^(٢١)، أو علم

(١) القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) أى ذكر حدوده.

(٣) إلى مجلس الحكم.

(٤) بعد ذكر البلد، والموضع الذى هو فيه.

(٥) أى بالتحديد.

(٦) بأن يقال: فلان بن فلان بن فلان.

(٧) أى بذكر الجد.

(٨) احترز به عما روى عنه أن ذكر الأب يكفى..

(٩) بدون نسبه.

(١٠) وسكت عن الرابعة.

(١١) هو يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره.

(١٢) ومن ههنا يعلم أن ذكر الاثنين لا يكفى. (٤)

(١٣) أى بالغلط.

(١٤) قوله: "ولا كذلك بتركها" كما لو شهد شاهدان بالبيع، وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلط في

الثمن لا يجوز شهادتهم لأنه صار عقاراً آخر بالغلط، وبهذا الجواب يبطل قياس زفر المتروك على الغلط. (٤)

(١٥) قوله: "يشترط" حتى لو ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافاً لزفر رحمه الله.

(١٦) مختصر القدوري.

(١٧) المدعى عليه.

(١٨) العقار.

(١٩) العقار.

التدبير^(١). ولنا: أن بينة الخارج أكثر إثباتاً^(٢)، أو إظهاراً^(٣)، لأن قدر ما أثبتته اليد لا يثبتته بينة ذى اليد^(٤)، إذ اليد دليل مطلق للملك، بخلاف النتائج^(٥)، لأن اليد لا تدل عليه^(٦)، وكذا على الإعتاق وأختيه^(٧) وعلى الولاء الثابت بها^(٨).

قال^(٩): وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى^(١٠) عليه بالنكول، وألزمه^(١١) ما ادعى^(١٢) عليه. وقال الشافعى: لا يقضى به^(١٣) بل يرد اليمين على المدعى، فإذا حلف

ذلك، ولأحدهما يد فإنه يقضى لصاحب اليد. (ك)

(١٣) قوله: "والنكاح" بأن تنازعا فى نكاح امرأة، وأقاما البينة، وهى فى يد أحدهما فصاحب اليد أولى. (ك)
 (١٤) قوله: "ودعوى الملك مع الإعتاق" بأن يكون عبد فى يد رجل أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه، وهو يملكه، فبينة ذى اليد أولى من بينة الخارج. (ك)
 (١٥) قوله: "أو الاستيلاء" بأن يكون أمة فى يد رجل فأقام كل واحد من الخارج وذى البينة أنها أمة استولدها فبينة ذى اليد أولى. (نت)

(١) قوله: "أو التدبير" بأن يكون عبد فى يد رجل، فأقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على أنه عبده دبره، فبينة ذى اليد أولى. (نت)

(٢) قوله: "أكثر [أى فى علم القاضى، وما هو أكثر إثباتاً من البيئات أولى لتوفر ما شرعت البيئات لأجله. ع] إثباتاً" لأن الخارج ببينته يستحق على ذى اليد الملك الثابت له بظاهر يده، وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئاً، لأنه لا ملك للخارج بوجه، فلا يكون بينته مثبتة للملك، إنما هو مؤكد للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود، لا إثبات أصل الملك، وبينة الخارج تثبت أصل الملك، فصح قولنا: إنها أكثر إثباتاً. (ك)

(٣) أى فى الواقع، فإن بينة الخارج تظهر ما كان ثابتاً فى الواقع. (ك)

(٤) وإلا يلزم تحصيل الحاصل.

(٥) قوله: "بخلاف النتائج" التحقيق على ما فى "المغرب": أن النتائج اسم لجميع وضع الغنم والبهائم كلها عن الليث، ثم سعى به المنتوج، والنتائج للبهائم كالقابلة للنساء، يقال: قد نتج الناقة ينتجها نتجاً إذا ولى نتاجها حتى وضعت. والأصل أنه يعدى إلى مفعولين، فإذا بنى للمفعول الأول قيل: نتجت ولداً، إذا وضعت، ثم إذا بنى للمفعول الثانى قيل: نتج الولد، منه قول الفقهاء: ولو أقام البينة فى دابة أنها نتجت عنده، أى ولدت ووضعت، وقوله الناتج أولى من العارف عنى به من نتجت عنده أو نتجها هو، وبالعارف الخارج الذى يدعى ملكاً مطلقاً دون النتائج، وإنما سعى عارفاً، لأنه قد كان فقد فكما وجده عرفه.

(٦) قوله: "لا تدل عليه" فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة، فكان كل واحد من البيئتين للإثبات، فترجح إحداهما باليد. (عينى)

(٧) أى كذا اليد لا تدل على أختى الإعتاق، وهما التدبير والاستيلاء، فتعارضت بينة الخارج وذى اليد، ثم ترجحت بينة ذى اليد باليد. (عينى)

(٨) قوله: "وعلى الولاء الثابت بها" أى بهذه الأشياء الثلاثة، وهى الاستيلاء والإعتاق والتدبير، يعنى أن اليد لا تدل على الولاء الثابت بها أيضاً، فاستوت البيئتان فى ذلك أيضاً، فترجحت أحدهما باليد. (نت)

(٩) أى القدرورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) القاضى.

(١١) القاضى.

(١٢) المدعى.

يقضى به^(١)، لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، واشتباه الحال^(٢)، فلا ينتصب^(٣) حجة مع الاحتمال، ويمين المدعى دليل الظهور^(٤)، فيصار إليه^(٥). ولنا: أن النكول دل على كونه باذلاً^(٦) أو مقرأ^(٧)، إذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب^(٨)، ودفعاً للضرر عن نفسه^(٩)، فيترجح هذا الجانب^(١٠)، ولا وجه لرد اليمين على المدعى لما قدمناه^(١١).

قال^(١٢): وينبغي للقاضي أن يقول له: إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً، فإن حلفت^(١٣)، وإلا فقضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لأعلامه بالحكم^(١٤)، إذ هو^(١٥) وضع الخفاء^(١٦). قال^(١٧): فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه

(١٣) أى بالنكول.

(١) وإن نكل انقطعت المنازعة. (٤)

(٢) قوله: "اشتباه الحال" أى يحتمل اشتباه الحال عليه بأن لا يدري أصادق فى إنكاره، فيحلف، أو كاذب،

فيمتتم. (نت)

(٣) النكول.

(٤) قوله: "دليل الظهور" أى ظهور كون المدعى محققاً فى دعواه كما كانت يمين المدعى عليه. (ك)

(٥) أى فيرجع إلى يمين المدعى.

(٦) إن كان النكول بذلاً كما قال أبو حنيفة^{رحم}.

(٧) إن كان النكول إقراراً كما قال.

(٨) لأنه عليه السلام قال: «واليمين على من أنكر»، وكلمة على للوجوب، وهو اليمين.

(٩) هو بذل المال.

(١٠) قوله: "فيترجح هذا الجانب [على الوجه المحتمل]" أى جانب كون الناكل باذلاً أو مقرأً على جميع الوجوه

المحتملة المذكورة فى دليل الشافعى^{رحم}، بناء على مقتضى ما سبق من قوله: إذ لو لا ذلك لا قدم على اليمين إقامة للواجب،

ودفعاً للضرر عن نفسه. ويبان ذلك أن العاقل المتدين لا يترك الواجب عليه، ولا يترك دفع الضرر عنه بشيء من تلك

الوجوه المحتملة، إما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر، إذ هو ليس بأمر ضرورى أصلاً حتى يترك به الواجب ودفع الضرر

عن النفس، وإما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلأن المتورع لا يترك الواجب عليه بل يعطى عن خصمه، فيسقط الواجب عن

عهدته. فإذا لم يكن الناكل باذلاً أو مقرأً ولم يقدم على اليمين انتفى احتمال كونه متورعاً، وإما باشتباه الحال، فلأن من

يشتباه عليه الحال لا يترك الواجب عليه أيضاً بل يتحرى، فيقدم على إقامة الواجب، أو يعطى حق خصمه، فيسقط عن

عهدته الواجب، فإن لم يكن الناكل باذلاً، أو مقرأً، ولم يقدم على اليمين انتفى هذا الاحتمال أيضاً. (نت)

(١١) قوله: "لما قدمناه" أشار به إلى قوله: ولا يرد اليمين على المدعى؛ لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «البينة

على المدعى واليمين على من أنكر». (نت)

(١٢) أى القدرورى فى "مختصره". (نت)

(١٣) فيها.

(١٤) أى الحكم بالنكول. (ك)

(١٥) أى الحكم بالنكول.

بالنكول، وهذا التكرار^(١) ذكره الخصاص لزيادة الاحتياط، والمبالغة في إيلاء^(٢) العذر^(٣). فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز^(٤)؛ لما قدمناه^(٥)، هو الصحيح^(٦)، والأول أولى^(٧)، ثم النكول قد يكون حقيقياً، كقوله: لا أحلف، وقد يكون حكماً، بأن يسكت^(٨) وحكمه^(٩) حكم الأول إذا علم أنه لا آفة من طرش^(١٠) أو خرس^(١١)، هو الصحيح^(١٢).

قال^(١٣): وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة، ولا يستحلف^(١٤) عنده في النكاح^(١٥) والرجعة، والقيء في الإيلاء، والرق،

(١٦) قوله: "موضع الخفاء" لأن القضاء بالنكول مجتهد فيه، فإن عند الشافعي لا يحكم بالنكول، بل يرد اليمين على المدعى. (ك)

(١٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١) قوله: "وهذا التكرار الخ" صورة ذلك أن يقول القاضى: احلف بالله ما لهذا عليك ما يدعيه، وهو كذا وكذا، أو لا شيء منه، فإن نكل يقول ذلك ثانياً، فإن نكل يقول: بقيت الثالثة، ثم أفضى عليك إن لم تحلف، ثم يقول له ثالثاً، فإن نكل قضى عليه بدعوى المدعى. (٤)

(٢) إظهار.

(٣) فصار كإمهال المرتد ثلاثة أيام، فإن قتل بلا إمهال جاز.

(٤) ونفذ قضاءه. (ك)

(٥) من أن النكول بذل أو إقرار.

(٦) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما قيل: لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لأنها أضعف من البذل والإقرار. (٤)

(٧) أى ما ذكره الخصاص.

(٨) ولم يقل: لا أحلف.

(٩) السكوت.

(١٠) بفتحين هو الصم. (نت)

(١١) گنگى.

(١٢) قوله: "هو الصحيح" ومنهم من قال: يجس حتى يجيب. (نتائج الأفكار)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٤) يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر. (نت)

(١٥) قوله: "فى النكاح" بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة النكاح، وأنكر الرجل. "والرجعة" بأن ادعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعاً فى العدة، وأنكرت المرأة، أو ادعت المرأة ذلك، وأنكر الزوج. "والقيء فى الإيلاء" بأن ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها فى المدة، وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، والإيلاء هو الحلف على ترك وطئ الزوجة مدته وهى أربعة أشهر للحرة، وشهران للأمة، وحكمه وقوع طلاق بائنة إن برز لزوم الكفارة والجزاء إن حنث. "والرق" بأن ادعى مجهول النسب أنه عبده، أو ادعى ذلك على المجهول. "والنسب" بأن ادعى على مجهول أنه ولده، أو والده، وأنكر المجهول، أو بالعكس. "والولاء" بأن ادعى على مجهول النسب أنه معتقه ومولاه، وأنكر المجهول، أو بالعكس، وكان ذلك فى ولاء

والاستيلاء، والنسب، والولاء، والحدود، واللعان، وقال أبو يوسف ومحمد^(١): يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان. وصورة الاستيلاء أن تقول الجارية^(٢): أنا أم ولد مولاي^(٣) هذا ابني منه^(٤)، وأنكر المولى، لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاء بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها. لهما: أن النكول إقرار^(٥) لأنه^(٦) يدل على كونه كاذباً في الإنكار^(٧) على ما قدمناه^(٨)، فكان إقراراً، أو بدلاً

الموالة، إذ الولاء يشمل ولاء العتاقة، وولاء الموالة. "والحدود" بأن قال رجل لآخر: لى عليك حد قذف، وهو ينكر. "واللعان" بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان وأنكر الزوج.

ثم اعلم أن من قذف بالزنا زوجته العفيفة لاعتن، وصورته: أن يقول هو أولاً أربع مرات: أشهد بالله أنى صادق فيما رميتها به من الزنا، وفي الخامسة: لعنة الله عليه إن كان كاذباً فيما رماها من الزنا مشيراً إليها في جميعه، ثم تقول: هي أربع مرات أشهد بالله أنه كاذب فيما رمانى به من الزنا، وفي الخامسة: غضب الله عليها إن كان صادقاً فيما رمانى به من الزنا، وإذا تلاعنا يفرق القاضى بينهما، وهو طليقة بائنة. (مل)

قوله: فى "النكاح إلخ" لا تحليف فى نكاح أنكره هو، أو هي، ورجعة جحدتها هو أو هي بعد عدة قيد للشانى كما فى الدار، وفيء وإيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاء تدعيه الأمة، ولا يتأتى عكسه لثبوته بإقراره، ورق ونسب، وفي المنظومة وولاء. قال فى الحقائق: لم يقل: ونسب لأنه إنما يستحلف فى النسب المجرد، عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن فى حق الرجل، والأب فى حق المرأة ابن كمال، وولاء عتاقة، أو موالة ادعاه الأعلى، أو الأسفل، وحد ولعان، والفتوى على أنه يحلف المنكر فى الأشياء السبعة، أى السبعة الأولى من التسعة.

قال الزيلعي: وهو قولهما، والأول قول الإمام، قال الرملى: ويقضى عليه بالنكول عندهما، ومن عدها ستة الحق هو ميت الولد بالنسب أو الرق، والحاصل أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود، ومنها حد قذف ولعان، فلا يمين إجماعاً إلا إذا تضمن حقا، بأن علق عتق عبده بزنا نفسه فللعبد تحليفه، فإن نكل ثبت العتق لا الزنا.

وكذا يستحلف السارق لأجل المال، فإن نكل ضمن، ولم يقطع، وكذا يحلف فى النكاح إن ادعت هى المال، أى ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة، فأنكر الزوج يحلف، فإن نكل يلزمه المال، ولا يثبت الحل عنده، لأن المال يثبت بالبذل لا الحل، وفى النسب إذا ادعى حقا مالا كان كالإرث والنفقة، أو غير مال كحق الحضانة فى اللقيط، والعتق بسبب الملك، وامتناع الرجوع فى الهبة، فإن نكل ثبت الحق، ولا يثبت النسب إن كان مما لا يثبت بالإقرار، وإن كان منه فعلى الخلاف المذكورة، وكذا منكر العقود. (ابن كمال)

وفى صدر الشريعة: فيلغز أيما امرأة تأخذ نفقة غير متعددة ولا حائضة، ولا نساء، ولا يحل وطئها، وفيه: ويلغز أى شخص أخذ الإرث، ولم يثبت نسبه كما لو ادعى إرثاً بسبب أخوة، فأنكر أخوته. والحاصل: أن هذه الأشياء لا تحليف فيها عند الإمام، لأنه بذل ما لم يدع فيها مالا، فإنه يحلف وفاقاً. (سائحانى من "رد المحتار على الدر المختار")

(١) والفتوى على قولهما، كذا فى "الكفاية" نقلا عن قاضى خان.

(٢) قوله: "وصورة الاستيلاء إلخ" إنما خص صورة الاستيلاء بالذكر من بين أخواته تبيهاً على امتناع الدعوى فى هذه الصورة إلا من جانب واحد، بخلاف أخواته الخلافية، فإن للدعوى فيها مساعاً من الجانبين. (نت)

(٣) أو أنها ولدت منه ولداً، وقد مات الولد. (ك)

(٤) المولى.

(٥) يعنى أن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول إلخ.

(٦) أى النكول.

(٧) السابق.

(٨) قوله: "على ما قدمناه" يعنى قوله: إنه لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب، ودفعاً للضرر عن نفسه. (ب)

عنه^(١)، والإقرار يجرى في هذه الأشياء^(٢) لكنه إقرار فيه شبهة^(٣)، والحدود تندرى بالشبهات، واللعان في معنى الحد^(٤). ولأبى حنيفة: أنه بذل^(٥) لأن معه^(٦) لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود^(٧)، وإنزاله باذلاً أولى^(٨) كيلا يصير كاذباً في الإنكار^(٩)، والبذل لا يجرى في هذه الأشياء^(١٠).

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول^(١١)، فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة^(١٢)، فيملكه المكاتب^(١٣)، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة^(١٤)، وصحته

(١) قوله: "فكان إقراراً، أو بذلاً [أى خلفاً. ك] عنه [أى عن الإقرار، هذا التردد من قبيل ما يسمى في علم النظر بتغيير الدعوى]" هذا في الحقيقة جواب عن شبهة ترد على كون النكول إقراراً عندهما هي ما إذا كفل بما وجب على فلان، فادعى المكفول له مالا على فلان، فنكل فلان لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقراراً يقضى به على الكفيل، كما لو أقر وأجيب بأن أبا يوسف ومحمد بن يقولان: إن النكول بذل الإقرار في قطع الخصومة لأنه يكون إقراراً حقيقة، ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول بخلاف الإقرار. (عيني)

(٢) المذكورة.

(٣) لأنه في نفسه سكوت. (نت)

(٤) قوله: "في معنى الحد" لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة. (عيني)

(٥) قوله: "أنه بذل" وتفسير البذل عنده ترك المنازعة، والإعراض عنها لا الهبة والتملك، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعاً، وأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول، وهبة نصف الدار شائعاً لا يصح. (نت)

(٦) أى مع البذل.

(٧) أى عن اليمين وهو ترك الخصومة. (نت)

(٨) قوله: "وإنزاله باذلاً أولى [أى من إنزاله مقرأ. نت]" جواب لما يقال: إن اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الإقرار، فلم جعله أبو حنيفة باذلاً، ولم يجعله إقراراً كما جعلناه، فقال: إنزاله باذلاً أولى، لأننا لو حملناه على الإقرار لكذبناه في الإنكار، ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب، فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب. (ك)

(٩) السابق.

(١٠) قوله: "لا يجرى في هذه الأشياء [فلا يقضى فيها بالنكول]" فإن المرأة لو قالت: لا نكاح بيني وبينك، ولكن بذلت لك نفسى لا يعمل بذلها، وكذا لو قال: لست بابن فلان، ولا مولى له، بل أنا حر الأصل، ولكن هذا يؤذنى بالدعوى فأبحث له، وكذا لو قال: أنا حر الأصل، ولكن أبذل له نفسى ليسترقنى لا يعمل بذله أصلاً، بخلاف المال فإنه لو قال: هذا المال ليس له، ولكنى أبيحه وأبذله له لأتخلص من خصومته صح بذله، فالحاصل أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله، وما لا فلا. (ك)

(١١) قوله: "وفائدة إلخ" يعنى أن البذل لا يجرى فئات فائدة الاستحلاف فإن فائدة الاستحلاف القضاء بالنكول، والنكول بذل والبذل فيها لا يجرى فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة. (٤)

(١٢) قوله: "إلا أن هذا إلخ" جواب سؤال تقريره لو كان بذلاً لا يملكه المكاتب والعبد المأذون، لأن فيه معنى التبرع، وهما لا يملكان التبرع. (٤)

(١٣) قوله: "فيملكه إلخ" يعنى لما كان النكول بذلاً عنده كان ينبغى أن لا يعتبر النكول من المكاتب، والمأذون لأنهما لا يملكان البذل، وإنما اعتبر النكول منهما لأنه بذل لقطع الخصومة، فلا يجدان بدأ منه، فيملكانه كالضيافة اليسيرة. (ك)

فى الدين ^(١) بناءً على زعم المدعى، وهو ^(٢) يقبضه حقاً لنفسه، والبذل معناه ههنا ^(٣) ترك المنع ^(٤)؛ وأمر المال هين ^(٥).

قال ^(٦): ويستحلف السارق ^(٧) فإن نكل ضمن ولم يقطع، لأن المنوط ^(٨) بفعله ^(٩) شيئان الضمان ^(١٠)، ويعمل فيه ^(١١) النكول والقطع، ولا يثبت ^(١٢) به، فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان ^(١٣).

قال ^(١٤): وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول ^(١٥) استحلف الزوج، فإن نكل ضمن نصف المهر فى قولهم جميعاً؛ لأن الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود هو المال، وكذا ^(١٦) فى النكاح إذا ادعت ^(١٧) هى ^(١٨) الصداق،

(١٤) فإنها من لوازم التجارة.

(١) قوله: "وصحته الخ" جواب لأن يقال: لو كان النكول بذلاً لما جرى فى الدين لأن محله الأعيان لا الدينون إذ البذل والإعطاء لا يجريان فى الأوصاف، والدين وصف فى الذمة، فأجاب بأن البذل ههنا ترك المنع كأن المدعى يأخذه منه بناءً على زعمه أنه يأخذ حق نفسه، ولا مانع له، وأمر المال هين، بخلاف النكاح ونحوه، فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، قلنا: خصص منه الحدود واللعان، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس. (كفاية)

(٢) أى المدعى.

(٣) أى فى الدين.

(٤) من المدعى عليه.

(٥) قوله: "وأمر المال هين [آسان]" جواب سؤال مقدر هو أنه هلا جعل فى الأشياء المذكورة أيضاً تركاً للمنع حتى يجرى فيها. أجاب بأن أمر المال هين، لأن المال خلق فى الأصل مباحاً مبدولاً لمصالح الناس، فيجرى فيه الإباحة، بخلاف تلك الأشياء، فإن أمرها ليس بهين حيث لا يجرى فيها الإباحة. (مل)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٧) بالله ما له عليك هذا المال. (٦)

(٨) المتعلق.

(٩) وهو السرقة. (نت)

(١٠) أى ضمان المال.

(١١) أى يثبت بالنكول لأنه يجرى فيه البذل.

(١٢) قوله: "ولا يثبت" أى لا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجرى البذل فى الحدود.

(١٣) حيث يثبت المال ولا يثبت القطع.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أو بعد الدخول، كذا فى "نتائج الأفكار".

(١٦) أى يستحلف الزوج.

(١٧) وطلبت المال.

(١٨) أى المرأة.

لأن ذلك دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله^(١)، ولا يثبت النكاح^(٢)، وكذا^(٣) فى النسب إذا ادعى حقاً كالإرث^(٤) والحجر^(٥) فى اللقيط والنفقة، وامتناع الرجوع فى الهبة، لأن المقصود هذه الحقوق. وإنما يستحلف فى النسب المجرد^(٦) عندهما^(٧) إذا كان يثبت^(٨) بإقراره^(٩) كالأب والابن^(١٠) فى حق الرجل^(١١)، والأب فى حق المرأة^(١٢)، لأن فى دعواها الابن تحميل النسب^(١٣) على الغير^(١٤)، والمولى والزوج فى

(١) أى الزوج.

(٢) قوله: "ولا يثبت النكاح" فإن قلت: وجب أن يثبت النكاح أيضاً، لأنه يثبت بالشبهات، قلت: البذل لا يجرى فيه كما مر، فإن قيل: يلزم على هذا أن يتحقق الملزوم أى المهر بدون اللازم أى النكاح.

قلت: إن ثبوت المهر فى الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوت المهر عند القاضى، فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده لجواز أن يقوم الحججة على الأول دون الثانى، فالذى يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضى بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم الاستلزام. (مل)

(٣) أى يستحلف.

(٤) قوله: "كالإرث" بأن ادعى رجل على رجل آخر أنه أخو المدعى عليه مات أبوهما، وترك مالا فى يد المدعى عليه، فإنه يستحلف على النسب إجماعاً، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالمال دون النسب، والحجر فى اللقيط بأن كان صبيلاً لا يعبر عن نفسه فى يد ملتقط، فادعت أخته حرة، تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها، وأرادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب. والنفقة، بأن ادعى زمن على موسر أنه أخوه، وأن نفقته عليه، فأنكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع، فإن نكل يقضى بالنفقة دون النسب، وامتناع الرجوع فى الهبة بأن الواهب أراد الرجوع، فقال الموهوب له: أنا أخوك، فلا رجوع لك، فالواهب يستحلف، فإن نكل ثبت الامتناع من الرجوع، ولا يثبت النسب قوله: لأن المقصود هذه الحقوق أى مقصود المدعى فى هذه المسائل هذه الحقوق، وإثبات المال، دون النسب المجرد، فعند النكول يثبت الحق، والمال دون النسب. (مل)

(٥) بغل وكنار. (غياث)

(٦) قيد به احتراز عما هو مقرون بدعوى المال، كما مر آنفاً.

(٧) فإن النكول عندهما إقرار.

(٨) قوله: "إذا كان يثبت إلخ" ادعى رجل أن فلاناً ابنى، أو ادعى أنه أبى فإذا نكل يثبت، وفى حق المرأة ادعت أن فلاناً أبى يثبت النسب بالنكول. (مل)

قوله: "إذا كان" وهذا بناء على أن النكول بدل من الإقرار، فلا يعمل إلا فى موضع يعمل فيه الإقرار. (مير جان)

(٩) أى بإقرار المقر.

(١٠) قوله: "والابن" فلو ادعى على رجل أنه أبوه أو ابنه، ولم يدع مالا يستحلف عندهما لأنه لو أقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذى هو إقرار، وإن ادعى أنه أخوه أو عمه، أو ما أشبه ذلك لا يستحلف المدعى عليه، لأنه لو أقر به لا يثبت لأن فيه تحميل النسب على الغير. (كافى)

(١١) قوله: "فى حق الرجل [فإن إقراره يصح بالأب والابن]" فإنه إذا أقر بالأب أو الابن يصح إقراره، ويثبت نسب المقر له منه بمجرد إقراره. (نت)

(١٢) قوله: "فى حق المرأة" فإنها إذا أقرت بالأب يصح إقرارها ويثبت نسب المقر له منها بمجرد إقرارها، أما لو أقرت بالابن فلا يصح إقرارها، ولا يثبت نسبه منها. (نت)

(١٣) فلا يجوز.

حقهما^(١). قال^(٢): ومن ادعى قصاصاً على غيره، فجحده استحلف^(٣) بالإجماع^(٤)، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص^(٥)، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر، وهذا^(٦) عند أبي حنيفة. وقالوا: لزمه الأرش^(٧) فيهما^(٨)، لأن النكول إقرار فيه شبهة^(٩) عندهما، فلا يثبت به القصاص، ويجب به المال خصوصاً^(١٠) إذا كان^(١١) امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه^(١٢)، كما إذا أقر بالخطأ والولى يدعى العمد^(١٣). ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال^(١٤)، فيجرى فيها البذل^(١٥)، بخلاف الأنفس^(١٦)، فإنه لو قال: اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان^(١٧)، وهذا

(١٤) أى الزوج.

(١) قوله: "في حقهما" أى فى حق الرجل والمرأة، لأن إقرار الرجل والمرأة جميعاً بالمولى والزوج يصح. (عيني)

(٢) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(٣) المدعى عليه.

(٤) سواء كان الدعوى فى النفس أو فيما دونها. (ع)

(٥) فى العمد.

(٦) أى الذى ذكر من أن النكول فيما دون النفس والنكول فى النفس.

(٧) الدية.

(٨) أى فى النفس والطرف.

(٩) قوله: "إقرار فيه شبهة" لأنه إن امتنع عن اليمين الصادقة تورعاً لا يكون إقراراً، بل يكون بذلاً. (نت)

(١٠) قوله: "خصوصاً إلخ" الأصل أن امتناع القصاص إذا كان لمعنى من جهة من عليه القصاص يجب المال، وإذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه شىء لا القصاص ولا المال، كما إذا أقام مدع القصاص على ما ادعى رجلاً وامرأتين، أو الشهادة على الشهادة، وكما إذا ادعى الولى الخطأ والقاتل العمد. (ك)

(١١) وفيما نحن فيه كذلك لأنه لم يصرح بالإقرار، فأشبهه الخطأ. (عناية)

(١٢) أى من يجب عليه القصاص.

(١٣) فيجب المال.

(١٤) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأنها خلقت وقاية للنفس كالأموال، فإذا كان كذلك فيجرى إلخ. (ب)

(١٥) قوله: "فيجرى فيها البذل [كما فى الأموال]" فإن قيل: لما قضع الطرف وكان عند أبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال كان ينبغي أن يجرى الاستحلاف فى قطع السرقة أيضاً، ويثبت التقطع عند النكول كما فى النكول فى قصاص الأطراف قلنا: القطع فى السرقة خالص حق الله تعالى جزاء، فلا يثبت مع الشبهة، أما القصاص فى الطرف فحق العبد الذى يسلك به مسلك الأموال، فقبول مقابلة الأموال فى ثبوته مع الشبهة. (ك)

(١٦) حيث لا يجرى فيها البذل. (نت)

(١٧) قوله: "لا يجب الضمان" أى على القاطع، وهذا أى عدم وجوب الضمان إعمال للبذل فى الأطراف، وأما لو قال: اقتلنى، فقتله فإنه يجب عليه القصاص فى رواية، والدية فى أخرى، وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الأنفس، ولما استشعر أن يقال: لو كانت الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لكان ينبغي أن يباح قطع

إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل^(١) مفيد^(٢) لاندفاع الخصومة به^(٣)، فصار كقطع اليد للأكلة^(٤)، وقلع السن^(٥) للوجع، فإذا امتنع القصاص^(٦) في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به^(٧)، كما في القسامة^(٨).

قال^(٩): وإذا قال المدعى: لى بينة حاضرة^(١٠)، قيل لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام، كيلا يغيب نفسه^(١١)، فيضيع حقه^(١٢)، والكفالة بالنفس جائزة عندنا^(١٣)، وقد مر من قبل^(١٤)، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان^(١٥) عندنا؛ لأن فيه نظرا للمدعى، وليس فيه^(١٦) كثير ضرر بالمدعى عليه، وهذا لأن الحضور مستحق عليه^(١٧) بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه^(١٨)، ويحال^(١٩) بينه^(٢٠) وبين أشغاله

بده، وإذا قال: اقطع يدي كما يباح أخذ ماله إذا قال: خذ مالي، أجب عنه بقوله: إلا أنه لا يباح إلخ. (نت)

(١) أى الذى بالنكول. (نت)

(٢) فيكون مباحاً. (٤)

(٣) أى بهذا البذل.

(٤) قوله: "للأكلة" على وزن الفاعلة، وهى قرحة غائرة فى البدن كثيرة العفن، وسببه دم فاسد. (عيني)

(٥) از بيخ بر كندن.

(٦) أى بالنكول لعدم جريان البذل فى النفس. (نت)

(٧) أى بذلك الحق. (نت)

(٨) قوله: "كما فى القسامة" أى تقسيم اليمين على أهل المحلة، فإنه إذا وجد القتل فى محلة، ولم يعلم من قتله استحلخ خمسون رجلاً منهم يختارهم الولي: بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، فإذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقرأوا أو يحلفوا. (عيني)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) فى المصر.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) المدعى.

(١٣) لا عند الشافعى.

(١٤) فى أول كتاب الكفالة.

(١٥) قوله: "استحسان [والقياس يابأه قبل إقامة البينة. ع] عندنا" والقياس أن لا يجوز، وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالإنكار، فلا يجب عليه إعطاء الكفيل. (نت)

(١٦) قوله: "وليس فيه كثير ضرر إلخ" لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر، وإن كان من قصده الاختفاء كان ظالمًا، فلا ينظر له، فيكفل احتياطاً. (ك)

(١٧) أى على المدعى عليه.

(١٨) قوله: "حتى يعدى عليه" من الإعداء على لفظ المجهول يقال: استعدى فلان الأمير على من ظلمه، أى استعان منه فأعداه الأمير عليه، أى أعانه الأمير عليه ونصره. (نت)

(١٩) من الحيلولة.

فيصح التكفيل بإحضاره، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة^(١) وهو الصحيح، ولا فرق في الظاهر^(٢) بين الخامل^(٣) والوجيه^(٤)، والحقير من المال والخطير، ثم لا بد من قوله^(٥): "لى بينة حاضرة للتكفيل، ومعناه فى المصر، حتى لو قال المدعى: لا بينة لى، أو شهودى غيب^(٦) لا يكفل لعدم الفائدة^(٧)".

قال^(٨): "فإن فعل^(٩) وإلا أمر بملازمته كيلا يذهب حقه، إلا أن يكون^(١٠) غريباً^(١١)، فيلازم مقدار مجلس القاضى^(١٢)، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء^(١٣) منصرف إليهما^(١٤)؛ لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك^(١٥) إضراراً به بمنعه عن السفر^(١٦)، ولا ضرر فى هذا المقدار^(١٧) ظاهراً، وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر^(١٨) إن شاء الله تعالى.

(٢٠) المدعى عليه.

(١) وعن أبى يوسف أنه قدر بمجلس القاضى. (ك)

(٢) قوله: "فى الظاهر [أى ظاهر الرواية] الخ" وعن محمد أنه إن كان معروفاً، والظاهر أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعى حقيراً لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجرى على إعطاء الكفيل. (ك)

(٣) گمنام وبى قدر.

(٤) ذى وجهه.

(٥) المدعى.

(٦) جمع غائب.

(٧) قوله: "لعدم الفائدة" لأن الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود، وذلك فى الهالك محال. (عناية)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) فيها، وأعطى الكفيل.

(١٠) المدعى عليه.

(١١) أى مسافراً على الطريق.

(١٢) قوله: "فيلازم مقدار الخ" لأن هذا القدر يحصل به النظر للمدعى، فأما فى إمساكه على باب القاضى يوماً أو أكثر ليحضر المدعى بينة ضرر على المطلوب، فإذا جاء أو ان قيام القاضى عن المجلس، ولم يحضر المدعى بينة، فإن القاضى يحلفه ويحلى سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء. (عنى)

(١٣) المذكور بقوله: إلا أن يكون الخ.

(١٤) أى إلى، أخذ الكفيل والملازمة.

(١٥) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٦) قوله: "بمنعه عن السفر" فيؤدى إلى إلحاق الضرر به، وإن كان المدعى يتضرر بذلك لأن ضرر المسافر حقيقة، وضرر المدعى موهوم، فربما يكون صادقاً فى الدعوى أو كاذباً، والموهوم لا يعارض المحقق. (عنى)

(١٧) أى مقدار مجلس القاضى.

(١٨) قوله: "نذكرها الخ" والذى يذكر المصنف هناك هو أنه يدور معه أينما دار، ولا يجلسه فى موضع، لأنه

فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف^(١)

قال^(٢): «واليمين بالله دون غيره؛ لقوله عليه السلام*»: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر^(٣)»، وقال عليه السلام: «من حلف بغير الله فقد أشرك^(٤)»، وقد يؤكد^(٥) بذكر أوصافه، وهو^(٦) التغليظ، وذلك مثل قوله^(٧): قل: والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك، ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه، وهو كذا وكذا، ولا شئ منه^(٨). وله أن يزيد فى التغليظ^(٩) على هذا^(١٠)، وله^(١١) أن ينقص منه، إلا أنه يحتاط^(١٢) كيلا يتكرر عليه اليمين، لأن المستحق يمين واحدة، والقاضى بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ، فيقول: قل بالله، أو والله، وقيل: لا يغلظ على المعروف بالصلاح، ويغلظ على غيره، وقيل: يغلظ فى الخطير من المال^(١٣) دون الحقير. قال^(١٤): ولا يستحلف بالطلاق، ولا بالعتاق؛ لما روينا^(١٥)، وقيل: فى زماننا

حبس، ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، انتهى. (نت)

(١) قوله: "فصل فى كيفية اليمين إلخ" لما ذكر نفس اليمين وأنه فى أى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها، لأن كيفية الشئ وهى ما يقع به المشابهة والا مشابهة صفة والصفة تقضى سبق الموصوف. (نتائج)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٠٢، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤١ ص ١٧٦. (نعيم)

(٣) فى الصحيحين من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت». (على قارى)

(٤) رواه أحمد والترمذى والحاكم فى "مستدرکه". (على قارى)

(٥) اليمين.

(٦) أى ذكر الأوصاف.

(٧) القاضى.

(٨) قوله: "ولا شئ منه" وإنما ذكر ولا شئ منه لجواز أنه قد أدى البعض. (مل)

(٩) قوله: "وله [أى للقاضى] أن يزيد إلخ" وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة، فمنهم من يمتنع عن التغليظ

ومنهم من يتجاسر ولا يبالي. (عيني)

(١٠) المذكور.

(١١) أى للقاضى.

(١٢) قوله: "إلا أنه [القاضى] يحتاط" والاحتياط أن يذكر الأسماء والصفات بغير واو، فلو ذكر والله والرحمن

والرحيم بالواوات، صارت ثلاثة أيمان، والمستحق يمين واحدة. (ك)

(١٣) قوله: "فى الخطير [العظيم] من المال" وفى الإقرار إذا قال: لفلان مال عظيم يلزمه النصاب الشرعى. (عيني)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (عيني)

(١٥) قوله: "لما روينا" وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر». (نت)

إذا ألح^(١) الخصم ساغ للقاضي^(٢) أن يحلف^(٣) بذلك^(٤) لقلة المبالة^(٥) باليمين بالله، وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق.

قال^(٦): ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم^(٧) لابن صوريا^(٨) الأعور: «أنشدك^(٩) بالله الذى أنزل التوراة على موسى إن حكم الزنا فى كتابكم هذا^(١٠)»، ولأن اليهودى يعتقد نبوة موسى عليه السلام، والنصرانى نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ^(١١) على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه. ويحلف المجوسى بالله الذى خلق النار^(١٢)، وهكذا ذكر محمد فى الأصل^(١٣)، ويروى عن أبى حنيفة أنه^(١٤) لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً^(١٥).

وذكر الخصاص أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله، وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها، وما ينبغى أن

(١) إلحاح: مبالغه كردن در كارى. (م)

(٢) قوله: "ساغ [جاز] للقاضي" لكنهم قالوا: إن نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهى عنه شرعاً، ولو قضى به لم ينفذ قضاءه. (٦)

(٣) قوله: "أن يحلف" القائل بالتحليف بالطلاق والعتاق، يقول: إنه غير مشروع، ولكن يعرض عليه لعله يمتنع فإن من له أدنى ديانة لا يحلف بهما كاذباً، فإنه يؤدى إلى طلاق الزوجة، وعتق الأمة أو إمساكهما بالحرام بخلاف اليمين بالله تعالى فإنه يتساهل به فى زماننا كثيراً. (رد المحتار)

(٤) أى بالطلاق والعتاق.

(٥) باك داشتن.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٧) قوله: "لقوله" روى أبو داود عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لليهود: انشدكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى. (على قارى)

(٨) بالقصر اسم أعجمى. (ك)

(٩) نشد بالله: سوگند داد بخدا. (من)

(١٠) أى تسخيم الوجه وغيره.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٠٢، والدراية ج٢، الحديث ٨٤٢ ص ١٧٦. (نعيم)

(١١) للروى عن اليمين الكاذبة.

(١٢) قوله: "ويحلف المجوسى إلخ" وذلك لأن المجوسى يعتقد الحرمة فى النار، فيمتنع عن اليمين الكاذبة، فيحصل المنقوص. (نت)

(١٣) أى المبسوط.

(١٤) القاضى.

(١٥) قوله: "إلا بالله خالصاً" أى لا يذكر غير اسم الله وصفاته لا فى حق المسلم ولا فى حق الكافر. (عنى)

تعظم^(١)، بخلاف الكتابين^(٢) لأن كتب الله معظمة^(٣).

والوثني لا يحلف إلا بالله؛ لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى^(٤)، قال الله تعالى: ﴿وَلئن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللهُ﴾، قال^(٥): ولا يحلفون في بيوت عبادتهم؛ لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع^(٦) عن ذلك^(٧).

قال^(٩): ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان^(١٠)؛ لأن المقصود^(١١) تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك^(١٢)، وفي إيجاب ذلك^(١٣) حرج على القاضي حيث يكلف حضورها^(١٤) وهو مدفوع^(١٥).

قال^(١٦): ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف^(١٧)، فجدد استحلف^(١٨) بالله ما بينكما بيع قائم فيه^(١٩)، ولا يستحلف بالله ما بيعت^(٢٠)؛ لأنه قد يباع العين، ثم يقال

غيرها من المخلوقات، فكما لا يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس وفي "المسوط": وكأنه وقع عند محمد^ع أنهم يعظمون النار تعظيم اليمين. (نت)

ذكر مع اسم الله تعالى. (نت)

ع: إن كانت اليمين في قسامة أو لعان، أو في مال عظيم يبلغ عشرين ان بمكة، وعند منبر النبي عليه السلام في المدينة، والمسجد الجامع في بعد العصر يوم الجمعة. (ك)

(١٣) أى التغليظ بالزمان والمكان.

(١٤) قوله: "يكلف حضورها" أى حضور بقعة معينة من المكان، وساعة معينة من الزمان. (عيني)

(١٥) شرعاً.

(١٦) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "ومن ادعى إلخ" هذا بيان نوع آخر من كيفية اليمين، وهو الحلف على الحاصل والسبب. (ع)

(١٨) القاضي.

فيه، ويستحلف في الغصب^(١) بالله ما يستحق عليك رده، ولا يحلف بالله ما غصبت؛ لأنه قد يغصب ثم يفسخ^(٢) بالهبة والبيع، وفي النكاح^(٣) بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال؛ لأنه قد يطرأ عليه الخلع^(٤).

وفي دعوى^(٥) الطلاق^(٦) بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت، ولا يستحلف بالله ما طلقها؛ لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة، فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه^(٧)، لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا^(٨) قول أبي حنيفة ومحمد. أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب^(٩) إلا إذا عرض المدعى عليه^(١٠) بما ذكرنا^(١١)، فحينئذ يحلف على الحاصل. وقيل^(١٢): ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب^(١٣) يحلف عليه، وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل، فالحاصل هو الأصل عندهما^(١٤) إذا كان سبباً يرتفع

(١٩) العبد.

(٢٠) قوله: "ولا يستحلف بالله ما بعث" لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكابة. (عيني)

(١) أى فى دعوى الغصب إذا أنكر.

(٢) الغصب.

(٣) قوله: "وفى النكاح" أى فى دعوى النكاح على امرأة أنه تزوجها، فأنكرت هى أو بالعكس.

(٤) بأن خالها بعد النكاح.

(٥) قوله: "وفى دعوى إلخ" زاد ذكر الدعوى فى هذه المسألة التى هى أخرى المسائل المتأهى المذكورة ههنا إجماع إلى أنها معتبرة فى المسائل السابقة أيضاً إلا أنها تركت فيها اعتماداً على انفهامها بمعونة المقام. (نت)

(٦) بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً.

(٧) قوله: "فى هذه الوجوه [أى دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق]" قال بعض العلماء ههنا كلام، وهو أنه لا يحلف فى النكاح عند أبى حنيفة^(٨)، فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده، كما لا يخفى، انتهى. أقول: هذا ظاهر، ولكن الظاهر أيضاً أن يحمل كلام المصنف ههنا على التغليب، أى تغليب سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتماداً على ظهور عدم جريان الاستحلاف فى النكاح مما مر. (نتائج)

(٨) أى الحلف على الحاصل.

(٩) قوله: "على السبب" لأن اليمين يستوفى حق المدعى، فوجب أن يكون مطابقاً لدعواه، والمدعى يدعى السبب. (عيني)

(١٠) قوله: "إلا إذا عرض إلخ" والتعريض أن يقول للقاضى إذا أراد أن يستحلف على السبب، وقال له: قل والله ما بعث أيها القاضى البيع قد يقال، وكذا فى أخواته بأن يقول: الغصب قد يفسخ بالهبة أو البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع والنكاح قد يجدد بعد الإبانة. (ك)

(١١) أى برفع السبب.

(١٢) قوله: "وقيل" قائله شمس الأئمة الحلوانى قال فى "الذخيرة": وهو حسن، وعليه عمل أكثر القضاة. (عيني)

(١٣) بأن قال ما بعث، أو ما غصبت مثلاً.

برافع^(١)، إلا إذا كان فيه^(٢) ترك النظر في جانب المدعى، فحيثئذ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك^(٣) مثل أن تدعى^(٤) مبتوتة^(٥) نفقة العدة، والزوج ممن لا يراها^(٦)، أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها^(٧)، لأنه لو حلف على الحاصل^(٨) يصدق في يمينه في معتقده، فيفوت النظر في حق المدعى. وإن كان^(٩) سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه^(١٠) بخلاف الأمة^(١١) والعبد الكافر^(١٢)؛ لأنه يتكرر الرق عليها بالردة^(١٣) واللحاق^(١٤)، وعليه بنقض العهد^(١٥) واللحاق^(١٦)، ولا يكرر على العبد المسلم^(١٧).

(١٤) الطرفين.

(١) قوله: "إذا كان [السبب] سبباً إلخ" كالبيع يقال فيه: والغصب يفسخ بالهبة والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة. (عيني)

(٢) أى فى الحلف على الحاصل.

(٣) ترك النظر.

(٤) على زوجها.

(٥) مبانة ثلاثاً.

(٦) قوله: "ممن لا يراها [نفقة عدة المبانة ثلاثاً]" أى ممن لا يرى نفقة المبانة، بأن كان شافعي المذهب، فإنه لا يحلف على الحاصل لأن الزوج يكون صادقاً فى اعتقاده، لأنه لا نفقة لها، فلا يتمتع عن اليمين، ويكون فيه ترك نظرها، بل يحلف على السبب؛ لئلا يكون ترك النظر. (عيني)

(٧) أى شفعة الجواز بأن كان شافعيًا.

(٨) قوله: "لأنه لو حلف إلخ" فإن قيل: فى التحليف على السبب يتضرر المدعى عليه أيضاً لجواز أنه اشترى ولا شفعة له بأن سلم أو سكت عن الطلب، قلنا: القاضى لا يجد بدا من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعى أولى، لأن السبب الموجب للحق وهو الشراء إذا ثبت ثبت له الحق، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل حتى يقوم الدليل على العارض. (نت)

(٩) السبب.

(١٠) فإن المولى يحلف بالله ما أعتقت.

(١١) قوله: "بخلاف الأمة" إذا ادعت على مولاهما أنه أعتقها فإنه لا يحلف بالله ما أعتقها، ولكن يحلف على الحاصل أى ما هى حرة فى الحال. (مل)

(١٢) قوله: "والعبد الكافر" إذا ادعى على مولاه بالعتق فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه يتكرر العتق عليه بل يحلف على الحاصل، أى ما هو حرفى الحاصل. (مان)

(١٣) بعد العتق.

(١٤) بدار الحرب ثم سبيت.

(١٥) أى عهد الذمة.

(١٦) بدار الحرب.

قال^(١): "ومن ورث عبداً^(٢)، وادعاه آخر يستحلف على علمه^(٣)؛ لأنه لا علم له بما صنع المورث^(٤)، فلا يحلف على البتات^(٥)."

وإن وهب له^(٦) أو اشتراه^(٧) يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين إذ الشراء^(٨) سبب لثبوت الملك وضعاً وكذا الهبة.

قال^(٩): "ومن ادعى على الآخر مالا، فافتدى يمينه^(١٠)، أو صالحه منها^(١١) على عشرة دراهم فهو جائز، وهو^(١٢) مأثور عن عثمان، وليس له^(١٣) أن يستحلفه^(١٤) على تلك اليمين أبداً لأنه أسقط حقه^(١٥)."

(١٧) قوله: "ولا يكرر [الرق] على العبد المسلم" فإن التكرار إنما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد، وهو بالنسبة إلى المسلم لا يتصور، لأنه يقتل بالارتداد. (عناية)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "ومن ورث إلخ" هذا نوع آخر من كيفية اليمين على العلم لا على البتات، والضابطة فى ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه لا علم لى بذلك، وأما إذا كان له علم بذلك يحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات. (٦)

(٣) بأن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذى فى يدك لهذا المدعى.

(٤) قوله: "لأنه لا علم له إلخ" وذكر فخر الإسلام فى "الجامع الصغير" المشتري والموهوب له مالك بسبب شرعى، وضع له وهذا يفيد علماً بأنه ملكه لا ملك غيره، فصح تحليفه بالبتات، فإن أبى فقد امتنع عما هو مطلق له، فصار باذلاً، فأما الوارث فلا علم له بما صنع المورث، فطوبى بعلم إن كان له، وإذا لم يفعل مع الإمكان صار باذلاً. (ك)

(٥) أى القطع على عدم الاستحقاق.

(٦) قوله: "وإن وهب [العبد] له إلخ" يعنى إن وهب له عبداً، واشتراه، وادعاه آخر، ولا بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق، أى المحوز لليمين، أى اليمين على البتات. (نتائج الأفكار)

(٧) العبد.

(٨) قوله: "إذ الشراء إلخ" فإن قيل: الإرث كذلك، أوجب بأن معنى قوله: سبب لثبوت الملك سبب اختيارى يباشره، فيعلم ما صنع. (٦)

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "فاقتدى يمينه إلخ" فالافتداء قد يكون بما هو مثل المدعى، وقد يكون بمال هو أقل من المدعى، وأما الصلح من اليمين فإنما يكون على مال أقل من المدعى فى الغالب، لأن الصلح ينبئ عن الخطيئة، وكلاهما مشرو. (نتائج)

(١١) أى من يمينه.

(١٢) أى افتداء اليمين.

(١٣) المدعى.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "لأنه [المدعى] أسقط حقه [بالافتداء أو الصلح]" بخلاف ما إذا اشترى يمينه بعشرة دراهم حيث لم يجز، وكان له أن يستحلف لأن الشراء عقد تمليك المال بالمال، واليمين ليست بمال. (٦)

باب التحالف^(١)

قال^(٢): وإذا اختلف المتبايعان في البيع، فادعى^(٣) أحدهما^(٤) ثمناً^(٥)،
 وادعى البائع أكثر منه، أو اعترف البائع^(٦) بقدر من المبيع، وادعى المشتري أكثر
 منه^(٧)، وأقام أحدهما البينة^(٨) قضى له بها^(٩)؛ لأن في الجانب الآخر مجرد
 الدعوى، والبينة أقوى منها^(١٠)، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
 للزيادة أولى؛ لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة^(١١). ولو كان الاختلاف في
 الثمن والمبيع جميعاً^(١٢)، فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشتري أولى في المبيع
 نظراً إلى زيادة الإثبات، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري: إما أن
 ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع، وإلا فسخنا البيع. وقيل للبائع: إما أن تسلم ما
 ادعاه المشتري من المبيع، وإلا فسخنا البيع؛ لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا جهة فيه
 لأنه ربما يرضيان بالفسخ، فإذا علما به^(١٣) يتراضيان. فإن لم يتراضيا^(١٤) استحلّف
 الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض^(١٥) على وفاق

(١) قوله: "باب التحالف" لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين، لأن الاثنين بعد الواحد،
 فراعاه في الوضع ليناسب الوضع الطبع. (نت)

(٢) أي القدرى. (عيني).

(٣) بأن قال مثلاً: اشتريته بمائة. (نت)

(٤) المشتري.

(٥) بأن قال: بعته بمائة وخمسين. (نت)

(٦) بأن قال مثلاً: المبيع كمر من الخنطة. (نت)

(٧) بأن قال: هو كمران من الخنطة مثلاً. (نت)

(٨) وعجز الآخر.

(٩) بينته.

(١٠) قوله: "أقوى منها" لأن البينة توجب الحكم على القاضى، ومجرد الدعوى لا يوجب الحكم عليه. (نت)

(١١) قوله: "ولا تعارض في الزيادة" لأن البينة المثبتة للأقل لا تتعرض للزيادة، فكانت البينة المثبتة للزيادة ساكنة عن
 المعارض. (عيني)

(١٢) قوله: "ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعاً إلخ" فقال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال

المشتري: بعتها وهذه الجارية معها بخمسين دينار. (٤)

(١٣) أى بالفسخ.

(١٤) قوله: "فإن لم يتراضيا" أى إن لم يتراض البائع والمشتري على الزيادة سواء كانت مما يدعيه أحدهما كما في

الصورة الأولى والصورة الثانية، أو مما يدعيه كل واحد منهما، كما في الصورة الثالثة استحلّف الحاكم كل واحد منهما
 على دعوى الآخر. (نتائج)

(١٥) أى قبض المشتري المبيع.

القياس، لأن البائع يدعى زيادة الثمن، والمشتري ينكرها، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد^(١)، والبائع ينكره، فكل واحد منهما منكر، فيحلف^(٢)، فأما بعد القبض فمخالف للقياس، لأن المشتري لا يدعى شيئاً، لأن المبيع سالم له، فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن، والمشتري ينكرها، فيكتفى بحلفه، لكننا عرفناه^(٣) بالنص، وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان^(٤) والسلعة^(٥) قائمة بعينها تحالفا وتراداً» * قال^(٦): «ويتدعى^(٧) يمين المشتري، وهذا قول محمد وأبي يوسف آخرأ، ورواية عن أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأن المشتري أشدهما إنكاراً^(٨)، لأنه يطالب أولاً بالثمن^(٩)، أو لأنه يتعجل^(١٠) فائدة النكول^(١١)، وهو إلزام الثمن، ولو بدأ^(١٢) يمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع^(١٣) إلى زمان استيفاءه الثمن، وكان أبو يوسف يقول أولاً: يبدأ يمين البائع؛ لقوله عليه السلام^(١٤): «إذا اختلف المتبايعان^(١٥) فالقول ما قاله البائع» * خصه بالذكر^(١٦)، وأقل فائدته^(١٧)

(١) المشتري.

(٢) لأن اليمين على من أنكر للحديث المشهور. (٤)

(٣) التحالف.

(٤) قوله: «إذا اختلف إلخ» قد تقرر في كتب الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص، فحينئذ يكون هذا الحديث راجحاً على الحديث المشهور، لأن هذا الحديث يدل بعبارة على استحلاف المدعى أيضاً فيما نحن فيه، وأما الحديث المشهور فلا يدل بعبارة على عدم استحلاف المدعى مطلقاً، بل إنما يدل عليه بإشارته، حيث يفهم من تقسيم الحججتين للخصمين، أو من جعل جنس الأيمان على المنكرين. (نتائج)

(٥) قوله: «والسلعة [بالكسر - رخت وكالاً]» في رواية ابن ماجه والدارمي: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بيعة فالقول ما قال البائع أو يترادان»، كذا في «المشكاة». (قمر الأعمار) * راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٠٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٣ ص ١٧٧. (نعيم)

(٦) أي القدوري في «مختصره». (عيني)

(٧) القاضي. (نت)

(٨) فيكون بادئاً في الإنكار.

(٩) قوله: «لأنه يطالب أولاً بالثمن» هذا يدل على تقدمه في الإنكار دون شدته، ولعله أراد بالشدّة التقدّم وهو أنسب بالمقام، لأنه لما تقدم في الإنكار تقدم في الذي يترتب عليه. (٤)

(١٠) فكان تقديم ما يتعجل به فائدته أولى. (ك)

(١١) واليمين شرعت لفائدة النكول.

(١٢) القاضي.

(١٣) قوله: «تأخر المطالبة [حين نكول البائع] إلخ» لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن، لأنه يقال له: أمسك المبيع إلى أن تستوفي الثمن. (ك)

(١٤) قلت أخرجه أصحاب السنن الأربعة. (ت)

التقديم. وإن كان^(١) بيع عين^(٢) بعين، أو ثمن بثمن^(٣) بدأ القاضى يمين أيهما شاء؛ لاستواءهما^(٤)، وصفة اليمين أن يحلف^(٥) البائع بالله ما باعه بألف، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين. قال^(٦) فى "الزيادات": يحلف بالله ما باعه بألف، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفى تأكيداً^(٧)، والأصح الاقتصار على النفى لأن الأيمان على ذلك^(٨)، وضعت دل عليه^(٩) حديث القسامة^(١٠) بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً*. قال^(١١): فإن حلفا فسخ القاضى^(١٢) البيع بينهما، وهذا يدل على أنه^(١٣) لا

(١٥) قوله: "إذا اختلف المتبايعان إلخ" قال فى شرح الأقطع جواباً عن هذا الحديث: إنما خص البائع بالذكر لأن يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام: «واليمين على من أنكر»، وسكت عنه عما تقدم بيانه وبين ما يشكل، ولم يتقدم بيانه. (غاية البيان)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٠٥، وانظر الدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤٣ ص ١٧٧. (نعيم)

(١٦) قوله: "خصه بالذكر إلخ" يعنى أنه عليه السلام جعل القول ما قاله البائع، وذلك يقتضى الاكتفاء بيمينه، لكن لا يكتفى بها، فلا أقل من البداية بها. (٤)

(١٧) التخصيص بالذكر.

(١) قوله: "وإن كان [البيع] إلخ" يعنى أن هذا الذى ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح، أو بيمين البائع على القول الآخر إذا كان البيع بيع عين بثمن، وإن كان إلخ. (نتائج الأفكار لزين الدين رحمه الله تعالى)

(٢) أى بيع المقاصة.

(٣) أى بيع الصرف.

(٤) أى فى فائدة النكول. (نت)

(٥) كذا ذكر فى الأصل. (نت)

(٦) محمد.

(٧) قوله: "تأكيداً" بيانه أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون بارأ فى يمينه، فلعله اشتراه بألف وتسع مائة، فيبطل حق البائع فى الزيادة. وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف لجواز أنه باعه بألف ودرهم، ويكون صادقاً فى يمينه أنه لم يبيع بألف درهم، فيبطل حق المدعى.

والأصح الاقتصار على النفى ولا عبء بذلك الوهم، لأن البائع لو كان باعه بألف وتسع مائة لا يدعى البيع بألفين، لأنه يعلم أن المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحلف، لأنه لا يحنت فى يمينه، وكذا المشتري لو كان اشتراه بألف ودرهم لا يدعى الشراء بألف، لأنه يعلم أن البائع لا يبالي بالحلف على ألف لأنه لا يحنت فى يمينه. (ك)

(٨) أى النفى. (ك)

(٩) أى على أن الأيمان وضعت للنفى.

(١٠) قوله: "حديث القسامة [وسيجىء حديث القسامة فى باب. عينى]" هى أيمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد القتل فيهم ميتاً، به جرح، أو أثر ضرب، أو خنق، أو خروج دم من أذنه أو عينه، وجد فى محلة، أو أكثره أو نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله، وادعى وليه القتل على أهلها، أو على بعضهم عمداً أو خطأ حلف له خمسون رجلاً منهم، يختارهم الولي قاتلاً كل منهم: بالله ما قتل ولا علمت له قاتلاً. (الدرر شرح الغرر)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٠٧، وخرج ابن حجر حديث القسامة فى "الدراية" فى باب القسامة، بأنه أشار

ينفسخ^(١) بنفس التحالف، لأنه لم يثبت^(٢) ما ادعاه كل واحد منهما، فيبقى بيع مجهول^(٣)، فيفسخه القاضى قطعاً للمنازعة، أو يقال: إذا لم يثبت^(٤) البديل^(٥) يبقى بيعاً بلا بدل، وهو فاسد، ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد.

قال^(٦): وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر؛ لأنه^(٧) جعل باذلاً^(٨)، فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته^(٩).

قال^(١٠): وإن اختلفا في الأجل^(١١)، أو في شرط الخيار، أو في استيفاء بعض الثمن، فلا تحالف بينهما^(١٢)، لأن هذا اختلاف^(١٣) في غير المعقود عليه^(١٤) والمعقود به^(١٥)، فأشبهه الاختلاف في الخط^(١٦) والإبراء^(١٧)، وهذا^(١٨) لأن بانعدامه^(١٩) لا يختل

تحت الحديث ٨٤٣ بقوله: حديث القسامة سيأتى إن شاء الله تعالى. (نعيم)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) أى إن طلباه، أو طلب أحدهما. (ك)

(١٣) البيع.

(١) مالم يفسخ القاضى.

(٢) بالتحالف.

(٣) أى بيع بضمن مجهول. (ك)

(٤) للتعارض.

(٥) ثمن ما يبيع.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٧) الناكل.

(٨) لصحة البذل فى الأعراض. (نت)

(٩) أى بثبوت ما ادعاه الآخر. (نت)

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١١) أى فى أصله أو قدره.

(١٢) قوله: "فلا تحالف بينهما" وقال زفر والشافعى: يتحالفان إذا اختلفا فى الأجل، لأن هذا فى معنى الاختلاف فى مقدار مالية الثمن، فإن المؤجل أنقص من الحال، فكان ذلك اختلافاً فى وصف الثمن، قلنا: الأجل ليس وصف الثمن، فإن الثمن حق البائت، والأجل حق المشتري، ولو كان الأجل وصفاً للثمن لكان تابعاً لأصله فى الاستحقاق. (ك)

(١٣) قوله: "لأن هذا أى الاختلاف فى الأجل وغيره مما ذكرنا اختلاف الخ والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل، فكانه قال: إذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو الثمن. (ك)

(١٤) المبيع.

(١٥) الثمن.

(١٦) من الثمن.

(١٧) من الثمن، وفيها لا يجب التحالف، فكذا ههنا.

(١٨) أى كونه اختلافاً فى غير المعقود عليه والمعقود به.

ما به قوام العقد، بخلاف الاختلاف في وصف الثمن^(١) أو جنسه^(٢)، حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر^(٣) في جريان التحالف، لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن^(٤)، فإن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف^(٥)، ولا كذلك الأجل^(٦) لأنه^(٧) ليس بوصف، ألا ترى أن الثمن^(٨) موجود بعد مضيئه^(٩).

قال^(١٠): والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه، لأنهما يثبتان بعارض الشرط^(١١)، والقول لمنكر العوارض، قال^(١٢): فإن هلك المبيع^(١٣)، ثم اختلفا^(١٤) لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، والقول قول المشتري.

وقال محمد: يتحالفا، ويفسخ البيع على قيمة الهالك، وهو قول الشافعي، وعلى هذا^(١٥) إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار^(١٦) بحال لا يقدر على رده بعيب^(١٧). لهما^(١٨): أن كل واحد منهما^(١٩) يدعى غير العقد الذي يدعيه^(٢٠) صاحبه والآخر ينكره^(٢١)، وأنه يفيد^(٢٢) دفع زيادة الثمن^(٢٣)، فيتحالفا^(٢٤) كما إذا اختلفا في جنس

(١٩) قوله: "بانعدامه" أى بانعدام ما ذكر من الأجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن. (نتائج الأفكار)

(١) أى الجودة والرداءة.

(٢) أى الدراهم والدنانير.

(٣) أى فى قدر الثمن.

(٤) أى إلى الاختلاف فى نفس الثمن.

(٥) بأنه جيد أو وسط أو ردىء.

(٦) بل هو أصل بنفسه.

(٧) الأجل.

(٨) ولو كان وصفاً لتبعه. (نت)

(٩) الأجل.

(١٠) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(١١) أى بشرط عارض على أصل العقد. (نت)

(١٢) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(١٣) بعد قبض المشتري. (نت)

(١٤) فى مقدار الثمن. (نت)

(١٥) الخلاف.

(١٦) المبيع.

(١٧) قوله: "بعيب" أى بحدوث عيب فى يد، أو بأن زاد زيادة متصلة أو منفصلة. (مل)

(١٨) محمد وشافعي.

(١٩) المتعاقدين.

(٢٠) بالبيع والهبة.

(٢١) قوله: "والآخر ينكره" فيتحالفا كما فى حال قيام السلعة، فإن قيل: هذا القياس قياس فاسد، لأنه حال قيامها يفيد التراد، ولا فائدة له بعد الهلاك، أجاب بقوله: وأنه يعنى التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعنى أن التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التى يدعيها البائع عليه بالنكول. (٤)

التمن بعد هلاك السلعة^(١). ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه^(٢)، وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة^(٣)، والتحالف فيه يفضى إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها^(٤) لارتفاع العقد^(٥)، فلم يكن في معناه^(٦)، ولأنه لا يبالي بالاختلاف^(٧) في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة^(٨) ما يوجهه العقد^(٩).

(٢٢) عند نكول البائع. (ك)

(٢٣) أى عن المشتري. (ك)

(٢٤) قوله: "فيتحالفان" فإن المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه

البائع. (عيني)

(١) قوله: "كما إذا اختلفا في جنس الخ" بأن ادعى أحدهما الدراهم، والآخر الدنانير، فيتحالفان، ويلزم المشتري

رد القيمة. (عيني)

(٢) قوله: "لما أنه سلم للمشتري الخ" ولا يدعى المشتري على البائع شيئاً ينكره، لأن المبيع مملوك له سلم إليه. (عيني)

(٣) قوله: "وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة" وهو قوله عليه السلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة

بعينها تحالفا وترادا»، وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط، ولا يلزم إطلاق قوله عليه السلام: «إذا اختلف

المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويترادان»، ولأن الأمر بالتراد، دليل قيام السلعة إذ هو تفاعل من الرد، فيستدعى الرد من

الجانبين، ولا ذلك إلا بقيام السلعة، وليس المراد به تراد العقد، لأنه لا يتصور ذلك مع أن المطلق والمقيد إذا وردا في حادثة

واحدة في حكم واحد، فالمطلق محمول على المقيد. (ك)

(٤) السلعة.

(٥) بالهلاك.

(٦) قوله: "فلم يكن [أى وقت هلاك السلعة] في معناه [أى معنى قيام السلعة]" لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر

عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه يفسخ العقد، ويعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه، وبعد هلاكها لا يحصل

لك، فالعقد بعد الهلاك لا يحتمل الفسخ بالإقالة والرد بالعيب، فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه

العقد. (ك)

(٧) قوله: "ولأنه لا يبالي الخ" جواب عن قولهما: إن كل واحد منهما يدعى غير العقد الذى يدعيه صاحبه، أى

لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود، وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان

الأمر على ما زعم هو أو البائع، وصار بمنزلة اختلافهما فى ألف وألفين بلا سبب، فتكون اليمين على منكر الألف الزائد.

وهذا بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن، لأن البائع يدعى عليه الدنانير، والمشتري ينكر، والمشتري يدعى الشراء

بالدراهم، والبائع ينكر، وإنكاره صحيح، لأنه لا يسلم للمشتري إلا بثمن، ولم يتفقا على ثمن، وههنا اتفقا على الألف،

وهو يكفي للصحة. فإن قيل: لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغي أن لا يتحالف عند قيام

السلعة، لأن المقصود - وهو ملك العقود عليه - حاصل للمشتري، حتى لو كان جارية حل للمشتري وطبها، قلنا: نعم،

كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس، فقلنا به. (ك)

(٨) قوله: "وإنما يراعى الخ" هذا أيضاً جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، أى فائدة دفع زيادة الثمن

ليست من موجبات نكول البائع، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته. (ك)

(٩) قوله: "ما يوجهه العقد الخ" وفيه نظر فإننا قد اعتبرنا فى حال قيام السلعة التراد فائدة التحالف، وهو ليس من

موجبات العقد، والجواب أنه ثبت بالنص على خلاف القياس. (عناية)

وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته^(١)، وهذا^(٢) إذا كان الثمن ديناً^(٣)، فإن كان عيناً^(٤) يتحالفان^(٥)، لأن المبيع فى أحد الجانبين قائم، فيوفر فائدة الفسخ^(٦)، ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل.

قال^(٧): "وإن هلك أحد العبدین^(٨)، ثم اختلفا فى الثمن لم يتحالفا عند أبى حنيفة، إلا^(٩) أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك. وفى الجامع الصغير^(١٠): القول قول المشتري مع يمينه عند أبى حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحى، ولا شىء له من قيمة الهالك. وقال أبو يوسف: يتحالفان^(١١) فى الحى، ويفسخ العقد فى الحى^(١٢)، والقول قول المشتري فى قيمة الهالك^(١٣). وقال محمد^(١٤): يتحالفان عليهما^(١٥) ويرد الحى، وقيمة الهالك؛ لأن هلاك

(١) العقد.

(٢) الاختلاف المذكور.

(٣) ثابتاً فى الذمة، كالدرهم والدنانير، والمكيلات والموزونات. (٤)

(٤) قوله: "فإن كان عيناً إلخ" أى فإن كان العقد مقايضة، وهلك أحد العوضين. (عينى)

(٥) قوله: "يتحالفان" وإن اختلفا فى كون البديل ديناً أو عيناً إن ادعى المشتري أنه كان عيناً يتحالفان عندهما، وإن كان البائى ادعى أنه كان عيناً، وادعى المشتري أنه كان ديناً لا يتحالفان، والقول قول المشتري. (كفاية)

(٦) الرد.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٨) قوله: "وإن هلك أحد إلخ" يعنى إذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة، قبضهما المشتري فهلك أحدهما، ثم اختلفا فى الثمن، فقال البائى بعتهما منك بألفى درهم، وقال المشتري: اشتريتهما منك بألف درهم لم يتحالفا. (نتائج)

(٩) سيجىء تحقيق هذا الاستثناء.

(١٠) قوله: "وفى الجامع الصغير" إنما أعاد ذكر لفظ "الجامع الصغير"، لأن لفظه يقتضى أن يكون المستثنى منه يمين المشتري، ولفظ القدورى الذى هو لفظ "المبسوط" يقتضى أن يكون المستثنى منه عدم التحالف، لأن المذكور قبل الاستثناء هناك قوله: لم يتحالفا. (نت)

(١١) قوله: "يتحالفان فى الحى" كلمة فى بمعنى اللام، أى يتحالفان لأجل الحى، يعنى أن التحالف عند أبى يوسف يكون على الحى والميت معاً، كما هو التفسير الصحيح للتحالف على رأيه على ما سيجىء، لكن المقصود من تحالفهما إنما هو فسخ العقد فى الحى. (مل)

(١٢) بعد التحالف.

(١٣) قوله: "والقول قول المشتري فى قيمة الهالك" أقول: فى عبارة الكتاب قصور، فإنه إذا اختلفا فى قيمة الهالك فالقول للبائع لا للمشتري على ما سيجىء من المصنف، فما قال ههنا ينافيه، فلا بد من التأويل ههنا، وهو أن المراد أنه بعد التحالف يرد الحى على البائع، ويسقط حصة الحى من الثمن، ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشتري بعد تقسيم ذلك الثمن على قيمة الحى والهالك، فقول المشتري إنما يعتبر فى حصة الهالك من الثمن الذى أقر به المشتري إلا فى قيمة الهالك، كذا فى "نتائج الأفكار". (مل)

(١٤) قوله: "وقال محمد: يتحالفان إلخ" والجواب أن هلاك البعض محوَج إلى معرفة القيمة بالحرز، وذلك

كل السلعة لا يمنع التحالف عنده^(١)، فهلاك البعض أولى^(٢).
ولأبى يوسف أن امتناع التحالف للهالك^(٣)، فيتقدر بقدره^(٤)، ولأبى حنيفة
أن التحالف^(٥) على خلاف القياس فى حال قيام السلعة، وهى اسم لجميع
أجزاءها^(٦)، فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف فى
القائم^(٧) إلا على اعتبار حصته من الثمن، فلا بد من القسمة^(٨) على القيمة، وهى
تعرف بالخرز^(٩) والظن، فيؤدى إلى التحالف مع الجهل، وذلك لا يجوز، إلا أن
يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلاً، لأنه حينئذ^(١٠) يكون الثمن كله بمقابلة
القائم^(١١)، ويخرج الهالك^(١٢) عن العقد، فيتحالفان^(١٣).
وهذا^(١٤) تخريج بعض المشايخ، ويصرف الاستثناء^(١٥) عندهم إلى التحالف كما
ذكرنا^(١٦)، وقالوا: إن المراد من قوله^(١٧) فى "الجامع الصغير": يأخذ الحى، ولا شىء
له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً.
وقال بعض المشايخ: يأخذ^(١٨) من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري، وإنما لا

منجهل فى المقسم عليه، فلا يجوز. (٤)

(١٥) الحى والهالك.

(١) أى محمد.

(٢) بأن لا يمن.

(٣) أى لأجل الهالك.

(٤) قوله: "فيتقدر بقدره" أى فيتقدر الامتناع بقدر الهالك، لأن الحكم لا يزيد على العلة. (عنى)

(٥) ثبت بالنص، بعد القبض.

(٦) وما ثبت بخلاف القياس لا يتعدى.

(٧) فيه إشارة إلى جواب قول أبى يوسف ومحمد.

(٨) أى قسمة الثمن.

(٩) اندازه كردن.

(١٠) أى حين هذا الرضى.

(١١) وكأن العقد لم يكن إلا على القائم. (ك)

(١٢) كأنه لم يكن.

(١٣) كما هو الحكم فى الاختلاف عند قيام السلعة.

(١٤) قوله: "وهذا" أى توجيه قوله: إلا أن يرضى البائم أن يترك حصة الهالك بما ذكر من قوله: يكون الثمن كله إلخ. (مل)

(١٥) المذكور فى القدورى والميسوط.

(١٦) المراد به قوله: فيتحالفان. -

(١٧) أى محمد.

يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء^(١) ينصرف^(٢) الاستثناء^(٣) إلى يمين المشتري لا إلى التحالف، لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه، فلا يحلف^(٤) المشتري.

ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم^(٥)، وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء^(٦) فادعى أحدهما الفسخ، أو كلاهما^(٧) يفسخ العقد بينهما، ويأمر القاضى المشتري برد الباقي وقيمة الهالك^(٨).

واختلفوا في تفسيره^(٩) على قول أبى يوسف، والصحيح أنه يحلف المشتري^(١٠) بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع، فإن نكل لزمه دعوى البائع^(١١)، وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشتري، فإن نكل^(١٢) لزمه^(١٣) دعوى المشتري، وإن حلف^(١٤) يفسخان البيع فى القائم، ويسقط حصته^(١٥) من

(١٨) قوله: "يأخذ [أى البائع]" أى يأخذ البائع فى حصة الهالك من المشتري ما يقر به المشتري ويهلك حصة الهالك على حسب دعواه، فلا شيء له من حصة الهالك إلا ما قال المشتري.

(١) المشايخ.

(٢) ينصرف إلخ" فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند أبى حنيفة رحمه الله والقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يشاء البائم أن يأخذ الحى، ولا يأخذ من ثمن الهالك زائدا على ما أقر به المشتري، فحيث لا يمين على المشتري. (نت)

(٣) المذكور فى القدورى.

(٤) قوله: "فلا يحلف" لأن الاستحلاف إنما شرع فى حق المشتري إذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك البائم دعوى الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشتري، فلا حاجة إلى استحلاف المشتري. (ك)

(٥) هو قوله: وصفة اليمين أن يحلف البائم بالله ما باعه بألف إلخ. (٤)

(٦) من الثمن.

(٧) ادعى الفسخ.

(٨) قوله: "وقيمة الهالك" والقول فى قيمة الهالك للمشتري، لأن البائع يدعى زيادة قيمته، وهو ينكر، فيكون القول له كما فى قيمة المغصوب والمقبوض بعقد فاسد. (عيني)

(٩) التحالف.

(١٠) قوله: "والصحيح أنه يحلف إلخ" قال بعضهم: يقسم الثمن على قيمة العبدین، فما يخص الحى ألف مثلا على زعم البائع وخمس مائة على زعم المشتري، يحلف المشتري بالله ما اشتريته بألف، ويحلف البائع بالله ما بعته بخمس مائة كما يدعيه المشتري. وإذا حلفا يفسخ العقد فى الحى، ثم يحلف المشتري على حصة الهالك، فإن نكل لزمه ما ادعاه البائع، وإن حلف لزمه ما أقر به دون الزيادة، والصحيح أنهما يتحالفان على جملة الثمن، لأن من اشتري شيئين بألفى درهم يصدق فى يمينه أنه ما اشتري أحدهما بألف، وكذا البائم على هذا، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين، وهو النكول. (ك)

(١١) أى ما ادعاه البائم.

(١٢) البائم.

(١٣) البائم.

(١٤) البائم.

(١٥) القائم.

الثلث، ويلزم المشتري^(١) حصة^(٢) الهالك، ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض^(٣). وإن اختلفا^(٤) في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع، وأيهما أقام البينة يقبل بيته^(٥)، وإن أقامها فبينة البائع أولى^(٦)، وهو^(٧) قياس ما ذكر في بيوع الأصل^(٨). اشترى عبيدين وقبضهما، ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده^(٩)

يجب عليه^(١٠) ثمن ما هلك عنده، ويسقط عنه ثمن ما رده، وينقسم الثمن على قيمتهما^(١١). فإن اختلفا^(١٢) في قيمة الهالك فالقول قول البائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره، والقول للمنكر. وإن أقاما^(١٤) البينة فبينة البائع أولى، لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً^(١٥) لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك، وهذا^(١٦) لفقهاء، وهو أن في الأيمان يعتبر

(١) ولا يلزم قيمة الهالك لأن القيمة تجب إذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم يفسخ. (٤)

(٢) من الثمن الذي أقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك.

(٣) قوله: "ويعتبر قيمتهما [أى الحى والهالك] فى الانقسام يوم القبض" يعنى يقسم الذى أقر به المشتري فى العبد القائم، والهالك على قدر قيمتهما يوم القبض، فإن اتفقا على أن قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري نصف الثمن الذى أقر به المشتري، ويسقط عنه نصف الثمن. وإن تصادقا على أن قيمتهما يوم القبض كان على التفاوت، فإن تصادقا على أن قيمة الهالك على الثلث من قيمة القائم يجب على المشتري ثلث ما أقر به من الثمن، وإن اختلفا فى ذلك، فقال المشتري: كانت قيمة القائم يوم القبض ألفاً، وقيمة الهالك خمس مائة، وقال البائع على العكس فالقول للبائع، لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعى زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك، والبائع ينكره. (٤)

(٤) البائع والمشتري.

(٥) لأنه مثبت دعواه.

(٦) قوله: "أولى" لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباته الزيادة فى قيمة الهالك، فإن قيل: المشتري يدعى زيادة فى قيمة القائم، فوجب أن يقبل بيته لإثبات الزيادة، قلنا: الذى وقع الاختلاف فيه قصداً قيمة الهالك، والاختلاف فى قيمة القائم ثبت ضمناً للاختلاف فى قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع فيه الاختلاف قصداً، فكانت أحق بالاعتبار. (ك)

(٧) أى ما ذكر من قول أبى يوسف وتفرعاته. (نت)

(٨) المبسوط.

(٩) المشتري.

(١٠) المشتري.

(١١) العبيدين أى يوم القبض. (نت)

(١٢) أى فى مسألة الأصل. (نت)

(١٣) البائع والمشتري.

(١٤) أى فى مسألة الأصل. (نت)

(١٥) قوله: "لأنها أكثر إثباتاً إلخ" والبيانات شرعت للإثبات، فما كان أكثر إثباتاً كان أولى. (عيني)

(١٦) أى اعتبار بينة البائع ويمينه. (نت)

الحقيقة^(١)، لأنها^(٢) تتوجه على أحد العاقدين، وهما يعرفان حقيقة الحال، فبنى الأمر عليها^(٣)، والبائع منكر حقيقة^(٤)، فلهذا كان القول قوله^(٥)، وفي البيئات يعتبر الظاهر، لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال، فاعتبر الظاهر في حقهما^(٦)، والبائع مدّع ظاهرًا، فلهذا تقبل بيته^(٧) أيضًا، وترجح^(٨) بالزيادة الظاهرة على ما مر^(٩)، وهذا يبين لك معنى^(١٠) ما ذكرناه من قول أبي يوسف^(١١).

قال^(١٢): ومن اشترى^(١٣) جاريةً وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا^(١٤) في الثمن فإنهما يتحالفان، ويعود البيع الأول^(١٥)، ونحن ما أثبتنا التحالف فيه^(١٦) بالنص^(١٧)، لأنه ورد في البيع المطلق^(١٨)، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين^(١٩)، وإنما أثبتناه

(١) أى حقيقة الحال.

(٢) الأيمان.

(٣) حقيقة الحال.

(٤) أى لسقوط الزيادة.

(٥) البائع مع يمينه. (ك)

(٦) الشاهدين.

(٧) البائع.

(٨) أى بينة البائع على بينة المشتري.

(٩) هو قوله: لأنها أكثر إثباتًا.

(١٠) قوله: "وهذا [أى ما ذكر في بيوع الأصل. نت] يبين إلخ" أى هذا هو الفقه فى أن جعل أبو يوسف^{رح} القول قول البائع فى قيمة الهالك، والبينة بيته أيضًا فيما إذا اختلفا فى قيمة الهالك بعد التحالف عنده. (ك)

(١١) فى التحالف وتفرعاته. (٤)

(١٢) أى محمد فى بيوع "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "ومن اشترى" أى من اشترى جارية، ونقد ثمنها وقبضها، ثم تقايلا، ولم يقبض البائع بعد الإقالة حتى اختلفا فى الثمن إلخ. (٤)

(١٤) قوله: "ثم اختلفا فى الثمن" بأن قال المشتري: كان الثمن ألفا، فعليك أن ترد الألف، وقال البائع: كان خمس مائة، فعلى رد خمس مائة. (عيني)

(١٥) قوله: "ويعود البيع الأول" حتى يكون حق البائع فى الثمن، وحق المشتري فى المبيع. (عيني)

(١٦) الإقالة.

(١٧) وهو قوله عليه السلام: إذا اختلف المتبايعان إلخ.

(١٨) قوله: "لأنه ورد فى البيع المطلق" أى فى البيع من كل وجه والإقالة فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق الثالث، فلا يكون النص الوارد فى البيع المطلق واردا فيه. (ك)

(١٩) قوله: "فسخ فى حق إلخ" هذا إنما يتمشى على قول أبى حنيفة^{رح} ومحمد^{رح}، وأما على قول أبى يوسف^{رح}

فالإقالة عنده بيع فى حق المتعاقدين أيضًا، فلا كلام فيه. (نتائج)

بالقياس ، لأن المسألة مفروضة قبل القبض^(١) ، والقياس يوافقه على ما مر^(٢) ، ولهذا^(٣) نقيس الإجارة^(٤) على المبيع قبل القبض ، والوارث^(٥) على العاقد ، والقيمة على العين^(٦) فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ، ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ، لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض^(٧) أيضاً .

قال^(٨) : ومن أسلم عشرة دراهم في كر^(٩) حنطة ، ثم تقايلاً^(١٠) ، ثم اختلفا في الثمن^(١١) ، فالقول قول المسلم إليه^(١٢) ، ولا يعود السلم ؛ لأن الإقالة في باب السلم لا تحتل النقص ، لأنه إسقاط^(١٣) ، فلا يعود السلم ، بخلاف الإقالة في البيع^(١٤) ، ألا يرى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً^(١٥) فرده^(١٦) بالعيب^(١٧) ،

(١) أى قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (ك)

(٢) أى فى أول الباب. (نت)

(٣) إيضاح لقوله: وإنما أثبتناه بالقياس. (ك)

(٤) قوله: "نقيس الإجارة" يعنى إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء العقود عليه فى الأجرة. (عنى)

(٥) قوله: "والوارث" أى وارثا البائع والمشتري إذا اختلفا فى الثمن يجرى التحالف بينهما. (عنى)

(٦) قوله: "والقيمة إلخ" يعنى إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة فى يد البائع، وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة، فإن اختلف العاقدان فى الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشتري لكون النص إذ ذاك معقول المعنى. (ع)

(٧) قوله: "معلولاً بعد القبض" أى بوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذه العلة لاتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض، ولما كان النص عنده معلولاً تعدى حكمه من البيع إلى الإقالة وإن كان بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة. (مل)

قوله: "معلولاً" أى موافقاً للقياس، وأما الشيخان فيقولان: إن التحالف بعد القبض على خلاف القياس.

(٨) أى محمد فى بيع "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "كر" قال الأزهرى: الكر ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيب، والمكوك: صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من هذا الحساب اثني عشر وسقاً كل وسق ستون صاعاً. (مغرب)

(١٠) أى السلم.

(١١) رأس المال.

(١٢) قوله: "فالقول قول المسلم إليه" مع يمينه لأن رب السلم يدعى زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان. (مل)

(١٣) للمسلم فيه، وهو دين والدين الساقط لا يعود. (ع)

(١٤) قوله: "بخلاف الإقالة فى البيع" فإنها تحتل الفسخ، فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري بعد عوده إلى البائع. (نت)

(١٥) بأن أسلم ثوباً فى كر حنطة. (ك)

(١٦) أى قضى القاضى بالرد.

(١٧) بعد قبضه. (ك)

وهلك^(١) قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود^(٢) السلم^(٣)، ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل^(٤) على الفرق بينهما^(٥).

قال^(٦): وإذا اختلف الزوجان في المهر، فادعى الزوج أنه تزوجها بألف، وقالت: تزوجتني بألفين، فأيهما أقام البينة تقبل بيته^(٧)؛ لأنه نور دعواه بالحجة، فإن^(٨) أقاما^(٩) البينة فالبينة بينة المرأة؛ لأنها^(١٠) تثبت الزيادة، معناه^(١١) إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته^(١٢). وإن لم تكن لهما^(١٣) بينة تحالفا^(١٤) عند أبي حنيفة، ولا يفسخ النكاح؛ لأن أثر التحالف في انعدام التسمية، وأنه^(١٥) لا يخل بصحة النكاح، لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع، لأن عدم التسمية يفسده^(١٦) على ما مر^(١٧)، فيفسخ^(١٨). ولكن يحكم مهر المثل^(١٩)، فإن كان مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل^(٢٠) قضى

(١) في يد المسلم إليه.

(٢) لما أن المعقود عليه قد سقط. (ك)

(٣) ولا يرتفع الإقالة. (عناية)

(٤) أى هذا الذى ذكرنا.

(٥) أى بين السلم وبيع العين.

(٦) أى القدرى. (عنى)

(٧) قوله: "تقبل بيته" أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعى الزيادة، وإنما الإشكال فى قبول بينة الزوج، لأنه منكر للزيادة، فكان عليه البين لا البينة، وإنما قبلت لأنه مدع فى الصورة وهى كافية بقبولها لما ذكرنا. (ع)

(٨) هذا من تمام كلام القدرى. (نت)

(٩) الزوجان.

(١٠) بينة المرأة.

(١١) أى معنى قوله: فالبينة بينة المرأة.

(١٢) قوله: "إذا كان مهر مثلها إلخ" أما إذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته، أو أكثر مما ادعته، فبينة الزوج أولى، لأن بينة الزوج تثبت الخط، وبينة المرأة لا تثبت شيئاً لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل. (ك)

(١٣) الزوجين.

(١٤) قوله: "تحالفا" قيل: التحالف مشروع فى البيع والنكاح ليس فى معناه، أوجب بأن موجه فى البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعياً ومنكراً مع عدم إمكان الترجيح، وهو ههنا موجود فألحق به. (عناية)

(١٥) أى التسمية.

(١٦) لأنه ركن بيع.

(١٧) فى كتاب البيع. (نت)

(١٨) البيع لبقاء العقد بلا بدل. (ع)

(١٩) قوله: "ولكن يحكم [أى يجعل مهر المثل حكماً لرفع النزاع] مهر المثل" استدراك عن قوله: ولا يفسخ النكاح. (ك)

(٢٠) مما اعترف بالزوج.

بما قال الزوج، لأن الظاهر شاهد له^(١)، وإن كان مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر^(٢) قضي بما ادعته المرأة^(٣)، وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل؛ لأنهما^(٤) لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل، ولا الحط عنه^(٥). قال^(٦): ذكر^(٧) التحالف أولاً، ثم التحكيم^(٨)، وهذا^(٩) قول الكرخي؛ لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية^(١٠)، وسقوط اعتبارها بالتحالف، فلهذا يقدم في الوجوه كلها^(١١)، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد، تعجيلاً لفائدة النكول^(١٢)، كما في المشتري^(١٣)، وتخريج الرازي بخلافه^(١٤)، وقد استقصيناه^(١٥) في النكاح، وذكرنا خلاف أبي يوسف فلا نعيده.

(١) أي الزوج لموافقة قوله: مهر المثل ولكون قوله أقرب إلى مهر المثل. (نت)

(٢) مما ادعته المرأة.

(٣) لأن الظاهر شاهد لها.

(٤) زوجان.

(٥) أي عن مهر المثل.

(٦) أي المصنف.

(٧) أي القدوري. (نت)

(٨) أي ثم ذكر التحكيم بمهر المثل بعد التحالف.

(٩) أي تقديم التحالف.

(١٠) أي تسمية المهر.

(١١) قوله: "فلهذا يقدم [التحالف] في الوجوه كلها" أي فيما إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج، أو أقل منه، أو مثل ما ادعته المرأة، أو أكثر منه، أو كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، فكانت التسمية صحيحة في أصلها، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلف تعذر العمل بالتسمية، فصارت التسمية كأن لم تكن، فيحكم مهر المثل. (ك)

(١٢) قوله: "تعجيلاً لفائدة النكول" لأن أول التسليمين عليه، فيكون أول اليمينين عليه، فالزوج بمنزلة المشتري

والمهر كالثمن والبضع كالبيع. (مل)

(١٣) فإنه يبدأ بيمينه أولاً.

(١٤) قوله: "وتخريج الرازي [أبو بكر] بخلافه" فإنه لا يقول بالتحالف إلا في وجه واحد وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهداً لأحدهما، بأن يكون أكثر مما أقر به الزوج، وأقل مما ادعته المرأة، وأما إذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج، أو أقل فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثل ما تقول المرأة أو أكثر: فالقول قولها مع يمينها، وهذا هو الأصح لأن تحكيم مهر المثل ههنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثم الأصل في الدعاوى أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه. (ك)

(١٥) قوله: "وقد استقصيناه" أي تخريج الرازي في النكاح، أي في كتاب النكاح، وذكرنا خلاف أبي يوسف

وهو أن القول في جميع ذلك قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها على ما قال صاحب

ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد، والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة^(١) إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينا، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضي، ولم يوجد، فوجبت القيمة^(٢).

وإن اختلفا^(٣) في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادفاً، معناه اختلفا في البذل^(٤)، أو في المبدل^(٥)، لأن التحالف في البيع قبل القبض^(٦) على وفاق القياس على ما مر^(٧)، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع^(٨)، وكلامنا قبل استيفاء المنفعة.

فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة^(٩)، وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر^(١٠)، فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه، وأيهما أقام البينة قبلت، ولو أقامها فبينة المؤجر أولى^(١١) إن كان الاختلاف في الأجرة، وإن كان^(١٢) في المنافع فبينة المستأجر أولى، وإن كان^(١٣) فيهما^(١٤) قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل، نحو أن يدعى هذا^(١٥) شهراً بعشرة،

"الهداية" هناك، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر، وتكلموا في تفسيره على ما مر، بيانه في كتاب النكاح، فلا نعيده، أي فلا نعيد ذكر خلافه ههنا. (مل)

(١) قوله: "فهو كالمسألة المتقدمة" يعني أنه يحكم مهر المثل أولاً، فمن شهد له فالقول له، وإن كان بينهما يتحالفاً وإليه مال فخر الإسلام رحمه الله، وهو تخريم الرازي، وأما على تخريم الكرخي فيتحالفاً أولاً، كما تقدم. (نت)

(٢) أي قيمة الجارية.

(٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٤) أي في الأجرة. (ك)، وأما إذا اختلفا في الأجل، فليس التحالف فيه، بل القول قول من ينكر الزيادة. (نت)

(٥) قوله: "أي في المبدل [التريد لمنع الخلو. نت]" أي في المعقود عليه وهو المنافع، بأن ادعى المؤجر أنه آجره شهراً، وادعى المستأجر أنه استأجره شهرين. (ك)

(٦) أي قبض المبيع.

(٧) إشارة إلى قوله في أول الباب: لأن البائع يدعى زيادة الثمن الخ. (عيني)

(٨) قوله: "نظير البيع [في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ. ع] الخ" فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة، قلنا: الدار أقيمت مقام المنفعة في حق إيراد العقد عليها فكانت قائمة تقديراً. (عيني)

(٩) أي لوجوب زيادة الأجرة على حذف المضاف. (نت)

(١٠) قوله: "المؤجر" هذا على غير القاعدة، والأصل أن يقال: المؤجر أو الأجر. (عيني)

(١١) لأنها أكثر إثباتاً. (عيني)

(١٢) الاختلاف.

(١٣) الاختلاف.

(١٤) أي في الأجرة والمنافع.

(١٥) المؤجر.

والمستأجر شهرين بخمسة، يقضى^(١) بشهرين بعشرة.

قال^(٢): وإن اختلفا^(٣) بعد الاستيفاء^(٤) لم يتحالفوا، وكان القول قول المستأجر، وهذا^(٥) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ظاهر، لأن هلاك العقود عليه يمنع التحالف^(٦) عندهما، وكذا^(٧) على أصل محمد، لأن الهلاك إنما لا يمنع^(٨) عنده في المبيع لما أن له قيمة^(٩) تقوم مقامه، فيتحالفان عليها^(١٠)، ولو جرى التحالف ههنا، وفسخ العقد^(١١) فلا قيمة، لأن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد^(١٢)، وتبين أنه لا عقد^(١٣)، وإذا امتنع^(١٤) فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه^(١٥).

وإن^(١٦) اختلفا^(١٧) بعد استيفاء بعض العقود عليه تحالفاً، وفسخ العقد فيما بقى، وكان القول في الماضي قول المستأجر^(١٨)؛ لأن العقد ينعقد^(١٩) ساعة فساعة^(٢٠)،

(١) نظراً إلى كثرة الإثبات.

(٢) أي القدرى في "مختصره". (نت)

(٣) في الأجرة.

(٤) أي استيفاء العقود عليه، أي المنافع.

(٥) أي عدم التحالف.

(٦) قوله: "يمنع التحالف" والمعقود عليه ههنا عرض، وهو المنفعة والعرض لا يبقى زمانين. (٤)

(٧) أي ظاهر.

(٨) التحالف.

(٩) قوله: "لما أن له قيمة" لأن القيمة للعين قائمة مقام العين لأن العين تتقوم بنفسها. (مل)

(١٠) قيمة.

(١١) أي عقد الإجارة.

(١٢) تتقوم.

(١٣) قوله: "وتبين [أي بالانفساخ] أنه لا عقد" فحيث ظهر أنه لا قيمة للمنفعة، وإذا كان كذلك كان المبيع غير

قائم، ولا الذى يقوم مقامه فامتنع التحالف، فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه، وأنه انفع للأجير، ولأنه لو

تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف، فلا يمكن إيجاب شيء للأجير. (ك)

(١٤) التحالف.

(١٥) قوله: "لأنه هو المستحق عليه" أي هو الذى استحق عليه، ومتى وقع الاختلاف فى الاستحقاق كان القول

قول المستحق عليه، كذا فى "الكافى". (نت)

(١٦) هذا لفظ القدرى. (نت)

(١٧) أي فى الأجرة.

(١٨) لأنه هو المدعى عليه.

(١٩) فى الإجارة.

(٢٠) على حسب حدوث المنفعة. (نت)

فيصير^(١) فى كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، بخلاف البيع، لأن العقد فيه^(٢) دفعة واحدة، فإذا تعذر^(٣) فى البعض تعذر فى الكل.

قال^(٤): وإذا اختلف المولى والمكاتب فى مال الكتابة لم يتحالفا عند أبى حنيفة^(٥)، وقالوا: يتحالفان، وتفسخ الكتابة، وهو قول الشافعى؛ لأنه^(٦) عقد معاوضة يقبل الفسخ^(٧)، فأشبهه البيع^(٨). والجامع^(٩) أن المولى يدعى بدلا زائدا ينكره العبد، والعبد يدعى استحقاق العتق عليه^(١٠) عند أداء القدر الذى يدعيه، والمولى ينكره، فيتحالفان كما إذا اختلفا^(١١) فى الثمن^(١٢). ولأبى حنيفة أن البدل^(١٣) مقابل بفك الحجر فى حق اليد^(١٤)، والتصرف للحال^(١٥)، وهو سالم^(١٦) للعبد^(١٧)، وإنما ينقلب^(١٨) مقابلا للعتق عند الأداء^(١٩)، فقبله لا مقابلة، فبقى اختلافاً فى قدر

(١) قوله: "فيصير" أى العقد فى كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها، أى على كل جزء من المنفعة، فصار ما بقى من المنافع كالمنفرد بالعقد، فكان الاختلاف بالنسبة إليه قبل استيفاء المعقود عليه، وفيه التحالف. وأما الماضى فالقول فيه قول المستأجر، لأن المنافع الماضية هالكة، فكان الاختلاف بالنسبة إليها بعد الاستيفاء، ولا تحالف فيه فالقول قول المستأجر بالاتفاق. (نت)

(٢) ينقصد.

(٣) الفسخ بالهلاك.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) والقول للعبد مع يمينه.

(٦) الكتابة.

(٧) لقدرة العبد على تعجيز نفسه.

(٨) عند الاختلاف فى الثمن.

(٩) بينهما.

(١٠) المولى.

(١١) العاقدان.

(١٢) أى فى ثمن المبيع.

(١٣) أى بدل الكتابة.

(١٤) قوله: "مقابل بفك الخ" وهذا لأن البدل لا بدله من ميدل، وليس فى العبد سوى اليد والرقبة، فلو كان البدل مقابلا للرقبة فى الحال لا مقابلا لليد تم العتق عند تمام العقد كما فى البيع فإن المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه، وليس كذلك، فتعين أن يكون فى الحال مقابلا لليد، ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الأداء، فقبله لا مقابلة. (٤)

(١٥) أى فى الحال.

(١٦) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة.

(١٧) فلا يدعى على المولى شيئاً، فلا يكون المولى منكراً. (ك)

(١٨) البدل.

(١٩) قوله: "عند الأداء" يعنى إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلا بفك الحجر إلى كونه مقابلا بالعتق. (ب)

البدل لا غير^(١)، فلا يتحالفان^(٢).

قال^(٣): وإذا اختلف الزوجان^(٤) فى متاع البيت، فما يصلح للرجال^(٥)، فهو للرجل، كالعمامة لأن الظاهر شاهده له^(٦)، وما يصلح للنساء^(٧)، فهو للمرأة كالوقاية^(٨) لشهادة الظاهر لها^(٩)، وما يصلح لهما^(١٠) كالآنية فهو للرجل، لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج، والقول فى الدعوى لصاحب اليد^(١١)، بخلاف ما يختص بها، لأنه يعارضه^(١٢) ظاهر أقوى منه^(١٣)، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد ما وقعت الفرقة^(١٤).

فإن مات أحدهما^(١٥)، واختلفت وراثته مع الآخر^(١٦)، فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي^(١٧) منهما^(١٨)؛ لأن اليد للحى دون الميت^(١٩)، وهذا الذى ذكرناه^(٢٠).

(١) قوله: "بقى اختلافًا إلخ" فالعبد لا يدعى شيئًا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة، والقول قول المنكر. (ب)

(٢) قوله: "فلا يتحالفان لأنه لا يكون بلا إنكار. ك]" وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بها، وإن أقاما البينة كانت بينة المولى أولى، لأنها تثبت الزيادة إلا أنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعنى لأنه أثبت الحرية لنفسه. (ت)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (ت)

(٤) قوله: "وإذا اختلف الزوجان" أى ادعى كل واحد منهما أن الكل. (عنى)

(٥) قوله: "فما يصلح للرجال" كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان، والسلاح، والمنطقة، والكتب فهو للرجل، أى القول فيها قول الزوج مع اليمين إلا إذا كانت المرأة تباع ثياب الرجال. (ك)

(٦) الرجل.

(٧) قوله: "وما يصلح للنساء" كالخمار والدرع، والملحفة، والحلى فهو للمرأة، أى القول قولها فيها بشهادة الظاهر إلا إذا كان الرجل صانعًا، أو يبيع ثياب النساء. (ك)

(٨) قوله: "كالوقاية [هر چه بدان چیزى را نگاه دارند و پناه دهند. من]" وهى ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة سميت بها لأنها تقي الخمار. (ع)

(٩) امرأة.

(١٠) قوله: "وما يصلح لهما [زوجين]" كالفرش والأمتعة، والأواني، والرفيق، والعقار، والمنزل، والمواشى والنقود، فالقول للزوج فيه أيضًا، لأن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج، فكان الأموال كلها فى يد الزوج. (ك)

(١١) إذا اختلف اثنان فى شيء وهو فى يد أحدهما.

(١٢) قوله: "لأنه يعارضه [أى ظاهر الزوج باليد. ع] إلخ" فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا فى ثوب أحدهما لا بسه، والآخر متعلق بكه، فإن اللباس أولى. (ك)

(١٣) قوله: "ظاهر أقوى منه" وهو يد الاختصاص بالاستعمال، فإن ما هو صالح للرجال، فهو مستعمل الرجال، وما هو صالح للنساء، فهو مستعمل النساء. (عناية)

(١٤) بالطلاق وغيره.

(١٥) أى الزوجين.

(١٦) أى الحى.

(١٧) أيهما كان. (ع)

قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يدفع^(١) إلى المرأة ما يجهر^(٢) به مثلها ، والباقي^(٣) للزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز^(٤) ، وهذا^(٥) أقوى^(٦) ، فيبطل به ظاهر يد الزوج . ثم في الباقي لا معارض لظاهره^(٧) ، فيعتبر^(٨) ، والطلاق والموت سواء^(٩) لقيام الورثة مقام مورثهم . وقال محمد : ما كان للرجال ، فهو للرجل ، وما كان للنساء ، فهو للمرأة ، وما يكون لهما ، فهو للرجل^(١٠) ، أو لورثته^(١١) ؛ لما قلنا لأبي حنيفة^(١٢) ، والطلاق والموت سواء^(١٣) لقيام الوارث مقام المورث^(١٤) .
وإن كان أحدهما^(١٥) مملوكاً^(١٦) فالمتاع للحر في حالة الحياة ؛ لأن يد الحر^(١٧)

(١٨) الزوجين .

(١٩) إذ لا يدل له .

(٢٠) قوله : " وهذا [أى المجموع] الذى ذكرناه " يعنى من حيث الجملة لا التفصيل قول أبى حنيفة^ع لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة ، فإن كون ما يصلح للرجال ، فهو للرجل ، وما يصلح للنساء ، فهو للمرأة بالإجماع ، فلا اختصاص له بذلك ، وعلى هذا قوله ، وقال أبو يوسف^ع : يدفع إلى المرأة إلخ ، معناه مما يصلح لهما . (٢)

(١) أى من المشكل . (ك)

(٢) تجهيز ساختن جهاز عروس . (من)

(٣) أى من المشكل . (نت)

(٤) بالكسر ، رخت عروس . (من)

(٥) أى ظاهر المرأة .

(٦) من ظاهر يد الزوج لجزيان العادة بذلك . (٢)

(٧) الزوج .

(٨) لقوة يده عليها لأنه قوام عليها . (ك)

(٩) أى عند أبى يوسف^ع . (نت)

(١٠) إن كان حياً . (٢)

(١١) إن كان ميتاً . (٢)

(١٢) قوله : " لما قلنا لأبى حنيفة^ع " أى من الدليل وهو أن المرأة وما فى يدها فى يد الزوج ، والقول لصاحب اليد ، وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى المات فقوله والطلاق والموت إلخ . (٢)

(١٣) قوله : " سواء " فالحاصل أنه لا خلاف فيما يصلح للرجال أنه للرجل فى الطلاق ، ولو ارثه بعد موته ، وكذا ما يصلح لها ، وأما فيما يصلح لهما لا خلاف بين أبى حنيفة ومحمد^ع أنه للزوج فى الطلاق وبعد موت الزوج عند أبى حنيفة^ع للمرأة ، وعند محمد^ع لوارث الزوج ، وعند أبى يوسف^ع من المشكل ما يجهر به مثلها للمرأة والباقى للزوج فى حياته ، وبعد وفاته لو ارثه ، وكذا بعد وفاتها ما يجهر به مثلها من المشكل لو ارثها . (ك)

(١٤) قوله : " لقيام الوارث إلخ " أى ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنهم خلفاءه فيما له فكما إن المشكل له فى حياته مع يمينه ، فكذا كان القول لورثته . (عينى) .

(١٥) الزوجين .

(١٦) أى سواء كان محجوراً أو مأذوناً . (ك)

أقوى^(١)، وللحى^(٢) بعد الممات، لأنه لا يد للميت، فخلت يد الحى عن المعارض، وهذا^(٣) عند أبى حنيفة. وقالوا: العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب بمنزلة الحر^(٤)، لأن لهما يداً معتبرة فى الخصومات^(٥).

فصل فىمن لا يكون خصماً^(٦)

وإذا قال المدعى عليه^(٧): هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب^(٨)، أو رهنه عندى، أو غصبته منه، وأقام بينة على ذلك، فلا خصومة بينه وبين المدعى، وكذا^(٩) إذا قال^(١٠): أجرنيه^(١١)، وأقام البينة، لأنه^(١٢) أثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة. وقال ابن شبرمة^(١٣): لا تندفع^(١٤) الخصومة، لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه^(١٥)، ودفع الخصومة بناء عليه.

قلنا: مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب، ولا خصم فيه، فلم

(١٧) قوله: "لأن يد الحر أقوى" لأنها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك. (ك)

(١) من يد المملوك.

(٢) سواء كان الحى حراً أو عبداً.

(٣) قوله: "وهذا" أى ما ذكر عن جواب المسألة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب. (نت)

(٤) قوله: "بمنزلة الحر" والجواب أن اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون

المملوك فلا تعارض. (٤)

(٥) قوله: "فى الخصومات" حتى لو اختصم الحر والمكاتب فى شىء فى أيديهما قضى به بينهما لاستواءهما فى

اليد، ولو كان فى يد ثالث، وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يرجع الحربا لحرية فى سائر الخصومات، فكذا فى متاع البيت. (ب)

(٦) قوله: "فصل فىمن لا يكون خصماً" لما ذكر أحكام من يكون خصماً شرع فى بيان من لا يكون خصماً

لمناسبة المضادة بينهما، وقدم الأول لكون ذكره العمدة فى المقام، لأن الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة،

أما ذكر الثانى فليتضح به الأول إذ الأشياء تتبين بأضدادها، فإن قيل: الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصماً أيضاً، قلنا:

نعم، لكن لا من حيث القصد الأصلى. (نت)

(٧) هذا لفظ القدورى. (نت)

(٨) قوله: "هذا الشىء أودعنيه إلخ" صورته دار أو ثوب فى يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد: هذا

الشىء إلخ، فلا خصومة بين ذى اليد الذى هو المدعى عليه وبين المدعى. (عنى)

(٩) أى لا خصومة.

(١٠) ذو اليد.

(١١) وكذا إذا قال: أعارنى، أو وكلنى بحفظها. (ك)

(١٢) تعليل لمجموع المسائل المذكورة. (نت)

(١٣) عبد الله قاضى الكوفة.

(١٤) وإن أقام البينة. (نت)

(١٥) أى عن الغائب لأن الغائب لم يוכלه بإثبات الملك له. (نت)

يثبت^(١)، ودفع^(٢) خصومة المدعى^(٣)، وهو خصم فيه فيثبت^(٤)، وهو كالوكيل بنقل المرأة^(٥) وإقامتها البينة^(٦) على الطلاق كما بينا من قبل^(٧)، ولا تندفع بدون إقامة البينة، كما قال ابن أبي ليلى^(٨)، لأنه صار خصماً بظاهر يده، فهو بإقراره^(٩) يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق إلا بحجة^(١٠) كما إذا ادعى^(١١) تحويل^(١٢) الدين عن ذمته إلى ذمة غيره^(١٣). وقال أبو يوسف آخرًا: إن كان الرجل^(١٤) صالحًا فالجواب كما قلنا^(١٥)، وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة^(١٦)، لأن المحتال من الناس قد يدفع^(١٧) ماله^(١٨) إلى مسافر يودعه إياه^(١٩)، ويشهد عليه الشهود، فيحتال لإبطال حق غيره^(٢٠)، فإذا اتهمه القاضى به^(٢١) لا يقبله.

(١) أى الملك للغائب.

(٢) وبناء هذا على الشيء الأول م.

(٣) أى عن نفسه.

(٤) أى هذا الدفع.

(٥) إلى الزوج.

(٦) قوله: "وإقامتها البينة" فإنها تقبل لقصر يد الوكيل عنها، ولم يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب. (ب)

(٧) أى فى باب الوكالة بالخصومة. (ك)

(٨) قوله: "كما قال ابن أبي ليلى [محمد بن عبد الرحمن ابن أبي ليلى]" فإنه قال: باندفاعها بمجرد إقرار المدعى

عليه للغائب بدون إقامة البينة، ووجه قوله: إن ذا اليد أقر بالملك لغيره، والإقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة، فتبين أن يده يد حفظ، فلا حاجة إلى البينة. (نتائج الأفكار)

(٩) فهو متهم فى إقراره.

(١٠) وفى نسخة: إلا بالحجة.

(١١) المدعى عليه.

(١٢) بالحوالة.

(١٣) فإنه لا يصدق إلا بحجة. (عينى)

(١٤) أى ذو اليد.

(١٥) أى تندفع الخصومة حين إقامة البينة.

(١٦) أصلاً.

(١٧) سرًا. (٤)

(١٨) أى مال رجل.

(١٩) علانية.

(٢٠) قوله: "فيحتال الخ" فإنه إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه، فيحتال ذلك المحتال لإبطال حق غيره وهو

الملك، بأن يقيم بيعة على أن فلانا أودعه، فيبطل حقه، وتندفع الخصومة عنه. (عينى)

(٢١) أى بالاحتيال.

ولو قال المشهود: أودعه رجل لا نعرفه^(١) لا تندفع عنه الخصومة^(٢)؛ لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعى^(٣)، ولأنه ما أحاله إلى معين^(٤) ليتمكن المدعى من إتباعه^(٥)، فلو اندفعت^(٦) لتضرر به المدعى، ولو قالوا^(٧): نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب^(٨) عند محمد للوجه الثاني^(٩)، وعند أبي حنيفة تندفع^(١٠) لأنه^(١١) أثبت بيئته أن العين وصل إليه من جهة غيره^(١٢) حيث عرفه الشهود بوجهه. بخلاف الفصل الأول^(١٣)، فلم يكن يده^(١٤) يد خصومة وهو المقصود، والمدعى هو الذى أضر بنفسه^(١٥) حيث نسى خصمه، أو أضره شهوده^(١٦) دون المدعى عليه، وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى^(١٧)، وذكرنا الأقوال الخمسة^(١٨).

(١) أى أصلا لا بوجهه ولا باسمه ولا بنسبه. (ك)

(٢) ياجماع أئمتنا الثلاثة.

(٣) حيث لم يعرفوه. (ع)

(٤) قوله: "ولأنه [ذو اليد] ما أحاله [أى المدعى] إلخ" فيه قصور لأنه جعله دليلا مستقلا على المسألة الإجماعية مع أنه منقوض على قول أبى حنيفة^ع بالمسألة الآتية، وهى ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه، ولا نعرفه باسمه ونسبه، فإن الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر. ثم إن الظاهر كان أن يقول المصنف: لأنهم ما أحالوه بدل قوله: لأنه ما أحاله لأن المسألة فى أن لا يعرفه الشهود لا فى أن لا يعرفه ذو اليد كما لا يخفى، وتوجيه ما قاله المصنف: إن شهادة الشهود لما كانت لأجل ذى اليد نسب حالهم إليه. (نتائج)

(٥) المعين.

(٦) الخصومة.

(٧) الشهود.

(٨) أى لا تندفع الخصومة.

(٩) هو قوله: لأن ما أحاله إلى معين إلخ. (نت)

(١٠) الخصومة للعلم حينئذ بيقين أن المدعى غير المودع.

(١١) ذو اليد.

(١٢) المدعى.

(١٣) أى إذا قال الشهود: أودعه رجل لا نعرفه.

(١٤) المدعى عليه.

(١٥) قوله: "والمدعى هو إلخ" جواب عن قول محمد^ع لو اندفع الخصومة لتضرر المدعى. (ع)

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) قوله: "وهذه المسألة إلخ" يعنى هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى مخمسة؛ لما فيها من خمسة أوجه، لأن ذا اليد قال: هذه ودعية، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، أو غضب، أو يسمى مخمسة؛ لأن فيها خمسة أقاويل. (عيني)

(١٨) قوله: "الأقوال الخمسة" وهو قول ابن شبرمة، وقول ابن أبى ليلى، وقول أبى يوسف، وقول محمد، وقول

أبى حنيفة رحمهم الله تعالى. (نتائج)

وإن قال: ابتعته من الغائب فهو خصم^(١)؛ لأنه^(٢) لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصماً، وإن قال المدعى: غصبته منى، أو سرقت منى لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة؛ لأنه إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه^(٣) لا بيده، بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه^(٤) خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه^(٥) على غير ذى اليد، ويصح دعوى الفعل^(٦).

وإن قال المدعى: سرق منى، وقال صاحب اليد: أودعني فلان، وأقام البينة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وهذا استحسان. وقال محمد: تندفع^(٧)، لأنه لم يدع الفعل عليه^(٨)، فصار كما إذا قال: غصب منى على ما لم يسم فاعله^(٩). ولهما: أن ذكر الفعل^(١٠) يستدعى الفاعل لا محالة، والظاهر أنه هو الذى فى يده إلا أنه لم يعينه درءً للحد^(١١)، شفقةً عليه^(١٢)، وإقامة لحسبة^(١٣) الستر، فصار^(١٤) كما إذا قال: سرقت، بخلاف الغصب لأنه لا

(١) قوله: "وإن قال [هذا لفظ القدورى. نت]: ابتعته إلخ" يعنى إذا ادعى على ذى اليد عيناً، فقال ذو اليد: اشتريتها من الغائب لا تندفع الخصومة. (عيني).

(٢) ذو اليد.

(٣) قوله: "لأنه [ذو اليد] إنما صار خصماً بدعوى الفعل عليه" وهو الغصب لا بيده ألا ترى أن دعوى الغصب كما يصح على ذى اليد يصح على غير ذى اليد، حتى إن من ادعى على آخر أنه غصب عبده، وليس فى يده عبد صحت دعوته، ويلزمه القيمة. (ك)

(٤) ذو اليد.

(٥) الملك المطلق.

(٦) أى على غير ذى اليد.

(٧) الخصومة.

(٨) قوله: "لأنه لم يدع إلخ" أى لم يدع المدعى الفعل على ذى اليد بل هذا دعوى الفعل على المجهول، وهى باطلة، فألحقت بالعدم. (عيني).

(٩) فقيه تجهيل الغاصب.

(١٠) السرقة.

(١١) قوله: "إلا أنه لم يعينه [المدعى] درءً [دفعاً] للحد إلخ" لأننا إذا جعلناه سارقاً لا تندفع الخصومة عنده يقضى القاضى بالعين للمدعى، فمتى ظهر سرقة بعد ذلك يبقين لا يقطع يده، لأنه ظهرت سرقة بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقاً تندفع الخصومة عنه، ولا يقضى بالعين للمدعى، فمتى ظهرت سرقة بعد ذلك يبقين يقطع يده، لأنه ظهرت سرقة قبل أن يصل العين إلى المالك، فكان فى جعله سارقاً احتيالا للدرء، ولم يتعلق به عقوبة سوى الضمان. (ك)

(١٢) أى على ذى اليد.

(١٣) الثواب.

(١٤) أى ما إذا قال: سرق على صيغة المجهول.

حد فيه ، فلا يحترز عن كشفه^(١) .

وإذا قال المدعى : ابتعته من فلان ، وقال صاحب اليد : أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة ؛ لأنهما^(٢) لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره^(٣) ، فيكون وصولها^(٤) إلى ذى اليد من جهته ، فلم يكن يده^(٥) يد خصومة إلا أن يقيم^(٦) البينة أن فلاناً وكله بقبضه ، لأنه أثبت بيئته كونه أحق بإمساكها^(٧) .

باب ما يدعيه الرجلان^(٨)

قال^(٩) : وإذا ادعى اثنان عينا^(١٠) فى يد آخر^(١١) ، كل واحد منهما يزعم أنها له^(١٢) ، وأقاما البينة قضى بها بينهما ، وقال الشافعى فى قول : تهاترتا^(١٣) ، وفى قول : يقرع بينهما^(١٤) ؛ لأن إحدى البيئتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع المالكين فى الكل فى حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز^(١٥) فيتهاتران^(١٦) ، أو يصار إلى القرع ؛ لأن النبى عليه

(١) فلا يكون معذوراً فى التجهيل .

(٢) المدعى والمدعى عليه .

(٣) أى لغير المدعى عليه .

(٤) العين المدعاة .

(٥) أى ذى اليد .

(٦) المدعى .

(٧) العين المدعاة .

(٨) قوله : "باب ما يدعيه الرجلان" لما فرغ عن ذكر حكم المدعى الواحد شرع فى بيان حكم الاثنين ، لأن

الواحد قبل الاثنين . (٩)

(٩) أى القدورى فى "مختصره" . (نت)

(١٠) قوله : "وإذا ادعى اثنان إلخ" إنما وضع المسألة فى دعوى ملك العين لأنهما لو تنازعا فى نكاح امرأة ، وأقام كل واحد منهما بينة أنها امرأته لم يقضى لواحد منهما بالاتفاق ، وفى دعوى الخارجين لأن الدعوى لو كان بين الخارج وصاحب اليد ، وأقام بينة ، فبينة الخارج أولى . (ك)

(١١) الثالث .

(١٢) قوله : "أنها له" وضع المسألة فى الملك المطلق لأن فى المقيد بالسبب المعين ، أو بالتاريخ تفصيلاً وخلافاً ، كما

سيجىء . (ك)

(١٣) قوله : "تهاترتا" أى البيئتان أى تساقطت ، وبطلت مأخوذ من الهتر - بكسر الهاء - وهو السقوط من الكلام والخطأ فيه ، كذا فى "المغرب" . (ك)

(١٤) أى بين المدعين ، ويقضى لمن خرجت قرعته . (نت)

(١٥) أى تمييز العادلة من الكاذبة .

(١٦) قوله : "فيتهاتران" كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر بمكة ، وآخران أنه أعتق عبده بالكوفة فى

ذلك اليوم ، وذلك لأن تهمة الكذب تتمم بالعمل بالشهادة ، فالتيقن أولى . (ك)

السلام أقرع فيه^(١)، وقال: «اللهم أنت الحكم بينهما^(٢)»*.
ولنا حديث تميم بن طرفة^(٣): «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ناقة^(٤) وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين»*،
وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام^(٥)، ثم نسخ^(٦)، ولأن المطلق^(٧) للشهادة في كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد^(٨) أحدهما^(٩) سبب الملك والآخر اليد^(١٠)، فصحت الشهاداتتان^(١١)، فجب العمل بهما ما أمكن^(١٢)، وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله^(١٣)، وإنما ينصف لاستواءهما في سبب الاستحقاق.

قال^(١٤): «فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة، وأقام بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما، لأن المحل لا يقبل الاشتراك.»
قال^(١٥): «ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق

(١) رواه الطبراني في "معجمه الوسط". (ت)

(٢) أي بين المدعين اللذين ادعيا في أمة.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٠٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٤ ص ١٧٨. (نعيم)

(٣) رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (ت)

(٤) وفي بعض الروايات في بعير.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٠٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٥ ص ١٧٨. (نعيم)

(٥) قوله: "كان ابتداء الإسلام" أي كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحاً، ثم انتسخ ذلك بحرمه القمار، لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قماراً، فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قماراً أيضاً، بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة، وإنما يقرع تطييباً لقلوبهما، ونفياً، لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار. (ك)

(٦) قلت: بينة الطحاوي. (ت)

(٧) أي المجوز.

(٨) أي رآه يشتري فشهد.

(٩) أي أحد جنسى الشهود.

(١٠) أي رأى الآخر اليد فشهد.

(١١) قوله: "فصحت الشهاداتتان" فإن صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة، إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور، وإنما يعتمد ظاهر الحل، وقوله: إن القاضي يثقن بكذب أحدهما ضعيف، فكل واحد منهما اعتمد شيئاً أطلق له أداء الشهادة، وهو معاينة اليد لمن شهد له. (ك)

(١٢) العمل.

(١٣) التنصيف.

(١٤) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

الزوجين، وهذا^(١) إذا لم توقت^(٢) البيتان، فأما إذا وقتا^(٣)، فصاحب الوقت الأول^(٤) أولى^(٥)، وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته؛ لتصادقهما^(٦)، وإن أقام الآخر البينة قضى بها لأن البينة أقوى من الإقرار^(٧).

ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد، فأقام البينة وقضى بها القاضى، ثم ادعى آخر، وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها^(٨)؛ لأن القضاء الأول قد صح، فلا ينقض^(٩) بما هو مثله^(١٠) بل هو دونه^(١١)، إلا أن يوقت شهود الثاني سابقاً^(١٢)؛ لأنه ظهر الخطأ فى الأول بيقين، وكذا إذا كانت المرأة فى يد الزوج، ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج^(١٣) إلا على وجه السبق^(١٤).

قال^(١٥): "ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد^(١٦)، وأقاما بينة^(١٧)، فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد

(١) أى الحكم المذكور.

(٢) أى لم يذكر تاريخاً.

(٣) أى ذكر كل واحد منهما تاريخاً.

(٤) التاريخ.

(٥) قوله: "أولى [لأنه لا معارض له]" ولقائل أن يقول: قوله: فصاحب الوقت الأول أولى ليس بجلى، لأنه إنما يكون أولى إذا كان الثاني بعده بمدة لا تحتمل انقضاء العدة فيها، أما إذا احتملت ذلك فيتساويان لجواز أن الأول طلقها، فتزوج بها الثاني، والجواب أن ذلك إنما يعتبر إذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الأول، وليس الكلام فى ذلك. (٦)

(٦) على الزوجية.

(٧) قوله: "أقوى من الإقرار" لأن البينة حجة متعدية، والإقرار حجة قاصرة. (عينى).

(٨) أى ببينة هذا الآخر.

(٩) قوله: "فلا ينقض" أى لا ينقض القضاء بالبينة الثابتة التى هى مثل الأول بل دونها، لأن الأولى تأكدت بالقضاء. (نتائج)

(١٠) فإنه لا يرفع المثل بانثـل. (ك)

(١١) لاتصال القضاء بالأول دون الثاني. (ك)

(١٢) على ما وقته شهود الأول.

(١٣) على النكاح بها.

(١٤) قوله: "إلا على وجه السبق" أى إلا على وجه أن بينته شهدوا أن نكاحه قبل نكاح الأول، فحينئذ ينقض نكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين. (عينى).

(١٥) أى القدورى فى مختصره. (نت)

(١٦) قوله: "معناه [أى معنى قوله منه. نت] من صاحب اليد" وإنما قيد به، لأن كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد، فهو لا يخلو إما أن يدعى الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجرى بعد هذا فى الكتاب. (ك)

بنصف الثمن^(١)، وإن شاء تركه؛ لأن القاضى يقضى بينهما نصفين لاستواءهما فى السبب^(٢)، فصار كالفضولين إذا باع كل واحد منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين^(٣) يخير كل واحد منهما^(٤)؛ لأنه تغير عليه شرط^(٥) عقده، فلعل رغبته فى تملك الكل^(٦)، فإردته ويأخذ كل الثمن لو أراد.

وإن قضى القاضى به^(٧) بينهما فقال أحدهما: لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته^(٨)؛ لأنه صار مقضياً عليه فى النصف، فانفسخ البيع فيه^(٩)، وهذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة، لو لا بينة صاحبه^(١٠)، بخلاف ما لو قال^(١١) ذلك^(١٢) قبل تخيير القاضى^(١٣) حيث يكون له أن يأخذ الجميع^(١٤)؛ لأنه يدعى الكل، ولم يفسخ سببه^(١٥)، والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره^(١٦)

(١٧) من غير توقيت.

(١) ورجع على البائى بنصف ثمنه إن كان قد نقده الذى شهد به بيته. (٤)

(٢) أى الشراء.

(٣) فيقضى القاضى بينهما نصفين.

(٤) أى من الاثنين الذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى هذا العبد.

(٥) هو الرضا.

(٦) قوله: "فلعل رغبته فى تملك الكل" فإنه م رضى بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع فإذا لم يسلم اختل رضا

بتفريق الصفقة عليه. (عينى)

(٧) أى العبد.

(٨) أى العبد، وفى نسخة: جميعه.

(٩) قوله: "فانفسخ البيع فيه [أى فى النصف]" أى فى هذا النصف، العقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود إلا

بتجديده ولم يوجد، فإن قيل: هو مدع فكيف يكون مقضياً عليه، أجاب عنه بقوله: وهذا لأنه خصم فيه، أى فى النصف

المقضى به لظهور إلخ. (نتائج)

(١٠) قوله: "لو لا بينة صاحبه" يعنى لو لا بينة صاحبه لظهر استحقاقه فى الكل، وقد انفسخ بقضاء القاضى، فلا

يعود إلا بإنشاء جديد. (عينى)

(١١) أحدهما.

(١٢) أى لا أختار النصف.

(١٣) وهو القضاء عليه. (٤)

(١٤) قوله: "حيث يكون له إلخ" يشير إلى أن الخيار باق، وذكر بعض الشارحين ناقلاً عن "مبسوط شيخ الإسلام

خواهر زادة" لا خيار له، وهو الظاهر. (٤)

(١٥) أى الشراء.

(١٦) قوله: "ونظيره" أى نظيره ما إذا قال أحد المدعين: لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضى حيث يكون للآخر

أخذاً لجميع تسليم أحد الشفيعين يعنى إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضى للآخر بجميع الدار، وإن سلم بعد القضاء لا

يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله: ونظير الأول إلخ. (عينى)

تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. ولو ذكر^(١) كل واحد منهما^(٢) تاريخاً فهو^(٣) للأول منهما؛ لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به^(٤)، ولو وقتت إحداهما ولم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك^(٥) في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله^(٦) أو بعده، فلا يقضى له^(٧) بالشك.

وإن لم يذكر^(٨) تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى، ومعناه^(٩) أنه^(١٠) في يده^(١١)، لأن تمكنه من قبضه^(١٢) يدل على سبق شراءه، ولأنهما^(١٣) استويا في الإثبات، فلا ينقض اليد الثابتة بالشك، وكذا^(١٤) لو ذكر الآخر^(١٥) وقتاً لما بينا^(١٦)، إلا أن يشهدوا^(١٧) أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد^(١٨)، لأن الصريح يفوق الدلالة^(١٩). قال^(٢٠): وإن ادعى أحدهما شراءً، والآخر هبةً وقبضاً، معناه من

(١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "كل واحد منهما" أى من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد، وأقام كل منهما بينة بالتاريخ. (عينى)

(٣) أى العبد.

(٤) أى بإثبات الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد.

(٥) أى ملك صاحب الوقت.

(٦) أى قبل هذا الوقت.

(٧) أى للآخر.

(٨) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "ومعناه [أى معنى قوله: ومع أحدهما قبض]" أنه فى يده إنما احتاج إلى التفسير بهذا، لأن قوله: ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه أثبت قبضه بالبينه فيما مضى من الزمان، وهو فى الحال فى يد البائمه. (ب)

(١٠) أى العبد.

(١١) أى العبد فى يده معاينة فى الحال. (ك)

(١٢) قوله: "لأن تمكنه إلخ" مراده أن تمكن أحدهم من قبض المدعى يدل على كون شراءه آياه سابقاً، إذ لو كان شراء غير القابض إياه سابقاً لما تمكن القابض من قبضه، فإنه يصير حينئذ ملكاً لغير القابض، والإنسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير، بل إنما يتمكن من قبض ملك نفسه، فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه على سبق شراءه. (نتائج)

(١٣) المدعين.

(١٤) أى القابض أولى.

(١٥) الخارج.

(١٦) من أن تمكنه من قبضه إلخ.

(١٧) أى شهود الخارج.

(١٨) فينقض به اليد.

واحد^(١)، وأقاما بينة ولا^(٢) تاريخ معهما فالشراء أولى، لأن الشراء أقوى^(٣) لكونه معاوضة^(٤) من الجائنين^(٥)، ولأنه^(٦) يثبت الملك بنفسه، والملك في الهبة يتوقف على القبض، وكذا الشراء^(٧) والصدقة مع القبض لما بينا^(٨).

والهبة^(٩) والقبض، والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما^(١٠) لاستواءهما في وجه التبرع^(١١)، ولا ترجيح باللزوم^(١٢) لأنه يرجع إلى المأل والترجيح لمعنى قائم في الحال، وهذا^(١٣) فيما لا يحتمل القسمة^(١٤) صحيح^(١٥)، وكذا فيما يحتملها^(١٦) عند البعض، لأن الشروع طار^(١٧)، وعند البعض لا يصح لأنه^(١٨) تنفيذ

(١٩) قوله: "لأن الصريح إلخ" يعني أن تقدم عقد الخارج حينئذ يثبت بصريح شهوده، وتقدم عقد الآخر بالدلالة حيث دل تمكنه من قبضه على سبق شراؤه كما مر، ولا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح. (نتائج)

(٢٠) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(١) قوله: "معناه من واحد" احتراز عما إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجل آخر، فيكون بينهما نصفين، ولا أولوية للشراء على الهبة حينئذ على ما سيجيء بعد هذا فى قوله: ولو ادعى أحدهم الشراء من رجل والآخر الهبة، والقبض من غيره إلى أن قال: قضى بينهم أرباعاً. والفرق هو أنهما إذا ادعىا الشراء، والهبة من واحد لا يحتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، فإنه ثابت بتصادقهما، وإنما الحاجة فى إثبات سبب الملك عليه، وفى إثبات سبب الملك لثبتهما الشراء أقوى من الهبة، أما إذا ادعىا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان إلى إثبات الملك لمن ملكهما، وينتصب كل واحد منهما خصماً عن ملكه فى إثبات الملك له أولاً، ثم لنفسه والحجتان فى إثبات الملك لهما سواء، فيقضى به بينهما كذلك. (مل)

(٢) الواو حالية.

(٣) من الهبة.

(٤) بخلاف الهبة فإنها ليست بمعاوضة.

(٥) البائع والمشتري.

(٦) الشراء.

(٧) قوله: "وكذا الشراء" أى ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض فالشراء أولى. (عينية)

(٨) إشارة إلى ما ذكر من الوجهين فى أن الشراء أقوى. (٤)

(٩) أى ادعى أحدهما هبة وقبضاً، والآخر صدقة وقبضاً، وأقاما بينة.

(١٠) على التناصف.

(١١) والافتقار إلى القبض. (ك)

(١٢) قوله: "ولا ترجيح إلخ" جواب لسؤال مقدر هو أننا لا نسلم التساوى فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة، وحاصل الجواب أن الترجيح باللزوم يرجع إلى المأل، أى يظهر أثره فى ثانى الحال، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل، ولا ترجيح باللزوم بما يرجع إلى المأل، لأن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم فى الحال. (عناية)

(١٣) أى الحكم بالنصف.

(١٤) كالحمام والرحى.

(١٥) المراد باحتمال القسمة أن يبقى قابلاً للانتفاع بعد القسمة.

(١٦) أى القسمة كالدار والبستان.

الهبة في الشائع^(١). قال^(٢): وإذا ادعى أحدهما^(٣) الشراء^(٤)، وادعت امرأة أنه^(٥) تزوجها عليه فهما سواء^(٦)؛ لاستواءهما في القوة، فإن كل واحد منهما^(٧) عقد معاوضة^(٨) يثبت الملك بنفسه، وهذا^(٩) عند أبي يوسف.

وقال محمد: الشراء أولى، ولها^(١٠) على الزوج القيمة^(١١)، لأنه أمكن العمل بالبيئتين^(١٢) بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح، ويجب قيمته عند تعذر تسليمه.

وإن ادعى^(١٣) أحدهما رهنا وقبضا، والآخر هبة وقبضا، وأقاما بينة فالرهن أولى، وهذا استحسان، وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت الملك^(١٤)، والرهن لا يثبته^(١٥)، وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون^(١٦)، وبحكم الهبة غير

(١٧) قوله: "طار" فإن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل إلا أنه لأجل المراحة سلم له البعض فالشروع طار فلا يبطل الهبة. (عيني).

(١٨) أى لأن هذا الحكم.

(١) قوله: "لأنه تنفيذ إلخ" فصار كما لو أقام الرجلان البينة على الارتهان فلا يصح، لأن ارتهان المشاع لا يجوز كذا هذا. (مل).

(٢) أى القدورى فى "مختصره" أى محمد. (عيني).

(٣) الاثنتين.

(٤) لعبد من ذى اليد.

(٥) أى ذو اليد.

(٦) قوله: "فهما [أى المدعى والمرأة] سواء [إذا أقاما البينة]" يقضى بالعبد بينهما، والمرأة على زوجها نصف القيمة، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه. (٤).

(٧) الشراء والتزوج.

(٨) قوله: "معاوضة" فإن قيل: الشراء مبادلة المال بالمال، ويوجب الضمان في العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحه، فالشراء أقوى. قلنا: النكاح أقوى لأن الملك فى الصداق يثبت بنفس العقد متأكدا، حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك فى المشتري، ويجوز التصرف فى الصداق قبل القبض بخلاف المشتري. (ك)

(٩) أى قوله: فهما سواء.

(١٠) المرأة.

(١١) أى قيمة العبد.

(١٢) قوله: "لأنه أمكن العمل إلخ" أى متى قلنا بسبق النكاح بطل البيع فإذا كان كذلك قلنا بسبق الشراء لأنه يقضى إلى تصحيح البيئتين جميعا، فكان الشراء أولى، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك، لأن من تزوج امرأة على عبد الغير صحيح ووجبت القيمة، فكذلك ههنا. (عيني).

(١٣) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٤) قوله: "لأنها تثبت الملك" أى لأن الهبة تثبت ملك العين، والرهن لا يثبته، فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر

إثباتا، ملكا أولى. (ك)

مضمون، وعقد الضمان أقوى^(١)، بخلاف الهبة بشرط العوض^(٢)، لأنه^(٣) بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن، لأنه^(٤) عقد ضمان يثبت الملك صورة^(٥) ومعنى^(٦)، والرهن لا يثبت^(٧) إلى عند الهلاك معنى^(٨) لا صورة^(٩)، فكذا الهبة بشرط العوض^(١٠).

وإن أقام الخارجان البينة^(١١) على الملك والتاريخ^(١٢)، فصاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى^(١٣) الملك إلى من جهته^(١٤)، يتلق الآخر منه^(١٥). قال^(١٦): ولو ادعى الشرى من واحد، معناه من غير صاحب اليد^(١٧)، وأقاما البينة على تاريخين^(١٨)، فالأول^(١٩) أولى؛ لما بينا أنه أثبتته في وقت لا منازع له

(١٥) الملك.

(١٦) بأقل من القيمة، ودين المرتين.

(١) قوله: "وعقد الضمان أقوى [من عقد التبرع، لأنه أكثر إثباتاً]" وهذا لأنه يثبت البدلين المرهون، والدين الهبة لا يثبت إلا بدلا واحداً، فكانت أكثر إثباتاً، فصار كالشراء مع الهبة. (ك)

(٢) فالهبة بشرط العوض أولى من الرهن.

(٣) أى الهبة بشرط العوض.

(٤) بيع.

(٥) أى من حيث الصورة فى الحال.

(٦) أى من حيث المعنى فى المأل.

(٧) الملك.

(٨) أى من حيث المعنى فى المأل يعنى إذا هلك.

(٩) أى من حيث الصورة فى الحال.

(١٠) أى أقوى من الرهن.

(١١) قوله: "وإن أقام [هذا لفظ القدورى فى "مختصره". نت] إلخ" صورته ادعى اثنان على آخر فى عين، وأقام

كل منهما بينة على الملك، يعنى بأنه ملكه مطلقاً. (عينى)

(١٢) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ.

(١٣) أى لا يؤخذ.

(١٤) أول.

(١٥) أول.

(١٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٧) قوله: "معناه [أى معنى قوله: من واحد] من غير صاحب اليد" كأنه قيد بقوله: معناه من غير صاحب اليد

كيلا يلزم التكرار، لأنه قال أولاً: ولو ادعى اثنان كل منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد، ورتب عليه الأحكام، وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور ههنا، فثبت بذلك أنه لا فرق بين أن يدعى الشراء من صاحب اليد، أو من غيره فى هذا الحكم. (ك)

(١٨) مختلفين.

فيه^(١)، وإن أقام كل واحد منهما البينة^(٢) على الشراء من آخر، وذكر تاريخاً^(٣)، فهما سواء لأنهما يشتان الملك لباهما، فيصير كأنهما حضرا^(٤)، ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل^(٥).

ولو وقتت^(٦) إحدى البيتين وقتاً، ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين؛ لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك^(٧) لجواز أن يكون الآخر أقدم، بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما^(٨) اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته^(٩)، فإذا أثبت^(١٠) أحدهما تاريخاً يحكم به، حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره^(١١).

ولو ادعى^(١٢) أحدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره، والثالث الميراث من أبيه، والرابع الصدقة، والقبض من آخر قضى بينهم أرباعاً لأنهم يتلقون الملك من باعتهم^(١٣)، فيجعل كأنهم^(١٤) حضروا، وأقاموا البينة على الملك المطلق^(١٥).

قال^(١٦): فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ، وصاحب اليد بينة على ملك

(١٩) أى صاحب التاريخ الأول.

(١) قوله: "لا منازع له فيه [أى فى ذلك الوقت]" فكان استحقاقه ثابتاً من ذلك الوقت، وأن الآخر اشتراه من غير المالك، فكان باطلاً. (٤)

(٢) قوله: "وإن أقام كل واحد إلخ" أى أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلاً، وآخر على الشراء من عمرو. (ب)

(٣) قوله: "وذكر تاريخاً [واحد]" أى ذكر تاريخاً واحداً، وأما لو ذكر تاريخين فالسابق أولى لإثبات الملك لباعته فى وقت لا ينازع الآخر فيه، ويرجع الآخر بالثمن على باعته لاستحقاق المبيع من يده. (ن)

(٤) قوله: "كأنهما حضرا [بالعين]" أى كان البائعين حضرا وادعيا، وأرخا تاريخاً واحداً. (نتائج)

(٥) قوله: "كما ذكرنا من قبل" وهو قوله: وكل واحد منهما بالخيار، إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن، وإن شاء ترك. (كفاية)

(٦) يعنى إذا ادعى الخارجان كل واحد منهما الشراء من رجل آخر.

(٧) أى ملك باعته.

(٨) المدعين.

(٩) البائع الواحد.

(١٠) بالبينة.

(١١) قوله: "حتى يتبين إلخ" لأن الشراء أمر حادث، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم، فشراء غير الموقت يضاف إلى أقرب الأوقات، وهو الحال، فيتأخر عن شراء الموقت حكماً. (نتائج)

(١٢) هذه من مسائل "الميسوط" ذكرها المصنف تفرعاً. (نت)

(١٣) قوله: "من باعتهم" وفى بعض النسخ من باعهم، وكلاهما بطريق التعليل لأن البائع واحد من المملكين الأربعة، فكان المراد منه من مملكيهم، وفى بعض النسخ من ملقيهم استدلالاً بلفظ يتلقون. (نتائج)

(١٤) الباعة.

(١٥) فإنهم استروا فى دعوى الملك، وقد أثبتوه بالحجة فيوزع بينهم.

أقدم تاريخاً كان أولى ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو رواية عن محمد ، وعنه^(١) : أنه لا يقبل بينة ذى اليد^(٢) رجع^(٣) إليه^(٤) ، لأن البينتين قامتتا^(٥) على مطلق الملك^(٦) ، ولم تعرضا لجهة الملك^(٧) ، فكان التقدم والتأخر سواء .
ولهما : أن البينة^(٨) مع التاريخ متضمنة معنى الدفع^(٩) ، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت ، فثبوتة لغيره بعده^(١٠) لا يكون إلا بالتلقى من جهته ، وبينة ذى اليد على الدفع^(١١) مقبولة^(١٢) ، وعلى هذا الاختلاف^(١٣) لو كانت الدار فى أيديهما^(١٤) ، والمعنى ما بيننا^(١٥) . ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ، ووقت إحداهما^(١٦) دون الأخرى فعلى قول أبى حنيفة ومحمد الخارج أولى .

(١٦) أى القدورى فى "مختصره" . (نت)

(١) أى محمد .

(٢) أى صاحب اليد . (نت)

(٣) أى محمد .

(٤) أى إلى هذه الرواية الأخيرة .

(٥) قوله : "لأن البينتين الخ" بيانه أنه لما لم يتعرض البيتان لجهة الملك جاز أن يكون جهة الملك ، أى سببه فى حق صاحب التاريخ المؤخر أقدم فى نفس الأمر ، فيكون صاحب التاريخ المؤخر أسبق من الآخر فى الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر ، بخلاف ما إذا قامت البيتان بالتاريخ على الشراء ، وإحدهما أسبق من الأخرى حيث كان الأسبق أولى لتعرضه لسبب ملك أحد المشترين ، وهو الشراء ، فلم يبق احتمال أن يكون الآخر أسبق فى الملك . (نتائج)

(٦) أى من غير ذكر سبب .

(٧) قوله : "ولم تعرضا الخ" احتراز به عما إذا قامت البيتان على شراء مؤرخ ، وأحدهما أسبق تاريخاً من الأخرى ، فالأسبق أولى رواية واحدة فيما إذا كان البائع واحداً ، وفيما إذا كان البائع اثنين ، اختلفت روايات الكتب ، فما ذكر فى "الهداية" يشير إلى أنه لا عبرة لسبق التاريخ ، وفى "المبسوط" ما يدل على أن سبق التاريخين أولى ذلك . (ك)

(٨) أى بينة ذى اليد .

(٩) قوله : "معنى الدفع" أى دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات تلقى الملك من جهته . (ك)

(١٠) أى بعد ذلك الوقت .

(١١) قوله : "على الدفع [أى دفع الخصومة]" كبينت المرأة والعبد والأمة بالطلاق والعناق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم . (ك)

(١٢) قوله : "مقبولة" فإن من ادعى على ذى اليد عيناً ، وأنكر ذو اليد ذلك ، فأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة . (نتائج)

(١٣) المذكور .

(١٤) قوله : "لو كانت الدار فى أيديهما [فوقتا]" فعندهما الدار لصاحب الوقت الأقدم ، وعند محمد^(١٥) يبطل التقدم ، ويكون الدار بينهما ، لأن كل واحد منهما خارج ، وذو اليد ففيما فى يده ذواليد ، وفيما فى يد صاحبه خارج ، فيأخذ كل واحد منهما ما فى يد صاحبه . (ك)

(١٥) وهو ما ذكر من الدليل فى الطرفين . (ك)

وقال أبو يوسف: وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أولى لأنه أقدم^(١)، وصار كما في دعوى الشراء^(٢) إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى. لهما: أن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع^(٣)، ولا دفع ههنا^(٤) حيث وقع الشك فى التلقى من جهته^(٥)، وعلى هذا^(٦) إذا كانت الدار فى أيديهما^(٧)، ولو كانت^(٨) فى يد ثالث، والمسألة بحالها^(٩) فهما^(١٠) سواء عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف: الذى وقت أولى. وقال محمد: الذى أطلق أولى؛ لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق^(١١) الزوائد^(١٢)، ورجوع الباعة بعضهم على البعض^(١٣). ولأبى يوسف أن التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت بيقين، والإطلاق^(١٤) يحتمل غير الأولية، والترجيح باليقين كما لو ادعى الشراء^(١٥). ولأبى حنيفة أن التاريخ يضامه^(١٦) احتمال عدم التقدم^(١٧)، فسقط اعتباره،

(١٦) البيتين.

- (١) قوله: "لأنه أقدم" لأنه أثبت لنفسه الملك فى ذلك الوقت تعيناً، ومن لم يوقت يثبت للحال، وفى ثبوته فى وقت تاريخ صاحبه شك، فلا يعارضه. (ك)
- (٢) قوله: "كما فى دعوى الشراء إلخ" يعنى إذا ادعى الشراء من بائع واحد، وأرخ أحدهما دون الآخر، فحينئذ يقضى للمؤرخ، وأما إذا ادعى الشراء من بائعين فوقت أحدهما دون الأخرى قضى بينهما نصفين. (ك)
- (٣) أى دفع بينة الخارج. (ك)
- (٤) لأنه إنما يكون إذا تعين التلقى من جهته، وههنا لم يتعين حيث إلخ.
- (٥) قوله: "حيث وقع الشك إلخ" لأن بذكر تاريخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر يتلقاه من جهته لإمكان أن الأخرى لو وقتت كان أقدم تاريخاً، بخلاف ما إذا أرخا، وكان تاريخ ذى اليد أقدم لما تقدم. (ع)
- (٦) الخلاف. (نت)
- (٧) قوله: "إذا كانت الدار فى أيديهما" وأما البينة على الملك المطلق، فوقتت بينة إحداهما دون بينة الأخرى، فلا عبرة بالتاريخ عند أبى حنيفة^ح ومحمد^ح، خلافاً لأبى يوسف^ح، فإنه يقول: الذى وقت أولى. (نت)
- (٨) الدار.
- (٩) أى وقتت بينة أحد الخارجين فى الملك المطلق دون الأخرى. (ك)
- (١٠) أى الخارجان.
- (١١) يعنى إذا ادعى رجل ملكاً مطلقاً كانت الزوائد كلها له. (عيني)
- (١٢) أى الزوائد المتصلة والمنفصلة كالأولاد والأكساب. (ك)
- (١٣) قوله: "ورجوع الباعة [عند استحقاق الملك] إلخ" أى بدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض، فإن من أقام بينة على مطلق الملك فى جارية مثلاً استحقها وزوائدها، ويرجع باعها بعضهم على بعض، فكان مدعى مطلق الملك مدعياً للملك من الأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ. (نت)
- (١٤) من غير التاريخ.
- (١٥) وأرخ أحدهما دون الآخر كان صاحب التاريخ أولى. (عيني)

فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق^(١) بخلاف الشراء^(٢)، لأنه^(٣) أمر حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، فيترجح جانب صاحب التاريخ.

قال^(٤): وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتائج^(٥)، فصاحب اليد أولى^(٦)؛ لأن البينة^(٧) قامت على مالا تدل^(٨) عليه اليد^(٩) فاستويا^(١٠)، وترجحت بينة ذى اليد باليد^(١١)، فيقضى له، وهذا هو الصحيح^(١٢)، خلافاً لما يقوله عيسى بن أبان: إنه تنهاتر البيتان، ويترك^(١٣) في يده لا على طريق القضاء^(١٤)، ولو تلقى كل واحد^(١٥) منهما^(١٦) الملك من رجل، وأقام البينة على النتائج

(١٦) يزاحمه.

(١٧) وهذا لأن الذى لم يورخ كما احتمل أن يكون متأخراً عنه احتمال أن يكون سابقاً على تأريخ صاحبه. (ك)

(١) ولم يؤرخا كان بينهما.

(٢) قوله: "بخلاف الشراء" جواب عن قول أبي يوسف^{رح} كما لو ادعى الشراء، ومعناه أنهما لما اتفقا على الشراء اتفقا على الحدوث ولا بد للحدوث من التاريخ، فيضاف إلخ. (٤)

(٣) الشراء.

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٥) أى على أن هذه الدابة نتجت وولدت عنده.

(٦) قوله: "أولى" سواء أقام صاحب اليد بينة على دعواه قبل القضاء بهما للخارج أو بعده، أما قبله فظاهر، وأما بعده فلأن ذا اليد لم يصير مقضياً عليه، لأن بيته فى نفس الأمر دافعة لبينة الخارج، لأن النتائج لا يتكرر، فإذا ظهرت بينة دافعة تبين أن الحكم لم يكن مستنداً إلى حجة، فلا يكون معتبراً. (نتائج)

(٧) أى بينة ذى اليد.

(٨) أى النتائج.

(٩) وهو أولية الملك بالنتائج.

(١٠) البيتان

(١١) قوله: "وترجحت إلخ" ثم اعلم أن بينة ذى اليد، ما تترجح على بينة الخارج على الخارج إذا ادعى الخارج الملك المطلق، إذا لم يدع الخارج فعلاً على ذى اليد نحو القصب، أو الوديع، أو الإجارة، أو الرهن، أو ما أشبه ذلك، وأما إذا ادعى الخارج فعلاً مع ذلك فيبيته الخارج أولى. (ك)

(١٢) قوله: "وهذا [أى ما ذكر من القضاء لذى اليد] هو الصحيح" وجه الصحة أن محمداً ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتائج أنه يقضى به بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك فى يد ذى اليد. (ك)

(١٣) المتنازع فيه.

(١٤) قوله: "لا على طريق القضاء [بل لعدم القضاء بالخارج]" لأن القاضى يثق بكذب أحد الفريقين لأن نتائج دابة من دابتين غير متصور فصار كأنهما لم يقيما بيته، ولو لم يقيما بيته يقضى لصاحب اليد قضاء ترك.

قلت: لا معنى لذلك لأن الشهادة على النتائج ليست بمعاينة الانفصال من الأم بل برؤية الفصيل يتبع الناقة، وكل واحد من الفريقين اعتمد سبباً ظاهراً لأداء الشهادة، فيجب العمل بهما، ولا يصار إلى التنهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتنهاتر البيتان مع أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مملوكاً لشخصين فى زمان واحد لكل واحد منهما

عنده^(١)، فهو بمنزلة إقامتها على التناج في يد نفسه .

ولو أقام أحدهما البينة على الملك، والآخر على التناج فصاحب التناج أولى أيهما كان^(٢)؛ لأن بينته قامت على أولية الملك، فلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقى^(٣) من جهته، وكذلك إذا كان الدعوى بين خارجين^(٤)، فبينة التناج أولى لما ذكرنا^(٥).

ولو قضى بالتناج لصاحب اليد، ثم أقام ثالث^(٦) البينة على التناج يقضى له^(٧) إلا أن يعيدها^(٨) ذواليد؛ لأن الثالث^(٩) لم يصبر مقضياً عليه^(١٠) بتلك القضية^(١١)، وكذا المقضى عليه بالملك المطلق^(١٢) إذا أقام البينة على التناج تقبل وينقض القضاء^(١٣)

بكماله، ولكن لما وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملاً يطلق له أداء الشهادة بأن عاين أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك، وعاين الفريق الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا. (مل)

(١٥) قوله: "ولو تلقى كل واحد إلخ" صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه رجل آخر أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه ولد في ملك ذلك الفلان الذي باعه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على أنه عبده، واشتراه من فلان يريد رجلاً آخر، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضى لذى اليد، لأن كل واحد خصم في إثبات تناج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه، لو حضر البائعان، وأقام البينة على الخارج كان ذو اليد أولى، فهذا مثله. (عيني)

(١٦) أى من الخارج وذى اليد. (ك)

(١) أى عند من يتلقى منه. (٤)

(٢) أى سواء كان صاحب اليد أو الخارج.

(٣) والفرض أن الآخر لم يتلق منه. (نت)

(٤) بأن يدعى أحدهما الملك والآخر التناج. (نت)

(٥) من أنه يدل على أولية الملك.

(٦) الخارج.

(٧) أى للثالث.

(٨) البينة.

(٩) الخارج.

(١٠) قوله: "لم يصبر مقضياً عليه إلخ" لأن المقضى به الملك، وثبت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضى ثبوته في حق آخر، فإن أعاد ذو اليد البينة قضى له بها تقديماً لبينة ذى اليد على بينة الخارج في التناج، وإن لم يعد قضى بها للثالث. (نتائج)

(١١) السابقة.

(١٢) قوله: "وكذا المقضى عليه [ذى اليد] إلخ" صورته ما إذا أقام الخارج البينة على ذى اليد في دابة معينة بالملك المطلق، فقضى القاضي بها له، ثم أقام ذواليد البينة على التناج يقضى بها له، وينقض القضاء الأول، وهذا استحسان، وفي القياس لا تقبل بينته لأنه صار مقضياً عليه بالملك، فلا تقبل بينته إلا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له.

ووجه الاستحسان أن من يقيم البينة على التناج يثبت أولية الملك لنفسه، وأن هذه العين حادثة على ملكه، فلا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره، فلم يصبر ذو اليد به مقضياً عليه، وقد تبين بإقامة البينة أن القاضي أخطأ في قضاءه، وأن أولية الملك لذى اليد، فلهذا ينقض قضاءه بخلاف الملك المطلق. (ك)

(١٣) الأول.

به، لأنه^(١) بمنزلة النص^(٢)، والأول بمنزلة الاجتهاد^(٣).

قال^(٤): وكذلك النسيج^(٥) في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، كغزل القطن^(٦)، وكذلك^(٧) كل سبب في الملك لا يتكرر؛ لأنه في معنى التناج، كحلب اللين^(٨) واتخاذ الجبن واللبد^(٩)، والمرعزي^(١٠)، وجز الصوف^(١١)، وإن كان^(١٢) يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق^(١٣)، وهو^(١٤) مثل^(١٥) الخبز^(١٦) والبناء^(١٧) والغرس،

(١) أي لأن إقامة البينة على التناج بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد. (ك)

(٢) لدلالته على الأولية قطعاً، فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص. (عينى)

(٣) والاجتهاد ينفذ بالنص.

(٤) أي القدورى في "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "وكذلك [معطوف على قوله: وإن أقام الخارج] النسيج [بافتن] أي النسيج كالتناج في أنه لا يتكرر، وكل حكم عرفته في التناج، فهو في النسيج كذلك، وصورة المسألة إذا ادعى رجل ثوباً في يد رجل أنه ملكه بأن نسجه في ملكه، فأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد. (نت)

(٦) ريسمان.

(٧) أي يقضى به لدى اليد.

(٨) قوله: "كحلب اللين" أي أقام كل واحد منهما البينة على أن اللين له وملكه، حلبه من شاته يقضى لدى اليد، واتخاذ الجبن، أي إذا تنازعا في جبن، وأقام الخارج وذو اليد البينة على أن هذا الجبن له صنعه في ملكه فهو لدى اليد لأن الجبن لا يصنع إلا مرة، واللبد بأن ادعى كل واحد، وأقام بينته على أن هذا اللبد له صنعه في ملكه فهو لدى اليد. (مل)

(٩) نمدة. (م)

(١٠) قوله: "والمرعزي" إذا شددت الزاء قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان، وقد يقال: مرغراً - بفتح الميم - مخففاً وهي كالصوف تحت شعر المغرب، كذا في "الكفاية"، وقال في "منتهى الأرب": مرغرى مويهاى ريزه بن پشم گوسپند. (مل)

(١١) قوله: "جز الصوف" أي اختلفا في جز الصوف، فأقام كل واحد منهما البينة على أنه صوفه جزء من غنمه، فإنه يقضى به لدى اليد، لأن الجز لا يكون إلا مرة واحدة، فكان في معنى التناج.

فإن قيل: كيف يكون الجز في معنى التناج، وهو ليس بسبب لأولية الملك، فإن الصوف على ظهر الشاة كان مملوكاً له قبل الجز. قلنا: نعم، ولكنه كان كوصف الشاة، ولم يكن مالا مقصوداً إلا بعد الجز، ولهذا لا يجوز بيعه، وما تنازعا فيه مال مقصود. (ك)

(١٢) السبب.

(١٣) قوله: "بمنزلة الملك المطلق" والمعنى فيه أن الثوب الذى ينسج مرة بعد مرة يجوز أن يصير لدى اليد بالنسج، ثم يفضيه الخارج، وينفضه وينجسه مرة أخرى، فيصير ملكاً له بهذا السبب بعد ما كان ملكاً لدى اليد، فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأول، فإن الثوب الذى لا ينسج إلا مرة إذا صار لدى اليد بنسجه لا يتصور أن يصير الخارج نسجه، فكان في معنى دعوى التناج. (ك)

(١٤) أي السبب المتكرر. (نت)

(١٥) أي مثل نسيج الخبز هو اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خبزاً، كذا في "المغرب"، قيل: هو نسيج، فإذا بلَى يعزل مرة أخرى، وينسج. (نتائج)

(١٦) خبز - بالفتح - جانورى ست وجامه از پشم آن. (من)

وزراعة الحنطة والحبوب^(١)، فإن أشكل^(٢) يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج، لأن القضاء ببنيته هو الأصل والعدول عنه^(٣) بخبر التاج^(٤)، فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل^(٥).

قال^(٦): وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق^(٧)، وصاحب اليد البينة على الشراء منه^(٨) كان صاحب اليد أولى؛ لأن الأول^(٩) وإن^(١٠) كان يثبت أولية الملك فهذا^(١١) تلقى منه، وفي هذا لا تنافي^(١٢)، فصار كما إذا أقر^(١٣) بالملك له^(١٤)، ثم ادعى الشراء منه. قال^(١٥): وإن أقام كل واحد منهما^(١٦) البينة على الشراء من الآخر، ولا تاريخ معهما تهاترت^(١٧) البيتان، ويترك^(١٨) الدار في يد ذى اليد.

(١٧) قوله: "والبناء إلخ" أما في البناء بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها داره بناها بماله يقضى بها للخارج لأن البناء يكون مرة بعد مرة، فلم يكن في معنى التاج، وفي الغرس يقضى به للخارج لأن الشجر يغرّس غير مرة فقد يغرّسها إنسان، ثم يقلعها غيره، ويغرّسها فلم يكن في معنى التاج، وكذلك إذا كانت الدعوى في الحنطة بأن أقام كل واحد منهما البينة أنها حنطة زرعها في أرضه قضى بها للمدعى لأن الزرع قد يكون غير مرة، فإن الحنطة قد تزرع في الأرض، ثم يغرّبل التراب، فيميز الحنطة منها، ثم يزرع ثانية، فلم يكن هذا في معنى التاج. (ك)

(١) سوى الحنطة.
(٢) قوله: "فإن أشكل [بأن لم يدر هل يتكرر أم لا] إلخ" أى إذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين أنه ينسج مرة، أو مرتين سأل القاضى أهل العلم عن ذلك يريد به العدول منهم ويبنى الحكم على قولهم الواحد منهم يكفى والاثنان أحوط، قال الله تعالى: ﴿فاسئلو أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾. (ك)
(٣) الأصل.

(٤) قوله: "بخبر التاج" وهو ما روى أن رجلاً ادعى ناقة في يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجتها عنده، وأقام الذى فى يده البينة أنها ناقته نتجتها عنده فقضى به رسول الله ﷺ للذى هى فى يده. (عينى)
(٥) هو القضاء للخارج.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)
(٧) قوله: "وإن أقام الخارج إلخ" أى أقام الخارج البينة على أنه اشترى هذه الدار مثلاً من ذى اليد، وأقامها ذواليد على أنه اشتراها من الخارج. (نت)

(٨) الخارج.

(٩) الخارج.

(١٠) الوار وصلية.

(١١) ذواليد.

(١٢) بين الأمرين.

(١٣) ذواليد.

(١٤) الخارج.

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٦) الخارج وذى اليد.

قال^(١): وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد يقضى بالبئتين، ويكون^(٢) للخارج، لأن العمل بهما ممكن، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر^(٣) وقبض، ثم باع^(٤) ولم يسلم^(٥) لأن القبض دلالة السبق على ما مر^(٦)، ولا يعكس الأمر^(٧)، لأن البيع قبل القبض لا يجوز وإن^(٨) كان في العقار عنده^(٩). ولهما: أن الإقدام على الشراء إقرار منه^(١٠) بالملك للبائع، فصار كأنهما^(١١) قامتا على الإقرارين^(١٢)، وفيه التهاثر بالإجماع^(١٣) كذا ههنا^(١٤). ولأن السبب^(١٥) يراد لحكمه^(١٦) وهو الملك، وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد^(١٧) إلا بملك مستحق^(١٨)، فبقى القضاء له^(١٩) بمجرد السبب^(٢٠)، وأنه^(٢١) لا يفيد. ثم لو شهدت البئتان^(٢٢) على نقد الثمن^(٢٣)

(١٧) تساقطت.

(١٨) قضاء ترك لا قضاء استحقاق.

(١) أى المصنف.

(٢) الدار.

(٣) أى الخارج.

(٤) من الخارج.

(٥) فيؤمر بالتسليم إلى الخارج.

(٦) من قوله: لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شراؤه. (عنى)

(٧) قوله: "ولا يعكس الأمر" بأن الخارج كأنه اشترى من ذى اليد أولاً، ثم باعه من ذى اليد، لأن فى ذلك يلزم

بيع المبيع قبل القبض والبيع قبل الخ. (عنى)

(٨) الواو وصلية.

(٩) محمد.

(١٠) أى من المشتري.

(١١) الشهادتين.

(١٢) أى بمنزلة ما لو أقام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك.

(١٣) قوله: "وفيه التهاثر بالإجماع" لأن الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت من المعاينة، ولو عاينا إقرارهما معاً

بطلا فإن مالا يعرف سبق أحدهما جعل كأنهما وقعا معاً، وفيه التهاثر بالإجماع، فكذا ههنا. (ك)

(١٤) أى فيما نحن فيه من تهاثر البئتين.

(١٥) جواب عن قول محمد لأن العمل بالبئتين ممكن.

(١٦) قوله: "يراد لحكمه" يعنى أن السبب إذا كان مفيداً للحكم يعتبر وإلا فلا، وههنا السبب هو شراء كل منهما

من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك لأنه لا يمكن الخ. (عنى)

(١٧) قوله: "لا يمكن القضاء الخ" لأننا إذا قضينا ببينة ذى اليد إنما نقضى ليزول ملكه إلى الخارج، فلم يكن

السبب مفيداً للحكم بالبينة له، فبقى القضاء بمجرد السبب، وذلك لا يفيد. (ع)

(١٨) أى استحق الخارج عليه.

(١٩) أى لذى اليد.

فالألف بالألف قصاص عندهما^(١) إذا استويا^(٢) لوجود قبض مضمون من كل جانب، وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب^(٣) عنده^(٤). ولو شهد الفريقان^(٥) بالبيع والقبض تهاترتا بالإجماع^(٦)، لأن الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين^(٧) بخلاف الأول^(٨).

وإن وقت البيتان في العقار^(٩)، ولم يثبتا قبضا، ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما، فيجعل كأن الخارج اشترى أولا^(١٠)، ثم باع قبل القبض من صاحب اليد، وهو^(١١) جائز في العقار عندهما. وعند محمد يقضى للخارج، لأنه لا يصح بيعه^(١٢) قبل القبض، فبقي على ملكه، وإن أثبتا^(١٣) قبضا يقضى لصاحب

(٢٠) دون الحكم.

(٢١) أى القضاء بمجرد السبب.

(٢٢) المذكورتان.

(٢٣) فى شراء كل منهما من الآخر بألف مثلا.

(١) الشيخين.

(٢) أى الثمنان فى الجنس والصفة.

(٣) قوله: "للو جوب" أى وجوب الثمن عند محمد^ح لأن البيتين لما ثبتتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن فيقاص الوجوب بالوجوب. (عيني).

(٤) محمد^ح.

(٥) أى شهود الخارج وذوى اليد.

(٦) قوله: "تهاترتا بالإجماع" لكن على اختلاف التخيير، فعندهما باعتبار أن دعوتهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه، وفى مثل هذا يتهاثر الشهود، فكذلك ههنا، وأما عند محمد^ح فلأن الجمع إلخ. (عيني).

(٧) قوله: "لجواز كل واحد من البيعين" لوجود البيع بعد القبض، وليس فى البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقا، والآخر لاحقا، وإذا جاز البيعان، ولم يكن أحدهما أولى من الآخر فى 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. (٤)

(٨) قوله: "بخلاف الأول" وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حتى يقضى بالبيتين، وتكون للخارج عنده لأن الجمع بين البيتين ممكن، لأننا لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض، وهو لا يجوز، فيجعل بيعه سابقا.

وفى "الكافى": وهذا يخالف ما ذكر فى "المبسوط". "الجماع الكبير" وغيرهما، فإنه ذكر فيهما لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبيتين عنده لذى اليد إذ العمل بالبيتين ممكن بأن يجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها، ثم الخارج باعها وسلمها. (عيني).

(٩) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الاختلاف كما ذكر. (ك)

(١٠) من ذى اليد.

(١١) أى البيع قبل القبض.

(١٢) أى بيع الخارج العقار.

(١٣) فى العقار.

اليد^(١)، لأن البيعين^(٢) جائزان على القولين^(٣)، وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج في الوجهين^(٤)، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد، وقبض ثم باع^(٥) ولم يسلم^(٦) أو سلم، ثم وصل إليه بسبب آخر^(٧). قال^(٨): وإن أقام أحد المدعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء^(٩)؛ لأن شهادة كل شاهدين علة تامة، كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل^(١٠)، بل بقوة فيها^(١١) على ما عرف^(١٢). قال^(١٣): وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان، أحدهما جميعها، والآخر نصفها، وأقاما^(١٤) البينة، فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة؛ اعتباراً لطريقة المنازعة، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر^(١٥) في النصف، فسلم له بلا منازع، واستوت^(١٦) منازعتهما^(١٧) في النصف الآخر، فينصف^(١٨) بينهما^(١٩). وقالوا: هي^(٢٠) بينهما^(٢١) أثلاثاً، فاعتبرا طريق العول^(٢٢)

(١) أى بالإجماع. (ك)

(٢) أى بيع ذى اليد من الخارج أولاً، ثم بيع الخارج من ذى اليد.

(٣) أى قولهما، وقول محمد.

(٤) أى سواء شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا به. (ك)

(٥) من الخارج.

(٦) إلى الخارج.

(٧) من عارية أو إجارة. (٤)

(٨) أى القدرى فى "مختصرة". (نت)

(٩) أى لا يترجع أحد المدعين على الآخر بزيادة العدد فى البينة.

(١٠) قوله: "لا يقع بكثرة العلل" حتى لا يترجح القياس بقياس آخر، ولا الحديث بحديث آخر، ولا الآية بآية أخرى، لأن كل واحد منهما علة بنفسه، أما إذا كانت إحدى الآيتين تحتل التأويل، والأخرى لا تحتل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتل التأويل، فكان غير المحتمل أولى، لأنه لما لم تحتل التأويل كان مفسراً، وكونه مفسراً وصف فيه، والمفسر راجع على النص والظاهر. (ك)

(١١) قوله: "بقوة فيها [العلل]" كالعادلة حتى إن أحد المدعين لو أقام مستورين، والآخر عدلين، فإنه يترجح الذى شهد له العدلان. (عيني)

(١٢) فى أصول الفقه.

(١٣) أى القدرى فى "مختصرة". (نت)

(١٤) مدعيان.

(١٥) أى صاحب الجميع.

(١٦) وأقاما عليه البينة. (٤)

(١٧) المدعين.

(١٨) النصف.

(١٩) فيجعل لصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار، ومدعى النصف الربع. (٤)

والمضاربة^(١)، فصاحب الجميع يضرب^(٢) بكل حقه سهمين، وصاحب النصف
بسهم واحد، فيقسم أثلاثاً، ولهذه المسألة^(٣) نظائر وأضداد^(٤) لا يحتملها هذا
المختصر^(٥)، وقد ذكرناها في "الزيادات"^(٦). قال^(٧): ولو كانت^(٨) في أيديهما^(٩)
سلم^(١٠) لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء، ونصفها لا على وجه القضاء؛
لأنه خارج في النصف^(١١)، فيقضى بيئته، والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه،
لأن مدعاه النصف، وهو في يده سالم له^(١٢)، ولو لم ينصرف إليه^(١٣) دعواه كان
ظالماً^(١٤) يأمساكه^(١٥)، ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده^(١٦).

(٢٠) الدار.

(٢١) المدعين.

(٢٢) قوله: "فاعتبراً طريق العول" وذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكفي المجموع، فيحتاج إلى
العول، كما في امرأة ماتت وتركت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وأختاً لأب، للزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف،
وللأخت لأب السدس تكملة للثنتين، فتعول الفريضة إلى سبعة وكانت في الأصل من ستة. (عيني)

(١) قوله: "والمضاربة" يعني أن لكل واحد من المدعين حقاً في العين على معنى أن حق كل منهما شائعاً فيها فما
من جزء إلا وصاحب القليل يراحم فيه صاحب الكثير بنصيبه، فلهذا كان القسمة فيه بطريق العول، فيضرب كل منهما
بجميع دعواه، فاحتجنا إلى عدد له نصف صحيح، وأقله اثنان، فيضرب بذلك صاحب الجميع، ويضرب مدعى النصف
بسهم، فيكون بينهما أثلاثاً. (٤)

(٢) أى يأخذ. (نت)، وفي "المغرب" وقال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث، أى يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من
الثلث. (ك)

(٣) قوله: "ولهذه المسألة" أى للمسألة المذكورة أشباه حكم فيها أبو حنيفة^ح بالمنازعة، وصاحباها بالعول، كما
في هذه المسألة، وأضداد حكم فيها أبو حنيفة^ح بالعول وصاحباها بالمنازعة على عكس هذه المسألة. (نت)

(٤) قوله: "نظائر وأضداد" فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، والموصى له بعين مع
الموصى له بنصف تلك العين، إذا لم يكن للميت مال سواه، ومن أضدادها العبد المأذون له المشترك، إذا أذانه أحد المولين
مائة درهم، والأجنبي مائتين، ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة^ح بطريق العول
أثلاثاً، وعندهما بطريق المنازعة أرباعاً. (عناية)

(٥) الهداية.

(٦) لصاحب "الهداية". (كشف الظنون)

(٧) أى القدورى في "مختصره". (نت)

(٨) الدار.

(٩) وادعى أحدهما نصفها، والآخر كلها.

(١٠) إذا برهنا.

(١١) الذى بيد صاحبه.

(١٢) قوله: "وهو [النصف] فى يده سالم له" توضيحه أن دعوى مدعى النصف منصرفة إلى ما فى يده ليكون يداً
محقة فى حقه، لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، فمدعى النصف لا يدعى شيئاً مما فى يد صاحب الجميع
لأن مدعاه النصف، وهو فى يده فسلم النصف لمدعى الجميع بلا منازعة. (نتائج)

(١٣) أى إلى النصف الذى فى يد صاحب النصف.

قال^(١١): وإذا تنازعا في دابة^(١٢)، وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده، وذكر تاريخها، وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى؛ لأن الحال تشهد له، فيترجح. وإن أشكل ذلك^(١٣) كانت بينهما^(١٤)؛ لأنه^(١٥) سقط التوقيت، فصار كأنهما لم يذكر تاريخها، وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البيتان^(١٦)، كذا ذكره الحاكم الشهيد؛ لأنه ظهر كذب الفريقين^(١٧)، فترك^(١٨) في يد من كانت في يده.

قال^(١٩): وإذا كان العبد في يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغضب والآخر بوديعة، فهو بينهما لاستواءهما^(٢٠).

فصل في التنازع بالأيدى^(٢١)

قال^(٢٢): وإذا تنازعا في دابة أحدهما ركبها والآخر متعلق بلجامها، فالراكب

(١٤) والأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم.

(١٥) النصف.

(١٦) قوله: "فيترك في يده" أي وإذا لم يدع مدعى النصف النصف الذي في يدي مدعى الجميع، ولا قضاء بدون الدعوى، فيترك ذلك النصف في يد مدعى الجميع بلا قضاء. (نتائج)

(١) أي القدرى في "مختصره". (نت)

(٢) وهي في يد ثالث.

(٣) أي سن الدابة.

(٤) قوله: "كانت [الدابة] بينهما" أي إذا كانا خارجين، أما إذا كانت الدعوى بين الخارج وذو اليد في النتائج، وأقاما البينة، ووقت البيتان في الدابة ووقتتين، فإن كانت الدابة على وفق بينة المدعى قضيت بها له، لأن علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده، وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذى اليد.

وأما إذا كانت البينة على وفق بينة ذى اليد أو كانت مشكلة قضيت بها لذى اليد، إما لظهور علامة لصدق في شهوده، أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سن الدابة بين الوقتين اللذين ذكرهما بينتا الخارج، وذو اليد، وذكر في الذخيرة في ذلك عامة المشايخ على أنها تهاتر البيتان، ويترك الدابة في يد صاحب اليد. (ك)

(٥) لأنه لا دلالة فيه، فكأنهما أقاما البينة على النتائج. (عيني)

(٦) أي في دعوى الخارجين. (ك)

(٧) قوله: "لأنه ظهر كذب الخ" وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد، فيمنع حالة الاجتماع أيضاً، فيترك الدابة في يد من هي في يده قضاء ترك كأنهما لم يقيما البينة. (٤)

(٨) أي الدابة.

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٠) قوله: "لاستواءهما" أي في الاستحقاق، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب، فصار دعوى الوديعة، والغصب سواء، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق. (عيني)

(١١) قوله: "فصل في التنازع بالأيدى" لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد، لما أن الأيدى أقوى، ولهذا إذا قامت البينة لا يلتفت إلى دعواه. (عناية)

(١٢) أي القدرى في "مختصره". (نت)

أولى^(١)؛ لأن تصرفه أظهر فإنه^(٢) يختص بالملك^(٣)، وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج، والآخر رديفه^(٤)، فالراكب في السرج أولى^(٥)، بخلاف ما إذا كانا راكبين^(٦) حيث تكون^(٧) بينهما، لاستواءهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل^(٨) لأحدهما، وللآخر كوز معلق، فصاحب الحمل أولى، لأنه هو المتصرف. وكذا إذا تنازعا في قميص، أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه^(٩)، فاللابس أولى؛ لأنه أظهرهما تصرفاً، ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما، معناه^(١٠) لا على طريق القضاء^(١١)، لأن العقود^(١٢) ليس بيد عليه فاستويا. قال^(١٣): وإذا كان ثوب في يد رجل، وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان، لأن الزيادة من جنس الحجة^(١٤)، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق^(١٥). قال^(١٦): وإذا كان الصبي في يد رجل وهو^(١٧) يعبر^(١٨) عن نفسه فقال^(١٩): أنا حر، فالقول قوله؛ لأنه في يد نفسه^(٢٠).

(١) قوله: "فالراكب أولى" أى فى كونه ذا اليد لأن الراكب يصير ذا اليد بهذا التصرف حتى لو أقام الآخر بينة تقبل. (ك)

(٢) الركوب.

(٣) يعنى غالباً. (نت)

(٤) أى خارج السرج.

(٥) لأن تصرفه أظهر.

(٦) أى فى السرج. (ك)

(٧) الدابة.

(٨) بار.

(٩) أى أخذ بكمه.

(١٠) أى معنى قوله: فهو بينهما.

(١١) بل يترك فى يدهما.

(١٢) قوله: "لأن العقود إلخ" أى لأن اليد على البساط لا يثبت إلا بالنقل والتحويل، أو يكون فى يده حكماً بأن كان فى بيته، ولم يوجد شيء من ذلك ولهذا لا يصير غاصباً بمجرد العقود عليه، بخلاف الركوب على الدابة، فإنه يصير غاصباً بمجرد الركوب عليه بغير الإذن. (عينى)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٤) لأن كل واحد يتمسك باليد إلا أن أحدهما أكثر استمسكاً.

(١٥) إذ لا ترجيح بكثرة العلق.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) الواو حالية.

(١٨) أى يتكلم ويعقل ما يقول.

(١٩) حين دعوى رجل أنه عبده.

ولو قال^(١): "أنا عبد لفلان"^(٢)، فهو عبد للذى فى يده، لأنه أقرب بأنه لا يد له^(٣) حيث أقرب بالرق، وإن كان لا يعبر عن نفسه، فهو عبد للذى هو فى يده؛ لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها^(٤)، وهو بمنزلة متاع^(٥)، بخلاف ما إذا كان يعبر^(٦)، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول^(٧) قوله؛ لأنه ظهر الرق عليه فى حال صغره. قال^(٨): "وإذا كان الحائض لرجل عليه جذوع، أو متصل ببناءه"^(٩)، وللآخر عليه هرادى^(١٠) فهو لصاحب الجذوع، والاتصال والهرادى ليست بشيء^(١١)، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر^(١٢) صاحب تعلق، فصار كدابة تنازعا فيها، ولأحدهما عليها حمل^(١٣)، وللآخر كوز معلق^(١٤)، والمراد بالاتصال^(١٥) مداخله لبن^(١٦) جداره^(١٧) فيه^(١٨)، ولبن هذا فى جداره، وقد يسمى اتصال ترييع^(١٩)،

(٢٠) قوله: "لأنه فى يد نفسه" فكان هو صاحب اليد، وكان المدعى خارجاً، والقول قول صاحب اليد، وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة. (نت)

(١) وقال الذى فى يده: إنه عبدى. (نت)

(٢) غير ذى اليد. (عناية)

(٣) قوله: "لأنه أقرب بأنه لا يد له إلخ" فكان يد صاحب اليد عليه معتبرة شرعاً، فكان القول لذى اليد أنه له، ولا يقطع يده إلا بحجة، وشهادة العبد ليست بحجة، كذا فى "الكافى". فإن قيل: الإقرار بالرق من المضار، وأقوال الصبي فيها غير موجبة، وإن كان عاقلاً كالعتاق والطلاق والهبة، قلنا: الرق ههنا لا يثبت بإقراره، بل بدعوى ذى اليد إلا عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا يتردد عليه عند عدمها يتقرر، كما فى الصبي الذى لا يعقل، فيكون القول قوله فى رقه. (نت)

(٤) أى عن نفسه.

(٥) لا يدل على نفسه.

(٦) عن نفسه، فإنه إذا قال: أنا حر فالقول قوله.

(٧) قوله: "لا يكون القول إلخ" فلا تزول يد من هو فى يده إلا بدليل. (عيني)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) يعنى أو الحائض متصل ببناءه.

(١٠) قوله: "هرادى" الهرادى هى خشبات توضع على الجذوع، ويلقى عليها التراب، فإنها غير معتبرة، وكذا البوارى لأنه لم يكن استعمالاً له وضماً إذ الحائض لا يبنى لها بل للتسقيف، وهو لا يمكن على الهرادى والبوارى. (مج)

(١١) قوله: "والهرادى ليست بشيء" فى "المغرب": الهردية بضم الهاء، وتشديد الياء عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم، وقال ابن السكيت: هو الحردى، ولا تقل: هردى، وقال شارح الوقاية: الهردى الخشبات التى توضع على الجذوع. (مل)

(١٢) أى صاحب الهرادى.

(١٣) بار.

(١٤) بها حيث يكون الدابة لصاحب الحمل والآخر صاحب تعلق.

(١٥) المذكور فى قوله: أو متصل.

(١٦) لبن ككتف خشت خام. (من)

وهذا^(١) شاهد ظاهر لصاحبه، لأن بعض بناءه على بعض هذا الحائط، وقوله: الهراذى ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهراذى أصلاً، وكذا البوارى^(٢) لأن الحائط^(٣) لا يبنى لهما^(٤) أصلاً حتى لو تنازعا فى حائط، ولأحدهما عليه هراذى، وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما^(٥).

ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستواءهما، ولا معتبر بالأكثر منها^(٦) بعد الثلاثة، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو^(٧) لصاحب الثلاثة، وللآخر موضع جذعه^(٨) فى رواية^(٩)، وفى رواية^(١٠) لكل واحد^(١١) منهما ما تحت خشبه^(١٢). ثم قيل^(١٣): ما بين الخشب إلى الخشب بينهما^(١٤)، وقيل: على قدر

(١٧) الرجل.

(١٨) أى فى المتنازع فيه.

(١٩) قوله: "وقد يسمى اتصال [أى اتصال مداخلة لبن] إلخ" وإنما سمي هذا اتصال التربيع لأنهما إنما ينيان ليحيطا مع جدارين آخرين بمكان مربع. (صدر الشريعة)

قوله: "اتصال تربيع" وذكر فى حيطان الذخيرة: وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مدر أو أجر أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه، داخلة فى أنصاف لبن الغير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساحة أحدهما مركبة فى الأخرى، وأما إذا نقب فأدخل لا يكون تربيع، ويكون اتصال مجاورة ملازقة. (ك)

(١) أى اتصال تربيع.

(٢) بارى وبارية وبارياء وبورياء حصير بافته. (من)

(٣) قوله: "لأن الحائط إلخ" أى لأنه لما لم يكن استعمالاً له وضعاً إذ الحائط لا يبنى لهما، وإنما يبنى للتسقيف، والتسقيف لا يمكن على الهراذى والبوارى صار معدوماً حكماً. (ك)

(٤) أى للهراذى والبوارى.

(٥) قوله: "فهو [أى الحائط] بينهما [ولا يختص به صاحب الهراذى. ك]" لاستواءهما لأن وضع الهراذى والبوارى لا يثبت لصاحبها على الحائط يداً، لأن الحائط للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهراذى والبوارى، وإنما توضع الهراذى والبوارى للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال. (تحينى)

(٦) أى من الجذوع.

(٧) الحائط.

(٨) قوله: "موضع جذعه" وفى الإيضاح يريد به حق الوضع، لأن استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة لاستحقاق يده، أما إذا ثبت ملكه بالبيينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذوع من وضع جذعه على جداره. (ك)

(٩) أى رواية كتاب الإقرار من الأصل. (نت)

(١٠) هى رواية كتاب الدعوى من الأصل.

(١١) قوله: "لكل واحد إلخ" لأن يد كل واحد منهما على موضع خشبه ثابتة، وسبب الاستحقاق إنما هو اليد على ذلك الموضع. (ك)

خشبهما، والقياس^(١) أن يكون بينهما نصفين، لأنه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة، ووجه الثاني^(٢) أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته^(٣)، ووجه الأول^(٤) أن الحائظ يبني لوضع كثير الجذوع دون الواحد والثنتي، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له^(٥) حق الوضع، لأن الظاهر ليس بحجة^(٦) في استحقاق يده. ولو كان لأحدهما جذوع، وللآخر اتصال^(٧)، فالأول^(٨) أولى، ويروى أن الثاني^(٩) أولى، ووجه الأول^(١٠) أن لصاحب الجذوع التصرف، ولصاحب الاتصال اليد، والتصرف أقوى^(١١)، ووجه الثاني^(١٢) أن الحائظين بالاتصال يصيران كبناء واحد، ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله^(١٣)، ثم يبقى^(١٤) للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا^(١٥)، وهذه^(١٦) رواية الطحاوي، وصححها الجرجاني^(١٧).

(١٢) إلى أسفل الأرض. (ك)

(١٣) أي على رواية كتاب الدعوى. (نت)

(١٤) قوله: "بينهما" أي بينهما نصفان، لأنه لا يد لأحدهما فيه، فلم يكن أحدهما بالأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار، وفي يد أحدهما بيت منها، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان كذلك باقي الخشب. (عيني)
قوله: "بينهما" لأن كل واحد منهما مستعمل للحائظ إلا أن أحدهما أكثر استعمالا للحائظ، ولا معتبر بالكثرة في نفس الحجة. (ك)

(١) رجوع إلى قوله: فهو لصاحب الثلاثة.

(٢) وهو أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته. (نت)

(٣) لأن ذلك الموضع مشغول بجذعه.

(٤) أي هو لصاحب الثلاثة وللآخر حق الوضع.

(٥) أي لصاحب الجذوع الواحد والثنتي. (ك)

(٦) قوله: "ليس بحجة إلخ" فلا يستحق دفع الخشبية الموضوعه إذ من الجائز أن يكون أصل الحائظ لرجل، ويثبت

للآخر حق الوضع عليه. (عيني)

(٧) قوله: "وللآخر اتصال [أي اتصال تربيع. ك]" المراد بالاتصال الذي وقع في أحد طرفي الحائظ المتنازع فيه،

وأما إذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال أولى، وعلى هذا عامة المشايخ. (نتائج الأفكار)

(٨) أي صاحب الجذوع. (ك)

(٩) صاحب الاتصال. (ك)

(١٠) أي أن صاحب الجذوع أولى.

(١١) لأن لتصرف هو المقصود باليد. (كافي)

(١٢) أي أن صاحب الاتصال أولى.

(١٣) لعدم القائل بالاشتراك. (ع)

(١٤) أي على الرواية الثانية.

(١٥) قوله: "لما قلنا" أشار به إلى قوله: لأن الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها

قال^(١): وإذا كانت دار منها^(٢) في يد رجل عشرة أبيات، وفي يد آخر بيت
فالساحة بينهما نصفان؛ لاستواءهما^(٣) في استعمالها وهو المرور فيها^(٤).

قال^(٥): وإذا ادعى الرجلان أرضاً، يعنى يدعى كل واحد منهما أنها في يده لم
يقض أنه في يد واحد منهما حتى يقيما^(٦) البينة أنها في أيديهما؛ لأن اليد فيها^(٧) غير
مشاهدة لتعذر إحضارها^(٨)، وما غاب عن علم القاضى فالبينة تثبته.

وإن أقام أحدهما البينة^(٩) جعلت في يده لقيام الحجة^(١٠)؛ لأن اليد حق
مقصود^(١١)، وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لما بينا^(١٢)، فلا تستحق لأحدهما^(١٣)

لكونها حجة مطلقة. (عنى)

(١٦) أى الرواية الثانية.

(١٧) قوله: "وصححها الجرجاني" هو الفقيه أبو عبد الله المرشد، ورجحها بالسبق، لأن الترتيب يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجنود، فكان يده ثابتاً قبل وضع الجنود، فصار نظير سبق التاريخ. (نت)

(١) محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٢) أى من تلك الدار.

(٣) قوله: "لاستواءهما إلخ" ولا معتبر بكون أحدهما خراجاً وولاجاً دون الآخر؛ لأنه ترجيح بما هو من جنس العلة. (٤)

(٤) ووضع الأمتعة وصب ماء الوضوء، وكسر الخطب.

(٥) أى محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(٦) قوله: "حتى يقيما إلخ" أقول: فى عبارة الكتاب مسامحة، وكان الظاهر أن يقال: حتى يقيم البينة أنها فى يده، لأن القضاء بأنها فى يد واحد منهما إنما يتوقف على إقامة واحد منهما البينة أنها فى يده لا على إقامتهما البينة أنها فى أيديهما. (نت)

(٧) الأرض.

(٨) فى مجلس القاضى.

(٩) قوله: "وإن أقام إلخ" فإن طلب كل واحد يمين صاحبه ما هى فى يده حلف كل واحد منهم ما هى فى يد صاحبه على البتات، فإن حلف لم يقض باليد لهما، وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن يظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى فى يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضى عليه بكلها للحالف نصفها كان فى يده، ونصفها كان للذى فى يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار فى يد ثالث لم تنزع من يده لأن نكوله ليس بحجة فى حق الثالث. (ك)

(١٠) قوله: "لقيام الحجة" فإن قيل: البينة حجة على الخصم، وإذا لم يثبت كونها فى يد الآخر لا يكون خصماً، فكيف يقضى باليد فيها للذى أقام البينة.

قلنا: هو خصم باعتبار منازعته فى اليد، ألا ترى أنه يتمكن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر، ومن كان خصماً لغيره باعتبار منازعته فى شيء شرعاً كانت بينته مقبولة. (ك)

(١١) فلا يستحق أحدهما بغير حجة.

(١٢) وهو قوله: لقيام الحجة. (ك)

(١٣) قوله: فلا تستحق إلخ متفرع على مجموع ما ذكر فى مسألتنا هذه من قوله: وإذا ادعى الرجلان إلخ، إلى

من غير حجة^(١١)، وإن كان أحدهما قد لبّن^(١٢) في الأرض، أو بنى، أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها^(١٣).

باب دعوى النسب^(١٤)

قال^(١٥): وإذا باع جارية، فجاءت بولد، فادعاه^(١٦) البائع، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع^(١٧)، وأمّه أم ولد له^(١٨)، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته^(١٩) باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه^(٢٠) بأنه عبد، فكان في دعواه مناقضاً، ولا نسب^(٢١) بدون الدعوى.

وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه، لأن الظاهر عدم الزناء، ومبنى النسب^(٢٢) على الخفاء^(٢٣)، فيعفى فيه التناقض^(٢٤)، وإذا صحت^(٢٥) الدعوة^(٢٦) استندت إلى وقت العلوق، فتبين أنه باع أم ولده، فيفسخ

هنا بأن كان فذلّة الكلام في هذا المقام. (نت)

(١) حتى لو طلبا القسمة لم يقسم بينهما مالم يقيما البينة على الملك. (٤)

(٢) تلبين: خشت زدن. (من)

(٣) ومن ضرورته إثبات اليد كالركوب في الدواب واللبس في الثياب. (ك)

(٤) قوله: "باب دعوى النسب" لما فرغ من بيان دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب، وقدم الأول لأنه أكثر وقوعاً، فكان أهم ذكراً. (نت)

(٥) أى القدرى في "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فادعاه" الدعوة نوعان، دعوة استيلاء، وهو أن يكون أصل العلوق في ملك المدعى، ودعوة تحرير، وهو بخلافه، والأول أقوى لسبقه واستنادها لوقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال. (در مختار)

(٧) ويفسخ البيم ويرد الثمن. (عيني)

(٨) البائم.

(٩) قوله: "دعوته" دعوت بالكسر به يسرّ خانندن، ودعوى نسب كردن، هذا كلام أكثر العرب، بعضهم يفتحون الدال في النسب، ويكسرونها في الطعام. (من)

(١٠) لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك. (عيني)

(١١) أى لا ثبوت للنسب.

(١٢) قوله: "ومبنى النسب إلخ" جواب عن التناقض لأن الإنسان قد لا يعلم أن يكون العلوق منه، ولم يتبين له أنه منه. (عيني)

(١٣) لأن العلوق أمر خفى. (ك)

(١٤) قوله: "فيعفى فيه التناقض [لأجل الخفاء]" أى لا يمنع صحة الدعوى كما أن الزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء القاضى ينفى النسب باللعان يثبت منه النسب، ويبطل حكم الحاكم، ولا ينظر إلى التناقض لمكان الخفاء في أمر العلوق. (نت)

(١٥) لأجل الخفاء.

(١٦) أى دعوة البائم.

البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ، ويرد الثمن^(١) ، لأنه قبضه بغير حق .
 وإن ادعاه المشتري^(٢) مع دعوة^(٣) البائع^(٤) ، أو بعده^(٥) ، فدعوة البائع أولى ؛
 لأنها أسبق^(٦) لاستنادها إلى وقت العلوق ، وهذه^(٧) دعوة استيلاء ، وإن جاءت به
 لأكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع ؛ لأنه لم يوجد اتصال العلوق
 بملكه تيقناً ، وهو^(٨) الشاهد والحجة^(٩) ، إلا إذا صدقه المشتري ، فيثبت النسب^(١٠) ،
 ويحمل على الاستيلاء بالنكاح^(١١) ، ولا يبطل البيع لأننا تيقنا أن العلوق لم يكن في
 ملكه ، فلا يثبت حقيقة العتق^(١٢) ولا حقه^(١٣) ، وهذه^(١٤) دعوة تحرير^(١٥) ، وغير
 المالك^(١٦) . ليس من أهله^(١٧) . وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ،
 ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري ؛ لأنه احتمال أن لا

(١) إن كان منقوداً . (٤)

(٢) أى وقد ولدته لدون الأقل . (رد المحتار)

(٣) قوله : " مع دعوة إلخ " إنما قيد بقوله : مع دعوة لأنه لو ادعاه المشتري أولاً يثبت النسب منه ، ولا يثبت
 نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب . (عيني)

(٤) يعنى ادعيا معاً . (نت)

(٥) أى بعد دعوة البائع .

(٦) قوله : " لأنها [أى دعوة البائع] أسبق " أما إذا كانت قبل دعوة المشتري فالأمر ظاهر ، وأما إذا كانت مع دعوة
 المشتري فلما أشار إليه بقوله : لاستنادها إلخ ، يعنى أن دعوة البائع مستندة إلى وقت العلوق ، لأنها دعوة استيلاء ، ودعوة
 المشتري مقتصرة على الحال ، لأنها دعوة تحرير ، فكانت دعوة البائع سابقة معنى ، فكانت أولى .

ثم إنه ضمن قوله : وهذه دعوة استيلاء ، الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف يصح دعوة البائع وهو غير مالك فى
 الحال ، وجه الجواب أن دعوته دعوة استيلاء وهو لا يقتصر إلى قيام الملك فى الحال ، لأنها تستند إلى زمان الملك ، بخلاف
 دعوة التحرير على ما سيجىء . (نتائج)

(٧) يعنى دعوة البائع . (ك)

(٨) أى اتصال العلوق فى الملك .

(٩) فى ثبوت النسب .

(١٠) من البائع .

(١١) حملاً لأمره على الصلاح . (نت)

(١٢) فى الولد .

(١٣) قوله : " ولا حقه [أى فى الأم] " أى لا يثبت حق العتق وهو أومية الولد للأم ، فيبقى الولد عبداً للمشتري ،
 ولا تصير الأم أم ولد للبائع كما إذا ادعاه أجنبي آخر . (نتائج)

(١٤) أى دعوة البائع ههنا .

(١٥) يعنى إذا لم تصر الجارية أم ولد بقبى الدعوة فى الولد دعوة تحرير .

(١٦) أعنى البائع .

(١٧) فلا بد من تصديق المشتري .

يكون العلق في ملكه، فلم توجد الحجة، فلا بد من تصديقه^(١)، وإذا صدقه يثبت النسب، ويبطل البيع، والولد حر، والأم أم وولد له كما في المسألة الأولى^(٢) لتصادقهما^(٣) واحتمال العلق في الملك^(٤).

قال^(٥): فإن مات الولد، فادعاه البائع وقد^(٦) جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم؛ لأنها تابعة للولد^(٧)، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته^(٨) إلى ذلك^(٩)، فلا يتبعه استيلاد الأم^(١٠)، وإن ماتت الأم^(١١) فادعاه البائع وقد جاءت به^(١٢) لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد، وأخذ البائع؛ لأن الولد هو الأصل في النسب^(١٣)، فلا يضره فوات التبغ^(١٤)، وإنما كان الولد أصلاً لأنها^(١٥) تضاف إليه، يقال: أم الولد، وتستفيد الحرية من جهته؛ لقوله عليه السلام^(١٦): «أعتقها^(١٧) ولدها*»، والثابت لها^(١٨) حق الحرية، وله حقيقتها^(١٩)،

(١) المشتري.

(٢) وهي ما إذا جاءت به أقل من ستة أشهر من يوم باع. (نت)

(٣) البائم والمشتري.

(٤) أي في الملك البائم، وفي نسخة: في ملكه.

(٥) أي القدوري. (عينى)

(٦) الواو حالية.

(٧) في هذا الباب. (نت)

(٨) أي بعد الموت. (نت)

(٩) النسب.

(١٠) لأنه فرع النسب.

(١١) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٢) الولد.

(١٣) والاستيلاد فرع النسب.

(١٤) أي الأم.

(١٥) أي الأم.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام" روى ابن ماجه والحاكم في "مستدرکه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس، قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال: «أعتقها ولدها». (على قارى)

(١٧) أي الأم.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٠، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص ١٧٩. (نعيم)

(١٨) أي الأم.

(١٩) أي الحرية.

والأدنى يتبع الأعلى.

ويرد^(١) الثمن^(٢) كله فى قول أبى حنيفة^(٣)، وقالوا: يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم؛ لأنه تبين أنه^(٤) باع أم ولده، وما ليتها^(٥) غير متقومة عنده^(٦) فى العقد والغصب^(٧)، فلا يضمها^(٨) المشتري، وعندهما متقومة^(٩)، فيضمها^(١٠).

قال^(١١): وفى الجامع الصغير^(١٢): وإذا جلت الجارية فى ملك رجل فباعها، فولدت فى يد المشتري^(١٣)، فادعى البائع الولد وقد^(١٤) أعتق المشتري الأم فهو ابنه، ويرد عليه^(١٥) بحصته من الثمن^(١٦)، ولو كان المشتري أعتق الولد فدعوته^(١٧) باطلة^(١٨). وجه الفرق^(١٩) أن الأصل فى هذا الباب^(٢٠) الولد، والأم تابعة له على ما

(١) هذا من تمام لفظ القدورى. (نت)

(٢) إلى المشتري.

(٣) فى صورة موت الأم.

(٤) أى البائتم.

(٥) أى أم ولد.

(٦) الإمام.

(٧) قوله: "فى العقد والغصب" حتى إذا اشترى أم ولد الغير وماتت فى يده لا يضم المشتري قيمتها، وكذا لو غصبها، فماتت عنده. (عينى).

(٨) أم الولد.

(٩) أى مالية أم الولد.

(١٠) أى المشتري فى العقد والغصب.

(١١) أى المصنف. (عينى).

(١٢) قوله: "وفى الجامع الصغير" إنما ذكر المصنف رواية "الجامع الصغير" إعلماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت. (عينى).

(١٣) لأقل من ستة أشهر من يوم باعها.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) قوله: "ويرد عليه إلخ" يعنى يقسم الثمن على قيمة الولد، وقيمة أمه، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائتم، لأنه يثبت فيها للمشتري مالا يحتمل الإبطال وهو الولاء. (عينى).

(١٦) قوله: "بحصته من الثمن" والفرق بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم، فإن ثمة يرد بجميع الثمن عند أبى حنيفة^(١٧) وهو أن فى الموت لو ثبتت أمومية الولد لا يبطل حكم من الأحكام، ولا كذلك فى إعتاقها لأنه يبطل العتق الثابت من الملك، ولأنه لو قلنا يبطلان العتق يلزم إبطال الحقيقة بالعتق. (ك)

(١٧) البائتم.

(١٨) أى إذا لم يصدقه المشتري فى دعواه. (نت)

(١٩) قوله: "وجه الفرق" أى بين ما إذا أعتق المشتري الأم، ولم يعتق الولد حيث يكون دعوى البائع صحيحة فى حق الولد، وبين ما إذا أعتق المشتري الولد دون الأم حيث يبطل دعوى البائتم أصلاً. (عينى).

مر^(١)، وفي الوجه الأول^(٢) قام المانع من الدعوة والاستيلاء وهو^(٣) العتق في التبعية، وهو الأم، فلا يمتنع ثبوته^(٤) في الأصل وهو الولد، وليس من ضروراته^(٥)، كما في ولد المغرور^(٦)، فإنه^(٧) حر، وأمه أمة لمولاهها، وكما في المستولدة بالنكاح^(٨).

وفي الفصل الثاني^(٩) قام المانع^(١٠) بالأصل وهو الولد، فيمتنع ثبوته^(١١) فيه وفي التبعية^(١٢)، وإنما كان الإعتاق^(١٣) مانعاً؛ لأنه^(١٤) لا يحتمل النقص^(١٥) كحق استحقاق النسب^(١٦)، وحق الاستيلاء^(١٧) فاستتويا^(١٨) من هذا الوجه، ثم الثابت^(١٩) من

(٢٠) أى باب الدعوى والاستيلاء. (نت)

(١) فى مسألة الموت آنفاً. (نت)

(٢) أى ما إذا أعتق المشتري الأم. (عناية)

(٣) المانع.

(٤) أى ثبوت الدعوة والاستيلاء. (نت)

(٥) قوله: "وليس من ضروراته إلخ" جواب ما يقال: إنه إذا لم يمتنع الدعوة فى الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العلق فى ملكه يبقين لأن الكلام فيما إذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب فى الولد صيرورة أمه أم ولد للبائع، فكان يبنى أن يبطل البيع وإعتاق المشتري. (عينية)

قوله: "وليس من ضروراته" أى ليس ثبوت الاستيلاء فى حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه. (٦)

(٦) قوله: "كما فى ولد المغرور" وهو ما إذا اشترى الرجل أمة من رجل بزعم أنها ملكه فاستولدها؛ فاستحقت، وأنه معتق بالقيمة، وهو ثابت النسب من أبيه، وليست أمه أم ولد لأبيه بل هى أمة لمولاه. (مل)

(٧) ولد.

(٨) قوله: "وكما فى المستولدة إلخ" يعنى إذا تزوج جارية الغير فولدت له يثبت نسب الولد، ولا يثبت أمومية الولد. (نت)

(٩) أى ما إذا أعتق المشتري الولد.

(١٠) العتق.

(١١) دعوة الاستيلاء.

(١٢) الأم.

(١٣) أى إعتاق المشتري الأم أو الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لأنه لا يحتمل النقص" وردّ بما إذا باع جارية حبلى، فولدت ولدين فى بطن واحد لأقل من ستة أشهر، فأعتق المشتري أحدهما، ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فىهما جميعاً، حتى يبطل عتق المشتري، وذلك نقض العتق كما ترى، وأجيب بأن التوأمين فى حكم ولد واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما، والحكم بصيرورته حر الأصل ثبوت النسب للآخر. (عناية)

(١٦) أى فى الولد. (ك)

(١٧) أى فى الأم. (ك)

(١٨) أى إعتاق المشتري وحق الاستحقاق والاستيلاء للبائع.

المشترى^(١) حقيقة الإعتاق، والثابت^(٢) في الأم حق الحرية، وفي الولد للبائع حق الدعوة، والحق لا يعارض^(٣) الحقيقة^(٤)، والتدبير بمنزلة الإعتاق^(٥)؛ لأنه لا يحتمل النقض، وقد ثبت به بعض آثار الحرية^(٦)، وقوله^(٧) في الفصل الأول^(٨): يرد^(٩) عليه بحصته من الثمن^(١٠) قولهما^(١١)، وعنده^(١٢) بكل الثمن هو الصحيح^(١٣) كما ذكرنا في فصل الموت.

قال^(١٤): ومن باع عبداً وولد^(١٥) عنده، وباعه المشتري من آخر، ثم ادعاه البائع الأول، فهو ابنه، ويبطل البيع؛ لأن البيع يحتمل النقض، وماله^(١٦) من^(١٧) حق

(١٩) هذا بيان الترجيح.

(١) في الوجهين.

(٢) للبائع.

(٣) قوله: "والحق لا يعارض إلخ" نوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدد، وكان المالك القديم يأخذه بالقيمة، وإن كان له حق الملك وللمشترى حقيقته، وأجيب بأنه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما. (٤)

(٤) لأن الحقيقة أقوى من الحق.

(٥) في الحكم.

(٦) هو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك.

(٧) محمد.

(٨) هو ما إذا أعتق المشتري الأم.

(٩) الولد.

(١٠) قوله: "بحصته من الثمن" فإن قيل: يجب أن لا تكون للولد حصة من الثمن لأنه حادث بعد قبض المشتري، ولا حصة للولد الحادث بعد القبض. قلنا: الولدان حدث صورة بعد القبض، فمن حيث المعنى حادث قبل القبض، فإن البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة، وإن قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيل من الفسخ بالاستهلاك، وإذا كان حادثاً قبل القبض معنى فله حصة من الثمن إذا استهلكه البائع، وقد استهلكه بالدعوة ههنا، فتصير له حصة من الثمن كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض. (ك)

(١١) الصاحبين.

(١٢) يرد.

(١٣) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكره شمس الأئمة في "المبسوط"، وقاضى خان، والمحجوبى أنه يرد بما يخص الولد من الثمن، بخلاف الموت، وفرقوا بينهما بأن في الإعتاق كذب القاضى البائع فيما زعم أنها ولده حين جعلها معتقة المشتري، أو مدبرته فلم يبق لذعمه عبرة، وأما في فصل الموت فموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع، فبقى زعمه معتبراً في حقه فيرد بجميع الثمن. (٤)

(١٤) أى محمد في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) أى كان أصل العلوق في ملكه. (ك)

(١٦) البائمه.

(١٧) بيانية.

الدعوة لا يحتمله^(١)، فينتقض البيع لأجله، وكذا^(٢) إذا كاتب الولد^(٣)، أو رهنه، أو أجره، أو كاتب الأم^(٤)، أو رهنها، أو زوجها^(٥) ثم كانت الدعوة، لأن هذه العوارض تحتل النقص، فينتقض ذلك كله، وتصح الدعوة^(٦) بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر^(٧)، وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً، ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقص، فصار كإعتاقه^(٨). قال^(٩): ومن ادعى نسب أحد التوأمين^(١٠) ثبت نسبهما منه^(١١)؛ لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا^(١٢) لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور^(١٣) علوق الثاني حادثاً^(١٤)؛ لأنه لا جبل لأقل من ستة أشهر.

وفى "الجامع الصغير"^(١٥): إذا كان فى يده غلامان توأمان، ولدا عنده^(١٦)، فباع أحدهما، وأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع الذى فى يده^(١٧)، فهما ابناه، وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق، والدعوة ملكه إذ المسألة مفروضة فيه^(١٨) ثبت به حرية الأصل^(١٩)، فيثبت نسب الآخر، وحرية الأصل فيه^(٢٠)

(١) النقص.

(٢) الحكم.

(٣) المشتري.

(٤) المشتري.

(٥) الأم بالغير.

(٦) من الباتم.

(٧) أشار به إلى قوله: لأنه لا يحتمل النقص.

(٨) أى كإعتاق الولد حيث يرجع على حق الباتم.

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر فى بطن واحد. (نت)

(١١) المدعى.

(١٢) أشار به إلى قوله: فمن ضرورة ثبوت إلخ.

(١٣) قوله: "فلا يتصور إلخ" ولا يتصور علوق الثانى على علوق الأول؛ لأنها إذا جبلت ينسد فم الرحم. (نت)

(١٤) أى بعد ولادة الأول. (نت)

(١٥) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتغالها على صورة بيع أحدهما ودعوة

النسب فى الآخر بعد إعتاق المشتري. (٦)

(١٦) إشارة إلى أن العلوق فى ملكه.

(١٧) بأنه ابنه.

ضرورة لأنهما توأمان، فتبين أن عتق المشتري وشراؤه لا قي حر الأصل فبطل^(١).
 بخلاف ما إذا كان الولد واحداً^(٢)، لأن هناك يبطل^(٣) العتق^(٤) فيه مقصوداً
 لحق دعوة البائع، وههنا^(٥) ثبت^(٦) تبعاً لحرية فيه حرية الأصل^(٧)، فافترقا^(٨)، ولو
 لم يكن^(٩) أصل العلق في ملكه^(١٠) ثبت نسب الولد الذي عنده^(١١)، ولا ينقض
 البيع فيما باع، لأن هذه دعوة^(١٢) تحرير^(١٣) لانعدام شاهدا لاتصال^(١٤)، فيقتصر^(١٥)
 على محل ولايته^(١٦).

(١٨) أى فيما إذا كان أصل العلق في ملكه.

(١٩) أى فى ذلك الولد.

(٢٠) الآخر.

(١) أى كل واحد من العتق والشراء.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا كان إلخ" أى إذا كان الولد واحداً، فباعه وأعتقه المشتري، ثم ادعى البائع أنه ابنه، فلا يبطل العتق، ولا يثبت النسب. (مل)

(٣) قوله: "يبطل العتق إلخ" يعنى لو بطل عتق المشتري فى تلك الصورة إنما يبطل العتق الثابت مقصوداً بسبب حق دعوة البائع، وأنه لا يجوز، لأن عتق المشتري عتق حقيقى، وحق البائع حق الدعوة، والحق أدنى من الحقيقة، فلا يمارضها، فكيف يرفعها. (ك)

(٤) والعتق لا يحتتمل النقص.

(٥) أى فى مسألة التوأمين. (ك)

(٦) أى بطلان عتق المشتري.

(٧) قوله: "تبعاً لحرية فيه حرية الأصل" أى لا حرية التحرير، فالضمير فى حرته راجع إلى المشتري بالفتح، وقوله: فيه متعلق بقوله: يثبت، والضمير راجع إلى المشتري كذلك، وقوله: حرية الأصل بدل من قوله: لحرية، وإنما أبدل به إشارة إلى سبقها ليتين ذلك لأن البيع لم يكن صحيحاً، فالإعتاق لم يصادف محله، فكان خليقاً بالرد والإبطال. (نت)

(٨) قوله: "فاfterقا" أى فافترق ما نحن فيه من مسألة التوأمين. وما إذا كان الولد واحداً حيث لزم بطلان العتق هناك أصالة وقصدًا، وفيما نحن فيه ضمناً وتبعاً، وكم من شىء يثبت ضمناً وتبعاً، ولا يثبت أصالة وقصدًا. (نتائج)

(٩) والمسألة بحالها. (نت)

(١٠) البائع.

(١١) قوله: "ثبت نسب إلخ" أى يثبت نسب الولدين من البائع أيضاً، لأن التوأمين لا ينفكان نسباً، وقد ثبت نسب الذى عنده لمصادفة الدعوة ملكه، فيثبت نسب الآخر ضرورة، وبعث الذى عند البائع على البائع، ولا يبطل عتق المشتري فى الذى عنده، ولا ينتقض بيعه، لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاء لانفتار دعوة الاستيلاء إلى اتصال العلق بملك من يدعيه، وإذا كانت دعوة تحرير تقتصر على محل ولايته، وصار كأن البائع أعتقهما، فيعتق من فى ملكه فحسب، وليس من ضرورة حرية أحد التوأمين بعثى عارض حرية الآخر، فلهذا لا يعتق الذى عند المشتري عليه. (كفاية)

(١٢) فى المبيع.

(١٣) لا دعوة استيلاء.

(١٤) أى اتصال العلق فى ملكه.

(١٥) هذه الدعوة.

قال^(١): وإذا كان الصبي في يد رجل، فقال: هو ابن عبدى فلان الغائب، ثم قال: هو ابنى لم يكن ابنه أبداً^(٢) وإن^(٣) جحد العبد أن يكون ابنه، وهذا عند أبى حنيفة. وقالوا: إذا جحد العبد فهو ابن المولى، وعلى هذا الخلاف^(٤) إذا قال: هو ابن فلان ولد على فراشه، ثم ادعاه لنفسه^(٥). لهما: أن الإقرار^(٦) يرتد برد العبد، فصار كأن لم يكن الإقرار، والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن^(٧) كان^(٨) لا يحتمل النقض، ألا ترى أنه يعمل فيه^(٩) الإكراه^(١٠) والهزل^(١١)، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشتري، فكذبه البائع، ثم قال^(١٢): أنا أعتقته يتحول الولاء^(١٣) إليه^(١٤)، بخلاف ما^(١٥) إذا صدقه^(١٦)، لأنه^(١٧) يدعى^(١٨) بعد ذلك^(١٩) نسباً ثابتاً من الغير^(٢٠).

(١٦) البائع.

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "لم يكن ابنه أبداً" أى فى وقت من الأوقات لا حالاً ولا مستقبلاً، أما حالاً فظاهر لوجود المانع وهو معلق حق الغير، وأما استقبلاً فلأن الغائب لا يخلو حاله عن ثلاث، إما أن يصدقه، أو يكذبه، أو يسكت عن تصديق تكذيب، ففى الوجه الأول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق، لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبفى إقراره، وفى الوجه الثانى لم يصح دعوته عند أبى حنيفة^(٢) بخلاف لهما. (ع)

(٣) الوار وصلية.

(٤) المذكور.

(٥) حيث لا يكون ابنه عنده أبداً بخلاف لهما فيما إذا جحد.

(٦) أى إقرار النسب إلى العبد.

(٧) الوار وصلية.

(٨) النسب.

(٩) قوله: "ألا ترى أنه إلخ" الإكراه لا يعطل ما لا يحتمل النقض، وكذا الهزل، وييطان الإقرار بذلك، فإن من كره على الطلاق والعتاق فمصلح الطلاق والعتاق، ولو أكره على الإقرار بهما فأقر لا يقع، كما لو أكره على البيع غيره مما يحتمل النقض ففعل فإنه لا يثبت، فإذا ثبت أن الإقرار مما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض ثبت أنه يرتد بالرد. (ك)

(١٠) قوله: "الإكراه" حتى لو أكره بالإقرار ببنة عبد فأقر لا يجوز. (عينى)

(١١) بأن أقر بالبنة هازلاً فإنه لا يثبت. (عينى)

(١٢) المشتري.

(١٣) فإن الإقرار ارتد برد المقر له، أى البائع.

(١٤) أى إلى المشتري.

(١٥) حيث لا يصح فيه دعوى المولى.

(١٦) أى صدق العبد المولى.

(١٧) المقر.

(١٨) وهو لا يسمى.

وبخلاف ما إذا^(١١) لم يصدقه^(١٢)، ولم يكذبه^(١٣) لأنه تعلق به^(١٤) حق المقر له^(١٥) على اعتبار تصديقه، فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن، لأن له أن يكذب نفسه^(١٦). ولأبى حنيفة أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته^(١٧) والإقرار بمثله^(١٨) لا يرتد بالرد، فبقى^(١٩) فيمتنع دعوته^(٢٠) كمن شهد على رجل بنسب صغير^(٢١)، فردت شهادته لتهمة^(٢٢)، ثم ادعاه لنفسه^(٢٣)، وهذا^(٢٤) لأنه تعلق به^(٢٥) حق المقر له على اعتبار تصديقه، حتى لو صدقه^(٢٦) بعد التكذيب يثبت النسب منه، وكذا تعلق^(٢٧) به^(٢٨) حق الولد، فلا يرتد برد المقر له. ومسألة^(٢٩) الولاء على هذا الخلاف^(٣٠)، ولو سلم^(٣١) فالولاء قد يبطل

(١٩) أى بعد تصديق المقر له إياه. (نت)

(٢٠) أى العبد.

(١) حيث لا يصح فيه دعوى المولى أيضاً.

(٢) أى المولى العبد.

(٣) أى المولى العبد.

(٤) الصبى.

(٥) العبد.

(٦) فيصح دعوته.

(٧) وهذا بالاتفاق. (٤)

(٨) أى بما لا يحتمل النقص.

(٩) قوله: "بقى" أى فبقى الإقرار فى حق المقر، وإن لم يثبت فى حق المقر له، كما إذا أقر بعق عبد الغير وكذبه المالك، ثم اشتراه يعق عليه. (عبنى)

(١٠) المقر.

(١١) حيث لا يصح دعوى

(١٢) لفسق أو قرابة.

(١٣) قوله: "ثم ادعاه [الشاهد الصبى] لنفسه" يعنى لا يصح دعوة الشاهد لنفسه لما أنه أقر بأنه ثابت النسب من المدعى، والإقرار بالنسب مما لا يحتمل النقص. (ك)

(١٤) أى أن الإقرار بالنسب لا يحتمل الرد.

(١٥) أى بسبب الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) قوله: "وكذا تعلق إلخ" إنما قاله لأن الإقرار حق المقر له، فينبغى أن يرتد بالرد كما فى الإقرار بالدين، فقال: هذا الإقرار ليس بحق المقر له على الخلوص بل تعلق به حق الولد أيضاً. (ك)

(١٨) أى بالإقرار.

(١٩) جواب عن استشادهما.

باعتراض^(١) الأقوى كجر الولاء^(٢) من جانب الأم إلى قوم الأب، وقد اعترض على الولاء الموقوف^(٣) ما هو أقوى، وهو دعوى المشتري^(٤)، فبطل به^(٥)، بخلاف النسب^(٦) على ما مر^(٧)، وهذا^(٨) يصلح مخرجاً^(٩) على أصله^(١٠) فيمن يبيع الولد، ويخاف^(١١) عليه الدعوة^(١٢) بعد ذلك^(١٣)، فيقطع دعواه بإقراره بالنسب لغيره^(١٤).

قال^(١٥): وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني، فقال النصراني: هو ابني، وقال المسلم: هو عبدى فهو ابن النصراني وهو حر؛ لأن الإسلام مرجح^(١٦)، فيستدعى تعارضاً، ولا تعارض لأن نظر^(١٧) الصبي في هذا^(١٨) أوفر، لأنه ينال شرف

(٢٠) قوله: "على هذا الخلاف" فلا يقوم حجة، فإنه لو أقر المشتري بإعتاق البائع المشتري، وكذبه البائع، ثم قال المشتري: أنا أعتقته، فلا يتحول الولاء إلى المشتري عند الإمام الأعظم^(٢٠). (مل)

(٢١) قوله: "ولو سلم" أى لو سلمنا أن تلك المسألة بالاتفاق، فنقول: بين الولاء والنسب فرق. (عيني).
(١) پیش آمدن.

(٢) قوله: "كجر الولاء إلخ" صورته معتقة تزوجت بعبد، وولدت منه أولاداً، فإذا أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه. (عيني).

(٣) قوله: "على الولاء الموقوف" وهو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفاً، لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب. (عيني).

(٤) قوله: "وهو دعوى المشتري" كونه أقوى لقيام ملكه في الحال. (عيني).

(٥) الموقوف.

(٦) قوله: "بخلاف النسب" فإنه لا يجوز نقض النسب بعد ثبوته، فلم يبطل، ولم يصح دعوة المولى بعد إقراره أنه ابن عبده. (عيني).

(٧) أشار به إلى قوله: إن النسب لا يحتمل النقص.

(٨) أى قوله: هذا ابن عبدى فلان الغائب.

(٩) أى الخيلة.

(١٠) أى على أصل الإمام.

(١١) فينتقض البيع.

(١٢) بأنه ابنه.

(١٣) أى البيع.

(١٤) قوله: "فيقطع دعواه إلخ" فإن ذلك الغير لو صدق أو كذب، أو لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب لم يصح دعوة المقر عند أبى حنيفة^(١٤) والخيلة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن فلان الميت، حتى لا يتأذى منه تكذيب، فيكون مخرجاً على قول الكل، ذكره شمس الأئمة السرخسى. (ك)

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٦) قوله: "لأن الإسلام مرجح" يعنى أن الإسلام مرجح أينما كان، والترجيح يستدعى تعارضاً، ولا تعارض ههنا، لأن التعارض إنما يكون عند وجود المساواة، ولا مساواة ههنا، لأن نظر الصبي فى هذا أوفر، يعنى أن النظر للصبي واجب، ونظره فيما ذكرنا أوفر، لأنه ينال إلخ. (نت)

الحرية حالاً، وشرف الإسلام مآلاً، إذ دلائل الوجدانية ظاهرة^(١)، وفي عكسه^(٢) الحكم بالإسلام تبعاً^(٣)، وحرمانه عن الحرية، لأنه ليس في وسعه اكتسابها^(٤). ولو كانت دعوتها^(٥) دعوة النبوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام، وهو^(٦) أوفر النظرين^(٧). قال^(٨): وإذا ادعت امرأة صبيّاً أنه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ومعنى المسألة أن تكون المرأة^(٩) ذات زوج^(١٠) لأنها تدعى تحمیل النسب على الغير^(١١)، فلا تصدق إلا بحجة^(١٢)، بخلاف الرجل^(١٣) لأنه يحمل نفسه النسب^(١٤)، ثم شهادة القابلة كافية فيها، لأن الحاجة إلى تعيين الولد^(١٥)، أما النسب يثبت بالفراش القائم^(١٦)، وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة^{(١٧)*}.

(١٧) شفقة.

(١٨) أى فى كونه ابن النصراني، وكونه حراً.

(١) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه.

(٢) قوله: "وفي عكسه إلخ" يعنى لو جعلناه عبداً للمسلم جعلناه مسلماً تبعاً، وحرمانه عن الحرية، لأن ليس فى وسعه اكتساب الحرية. (ك)

(٣) لمولاه.

(٤) الحرية.

(٥) المسلم والنصراني.

(٦) قوله: "وهو أوفر النظرين" لأن القضاء بالنسب من المسلم قضاء بإسلامه. (كفلية)

(٧) نظر الإسلام ونظر النبوة.

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(٩) قوله: "أن تكون المرأة إلخ" إنما قيد بذلك لأن المرأة إذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما فى الرجل. (ك)

(١٠) وأنكر الزوج. (نت)

(١١) أى الزوج والغير منكر.

(١٢) قوله: "إلا بحجة" وهى شهادة القابلة، لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب. (ب)

(١٣) قوله: "بخلاف الرجل [إذا ادعى أنه ابنه]" أى يصدق الرجل فى دعوى الولد بدون شهادة القابلة، لأن دعوى الرجل إقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية، أما دعوى المرأة فإقرار على الزوج لا يلزمها شيء من ذلك، والدعوى لا تقبل إلا بحجة. (ك)

(١٤) فلا يحتاج فيه إلى الحجة.

(١٥) بأنه هو الذى ولدته تلك المرأة. (نت)

(١٦) فى الحال.

(١٧) وقال حذيفة رضى الله عنه: أجاز رسول الله ﷺ شهادة القابلة على الولادة. (الزيلعي)

ولو كانت (١) معتدة (٢) فلا بد من حجة تامة (٣) عند أبي حنيفة، وقد مر في الطلاق (٤)، وإن لم تكن (٥) منكوحة (٦) ولا معتدة، قالوا: يثبت النسب منها بقولها، لأن فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها.

وإن كان لها زوج، وزعمت أنه ابنها منه، وصدقها (٧) الزوج فهو ابنها وإن (٨) لم تشهد امرأة؛ لأنه التزام نسبه فأغنى ذلك عن الحجة.

وإن كان الصبي (٩) في أيديهما، وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها، وزعمت أنه ابنها من غيره (١٠)، فهو ابنهما؛ لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما، أو لقيام القرائن بينهما، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه، فلا يصدق (١١) عليه (١٢)، وهو نظير ثوب في يد رجلين، يقول كل واحد منهما: هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما، إلا أن هناك (١٣) يدخل المقر له في نصيب المقر، لأن المحل (١٤) يحتمل الشركة، وههنا (١٥) لا يدخل (١٦)، لأن النسب لا يحتملها (١٧).

قال (١٨): ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده (١٩)، فاستحقها رجل غرم

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١١٠، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤٥ ص ١٧٩. (نعيم)

(١) أى المرأة التى تدعى نسب الابن على زوجها.

(٢) عن طلاق أو وفاة.

(٣) قوله: "فلا بد من حجة تامة" هى شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر، أو اعتراف

من قبل الزوج، فيثبت النسب من غير شهادة، وقال أبو يوسف: محمد: يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة. (عينى)

(٤) فى باب ثبوت النسب.

(٥) المرأة.

(٦) ذات زوج. (٤)

(٧) فى دعواها.

(٨) الواو وصلية

(٩) أراد صبياً لا يعبر عن نفسه، فأما إذا عبر فالقول له أيهما صدقه يثبت نسبه منه بتصديقه. (عناية)

(١٠) الزوج.

(١١) كل واحد.

(١٢) أى على صاحبه.

(١٣) أى فى مسألة الثوب الذى فى يد رجلين.

(١٤) الثوب.

(١٥) أى فى مسألة دعوى النسب.

(١٦) المقر له فى نصيب المقر.

(١٧) الشركة.

(١٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

الأب^(١) قيمة الولد يوم يخاصم؛ لأنه ولد المغرور^(٢)، فإن المغرور^(٣) من يطاء امرأة معتمداً على ملك يمين، أو نكاح، فتلد منه، ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة^(٤)، ولأن النظر من الجانبين^(٥) واجب^(٦)، فيجعل الولد^(٧) حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما.

ثم^(٨) الولد^(٩) حاصل في يده من غير صنعه^(١٠)، فلا يضمه إلا بالمنع، كما في ولد المغصوبة^(١١)، فلهذا^(١٢) تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأنه^(١٣) يوم المنع، ولو مات الولد^(١٤) لا شيء على الأب لانعدام المنع، وكذا لو ترك مالا^(١٥) لأن الإرث ليس يبدل عنه^(١٦)، والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه^(١٧)، فيرثه^(١٨)، ولو قتله^(١٩) الأب

(١٩) أى من ماء المشترى.

(١) للمستحق.

(٢) وولد المغرور معتق بالقيمة.

(٣) قوله: "فإن المغرور الخ" إنما سمي مغروراً؛ لأن البائم غره، وباع منه جارية لم تكن ملكاً له. (شرح الوقاية)

(٤) قوله: "إجماع الصحابة [قلت: غريب. ت]" فإنه لا خلاف بين الصدر الأول، وفقهاء الأمصار أن ولد المغرور حر الأصل، ولا خلاف أيضاً بين السلف أنه مضمون على الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه، فقال عمر ابن الخطاب رضى الله عنه: يفك الغلام بالجمارية والجارية، يعنى إن كان الولد غلاماً، فعلى الأب غلام مثله، وإن كان جارية، فعليه جارية مثلها. وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه: عليه قيمة الولد، وإليه ذهب أصحابنا، لأنه قد ثبت بالنص أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل، وتأويل حديث عمر رضى الله عنه يفك الغلام بقيمة الجارية بقيمة الجارية، فالخلاف ارتفع في الحقيقة بتأويل كلام عمر، وتبين مرامه على وفق ما يقتضيه النص الدال على أن الحيوان لا يكون مضموناً بالمثل. (نتائج)

(٥) الأب والمدعى.

(٦) دفعاً للضرر عنهما. (٦)

(٧) قوله: "فيجعل الولد الخ" لأن مقصود الأب من الاستيلاء الغلاق ولده حراً، إذ لو علم بالغلاق رقيقاً لا يقدم على الاستيلاء، فيجعل حر الأصل تحقيقاً لمقصوده. (ك)

(٨) بيان لسبب الضمان وهو المنع. (٦)

(٩) مغرور مستحق.

(١٠) أى تعد منه.

(١١) قوله: "كما في ولد المغصوبة" أى ولد الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا تضمن إلا بالمنع. (عنى)

(١٢) أى لأجل كون الضمان بالمنع.

(١٣) يوم الخصومة.

(١٤) قبل الخصومة.

(١٥) قوله: "وكذا لو ترك الخ" أى لا شيء عليه، أى على الأب لو مات ولد المغرور، وترك مالا ميراثاً لأبيه. (عنى)

(١٦) قوله: "ليس يبدل عنه" أى عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد أى عن الولد بخلاف الدية لأنها بدله،

فمنعها كمنع الولد، فأخذ قيمته. (ك)

يغرم قيمته لوجود المنع، وكذا لو قتله^(١) غيره^(٢)، فأخذ ديته^(٣)؛ لأن سلامة بدله كسلامته له^(٤)، ومنع بدله كمنعه، فيغرم قيمته، كما إذا كان^(٥) حياً. ويرجع^(٦) بقيمة الولد على بائعه؛ لأنه ضمن له^(٧) سلامته^(٨)، كما يرجع بثمنه^(٩)، بخلاف العقر^(١٠) لأنه^(١١) لزمه^(١٢) لاستيفاء منافعتها^(١٣)، فلا يرجع^(١٤) به^(١٥) على البائع، والله أعلم بالصواب.

(١٧) الأب.

(١٨) قوله: "فيرثه" فإن قيل: الولد إن كان حراً في حق أبيه فهو رقيق في حق مدعيه، فوجب أن يكون المال بينهما، قلنا: الولد حر الأصل في حق المدعي أيضاً، حتى لا يكون ولاء له، وإنما جعل رقيقاً ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. (ك)

(١٩) ولد المغرور.

(١) ولد المغرور.

(٢) الأب.

(٣) قوله: "فأخذ [أى الأب] ديته" قيد بالأخذ ذكر في "المبسوط"، فإن قضى له بالدية، فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة، لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق، لأن المنع تحقق بوصول يده إلى البدل، فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد. (كفاية)

(٤) أى الأب.

(٥) الولد.

(٦) المشتري المغرور.

(٧) قوله: "لأنه [البائع] ضمن له [المشتري] إلخ" يعنى أن الولد جزء للأب، والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعة. ولم يسلم. (ك)

(٨) أى سلامة المبيع عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق. (ن)

(٩) أى بثمان المبيع، وهو الأم، وفي نسخة: بثمانها.

(١٠) قوله: "بخلاف العقر" أى الذى أخذه المستحق من المشتري، فالمغرور لا يرجع على البائع بعقروجه عليه. (مل) قوله: "العقر [فى] المغرب": العقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة [اعلم أنه قال فى] "الدر المختار": إن من أسماء المهر العقر، وفى استيلاء الجوهرة: العقر فى الحرائر مهر المثل، وفى الإمام عشر قيمة الأمة إن كان بكراً، أو نصف عشر قيمته إن كانت ثيباً، والظاهر أنه يشترط عدم نقصان العشر، أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن عشر، سواء كان مهر المثل أو مسمى، كذا فى "رد المختار".

وقال فى الفيض: وقيل فى الجوارى: ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالا، ومولى بكم تتزوج، فليعتبر بذلك وهو المختار، وقال فى الفتوح: العقر هو مهر مثلها فى الجمال، أى ما يرغب فيه فى مثلها جمالا فقط، وأما ما قيل: ما يستأجر به مثلها للزنا، لو جاز فليس معناها، بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقده)

(١١) العقر.

(١٢) المشتري.

(١٣) الجارية.

(١٤) المشتري.

(١٥) العقر.

كتاب الإقرار^(١)

قال^(٢): وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولاً^(٣) كان ما أقر به أو معلوماً، اعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق^(٤)، وأنه ملزم^(٥) لوقوعه دلالة، ألا ترى^(٦) كيف ألزم^(٧) رسول الله ﷺ ما عزرأ الرجم* بإقراره^(٨)، وتلك المرأة^(٩) باعتبارها، وهو حجة قاصرة لتقصير ولاية المقر عن غيره^(١٠)، فيقتصر^(١١) عليه^(١٢)، وشرط الحرية ليصح إقراره^(١٣) مطلقاً^(١٤)، فإن العبد المأذون له وإن^(١٥) كان

(١) قوله: "كتاب الإقرار" ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الإقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب، وذلك لأن دعوى المدعى إذا توجهت إلى المدعى عليه، فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر، وإنكاره سبب للخصومة، والخصومة مستأجبة للصلح، قال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾. وبعد ما حصل له من المال إما بالإقرار أو بالصلح، فأمر صاحب المال بماله، لا يخلو إما أن يستريح منه أو لا، فإن استريح منه فلا يخلو إما أن يستريح منه بنفسه أو بغيره، وقد ذكر استباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرنا هناك بما قبله، وذكر هنا استباحه لغيره، وهو المضاربة، فإن لم يستريح فلا يخلو إما أن يحفظه بنفسه، أو بغيره، ولم يذكر حفظه لنفسه، لأنه لم يتعلق به حكم في المعاملات، فيبقى حفظه لغيره، وهو الوديعة.

والإقرار في اللغة: إفعال من قر الشيء، أي ثبت، وفي الشرع: عبارة عن إخبار بماله ظاهراً لغيره، وأما سببه فإرادة إسقاط الواجب عن ذمته بإخياره وإعلامه، وأما شرطه: فالعقل والبلوغ بلا خلاف، وأما الحرية فهي شرط في بعض الأشياء دون البعض، وكذا الرضا والطوع شرطه حتى لا يصح إقرار المكره، وأما ركنه فالألفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الإقرار على المقر، وأما حكمه فلزوم ما أقر به على المقر. (ن)

(٢) أي القدرى في "مختصره". (نت)

(٣) بأن قال: لفلان على شيء. (نت)

(٤) لغيره على نفسه.

(٥) قوله: "وأنه ملزم" هذا حكم الإقرار، أي أن الإقرار ملزم على المقر لما أقر به لوقوعه دلالة، أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب، ويترجح جانب الصدق، إذ المرء لا يكذب، على أن المال محبوب بالطبع، فلا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله وديانته. (عيني)

(٦) إيضاح لقوله: وأنه ملزم الخ.

(٧) روى هذا مسلم.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١١، والدراية ج ٢ تحت الحديث في كتاب الإقرار الخ ص ١٨٠. (تعميم)

(٨) بالزنا. (نت)

(٩) قوله: "وتلك المرأة" وهي الغامدية، وهي التي زنى بها ولد الأعرابي، فجلد ذلك الولد، وقال رسول الله صلى عليه وعلى آله وسلم لأبيس: «اغد يا أبيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»، فاعترفت فرجمت كذا روى الشيخان فلما جعل الإقرار حجة في الحدود التي تندراً بالشبهات، فلأن يكون حجة في غيرها أولى. (مل)

(١٠) قوله: "وهو حجة قاصرة الخ" حتى لو أقر مجهول الأصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله، ولم يصدق على أولاده، أهماتهم، ومدبريه، ومكاتبه، لأنه قد ثبت حق الحرية له، واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم. (ك)

(١١) بخلاف البيعة فإنه حجة متعدية.

(١٢) المقر.

ملحقاً بالحرف في حق الإقرار لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال، ويصح^(١) بالحدود والقصاص؛ لأن^(٢) إقراره عهد موجباً لتعلق الدين بربقته، وهي^(٣) مال المولى، فلا يصدق^(٤) عليه^(٥)، بخلاف المأذون له^(٦)، لأنه مسلط عليه^(٧) من جهته^(٨)، وبخلاف الحد والدم^(٩)، لأنه يبقى على أصل الحرية في ذلك^(١٠) حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه^(١١)، ولا بد من البلوغ والعقل؛ لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي^(١٢) مأذوناً له^(١٣)، لأنه^(١٤) ملحق بالبالغ بحكم الإذن.

وجهالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار، لأن الحق قد يلزمه مجهولاً، بأن أتلف ما لا لا يدري قيمته، أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها، أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق، فيصح به^(١٥)، بخلاف الجهالة^(١٦) في

(١٣) المقر.

(١٤) أى فى المال وغيره. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

(١) أى إقرار المحجور عليه.

(٢) دليل للمجسوم، (٦)

(٣) الرقية.

(٤) لتصور الحجة. (نت)

(٥) أى على المولى. (نت)

(٦) قوله: "بخلاف المأذون له" فإنه أقر بدين رجل أو وديعة أو غصب أو عارية، فإنه يصح لأنه ملحق بالأحرار

فى حق الإقرار. (ك)

(٧) قوله: "لأنه مسلط عليه" لأن الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها، وهو دين التجارة، لأن الناس لا يبايعونه

إذا علموا أن إقراره لا يصح. (عنى)

(٨) المولى.

(٩) القصاص.

(١٠) أى فى الحد والدم.

(١١) أى فيما ذكر من الحد والدم.

(١٢) قوله: "إلا إذا كان الصبي الخ" كان إقراره جائزاً بدين لرجل أو غصب، أو وديعة، أو عارية ومضاربة لأنه

التحق بالإذن بالبالغ لدلالة الإذن على عقله، ولا يصح إقراره بالمهر والحناية والكفالة، لأنها غير داخلية تحت الإذن، إذ

التجارة مبادلة المال بالمال، والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال، والكفالة تبرع من وجه، فلم تكن تجارة مطلقة. (كفاية)

(١٣) فى التجارة فيصح إقراره.

(١٤) لأن الصبي المأذون.

(١٥) أى بالمجهول.

المقر له^(١) لأن المجهول لا يصلح مستحقاً.

ويقال^(٢) له^(٣): بين المجهول؛ لأن التجهيل من جهته^(٤)، فصار كما إذا اعتق أحد عبديه^(٥). فإن لم يبين أجبره القاضى على البيان؛ لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره، وذلك بالبيان.

قال: فإن قال^(٦): لفلان على شىء لزمه أن يبين ماله^(٧) قيمة^(٨)؛ لأنه أخبر عن الوجوب فى ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها^(٩)، فإذا بين غير ذلك^(١٠) يكون رجوعاً^(١١). قال^(١٢): والقول قوله^(١٣) مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك^(١٤)؛ لأنه^(١٥) هو المنكر فيه، وكذا^(١٦) إذا قال: لفلان على حق لما بينا^(١٧)، وكذا^(١٨) لو

(١٦) قوله: "بخلاف الجهالة [فإنه لا يصح] إلخ" فى الذخيرة جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال: هذا الواحد من الناس، أما إذا لم تكن فاحشة لا تمنع بأن قال: هذا العبد لأحد من هذين الرجلين. (عنى)

(١) قوله: "فى المقر له" كما إذا قال لرجل: على ألف درهم، أو يقول: لزيد على ألف درهم لم يصح الإقرار لأن زيدا فى الدنيا كثير إلا أن يبين. (ك)

(٢) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(٣) أى المقر إذا أقر بمجهول.

(٤) المقر.

(٥) فإنه يبين أى العبدین أراد.

(٦) هذا أيضاً لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(٧) مكىلا، أو موزوناً، أو عددياً. (ع)

(٨) قل أو أكثر نحو حبة، أو فلس، أو نحوهما.

(٩) الذمة.

(١٠) قوله: "غير ذلك" أى غير ماله قيمة نحو أن يقول: عيت بشىء أو حق حق الإسلام، أو كفاً من التراب.

(ملخصات الحواشى)

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٣) قوله: "القول قوله [أى المقر] إلخ" أى إن ساعده المقر له على ما بينه أخذه، وإن ادعى غيره، فالقول قول المقر

مع يمينه، لأن خرج عن موجب إقراره بما بين، فإذا كذبه المقر له فيه صار رادا لإقراره، فيبقى دعواه شيئاً آخر عليه وهو لذلك منكر، فالقول قوله مع يمينه. (ك)

(١٤) أى مما بينه.

(١٥) أى المقر.

(١٦) أى يلزمه أن يبين بماله قيمة.

(١٧) قوله: "لما بينا" من أنه أخبر عن الوجوب فى ذمته، وما لا قيمة له لا يجب فيها. (نت)

(١٨) أى يجب البيان.

قال^(١): غصبت منه شيئاً، ويجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع^(٢) تعويلاً على العادة^(٣). ولو قال^(٤): لفلان على مال، فالمرجع إليه في بيانه؛ لأنه هو المجمل، ويقبل^(٥) قوله في القليل والكثير؛ لأن كل ذلك^(٦) مال، فإنه^(٧) اسم لما يتمول^(٨) به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد ما لا عرفاً.

ولو قال: مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم؛ لأنه أقر بمال موصوف^(٩)، فلا يجوز إلغاء الوصف، والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به، والغنى عظيم عند الناس^(١٠). وعن أبي حنيفة أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم، وهي نصاب السرقة، لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة، وعنه مثل^(١١) جواب^(١٢) الكتاب^(١٣)، وهذا^(١٤) إذا قال: من الدراهم، أما إذا قال من الدينارين^(١٥) فالتقدير فيها بالعشرين^(١٦)، وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب يجب فيه

(١) هذه من مسائل "المبسوط". (نت)

(٢) قوله: "ويجب أن يبين إلخ" أي لا بد من أن يبين شيئاً هو مال، لأن الشيء حقيقة اسم لما هو موجود ما لا كان أو غير مال إلا أن لفظ الغصب دليل على المالية فيه، فالغصب لا يرد إلا على ما هو مال، وما يثبت بدلالة اللفظ، فهو كالمفوظ كقوله: اشترت من فلان شيئاً يكون إقراراً بشراء ما هو مال، لأن الشراء لا يتحقق إلا فيه.

ولا بد من أن يبين ما لا يجري فيه التمانع بين الناس حتى إن فسره بحجة حنطة لا يقبل ذلك منه، لأن الإقرار بالغصب دليل على أنه كان ممنوعاً من جهة صاحبه حتى غلب عليه، وهذا مما يجري فيه التمانع، فإذا بين شيئاً بهذه الصفة قبل بيانه، لأن هذا بيان مقرر لأصل كلامه، وبيان التقرير صحيح موصولاً كان أو مفصلاً. (ك)

(٣) قوله: "تعويلاً على العادة" أي لأن مطلق اسم الغصب يطلق على أخذ مال متقوم في العرف. (ك)

(٤) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) من تمة كلام القدوري. (نت)

(٦) أي القليل والكثير.

(٧) المال.

(٨) تمول: مالدار شدن، ودولت مندى. (غياث)

(٩) بالعظيم.

(١٠) قوله: "والغنى عظيم عند الناس" فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع والعرف، وهذا قول أبي يوسف ومحمد، ولم يذكر محمد في الأصل قول أبي حنيفة في هذا الفصل، فاختلفت رواية المشايخ عنه، فأراد المصنف بيان ذلك فقال: وعن أبي حنيفة. (نت)

(١١) قوله: "وعنه [أي عن أبي حنيفة] مثل إلخ" قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح على قول أبي حنيفة أنه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغنى حقير. (نتائج)

(١٢) أي لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٣) القدوري.

(١٤) أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم.

(١٥) مال عظيم.

(١٦) لأنه النصاب من الدينارين.

من جنسه^(١)، وفي غير مال الزكاة^(٢) بقيمة النصاب، ولو قال: أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه^(٣) اعتباراً لأدنى الجمع^(٤).

ولو قال: دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين، لأن صاحب النصاب مكثر^(٥)، حتى وجب عليه مؤاساة^(٦) غيره^(٧)، بخلاف ما دونه^(٨).

وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع^(٩) يقال: عشرة دراهم، ثم يقال أحد عشر درهماً، فيكون هو^(١٠) الأكثر من حيث اللفظ^(١١)، فينصرف^(١٢) إليه^(١٣).

ولو قال: دراهم فهي ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع الصحيح، إلا أن يبين أكثر منها^(١٤)؛ لأن اللفظ يحتمله، وينصرف^(١٥) إلى الوزن المعتاد^(١٦).

ولو قال: كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً؛ لأنه ذكر

(١) قوله: "لأنه أدنى نصاب يجب [الزكاة] فيه من جنسه" كالعشرين من الدينارين، والمائتين من الدراهم، فإن قلت: ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة، لأن صاحبها غني بها، ووجبت عليه شاة، والغني عظيم عند الناس، قلت: الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة، فقير لعدم الوجوب من جنسه، فيشترط خمسة وعشرون ليكون عظيمًا مطلقاً لإطلاقه، فانصرف المطلق إلى الكامل. (عيني)

(٢) قوله: "وفي غير مال الزكاة" أي فيما إذا بين بغير مال الزكاة يقدر بقيمة النصاب، أي بقدر النصاب قيمة. (نت)

(٣) قوله: "من جنس ما سماه" أي من نوع ما سماه حتى لو قال: من الدراهم كان التقدير بست مائة درهم، ولو قال من الدينارين كان بستين مثقالاً، ولو قال: من الإبل كان بخمس وسبعين إلى غير ذلك من الأموال، وإنما كان كذلك اعتباراً لأدنى الجمع، فإن أدنى الجمع ثلاثة، فيحمل على ثلاثة أموال عظام، وهي ثلاثة نصب من جنس ما سماه. (نت)

(٤) هو ثلاثة.

(٥) رجل مكثر كمحسن مرد مالدار. (من)

(٦) مدد كردن.

(٧) من ذوى الأرحام.

(٨) قوله: "بخلاف ما دونه [لأن من ملك ما دون النصاب لا يسمى مكثرًا]" أي بخلاف ما دون النصاب فإن صاحبه مقل، ولذا لم يلزمه مؤاساة غيره. (نت)

(٩) يعنى من حيث التمييز لأن ما بعد العشرة التمييز بالمفرد.

(١٠) أى العشرة.

(١١) أى من حيث دلالة اللفظ عليه.

(١٢) لأن العمل بما دل عليه اللفظ، وأما مانع من الصرف إليه.

(١٣) أى العشرة.

(١٤) الثلاثة.

(١٥) الدرهم.

(١٦) قوله: "إلى الوزن المعتاد" أى بين الناس، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى ما هو غالب نقد البلد. (عيني)

عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد عشر^(١).
ولو قال: كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين؛ لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون، فيحمل كل وجه على نظيره^(٢)، ولو قال: كذا درهماً^(٣)، فهو درهم لأنه^(٤) تفسير للمبهم^(٥)، ولو ثلث كذا بغير واو^(٦) فأحد عشر، لأنه لا نظير له سواه^(٧)، وإن ثلث بالواو^(٨) فمائة واحد وعشرون، وإن ربع^(٩) يزداد^(١٠) عليها ألف لأن^(١١) ذلك^(١٢) نظيره^(١٣).
قال^(١٤): وإن قال له على أو قبلي فقد أقر بالدين؛ لأن على صيغة إيجاب، وقبلي ينبيء عن الضمان^(١٥) على ما مر في الكفالة^(١٦)، ولو قال المقر^(١٧) هو وديعة، ووصل^(١٨) صدق لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه^(١٩)، والمال

(١) قوله: "وأقل ذلك الخ" والأكثر تسعة عشر، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان، والزيادة تتوقف على البيان. (مل)

(٢) من المفسر.

(٣) قوله: "ولو قال: كذا درهماً الخ" هذه المسألة ذكرها المصنف تفريراً على مسألة القدوري، ولم يذكرها

محمد في "الأصل". (نتائج)

(٤) أي قوله درهماً.

(٥) قوله: "تفسير للمبهم" أي تمييز للشيء المبهم، وهو كذا لأنه كناية عن العدد المبهم، وأقله المتيقن واحد،

فيحمل عليه. (نت)

(٦) بأن قال: كذا كذا كذا درهماً.

(٧) قوله: "لأنه نظير له سواه" أي لا نظير للثلاثة بلا واو، وتقريره أن يحتمل الواحد منها على التكرار ضرورة

علم ثلاثة أعداد يجمع بينها ذكراً بلا ذكر عاطف. (٤)

(٨) بأن قال: كذا وكذا وكذا درهماً.

(٩) بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا درهماً.

(١٠) فيكون ألف ومائة وأحد وعشرون.

(١١) تعليل لمجموع الصورتين.

(١٢) أي أقل ما هو نظير له.

(١٣) المبهم.

(١٤) أي محمد في "الأصل"، ولم يذكر محمد هذه المسألة في "الجامع الصغير". (نت)

(١٥) قوله: "ينبيء عن الضمان" يقال: قبل فلان عن فلان، أي ضمن، وسمى الكفيل قبيلاً، لأنه ضامن للمال،

وسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة. (ك)

(١٦) قوله: "على ما مر في الكفالة" أي في أوائل كتاب الكفالة، وهو قوله: وكذا إذا قال: أنا به زعيم وقيل، لأن

الزعم هو الكفالة، والقيل هو الكفيل. (عيني)

(١٧) أي في قوله: على أو قبلي. (نت)

(١٨) أي وصل قوله: على أو قبلي بقوله: هو وديعة.

محله، فيصدق موصولا لا مفصولا.

قال^(١): وفي بعض نسخ "المختصر"^(٢) في قوله: قبلى إنه إقرار بالأمانة، لأن اللفظ يتنظمهما^(٣) حتى صار قوله: لا حق لى قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً، والأمانة أقلهما^(٤)، والأول^(٥) أصح^(٦).

ولو قال^(٧): عندى، أو معى، أو فى بيتى، أو فى كيسى، أو فى صندوقى، فهو إقرار بأمانة فى يده، لأن كل ذلك^(٨) إقرار بكون الشيء فى يده، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة، فيثبت أقلهما^(٩).

ولو قال^(١٠) له رجل: لى عليك ألف، فقال: اتزنها، أو انتقدها، أو أجلنى بها، أو قد قضيتها فهو إقرار؛ لأن الهاء فى الأول والثانى كناية عن المذكور فى الدعوى، فكأنه قال: اتزن الألف التى لك على، حتى لو لم يذكر حرف الكناية^(١١) لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور^(١٢)، والتأجيل إنما يكون فى حق واجب، والقضاء^(١٣) يتلو الوجوب^(١٤)، ودعوى الإبراء^(١٥) كالقضاء لما بينا، وكذا

(١٩) قوله: "حيث يكون المضمون حفظه" أى حفظ المودع، فإن المودع ملتزم بحفظ الوديعة والمال محله، أى محل الحفظ، فقد ذكر محل الحفظ وهو مال الوديعة، وأراد الحال، وهو حفظه، فجاز مجازاً، كما فى قولهم: نهر جار، ولكنه تغير عن وضعه، فيصدق موصولا لا مفصولا، لأنه صار بيان تغيير، وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا، كما فى الاستثناء. (نتائج)

(١) قوله: "قال رضى الله عنه [أى المصنف] إلخ" كان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر أولاً ما ذكره القدرى، ثم يذكر ما ذكر فى "الأصل"، لأن الهداية شرح مسائل "الجامع الصغير" والقدرى، إلا أن المذكور فى الأصل هو الأصح، لذا قدمه فى الذكر. (عناية)

(٢) أى مختصر القدرى. (نت)

(٣) الأمانة والدين.

(٤) أى الأمانة والدين لعدم الضمان فيه.

(٥) قوله: "والأول" أى ما ذكر فى "الأصل" هو الأصح لأن استعماله فى الديون أغلب وأكثر، فكان الحمل عليه أجدر. (ك)

(٦) فيحمل قول المقر عليها لكون الأدنى هو المتيقن.

(٧) هذه كلها من مسائل "الأصل". (نت)

(٨) أى ما كان فى يده. (نت)

(٩) أى الأمانة.

(١٠) هذا لفظ القدرى فى "مختصره".

(١١) أى الهاء.

(١٢) فى الدعوى.

(١٣) فى قوله: قضيتها.

دعوى الصدقة والهبة^(١)، لأن التملك يقتضى سابقة الوجوب، وكذا لو قال^(٢):
أحلتك بها على فلان لأنه^(٣) تحويل الدين^(٤).

قال^(٥): ومن أقر بدين مؤجل، فصدقه المقر له في الدين، وكذبه في التأجيل
لزمه الدين حالا؛ لأنه أقر على نفسه بمال، وادعى حقاً^(٦) لنفسه^(٧) فيه^(٨)، فصار
كما إذا أقر^(٩) بعبد في يده^(١٠)، وادعى الإجارة بخلاف^(١١) الإقرار بالدرهم
السود^(١٢)، لأنه صفة^(١٣) فيه، وقد مرت المسألة في الكفالة^(١٤).

قال^(١٥): ويستحلف المقر له على الأجل^(١٦)؛ لأنه منكر حقاً عليه، واليمين على
المنكر. وإن قال: له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم، ولو قال: مائة وثوب لزمه
ثوب واحد، والمرجع في تفسير المائة إليه^(١٧)، وهو القياس^(١٨) في الأول^(١٩)، وبه قال

(١٤) فيلزمه.

(١٥) قوله: "ودعوى الإبراء" أى قال: أبرأتني منها كالقضاء، أى كدعوى القضاء لما بينا، إشارة إلى قوله: والقضاء
يتلو الوجوب، يعنى أن الإبراء أيضاً يتلو الوجوب، لأن الإبراء إسقاط، وهذا إنما يكون في مال واجب عليه. (نتائج)

(١٦) قوله: "وكذا دعوى إلخ" يعنى لو قال: تصدقت بها على، أو وهبتها لى كان ذلك إقراراً، لأن الصدقة والهبة
من قبيل التملك، فدعوى الصدقة والهبة دعوى التملك منه، وإذا لا يكون إلا بعد وجوب المال في ذمته. (نتائج)

(٢) قوله: "وكذا لو قال" أى كان هذا القول منه إقراراً. (نت)

(٣) حوالة.

(٤) من ذمة إلى ذمة.

(٥) أى القدرى في "مختصره". (نت)

(٦) أى التأجيل.

(٧) فلا يصدق.

(٨) أى المال.

(٩) بأنه ملك فلان.

(١٠) فلا يصدق في دعوى الإجارة.

(١١) أى إذا أقر أن لفلان على دراهم لكنها سود يصدق.

(١٢) فيلزمه ما أقر به.

(١٣) قوله: "لأنه صفة" أى لأن السواد صفة أصلية في الدراهم، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بغش، والأجل في الدين
عارض لا يثبت بلا شرط، والقول لمنكر العارض. (عيني)

(١٤) أى في باب الضمان منه ببيان الفرق. (ك)

(١٥) أى القدرى في "مختصره". (نت)

(١٦) أى على إنكار الأجل. (٤)

(١٧) أى المقر.

(١٨) فيلزمه درهم والمرجع في تفسير المائة إلى المقر.

الشافعي؛ لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة، لا تفسير لها^(١)، فبقيت المائة على إبهامها، كما في الفصل الثاني^(٢).

وجه الاستحسان: وهو الفرق^(٣) أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد، واكتفوا بذكره^(٤) عقيب العددين^(٥)، وهذا^(٦) فيما يكثر استعماله، وذلك^(٧) عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه^(٨)، وذلك في الدراهم^(٩) والدنانير والمكيل والموزون، وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة^(١٠)، وكذا^(١١) إذا قال: مائة وثوبان، لما بينا^(١٢). بخلاف ما إذا قال: مائة وثلاثة أثواب، لأنه ذكر عددين مبهمين، وأعقبهما تفسيراً، إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف^(١٣)، فانصرف إليهما^(١٤) لاستواءهما في الحاجة إلى تفسير^(١٥)، فكان كلها ثياباً.

قال^(١٦): ومن أقر بتمر في قوصرة^(١٧) لزمه التمر والقوصرة، وفسره^(١٨) في

(١٩) أى فى قوله: له على مائة ودرهم.

(١) للتغاير.

(٢) أى قوله: له على مائة ثوب.

(٣) بين الفصلين.

(٤) الدرهم.

(٥) قوله: "عقيب العددين" ألا ترى أنهم يقولون: أحد وعشرون درهماً، يكتبون بذكر الدرهم مرةً، ويجعلون ذلك تفسيراً للكل. (عينى)

(٦) الاستثقال.

(٧) كثرة استعمال.

(٨) الوجوب.

(٩) قوله: "وذلك فى الدراهم" أى ذلك فيما يثبت فى الذمة كالدراهم والدنانير، والمكيل والموزون، لثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات حالة ومؤجلة، فيجوز الاستقراض بها، بخلاف غيرها، فإن الثوب لا يثبت فى الذمة ديناً إلا سلباً، والشاة لا تثبت ديناً فى الذمة أصلاً، فلم يكثر كثرتها. (٤)

(١٠) قوله: "فبقى على الحقيقة" أى على الأصل، وهو أن يكون بيان المجل موقوفاً على المجل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة، وقد انعدمت. (عينى)

(١١) أى يرجع إلى المجل فى البيان للمائة.

(١٢) قوله: "لما بينا" من أن الثياب، وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها. (عينى)

(١٣) حتى تدل على المغايرة.

(١٤) عددين.

(١٥) قوله: "لاستواءهما فى الحاجة إلخ" لا يقال: الأثواب جمع لا يصلح تمييزاً للمائة، لأنها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً. (عينى)

(١٦) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

“الأصل”^(١) بقوله: غصبت تمرأ في قوصرة، ووجهه^(٢) أن القوصرة وعاء وظرف له^(٣)، وغصب الشيء وهو^(٤) مطروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه^(٥)، وكذا الطعام في السفينة^(٦) والحنطة^(٧) في الجوالق^(٨)، بخلاف ما إذا قال: غصبت من قوصرة^(٩)، لأن كلمة “من” للانتزاع^(١٠)، فيكون إقراراً بغصب المتزوع. قال^(١١): ومن أقرب بداية^(١٢) في إصطبل^(١٣) لزمه الدابة خاصة^(١٤)؛ لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب^(١٥) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعلى قياس قول محمد يضمهما^(١٦)، ومثله^(١٧) الطعام في البيت.

- (١٧) قوله: “قوصرة” القوصرة - بالتخفيف والتشديد - وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم: إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر، وإلا يسمى زنبيل منى على عرفهم، كذا في “المغرب”. (ك)
قوصرة - بتشديد الراء وتخفيفها - زنبيل خرما. (صراح)
- (١٨) محمد.
- (١) أي المبسوط.
- (٢) أي وجه لزوم التمر والقوصرة جميعاً.
- (٣) أي التمر.
- (٤) الواو حالية.
- (٥) أي التمر والقوصرة.
- (٦) قوله: “وكذا الطعام في السفينة” أي كذلك الحكم فيما إذا قال: غصبت الطعام في السفينة لأن السفينة ظرف له. (عيني)
- (٧) أي قال: غصبت الحنطة في الجوالق.
- (٨) قوله: “الجوالق” جوالق [يضم أول: جيزى ها دران پر كرده خر ويا بونهند. غياث]، كذا في “الصراح”، وجوال ظرفي باشد از پشم بافته كه جيز ها دران كند ويك لنگ بار را نيز گویند، كذا في “البرهان”.
- (٩) فلا يلزم القوصرة.
- (١٠) قوله: “لأن كلمة “من” إلخ” يعني أن كلمة من لا ابتداء الغاية، فيكون إقراراً بأن مبدأ الغصب من القوصرة، وإنما يفهم منه الانتزاع. (نتائج)
- (١١) أي القدوري في “مختصره”. (نت)
- (١٢) أي بغصب دابة.
- (١٣) إصطبل: جاي باش ستور لغت شامى ست. (من)
- (١٤) قوله: “لزمه الدابة إلخ” إنما قال: لزمه الدابة خاصة، ولم يقل: كان إقراراً بالدابة خاصة، لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة. (نتائج)
- (١٥) قوله: “غير مضمون إلخ” لأن الغصب المرجح للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما، والإصطبل مما لا ينقل ولا يحول، فلا يكون مضموناً بالغصب عندهما. (نت)
- (١٦) أي الدابة والإصطبل، لأن محمداً يرى غصب العقار. (نت)
- (١٧) قوله: “ومثله” أي مثل إقرار الدابة في الإصطبل قوله: غصبت الطعام في البيت، فلا يلزمه إلا الطعام عندهما،

قال^(١): ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص؛ لأن اسم الخاتم يشمل الكل^(٢)، ومن أقر له بسيف فله النصل^(٣) والجفن^(٤) والحمائل^(٥)؛ لأن الاسم ينطوي على الكل، ومن أقر بحجلة^(٦) فله العيدان^(٧) والكسوة، لإطلاق الاسم على الكل عرفاً، وإن قال: غصبت ثوباً في منديل^(٨) لزمه جميعاً؛ لأنه^(٩) ظرف، لأن الثوب يلف فيه، وكذا^(١٠) لو قال: على ثوب في ثوب لأنه ظرف، بخلاف قوله: درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف.

وإن قال: ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد^(١١) عند أبي يوسف، وقال محمد: لزمه أحد عشر ثوباً؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب^(١٢)، فأمكن حمله على الظرف. ولأبي يوسف أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضاً، قال الله تعالى: ﴿فادخلى في عبادى﴾، أى بين عبادى فوق الشك^(١٣)، والأصل براءة الذم^(١٤) علا أن كل ثوب موعى^(١٥)، وليس بوعاء^(١٦)،

وعند محمد يلزمه. (عيني)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٢) قوله: "يشمل الكل" ولذا يدخل الفص فى بيم الخاتم من غير تسميته. (عيني)

(٣) قوله: "النصل إلخ" النصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع الحمالة - بكسر الحاء - هى علاقة

السيف. (ك)

(٤) بالفتح: نيام شمشير. (من)

(٥) حمالة - بالكسر - دوال شمشير. (من)

(٦) قوله: "بحجلة" الحجلة - بفتح الحاء - واحد حجل العروس وهى بيت يزين بالثياب والأسرة والستور، كذا فى

"الصحاح". (نتائج) حجلة: موضعى كه بردها آراسته كند براى عروس بهندى جوهر كهت گویند. (غياث)

(٧) جمع عود وهو الخشب.

(٨) قوله: "فى مندیل" بكسر ميم ودال مهمله وستار دوستار چه كه برميان بندند از كشف، ومؤيد ومنتخب،

وبمعنى رومال، وپارچه نادوخته نیز نوشته اند. (غياث)

(٩) مندیل.

(١٠) أى يلزمه الثوبان.

(١١) وفى "الكافى" هو قول أبى حنيفة. (نت)

(١٢) قوله: "قد يلف إلخ" هو منقوض على أصله، فإنه لو قال: غصبت كراباسا فى عشرة أثواب حرير عند محمد

يلزمه الكل فى هذه الصورة مع أن عشر حرير لا يجعل وعاء الكراباس عادة. (ك)

(١٣) قوله: "فوقع الشك إلخ" لأن كلمة فى لما استعملت فى معنى بين كما استعملت للظرف لم يلزمه الأثواب

واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه، فلا يجوز. (عيني)

(١٤) قوله: "فلا يجوز شغلها إلا بحجة.

(١٥) إيعاء: در وعاء نهادن چیزی را. (من)

فتعذر حمله على الظرف، فتعين الأول محملاً^(١).

ولو قال^(٢): لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة، لأن الضرب^(٣) لا يكثر المال^(٤)، وقال الحسن^(٥): يلزمه خمسة وعشرون، وقد ذكرناه في الطلاق^(٦). ولو قال: أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة، لأن اللفظ يحتمله، ولو قال: له على من درهم إلى عشرة، أو قال: ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة، فيلزمه الابتداء، وما بعده، وتسقط الغاية^(٧).
وقالا: يلزمه العشرة كلها، فيدخل الغايتان^(٨)، وقال زفر: يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان^(٩)، ولو قال: له من دارى ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما، وليس له^(١٠) من الحائطين شىء، وقد مرت الدلائل في الطلاق^(١١).

فصل^(١٢)

قال^(١٣): ومن قال: لحمل فلانة على ألف درهم، فإن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه، فورثه فالإقرار صحيح؛ لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له.

(١٦) قوله: "وليس بوعاء" معناه أن الجميع ليس بوعاء الواحد بل كان كل واحد منها موعى بما حواه، والوعاء الذى هو ليس بموعى هو ما كان ظاهراً، فإذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغواً. (عناية)

(١) أى كونه بمعنى البين.

(٢) هذا لفظ القدورى فى "مختصره".

(٣) قوله: "لأن الضرب" أى لأن المقر به خمسة مضروبة والخمسة إذا ضربت بخمسة تكثر أجزاءها، لا أن عينها يكثر ويبلغ خمسة وعشرين. (معجم الأنهر)

(٤) قوله: "لا يكثر المال" يعنى أن الضرب فى تكثير الأجزاء لإزالة الكسر لا فى تكثير المال، وخمسة دراهم وزنا وإن جعل ألف جزء لا يزداد فيه وزن قيراط. (نت)

(٥) أى ابن زياد.

(٦) قوله: "وقد ذكرناه فى الطلاق" أى باب إيقاع الطلاق، ولم يذكر المصنف هذه المسألة صريحاً بل فهم ذلك عن الخلاف الواقع بيننا وبين زفر فيما لو قال: أنت طالق تنتين فى تنتين ونوى الضرب والحساب، فعندنا يقع تنتين، وعنده يقع ثلاث. (نتائج)

(٧) هى العاشرة من العشرة.

(٨) أى الابتداء والانتها.

(٩) أى الابتداء والانتها.

(١٠) أى للمقر له.

(١١) أى فى باب إيقاع الطلاق من كتاب الطلاق. (نت)

(١٢) قوله: "فصل" لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها فى فصل على حدة، وألحق بها مسألة الخيار اتباعاً

للمبسوط. (٤)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (عينى)

ثم إذا جاءت^(١) به^(٢) حياً في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار^(٣) لزمه^(٤)، وإن جاءت^(٥) به^(٦) ميتاً، فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته^(٧)؛ لأنه إقرار في الحقيقة لهما^(٨)، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل.

ولو جاءت^(٩) بولدين حين فالمال بينهما^(١٠)، ولو قال المقر: باعني^(١١)، أو أقرضني لم يلزمه شيء^(١٢)؛ لأنه بين سبباً مستحيلاً^(١٣).

قال: فإن أبهم الإقرار^(١٤) لم يصح عند أبي يوسف، وقال محمد: يصح؛ لأن الإقرار من الحجج، فيجب إعماله^(١٥)، وقد أمكن^(١٦) بالحمل على سبب الصالح^(١٧). ولأبي يوسف أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، ولهذا

(١) الفلانة.

(٢) أى بالولد.

(٣) قوله: "يعلم أنه كان قائماً إلخ" بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، وإن جاءت به لأكثر من ستين وهي معتدة فكذاك، وأما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه. (عيني)

(٤) أى لزم المقر ما أقر به.

(٥) الفلانة.

(٦) أى بالولد.

(٧) أى ورثة الموصى أو المورث.

(٨) قوله: "لأنه إقرار في الحقيقة لهما [أى للموصى والمورث]" إذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم يصرف إلى وارثه، أو إلى من أوصى له به. (ك)

(٩) الفلانة.

(١٠) قوله: "فالمال بينهما" أى بأن كانا ذكرين أو اثنتين، وإن كان أحدهما ذكراً، والآخر أنثى ففي الوصية بينهما نصفان، وفي الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين. (عيني)

(١١) قوله: "باعني" يعنى لو قال: لحمل فلانة على ألف من ثمن شيء باعني، أو أقرضني، أى لو قال: حمل فلانة أقرضني ألف درهم. (عيني)

(١٢) قوله: "لم يلزمه شيء" فإن قيل: هذا يكون رجوعاً، وأنه لا يصح وإن كان موصولاً، قلنا: لا كذلك بل هو بيان سبب محتمل، فقد يشبهه على الجاهل، فيظن أن الجنين ثبت عليه الولاية كالمنفصل في عامله، ثم يقر بذلك المال للجنين بناء على ظنه، ويبين سببه، ثم يعلم أن ذلك السبب كان باطلاً، وكان كلامه هذا بياناً لا رجوعاً، فلهذا كان مقبولاً منه. (ك)

(١٣) فصار كلامه لغواً.

(١٤) أى لم يبين سببه.

(١٥) قوله: "فيجب إعماله" إذ صدر من أهله مضافاً إلى محله، ولا نزاع في صدوره من أهله لأنه هو المفروض، وأمکن إضافته إلى محل لحمله على السبب الصالح حملاً لكلام العاقل على الصحة. (٤)

(١٦) الأعمال.

(١٧) بأن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه فورثه.

حمل إقرار العبد المأذون، وأحد المتفاوضين^(١) عليه^(٢)، فيصير^(٣) كما إذا صرح به^(٤). قال^(٥): ومن أقر بحمل جارية، أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه؛ لأن له وجهاً صحيحاً^(٦)، وهو الوصية به^(٧) من جهة غيره^(٨)، فحمل عليه. قال^(٩): ومن أقر بشرط الخيار^(١٠) بطل الشرط؛ لأن الخيار للفسخ، والإخبار لا يحتمله^(١١) ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة^(١٢)، ولم ينعدم^(١٣) بهذا الشرط الباطل.

باب الاستثناء^(٤) وما في معناه^(١٥)

قال^(١٦): ومن استثنى متصلاً بإقراره^(١٧) صح الاستثناء، ولزمه الباقي؛ لأن

(١) قوله: "ولهذا حمل إقرار العبد المأذون وأحد المتفاوضين" على الإقرار بسبب التجارة، ولم يحمل على الإقرار بغير التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يؤخذ العبد به في حال رقه، ويؤخذ الشريك الآخر، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤخذ العبد المأذون في حال رقه، والشريك الآخر أبداً. (ك)
قوله: "المتفاوضين" المفاوضة أن يشترك متساويان تصرفاً ودينياً، ومالا وربحاً. (ملتقى الأبحر)
(٢) أى على الإقرار بسبب التجارة.

(٣) أى الإقرار المبهم.

(٤) أى بسبب التجارة.

(٥) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "لأن له وجهاً صحيحاً" بأن كانت الجارية لواحد أوصى بحملها لرجل ومات، والمقر وارثه، ورث الجارية عالماً بوصية مورثه. (عناية)

(٧) قوله: "وهو الوصية به [الحمل] إلخ" بأن أوصى بالحمل مالك الجارية، ومالك الشاة لرجل ومات، فأقر وارثه، وهو عالم بوصية مورثه بأن هذا الحمل لفلان، وإذا صح ذلك الوجه وجب الحمل عليه. (نتائج)
(٨) المقر.

(٩) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "ومن أقر إلخ" صورته أنه أقر لرجل بدين من قرض أو غضب، أو ودعة مستهلكة، أو قائمة على أنه بالخيار فى إبقاء الإقرار ثلاثة أيام، فالإقرار جائز، ويبطل الشرط. (عنى)

(١١) قوله: "لا يحتمله" لأن الخبر إن كان صادقاً فهو واجب العمل اختاره أو لم يختره، وإن كان كاذباً فهو واجب الرد، ولا يتغير باختياره، وعدم اختياره، وإنما تأثير اشتراط الخيار فى العقود ليتغير به صفة العقد، ويتخير به من له الخيار بين فسخه وإمضاه. (نتائج)

(١٢) أى قوله: على ونحوه.

(١٣) اللزوم.

(١٤) قوله: "باب الاستثناء" لما ذكر موجب الإقرار بلامغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء، وما فى معناه. (ع)
قوله: "الاستثناء" استفعال من التنى، وهو الصرف، وهو متصل، وهو الإخراج والتكلم بالباقي، ومنفصل وهو مالا

يصح إخراجه. (عنى)

(١٥) أى فى كونه مغيراً وهو الشرط. (٤)

(١٦) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

الاستثناء مع الجملة^(١) عبارة عن الباقي^(٢)، ولكن لا بد^(٣) من الاتصال^(٤)، وسواء استثنى^(٥) الأقل^(٦) أو الأكثر، فإن استثنى الجميع لزمه^(٧) الإقرار وبطل الاستثناء^(٨)؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثبوت، ولا حاصل بعده^(٩)، فيكون^(١٠) رجوعاً^(١١)، وقد مر الوجه في الطلاق^(١٢).

ولو قال^(١٣): له على مائة درهم إلا ديناراً، أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ولو قال: له على مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الإستثناء. وقال محمد: لا يصح فيهما، وقال الشافعي: يصح فيهما، لمحمد أن الاستثناء ما لولاه لدخل^(١٤) تحت اللفظ^(١٥)، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس، وللشافعي أنهما^(١٦) اتحداً جنساً من حيث المالية.

(١٧) قوله: "متصلاً بإقراره" أما اشتراط الاتصال فإنه قول عامة العلماء، ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التأخير، وقد عرف ذلك في الأصول. (٤)

(١) أي الصدر. (٤)

(٢) قوله: "عبارة إلخ" لأن معنى قوله: له على عشرة إلا درهماً معنى قوله: له على تسعة. (٤)

(٣) لأنه بيان مغير، فيصح موصولاً لا مفصولاً. (ك)

(٤) أي اتصال الاستثناء بقوله: وإلا لا يصح.

(٥) قوله: "وسواء استثنى إلخ" وقال الفراء استثناء الأكثر لا يجوز لأن العرب لا يتكلم بذلك، والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه﴾. (٤)

(٦) قوله: "الأقل أو الأكثر" أي الأقل من الباقي، أو أكثر منه كما في قوله: لفلان على ألف درهم إلا أربع مائة، ولفلان على ألف إلا ستمائة. (مل)

(٧) المقر.

(٨) قوله: "وبطل الاستثناء" هذا إذا استثنى بعين اللفظ الذي تكلم به في صدر الكلام بأن قال: نسائي طوالت إلا نسائي، فإنه لا يصح الاستثناء، أما إذا قال: نسائي طوالت إلا هؤلاء، أو قال: إلا فلانة وفلانة وفلانة، فاستثنى الكل بأساميهم يصح الاستثناء، ولا يقع الطلاق عليهن، وهذا الفقه، وهو أن الاستثناء تصرف لفظي فينتي على صحة اللفظ لا على صحة الحكم. (ك)

(٩) أي بعد استثناء الكل عنه.

(١٠) أي استثناء الكل عن الكل.

(١١) عن إقراره، فلا يسمع.

(١٢) قوله: "في الطلاق" أي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نتائج)

(١٣) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(١٤) المستثنى.

(١٥) أي الصدر.

(١٦) أي المستثنى والمستثنى منه.

ولهما أن المجانسة^(١) في الأول^(٢) ثابتة من حيث الثمنية^(٣)، وهذا في الدينار ظاهر، والمكيل والموزون أو صافهما أثمان^(٤)، أما الثوب فليس بثمن أصلاً^(٥)، ولهذا لا يجب^(٦) بمطلق عقد المعاوضة^(٧)، وما يكون ثمنًا صلح مقدراً للدرهم، فصار^(٨) بقدره مستثنى من الدرهم^(٩)، وما لا يكون ثمنًا^(١٠) لا يصلح مقدراً، فبقي المستثنى من الدرهم مجهولاً فلا يصح^(١١). قال^(١٢): ومن أقر بحق^(١٣) وقال: إن شاء الله متصلًا بإقراره لا يلزمه الإقرار؛ لأن الاستثناء بمشيئة الله إما يبطل أو تعليق^(١٤)،

(١) قوله: "المجانسة" يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف استحسنا وقالوا: المقدرات جنس واحد وإن كانت أجناساً صورة، لأنها تثبت في الذمة ثمنًا، أما الدينار فظاهر، وكذا غيره، لأن الكيل والوزن مبيع بأعيانها، ثمن بأوصافها، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانها، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها كحكم الدينار، ولهذا يستوى الجيد والردىء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد. ومعنى الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، أما الثوب فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجاً لا صورة ولا معنى، فكان باطلاً معنى، ولأن الثوب لا يجانس الدرهم لا صورة ولا وجوب في الذمة، فإن الثوب لا يجب في الذمة إلا في السلم، أو ما هو في معنى السلم، كالبيع بثياب موصوفة، والدرهم تجب مطلقاً، وهذا معنى قوله: لا يجب: تطلق عقد المعاوضة، فلم يجز أن يضم إلى إقراره ما لم يتضمنه إقراره، كذا في "الكافي" وغيره. (مولانا عبد احليم)

(٢) قوله: "في الأول" أي في الوجه الأول، وهو قوله: له على مائة درهم إلا ديناراً، أو إلا قفيز حطة. (نتائج)

(٣) لأنها تثبت في الذمة ثمنًا.

(٤) قوله: "أو صافهما أثمان" أي أنهما أثمان بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بعينهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار، ولهذا يستوى الجيد والردىء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة، لأنه تكلم بالألف صورة. والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدرات في ذلك أما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى، لأنه لا يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناءه استخراجاً صورة ولا معنى، فكان باطلاً، فإن قلت: إن فاتت الماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية، فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها.

قلت: الأثمان مقدره لمالية الأشياء لأنها مقدره، فيصلح أن تكون مقدره للدرهم المستثناء، فكأنه ذكر المقدر، وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر، فكان استثناء الدرهم من الدرهم معنى، وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدرات، فلا يصلح مقدرًا للدرهم المستثناء لافتقار المقدر إلى أن يكون مقدرًا، فيبقى المستثنى من الدرهم مجهولاً، فلا يصح الاستثناء، لأنه استخراج معنى، ولم يصح الاستخراج معنى، فيبطل. (ك)

(٥) أي لا صورة ولا معنى أي وجوبًا.

(٦) يعني لا يجب بكل عقد بل يجب بعقد مخصوص، وهو السلم. (مير جان)

(٧) احتراز عن السلم. (ك)

(٨) فصار كأنه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدرهم. (كفاية)

(٩) فيكون تقديره: له على ألف إلا قدر قيمة المستثنى.

(١٠) لعدم المجانسة.

(١١) الاستثناء.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) بأن قال: لفلان على مائة درهم إن شاء الله تعالى. (ع)

(١٤) قوله: "إما يبطل [أي للحكم قبل انعقاده. مير جان] أو تعليق"، وفي الجامع لقاضي خان، قال أبو يوسف:

فإن كان الأول^(١) فقد أبطل، وإن كان الثاني^(٢) فكذلك^(٣)، إما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط^(٤)، أو لأنه^(٥) شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق^(٦)، بخلاف ما إذا قال: لفلان على مائة درهم إذا مت، أو إذا جاء رأس الشهر، أو إذا أظفر الناس؛ لأنه في معنى بيان المدة^(٧)، فيكون^(٨) تأجيلاً لا تعليقاً^(٩)، حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً.

قال^(١٠): ومن أقر بدار^(١١)، واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء؛ لأن البناء داخل في هذا الإقرار^(١٢) معنى^(١٣) لا لفظاً، والاستثناء تصرف^(١٤) في الملقوظ، والفص في الخاتم، والنخلة في البستان نظير^(١٥) البناء في الدار؛ لأنه يدخل فيه^(١٦)

التعليق بمشيئة الله تعالى إبطال، وقال محمد: تعليق بشرط لا يوقف عليه، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال: إن شاء الله أنت طالق عند أبي يوسف لا يقع؛ لأنه إبطال، قال محمد: يقع؛ لأنه تعليق، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط. (ك)

(١) الإبطال.

(٢) أى التعليق.

(٣) أى أبطل.

(٤) قوله: "لا يحتمل إلخ" لأن الإقرار إخبار، والإخبار لا يحتمل التعليق بالشرط، لأنه إن كان صدقاً لا يصير كذباً لقوات الشرط، وإن كان كذباً لا يصير صدقاً لوجود الشرط، وإنما يليق بالإيجاب لأنه يتبين به أنه ليس بإيقاع ما لا يوجد الشرط. (ك)

(٥) مشيئة الله.

(٦) أى فى فصل الاستثناء من كتاب الطلاق. (نت)

(٧) قوله: "لأنه فى معنى بيان المدة" أى من حيث العرف، لأن هذه الأشياء تذكر فى العادة ببيان محل الأجل، فاعتبر إقراراً بدين مؤجل. (ك)

(٨) قوله: "فيكون" أى ذكر هذه الأشياء منه تأجيلاً، أى دعوى الأجل إلى الأوقات المذكورة. (نت)

(٩) بالشرط.

(١٠) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(١١) بأن قال: هذه الدار لفلان إلا بناءها. (٤)

(١٢) قوله: "لأن البناء إلخ" أى البناء داخل فى لفظ الإقرار بالدار تبعاً لا مقصوداً باللفظ، والدليل على هذا فصل البيع فإن البناء فى بيع الدار يدخل تحت البيع تبعاً، حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل بتخير المشتري. (كفاية)

(١٣) قوله: "معنى" لأن اسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً، لأن الدار اسم للعرصة، والبناء وصف فيه، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً. (عيني)

(١٤) قوله: "تصرف" أى يجعل الاستثناء الملقوظ عبارة عما وراء المستثنى، فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء. (عيني)

(١٥) يعنى كما لا يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة.

تبعاً لالفظاً، بخلاف ما إذا قال: إلاثلثها^(١)، أو إلابيتاً منها، لأنه^(٢) داخل فيه لفظاً. ولو قال^(٣): بناء هذه الدار لى والعروة^(٤) لفلان، فهو^(٥) كما قال؛ لأن العروة عبارة عن البقعة^(٦) دون البناء، فكأنه قال^(٧): بياض هذه الأرض لفلان دون البناء، بخلاف^(٨) ما إذا قال: مكان العروة أرضاً، حيث يكون البناء للمقر له، لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار.

ولو قال^(٩): له على ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه، ولم أقبضه، فإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر له: إن شئت فسلم العبد^(١٠)، وخذ الألف، وإلا فلا شيء لك. قال^(١١): هذا^(١٢) على وجوه: أحدها: هذا، وهو أن يصدقه^(١٣) ويسلم العبد^(١٤)، وجوابه ما ذكرنا^(١٥)، لأن الثابت بتصادقهما^(١٦) كالثابت معاينة.

(١٦) أى فى الصدر.

(١) قوله: "بخلاف ما إذا قال: إلاثلثها [فيصح] إلخ" حيث يصح الاستثناء، ويكون للمقر له ما عدا ثلث الدار، وما عدا البيت لأن البيت فى لفظ الدار دخل مقصوداً، حتى لو استحق البيت فى بيع الدار يسقط حصة من الثمن. (ك)

(٢) أى كل واحد من الثلث والبيت.

(٣) هذا لفظ القدورى فى "مختصر". (نت)

(٤) قوله: "والعروة" عروة: كشادغى ميان سراى دران بنا نباشد. (من)

(٥) يعنى يكون البناء للمقر والعروة لفلان.

(٦) قوله: "عن البقعة دون البناء" أى العروة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء، فلما اعتبر فى معناها الخلو عن البناء

لم يتبعها البناء فى الحكم. (نتائج)

(٧) قوله: "فكأنه قال إلخ" لأن ما تضمنه اللفظان أى العروة والبياض من قصر الحكم السابق على مجرد الساحة

منع دخول الوصف فى ذلك الحكم بطريق التبعية، فلا يكون هو مقراً بالوصف، فلا يكون فى قوله: وبناءها لى راجعاً عما أقر به، بخلاف ما إذا ذكر مكان العروة أرضاً حيث يكون البناء للمقر له. (ك)

(٨) بأن قال: بناء هذه الدار لى والأرض لفلان.

(٩) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٠) قوله: "إن شئت فسلم إلخ" ليس المراد من إن شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه

إذ لا يقدر البائع على عدم تسليم المبيع إلى المشتري بعد أن صح البيع وتم، بل المراد منه إن لزوم الألف على المقر مشروط بتسليمك العبد إليه، إن أردت الوصول إلى حقلك فسلم العبد، ولا تضعه. (نت)

(١١) أى المصنف.

(١٢) أى ما ذكر من المسألة. (نت)

(١٣) مقر.

(١٤) قوله: "ويسلم العبد" أقول: لفظ يسلم من سلمه له، أى جعله سالماً له، والمعنى ويجعل المقر له العبد سالماً له

باعترافه بأنه عبدك لا عبدى، كذا فى "نتائج الأفكار".

(١٥) هر أنه قيل للمقر له إلخ. (نت)

(١٦) المقر والمقر له.

والثاني: أن يقول المقر له: العبد^(١) عبدك ما بعته، وإنما بعته^(٢) عبداً غير هذا، وفيه المال لازم على المقر^(٣) لإقراره به^(٤) عند سلامة العبد^(٥) له، وقد سلم^(٦)، فلا يبالي باختلاف السبب^(٧) بعد حصول المقصود^(٨).

والثالث: أن يقول^(٩): العبد عبدي ما بعته، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء^(١٠)، لأنه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد، فلا يلزمه^(١١) دونه^(١٢). ولو قال^(١٣) مع ذلك^(١٤): إنما بعته غيره يتحالفان، لأن المقر يدعى^(١٥) تسليم من عينه، والآخر ينكر، والمقر له يدعى عليه^(١٦) الألف ببيع غيره^(١٧)، والآخر ينكر، فإذا تحالفا بطل المال^(١٨)، وهذا^(١٩) إذا ذكر عبداً بعينه.

وإن قال: من ثمن عبد، ولم يعينه لزمه الألف، ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع^(٢٠)، فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى

(١) أى هذا العبد.

(٢) وسلمته إليك. (٤)

(٣) ولا تفاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر، أو المقر له. (٤)

(٤) المال.

(٥) أى هذا العبد.

(٦) العبد له.

(٧) قوله: "فلا يبالي إلخ" بيانه أن المقر له ادعى وجوب الألف بسبب بيع الآخر، والمقر أقر بسبب شراء هذا العبد، فلا يبالي بالاختلاف بعد اتفاقهما على وجوب الثمن كما إذا أقر بألف من ثمن متاع، والمقر له يقول: إنه غضب أو قرض لا يبالي باختلاف السبب، كذا ههنا. (ك)

(٨) وهو سلامة العبد.

(٩) المقر له.

(١٠) قوله: "وحكمه أن لا يلزم إلخ" وفي هذا لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر، أو يد المقر له، فإنه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد. (عناية)

(١١) أى المقر.

(١٢) عبيد.

(١٣) المقر له.

(١٤) أى مع قوله: العبد عبدي ما بعته.

(١٥) على المقر له.

(١٦) مقر.

(١٧) عبد معين.

(١٨) والعبد سالم لمن في يده. (ك)

(١٩) أى المذكور.

كلمة على، وإنكاره القبض في غير المعين ينافى الوجوب^(١) أصلاً؛ لأن الجهالة^(٢) مقارنة^(٣) كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع^(٤)، فيمتنع وجوب نقد الثمن، وإذا كان كذلك^(٥) كان رجوعاً، فلا يصح وإن^(٦) كان موصولاً.

وقال أبو يوسف ومحمد^(٧): إن وصل صدق ولم يلزمه شيء^(٨)، وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له^(٩) أن يكون ذلك^(١٠) من ثمن عبد. وإن أقر أنه باعه^(١١) متاعاً^(١٢)، فالقول قول المقر، ووجه ذلك^(١٣) أنه أقر بوجوب المال عليه^(١٤)، وبين سبباً وهو البيع، فإن^(١٥) وافقه الطالب^(١٦) في السبب وبه لا يتأكد

(٢٠) عن الإقرار.

(١) قوله: "ينافى الوجوب" لأن ثمن عبد غير معين لا يكون واجباً على المشتري إلا بعد القبض، لأن ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لأنه لا طريق للوصول إليه، فإنه ما من عبد يحضره إلا للمشتري أن يقول: المبيع غير هذا، وتسليم الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع، فعلم أنه في حكم المستهلك، فكأنه أقر بالقبض، ثم يرجع. (ك)

(٢) أي جهالة المبيع.

(٣) كالجهالة حالة العقد. (٤)

(٤) لعدم القدرة على تسليم المجهول. (٤)

(٥) أي ينافى الوجوب.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل مذهبهما أنه إن صدقه المقر له في أن ذلك من ثمن عبد يصدق وصل أو فصل، وإن كذبه في ذلك لم يصدق إلا إذا كان موصولاً، ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال، وبين له سبباً، فإذا صدقه المقر له في ذلك السبب يثبت السبب بتصادقهما، ثم المال بهذا السبب يكون واجباً قبل القبض، ولكن إنما يتأكد بالقبض، والمقر ينكر، فجعلنا القول قوله في إنكاره القبض. وإن كذب في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لمقتضى أول الكلام لأن مقتضى أول كلامه أن يكون مطالباً بالمال للحال، ولكن احتمال أن لا يكون مطالباً به حتى يحضر العبد، وبيان التغيير يصح موصولاً، ولا يصح مفصولاً. (ك)

(٨) المقر.

(٩) أي صدقه في الأصل، وكذبه في الجهة. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) قوله: "وإن أقر [أي المقر له، أي صدقه في الأصل والجهة. ك] أنه باعه [المقر] إلخ" يعني إن صدق المقر له المقر في الجهة بأن قال: إنه باعه متاعاً وهو العبد كما أقر له المقر، ولكن كذبه في إنكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل أم فصل، وإنما عبر المصنف ههنا عن البيع بالمتاع حيث قال: وإن أقر أنه باعه متاعاً، وقد كان وضع المسألة في العبد ليعلم أن الحكم في المتاع مطلقاً هو الحكم في العبد. (نت)

(١٢) أو عبداً.

(١٣) أي وجه ما قاله: الإمامان. (نت)

(١٤) قوله: "أقر بوجوب إلخ" يعني أن قوله: لفلان على ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه، وقوله: من ثمن

الوجوب^(١) إلا بالقبض، والمقر ينكره، فيكون القول قوله، وإن كذبه^(٢) في السبب كان هذا^(٣) من المقر بياناً مغيراً، لأن صدر كلامه للوجوب^(٤) مطلقاً، وآخره^(٥) يحتمل انتفائه^(٦) على اعتبار عدم القبض، والمغير يصح موصولاً، لا مفصولاً.

ولو^(٧) قال^(٨): ابتعت منه عيناً إلا أنى لم أقبضه فالقول قوله^(٩) بالإجماع؛ لأنه ليس من ضرورة البيع القبض^(١٠)، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن^(١١).

قال^(١٢): وكذا لو قال: من ثمن خمر أو خنزير، ومعنى المسألة^(١٣) إذا قال: لفلان على ألف درهم من ثمن الخمر أو الخنزير لزمه الألف، ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة وصل أم فصل؛ لأنه رجوع^(١٤) لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً، وأول كلامه للوجوب^(١٥)، وقالوا: إذا وصل لا يلزمه شيء، لأنه^(١٦) بين بآخر كلامه

متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب. (عيني)

(١٥) جزاءه محذوف، أي ثبت السبب.

(١٦) أي المقر له. (عيني)

(١) قوله: "وبه [أي بالبيع] لا يتأكد إلخ" أي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري، لأن الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد، ولأنه ربما يهلك المبيع في يد البائع، فيسقط الثمن عن المشتري، لكنه يتأكد بالقبض، والمدعى الذي هو المقر له يدعى قبض المبيع، والمقر ينكره، فيكون القول قوله. (ع)

(٢) أي المقر له.

(٣) أي قوله من ثمن متاع اشتريته.

(٤) نظراً إلى كلمة على.

(٥) أي آخر كلامه.

(٦) الوجوب.

(٧) ذكره المصنف تقيماً على مسألة القدوري. (نتائج)

(٨) المقر.

(٩) أي المقر لأن آخر كلامه ليس مغيراً لأول كلامه، لأنه إلخ.

(١٠) قوله: "لأنه ليس من ضرورة البيع القبض [فإن الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال]" ولم يقر بوجوب الثمن لجواز أن يوجد البيع، ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن فإن من ضرورته القبض. (عناية)

(١١) فإن من ضرورته القبض.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٣) إنما قال هذا بياناً لاسم الإشارة في قوله: وكذا. (نت)

(١٤) عن الإقرار.

(١٥) نظراً إلى كلمة على.

(١٦) المقر.

أنه ما أراد به الإيجاب، وصار^(١) كما إذا قال في آخره إن شاء الله، قلنا^(٢): ذلك^(٣) تعليق^(٤) وهذا^(٥) إبطال^(٦).

ولو قال^(٧): له على ألف درهم من ثمن متاع، أو قال: أقرضني ألف درهم، ثم قال: هي زيوف^(٨) أو نبهرجة^(٩)، وقال المقر له: جياذ لزمه الجياذ^(١٠) في قول أبي حنيفة. وقالوا: إن قال^(١١) موصولا يصدق، وإن قال: مفصولا لا يصدق، وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي سترقة^(١٢)، أو رصاص، وعلى هذا^(١٣) إذا قال: إلا أنها زيوف^(١٤)، وعلى هذا^(١٥) إذا قال: لفلان على ألف درهم زيوف من ثمن متاع. لهما: أنه بيان مغير، فيصح بشرط الوصل كالشرط^(١٦) والاستثناء، وهذا^(١٧)

(١) يعني إن وصل يصدق، وإن فصل لا يصدق.

(٢) قوله: "قلنا إلخ" جواب عن قياسهما على مسألة الاستثناء بالمشية، وفيه أن المصنف قال في المسألة الاستثنائية: بمشيئة الله أن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال، أو تعليق، وقد بينا هناك أن المذكور في بعض الكتب المعتبرة أن الأول مذهب أبي يوسف والثاني مذهب محمد، وفي بعضها أن الأمر بالعكس، فأياً ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك إبطالا. ويمكن أن يجاب بأن الجواب المذكور ههنا من قبل أبي حنيفة رحمه الله يصير إلزامياً بالنسبة إلى من قال من صاحبيه يكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى تعليقاً وتحقيقاً بالنسبة إلى من قال منهما يكون ذلك إبطالا، ولا يجب أن يكون الجواب إلزامياً بالنسبة إلى كل واحد منهما. (نت)

(٣) أي قول إن شاء الله.

(٤) قوله: "ذلك تعليق" أي قوله: إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب التخيير، فيصح موصولا لأن الإرسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين أهل اللسان، فكان ذلك من باب البيان، لا من باب الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام، فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الإرسال، وهذا إبطال، والإبطال رجوع، والرجوع بعد الإقرار بوجوب المال لا يصح وصل أم فصل. (ك)

(٥) الذي نحن فيه.

(٦) والإبطال رجوع فلا يصح.

(٧) هذه المسألة من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "هي زيوف" [زيوف درم خاسره. من] جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال. (عيني)

(٩) هي دون الزيوف لأن التجار ترد.

(١٠) وصل أم فصل.

(١١) المقر.

(١٢) قوله: "إذا قال: هي ستوقة إلخ" فلا يصدق عند أبي حنيفة وصل أم فصل، وعندهما يصدق إن وصل. (عيني)

قوله: "ستوقة [هي أردأ من النبهرجه]" الستوق - بالفتح - أردأ من النبهرج، وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفرة، أو النحاس هو الغالب الأكثر. (مغرب)

(١٣) الخلاف.

(١٤) أي بكلمة الاستثناء. (٤)

(١٥) الخلاف.

لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته^(١)، والستوقة بمجازه^(٢) إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد^(٣)، فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه^(٤)، وصار كما إذا قال: إلا أنها^(٥) وزن خمسة، ولأبى حنيفة أن هذا رجوع، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب، والزيافة عيب، ودعوى العيب رجوع^(٦) عن بعض^(٧) موجه^(٨)، وصار كما إذا قال: بعته معيباً، وقال المشتري: بعته سليماً، فالقول للمشتري لما بينا^(٩)، والستوقة ليست من الأثمان^(١٠)، والبيع يرد على الثمن، فكان^(١١) رجوعاً^(١٢). وقوله^(١٣): إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء، لأنه مقدار^(١٤)، بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز^(١٥) كاستثناء البناء في الدار، بخلاف ما إذا قال: ^(١٦) على كر^(١٧) حنطة من ثمن عبد^(١٨)، إلا أنها رديئة، لأن الرداءة نوع لا

(١٦) وهو التعليق.

(١٧) أى كونه مغيراً.

(١) قوله: "يحتمل الزيوف بحقيقته" لأنها من جنس الدراهم، حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالاً. (عيني)

(٢) لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً.

(٣) لأن بيعات الناس تكون بالجياد عادة.

(٤) فلذلك شرط الوصل.

(٥) قوله: "إلا أنها" أى كل عشرة منها وزن خمسة مثاقيل، أو ستة، ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً، ولم يصدق إن كان مفصلاً. (عيني)

(٦) فلا يصدق وإن وصل.

(٧) أى السلامة.

(٨) العقد.

(٩) قوله: "لما بينا" أشار به إلى قوله: مطلق العقد يقتضى وصف السلامة عن العيب. (عيني)

(١٠) أى من جنس الأثمان. (ع)

(١١) أى دعواه للستوقة.

(١٢) أى عن الإقرار فلا يصح.

(١٣) جواب عما استشدها به.

(١٤) قوله: "لأنه مقدار" يعنى أن ذلك ليس مما نحن فيه، لأنه يصح أن يكون استثناء لأنه مقدار واستثناء بعض المقدار صحيح، لأن أول الكلام يتناول المقدار، فكان استثناء الملفوظ، وهو صحيح بلا ريب. (نتائج)

(١٥) قوله: "لأن استثناء الوصف إلخ" توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف، لأن الصفة مما لا يتناول

اسم الدراهم حتى يستثنى، وإنما يثبت صفة الجودة فى مطلق العقد بالعرف والعادة. (عيني)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا قال إلخ" أى فإن قيل: قد يستثنى الوصف كما إذا قال: له على كر حنطة من ثمن عبد

إلا أنها ردية لأن الرداءة ضد الجودة فهما صفتان تتعاقدان على موضوع واحد أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (ع)

عيب^(١)، فمطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها^(٢)، وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول^(٣) أنه يصدق في الزيوف إذا وصل^(٤)، لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض، وقد يكون زيفاً^(٥) كما في الغصب^(٦).

ووجه الظاهر^(٧) أن التعامل بالجباد، فانصرف مطلقه^(٨) إليها^(٩)، ولو قال: لفلان على ألف درهم زيوف، ولم يذكر البيع والقرض، قيل: يصدق^(١٠) بالإجماع، لأن اسم الدراهم^(١١) يتناولها^(١٢)، وقيل: لا يصدق^(١٣) لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود^(١٤) لتعنيها مشروعة^(١٥) لا إلى الاستهلاك المحرم^(١٦).

(١٧) فإنه يصدق.

(١٨) قوله: "كر" الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (مغرب)

(١) قوله: "لأن الرداءة نوع لا عيب" فإن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة، والخطئة قد تكون ردية في أصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع، وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع دون نوع، ولهذا لا يصح الشراء بالخطئة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو ردية. ألا ترى أنه لو قال: بعتك هذه الخطئة، وأشار إليها، والمشتري كان رآها فوجدها ردية، ولم يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب، ولو قال: بعتك بهذه الدراهم، وأشار إليها وهي زيوف ولم يعلم بها البائع استحق مثلها جياداً لا زيادة فيها، فعلم أن الزيادة عيب. (ك)

(٢) أي عن الرداءة.

(٣) أي ظاهر الرواية.

(٤) قوله: "أنه يصدق إلخ" يعني في القرض، وكذا وقع في "النهاية"، وقد وقع التصريح بهذا القيد في بعض النسخ بأن قال: وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل يعني إذا قال: لفلان على ألف درهم قرض زيوف يصدق عنده، في غير رواية الأصول إذا وصل قوله: هي زيوف بقوله: ألف درهم قرض، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان: هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات. (نتائج)

(٥) والقرض يقضى بالمثل.

(٦) فإنه قد يكون المصوب زيفاً، فيقضى بالمثل.

(٧) أي ظاهر الرواية.

(٨) قوله: "فانصرف مطلقه [القرض]" فيجب الجباد عليه، ثم دعوى الزيادة لا تقبل لأنه رجوع عما أقر به. (عيني)

(٩) الجباد.

(١٠) يعني إذا وصل. (نت)

(١١) ولم يذكر ما يصرفها إلى الجباد. (٤)

(١٢) الزيوف.

(١٣) قوله: "وقيل لا يصدق [أي عند أبي حنيفة. ك]" قائل هذا القول هو الكرخي كما صرح به الإمام قاضي خان في "شرح الجامع الصغير"، أي لا يصدق عند أبي حنيفة، وصل أم فصل، وأما عندهما فيصدق إذا وصل، ولا يصدق إذا فصل. (نتائج)

(١٤) قوله: "إلى العقود" أي إلى الالتزام بطريق التجارة لكونها مشروعة. (مل)

(١٥) فصار كما لو بين سبب التجارة. (٤)

ولو قال^(١): اغتصبت منه ألفاً، أو قال: أودعني، ثم قال: هي زيوف، أو نبهجة صدق وصل أم فصل؛ لأن الإنسان يغضب ما يجد ويودع ما يملك، فلا مقتضى له^(٢) في الجياد ولا تعامل^(٣)، فيكون^(٤) بيان النوع، فيصح وإن فصل، ولهذا^(٥) لو جاء راد المغضوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله^(٦). وعن أبي يوسف أنه لا يصدق^(٧) فيه^(٨) مفصلاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما^(٩) هو الموجب للضمان، ولو قال^(١٠): هي ستوقه، أو رصاص بعد ما أقر بالغضب والوديعة، ووصل صدق، وإن فصل لم يصدق، لأن السوقه ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازاً^(١١)، فكان بياناً مغيراً، فلا بد من الوصل. وإن قال^(١٢) في هذا كله^(١٣) ألفاً، ثم قال^(١٤): إلا أنه ينقص كذا لم يصدق، وإن وصل صدق؛ لأن هذا استثناء المقدار، والاستثناء يصح موصولاً، بخلاف الزيادة، لأنها وصف، واستثناء الأوصاف لا يصح، والنقطة يتناول^(١٥)

(١٦) هو الغضب المحرم.

(١) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٢) قوله: "فلا مقتضى له [لأن المقتضى هو عقد المعاوضة، ولم يوجد. ك] أي لواحد من الغضب والإيداع في الجياد، بخلاف البيع، فإن عقد المعاوضة يقتضيها، ولا تعامل أي لا تعامل في غضب الجياد، ولا في إيداعها، بخلاف القرض، فإن التعامل فيه بالجياد، فلا يكون قوله: هي زيوف بعد الإقرار بغضب الألف، أو إيداعها تغييراً لأول كلامه. (نتائج)

(٣) قوله: "ولا تعامل" إشارة إلى الجواب عن فصل القرض، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى فقد وجد التعامل، والناس إنما يتعاملون بالجياد، فينصرف إلى الجياد، ولم يوجد التعامل ههنا، فلا ينصرف إلى الجياد. (ك)

(٤) أي قوله الآخر.

(٥) أي لأجل أن لا مقتضى له في الجياد.

(٦) فإن القول للقباض إذا وقع الاختلاف في وصف المقبوض.

(٧) قوله: "أنه لا يصدق الخ" أي إذا قال: غصبت ألفاً، ثم قال: هي زيوف لم يصدق إذا فصل كما في القرض. (ك)

(٨) أي في الغضب إذا ادعى الزيادة.

(٩) قوله: "إذ القبض [وهو موجود في الغضب] فيهما [أي في الغضب والقرض. (نت)] أي في الغضب والقرض لأن القرض على رواية الأصل مثل البيع وفي البيع لا يفصل، فكذا في القرض والغضب مثل القرض لأنه إنما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضاً. (ك)

(١٠) هذه المسألة مما ذكره شراح "الجامع الصغير" تفريراً على المسألة المارة. (نت)

(١١) قوله: "مجازاً" المشابهة بين الستوقه والدراهم من حيث الصورة. (ك)

(١٢) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(١٣) قوله: "في هذا كله" أي في المذكور من البيع والقرض والغضب والإيداع. (نتائج)

(١٤) أي فصلاً.

(١٥) قوله: "واللفظ يتناول" أي لفظ المستثنى منه يتناول المقدار، أي جزءه دون الوصف والاستثناء تصرف في

المقدار دون الوصف، وهو تصرف لفظي كما بينا^(١)، ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع^(٢) نفسه^(٣) فهو واصل^(٤) لعدم إمكان الاحتراز عنه^(٥).

ومن أقر^(٦) بغضب ثوب، ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله؛ لأن الغضب لا يختص بالسليم، ومن قال لآخر^(٧): أخذت منك ألف درهم وديعة، فهلكت،

فقال: لا، بل أخذتها غضباً، فهو ضامن^(٨)، وإن قال: أعطيتها وديعة، فقال: لا بل

غصبتها لم يضمن^(٩). والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان^(١٠)، وهو

الأخذ، ثم ادعى^(١١) ما يبرئه^(١٢)، وهو الإذن والآخر^(١٣) ينكره، فيكون القول له مع

اليمين. وفي الثاني أضاف^(١٤) الفعل إلى غيره، وذلك^(١٥) يدعى عليه^(١٦) سبب

الضمان وهو الغضب، فكان القول لمنكره^(١٧) مع اليمين، والقبض^(١٨) في هذا^(١٩)

اللفظ. (أعظمي)

(١) بقوله: والاستثناء تصرف بالمفوظ.

(٢) أو بسبب أخذ السعال. (ك)

(٣) نفس محركة دم. (من)

(٤) قوله: "فهو واصل" لأن الإنسان قد يحتاج إلى التكلم بكلام كثير، وقد يذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكن

أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فكان عفواً. (عناية)

(٥) أي عن هذا الانقطاع.

(٦) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٧) من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(٨) قوله: "فهو [أي المقر] ضامن" يعني كان القول في هذه المسألة قول المقر له مع يمينه، والمقر ضامن إلا أن

ينكل المقر له عن اليمين. (نتائج الأفكار)

(٩) أي المقر بل كان القول قوله مع يمينه. (نت)

(١٠) قوله: "أقر [أي المقر] بسبب الضمان" وهو الأخذ ودلالة كون الأخذ سبباً للضمان، قوله عليه السلام: علي

اليد ما أخذت حتى يرد، وهذا يتناول رد العين حال بقاءها، ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل، وقوله:

وديعة رجوع عما أقر به، لأنه دعوى الإبراء، فلا يصدق بدون البيعة كدعوى المشتري بأجل الثمن بعد ما أقر به، والبايع

يدعى معجلاً. فإن قيل: ينبغي أن يصدق ويجعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال: لفلان على ألف وديعة، قلنا: صدر

الكلام هنا موجبه التصيب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة، ويقول: وديعة يكون دعوى مبتدأ لا بيان ما احتمله

صدر الكلام، وأما قوله: لفلان على ألف يحتمل الوديعة، يعني على حفظه، فيكون قوله: وديعة بيان تغيير، فيصدق موصولاً. (ك)

(١١) المقر.

(١٢) لأنه لا بد للوديعة من الإذن.

(١٣) أي المقر له.

(١٤) المقر.

(١٥) الغير.

(١٦) المقر.

كالأخذ، والدفع^(١١) كالإعطاء.

فإن قال قائل: الإعطاء والدفع إليه^(١٢) لا يكون^(١٣) إلا بقبضه^(١٤)، فنقول: قد يكون^(١٥) بالتخلية^(١٦) والوضع بين يديه، ولو اقتضى^(١٧) ذلك^(١٨) فالمقتضى ثابت ضرورة، فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان^(١٩)، وهذا بخلاف ما إذا قال: أخذتها منك وديعة، وقال الآخر: بل قرضاً، حيث يكون القول للمقر^(٢٠) وإن^(٢١) أقر بالأخذ، لأنهما^(٢٢) توفقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن^(٢٣) إلا أن المقر له يدعى سبب الضمان، وهو القرض، والآخر^(٢٤) ينكره فافترقا^(٢٥).

فإن قال^(٢٦): هذه الألف كانت وديعة لى عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان: هى لى فإنه^(٢٧) يأخذها؛ لأنه^(٢٨) أقر باليد له^(٢٩)، وادعى^(٣٠) استحقاقها عليه^(٣١)

(١٧) أى المقر.

(١٨) أى قبضت مكان أخذت.

(١٩) أى فى حق هذا الحكم.

(١) أى دفعت مكان أعطيت.

(٢) أى المقر.

(٣) فكان مقراً بقبضه.

(٤) أى المقر.

(٥) الإعطاء أو الدفع. (ك)

(٦) بدون قبضه. (نت)

(٧) أى الإعطاء أو الدفع.

(٨) أى القبض.

(٩) قوله: "فلا يظهر [المقتضى] إلخ" لأن الثابت ضرورة عدم فى غير موضوعها. (كفاية)

(١٠) لا للمقر له.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) أى المقر والمقر له.

(١٣) لأن الوديعة وكذا القرض لا يكون بدون الإذن.

(١٤) المقر.

(١٥) أى هذا وما سبق من أنه قال المقر له: لا، بل غضبتها.

(١٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (نت)

(١٧) الفلان.

(١٨) أى المقر.

(١٩) أى الفلان.

(٢٠) أى المقر.

وهو ^(١) ينكر فالقول للمنكر ^(٢). ولو قال ^(٣): آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها، أو قال: آجرت ثوبى هذا فلاناً فلبسه ورده، وقال فلان: كذبت وهما ^(٤) لى فالقول قوله ^(٥)، وهذا عند أبى حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الذى أخذ منه الدابة ^(٦)، أو الثوب، وهو القياس، وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان ^(٧).

ولو قال: خاط فلان ثوبى هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال فلان: الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح ^(٨)، وجه القياس ما بيناه فى الودیعة ^(٩).

وجه الاستحسان: هو الفرق ^(١٠) أن اليد فى الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه، وهو المنافع، فيكون ^(١١) عدماً فيما وراء الضرورة، فلا يكون إقراراً ^(١٢) له ^(١٣) باليد مطلقاً ^(١٤)، بخلاف الودیعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع إثبات اليد قصداً، فيكون الإقرار به ^(١٥) اعتراف باليد للمودع.

ووجه آخر ^(١٦): أن فى الإجارة والإعارة والإسكان أقر ^(١٧) بيد ثابتة من جهته ^(١٨)، فيكون القول قوله ^(١٩) فى كیفیته ^(٢٠)، ولا كذلك فى مسألة الودیعة، لأنه ^(٢١)

(٢١) الفلان.

(١) الفلان.

(٢) أى بالإجماع. (ك)

(٣) هذا من شروح "الجامع الصغير".

(٤) الدابة والثوب.

(٥) أى المقر.

(٦) قوله: "القول قول الذى أخذ الخ" هذا كله إذا لم يكن الدابة والثوب معروفاً أنه للمقر، أما لو كان الثوب معروفاً أنه للمقر، أو الدابة، أو الدار، فقال: قبضته فيه، فكان القول قول المقر فى قولهم، لأن الملك فيه معروف للمقر. (ك)

(٧) قوله: "الإعارة والإسكان" بأن قال: أعرتك دارى هذه ثم رددت على، أو أسكنتك دارى هذه، ثم رددت

على، وقال الآخر: الدار دارى. (ك)

(٨) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن قول بعضهم إن القول ههنا قول المقر بالإجماع. (عناية)

(٩) قوله: "ما بيناه فى الودیعة" أراد به قوله: لأنه أقر باليد له، وادعى استحقاقها عليه، وهو ينكره والقول للمنكر. (ع)

(١٠) بين الودیعة وبين هذه الصور.

(١١) اليد.

(١٢) إقرار بالإجارة، أو الإعارة.

(١٣) فلان.

(١٤) أى من كل وجه.

(١٥) الودیعة.

(١٦) للفرق بين الودیعة وهذه الصور.

(١٧) المقر.

(١٨) المقر.

قال فيها: كانت وديعة^(١)، وقد تكون^(٢) من غير صنعه^(٣) حتى لو قال: أودعتها كان على هذا الخلاف^(٤)، وليس مدار الفرق^(٥) على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر، وهو الإجارة، واختارها^(٦)؛ لأنه ذكر الأخذ^(٧) في وضع الطرف الآخر، وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضاً.

وهذا^(٨) بخلاف ما إذا قال: اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه، أو أقرضته ألفاً، ثم أخذتها منه، وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله؛ لأن الديون^(٩) تقضى بأمثالها^(١٠)، وذلك^(١١) إنما يكون بقبض مضمون، فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان، ثم ادعى^(١٢) تملكه^(١٣) عليه بما يدعيه^(١٤) عليه من الدين مقاصة، والآخر^(١٥) ينكره، أما ههنا^(١٦) المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة، وما أشبهها^(١٧)،

(١٩) المقر.

(٢٠) قوله: "في كفيته" أي في كيفية ثبوت اليد أنه بأي طريق كان. (عناية)

(٢١) المقر.

(١) ثبت أن الإقرار بالوديعة لا يدل على إثبات اليد له من قبله. (ك)

(٢) الوديعة.

(٣) قوله: "من غير صنعه" كاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا إذا هبت ريح وألقت ثوباً في دار إنسان. (عناية)

(٤) المذكور في مسائل الإجارة والإعارة والإسكان. (نت)

(٥) قوله: "وليس مدار الفرق إلخ" إشارة إلى الرد على الإمام القمي في ما ذكره أن الرد إنما وجب في مسألة الوديعة لأنه قال فيها: أخذتها منه فيجب جزاءه، وجزاء الأخذ الرد، وقال في الإجارة وأختيها أي العارية والإسكان: فردها على، فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع. (٤)

(٦) أي الإسكان والإعارة.

(٧) قوله: "لأنه ذكر إلخ" أي الإمام محمد ذكر في كتاب الإقرار لفظ الأخذ في الإجارة وأختيها أيضاً، وإنما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب. (عناية)

(٨) أي هذا الذي ذكر في الإجارة وأختيها. (نت)

(٩) قوله: "لأن الديون إلخ" فإذا أقر المقر باقتضاء الدين فقد أقر بقبض مثل الدين، وقبض مثل الدين إنما يكون بقبض مال مضمون، والإقرار بقبض مال مضمون إقرار بسبب الضمان. (٤)

(١٠) يعني إذا قبض من المديون ألفاً يصير ضامناً لأنه لم يأخذ حقه بل مثله فيضمن.

(١١) أي قضاء الديون بأمثالها.

(١٢) المقر.

(١٣) أي ما أقر بقبضه.

(١٤) المقر.

(١٥) المقر له.

فافترقا. ولو أقر^(١١) أن فلاناً زرع هذه الأرض، أو بنى هذه الدار، أو غرس هذا الكرم^(١٢)، وذلك كله في يد المقر، فادعها فلان، وقال المقر: لا، بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت، أو فعلته بأجر، فالقول للمقر؛ لأنه ما أقر له باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه^(١٣)، وقد يكون ذلك^(١٤) في ملك في يد المقر، وصار كما إذا قال: خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم، ولم يقل^(١٥) قبضته منه لم يكن إقراراً باليد، ويكون القول للمقر لأنه^(١٦) أقر بفعل منه^(١٧)، وقد يخييط ثوباً في يد المقر^(١٨) كذا هذا.

باب إقرار المريض^(٩)

وإذا أقر^(١٠) الرجل في مرض موته بديون^(١١)، وعليه ديون في صحته، وديون لزمته في مرضه^(١٢) بأسباب معلومة^(١٣)، فدين الصحة والدين المعروفة الأسباب مقدم^(١٤). وقال الشافعي: دين المرض^(١٥) ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما^(١٦)،

(١٦) أى فى صورة الإجارة وأختيها. (نت)

(١٧) من الإعارة وغيرها.

(١٨) هذه من مسائل "المبسوط" ذكرها المصنف تفرعاً. (نت)

(٢) كرم - بفتح أول وسكون ثانى - درخت أنگور. (غياث)

(٣) قوله: "لأنه ما أقر له [الفلان] باليد، وإنما أقر بمجرد فعل منه" هذا احتراز عما إذا أقر الرجل أن فلاناً ساكن فى هذا البيت، وادعى فلان البيت، فإنه يقضى به للساكن على المقر، لأن السكنى يثبت اليد للساكن على المسكن، وإقراره باليد للغير حجة عليه، وما ثبت بإقراره كالمعائن فى حقه، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(٤) الفعل.

(٥) قيد حتى لو قال: ثم قبضته منه كان على الخلاف. (ك)

(٦) مقر.

(٧) خياط.

(٨) بأن خاط فى بيت المقر. (ك)

(٩) قوله: "باب إقرار المريض" لما فرغ من بيان أحكام إقرار الصحيح وهو الأصل شرع فى بيان أحكام إقرار المريض وهو العارض والفرع، لأن المرض بعد الصحة، وأفرده بباب على حدة للاختصاص بأحكام ليست هى للصحيح. (ن)

(١٠) هذا لفظ القدرى فى "مختصره". (نت)

(١١) غير معلومة الأسباب.

(١٢) أى مرض موته. (نت)

(١٣) قوله: "بأسباب معلومة" كما إذا استقرض مالا فى مرضه وعابن الشهود ودفع المقرض المال إليه أو اشترى شيئاً، وعابن الشهود قبض البيع، أو استأجر شيئاً بمعاينة الشهود، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وعابن الشهود النكاح. (ك)

(١٤) على الديون المقر بها فى المرض.

(١٥) سواء كان بسبب معلوم أو لا.

وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين^(١)، ومحل الوجوب الذمة^(٢) القابلة للحقوق^(٣)، فصار كإنشاء التصرف^(٤) مبايعة ومناكحة.

ولنا: أن الإقرار لا يعتبر دليلاً إذا كان فيه إبطال حق الغير، وفي إقرار المريض ذلك، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاءً، ولهذا^(٥) منع من التبرع^(٦) والمحاباة^(٧) إلا بقدر الثلث. بخلاف النكاح^(٨) لأنه من الحوائج الأصلية^(٩) وهو بمهر المثل^(١٠)، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة، لأن حق الغرماء تعلق بالمالية^(١١) لا بالصورة^(١٢)، وفي حال الصحة^(١٣) لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على

(١٦) قوله: "لاستواء سببهما إلخ" أفاد هذا الدليل مساواة دين المرض بالإقرار للدين الثابت بالإقرار في الصحة، فيلزمه منه مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين ذنك الدينين، وبين هذا الدين كذا في "نتائج الأفكار". (مل)

(١) قوله: "عن عقل ودين" وإنما تعرض لهذين الوصفين لأن العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في أخباره والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته، فلا يكذب في إقراره لوجود هذين الوصفين في المقر، وفي هذا لا تفاوت بين أن يكون المقر صحيحاً، أو مريضاً بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق لما أن المرض حالة التوبة والإنابة. (كفاية)

(٢) وهي في الحالتين سواء.

(٣) وهي ذمة الحر العاقل البالغ. (ك)

(٤) أي في المرض، فهو مساو لتصرفه في الصحة.

(٥) قوله: "ولهذا إلخ" هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أن المريض لما تعلق بماله حق الوارث، ولا يعتبر تبرعه إلا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلق به حق الوارث: وهو أضعف الحقين، فلأن يمنع فيما إذا تعلق به حق الغريم، وهو أقوى أولى. (ك)

(٦) قوله: "منع [المريض] من التبرع" أي منع من التبرع والمحاباة أصلاً إذا أحاطت الديون بماله، وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين وفي هذا جواب عما إذا ادعى الشافعي من الاستواء بين حالة الصحة والمرض، فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض، كما في حال الصحة. فإن قيل: الإقرار بالوارث في المرض صحيح، وقد تضمن إبطال حق بقية الورثة، أجب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً، فالاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجوداً وهو الموت بخلاف الدين فإنه يجب بالإقرار لا بالموت. (ع)

(٧) أي البيع بنقصان القيمة.

(٨) قوله: "بخلاف النكاح إلخ" جواب عما استشهد به الشافعي من إنشاء النكاح والمبايعة. (ع)

(٩) قوله: "لأنه من الحوائج الأصلية" فإن قيل لو تزوج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء أو جوارى، أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة تزوج أيسة، قلنا: النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة، والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإن الحال مما لا يوقف عليه ليني الأمر عليها. (ك)

(١٠) قوله: "وهو مهر المثل" يجوز أن يكون حالاً يعني أن النكاح من الحوائج الأصلية حال كونه بمهر المثل، وأما الزيادة على ذلك فباطلة، والنكاح جائز، والمرء غير ممنوع من الحوائج الأصلية، وإن كان ثمة دين الصحة كالصحة كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية. (ع)

(١١) والمالية باقية.

(١٢) أي لا بمال معين مشخص.

الاكتساب^(١)، فيتحقق التثمير، وهذه حالة العجز^(٢)، وحالتنا المرض^(٣) حالة واحدة؛ لأنه^(٤) حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمريض، لأن الأولى حالة إطلاق^(٥)، وهذه حالة عجز^(٦) فافتراقاً. وإنما تقدم المعروفة^(٧) الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاین لا مرد له^(٨)، وذلك مثل بدل مال ملكه^(٩) أو استهلكه، وعلم وجوبه بغير^(١٠) إقراره^(١١)، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا^(١٢). ولو أقر^(١٣) بعين في يده لآخر^(١٤) لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به، ولا يجوز^(١٥) للمريض أن يقضى دين بعض

(١٣) قوله: "وفي حال الصحة إلخ" لما استشعر أن يقال: لو تعلق حق الغرماء بمال المدين بطل إقراره بالدين حال الصحة، لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالإجماع، أجاب عنه بقوله: وفي حال إلخ. (نت)

(١) فلم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله.

(٢) قوله: "وهذه حالة [أى حالة المرض] العجز [فلا يتحقق التثمير، فيتعلق بالمال لا بالصورة]" يعني أن الإنسان لما مرض مرض الموت، وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلق حق الغريم بالمال، ولم ينتقل من الذمة إليه يتوى دينه، لأن المريض يتلف المال سريعاً، فيؤدى إلى إبطال حقه فيهم. (ك)

(٣) قوله: "وحالتنا [أى أوله وآخره] المرض إلخ" أى وحالة أول المرض، وحالة آخر المرض وبعد أن يتصلها الموت حالة واحدة. وهذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله، لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بأن يقال: لو كان تعلق الدين المقدم مانعاً عن الإقرار بدين آخر، ينبغى أن لا يصح إقرار المريض بالدين ثانياً بعد ما أقر أولاً في حال مرضه لتعلق حق المقر له الأول بماله، كما لا يصح إقراره في حال المرض إذا كان له غرماء الصحة لتعلق حق غرماء الصحة بماله، فأجاب عنه، وقال: ليس كذلك، لأن الإقرارين في حالة المرض بمنزلة إقرار واحد، لكون أحوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر كما أن أحوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الإطلاق. (ك)

(٤) المرض.

(٥) أى حالة الإذن يعنى في هذه الحالة إذن الشارع بالتصرف.

(٦) قوله: "وهذه حالة عجز" فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن إقراره في حالة المرض، ولا يمنع الإقرار في أول المرض عن الإقرار في آخره. (٤)

(٧) قوله: "وإنما تقدم إلخ" ثم لأن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالإقرار في حالة المرض، وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب عليه، فقال: وإنما تقدم إلخ. (نت)

(٨) فيقدم على المقر به.

(٩) بالبيع والقرض.

(١٠) أى بمعاينة القاضى أو البينة.

(١١) معطوف على قوله: بدل إلخ من حيث المعنى.

(١٢) إشارة إلى قوله: لأنه لا تهمة في ثبوتها. (نت)

(١٣) ذكر المصنف هذه المسألة تفریباً على مسألة القدورى.

(١٤) فالإقرار بالعین فى المرض كالإقرار بالدين فيه. (نت)

(١٥) ذكر المصنف هذه المسألة تفریباً على مسألة القدورى.

الغرماء^(١) دون البعض، لأن في إيثار^(٢) البعض إبطال حق الباقيين^(٣)، وغرماء الصحة والمريض في ذلك سواء^(٤)، إلا^(٥) إذا قضى ما استقرض في مرضه^(٦)، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه، وقد علم بالبينة^(٧).

قال^(٨): وإذا قضيت يعني الديون^(٩) المتقدمة، وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض؛ لأن الإقرار في ذاته صحيح^(١٠)، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته.

قال^(١١): فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره^(١٢)؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير، وكان المقر له أولى^(١٣) من الورثة، لقول عمر رضى الله عنه^(١٤): "إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته"*، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية^(١٥)، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ^(١٦)، ولهذا يقدم

(١) غرماء الصحة أو المرض أو مختلطين.

(٢) اختيار.

(٣) قوله: "إبطال حق الباقيين إلخ" فلا يصح فإن فعل ذلك لا يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالخصص عندنا. (عناية)

(٤) قوله: "غرماء الصحة والمريض في ذلك سواء" أراد من غرماء المرض ما يكون لهم الأسباب المعروفة لأن حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت على السواء. (كفاية)

(٥) استثناء من قوله: ولا يجوز للمريض إلخ. (نت)

(٦) قوله: "إلا إذا قضى [في مرضه] ما استقرض إلخ" لأنه ليس فيه إبطال حق الغرماء لأنه حصل في يده مثل ما نقد، وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله لا يعد تقييماً، بخلاف ما لو قضى مهر امرأة تزوجها في المرض، أو أجرة دار استأجرها لم يسلم لهما ويشار كهما غرماء الصحة، لأن ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم، فكان تخصيصهما إبطالا لحق الغرماء، كذا في "المبسوط". (ك)

(٧) أو بمعاينة القاضى.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) بنوعيهما. (٤)

(١٠) أى محمول على الصدق فى حقه حجة عليه. (٤)

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

(١٢) وإن كان بكل ماله. (نت)

(١٣) قوله: "وكان المقر له أولى" فإن قيل: الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام: «والثلث كثير»، وذلك أقوى من قول عمر، أوجب بأن ذلك فى الوصية وما فى معناها، والإقرار للأجنبى ليس من ذلك. (٤)

(١٤) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١١١، وانظر الدرارية ج٢ تحت الحديث فى كتاب الإقرار إلخ ص ١٨٠. (نعيم)

(١٥) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة. (٤)

حاجته^(١) في التكفين. قال^(٢): ولو أقر المريض^(٣) لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه^(٤) فيه بقية ورثته، وقال الشافعي في أحد قوليه: يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق^(٥) فيه، وصار كالإقرار^(٦) لأجنبي^(٧)، وبوارث آخر^(٨)، وبوديعة مستهلكة للوارث^(٩). ولنا قوله عليه السلام*: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين^(١٠)»، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه^(١١)، ولهذا يمنع من التبرع^(١٢) على الوارث أصلاً، ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين، ولأن حالة المرض^(١٣) حالة الاستغناء والقراية سبب التعلق^(١٤) إلا أن هذا التعلق لم يظهر في

(١٦) عن الحاجة الأصلية.

(١) على حق الورثة.

(٢) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٣) يعين، أو دين.

(٤) فإن لهم أن يتركوا حقهم.

(٥) قوله: "لترجح جانب الصدق" إذ العقل يمنعه عن الإقدام على الكذب، وبالمريض يزداد الامتناع لكونه حالة

الندم والإنابة. (ك)

(٦) بدين.

(٧) قد ذكرنا جوابه. (٤)

(٨) قوله: "وبوارث آخر [أي أقر أن فلاناً وارثه]" والجامع هو أن حق الباقيين كما يبطل بتخصيص البعض بالإقرار بالدين، فكذا يبطل حقهم بالإقرار بوارث آخر، وهو صحيح بالاتفاق، فينبغي أن يصح هذا الإقرار أيضاً، إذ كل واحد من الإقرارين إضرار بالوارث المعروف. (ك)

(٩) قوله: "وبوديعة مستهلكة [أي أقر باستهلاك وديعة كان ثبوتها معاينة. ك] إلخ" وجوابنا عن ذلك أنا لو لم

نعتبر إقراره بصير مجهولاً ويجب الضمان، فلا يفيد رد الإقرار، ولأن تصرف المريض إنما رد للتممة، ولا تهمة في المعاينة. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٦ ص ١٨٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه الدار قطنى في "سننه" في كتاب الوصايا. (ت)

(١١) قوله: "ولأنه تعلق إلخ" فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ عن حاجة، فإذا أقر بالدين لبعض الورثة

ظهر حاجته، لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافاً، وبالمريض يزداد جهة الصدق، لأن الباعث الشرعى ينضم إلى العقل، فيبعثه على الصدق. قلنا: الإقرار إيصال نفع إلى الوارث من حيث الظاهر، وفيه إبطال حق الباقيين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله، وهو متهم فيه لجواز أنه أراد به الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية، فوجب أن تتوقف صحته على رضا الباقيين دفعا للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبي لأنه غير متهم فيه، لأنه يملك إيصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء في تحصيل المقصود به إنشاء لا تتمكن التهمة في إقراره، ألا ترى أن الوكيل يصح إقراره بالبيع قبل العزل لا بعده. (كفاية)

(١٢) بالوصية والهبة

(١٣) قوله: "ولأن حالة المرض إلخ" يعنى أن حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور أمارات الموت الموجب

لانتهاؤ الآمال، وكل ما هو كذلك فالإقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه، والقراية تمنع عن ذلك

لأنها سبب تعلق حق الأقرباء بالمال، وتعلق حقهم به يمنح تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص. (٤)

حق الأجنبي^(١) لحاجته إلى المعاملة في الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، وقلما يقع المعاملة مع الوارث^(٢)، ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً^(٣).

ثم هذا التعلق^(٤) حق بقية الورثة، فإذا صدقوه فقد أبطلوه^(٥) فيصح إقراره، وإن أقر لأجنبي^(٦) جاز، وإن أحاط بماله لما بينا^(٧)، والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث، لأن الشرع قصر تصرفه^(٨) عليه، إلا أننا نقول^(٩): لما صح إقراره في الثلث^(١٠) كان له التصرف في ثلث الباقي^(١١)، لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل^(١٢). قال^(١٣): ومن أقر^(١٤) لأجنبي، ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل

(١٤) أى تعلق حق الأقرباء بماله.

(١) أى في حق الإقرار بالأجنبي فإنه يصح.

(٢) قوله: "وقلما يقع إلخ" دفع دخل هو أن الحاجة موجودة في حق الوارث أيضاً، لأن الناس كما يعاملون مع الأجنبي يعاملون مع الوارث، فأجاب بقوله: وقلما يقع إلخ، فإن البيع للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث، لأنه يستحى من المماكسة معه، فلا يحصل الربح. (٤)

(٣) قوله: "لحاجته أيضاً" فإنه محتاج إلى إبقاء نسله، فلا ينحجر بنحو الورثة كما لا ينحجر عن الاتفاق لبقاء نفسه. (ك)

(٤) أى تعلق حق الورثة بماله.

(٥) الحق.

(٦) قوله: "وإن أقر لأجنبي إلخ" كانت المسألة معلومة مما تقدم إلا أنه ذكرها تمهيداً لذكر القياس والاستحسان. (نت)

(٧) من أن قضا الدين من الحوائج الأدلية.

(٨) المريض.

(٩) استحساناً.

(١٠) لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر لعدم تعلق حق الورثة به. (نت)

(١١) قوله: "كان التصرف إلخ" فإن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فكل ما أقر بدين انتقل محل

التصرف إلى ثلث ما بعده. (ع)

قوله: "كان له التصرف [أى بالإقرار]" نقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله إذا لم يكن عليه دين، فإنها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المذكور فيها، لأن المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون إجازة الورثة، فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضاً ثم وثم إلى أن يأتي على الكل.

وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض، فلما أقر بدين انتقل محل التصرف إلى ثلث ما بعده، وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية، وإنما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافتراقاً. (نتائج الأفكار)

(١٢) قوله: "حتى يأتي على الكل" وفيه أنه لا يأتي على الكل عندنا لأننا نقول بالجزء الذى لا يتجزأ، فينتهى القسمة إلى جزأين، إذ ليس لهما ثلث، وأما عند الفلاسفة فلا ينتهى القسمة إلى حد، لأن كل مقدار عندهم يقبل الانقسام لا إلى نهاية، قلت: هذه دقة فلسفية لا يقبلها العقول الصحيحة لظهور المراد، وهو أنه يأتي كل ما يعتد به، والجزءان اللذان لا يتجزيان بل كل مالا يقدر قسمته فعلا، فهو غير معتد به. (أعظمى)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (نت)

إقراره له، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها^(١)، وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلق، فتبين أنه أقر لابنه، فلا يصح^(٢)، ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر على زمان التزوج، فبقي إقراره لأجنبية.

قال^(٣): ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً، ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه؛ لأنهما^(٤) متهمان فيه لقيام العدة^(٥)، وباب الإقرار مسدود للورثة، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت^(٦).

فصل^(٧)

ومن^(٨) أقر بسلام يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف أنه ابنه، وصدقه الغلام^(٩) ثبت نسبه منه وإن^(١٠) كان مريضاً؛ لأن النسب مما يلزمه خاصة^(١١)، فيصح إقراره به، وشرط أن يولد مثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر، وشرط أن لا يكون له نسب معروف، لأنه^(١٢) يمنع ثبوته^(١٣) من غيره، وإنما شرط تصديقه لأنه في يد

(١٤) بعين أو بدين.

(١) قوله: "لم يبطل إقراره لها" قيد بالإقرار لأنه لو وهب لها هبة أو أوصى لها بوصية، ثم تزوجها يبطل لأن ذا تمليك بعد الموت، وهي وارثة حيثئذ. (ك)

(٢) هذا الإقرار.

(٣) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(٤) الزوجين.

(٥) قوله: "لقيام العدة" أشار بهذا إلى أن وضع المسألة فيما إذا كان موت المتر قبل انقضاء العدة، وأما إذا كان موته بعد انقضاءها فأقراره لها جائز. (نت)

(٦) الأقل.

(٧) قوله: "فصل" أى فى الإقرار بالنسب قدم الإقرار بالمال على الإقرار بالنسب لكثرة وقوع الأول، وقلة وقوع الثانى، ولا ريب فى أن ما كثر الدوران أهم بالبيان، وإنما أفرّد الثانى بفصل على حدة لانفراد بعض الشروط والأحكام كما ستظهر. (نت)

(٨) هذا لفظ القدرى فى "مختصره". (نت)

(٩) قوله: "وصدقه الغلام" أى فيما إذا كان يعبر عن نفسه، وأما إذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا قاطبة. (نت)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "مما يلزمه خاصة [ليس فيه تحميلة على الغير]" قال الله تعالى: ﴿ادعواهم لأبائهم﴾ ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾، ولأن مؤنة الولد على الأب خاصة، فيكون إقراره به على نفسه، فيقبل من غير تصديق الأم. (ك)

(١٢) أى النسب المعروف.

(١٣) نسب.

نفسه، إذ المسألة وضعها في غلام يعبر عن نفسه، بخلاف الصغير^(١) على ما مر من قبل^(٢). ولا يمتنع^(٣) بالمرض، لأن النسب من الحوائج الأصلية، ويشارك^(٤) الورثة في الميراث، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف، فيشارك ورثته.

قال^(٥): ويجوز^(٦) إقرار الرجل بالوالدين والولد^(٧) والزوجة^(٨) والمولى^(٩)؛ لأنه أقر بما يلزمه، وليس فيه تحميل النسب على الغير، ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى^(١٠)؛ لما بينا^(١١). ولا يقبل^(١٢) بالولد، لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج؛ لأن النسب منه^(١٣) إلا أن يصدقها الزوج، لأن الحق له، أو تشهد بولادته قابلة^(١٤)، لأن قول القابلة في هذا مقبول، وقد مر في الطلاق^(١٥)، وقد ذكرنا^(١٦) في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى. ولا بد من تصديق هؤلاء^(١٧)، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر، لأن النسب يبقى بعد الموت،

(١) الذي لا يعبر عن نفسه.

(٢) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى. (نت)

(٣) ثبوت النسب.

(٤) هذا من تنمة كلام القدوري.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(٦) في الصحة أو في المرض.

(٧) قوله: "بالوالدين والولد إلخ" أي إذا صدقوه لا الولد إذا كان صغيراً في يده. (ك)

(٨) بشر خلوها عن زوج آخر وعدته.

(٩) يعنى مولى العتاقة سواء كان أعلى أو أسفل. (٤)

(١٠) قوله: "إقرار المرأة بالوالدين إلخ" لا مانع من صحة إقرارها بالوالدة إذ ليس فيها إزام النسب على الغير،

فيصح لكن الكلام في تصديقها، فإنه يصح في حال هو ما إذا لم تكن ذات زوج، ولا يصح في حال، وهو ما إذا كان لها

زوج، فثبت أن إقرار المرأة بالوالدين يصح مطلقاً، وتصديقها لابنته يصح في حال دون حال، ومثل هذا لا يعد تناقضاً. (ك)

(١١) من أنه أقر بما يلزمه.

(١٢) إقرار المرأة.

(١٣) قال الله تعالى: ﴿ادعوهم لآبائهم﴾. (٤)

(١٤) قوله: "أو تشهد بولادته قابلة" إذ الفرض أن الفراش قائم، فيحتاج إلى تعيين الولد، وشهادتها في ذلك مقبولة. (٤)

(١٥) قوله: "وقد مر في الطلاق" لأن سبب ثبوت النسب من الرجل خفى وهو الوطئ، ولا يقف عليه غيره، فيقبل

منه مجرد قوله، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة، ويمكن أن يقف عليها غيرها وهي القابلة، فلم يكن مجرد قولها

فيه حجة. (ك)

(١٦) قوله: "وقد ذكرنا [أي في باب دعوى النسب]" وهو أنها إذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد

امرأة على الولادة، ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة، وإن لم تكن منكوحه ولا معتدة، قالوا: يثبت

النسب منها بقولها. (ك)

(١٧) قوله: "ولا بد من تصديق هؤلاء [المقر لهم المذكورين. نت]" لأنهم في أيدي أنفسهم، فيتوقف نفاذ

التصرف وهو الإقرار على تصديقهم. (كافي)

وكذا يصح تصديق الزوجة^(١)؛ لأن حكم النكاح باقٍ^(٢)، وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها^(٣)، لأن الإرث^(٤) من أحكامه، وعند أبي حنيفة لا يصح^(٥)، لأن النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلها^(٦) عندنا، ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم حالة الإقرار^(٧)، وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار^(٨). قال^(٩): ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد، نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فإن كان له^(١٠) وارث معروف قريب^(١١)، أو بعيد^(١٢)، فهو أولى بالميراث من المقر له، لأنه لا يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه، لأن له ولاية التصرف^(١٣) في مال نفسه عند عدم الوارث^(١٤). ألا ترى أن له^(١٥) أن يوصى بجميعة^(١٦) عند عدم الوارث، فيستحق جميع المال، وإن لم يثبت نسبه منه^(١٧)، لما فيه

(١) أي بالزوجية بعد موت الزوج المقر. (٤)

(٢) قوله: "لأن حكم النكاح باقٍ" وهو العدة فإنها واجبة الثبوت بعد الموت، وهي من آثار النكاح، ألا ترى أنها تغسله بعد الموت لقيام النكاح. (٤)

(٣) الزوجة أي عند أبي يوسف ومحمد. (نت)

(٤) وهو مما يبقى بعد الموت. (نت)

(٥) أي تصديق الزوج بعد موتها.

(٦) بعد موتها. (نت)

(٧) قوله: "لأنه معدوم إلخ" لقائل أن يعارض فيقول: لا يصح التصديق على اعتبار العدة، لأنها معدومة حالة الإقرار، وإنما يثبت بعد الموت، والتصديق يستند إلى أول الإقرار.

ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالإجماع، فجاز أن يعتبر النكاح المعين قائماً باعتبارها، فكذا المقر به، وأما الإرث فليس بلازم له لجواز أن يكون المرأة كتابية، فلم يعتبر قائماً باعتباره. (٤)

(٨) قوله: "يستند إلى أول الإقرار" والإرث معدوم في تلك الحالة، فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الإرث المعلوم. (نت)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (نت)

(١٠) المقر.

(١١) كذوى الفروض والعصبات مطلقاً. (٤)

(١٢) قوله: "بعيد [كذوى الأرحام]" نحو أن يقر بأخ وولد عمه أو خالة، فالإرث لهما دونه، لأنه لا يملك إبطال حقهما في الإرث بصرفه إلى الغير. (كفاية)

(١٣) قوله: "لأن له [أي المقر] ولاية التصرف" يعني أن المقر أقر بشيئين بالنسب، وباستحقاق ماله بعده، والأول إقراره على غيره، وهو غير مسموع، والثاني على نفسه وهو مسموع. (٤)

(١٤) والغريم. (٤)

(١٥) أي المقر.

(١٦) أي المال.

(١٧) أي المقر.

من حمل النسب على الغير، وليست هذه^(١) وصية حقيقة حتى إن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال، ولو كان الأول وصية لاشتركا^(٢) نصفين لكنه^(٣) بمنزلته^(٤) حتى لو أقر في مرضه بأخ، وصدقه المقر له، ثم أنكر المقر قرابته، ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له، ولو لم يوص لأحد^(٥) كان^(٦) لبيت المال، لأن رجوعه صحيح^(٧)، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار. قال^(٨): ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه؛ لما بينا^(٩)، ويشاركه في الميراث؛ لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، والاشترار في المال، وله فيه ولاية، فيثبت^(١٠) كالمشترى إذا أقر على البائع بالعتق^(١١) لم يقبل إقراره^(١٢) عليه^(١٣)، حتى لا يرجع^(١٤) عليه^(١٥) بالثمن، ولكنه^(١٦) يقبل في حق العتق. قال^(١٧): ومن مات وترك ابنين، وله على آخر مائة درهم، فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر، وللآخر خمسون^(١٨)؛ لأن هذا إقرار بالدين على الميت^(١٩)، لأن الاستيفاء^(٢٠) إنما يكون بقبض مضمون^(٢١)، فإذا كذبه أخوه

(١) أي هذه الصورة يعنى الإقرار المذكور. (نت)

(٢) أي الأخ والموصى له.

(٣) الإقرار المذكور.

(٤) الوصية.

(٥) بعد الإنكار.

(٦) المال.

(٧) بمنزلة الرجوع عن الوصية. (كافى)

(٨) أي القدورى فى "مختصره". (نت)

(٩) من أن فيه حمل النسب على الغير.

(١٠) الاشتراك فى المال.

(١١) أى يعتق ما اشتراه من ذلك البائى. (نت)

(١٢) قوله: "لم يقبل إقراره" فى حق الرجوع بالثمن على البائع، حتى لا يرجع عليه بالثمن، لكونه إقراراً على الغير

فى حق الرجوع بالثمن، ولكن يقبل إقراره فى حق العتق حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه إقراراً على نفسه فى حق ذلك. (نت)

(١٣) المشتري.

(١٤) المشتري.

(١٥) البائى.

(١٦) أى إقرار المشتري.

(١٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٨) قوله: "وللآخر خمسون" بناء على ما ذكرناه من الإقرار على نفسه وعلى غيره، وهو الأخ والميت، فيصح

على نفسه، ولا يصح عليهما، ويحلف الأخ بالله ما نعلم أن أباه قبض منه الخمسين، ويقبض الخمسين من الغريم. (٤)

استغرق الدين نصيبه^(١)، كما هو المذهب عندنا^(٢)، غاية الأمر^(٣) أنهما^(٤) تصادقا على كون^(٥) المقبوض مشتركا بينهما، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم، ورجع الغريم على المقر، فيؤدى إلى الدور.

كتاب الصلح^(٦)

قال^(٧): الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار، و صلح مع سكوت، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر^(٨)، و صلح مع إنكار، وكل ذلك جائز لإطلاق

(١٩) أى الأب.

(٢٠) قوله: "لأن الاستيفاء" أى استيفاء الدين بقبض مضمون لما مر أن الديون تقضى بأمثالها، فيجب للمديون على صاحب الدين مثل مالصاحب الدين عليه، فيلتقيان قصاصاً. (نت)

(٢١) أى بقبض عين مضمون حتى يصير ديناً فيقاصان؛ لأن الديون تقضى بأمثالها. (ك)

(١) فإن إقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة. (نت)

(٢) قوله: "كما هو [من أنه إذا أقر بالدين على مورثه يقع على نصيبه فقط] المذهب عندنا" خلافاً للشافعي،

فعنده يشيم في النصفين. (ك)

(٣) قوله: "غاية الأمر إلخ" جواب سؤال مقدر، تقريره: أن جميع الدين كان مشتركاً بينهما، فكذلك كل جزء من أجزاءه يكون مشتركاً بينهما، فالأين المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من أجزاءه، والأين المقر وإن زعم أن بعض أجزاءه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك، فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المتبوض، فينبغي أن يكون ذلك بينهما نصفين، ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه.

فأجاب بأنهما وإن تصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لا يرجع على القابض بشيء، إذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك على زعمه أن أباه لم يقبض شيئاً من الغريم، وله تمام الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم أيضاً على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر، وبقاء ديناً على الميت بموجب إقراره، والدين مقدم على الإرث، فيؤدى إلى الدور. (نت)

(٤) أى المقر والمنكر.

(٥) على كون "أى على كون الخمسين التي يقبضها غير المقر مشتركاً بينهما، أما غير المقر فإنه يقول: الكل مشترك فيكون مقرراً بكون ما قبضه مشتركاً، وأما المقر فإنه يزعم أن الدين بهذا المقدار وهو مشترك. (ك)

(٦) قوله: "كتاب الصلح" وجه المناسبة في إرياده بعد الإقرار أن إنكار المقر سبب للخصومة، وهي تستدعى الصلح، وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه، وشرطه العقل لا البلوغ والحرية، وكون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتراض عنه، ولو كان غير مال كالقصاص. (معج)

قوله: "الصلح" ركنه: الإيجاب والقبول، وشرطه: أن يكون البديل، أى المصالح عليه مالا معلوماً إن احتيج إلى قبضه، وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعى. (ك)

قوله: "الصلح" هو اسم بمعنى المصالحة، وهو خلاف الخصامة، وأصله من الصلاح، وهو استقامة الحال، وفي الشريعة: عبارة عن عقد يرفع النزاع. (ك)

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) قوله: "وهو أن لا يقر إلخ" إيماء إلى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت،

لأن معنى مطلق السكوت هو أن لا يتكلم أصلاً. (نت)

قوله تعالى^(١): ﴿والصلح خير^(٢)﴾، ولقوله عليه السلام^(٣): «كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً».*

وقال الشافعي: لا يجوز^(٤) مع إنكار وسكوت لما روينا^(٥)، وهذا^(٦) بهذه الصفة لأن البدل^(٧) كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ^(٨)، فينقلب الأمر^(٩)، ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه، وهذه رشوة^(١٠).

ولنا: ما تلونا^(١١)، وأول ما روينا^(١٢)، وتأويل آخره^(١٣): أحل حراماً لعينه كالخمر^(١٤)، أو حرم حلالاً لعينه كالصلح^(١٥) على أن لا يظأ الضرة^(١٦)، ولأن هذا^(١٧)

(١) وهذا وإن نزل في صلح الزوجين لكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب.

(٢) قوله: "والصلح خير" عرفه بالألف واللام، فيقتضى أن يكون كل صلح خيراً، وكل خير مشروعاً. (ك)

(٣) قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" قلت: روى من حديث أبي هريرة رضى الله عنه، أخرجه أبو داود في

القضاء. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٧ ص ١٨٠. (نعيم)

(٤) أى الصلح.

(٥) قوله: "لما روينا" قلت: كان الأظهر أن يقول: لآخر ما روينا: لأن أوله حجة عليه. (نت)

(٦) أى الصلح مع إنكار أو سكوت.

(٧) أى بدل الصلح.

(٨) قوله: "حراماً على الآخذ" لأن المدعى عليه منكر ولم يثبت حق المدعى بالبينة، فيكون عليه حراماً. (مل)

(٩) قوله: "فينقلب الأمر" فيكون حراماً على الدافع، وحلالاً على الآخذ، أو نقول: إن المدعى إن كان محققاً كان

أخذ المدعى حلالاً قبل الصلح، وحرم عليه بالصلح، وإن كان مبطلاً كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراماً عليه قبل الصلح، وحل له بالصلح، فصار صلحاً أحل حراماً، وحرم حلالاً. (تبيين)

(١٠) أى كأنه رشوة، وهى حرام.

(١١) من الآية.

(١٢) قوله: "وأول ما روينا [من الحديث]" أقول: هذا ليس بصحيح لأن آخر الحديث مستثنى من أوله، وقد تقرّر

فى علم أصول الفقه أن ليس لأول الكلام فى صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره، بل لا يتم المعنى إلا بمجموع المستثنى والمستثنى منه، ويمكن أن يوجه بأن قوله: وتأويل آخره أحل حراماً إلخ متصل من حيث المعنى بقوله: وأول ما روينا، فحاصل الكلام أن لنا أول ما روينا مع تأويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل. (نت)

(١٣) قوله: "وتأويل آخره [أى آخر الحديث وهو قوله: إلا صلحاً أحل إلخ] أحل حراماً لعينه إلخ" حمله على هذا

أحق، لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه، والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، وما ذكره الشافعي غير متحمل، إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك، فإن الصلح يقع على بعض الحق عادة، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى

أخذه قبل الصلح، وحرم بالصلح، وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح، وقد حل بالصلح. (نت)

(١٤) والخنزير.

(١٥) بامرأته.

(١٦) دو زن يك مرد هر يكى ازان ضره است مرد ديگرى را. (من)

صلح بعد دعوى صحيحة^(١)، فيقضى بجوازه، لأن المدعى يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه، وهذا مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس^(٢)، ودفع الرشوة لدفع الظلم^(٣) أمر جائز^(٤).

قال^(٥): وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات^(٦) إن وقع عن مال^(٧) بمال؛ لوجود معنى البيع، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما، فيجربى فيه الشفعة إذا كان عقاراً^(٨)، ويرد بالعيب، ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية، ويفسده جهالة البدل^(٩)، لأنها هي المفضية إلى المنازعة^(١٠) دون جهالة المصالح عنه^(١١)، لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل^(١٢).

وإن وقع عن مال بمنافع^(١٣) يعتبر بالإجازات لوجود معنى الإجارة، وهو تمليك المنافع بمال، والاعتبار في العقود لمعانيها^(١٤)، فيشترط التوقيت^(١٥) فيها، ويبطل

(١٧) أى الصلح عن إنكار أو سكوت.

(١) ولهذا يستحان المدعى عليه.

(٢) وقاية هرجه بدان چیزی را نگاه دارند، ویناه دهند. (من)

(٣) وإنما حرم الرشوة لو دفع ليظلم غيره. (ك)

(٤) لأن المال خلق لصيانة الأنفس. (عینی)

(٥) أى القدرى فى "مختصره". (نت)

(٦) قوله: "فى البياعات" الكلام على حذف المضاف، أى فى بيع البياعات، والبياعة - بالكسر - مناع وكالای فروختی، كذا فى "منتهى الأرب".

(٧) أى عن دعوى مال.

(٨) أى ما أعطاه المدعى عليه.

(٩) أى المصالح عليه الذى يعطيه المدعى عليه.

(١٠) قوله: "لأنها [أى الجهالة] هى المفضية إلخ" لأنه يحتاج إلى قبضه، فلا بد من إعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة بينهما، فهذا لا يثبت الحيوان فيه ديناً فى الذمة، ولا يثبت الثياب فيه ديناً فى الذمة إلا موصوفاً موجلاً كما فى السلم. (ك)

(١١) قوله: "دون الجهالة المصالح عنه" كما يقول السفير بين المتخاصمين: كل دعوى لك على فلان صالحته على هذا المقدار. (عینی)

(١٢) قوله: "ويشترط القدرة إلخ" حتى لو صالح على عبد آبق لا يصح، كذا فى "النهاية". (ك)

(١٣) قوله: "بمنافع" أى إذا كان البدل المنافع بأن كان على رجل عشرة دراهم، فصالح من ذلك على منفعة الدار سنة، أو ركوب الدابة سنة ونحو ذلك (مل)

(١٤) قوله: "والاعتبار فى العقود لمعانيها" ولهذا كان البيع بالتعاطى صحيحاً، وكان الهبة بشرط العوض بيعاً، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالته، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة. (عینی)

(١٥) قوله: "فيشترط التوقيت [أى بيان المدة]" حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت إلى مدة معلومة جاز، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز. (عینی)

الصلح^(١) يموت أحدهما^(٢) في المدة لأنه^(٣) إجارة.

قال^(٤): والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، وفي حق المدعى المعنى المعاوضة؛ لما بينا^(٥)، ويجوز^(٦) أن يختلف حكم العقد^(٧) في حقهما^(٨)، كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين^(٩)، وغيرهما^(١٠)، وهذا في الإنكار ظاهر، وكذا في السكوت، لأنه يحتمل الإقرار، والجحود، فلا يثبت^(١١) كونه عوضاً في حقه^(١٢) بالشك.

قال^(١٣): وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة، قال^(١٤): معناه^(١٥) إذا كان عن إنكار أو سكوت، لأنه^(١٦) يأخذها^(١٧) على أصل حقه^(١٨)، ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعى^(١٩)، وزعم المدعى لا يلزمه^(٢٠)، بخلاف ما إذا صالح^(٢١) على دار

(١) قوله: "ويبطل الصلح إلخ" فيرجع المدعى في دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة. (مل)

(٢) متعاقدين.

(٣) أي لأن الصلح عن مال بمنافع.

(٤) أي القدرى. (عيني)

(٥) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن المدعى يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه.

(٦) قوله: "ويجوز أن يختلف حكم إلخ" فإن المدعى يزعم أنه محق في دعواه، والذي أخذه عوض حقه، والمدعى عليه يزعم أن المدعى مبطل في دعواه، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب عن نفسه، وليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين. (عيني)

(٧) أي عقد الصلح.

(٨) أي المدعى والمدعى عليه.

(٩) قوله: "كما يختلف حكم الإقالة إلخ" فإنها فسخ في حق المتعاقدين ببيع جديد في حق ثالث. (عيني)

(١٠) أي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة. (ع)

(١١) قوله: "فلا يثبت إلخ" لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضاً مع أن حمل السكوت على الإنكار أولى، لأن فيه تفرغ الذمة وهو الأصل. (عيني)

(١٢) المدعى عليه.

(١٣) أي القدرى. (عيني)

(١٤) أي المصنف. (عيني)

(١٥) أي معنى كلام القدرى. (عيني)

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) لأنه يشتربها.

(١٨) قوله: "لأنه يأخذها على أصل حقه" أي يبقبها في يده وملكه كما كانت. (ك)

(١٩) وهو ابتداء.

(٢٠) المدعى عليه.

حيث يجب فيها الشفعة، لأن المدعى يأخذها عوضاً عن المال، فكان معاوضة في حقه، فيلزمه الشفعة^(١) بإقراره وإن^(٢) كان المدعى عليه يكذبه.

قال^(٣): وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق^(٤) بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه^(٥) بحصة ذلك^(٦) من العوض^(٧)، لأنه^(٨) معاوضة مطلقة^(٩) كالبيع، وحكم الاستحقاق في البيع هذا^(١٠)، وإن وقع الصلح عن سكوت، أو إنكار، فاستحق المتنازع فيه رجع المدعى^(١١) بالخصومة^(١٢)، ورد العوض^(١٣)، لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له^(١٤)، فيبقى العوض^(١٥) في يده غير مشتمل على غرضه^(١٦)، فيسترده^(١٧).
وإن استحق^(١٨) بعض ذلك^(١٩) رد حصته^(٢٠)، ورجع بالخصومة فيه، لأنه خلا

(٢١) مع الإنكار.

(١) قوله: "فيلزمه الشفعة إلخ" فصار كأنه قال: اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر، فيجب فيها الشفعة. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) أي القدوري. (عين)

(٤) من يد المدعى عليه.

(٥) على المدعى.

(٦) المستحق.

(٧) أي بدل الصلح.

(٨) أي لأن الصلح عن إقرار.

(٩) أي في حقهما.

(١٠) أي بالرجوع بالحصّة من العوض.

(١١) أي على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه. (٤)

(١٢) مع المستحق.

(١٣) أي بدل الصلح.

(١٤) مع المدعى عليه.

(١٥) أي بدل الصلح. (ك)

(١٦) قوله: "غير مشتمل على غرضه [مدعى عليه]" لأن غرضه بقاء الدار على ملك المدعى عليه من غير خصومة خصم فيها. (ك)

(١٧) قوله: "فيسترده" كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل لغرض دفعه إلى رب الدين، ثم ادعى بنفسه قبل أداء الكفيل، فإنه يسترده لعدم اشتماله على غرضه. (عين)

(١٨) في الصلح عن إنكار وسكوت.

(١٩) أي المصالح عنه.

(٢٠) قوله: "رد حصته [من بدل الصلح]" أي رد المدعى حصة المستحق، ورجع بالخصومة على المستحق فيه، أي

العوض في هذا القدر عن الغرض^(١)، ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجوع بكل المصالح عنه^(٢)، لأنه مبادلة^(٣)، وإن استحق بعضه رجوع^(٤) بحصته^(٥)، وإن كان الصلح^(٦) عن إنكار أو سكوت رجوع إلى الدعوى في كله، أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه^(٧)، لأن المبدل فيه هو الدعوى^(٨)، وهذا^(٩) بخلاف ما إذا باع منه^(١٠) على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى^(١١)، لأن الإقدام على البيع إقرار منه^(١٢) بالحق له، ولا كذلك الصلح لأنه^(١٣) قد يقع لدفع الخصومة، ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم^(١٤)، فالجواب فيه^(١٥) كالجواب في الاستحقاق في الفصلين^(١٦).

قال^(١٧): وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه^(١٨)، فصولح من ذلك، ثم استحق

في أصل الدعوى، أما رجوعه فلأنه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده، وأما رد الحصة فدخلو إلخ. (٤)

(١) أى غرض المدعى عليه.

(٢) قوله: "رجع بكل المصالح عنه" هذا إذا كان نذل الصلح عيناً، وإن كان بدل الصلح ديناً كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون بغير أعيانها، أو ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق، ولكنه يرجع بمثله، لأنه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء، فصار كأنه لم يستوف بعد، كذا في شرح الطحاوى. (ك)

(٣) قوله: "لأنه [أى لأن الصلح عن الإقرار] مبادلة" لأن المدعى إنما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح، ولم يسلم، فيرجع بمبدله كما في البيع. (عيني)

(٤) من المدعى عليه.

(٥) أى بحصته البعض المستحق.

(٦) واستحق كل المصالح عليه أو بعضه.

(٧) أى بعض المصالح عليه.

(٨) قوله: "هو الدعوى" لأن المدعى ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البديل، فإذا لم يسلم له رجوع بالبديل، وهو

الدعوى. (زيلعى)

(٩) أى الرجوع بالدعوى.

(١٠) قوله: "ما إذا باع [المدعى عليه بعوض المدعى] منه إلخ" صورته ادعى على آخر داراً مثلاً، وأنكر المدعى عليه

ثم صالح من هذه الدعوى على عبد بلفظ البيع، بأن قال المدعى عليه للمدعى: بعث منك هذا العبد بهذه الدار صح الصلح، وهذا إقرار منه بالدار، ثم لو استحق العبد يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى. (ك)

(١١) لا بالدعوى.

(١٢) المدعى عليه.

(١٣) الصلح.

(١٤) إلى المدعى.

(١٥) الهلاك.

(١٦) قوله: "في الفصلين" أى فصل الإقرار والإنكار، فإن كان عن إقرار رجوع بعد الهلاك بالمدعى، وإن كان عن

إنكار رجوع بالدعوى. (عيني)

(١٧) أى القدورى. (عيني)

بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض؛ لأن دعواه يجوز أن يكون فيما بقي^(١)، بخلاف ما إذا استحق^(٢) كله^(٣)، لأنه يعرى العوض^(٤) عند ذلك عن شيء يقابله، فرجع^(٥) بكلمه^(٦) على ما قدمنا في البيوع^(٧).

ولو ادعى داراً، فصالح على قطعة^(٨) منها^(٩) لم يصح الصلح، لأن ما قبضه من عين حقه، وهو على دعواه في الباقي^(١٠)، والوجه^(١١) فيه^(١٢) أحد الأمرين، إما أن يزيد درهماً في بدل الصلح، فيصير ذلك^(١٣) عوضاً عن حقه فيما بقي، أو يلحق به^(١٤) ذكر البراءة عن دعوى الباقي.

فصل (١٥)

والصلح جائز^(١٦) عن دعوى الأموال؛ لأنه^(١٧) في معنى البيع^(١٨) على ما مر^(١٩)

(١٨) أى الحق.

(١) بعد الاستحقاق.

(٢) فيرد المدعى بدل الصلح.

(٣) أى جميع الدار.

(٤) أى بدل الصلح.

(٥) وفي نسخة: فيرجع أى المدعى عليه.

(٦) العوض.

(٧) أى فى آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع. (ك)

(٨) كبيت من بيوتها. (٤)

(٩) أى من الدار التي وقع فيها الدعوى. (ك)

(١٠) قوله: "وهو على دعواه في الباقي [من الدار]" ويقبل بينته لأنه استوفى بعض حقه، وأبرأ عن الباقي، والإبراء عن العين باطل، وكان وجوده وعدمه سواء، وذكر شيخ الإسلام أنه لا يسمع دعواه، وذكر صاحب "النهاية" أنه ظاهر الرواية. ووجهه أن الإبراء لاقي عيناً ودعوى، والإبراء عن الدعوى صحيح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذا العين صح، ولو ادعى بعد ذلك لم يسمع، وقيد بقوله: على قطعة منها، لأن الصلح إذا وقع على بيت معلوم من دار أخرى صح لكونه حينئذ بيعاً، وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه إجارة حتى يشترط كون المدة معلومة، ولو أراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له ذلك لو صول كل حقه إليه باعتبار بدله عيناً أو منفعة. (٤)

(١١) أى الحيلة. (٤)

(١٢) أى فى جواز هذا الصلح.

(١٣) الدرهم.

(١٤) قوله: "أو يلحق به [أى بهذا الصلح]. إلخ" فإن الإبراء عن الدعوى صحيح، وإن كان الإبراء عن العين لا يصح، فإن من قال لغيره: أبرأتك عن دعوى هذه العين يصح الإبراء، حتى لو ادعى بعد ذلك لا يسمع. (ك)

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من مقدمات الصلح وشرائطه، وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز. (نت)

(١٦) بمال. (٤)

والمنافع^(١١)، لأنها تملك بعقد الإجارة، فكذا بالصلح، والأصل أن الصلح يجب حملة على أقرب العقود إليه^(١٢)، وأشبهها^(١٣) به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد^(١٤) ما أمكن. قال^(١٥): ويصح عن جنابة العمد والخطأ^(١٦)، أما الأول^(١٧) فلقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع﴾ الآية، قال ابن عباس رضى الله عنه^(١٨): إنها نزلت فى الصلح^(١٩)، وهو^(٢٠) بمنزلة النكاح^(٢١)، حتى إن ما صلح مسمى^(٢٢) فيه صلح بدلا ههنا^(٢٣)، إذ كل واحد منهما^(٢٤) مبادلة المال بغير المال إلا^(٢٥) أن عند فساد التسمية ههنا^(٢٦) يصار إلى الدية^(٢٧)، لأنها^(٢٨) موجب الدم.

(١٧) أى لأن الصلح عن المال.

(١٨) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه.

(١٩) فى أول كتاب الصلح.

(١) قوله: والمنافع "أى والصلح أيضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار، فحجده الوارث أو أقر به، وصالحه على شيء جاز، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة، فكذا بالصلح. (عينى)

(٢) قوله: "يجب حملة إلخ" أقول: لقائل أن يقول: قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانيين، ويجوز كما صرحوا به، فإمكان حمل مثله على شيء من العقود غير ظاهر. (نت)

(٣) أى العقود.

(٤) وفى نسخة: العاقل.

(٥) أى القدرى. (عينى)

(٦) على النفس وما دونها. (تبيين)

(٧) أى الصلح عن جنابة العمد.

(٨) قوله: "قال ابن عباس رضى الله عنه" وروى عن جماعة منهم عمر رضى الله عنه أن الآية فى عفو بعض الأولياء، وتقديره فمن عفى له، وهو القاتل، من أخيه، فى الدين وهو المقتول شيء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقيين ما لا هو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع بالمعروف، أى يقدر حقوقهم من غير زيادة، أو أداء إليه بإحسان، أى وليؤد القاتل إلى غير العافى حقه وإفيا غير ناقص، كذا فى التفسير. (ك)

(٩) قوله: "فى الصلح" أى عن دم العمد، ومعنى الآية: فمن عفى له، أى أعطى له من أولياء المقتول، من دم، أخيه المقتول بسهولة بطريق الصلح، شيء، فاتباع، أى فلولى القتل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف، أى بحسن معاملة، وأداء إليه، أى على المصالح أداء ذلك إلى ولي القتل بإحسان فى الأداء. (عينى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٢، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤٧ ص ١٨٠. (نعيم)

(١٠) أى الصلح عن جنابة العمد.

(١١) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن جنابة العمد.

(١٢) مهراً.

(١٣) أى فى الصلح عن جنابة العمد.

(١٤) أى من النكاح والصلح جنابة العمد.

(١٥) لكن.

ولو صالح^(١) على خمر^(٢) لا يجب شيء، لأنه^(٣) لا يجب بمطلق العفو^(٤)،
وفى النكاح يجب مهر المثل فى الفصلين، لأنه الموجب الأصلى^(٥)، ويجب^(٦) مع
السكوت عنه^(٧) حكماً^(٨)، ويدخل فى إطلاق جواب الكتاب^(٩) الجناية فى النفس
وما دونها، وهذا^(١٠) بخلاف الصلح عن حق الشفعة^(١١) على مال^(١٢) حيث لا
يصح^(١٣) لأنه حق الملك^(١٤)، ولا حق فى المحل قبل التملك^(١٥).
أما القصاص فملك المحل^(١٦) فى حق^(١٧) الفعل^(١٨)، فيصح الاعتياض عنه^(١٩)،

(١٦) بجهالة فاحشة كما إذا صالح على ثوب أو دابة.

(١٧) قوله: "يصار إلى الدية" أى فى مال القاتل، لأن بدل الصلح لا يتحملة العاقلة لوجوبه بعقده. (٤)

(١٨) أى الدية.

(١) عن جناية العمد.

(٢) وكل مال ليس بمال متقوم.

(٣) أى المال.

(٤) قوله: "لأنه لا يجب إلخ" يعنى لما لم يسم مالا متقوماً فى الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت
عنه سواء، فبقى مطلق العفو عن القصاص، وفى ذلك لا يجب شيء، فكذا فى ذكر الخمر فى الصلح. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [مهر المثل] الموجب الأصلى إلخ" وتحقيقه أن المهر من ضرورات عقد النكاح، فإنه ما شرع إلا
بالمال، فإذا لم يكن المسمى صالحاً صار كما لو لم يسم مهراً، فوجب مهر المثل، وأما الصلح فليس من ضرورات وجوب
المال، فإنه لو عفى بلا تسمية شيء لم يجب شيء، وفيه نظر لأن العفو لا يسمى صلحاً، والجواب أن الصلح على ما لا
يصلح بدلا عفو لمن له الحق، فصح أن وجوبه ليس من ضروراته. (٤)

(٦) مهر المثل.

(٧) أى عن ذكر المهر.

(٨) من الشارح.

(٩) قوله: "فى إطلاق جواب الكتاب [قال القدورى: والصلح جائز عن دعوى الأموال والمنافع وجنابة العمد
والخطأ]" هو قوله: ويصح عن جنابة العمد والخطأ. (عينى)

(١٠) أى الصلح عن جنابة العمد. (٤)

(١١) قوله: "بخلاف الصلح عن حق إلخ" هو أن يصلح الشفيع على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري. (عينى)

(١٢) قوله: "على مال" احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معلوم، فإن الصلح من الشفيع فيه
جائز، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، فإنه لا يصح، فإن حصته مجهولة لكن لا يبطل شفيعته،
لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الأخذ بالشفعة. (عينى)

(١٣) هذا الصلح، فيبطل الشفعة ولا يجب المال.

(١٤) فى المبيع.

(١٥) قوله: "ولا حق إلخ" أى لا حق للشفيع فى الدار المشتراة قبل أن يأخذه بالشفعة أصلاً، وأخذ البديل أخذ مال
فى مقابلة ما ليس بشيء ثابت فى المحل، وذلك رشوة حرام. (عينى)

(١٦) النفس.

وإذا لم يصح الصلح^(١) تبطل الشفعة لأنه تبطل بالإعراض والسكوت .
والكفالة بالنفس^(٢) بمنزلة حق الشفعة^(٣) حتى لا يجب المال بالصلح عنه^(٤)
غير أن في بطلان الكفالة روايتين^(٥) على ما عرف^(٦) في موضعه .
وأما الثاني وهو جنابة الخطأ، فلأن موجبها^(٧) المال، فيصير^(٨) بمنزلة البيع، إلا
أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية، لأنه مقدر شرعاً، فلا يجوز إبطاله، فيرد
الزيادة^(٩)، بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لأن
القصاص ليس بمال، وإنما يتقوم^(١٠) بالعقد، وهذا^(١١) إذا صالح على أحد مقادير
الدية^(١٢)، أما إذا صالح على غير ذلك^(١٣) جاز، لأنه^(١٤) مبادلة بها^(١٥)، إلا أنه يشترط
القبض^(١٦) في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين^(١٧) بدين^(١٨) .

(١٧) قوله: "في حق الفعل" أي ليس هو مملوكاً من كل وجه بل في حق الاستيفاء فقط، فلهذا لو قتل أحد القتال
ليس للولي أن يطالبه بشيء. (مل)

(١٨) أي في حق إقائة فعل القصاص.

(١٩) قوله: "فيصح الاعتياض عنه" لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحل، فكان صحيحاً. (عيني)

(١) عن حق الشفعة.

(٢) قوله: "والكفالة بالنفس الخ" يعني إذا كفّل عن نفس رجل، فجاء المكفول له، وصالح الكفيل على شيء من
المال على أن يأخذه المكفول له، ويخرج الكفيل من الكفالة لا يصح الصلح. (٤)

(٣) أي في عدم جواز الصلح.

(٤) أي عن الكفالة بالنفس.

(٥) قوله: "روايتين" في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل، وبه يفتي وهو رواية أبي حفص،
وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل، فوجه البطلان هو أن السقوط لا يتوقف على العوض، فإذا أسقطه لا يعود.

وفي رواية الكفالة بخلافها، فوجهه أن الكفالة بالنفس سبب من الوصول إلى المال، فأخذ حكمه من هذا الوجه، فإذا
رضى بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجاناً، كذا في "الإيضاح" و"الذخيرة". (نهاية)

(٦) أي في "المسوط". (ميرجان)

(٧) جنابة الخطأ.

(٨) هذا الصلح.

(٩) على قدر الدية.

(١٠) القصاص.

(١١) أي عدم جواز الصلح على الزائد عن قدر الدية.

(١٢) قوله: "مقادير الدية" الدية ألف دينار من الذهب وعشرة آلاف درهم من الفضة، ومائة من الإبل فقط. غرر]

أي أنواع الدية كالإبل والذهب والفضة. (عيني)

(١٣) كالمكيل والموزون.

(١٤) أي الصلح.

(١٥) أي الدية.

(١٦) أي قبض بدل الصلح.

ولو قضى القاضى ^(١) بأحد مقاديرها ^(٢)، فصالح على جنس آخر منه بالزيادة جاز ^(٣)، لأنه تعين الحق بالقضاء، فكان مبادلة، بخلاف الصلح ابتداء، لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء ^(٤) في حق التعيين، فلا يجوز الزيادة على ما تعين ^(٥). قال ^(٦): ولا يجوز الصلح من دعوى حد ^(٧)، لأنه حق الله تعالى، لا حقه، ولا يجوز ^(٨) الاعتياض من حق غيره، ولهذا ^(٩) لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها ^(١٠)، لأنه حق الولد لا حقها.

وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره ^(١١) إلى طريق العامة ^(١٢)؛ لأنه حق العامة، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد منه ^(١٣)، ويدخل في إطلاق الجواب ^(١٤) حد

(١٧) أى دين الدية.

(١٨) بدل الصلح.

(١) قوله: "ولو تضى القاضى إلخ" صور أن يقضى القاضى بألف دينار، وصالح على خمسة عشر ألف درهم جاز، لأنه مبادلة خمسة عشر ألف درهمًا بألف دينار. (مل)

(٢) أى الدية.

(٣) أى الصلح.

(٤) قوله: "بمنزلة القضاء" ولو قضى القاضى بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز، فكذا هذا. (ع)

(٥) بالشرع.

(٦) أى القدرى. (عنى)

(٧) قوله: "من دعوى حد" صورته رجل أخذ زانياً أو سارقاً، أو شارب خمر، وأراد أن يرافعه إلى الحاكم، فصالح المأخوذ على مال على أن لا يرافعه إلى السلطان فالصلح باطل، ويرجع عليه بما دفع من المال، وكذلك لو ادعى رجل على رجل قذفاً، فصالح المدعى عليه بدراهم على أن يعفو عنه، فالصلح باطل. (كفاية)

(٨) فيرد ما أخذه.

(٩) أى لعدم جواز الاعتياض عن حق الغير. (عنى)

(١٠) قوله: "إذا ادعت المرأة إلخ" أى إذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بأن قالت: إنه ابنه، ووجد الرجل، فصالح من النسب على شىء فالصلح باطل، لأن النسب ثبت حقاً للولد لا احتياجه إليه لا حقاً لها، فلا تملك الاعتياض لإستقاطه. (ك)

(١١) قوله: "عما أشعره [أى أخرجه، وأحدثه، وأظهره] إلخ" أى لو كان لرجل ظلة، أو كنيف على طريق العامة، فخصمه رجل، وأراد طرحه، فصالحه على مال لا يجوز، لأن الحق فى الشارع لجماعة المسلمين، فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد، وإنما يكون لكل واحد حق الخصومة فى الدفع والمنع حسبة. (ك)

(١٢) قوله: "إلى طريق العامة" قيد به لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ، فصالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح، لأن الطريق مملوكة لأهلها، فيظهر فى حق الأفراد والصلح معه مفيد، لأنه يسقط حقه، ويتوصل إلى تحصيل رضا البقين، فجاز كما فى "الإيضاح". (ك)

(١٣) قوله: "واحد إلخ" قيد بقوله: واحد على الانفراد، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم لترك الظلة جاز إذا كان فى ذلك صلاح للمسلمين، ويضعها فى بيت المال، لأن اعتياض الإمام عن الشركة العامة جائز. (عنى)

القذف^(١)، لأن المقلب فيه حق الشرع^(٢).

قال^(٣): وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحا، وهي^(٤) تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز^(٥) وكان في معنى الخلع^(٦)؛ لأنه أمكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه، وفي جانبها^(٧) بذلا للمال لدفع الخصومة، قالوا: لا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى^(٨) إذا كان مبطلا في دعواه.

قال^(٩): وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز^(١٠)، قال^(١١): هذا ذكره في بعض نسخ المختصر^(١٢)، وفي بعضها قال: لم يجز^(١٣)، وجه الأول^(١٤) أن يجعل^(١٥) زيادة في مهرها^(١٦)، وجه الثاني أنه بذل لها المال لتترك الدعوى، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة، فالزوج^(١٧) لا يعطى العوض في الفرقة^(١٨)، وإن لم يجعل^(١٩) فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، فلا شيء يقابله

(١٤) هو قوله: ولا يجوز من دعوى حد.

(١) قوله: "حد القذف" لو صالح القاذف مع المقذوف بشيء على أن يعفو عنه، ولا يخاصمه فهو باطل. (تبيين)

(٢) ولهذا لا يجوز عفو ولا يورث بخلاف القصاص. (٤)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي المرأة.

(٥) الصلح.

(٦) قوله: "وكان في معنى الخلع" لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع. (تبيين)

(٧) أي المرأة.

(٨) هذا عام في جميع أنواع الصلح. (ك)

(٩) أي القدوري. (عيني)

(١٠) الصلح.

(١١) أي المصنف.

(١٢) أي مختصر القدوري.

(١٣) هذا الصلح.

(١٤) أي جواز الصلح.

(١٥) قوله: "أن يجعل زيادة إلخ" كأنه زاد في مهرها، ثم خالها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون

الزيادة. (كافي)

(١٦) لأنه لا وجه لأخذها إلا بهذا الوجه.

(١٧) قوله: "فالزوج" فلا عوض في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة إذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه

شيء. (تاج الشريعة)

(١٨) قوله: "لا يعطى إلخ" إذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة، وإنما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن

الزوج. (ك)

العوض فلم يصحح (١).

قال (٢): "وإن ادعى على رجل (٣) أنه عبده فصالحه (٤) على مال أعطاه جاز، وكان في حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال؛ لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه (٥) في حقه لزعمه، ولهذا (٦) يصح على حيوان (٧) في الذمة إلى أجل (٨)، وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه (٩) يزعم أنه حر الأصل فجاز، إلا أنه لا ولاء له لإنكار العبد إلا أن يقيم (١٠) البينة (١١)، فتقبل ويثبت الولاء (١٢).

قال (١٣): "وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح (١٤) عن نفسه، وإن قتل عبداً له رجلاً عمداً، فصالح (١٥) عنه (١٦) جاز، ووجه الفرق (١٧) أن

(١٩) قوله: "وإن لم يجعل [أى الفرقة] إلخ" أى إن لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى، وتكون هى على دعواها، فلا يكون ما أخذته عوضاً عن شئ، فلا يجوز، لأنه رشوة محضه من غير دفع خصومة، ويلزمها رده. (ك)
(١) قوله: "فلم يصح [أى الصلح فيلزمها رده]" لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهى لم تترك الدعوى، لأن الفرقة لم توجد، فكان دعواها فى زعمها على حالها لبقاء النكاح، فلم يفد: دفع المال فائدة، فلا يجوز. (عيني)

(٢) القدورى. (عيني)

(٣) مجهول لحال.

(٤) بعد الإنكار.

(٥) قوله: "على هذا الوجه" لأنه أقرب العقود إليه شبيهاً بالعتق على مال، فيجعل فى معناه. (عيني)

(٦) قوله: "وهذا" إيضاح لقوله: وكان فى حق المدعى بمنزلة الإعتاق على مال. (مل)

(٧) قوله: "يصح [أى الصلح] على إلخ" ولو كان مبادلة لما صح ألا ترى أنه لا يصح السلم فى الحيوان، أما الإعتاق على حيوان، فصحيح، فعلم أنه بطريق الإعتاق على مال. (عيني)

(٨) قوله: "إلى أجل" للتأكيد فإن ما لا يثبت ديناً فى الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم كما فى السلم والسلم لا يجوز فى الحيوان، فيكون ذكر الأجل مؤكداً لنفى وجوب الحيوان ديناً فى الذمة. (ك)

(٩) المدعى عليه.

(١٠) بعد الصلح.

(١١) على أنه عبداً.

(١٢) قوله: "ويثبت الولاء" لأنه صالحه على مال بعد كونه عبداً له، فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مال، فيثبت

الولاء. (عيني)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) قوله: "لم يجز له أن يصالح [على مال، سواء كان عليه دين أو لا. ع]" وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب، فإنه لو قتل عمداً رجلاً، وصالح من نفسه جاز، وأجيب بأن المكاتب حر، وأكسبه له، بخلاف المأذون له، فإنه عبداً من كل وجه، وكسبه لمولاه. (ع)

(١٥) على مال.

(١٦) أى عن العبد القاتل.

(١٧) بين المسألتين.

رقبته ليست من تجارته، ولهذا لا يملك التصرف فيها^(١) بيعاً^(٢)، فكذا^(٣) استخلاصاً^(٤) بمال المولى، وصار كالأجنبي^(٥)، أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه^(٦) بيعاً، فكذا استخلاصاً، وهذا^(٧) لأن المستحق كالزائل عن ملكه، وهذا^(٨) شراءه فيملكه^(٩).

قال^(١٠): ومن غصب^(١١) ثوباً يهودياً^(١٢) قيمته دون المائة فاستهلكه، فصالحه منها^(١٣) على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة. وقالوا: يبطل المفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس^(١٤) فيه لأن الواجب هي القيمة وهي مقدره فالزيادة عليها تكون ربا. بخلاف ما إذا صالح على عرض^(١٥)، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس^(١٦)، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه^(١٧)، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يظهر الزيادة. ولأبي حنيفة: أن حقه^(١٨) في الهالك باق حتى لو كان^(١٩) عبداً، وترك المولى

(١) أى فى رقبته.

(٢) قوله: "بيعاً" أى من حيث البيع قيد به لأنه يملك التصرف فيه بإجارة. (مل)

(٣) لا يملك.

(٤) أى استخلاص رقبته.

(٥) قوله: "وصار كالأجنبي [أى صار العبد المأذون له كالأجنبي]" فى حق نفسه، لأن نفسه مال المولى والأجنبي

إذا صالح عن مال مولاه بغير إذنه لا يجوز، فكذا هذا. (عينى)

(٦) أى فى عبده.

(٧) أى جواز تصرفه فى عبده استخلاصاً.

(٨) أى استخلاصه بالصلح.

(٩) قوله: "فيملكه" بخلاف نفسه، فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه، فكذا لا يملك الصلح. (عينى)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "ومن غصب إلخ" قيد بالغصب لأنه المحتاج إلى الصلح غالباً، وقيد بالقيمي، أى الثوب، احترازاً عن

الثلثي، فإن الصلح عن كر حنطة عل دراهم، أو دنانير جائز بالإجماع، سواء كانتا أكثر من قيده أم لا، لكن القبض شرط

وإن كانتا بأعيانهما لئلا يلزم الكالئ بالكالئ. وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما،

وقيد بالاستهلاك لأن المغصوب إذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع. (٤)

(١٢) قوله: "ثوباً يهودياً" هذا وضع المسألة فى الجامع، وأما رضع المسألة فى الأصل ففى العبد، ويهود قوم ينسب

إليهم الثياب، كذا فى النهاية، ونقل العينى عن الكاكى أن لفظ يهود اسم موضع ينسب إليه الثوب المعلوم القيمة. (مل)

(١٣) أى من قيمته.

(١٤) أى الغبن الفاحش.

(١٥) قوله: "على عرض قيمته" زائدة على قيمة المغصوب المستهلك.

(١٦) فلا يكون ربا.

(١٧) أى الغبن اليسير.

أخذ القيمة يكون الكفن عليه^(١)، أو حقه^(٢) في مثله صورةً ومعنى^(٣)، لأن ضمان العدوان بالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فقبله إذا تراضيا على الأكثر^(٤) كان اعتياضاً^(٥)، فلا يكون ربا، بخلاف الصلح^(٦) بعد القضاء^(٧)، لأن الحق قد انتقل إلى القيمة^(٨).

قال^(٩): وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما، وهو^(١٠) موسر، فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته^(١١)، فالفضل باطل، وهذا بالاتفاق^(١٢) أما عندهما فلما بينا^(١٣). والفرق^(١٤) لأبي حنيفة أن القيمة في العتق منصوص عليها^(١٥)، وتقدير

(١٨) أى المالك.

(١٩) المغصوب الهالك.

(١) قوله: "يكون الكفن عليه" تبين بهذا أن المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه، فكان الصلح واقعاً عن ملكه فى الثوب المستهلك، ولا ربا بين الثوب والدرهم. (ك)

(٢) قوله: "أو حقه [أى المالك] إلخ" هذا هو الوجه الثانى لأبى حنيفة، وهو أن حق المالك فى مثل المغصوب صورة ومعنى، وإيجاب الثوب والحيوان ممكن فى الذمة كما فى النكاح والدية، وإنما ينتقل حقه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل لعجز من له، ومن عليه عن رعاية المائلة، فأما لا ضرورة فى إيجاب المثل، لأن الله تعالى عالم بذلك، فما لم يقض القاضى بالقيمة بقى المثل واجباً فى الذمة، فقبل قضاء القاضى بالقيمة إذا تراضيا على الأكثر كان بدل الصلح عوضاً عن ملكه، أو عن المثل صورة، ومعنى لا عن القيمة، فلا يتحقق الربا كما إذا كان العبد أو الثوب قائماً. (ك)

(٣) قوله: "فى مثله [أى الهالك] إلخ" يعنى أن الواجب فى ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى، وهذا الحق يتصور فى القيميات، فالوجه لأبى حنيفة أن هذا اعتاض عن الثوب والحيوان حكماً، فيجوز بالغاً ما بلغ، كالاكتياض عن الثوب القائم، والحيوان القائم حقيقة. وإنما قلنا: إن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكماً، لأن الواجب فى ربة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه، لأنه ضمان عدوان، فيكون مفيداً بالمثل، والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى، ولهذا كان الواجب من جنسه فى غير الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات.

وإيجاب الحيوان والثوب فى الذمة ممكن كما فى النكاح والدية إلا عند الأخذ بالقيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم، والأخذ والدافع لا يعرزان حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش، ولا ضرورة فى الوجوب، لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى، والله تعالى أعلم بذلك، فصح ما ادعينا أن هذا اعتياض عن الثوب والحيوان، فيجوز كيف ما كان. (نت)

(٤) من القيمة.

(٥) عن حقه.

(٦) على الأكثر من القيمة.

(٧) بالقيمة.

(٨) فيكون الزيادة ربا.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) أى المعتق.

(١١) أى العبد.

(١٢) بين أصحابنا الثلاثة.

الشرع لا يكون دون تقدير القاضى، فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم^(١) لأنها^(٢) غير منصوص عليها^(٣)، وإن صالحه^(٤) على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل^(٥).

باب التبرع^(٦) بالصلح والتوكيل^(٧) به^(٨)

قال^(٩): «ومن وكل رجلاً بالصلح عنه، فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه^(١٠) إلا أن يضمنه^(١١)، والمال لازم للموكل^(١٢)، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد^(١٣)، أو كان الصلح على بعض ما يدعيه^(١٤) من الدين، لأنه^(١٥) إسقاط محض، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً، فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح^(١٦). إلا أن يضمنه

(١٣) فى المسألة المتقدمة من أنه يبطل الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا.

(١٤) بين المسألين.

(١٥) قوله: «منصوص عليها» لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم

عليه نصيب شريكه». (عينى)

(١) أى الثوب المستهلك.

(٢) القيمة.

(٣) فلم يقم فيه دلالة التقدير.

(٤) المعتقد.

(٥) عن اختلاف الجنس فلا يتحقق الربا.

(٦) قوله: «باب التبرع [على المدعى عليه] إلخ» التبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به، هو الصلح عنه بأمره، والتوكيل المذكور فى العنوان مصدر مبنى للمفعول، فيرجع إلى معنى التوكيل، وهو تصرف للغير، وفائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هى الإيماء إلى أن المراد التوكيل الحاصل بالتوكيل، وهو التوكيل بأمر الغير الذى هو الموكل، لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير، وهو التبرع بالصلح، فيندفع به توهم الاستدراك. (نت)

(٧) لما كان تصرف المرء لنفسه أصلاً قدمه على التصرف للغيره. (نهاية)

(٨) أى الصلح.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: «ما صالح عنه» أى عن وكل، وهذا فى رواية المصنف، وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه. (٤)

(١١) للذى صالحه. (ك)

(١٢) قوله: «لازم للموكل» أى على الموكل كما فى قوله: «وإن أسأمت فلها» أى عليها. (٤)

(١٣) قوله: «إذا كان الصلح إلخ» هذا إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسألة بذلك، فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح لجرىانه قطعاً فى غير ذلك كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس، والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالنكاح والحلم وغيرهما. (نتائج)

(١٤) المدعى.

(١٥) أى هذا الصلح.

(١٦) فإنه سفير ومعبر، فلا يلزمه شيء. (عينى)

لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح، أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع^(١)، فيرجع الحقوق إلى الوكيل، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل.

قال^(٢): وإن صالح عنه رجل بغير أمره، فهو على أربعة أوجه: إن صالح بمال وضمنه تم الصلح؛ لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة، وفي حقها^(٣) الأجنبي والمدعى عليه سواء، فصلح أصيلاً^(٤) فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع^(٥) إذا ضمن البذل^(٦)، ويكون^(٧) متبرعاً على المدعى عليه^(٨)، كما لو تبرع بقضاء الدين. بخلاف ما إذا كان^(٩) بأمره^(١٠)، ولا يكون لهذا المصالح^(١١) شيء من المدعى، وإنما ذلك للذي في يده، لأن تصحيحه^(١٢) بطريق الإسقاط^(١٣)، ولا فرق^(١٤) في هذا^(١٥) بين ما إذا كان مقراً أو منكراً^(١٦).

(١) قوله: "فهو بمنزلة البيع" هذا إذا كان الصلح عن إقرار، وأما إذا كان الصلح عن إنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شيء. (ك)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) براءة.

(٤) أي صلح الأجنبي أن يكون أصيلاً في هذا الصلح.

(٥) من جانب المرأة. (٦)

(٦) أي بدل الخلع.

(٧) المصالح الأجنبي.

(٨) لا يرجع عليه بشيء.

(٩) الصلح.

(١٠) أي المدعى عليه فإنه لا يصير متبرعاً بل يرجع.

(١١) الأجنبي.

(١٢) أي الصلح.

(١٣) قوله: "بطريق الإسقاط [لا بطريق المبادلة. ع]" أي إسقاط المدعى عن المدعى عليه، والمسقط يكون متلاًشياً فلا يثبت له شيء. (ك)

(١٤) لأنه يصير متبرعاً عليه بهذا العقد. (ك)

(١٥) أي أن المصالح لا يملك المدعى.

(١٦) قوله: "بين ما إذا كان [أي المدعى عليه] إلخ" أما إذا كان منكراً فظاهر، لأن في زعمه أن لا شيء عليه، وزعم المدعى لا يتعدى إليه، وأما إذا كان مقراً فلأن المصالح كان ينبغي أن يصير مشترياً ما في ذمته بما أدى، إلا أن شراء الدين من غير من عليه الدين تملكه من غير من عليه الدين وهو لا يجوز، وهذا بخلاف ما إذا كان المدعى به عيناً، والمدعى عليه مقراً، فإن المصالح يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره، لأن العين يصح شراؤه من المالك وإن كان في يد غيره، وأما شراء الدين من صاحبه لا يجوز، لأنه يصير تملك الدين من غير من عليه الدين. (مل)

وكذلك^(١) إذا قال^(٢): صالحتك على ألفى هذه، أو على عبدى هذا صح الصلح، ولزمه تسليمه^(٣)؛ لأنه لما أضافه^(٤) إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه^(٥)، فصح الصلح. وكذلك^(٦) لو قال^(٧): على ألف وسلمها؛ لأن التسليم إليه^(٨) يوجب سلامة العوض له^(٩)، فيتم العقد^(١٠) لحصول مقصوده^(١١).

ولو قال^(١٢): صالحتك على ألف، فالعقد موقوف^(١٣)، فإن أجازته المدعى عليه جاز ولزمه الألف، وإن لم يجزه بطل؛ لأن الأصل فى العقد إنما هو المدعى عليه، لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولى يصير أصيلاً^(١٤) بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه، فإذا لم يصف بقى عاقداً من جهة المطلوب، فيتوقف على إجازته^(١٥).

قال^(١٦): ووجه آخر^(١٧) أن يقول: صالحتك على هذه الألف، أو على هذا العبد^(١٨)، ولم ينسبه إلى نفسه، لأنه لما عينه للتسليم صار شرطاً سلامته^(١٩) له^(٢٠)، فيتم بقوله^(٢١): ولو استحق العبد^(٢٢) أو وجد^(٢٣) به عيباً فرده، فلا سبيل له^(٢٤) على

(١) أى يصح الصلح هذا هو الوجه الثانى من الوجوه الأربعة.

(٢) الفضولى.

(٣) أى الألف أو العبد.

(٤) أى الصلح.

(٥) أى المال المعقود عليه.

(٦) أى يصح الصلح، وهذا هو الوجه الثالث.

(٧) الفضولى.

(٨) المدعى.

(٩) المدعى.

(١٠) أى عقد الصلح.

(١١) وهو سلامة العوض للمدعى.

(١٢) قوله: "ولو قال: صالحتك إلخ" هذا هو الوجه الرابع من الوجوه الأربعة. (عينى)

(١٣) قوله: "فالعقد موقوف" هذا اختيار بعض المشايخ، وقال بعضهم بل ينفذ فيها على المصالح، وإنما يتوقف فى

قوله: صالح فلاناً على ألف درهم من دعوتك على فلان. (ك)

(١٤) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر على الأصيل.

(١٥) المطلوب.

(١٦) أى المنصف.

(١٧) أى غير الوجوه التى ذكرها.

(١٨) يصح الصلح.

(١٩) المصالح عليه.

(٢٠) المدعى.

(٢١) المصالح.

(٢٢) قوله: "ولو استحق العبد" أى الذى صالحه عليه فى هذه الصورة.

المصالح، لأنه^(١) انزمت الإيفاء من محل بعينه، ولم يلتزم شيئاً سواه^(٢)، فإن سلم
المحل له^(٣) تم الصلح. وإن لم يسلم لم يرجع^(٤) عليه^(٥) بشيء، بخلاف ما إذا
صالح^(٦) على دراهم مسماة^(٧) وضمنها ودفعها، ثم استحقت أو وجدها^(٨) زيوفاً
حيث يرجع^(٩) عليه^(١٠)، لأنه^(١١) جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان^(١٢)، ولهذا يجبر
على التسليم^(١٣)، فإذا لم يسلم له^(١٤) ما سلمه^(١٥) يرجع^(١٦) عليه^(١٧) ببذله
باب الصلح في الدين^(١٨)

قال: وكل شيء وقع عليه^(١٩) الصلح^(٢٠)، وهو مستحق^(٢١) بعقد المداينة^(٢٢) لم

(٢٣) المدعى.

(٢٤) المدعى.

(١) مصالح.

(٢) أي سوى ما عين.

(٣) المدعى.

(٤) لكن يرجع بدعواه. (كافي)

(٥) المصالح.

(٦) الفضولي.

(٧) معينة.

(٨) المدعى.

(٩) المدعى.

(١٠) المصالح.

(١١) أي لأن المصالح.

(١٢) فصار ديناً في ذمته حيث ضمنه.

(١٣) قوله: "يجبر على التسليم" أي يجبر المصالح على تسليم الدراهم إذا ضمنها بخلاف ما إذا لم يضمن

حيث لا يجبر. (عيني)

(١٤) المدعى.

(١٥) المصالح.

(١٦) المدعى.

(١٧) المصالح.

(١٨) قوله: "باب الصلح في الدين" لما ذكر الصلح من عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم صلح خاص من

الدعوى، وهو دعوى الدين، لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم. (نهاية)

(١٩) قوله: "وكل شيء وقع عليه [هذه مسألة مختصر القدوري] إلخ" صورته باع ثوباً معيناً مثلاً بعشرة دراهم،

وافترقا من غير قبض الدراهم من غير ذكر الأجل، ثم تصالحا على خمسة دراهم فإنه يجوز، وإن افترقا من غير قبض بدل

الصلح الذي هو خمسة دراهم، لأن هذا الصلح محمول على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه.

وإنما قيدنا بقولنا: من غير ذكر الأجل فإنه لو كانت له ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لم يجز على ما

يحمل على المعاوضة^(١)، وإنما يحمل^(٢) على أنه استوفى بعض حقه، وأسقط باقيه، كمن له على آخر ألف درهم، فصالحه على خمسمائة.

وكمن له على آخر ألف جياذ^(٣)، فصالحه على خمسمائة زيوف^(٤) جاز^(٥)، فكأنه أبرأه عن بعض حقه، وهذا^(٦) لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضاءه إلى الربا، فجعل إسقاطاً للبعض^(٧) في المسألة الأولى^(٨)، وللبيع والصفة في الثانية^(٩). ولو صالح^(١٠) على ألف مؤجلة جاز، وكأنه^(١١) أجل نفس الحق؛ لأنه لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز، فحملناه على التأخير^(١٢)، ولو صالحه على دنانير إلى شهر^(١٣) لم يجوز، لأن الدنانير غير مستحقة^(١٤) بعقد المدائنة، فلا يمكن حمله على التأخير^(١٥)، ولا وجه له

يجيء في الكتاب، وإنما حمل هذا على الإسقاط دون المبادلة لأن مبادلة العشرة بالخمسة لا يجوز، فيكون مسقطاً بعض الحق بغير عوض، وذلك صحيح مع ترك القبض فيما بقي. (مل)

(٢٠) أى هو بدل الصلح.

(٢١) قوله: "وهو مستحق إلخ" يعنى ما وقع عليه الصلح وهو بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه بالعقد الذى جرى بينهما بطريق المدائنة، وإنما قال: وهو مستحق بعقد المدائنة والحكم فى الغصب والإنلاف كذلك، لأن الأصل هو الواجب بالسبب المشروء، فلذلك وضع المسألة فيه. (مل)

(٢٢) قوله: "المدائنة" مدائنة باكسى قرض دادن وچيزى بوام بكسى فروختن. (م)

- (١) لما فيه من الربا.
- (٢) أى الصلح.
- (٣) حالة من ثمن متاع باعه.
- (٤) قوله: "على خمس مائة زيوف" حالة أو مؤجلة جاز، فيجعل مسقطاً للقدر والصفة، ومستوفياً لبعض حقه أو مؤخراً لأن من استحق الجياذ يستحق الزيوف. (تبيين)
- (٥) الصلح.
- (٦) أى عدم الحمل على المعاوضة.
- (٧) أى بعض الدين.
- (٨) أى مسألة مصالحة الألف بخمس مائة.
- (٩) أى مصالحة الألف الجياذ بخمس مائة زيوف.
- (١٠) أى من له على آخر ألف درهم.
- (١١) أى الصلح.
- (١٢) للدين.
- (١٣) أى مؤجلاً إلى شهر.
- (١٤) قوله: "غير مستحقة" لأن من له الدراهم لا يستحق الدنانير، فكان معوضة وهو صرف، فلا يجوز تأجيله. (تبيين)
- (١٥) قوله: "فلا يمكن حمله [الأجل] على التأخير [أى تأخير الحق]" لأن حق الطالب كان فى الدراهم لا فى الدنانير. (عيني)

سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نساءً^(١) لا يجوز^(٢)، فلم يصح الصلح.
قال^(٣): ولو كانت له ألف مؤجلة، فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز؛
لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير^(٤) مستحق بالعقد، فيكون^(٥) بأزاء ما حطه
عنه، وذلك^(٦) اعتياض عن الأجل وهو حرام.

وإن كان له ألف سود^(٧)، فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز؛ لأن البيض
غير مستحقة^(٨) بعقد المدائنة وهي زيادة وصف، فيكون معاوضة الألف بخمسمائة
وزيادة وصف، وهو ربا، بخلاف ما إذا صالح عن الألف البيض على خمسمائة
سود^(٩)، لأنه إسقاط بعض حقه قدرًا ووصفًا.

وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين^(١٠) وهو^(١١) أجود، لأنه معاوضة المثل
بالمثل، ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس^(١٢)، ولو كان عليه ألف

(١) أى بالأجل والتأخير.

(٢) لأنه يؤدي إلى الربا.

(٣) أى القدرى. (عنى)

(٤) قوله: "وهو غير إلخ" يعنى أن المعجل لم يكن مستحقًا بالعقد حتى يكون استيفاء لبعض حقه، وهو خير من
النسيئة لا محالة، فيكون خمس مائة فى مقابلة خمس مائة مثله فى الدين، وصفة التعجيل فى مقابلة خمس مائة الباقى،
وذلك اعتياض عن أجل، وهو حرام. (٤)
(٥) الأجل.

(٦) قوله: "وذلك اعتياض إلخ" وهذا لأن الأجل صفة كالجودة، والاعتياض عن الجودة لا يجوز، فكذا عن
الأجل، ألا ترى أن الشرع حرم ربا النسيئة، وليس فيه إلا مقابلة المال بالأجل شبهة، فلأن يكون مقابلة المال بالأجل حقيقة
حرماً أولى. والأصل فيه أن الإحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولاً على المعاوضة كهذه المسألة، فإن الدائن أسقط
من حقه خمس مائة والمديون أسقط حقه فى الأجل فى الخمس مائة الباقية، فيكون معاوضة، بخلاف ما إذا صالح من
ألف على خمس مائة، فإنه يكون محمولاً على إسقاط بعض الحق دون المعاوضة، لأن الإحسان لم يوجد إلا من طرف
رب الدين. (ك)

(٧) قوله: "ألف سود [أى الدراهم المضروبة إلى السواد]" يريد بالسود ما كانت الفضة فيه أكثر من الغش.
(مضمرات)

(٨) فلا يكون أخذ بعض الحق وترك الباقى.

(٩) حيث يجوز.

(١٠) قوله: "ما إذا [حيث يجوز] إلخ" معناه على ما قال فى "الكافى": ولو كان له عليه ألف درهم غلة، فصالحه
منها على ألف درهم جيد حالة، فإن قبض قبل أن يفترقا جاز، وإن تفرقا قبل القبض بطل، وهذا جواب سؤال مقدر، وهو
أنه إذا كان حقه ألف درهم نسيئة فصالحه على ألف درهم نسيئة وهو أجود من النسيئة جاز الصلح والزيادة موجودة
له. (ميرجان)

(١١) أى بدل الصلح لا الدين.

(١٢) لأنه بمنزلة بيع الصرف.

درهم ومائة دينار، فصالح على مائة درهم حالة، أو إلى شهر صح الصلح، لأنه أمكن أن يجعل إسقاطاً للدنانير كلها والدرهم إلا مائة، وتأجيلاً للباقي^(١)، فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد^(٢)، ولأن معنى الإسقاط فيه^(٣) ألزم^(٤).

قال^(٥): ومن له على آخر ألف درهم، فقال: أد إلى غداً منها خمسمائة على أنك برىء من الفضل ففعل^(٦)، فهو برىء^(٧). فإن لم يدفع^(٨) إليه الخمسمائة غداً عاد عليه الألف، وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يعود عليه^(٩)؛ لأنه إبراء مطلق^(١٠)، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً^(١١) حيث ذكره بكلمة على^(١٢)، وهى للمعاوضة^(١٣)، والأداء^(١٤) لا يصلح عوضاً^(١٥) لكونه مستحقاً عليه^(١٦)، فجرى وجوده^(١٧) مجرى عدمه، فبقى الإبراء مطلقاً فلا يعود^(١٨)، كما إذا بدأ بالإبراء^(١٩).

(١) أى المائة.

(٢) وتحزوا عن الربا.

(٣) أى فى هذا الصلح.

(٤) قوله: "ألزم" لأن الصلح عبارة عن الخطيئة والخط فى هذا أكثر، فيكون معنى الإسقاط فيه ألزم.

(٥) أى القدورى. (عينى).

(٦) المديون.

(٧) قوله: "فهو برىء [من الفضل]" قيل معناه فهو برىء فى الحال، ويجوز أن يكون معناه، فأدى إليه ذلك غداً

فهو برىء من الباقي. (عناية)

(٨) المديون.

(٩) الألف.

(١٠) ثبت البراءة مطلقاً أعطى أو لم يعط.

(١١) عن الإبراء.

(١٢) قوله: "بكلمة على" قلت: الباء فى بكلمة على فى قوله: حيث ذكره بكلمة على للمقابلة، كما فى قولك:

بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمس مائة بمقابلة كلمة على التى للمعاوضة. (نت)

(١٣) أى أداء الخمس مائة.

(١٤) قوله: "والأداء لا يصلح إلخ" لأنه واجب عليه قبل الصلح، وهو لم يذكر للإبراء عوضاً سواه، والعوض هو

المستفاد بالعقد، ولم يستفد شيئاً، فصار وجوده كعدمه، فحصل الإبراء مطلقاً. (تبيين)

(١٥) فإن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها.

(١٦) قوله: "لكونه مستحقاً عليه [المديون]" أى قبل الصلح بحكم المداينة، والعوض ما يجب بالشرط وأداء

الخمس مائة غداً كان واجباً قبل الشرط، فلم يصح الشرط لعدم الفائدة، فبقى الإبراء مطلقاً. (ك)

(١٧) أى وجود جعل الأداء عوضاً. (ع)

(١٨) الألف.

ولهما: أن هذا إبراء مقيد^(١) بالشرط، فيفوت^(٢) بفواته^(٣) لأنه بدأ بأداء الخمسمائة^(٤) في الغد^(٥)، وأنه يصلح غرضاً حذار^(٦) إفلاسه^(٧)، أو توسلاً إلى تجارة أربح منه، وكلمة على إن كانت للمعاوضة^(٨)، فهي محتملة للشرط^(٩) لوجود معنى المقابلة^(١٠) فيه^(١١)، فيحمل عليه^(١٢) عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه، أو لأنه متعارف^(١٣)، والإبراء^(١٤) مما يتقيد بالشرط^(١٥)، وإن^(١٦) كان لا يتعلق به^(١٧) كالحوالة^(١٨)، وسنخرج البداية بالإبراء^(١٩) إن شاء الله تعالى.

(١٩) قوله: "كما إذا بدأ بالإبراء" بأن قال: أبرأتك عن خمس مائة من ألف على أن تؤدي إلى غداً خمس مائة (عيني)

(١) لا مطلق. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الشرط.

(٤) قوله: "لأنه بدأ إلخ" فكأنه قال: إن أديت إلى نصفها غداً فأنت برىء. (أعظمي)

(٥) فصلح أن يكون شرط من حيث المعنى.

(٦) أي حذاراً عن فوت الكل عند إفلاسه. (ك)، حذار بكسر أول: ترسيدين وخوف. (غياث)

(٧) المدعى عليه.

(٨) وضعاً.

(٩) قوله: "فهي محتملة [مجازاً] للشرط" لوجود معنى المقابلة فيه بيان مجوز الاستعارة وهو أن في المعاوضة مقابلة العوض بالعوض، وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط، فجاز أن تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه، فيحمل الكلام على القلب تصحيحاً للشرط عند تعذر الحمل على الظاهر، وبدلالة حال المتكلم إذ مقصوده الحمل على الأداء. (مل)

(١٠) فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين.

(١١) الشرط.

(١٢) الشرط.

(١٣) قوله: "أو لأنه [الشرط] متعارف [في على]" الأقرب أن يكون قوله: لأنه متعارف معطوفاً على الأقرب وهو قوله: تصحيحاً لتصرفه وإن كان الظاهر من كلام أكثر الشراح أن يكون معطوفاً على قوله: لوجود إلخ، فمعنى كلام المصنف: فيحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة، لتصحيح تصرف العاقل، أو لأن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف، فيكون قوله: لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجاوز، ويكون قوله: تصحيحاً لتصرفه، وقوله: أو لأنه متعارف بياناً للعلاقة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين. (نت)

(١٤) قوله: "والإبراء إلخ" هذا جواب عما يقال: أن تعليق الإبراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفيل: إذا أديت، أو متى أديت إلى خمس مائة فأنت برىء من الباقي باطل بالاتفاق، والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف يكون جائزاً. (عيني)

(١٥) قوله: "مما يتقيد إلخ" التفاوت بين المقيد بالشرط والمعلق به، أن البراءة في صورة التقيد موجودة، ولا كذلك في التعليق، لأن المعلق بالشرط لا وجود له قبل وجود الشرط، أما المقيد فهو موجود إلا أنه إذا لم يوجد الشرط ينعدم، والبراءة ههنا موجودة، ولهذا لا يتمكن من مطالبة الألف في اليوم والغد، إلا أنه إذا انعدم الشرط ينعدم. (كافي)

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) قوله: "وإن كان لا يتعلق به" الفرق بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابت لفظاً ومعنى، أما لفظاً فهو أن التقييد

قال^(١): وهذه المسألة^(٢) على وجوه^(٣): أحدها: ما ذكرناه، والثاني: إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلى غداً وأنت برىء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلى غداً فالألف عليك على حاله، وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد، فيعمل به.

والثالث^(٤): إذا قال: أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً فالإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط، لأنه أطلق الإبراء أولاً^(٥)، وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضاً مطلقاً^(٦)، ولكنه يصلح شرطاً^(٧)، فوقع الشك في تقييده^(٨) بالشرط، فلا يتقيد به^(٩)، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة^(١٠) لأن الإبراء^(١١) حصل مقرونًا به^(١٢)، فمن حيث إنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً، فلا يثبت الإطلاق بالشك فافتراقاً^(١٣).

بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحاً والتعليق به يستعمل فيه ذلك، وأما معنى فلأن في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضة أن يزول إن لم يوجد الشرط وفي التعليق الحكم غير ثابت في الحال، وهو بعرضة أن يثبت عند وجود الشرط. (عناية)

(١٨) قوله: "كالحالة" فإنها براءة ثابتة في الحال مقيدة بشرط أداء المختال عليه، وليست بمعلقة عليه حتى ما بقي حق المطالبة ما دام المختال عليه حياً من الخيل، ولو لم يوجد الشرط ومات المختال عليه مفلساً عاد الدين إلى ذمة الخيل. (مل)

(١٩) قوله: "وستخرج البداية إلخ" هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله: كما إذا بدأ بالإبراء يعنى نذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله: والثالث إذا قال: أبرأتك إلخ. (عيني)

(١) أى المصنف.

(٢) إشارة إلى قوله: ومن له على آخر إلخ.

(٣) الخمسة.

(٤) قوله: "والثالث إلخ" هذا هو الموعود باستخراج الجواب، وهذا مبنى على أن الثابت أولاً لا يزول بالشك. (٤)

(٥) حيث قدمه.

(٦) قوله: "لا يصلح عوضاً مطلقاً" كما مر في بيان الوجه الأول المذكور في الكتاب] لأن العوض ما لا يكون حاصله، وههنا أداء الخمسمائة حاصل له لأنه واجب عليه بدون إبراء بعضه. (ن)

(٧) مفيداً لزوال الإطلاق.

(٨) قوله: "فوقع الشك في تقييده" أى في تقييد الإبراء بالشرط بعد ما أطلق الإبراء لأن أداء الخمس مائة إن صلح مفيداً من حيث إنه يصلح شرطاً لا يصلح مقيداً من حيث إنه يصلح عوضاً، فوقع الشك في التقييد، فلا يثبت بالشك. (ك)

(٩) ولا يبطل من وقوع الشك لأنه الثابت أولاً والثابت أولاً لا يزول به.

(١٠) كما هو الوجه الأول.

(١١) قوله: "لأن الإبراء إلخ" أى لأن الإبراء حصل مقيداً بأداء خمس مائة وباعتبار صلاحيته شرطاً لا عوضاً وقم الشك في إطلاق الإبراء، فلا يثبت الإطلاق بالشك. (ك)

(١٢) أى بأداء خمس مائة.

والرابع: إذا قال: أدّ إلى خمسمائة على أنك برىء من الفضل، ولم يوقت للأداء وقتاً، وجوابه أن يصح الإبراء ولا يعود الدين، لأن هذا إبراء مطلق، لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون^(١) للأداء غرضاً صحيحاً، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان، فلم يتقيد^(٢) بل يحمل على المعاوضة، ولا يصلح^(٣) عوضاً، بخلاف ما تقدم^(٤) لأن الأداء في الغد غرض صحيح.

والخامس: إذا قال^(٥): إن أديت إلى خمسمائة^(٦)، أو قال: إذا أديت، أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء، لأنه علقه^(٧) بالشرط صريحاً، وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى المليك^(٨)، حتى ترتد^(٩) بالرد، بخلاف ما تقدم^(١٠) لأنه ما أتى بصريح الشرط، فحمل على التقييد به^(١١).

قال^(١٢): ومن قال لآخر: لا أقر لك بمالك حتى تؤخره^(١٣) عني، أو تحط عني، ففعل جاز عليه^(١٤)؛ لأنه^(١٥) ليس بمكره^(١٦)، ومعنى المسألة إذا قال^(١٧) ذلك سرّاً، أما

(١٣) أي الوجهان وهو ما إذا بدأ بالإبراء، وما إذا بدأ بأداء الخمس مائة

(١) قوله: "لأنه لما لم يوقت إلخ" يعني أن أداء الخمس مائة لا يصلح عوضاً، وكذا لا يصلح غرضاً صحيحاً لما لم يقبده بزمان معين فيلغو ذكره. (ك)

(٢) الإبراء.

(٣) الأداء.

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم" وهو ما إذا وقت الأداء وقتاً كما في قوله: أدّ إلى غداً منها خمس مائة على أنك

برىء من الفضل. (عيني)

(٥) بأن علق صريحاً.

(٦) فإنت برىء من الفضل.

(٧) الإبراء.

(٨) قوله: "لما فيها [أي البراءة] إلخ" يعني أن الإبراء إسقاط حتى لا يتوقف على القبول، وفيه معنى التملك

حتى يرتد بالرد، وتعليق التملك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الإسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز، ففي الإبراء المشتمل المعينين، قلنا: يصح إذا لم يصرح بالشرط ولا يصح إذا صرح بالشرط عملاً بالشهين. (ك)

(٩) البراءة.

(١٠) من الوجه الأول.

(١١) الشرط.

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) أي المال.

(١٤) قوله: "جاز عليه" أي جاز هذا التصرف وهو التأخير أو الحط عليه، أي نافذ ولازم عليه، حتى إن بعد التأخير

لا يتمكن من المطالبة في الحال، وفي الحط لا يتمكن من مطالبة لما حط به. (ن)

(١٥) رب الدين.

إذا قال علانية يؤخذ^(١) به^(٢).

فصل في الدين المشترك^(٣)

وإذا كان^(٤) الدين بين شريكين^(٥)، فصالح أحدهما من نصيبه^(٦) على ثوب^(٧)، فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه^(٨)، وإن شاء أخذ نصف الثوب، إلا أن يضمن له^(٩) شريكه^(١٠) ربع الدين.

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما^(١١) شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، لأنه^(١٢) ازداد بالقبض^(١٣)، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد^(١٤) والثمرة^(١٥) فله حق المشاركة، ولكنه^(١٦) قبل المشاركة^(١٧) باقٍ على ملك القابض، لأن العين غير

(١٦) لأنه يمكنه دفع هذا بإقامة البينة أو بالتحليف. (ك)

(١٧) المديون.

(١) أى يؤخذ المقر بالمال فى الحال لأنه إقرار منه بالحق.

(٢) أى بجميع المال. (٤)

(٣) قوله: "فصل فى الدين المشترك" آخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد. (عيني)

(٤) هذا من مسائل القدورى. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا كان الدين إلخ" وضع المسألة فى الدين لأن فى العين بين الشريكين كالدار إذا صالح أحدهما من نصيبه على شىء لم يشرك الآخر فيه. (ك)

(٦) قوله: "فصالح إلخ" قيد بالصلح من نصيب أحدهما لأنه إذا اشترى أحدهما بنصيبه سلعة لم يشرك الآخر فيها بل على ما يجىء. (ن)

(٧) قوله: "على ثوب" قيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض، وهو قوله: إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين. (ك)

(٨) دين.

(٩) قوله: "إلا أن يضمن له [غير المصالح] إلخ" استثناء من قوله: فشريكه بالخيار، يعنى إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك الغير المصالح الخيار، لأن حقه فى الدين، ولا يكون له سبيل فى الثوب. (عيني)

(١٠) المصالح.

(١١) أى بطريق الاستيفاء. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه [أى الدين] ازداد" أى لأن الدين قبل القبض وصف شرعى وبعد القبض صار عيناً منتفعاً قابلاً للتصرف، فالدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً أو منقوداً. (عيني)

(١٣) لأن للنقد مزية على النسيئة. (ك)

(١٤) فى الجارية المشتركة.

(١٥) أى فى الشجر المشترك، وهى مشتركة بين الشريكين.

(١٦) قوله: "ولكنه [أى المقبوض] قبل إلخ" هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: لو كانت زيادة الدين

الدين حقيقة، وقد قبضه بدلاً عن حقه، فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه^(١)، ويضمن لشريكه حصته. والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد، كضمن المبيع إذا كان صفقة واحدة^(٢)، وضمن المال المشترك^(٣) والمورث بينهما^(٤)، وقيمة المستهلك المشترك.

فإذا عرفت هذا نقول: في مسألة الكتاب^(٥) له^(٦) أن يتبع الذي عليه الأصل^(٧)، لأن نصيبه^(٨) باقٍ في ذمته^(٩)، لأن القابض^(١٠) قبض نصيبه لكن له^(١١) حق المشاركة، وإن شاء أخذ نصف الثوب^(١٢)، لأن له^(١٣) حق المشاركة إلا أن يضمن

بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل أن يختار الشريك مشاركته، كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر. (عيني)

(١٧) أي قبل أن يختار الشريك مشاركته.

(١) أي في المقبوض كالهبة وقضاء دين غريمه.

(٢) قوله: "كضمن المبيع إذا كان صفقة واحدة" بأن جمع اثنان عبيد لكل واحد منهما عبد، وباعا صفقة واحدة، فيكون ثمنهما على الاشتراك، وإن اختص كل واحد من العبيد بأحدهما. (ك)

قوله: "إذا كان صفقة واحدة" قيد الصفقة بالواحدة احترازاً عما إذا كان عبيد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمس مائة، وباع الآخر نصيبه منه بخمس مائة، وكتبنا عليه صكاً واحداً بألف درهم، ثم قبض أحدهما منه شيئاً 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 يكتفى بقوله: إذا كان صفقة واحدة، بل ينبغي أن يزداد على هذا، ويقال: إذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفقته، لأنهما لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة، ونصيب فلان خمس مائة، ثم قبض أحدهما منه شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه، لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما، ولعل المصنف إنما ترك ذكره لأن شرط الاشتراك، وهو في بيان حقيقته. (ع)

(٣) أي بين الاثنين، بأن باعاً عبداً مشتركاً وبينهما صفقة واحدة. (ك)

(٤) بأن مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه. (ك)

(٥) أي مختصر القدرى.

(٦) أي للشريك الغير المصالح.

(٧) أي المديون.

(٨) أي الغير المصالح.

(٩) أي المديون.

(١٠) أي المصالح.

(١١) أي الغير المصالح.

(١٢) قوله: "وإن شاء [أي الغير المصالح] أخذ الخ" فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له حق المشاركة في الثوب؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة، وفي المعاوضة المحضة لا سبيل للشريك على الثوب، كذا ههنا. قلنا: قد ذكر في "مبسوط خواهر زادة" أن الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة الأحكام استيفاء لعين الحق في بعض الأحكام، وأما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لبعض الحق بوجه ما. (ك)

له^(١) شريكه ربع الدين ، لأن حقه^(٢) في ذلك^(٣) .

قال^(٤) : ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض ؛ لما قلنا^(٥) ، ثم يرجعان على الغريم بالباقي ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة .

قال^(٦) : ولو اشترى أحدهما^(٧) بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه^(٨) أن يضمه ربع الدين ، لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كمالاً^(٩) ، لأن مبني البيع على المماكسة^(١٠) ، بخلاف الصلح^(١١) لأن مبناه^(١٢) على الأغماض والحطيطة^(١٣) ، فلو أزمناه دفع ربع الدين يتضرر به^(١٤) ، فيتخير القابض^(١٥) ، كما ذكرناه^(١٦) .

قوله : "أخذ نصف الثوب" ثم يرجعان بالباقي على الغريم ، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة . (ع)

قوله : "نصف الثوب" ونصف الثوب قدر ربع الدين ، لأن الثوب صولح عليه بنصف الدين ، فيكون الثوب قدر نصف الدين ، ونصف النصف ربع لا محالة . (عيني)

(١٣) أى لغير المصالح .

(١) أى لغير المصالح .

(٢) أى لغير المصالح .

(٣) أى الدين .

(٤) أى القدورى فى "مختصره" . (عيني)

(٥) قوله : "لما قلنا [إشارة إلى قوله : لأنه ازداد بالقبض . ك] من إن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض . (عيني)

(٦) أى القدورى فى "مختصره" . (عيني)

(٧) أى الشريكين من الغريم .

(٨) قوله : "كان لشريكه إلخ" بيان هذا أن أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على من اشترى سلعة مثل ما وجب له فى ذمة المديون ، فالتقيا قصاصاً ، فصار كأنه قبض نصف الدين ، فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك ، فكذا هذا . (عيني)

(٩) أى من غير حطيطة .

(١٠) مماكسة : تشويش كردن در بيع وكم كردن در ثمن . (من)

(١١) قوله : بخلاف الصلح "يعنى إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع إليه نصف الثوب ، وإن شاء دفع إليه ربع الدين . (عيني)

(١٢) الصلح .

(١٣) فكان المصالح بالصلح أبرأه عن بعض نصيبه ، وقبض البعض .

(١٤) أى المصالح ، لأنه لم يستوف نصف الدين كمالاً .

(١٥) قوله : "فيتخير القابض" أى بين أن يدفع نصف المصالح عليه ، أو ربع الدين . (كفاية)

(١٦) أشار به إلى قوله : إلا أن يضمن له شريكه .

ولا سبيل^(١) للشريك^(٢) على الثوب في البيع^(٣)، لأنه ملكه بعقده^(٤)، والاستيفاء^(٥) بالمقاصة^(٦) بين ثمنه وبين الدين، وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا^(٧)، لأن حقه في ذمته^(٨) باق، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة، فله أن لا يشاركه^(٩)، فلو سلم له^(١٠) ما قبض^(١١)، ثم نوى ما على الغريم^(١٢) له^(١٣) أن يشارك القابض، لأنه^(١٤) إنما رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم.

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه^(١٥) من قبل^(١٦) لم يرجع عليه^(١٧) الشريك، لأنه قاضي بنصيبه لا مقتضى^(١٨)، ولو أبرأه عن نصيبه^(١٩) فكذلك^(٢٠)، لأنه^(٢١) إتلاف،

(١) قوله: "ولا سبيل إلخ" حاصله أن القابض لا يجبر على شركة الثوب الحاصل من بيع المديون منه. (مل)

(٢) أى الغير القابض.

(٣) أى فى صورة البيع.

(٤) قوله: "لأنه [أى لأن الذى اشتري بنصيبه من الدين] ملكه بعقده" أى بعقد البيع لا بسبب الدين، لأن عقد الشراء ثبت للملك بنفسه، فيستغنى عن قيام الدين السابق، ولا كذلك عقد الصلح. (ك)

(٥) قوله: "والاستيفاء [أى الدين] إنما صار مستوفى مقبوضاً من حيث المقاصة دون القبض الصريح" إلخ "هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: هب أنه ملكه بعقده، ولكن إنما كان يبيع دين مشترك، وذلك يقتضى الاشتراك فى المقبوض، فكيف تقولون: لا سبيل للشريك على الثوب فى البيع. فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة، إذ البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشتري، والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا تنافى ذلك لأن النقود عيناً كانت أو ديناً لا تتعين فى العقود. (نتائج)

(٦) قوله: "بالمقاصة إلخ" فإن قيل: إن قسمة الدين قبل القبض لا يصح، وفى المقاصة بدينه الخاص يلزمه قسمة الدين قبل القبض. قلنا: قسمة الدين قبل القبض إنما لا يجوز قصداً، أما ضمناً فجائز، وههنا وقعت قسمة الدين فى ضمن صحة الشراء كما وقعت فى المسألة الأولى فى ضمن صحة المصالحة. (ن)

(٧) قوله: "فى جميع ما ذكرنا" أى صورة الصلح على الثوب، وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير، وصورة شراء السلعة. (عينى)

(٨) غريم.

(٩) أى الشريك الغير القابض.

(١٠) أى للقابض.

(١١) قوله: "ما قبض" وهو الثوب الذى هو بدل الصلح أو الثوب المشتري، أو الدراهم والدنانير المأخوذة. (مل)

(١٢) أى هلك، بأن مات مفلساً.

(١٣) أى للشريك الغير القابض.

(١٤) أى لأن الشريك الغير القابض.

(١٥) أى على أحد الشريكين.

(١٦) قوله: "من قبل" أى من قبل الدين المشترك، بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقا. (عينى)

(١٧) أى على ذلك الشريك.

وليس بقبض، ولو أبرأه^(١) عن البعض كانت قسمة الباقي^(٢) على ما بقي من السهام، ولو أخر أحدهما^(٣) عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق^(٤)، ولا يصح عندهما^(٥)، لأنه^(٦) يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض^(٧).
ولو غصب أحدهما^(٨) عيناً منه^(٩)، أو اشتراه شراء فاسداً، وهلك^(١٠) في يده فهو قبض^(١٦)، والاستتجار بنصيب قبض^(١٢)، وكذا الإحراق^(١٣) عند محمد، خلافاً

(١٨) قوله: "لأنه قاض [أى مؤد دين الغريم] بنصيبه لا مقتض [أى مستوفى]" لأن آخر الدينين يصير قضاء عن أولهما، لأن القضاء لا يسبق الوجوب. (ك)

(١٩) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون.

(٢٠) أى لا يرجع عليه بشيء.

(٢١) أى لأن الإبراء.

(١) أى لو أبرأ أحد الشريكين المديون بعض نصيبه. (عيني)

(٢) قوله: "كانت قسمة الباقي [أى باقى الدين] على ما بقى إلخ" أى إذا كان الدين بين الشريكين نصفين، فأبرأه أحدهما عن نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقي أثلاثاً، لأنه بقى ربه، وللآخر نصف. (شرح الوقاية)

(٣) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن المديون عن نصيبه.

(٤) يعنى أن التأخير إبراء مقيد، فيصح كالإبراء المطلق.

(٥) قوله: "ولا يصح عندهما" هذا الاختلاف فى إنشاء التأخير، وأما إذا أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل إلى سنة، وأنكر الآخر صح إقرار المقر فى نصيبه بالإجماع. (ن)

(٦) أى لأن تأخير أحد الشريكين عن نصيبه.

(٧) قوله: "يؤدي إلى قسمة الدين إلخ" إنما قلنا: إن هذا قسمة لأن نصيب أحدهما يصير مخالفاً لنصيب الآخر فى الوصف والحكم، أما فى الوصف فلأنه يقال لأحد النصيبين: حال، وللآخر مؤجل، وأما فى الحكم فلأن للباكت أن يطالب المديون بنصيبه فى الحال، والمؤخر لا، والقسمة ليست إلا أن يصير أحد النصيبين مخالفاً للآخر، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز، لأن القسمة تميز، وما فى الذمة لا يتصور فيه التمييز. ولأن فى القسمة تملك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضاً عما يملكه عليه، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، لأن فى ذلك نقلاً للوصف من محل إلى محل آخر قصداً، والانتقال على الأوصاف محال، والدين وصف شرعى فى الذمة يظهر أثره عند المطالبة.

والفرق لأبى حنيفة ومحمد بين الإبراء الموقت والمؤبد حيث قالوا بصحة الإبراء هو أنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء أصلاً، والقسمة إنما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما، وفى التأخير بقى نصيب كل واحد منهما فى أصل الدين على حاله حتى إن الآخر إذا قبض نصيبه، ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض، ويكون ما بقى مشتركاً بينهما. (ك)

(٨) الشريكين.

(٩) أى المديون.

(١٠) المغصوب أو المشتري.

(١١) قوله: "فهو قبض" لأن ضمان الهلاك قصاص بقدره من الدين، وهو آخر الدينين، فيعتبر قضاء الأول، فكأنه

قبض نصيبه من الدين المشترك، فللآخر أن يرجع عليه بربه الدين. (مل)

(١٢) قوله: "والاستتجار إلخ" أى إن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين وقبض، كان للساكت أن

يأخذ منه ربه الدين. (عيني)

لأبي يوسف^(١)، والتزوج به^(٢) إتلاف^(٣) في ظاهر الرواية، وكذا الصلح عليه^(٤) عن جنابة العمد^(٥).

قال^(٦): وإذا كان السلم^(٧) بين شريكين، فصالح أحدهما عن نصيبه^(٨) على

رأس المال^(٩) لم يجز^(١٠) عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز الصلح^(١١)، اعتباراً بسائر الديون، وبما إذا اشترى عبداً، فأقال أحدهما في نصيبه^(١٢)، ولهما أنه لو جاز^(١٣) في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة^(١٤)، ولو جاز^(١٥)

(١٣) قوله: "وكذا الإحراق" أي لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين، فنجد محمد هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالب بربع الدين، لأن الإحراق إتلاف مال مضمون، فيكون كالغصب، فيجعل المحرق مقتضياً، وقال أبو يوسف: لا يرجع عليه بشيء، لأنه متلف نصيبه بما صنع. (عيني).

(١) قوله: "خلاقاً لأبي يوسف" قيل: صورة المسألة المختلف فيها ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون، فأحرقه، وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه، فإن للشريك أن يتبع المحرق بالإجماع، لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب. (ك)

(٢) قوله: "والتزوج به إلخ" يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضاً للدين بل هو إتلاف في ظاهر الرواية، واحترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف أنه يرجع بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة. وجه الظاهر أنه لم يسلم له شيء يمكن المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة، فلم يظهر معنى الزيادة، فصار كما لو أبرأ. (عيني).

(٣) قوله: "إتلاف" أي التزوج بنصيبه من الدين إتلاف حتى لا يرجع الآخر على المتزوج، وإنما قيد بنصيبه لأنه لو تزوج أحد الشريكين المديونة على خمس مائة، ونصيبه خمس مائة، ولكن لم تضاف إلى الدين، فإنه ثمة يتبع الساكت الزوج، لأن الزوج صار مستوفياً نصيبه بطريق المقاصة، فيرجع الساكت عليه، ولا كذلك إذا أضاف العقد إلى الدين، لأن النكاح تعلق به، فيسقط بنفس القبول، فصار بمنزلة الإبراء، وهناك لا يتبع، فكذا ههنا. (ك)

(٤) قوله: "وكذا [أي هو إتلاف لا قبض] الصلح عليه إلخ" لأنه لم يقبض شيئاً قابلاً للشركة بل أتلف نصيبه، وقيد بقوله: عمداً، لأنه في الخطأ يرجع عليه. (٤)

(٥) قوله: "عن جنابة العمد" بأن جنى أحد الشريكين على المديون عمداً، فصالحه عنها على نصيبه. (كفاية)

(٦) أي القدوري في "مختصره". (عيني)

(٧) أي المسلم فيه. (ك)

(٨) أي في المسلم فيه.

(٩) أي على أن يأخذ نصيبه من رأس المال، ويفسخ عقد السلم في نصيبه. (٤)

(١٠) قوله: "لم يجز" أي يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه، فإن أجاز نفذ عليهما، كأنهما صالحاه، وكان ما قبض بينهما، وما بقي من السلم بينهما، وإن رده بطل أصلاً، وبقي الطعام كله بينهما. (ك)

(١١) قوله: "يجوز الصلح [لأنه تصرف في خالص حقه فيملكه. تبين]" أي بين المصالح والمسلم إليه، لما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده، ثم أحد ربي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون على بدل جاز الصلح، ويخير الآخر بين أن يشاركه في القبوض، وبين أن يرجع على المديون بنصيبه من ذلك الدين كذلك ههنا. (ك)

(١٢) فإنه يجوز في نصيبه بدون رضا الآخر. (كافي)

(١٣) هذا الصلح.

في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر^(١). بخلاف شري العين^(٢)، وهذا^(٣) لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد^(٤)، والعقد قام بهما^(٥)، فلا يتفرد أحدهما برفعه^(٦)، ولأنه لو جاز^(٧) لشاركه^(٨) في المقبوض^(٩)، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك^(١٠)، فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه^(١١)، قالوا^(١٢): هذا إذا خلط رأس المال^(١٤)، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف^(١٥)، وعلى

(١٤) قوله: "يكون قسمة الدين [أى قبل القبض] إلخ" لأن خصوصية نصيبه لا تظهر إلى بالتمييز، ولا تمييز إلا بالقسمة. (عيني)

(١٥) هذا الصلح.

(١) ولم توجد.

(٢) قوله: "بخلاف شري العين" جواب لقول أبي يوسف، وبما إذا اشترى عبداً، فأقال أحدهما، أى الإقالة في العين تصرف في الحكم في حالة البقاء، وذلك يستغنى عن العقد، وههنا التصرف في إبطاله واقع في العقد، وهو ينعقد بهما، فلا يجوز أن يتفرد أحدهما بالإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته، إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى أن يقبض، والحكم يفترق إلى العلة ثبوتاً وزوالاً. (ك)

(٣) وجه الفرق بين السلم وشراء العين.

(٤) قوله: "واجباً بالعقد" لأنه لم يكن موجوداً قبل العقد، وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد، والعقد قام

بهما إلخ. (تبيين)

(٥) أى الشريكين.

(٦) العقد.

(٧) قوله: "ولأنه لو جاز [أى هذا الصلح أى لو جاز الصلح]" من أحدهما يؤدى إلى أن يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه، ويتقرر فى رأس المال، ثم يعود فى المسلم فيه، وذا لا يجوز، وهذا لأن الآخر إذا اختار المشاركة فى المقبوض مع المصالح كان ما بقى من طعام السلم مشتركاً بينهما، وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم فيه، وتقرر فى رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك فى المسلم فيه، لأنه لو عاد لعاد بعد بطلان الإقالة، والإقالة فى باب السلم لا تحتل الإبطال. (كفاية)

(٨) الشريك الآخر، لأن الصفقة واحدة، وهى مشتركة بينهما. (عناية)

(٩) من رأس المال.

(١٠) أى بذلك القدر من المسلم فيه.

(١١) وهو لا يعود بعد سقوطه.

(١٢) أى المتأخرون من المشايخ.

(١٣) قوله: "هذا إذا إلخ" هذا الخلاف فيما إذا خلط رأس المال وعقدا عقد السلم، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول، وهو ما ذكر أنه لو جاز فى نصيبه خاصة يكون قسمة الدين فى الذمة، هو على الخلاف، لأن دلالة الوجه الأول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه، وعلى الوجه الثانى وهو ما ذكر أنه لو جاز لشاركه فى المقبوض، وهو على الاتفاق. أى جوابهما ههنا كجواب أبى يوسف، لأن ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح فى المقبوض، وليس له حق المشاركة ههنا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال، والصحيح أن الخلاف فى الفصلين ثابت، إلا أن عدم جواز الصلح فيما إذا خلطاه بعلتين، وفيما إذا لم يخلطاه بعلة واحدة. (ك)

(١٤) ونقد كل واحد منهما على حدة.

الوجه الثاني هو على الاتفاق^(١).

فصل في التخارج^(٢)

قال^(٣): وإذا كانت التركة بين ورثة، فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه، والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيراً؛ لأنه أمكن^(٤) تصحيته بيعاً^(٥)، وفيه^(٦) أثر عثمان، فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف^(٧) عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار*.

قال^(٨): وإن كانت التركة فضة، فأعطوه ذهباً، أو كان ذهباً فأعطوه فضةً وكذلك^(٩)؛ لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس، فلا يعتبر التساوى، ويعتبر التقابض في المجلس، لأنه صرف غير أن الذي^(١٠) في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض^(١١)، لأنه^(١٢) قبض ضمان، فينوب^(١٣) عن قبض الصلح^(١٤)، وإن كان مقرراً لا

(١٥) المذكور.

(١) قوله: "هو على الاتفاق" أي صح صلح أحدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المال إذا لم يكن مخلوطاً، وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه، لأنه لا حق له فيه، لأنه مال الغير. (عيني)

(٢) قوله: "فصل في التخارج" التخارج من الخروج، وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم، ووجه تأخيرها قلة وقوعه، فإنه قلما يرضى أحد بأن يخرج من بين بغير استيفاء حقه، وسببه طلب الخارج من الورثة، وذلك عند رضا غيره، وله شروط تذكر في أثناء المسألة. (٤)

(٣) أي القدروري. (عيني)

(٤) قوله: "لأنه أمكن الخ" إنما تعين البيع فيه للجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه لأننا لو قلنا بالإبراء يلزم الإبراء عن الأعيان الغير المضمونة، وهو لا يصح، فتعين البيع. (كفاية)

(٥) قوله: "بيعاً" فإن قلت: لو كان بيعاً لشرط معرفة مقدار حصته من التركة، لأن جهالته تفسد البيع، أوجب بأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تفسد البيع دون غيرها. (٤)

(٦) أي في جواز التخارج.

(٧) قوله: "فإنه صالح تماضر الخ" هذا يؤمى إلى أن عبد الرحمن بن عوف لما مات كان له أربع نسوة، وإحدى نساءها صالحت عن حصتها، أي ربع ثمنها لوجود الأولاد على ثمانين ألف دينار، وهذا غريب.

وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن عمرو بن دينار أن إحدى نساءه الثلاث صالحت عن ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم، وروى الواقدي أنه كانت له أربع نسوة، وإحدى نساءها صالحت عن ربع الثمن بمائة ألف.

وروى الإمام محمد في "الأصل": أن إحدى نساءها صالحت على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن أخرجوها من الميراث، ولم يبين أنها دراهم أو دنائير. وقال شمس الأئمة السرخسي: إنه كان له أربع نسوة، وإحدى نساءها صالحت عن ربع الثمن على الشطر من حصتها، وهو كان ثلاثة وثمانين ألفاً، هذا. (مولانا محمد عبد الحلیم، نور الله مرقدہ)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٢، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٤٧ ص ١٨٠. (نعيم)

(٨) أي القدروري في "مختصرة". (عيني)

(٩) أي جاز قليلا كان أو كثيراً.

(١٠) أي الوارث الذي.

بد من تجديد القبض^(١)، لأنه قبض أمانة، فلا ينوب عن قبض الصلح.

وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك، فصالحوه على فضة، أو ذهب، فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه^(٢) من ذلك الجنس^(٣)، حتى يكون نصيبه بمثله، والزيادة لحقه من بقية التركة؛ احترازاً عن الربا^(٤)، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف في هذا القدر، ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً^(٥) لعدم الربا^(٦).

ولو كان في التركة الدراهم والدنانير، وبذل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز الصلح كيف ما كان^(٧)، صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس^(٨)، كما في البيع^(٩)، لكن يشترط التقابض^(١٠) للصرف.

قال^(١١): وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه^(١٢) في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه، ويكون الدين لهم فالصلح باطل^(١٣)، لأن فيه^(١٤) تملك الدين

(١١) أي القبض السابق يعنى لا يحتاج إلى تجديد القبض؛ لكون التركة في يده. (عيني)

(١٢) لأن الأمانة بالجحود مضمونة.

(١٣) قوله: "فينوب إلخ" الأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون. (كفاية)

(١٤) لأنه قبض ضمان.

(١) قوله: "لا بد من تجديد القبض" وهو أن يرجع إلى موضع فيه العين، وبمضى وقت يتمكن فيه من قبضه. (ك)

(٢) قوله: "فلا بد أن يكون إلخ" قال الحاكم أبو الفضل: إنما يطل الصلح على مثل نصيبه، أو أقل من مال الربا في حال التصادق، وأما في حال المناكحة فالصلح جائز، لأنه يعطى المال لدفع الخصومة، فلا يتمكن فيه الربا، وقيل: إنه باطل في الوجهين، لأنه معاوضة في حق المدعى، فيتمكن فيه الربا. (ك)

(٣) فإذا كان مساوياً لنصيبه، أو أقل، أو لم يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح. (ع)

(٤) قوله: "احترازاً عن الربا" لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء، لأن الإبراء عن الأعيان باطل، لأن الإسقاط إنما يستعمل في الديون لا في الأعيان، وهنا عين، فتعين تجويزه بطريق المعاوضة، ولا يمكن ههنا، لأنه يبقى شيء من التركة بلا ثمن في ضمن المعاوضة، فيكون ربا، فلا بد من أن يزيد على نصيبه، حتى ينتفى الربا. (كفاية)

(٥) قوله: "جاز مطلقاً" أي قل بدل الصلح أو أكثر، وجد التقابض في المجلس أو لم يوجد. (ن)

(٦) وليس هو بصرف.

(٧) قوله: "كيف ما كان" يعنى بلا اشتراط التساوى في الجنس، والزيادة على ذلك قل بدل الصلح أو أكثر. (مل)

(٨) تصحيحاً للعقد.

(٩) قوله: "كما في البيع" حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزاً عن الربا. (مل)

(١٠) في المجلس.

(١١) أي القدورى في "مختصره". (عيني)

(١٢) أي الدين.

من غير من عليه^(١)، وهو حصة المصالح.

وإن شريطة^(٢) أن يبرئ^(٣) الغرماء منه، ولا يرجع^(٤) عليهم^(٥) بنصيب المصالح فالصلح جائز؛ لأنه إسقاط^(٦) أو هو تملك الدين ممن عليه الدين^(٧)، وهو جائز، وهذه حيلة الجواز. وأخرى^(٨) أن يعجلوا^(٩) قضاء نصيبه^(١٠) متبرعين، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة^(١١)، والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه^(١٢)، ويصالحوا عما وراء الدين، ويحيلهم على استيفاء نصيبه^(١٣) من الغرماء^(١٤)، ولو لم يكن في التركة دين، وأعيانها^(١٥) غير معلومة، والصلح على المكيل والموزون^(١٦)، قيل^(١٧): لا يجوز لاحتمال الربا^(١٨)، وقيل: يجوز^(١٩)؛ لأنه شبهة الشبهة^(٢٠).

(١٣) قوله: "فالصلح باطل" أى في الكل في الدين والعين جميعاً، أما في حصة الدين فلكونه تملك الدين من غير من عليه الدين، وأما في حصة العين فلأن الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين أيضاً لاتحاد الصفقة. (ك)

(١٤) قوله: "لأن فيه" أى لأن المصالح يصير مملكاً نصيبه من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين. (كافئ)

(١) وهو باطل.

(٢) ورثة.

(٣) المصالح.

(٤) أى أحد من الورثة.

(٥) أى على الغرماء.

(٦) من ذمة المديون.

(٧) وهم الغرماء.

(٨) أى حيلة أخرى.

(٩) الورثة.

(١٠) أى المصالح من الدين.

(١١) قوله: "ضرر لبقية إلخ" أما في الوجه الأول فلأن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء، وفي الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين، وهو نسيئة، والنقد خير من الدين. (كافئ)

(١٢) أى المصالح من الدين.

(١٣) قوله: "ويحيلهم [أى المصالح الورثة] إلخ" فيدفع عنهم ضرر إقراضه، ويتنفون بمصالحته عما وراء الدين. (مل)

(١٤) أى نصيب المصالح من المديون. (ك)

(١٥) أى التركة.

(١٦) قوله: "والصلح على المكيل إلخ" أى صالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير، ووزني

كالحديد والصفرة. (عيني)

(١٧) هو قول الإمام ظهير الدين المرغيناني. (ك)

(١٨) قوله: "لاحتمال الربا" لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني، وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من

ذلك أو أقل، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا. (غن)

ولو كانت التركة غير المكييل والموزون، لكنها أعيان غير معلومة^(١) قيل: لا يجوز لكونه بيعاً^(٢)، إذ المصالح عنه عين، والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضى إلى المنازعة^(٣) لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة^(٤).

وإن كان على الميت دين مستغرق^(٥) لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يملكها الوارث^(٦).

وإن لم يكن^(٧) مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة^(٨) الميت، ولو فعلوا^(٩) قالوا: يجوز^(١٠)، وذكر الكرخي في القسمة^(١١) أنها لا تجوز^(١٢) استحساناً، وتجاوز قياساً^(١٣).

(١٩) قوله: "وقيل: يجوز إلخ" وهو قول الفقيه أبي جعفر الهذلي، فقال: يجوز هذا الصلح لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح، وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح، فكان القول بعدم الجواز مؤدياً إلى اعتبار شبهة الشبهة، وهي ساقطة الاعتبار.

وفي "فتاوى قاضي خان": "والصحيح ما قاله الفقيه أبو جعفر، لأن الثابت ههنا شبهة الشبهة، وذلك لا يعتبر. (ك) وقوله: "لأنه شبهة الشبهة [وإنما المعتبر الشبهة]" وذلك لأنه لو علم عيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة، لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلى ووزنى، ويحتمل أن لا يكون. (عينى)

(١) فصالحوا على مكييل أو موزون، أو غير ذلك. (ع)

(٢) قوله: "لكونه [أى الصلح] بيعاً [وبيع المجهول لا يصح]" إذ لا يصح أن يكون إبراء، لأن المصالح عنه عين، والإبراء عن العين لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "لأنها [أى الجهالة] لا تفضى إلخ" ونفس الجهالة غير مانعة لجواز البيع بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة، ألا ترى أنه لو باع قبيزاً من صبرة يجوز البيع مع الجهالة، ولو كان بعض التركة في يد المصالح، ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز، لأنه يحتاج إلى التسليم، فيفضى إلى المنازعة. (ك)

(٤) ولا يطلبون شيئاً آخر من المصالح بمقابلة بدل الصلح.

(٥) للتركة، استغراق همه را فرا گرفتن. (م)

(٦) قوله: "لم يملكها إلخ" لأن الدين المستغرق بمنع وقوع الملك في التركة عندنا. (ك)

(٧) الدين.

(٨) وفى نسخة: فيتقدم حاجة.

(٩) فيما إذا لم يكن التركة مستغرقة للدين.

(١٠) لأن القليل لا يمنع الإرث.

(١١) أى قسمة التركة.

(١٢) قوله: "لا تجوز إلخ" وجه الاستحسان أن الدين يمنع تملك الوارث إذ ما من جزء إلا وهو مشغول بالدين، فلا يجوز القسمة قبل قضاءه، ووجه القياس أن التركة لا تخلو عن قليل الدين، فتقسم نفيًا للضرر عن الورثة. (ع)

(١٣) ويحس قدر الدين للغرماء. (ك)

كتاب المضاربة^(١)

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض^(٢) سمي^(٣) به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله^(٤)، وهي مشروعة للحاجة إليها^(٥)، فإن الناس بين غنى بالمال غبى عن التصرف فيه، وبين مهتدٍ في التصرف صفر اليد عنه^(٦)، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف، لينتظم مصلحة الغبى والذكى، والفقير والغنى، وبُعث النبي ﷺ والناس^(٧) يباشرونه، فقررهم عليه، وتعاملت^(٨) به^(٩) الصحابة^(١٠)*.

ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده، لأنه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البدل^(١١) والوثيقة^(١٢)، وهو وكيل فيه^(١٣)، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكة، وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله^(١٤)، فإذا فسدت^(١٥) ظهرت الإجارة^(١٦) حتى استوجب العامل أجر مثله، وإذا خالف^(١٧) كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال

(١) قوله: "كتاب المضاربة [قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الإقرار فلا يحتاج إلى الإعادة. عناية]" في الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر.

وركنها الإيجاب والقبول، كما إذا قال رب المال: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو معاملة بالنصف، ويقول المضارب: قبلت، أو ما يؤدي هذا المعنى، وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان، فلا يصح إلا بالمال الذي يصح به الشركة، وسببه تعلق البقاء المندور بتعاطيها، وحكمه الوكالة عند الدفع، والشركة بعد الربح. (٤)

(٢) أى السفر في الأرض للتجارة.

(٣) هذا العقد.

(٤) قوله: "بسعيه وعمله" فيه مناقشة لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً، والكلام الموجه أن يقال: إن المضارب يسير في الأرض طلباً للربح. (عيني)

(٥) من الجانبين.

(٦) أى خالى عن المال.

(٧) الواو حالية.

(٨) من غير تكبير، فكان إجماعاً. (عناية)

(٩) أى بعقد المضاربة.

(١٠) كعمر وعثمان وأبى موسى الأشعري وغيرهم رضى الله عنهم، كذا قال الزيلعي.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٣، وانظر الدراية ج ٢ تحت فى كتاب المضاربة والوديعة والعارية ص ١٨١. (نعيم)

(١١) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء. (ك)

(١٢) احتراز عن الرهن. (ك)

(١٣) أى المال.

(١٤) وهو الربح.

(١٥) المضاربة.

(١٦) لأنه يعمل لرب المال فى ماله.

غيره^(١) * قال^(٢): المضاربة^(٣) عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين، ومراده الشركة في الربح^(٤)، وهو يستحق^(٥) بالمال من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر^(٦)، ولا مضاربة بدونها، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرصاً.

قال^(٧): ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة^(٨)، وقد تقدم بيانه من قبل^(٩)، ولو دفع إليه عرضاً، وقال: بعه، وأعمل مضاربة في ثمنه جاز^(١٠)، لأنه^(١١) يقبل الإضافة^(١٢) من حيث إنه توكيل^(١٣) وإجارة^(١٤)، فلا مانع من الصحة، وكذا إذا قال له^(١٥): اقض مالي على فلان، وأعمل به مضاربة جاز^(١٦) لما قلنا^(١٧).

(١٧) المضارب.

(١) فيصير المال مضموناً عليه.

* راجع نصب الرابحة ج ٤ ص ١١٣، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٨ ص ١٨١. (نعيم)

(٢) أى القدرى. (عيني)

(٣) هذا تعريف اصطلاحى.

(٤) أى لا فى رأس المال والربح، فإن رأس المال كله لرب المال. (٤)

(٥) الربح.

(٦) المضارب.

(٧) أى القدرى فى "مختصره". (عيني)

(٨) قوله: "إلا بالمال الذى إلخ" وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبى حنيفة وأبى يوسف، أو فلوساً رابحة عند محمد، حتى إن المضاربة بما سوى هذه الأشياء لا تجوز إجماعاً. (ك)

(٩) أى فى باب الشركة.

(١٠) قوله: "جاز" وقال الشافعى: لا يجوز، لأن فيه إضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع، وقبض الثمن، ولنا أنه وكله ببيع العروض أولاً، وهو كبيعته من نفسه، ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض فى يده، فوجب القول بجوازه. (تبيين)

(١١) عقد المضاربة.

(١٢) إلى الزمان المستقبل، فيكون المضاربة مضافة إلى ثمن العروض، والثمن يصح به المضاربة. (ك)

(١٣) قوله: "من حيث إنه توكيل [حال صحته. نت] إلخ" صورة إضافة التوكيل إلى المستقبل أن يقول: وكلتك بأن تباع عبدى هذا غداً، فإنه يصير وكيلاً غداً وبعده، ولا يصير وكيلاً قبل الغد، وصورة إضافة الإجارة أن يقول: آجرتك دارى غداً، فإن الإجارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله. (عيني)

(١٤) حال فساد. (نت)

(١٥) أى للمضارب. (٤)

(١٦) قوله: "جاز" لأنه أضاف المضاربة إلى حالة القبض، وفى تلك الحالة يصير الدين عيناً، وإنما شرط كون رأس المال عيناً لأن المضاربة لاستعمال المال، وإنما يتصور ذلك فى العين. (ك)

بخلاف ما إذا قال: اعمل بالدين الذي في ذمتك^(١) حيث لا يصح المضاربة^(٢)، لأن عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل^(٣) على ما مر في البيوع^(٤)، وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للأمر، فتصير مضاربة بالعرض^(٥).

قال^(٦): ومن شرطها أن يكون الربح بينهما^(٧) مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسمّاة من الربح، لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما، ولا بد^(٨) منها^(٩) كما في عقد الشركة^(١٠). قال^(١١): فإن شرط^(١٢) زيادة عشرة^(١٣) فله^(١٤) أجر مثله لفساده^(١٥)،

(١٧) إشارة إلى قوله: لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل. (ن)

(١) قوله: "اعمل إلخ" أى اشتر بالدين الذى عليك ما بدا لك من المتاع، ثم بعه بالنصف، فهذا فاسد، لأن صحة المضاربة أن يكون رأس المال عيناً، ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده، وإذا لم تصح المضاربة فما اشتراه المديون فهو له، ولا شيء لرب المال منه عند أبي حنيفة، فدينه عليه بحاله، وفي قولهما ما اشترى فهو لرب المال، والمضارب برىء من دينه، وله على رب المال أجر مثله فيما عمل، وهو بناء على مسألة كتاب البيوع. (ك)

(٢) بالاتفاق. (ع)

(٣) قوله: "لأن عند إلخ" أى لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع والمبيع. (تبيين)

(٤) قوله: "فى البيوع [وفى نسخة: فى الوكالة]" أى فى باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة، لا من كتاب البيوع، وهو قوله: قال: من له على آخر ألف، فأمره أن يشتري بها هذا العبد إلى آخره. (ن)

(٥) فتصير فاسدة.

(٦) أى القدورى. (عنى)

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) الواو حالية.

(٩) شركة.

(١٠) قوله: "كما فى عقد الشركة" حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك. (عنى)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (نت)

(١٢) قوله: "فإن شرط [أى فى العقد] إلخ" الفاء فى قوله: فإن شرط زيادة عشرة للتفريع، والمقصود بالمسألة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسمّاة لأحد المتعاقدين، وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل، فكأنه قال: إذا عرفت فسياد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسمّاة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل إلا أنه ذكر فى التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هى المذكورة فى مسألة "الجامع الصغير" على سبيل التمثيل، لا على سبيل الحصر فيها. ومن عادة المصنف أن لا يغير المسألة التى أخذها من "الجامع الصغير"، أو من "مختصر القدورى"، ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة، بأن قال فى تعليقه للمسألة: وهذا هو الحكم فى كل موضع لم يصح المضاربة. (نتائج الأفكار)

(١٣) قوله: "زيادة عشرة" يعنى إذا قال: على أن ما رزق الله فى ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة، والباقي من الربح بيننا نصفان، فهذه مضاربة فاسدة، لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما فى الربح مع حصوله، وربما لا يربح إلا مقدار العشرة. (ك)

(١٤) أى العامل.

فلعله^(١) لا يربح إلا هذا القدر، فيقطع الشركة في الربح، وهذا^(٢) لأنه^(٣) ابتغى عن منافعه عوضاً، ولم ينل لفساده^(٤)، والربح لرب المال؛ لأنه نماء ملكه، وهذا^(٥) هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط^(٦) عند أبي يوسف خلافاً لمحمد^(٧)، كما بينا في الشركة^(٨). ويجب الأجر^(٩) وإن لم يربح^(١٠) في رواية الأصل^(١١)، لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع^(١٢) أو العمل^(١٣)، وقد وجد^(١٤). وعن أبي يوسف أنه لا يجب^(١٥) اعتباراً^(١٦) بالمضاربة الصحيحة^(١٧) مع أنها^(١٨) فوقها^(١٩)، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة، ولأنه عين^(٢٠) مستأجرة^(٢١) في يده^(٢٢)، وكل شرط^(٢٣) يوجب جهالة^(٢٤)

(١٥) أى فساد عقد المضاربة.

(١) المضارب.

(٢) أى وجوب أجر المثل. (٤)

(٣) المضارب.

(٤) أى العقد.

(٥) أى وجوب أجر المثل.

(٦) قوله: "القدر المشروط" يعنى بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأن ذلك يغير المشروع، فجرى وجوده مجرى عدمه. (ك)

(٧) فإن عنده يجب بالغاً ما بلغ. (٤)

(٨) أى فى شركة الاحتطاب والاحتشاش. (ك)

(٩) فى المضاربة الفاسدة.

(١٠) المضارب.

(١١) أى الميسوط.

(١٢) كما فى الأجير الخاص، فإن تسليم نفسه تسليم منافعه.

(١٣) كما فى الأجير المشترك.

(١٤) العمل.

(١٥) الأجر.

(١٦) قوله: "اعتباراً إلخ" فإذا لم يجب شئ فى الصحيحة إذا لم يربح فى الفاسدة أولى أن لا يجب. (ب)

(١٧) قوله: "بالمضاربة الصحيحة" لأن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كما فى البيع الفاسد، وجه ظاهر الرواية: أن الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهذه المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لإجارة، والفاسدة تنعقد لإجارة لا شركة، وإنما اعتبر الفاسد بالصحيح فى حكم عدم الضمان، لأن الإجارة توافق الشركة فى حكم عدم الضمان. (ك)

(١٨) أى الصحيحة.

(١٩) أى الفاسدة فى إمضاء حكمها. (ك)

فى الربح يفسده^(١) لاختلال مقصوده^(٢)، وغير ذلك^(٣) من الشروط الفاسدة لا يفسدها^(٤)، ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية^(٥) على المضارب.

قال^(٦): ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب، ولا يد^(٧) لرب المال فيه؛ لأن المال أمانة فى يده، فلا بد من التسليم إليه، وهذا بخلاف الشركة، لأن المال فى المضاربة من أحد الجانبين، والعمل من الجانب الآخر، فلا بد من أن يخلص المال للعامل^(٨)، ليتمكن من التصرف فيه. أما العمل فى الشركة من الجانبين، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم ينعقد الشركة^(٩)، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد^(١٠)، لأنه يمنع خلوص يد المضارب، فلا يتمكن^(١١) من التصرف، فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك^(١٢) عاقداً أو غير عاقد كالصغير^(١٣)، لأن يد المال ثابت

(٢٠) قوله: "لأنه [أى المال] عين إلخ" أى لأنه عين استؤجر المضارب ليعمل به، فلا يكون مضموناً عليه كأجير الواحد. (كافى)

(٢١) قوله: "مستأجرة إلخ" المستأجر فى الحقيقة إنما هو المضارب لكن سُمى العين مستأجراً لعمل المضارب فيه. (تاج الشريعة)

(٢٢) أى المضارب

(٢٣) قوله: "وكل شرط إلخ" لما كان من الشروط ما يفسد العقد، ومنها ما يبطل فى نفسه، وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلى فقال: وكل إلخ. (٤)

(٢٤) قوله: "يوجب جهالة إلخ" نحو أن يعقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنة إلى رب المال ليزرعها رب المال أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة، فسد المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار، فصار حصة العمل مجهولة فلم يصح. (ك)

(١) قوله: "يفسده" أى يفسد عقد المضاربة، لأن الربح هو المقود عليه، وجهالة المقود عليه توجب فساد العقد. (ن)

(٢) أى الربح.

(٣) قوله: "وغير ذلك" أى غير الشرط الفاسد الذى يوجب جهالة فى الربح. (نهاية)

(٤) فيصح العقد.

(٥) قوله: "كاشتراط الوضعية" أى الخسران، وقيل: الوضعية اسم لجزء هالك من المال. (عينى)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) أى يتصرف.

(٨) وبقاء يد الغير يمنح الخلوص.

(٩) قوله: "لم ينعقد إلخ" لأنها انعقدت على العمل بينهما، فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلاً. (ب)

(١٠) أى مانع عن تحققه. (٤)

(١١) المضارب.

(١٢) رب المال.

(١٣) قوله: "أو غير عاقد كالصغير" صورته أن الأب أو الوصى إذا دفعا مال الصغير مضاربة، وشرطاً عمل الصغير

له^(١)، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب .
وكذا^(٢) أحد المتفاوضين^(٣) وأحد شريكى العنان إذا دفع المال مضاربة، وشرط
عمل صاحبه لقيام الملك^(٤) له^(٥) وإن^(٦) لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد
مع المضارب و^(٧) هو^(٨) غير مالك يفسده^(٩) إن لم يكن^(١٠) من أهل المضاربة فيه^(١١)
كالمأذون^(١٢)، بخلاف الأب والوصى^(١٣)؛ لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير
مضاربة بأنفسهما، فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال^(١٤).

لا يجوز، لأن الصغير إذا كان مالكا كانت يده على المال كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلماً إلى المضارب. (ن)

(١) أى للمال. (مير جان)

(٢) أى فسدت المضاربة.

(٣) قوله: "المتفاوضين" شركة المفاوضة هي شركة متساويين من جهة المال، أى الدراهم والدنانير، ومن جهة
الجزية ومن جهة الدين، وتتضمن الوكالة والكفالة، فكل منهما وكيل من الآخر كفيل له، وشركة العنان هي شركة في
كل تجارة، أو في نوع من أنواع التجارة، وتصح بيع مال أحد الشريكين، ومع فضل مال أحدهما، ومع تساوى ماليهما
مع تفاوت الربح بينهما، ومع تفاوت ماليهما بتساوى الربح بينهما، ومع كون أحد المالكين دراهم والآخر دنانير.
والخلط فيه ليس بشرط، وكل من شريكى العنان مطالب بشمن مشريه لا بشمن مشرى الآخر، فإن هذه الشركة لا
تتضمن الكفالة، ثم يرجع على شريكه بحصة من الثمن، إن أداه من مال نفسه، لأنه وكيل بالشراء من جهة شريكه،
والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل، كذا قال على القارى فى "شرح النقاية".

قوله: "المتفاوضين" المفاوضة المساواة من التفويض كان كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه، والعنان من العن،
أى الحيس، فكأنه حبس ماله عن الشركة، أو شريكه عن بعض التجارات فى ماله.

(٤) تعليل للفساد.

(٥) أى لذلك الصحاح.

(٦) الواو وصلية.

(٧) الواو حالية.

(٨) أى العاقد.

(٩) عقد المضاربة.

(١٠) ذلك العاقد.

(١١) أى فى هذا المال.

(١٢) قوله: "كالمأذون" يدفع مالا مضاربة، ويشترط عمله مع المضارب، لأن المأذون وإن لم يكن مالكا لذاته،
ولكن يد التصرف له ثابتة، فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف، فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة. (مل)

(١٣) قوله: "بخلاف الأب والوصى" إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مع المضارب بجزء من
الربح فهو جائز. (عينى)

(١٤) قوله: "فكذا [أى يصح] الخ" أى فكذا اشتراط العمل عليهما بجزء من المال، أى بجزء من الربح، لأن كل
مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصى واقع
للصغير حكما بطريق حياية، فصار دفعه كدفع الصغير، وشرطه كشرطه، فيشترط التخلية من قبل الصغير، لأنه رب
المال، وقد تحققت. (ع)

قال^(١): وإذا صححت المضاربة مطلقة^(٢) جاز للمضارب أن يبيع^(٣)،
ويشتري^(٤)، ويوكل، ويسافر، ويضع^(٥)، ويودع؛ لإطلاق العقد^(٦)، والمقصود
منه الاسترباح، ولا يتحصل^(٧) إلا بالتجارة، فينتظم العقد صنوف التجارة، وما هو
من صنيع التجار والتوكيل من صنيعه، وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة^(٨)، ألا ترى
أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى^(٩) كيف^(١٠)، وأن^(١١) اللفظ^(١٢) دليل عليه^(١٣)،
لأنها مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السير. وعن أبي يوسف أنه ليس له أن
يسافر^(١٤)، وعنه عن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده^(١٥) ليس له أن يسافر به، لأنه
تعريض على الهلاك من غير ضرورة، وإن دفع في غير بلده له أن يسافر^(١٦) إلى بلده
لأنه هو المراد في الغالب^(١٧)، والظاهر ما ذكر^(١٨) في الكتاب^(١٩).

قال^(٢٠): ولا يضارب^(٢١) إلا أن يأذن له رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك؛

(١) أي القُدورى. (عيني)

(٢) قوله: "مطلقة [غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة والشخص]" نحو أن يقول: دفعت إليك هذا المال

مضاربة، ولم يزد على ذلك. (٤)

(٣) نقداً أو نسيئة. (٤)

(٤) ما بدا له. (٤)

(٥) قوله: "ويضع" الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر والربح كله لرب المال، فالدفع إلى

الآخر من قبيل الاستعانة.

(٦) أي عقد المضاربة.

(٧) الاسترباح.

(٨) أي السفر.

(٩) بأن يسافر.

(١٠) أي كيف لا يسافر.

(١١) الواو حالية.

(١٢) أي لفظ المضاربة.

(١٣) أي على السفر.

(١٤) هنا فيما له حمل ومونة، بناء على قوله في الوديعة، كذا في "الميسوط". (ك)

(١٥) أي المضارب.

(١٦) قوله: "أن يسافر إلخ" لأن الظاهر أن صاحبه رضى به إذ الإنسان لا يستقيم بدار الغربة دائماً في الغالب،

وأخطأه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه بالسفر إلى بلده. (تبيين)

(١٧) أي ظاهر الرواية.

(١٨) أي جواز السفر.

(١٩) أي مختصر القُدورى.

لأن الشيء لا يتضمن مثله^(١) لتساويهما^(٢) في القوة، فلا بد من التنصيص عليه^(٣)، أو التفويض^(٤) المطلق إليه، وكان^(٥) كالتوكيل، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به، إلا إذا قيل له: اعمل برأيك. بخلاف الإيداع والإبضاع؛ لأنه دونه^(٦) فيتضمنه، وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن^(٨) قيل له: اعمل برأيك، لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار، وليس الإقراض منه، وهو تبرع كالهبة والصدقة، فلا يحصل به الغرض^(٩)، وهو الربح، لأنه لا يجوز الزيادة عليه، أما الدفع مضاربة، فمن صنيعهم^(١٠)، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه، فيدخل تحت هذا القول^(١١).

قال^(١٢): وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه^(١٣)، أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها؛ لأنه^(١٤) توكيل، وفي التخصيص فائدة^(١٥)، فيتخصص، وكذا

(٢٠) أى القدورى. (عبنى)

(٢١) أى لا يجوز له أن يعطى المال مضاربة.

(١) قوله: "لأن الشيء لا يتضمن إلخ" هذا بخلاف المستعير والمكاتب، فإنهما يملكان الإعارة والكتابة، لأن الكلام في التصرف نيابة، ويتصرفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة، إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حراً يداً، والمضارب يعمل بطريق النيابة، فلا بد من التنصيص عليه، أو التفويض المطلق إليه. (ك)

(٢) الشئيين المتماثلين.

(٣) بالإذن.

(٤) بقوله: اعمل برأيك.

(٥) أمر المضاربة.

(٦) قوله: "لأنه دونه [أى دون عقد المضاربة]" أى لأن حكمهما دون حكم المضاربة، فيتضمنه، أى إذا كان كذلك، فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع. (عبنى)

(٧) المضارب.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "فلا يحصل به [أى بالقرض. ك] إلخ" لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة بشرط أو غيره، وهذا بخلاف الإيداع، فإن المضارب يملكه وإن لم يحصل به الربح لأن فى الإيداع حفظ المال، وهو من صنيع التجار. (ك)

(١٠) أى التجار.

(١١) قوله: "تحت هذا القول" أى اعمل برأيك، لأن الشركة والخلط بماله من صنيع التجار، فيملكها المضارب عند هذا القول. (ن)

(١٢) أى القدورى. (عبنى)

(١٣) قوله: "فى بلد بعينه" احتراز عن سوق بعينه، فإن ذلك غير مفيد حتى جاز له أن يتجاوز السوق التى عينها، إلا إذا صرح بالتخصيص بطريق النهى، فقال: لا تعمل فى غير هذا السوق، فحينئذ يتقيد بذلك السوق التى عينها على ما ذكره. (ن)

ليس له^(١) أن يدفعه^(٢) بضاعة^(٣) إلى من يخرجها^(٤) من تلك البلدة^(٥)؛ لأنه^(٦) لا يملك الإخراج بنفسه، فلا يملك تفويضه^(٧) إلى غيره.

قال^(٨): فإن خرج إلى غير تلك البلدة^(٩)، فاشترى ضمن، وكان ذلك^(١٠) له^(١١) وله ربحه^(١٢)؛ لأنه تصرف بغير أمره^(١٣)، وإن لم يشتري حتى رده إلى الكوفة وهي^(١٤) التي عينها^(١٥) برىء^(١٦) من الضمان^(١٧)، كالمودع إذا خالف في الوديعة، ثم ترك^(١٨). ورجع^(١٩) المال مضاربة على حاله؛ لبقاءه في يده^(٢٠) بالعقد السابق، وكذا إذا رد بعضه^(٢١)، واشترى ببعضه^(٢٢) في المصر كان المردود، والمشتري في المصر^(٢٣)

(١٤) أى عقد المضاربة.

(١٥) قوله: "فائدة" وهي صيانة ماله عن خطر الطريق، وصيانة ماله عن خيانة المضارب، حيث أمكنه المنع عنها، واختلاف الأسعار باختلاف البلدان، والمضارب ما دام في المصر لا يستحق النفقة في مال المضاربة. (ك)

(١) أى المضارب.

(٢) المال.

(٣) قوله: "بضاعة" البضاعة هي ما إذا كان المال من أحد، والعمل من الآخر، والربح كله لرب المال.

(٤) البضاعة.

(٥) التي عينها رب المال.

(٦) أى لأن المضارب.

(٧) الإخراج.

(٨) محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٩) التي عينها.

(١٠) أى الذى اشتراه.

(١١) أى للمضارب.

(١٢) الذى حصل منه.

(١٣) فكان غاصباً.

(١٤) الواو حاليه.

(١٥) رب المال.

(١٦) المضارب.

(١٧) وعاد المال مضاربة على حاله. (تبيين)

(١٨) المخالفة فيرجع المال وديعة.

(١٩) إنما قال: رجع بناء على أنه كان على شرف الزوال. (٤)

(٢٠) أى المضارب.

(٢١) قوله: "وكذا إذا رد إلخ" أى كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذى

عينه، والحال أنه قد اشترى ببعض المال فى المصر الذى عينه. (عيني)

على المضاربة^(١) لما قلنا^(٢).

ثم شرط^(٣) الشراء^(٤) ههنا وهو رواية "الجامع الصغير"، وفي كتاب المضاربة^(٥) ضمنه^(٦) بنفس الإخراج^(٧). والصحيح أن بالشراء^(٨) يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج^(٩)، وإنما شرط^(١٠) الشرى للتقرر لا لأصل الوجوب، وهذا^(١١) بخلاف ما إذا قال^(١٢):
على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد، لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة^(١٣)، فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي^(١٤) بأن قال: اعمل في السوق، ولا تعمل في غير السوق، لأنه صرح بالحجر والولاية إليه^(١٥). ومعنى التخصيص^(١٦)
أن يقول على أن تعمل كذا^(١٧)، أو في مكان كذا، وكذا إذا قال: خذ هذا المال

(٢٢) قوله: "واشترى [الواو حالية] ببعضه [أى وقد كان اشترى ببعضه في المصر الذي عينه. ك] الخ" أى اشترى ببعضه في المصر الذي عينه، وأخرج البعض منه ولم يشتر به، ثم رده إلى الذي عينه كان الخ. (عناية)
(٢٣) الذي عينه. (ك)

(١) قوله: "على المضاربة" وأما إذا اشترى ببعضه في ذلك المصر، وبعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره، وله ربحه، وعليه وضيعته لتحقق الخلاف فيه في ذلك العقد والباقي على المضاربة إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقى. (٤)

(٢) إشارة إلى قوله: لبقاء في يده بالعقد السابق. (ن)

(٣) للضمان.

(٤) بمال المضاربة.

(٥) من "الميسوط".

(٦) أى المضارب مال المضاربة.

(٧) سواء اشترى أو لا.

(٨) قوله: "أن بالشراء الخ" حاصله أن الضمان يجب بنفس الإخراج، ولكنه على شرف الزوال، فإذا اشترى به

تقرر وتأكد. (عيني)

(٩) قوله: "بنفس الإخراج" أى صار بنفس الإخراج متعدياً ضامناً لكنه لا يتقرر إلا بالشراء في بلد آخر، فإذا

رجع قبل تفرره زال الضمان، فبقى المال على ما كان. (تبيين)

(١٠) يعنى فى "الجامع الصغير". (٤)

(١١) قوله: "وهذا" أشار بهذا إلى قوله: وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه. (عيني)

(١٢) رب المال.

(١٣) لقلة التفاوت.

(١٤) قوله: "إلا إذا صرح بالنهى" لأن الدلالة لا تعارض الصريح، وهذا كوضع المائدة بين قوم يكون إذا بالتناول،

أما إذا صرح بالنهى لا يباح التناول. (كفاية)

(١٥) رب المال.

(١٦) لما قال فيما مضى: وإن خص له رب المال الخ شرع ههنا بيان التخصيص.

(١٧) قوله: "أن يقول الخ" هذه ألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل. (ك)

تعمل^(١) به في الكوفة، لأنه تفسير له^(٢)، أو قال: فاعمل به في الكوفة، لأن الفاء للوصل^(٣)، أو قال: خذه^(٤) بالنصف بالكوفة، لأن الباء للإلصاق^(٥).

أما إذا قال: خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله^(٦) أن يعمل فيها، وفي غيرها لأن الواو للعطف^(٧)، فيصير بمنزلة المشورة^(٨)، ولو قال^(٩): على أن تشتري من فلان، وبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة^(١٠). بخلاف ما إذا قال: على أن تشتري بها^(١١) من أهل الكوفة، أو دفع مالا في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة^(١٢)، وتبيع منهم، فباع بالكوفة من غير أهلها، أو من غير الصيارفة جاز، لأن فائدة الأول^(١٣) التقييد بالمكان^(١٤)، وفائدة الثاني^(١٥) التقييد بالنوع^(١٦)، هذا هو المراد^(١٧) عرفاً^(١٨)، لا فيما^(١٩) وراء ذلك.

(١) مجزوماً أو مرفوعاً.

(٢) قوله: "لأنه [أي لأن قوله: تعمل به في الكوفة] تفسير له" الكلام المبهم إذا تعقبه تفسيره فالحكم لذلك التفسير. (ك)

(٣) قوله: "لأن الفاء للوصل" والتعقيب، والذي يتصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسيره. (ك)

(٤) أي خذ هذا المال.

(٥) قوله: "لأن الباء للإلصاق" فيقتضى أن يكون موجب كلامه ملصقا بالكوفة، وموجب كلامه العمل، وإنما يتحقق إلصاقه بالكوفة إذا عمل بها دون غيرها. (ك)

(٦) المضارب.

(٧) قوله: "لأن الواو للعطف" الشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره، فاعتبر كلاماً مبتدأ، فيصير بمنزلة المشورة كأنه قال: إن فعلت كذا كان أنفع، فإن قيل: فلم لم يجعل واو الحال، أجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا، لأن العمل يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ. (عيني)

(٨) هو استخراج رأى على غالب ظن. (عيني)

(٩) رب المال.

(١٠) فإن الناس متفاوتون قضاء وأداء في المعاملة. (تبيين)

(١١) أي بالمضاربة وأراد بها مال المضاربة.

(١٢) صيرفي سيم سره كنده صيارفه جمع آن. (من)

(١٣) هو قوله: على أن تشتري بها من أهل الكوفة.

(١٤) قوله: "التقييد بالمكان [الكوفة]" لأنه لا فائدة في تقييده بأهل الكوفة، لأن أهل الكوفة على آراء مختلفة، وطبائع متفاوتة، كما كان عليه أهل سائر البلدان، وهم بجملتهم لا يتفقون في حسن المعاملة، فلا يفيد التخصيص بهم، وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال، فيقيد به. (ك)

(١٥) هو قوله: على أن تشتري به من الصيارفة.

(١٦) قوله: "التقييد النوع [أي بيع الصرف]" لأنه لما لم يخص المعاملة بشخص بعينه، بل خص من يعامل ذلك النوع في معاملاته، وهم الصيارفة علم بهذا أن مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة. (ك)

قال^(١): وكذلك إن وقت^(٢) للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه؛ لأنه^(٣) توكيل فيتوقت بما وقته^(٤)، والتوقيت مفيد، فإنه تقييد بالزمان، فصار كالتقييد بالنوع^(٥) والمكان^(٦).

قال^(٧): وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة^(٨) أو غيرها^(٩)؛ لأن العقد^(١٠) وضع لتحصيل الربح^(١١)، وذلك^(١٢) بالتصرف مرة بعد أخرى، ولا يتحقق^(١٣) فيه لعته، ولهذا^(١٤) لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض^(١٥)، كشرى الخمر والشرى بالميتة، بخلاف البيع الفاسد^(١٦) لأنه يمكنه^(١٧) بيعه^(١٨) بعد قبضه، فيتحقق المقصود^(١٩).

(١٧) قوله: "هذا هو المراد إلخ" دليل على أن التقييد مفيد، ويتضمن الجواب عما يقال: إن ذلك عدول عن مقتضى اللفظ، فإن مقتضى اللفظ أن يكون شراءه من كوفى لا غير، ومن صيرفى لا غير، وتقريره أن مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف. (ن)

(١٨) أى بالأول والثانى. (ك)

(١٩) قوله: "لا فيما" يعنى غير المكان فى الأول، وغير النوع فى الثانى. (نهاية)

(١) أى القدرى. (عينى)

(٢) رب المال.

(٣) عقد المضاربة.

(٤) كالوكالة الموقته.

(٥) نحو الطعام.

(٦) نحو الكوفة.

(٧) أى القدرى. (عينى)

(٨) مثل أبيه وابنه.

(٩) كالمحلوب بعته. (ك)

(١٠) أى عقد المضاربة. (ك)

(١١) قوله: "وضع لتحصيل الربح" فى هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة، فإن الوكيل بشراء عبد مطلقاً له أن يشتري من يعتق على موكله، ولم يكن مخالفاً، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرار التصرف ليس بمقصود فى الوكالة، حتى لو كان مقصود الموكل مقيداً بأن يقول: اشتر عبداً ليبيعه، فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً. (عناية)

(١٢) تحصيل الربح.

(١٣) التصرف مرة بعد أخرى.

(١٤) قوله: "ولهذا" أى لكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح. (٤)

(١٥) لانتفاء التصرف فيه بتحصيل الربح. (٤)

(١٦) كما إذا اشترى عبداً وثوباً بالخمر، فإنه يدخل فى المضاربة. (ك)

(١٧) مضارب.

قال ^(١): "ولو فعل ^(٢) صار مشترياً لنفسه دون المضاربة؛ لأن الشراء متى وجد نفاذاً ^(٣) على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشري إذا خالف ^(٤)."

قال ^(٥): "فإن كان في المال ربح لم يجز له ^(٦) أن يشتري من يعتق عليه ^(٧)؛ لأنه يعتق عليه ^(٨) نصيبه ^(٩)، ويفسد نصيب رب المال ^(١٠)، أو يعتق على الاختلاف المعروف ^(١١)، فيمتنع التصرف، فلا يحصل المقصود ^(١٢)."

وإن اشتراهم ^(١٣) ضمن مال المضاربة ^(١٤)؛ لأنه يصير مشترياً للعبد ^(١٥)، فيضمن بالنقد من مال المضاربة، وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم ^(١٦)؛ لأنه لا مانع من التصرف، إذا لا شركة له ^(١٧) فيه ^(١٨) ليعتق عليه ^(١٩)."

فإن زادت قيمتهم بعد الشراء ^(٢٠) عتق نصيبه ^(٢١) منهم للملكة ^(٢٢) بعض قريبه، ولم

(١٨) أي بيم المشتري بالبيم الفاسد.

(١٩) تحصيل الربح.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ولو فعل" أي اشترى من يعتق على رب المال. (نهاية)

(٣) قوله: "متى وجد نفاذاً" احتراز عن القسبي والعبد المحجورين، فإن شراهما يتوقف على إجازة الولي والمولى. (ب)

(٤) فالشراء له.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) المضارب.

(٧) المضارب.

(٨) المضارب.

(٩) المضارب.

(١٠) قوله: "ويفسد الخ" لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه. (عيني)

(١١) قوله: "على الاختلاف المعروف" أي يفسد نصيب رب المال عند أبي حنيفة، ويعتق عندهما بناء على تجر

الإعتاق وعدمه. (كفاية)

(١٢) الربح.

(١٣) المضارب.

(١٤) ويقع الشراء له.

(١٥) لنفسه.

(١٦) المضارب.

(١٧) المضارب.

(١٨) أي في المال.

(١٩) المضارب.

(٢٠) من مال ما كان فيه ربح.

يضمن لرب المال شيئاً ، لأنه لا صنع من جهته^(١) في زيادة القيمة ، ولا^(٢) في ملكه^(٣) الزيادة^(٤) ، لأن هذا^(٥) شيء يثبت من طريق الحكم^(٦) ، فصار كما إذا ورثه مع غيره^(٧) ، ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه^(٨) ، لأنه احتسبت ماليته عنده ، فيسعى فيه^(٩) ، كما في الوراثة^(١٠) .

قال : فإن كان^(١١) مع المضارب ألف بالنصف ، فاشترى بها جارية قيمتها ألف ، فوطئها ، فجاءت بولد يساوي ألفاً ، فادعاه^(١٢) ، ثم بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة^(١٣) ، والمدعى موسر^(١٤) ، فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق^(١٥) . ووجه ذلك^(١٦) أن الدعوة صحيحة^(١٧) في

(٢١) المضارب .

(٢٢) وفي نسخة: لتملكه أى المضارب .

(١) المضارب .

(٢) أى لا صنع .

(٣) المضارب .

(٤) هو نصيب المضارب .

(٥) أى ملكه الزيادة .

(٦) أى حكم العقد .

(٧) قوله: "كما إذا ورثه إلخ" كما رأه اشتريت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخاً عتق نصيب الزوج من ابنه ، ولا يضمن لأخيها لعدم الصنم منه . (ن)

(٨) قوله: "في قيمة نصيبه منه" أى نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ، ونصيبه من الربح . (ن)

(٩) أى في نصيب الباقي .

(١٠) قوله: "كما في الوراثة" كان ورث جماعة عبداً ، فعتق أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب الباقي لاحتباس المالية . (مل)

(١١) ذكره تفريراً وهو من مسائل "الجامع الصغير" . (عيني)

(١٢) الولد .

(١٣) قوله: "ثم بلغت إلخ" قيد بهذا القول لأنه إذا لم تزد قيمته على ألف ، فدعوة المضارب باطللة ، لأنه لا يملك واحداً من الولد والأم ، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتهى الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ، ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلاً ، ويضمن العقر ، وله أن يبيع الأم والولد لأنهما مال المضاربة . (عيني)

(١٤) قوله: "والمدعى [للولد وهو المضارب ، والواو حالية] موسر" قيد به لأن ضمان الإعتاق إنما يكون إذا كان المعتق موسراً ، أو دعوة المضارب إعتاق في حق الولد ، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسراً ، أو مع ذلك لم يضمن لعدم الصنم منه . (كفاية)

(١٥) ولا يضمن لرب المال شيئاً . (٤)

(١٦) أى عدم تضمن الموسر مع كونه معتقاً .

(١٧) لصدورها عن أهلها في محلها . (ن)

الظاهر حملاً على فراش النكاح^(١)، لكنه^(٢) لم ينفذ^(٣) لفقد شرطه^(٤) وهو الملك لعدم ظهور الربح، لأن كل واحد منهما^(٥) أعنى الأم والولد مستحق^(٦) برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعياناً^(٧) كل عين منها يساوى رأس المال لا يظهر الربح، كذا هذا^(٨). فإذا زادت قيمة العنلام^(٩) الآن ظهر الربح، فنفذت^(١٠) الدعوة السابقة، بخلاف ما إذا أعتق^(١١) الولد^(١٢)، ثم ازدادت القيمة^(١٣)، لأن ذلك^(١٤) إنشاء العتق، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك^(١٥)، بحدوث الملك، أما هذا^(١٦) إخبار، فجاز

(١) قوله: "حملاً على فراش النكاح" بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه، فوطئها فعلقت منه حملاً لأمره على الصلاح. (ن)

(٢) أى الادعاء بالولد.

(٣) فى حق العتق.

(٤) أى العتق.

(٥) قوله: "لأن كل واحد إلخ" فإن قيل: لما إذا لا يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحاً لما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد، فيجب أن يبقى كذلك.

قلنا: أن تعينها كان لعدم المزاحم لا أنها رأس المال، لأن رأس المال دراهم، وبعد الولد تحققت المزاحمة، فذهب تعينها لرأس المال، ثم إنه لا يتعين أحدهما لرأس المال، لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر للتعين لرأس المال. (ك)

(٦) قوله: "مستحق" أى فى حق رب المال، ولهذا إذا هلك أحدهما يأخذ رأس المال من الباقي، ولو كان مجموعهما مقابلاً برأس المال يكون منقسماً عليهما، فيهلك أحدهما حيث لا يجوز أخذ رأس المال من الباقي، لأن رأس المال حينئذ يى حق الباقي هو حصة الباقي، فلا يظهر الربح، أى الزيادة فى مقابل رأس المال إلا فيما يزداد قيمته على رأس المال. (عضوى)

(٧) قوله: "إذا صار أعياناً" أى أجناساً مختلفة حقيقة أو حكماً، حتى لو كان أعياناً من جنس واحد كل عين يساوى رأس المال يظهر الربح كما إذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوى ألفاً، ورأس المال ألف كان له ربحها حتى لو ذهب لرجل وسلمه إليه صح. أما العبد فعند أبي حنيفة أجناس مختلفة يفحش التفاوت فى المعانى الباطنة، وعندهما كذلك، إلا أن يرى القاضى الصلاح فى الجميم، أو يتراضوا على ذلك، فحينئذ يجمع. (ك)

(٨) قوله: "كذا هذا" فإذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب فى الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء. (٤)

(٩) على مقدار رأس المال. (٤)

(١٠) قوله: "نفذت" لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح، إلا أنها لم تنفذ لوجود المانع، وهو عدم الملك. (٤)

(١١) المضارب.

(١٢) حيث لا ينفذ إعتاقه.

(١٣) أى قيمة الولد.

(١٤) الإعتاق.

(١٥) قوله: "لا ينفذ بعد ذلك" لأن صحة الإنشاء محتمل تعتمد قيام المحلية فى الحال، وصحة الإخبار تعتمد احتمال المخبر فى الزمان الماضى، وههنا أمكن المخبر به لاحتقال أن يكون على الفراش لصحة دعوته ظاهراً، فينفذ عند وجود الشرط. (ك)

(١٦) قوله: "أما هذا" أى أما الدعوة بالولد فإخبار، فإذا رد فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه، فإذا ملك بعد

أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره، ثم اشتراه^(١)، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه^(٢) في بعضه^(٣)، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد^(٤)، لأن عتقه^(٥) ثبت بالنسب والملك^(٦)، والملك آخرهما^(٧) فيضاف إليه^(٨)، ولا صنع له فيه^(٩)، وهذا ضمان إعتاق، فلا بد من التعدي، ولم يوجد. وله^(١٠) أن يستسعى الغلام، لأنه احتبست ماله^(١١) عنده^(١٢)، وله^(١٣) أن يعتق، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة^(١٤)، ويستسعيه^(١٥) في ألف ومائتين وخمسين، لأن الألف مستحق برأس المال، والخمسمائة ربح، والربح بينهما^(١٦)، فلهذا يسعى له^(١٧) في هذا المقدار^(١٨).

ثم إذا قبض رب المال^(١٩) الألف له أن يضمن المدعى^(٢٠) نصف قيمة الأم، لأن

ذلك نفذت دعوته فيه. (٤)

(١) فينفذ الإقرار الآن ويكون هو حراً.

(٢) المضارب.

(٣) الولد.

(٤) قوله: "ولا يضمن [أى المضارب] إلخ" يعنى موسراً كان أو معسراً، لأن نفوذ العتق لمعنى حكى لا صنع للمضارب فيه، وهو ظهور الفضل فى قيمته، وذلك بمن وجوب الضمان عليه لشريكه. (كافى)

(٥) أى الولد.

(٦) قوله: "بالنسب والملك" فصارت العلة ذات وجهين، والملك آخرهما. (تبيين)

(٧) وجوداً.

(٨) قوله: "فيضاف [الحكم] إليه" لأن الحكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. (٤)

(٩) قوله: "ولا صنع له [أى للمضارب] فيه" أى لا صنع للمضارب فى الملك، فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي إذ لا يجب ضمان العتق إلا بالتعدي، فكان رب المال بالخيار إن شاء أعتق نصيبه من الغلام، وإن شاء استساعاه. (تبيين)

(١٠) أى لرب المال.

(١١) أى العبد.

(١٢) أى العبد.

(١٣) أى لرب المال.

(١٤) أى يقبل الإعتاق كما يقبل المكاتب. (ك)

(١٥) رب المال.

(١٦) أى بين رب المال والمضارب.

(١٧) أى لرب المال.

(١٨) فى ألف ومائتين وخمسين.

(١٩) من الولد.

الألف المأخوذ^(١) لما استحق برأس المال لكونه مقدماً^(٢) في الملاستيفاء ظهر أن الجارية^(٣) كلها ربح، فتكون^(٤) بينهما^(٥)، وقد تقدمت دعوة صحيحة^(٦) لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح، وتوقف نفاذها^(٧) لفقد الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة، وصارت الجارية أم ولد له^(٨)، ويضمن نصيب رب المال؛ لأن هذا ضمان تملك وضمن التملك لا يستدعى صنفاً^(٩) كما إذا استولد جارية بالنكاح^(١٠)، ثم ملكها هو وغيره وراثته^(١١) يضمن نصيب شريكه^(١٢)، كذا هذا، بخلاف ضمان الولد^(١٣) على ما مر^(١٤).

باب المضارب يضارب^(١٥)

قال^(١٦): وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن^(١٧) له رب المال لم

(٢٠) للولد، أي المضارب.

(١) من الولد.

(٢) على الربح.

(٣) قوله: "ظهر أن الجارية إلخ" وإنما لم يجعل الجارية رأس المال، وجميع الولد ربحاً، لأن ما يجب على الولد من جنس رأس المال، وأنه مقدم في الاستيفاء، فكان تعيينه لرأس المال أولى، ولما صارت الجارية ربحاً فعقرها الواجب على المضارب يصير ربحاً أيضاً، فيكون بينهما. (ك)

(٤) الجارية.

(٥) أي رب المال والمضارب.

(٦) من المضارب.

(٧) الدعوة.

(٨) أي للمضارب.

(٩) قوله: "لا يستدعى صنفاً [بل يعتمد الملك وقد حصل]" لأن زمان التملك يرجع إلى المحل، فيستوى فيه التعدي وغيره كالثائم إذا انقلب على شيء فأتلفه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا استولد إلخ" كالأخ تزوج جارية أخيه، فمات الأخ المولى وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر، فإن الزوج يملكها من غير صنعه، فيضمن نصيب شريكه. (عيني)

(١١) أي من جهة الوراثة.

(١٢) لأنه ضمان الملك. (ك)

(١٣) قوله: "بخلاف ضمان الولد" لأنه ضمان إعتاق، فلا بد من التعدي، ولم يوجد. (ك)

(١٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد إلخ. (ن)

(١٥) قوله: "يضارب" لما ذكر حكم المضاربة الأولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية، إذ الثانية تتلو الأولى أبداً، فكذا بيان حكمها. (ت)

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) الواو حالية.

يضمن بالدفع^(١)، ولا بتصرف المضارب الثاني، حتى يربح، فإذا ربح^(٢) ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة، وقالوا: إذا عمل^(٣) به ضمن^(٤) ربح^(٥) أو لم يربح. وهذا ظاهر الرواية، وقال زفر: يضمن بالدفع^(٦) عمل^(٧) أو لم يعمل، وهو رواية^(٨) عن أبي يوسف، لأن المملوك له^(٩) الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة^(١٠).

ولهما: أن الدفع إيداع حقيقة، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل^(١١)، فكان الحال مراعى^(١٢) قبله^(١٣). ولأبي حنيفة: أن الدفع قبل العمل إيداع^(١٤)، وبعده إيداع، والفعالان يملكهما المضارب، فلا يضمن^(١٥) بهما^(١٦) إلا أنه إذا ربح^(١٧) فقد ثبت له^(١٨) شركة في المال، فيضمن^(١٩) كما لو خلطه^(٢٠) بغيره^(٢١)، وهذا إذا كانت

(١) أى بمجرد الدفع.

(٢) المضارب الثانى.

(٣) المضارب الثانى.

(٤) المضارب الأول.

(٥) الثانى.

(٦) أى بمجرد الدفع.

(٧) الثانى.

(٨) مرجوعة إليها، كذا فى "العناية".

(٩) أى الذى يملكه المضارب الأول.

(١٠) فصار مخالفاً، فيضمن.

(١١) من الثانى.

(١٢) قوله: "مراعى [إن عمل ضمن وإلا فلا]" مشتق من الرعاية، أى محفوظاً فى اليد وموقوفاً من غير أن يتصرف

فيه بحكم. (أعظمي).

(١٣) أى قبل العمل.

(١٤) وله ولاية الإيداع.

(١٥) المضارب.

(١٦) أى بالإيداع والإيضاع.

(١٧) المضارب الثانى.

(١٨) أى الثانى.

(١٩) لا شراكه الغير فى ربح مال رب المال.

(٢٠) قوله: "كما لو خلطه [أى رب المال]" أى كما يضمن المضارب إذا خلط مال المضاربة بمال غيره، أو شارك

به. (ميرجان).

(٢١) أى خلط مال المضاربة بغير مالها.

المضاربة^(١) صحيحة، فإن كانت^(٢) فاسدة لا يضمنه الأول وإن^(٣) عمل الثاني، لأنه أجيبر فيه، وله أجر مثله، فلا يثبت الشركة^(٤) به^(٥).

ثم ذكر في الكتاب^(٦) يضمن الأول، ولم يذكر الثاني، وقيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع^(٧). وقيل: رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول^(٨)، وإن شاء ضمن الشيء بالإجماع^(٩)، وهو المشهور^(١٠)، وهذا عندهما ظاهر^(١١)، وكذا عنده^(١٢). ووجه الفرق له بين هذه^(١٣) وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه^(١٤) لمنفعة الأول^(١٥)، فلا

(٢٢) أى وجوب الضمان على الأول.

(١) قوله: "إذا كانت المضاربة إلخ" أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بالمضاربة الأولى أو الثانية أو كلاهما، فالأولى والثانية إذا كانتا فاسدتين لم يضمن الأول، ولا الثاني لو هلك المال في يده فإن الأول ما أشرك الثاني في الربح بل الثاني أجيبر فيه، وله أجر مثله، والمستأجر إذا استأجر أجيبر ليعمل في مال المضاربة، فعمل الأجيبر فلا ضمان على واحد منهما، وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا.

وكذا إذا كان الأولى فاسدة والثانية جائزة صورة، فإن الأولى إذا كانت فاسدة فالربح كله لرب المال، ففساد الأولى تفسد الثانية أيضاً، فلا تفيد الثانية شركة في الربح، والضمان إنما يجب إذا ثبت للثاني شركة في الربح. (مل)

(٢) قوله: "فإن كانت" أى المضاربة الثانية دل عليه قوله: لأنه أجيبر فيه، والحكم لا يختلف بين ما إذا كانت الأولى فاسدة أو الثانية أو كلاهما. (ك)

(٣) الواو وصلية.

(٤) الموجبة للضمان.

(٥) أى بالعمل والربح.

(٦) أى مختصر القدورى.

(٧) قوله: "بناء على اختلافهم إلخ" وإذا أودع رجل وديعة، وأودع المودع عند آخر، وهلك فى يد الثاني لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما رب المال بالخيار، إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني، كما فى المضارب الثاني عنده لا يضمن، وعندهما يخير رب المال. (ك)

(٨) قوله: "إن شاء ضمن الأول" أى ضمن المضارب الأول رأس المال، لأنه صار ضامناً مخالفاً بدفع ماله إلى غيره، لا على الوجه الذى رضى به رب المال، وإن شاء ضمن الآخر، لأنه قبض ماله بغير إذنه، وتصرف فيه. (مل)

(٩) بين أصحابنا.

(١٠) من المذهب. (٦)

(١١) لأنهما يقولان بوجود الضمان على مودع المودع، كذا ههنا.

(١٢) قوله: "وكذا عنده" أى كذا عند أبي حنيفة، لكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع المودع. (ب)

(١٣) المسألة.

(١٤) قوله: "يقبضه لمنفعة إلخ" لأن على الأول حفظ الوديعة، فإذا دفع إلى غيره يكون الثاني عاملاً له بأمره فى القبض، فينتقل عمله إلى الأول، فصار كأنه حفظه بنفسه، ولو هلك فى يد الأول لا يجب الضمان، فكذا إذا هلك فى يد الثاني، أما المضارب الثاني فعامل لنفسه فى القبض، لأنه إنما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه، فلا ينتقل عمله إلى الغير. (ك)

يكون ضامناً، أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه، فجاز أن يكون ضامناً، ثم إن ضمنّ الأول^(١) صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني، وكان الربح بينهما على ما شرطاً، لأنه^(٢) ظهر أنه ملكه^(٣) بالضمان من حين^(٤) خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضى^(٥) به، فصار كما إذا دفع مال نفسه^(٦).

وإن ضمنّ الثاني^(٧) رجوع على الأول بالعقد^(٨)، لأنه عامل له^(٩) كما في الموعد^(١١)، ولأنه^(١٢) مغرور من جهته^(١٣) في ضمن العقد^(١٤)، وتصح المضاربة^(١٥) والربح بينهما على ما شرطاً، لأن قرار الضمان على^(١٦) الأول، فكأنه^(١٧) ضمنّه^(١٨) ابتداءً، ويطيب الربح للثاني، ولا يطيب^(١٩) للأعلى^(٢٠)، لأن الأسفل^(٢١) يستحقه^(٢٢).

(١٥) لا لنفسه.

(١) رب المال.

(٢) أى المضارب الأول.

(٣) أى مال المضاربة.

(٤) قوله: "من حين" أقول: لقائل أن يقول: هذا التعليل إنما يتمشى على قول زفر، لأن تحقق المخالفة بالدفع إلى الغير إنما هو قول زفر، وعند أبي يوسف ومحمد لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل، وعند أبي حنيفة لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح، وقد مر ذلك كله، ولا يخفى أن الأهم بالبيان والتعليل قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب، ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل في وجه يختص بقول زفر رحمه الله. (نت)

(٥) أى رب المال.

(٦) فصحت المضاربة.

(٧) رب المال.

(٨) المضارب الثاني.

(٩) أى بسبب العقد. (ك)

(١٠) قوله: "لأنه عامل له" أى لأن المضارب الثاني عامل لأجل المضارب الأول، قيل: في كلامه تناقض، لأنه قال: قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه، وههنا قال: لأنه عامل للمضارب الأول، والجواب أن الجهة مختلفة، لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع، وعمل المودع هو الحفظ للمودع، فاندفع التناقض. (ب)

(١١) قوله: "كما في المودع" أى مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع. (ك)

(١٢) الثاني.

(١٣) أى الأول.

(١٤) قوله: "في ضمن العقد" أى العقد الذى بين الأول والثاني، فإن الثاني اعتمد والأول غر. (عينى)

(١٥) الثانية.

(١٦) خبر أن.

(١٧) رب المال.

(١٨) الأول.

(١٩) الربح.

بعمله، ولا خبث في العمل، والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان^(١)، فلا يعرى عن نوع خبث^(٢).

قال^(٣): وإذا دفع إليه^(٤) رب المال مضاربة بالنصف، وأذن له بأن يدفعه^(٥) إلى غيره فدفعه بالثلث^(٦)، وقد تصرف الثاني وربح، فإن كان رب المال قال له^(٧): على

أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان، فلرب المال النصف، وللمضارب الثاني الثلث، وللمضارب الأول السدس. لأن الدفع^(٨) إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر

به^(٩) من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق، فلم يبق للأول^(١٠) إلا النصف، فينصرف تصرفه إلى نصيبه^(١١)، وقد جعل من ذلك^(١٢) بقدر ثلث الجميع

للتاني، فيكون^(١٣) له^(١٤)، فلم يبق إلا السدس، ويطيب لهما^(١٥) ذلك، لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم، فاستأجر غيره عليه^(١٦)

بنصف درهم. وإن كان^(١٧) قال له^(١٨): على أن ما رزقك^(١٩) الله فهو بيننا نصفان،

(٢٠) أى المضارب الأول.

(٢١) أى المضارب الثاني.

(٢٢) الربح.

(١) قوله: "يستحقه بملكه إلخ" لأنه يستحقه برأس المال، والمالك فى رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً. (ب)

(٢) قوله: "فلا يعرى عن نوع خبث" لأنه ثابت من وجه دون وجه، فمن حيث إنه لا ملك له تمكن الخبث فيه،

فيكون سبيله التصديق. (كفاية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) المضارب.

(٥) أى مضاربة.

(٦) أى بإقرار ثلث للتاني.

(٧) أى للأول.

(٨) قوله: "لأن الدفع" أى دفع المضارب الأول المال إلى المضارب الثاني.

(٩) دفع.

(١٠) أى للمضارب الأول.

(١١) أى النصف.

(١٢) أى من نصيبه.

(١٣) الثلث.

(١٤) أى للتاني.

(١٥) قوله: "يطيب لهما" أى للمضارب الأول والمضارب الثاني، يعنى وإن لم يعمل المضارب الأول بالتصرف فى

المال، فيطيب له السدس، لأنه باشر العقدين وإن لم يعمل بنفسه شيئاً. (نهاية)

(١٦) أى على عمل الخياطة.

(١٧) رب المال.

(١٨) أى للمضارب الأول.

فوللمضارب الثاني الثلث، والباقي بين المضارب الأول، ورب المال نصفان؛ لأنه^(١) فوض إليه^(٢) التصرف، وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول، وقد رزق^(٣) الثلثين، فيكون^(٤) بينهما^(٥) بخلاف الأول، لأنه^(٦) جعل لنفسه نصف جميع الربح، فافترقا^(٧). ولو كان^(٨) قال له^(٩): فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد^(١٠) دفع^(١١) إلى غيره بالنصف، فللثاني النصف، والباقي بين الأول ورب المال؛ لأن الأول شرط للثاني نصف الربح، وذلك^(١٢) مفوض إليه^(١٣) من جهة رب المال، فيستحقه^(١٤)، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما يربح الأول، ولم يربح^(١٥) إلا النصف، فيكون^(١٦) بينهما^(١٧). ولو كان^(١٨) قال له: على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه، أو قال له: فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد^(١٩) دفع^(٢٠) إلى آخر مضاربة بالنصف، فلرب المال النصف، وللمضارب الثاني النصف، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه^(٢١) جعل لنفسه نصف مطلق الفضل، فينصرف شرط الأول

(١٩) بكاف الخطاب.

(١) رب المال.

(٢) أى إلى المضارب الأول.

(٣) الأول.

(٤) الثلثان.

(٥) قوله: "بينهما" أى بين رب المال والمضارب الأول.

(٦) رب المال.

(٧) أى الحكمان.

(٨) رب المال، هذه من مسائل "الجامع". (عيني)

(٩) أى للمضارب الأول.

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى الأول.

(١٢) الإشراط.

(١٣) أى الأول.

(١٤) أى الثاني النصف.

(١٥) الأول.

(١٦) النصف.

(١٧) أى بين الأول ورب المال.

(١٨) رب المال.

(١٩) الواو حالية.

(٢٠) الأول.

النصف للثاني إلى جميع نصيبه، فيكون^(١) للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء^(٢)، كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم، فاستأجر غيره ليخيطه بمثله^(٣).

وإن شرط للمضارب الثاني^(٤) ثلثي الربح، فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف، ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله؛ لأنه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال، فلم ينفذ^(٥) في حقه^(٦)؛ لما فيه من الإبطال^(٧) لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه، وقد ضمن له^(٨) السلامة، فيلزمه الوفاء به^(٩)، ولأنه غره^(١٠) في ضمن العقد^(١١)، وهو سبب الرجوع^(١٢)، فلهذا يرجع^(١٣) عليه، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم^(١٤) فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف.

فصل^(١٥)

قال: وإذا شرط^(١٦) المضارب^(١٧) لرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال^(١٨) ثلث

(٢١) رب المال.

(١) النصف.

(٢) لأنه جعل ما كان له للثاني.

(٣) أي بدرهم.

(٤) وقد قال رب المال: إن لي نصف الربح.

(٥) شرطه.

(٦) رب المال.

(٧) أي إبطال حق رب المال.

(٨) أي للثاني.

(٩) أي بما ضمنه.

(١٠) أي الثاني.

(١١) حيث شرط ثلثي الربح.

(١٢) قوله: "وهو [أي الغرور في ضمن العقد] سبب الرجوع" وإنما قيد بالغرور في ضمن العقد، لأن الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لآخر: هذا الطريق آمن، وهو ليس بآمن، فدخل فيه فيقطع الطريق عليه قاطع الطريق، وأخذ ماله، فلا ضمان عليه. (ك)

(١٣) أي الثاني.

(١٤) فإنه يقوم بالنصف من عنده، لأنه غره بالتسمية.

(١٥) قوله: "فصل" لما كان للمضاربة بعد إدخال عبد المضارب، أو رب المال حكم غير ما ذكر، أورد في فصل

على حدة. (٤)

(١٦) قوله: "وإذا شرط إلخ" هذه المسألة تجانس الأولى من حيث اشتراط المضارب في الربح، وتخالفها من حيث

إدخال عبد رب المال في استحقاق الربح، فلهذا فصلها بفصل. (نهاية)

الربح^(١) على أن يعمل^(٢) معه ، ولنفسه ثلث الربح ، فهو جائز^(٣) ؛ لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان^(٤) مأذوناً له ، واشتراط العمل^(٥) إذن له^(٦) ، ولهذا^(٧) لا يكون^(٨) للمولى ولاية أخذ^(٩) ما أودعه العبد وإن^(١٠) كان^(١١) محجوراً عليه^(١٢) ، ولهذا^(١٣) يجوز^(١٤) بيع المولى من عبده المأذون^(١٥) .

وإذا كان كذلك^(١٦) لم يكن^(١٧) مانعاً من التسليم^(١٨) والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال ، لأنه مانع من التسليم على ما مر^(١٩) ، وإذا صححت المضاربة يكون الثلث^(٢٠) للمضارب بالشرط ، والثلثان للمولى ،

(١٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير" .

(١٨) قوله: "ولعبد رب المال إلخ" التقييد لعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للمولى فيمتنع التخلية، فقال: هو جائز، أى سواء كان على العبد دين أو لم يكن، لأن عبد رب المال في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر، ولا يمتنع التخلية، لأن للعبد يداً معتبرة. (ك)

(١) للشرط.

(٢) العبد.

(٣) سواء كان على العبد دين أو لم يكن. (٤)

(٤) العبد.

(٥) قوله: "واشتراط العمل إلخ" فيتحقق خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله، فيصح. (عيني)

(٦) أى للعبد.

(٧) أى لكون يده معتبرة.

(٨) أى إذا كان العبد غائباً. (ك)

(٩) من المودع.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أى العبد.

(١٢) أى عند الإيداع. (ك)

(١٣) أى لكون يده معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً. (٤)

(١٤) إذا كان العبد مديوناً على ما يجيء في كتاب المديون. (نهاية)

(١٥) قوله: "يجوز بيع إلخ" عند أبي حنيفة، فلأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين، وأما عندهما فلأن

جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت. (عيني)

(١٦) قوله: "وإذا كان كذلك" أى إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة، وجواز بيع المولى منه إذا

كان مأذوناً له مديوناً لم يكن أى اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه. (عيني)

(١٧) هذا الاشتراط.

(١٨) فإن إثبات يد العبد ليس إثبات يد المولى.

(١٩) من قوله: "وشرط العمل على رب المال مفسد إلخ."

(٢٠) أى ثلث الربح.

لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه ^(١) دين، وإن كان عليه دين فهو للغرماء ^(٢)، هذا ^(٣) إذا كان العاقد هو المولى. ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي، وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين، لأن هذا اشتراط العمل على المالك ^(٤)، وإن كان على العبد ^(٥) دين صح ^(٦) عند أبي حنيفة ^(٧)؛ لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف ^(٨)

فصل في العزل والقسمة ^(٩)

قال ^(١٠) وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة؛ لأنه توكيل على ما تقدم ^(١١)، وموت الموكل يبطل الوكالة ^(١٢)، وكذا ^(١٣) موت الوكيل، ولا تورث الوكالة ^(١٤)، وقد مر من قبل ^(١٥).

وإن ارتد رب المال عن الإسلام - والعياذ بالله - ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ^(١٦)؛ لأن اللحوق ^(١٧) بمنزلة الموت، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته ^(١٨)،

(١) أى العبد.

(٢) لأن المولى لا يملك أكساب العبد المديون.

(٣) أى الحكم المذكور.

(٤) وهو يفسد.

(٥) المأذون.

(٦) أى اشتراط العمل على المولى.

(٧) وعندهما لا يصح.

(٨) فى كتاب المأذون.

(٩) قوله: "فصل فى العزل والقسمة" أى فى عزل المضارب، وقسمة الربح، ولما فرغ عن بيان حكم المضاربة والربح، ذكر فى هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد هذا، لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة، وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح. (نت)

(١٠) أى للقدرى. (عبنى)

(١١) من قوله فى أول كتاب المضاربة: وهو توكيل.

(١٢) قوله: "يبطل الوكالة" لأن الوكالة عقد جائز غير لازم، فكان لبقاءه حكم الابتداء، فيشترط قيام الأمر كل

ساعة. (عبنى)

(١٣) أى يبطل لقيام الوكالة فيه.

(١٤) لأنها غير لازمة.

(١٥) قوله: "وقد مر" أى حكم بطلان الوكالة بموتيهما، أو بموت أحدهما من قبل، أى فى باب عزل الوكيل من

كتاب الوكالة. (مل)

(١٦) قوله: "بطلت المضاربة" هذا إذا لم يعد مسلماً، أما إذا رجع المرتد مسلماً وهو رب المال جاز جميع ما فعل من البيع والشراء، وكان عقدهما المضاربة على ما شرطاً، أما إذا لم يتصل قضاء القاضى بلحاظه، فلأن هذا بمنزلة الغيبة،

وقبل لحوقه^(١) يتوقف تصرف مضاربه^(٢) عند أبي حنيفة، لأنه يتصرف له، فصار^(٣) كتصرفه بنفسه^(٤).

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها^(٥)؛ لأن له^(٦) عبارة صحيحة^(٧)، ولا توقف في ملك رب المال، فبقيت المضاربة.

قال^(٨): فإن عزل رب المال المضارب، ولم يعلم بعزله، حتى اشترى، وباع، فتصرفه جائز؛ لأنه وكيل من جهته، وعزل الوكيل قصداً^(٩) يتوقف على علمه^(١٠)، وإن علم بعزله والمال^(١١) عروض فله أن يبيعها، ولا يمنعه^(١٢) العزل من ذلك^(١٣)؛ لأن حقه قد ثبت في الربح، وإنما يظهر^(١٤) بالقسمة، وهي^(١٥) تبتنى على رأس المال^(١٦)،

فلا يوجب العزل، ولا بطلان الأهلية. وأما بعد اللحاق والقضاء به فالوكيل ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل، وأما ههنا لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة، كذا في "المبسوط". (ك)

(١٧) بدار الحرب.

(١٨) ويعتق مدبروه وأمهاث أولاده، كما في الموت الحقيقي.

(١) بدار الحرب.

(٢) أي مضارب رب المال الذي ارتد.

(٣) أي تصرف المضارب.

(٤) قوله: "كتصرفه بنفسه" فلو تصرف رب المال في هذه الصورة لكان تصرفه موقوفاً عند أبي حنيفة لارتداده، فكذا تصرف نائبه وهو المضارب. (عيني)

(٥) قوله: "فالمضاربة على حالها" أي في قولهم جميعاً، حتى لو اشترى وباع وربح ووضع، ثم قتل على رده، أو مات، أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز، والربح بينهما على ما شرطاً، لأن توقف تصرفاته عند أبي حنيفة لتعلق حق ورثته بماله، أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه، وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة، لأنه نائب فيه عن رب المال، أو هو متصرف في منافم نفسه، ولا حق لورثته في ذلك، فلهذا نفذ تصرفه. (ك)

(٦) أي للمرتد.

(٧) قوله: "لأن له عبارة صحيحة [لكونه عاقلاً بالغاً]" لأن صحة عبارته لأدميته، ولا نقصان فيها بعد الردة، لأنه يتكلم عن عقل، وتمييز كما قبل الردة، ولهذا لو أسلم صح إسلامه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) احتراز عما إذا وكل رجلاً بالبيع، ثم باع الموكل فالوكيل بنفسه ينعزل.

(١٠) الوكيل.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قوله: "ولا يمنعه" ثم لما لم يمنعه عزل رب المال عن بيعها ملك بيعها نقداً أو نسيئة حتى لو نهاه رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيها، وكذلك لا يمنعه عن المسافرة في الروايات المشهورة. (ك)

(١٣) البيع.

(١٤) أي حقه في الربح.

(١٥) أي القسمة.

وإنما ينض ^(١) بالبيع.

قال ^(٢): ثم لا يجوز أن يشتري ^(٣) بثمنها ^(٤) شيئاً آخر؛ لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال ^(٥)، وقد اندفعت ^(٦) حيث صار ^(٧) نقداً ^(٨)، فيعمل العزل.

وإن عزله، ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجوز له أن يتصرف فيها؛ لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الربح، فلا ضرورة ^(٩).

قال رضي الله عنه ^(١٠): وهذا الذي ذكره ^(١١) إذا كان ^(١٢) من جنس رأس المال ^(١٣)، فإن لم يكن ^(١٤) بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب ^(١٥) له أن يبيعها بجنس رأس المال ^(١٦) استحساناً ^(١٧)، لأن الربح لا يظهر إلا به ^(١٨)، وصار ^(١٩)

(١٦) أي على تمييز رأس المال.

(١) قوله: "وإنما ينض أي رأس المال [أي يتيسر ويحصل] إلخ" نضيض الماء خروجه من الحجر، أو نحوه، وسيلانه قليلاً قليلاً من حد ضرب، ومنه خذ ما نض لك من دينك، أي تيسر وحصل، وفي الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين، أي صارت ورقاً وعيناً بعد أن كان متاعاً، والنض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير. (نهاية) قوله: "ينض" نض نقد گردیدن درم ودينار، يقال: خذ ما نض لك من دينك، يعني بغير نقد شده را، ويقال: ما نض بيدي منه شيء. (من)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) المضارب المعزول.

(٤) العروض التي بقيت.

(٥) لأجل القسمة.

(٦) الضرورة.

(٧) رأس المال.

(٨) أي دراهم ودنانير.

(٩) في ترك الأعمال. (٤)

(١٠) أي المصنف.

(١١) القدوري.

(١٢) المال الذي نض.

(١٣) بأن كان كل منهما دراهم ودنانير.

(١٤) المال الذي نض من جنس رأس المال.

(١٥) بأن كان دنانير ورأس المال دراهم.

(١٦) أي لا بالعروض. (ك)

(١٧) قوله: "استحساناً" والقياس أن لا يجوز تصرفه، لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد نض، وجه الاستحسان: أن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وإذا لا يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال، فصار كالعروض. (ك)

(١٨) قوله: "إلا به" أي بأن يبيعها بجنس رأس المال، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال. (مل)

كالعروض، وعلى هذا^(١) موت رب المال^(٢) في بيع العروض، ونحوها^(٣).

قال^(٤): "وإذا افترقا"^(٥) وفي المال ديون^(٦) وقد^(٧) ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء^(٨) الديون^(٩)؛ لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجر له^(١٠)، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء^(١١)؛ لأنه وكيل محض، والمتبرع لا يجبر^(١٢) على إيفاء ما تبرع به. ويقال له: وكل رب المال في الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فلا بد من توكيله، وتوكله^(١٣) كيلا يضيع حقه، قال^(١٤) في "الجامع الصغير" يقال له: أحل^(١٥) مكان قوله: وكل، والمراد منه الوكالة^(١٦)، وعلى هذا سائر الوكالات^(١٧) والبيع^(١٨) والسمسار^(١٩) يجبران على التقاضى لأنهما يعملان بأجرة

(١٩) في حكم جواز البيع بعد العزل.

(١) قوله: "وعلى هذا" إشارة إلى قوله: لا يمنع العزل من ذلك، يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي إذا كان المال عروضاً، بل يبيعهما بعد العزل، كما لا ينعزل بالعزل القصدى في تلك الصورة، لأن عدم عمل العزل فيها لتلا يلزم إبطال حق المضارب، ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين. (نتائج)

(٢) قوله: "موت رب المال إلخ" بأن كان المال عروضاً، ومات رب المال، فلا ينعزل المضارب، بل يبيعهما، وينض رأس المال، وكذا في حقوق رب المال بدار الحرب مرتداً، لأنه موت حكماً. (عيني)

(٣) قوله: "ونحوها" أى نحو العروض في حق البيع، بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير، أو على القلب. (ك)

(٤) أى القدورى. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا افترقا" أى إذا افترق رب المال والمضارب، والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضاربة. (عيني)

(٦) على الناس.

(٧) الواو حالية.

(٨) الطلب.

(٩) التى على الناس.

(١٠) قوله: "كالأجر له" لأنه استحق الربح بأن عمله، وقد سلم له بدل عمله، وهو الربح، فيجبر على إتمام عمله، ومن إتمامه استيفاء ما وجب من الديون على الناس. (عيني)

(١١) أى طلب الديون التى على الناس.

(١٢) قوله: "لا يجبر إلخ" لا يقال: إنه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التى أخذ، فينبغى أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد بمثل ما أخذ، قلنا: الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع، فإذا أحال به، أى وكله فقد أزال يده عنه. (ك)

(١٣) أى قبوله الوكالة. (ك)

(١٤) أى محمد. (عيني)

(١٥) أمر من الإحالة.

(١٦) قوله: "والمراد منه [أى من قوله: أحل] إلخ" فكان فى الكلام استعارة، ومجوزها اشتغالها على النقل، وإنما فسره بذلك، لأن أحل ربما يوهم أن رأس المال دين فى ذمة المضارب، وليس كذلك. (٤)

(١٧) قوله: "سائر الوكالات" أزد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه، ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشتري. (عيني)

عادة. قال^(١): وما هلك من مال المضاربة، فهو من الربح دون رأس المال؛ لأن الربح تابع^(٢)، وصرف الهلاك إلى ما هو التابع أولى، كما يصرف الهلاك إلى العفو^(٣) في الزكاة. فإن زاد^(٤) الهالك على الربح، فلا ضمان على المضارب، لأنه أمين^(٥).

وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها^(٦)، ثم هلك المال بعضه، أو كله تراد^(٧) الربح^(٨) حتى يستوفي رب المال رأس المال؛ لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال^(٩)، لأنه^(١٠) هو الأصل، وهذا^(١١) بناء^(١٢) عليه، وتبع له^(١٣) فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه^(١٤) من رأس المال فيضمن المضارب

(١٨) قوله: "والباع [كشداد دلال خريد وفروخت. من] إلخ" قال في "مجمع الأنهر": الباع من باع الناس بأجر، والسمسار بالكسر المتوسط بين البائع والمشتري يبيع ويشترى للناس بأجر من غير أن يستأجر، وكذا في "رد المحتار"، وقال في "رد المحتار" في موضع آخر: لا فرق لغة بين السمسار والدلال.

وقد فسرها في القاموس بالمتوسط بين البائع والمشتري، وفرق بينهما الفقهاء، فالسمسار هو الدال على مكان السلعة، وصاحبها، والدال هو المصاحب للسلعة غالباً، أفاده سرى الدين عن بعض المتأخرين، انتهى.

وقال في "المغرب": السمسار - بكسر الأول - المتوسط بين البائع والمشتري، فارسية معربة عن الليث، والجمع سمسارة، وفي الحديث كنا ندعى السمسارة فسمانا النبي عليه السلام التجار، ومصدرها السمسرة، وهي أن يتوكل الرجل من الحاضر للبادية، فيبيع لهم ما يجلبونه، قال الأزهرى: وقيل في تفسير قوله عليه السلام: لا يبيع حاضر لباد أنه لا يكون سمساراً. (مولانا محمد عبد الحلِيم، نور الله مرقده)

(١٩) بالكسر ميانجى ميان بائع ومشتري. (من)

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه، فكان أصلاً. (عيني)

(٣) قوله: "كما يصرف الهلاك إلى العفو" وهو ما فوق النصاب، فإن لم يجاوز الهالك العفو فالواجب على حاله، كما إذا كان له تسع من الإبل، وحال عليه الحول يكون الواجب فيها شاة، ويكون هو الواجب في خمس من التسم، حتى لو هلك الأربع لا يسقط شيء من الشاة. (مجمع الأنهر)

(٤) هذا لفظ القدورى. (عيني)

(٥) فلا يكون ضمياً.

(٦) يعنى لم يفسخها.

(٧) رب المال والمضارب.

(٨) لأن القسمة تفيد ملكاً موقوفاً. (٤)

(٩) قوله: "لا تصح إلخ" لأن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال إلى رب المال. (كفاية)

(١٠) رأس المال.

(١١) أى الربح.

(١٢) أى مبنياً.

(١٣) قوله: "وتبم له" لتصور رأس المال بدونه، وعدم تصوره بدون رأس المال. (كفاية)

(١٤) رب المال والمضارب.

ما استوفاه، لأنه أخذه لنفسه^(١)، وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله.

وإذا استوفى^(٢) رأس المال فإن فضل شيء كان^(٣) بينهما^(٤)، لأنه ربح^(٥)، وإن

نقص^(٦) فلا ضمان على المضارب لما بيننا^(٧)، فلو اقتسما الربح، وفسخا المضاربة، ثم عقداها^(٨) فهلك المال لم يترادا الربح الأول، لأن المضاربة الأولى قد انتهت^(٩) والثاني عقد جديد، فهلاك المال في الثاني^(١٠) لا يوجب انتقاض الأول^(١١) كما إذا دفع^(١٢) إليه مالا آخر.

فصل فيما يفعله المضارب^(١٣)

قال^(١٤): ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك^(١٥)

من صنيع التجار، فينتظمه إطلاق العقد^(١٦)، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه^(١٧)؛ لأن له الأمر^(١٨) العام المعروف بين الناس^(١٩)، ولهذا كان له أن يشتري دابة

(١) ولم يكن له ذلك حتى يصل رأس المال إلى رب المال.

(٢) رب المال.

(٣) الفاضل بعد الاستيفاء.

(٤) أى بين رب المال والمضارب.

(٥) أى فاضل، وقضية الربح أن يكون مشتركاً بينهما.

(٦) شيء من رأس المال.

(٧) أشار إلى قوله: لأنه أمين. (عيني)

(٨) ثانياً.

(٩) بقسمة الربح، وفسخ المضاربة.

(١٠) أى العقد الثاني.

(١١) أى الاقتسام الأول.

(١٢) قوله: "كما إذا دفع" أى رب المال إليه، أى إلى المضارب مالا آخر، أى للمضاربة غير المال الأول، فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الأول. (عيني)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة للإفادة، وتبنيها على مقصودية أفعال المضارب بالإعادة. (نهاية)

(١٤) أى القدورى. (عيني)

(١٥) أى البيع بالنقد أو النسيئة.

(١٦) هو كونه غير مقيد بالنقد.

(١٧) قوله: "إلى أجل لا يبيع التجار إليه" قال في "النهاية": بأن باع إلى عشر سنين لخروجه حينئذٍ من صنيع التجار. (عناية)

(١٨) المعتاد.

(١٩) أى لكون المدار على العرف.

للمركوب، وليس له^(١) أن يشتري سفينة للمركوب^(٢)، وله أن يستكربها^(٣) اعتباراً لعادة التجار، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة^(٤)؛ لأنه من صنيع التجار. ولو باع بالنقد، ثم أحر^(٥) الثمن جاز بالإجماع أما عندهما^(٦) فلأن الوكيل^(٧) يملك ذلك^(٨)، فالمضارب أولى^(٩)، إلا^(١٠) أن المضارب لا يضمن^(١١)؛ لأن له أن يقايل، ثم يبيع نسيئة^(١٢)، ولا كذلك الوكيل^(١٣)، لأنه لا يملك ذلك^(١٤)، وأما عند أبي يوسف فلا لأنه يملك الإقالة، ثم البيع بالنسيئة^(١٥)، بخلاف الوكيل، لأنه لا يملك الإقالة^(١٦). ولو احتال بالثمن^(١٧) على الأيسر، أو الأعسر جاز؛ لأن الحوالة من عادة التجار، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر^(١٨)، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر^(١٩).

(١) لعدم جريان العادة فيه.

(٢) قوله: "سفينة للمركوب" قيد بقوله: للمركوب لأن له شراء السفينة للبيع إذا لم يخص له رب المال التجارة في شيء بعينه. (ك)

(٣) قوله: "وله أن يستكربها [لحمل البضائع]" أي السفينة والدواب مطلقاً اعتباراً لعادة التجار، فإنه إذا اشترى طعاماً لا يجد بداً من ذلك فهو من توابع التجار في الطعام. (عناية)

(٤) قوله: "في الرواية المشهورة" احترز به عن رواية ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد، لأنه بمنزلة الدفع مضاربة، والفرق أن المضارب شريك في الربح، والمأذون لا يصير شريكاً فيه. (عيني)

(٥) من المشتري.

(٦) الطرفين.

(٧) بالبيع.

(٨) أي تأخير الثمن عن المشتري.

(٩) قوله: "فالمضارب أولى [لأنه شريك في الربح]" لأن ولاية المضارب أعم لأنه شريك في الربح، أو يعرضه أن يصير شريكاً. (ك)

(١٠) فيه إشارة إلى أن الوكيل يضمن. (ك)

(١١) رب المال إذا أحر الثمن.

(١٢) بعد الإقالة.

(١٣) بالبيع.

(١٤) أي الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها.

(١٥) نسيئة: تأخير كردن وزيان بادن. (من)

(١٦) قوله: "لأنه لا يملك الإقالة [فكذا لا يملك تأجيله في الثمن]" أي البيع بالنسيئة بعد الإقالة ولا يملك الإقالة أيضاً عند أبي يوسف، فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها. (كفاية)

(١٧) قوله: "ولو احتال بالثمن" أي لو قبل المضارب الحوالة على الأعسر من المشتري جاز. (نهاية)

(١٨) أي الأنعم في حق الصغير.

والأصل^(١) أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع، نوع يملكه بمطلق المضاربة^(٢)، وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها^(٣)، وهو ما ذكرنا^(٤). ومن جملة التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن، لأنه إيفاء واستيفاء^(٥)، والإجارة والاستئجار، والإيداع، والإيضاع، والمسافرة على ما ذكرناه من قبل^(٦). ونوع لا يملكه بمطلق العقد، ويملكه إذا قيل له: اعمل برأيك، وهو^(٧) ما يحتمل أن يلحق به^(٨)، فيلحق عند وجود الدلالة^(٩)، وذلك^(١٠) مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، وخلط مال المضاربة بماله، أو بمال غيره؛ لأن رب المال^(١١) رضى بشركته، لا بشركة غيره، وهو^(١٢) أمر عارض^(١٣) لا يتوقف عليه التجارة^(١٤)، فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه^(١٥) جهة^(١٦) فى التثمين^(١٧)، فمن هذا الوجه يوافق^(١٨)، فيدخل فيه عند وجود الدلالة، وقوله: اعمل برأيك دلالة على ذلك^(١٩). ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد، ولا بقوله: اعمل برأيك إلا أن ينص عليه

(١٩) ولا نظر فى قبول الحوالة على الأعرس.

(١) فيما يجوز للمضارب أن يفعله، وما لا يجوز.

(٢) أى من غير أن يقول رب المال: اعمل برأيك.

(٣) أى الإيداع والإيضاع.

(٤) قوله: "وهو ما ذكرنا" من البيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة، وتأخير الثمن والاحتياط به. (ب)

(٥) لف ونشر غير مرتب.

(٦) بقوله: وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز إلخ.

(٧) أى هذا النوع.

(٨) أى بالنوع الأول.

(٩) هو قوله: اعمل برأيك.

(١٠) إشارة إلى المحتمل.

(١١) هذا الدليل قاصر فإنه لا يجرى فى صورة خلط مال المضاربة بماله، فافهم.

(١٢) قوله: "وهو" أى دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره، أو خلط مالها بماله، أو بمال غيره. (مل)

(١٣) أى زائد.

(١٤) لعدم العرف بذلك بينهم.

(١٥) أى ما ذكر.

(١٦) أى طريق.

(١٧) أى زيادة المال.

(١٨) أى عقد المضاربة.

(١٩) أى على دخول ما ذكر فى العقد.

رب المال، وهو الاستدانة^(١)، وهو أن يشتري^(٢) بالدرهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة، وما أشبه ذلك^(٣)، لأنه يصير المال^(٤) زائداً على ما انعقد عليه المضاربة، فلا يرضى^(٥) به^(٦)، ولا يشغل ذمته بالدين.

ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما^(٧) نصفين، بمنزلة شركة الوجوه^(٨)، وأخذ السفائح^(٩)، لأنه نوع من الاستدانة، وكذا إعطاءها^(١٠)، لأنه إقراض، والعتق بمال وبغير مال، والكتابة، لأنه ليس بتجارة، والإقراض والهبة والصدقة، لأنه تبرع محض.

قال^(١١): ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة، وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة، لأنه من باب الاكتساب، ألا ترى أنه^(١٢) يستفيد به^(١٣) المهر، وسقوط النفقة^(١٤). ولهما أنه^(١٥) ليس بتجارة والعقد^(١٦) لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة،

(١) قوله: "وهو الاستدانة" فإن الاستدانة تصرف بغير رأس المال، والتوكيل مقيد برأس المال، فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص عليه، وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه، فيصير بمنزلة شركة الوجوه، ولا يكون مضاربة، إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال، فيكون المشتري بينهما نصفين، والدين عليهما نصفين، ولا يتغير موجب المضاربة لأن هذه شركة وجوه ضمت إلى المضاربة، فلم يتغير موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطنا. (ك)

(٢) شيئاً بالدين.

(٣) قوله: "وما أشبه ذلك" أي من أنواع الاستدانة كما إذا اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة، وهو الألف مثلاً، كانت حصة الألف للمضاربة، وما زاد فللمضارب ربحه، وعليه وضيعته، والمال دين عليه، لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة. (ك)

قوله: "وأشبه ذلك" بأن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالكيل والموزون، لأنه اشترى بغير رأس المال، فكان هذا استدانة، فلا ينفذ على المضاربة. (عيني)

(٤) أي مال المضاربة.

(٥) رب المال.

(٦) أي بالزائد.

(٧) أي بين رب المال والمضارب.

(٨) قوله: "شركة الوجوه [وليس بمضاربة]" هي أن يشتركا بلا مال ليشتريا لوجوههما ويبيعا، وما ربحاه يكون بينهما. (شرح نقاية از على قارى)

(٩) قوله: "وأخذ السفائح" في القاموس السفتجة أن تعطى مالا لأحد، وللأخذ مال في بلد المعطى، فيوفيه إياه ثمة، فتستفيد أمن الطريق، وقد مر تحقيق السفتجة في آخر كتاب الحوالة. (مل)

(١٠) السفائح.

(١١) أي القلورى. (عيني)

(١٢) أي أن المضارب.

(١٣) أي بتزوجها.

وصار^(١) كالكتابة، والإعتاق على مال^(٢) لأنه اكتساب^(٣)، ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة، فكذا هذا^(٤).

قال^(٥): فإن دفع شيئاً^(٦) من مال^(٧) المضاربة إلى رب المال بضاعة^(٨)، فاشترى رب المال، وباع فهو على المضاربة^(٩).

وقال زفر: تفسد المضاربة، لأن رب المال يتصرف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلاً^(١٠) فيه، فيصير مسترداً^(١١)، ولهذا لا يصح^(١٢) إذا شرط العمل عليه ابتداءً. ولنا: أن التولية^(١٣) فيه قد تمت، وصار العصرف حقاً للمضارب، فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف^(١٤)، والإبضاع^(١٥) توكيل منه^(١٦)، فلا يكون^(١٧)

(١٤) عن المضارب.

(١٥) تزويج الأمة.

(١٦) أى عقد التجارة.

(١) تزويج الأمة.

(٢) أى كل واحد من الكتابة والإعتاق على مال.

(٣) يحصل فيه المال.

(٤) تزويج الأمة.

(٥) أى محمد فى "الجامع". (عنى)

(٦) قوله: "فإن دفع [المضارب] إلخ" صورته أنه دفع على آخر ألف درهم مضاربة بالنصف، فدفع المضارب بعضها إلى رب المال بضاعة، فباع رب المال بها، واشترى فبى على حالها. (عنى)

(٧) قوله: "شيئاً من مال إلخ" لا يتفاوت الحكم بين أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة، أو كله. (ك)

(٨) قوله: "بضاعة" فإن قيل: الإبضاع هو أن يكون المال للمبضع، والعمل من الآخر، وليس للمبضع ههنا مال، فكيف يتحقق الإبضاع. قلنا: الإبضاع هو الدفع على وجه الاستعانة، ورب المال يصلح معيناً له، لأنه أشفق الناس إليه تصرفاً، فيصح الاستعانة به. (عنى)

(٩) يعنى لا يفسد المضاربة.

(١٠) قوله: "فلا يصلح وكيلاً" لأن المرء فيما يعمل فى ملكه لا يصلح وكيلاً لغيره، فصار غير صالح، لأن يكون وكيلاً فيه، فصار مسترداً. (كافى)

(١١) قوله: "فيصير مسترداً [تفسد المضاربة]" لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره، وهذا عامل لنفسه، فكيف يصلح وكيلاً فيه، بل يكون مسترداً لماله، لأنه يملك عزله، أو استرداد ماله فى أى وقت شاء إذا لم يتعلق حقه، فصار كما إذا لم يسلم إليه من الابتداء. (تبيين)

(١٢) عقد المضاربة.

(١٣) بين المال والمضارب.

(١٤) قوله: "فيصلح رب المال إلخ" فإن قيل: رب المال لا يصلح وكيلاً، لأن الوكيل يعمل فى مال غيره، ورب المال لا يعمل فى مال غيره بل فى ماله.

أجيب بأن رب المال بعد التولية صار كالأجنبى عن المال، فجاز توكيله، فإن قيل: لو كان كذلك يصح المضاربة مع

استرداداً^(١)، بخلاف^(٢) شرط العمل عليه في الابتداء، لأنه يمنع التخلية^(٣)، وبخلاف ما إذ دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح^(٤)، لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال، وعمل المضارب ولا مال ههنا للمضارب، فلو جوزناه^(٥) يؤدي إلى قلب الموضوع^(٦)، وإذا لم يصح^(٧) بقى عمل رب المال بأمر المضارب، فلا يبطل به^(٨) المضاربة الأولى.

قال^(٩): وإذا عمل المضارب في المصرف فليست نفقته في المال^(١٠)، وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته، وركوبه^(١١)، ومعناه^(١٢) شراء وكراء في المال. ووجه الفرق^(١٣) أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضى^(١٤)، ونفقة المرأة^(١٥) والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي. وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه^(١٦)، وهذا^(١٧) بخلاف

رب المال، أجاز بقوله: وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح إلخ. (عناية)

(١٥) أى إضاع المضارب رب المال.

(١٦) قوله: "توكيل منه [لأنه استعانة]" وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل يجوز أن يوكل، وليس المال له. (٤)

(١٧) الإيضاع.

(١) لما له لينتقض به المضاربة.

(٢) جواب عن قياس زفر.

(٣) بين المال والمضارب.

(٤) عقد هذه المضاربة الثانية.

(٥) أى عقد المضاربة الثانية.

(٦) أى الحقيقة.

(٧) عقد المضاربة الثانية.

(٨) أى بدفع المال إلى رب المال مضاربة.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) أى مال المضاربة.

(١١) الركوب بالفتح المركوب. (معجم الأنهر)

(١٢) قوله: "ومعناه" أى معنى كون ركوبه فى المال شراء، وكراء، أى من حيث الشراء، ومن حيث الكراء أراد أن المضارب فى السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكرائها. (عينى)

(١٣) قوله: "وجه الفرق" أى بين ما إذا عمل فى المصر حيث لا نفقة له فى مال المضاربة، وبين ما إذا عمل فى السفر حيث يجب فيه. (عينى)

(١٤) فإن القاضى محبوس لمصالح القائمة.

(١٥) فإنها تجب للاحتباس فى منزل الزوج فى يده.

(١٦) أى فى المال، لأجل الاحتباس،

الأجير^(١)، لأنه يستحق البدل لا محالة^(٢)، فلا يتضرر بالإنفاق من ماله^(٣)، أما المضارب فليس له إلا الربح، وهو^(٤) في حيز التردد^(٥)، فلو أنفق من ماله يتضرر به^(٦)، وبخلاف المضاربة الفاسدة^(٧)، لأنه أجير، وبخلاف البضاعة، لأنه متبرع^(٨). قال^(٩): ولو بقي شيء^(١٠) في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة، لانتفاء الاستحقاق^(١١)، ولو كان خروجه دون السفر^(١٢) إن كان بحيث يغدو ثم يروح، فيبيت بأهله، فهو بمنزلة السوقي في المصر^(١٣)، وإن كان بحيث لا يبيت بأهله، فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه للمضاربة^(١٤) والنفقة^(١٥) هي ما يصرف إلى الحاجة^(١٦) الراتبية^(١٧)، وهو ما ذكرنا^(١٨).

ومن جملة ذلك غسل ثيابه^(١٩)، وأجرة أجير يخدمه^(٢٠)، وعلف دابة يركبها،

(١٧) الحكم.

(١) أى لا يستحق النفقة وإن سافر. (ك)

(٢) لكونه يعمل ببدل.

(٣) أى مال نفسه.

(٤) ربح.

(٥) فإنه عسى أن يحصل وعسى أن لا يحصل.

(٦) أى بالإنفاق من مال نفسه.

(٧) فلا نفقة له إذا سافر.

(٨) بالعمل، فلا يجب له النفقة.

(٩) قوله: "قال" لو لم يذكر قال لكان أصوب، لأن المسألة ليست في "الجامع الصغير"، ولا في "مختصر القدورى"، ولهذا لم يذكرها في البداية، وإنما هي من "المبسوط". (عيني)

(١٠) أى من الطعام مثلاً.

(١١) قوله: "لانتفاء الاستحقاق" أى بالرجوع إلى مصره، كالحاج من الغير إذا بقي شيء من النفقة في يده بعد رجوعه، وكالمولى إذا برأ أمته مع زوجها بيتاً، ثم نقلها للخدمة، وقد بقي من النفقة شيء كان للزوج أن يسترد ذلك عنها. (ك)

(١٢) هو مسيرة ثلاثة أيام ولياليها.

(١٣) فلا نفقة له.

(١٤) فصار كالمسافر.

(١٥) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة.

(١٦) أمر راتب كار ثابت وبرجى. (من)

(١٧) الدائمة.

(١٨) قوله: "وهو ما ذكرنا" أراد الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم. (ك)

(١٩) قوله: "غسل ثيابه [لأنه ضرورى]" وأجرة الخادم والحمام والحلاق، وعلف الدابة والدهن، فإن الشخص إذا كان طويل الشعر وسيخ الثياب ماشياً فى حوائجه يعد من السماليك، ويقبل معاملوه، فصار ما به يكثر الرغبات فى المعاملة

والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز^(١)، وإنما يطلق^(٢) في جميع ذلك بالمعروف^(٣)، حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار. وأما الدواء^(٤) ففي ماله في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه^(٥) يدخل في النفقة، لأنه لإصلاح بدنه، ولا يتمكن من التجارة إلا به، فصار كالنفقة، وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع^(٦)، وإلى الدواء بعراض المرض^(٧)، ولهذا^(٨) كانت نفقة المرأة على الزوج، ودواءها في مالها.

قال^(٩): وإذا ربح أخذ رب المال^(١٠) ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع^(١١) مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان^(١٢) ونحوه، ولا يحتسب ما أنفق على نفسه؛ لأن العرف جارٍ^(١٣) بالحق الأول^(١٤) دون الثاني^(١٥)، ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة^(١٦)، والثاني لا يوجبها.

معه من جملة النفقة. (عناية)

(٢٠) أى يخبز أو يطبخ، أو يغسل الثياب. (ك)

(١) قوله: "كالحجاز" فإن أرض الحجاز حارة يحتاج أهلها إلى ترتيب أبدانهم بالدهن. (عيني)

(٢) أى يباح.

(٣) أى يقدر دفع الضرورة بلا إسراف.

(٤) أى ثمنه.

(٥) أى ثمن الدواء.

(٦) قطعاً.

(٧) فقد يمرض وقد لا يمرض، فلم يكن لازماً.

(٨) إشارة إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء.

(٩) أى محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ [من الربح] تسميما لرأس ماله. [ك] رب المال إلخ" يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة، فربحه يأخذ رب المال رأس ماله كاملاً، فيكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال، فإذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرطاً. (٤)

(١١) بعد ما أنفق. (٤)

(١٢) قوله: "من الحملان [بضم الحاء] أجرة الحمل] ونحوه" كأجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا أن ما أنفق على المتاع يضمن إلى رأس المال، ويبيع مرابحة على الكل، حتى لو اشتراه بألف درهم، واستأجر دواباً تحمله إلى مصره بمائة درهم، فإنه يبيعه مرابحة بألف ومائة لكنه لا يقول: اشترته بألف ومائة بل يقول: قام على هكذا. (ك)

(١٣) بين التجار.

(١٤) أى ما أنفق على المتاع.

(١٥) أى ما أنفق على نفسه.

(١٦) قوله: "زيادة في المالية إلخ" كالصبغ والقصر ونحوهما، فإنه يوجب زيادة في عين المتاع، وكالحمل فإنه

قال^(١): فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً فقصرها^(٢)، أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له^(٣): اعمل برأيك فهو متطوع^(٤)؛ لأنه^(٦) استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال^(٧) على ما مر^(٨).

وإن صبغها أحمر^(٩) فهو شريك^(١٠) بما زاد الصبغ^(١١) فيها، ولا يضمن؛ لأنه^(١٢) عين مال^(١٣) قائم به^(١٤) حتى إذا بيع^(١٥) كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة^(١٦)، بخلاف القسارة^(١٧)، والحمل^(١٨)، لأنه^(١٩) ليس بعين مال قائم به^(٢٠)، ولهذا إذا فعله الغاصب^(٢١) ضاع عمله، ولا يضيع^(٢٢) إذا صبغ

يوجب زيادة فى القيمة، لأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن. (عنى)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(٢) قوله: "فقصرها [قصر - بالفتح - جامه را كاذرى كردن. ك] أى غسلها بأجرة من ماله من قصر يقصر - بالضم - قصرًا، أو قسارة، أو من قصر الثوب - بالتشديد - أى جمعه ففسله، كما فى القهستانى. (مجمع الأنهر) (٣) الواو حالية.

(٤) من رب المال.

(٥) فى المائة.

(٦) أى هذا الصنيع.

(٧) أى قول رب المال: اعمل برأيك.

(٨) قوله: "على ما مر" من قوله: ونوع لا يملكه إلا أن ينص عليه رب المال، وهو الاستدانة. (عنى)

(٩) قوله: "وإن صبغها أحمر" التخصيص بالحمر لأن السواد نقصان عند أبى حنيفة، فأما سائر الألوان فمثل الحمر. (ك)

(١٠) لرب المال.

(١١) رنگ.

(١٢) أى الصبغ.

(١٣) قوله: "عين مال إلخ" وقد اختلط بمال المضاربة، ومال المضاربة متقوم، فيكون شريكًا ضرورة. (تبيين)

(١٤) أى بالمصبوغ.

(١٥) الثوب المصبوغ.

(١٦) قوله: "على المضاربة" حتى إذا كانت قيمة المتاع غير مصبوغ ألفًا، ومصبوغًا ألفًا ومائتين كان الألف للمضاربة، ومائتا درهم للمضارب بدل ماله، وهو الصنيع. (مل)

(١٧) قوله: "القسارة [مصدر من قصر الثوب]" بالفتح جامه شستن، يعنى بيشة كاذرى نمودن. (غياث)

(١٨) أى حمل المتاع.

(١٩) أى كل واحد.

(٢٠) قوله: "ليس بعين مال قائم به" أى بالثوب حتى يكون بإزاءه بعض الثمن، فيكون جميع الثمن للمضاربة، وإنما

قال: ليس بعين مال قائم به لأنه فى الحمل ظاهر، وأما فى القسارة فلأنه لا تزيد فيه شيئًا، ويبقى أبيض على ما كان أصله. (ب)

(٢١) قوله: "إذا فعله الغاصب إلخ" يعنى إذا قصر الغاصب ثوب إنسان بغير إذنه، فازدادت قيمته بقصارته كان

للمالك أن يأخذه ثوبه مجانًا بغير عوض، وأما إذا كان الغاصب صبغه أحمر، أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ ثوبه

المغصوب، وإذا صار شريكاً^(١) بالصيغ انتظمه قوله^(٢): اعمل برأيك انتظامه الخلط^(٣) فلا يضمنه^(٤).

فصل آخر^(٥)

قال^(٦): فإن كان معه^(٧) ألف بالنصف فاشترى بها بزاً^(٨) فباعه^(٩) بألفين

واشترى بالألفين عبداً، فلم ينقدهما^(١٠) حتى ضاعا^(١١) يغرّم رب المال ألفاً

بوحسمائة، والمضارب خمسمائة، ويكون ربع العبد للمضارب^(١٢)، وثلاثة أرباعه

على المضاربة. قال^(١٣): هذا الذي ذكره^(١٤) حاصل الجواب^(١٥)، لأن الثمن كله على

المضارب، إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما

نين^(١٦)، فيكون^(١٧) عليه^(١٨) في الآخرة^(١٩).

مجاناً، بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب، وأعطاه قيمته ما زاد الصيغ فيه يوم الخصومة، لا يوم الاتصال بثوبه، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الأبيض يوم صبغه، وترك الثوب عليه. (ك)

(٢٢) عمله.

(١) لرب المال.

(٢) أى رب المال.

(٣) قوله: "انتظامه إلخ" يعنى يتناول قوله: اعمل برأيك للصيغ كما يتناول ذلك القول لخلطه مال المضاربة بمال

نفسه، أو بمال الغير. (نهاية)

(٤) قوله: "فلا يضمنه" أى فلا يضمن المضارب الثوب بالصيغ لأن الشركة والخلطة ياذن رب المال. (مل)

(٥) قوله: "فصل آخر" لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها فى فصل على حدة، ولما لم تكن من نفس

مسائل المضاربة التى لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها. (نت)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) مضارب.

(٨) قوله: "بزا" قال محمد فى "السير الكبير": البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا يثاب الصوف

والخز. (عينى)

(٩) البز.

(١٠) أى لم يدفع الألفين إلى بائع العبد.

(١١) الألفان.

(١٢) قوله: "ويكون ربع إلخ" لأن المضارب لما باع البز بألفين ظهر الربح بقدر الألف، فيملك المضارب نصفه وهو

خمس مائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال، فإذا هلك الثمن كان ما يخص الربع على

المضارب، وما يخص ثلاثة أرباعه على رب المال. (عينى)

(١٣) أى المصنف.

(١٤) قوله: "هذا الذى [أى تقسيم الغرامة بينهما] ذكره [أى محمد]" إشارة إلى قوله: يغرّم رب المال، أى لا يغرّم

فى الحال إذ الثمن فى الحال كله على المضارب، لأنه هو العاقد. (ك)

(١٥) أى الحكم.

ووجهه أنه لما نض^(١) المال^(٢) ظهر الربح^(٣)، وهو خمسمائة، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه^(٤) لنفسه، وثلاثة أرباعه^(٥) للمضاربة على حسب انقسام الألفين^(٦)، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن^(٧) لما بيناه^(٨)، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال، لأنه وكيل من جهته^(٩) فيه^(١٠)، ويخرج نصيب المضارب، وهو الربح من المضاربة، لأنه^(١١) مضمون عليه^(١٢).

ومال المضاربة أمانة^(١٣)، وبينهما منفاة^(١٤)، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، لأنه ليس فيه^(١٥) ما يتنافى المضاربة^(١٦)، ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة^(١٧)؛ لأنه^(١٨) دفعه مرة ألفاً، ومرة ألفاً وخمسمائة، ولا يبيعه^(١٩)

(١٦) أنفاً.

(١٧) الثمن.

(١٨) أى على رب المال.

(١٩) سبس. (من)

(١) أى نقد وتيسر وتحصل. نض نقد كريدن درم ودينار.

(٢) أى البز.

(٣) للمضارب.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) أى على الأرباع فإن الربح للمضارب، وثلاثة الأرباع لرب المال.

(٧) أى ثمن العبد.

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الثمن كله على المضارب إلخ.

(٩) رب المال.

(١٠) أى فى شراء هذا العبد.

(١١) أى لأن نصيبه.

(١٢) لدخول الربح فى ملكه وضمانه.

(١٣) فى يد المضارب.

(١٤) قوله: "وبينهما [أى المضمون والأمانة] منفاة" أى بين كون الشئ مضموناً وبين كونه أمانة منفاة، لأنه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانة، وهذا لا يجوز. (ك)

(١٥) أى فى إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة.

(١٦) لأن رب المال موكل، وقرار الضمان إنما يكون على الموكل. (ك)

(١٧) قوله: "ويكون إلخ" أى كون رأس المال جميع ما دفع رب المال إلى المضارب، وهو ألفان وخمسمائة. (تبيين)

(١٨) رب المال.

(١٩) العبد.

مرابحة إلا على الألفين، لأن اشتراه بألفين، ويظهر ذلك^(١) فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف، فحصة المضاربة^(٢) ثلاثة آلاف يرفع رأس المال، ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما^(٣). قال^(٤): وإن كان معه ألف فاشتري رب المال^(٥) عبداً بخمسمائة، وباعه^(٦) إياه بألف، فإنه يبيعه^(٧) مرابحة على خمسمائة؛ لأن هذا البيع^(٨) مقضى بجوازه لتغاير المقاصد^(٩) دفعاً للحاجة، وإن^(١٠) كان بيع ملكه^(١١) بملكه^(١٢)، إلا^(١٣) أن فيه شبهة العدم^(١٤)، ومبنى المrabحة على الأمانة، والاحتراز عن شبهة الخيانة، فاعتبر أقل الثمنين^(١٥).

ولو اشتري المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه^(١٦) مرابحة بألف ومائة؛ لأنه اعتبر عدماً^(١٧) في حق نصف الربح، وهو نصيب رب المال، وقد مر في البيوع^(١٨).

(١) قوله: "ويظهر ذلك" أي جميع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب، وهو الربع من المضاربة، وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة، وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطاً. (عيني)

(٢) قوله: "فحصة المضاربة إلخ" لأن ربع العبد كان له، فيكون له ربع الثمن وهو الألف، فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منه رأس المال، وهو ألفان وخمس مائة، ويبقى خمس مائة ربحاً يقسمانه على ما شرطاً. (ك)

(٣) أي المضارب ورب المال.

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) أي من أجنبي. (ك)

(٦) أي العبد.

(٧) أي العبد.

(٨) أي يبيع رب المال من المضارب.

(٩) قوله: "لتغاير المقاصد" إذ مقصوده وصوله إلى الألف، ومقصود المضارب وصوله إلى المبيع. (كفاية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) رب المال.

(١٢) رب المال.

(١٣) استثناء من قوله: مقضى بجوازه.

(١٤) أي عدم الجواز.

(١٥) قوله: "فاعتبر [في المrabحة] أقل الثمنين" وهو خمس مائة لثبوته من كل وجه، والأكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه يبيع ماله بماله. (٤)

(١٦) رب المال.

(١٧) قوله: "لأنه [أي هذا البيع] اعتبر عدماً" لأنه لم يزل العبد عن ملكه، ولم يستفد ألفاً لم يكن في ملكه، ومبنى المrabحة على الأمانة، والتحرز عن الخيانة، فيكون البيع الثاني ملحقاً بالعدم في حقها، فكأنه لم يوجد إلا البيع الأول.

(١٨) في باب المrabحة. (ك)

قال^(١): فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها^(٢) عبداً قيمته ألفان^(٣)، فقتل العبد رجلاً خطأ، فثلاثة أرباع الفداء على رب المال^(٤)، وربعه على المضارب؛ لأن الفداء مؤنة الملك، فيتقدر بقدر الملك، وقد كان الملك بينهما^(٥) أرباعاً، لأنه لما صار المال عيناً واحداً^(٦) قيمته ألفان ظهر الربح^(٧) وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله؛ لأن قيمته ألفان.

وإذا فديا^(٨) خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيناه^(٩)، وأما نصيب رب المال لقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما^(١٠)، لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما^(١١)، والمضاربة تنتهى بالقسمة، بخلاف ما تقدم^(١٢)، لأن جميع الثمن فيه^(١٣) على المضارب وإن^(١٤) كان له حق الرجوع^(١٥) فلا حاجة إلى القسمة^(١٦)، ولأن العبد^(١٧) كالزائل^(١٨) عن ملكهما بالجناية^(١٩)، ودفع الفداء كابتداء الشراء^(٢٠)، فيكون

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) أى بالألف.

(٣) قوله: "قيمه ألفان" إنما قيد به لأنه لو كان قيمته ألفاً فجنابته على رب المال بلا خلاف. (عينى)

(٤) قوله: "فثلاثة إلخ" أى كان الدفع والفداء إليهما، فإن دفعها بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة، إن فدياه

ثلاثة إلخ. (٤)

(٥) أى رب المال والمضارب.

(٦) قوله: "عيناً واحداً" قيد العين بالواحدة، احتراز عما إذا كانا عينيْن، فإنه لا يظهر الربح لعدم الأولوية كما

تقدم. (٤)

(٧) قوله: "ظهر الربح" بدليل أنه يظهر فى حق العتق إذا كان قريباً له، ولو أعتقه ينفذ أيضاً. (ك)

(٨) أى رب المال والمضارب.

(٩) قوله: "فلما بيناه" أشار به إلى ما ذكره من قوله: ويخرج نصيب المضارب، وهو الربح عن المضاربة لأنه

مضمون عليه. (عينى)

(١٠) أى رب المال والمضارب.

(١١) قوله: "لما أنه يتضمن إلخ" لأن الخطاب بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادى، ولا سلامة إلا بالقسمة. (ب)

(١٢) قوله: "بخلاف ما تقدم" أى فى أول الفصل، وأراد به ما إذا ضاع الألفان حيث لا ينتهى المضاربة هناك بل

ثبت على ما كانت. (عينى)

(١٣) أى فيما تقدم.

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) على رب المال.

(١٦) لعدم أمر يقتضى ذلك.

(١٧) الخاطئ.

(١٨) والمضاربة تنتهى بالهلاك.

العبد^(١) بينهما أربعاً، لا على المضاربة^(٢) يخدم المضارب يوماً، ورب المال ثلاثة أيام، بخلاف ما تقدم^(٣).

قال^(٤): وإن كان معه ألف، فاشترى بها عبداً، فلم ينقدها^(٥) حتى هلكت

الألف يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم^(٦)، ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال؛ لأن المال أمانة في يده^(٧)، والاستيفاء^(٨) إنما يكون بقبض مضمون^(٩)، وحكم الأمانة ينافية^(١٠)، فيرجع مرة بعد أخرى^(١١). بخلاف الوكيل بالشراء^(١٢) إذا كان الثمن مدفوعاً إليه^(١٣) قبل الشراء، وهلك^(١٤) بعد الشراء حيث لا يرجع^(١٥) إلا مرة، لأنه

(١٩) لأن الموجب الأصلي هو دفع العبد.

(٢٠) أى شراء العبد من ولى الجناية.

(١) بعد فداءهما.

(٢) لخروج العبد عن المضاربة.

(٣) قوله: "بخلاف ما تقدم" وذكر فى الفوائد الظهيرية: فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك ما يخص رب المال من المضاربة، وههنا يخرج، والفرق أن الواجب فيما تقدم ضمان التجارة، وضمنان التجارة لا ينافية المضاربة، والواجب ههنا ضمان الجناية، وضمنان الجناية ليس من التجارة فى شىء، فلا يبقى على المضاربة. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) أى الألف.

(٦) قوله: "ثم وثم" يعنى إذا كان مع المضارب ألف درهم، فاشترى به عبداً، وضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانياً، ثم هلك قبل النقد أيضاً يرجع عليه أيضاً، وهكذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما لا يتناهى، ويكون رأس المال حين ما دفع إليه رب المال. (تبيين)

(٧) لأن مبنى المضاربة عليها.

(٨) أى استيفاء الحق.

(٩) قوله: "إنما يكون قبض الخ" فلو حمل قبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامناً وهو أمين، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانياً وثالثاً إلى غير النهاية على جهة الأمانة دون الاستيفاء. (عينى)

(١٠) الضمان.

(١١) قوله: "فيرجع مرة بعد أخرى [حيث ما وجد الهلاك]" لأن الشراء لا يبطل بهلاك الثمن، فيبقى موجبا دين الثمن عليه، وهو عامل لرب المال، فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين فى العمل، واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الألف، لأن جميعها يصير رأس مال المضاربة، وقبض رأس المال قبض أمانة، واستيفاء الدين إنما يكون بقبض مضمون، وقبض الأمانة لا ينوب عن القبض المضمون، فلهذا لا يرجع إليه مرة بعد أخرى إلى أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن إلى البائع. بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن إلا مرة، لأن قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان، والأمانة كالغاصب، إذا توكّل بيع المصنوب جاز، ويكون مضموناً عليه، حتى لو هلك فى يد الوكيل يجب الضمان. (ك)

(١٢) أى بشراء عبد بعينه.

(١٣) من الموكل.

(١٤) أى الثمن قبل النقد إلى البائع.

أمكن جعله^(١) مستوفياً، لأن الوكالة تجامع الضمان^(٢)، كالفاسب إذا توكل^(٣) ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة^(٤) يرجع مرة، وفيما إذا اشترى^(٥) ثم دفع الموكل إليه المال فهلك^(٦) لا يرجع^(٧)، لأنه ثبت له حق الرجوع^(٨) بنفس الشرى، فجعل مستوفياً بالقبض بعده^(٩)، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده، وهو^(١٠) قائم على الأمانة بعده^(١١)، فلم يصير مستوفياً^(١٢)، فإذا هلك^(١٣) رجع^(١٤) عليه^(١٥) مرة ثم لا يرجع^(١٦) لوقوع الاستيفاء على ما مر^(١٧).

فصل في الاختلاف^(١٨)

قال^(١٩): "وإذا كان مع المضارب ألفان، فقال: دفعت إلى ألفاً، وربحت ألفاً، وقال رب المال: لا، بل دفعت إليك ألفين^(٢٠)" فالقول قول المضارب.

(١٥) الوكيل على الموكل.

(١) الوكيل.

(٢) بخلاف المضاربة فإن مبنائها على الأمانة. (عيني)

(٣) قوله: "كالفاسب إذا توكل [أى قبل الوكالة]" حيث جازت الوكالة، فإذا هلك العبد في يد الفاسب بعد ما صار وكيلاً ضمن، لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة. (عيني)

(٤) أى ما إذا كان الثمن مدفوعاً إلى الوكيل قبل الشراء.

(٥) الوكيل.

(٦) عند الوكيل.

(٧) الوكيل على الموكل.

(٨) على الموكل.

(٩) الشراء.

(١٠) أى ما هو المدفوع.

(١١) الشراء.

(١٢) لكون قبضه قبض أمانة.

(١٣) ما هو المدفوع.

(١٤) الوكيل.

(١٥) الموكل.

(١٦) بعد ذلك أصلاً.

(١٧) قوله: "على ما مر" أشار به إلى ما ذكره بقوله: لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء، فجعل مستوفياً بالقبض بعده. (عيني)

(١٨) قوله: "فصل في الاختلاف [أى بين رب المال والمضارب. نت]" لما بين أحكام مسائل الاتفاق فيما بين رب المال والمضارب شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما لأن الأصل هو الاتفاق. (نهاية)

(١٩) أى محمد. (عيني)

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: القول قول رب المال، وهو قول زفر، لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح، وهو^(١) ينكر، والقول قول المنكر.

ثم رجع^(٢) إلى ما ذكره في الكتاب، لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض، وفي مثله^(٣) القول قول القابض ضمياً^(٤) كان أو أميناً^(٥)، لأنه أعرف بمقدار المقبوض. ولو اختلفا^(٦) مع ذلك^(٧) في مقدار الربح فالقول فيه^(٨) لرب المال، لأن الربح يستحق بالشرط، وهو يستفاد من جهته^(٩)، وأيهما أقام البينة^(١٠) على ما ادعى من فضل قبلت^(١١)، لأن البيئات للإثبات.

قال^(١٢): ومن كان معه ألف درهم، فقال: هي مضاربة لفلان بالنصف، وقد

ربح ألفاً، وقال فلان: هي بضاعة، فالقول قول رب المال؛ لأن المضارب يدعى^(١٣) عليه تقويم عمله^(١٤)، أو شرطاً^(١٥) من جهته، أو يدعى الشركة، وهو ينكر^(١٦).

(٢٠) المضاربة.

(١) رب المال.

(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وفي مثله" أى فى مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف فى مقدار المقبوض القول قول القابض، احترز به عما وقع الاختلاف فى صفة المقبوض من كونه قرضاً، أو ربة، أو بضاعة، فالقول فيه قول رب المال. (ك)

(٤) كالعاصب.

(٥) كالمودع.

(٦) قوله: "ولو اختلفا [أى رب المال والمضارب] الخ" صورته قال رب المال: رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، وشرطت لى نصف الربح، فالقول فى الربح لرب المال، وفى القدر للمضارب. (عينى)

(٧) أى مع الاختلاف فى رأس المال. (ك)

(٨) الربح.

(٩) رب المال.

(١٠) قوله: "وأيهما أقام الخ" وإن أقاما البينة فى هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى فى مقدار رأس المال، وبينة المضارب أولى فى مقدار الربح، لأنها أكثر إثباتاً. (تبيين)

(١١) قوله: "على ما ادعى من فضل" أما رب المال فإنه يدعى فضل فى رأس ماله، فتقبل بينته فيه، وأما المضارب فإنه يدعى فضلاً فى الربح، فتقبل بينته فيه. (عينى)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى) وليس فى نسخة العينى ههنا: قال.

(١٣) يدعى المضاربة.

(١٤) بقدر الربح.

(١٥) بمقدار الربح.

(١٦) والقول للمنكر.

ولو قال المضارب^(١): أقرضتني^(٢)، وقال رب المال: هي بضاعة، أو وديعة، أو مضاربة فالقول لرب المال، والبينة بينة المضارب؛ لأن المضارب يدعى عليه التملك^(٣)، وهو ينكر.

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع، وقال الآخر^(٤): ما سميت لى تجارة بعينها، فالقول^(٥) للمضارب^(٦)؛ لأن الأصل فيه^(٧) العموم^(٨) والإطلاق والتخصيص بعراض الشرط^(٩)، بخلاف الوكالة، لأن الأصل فيه^(١٠) الخصوص^(١١). ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً^(١٢) فالقول لرب المال؛ لأنهما اتفقا على التخصيص، والإذن يستفاد من جهته، فيكون القول له.

ولو أقام البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته^(١٣) إلى نفي الضمان^(١٤) وعدم حاجة الآخر إلى البينة^(١٥)، ولو وقت البيتان وقتاً^(١٦)، فصاحب الوقت الأخير أولى، لأن

(١) قوله: "ولو قال المضارب إلخ" سماه مضارباً للمشكلة بما ذكر في أخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى: ﴿تَعْلَمَ مَا فِي نَفْسِي وَلَا أَعْلَمُ مَا فِي نَفْسِكَ﴾. (نت)

(٢) هذا المال.

(٣) أى تملك الربح. (نهاية)

(٤) أى المضارب. (ك)

(٥) فى دعوى العموم. (ك)

(٦) مع اليمين. (ك)

(٧) أى فى المضاربة.

(٨) فكان القول لمن يتمسك بالأصل.

(٩) قوله: "والتخصيص بعراض إلخ" أى تخصيص المضاربة بنوع بعراض الشرط من جهة رب المال، وإلا فالأصل التعميم، ولهذا لو قال: خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع أنواع التجارات، فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد إلا بالتخصيص. (عينى)

(١٠) أى فى الوكالة.

(١١) قوله: "الخصوص" ولا يثبت فيه العموم إلا بالتخصيص. (مل)

(١٢) بأن قال رب المال: فى البر، وقال المضارب: فى الطعام.

(١٣) قوله: "لحاجته" أى لاحتياجه إلى إثبات الإذن فى نوع يدعى الإذن فيه، حتى ينتفى الضمان عنه، وعدم حالة الآخر، أى رب المال إلى البينة، لأن ما يدعيه ثبت بقوله: إذ هو المتمسك بالأصل. (ك)

(١٤) عن نفسه.

(١٥) قوله: "وعدم حاجة [لعدم الضمان من جهته] الآخر [رب المال] إلخ" لأن الإذن مستفاد من جهته كما تقرر فيما مر آنفاً، فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله: فلم يحتج إلى البينة. (نت)

(١٦) قوله: "ولو وقت البيتان إلخ" بأن قال رب المال: دفعت إليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان، وقال المضارب: دفعت إلى لأن أعمل فى طعام فى شوال، أو بالعكس، فأقاما البينة كانت بينة من يقول فى شوال أولى. (تبيين)

آخر الشرطين ينقض الأول^(١)

كتاب^(٢) الوديعة^(٣)

قال^(٤): الوديعة أمانة في يد المودع^(٥) إذا هلكت لم يضمناها؛ لقوله عليه السلام^(٦): «ليس على المستعير غير المِغْل^(٧) ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان»*، ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع، فلو ضمناها يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم.

قال^(٨): وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله^(٩)؛ لأن الظاهر أنه يلتزم

(١) قوله: "لأن آخر الشرطين إلخ" هذا من باب العمل بالبينتين، لأن العمل بهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أولاً، ثم نهى عن العموم، فأذن له بالخصوص، أو أذن له بالخصوص أولاً، ثم أذن له بالعموم. وإن لم يوقت البيتان وقتاً، أو وقتاً على السواء، أو وقتت إحداهما دون الأخرى يقضى ببينة رب المال، لأنه تعذر القضاء بهما معاً، لأنهما لا يقعان معاً، ولا على الترتيب، لأن الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذر القضاء بالأمرين تعذر العمل بالبينتين، فيعمل بينة رب المال، لأنها تثبت ما ليس بثابت. (كفاية)

(٢) قوله: "كتاب" وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قد مر في أول كتاب الإقرار، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة، للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى، لأن الوديعة أمانة بلا تملك شيء، وفي العارية تملك النفقة بلا عوض، وفي الهبة تملك العين بلا عوض وفي الإجارة تملك المنفعة بعوض، وهي عقد لازم، واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم، فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى. (نت)

(٣) قوله: "الوديعة [الوديعة فعيلة هو ما يترك عند الأمين. تبين]" الودع الترك، وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين، والوديعة خاصة والأمانة عامة، فإن الوديعة هي المستحفظ قصداً، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده، وإن كان من غير قصد بأن هبت الريح وألقت ثوب إنسان في حجر إنسان، وفي الوديعة إذا عاد إلى الوفاق بعد الخلاف يبرأ عن الضمان، وفي الأمانة لا. والإيداع لغة تسليط الغير على حفظه، أي شيء كان مالا أو غير مال، وشريعة تسليط الغير على حفظ المال، وركنهما الإيجاب والقبول، وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد لئتمكن من حفظه، فلو أودع الآبق، أو المال الساقط في البحر لا يصح، وحكمها وجوب الحفظ، وسببها تعلق البقاء المقدور بالتعاطى. (مل)

(٤) أي القلدورى. (عيني)

(٥) قوله: "المودع" صاحب المال مودع ومستودع - بكسر الدال - فيهما، والحافظ مودع ومستودع، بفتح الدال، فيهما، والمال مودع ووديعة، كذا في "الكفاية".

(٦) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في "سننهما". (ت)

(٧) الخائن.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٤٩ ص ١٨١. (نعيم)

(٨) أي القلدورى. (عيني)

(٩) قوله: "وبمن في عياله" قالوا: المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع، فحسب، فإن المرأة إذا أودع عندها شيء جاز لها أن تدفع إلى زوجها، وابن المودع الكبير إذا كان يساكنه، ولم يكن في نفقته، وترك الأب البيت على الإبن لم يضمن لكن بشرط أن لا يعلم بمن في عياله الخيانة، فإن علم ذلك وحفظ بهم ضمن. (عناية)

قوله: "في عياله" من زوجته أو ولده، أو والده، أو أجياله، والمراد بالأجير التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة ومسانحة، فأما الأجير بعمل من الأعمال فكسائر الأجانب يضمن بالدفع إليه. (ك)

حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه^(١)، ولأنه لا يجد بداً من الدفع^(٢) إلى عياله، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته^(٣)، ولا استصحاب الوديعة في خروجه، فكان المالك راضياً به^(٤)، فإن^(٥) حفظها^(٦) بغيرهم، أو أودعها بغيرهم ضمن^(٧)؛ لأن المالك رضى بيده لا بيد غيره، والأيدى تختلف^(٨) فى الأمانة^(٩)، ولأن الشيء لا يتضمن مثله^(١٠)، كالوكيل لا يوكل غيره، والوضع^(١١) فى حرز^(١٢) غيره إيداع^(١٣) إلا إذا استأجر الحرز، فيكون حافظاً بحرز نفسه^(١٤).

قال: إلا^(١٥) أن يقع^(١٦) فى داره حريق^(١٧)، فيسلمها إلى جاره، أو يكون فى سفينة فخاف الغرق فيلقبها إلى سفينة أخرى؛ لأنه تعين طريقاً للحفظ فى هذه الحالة، فيرضيه المالك^(١٨).

(١) وإنما يحفظ ماله بمن فى عياله. (عناية)

(٢) أى دفع الوديعة.

(٣) قوله: "لأنه لا يمكنه ملازمة بيته" أى فى جميع الأوقات لأنه يخرج فى قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات. (عيني)

(٤) قوله: "فكان المالك [أى صاحب الوديعة] إلخ" الأولى ترك هذا القول فإن المدار على الضرورة، ولا دخل لرضا المالك، فإن المالك إذا منعه عن الدفع إلى من فى عياله لا يضمن، كذا فى "نتائج الأtkار". (مل)

(٥) هذا لفظ القدورى.

(٦) قوله: "فإن حفظها [أى الوديعة] إلخ" قال العلامة حميد الدين: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم إذا كان بأجره، معنى قوله: أودعها إذا كان بغير أجر، وقيل: معنى قوله: فإن حفظها بغيرهم أن يستحفظ المودع الوديعة فى بيته بغيره، بأن ترك الوديعة والغير فى بيته، وخروج هو بنفسه، أو أودعها بغيرهم بأن نقل الوديعة من بيته، ودفعها إلى أجنبى وديعة. (ك)

(٧) فى الوجهين.

(٨) قوله: "تختلف إلخ" قرب يد يتوثق بها المودع، ولا يتوثق بها المالك، وكذا على العكس. (عيني)

(٩) فلا يكون رضا المالك بيدهم رضا بيد غيرهم. (زاهد)

(١٠) قوله: "لا يتضمن إلخ" ولا يلزم المستعير حيث له أن يعير، والمأذون له أن يأذن، والمكاتب له أن يكاتب، لأن المستعير مالك، والمأذون والمكاتب يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق، فملك أن يملك غيره، بخلاف المودع فإنه مأمور بالحفظ، والمأمور بالشيء لا يملك أن يفوض ما أمر به إلى غيره، ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره، وإن كان الناس لا يتفاوتون فيه. (ك)

(١١) أى وضع المودع الوديعة.

(١٢) حرز - بالكسر - جأى استوار. (من)

(١٣) فكما يضمن بالإيداع عند غيره، كذلك يضمن بالوضع فى حرز غيره.

(١٤) لأنه بالاستعجار صار الحرز له، وإن كان الملك لغيره.

(١٥) استثناء من قوله: فإن حفظها بغيرهم إلخ. (ع)

(١٦) قوله: "أن يرقم" أى مكر أنكه در خانه وى آتش بگيرد انگاه بهمسايه بدهد، كذا قال فى ترجمة "شرح الوقاية".

(١٧) حريق: آتش زبانه زنده. (كنز اللغات)

ولا يصدق على ذلك إلا بيينة^(١)؛ لأنه يدعى ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب^(٢)، فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع^(٣).

قال^(٤): فإن طلبها صاحبها فمنعها^(٥) وهو^(٦) يقدر على تسليمها ضمنها^(٧)؛ لأنه^(٨) متعد بالمنع، وهذا^(٩) لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده^(١٠)، فيضمنها بحبسها عنه^(١١).

قال^(١٢): وإن خلطها^(١٣) المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها، ثم لا سبيل للمودع عليها^(١٤) عند أبي حنيفة، وقالوا: إذا خلطها بجنسها شرکه إن شاء^(١٥) مثل أن يخلط الدرهم البيض بالبيض، والسود بالسود، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير. لهما: أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، وأمكنه معنى بالقسمة^(١٦) معه^(١٧)، فكان^(١٨) استهلاكاً من وجه دون وجه^(١٩)، فيميل إلى أيهما^(٢٠) شاء.

(١٨) دلالة.

(١) قوله: "إلا بيينة" ذكر شمس الأئمة الحلواني إذا وقع في بيت المودع حريق فدفع الوديعة إلى أجنبي، فإن أمكنه أن يتناولها بعض من في عياله فهو ضامن، وإلا فلا ضمان عليه لا يصدق على ذلك إلا بيينة، وفي "المنتقى": إذا علم أنه احترق داره قبل قوله: وإن لم يعلم لا تقبل إلا بيينة. (ك)

(٢) أي سبب الضمان، وهو التسليم إلى الجار.

(٣) قوله: "كما إذا ادعى الخ" فلا يصدق إلا بيينة لأنه يدعى سقوط الضمان بعد تحقق السبب. (عيني)

(٤) أي القدروري. (عيني)

(٥) وفي نسخة: فحبسها.

(٦) الواو حالية.

(٧) بالهلاک.

(٨) المودع.

(٩) أي وجوب الضمان لكونه متعدداً بالمنع.

(١٠) أي بعد الطلب.

(١١) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك.

(١٢) أي القدروري. (عيني)

(١٣) الوديعة.

(١٤) الوديعة.

(١٥) قوله: "شرکه إن شاء" ولو هلك قبل التمييز هلك من مالهما. (ك)

(١٦) قوله: "وأمكنه معنى الخ" إذ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز وتعيين بالإجماع، ولهذا يملك كل واحد من الشرهين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضاء وقضاء، وإذا كان استهلاكاً من وجه دون وجه فإن شاء مال إلى جانب الهلاك، ومنه مثله، وإن شاء مال إلى جانب القيام، وشاركه في المخلوط. (ك)

(١٧) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة.

وله أنه ^(١) استهلاك من كل وجه ^(٢)، لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا معتبر بالقسمة ^(٣)؛ لأنها من موجبات الشركة، فلا تصلح ^(٤) موجبة لها ^(٥) ولو أبرأ ^(٦) الخالط ^(٧) لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة، لأنه لا حق له إلا في الدين، وقد سقط ^(٨)، وعندهما بالإبراء يسقط خيرة ^(٩) الضمان، فيتعين الشركة في المخلوط، وخالط الحل ^(١٠) بالزيت، وكل مائع ^(١١) بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ^(١٢)، وهذا ^(١٣) بالإجماع؛ لأنه ^(١٤) استهلاك صورة، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ^(١٥).

ومن هذا القبيل ^(١٦) خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأن أحدهما ^(١٧) لا يخلو

(١٨) الخلط.

(١٩) حيث أمكنه معنى.

(٢٠) أى الوجهين.

(١) أى الخلط.

(٢) قوله: "من كل وجه" لأنه ليس الاستهلاك من العباد إلا هذا، وهو التعيب، وأما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى، ولهذا كان له حق التضمن بالإجماع، وهو أمانة الاستهلاك. (ك)

(٣) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب عن قولهما: وأمكنه معنى بالقسمة، لأن القسمة ليست بموصلة إلى عين حقه، ولكن جعلت طريقاً للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكماً لها، فلا تصلح علة موجبة للشركة، لأن حكم العلة لا يكون علة العلة. (ك)

(٤) قوله: "فلا تصلح [أى قسمة]" كما قالوا: من إنه لما أمكنه الوصول إلى عين حقه معنى بالقسمة فله أن يشرك إن شاء.

(٥) الشركة.

(٦) بيان ثمرة الخلاف.

(٧) عن الضمان.

(٨) بالإبراء.

(٩) اختيار.

(١٠) روغن كنجد. (من)

(١١) روان بر زمين، أى سائل كالسمن بالدهن.

(١٢) منتهاياً.

(١٣) أى وجوب الضمان.

(١٤) أى هذا الخلط.

(١٥) فتعين المصير إلى الضمان.

(١٦) قوله: "ومن هذا القبيل إلخ" أى من قبيل ما يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع خلط الحنطة بالشعير في الصحيح، لأنه لا يصل المالك إلى عين ملكه إلا بحرج، والمتعذر كالتعذر، ولأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير، والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة، فتعذر التمييز حقيقة، وتعذر التمييز حكماً أيضاً بالقسمة لاختلاف الجنس، لأن القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع.

عن حبات الآخر، فتعذر التمييز والقسمة، ولو خلط المائع بجنسه^(١) فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا^(٢)، وعند أبي يوسف يجعل الأقل^(٣) تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء، وعند محمد شركه بكل حال^(٤)، لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده^(٥) على ما مر في الرضاع^(٦)، ونظيره^(٧) خلط الدراهم بمثلها إذابة^(٨)، لأنه^(٩) يصير مائعاً بالإذابة.

قال^(١٠): وإن اختلقت^(١١) بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها^(١٢)، كما إذا انشق^(١٣) الكيسان^(١٤) فاختلطاً، لأنه لا يضمنها لعدم الصنع^(١٥)، فيشتركان^(١٦)، وهذا بالاتفاق. قال^(١٧): فإن أنفق المودع بعضها^(١٨)، ثم رد مثله^(١٩)، فخلطه بالباقي^(٢٠)

وقيل: لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالإجماع ههنا، ويكون له الخيار، وقيل: القياس أن يصير المخلوط ملكاً للمخالط عند أبي حنيفة، وفي الاستحسان لا يصير. (كفاية)

(١٧) أى الخنطة والشعير.

(١) بأن خلط الخل بالخل.

(٢) قوله: "لما ذكرنا" أشار به إلى ما ذكر من قوله: لأنه استهلاك من كل وجه. (عيني)

(٣) قوله: "يجعل الأقل إلخ" فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتباراً. (عناية)

(٤) أى سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً، أو كانا متساويين.

(٥) أى محمد.

(٦) قوله: "على ما مر في الرضاع" من أنه إذا جمع بين لبن امرأتين في قدح، وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما عند محمد، وعند أبي يوسف العبرة للأكثر. (عيني)

(٧) ونظير خلط المائم بمثله.

(٨) قوله: "إذابة [أذابه إذابة: گداز ايند آن را. من]" أراد أنه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه، فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك بكل حال إلى الضمان، وأبو يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه، وقال محمد: يشركه بكل حال. (ب)

(٩) أى الدراهم.

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) الوديعة.

(١٢) وديعة.

(١٣) فى صندوقه بفرض فارة أو غيره.

(١٤) كيس - بالكسر - كيسه سيم ورز. (من)

(١٥) الموجب للضمان.

(١٦) أى المودع والمودع.

(١٧) أى القدورى. (عيني)

(١٨) الوديعة.

(١٩) قوله: "ثم رد مثله" أى رد مثل ما أنفق قييد بالإنفاق، ورد المثل لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق، ثم رده قيل

ضمن الجميع^(١)، لأنه خلط مال غيره بماله، فيكون^(٢) استهلاكاً على الوجه الذي تقدم. قال^(٣): وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة، فركبها، أو ثوباً فلبسه، أو عبداً فاستخدمه، أو أودعها عند غيره، ثم أزال التعدي، فردها إلى يده زال الضمان^(٤). وقال الشافعي: لا يبرأ عن الضمان، لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة^(٥)، فلا يبرأ إلا بالرد على المالك.

ولنا: أن الأمر باقي^(٦) لإطلاقه، وارتفاع^(٧) حكم العقد^(٨) ضرورة ثبوت نقيضه^(٩)، فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ^(١٠) شهراً، فترك الحفظ في بعضه، ثم حفظ في الباقي، فحصل الرد^(١١) إلى نائب المالك^(١٢). قال^(١٣): فإن طلبها صاحبها فجحدتها ضمنها^(١٤)؛ لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ، فبعد ذلك هو بالإمسالك غاصب مانع منه، فيضمنها، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان، لارتفاع العقد^(١٥)، إذ المطالبة بالرد رفع من جهته،

الإتفاق لم يضمن لأنه أن خالف عاد إلى الوفاق.. (عيني)

(٢٠) من الوديعة.

(١) قوله: "ضمن الجميع" أي بعضه بالإتفاق وبعضه بالخلط، وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفقاً وخلافاً، وهذا لأن ما أنفق صار ديناً في ذمته، وهو لا يتفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه، فيكون خلطاً لما بقي يملك نفسه، وهو موجب للضمان عليه، نعم يد المودع كيبده، لكن فيما فوض إليه، وهو الحفظ لا في الخلط. (ك)

(٢) هذا الخلط.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "زال الضمان" إنما قال: زال، لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف. (عيني)

(٥) بين الضمان والأمانة.

(٦) قوله: "ولنا أن الأمر باقي" أي الأمر بالحفظ وهو الإيداع باق لإطلاق ذلك الأمر، لأن قوله: احفظ هذا المال يتناول جميع الأوقات. (عيني)

(٧) جواب عن قول الشافعي لأن عقد الوديعة ارتفع.

(٨) أي عدم الضمان.

(٩) قوله: "ضرورة ثبوت نقيضه" وهو وجوب الضمان، لأن حكم عقد الوديعة الحفظ، وعدم الضمان ونقيض هذا العقد وجوب الضمان. (حميدية)

(١٠) أي لحفظ متاعه.

(١١) قوله: "فحصل إلخ" جواب عن قول الشافعي فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. (مل)

(١٢) وهو المودع، أعنى نفسه. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) فإنه لم يخرج بذلك عن كونه أميناً.

والجحود فسخ من جهة المودع، كجحود الوكيل^(١) الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع^(٢)، فتم الرفع^(٣). أو لأن المودع يتفرد^(٤) بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل، وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد، فلم يوجد الرد إلى نائب المالك^(٥)، بخلاف الخلاف^(٦)، ثم العود إلى الوفاق، ولو جحدها^(٧) عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف، خلافاً^(٨) لزفر^(٩)، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ، لأن فيه^(١٠) قطع^(١١) طمع الطامعين، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه، أو طلبه^(١٢)، فبقي الأمر^(١٣) بخلاف ما إذا كان^(١٤) بحضرة. قال^(١٥): وللمودع أن يسافر^(١٦) بالوديعة وإن^(١٧) كان لها حمل^(١٨) ومؤنة عند

(١٥) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد.

(١) أى بمحض من الموكل، فكان فسخاً.

(٢) أى حصول البيع.

(٣) قوله: "فتم الرفع [أى نقض عقد الإيداع. ن]" فإنه لما جحد الوديعة فقد عزل نفسه عن الحفظ، والمالك لما طلب منه الوديعة عزله، فاتفقا على العزل. (مل)

(٤) يستقل.

(٥) لأن المودع لم يبق نائباً بعد الجحود.

(٦) قوله: "بخلاف الخلاف إلخ" يعنى إذا خالف فعلاً ثم عاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله، لأنه باق، إذ الخلاف ليس برد الأمر، لأن الأمر قول، ورد القول بقول مثله، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر، لأن الجاحد يكون متمكناً للعين. (عيني)

(٧) قوله: "ولو جحدها [أى الوديعة]" بأن قال له رجل: ما حال وديعة فلان، فقال: ليس لفلان عندي وديعة. (ن)

(٨) قوله: "خلافاً لزفر" وإنما ذكر اختلاف زفر وأبي يوسف فحسب، وإن كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة؛ قيل: لأن هذا الفصل غير مذکور فى "المبسوط"، وإنما ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب، فذكر كذلك. (ع)

(٩) وجه قوله: إن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره. (عيني)

(١٠) الجحود.

(١١) عن الوديعة.

(١٢) قوله: "أو طلبه" أى بالوديعة يعنى إذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحفظ، ولم يوجد الطلب ههنا، ولا يتفرد هو بالعزل. (ك)

(١٣) أى العقد.

(١٤) أى الجحود.

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) ولا فرق بين السفر الطويل والقصير. (ع)

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) قوله: "وإن كان لها حمل [بار] ومؤنة [مشقة]" الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه ماله حمل ومؤنة جهون ماله ثقل يحتاج فى حمله إلى ظهر أو أجرة حمال، وهذا إذا كان الطريق آمناً بأن لا يقصده أحد غالباً، ولو قصده

أبى حنيفة . وقالوا : ليس له ذلك ^(١١) إذا كان لها حمل ومؤنة ، وقال الشافعى : ليس له ذلك فى الوجهين ^(١٢) . لأبى حنيفة إطلاق ^(٣) الأمر ^(٤) والمفازة محل للحفظ ^(٥) إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا ^(٦) يملكه ^(٧) الأب والوصى فى مال الصبى ^(٨) .

ولهما : أنه يلزمه ^(٩) مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، فالظاهر أنه لا يرضى به فيقيد ^(١٠) به ، والشافعى يقيده بالحفظ ^(١١) المتعارف ^(١٢) وهو الحفظ فى الأمصار ، وصار ^(١٣) كالاستحفاظ بأجر .

قلنا ^(١٤) : مؤنة الرد يلزمه ^(١٥) فى ملكه ضرورة امتثال ^(١٦) أمره ^(١٧) ، فلا يبالى ^(١٨) به ، والمتعاد كونهم فى المصر ^(١٩) لا حفظهم ، ومن يكون فى المفازة ^(٢٠) يحفظ

يمكنه دفعه بنفسه ، وبرفقة السفر لم ينه المودع عنها . (ك)

(١) أى السفر بالوديعة .

(٢) أى ماله حمل ومؤنة وما ليس له ذلك .

(٣) عن قيد الزمان والمكان .

(٤) بالحفظ .

(٥) قوله : " والمفازة [مفازة دشت بى أب مفاوز جمع] الخ " جواب سؤال مقدر ، تقريره أن يقال : سلمنا أن

إطلاق الأمر يقتضى الجواز لكن المانم عنه متحقق ، وهو كون المفازة ليس محلاً للحفظ . (عبنى)

(٦) أى لكون المفازة محلاً للحفظ .

(٧) أى السفر .

(٨) مع أن ولايتهما نظرية .

(٩) المالك ، باعتبار موت المودع فى الطريق .

(١٠) قوله : " فيقيد " أى سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضراراً عليه . (عبنى)

(١١) أى حفظ الوديعة .

(١٢) لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف .

(١٣) قوله : " وصار " أى صار حكم الوديعة فى الحفظ كما إذا استأجر رجلاً ليحفظ متاعه شهراً بدرهم ، فإنه لا

يسافر ، فلو سافر به يضمن . (عبنى)

(١٤) جواب عن قولهما .

(١٥) المالك .

(١٦) فإنه أمره مطلقاً غير مقيد بمكان .

(١٧) أى لا معنى من قبل المودع بل ضرورة الخ .

(١٨) لأنه ضرورى وضمنى .

(١٩) قوله : " والمتعاد كونهم الخ " جواب عن قول الشافعى معنى أن المتعاد كون المودعين وقت الإيداع فى المصر لا

حفظهم ، فإن من كان فى المفازة يحفظ ماله فيها ، ولا ينقله إلى الأمصار . (م)

(٢٠) كأهل الحباء .

ماله فيها، بخلاف^(١) الاستحفاظ بأجر، لأنه عقد معاوضة^(٢)، فيقتضى التسليم في مكان العقد. وإذا ناهى المودع أن يخرج بالوديعة، فخرج بها ضمن؛ لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ، فكان^(٣) صحيحاً.

قال^(٤): وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة، فحضر أحدهما^(٥) يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة، وقالوا: يدفع إليه نصيبه. وفي "الجامع الصغير"^(٦): ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان، فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده^(٧)، وقالوا: له ذلك، والخلاف في المكيل والموزون^(٨)، وهو المراد بالمذكور في المختصر^(٩).

لهما: أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه^(١٠)، كما في الدين المشترك^(١١)، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه^(١٢) وهو النصف، ولهذا كان له^(١٣) أن يأخذه^(١٤)،

(١) جواب عن قياس الشافعي فإنه قياس مع الفارق.

(٢) قوله: "لأنه عقد معاوضة" لأنه بالإجارة اشترى منافعه فالحفظ إنما يقع بمنافع الملك، فيلزمه المقام مع المالك، ليتمكن التسليم، كما وجب عليه، لأن الداخل تحت العقد المنافع في المصر، فإذا خرج صار مخالفاً، لأن هذه المنافع غير داخلة، فضمن، وههنا إنما يحفظ على سبيل المعونة، فلا يحجر به، هذا إذا لم يعين صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه بل أطلق الحفظ إطلاقاً، فإن عين المالك عليه الحفظ في المصر فساغر فإن كان سفرأ له منه بد ضمن، وإن كان سفرأ لا بد له منه، فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لا يضمن. (كفاية)

(٣) التقييد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) عند غيبة الآخر.

(٦) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" ليدل بوضعه على المراد بموضع الخلاف، والمراد بالمذكور في مختصر القدوري من قوله: وديعة المكيل والموزون، لأن المذكور فيه الألف، وهو موزون، وذكر عن محمد أن الخلاف فيما يقسم، وما لا يقسم قال في الفوائد الظهيرية: إن الأول هو الصحيح حتى إذا كانت الوديعة من الثياب والد وأب، والعبيد لم يكن له أن يأخذ نصيبه بالإجماع. (عناية)

(٧) الإمام.

(٨) وفي غيرهما ليس له ذلك بالإجماع.

(٩) القدوري.

(١٠) لأنه مالك لنصيبه.

(١١) قوله: "كما في الدين المشترك" أي كما يطلب الحاضر في الدين المشترك بأن باعاً عبداً مشتركاً إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، كذا هذا. (عيني)

(١٢) ومن طلب ما سلم له لم يمنع عنه. (٤)

(١٣) قوله: "كان له إلخ" وهذا لأن يد المودع كيد المودع، ولو كان في يد المودع له أن يأخذه، فكذا إذا كان في

يد نائبه.. (ك)

فكذا يؤمر بالدفع إليه. ولأبى حنيفة أنه طالبه^(١) بدفع نصيب الغائب، لأنه يطالبه بالمفرز، وحقه في المشاع، والمفرز المعين يشتمل على الحقين^(٢)، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة، وليس للمودع ولاية القسمة^(٣)، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع^(٤).

بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه^(٥) بتسليم حقه، لأن الديون تقضى بأمثالها، وقوله^(٦): له أن يأخذه، قلنا: ليس من ضرورته^(٧) أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان، وعليه^(٨) ألف لغيب فلغريمه^(٩) أن يأخذه^(١٠) إذا ظفر به^(١١)، وليس للمودع أن يدفعه إليه^(١٢).

قال^(١٣): وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم^(١٤) لم يجوز أن يدفعه أحدهما

إلى الآخر، لكنهما يقتسمانه، فيحفظ كل واحد منهما نصفه، وإن كان مما لا يقسم^(١٥) جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر. هذا^(١٦) عند أبى حنيفة، وكذلك

(١٤) أى يأخذ نصيب إذا ظفر، وإن كان في يد المودع بالاتفاق. (عبارة)

(١) أى لا نسلم أنه طالبه بتسليم نصيبه.

(٢) أى حق الحاضر والغائب.

(٣) لأنه ليس بوكيل في ذلك المقسوم.

(٤) قوله: "لا يقع دفعه إلخ" فإنهما قالا: لو أخذ نصيبه، ثم هلك الباقي في يد المودع، ثم حضر الغائب له أن

يشاركه في المقبوض، فثبت أن القسمة ليست بنافذة. (ك)

(٥) قوله: "لأنه [أى الشريك الحاضر] يطالبه" أى الشريك يطالب المديون بقضاء حقه، وحقه من حيث القضاء

ليس بمشترك بينهما، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة، فدفع

المديون نصيب الحاضر بصرف في ملك نفسه، وليس فيه قسمة على الغائب، أما المودع فيدفع مال الوديعة بعينها، ففي

دفع مال الحاضر قسمة، وهو غير مالك لها. (عيني)

(٦) أى قول الخصم. (نت) جواب عن قولهما: ولهذا كان له أن يأخذه.

(٧) أى جواز الأخذ.

(٨) أى على المودع.

(٩) قوله: "فلغريمه [رب الدين المودع]" أى لصاحب الدين وهو الغريم أن يأخذه تلك الوديعة من يد المودع إن

ظفر بها. (ك)

(١٠) الألف.

(١١) لأن يد المودع يد المودع.

(١٢) أى إلى الغريم.

(١٣) أى القدورى في "مختصره". (عيني)

(١٤) قوله: "مما يقسم" كالمكيل والموزون والثياب المعدودة، وكل ما لا يتعيب بالتقسيم الحسى. (ن)

(١٥) أى يتعيب بالقسمة كالعبد والدابة والثوب الواحد. (ع)

(١٦) التفصيل.

الجواب عنده في المرتنين^(١) والوكيلين بالشراء^(٢) إذا سلّم أحدهما إلى الآخر .
وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين^(٣)، لهما: أنه^(٤) رضى
بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمّنه كما في ما لا
يقسم^(٥). وله: أنه^(٦) رضى بحفظهما، ولم يرضَ بحفظ أحدهما كله^(٧)، لأن
الفعل^(٨) متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض دون الكل، فوقع
التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك، فيضمن الدافع، ولا يضمن القابض، لأن
مودع المودع عنده^(٩) لا يضمن، وهذا^(١٠) بخلاف ما لا يقسم، لأنه لما أودعهما، ولا
يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار^(١١)، وأمكنهما المهايأة^(١٢) كان المالك راضياً
بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال.

وإذا قال صاحب الوديعة للمودع: لا تسلمها لى زوجتك، فسلمها إليها^(١٣) لا
يضمن^(١٤)، وفي "الجامع الصغير": إذا نهاه^(١٥) أن يدفها إلى أحد من عياله^(١٦) فدفعها

(١) قوله: "في المرتنين" بأن رهن رجل عند رجلين ما يمكن قسمته، فدفع أحدهما إلى الآخر، ضمن عند أبي
حنيفة، خلافاً لهما وإذا رهن شيئاً مما لا يقسم عند رجلين، فلكل واحد من المرتنين أن يحفظ الرهن بإذن الآخر. (مل)

(٢) قوله: "والوكيلين بالشراء" بأن وكل رجل رجلين بشراء شيء، فدفع إليهما ما لا مما يقسم فدفعه إلى الآخر،
فضاع ضمن النصف. (عيني)

(٣) أى فيما يقسم وما لا يقسم.

(٤) المودع.

(٥) قوله: "كما في ما لا يقسم" هما قاسا ما يقسم على ما لا يقسم، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع
لاعمداده على أمانتهما. (عيني)

(٦) أى المودع.

(٧) أى كل الوديعة.

(٨) أى فعل الاستحفاظ.

(٩) أى الإمام.

(١٠) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم.

(١١) أى ساعتها. (كنز)

(١٢) قوله: "المهايأة [أى مناوبة]" هى لغة مفاعلة من التهيؤ، وهى الحالة الظاهرة للمتتهيئ للشيء والتهيؤ تفاعل
منها وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم رضى بهيئة واحدة، ويختارها.

وقيل: مفاعلة من التهيؤ، فكأنه يتهيأ لانتفاع به عند فراغ صاحبه، والفرق بين القسمة والتهيؤ أن الأول تجمع المنافع
فى زمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب، وشرعا قسمة المنافع. (مجمع الأنهر)

(١٣) معناه إذا لم يكن له من التسليم إليها بد علم ذلك من رواية "الجامع الصغير".

(١٤) قوله: "لا يضمن" لأن هذا الشرط لا يفيد، فصار لغواً، لأنه لم يكن له بد من التسليم إليها. (عيني)

(١٥) أى المودع والمودع.

إلى من لا بد منه^(١) لا يضمن^(٢)، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه، وكما إذا كانت^(٣) شيئاً يحفظ على يد النساء، فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول^(٤)، لأنه لا يمكن إقامة العمل^(٥) مع مراعاة هذا الشرط^(٦) وإن^(٧) كان مفيداً فيلغو، وإن كان له^(٨) منه بد ضمن لأن الشرط مفيد، فإن من العيال من لا يؤتمن على المال، وقد أمكن العمل به^(٩) مع مراعاة هذا الشرط^(١٠)، فاعتبر^(١١).

وإن قال: أحفظها في هذا البيت، فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن^(١٢)، لأن الشرط غير مفيد، فإن البيتين في دار واحد، لا يتفاوتان في الحرز^(١٣). وإن حفظها في دار أخرى ضمن؛ لأن الدارين تتفاوتان في الحرز، فكان^(١٤) مفيداً، فيصح التقييد، ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار

(١٦) قوله: "من عياله" عيل ككيس زن وفرزند مرد وهر كه در نفقة ومؤنت او باشد عيال ككتاب جمع. (من)

(١) بأن لم يكن له عيال سواه. (ك)

(٢) بالدفع إليه. (ك)

(٣) الوديعة.

(٤) قوله: "وهو محمل الخ" أي فرواية "الجامع الصغير" بقوله: فدفعها إلى من لا بد له منه لم يضمن محمل رواية القدوري التي ذكرها مطلقاً، فإنه لا يضمن حتى إذا كان له منه بد بأن كانت الوديعة شيئاً خفيفاً يمكن للمودع استحقاقه، واستصحابه بنفسه كالحاتم ونحوه، فدفعه إلى عياله ضمن.

والمودع إذا وضع الوديعة في خانوته فقال له صاحبها: لا تضع في الخانوت، فإنه مخوف، فتركها فيه حتى سرق ليلاً إن لم يكن له موضع آخر أحرز من الخانوت لا يضمن، وإن كان له موضع آخر أحرز من الخانوت، فهو ضامن إذا كان قادراً على الحمل. (ك)

(٥) أي الحفظ.

(٦) أي لا يدفع إلى امرأته.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أي ممن هو في عياله.

(٩) أي بتعيين المودع عدم الدفع إلى من في عياله. (عيني)

(١٠) لأنه شرط مفيد، وأمکن العمل به.

(١١) قوله: "فاعتبر" والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً، والعمل به ممكناً وجب مراعاته، والمخالفة فيه توجب الضمان، وإن لم يكن مفيداً أو كان، ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو، وعلى هذا إذا نهي عن الدفع إلى امرأة، وله امرأة أخرى فخالف فهلك ضمن. (٤)

(١٢) قوله: "لم يضمن" وهذا استحسان، وفي القياس يضمن، لأن البيتين قد يتفاوتان في الحرز بأن يكون ظهر أحدهما إلى السكة، فيتمكن السارق من الأخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر، فيفيد الشرط، وقد خالفه، فيضمن. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتفاوتان في الحرز" كما إذا قال له: أحفظها في هذا الجانب من البيت، فحفظها في الجانب الآخر، أو قال: أحفظها في هذا الصندوق، فحفظها في صندوق آخر. (ك)

(١٤) الشرط.

التي فيها البيتان عظمة، والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة^(١) ظاهرة^(٢) صح الشرط. قال^(٣): ومن أودع رجلاً وديعة، فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمّن الأول، وليس له أن يضمّن الآخر^(٤)، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: له أن يضمّن أيهما^(٥) شاء، فإن ضمّن الأول لا يرجع^(٦) على الآخر، وإن ضمن الآخر رجع على الأول^(٧). لهما: أنه^(٨) قبض المال من يد ضمّين، فيضمّنه كمودع الغاصب، وهذا^(٩) لأن المالك لم يرض بأمانة غيره، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض، فيخير^(١٠) بينهما^(١١)، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على^(١٢) الثاني، لأنه^(١٣) ملكه^(١٤) بالضمان فظهر أنه^(١٥) أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع^(١٦) على الأول، لأنه عامل له^(١٧)، فيرجع عليه^(١٨) بما لحقه من العهدة^(١٩). وله أنه قبض المال من يد أمين، لأنه^(٢٠) بالدفع لا يضمّن^(٢١) ما لم

(١) قوله: "عورة [خلل وعيب ورخنه]" قال في ديوان: الأدب العورة سوءة الإنسان، وكل موضع يتخوف منه، فهو عورة، وكذلك كل أمر يستحسى منه، فهو عورة، وعورات الجبال شقوقها، وقال في "الكشاف": العورة: الخلل، قال الله تعالى: ﴿يقولون إن بيوتنا عورة وما هي بعورة إن يريدون إلا فراراً﴾. (مير جان)

(٢) لكونه مفيداً.

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) أي مودع المودع.

(٥) أي المودع، ومودع المودع.

(٦) الأول.

(٧) قوله: "رجع [الآخر] على الأول" لأن الآخر مغرور من جهة الأول، فإنه أودعه على أنه ملكه، وأنه لا يلحقه

ضمان بالهلاك في يده، فإذا لحقه الضمان رجع عليه. (عيني)

(٨) الآخر.

(٩) أي القبض من يد ضمّين.

(١٠) المالك.

(١١) أي بين تضمّن الأول، وتضمّن الثاني.

(١٢) الأول.

(١٣) الأول.

(١٤) المال.

(١٥) الأول.

(١٦) الثاني.

(١٧) الأول.

(١٨) أي على الأول.

(١٩) وهو الضمان.

يفارقه^(١) لحضور رأيه^(٢)، فلا تعدى منهما^(٣)، فإذا فارقه^(٤) فقد ترك^(٥) الحفظ
الملتزم، فيضمنه^(٦) بذلك^(٧)، وأما الثاني، فمستمر على الحالة الأولى^(٨)، ولم
يوجد^(٩) منه صنع، فلا يضمنه^(١٠) كالرياح إذا ألفت في حجره ثوب غيره^(١١).

قال^(١٢): ومن كان في يده ألف، فادعاهما رجلان كل واحد منهما أنها^(١٣) له
أودعها إياه، وأبى^(١٤) أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه^(١٥) ألف أخرى بينهما^(١٦)،
وشرح ذلك^(١٧) أن دعوى كل واحد صحيحة^(١٨) لاحتمالها الصدق، فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث^(١٩)، يحلف لكل واحد على الإنفراد^(٢٠) لتغاير الحقيقتين^(٢١)،
وبأيهما بدأ القاضى جاز^(٢٢) لتعذر الجمع بينهما، وعدم الأولوية^(٢٣)، ولو تشاحا^(٢٤)

(٢٠) الأول.

(٢١) لوجود ما هو المقصود من حفظه. (٤)

(١) الأول.

(٢) أى رأى الأول.

(٣) قوله: "منهما" أى من المودع الأول والمودع الثاني ما دام مجتمعين.

(٤) أى الأول.

(٥) أى الأول.

(٦) أى الأول.

(٧) أى بسبب ترك الحفظ.

(٨) وهو القبض من أمين. (٤)

(٩) بعد ذلك.

(١٠) قوله: "فلا يضمنه" بخلاف مودع الغاصب لأن الأول بمجرد الدفع متعدد والثاني بالأخذ. (عيني)

(١١) فإنه لا يضمن بدون التعدى.

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (مير جان)

(١٣) الألف.

(١٤) صاحب اليد.

(١٥) أى على صاحب اليد.

(١٦) أى بين المدعين.

(١٧) الحكم.

(١٨) قوله: "صحيحة" أى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعاً من اثنين

بكماله. (ك)

(١٩) أى الحديث: «البينة على المدعى واليمين على المنكر».

(٢٠) لأن كل واحد يدعى ألفاً. (٤)

(٢١) قوله: "لتغاير الحقيقتين" لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده. (كافى)

أقرع بينهما تطيباً لقلبيهما، ونفيًا لتهمة الميل^(١).
ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة^(٢)،
وإن نكل أعنى الثاني^(٣) يقضى له لوجود الحجة^(٤)، وإن نكل للأول يحلف للثاني،
ولا يقضى بالنكول^(٥) بخلاف ما إذا أقر^(٦) لأحدهما^(٧)، لأن الإقرار حجة موجبة
بنفسه، فيقضى به^(٨)، أما النكول إنما يصير^(٩) حجة عند القضاء^(١٠)، فجاز أن يؤخر
ليحلف للثاني، فينكشف وجه القضاء^(١١).

ولو نكل للثاني أيضاً يقضى^(١٢) بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب^(١٣)،
لاستواءهما في الحجة، كما إذا أقاما البينة، ويغرم^(١٤) ألفاً أخرى بينها، لأنه^(١٥)
أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله^(١٦)، أو بإقراره^(١٧)، وذلك^(١٨) حجة في حقه،

(٢٢) قوله: "جاز" لأنه لا ضرر للآخر في التأخير على تقرير النكول للأول، لأنه لا يعطى به حتى نكل للثاني. (مل)

(٢٣) بعدم المرجح.

(٢٤) قوله: "ولو تشاحا [أى تنازعا في البداية بالحلف]" تشاح همدبگر حريصى كردن بركارى تافوت نشود،
يقال: تشاح الرجلان على الأمر، أى لا يريدان أن يفوتهما. (من)

(١) أى ميل القاضى إلى أحدهما.

(٢) من جهة المدعين.

(٣) أى بعد ما حلف للأول. (ك)

(٤) أى النكول.

(٥) قوله: "ولا يقضى [أى للأول. ع] بالنكول" لأن من حجة الآخر أن يقول: لو برأت لى بالاستحلاف لكان

ينكل أيضاً. (ك)

(٦) أى صاحب اليد.

(٧) فحينئذ يحكم للمقر له.

(٨) بلون توقف على الاستحلاف للثاني.

(٩) قوله: "إنما يصير حجة الخ" ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء. (ك)

(١٠) يأنزله مقرأً أو باذلاً.

(١١) قوله: "فينكشف وجه القضاء" بأنه يقضى بالألف لها، أو لأحدهما لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له، والألف

لكه للأول، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما، فلهذا يتوقف فى القضاء حتى يظهر وجه القضاء. (ك)

(١٢) بالألف.

(١٣) الجامع الصغير.

(١٤) صاحب اليد.

(١٥) أى لأن المودع المنكر.

(١٦) أى عند أبى حنيفة لأن النكول بذل عنده.

(١٧) هذا عندهما لأن النكول إقرار عندهما.

وبالصرف إليهما^(١) صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف الآخر فيغرمه .
ولو قضى القاضى للأول حين نكل ذكر الإمام البزدوى فى "شرح الجامع الصغير" أنه يحلف للثانى ، فإذا نكل^(٢) يقضى بينهما^(٣) ، لأن القضاء للأول لا يبطل حق الثانى ، لأنه^(٤) يقدمه^(٥) إما بنفسه^(٦) ، أو بالقرعة ، وكل ذلك^(٧) لا يبطل حق الثانى . وذكر الخصاص أنه نفذ قضاءه للأول^(٨) ، ووضع المسألة فى العبد^(٩) ، وإنما نفذ^(١٠) لمصادفته محل الاجتهاد ، لأن من العلماء من قال : يقضى للأول^(١١) ، ولا ينتظر^(١٢) لكونه^(١٣) إقراراً دلالةً .
ثم لا يحلف^(١٤) للثانى ما هذا العبد لى ، لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار^(١٥) للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا^(١٦) عليك هذا العبد ، ولا قيمته^(١٧) ، وهو^(١٨) كذا وكذا ، ولا أقل منه .

(١٨) قوله: "وذلك" أى الإقرار أو البذل حجة فى حقه، أى فى حق المودع المنكر. (مل)

- (١) قوله: "وبالصرف إليهما" أى بصرف المودع الألف إلى المدعين صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر ، فيغرم الألف الذى صرف إليهما ، فيصير ألفان. (عينى)
- (٢) قوله: "فإذا نكل [أى الثانى] إلخ" ولم يذكر أنه إذا حلف للثانى ما ذا حكمه ، قال أخوه فى "شرح الجامع الصغير": "فإن حلف يقضى بنكوله الأول. (٦)
- (٣) بالألف ، ويغرم ألفاً آخر بينهما .
- (٤) القاضى .
- (٥) أى الأول على الثانى .
- (٦) أى باختياره .
- (٧) أى تقديمه الأول باختياره ، أو بالقرعة .
- (٨) يعنى يكون كل الألف له ، ولا يكون بينهما . (عينى)
- (٩) قوله: "ووضع المسألة إلخ" بأن كان فى يده عبد ، فادعاه رجلان كل واحد أنه له ، وأودعه إياه . (عينى)
- (١٠) أى قضاء القاضى للأول .
- (١١) بالنكول .
- (١٢) القاضى للثانى .
- (١٣) أى لكون النكول .
- (١٤) قوله: "ثم لا يحلف إلخ" أى لا يحلف ذلك المنكر للمدعى الثانى بأن يقول المدعى مخاطباً إليه : احلف بالله ما هذا العبد لى ، أى لا يحلفه بالاعتصار على لفظ العبد ، ولكن يضم إليه قوله : ولا قيمته . (مل)
- (١٥) العبد .
- (١٦) أى للثانى .
- (١٧) العبد .
- (١٨) وفى نسخة: وهى .

قال (١): ينبغي أن يحلفه عند محمد خلافاً لأبي يوسف بناءً على أن المودع (٢) إذا أقر بالوديعة (٣)، ودفع بالتضاء إلى غيره (٤) يضمنه (٥) عند محمد خلافاً له (٦)، وهذه (٧) فريضة تلك المسألة (٨)، وقد وقع (٩) فيه (١٠) بعض الإطناب، والله أعلم.

كتاب العارية (١١)

قال (١٢): العارية جائزة؛ لأنه نوع إحسان، وقد استعار النبي عليه السلام (١٣)

(١) أى الحصاف.

(٢) قوله: "بناءً على أن الخ" فإن قلت: ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية، قلت: لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد، وكذا بالنكول فيأتى التحليف، وعند أبي يوسف لا يضمن ثمه بالإقرار، وكذا ههنا بالنكول، فلا فائدة في التحليف. (عيني)

(٣) قوله: "إذا أقر [لرجل] بالوديعة الخ" إذا أقر بالوديعة لزيد، ثم قال: لا، بل أودعني فلان آخر قضى للأول، لأن الثاني رجوع، فإن دفعه إلى الأول بغير قضاء ضمن، وإن دفعه بقضاء فكذلك عند محمد، لأنه مقر بلزوم الحفظ للثاني، ثم عرضه للتلف بإقراره، وعند أبي يوسف لا يضمن، لأن القبض كان بإذن، والدفع يكرهه القاضى. ووجه البناء على هذه المسألة أن الإقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الأول بإقراره الأول، لما كان مفيداً لوجوب الضمان للمقر له الثاني عند محمد ينبغي أن يحلفه للثاني، وإن اسحقه الأول في مسألة الكتاب عند محمد لأن فائدة الحلف بالنكول، وهو الإقرار، والإقرار للثاني مفيد للضمان له، وعند أبي يوسف لا يحلف، لأنه لا يضمن بالإقرار عنده، فكذا بالنكول، فلا فائدة للتحليف. (ك)

(٤) أى غير المقر له.

(٥) قوله: "يضمنه" أى يضمن ما أقر بالوديعة لأنه أقر بالتزام الحفظ، فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ، فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد. (عيني)

(٦) قوله: "خلافاً له" أى لأبي يوسف لأن بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء، وإنما الفتوى بالدفع يكرهه القاضى، فلا يكون موجباً للضمان. (عيني)

(٧) أى المسألة التى ذكرناها من تحليف القاضى المودع للثاني بعد قضاءه للأول.

(٨) قوله: "تلك المسألة [أى] ولها تفرعات ذكرت فى المطولات. ع" يعنى المسألة التى اختلف فيها أبو يوسف ومحمد فى الضمان، وعدمه. (عيني)

(٩) قوله: "وقد وقع" أى قد وقع فى تلك المسألة بعض المبالغة فى البيان ببيان التفرعات فى الأصل، فى باب إقرار الرجل بالمال، ودفعه إلى آخر لكن لم يذكر محمد فى "الأصل" خلافاً لأبي يوسف، بل ذكر الضمان مطلقاً، كذا فى "غاية البيان".

(١٠) وفى نسخة: فيها.

(١١) قوله: "كتاب العارية [تقدم مناسبة هذا الكتاب لما قبله فى أول الوديعة. نت]" قال الجوهري فى "الصحاح": العارية - بالتشديد - منسوبة إلى العار، لأن طلبها عيب وعار، وقال المطرزي فى "المغرب": العارية أصلها عورية فعلية منسوبة إلى العار اسم من الإعارة، وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ، انتهى.

وقيل: هى مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء، ولهذا كانت الإعارة فى المكيل والموزون قرضاً، لأنه بال ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فلا يعود النوبة إليه فى تلك العين، لتكون عارية حقيقة، وإنما تعود النوبة إليها فى مثلها. (نت)

(١٢) أى القديورى. (عيني)

دروعاً^(١) من صفوان^{(٢)*}، وهى تمليك المنافع بغير عوض، وكان الكرخى يقول^(٣): هى إباحة الانتفاع بملك الغير، لأنها تنعقد بلفظة الإباحة^(٤)، ولا يشترط فيه ضرب المدة^(٥)، ومع الجهالة لا يصح التمليك، وكذلك يعمل فيه النهى^(٦)، ولا يملك الإجارة من غيره^(٧). ونحن نقول: إنه^(٨) ينبىء عن التمليك، فإن العارية من العرية^(٩)، وهى العطية، ولهذا ينعقد بلفظة التمليك^(١٠)، والمنافع^(١١) قابلة للملك كالأعيان، والتمليك نوعان: بعوض، وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين^(١٢)، فكذا المنافع، والجامع بينهما دفع الحاجة^(١٣). ولفظة الإباحة^(١٤) استعيرت للتمليك، كما فى الإجارة، فإنها تنعقد بلفظة الإباحة، وهى^(١٥) تمليك، والجهالة^(١٦) لا تفضى

(١٣) فى غزوة حنين. (ت) أخرجه أبو داود. (ت)

(١) مائة أدرع.

(٢) ابن أمية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١١٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥ ص ١٨١. (نعيم)

(٣) واستدل بأربع دلائل.

(٤) قوله: "لأنها تنعقد إلخ" يعنى أنه إن قال المعير: أبحث هذا الثوب مثلاً يكون عارية، والتمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة. (مل)

(٥) قوله: "ولا يشترط فيه ضرب المدة" أى إعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة إلا بذكر المدة، ومع الجهالة لا يصح التمليك كما فى الإجارة. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك يعمل فيه النهى [أى نهى المعير] أى يطل الإعارة بالنهى، ولو كانت تمليكاً لما بطلت بالنهى كالهبة والإجارة. (ك)

(٧) قوله: "ولا يملك [المستعير] الإجارة [أى إجارة ما استعاره] من غيره" ومن ملك شيئاً بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض، وبغير عوض كالموهوب له. (ك)

(٨) أى إن لفظ العارية.

(٩) قوله: "من العرية" [هذا يخالف ما ذكر فى المغرب. (ك)] فيه مناقشة، لأن العارية أجوف واوى، ولهذا ذكره أهل اللغة فى باب عور والعرية ناقص، وحرف العلة فى لامة فلذلك ذكره أهل اللغة فى باب عرو. (عينى)

(١٠) فإن من قال لغيره: ملكتك منافع هذا العين شهراً كانت إعارة. (ك)

(١١) قوله: "والمنافع إلخ" جواب لما يقال: من أن المنافع إعراض لا تبقى، فلا تقبل التمليك.

(١٢) قوله: "ثم الأعيان تقبل النوعين" أى تمليك العين بعوض كالبيع، وتمليكه بغير عوض كالهبة والصدقة، فكذلك المنافع تقبل النوعين بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، والجامع بينهما، أى بين الأعيان والمنافع دفع الحاجة، أى دفع حاجة الناس، فكما أنهم محتاجون إلى نوعى التمليك فى الأعيان فكذلك محتاجون إلى ذلك فى المنافع. (عينى)

(١٣) قوله: "دفع الحاجة" فإن قلت: الحاجة تندفع بالإباحة، قلت: لعل حاجته إلى انتفاع الغير أيضاً. (ك)

(١٤) جواب عن قول الكرخى: إنها تنعقد بلفظ الإباحة.

(١٥) أى الإجارة، الواو حالية.

(١٦) قوله: "والجهالة إلخ" جواب عن قوله: ومع الجهالة لا يصح التمليك، ووجهه أن الجهالة المانعة هى الجهالة

إلى المنازعة لعدم اللزوم^(١١)، فلا تكون^(١٢) ضائرة^(١٣)، ولأن الملك إنما يثبت^(١٤) بالقبض، وهو^(١٥) الانتفاع، وعند ذلك^(١٦) لا جهالة، والنهي^(١٧) منع عن التحصيل^(١٨)، فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك^(١٩) الإجارة لدفع زيادة الضرر^(٢٠) على ما ذكره إن شاء الله تعالى^(٢١).

قال^(١٢): وتصح بقوله: أعرتك؛ لأنه صريح^(١٣) فيه^(١٤)، وأطعمتك هذه الأرض^(١٥)؛ لأنها مستعمل^(١٦) فيه^(١٧)، ومنحتك هذا الثوب^(١٧)، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به^(١٨) الهبة؛ لأنهما لتمليك العين^(١٩)، وعند عدم إرادته الهبة^(٢٠)

المفضية إلى النزاع، هذه ليست كذلك. (عيني)

(١) لأن المعير له أن يفسخ العقد في كل ساعة.

(٢) الجهالة.

(٣) ضاره الأمر ضميراً: كزند رسانيد او را كار وزيان كرد. (من)

(٤) في العارية.

(٥) أي القبض.

(٦) أي الانتفاع بالعارية.

(٧) قوله: "والنهي إلخ" جواب عن قوله: وكذلك يعمل النهي فيه، ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك بل من حيث إنه بالنسبة يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعدوله ذلك، لكونها عقداً غير لازم، فكان له الرجوع أي وقت شاء. (٤)

(٨) قوله: "منع عن التحصيل" أي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل اتصال الملك به يصح. (ك)

(٩) أي للمستعير - جواب عن قوله: ولا يملك الإجارة من غيره.

(١٠) قوله: "للدفع زيادة الضرر [بالدمير]" أي لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار، لأن الإجارة ما وضعت في

الشرع إلا لازمة، وفي ذلك سد باب الاسترداد، فيتضرر به المعير. (ك)

(١١) عند قوله: ليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره.

(١٢) أي القلورى. (عيني)

(١٣) أي حقيقة. (٤)

(١٤) أي في عقد العارية.

(١٥) قوله: "وأطعمتك إلخ" الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تمليك عينه، وإن أضيف إلى ما لا يطعم عنه

كالأرض يراد به أكل غلتها إطلافاً لاسم الحبل على الحال. (عيني)

(١٦) أي في عقد العارية مجازاً.

(١٧) قوله: "ومنحتك [أي أعطيتك] إلخ" المنحة تمليك غلة الشيء مع بقاء رقبته على ملكه يقال: منحتك هذه

الحجارة، وهذا الشجر يراد به تمليك الغلة التي تتولد منه. (منافم)

(١٨) أي بكل واحد من الآخرين.

(١٩) حقيقة.

(٢٠) قوله: "وعند عدم إلخ" فيه أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة، والحقيقة تراد باللفظ بلا نية، فعند عدم إرادة

يحمل على تملك المنافع تجوزاً^(١).

قال: وأخدمتك هذا العبد؛ لأنه إذن له في استخدامه^(٢)، ودارى لك سكنى؛ لأن معناه سكنها لك^(٣)، ودارى لك عمرى^(٤) سكنى؛ لأنه جعل سكنها له مدة عمره، وجعل قوله: سكنى تفسيراً لقوله: لك^(٥)؛ لأنه^(٦) يحتمل تملك المنافع^(٧)، فحمل^(٨) عليه بدلالة آخره^(٩).

قال^(١٠): وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء^(١١)؛ لقوله عليه السلام^(١٢): «المنحة مردودة^(١٣) والعارية مؤداة^(١٤)»*، ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض^(١٥)، فصح الرجوع عنه^(١٦).

الهبة لا يحمل على تملك المنفعة، بل على الهبة، والجواب أن تقدير العبارة وعند عدم إرادة الهبة وإرادة العارية يحمل الخ، تأمل. (مل)

(١) قوله: "تجوزاً [أى من حيث العرف. ع] فيه أنه جعل ههنا هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين، ومجازاً لتمليك المنفعة، ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها وحملتها على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة، وعلل بأن الحمل هو الإركاب حقيقة، فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة. (ك)

(٢) فكان عارية.

(٣) فكان عارية.

(٤) قوله: "عمرى" العمرى أن يقول لصاحبه: أعمرتك دارى، أى جعلتها لك مدة عمرك، فإذا قيل هذا واتصل به القبض كان تملكاً لرقبتها.

(٥) قوله: "تفسيراً الخ" لأنه منصوب على التمييز من قوله: لك، لأن قوله: لك يحتمل تملك العين، وتمليك المنفعة، فإذا ميزه تعينت المنفعة، فحمل الكلام عليه، أى على تملك المنافع بدلالة آخره. (ع)

(٦) أى قوله: لك.

(٧) كما يحتمل تملك العين.

(٨) وفي نسخة: فيحمل.

(٩) أى آخر الكلام وهو السكنى.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) سواء كانت العارية مطلقة أو موقفة.

(١٢) أخرجه أبو داود عن أبى أمامة. (ت)

(١٣) قوله: "المنحة مردودة" المنحة نوع من العارية هى أن يعطى الرجل شاة، أو بقرة، أو ناقة ليشرب لبنها، ثم ترد الشاة أو غيرها إلى المالك. (ك)

(١٤) قوله: "والعارية مؤداة [أداه تادية رسايد آن را. من]" فيه تعميم بعد تخصيص لما عرفت أن المنحة عارية خاصة، وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية تستحق الرد. (ع)

* راجع نصب الرابية ج ٤ ص ١١٨، والدرابية ج ٢، الحديث ٨٥١ ص ١٨٢. (نعيم)

(١٥) قوله: "لم يتصل به القبض" لأن المنافع التى لم تحدث لا يتصور فيها القبض. (عينى)

(١٦) أى عما لم يوجد لأن التملك لا يكون إلا فى الموجود.

قال (١): والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد (٢) لم يضمن، وقال الشافعي: يضمن؛ لأنه قبض مال غيره لنفسه (٣)، لا عن استحقاق (٤) فيضمنه، والإذن (٥) ثبت ضرورة الانتفاع، فلا يظهر فيما وراءه (٦)، ولهذا (٧) كان واجب الرد (٨)، وصار كالمقبوض (٩) على سوم الشراء (١٠).

ولنا: أن اللفظ (١١) لا ينبئ عن التزام الضمان؛ لأنه لتمليك المنافع بغير عوض، أو لإباحتها (١٢)، والقبض لم يقع تعدياً (١٣) لكونه مأذوناً فيه، والإذن (١٤) وإن (١٥) ثبت لأجل الانتفاع فهو (١٦) ما قبضه إلا للانتفاع، فلم يقع (١٧) تعدياً (١٨)، وإنما وجب الرد (١٩) مؤنة (٢٠) كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض، والمقبوض (٢١)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "من غير تعد" فإن كان بتعد كحمل السدابة ما لا يحمله مثلها، أو استعمله استعمالاً لا يستعمل مثلها من الدواب وجب الضمان بالإجماع. (٦)

(٣) قوله: "لنفسه" احتراز عن الوفاهة، لأن قبض المودع لأجل المودع لا لمنفعة نفسه. (٦)

(٤) قوله: "لا عن استحقاق" أي لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الآخر بدون رضاه، احتراز عن الإجارة، فإن المستأجر يقبض المستأجر لحق ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه. (٦)

(٥) قوله: "والإذن إلخ" جواب سؤال، وهو أن القبض بالإذن لا يوجب الضمان. (٦)

(٦) ضرورة.

(٧) أي لأنه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق. (نت)

(٨) العارية.

(٩) قوله: "وصار إلخ" فإن المقبول على سوم الشراء وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن فكذا هذا. (عيني)

(١٠) سمت بالسلعة بها كردم متاع را. (من)

(١١) أي اللفظ الذي يتعد به العارية. (٦)

(١٢) أي المنافع على اختلاف القولين على ما مر.

(١٣) وإنما يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً.

(١٤) جواب عن قوله: "والإذن ثبت إلخ".

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) مستعير.

(١٧) قبض.

(١٨) ولا ضمان بدون التعدي.

(١٩) قوله: "وإنما وجب الرد إلخ" جواب عن قول الشافعي: إن قبضه يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض، فيوجب ضمان القيمة حال هلاكه كالنصب، فأجاب بأن ضمان الرد عليه إنما وجب، لأن منفعة القبض حصلت للمستعير كنفقة المستعار، فإنها على المستعير لا لنقض القبض حتى يوجب الضمان.

ويدل على أن القبض تعد بخلاف النصب فإن الرد فيه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن. (مل)

على سوم الشراء مضمون بالعقد^(١)؛ لأن الأخذ في العقد^(٢) له حكم العقد على ما عرف في موضعه^(٣). قال^(٤): وليس للمستعير أن يؤاجر ما استعاره فإن أجره فعطب^(٥) ضمن؛ لأن الإعارة دون الإجارة^(٦)، والشئ لا يتضمن ما هو فوقه، ولأننا لو صححناه^(٧) لا يصح إلا لازماً^(٨)، لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير^(٩)، وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة، فأبطلناه^(١٠). فإن أجره^(١١) ضمنه حين سلمه^(١٢)؛ لأنه إذا لم يتناوله^(١٣) العارية كان غصباً، وإن شاء المعير ضمن المستأجر، لأنه قبضه بغير إذن المالك لنفسه. ثم إن ضمن^(١٤) المستعير لا يرجع على المستأجر^(١٥)؛ لأنه ظهر أنه^(١٦) أجر ملك نفسه^(١٧)، وإن ضمن^(١٨) المستأجر يرجع^(١٩) على المؤاجر^(٢٠) إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده^(٢١)

قوله: وإنما وجب الرد إلخ أي إنما وجب ضمان الرد مؤنة للقبض الحاصل لنفسه وهو كالتفقة تجب على المستعير، لأن منفعة القبض حاصلة له لا لنقض القبض. (كافي)

(٢٠) أي لمؤنة القبض.

(٢١) جواب عن قوله: وصار كالمقبوض إلخ.

(١) قوله: "مضمون إلخ" أي لا يلزم الضمان بالقبض نفسه، ولكن بالقبض بجهة الشراء إذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد، فكذا بجهته. (ك)

(٢) أي الشراء في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتماه رأى من أخذ فيه بمعنى شرع فيه. (نت)

(٣) قوله: "في موضعه" قيل: يريد به نسخ طريقة الخلاف، وقيل: كتاب الإجازات من "المبسوط". (عناية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي هلك.

(٦) لأن الإجارة عقد لازم دون الإعارة. (عيني)

(٧) أي عقد إجار المستعير.

(٨) فإن الإجارة لا تكون إلا لازماً.

(٩) لأن اللزوم لا يكون إلا منه.

(١٠) أي عقد الإجارة.

(١١) المستعير.

(١٢) المستعير.

(١٣) الإجارة.

(١٤) المعير.

(١٥) بعد الهلك عند المستأجر.

(١٦) المستعير.

(١٧) لأنه ملكه بالضممان.

(١٨) المعير.

دفعاً للضرر الغرور^(١)، بخلاف ما إذا علم^(٢).

قال^(٣): وله^(٤) أن يعيره إذا كان لا يختلف^(٥) باختلاف المستعمل، وقال الشافعي: ليس له أن يعيره، لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل^(٦)، والمباح له لا يملك الإباحة، وهذا^(٧) لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة^(٨)، واندفعت^(٩) بالإباحة^(١٠) ههنا^(١١).
ونحن نقول: هو تمليك المنافع على ما ذكرنا^(١٢)، فيملك^(١٣) الإعارة كالموصى له بالخدمة^(١٤)، والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة^(١٥)، فتجعل كذلك في الإعارة^(١٦) دفعاً للحاجة^(١٧)، وإنما لا يجوز^(١٨) فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعاً

(١٩) المستأجر.

(٢٠) المستعير.

(٢١) مستعير.

(١) عن المستأجر.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا علم" أي المستأجر بكونها عارية في يد المورج حيث لم يرجع عليه، لأنه لم يوجد منه

الغرور. (عيني)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "وله" أي المستعير، معناه أن للمستعير أن يعير المستعار إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقد

تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون إن اختصاص ولاية الإعارة للمستعير بما إذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل، وإنما هو إذا صدرت الإعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعير بنفسه، وأما إذا صدرت الإعارة مطلقة فللمستعير ولاية الإعارة مطلقاً سواء كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل، أو مما لا يختلف به، وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية. (نبت)

(٥) قوله: "إذا كان لا يختلف إلخ" كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة. (٤)

(٦) أي في عنقوان كتاب العارية.

(٧) أي كون الإعارة إباحة. (٤)

(٨) أي ضرورة دفع حاجة الناس. (نبت)

(٩) الضرورة.

(١٠) فإذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك.

(١١) أي في الإعارة.

(١٢) في عنقوان كتاب العارية.

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "كالموصى له بالخدمة [أي بخدمة العبد]" أي جاز له أن يعير لتملكه المنفعة. (٤)

(١٥) قوله: "والمنافع إلخ" جواب عن قول الشافعي: والمنافع غير قابلة للملك، وتقديره إننا لا نسلم أنها غير قابلة

للملك، فإنها تملك بالعقد كما في الإجارة. (عيني)

(١٦) أي قابلة للملك.

لزيد الضرر عن المعير؛ لأنه^(١) رضى باستعماله^(٢) لا باستعمال غيره .
 قال^(٣) رضى الله عنه : وهذا^(٤) إذا صدرت الإعارة مطلقة^(٥) وهى^(٦) على
 أربعة أوجه^(٧) : أحدهما : أن تكون مطلقة فى الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه^(٨)
 أن ينتفع به أى نوع شاء فى أى وقت شاء عملاً بالإطلاق .
 والثانى : أن تكون مقيدة^(٩) فيهما^(١٠) فليس له أن يجاوز فيه ما سماه^(١١) عملاً
 بالتقييد إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك^(١٢) ، أو خير منه^(١٣) ، والحنطة مثل الحنطة^(١٤) .
 والثالث : أن تكون مقيدة فى حق الوقت ، مطلقة فى حق الانتفاع .
 والرابع : عكسه^(١٥) ، وليس له^(١٦) أن يتعدى ما سماه^(١٧) ، فلو استعار دابة ،

(١٧) قوله : "دفعاً للحاجة" يعنى أن الناس كما يحتاجون إلى الانتفاع بالشئ لأنفسهم كذلك يحتاجون إلى نفع
 غيرهم بذلك الشئ ، وعند كون الإعارة إباحة لا يقدرّون على نفع غيرهم بالعارية ، فلا تندفع حاجتهم الأخرى ،
 فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت إلى اعتبار المنافع قابلة للملك فى العارية كما فى الإجارة . (نت)
 (١٨) قوله : " وإنما لا يجوز إلخ " جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال : لو كانت العارية تملك المنفعة لما تفاوت
 الحكم فى الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل ، وبين ما لا يختلف . (عينى)

(١) المعير .

(٢) المستعير .

(٣) أى المصنف .

(٤) قوله : " وهذا [أى ما ذكر من ولاية الإعارة للمستعير . ع] " الإشارة لا تعود إلى المسألة المتقدمة ، بل إلى أن
 للمستعير أن ينتفع بالعارية ما شاء إذا أطلقت العارية . (تاج الشريعة)

(٥) أى عن الوقت والانتفاع . (ك)

(٦) أى الإعارة ، بيان لأقسام الإعارة .

(٧) بالقسمة العقلية .

(٨) أى فى هذ القسم .

(٩) بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة . (ك)

(١٠) أى فى الوقت والانتفاع .

(١١) من الوقت والمنفعة . (٤)

(١٢) قوله : " إلى مثل ذلك " بأن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقدرة من هذه الحنطة ، فحمل عليها حنطة غيره لا
 ضمان عليه ، لأن حنطته وحنطة غيره فى الضرر سواء . (مل)

(١٣) قوله : " أو خير منه " نحو ما إذا شرط حمل الحنطة ، فحمل عليه الشعير لأن كيل الشعير أخف وزناً من كيل
 الحنطة لأنها أصلب من الشعير . (ك)

(١٤) قوله : " والحنطة مثل الحنطة [أى فى حق الحمل على الحنطة . ك] " أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة
 المحمولة حنطة المستعير أو غيره ، فالحنطة جنس واحد سواء كانت للمستعير أو غيره عينها المستعير أو لم يعينها . (عينى)

(١٥) أى عكس الثالث .

(١٦) أى للمستعير .

ولم يسم شيئاً له أن يحمل، ويعبر غيره للحمل؛ لأن الحمل لا يتفاوت، وله أن يركب^(١)، ويركب غيره وإن^(٢) كان الركوب مختلفاً^(٣)، لأنه لما أطلق فيه^(٤)، فله^(٥) أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره، لأنه تعين ركوبه، ولو أركب غيره ليس له أن يركبه^(٦) حتى لو فعله^(٧) ضمن^(٨)، لأنه تعين الإركاب.

قال^(٩): وعارية^(١٠) الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض^(١١)؛ لأن الإعارة تمليك المنافع، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها^(١٢)، فاقترضى تمليك العين ضرورة، وذلك بالهبة والقرض، والقرض أدناهما^(١٣) فيثبت، أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع^(١٤) ورد العين^(١٥)، فأقيم رد المثل مقامه^(١٦). قالوا^(١٧): هذا^(١٨) إذا أطلق الإعارة، أما إذا عيّن الجهة بأن استعار الدراهم ليعبر بها^(١٩) ميزاناً، ويزين بها^(٢٠) دكاناً لم تكن قرضاً، ولا يكون له^(٢١) إلا المنفعة المسماة،

(١٧) من الوقت أو النوع في الوجهين الأخيرين.

(١) قوله: "وله أن يركب إلخ" معناه إن شاء ركب بنفسه، وإن شاء أركب غيره، لأنه يجمع بينهما يدل عليه قوله: بده، حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) لأن الناس يتفاوتون في الركوب.

(٤) قوله: "لأنه لما أطلق إلخ" يعني لما لم يعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوضاً إليه، فإن شاء عين نفسه، وإن شاء عين غيره، وأيهما عينه يتعين كما إذا عينه المالك. (ك)

(٥) أى المستعير.

(٦) بنفسه.

(٧) أى لو ركب بنفسه بعد أن أركب غيره.

(٨) قوله: "ضمن" وهذا اختيار فخر الإسلام رحمه الله، وأما على قول غيره فله أن يركبه بعد الإركاب. (ك)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) بأن قال: أعرتك دراهمى.

(١١) يعنى بمنزلة قوله: أقرضتك. ٥

(١٢) بناء على الأكثر الأغلب. (نت)

(١٣) قوله: "أدناهما" لكونه متيقناً به، أو لأن القرض أدناهما ضرراً، لأنه أقل ضرراً على المعطى، لأنه يوجب رد المثل، بخلاف الهبة، وما هو أقل ضرراً، فهو الثابت يقيناً. (ك)

(١٤) أى انتفاع المستعير.

(١٥) أى إلى المعير.

(١٦) عند تعذر رد العين.

(١٧) المشايخ.

(١٨) أى كونه قرضاً.

فصار كما إذا استعار آنية^(١) يتجمل بها، أو سيفاً محلي يتقلدها.

قال^(٢): وإذا استعار أرضاً ليني فيها، أو ليغرس جاز، وللمعير أن يرجع فيها، ويكلفه^(٣) قلع البناء والغرس^(٤)، أما الرجوع فلما بينا^(٥)، وأما الجواز فلأنها^(٦) منفعة معلومة تملك بالإجارة، فكذا بالإعارة^(٧)، وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغلاً أرض المعير، فيكلف تفريغها. ثم إن لم يكن وقت العارية، فلا ضمان عليه، لأن المستعير مغترب غير مغرور^(٨)، حيث اعتمد^(٩) إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد، وإن كان وقت العارية، ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا^(١٠)، ولكنه يكره؛ لما فيه من خلف الوعد^(١١)، وضمن المعير^(١٢) ما^(١٣) نقص البناء والغرس بالقلع^(١٤)، لأنه^(١٥) مغرور من جهته حيث وقت له فالظاهر هو الوفاء

(١٩) قوله: "ليعير بها" الصواب ليعاير، قال في "المغرب": وقوله: استعار دراهم ليعير بها صنجة، أي ليسوى، ثم قال: الصواب ليعاير، يقال: عايرت المكائيل والموازين إذا قايستها، وذلك بأن يكون الدراهم موزونة بصنجة عدل، ولا يوجد تلك الصنجة، فاستعار هذه الدراهم ليسوى الميزان بها. (ك)

(٢٠) قوله: "ويزين بها الخ" بأن استعار دراهم كثيرة، فوضع على الدكان حتى يظن الناس غناه فيعاملوا معه. (ك)

(٢١) المستعير.

(١) الإناء: وعاء الماء والجمع القليل آنية. (مغرب) إناء: ظرف آب مثل كوزه وكاسه وغيره. (كنز)

(٢) أي القلدورى. (عينى)

(٣) المستعير.

(٤) بالفتح درخت نشانده. (من)

(٥) من أنه للمعير أن يرجع متى شاء.

(٦) أي هذه المنفعة.

(٧) دفعاً للحاجة.

(٨) قوله: "غير مغرور [من جانب المعير]" فإن قيل: هو مغرور لأنه إن لم يوقت صريحاً لكن وقت دلالة، لأن البناء والغرس للدوام، فكالإعارة له توقيتاً قلنا: قد بينى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض إذا جاء الصيف والشجر قد يفرس، ثم يقلم بعد زمان ليبيع كما هو العادة. (ك)

(٩) أي المستعير، وظن أنه يتركها فى يده مدة طويلة.

(١٠) من أن له الرجوع متى شاء.

(١١) وهو شعبة من التناق.

(١٢) قوله: "وضمن المعير الخ" معنى ينظر كم يكون قيمة البناء، والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة، فيضمن ما نقص من قيمته، معنى إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً، وإذا قلع فى الحال يكون قيمة النقص دينارين، فيرجع بشمانية دنائير. (كفاية)

(١٣) ما مصدرية.

(١٤) أى بسبب القلم.

بالعهد، فيرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه كذا^(١) ذكره القدورى فى المختصر .
 وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبناءه،
 ويكونان^(٢) له^(٣)، إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما، ولا يضمته قيمتهما فيكون له
 ذلك، لأنه ملكه^(٤).

قالوا: إذا كان فى القلع ضرر بالأرض^(٥)، فالخيار إلى رب الأرض؛ لأنه
 صاحب الأصل، والمستعير صاحب تبع^(٦)، والترجيح بالأصل^(٧).

ولو استعارها^(٨) ليزرعها لم يؤخذ منه^(٩) حتى يُحصَد^(١٠) الزرع، وقت أولم
 يوقت^(١١)؛ لأن له نهاية معلومة^(١٢)، وفى الترك بالأجر مراعاة الحقين^(١٣)، بخلاف
 الغرس؛ لأنه ليس له نهاية معلومة^(١٤)، فيقلع دفعاً للضرر عن المالك.

قال^(١٥): وأجرة رد العارية على المستعير؛ لأن الرد واجب عليه لما أنه قبضه
 لمنفعة نفسه، والأجرة مؤنة الرد^(١٦)، فتكون عليه، وأجرة رد العين المستأجرة على

(١٥) المستعير.

(١) أى ضمان ما نقص. (٤)

(٢) أى الغرس والبناء.

(٣) أى لرب الأرض.

(٤) المستعير.

(٥) قوله: "قالوا [المشايخ]: إذا كان الخ" قيل: معنى كلامه هذا أن ما قال القدورى أن المعير يضمن نقصان البناء،
 والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الأرض بالقلع ضرراً ما إذا لحق بالخيار فى الإبقاء بالقيمة مقلوعاً، وتكليف القلم،
 وضممان النقصان إلى صاحب الأرض، وهو ظاهر، ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد، ومعناه أن المستعير إنما يتمكن
 من القلم والترك إذا لم يتضرر الأرض بالقلم، أما إذا تضررت فالخيار لرب الأرض، وهو الأظهر. (٤)

(٦) هو الغرس أو البناء.

(٧) وفى نسخة: للأصل.

(٨) أى الأرض.

(٩) بل يترك فى يده بطريق الإجارة بأجر المثل. (٤)

(١٠) قوله: "حتى يحصد" من الإحصاد، ويقال: أحصد الزرع إذا حان حصاده. (عنى)

(١١) أى للزرع.

(١٢) أى فى نفسه.

(١٣) قوله: "مراعاة الحقين" لأنه إنما يترك بالأجر هكذا قالوا: كى لا تقوت منفعة أرضه مجاناً، ولا يفوت
 زراع الأرض ليعتدل النظر من الجانبين، كما فى الإجارة والزرع لم يدرك بعد، فإن ثمة يترك الأرض بأجر مراعاة
 للجانبين، كذا هنا. (ك)

(١٤) قوله: "لأنه ليس له نهاية معلومة [أى فى نفسه]" فيكون الضرر بالجانبين فيرجع صاحب الأصل. (ك)

(١٥) أى القدورى. (عنى)

المؤاجر؛ لأن الواجب على المستأجر التمكين، والتخلية دون الرد، فإن منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى^(١)، فلا يكون^(٢) عليه مؤنة رده، وأجره رد العين المغصوبة على الغاصب؛ لأن الواجب عليه الرد والإعارة إلى يد المالك دفعاً للضرر عنه، فيكون مؤنته عليه^(٣).

قال^(٤): وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن، وهذا^(٥) استحسان، وفي القياس يضمن، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها، وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف، لأن رد العواري^(٦) إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار، ثم ترد إلى الدار، أو لو ردها^(٧) إلى المالك فالمالك يردها^(٨) إلى المرابط^(٩)، فصح رده، وإن استعار عبداً، فرده إلى دار المالك، ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا^(١٠).

ولو رد^(١١) المغصوب، أو الوديعة إلى دار المالك، ولم يسلم إليه ضمن؛ لأن الواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك^(١٢) بالرد إلى المالك دون غيره، والوديعة لا يرضى المالك بردها إلى الدار، ولا إلى يد من في العيال^(١٣)، لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه، بخلاف العواري لأن فيها عرفاً^(١٤)، حتى لو كانت العارية عقد^(١٥) جوهر لم

(١٦) فمن وجب عليه الرد وجب أجره عليه.

(١) فإنه سلم للمؤاجر ما شرط له من أجره العين.

(٢) قوله: "فلا يكون عليه مؤنة إلخ" لأنه يتوصل به إلى ملك الأجر أكثر ما فيه، لأن لكل واحد منهما فيه منفعة لكن منفعة الأجر أقوى، لأنه مالك للعين، وملك المستأجر في المنفعة، والمنفعة تابعة للعين. (عناية)

(٣) الرد.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) أي عدم الضمان.

(٦) قوله: "لأن رد العواري" عارية - بتشديد الياء وقد يخفف - هر چیز عاريتی كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب عواري مشددة ومخففة جمع. (من)

(٧) دابة.

(٨) قوله: "فالمالك يردها إلخ" فيكون مسقطاً مؤنة الرد عن المالك لا متعدياً، ولا يضمن المرء بالإحسان. (كفاية)

(٩) موضع الربط.

(١٠) أشار به إلى قوله: لأن رد العواري إلخ.

(١١) هذه من مسائل مختصر القدوري، إلا أنه ليس فيه لفظ المغصوب.

(١٢) الفسخ.

(١٣) كسانيكه در نفقه ومونت او باشند.

(١٤) أي لأن الرد إلى دار المالك في العارية عرف.

يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه^(١).

قال^(٢): ومن استعار دابة، فردها مع عبده أو أجيده لم يضمن، والمراد بالأجير أن يكون مسانئة^(٣) أو مشاهرة^(٤) لأنها^(٤) أمانة، فله أن يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة، بخلاف الأجير مياومة^(٥)؛ لأنه ليس في عياله.

وكذا^(٦) إذا ردها^(٧) مع عبد رب الدابة أو أجيده؛ لأن المالك يرضى به، ألا ترى أنه^(٨) لو رده إليه فهو يرده إلى عبده، وقيل: هذا^(٩) في العبد الذي يقوم على الدواب^(١٠)، وقيل: فيه^(١١) وفي غيره، وهو^(١٢) الأصح؛ لأنه إن كان لا يدفع إليه^(١٣) دائماً يدفع إليه أحياناً، وإن كان^(١٤) ردها^(١٥) مع أجنبي ضمن^(١٦)، ودلت المسألة^(١٧) على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً^(١٨)، كما قاله بعض المشايخ^(١٩)، وقال بعضهم^(٢٠): يملكه^(٢١) لأنه^(٢٢) دون الإعارة، وأولوا هذه المسألة^(٢٣) بانتهاء الإعارة

(١٥) بالكسر: هو القلادة گردن بند وحميل. (من)

(١) أى فى عقد الجواهر.

(٢) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٣) سانئه مسانئة سالا سال داد او را چيزى، وسالانه كرد او را بركارى. (من)

(٤) العارية.

(٥) مياومة: روز مزد كردن. (من)

(٦) أى لا يضمن.

(٧) الدابة.

(٨) المستعير.

(٩) أى عدم الضمان بالرد إلى عبد رب الدابة.

(١٠) أى السئيس.

(١١) قوله: "وقيل: فيه" أى قيل عدم الضمان فى العبد الذى يقوم على الدواب، وفى غيره. (عينى)

(١٢) أى القول الثانى.

(١٣) أى إلى عبده الذى لا يقوم بالدواب.

(١٤) المستعير.

(١٥) الدابة.

(١٦) إذا هلك لأنه ليس بنائب عن المالك فصار متعدياً.

(١٧) المذكورة.

(١٨) قوله: "لا يملك الإيداع إلخ" لأنه لما وضعها فى يد أجنبي للرد يكون ودبعة، فعلم أنه لا يملك الإيداع إذ لو

ملكه لما ضمن. (ك)

(١٩) وهو الكرخى.

(٢٠) وهو مشايخ العراق.

لإنقضاء المدة^(١).

قال: ومن أعار أرضاً بيضاء^(٢) للزراعة يكتب^(٣) إنك أطعمتني عند أبي حنيفة، وقالوا: يكتب إنك أعرتني؛ لأن لفظة الإعارة موضوعة له^(٤)، والكتابة بالموضوع أولى، كما في إعارة الدار^(٥)، وله أن لفظة الإطعام أدل^(٦) على المراد لأنها تختص بالزراعة والإعارة ينتظمها، وغيرها كالبناء ونحوه^(٧)، فكانت الكتابة بها أولى، بخلاف الدار، لأنها لا تعار إلا للسكنى^(٨)، والله أعلم بالصواب.

كتاب الهبة^(٩)

الهبة^(١٠) عقد مشروع؛ لقوله عليه السلام^(١١): «تهادوا^(١٢) تحابوا^(١٣)»*،

(٢١) قوله: «يملكه» أي يملك المستعير الإيداع، لأن الإيداع دون الإعارة، لأنه لما ملك الإعارة مع أن فيها إيداعاً، وتمليك المنافع، فلأن يملك الإيداع، وليس فيه تمليك المنافع أولى، وبه أخذ الفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى. (عيني)

(٢٢) وديعة.

(٢٣) قوله: «وأولوا إلخ» يعني أن المشايخ الذين قالوا: بأن المستعير يملك الإيداع أولوا هذه المسألة، وهي قوله: وإن ردها مع أجنبي ضمن المستعير، وإنما ضمن المستعير ههنا، لأنه لم يبق مستعيراً بسبب القضاء مدة الاستعارة حيث دفع إلى آخر بعد فراغه من استعماله. ونحن إنما قلنا بجواز الإيداع للمستعير إذا كان قائماً على كونه مستعيراً، وههنا لم يبق مستعيراً، وبقيت العارية في يده وديعة وليس للمودع أن يودع غيره، فإذا أودعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق. (ك)

(١) قوله: «بانتهاه إلخ» بأن كانت الإعارة موقته، ومضى الوقت وبقي في يد المستعير وديعة، والمودع لا يملك الإيداع، فوجب الضمان باعتبار الودع. (حميدية)

(٢) خالية عن الزراعة.

(٣) المستعير.

(٤) أي لعقد الإعارة.

(٥) حيث لا يكتب السكنى.

(٦) من الإعارة.

(٧) مثل نصب الخيمة.

(٨) والغرض بصير معلوماً بقوله: أعرتني.

(٩) قوله: «كتاب الهبة» هي في اللغة أصله من الوهب، ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غيره، يقال: وهب له مالا، ومنه قوله تعالى: ﴿فهب لى من لدنك ولياً يرثنى﴾، ويسمى الموهوب هبة وموهبة، واتهبه منه قبله، واسترهبه سأله وطلبه.

وفي الشرع هو تمليك المال بلا عوض، وأهلها أهل التبرع، وهو الحر المكلف، وركنها الإيجاب والقبول، لأنها عقد، وقيام العقد بالإيجاب والقبول، لأن ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنما يحث لو حلف أن لا يهب، فوهب ولم يقبل لأنه إنما يمنع نفسه عما هو مقدور له، وهو الإيجاب لا القبول، لأنه فعل الغير، وشرطها أن يكون الموهوب مقسوماً محوزاً، وحكمها ثبوت الملك. (مل)

قوله: «كتاب الهبة» ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة، وهو الترقى من الأدنى إلى الأعلى، ولأن العارية كالمفرد من الهبة، لأن فيها تمليك العين مع المنفعة. (نت)

وعلى ذلك^(١) انعقد الإجماع، وتصح بالإيجاب^(٢) والقبول^(٣) والقبض، أما الإيجاب والقبول فلا لأنه عقد، والعقد^(٤) ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك، وقال مالك: يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع^(٥)، وعلى هذا الخلاف الصدقة^(٦).

ولنا: قوله عليه السلام: «لا يجوز الهبة إلا مقبوضة^(٧)»، والمراد^(٨) نفى الملك؛ لأن الجواز بدونه^(٩) ثابت^(١٠)، ولأنه عقد تبرع، وفي إثبات الملك^(١١) قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً^(١٢) لم يتبرع به، وهو التسليم^(١٣)، فلا يصح، بخلاف

(١٠) قوله: "الهبة" هي تملك العين بلا عوض، أي بلا شرط عوض، لأن عدم العوض شرط لينتقض بالهبة بشرط العوض. (در)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه النسائي في كتاب الكنى، والبيهقي في "شعب الإيمان". (ت)

(١٢) أصله تهادى: يكديكر را هديه دادن. (من)

(١٣) قوله: "تحابوا" - بتشديد الباء المضمومة - وهو أيضاً صيغة خطاب للجماعة، وأصله تحابون، ولكن سقطت النون؛ لأنه جواب الأمر، أصله تحابوا لأنه من التحاب من المحبة، أدغمت الباء في الباء. (عينى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥٣ ص ١٨٣. (نعيم)

(١) أى كون الهبة مشروعاً.

(٢) قوله: "وتصح بالإيجاب [كقوله: وهبت] إلخ" أما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه، قال شيخ الإسلام خواهر زادة في "مبسوطه": هو مجرد إيجاب الواهب، وهو قوله: وهبت، ولم يجعل قبول الموهوب له ركناً، لأن العقد ينعقد بمجرد إيجاب الواهب، ولهذا قال علماءنا: إذا حلف لا يهب، فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب "التحفة": ركنها الإيجاب والقبول، ووجهه أن الهبة أعقد، والعقد هو الإيجاب والقبول. (غن)

(٣) كقوله: قبلت.

(٤) قوله: "والعقد" قلت: نعم، هو عقد لكنه عقد تبرع، فيجب أن يتم بالتبرع نص على ذلك المصنف في كتاب الرهن، بقوله: الركن هو الإيجاب، لأنه عقد تبرع، فيتم بمجرد الإيجاب كالهبة والصدقة، فافهم. (ملا إله داد الجونفورى)

(٥) فإنه يملك المشتري قبل القبض.

(٦) فعند يشترط فيه القبض خلافاً للمالك.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥٤ ص ١٨٣. (نعيم)

(٧) قلت غريب، ورواه عبد الرزاق من قول إبراهيم النخعي. (ت)

(٨) أى من قوله عليه السلام: «لا يجوز».

(٩) قبض.

(١٠) أى بالإجماع. (ك)

(١١) قوله: "وفي إثبات الملك إلخ" فإنه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم، فيؤدى إلى إيجاب التسليم على المتبرع، وهو لم يتبرع به، وإيجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات، بخلاف المعاوضات. (ك)

(١٢) قوله: "إلزام إلخ" هذا إما يتم إذا كان التسليم لازماً للملك، وليس كذلك فإن من باع شيئاً بآتا يصير المبيع ملكاً للمشتري ولا يجب التسليم قبل قبض الثمن، فيجوز أن لا يجب التسليم ههنا أيضاً، لئلا يلزم المتبرع ما لم يلتزمه،

الوصية^(١)، لأن أو ان ثبوت الملك^(٢) فيها^(٣) بعد الموت، ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم^(٤)، وحق الوارث متأخر عن الوصية^(٥) فلم يملكها^(٦).

فإن قبضه الموهوب له في المجلس^(٧) بغير أمر الواهب جاز استحساناً، وإن قبض بعد الافتراق^(٨) لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض، والقياس أن لا يجوز في الوجهين^(٩)، وهو قول الشافعي، لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باقٍ^(١٠)، فلا يصح^(١١) بدون إذنه.

ولنا: أن القبض بمنزلة القبول^(١٢) في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه^(١٣) وهو الملك، والمقصود منه^(١٤) إثبات الملك^(١٥)، فيكون الإيجاب منه تسليطاً له^(١٦) على القبض، بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق، لأننا أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً

وفائدة ثبوت الملك يظهر بعد موت المتبرع بدون الرجوع. (أعظمي)

(١٣) لأن من ضرورات الملك التسليم.

(١) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" لما قاس مالك الهبة على الوصية في أنه لا يشترط في الوصية القبض، ويثبت ملك الموصى له في الموصى به بعد موت الموصى، أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (عيني)

(٢) قوله: "لأن أو ان إلخ" يعني أن الوصية تمليك بعد الموت، وقد زال عن ملكه بعد الموت، فالزوال بهذه الوصية لا يلزم شيئاً له يتبرع به، ولا ضماناً. (ك)

(٣) أي في الوصية.

(٤) بالموت.

(٥) قوله: "وحق الوارث إلخ" جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: انعدم أهلية اللزوم للموصى بالموت، فوارثه يخلفه في ملكه، فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصى له إلى وقت تسليم الوارث الموصى به إليه، لأن الوصية عقد تبرع كالهبة، وهناك يتوقف ملك الموهوب له إلى وقت التسليم، فكذلك في الوصية ينبغي أن يكون كذلك.

فأجاب بأن الوارث أجنبي عما صح فيه الوصية، فكيف يصح فيه تسليم الأجنبي، فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض، فلم يكن إلزام التسليم عليه إلزاماً على المتبرع. (ك)

(٦) أي الوصية، أي مال الوصية.

(٧) أي مجلس الهبة.

(٨) عن المجلس.

(٩) قوله: "في الوجهين" أي فيما إذا قبض في المجلس بغير إذن الواهب، وفيما إذا قبض بعد الافتراق بدون إذنه. (ب)

(١٠) قوله: "باق" بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق. (عيني)

(١١) القبض.

(١٢) في البيع.

(١٣) كما لا يثبت الملك في البيع إلا بالقبول.

(١٤) أي قصد الواهب من عقد الهبة.

(١٥) للموهوب له تحقيقاً لمقصوده. (ك)

(١٦) أي للموهوب له.

له بالقبول، والقبول يتقيد بالمجلس، فكذا ما يلحق به^(١)، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض^(٢) في المجلس، لأن الدلالة^(٣) لا تعمل في مقابلة الصريح^(٤).
قال^(٥): وينعقد الهبة بقوله: وهبت، ونحلت، وأعطيت؛ لأن الأول صريح فيه، والثاني مستعمل فيه^(٦)، قال عليه السلام: «أكل أولادك^(٧) نحلت^(٨) مثل هذا*»، وكذا الثالث^(٩)، يقال: أعطاك الله، ووهبك الله بمعنى واحد.

وكذا ينعقد^(١٠) بقوله: أطعمتك هذا الطعام، وجعلت هذا الثوب لك، وأعمرتك هذا الشيء^(١١)، وحملتك^(١٢) على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة، أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف^(١٣) إلى ما يطعم عينه يراد به^(١٤) تمليك العين^(١٥)، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية، لأن عينها^(١٦) لا يطعم،

(١) أى بالقبول، وهو القبض.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا نهاه [بأن قال له: لا تقبض] إلخ" أى فإن قيل: يلزم على هذا ما إذا نهى عن القبض، فإن التسليط موجود، ولم يجز القبض فى المجلس، وبعده أجاب عنه بقوله: بخلاف إلخ. (٤)

(٣) أراد بالدلالة الإذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض.

(٤) هو قوله: لا تقبض.

(٥) أى القدرى. (عينى).

(٦) أى مجازاً.

(٧) قوله: "أولادك" قلت: أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال: إن أباه أتى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «إن نحلت ابني هذا غلاماً كان لى فقال النبي ﷺ أكل ولدك ونحلتك مثل هذا قال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فارجعه». (ت)

(٨) نحله نحلاً - بالضم - عطيه داد او را. (من)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥٥ ص ١٨٣. (نعيم)

(٩) أى هو مستعمل فى الهبة مجازاً.

(١٠) الهبة.

(١١) قوله: "وأعمرتك هذا الشئ" أى جعلت لك هذا الشئ مدة عمرك، فإذا مت أنت فهو لى، يقال: أعمره الدار، قال له: هى لك عمرك، ومنه أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أعمر شيئاً فهو له، ومنه العمرى. (ك)

(١٢) حملة بر ستور خود نشاند او را. (من)

(١٣) قوله: "إذا أضيف إلخ" مراد المصنف بالإضافة إلى ما يطعم عينه أن يذكر ما يطعم عينه، ويجعل مفعولاً ثانياً، وأما فى آية الكفارة، أى قوله تعالى: ﴿إطعام عشرة مساكين﴾، فالأمر ليس كذلك، فالإطعام على أصل وضعه وهو الإباحة، أى جعل الغير طاعماً لا جعله مالاً. (نت)

(١٤) قوله: "يراد به" هذا يخالف ما فى المحيط البرهاني نقلاً عن الأصل من أنه لو قال: أطعمتك هذا الطعام، فإن

قال: فاقبضه فهو هبة، وإن لم يقل فاقبضه، فتحمل الهبة والعارية.

(١٥) لغيره فيكون هبة.

فيكون المراد^(١) أكل غلتها^(٢).

وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك، وأما الثالث فلقوله عليه السلام^(٣):
«فمن أعمار عمرى^(٤) فهي للمعمر له ولورثته^(٥) من بعده»*، وكذا إذا قال:
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا^(٦).

وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة^(٧)، فيكون عارية، لكنه يحتمل
الهبة^(٨)، يقال: حمل الأمير فلاناً على فرس، ويراد به التمليك، فيحمل^(٩) عليه^(١٠)
عند نيته. ولو قال: كسوتك هذ الثوب يكون هبة؛ لأنه يراد به التمليك، قال الله
تعالى^(١١): ﴿أَوْ كَسَوْتَهُمْ﴾^(١٢)، ويقال: كسى الأمير فلاناً ثوباً، أى ملكه منه، ولو
قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية^(١٣)؛ لما روينا من قبل^(١٤).

ولو قال: دارى لك هبة سكنى^(١٥)، أو سكنى^(١٦) هبة فهي عارية؛ لأن العارية

(١٦) الأرض.

(١) قوله: "فيكون المراد إلخ" أقول وإن أمكن أن يراد بالإطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك العين مجازاً لكن
هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك، وإنما المتعارف أن يراد إطعام الغلة على طريق ذكر المحل، وإرادة الحال، وكلام
العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ. (نت)

(٢) المحاصل.

(٣) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن جابر. (ت)

(٤) العمري أن يقول لصاحبه: أعمارتك دارى، أى جعلتها لك مدة عمرك.

(٥) قوله: "ولورثته من بعده" أى لورثة المعمر له من بعد المعمر له، يعنى يثبت به الهبة، ويظل ما اقتضاه من شرط
الرجوع. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٣، وفي الدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٥٥ ص ١٨٤. (نعيم)

(٦) قوله: "لما قلنا [وهو أن حرف اللام للتمليك. ع]" إشارة إلى قريبه، وهو قوله: فلقوله عليه السلام: «فمن
أعمارى عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده» ويدل على هذا ذكر هذه الصورة فى ذيل الثالث. (نت)

(٧) قوله: "هو الإركاب حقيقة [أى فى اللغة. ع]" فإن قيل: كيف يستقيم قوله: إن حقيقة الإركاب، وقد سبق
فى العارية أن قوله: حملتك لتمليك العين، لأننا نقول حقيقة الإركاب نظراً إلى الوضع، وهو لتمليك العين فى العرف
والاستعمال، ولكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف، فكان هذا فى معنى الاسم المشترك. (ك)

(٨) أى عرفاً.

(٩) وهذا الحمل مجاز لغوى وحقيقة عرفية.

(١٠) أى على الهبة.

(١١) فى كفارة اليمين.

(١٢) عشرة مساكين.

(١٣) لكن إذا نوى تمليك العين يثبت لأنه محتمل.

(١٤) أراد به ما ذكره فى كتاب العارية من قوله عليه السلام: المنحة مردودة. (ك)

محكمة في تملك المنفعة^(١)، والهبة تحملها^(٢)، وتحتل تملك العين، فيحمل على المحكم. وكذا إذا قال: عُمري سكنى، أو نُحلى^(٣) سكنى، أو سكنى صدقة^(٤)، أو صدقة عارية^(٥)، أو عارية هبة^(٦)؛ لما قدمناه^(٧).

ولو قال: هبة تسكنها فهى هبة؛ لأن قوله: تسكنها مشورة، وليس بتفسير له^(٨)، وهو تنبيه على المقصود^(٩)، بخلاف قوله: هبة سكنى، لأنه تفسير له^(١٠).

قال^(١١): ولا يجوز الهبة^(١٢) فيما يقسم^(١٣) إلا محوزة مقسومة^(١٤)، وهبة المشاع

(١٥) قوله: "هبة سكنى إلخ" نصب الهبة في الموضوعين على الحال أو التمييز، لما فى قوله: دارى لك من الإبهام. (ب)
 (١٦) قوله: "سكنى" السكنى مصدر سكن الدار، وفيها إذا قام أو اسم بمعنى الإسكان كالرقيبى بمعنى الإرقاب، وهى فى قولهم: دارى لك سكنى فى محل النصب على الحال على معنى سكنته، أو مسكوناً فيها. (مغرب)
 (١) قوله: "لأن العارية إلخ" كان من حقه أن يقول: لأن السكنى محكم فى تملك المنفعة، فلعله توهم أن المذكور قبله هبة عارية، أو عارية هبة، فعلى بذلك، أو لأن قوله: سكنى عارية، فذكر العارية فى التعليل مكان السكنى لدلالة السكنى على العارية. (ك)
 (٢) أى تحتل هبة المنفعة.

(٣) اسم من النحلة الإعطاء، نحلى كيشرى بخشش وعطية. (من)

(٤) بأن قال: دارى لك سكنى صدقة.

(٥) بأن قال: دارى لك صدقة عارية.

(٦) بأن قال: دارى لك عارية هبة.

(٧) قوله: "لما قدمناه" إشارة إلى قوله: لأن العارية محكمة فى تملك المنفعة، وذلك لأن لام الملك يحتل تملك المنفعة، فكان أول كلامه محتملاً تملك السكنى.

وقوله: سكنى محكم فى تملك المنفعة، لأنه لا يحتل تملك الرقبة، أو أنه خرج تفسيراً لأول الكلام، فيتغير به حكم أول الكلام، فصار المحكم قاضياً على المحتمل، فكأنه قال: لك سكنى دارى، فيكون عارية. (ك)

(٨) قوله: "وليس بتفسير له إلخ" لأن قوله: تسكنها فعل، وأنه لا يصلح تفسيراً للمذكور سابقاً، ولكنه مشورة أشار به عليه فى ملكه فإن شاء قبل مشورته، وسكنها، وإن شاء لم يقبل، وهو بيان لمقصوده أنه ملكه الدار ليسكنها، وهذا معلوم، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه. (ك)

(٩) وهو ملك الدار ليسكنها.

(١٠) قوله: "لأنه تفسير له" أى لأن قوله: سكنى اسم، فجاز أن يكون تفسيراً لاسم آخر، فيتغير به أول الكلام كما فى الاستثناء والشرط، فيكون عارية. (عيني)

(١١) أى القدرى. (عيني)

(١٢) قوله: "ولا يجوز إلخ" معنى قوله: لا يجوز الهبة لا يثبت الملك فيه إلا محوزة مقسومة، لأن الهبة فى نفسها فيما يقسم يقع جائزة، ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه مفرزاً، فإنه إذا وهب مشاعاً فيما يقسم، ثم أفرزه وسلمه صحت ووقعت مثبتة للملك، فلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة فى نفسها لكن توقف إثباتها الملك على الإفرز والتسليم. والعقد المتوقف ثبوت حكمه لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار. (ع)

(١٣) قوله: "فما يقسم" نعى بما لا يحتل القسمة ما لا يبقى منتفعاً بعد القسمة أصلاً كعبد واحد، ودابة واحدة، أو لا يبقى منتفعاً بعد القسمة من جنس الانتفاع الذى كان قبل القسمة كالبيت الصغير، والحمام الصغير

فيما لا يقسم^(١) جائز، وقال الشافعي: يجوز^(٢) في الوجهين^(٣)؛ لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه^(٤)، وهذا^(٥) لأن المشاع قابل لحكمه، وهو الملك، فيكون^(٦) محلاله، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع^(٧)، كالقرض^(٨) والوصية^(٩). ولنا: أن القبض منصوص^(١٠) عليه في الهبة، فيشترط كماله^(١١)،

والرحى، ونعني بالمقسوم أن يبقى متفعلاً قبل القسمة وبعدها. (كافى)

(١٤) قوله: "إلا محوزة [أصل المحوز للجمع، كذا في "المغرب"] الخ" نعني بالمحوز أن يكون مفرغاً عن أملاك الواهب وحقوقه، وقد احترز به عما إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل، أو وهب الزرع على الأرض دون الأرض، لأن الموهوب ليس بمحوز، أى ليس بمقبوض على الكمال لاتصاله بملك الواهب. وقوله: "مقسومة" احتراز عن المشاع، فإنه إذا جاز وقبض التمر الموهوب على النخيل، وكان التمر مشتركاً بينه وبين غيره لا يجوز أيضاً، لأنه غير مقسوم. (ك)

(١) قوله: "هبة المشاع فيما لا يقسم" معناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة جائزة، لأن المشاع غير مقسوم، فيكون معناه ظاهراً، هبة النصيب الغير المقسوم فيما هو مقسوم، وذلك ليس على ما ينبغي، وتصحيحه بما ذكرنا. (عناية)

(٢) أى يثبت الملك.

(٣) أى ما يقسم وما لا يقسم.

(٤) قوله: "بأنواعه" من الصحيح والفساد والصرف والسلام، فإن الشيوع لا يمنع تمام العقد في هذه العقود بالإجماع. (٤)

(٥) أى صحته في المشاع.

(٦) المشاع.

(٧) قوله: "وكونه تبرعاً الخ" جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة، وهو أن يقال: أن عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به، فيكون إلزاماً عليه ما لم يلزمه، وهو باطل، فقال: كونه عقد تبرع الخ، يعنى أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة. (نتائج الأفكار)

(٨) قوله: "كالقرض" فصورة قرض المشاع أنه لو دفع ألف درهم مثلاً على أن يكون نصفه قرضاً عليه، ونصفه بضاعة، أو يعمل في نصف الآخر بشركته، فإنه يجوز مع أن القبض شرط لوقوع الملك في القرض ولا يشترط القسمة فيه. (ك)

(٩) بأن أوصى لرجلين بألف درهم.

(١٠) قوله: "منصوص" لما روينا من قوله عليه السلام: «لا تصح الهبة إلا مقبوضة». (ع)

قوله: "منصوص عليه" روى عبد الرزاق في آخر الوصايا من مصنفه، فقال: أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم النخعي قال: لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبل أن تقبض، وفي الباب آثار منها ما رواه مالك في "الموطأ" في كتاب القضاء عن ابن شهاب الزهري عن عروة عن عائشة قالت: إن أبا بكر كان نحلها جداد عشرين وسقاً بالعالية. فلما حضرته الوفاة قال: ما من الناس أحب إلى منك، ولا أعز إلى فقراً منك، وإن كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً، فلو كنت جدته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك، وأختاك فاقسموه على كتاب الله تعالى، قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارياً، فولدت جارياً، وأخواها عبد الرحمن، ومحمد، وبنت خارجة بن زيد زوجة أبي بكر كانت في ذلك الوقت حاملاً، فولدت أم كلثوم.

وعن مالك رواه محمد بن الحسن في "موطئه"، ورواه عبد الرزاق في "مصنفه" أخبرنا ابن جريج أخبرني ابن أبي

والمشاع لا يتبله ^(١) إلا بضم غيره إليه ^(٢)، وذلك ^(٣) غير موهوب ^(٤)، ولأن في تجويزه ^(٥) إلزامه شيئاً لم يلتزمه ^(٦)، وهو القسمة، ولهذا امتنع جوازه ^(٧) قبل القبض كيلا يلزمه التسليم ^(٨)، بخلاف ما لا يقسم، لأن القبض القاصر هو الممكن، فيكتفى به ^(٩). ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة، والمهابة ^(١٠) تلزمه فيما لم يتبرع به، وهو المنفعة ^(١١)، والهبة لاقت العين، والوصية ليس من شرطها القبض ^(١٢)، وكذا البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والصرف، والسلم، فالقبض فيها ^(١٣) غير منصوص عليه ^(١٤).

ملكية أن القاسم بن محمد أخبره أن أبا بكر قال لعائشة: يا بنية إنى كنت نحلكت نحلا من خير، فريده على ولدى، فقالت: لو كانت لي خير بحدادها لرددتها.

وروى عبد الرزاق أيضاً، قال: أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير قال: أخبرني المسور ابن مخرمة، وعبد الرحمن بن عبد القارى أنهما سمعا عمر بن الخطاب يقول: ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات الابن قال الأب: ما لي وفي يدي، وإذا مات الأب قال: ما كنت نحلتي ابني إلى كذا وكذا ألا لا تحل إلا لمن أجازه، وقبضه. وقال عبد الرزاق: أخبرنا ابن جريج قال: زعم سليمان بن موسى أن عمر بن عبد العزيز كتب أياً رجل نحل، فلم يدفعه إليه، فلنك التحلة باطلة، وزعم أن عمر أخذه من نحل أبي بكر عائشة. (تخريج زيلعي)

(١١) قوله: "فيشترط كماله [القبض]" لأن التنصيص يدل على الاعتناء بوجوده، وقبض المشاع ناقص، لأنه لا يقبله إلا بضم غيره إليه، فكل جزء قبضه يشتمل على ما وجب قبضه، وما لا يجوز قبضه، فكان مقبوضاً من وجه دون وجه، وفيه شبهة العدم المنافية للاعتناء بشأته. (عناية)

(١) أى كمال القبض.

(٢) أى غير الموهوب إلى الموهوب.

(٣) أى الغير.

(٤) وغير ممتاز عن الموهوب.

(٥) أى عقد الهبة في المشاع.

(٦) قوله: "الإلزامه إلخ" أى الواهب، وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر. (عناية)

(٧) قوله: "ولهذا امتنع" أى لكون إلزام ما لم يلتزم.

قوله: "امتنع جوازه [أى الهبة]" الظاهر أن المراد بالجواز النفاذ، وإلا فالهبة قبل القبض ليست باطلة، وامتناع الجواز يوجب بطلانها. (أعظمي رحمه الله)

(٨) قوله: "كيلا يلزمه [أى واهب] التسليم" وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة.

(٩) الضرورة.

(١٠) قوله: "والمهابة [قد مر تحقيقه من قبل] إلخ" أى فإن قيل: لزمه المهابة فيما لا يحتمل القسمة وفي إيجابها

إلزام ما لم يلتزم، ومع ذلك العقد جائز، فليكن مؤنة القسمة كذلك، أجاب عنه بقوله: والمهابة إلخ. (٦)

(١١) لأن المهابة قسمة المنافع.

(١٢) قوله: "والوصية ليس إلخ" جواب عن قوله: والوصية تقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه

لعدم تحققه في المشاع، والوصية ليست كذلك. (عيني)

(١٣) وإن كان القبض في البيع الفاسد شرطاً للملك.

(١٤) قوله: "غير منصوص عليه" أى في هذا البيع حتى يراعى وجوده على أكمل الجهات، وقوله عليه السلام:

ولأنها^(١) عقود ضمان^(٢)، فتناسب لزوم مؤنة القسمة^(٣)، والقرض تبرع^(٤) من وجه، وعقد ضمان^(٥) من وجه، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملاً بالشبهين^(٦) على أن القبض غير منصوص عليه فيه^(٧).

ولو وهب من شريكه^(٨) لا يجوز^(٩)؛ لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ^(١٠)، قال^(١١): ومن وهب^(١٢) شقصاً^(١٣) مشاعاً^(١٤)، فالهبة فاسدة^(١٥)؛ لما ذكرنا^(١٦)، فإن قسّمه^(١٧) وسلمه جاز، لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوخ^(١٨).

قال^(١٩): ولو وهب دقيقاً في حنطة، أو دهنًا في سمس فالهبة فاسدة، فإن

ويدا يده بيان التمين إلا أن التمين في الثمن يكون بالقبض، ولأن القبض شرط بقاء الصرف والسلام على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء أسهل من الابتداء، ولا كذلك في الهبة، فإن التصييص على القبض فيها ليقم صحيحاً فافتراقاً. (ك)

(١) أي البيوع.

(٢) لا تبرع.

(٣) بخلاف الهبة فإنها عقد تبرع.

(٤) بدليل أنه لا يصح من الصبي والعبد. (٤)

(٥) فإن المستقرض مضمون بالمثل. (٤)

(٦) قوله: "عملاً بالشبهين [أي شبه التبرع وشبه الضمان]" فلشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض، ولشبهه بعقد الضمان لم يشترط فيه القسمة، وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان. (ك)

(٧) ليراعى وجوده على أكمل الجهات. (عيني)

(٨) قوله: "ولو وهب إلخ" جواب عن قول أبي ليلي فإن عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة تجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة. (عيني)

(٩) وإن لم يلزم فيه مؤنة القسمة.

(١٠) قوله: "يدار على نفس الشيوخ" أي فيما يحتمل القسمة، وهذا لأن القبض في الهبة لا يتم في الجزء الشائع، فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقاه الهبة، وإنما يتم به وبغيره، وهو ما كان مملوكاً له وما يشترط لإتمام العقد، وإنما يعتبر ثابتاً فيما يتناوله العقد دون غيره. (كفاية)

(١١) أي القلوري. (عيني)

(١٢) قوله: "ومن وهب إلخ" كانت هذه المسألة معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيداً لقوله: فإن قسّمه وسلمه إلخ. (٤)

(١٣) پاره.

(١٤) نصيباً.

(١٥) قوله: "فاسدة" أي لا يثبت حكماً، وهو الملك، وإن اتصل به القبض مشاعاً، ويكون مضموناً على الموهوب له إذا قبض. (ك)

(١٦) من أن الهبة فيما يقسم لا تجوز إلا محوزة مقسومة.

(١٧) وأفرز نصيبه.

(١٨) قوله: "وعنده لا شيوخ" وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل، ولم يسلم حتى وهب إليه النصف الآخر وسلمها جملة جازت. (٤)

طحن^(١) وسلمه^(٢) لم يجز، وكذا السمن في اللبن؛ لأن الموهوب معدوم^(٣)، ولهذا^(٤) لو استخرجه الغاصب يملكه^(٥)، والمعدوم ليس بمحل للملك، فوقع العقد باطلا، فلا ينعقد إلا بالتجديد، بخلاف ما تقدم^(٦)، لأن المشاع محل للتملك^(٧)، وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم، والزرع والنخل في الأرض، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع^(٨)؛ لأن امتناع الجواز للاتصال^(٩)، وذلك يمنع القبض كالمشاع^(١٠). قال^(١١): وإذا كانت العين في يد الموهوب له^(١٢) ملكها بالهبة، وإن لم يجدد فيه قبضاً^(١٣)؛ لأن العين في قبضه، والقبض هو الشرط، بخلاف ما إذا باعه^(١٤)

(١٩) أي القدوري. (عيني)

(١) الخنطة.

(٢) الدقيق.

(٣) قوله: "لأن الموهوب معدوم [وقت عقد الهبة]" لأن الدقيق حادث بالطحن، والدهن بالعصر، ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكاً له، وهذا لأن قبل الطحن هو خنطة، والدقيق غير الخنطة، وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل، ففرقنا أنه أضاف العقد إلى المعدوم، فكان لغوا غاية ما في الباب أن الدهن يحصل بالسهم والعصر إلا أن العصر آخرهما وجوداً، فيضاف الوجود إليه كزراعة الخنطة تضاف إلى الزرع، وإن لم يكن بد من الخنطة والأرض. (ك) قوله: "لأن الموهوب معدوم" لأنه ليس بوجود الفعل، وإنما يحدث بالعصر والطحن، ولا يعتبر بكونه موجوداً بالقوة، لأن عامة الممكنات كذلك، فلا تسمى موجودة. (عناية)

(٤) أي لكونه معدوماً.

(٥) قوله: "لو استخرجه إلخ" بأن غصب سمسماً فاستخرج دهنه، فإنه يملكه، لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً، فلم يرد عليه الغصب. (عيني)

(٦) هو المشاع فإنه لا يحتاج فيه إلى تجديد العقد.

(٧) قوله: "محل للتملك" لكونه موجوداً وقت العقد، ويتصور القبض فيه لكن لا على سبيل الكمال، ولهذا يصح بيعه بالإجماع والماتم فيه لمعنى في غيره، وهو العجز عن التسليم، فإذا زال الماتم انقلب جائزاً. (عيني)

(٨) قوله: "بمنزلة المشاع [يعنى لا يجوز]" فإذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذا وهبه وسلمه، وكذا لو قطع التمر والزرع وسلمها. (عيني)

(٩) قوله: "للاتصال [لا لكون هذه الأشياء معدومة]" أي لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع إمكان الفصل، وذلك يمنع القبض كالشائم. (ك)

(١٠) وفي نسخة: كالشائم، والشيوخ يمتنع فكذا الاتصال.

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) بالوديعة، أو العارية، أو نحوهما.

(١٣) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يجدد فيه [بأن ينتهي إلى الموضع الذي فيه العين، ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها. ك] إلخ" والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر، وإذا تغيرا ناب الأعلى عن الأدنى، ولا ينوب الأدنى عن الأعلى، بيانه أن الشيء إذا كان مفضوياً في يده، أو مقبوضاً بالعقد الفاسد، فباعه منه بيعاً صحيحاً جائزاً لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبض، إذ كل واحد منهما مضمون.

وكذلك إذا وهبه أيضاً لا يحتاج إلى قبض آخر لكون ذلك القبض أعلى، وهو كونه مضموناً، وكذلك إذا كان

منه^(١)، لأن القبض في البيع مضمون، فلا ينوب عنه^(٢) قبض الأمانة، أما قبض الهبة غير مضمون، فينوب عنه^(٣). وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد^(٤)؛ لأنه^(٥) في قبض الأب، فينوب^(٦) عن قبض الهبة^(٧)، ولا فرق بين ما إذا كان في يده^(٨)، أو في يد مودعه^(٩)، لأن يده كيده^(١٠)، بخلاف ما إذا كان مرهوناً^(١١)، أو مغصوباً، أو مبيعاً بيعاً فاسداً^(١٢)؛ لأنه في يد غيره^(١٣)، أو في ملك غيره^(١٤)، والصدقة في هذا مثل الهبة^(١٥).

الشيء وديعة في يده، أو عارية، فوهبه مالكة من صاحب اليد، فإنه لا يحتاج إلى قبض آخر لاتفاق القبضين، لأن كلا القبضين أمانة، ولو كانت وديعة عنده أو عارية فباعه منه فإنه يحاج إلى قبض جديد، لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان. (ك)

(١٤) المالك.

(١) أي مما في يده.

(٢) أي عن قبض البيع.

(٣) قوله: "فينوب عنه" أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون، وهو الهبة. (عيني)

(٤) قوله: "ملكها الابن إلخ" والقبض فيها بإعلام ما وهبه له وليس الإشهاد بشرط إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته أو جحوده بعد إدراك الولد. (عناية)

(٥) أي لأن الذي وهبه.

(٦) أي قبض الأب.

(٧) فلا يحتاج إلى قبض آخر.

(٨) أي الأب.

(٩) الأب.

(١٠) قوله: "لأن يده [يد المودع] كيده [الأب]" أي لأن يد المودع يد المودع حكماً، فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده، فإن قيل: قد قلتم إذا وهب الوديعة من المودع جاز، ولو كان يده كيده المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده. قلنا: اليد للمودع في الحقيقة فباعته هذه الحقيقة يجعل قابضاً لنفسه، ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملاً للمودع، وإذا قبل التملك بالهبة، فأما بعد ذلك فهو عامل لنفسه.

فإن قيل: ينبغي أن لا يتم الهبة إذا كان في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض، وكون هذا القبض حكماً، وهو أنقص من القبض حقيقة. قلنا: القبض حكماً كاف لتمام الهبة، ولهذا يجوز بالتخلية، بخلاف الشائع، فإن قبضه في ضمن الكل، والضمني كأن لم يكن. (ك)

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا كان [الذي وهبه] مرهوناً إلخ" يعني إذا كان مال الأب مغصوباً، أو كذا وكذا، لم يتم الهبة بالعقد لأنه في يد غيره في الرهن والغصب، أو في ملك غيره في البيع الفاسد. (ك)

(١٢) وقد سلم إلى المشتري.

(١٣) قوله: "لأنه في يد غيره" أي في يد غير الأب، فلا ينوب قبض المرتهن، والغاصب عن قبض الهبة للولد. (ب)

(١٤) أي غير الأب وهو المشتري بالشراء الفاسد.

(١٥) قوله: "والصدقة إلخ" أراد أن الصدقة في مذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير، ملكها الابن بعقد الصدقة فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن، والغاصب

وكذا إذا وهبت له ^(١) أمه، وهو في عيالها ^(٢)، والأب ميت، ولا وصى له، وكذلك كل من يعوله ^(٣).

وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب؛ لأنه ^(٤) يملك عليه ^(٥) الدائر بين النافع والضائر ^(٦)، فأولى أن يملك النافع.

وإن وهب لليتيم هبة ^(٧)، فقبضها له وليه، وهو وصى الأب أو جد اليتيم، أو وصيه ^(٨) جاز؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه، لقيامهم مقام الأب، وإن كان في حجر ^(٩) أمه، فقبضها ^(١٠) له جائز؛ لأن لها ^(١١) الولاية فيما يرجع إلى حفظه، وحفظ ماله، وهذا ^(١٢) من باب ^(١٣)؛ لأن لا يبقى إلا المال ^(١٤)، فلا بد من ولاية تحصيل النافع، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يريه ^(١٥)، لأن له ^(١٦) عليه يداً معتبرة، ألا ترى أنه لا يتمكن

والمشترى بالشراء الفاسد، والتعليل هو التعليل. (عيني)

(١) أي للابن الصغير.

(٢) قوله: "وهو [الواو حالية] في عيالها [عيال كسانيكه در نفقه ومؤنت أو باسند]" قيد بقوله: وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية، وقيد بموت الأب، وعدم الوصي، لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض. (٤)

(٣) قوله: "وكذلك كل من يعوله" نحو الأخ والعم والأجنبي، أي إذا وهب الصغير من يعوله شيئاً، فهو كما إذا وهب الأب لابنه الصغير في حكم القبض، وقال في "النهاية" وغيرها: أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء، ولكن ذكر في "الإيضاح" و"مختصر الكرخي": أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة، وهو الأب ووصيه، والجد، أب الأب بعد الأب، ووصيه. وأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه، أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع، ولاية له حينئذ، ألا ترى أنه يؤديه ويسلمه في الصنائع، فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة. (مل)

قوله: "يعوله" عال عيالة. (كافي) ويسند گردید عیال خود را، و نفقه و خورش داد و عیال داری كرد. (من)

(٤) الأب.

(٥) الابن الصغير.

(٦) ضاره ضروراً: گزند رسانید او را کار و زیان كرد. (من)

(٧) أي مال. (٤)

(٨) الجد.

(٩) حجر بالفتح كثار مردم. (من) أي في كنفها وتربيتها. (٤)

(١٠) أي الأم.

(١١) الأم.

(١٢) أي قبض الهبة له.

(١٣) أي من باب الحفظ.

(١٤) فإن حفظ اليتيم لا يبقى إلا بقوت وملبوس.

(١٥) قوله: "وكذا إذا كان إلخ" أي يجوز للأجنبي الذي يعوله، ويربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الأربعة، وفي

أجنبي آخر أن ينزعه من يده، فيملك^(١) ما يتمحض نفعاً في حقه^(٢).

وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز^(٣)، معناه إذا كان عاقلاً، لأنه^(٤) نافع في حقه^(٥)، وهو^(٦) من أهله^(٧)، وفيما وهب للصغيرة^(٨) يجوز قبض^(٩) زوجها لها بعد الزفاف^(١٠)؛ لتفويض الأب أمورها إليه^(١١) دلالة^(١٢)، بخلاف ما قبل الزفاف^(١٣)، ويملكه^(١٤) مع حضرة الأب^(١٥)، بخلاف الأم، وكل من يعولها غيرها^(١٦) حيث لا يملكونها^(١٧) لا بعد موت الأب، أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح^(١٨)؛ لأن تصرف

"المبسوط": وإذا ثبت أن للأجنبي الذي يعوله أن يقبض هبة الغير له، فلكذلك إذا كان هو الواهب فأعلمها وأبانها فهو جائز، وقبضه له قبض، ويستوى إن كان الصبي يعقل أو لا يعقل. (ك)

(١٦) أى لهذا الأجنبي.

(١) أى هذا الأجنبي.

(٢) ومن جملته قبول الهبة له.

(٣) قوله: "جاز" أى استحساناً، وأما جواب القياس لا يجوز لأنه لا معتبر بفعله قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإن اعتبار عقله للضرورة، وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره. (ك)

(٤) أى لأن قبض الهبة.

(٥) أى الصبي.

(٦) الواو حالية، وهو -الضمير المنفصل- راجع إلى الصبي

(٧) القبض.

(٨) ممن يجامع مثلها أم لا.

(٩) وإن قبضت بنفسها جاز، ولو قبض الأب صح أيضاً لبقاء ولايته. (ك)

(١٠) زفاف -بالكسر-: فرستادن عروس را بسوى شوى. (من)

(١١) الزوج.

(١٢) قوله: "دلالة" حيث زفها إليه وهى صغيرة، وأقامه مقام نفسه فى حفظها، وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال. (عيني)

(١٣) قوله: "بخلاف ما قبل الزفاف [فإنه قبل الزفاف لا يكون للزوج عليها ولاية]" لأن اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها، وإن له عليها يد مستحقة، وذلك لا يوجد قبل الزفاف. (ك)

(١٤) قوله: "ويملكه إلخ" أى يملك الزوج قبض الهبة مع حضرة الأب، واحتز به عما ذكر فى "الإيضاح" أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً. (عيني)

(١٥) أى حياة الأب.

(١٦) الأم.

(١٧) أى قبض الهبة لها.

(١٨) قوله: "فى الصحيح" يتعلق بقوله: حيث لا يملكونها إلخ، وإنما قال فى الصحيح، لأن فيه خلافاً فإن شيخ الإسلام خواهر زاده قال فى "مبسوطه": فمن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والأم والجد والأخ، وقالوا: يجوز قبض هؤلاء عن الصغير إذا كان فى عيالهم، وإن كان الأب حاضراً، كما فى الزوج. (نتائج)

هؤلاء^(١) للضرورة لا بتفويض الأب^(٢)، ومع حضوره لا ضرورة.

قال^(٣): وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز، لأنهما سلماها جملة، وهو^(٤) قد قبضها جملة، فلا شيوخ^(٥)، وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة. وقالوا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما؛ إذ التملك واحد، فلا يتحقق الشيوخ، كما إذا رهن من رجلين داراً^(٦).

وله^(٧) أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا^(٨) لو كانت الهبة^(٩) فيما لا يقسم، فقبل أحدهما صح^(١٠)، ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف^(١١)، فيكون التملك كذلك، لأنه حكمه^(١٢).

وعلى هذا الاعتبار^(١٣) يتحقق الشيوخ، بخلاف الرهن^(١٤) لأن حكمه^(١٥) الحبس، ويثبت^(١٦) لكل منهما^(١٧) كمالاً^(١٨)، فلا شيوخ، ولهذا لو قضى^(١٩) دين

(١) أى الأم وكل من يعولها.

(٢) قوله: "لا بتفويض الأب" احتراز به عن تصرف الزوج، لما ذكرنا أن ولاية الزوج بتفويضه أموراً دلالة اليد. (ب)

(٣) أى القدورى. (عيني)

(٤) الموهوب له.

(٥) قوله: "فلا شيوخ" والمؤثر الشيوخ عند القبض، لا عند العقد حتى لو وهب الكل، ثم سلم النصف لا يجوز، ولو وهب النصف، ثم النصف وسلم الكل جاز. (ك)

(٦) قوله: "كما إذا رهن الخ" فإنه يجوز، فالهبة أولى، لأن تأثير الشيوخ فى الرهن أكثر منه فى الهبة حتى لا يجوز الرهن فى مباح لا يحتمل القسمة دون الهبة. (عيني)

(٧) هذا الاستدلال من جانب التملك. (ع)

(٨) أى لأجل كون هذه الهبة هبة النصف من كل منهما.

(٩) أى هبة الواحد للآخرين.

(١٠) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حدة. (ع)

(١١) قوله: "ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف" وهو غير ممتاز، فكان الشيوخ وهو يمنع القبض على سبيل الكمال، وهذا الاستدلال من جانب الملك. (ع)

(١٢) التملك.

(١٣) قوله: "وعلى هذا الاعتبار [أى على اعتبار أن الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف. ك] أى على اعتبار المذكور وهو ثبوت الشيوخ فى التملك بثبوت الملك مشاعاً يتحقق الشيوخ فنقد الهبة. (عيني)

(١٤) جواب ما استثناءه.

(١٥) الرهن.

(١٦) الحبس.

(١٧) المرتبهين.

(١٨) أى كاملاً.

أحدهما^(١) لا يسترد شيئاً من الرهن.

وفى "الجامع الصغير"^(٢) إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم، أو وهبها لهما جاز، ولو تصدق بها على غنيين، أو وهبها لهما لم يجز.

وقالا: يجوز للغنيين أيضاً^(٣) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر^(٤)، والصلاحية ثابتة، لأن كل واحد منهما تملك بغير بدل.

وفرق بين الهبة والصدقة^(٥) في الحكم في "الجامع"^(٦)، وفى "الأصل"^(٧) سوى^(٨)، فقال^(٩): وكذلك الصدقة^(١٠)، لأن الشيعون مانع فى الفصلين^(١١)

لتوقفهما^(١٢) على القبض. ووجه الفرق^(١٣) على هذه الرواية^(١٤): أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى، وهو واحد، والهبة يراد بها وجه الغنى، وهما اثنان^(١٥)، وقيل:

(١٩) الراهن.

(١) المرتبهين.

(٢) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان ما وقع من الاختلاف بينها وبين رواية الأصل، وذلك لأن رواية "الجامع الصغير" تدل على أن الشيعون فى الصدقة لا يمنع الجواز عند الإمام كما كان يمنع عن جواز الهبة، ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة فى منع الشيعون فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف وقال: وكذلك الصدقة. (٤)

(٣) أى كما يجوز للفقيرين مطلقاً.

(٤) قوله: "جعل [أى أبو حنيفة] كل واحد منهما [أى من الهبة والصدقة] إلخ" الحاصل أن أبا حنيفة جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير، والصدقة مجازاً عن الهبة إذا صادفت الغنى لوجود الجوز، إذ كل منهما تملك الغير بغير بدل. (عيني)

(٥) قوله: "وفرق [أى محمد] بين الهبة والصدقة" حيث جوز الصدقة على الفقيرين الاثنين، ولم يجوز الهبة على الغنيين الاثنين. (مل)

(٦) الصغير.

(٧) أى المتوسط.

(٨) بين الصدقة والهبة.

(٩) عقيب مسألة الهبة.

(١٠) قوله: "وكذلك الصدقة [أى لا يجوز الصدقة على رجلين عنده، كما لا يجوز الهبة]" وهذا يدل على أن التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند أبى حنيفة كالهبة لتوقفهما على القبض، فوجب أن يستويا فى هذا أيضاً إذ المفسد واحد وهو الشيوخ. (ك)

(١١) أى الصدقة و الهبة.

(١٢) أى الهبة والصدقة.

(١٣) قوله: "ووجه الفرق" أى بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز. (عيني)

(١٤) أى رواية "الجامع الصغير".

هذا^(١) هو الصحيح، والمراد بالمذكور في "الأصل"^(٢) الصدقة على غنيين^(٣).
ولو وهب لرجلين داراً^(٤)، لأحدهما ثلثاها^(٥)، وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي
حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: يجوز، ولو قال^(٦): لأحدهما نصفها، وللآخر نصفها عن أبي
يوسف فيه روايتان، فأبو حنيفة مر على أصله، وكذا محمد^(٧)، والفرق لأبي
يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض^(٨) يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض،
فيتحقق الشيوع، ولهذا^(٩) لا يجوز إذارهن من رجلين، ونص على الأبعاض^(١٠).

باب ما يصح رجوعه وما لا يصح^(١١)

قال: وإذا^(١٢) وهب هبة^(١٣) لأجنبي^(١٤) فله الرجوع فيها^(١٥)، وقال الشافعي: لا

(١٥) لأن فرض المسألة في اثنين.

(١) أي المذكور في "الجامع الصغير" من جواز الصدقة على الفقيرين.

(٢) المبسوط.

(٣) فهو لا يجوز لأنه مجاز عن الهبة.

(٤) قوله: "ولو وهب لرجلين إلخ" اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتدائياً من غير سابقة الإجمال، بأن
تقال: وهبت لهذا نصف الدار، ولهذا نصفه، أو يكون بعد الإجمال، فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان
التفصيل بالتفضيل كالثالث والثنتين، أو بالتساوي كالنصف.

وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة^ح مطلقاً، أي سواء كان متفاضلاً، أو متساوياً، وجاز عند محمد^ح مطلقاً،
ويفرق أبو يوسف^ح بين المفاضلة والمساواة، ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في رواية. (نت)

(٥) هذا تفصيل بعد الإجمال.

(٦) قوله: "ولو قال إلخ" معطوف على ما في آخر المسألة الأولى من التفصيل الواقع بعد الإجمال، فيكون الفرق
بين المسألتين بوقوع التفصيل بعد الإجمال في الأول بطريق المفاضلة، وفي الأخرى بطريق المساواة. (نت)

(٧) قوله: "وكذا محمد^ح" أي وكذا محمد^ح مر على أصله، لأن هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل
والتساوي، وهو يجوز عند محمد^ح، ولا يجوز عند أبي حنيفة^ح. (مل)

(٨) قوله: "بالتنصيص إلخ" هذا دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورة التساوي على رواية عدم
الجواز، وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله، وهو أصل محمد رحمه الله تعالى، فليست بحاجة إلى الدليل. (ب)

(٩) قوله: "ولهذا" توضيح لدلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض
في الرهن. (مل)

(١٠) قوله: "ونص على الأبعاض" بأن قال: رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا، والنصف
الآخر عند هذا كان هذا فاسداً، لأن بالتفصيل يتفرق العقد، فكذا ههنا. (عيني)

(١١) قوله: "باب" قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب ملكاً غير لازم، فكان الرجوع صحيحاً، وقد
يمنع من ذلك ما نم، فيحتاج إلى ذكر ذلك، وهذا الباب لبيانه. (٤)

(١٢) هذا مع ما بعده كله من مختصر القدوري.

(١٣) قوله: "هبة" المراد بالهبة الموهوب، لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان لا في حق الأقوال. (نهاية)

رجوع فيها؛ لقوله عليه السلام^(١): «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»*، ولأن الرجوع يضاد التمليك، والعقد لا يقتضى ما يضاده، بخلاف^(٢) هبة الوالد لولده على أصله^(٣)؛ لأنه لم يتم التمليك^(٤) لكونه جزءاً له. ولنا: قوله: عليه السلام^(٥): «الواهب أحق بهبته^(٦) ما لم يثب^(٧) منها»*، أى لم يعوض، ولأن المقصود بالعقد^(٨) هو التعويض^(٩) للعادة^(١٠)، فثبت ولاية الفسخ عند فواته^(١١)، إذ العقد يقبله^(١٢)، والمراد بما روى^(١٣) نفى استبداد الرجوع^(١٤)، وإثباته للوالد، فإنه^(١٥) يتملكه^(١٦) للحاجة، وذلك^(١٧) يسمى رجوعاً^(١٨)، وقوله^(١٩)

(١٤) قوله: "لأجنبي" المراد بالأجنبي من لم يكن ذا رحم محرّم منه، فخرج منه من كان ذا رحم، ولم يكن محرماً لبني الأعمام والأخوال، ومن كان محرماً، وليس بذى رحم كالأخ الرضاعي. (عناية)
(١٥) قوله: "فله الرجوع فيها" أى بالتراضى، أو بقضاء القاضى إذا لم يقترن بها ما يمنع الرجوع، وذكر الأحكام بعده أغنى عن ذكر القيود. (كفاية)

(١) أخرجه النسائى وابن ماجه. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٢٤، والدرأية ج ٢، الحديث ٨٥٦ ص ١٨٤. (نعيم)

(٢) جواب عما يقال: من أن هذه العلة موجودة فى هبة الوالد للولد.

(٣) قوله: "على أصله" أى على أصل الشافعى، فإن من أصله أن للأب حق فى مال ابنه، لأنه جزءه أو كسبه، فالتمليك من نفسه من وجه. (عناية)

(٤) من جانب الواهب الوالد.

(٥) أخرجه ابن ماجه عن أبى هريرة.

(٦) قوله: "الواهب أحق [أى إذا ادعى] إلخ" لا يقال: إن المراد منه ما قبل التسليم، فلا يكون حجة، لأننا نقول: لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على الكمال، وإذا لا يكون قبل القبض، والتسليم، ولأنه عليه السلام جعله أحق لها، وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيه حق، وذلك إما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق وإن شرط العوض قبله. (ك)

(٧) من الإثابة وهو التعوض، أثابه الله: باداش دهد او را. (من)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٢٥، والدرأية ج ٢، الحديث ٨٥٧ ص ١٨٤. (نعيم)

(٨) وفى نسخة: بالهبة، أى بعقد الهبة.

(٩) عوضاً مالياً، أو الخدمة من الموهوب له.

(١٠) غالباً

(١١) قوله: "ثبت ولاية الفسخ إلخ" فكان له الرجوع إذا لم يحصل مقصوده كالمشتري إذا وجد المبيع معيباً يرجع بالثمن لفوات مقصوده، وهو وصف السلامة فى المبيع. (تبيين)

(١٢) الفسخ.

(١٣) قوله: "بما روى" أراد به الحديث الذى احتج به الشافعى. (عينى)

(١٤) قوله: "نفى استبداد [أى استقلال] إلخ" أى عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضا، إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء، ولا رضا. (عينى)

في الكتاب^(١): فله الرجوع لبيان الحكم، أما الكراهة^(٢) فلازمة لقوله عليه السلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»*، وهذا لاستقباحه^(٣)، ثم للرجوع موانع^(٤) ذكر^(٥) بعضها.

فقال^(٦): «إلا أن يعوّضه^(٧) عنها^(٨) لحصول المقصود، أو يزيد زيادة متصلة^(٩)؛ لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها^(١٠) دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم دخولها^(١١) تحت العقد.

قال: أو يموت أحد المتعاقدين؛ لأن يموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة، فصار كما إذا انتقل^(١٢) في حال حياته^(١٣)، وإذا مات الواهب، ووارثه أجنبي عن

(١٥) الوالد.

(١٦) مال الولد.

(١٧) أى التملك عند الحاجة.

(١٨) قوله: "يسمى رجوعاً" أى باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً فى الحكم. (٤)

(١٩) أى قول القدرى.

(١) أى مختصره. (عينى)

(٢) فى الرجوع ٤.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٢٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥٨ ص ١٨٤. (نعيم)

(٣) قوله: "وهذا [التشبيه] لاستقباحه [لا لتحريمه]" أى هذا التشبيه فى معنى الاستقباح، والاستقذار لا فى حرمة الرجوع كما زعم الشافعى، ألا ترى أنه قال: فى رواية كالكلب يقىء، ثم يعود فى قيئه، وفعل الكلب يوصف بالقيح لا بالحرمة، وبه تقول أنه مستقبح. (ك)

(٤) قوله: "موانع" منها هلاك الموهوب، ومنها المحرمية بالرحم. (مل)

(٥) القدرى.

(٦) أى القدرى. (عينى)

(٧) أى الموهوب له الواهب.

(٨) أى عن الهبة.

(٩) قوله: "أو يزيد زيادة [كالغرس والبناء] إلخ" المراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة فى نفس الموهوب بشيء يورث

زيادة فى القيمة. (مل)

قوله: "زيادة متصلة" ولو كانت الزيادة منفصلة بأن كانت الهبة أمة، فولدت عند الموهوب له من زوج، أو فجور، فللواهب أن يرجع فيها دون الولد، لأن الرجوع فى الأصل دون الزيادة ممكن، وإن كانت الزيادة من سعر فله أن يرجع لأن زيادة السعر ليست بزيادة فى عين الموهوب، وإنما هى زيادة رغبة الناس فيه، والعين بحالها كما كانت، فلا يمنع الرجوع ٤. (كفأية)

(١٠) أى فى الموهوبة.

(١١) الزيادة.

(١٢) الملك.

العقد إذ هو ما أوجبه^(١)، أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له؛ لأنه^(٢) حصل بتسليطه^(٣)، فلا ينقضه^(٤)، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه^(٥).

قال^(٦): فإن وهب لآخر أرضاً بيضاء^(٧) فأثبت في ناحية منها نخلاً، أو بنى بيتاً، أو دكاناً، أو آرياً^(٨)، وكان ذلك زيادة^(٩) فيها^(١٠)، فليس له أن يرجع في شيء منها^(١١)؛ لأن هذه زيادة متصلة، وقوله: وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها^(١٢)، فلا يمتنع الرجوع في غيرها^(١٣).

قال: فإن باع نصفها^(١٤) غير مقسوم^(١٥) رجع في الباقي؛ لأن الامتناع بقدر

(١٣) فلا رجوع.

(١) قوله: "إذ هو [الوارث الواهب] ما أوجبه [أي العقد]" أي ما أوجب الملك للموهوب له، فلا يكون له حق الرجوع بالنص، لأنه أوجب الرجوع للواهب، وهو ليس بواهب. (عيني)

(٢) أي لأن خروج الهبة عن تلك الموهوب له.

(٣) الواهب.

(٤) قوله: "فلا ينقضه" أي الواهب لأن سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود. (مل)

(٥) قوله: "ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه، وهو التمليك، وتبدل الملك كتبدل العين، وفي تبدل العين لم يكن

الرجوع، فكذا في تبدل السبب. (٤)

(٦) أي محمد في "الجامع الصغير"، كذا في "نتائج الأفكار".

(٧) أي خالية مكشوفة عن الشواغل.

(٨) قوله: "أو آرياً" آري - بالتشديد ويخفف - وآرية بالتاء أخيه كه جار يابه را بأن بندن، وبمعنى معلق كه در

كتب فقه آمده مجاز ست، أخيه بالتخفيف چونى كج يارسنى يا دوالى باشد كه هر دو طرف آن در ديوار يا در كوه يا در زمين نيك فرو برده شود. وميان هو دو حلقه مانندى بدين باشد، وجهار يابه ابدان بدين. (منتهى الأرب)

أو آريا - بفتح الهجزة وكسر الراء وتشديد الياء -: وهو المعلق عند العامة، وهو مراد الفقهاء. (عيني)

(٩) قوله: "وكان ذلك زيادة" الزيادة في الأرض قد لا تعد زيادة، وقد تكون زيادة في الكل، بأن ازدادت بها

قيمة الكل، وقد تعد زيادة في قطعة منها، أما إذا بنى دكاناً يعد ذلك زيادة في الدار، لأن الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار، فإنه يزداد بها قيمة كل الدار، كما إذا كان في إحدى عيني الحجارة بياض، فزال البياض، فالزيادة في

عينيها تكون زيادة في كل الحجارة، وإن كانت في موضع خاص، كذا هذا. (ك)

(١٠) الأرض.

(١١) ثم الموهوب له إن هدم الزيادة وقلم الشجر، وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المنع. (ك)

(١٢) الأرض.

(١٣) أي غير القطعة التي فيها الزيادة.

(١٤) أي أرض موهوبة.

(١٥) قوله: "غير مقسوم" أقول وجه هذا التقييد إرادة إثبات الحكم في المقسوم بالطريق الأولي، فإنه لما صح

الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما إذا باع نصفها مقسوماً أولى كما لا

المانع، وإن لم يبيع شيئاً منها^(١) له أن يرجع في نصفها^(٢)؛ لأن له أن يرجع في كلها، فكذا في نصفها بالطريق الأولى، وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها؛ لقوله عليه السلام^(٣): «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»*، ولأن المقصود^(٤) صلة الرحم، وقد حصل^(٥).

وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر؛ لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة^(٦)، وإنما ينظر إلى هذه المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع فيها^(٧)، ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع^(٨).

قال^(٩): «وإذا قال الموهوب له للواهب: خذ هذا عوضاً عن هبتك^(١٠)، أو بدلا عنها، أو في مقابلتها، فقبضه الواهب سقط الرجوع؛ لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً.

وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً^(١١)، فقبض الواهب العوض بطل الرجوع؛ لأن العوض لإسقاط الحق، فيصح من الأجنبي كبذل الخلع والصلح^(١٢).

يحقى. (نتائج الأنكار)

(١) أرض سوهوية.

(٢) ويترك النصف.

(٣) رواه البيهقي والدارقطني في "سنتهما"، والحاكم في "المستدرک". (على قارى شارح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٥٩ ص ١٨٤. (نعيم)

(٤) من هذه الهبة.

(٥) وكل عقد أفاد المقصود لزم.

(٦) قوله: "كما في القرابة" يعني أن ما بينهما من ربط أحد الزوجين بالآخر نظيراً لقرابة، بدليل التوارث من الجاهلین من غير حجب، وعدم قبول الشهادة. (عینی)

(٧) قوله: "فله الرجوع فيها" لوقوع الهبة للأجنبية، وكان مقصوده العوض ولم يحصل. (عینی)

(٨) لأنها رقت الهبة زوجته. (عینی)

(٩) أى القلمورنى. (عینی)

(١٠) قوله: "خذ هذا عوضاً إلخ" وصررة التعويض أن يذكر لفظاً يعلم الواهب أنه عوض هبته بأن يقول الموهوب له هنا عوض هبتك، أو جزء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أما إذا وهب من الواهب شيئاً، ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

وفى "المبسوط": وسواء كان العوض شيئاً قليلاً أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها، لأن هذه ليست بمعاوضة مخصصة، فلا يتحقق فيها الربا، وإنما تأثير العوض فى قطع الحق فى الرجوع لتحصل المقصود، ويشترط شرائط الهبة فى العوض من القبض والإفراز لأنه تبرع. (ك)

(١١) قوله: "متبرعاً" من الحكم فى التبرع ليثبت الحكم فيما إذا عوضه بأمر الموهوب له بالطريق الأولى لأن ذلك

بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه. (ك)

وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض؛ لأنه لم يسلم له^(١) ما يقابل نصفه^(٢)، وإن استحق نصف العوض لم يرجع^(٣) في الهبة إلا أن يرد ما بقي^(٤) ثم يرجع، وقال زفر: يرجع بالنصف^(٥) اعتباراً بالعوض الآخر. ولنا أنه يصلح عوضاً^(٦) للكل في الابتداء، وبالإستحقاق^(٧) ظهر أنه لا عوض^(٨) إلا هو^(٩)، إلا أنه يتخير^(١٠) لأنه^(١١) ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فلم يسلم له^(١٢)، فله أن يرده^(١٣).

قال: وإن وهب داراً فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض؛ لأن المانع خص النصف، قال^(١٤): ولا يصح الرجوع^(١٥) إلا بتراضيهما^(١٦)، أو بحكم الحاكم^(١٧)؛ لأنه^(١٨) مختلف بين العلماء^(١٩)، وفي أصله وهاء^(٢٠)، وفي

(١٢) أى من الأجنبي يكون على الأجنبي.

(١) أى للموهوب له.

(٢) أى نصف العوض.

(٣) الواهب.

(٤) من العوض.

(٥) قوله: "يرجع [أى الواهب] بالنصف" أى بنصف الموهوب اعتباراً بالعوض الآخر وهو الموهوب فإنه لو استحق نصفه يرجع بنصف العوض، لأن كل واحد منهما يصير مقابلاً بالآخر، كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحق نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله. (ك)

(٦) قوله: "أنه [أى الباقي من العوض] يصلح عوضاً إلخ" وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصح أن يكون عوضاً عنه في البقاء، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (ع)

(٧) أى باستحقاق نصف العوض.

(٨) قوله: "ظهر أنه لا عوض إلخ" عورض بأن أجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض، فإذا كان الكل في الابتداء عوضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف، فكأنه عوض من النصف ابتداء.

وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً للمبادلة، والمقابلة، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من الهبة. (ع)

(٩) أى الباقي.

(١٠) قوله: "إلا أنه [أى أن الوهب] يتخير" أن بين أن يرد ما بقي من العوض، ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه، ولا يرجع بشيء. (ع)

(١١) الواهب.

(١٢) أى للواهب.

(١٣) أى ما بقي من العوض.

(١٤) أى القدورى. (عيني)

(١٥) في الهبة.

(١٦) أى الواهب والموهوب له.

حصول المقصود وعدمه خفاء^(١)، فلا بد من الفصل^(٢) بالرضا، أو بالقضاء، حتى لو كانت الهبة عبداً^(٣) فأعتقه^(٤) قبل القضاء نفذ^(٥)، ولو منعه^(٦) فهلك لا يضمن لقيام ملكه^(٧) فيه^(٨).

وكذا^(٩) إذا هلك^(١٠) في يده^(١١) بعد القضاء^(١٢) لأن أول القبض غير مضمون^(١٣)، وهذا دوام عليه^(١٤)، إلا أن يمنعه^(١٥) بعد طلبه، لأنه^(١٦) تعد وإذا رجع بالقضاء، أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل^(١٧) حتى لا يشترط^(١٨) قبض

(١٧) قوله: "أو يحكم الحاكم" أراد أن الراهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصباً، فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له. (عيني)
(١٨) الرجوع.

(١٩) كما مر منا ومن الشافعي.

(٢٠) قوله: "وفي أصله [أي الرجوع] وهاء" أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك غيره. (ع)
قوله: "وهاء" في "المغرب": الراء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر، وهي الجبل يهي وهياً إذا ضعف. (ك)
(١) قوله: "خفاء" لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل، وإن كان العوض، فلم يحصل، فإذا تردد لا بد من الفصل. (ع)

(٢) قوله: "فلا بد من الفصل" لأن الرجوع فسخ العقد، فلا يصح إلا بمن له ولاية عامة، وهو القاضي، أو منهما ولايتهما على أنفسهما كالرد بالغيب بعد القبض. (ك)

(٣) الموهوب له.

(٤) بعد طلب الرجوع.

(٥) عتقه.

(٦) أي لو منم الموهوب له الموهوب من الواهب.

(٧) أي ملك الموهوب له.

(٨) أي في الموهوب.

(٩) أي لا يضمن الموهوب له.

(١٠) أي الموهوب.

(١١) أي في يد الموهوب له قبل طلب المدعي.

(١٢) بالرجوع.

(١٣) فلا يتقلب مضموناً بعد الاستمرار عليه. (تبيين)

(١٤) قوله: "وهذا دوام عليه" أي المتحقق بعد القضاء دوام على القبض الذي لم يتعقد سبباً للضمان. (عيني)

(١٥) قوله: "إلا أن يمنعه" أي يمنم الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد طلبه عند القضاء بالرجوع. (مل)

(١٦) المنع.

(١٧) قوله: "يكون فسخاً إلخ" وخالف زفر في الرجوع بالتراضي، وجعله بمنزلة الهبة المتبدأة لأن الملك عاد إليه

بتراضيهما. (ع)

الواهب، ويصح في الشائع^(١١)، لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل، فكان بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له، فيظهر^(١٢) على الإطلاق^(١٣)، بخلاف الرد^(١٤) بالعيب بعد القبض^(١٥)، لأن الحق هناك^(١٦) في وصف السلامة^(١٧)، لا في الفسخ^(١٨)، فافترقا^(١٩).

قال^(١٠): وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق، وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء؛ لأنه^(١١) عقد تبرع، فلا يستحق فيه السلامة^(١٢)، وهو غير عامل له^(١٣)، والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع^(١٤)، لا في ضمن غيره^(١٥).

(١٨) قوله: "حتى لا يشترط إلخ" يعنى بعد الرجوع، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض. (عيني)

(١) قوله: "ويصح [الرجوع] في الشائع" بأن رجوع عن نصفه، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع بالنصف بالشيوخ. (مل)

(٢) أى الفسخ. (ك)

(٣) أى حالتي القضاء والرضاء في الشائع وغيره. (ك)

(٤) قوله: "الرد" فإنه فسخ لو كان بالقضاء، وعقد جديد لو كان بالرضاء.

(٥) قوله: "بعد القبض [أى بعد قبض المشتري. ك]" إنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل، سواء كان بالقضاء أو بالرضاء. (عيني)

(٦) قوله: "لأن الحق إلخ" يعنى أن فى فصل الرجوع فى الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضى، فيكون فسخاً، وفى الرد بالعيب القاضى يلزم على الخصم، أولاً تسليم وصف السلامة، فإذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع فهما لم يفعلوا مثل فعل القاضى، فلهذا لم يصر فسخاً، بل يكون بمنزلة البيع ابتداء. (ك)

(٧) قوله: "فى وصف السلامة" حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه. (٤)

(٨) قوله: "لا فى الفسخ" لأن العيب لا يمنع تمام العقد، فإذا كان العقد ثابتاً لم يقتض الفسخ، فإذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء العقد بينهما. (عيني)

(٩) قوله: "فافترقا" أى الرجوع فى الهبة بالتراضى، والرد بالعيب بعد القبض بالتراضى. (عيني)

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) الهبة.

(١٢) قوله: "فلا يستحق إلخ" لأن لم يلزم السلامة لا صريحاً ولا دلالة، أما صريحاً فظاهر، وأما دلالة فلأن دلالة الالتزام فى المعاوضة سلامة البديل له، وهذا المعنى معدوم ههنا. (ك)

(١٣) قوله: "وهو غير عامل له" احتراز عن المودع إذا هلكت الوديعة فى يده، واستحقها مستحق، وضمنه، فإنه يرجع على المودع لأن المودع عامل للمودع فى الحفظ. (ك)

(١٤) قوله: "والغرور إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: إنه غره بإيجاب الملك له فى الخلل، وإخباره بأنه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري. (عيني)

(١٥) قوله: "سبب إلخ" كما فى ولد المغرور، فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، وإن لم يوجد المعاوضة فى الولد، ولم يعمل للبائع ولكنه مغرور فى ضمن المعاوضة، فيصلح سبباً للضمان، لأن المعاوضة عقد ضمان فما كان فى ضمنه

قال^(١): وإذا وهب بشرط العوض^(٢) اعتبر التقابض في المجلس^(٣) في العوضين^(٤)، ويبطل بالشيوع؛ لأنه هبة ابتداء^(٥)، فإن تقابضا صح العقد، وصار في حكم البيع يرد بالعيب، وخيار الرؤية، ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء. وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء، لأن فيه معنى البيع، وهو التملك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني^(٦)، ولهذا^(٧) كان بيع العبد من نفسه^(٨) إعتاقاً. ولنا: أنه اشتمل على جهتين^(٩)، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين^(١٠)، وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض^(١١)، وقد يتراخى عن البيع الفاسد^(١٢)، والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض^(١٣)، فجمعنا بينهما^(١٤).

بخلاف^(١٥) بيع نفس العبد منه، لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه، إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه^(١٦).

جاز أن يكون سبباً للضمان، لأن المتضمن له حكم المتضمن، ولا كذلك ههنا فإن الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة. (ك)

(١) أي القدرى. (عيني)

(٢) مثل أن يقول: وهبتك هذا العبد على أن تهب لى هذا العبد.

(٣) قوله: "اعتبر التقابض إلخ" ذكر الإمام المحبوبي في "الجامع الصغير" هذا الذى ذكره فيما إذا ذكره بكلمة على، وأما لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء وانتهاء بالإجماع. (ك)

(٤) ولو لم يوجد التقابض لا يثبت الملك لواحد منهما. (٤)

(٥) قوله: "ابتداء إلخ" فإن قيل: لم لم يعكس الأمر، قلنا: لأن انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم، وأنه بعد تمام العقد، فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لأن العقد به يتعقد، وعند التمام اعتبرنا المقصود، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٦) قوله: "للمعاني" ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطابقة الأصيل كفالة. (ك)

(٧) أى لتكون العبرة فى العقود للمعاني.

(٨) أى يبيع المولى عبده من ذلك العبد.

(٩) جهة الهبة لفظاً، وجهة البيع معنى. (٤)

(١٠) لأن أعمال الشبهين لو يوجد أولى من إهمال أحدهما. (٤)

(١١) قوله: "لأن الهبة إلخ" حاصله أنه لا تنافى بين البيع والهبة لوجود المناسبة كما بين، وإذا انتفى المناقاة، أمكن

الجمع. (مل)

(١٢) إشارة إلى أنه قد يوجد تراخى الملك إلى القبض فى البيع أيضاً.

(١٣) أى إذا قبض العوض.

(١٤) أى بين الهبة والبيع.

(١٥) جواب عما قاله زفر والشافعي رحمهما الله تعالى.

(١٦) لأنه لا يملك غيره مالا، فكيف يملك نفسه مالا.

فصل (١)

قال (٢): ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة، وبطل الاستثناء؛ لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد (٣)، والهبة لا تعمل في الحمل (٤)، لكونه وصفاً (٥) على ما بيناه في البيوع، فانقلب شرطاً فاسداً (٦)، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة (٧)، وهذا (٨) هو الحكم في النكاح، والخلع والصلح عن دم العمد، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها (٩). ولو أعتق ما في بطنها (١٠)، ثم وهبها جاز؛ لأنه لم يبق الجنين على ملكه (١١) فأشبهه الاستثناء (١٢)، ولو دبر ما في بطنها (١٣)، ثم وهبها لم يجز (١٤)؛ لأن

(١) قوله: "فصل" لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق، وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "إلا في محل إلخ" يعني كل ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناءه، لأن المستثنى يكون من جنس المستثنى منه، وحكم المستثنى منه صحة إفراده بالعقد، ولو جاز الاستثناء في شيء لا يصح العقد فيه لما كان المستثنى من جنس المستثنى منه، لأن الوصف ليس من جنس العين، فلا يتناوله صدر الكلام، فإذا لم يتناوله لا يصح الاستثناء. (حميدية)

(٤) بأن وهب حمل الجارية دونها فإنه لا يجوز، فإن ما في البطن ليس بمال، ولا يعلم وجوده حقيقة. (٤)

(٥) قوله: "لكونه" أي لكون الحمل وصفاً لها، وتابعاً لها كأطرافها من اليد والرجل. (مل)

(٦) قوله: "فانقلب شرطاً إلخ" لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزءاً منها، فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد، وهو معنى الشرط الفاسد. (عيني)

(٧) قوله: "والهبة لا تبطل إلخ" لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد. (عيني)

(٨) قوله: "وهذا" أي صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح، بأن قال: تزوجت على هذه الجارية إلا حملها بطل الاستثناء، حتى تصير الجارية مع الحمل مهراً، والخلع، بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع واستثنى الحمل يكون الجارية والحمل بدل الخلع، والصلح عن دم العمد، بأن قال: صالحتك على هذه الجارية إلا حملها. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف البيع إلخ" بأن اشترى جارية، أو أجرها، أو رهنها إلا حملها، فإنه لا يصح. (عيني)

(١٠) الجارية.

(١١) الواهب.

(١٢) قوله: "فأشبهه الاستثناء [أي استثناء الحمل حال هبة الجارية]" وجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب، وكذا في استثناء الحمل، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل. (عيني)

قوله: "فأشبهه الاستثناء" من حيث إن الاستثناء يبين أن المستثنى لم يكن داخلاً تحت صدر الكلام، فكذلك ههنا بإعتاق الولد سابقاً بين أنه لا يكون داخلاً تحت قوله: وهبت. (مل)

(١٣) الجارية.

(١٤) أي لا تصح الهبة أصلاً.

الحمل بقى على ملكه، فلم يكن شبيه الاستثناء^(١)، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه^(٢) لمكان التدبير، فبقى هبة المشاع^(٣)، أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك^(٤).

فإن وهبها^(٥) له على أن يردها عليه^(٦)، أو على أن يعتقها، أو يتخذها أم ولد،

أو هب له داراً، أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً^(٧) منها^(٨)، أو يعوضه^(٩)

شيئاً منها^(١٠) فالهبة جائزة، والشرط باطل؛ لأن هذه الشروط تخالف مقتضى

العقد^(١١)، فكانت^(١٢) فاسدة، والهبة لا تبطل بها ألا ترى أن النبي عليه السلام^(١٣)

أجاز العمرى^(١٤)، وأبطل شرط المعمر^{(١٥)*}، بخلاف البيع^(١٦)، لأنه عليه السلام

نهى عن بيع وشرط^{(١٧)**}، ولأن الشرط الفاسد فى معنى الربا^(١٨)، وهو يعمل فى

(١) قوله: "فلم يكن شبيه إلخ" بل كان فيه اختلاط الموهوب بغير الموهوب، وهو عين المشاع، فلا يجوز

الهبة أصلاً لا فى الأم ولا فى الجنين. (نهاية)

(٢) أى فى الحمل.

(٣) قوله: "فبقى هبة إلخ" فإن قيل: هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة، وهى جائزة، فالجواب أن

عرضية الانفصال فى ثانى الحال ثابتة لا محالة، فأنزل منفصلاً فى الحال، فكان المصنف لما استشعر على هذا السؤال أردفه

بقوله: أو هبة شيء إلخ. (عينى)

(٤) قوله: "هو مشغول إلخ" كما إذا وهب الجوالق، وفيه طعام الواهب فإنه لا يصح. (مل)

(٥) الجارية.

(٦) الواهب.

(٧) قوله: "على أن يرد عليه [أى الواهب] إلخ" ولا يتوهم التكرار فى قوله: على أن يرد عليه شيئاً منها، أو

يعوضه شيئاً منها لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً، فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها. (٤)

(٨) أى من تلك الدار.

(٩) قوله: "أو يعوضه شيئاً منها" معناه أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض من كل الدار. (ت)

(١٠) أى من الدار.

(١١) قوله: "تخالف مقتضى العقد" لأن مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت، فإذا شرط عليه الرد أو الإعاق، أو

غير ذلك تقيده بها. (٤)

(١٢) هذه الشروط.

(١٣) قوله: "ألا ترى أن النبي إلخ" أخرجه أبو داود والنسائى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال:

"من أعمار عمرى فهى له ولعقبه يرثها من يرث من عقبه". (ت)

(١٤) قوله: "أجاز العمرى" العمري تملك بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له لأن معنى العمرى أن

تقول: ملكتك هذه الدار ما دمت حياً، أو عمرك، فإذا مت فهى لى. (كفاية)

(١٥) قوله: "وأبطل شرط إلخ" يعنى فى رجوعها إليه بعد موت المعمر له، وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له. (مل)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٧، والديرية ج ٢، الحديث ٨٦٠ ص ١٨٥. (نعيم)

(١٦) فإنه يبطل بالشروط الفاسد.

(١٧) رواه الطبرانى فى معجمه الوسط. (ت)

المعاوضات دون التبرعات^(١).

قال^(٢): ومن كان له على آخر ألف درهم، فقال: إذا جاء غد، فهي لك، أو أنت بريء منها، أو قال: إذا أديت إلى النصف، فلك النصف، أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل^(٣)؛ لأن الإبراء تمليك من وجه^(٤) إسقاط من وجه^(٥)، وهبة الدين ممن عليه إبراء^(٦)، وهذا^(٧) لأن الدين مال من وجه^(٨)، ومن هذا الوجه كان تمليكا، ووصف من وجه^(٩)، ومن هذا الوجه كان إسقاطا، ولهذا^(١٠).

قلنا: إنه يرتد بالرد^(١١)، ولا يتوقف على القبول^(١٢)، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة^(١٣) التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، فلا يتعدها^(١٤).

قال^(١٥): والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته، ولورثته من بعده؛ لما

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٢٨، وانظر الدرارية ج ٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص ١٨٥. (نعيم)

(١٨) قوله: "في معنى الربا" لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلا الشرط عن العوض، وفيه منفعة لأحدهما، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق، وذلك ليس إلا ربا. (مل)

(١) والهبة تبرع.

(٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) ويكون الألف عليه على حاله.

(٤) لارتداده بالرد. (٤)

(٥) لأنه لا يتوقف على القبول. (٤)

(٦) قوله: "إبراء" فإن قيل: قولهم: هبة الدين ممن عليه لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلام، فإن رب الدين إذا أبرأ المديون منه، أو وهبه له توقف على قبوله.

أجيب بأن توقفه على ذلك لا من حيث إنه هبة العين بل من حيث إنه يوجب انفساخ العقد لفوات القبض المستحق بعقد الصرف، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخه، فلهذا توقف على القبول. (٤)

(٧) أي كون الإبراء تمليكا من وجه وإسقاطا من وجه.

(٨) أي بالنظر إلى المال حتى وجب فيه الزكاة. (ك)

(٩) أي بالنظر إلى الحال حتى لا يحث لو حلف أن لا مال له، وله ديون على الناس.

(١٠) أي لهذين الوجهين.

(١١) قوله: "إنه [وهو آية التمليك. ك] يرتد بالرد" يفيد بإطلاقه إن عمل الرد في المجلس وغيره سواء، وهو المروى عن السلف، وقال بعضهم: ويجب أن يرد في مجلس الإبراء. (٤)

(١٢) وهي أمانة الإسقاط. (ك)

(١٣) قوله: "يختص الخ" لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط، وأما الإبراء وإن كان إسقاطا من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها، فلا يصح تعليقه بالشرط. (عيني)

(١٤) أي فلا يتعدى التعليق بالشرط الإسقاطات المحضة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

رويناه^(١)، ومعناه^(٢) أن يجعل داره له مدة عمره، وإذا مات ترد^(٣) عليه^(٤)، فيصح التملك، ويبطل الشرط لما روينا^(٥)، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

والرقبي^(٦) باطل^(٧) عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: جائزة^(٨)؛ لأن قوله: داري لك تملك، وقوله: رقبى شرط فاسد كالعمري.

ولهما أنه عليه السلام أجاز العمري، ورد الرقبى^{(٩)*}، ولأن معنى الرقبى عندهما أن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة^(١٠) كأنه يراقب موته، وهذا تعليق التملك بالخطر^(١١)، فبطل، وإذا لم تصح^(١٢) تكون^(١٣) عارية عندهما، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به^(١٤).

فصل في الصدقة^(١٥)

قال^(١٦): والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض^(١٧)؛ لأنه تبرع كالهبة، فلا تجوز

(١) من أنه عليه السلام أجاز العمري وأبطل الشرط. (٤)

(٢) عمري.

(٣) الدار.

(٤) العمر - بالكسر -.

(٥) من أنه صلى الله عليه وسلم أبطل الشرط، وهو قوله: وإذا مات ترد عليه. (٤)

(٦) هو أن يقول الرجل لغيره: داري لك رقبى. (٤) سميت رقبى لأن كل واحد يراقب موت صاحبه. (عيني)

(٧) قوله: "باطلة" لا تفيد ملك الرقبة، وإنما تكون عارية عنده فيجوز للمعمر أن يرجع فيه، ويبيعه في أي وقت شاء لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع. (عيني)

(٨) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الإختلاف راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على أنها من المراقبة، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتملك جائز، وانتظار الرجوع باطل كما في العمري. وقالوا: المراقبة في نفس التملك، لأن معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتاً كأنه يقول: أراقب موتك وراقب موتي، فإن مت قبلك فهي لك، وإن مت قبل فهي لى فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر، وهو موت المالك قبله، وهذا باطل. (نت)

(٩) قلت غريب. (ت)

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٢٨، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٦٠ ص ١٨٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "المراقبة" مراقبة يك دبر را نگهبانی کردن وجشم داشتن. (من)

(١١) أي موت المملك قبله.

(١٢) الرقبى.

(١٣) الدار.

(١٤) جواز وإباحة.

(١٥) قوله: "فصل في الصدقة" لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط، وتخالفها في الحكم ذكرها في كتاب

الهبة، وفصل لها بفصل. (عناية)

في مشاع يحتمل القسمة؛ لما بينا في الهبة^(١)، ولا رجوع في الصدقة؛ لأن المقصود هو الثواب، وقد حصل^(٢). وكذلك إذا تصدق^(٣) على غنى استحساناً^(٤)، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب^(٥)، وقد حصل^(٦)، وكذا^(٧) إذا وهب لفقير لأن المقصود^(٨) هو الثواب، وقد حصل. قال^(٩): ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة^(١٠)، ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع، ويروى أنه^(١١) والأول^(١٢) سواء، وقد ذكرنا الفرق^(١٣)، ووجه الروايتين في مسائل القضاء^(١٤). ويقال له^(١٥): أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالا، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق، وقد ذكرناه من قبل^(١٦).

(١٦) أى القدورى. (عيني)

(١٧) أى لا يثبت الملك إلا بالقبض.

(١) قوله: "لما بينا في الهبة [من أن الشئوع يمنع تمام القبض المشروط. ع]" أراد به قوله، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه، وهو القسمة. (ك)

(٢) قوله: "وقد حصل" فصارت كهية عوض عنها، وفيه تأمل، فإن حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب، فلا يقطع بحصوله، ويمكن أن يقال: المراد به حصول الوعد بالثواب. (ع)

(٣) قوله: "وكذلك [أى لا يرجع] إذا تصدق إلخ" أى لا رجوع في الصدقة على الغنى أيضاً، كما لا رجوع في الصدقة على الفقير، ومن أصحابنا من يقول: الصدقة على الغنى والهبة سواء، يعنى فيهما الرجوع.

قال: لأنه إنما يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أن في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في أن المقصود الثواب، فكذلك في حق الغنى الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود، ثم له أن يرجع في الهبة، فكذلك في الصدقة، ولكننا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال الممتلك. (ك)

(٤) والقياس أن يرجع لأن الصدقة في حق الغنى هبة.

(٥) قوله: "لأنه قد يقصد إلخ" فإن من له نصاب، وله عيال كثيرة فالتناس يتصدقون عليه على قصد الثواب. (مل)

(٦) الثواب.

(٧) أى لا يرجع.

(٨) من الهبة للفقير.

(٩) أى القدورى. (عيني)

(١٠) اعتباراً لإيجابه بإيجاب الله تعالى.

(١١) أى أن الملك.

(١٢) أى المال.

(١٣) بين المال والمالك.

(١٤) في مسألة مالى صدقة على المساكين.

(١٥) أى للناذر.

(١٦) في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث.

كتاب الإجازات^(١)

الإجارة عقد^(٢) يرد على المنافع^(٣) بعوض^(٤)؛ لأن الإجارة فى اللغة بيع المنافع^(٥)، والقياس يأبى جوازه، لأن المعقود عليه المنفعة، وهى معدومة، وإضافة التملك إلى ما سىوجد لا يصح^(٦) إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار، وهى قوله عليه السلام^(٧): «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»^(٨)، وقوله عليه السلام^(٩): «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»^(١٠)، وينعقد ساعة فساعة^(١١) على حسب حدوث المنفعة^(١٢)، والدار أقيمت مقام المنفعة^(١٣) فى حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول^(١٤)، ثم

(١) قوله: "كتاب الإجازات" لما فرغ من بيان أحكام تملك الأعيان بغير عوض، وهو الهبة شرع فى بيان أحكام تملك المنافع بعوض، وهو الإجارة، وقدم الأولى على الثانية؛ لأن الأعيان مقدمة على المنافع، ولأن فى الأولى عدم العوض، والعدم مقدم على الموجود. ثم لعقد الإجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث إنها يقعان لازمين، ولذلك أورد كتاب الإجازات متصلة بفصل الصدقة، وإنما جمعها إشارة إلى أن لها أنواعاً مختلفة، نوع تصير المنفعة فى معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتسمية كاستئجار رجل على صنع ثوب أو خياطة، ونوع تصير المنفعة معلومة فيه بالتعيين والإشارة كاستئجار رجل لنقل هذا الطعام إلى موضع معلوم. (نت) قوله: "الإجازات" سببها تعلق البقاء المقذور بتعاطيها، وركنها الإيجاب والقبول بلفظى الماضى. (٤)

(٢) أى عقد تملك.

(٣) احترز به عن بيع الأعيان. (ك)

(٤) احترز به عن العارية. (ك)

(٥) قوله: "بيع المنافع" فيه نظر، لأن المذكور فى كتب اللغة إنما هو أن الإجارة اسم للأجرة لا أمر آخر، وإنما الذى هو بيع المنافع الإيجار، ثم إن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة فى الشرع عقداً على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى، فكأنه قال: لأن معنى الإجارة فى الشرع هو معناها فى اللغة، ومعناها فى اللغة بيع المنافع. (نت)

(٦) قوله: "لا يصح" لأن المعدوم ليس بمحل العقد لأنه ليس بشئ، فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه، ولا يمكن جعل العقد مضافاً إلى زمان الوجود، لأن المعاوضات لا تحتل الإضافة كالبيع. (ك)

(٧) أخرجه ابن ماجة فى "سننه" فى كتاب الأحكام عن ابن عمر. (ت)

(٨) فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحة العقد. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٢٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦١ ص ١٨٦. (نعيم)

(٩) رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار". (ت)

(١٠) وفيه زيادة بيان أن معلومية الأجر شرط جوازها. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٣١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٢ ص ١٨٦. (نعيم)

(١١) قوله: "وينعقد ساعة فساعة إلخ" المراد من انعقاد العلة ساعة فساعة فى كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع، هو عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لأن ارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة. (نت)

(١٢) التى هى المعقود عليه.

(١٣) لأن جعل السبب مقام المسبب أمر شائع فى الشرع. (ك)

عمله^(١١) يظهر في حق المنفعة تملكاً، واستحقاقاً حال وجود المنفعة^(١٢).

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة، والأجرة معلومة لما روينا^(١٣)، ولأن الجهالة في المعقود عليه^(١٤)، وفي بدله^(١٥) تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن، والمثمن في البيع، وما جاز أن يكون ثمناً^(١٦) في البيع^(١٧) جاز أن يكون أجرة في الإجارة^(١٨)؛ لأن الأجرة ثمن المنفعة، فيعتبر بثمن المبيع.

وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً^(١٩) كالأعيان^(٢٠)، فهذا اللفظ^(٢١) لا ينفي صلاحية غيره، لأنه عوض مالي^(٢٢)، والمنافع^(٢٣) تارة تصير معلومة بالمدة، كاستئجار الدور للسكنى، والأرضين للزراعة، فيصح العقد على مدة معلومة، أى مدة كانت؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفاوت^(٢٤).

(١٤) قوله: "ليرتبط الإيجاب بالقبول" لأنهما بدون الإضافة إلى المحل لا يرتبطان، فأقيم الدار مقام المحل ليصحق الارتباط. (أعظمي)

(١) العقد.

(٢) قوله: "تملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة" يعني يثبتان معا حال وجود المنفعة بخلاف بيع العين، فإن الملك في المبيع يثبت في الحال، ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن. (٤)

(٣) قوله: "لما روينا" من قوله عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلم أجره»، فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الأجرة شرطاً يدل بدلالته على اشتراط معلومية المنافع، لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع، وهو الأصل، والمعقود به وهو الأجرة كالثمن والثمن، فإذا كانت معلومية الثمن شرطاً كان معلومية الأصل أولى بذلك. (٤)

(٤) المنافع.

(٥) الأجرة.

(٦) المراد بالثمن ههنا ما يجب في الذمة. (نت)

(٧) كالتقود والمكيلات والموزونات.

(٨) من ابتداء الباب إلى ههنا لفظ القلدورى. (عيني)

(٩) قوله: "وما لا يصلح ثمناً إلخ" كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمناً، وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار السكنى للزراعة بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسها لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى، وكاستئجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى، لأن المنافع معدومة، فيكون بيعاً بالنسيئة على ما قالوا، فلا يجوز ذلك. (تبيين)

(١٠) قوله: "كالأعيان [نحو العبد والثياب]" أى التى هى ليست من ذوات الأمثال كالحيوان والثياب مثلاً إذا كانت معينة صلح أن تكون أجرة، كما إذا استأجر داراً بثوب معين، وإن كان لا تصلح ثمناً. (٤)

(١١) أى قوله: ما جاز أن يكون ثمناً فى البيع إلخ.

(١٢) قوله: "لأنه عوض مالى" أى لأن الأجرة عوض مالى، فيعتمد وجود المال، والأعيان مال، فصح أن تكون أجرة. (نتائج الأفكار)

(١٣) هذا لفظ القلدورى.

(١٤) قوله: "إذا كانت المنفعة لا تتفاوت" هذا احتراز عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة حيث لا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها، لأن ما يزرع فيها متفاوت على ما يجيء بيانه فى الكتاب. (ك)

وقوله^(١): "أى مدة كانت إشارة إلى أنه^(٢) يجوز طالت المدة أو قصرت^(٣)، لكونها معلومة، ولتحقق الحاجة إليها^(٤) عسى^(٥) إلا^(٦) أن فى الأوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة^(٧)، كيلا يدعى المستأجر ملكها^(٨)، وهى^(٩) ما زاد على ثلاث سنين، وهو المختار^(١٠)."

قال^(١١): "وتارة تصير^(١٢) معلومة بنفسه^(١٣)، كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه، أو خياطة، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً، أو يركبها مسافة سماها؛ لأنه إذا بين الثوب^(١٤) ولون الصبغ^(١٥)، وقدره^(١٦)، وجنس الخياطة^(١٧)، والقدر

(١) أى قول القدرى. (عينى)

(٢) أى أن الإجارة.

(٣) قوله: "طالت المدة أو قصرت" إذا كانت بحيث يعيش إليها المتعاقدان، وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها المتعاقدان فمنعه بعضهم، لأن الظاهر فى ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة، والظاهر مثل اليقين فى حق الأحكام، فصارت الإجارة مؤبدة معنى، والتأيد يبطلها.

وجوزه آخرون، ومنهم الخصاف، لأن العبرة فى هذا الباب بصيغة كلام العاقدين، فإنه يقتضى التوقيت، ولا معتبر بموت العاقدين، أو أحدهما قبل انقضاء المدة، لأنه قد يتحقق فى مدة يعيش إليها الإنسان غالباً، ولم يعتبر. (عناية)

(٤) أى إلى المدة الطويلة.

(٥) قوله: "عسى" كلمة عسى ههنا وقع مجرداً عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يقع، وأهل العربية يأتون ذلك. (عينى)

(٦) يجوز أن يكون استثناء من قوله: "أى مدة كانت." (عناية)

(٧) قوله: "لا يجوز الإجارة الطويلة [من متولى الوقف] الخ" هذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة، وأما إذا شرط فليس للمتولى أن يزيد على ذلك إن كانت مصلحة الوقف تقتضى ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها. (عناية)

(٨) أى ملك العين المستأجرة.

(٩) أى الإجارة الطويلة فى الأوقاف.

(١٠) قوله: "وهو المختار [للقوى. ك]" أى المختار فى المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين، وهو اختيار مشايخ بلخ، وقال غيرهم: يجوز، وفى شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الإجارة على الأوقاف أن يعقد عقداً متفرقة على الأوقاف كل عقد على سنة، فيكتب استأجر فلان بن فلان، كذا بثلاثين عقوداً كل عقد على سنة، فيكون العقد الأول لازماً، والثانى خير لازم، لأنه مضاف، كذا فى "الدخيرة". (ك)

(١١) أى القدرى. (عينى)

(١٢) المنافع.

(١٣) قوله: "بنفسه" أى بنفس عقد الإجارة، وفى بعض نسخ المختصر: وتارة تصير معلومة بالتسمية، أقول: لعل الصواب هذه النسخة، لأن المنافع لا تصير معلومة فى هذا النوع بنفس العقد فقط، بل إما تصير معلومة بتسميته أموراً كبيان الثوب، وألوان الصبغ على ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه إذا بين الخ. (نت)

(١٤) قوله: "إذا بين الثوب" أى بأنه من القطن، أو الإبريسم، أو الصوف، أو الكتان، لأن فى الأثواب تفاوتاً فى

قبول الصبغ كثرة وقلة. (مل)

المحمول^(١)، وجنسه^(٢)، والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد^(٣)، وربما يقال: الإجارة قد يكون^(٤) عقداً على العمل كاستئجار القصار^(٥) والخيّاط، ولا بد أن يكون العمل معلوماً^(٦)، وذلك^(٧) في الأجير المشترك، وقد يكون عقداً على المنفعة^(٨)، كما في أجير الواحد^(٩)، ولا بد من بيان الوقت.

قال^(١٠): وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين، والإشارة كمن استأجر رجلاً بأن ينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم؛ لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة، فيصح العقد^(١١).

باب الأجر متى يستحق^(١٢)

قال^(١٣): الأجرة لا تجب بالعقد^(١٤)، وتستحق^(١٥) بإحدى معاني ثلاثة، إما بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط، أو باستيفاء المعقود عليه.

(١٥) بأنه أحمر أو أصفر ونحوهما.

(١٦) بأن يليق به في جب الصبغ مرة أو مرتين.

(١٧) بأنها فارسية أو رومية.

(١) على الدابة بأنه قنطاران.

(٢) أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير.

(٣) لارتفاع الجهالة المفضية إلى المنازعة.

(٤) أي في تقسيم الإجارة.

(٥) قصار كشداد گاذر. (من)

(٦) كالخيّاطة الفارسية أو الرومية.

(٧) أي كون العقد على العمل.

(٨) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل.

(٩) قوله: "كما في أجير الواحد" وفي بعض النسخ: الأجير الواحد، والأصح الأول، في "المغرب": أجير الواحد على الإضافة بخلاف الأجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد، وفي معناه الأجير الخاص، ولو حرك الحاء يصح، لأنه يقال: رجل واحد، أي منفرد. (ك)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) بدون ذكر المدة.

(١٢) قوله: "باب" لما كان وقت استحقاق الأجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع، وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن أفراد باب لبيان وقت استحقاق الأجرة، وما يتعلق به من المسائل. (نت)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "الأجرة لا تجب إلخ" المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء، فإنه عقد معاوضة، فيعتبر فيه المساواة، ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء، فكذلك في جانب العوض. (كفاية)

(١٥) أي تملك.

وقال الشافعي: تملك بنفس العقد؛ لأن المنافع المدومة صارت موجودة^(١) حكماً ضرورة تصحيح العقد، فثبت الحكم^(٢) فيمط يقابله من البديل. ولنا^(٣): أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا^(٤)، والعقد^(٥) معاوضة، ومن قضيتها^(٦) المساواة^(٧)، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الآخر^(٨)، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية، وكذا إذا شرط التعجيل، أو عجل من غير شرط، لأن المساواة يثبت حقاً له^(٩)، وقد أبطله^(١٠). وإذا قبض المستأجر الدار، فعليه الأجر^(١١) وإن لم يسكنها؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور، فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به^(١٢)، فإن غصبها^(١٣) غاصب من يده^(١٤) سقطت الأجرة^(١٥)؛ لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم النفعة للتمكن من الانتفاع، فإذا فات التمكن فات التسليم، وانفسخ العقد، فيسقط الأجر.

(١) قوله: "صارت [ولو لم تكن موجودة كان ديناً بدين، وهو حرام] إلخ" فيه أن جعل المدوم موجوداً في الشرع إنما يكون فيما إذا دعت الضرورة إليه، وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة إليه، لإمكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح، وهو إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول، ثم انعقاد العقد في حق العقود عليه على حسب حدوث المنافع وإقامة السبب مقام المسبب أصل شائع في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقة. (نتائج)

(٢) أي الملك.

(٣) قوله: "ولنا إلخ" وفائدة الخلاف أنه عندنا لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال، ولو كانت الأجرة عهداً، وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال، وعندنا له ولاية المطالبة في الحال، ويعتق عليه في الحال. (عيني)

(٤) في أول هذا الكتاب.

(٥) أي عقد الإجارة.

(٦) معاوضة.

(٧) بين البديلين.

(٨) وهو الأجرة.

(٩) أي للمستأجر.

(١٠) بشرط التعجيل، أو بالتعجيل من غير شرط.

(١١) قوله: "فعليه الأجر" يعني إذا تمكن من الاستيفاء في المدة، وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقة الاستيفاء، والتمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه، حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة، وقبضها، وأمسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة، فلا أجر عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة. (ك)

(١٢) أي بتسليم المحل.

(١٣) العين المستأجرة.

(١٤) المستأجر.

(١٥) إلا إذا أمكن إخراج الغاصب من الدار بشفاعة وحماية، كما في "التنوير". (مجمع الأنهر)

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط^(١) بقدره؛ إذ الانفساخ في بعضها،
ومن استأجر داراً، فللمؤاجر^(٢) أن يطالبه بأجر كل يوم؛ لأنه^(٣) استوفى منفعة
مقصودة، إلا أن يبين^(٤) وقت الاستحقاق في العقد؛ لأنه^(٥) بمنزلة التأجيل^(٦)،
وكذلك إجارة الأراضي^(٧) لما بينا^(٨). ومن استأجر بعيراً إلى مكة، فللجمال أن
يطالبه بأجرة كل مرحلة^(٩)؛ لأن سير كل مرحلة مقصود، وكان أبو حنيفة يقول
أولاً: لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة، وانتهاء السفر، وهو قول زفر؛ لأن
المعقود عليه جملة المنافع في المدة، فلا يتوزع^(١٠) الأجر^(١١) على أجزاءها، كما إذا كان
المعقود عليه العمل^(١٢). ووجه القول المرجوع إليه: أن القياس استحقاق الأجر ساعة
ساعة، لتحقيق المساواة^(١٣) إلا أن المطالبة في كل ساعة يفضى إلى أن لا يتفرغ لغيره،
فيتضرر^(١٤) به، فقد رناه بما ذكرنا^(١٥).

قال^(١٦): وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجرة حتى يتفرغ من العمل؛ لأن
العمل في البعض غير منتفع به^(١٧)، فلا يستوجب الأجر به، وكذا إذا عمل في بيت

(١) الأجر.

(٢) قوله: "فلمؤاجر" قال السغناقي في "النهاية": الصواب أن يقال: فللمؤجر، لأن قولنا: أجر الدار هو أفعل لا
فاعل، واسم الفاعل منه مؤجر لا المؤاجر، قلت: قد بينا في ما سبق أن المؤاجر ليس بفاعل من أجر، وإنما هو فاعل من
واجر، وقد بينت أنه لغة العوام، فإنهم يقولون: واجر مقام أجر. (عيني)

(٣) المستأجر.

(٤) المستأجر.

(٥) البيان.

(٦) والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل.

(٧) قوله: "وكذلك إجارة الأراضي" يعني إذا أجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم، لأنه منفعة
مقصودة إلا إذا بين وقت الاستحقاق، فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت، لأنه بمنزلة التأجيل. (عيني)

(٨) هو قوله: لأنه منفعة مقصودة إلخ.

(٩) أى منزل، كذا في "الغياث".

(١٠) أى فلا ينقسم.

(١١) أى استحقاقاً.

(١٢) كما في الخياطة فإن الخياطة لا يستحق الأجر قبل الفراغ.

(١٣) بين البدلين.

(١٤) المستأجر.

(١٥) من اليوم في الدار أو المرحلة في البئر.

(١٦) أى القدورى. (عيني)

المستأجر لا يستوجب^(١) الأجر قبل الفراغ لما بينا^(٢)، قال: إلا أن يشترط التعجيل؛ لما مر أن الشرط فيه لازم.

قال: ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته^(٣) قفيزاً^(٤) من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر، حتى يخرج الخبز من التنور؛ لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له^(٥) للهلاك قبل التسليم، فإن أخرجه^(٦)، ثم احترق^(٧) من غير فعله فله الأجرة؛ لأنه^(٨) صار مسلماً بالوضع في بيته، ولا ضمان عليه^(٩)، لأنه لم يوجد منه الجناية.

قال رضى الله عنه^(١٠): وهذا^(١١) عند أبي حنيفة، لأنه أمانة في يده^(١٢)، وعندهما يضمن^(١٣) مثل دقيقه، ولا أجر له، لأنه مضمون عليه، فلا يبرأ^(١٤) إلا بعد

(١٧) قوله: "لأن العمل في البعض إلخ" هذا يشير إلى أنه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته، لأنه منتقم به. (عيني)

(١) قوله: "لا يستوجب" هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب من "المبسوط" و"الذخيرة"، و"المغنى"، و"شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام قاضى خان، والتمر تاشى، والفوائد الظهيرية، فإنه ذكر في "المبسوط" في باب من استأجر أجييراً يعمل له في بيته، وقال: لو استأجر خياطاً يخط له في بيت المستأجر قميصاً، وخاط بعضه، فسرق الثوب فله الأجر بقدر ما خاطه، فإن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه، ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وذكر الإمام قاضى خان: وكذا لو استأجر خياطاً يخط له في منزله كلما عمل عملاً يستحق الأجرة بقدره، ولكن نقل من التجريد أن الحكم قد ذكر فيه، كما ذكر في الكتاب، فيحتمل أن المصنف اتبم صاحب "التجريد" أبا الفضل الكرماني. (نهاية)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن العمل في البعض.

(٣) أى في بيت المستأجر. (ك)

(٤) القفيز ثمانية مكايك، والمكوك صاع ونصف. (عيني)

(٥) قوله: "فلا أجر له" وفي "المبسوط" وهو ضامن لأن هذا جناية يد. (عيني)

(٦) من التنور.

(٧) بنار أخرى، أو رماه أحد في التنور.

(٨) بعد الفراغ من العمل بالإخراج.

(٩) قوله: "ولا ضمان عليه" قيل: هذا قول الكل، أما عند أبي حنيفة فلأنه لم يهلك بصنعه، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم، وذكر القدورى في شرحه أن على قولهما يجب الضمان، لأنه أجيير مشترك، والعين في يده أمانة عنده مضمونة عندهما يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم، وهو اختيار صاحب "الهداية" كالغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالتسليم دون الوضع في بيته. وقال القدورى رحمه الله تعالى: لا ضمان عليه في الخطب والملح عندهما، لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه، وحال ما وجب الضمان عليه لا قيمة كذا في "الذخيرة". (ك)

(١٠) أى المصنف.

(١١) أى عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج.

(١٢) إلى وقت حقيقة التسليم.

حقيقة التسليم^(١١)، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الأجر، قال: ومن استأجر طباًخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه^(١٢) اعتباراً للعرف.

قال: ومن استأجر^(١٣) إنساناً ليضرب له لبناً^(١٤) استحق الأجرة إذا أقامها^(١٥) عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يستحقها^(١٦) حتى يشرجها^(١٧)؛ لأن التشريع^(١٨) من تمام عمله، إذ لا يؤمن من الفساد قبله، فصار كإخراج الخبز من التنور، ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفاً، وهو المعتبر فيما لم ينص عليه.

ولأبي حنيفة: أن العمل قد تم بالإقامة، والتشريع عمل زائد كالنقل، ألا ترى أنه يتتبع به^(١٩) قبل التشريع بالنقل إلى موضع العمل^(٢٠). بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه^(٢١) طين منتشر، وبخلاف الخبز، لأنه غير متتبع به قبل الإخراج^(٢٢).

قال^(٢٣): وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ^(٢٤) عن عمله حتى يستوفى الأجر؛ لأن المعقود عليه وصف قائم في

(١٣) أى صاحب الدقيق إن شاء.

(١٤) بوضعه فى بيته.

(١) والوضم فى بيته ليس كذلك. (عناية)

(٢) قوله: "فالغرف [بفتح الغين المعجمة: هو جعل الطعام فى القصعة. عين] عليه" أى إخراج المرقعة من القدورى إلى القصاع عليه، وإن استوجرت بطبخ قدر خاص، فأخرج المرقعة من القدر ليس عليه، كذا فى "الإيضاح". (كفاية)

(٣) هذه من القدورى.

(٤) هو الأجر النبئ.

(٥) قوله: "إذا أقامها" يريد بالإقامة النصب عند الجفاف، وبالتشريع أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف.

(مضمرات)

(٦) قوله: "وقالوا: لا يستحقها إلخ" فائدة الخلاف أنه إذا أفسد المطر قبل التشريع، أو انكسر فله أجر عنده، خلافاً لهما، وفى "المبسوط" هذه كله إذا كان يقسم العمل فى ملك المستأجر، أما فى غير ملكه فيما لم يعد عليه، ويسلمه إليه لا يستحق الأجر بالاتفاق، حتى لو فسد قبل العد لا أجر له. (عيني)

(٧) تشريع اللبن تنزيده، وضم بعضه إلى بعض. (مغرب)

(٨) بعد الجفاف.

(٩) اللبن.

(١٠) أى العمارة.

(١١) اللبن.

(١٢) من التنور.

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١٤) قوله: "فله أن يحبس إلخ" أما القصار فإن كان يقصر بالشاستج، أو بياض البيض فله حق الحبس، لأنه اتصل بالثوب مال قائم كما فى الصبغ، فأما إذا كان بياض الثوب لا غير فقد قيل: ليس له حق الحبس، لأن البياض الذى حدث

الثوب، فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع^(١)، ولو حبسه^(٢) فضاع فى يده لا ضمان عليه عند أبى حنيفة، لأنه غير متعد فى الحبس^(٣)، فبقى أمانة^(٤) كما كان^(٥) عنده، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم^(٦).

وعند أبى يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنه^(٧) بالخيار إن شاء ضمنه قيمته^(٨) غير معمول^(٩)، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه معمولاً، وله الأجر، وسنين من بعد^(١٠) إن شاء الله تعالى.

قال^(١١): وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال، والملاح^(١٢)؛ لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو غير قائم فى العين، فلا يتصور حبسه، فليس له ولاية الحبس، وغسل الثوب^(١٣) نظير الحمل^(١٤)، وهذا بخلاف الأبق^(١٥)، حيث يكون للراد حق حبسه^(١٦) لاستيفاء الجعل^(١٧) ولا أثر^(١٨)

فى الثوب غير مضاف إلى عمله بل البياض كان حاصلًا، ولكن استتر بالدرن والوسخ، فزال ذلك بعمله، فظهر البياض الذى كان فى الأصل. وقيل: له حق الحبس لأن ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ، فيقع العمل أحيانًا وصفة البياض من حيث المعنى، فيكون له حق الحبس كما فى الخياطة. (ك)

(١) قوله: "كما فى المبيع" حيث يجوز للبائع حبسه عن المشتري حتى يقبض الثمن. (عيني)

(٢) العين.

(٣) والضمان إنما هو على المتعدى.

(٤) بعد الحبس.

(٥) أى كما كان أمانة عنده قبل الحبس.

(٦) إلى المالك.

(٧) أى رب الثوب.

(٨) الثوب.

(٩) أى غير مصبوغ، أو غير مقصور.

(١٠) فى باب ضمان الأجير. (٤)

(١١) أى القدرى. (عيني)

(١٢) المتولى أمر السفن.

(١٣) قوله: "وغسل الثوب [أى بمجرد إزالة الدرّن. ميرجان]" وغاسل الثوب أى لتطهيره لا لتحسينه، مجتبي،

فليحفظ لا يحبس العين للأجر. (در مختار)

(١٤) يعنى إذا لم يستعمل فى الغسل شيئًا من النشاستج وغيره.

(١٥) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" جواب عما يقال: الأبق إذا رده إنسان كان له حق الحبس، وإن لم يكن بعمله أثر

قائم فى العين. (عيني)

(١٦) الأبق.

(١٧) الجعل [مزد أى جلد. كنز] إذا أبق مملوك، فرده رجل على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدًا، فله

لعمله^(١)؛ لأنه^(٢) كان على شرف^(٣) الهلاك، وقد أحياه^(٤)، فكأنه^(٥) باعه^(٦) منه^(٧)، فله^(٨) حق الحبس^(٩)، وهذا الذى ذكرناه^(١٠) مذهب علماءنا الثلاثة. وقال زفر: ليس له حق الحبس فى الوجهين^(١١)، لأنه وقع التسليم^(١٢) باتصال المبيع^(١٣) بملكه^(١٤)، فيسقط حق الحبس.

ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل، فلم يكن^(١٥) هو راضياً به^(١٦) من حيث إنه تسليم، فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضاء البائع^(١٧). قال^(١٨): وإذا شرط^(١٩) على الصانع^(٢٠) أن يعمل بنفسه فليس له^(٢١) أن يستعمل

عليه جعله أربعون درهماً، وإن رده لأقل من ذلك فيحسابه، وإن كانت قيمته أقل من أربعين قضى له بقيمته إلا درهماً. (قدورى)

(١٨) الواو حالية.

(١) الراد.

(٢) الآبق.

(٣) شرف بر امر بزرگ رسیدن از خیر یا از شر. (من)

(٤) قوله: "وقد أحياه [رده إلى المالك]" والإحياء الذى يتصور من العباد تخليص من أشرف على الهلاك إذ الإحياء الحقيقى من خواص الألوهية. (ك)

(٥) الراد.

(٦) الآبق.

(٧) المالك.

(٨) الراد.

(٩) كالبائع له حبس المبيع.

(١٠) أى حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر.

(١١) قوله: "فى الوجهين" أى سواء كان لعمله أثر أو لم يكن، لأن المبيع وقع فى يد المشتري برضا البائع قبل نقد الثمن، فيبطل حقه فى الحبس كما إذا عمل فى بيت صاحب الثوب، وهذا لأن المبيع ههنا إما أثر عمله فى العين، كما فى الخياطة، أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ، وقد وقع فى يد المشتري، أى صاحب الثوب برضا البائع، وهو كمن استقرض من آخر كر حنطة، وأمر بإلقاءها فى أرضه بذرا ففعل صار قابضاً. (ك)

(١٢) من الصانع.

(١٣) معقود عليه.

(١٤) المستأجر.

(١٥) الصانع.

(١٦) أى باتصال المعقود عليه بملكه.

(١٧) فلا يسقط به حق الحبس للبائع.

(١٨) أى القدورى. (عينى)

(١٩) قوله: "إذا شرط إلخ" صورة ما إذا شرطه على الصانع أن يعمل بنفسه أن يقول: استأجرتك لتخيط هذا

الثوب بنفسك، أو بيدك. (ك)

غيره؛ لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه^(١)، فيستحق عنه كالمنفعة في محل بعينه^(٢)، وإن أطلق له العمل^(٣)، فله أن يستأجر من يعمل له؛ لأن المستحق عمل في ذمته، ويمكن إيفاء بنفسه، وبالإستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين^(٤).

فصل^(٥)

ومن استأجر رجلاً ليذهب إلى البصرة، فيجىء بعِياله، فذهب ووجد بعضهم قد مات، فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه^(٦)؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه^(٧)، فيستحق العوض بقدره^(٨)، ومراده^(٩) إذا كانوا معلومين^(١٠).

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة، ويجىء بجوابه، فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده^(١١)، فلا أجر له؛ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: له الأجر في الذهاب^(١٢)؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة^(١٣)، وهذا

(٢٠) مثل أن يقول: على أن تعمل بنفسك أو بيدك.

(٢١) قوله: "فليس له إلخ" فيه تأمل، لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن، أو سلم دابة أقوى عن ذلك كان ينبغي أن يجوز. (عناية)

(١) قوله: "في محل بعينه" أراد بالمحل نفس الصانع يعنى شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غير، فلا يجوز أن يستعمل غيره. (عيني)

(٢) قوله: "كالمنفعة في محل بعينه" كان استأجر دابة بعينها للحمل، فإنه ليس للمؤجر أن يسلم غيرها، وكمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلاماً غيره. (عيني)

(٣) قوله: "وإن أطلق إلخ" بأن يقول: استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدراهم، فهذا من قبيل إطلاق العمل عرفاً، وإن كان المذكور خياطته لفظاً. (كفاية)

(٤) فإن الإيفاء يحصل من المديون وبالتبرع من آخر.

(٥) قوله: "فصل" لما ذكر استحقاق تمام الأجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الأجر، أو بعضه، وعقبه لأصل الباب، لأن استحقاق تمام الأجر هو الأصل، والنقصان لعارض. (٤)

(٦) قوله: "فله الأجر بحسابه" وقال تاج الشريعة: أي أجرة الذهاب بكمالها، وأجرة الهجاء بقدره، لأن الأجر مقابل ينقل العيال، لا يقطع المسافة، ولهذا لو ذهب ولم ينقل واحداً منهم لا يستوجب شيئاً. (عيني)

(٧) وبطل بقدر ما لم يوف. (ك)

(٨) أي بقدر ما أوفى.

(٩) أي مراد القدورى. (٤)

(١٠) قوله: "إذا كانوا إلخ" يعنى كان عدد عياله معلوماً قيد به لأنهم إذا كانوا غير معلومين يستحق جميع

الأجرة. (عيني)

(١١) أي رد الكتاب قيد به لأنه لو ترك الكتاب ثمة يستحق أجر الذهاب.

(١٢) قوله: "له الأجر في الذهاب" كما لو لم يرد الكتاب، وكما لو كان رسولا بلا كتاب، فذهب، ولم يجد

المرسل إليه، أو جده إلا أنه لم يبلغه الرسالة، ورجع له الأجر بالإجماع.

وذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى، قيد بالذهاب بالكتاب ليشير به إلى أن هذا

لأن الأجر مقابل به^(١) لما فيه^(٢) من المشقة دون حمل الكتاب لحفة مؤنته .
ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب، لأنه^(٣) هو المقصود^(٤)، أو وسيلة إليه^(٥)،
وهو^(٦) العلم بما في الكتاب^(٧)، لكن الحكم معلق به^(٨)، وقد نقضه^(٩)،
فيسقط الأجر كما في الطعام^(١٠)، وهي^(١١) المسألة التي تلي هذه المسألة^(١٢).

وإن ترك الكتاب في ذلك المكان، وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع؛ لأن
الحمل لم ينتقض^(١٣). وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب، فوجد
فلاناً ميتاً فرده^(١٤)، فلا أجر له في قولهم جميعاً؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه، وهو
حمل الطعام^(١٥)، بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد، لأن المعقود عليه هناك^(١٦)
قطع المسافة على ما مر^(١٧)، والله أعلم بالصواب.

الحكم فيما إذا استأجره للذهاب بشيء ليس له حمل ومؤنة، وقيد المجيء بالجواب، لأنه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب
وترك الكتاب ثمة فيما إذا كان ميتاً، أو غائباً فإنه يستحق الأجر كاملاً. (ك)

(١٣) ذهاباً.

(١) أى بقطع المسافة.

(٢) أى فى قطع المسافة.

(٣) أى لأن نقل الكتاب.

(٤) لما فيه من تعظيم المكتوب إليه، وصلة الرحم.

(٥) قوله: "أو وسيلة إليه" أى وسيلة إلى المقصود لأن إعلام ما فيه لا يتصور إلا بنقل الكتاب. (مل)

(٦) أى المقصود.

(٧) أى وجوب الأجرة.

(٨) أى بنقل الكتاب. (ك)

(٩) قوله: "وقد نقضه [أى نقض الأجير نقل الكتاب، لأنه رده]" أى نقل الكتاب إما حقيقة، فظاهر، وإما اعتباراً،
فلأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى ورثته فينتفعون به، أو الكاتب ينتفع به، فإذا رد فأت ما هو المقصود
بالإجارة، فيكون ناقضاً للعمل اعتباراً. (ك)

(١٠) قوله: "كما فى الطعام" أى كما يسقط الأجرة فيما إذا استأجر ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة، فذهب به،
ووجد ميتاً فرده، فإنه لا أجر له بالاتفاق كما سيجىء. (عينى)

(١١) أى مسألة الطعام.

(١٢) أى مسألة نقل الكتاب.

(١٣) قوله: "لأن الحمل [أى حمل الكتاب ونقله] لم ينتقض" لأن ترك الكتاب ثمة مفيد لأنه ربما يصل إلى
ورثته، فينتفعون به. (عينى)

(١٤) الطعام.

(١٥) إلى الموضع الذى عينه.

(١٦) أى فى مسألة نقل الكتاب.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها^(١)

قال^(٢): ويجوز استئجار الدور والحوانيت^(٣) للسكنى^(٤) وإن لم يبين ما يعمل فيها؛ لأن العمل المتعارف فيها السكنى، فينصرف^(٥) إليه^(٦)، وأنه لا يتفاوت^(٧)، فصح العقد، وله أن يعمل كل شيء^(٨)؛ للإطلاق^(٩)، إلا أنه لا يسكن حدّاداً، ولا قصّاراً^(١٠)، ولا طحاناً^(١١)؛ لأن فيه ضرراً ظاهراً، لأنه يوهن^(١٢) البناء، فيتقيد العقد بما وراءها دالة.

قال: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة؛ لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها^(١٣)، وللمستأجر الشرب^(١٤) والطريق وإن لم يشترط؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع، ولا انتفاع إلا بهما، فيدخلان في مطلق العقد^(١٥)، بخلاف البيع^(١٦)، لأن المقصود منه^(١٧)

(١٧) من قوله: لأنه أوفى بعض الخ.

(١) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها، ووقت استحقاق الأجرة ذكر ههنا ما يجوز من الإجارة بإطلاق اللفظ، وتقييده، وذكر أيضاً من الأفعال ما يعد خلافاً من الأجير للموجب، وما لا يعد خلافاً. (نت)

(٢) أى القدورى. (عبنى)

(٣) حانوت: دكان.

(٤) قوله: "للسكنى" قال تاج الشريعة: للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى، إلا أن يقول زمان العقد: استأجرت هذه الدار للسكنى، فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى، وصورة المسألة ما قال: استأجرت هذه الدار بكذا شيئاً، ولم يبين شيئاً بعمل فيها السكنى، أو غيره. (عبنى)

(٥) المطلق.

(٦) أى إلى السكنى.

(٧) قوله: "وأنه [أى السكنى] لا يتفاوت" أى غالباً، جواب عما عسى أن يقال: سلمنا أن السكنى متعارف، لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان، فلا بد من بيانه. (عبنى)

(٨) قوله: "كل شيء [من أعمال السكنى]" أى مما لا يضر بالبناء، وذلك نحو الوضوء وغسل الثوب، وكسر الحطب ووضع الأمتعة، ونحو ذلك. (ك)

(٩) أى لإطلاق العقد.

(١٠) قصر الثياب أن يجمعها القصار فيغسلها. (مغرب)

(١١) قوله: "ولا طحاناً [طحان كشداد آسيا بان. من]" لأن فى نصب الرحى ضرراً، والمراد بالرحى رحى الماء، ورحى الفور، أما رحى اليد فلا ينعم من النصب فيها، لأن هذا لا يضر البناء، وهو من توابع السكنى عادة، فلا بد منه. (تبيين)

(١٢) أى يضعف، توهين: سست گر دانيدن. (من)

(١٣) الأراضي.

(١٤) قوله: "الشرب [أى النصيب من الماء]" فى "المغرب": الشرب - بالكسر - النصيب من الماء، وفى الشريعة: ع: عن نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع والدواب. (منافع)

(١٥) وإن لم يذكر.

ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال، حتى يجوز بيع الجحش^(١) والأرض السبخة^(٢) دون الإجارة، فلا يدخلان فيه^(٣) من غير ذكر الحقوق، وقد مر في البيوع^(٤).

ولا يصح العقد^(٥) حتى يسمى ما يزرع فيها؛ لأنها قد تستأجر للزراعة، ولغيرها^(٦) وما يزرع فيها متفاوت^(٧)، فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة.

ويقول: على أن يزرع فيها ما شاء؛ لأنه لما فوض الخيرة إليه^(٨) ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، ويجوز أن يستأجر المساحة^(٩) ليبنى فيها، أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً^(١٠)؛ لأنها منفعة تقصد بالأراضي.

ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه^(١١) أن يقلع البناء والغرس، ويسلمها فارغة^(١٢)؛ لأنه لا نهاية لها^(١٣)، ففي إبقائها^(١٤) إضرار بصاحب الأرض، بخلاف ما إذا انقضت المدة^(١٥) والزرع^(١٦) بقل^(١٧) حيث تترك^(١٨) بأجر المثل إلى زمان

(١٦) يعنى لا يدخلان فيه إلا بالذكر.

(١٧) أى من البيع.

(١) بجهه خر وبجهه اسب.

(٢) قوله: "والأرض السبخة [هى الأرض التى لا تثبت شيئاً]" سبخة محركة ويسكن: زمين شوره ناك، سبخة - بكسر الباء - مثله. (من)

(٣) أى فى البيع.

(٤) فى باب الحقوق.

(٥) أى عقد استئجار الأرض للزراعة.

(٦) كالبناء وغرس الأشجار.

(٧) قوله: "وما يزرع فيها متفاوت [لأن البعض يضر بالأرض، والبعض لا]" لأن الأرض قد يستأجر لزراعة البر، ولزراعة الشعير، ولزراعة الذرة والأرز وغيرها، وبعضها يضر بالأرض، لأن البعض قريب الإدراك، والبعض بعيد، أو لأن البعض يضر بالأرض كالذرة والبعض لا يضره كالبطيخ، فما لم يبين شيئاً من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوماً، وإعلام المعقود عليه شرط جواز الإجارة. (ك)

(٨) أى إلى المستأجر.

(٩) هى الأرض الخالية عن البناء والشجر.

(١٠) من قبيل عطف العام على الخاص أقحمه لدفع توهم التخصيص.

(١١) المستأجر.

(١٢) قوله: "ويسلمها" أى يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغرس. (عينى)

(١٣) أى للبناء والغرس.

(١٤) أى الأرض.

(١٥) أى مدة الإجارة.

(١٦) الواو حالية.

الإدراك^(١)؛ لأن لها نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانين^(٢).

قال^(٣): إلا أن يختار صاحب الأرض^(٤) أن يغرم له^(٥) قيمة ذلك^(٦)

مقلوعاً^(٧)، ويتملكه^(٨) فله ذلك، وهذا برضا صاحب الغرس^(٩) والشجر، إلا أن

ينقص الأرض بقلعها، فحينئذ^(١٠) يملكها^(١١) بغير رضاه^(١٢)، قال^(١٣): أو يرضى

بتركه على حاله، فيكون البناء لهذا، والأرض لهذا؛ لأن الحق له، فله أن لا

يستوفيه. قال: وفي "الجامع الصغير"^(١٤): إذا انقضت مدة الإجارة، وفي الأرض

رطبة^(١٥)، فإنها تعلق؛ لأن الرطاب لا نهاية لها، فأشبهه الشجر.

قال^(١٦): ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل؛ لأنه^(١٧) منفعة معلومة

(١٧) سبزه.

(١٨) الأرض.

(١) أدرك الشيء رسيد وقت آن ومنتهى شد. (من)

(٢) قوله: "فأمكن رعاية الجانين" أى رعاية جانب صاحب الأرض بأجر المثل، وجانب صاحب الزرع بالترك. (عيني)

(٣) أى القدورى. (عيني)

(٤) قوله: "إلا أن يختار الخ" يعنى عند مضى المدة يجب عليه قلع البناء والغرس، إلا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء

والغرس مقلوعاً. (تبيين)

(٥) أى لصاحب الشجر أو البناء.

(٦) الشجر والبناء.

(٧) أى مرمياً على الأرض.

(٨) أى يتملك كل واحد من البناء والشجر.

(٩) قوله: "صاحب الغرس" الغرس أعم من الشجر فإن الشجر اسم لما له ساق، والغرس يتناول لما له ساق، وما

ليس له ساق، والحكم فى النوعين سواء. (عيني)

(١٠) أى حين وجود نقض الأرض بالقلع.

(١١) الأشياء المذكورة.

(١٢) المستأجر.

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١٤) قوله: "وفى الجامع الصغير" أورد مسألة "الجامع الصغير" لبيان أن الرطبة كالشجر. (عناية)

(١٥) قوله: "رطبة" قال فى "المغرب": الرطبة بالفتح الإسفست والجمع رطاب، ومنه حذيفة وابن حنيف

رضى الله عنهما ولفظاً على كل جريب من أرض الزرع درهما، ومن أرض الرطبة خمسة دراهم، وفى كتاب العشر

البقول غير الرطاب، فإتاما البقول مثل الكراث ونحو ذلك، والرطاب هو القشاء والبطيخ والباذنجان، وما يجرى مجراه،

والأول هو المذكور فيما عندى من كتب اللغة فحسب، انتهى.

وقال فى "الدر المختار": ثم المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الأرض أبداً، وإنما يقطف ورقه، ويباع أو زهره، وأما إذا

كان له نهاية معلومة كما فى الفجل والجزر والباذنجان، فينبغى أن يكون كالزرع يترك بأجر المثل إلى نهايته، كذا حرره

المصنف فى حواشى "الكنز"، وقواه بما فى معاملة الخانية، فليحفظ.

معهودة، فإن أطلق الركوب^(١) جاز له^(٢) أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق، ولكن إذا ركب بنفسه، أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره؛ لأنه^(٣) تعين مراداً من الأصل^(٤)، والناس متفاوتون في الركوب، فصار كأنه نص^(٥) على ركوبه، وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس، وأطلق^(٦) فيما ذكرنا^(٧) لإطلاق اللفظ، وتفاوت الناس في اللبس. وإن قال: علي أن يركبها فلان، أو يلبس الثوب فلان، فأركبها غيره، أو ألبسه غيره، فعطب^(٨) كان ضامناً؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس، فصح التعيين، وليس له أن يتعداه^(٩)، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا^(١٠)، فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل^(١١) إذا شوط سكنى واحد، فله أن يسكن غيره، لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت، والذي يضرر بالبناء^(١٢) خارج^(١٣) على ما ذكرناه^(١٤).

(١٦) أي القدوري. (عيني)

(١٧) أي لأن كل واحد من الركوب والحمل.

(١) قوله: فإن أطلق [أي لم يقيد بركوب شخص] الركوب إلخ" المراد بقوله: فإن أطلق الركوب هو أن يقول: علي أن يركب من شاء، وأما لو قال: استأجرت للركوب فالعقد فاسد، لأنه مما يختلف اختلافاً فاحشاً، فإن أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل، لأنه استوفى العقود عليه بعقد فاسد ولا ينقلب إلى الجواز، كما لو اشترى شيئاً بخمر، أو خنزير. وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزاً، لأن الفساد كان للجهالة، وقد ارتفعت حالة الاستعمال، فكانها ارتفعت من الابتداء لأنها عقد ينقصد ساعة فساعة، فكل جزء منه ابتداء، ولو ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد، فكذا ههنا. (٤)

(٢) أي للمستأجر.

(٣) أي لأن ركوبه بنفسه، أو إركابه أحداً.

(٤) أي الإطلاق والتعميم.

(٥) الابتداء.

(٦) أي عمم ولم يقيد بلبس شخص.

(٧) أي في حكم العموم، فله أن يلبس من شاء.

(٨) الدابة أو الثوب.

(٩) فإذا تعدى ضمن.

(١٠) من تفاوت الناس.

(١١) كالببوت.

(١٢) قوله: "والذي يضر إلخ" أي فإن قيل: قد يتفاوت السكان أيضاً، فإن سكنى بعض يتضرر كالحداد ونحوه، أجاب بقوله: الذي يضر البناء إلخ. (عناية)

(١٣) كالقصار والحداد لا يتناول مطلق السكنى. (ك)

(١٤) إشارة إلى قوله: إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً. (ك)

قال (١) : وإن سمي نوعاً، وقدرأ معلوماً يحمله على الدابة، مثل أن يقول :

خمسة أقفزة حنطة، فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر (٢)، أو أقل (٣) كالشعير (٤) والسسم (٥)؛ لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت (٦)، أو لكونه خيراً من الأول (٧)، وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالمالح والحديد، لانعدام الرضا به (٨). وإن استأجرها (٩) ليحمل عليها قطناً سماه، فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً؛ لأنه ربما يكون أضر بالدابة، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره، والقطن ينسط على ظهره.

قال (١٠) : وإن استأجرها ليركبها، فأردف معه (١١) رجلاً (١٢)، فعبطت ضمن نصف قيمتها (١٣)، ولا معتبر بالثقل (١٤)؛ لأن الدابة قد يعقرها (١٥) جهل الراكب

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "مثل الحنطة الخ" كما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة، فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرى. (ك)

(٣) ضرراً.

(٤) قوله: "كالشعير" بأن استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير أو سسم، فإن مثل كيل حنطة من الشعير يكون أخف على الدابة حتى قيل: لو سمي مقداراً من الحنطة وزناً فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذه الحنطة، وأما مثل كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذه الحنطة، وفي "الذخيرة": وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه لا يضمن استحساناً، ثم قال: وهو الأصح. (ك)

(٥) كل واحد ينصرف إلى الأقل، ومثال له. (عيني)

(٦) يعني به إذا كان مثلاً. (٦)

(٧) يعني إذا كان أقل ضرراً. (٦)

(٨) قوله: "لانعدام الرضا به [وفي نسخة: فيه]" لأنه يجتمع في موضع واحد، فيدق ظهر الدابة. (مل)

(٩) قوله: "وإن استأجرها" وإنما ذكره مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير الكيل، وهذا نظير الوزن. (٦)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "فأردف الخ" قيد بالإرداف لأنه لو ركبها، وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة، وإن كانت الدابة تطيق ذلك لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد، فيكون أشق عليها، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً. (عيني)

(١٢) قوله: "رجلاً" إنما قيد بكونه رجلاً لأنه إذا أردف صبياً ضمن بقدر ثقله إذا كان لا يستمسك بنفسه، لأنه بمنزلة الحمل. (عناية)

(١٣) قوله: "ضمن نصف قيمتها" وعليه الأجر كاملاً لاستيفاء المعقود عليه، فإن ركوبه لا يختلف بأن يردف معه غيره، أو لا يردف، ثم للمالك الخيار في ذلك إن شاء ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديف، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجراً كان أو مستعيراً، وإن ضمن الرديف رجع هو على المستأجر إن كان ذلك الرديف مستأجراً، وإن كان مستعيراً لا يرجع عليه. (ك)

(١٤) خلاف الحفة، ثقل كعنب گراني. (من)

الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية^(١)، ولأن الأدمى غير موزون^(٢)، فلا يمكن معرفة الوزن، فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة^(٣) في الجنائيات.

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت ضمن ما زاد الثقل^(٤)؛ لأنها عطبت بما هو مأذون فيه، وما هو غير مأذون فيه، والسبب الثقل، فانقسم عليهما^(٥)، إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة، فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة^(٦).

وإن كبج^(٧) الدابة بلجامها، أو ضربها، فعطب ضمن عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً^(٨)؛ لأن المتعارف^(٩) مما يدخل تحت مطلق العقد^(١٠)، فكان حاصله بإذنه، فلا يضمنه. ولأبي حنيفة أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما^(١١) وهما للمبالغة^(١٢)، فيقيد^(١٣) بوصف السلامة

(١٥) العقر بالفتح الجرح كذا في "الصحاح". (رد المختار) عقر بالفتح خسته كردن وپست ريش كردن ستور را. (من)

(١) قوله: "بالفروسية" أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب، كيف يقعد على ظهر الدابة، وكيف يضم فخذه، وكيف يحيط رجله، وكيف يمسك اللجام والختام. (عيني)
(٢) عادة.

(٣) قوله: "كعدد الجناة" فإنه إذا جرح رجل رجلاً جراحة واحدة، والآخر عشر جراحات خطأ، فمات فالدية بينهما أنصافاً، لأن رب جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات. (عناية)
(٤) إذا كان حملاً يطيق مثلها حملها.

(٥) قوله: "فانقسم عليهما" مثل أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة، فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزء، فيضمن جزء. (كفاية)

(٦) قوله: "لخروجه عن العادة" كما إذا كانت الزيادة عن خلاف الجنس المسمى كمن استأجرها ليحمل عليها خمسة أقفزة من شعير، فحملها مثل كيله حنطة فإنه يضمن جميع قيمتها لعدم الإذن بخلاف ما إذا كانت مثل حبسه، لأنه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة، فيوزع الضمان. ونوقض بما لو استأجر ثوراً ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة، فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع، وإن كانت الزيادة من الجنس.
وأجيب بأن الطحن إنما يكون شيئاً فشيئاً فإذا طحن العشرة، انتهى الإذن، فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن، فيضمن بالجميع. (عناية)

(٧) كبج اللجام: جذبه إلى نفسه عنقاً، أى جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى. (شرح وقاية)

(٨) وأما في غير المتعارف فالضمان بالإجماع.

(٩) أى الكبج المتعارف أو الضرب المتعارف.

(١٠) قوله: "مما يدخل تحت مطلق العقد" لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وربما لا ينقاد الدابة إلا به، فيكون الإذن ثابتاً منه بالعرف. (كفاية)

(١١) أى بدون الكبج والضرب.

(١٢) فى السير.

(١٣) الإذن.

كالمرور في الطريق^(١).

وإن استأجرها إلى الحيرة^(٢)، فجاوز بها إلى القادسية، ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت^(٣) فهو ضامن، وكذلك العارية^(٤)، وقيل: تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائئاً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة، فلا يصير^(٥) بالعود^(٦) مردوداً إلى يد المالك معنى^(٧)، أما إذا استأجرها ذاهباً وجائئاً يكون بمنزلة المودع إذا خالف^(٨)، ثم عاد إلى الوفاق. وقيل: الجواب مجرى على الإطلاق^(٩)، والفرق^(١٠) أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً، فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق^(١١)، فحصل الرد إلى يد نائب المالك^(١٢)، وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال^(١٣) لا مقصوداً، فإذا انقطع الاستعمال^(١٤) لم يبق^(١٥) هو نائباً^(١٦)، فلا يبرأ بالعود^(١٧)، وهذا^(١٨) أصح.

(١) أى المرور في طريق العامة فإنه مقيد بشرط السلامة.

(٢) قوله: "إلى الحيرة" بالكسر: مدينة كان يسكنها النعمان ابن المنذر، وهى على رأس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلاً، كذا فى "المغرب". (ك)
(٣) هلكت.

(٤) قوله: "وكذلك العارية" أى إذا استعار دابة إلى موضع معلوم، وجاوز عنها، ثم عاد إليها، ثم هلكت يضمن. (ك)

(٥) المستأجر.

(٦) من القادسية إلى الحيرة.

(٧) قوله: "مردوداً إلى يد المالك معنى" فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك، والرد إلى النائب رد إلى المالك

معنى. (٤)

(٨) حيث يخرج من الضمان بعد العود.

(٩) قوله: "على الإطلاق" يعنى سواء استأجرها ذاهباً لا جائئاً، أو ذاهباً جائئاً، فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان. (عيني)

(١٠) أى بينه وبين المودع.

(١١) بعد العود إلى الوفاق.

(١٢) أى المودع نفسه، فبرئ من الضمان.

(١٣) قوله: "يصير الحفظ الخ" يريد به أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصداً ونصاً، وإنما أمرهما بالاستعمال والانتفاع، فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع، فإذا جاوز الحيرة صار غاصباً للدابة، ودخلت فى ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان، إلا بالرد على المالك، أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك، ولم يوجد. (ك)

(١٤) بالتجاوز عن الموضع المسمى.

(١٥) فلم يوجد الرد إلى المالك ولا إلى نائبه.

(١٦) أى المستأجر أو المستعير.

(١٧) أى عن الضمان.

(١٨) أى القول الأخير.

ومن اكرتري حماراً بسرج، فنزع ذلك السرج، وأسرجه^(١) بسرج يسرج بمثله الحمر، فلا ضمان عليه؛ لأنه^(٢) إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك، إذ لا فائدة في التقييد بغيره^(٣)، إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن^(٤)، فحينئذ يضمن الزيادة، وإن كان^(٥) لا يسرج بمثله^(٦) الحمر يضمن^(٧)، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته^(٨)، فصار مخالفاً. وإن أوكفه^(٩) بإكاف^(١٠) لا يؤكف بمثله الحمر يضمن؛ لما قلنا في السرج^(١١)، وهذا أولى^(١٢)، وإن أوكفه بإكاف يؤكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة^(١٣)، وقالوا: يضمن بحسابه^(١٤)؛ لأنه إذا كان^(١٥) يؤكف بمثله الحمر كان هو^(١٦) والسرج سواء، فيكون المالك راضياً به، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن، فيضمن الزيادة، لأنه لم يرض بالزيادة^(١٧)، فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من

(١) أسرجت الفرس إسراجاً: زين نهام اسب را. (من)

(٢) أى لأن السرج الثانى.

(٣) قوله: "إذ لا فائدة في التقييد بغيره [هو الذى اكرتري به ونزعه. ك] أى من حيث المنع، أى لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذى عينه صاحبها، إذا كان غيره يماثله. (عيني)

(٤) قوله: "إلا إذا كان الخ" استثناء من قوله: فلا ضمان عليه، يعنى ضمن إذا كان السرج الثانى زائداً على الأول. (عيني)

(٥) السرج الثانى.

(٦) بأن أسرج الحمار بسرج البرذون. (ك)

(٧) القيمة كلها.

(٨) المالك.

(٩) بعد نزع السرج.

(١٠) قوله: "إكاف الحمار بالكسر ويضم: كليم سطر كه زير پالان بر پشت خر نهاند، وپارسى آنرا خوى گير گویند أكف جمع أكف، أكف الحمار إكافاً بست خوى گير رابر پشت خر، كذا فى "منتهى الأرب". وقال فى "رد المحتار": إن هذا المعنى هو الأصل، وفى عرف زماننا الإكاف للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس.

(١١) من أنه لم يتناوله الإذن.

(١٢) قوله: "وهذا [أى الضمان] أولى" لأنه لما ضمن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه، فالضمان بالإكاف مع أنه من خلاف جنسه أولى. (ك)

(١٣) جميع القيمة. (ع)

(١٤) قوله: "وقالوا: يضمن بحسابه" تكلموا فى معنى هذا، فقيل: المراد المساحة حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها.

وقيل: بحسابه فى الثقل والخفة، حتى لو كان وزن السرج منوين، والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثى قيمتها. (عيني)

(١٥) الإكاف.

(١٦) الإكاف.

(١٧) فإن الضمان بالزيادة، فكان متعدداً.

جنسه. ولأبي حنيفة: أن الإكاف ليس من جنس السرج، لأنه للحمل والسرج للركوب^(١)، وكذا ينبسط أحدهما^(٢) على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر، فيكون^(٣) مخالفاً كما إذا حمل الحديد^(٤) وقد^(٥) شرط له الحنطة^(٦).

وإن استأجر حملاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا، فأخذ في طريق غيره^(٧) يسلكه^(٨) الناس فهلك المتاع، فلا ضمان عليه^(٩)، وإن بلغ^(١٠) فله الأجر، وهذا^(١١) إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت، لأن عند ذلك التقييد^(١٢) غير مقيد، أما إذا كان تفاوت^(١٣) يضمن لصحة التقييد، فإنه تقييد مفيد^(١٤)، إلا أن الظاهر عدم التفاوت^(١٥) إذا كان طريقاً يسلكه الناس، فلم يفصل^(١٦).

وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن؛ لأنه صح التقييد فصار مخالفاً، وإن بلغ^(١٧) فله الأجر؛ لأنه ارتفع الخلاف معني^(١٨)، وإن بقي صورة، وإن حملة في

(١) قوله: "لأنه للحمل إلخ" إشارة إلى المخالفة المعنوية، وقوله: وكذا ينبسط إلخ إشارة إلى المخالفة الصورية، فتحققت المخالفة صورة ومعنى فيضمن، كما إذا حمل الحديد، وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورة ومعنى، أما صورة فظاهر، وأما معنى، فلأن الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة، فيكون أشق، كذا ههنا أيضاً. (ك)

(٢) أي الإكاف.

(٣) أي السرج.

(٤) قوله: "كما إذا حمل الحديد إلخ" فيه نظر لأنه عكس ما نحن فيه من المثال إلا إذا جعل ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه. (ع)

(٥) الواو حالية.

(٦) أي حمل الحنطة.

(٧) أي غير الطريق الذي عينه المستأجر.

(٨) ولو كان لا يسلكه الناس فحكمه سيجيء.

(٩) لعدم إفادة التقييد.

(١٠) قوله: "وإن بلغ" - بالتشديد - أي فإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه. (عيني)

(١١) أي عدم الضمان ووجوب الأجر.

(١٢) أي عدم التفاوت.

(١٣) قوله: "أما إذا كان تفاوت [بأن كان السلوك أخوف]" أي بين الطريقين بأن كان الطريق الذي أخذ فيه بالسلوك، أوعر أو أبعد، أو أخوف، فهلك المتاع يضمن. (ك)

(١٤) قوله: "فإنه تقييد مفيد" لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه، فإذا خالفه صار متعدياً، فيضمن، وإن بلغ المكان فله الأجر لحصول المقصود. (عيني)

(١٥) قوله: "إلا أن إلخ" جواب إشكال يرد على التفصيل، تقريره أن يقال: إن محمداً أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس، ولم يقيد بهذا التفصيل. (عيني)

(١٦) قوله: "فلم يفصل" أي لم يفصل محمد أن الطريق مخوف، أو غير مخوف بل قال: طريق يسلكه الناس. (حميدية)

البحر^(١) فيما يحمله الناس في البر ضمن، لفحش التفاوت بين البر والبحر^(٢)، وإن بلغ^(٣) فله الأجر لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف معني^(٤).

ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة^(٥) ضمن ما نقصها؛ لأن الرطاب أضر بالأرض^(٦) من الحنطة لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافاً إلى شر^(٧)، فيضمن ما نقصها، ولا أجر له^(٨)، لأنه^(٩) غاصب للأرض على ما قررناه^(١٠). ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم، فخاطه قباء، فإن

شاء ضمنه قيمة الثوب^(١١)، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به درهماً. قيل: معناه^(١٢) القرطق^(١٣) الذي^(١٤) هو ذو طاق واحد، لأنه يستعمل^(١٥) استعمال القباء^(١٦)، وقيل: هو^(١٧) مجرى على إطلاقه^(١٨)؛ لأنهما^(١٩) يتقاربان في

(١٧) أى الحمال المتاع إلى الموضع الذى عيه.

(١٨) قوله: "لأنه ارتفع الخ" أى ارتفع مخالفة التمسأجر من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر وإن بقى الهلاك من حيث الصورة، لأنه سلك غير ما عينه. (عيني)

(١) وهو أمره بالسير فى البر.

(٢) خوفاً وأمناً.

(٣) إلى الموضع الذى عينه.

(٤) لا صورة.

(٥) الرطبة كالقثاء والبطيخ، والباذنجان، وما جرى مجراه عن السمر قندي. (رد المحتار)

(٦) قوله: "أضر بالأرض" فالحنطة يزرع فى كل سنة، والرطبة لا تزرع فى كل سنة، ولكنها تنمو فى كل سنة إلى أن يبلى أصلها، فكان الجنس مختلفاً، ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفياً للمعقود عليه. (ك)

(٧) قوله: "إلى شر [يصير به المستأجر غاصباً]" وإن زرع فى الأرض ما هو أقل ضرراً من الحنطة يلزمه الأجرسمى، لأنه خلاف إلى خير، فلم يصير به غاصباً. (ك)

(٨) قوله: "ولا أجر له [أى للمؤجر على المستأجر]" لأن الأجر والضمان لا يجتمعان إذ الأجر يستلزم عدم التعدى، والضمان يستلزم التعدى، وتنافى اللوازم يدل على تنافى الملزومات. (ع)

(٩) أى لأن المستأجر.

(١٠) قوله: "على ما قررناه" إشارة إلى قوله: لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة الخ، فلا يكون مستوفياً ما تناوله العقد. (ك)

(١١) ويكون القباء للخياط، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان.

(١٢) أى المراد من القباء.

(١٣) قوله: "القرطق" هو تعريف كرتة يك تاهى، والقرطق الذى يلبسه الأتراك مكان القميص يقال له بالفارسية: يكتهى. (عيني)

(١٤) قوله: "الذى" القمص إذا قد من قبل كان قباء طاق، فإذا خيط جانباه كان قميصاً، وهو المراد بالقرطق مثل شيروانى. (رد اختار)

(١٥) قوله: "يستعمل استعمال الخ" لأنه يلبس مثل ما يلبس القباء، ويدخل اليدان فى الكمين فيه كما فى القباء. (عيني)

المنفعة. وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار^(١)؛ لأن القباء خلاف^(٢) جنس القميص.

ووجه الظاهر أنه قميص من وجه، لأنه^(٣) يشد وسطه، ويتنفع به انتفاع القميص^(٤)، فجاءت الموافقة والمخالفة، فيميل إلى أي الجهتين شاء^(٥)، إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة^(٦)، ولا يجاوز به الدرهم المسمى، كما هو الحكم في سائر الإجازات الفاسدة على ما نبينه في بابه^(٧) إن شاء الله تعالى.

ولو خاطه سراويل، وقد^(٨) أمر بالقباء قيل: يضمن من غير خيار للفتاوت في المنفعة، والأصح أنه يخير^(٩) للاتحاد في أصل المنفعة^(١٠)، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه^(١١)، فضرب منه كوزاً، فإنه يخير^(١٢)، كذا هذا^(١٣).

(١٦) وفي التبيين لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء.

(١٧) أي القباء.

(١٨) قوله: "مجرى على إطلاقه" لأنه أطلق في الكتاب فدل ذلك على أن الحكم في الكل واحد، لأنهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد، أو ستر العورة، ولكل واحد منهما كمان وذيل ودخريص. (ك)

(١٩) أي لأن القباء والقميص.

(١) لصاحب الثوب.

(٢) قوله: "خلاف" فكان مخالفاً من كل وجه، فكان غاصباً من كل وجه، وحكم الغاصب من كل وجه والضمان.

(٣) قوله: "لأنه" أي لأنه يمكنه شده، والانتفاع به انتفاع القميص، فصار موافقاً من هذا الوجه، وهو مخالف من

حيث التقطيم، والقالب، فيميل إلى أيهما شاء. (تبيين)

(٤) من ستر العورة ودفع الحر والبرد.

(٥) قوله: فيميل [صاحب الثوب] اهـ "فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه، وترك القباء عليه، وإن مال إلى

الرفاق وأخذ الثوب، وأعطاه أجر مثله. (عيني)

(٦) قوله: "لقصور إلخ" لأن صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلاً بخياطة القميص دون القباء. (٤)

(٧) أي في باب الإجارة الفاسدة.

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "أنه يخير" إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب والأجر عليه، وإن شاء أخذ الخيط، وأعطاه أجر مثله، ولا

يجاوز به المسمى. (عيني)

(١٠) وهو اللبس والستر. (ك)

(١١) قوله: "شبه [كوز شبه - بالكسر ويحرك - كوزه بريختن هو ضرب من النحاس. من] "الشبه - بفتحين -

نوع من النحاس يشبه الذهب وكانوا يتخذون منه الأصنام. (شرح سنن أبي داود)

(١٢) قوله: "فإنه [ألمر] يخير" أي بين أن يأخذ الكوز، وأعطاه أجر مثله، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا

أجر عليه. (عيني)

(١٣) قوله: "كذا هذا" أي فيما إذا خاطه سراويل، وقد أمره بالقباء. (عيني)

باب الإجارة الفاسدة^(١)

قال^(٢): الإجارة تفسدها^(٣) الشروط كما تفسد البيع؛ لأنه بمنزلة^(٤)، ألا ترى^(٥) أنه عقد يقال ويفسخ^(٦)، والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى^(٧)، وقال زفر والشافعي: يجب^(٨) بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان^(٩). ولنا^(١٠): أن المنافع لا تتقوم بنفسها^(١١)، بل بالعقد^(١٢) لحاجة الناس، فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها إلا أن الفاسد تبع له^(١٣)، فيعتبر ما يجعل بدلا في

(١) قوله: "باب الإجارة الفاسدة" تأخير الإجارة الفاسدة من صحيحها لا يحتاج إلى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى. (نت)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "تفسدها الشروط [المخالفة لمقتضى العقد]" مثل أن يستأجر رحي ماء على أنه أن انقطع الماء فالأجر عليه، لأن هذا الشرط مخالف لموجب العقد، فموجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء العقود عليه كل شرط يخالف موجب العقد، فهو مفسد للعقد، لأن الإجارة تثبت على المضايقة والماكسة، فتفسد بالشرط كالبيع لأن اشتراطه يكون سبباً للمنازعة، ألا ترى أن النكاح لما بنى على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط. (ك)

(٤) البيع.

(٥) أيضاح لكونه بمنزلة.

(٦) كالبيع.

(٧) قوله: "والواجب إلخ" المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى إذا كان هناك مسمى معلوم، لأن مجاوزة المسمى إنما تتصور فيه. أما إذا لم يكن هناك أجر مسمى، أو كان المسمى مجهولاً لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلاً للقطع بأن المجاوزة تقتضي الحد المعلوم، فيلغو أن يقال: هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل، فصار ملخص المعنى أن الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل.

إلا أن يكون هناك مسمى معلوم، فحينئذ لا يجاوز به المسمى بل يجب الأقل منهما، فعلم منه حكم الإجارة الفاسدة مطلقاً، وهو وجوب أجر المثل بالغاً ما بلغ إن لم يكن هناك مسمى معلوم، ووجوب الأقل من أجر المثل، ومن المسمى إن كان هناك مسمى معلوم. (نت)

(٨) أجر المثل.

(٩) قوله: "اعتباراً ببيع الأعيان" لأن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت، وهذا بناء على أن المنافع عنده كالأعيان. (ع)

(١٠) قوله: "ولنا أن إلخ" أي لنا أن تقوم المنافع ضرورة دفع الحاجة بعقد، والضروري يتقيد بالضرورة، والضرورة تندفع بالصحيحة، فيكتفى بها، وهذا كما ترى يقتضي عدم اعتبار الإجارة الفاسدة، إلا أن الفاسد يقع تبعاً للصحيحة، فثبت فيها ما يثبت في الصحيحة عادة، وهو قدر أجر المثل، وهذا يقتضي لزوم الأجر بالغاً ما بلغ لكنهما إذا اتفقا على مقدار في العقد الفاسد سقطت الزيادة، وهذا يقتضي لزوم الأجر المسمى بالغاً ما بلغ، لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على أجر المثل، فاستقر الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى. (ع)

(١١) قوله: "لا تتقوم إلخ" لأن التقويم يستدعي الإحراز، وما لا يبقى كيف يحرز. (عيني)

(١٢) أي عقد الإجارة التي هو بيع المنافع.

(١٣) أي للصحيح.

الصحيح عادة^(١)، لكنهما^(٢) إذا اتفقا على مقدار في الفاسد، فقد أسقطا الزيادة، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية، بخلاف^(٣) البيع، لأن العين متقوم في نفسه، وهو^(٤) الموجب الأصلي، فإن صحت التسمية انتقل عنه^(٥) وإلا فلا^(٦). ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة الشهور معلومة^(٧)؛ لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له، تنصرف إلى الواحد^(٨) لتعذر العمل بالعموم، وكان الشهر الواحد معلوماً^(٩)، فصح العقد فيه^(١٠)، وإذا تم^(١١) كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة^(١٢) لانتهاء العقد الصحيح^(١٣)، فلو سمي جملة شهور معلومة جاز، لأن المدة صارت معلومة.

قال^(١٤): فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه^(١٥)، وليس للمؤاجر أن يخرج به إلى أن ينقضى^(١٦)، وكذلك^(١٧) كل شهر سكن في أوله؛ لأنه تم العقد

(١) قوله: "فيعتبر [في الفاسد] ما يجعل إلخ" وهو أجر المثل، وهذا بيان أن المعتبر في الفاسد أجر المثل، وقوله: ولكنهما إذا اتفقا إلخ بيان أنه لا يزداد على المسمى. (ك)

(٢) المتعاقدان.

(٣) جواب عن قياس زفر.

(٤) القيمة.

(٥) أى انتقل الواجب عن الموجب الأصلي إلى المسمى.

(٦) أى وإن لم يصح التسمية فلا ينتقل الواجب عن الموجب الأصلي الذى هو القيمة.

(٧) بأن يقول: عشرة أشهر كل شهر بدرهم.

(٨) قوله: "تنصرف إلى الواحد" لأنه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها، ولا على ما بين

الأدنى والكل لعدم أولوية بعضها، فتعين الأدنى. (ك)

(٩) قوله: "وكان الشهر الواحد معلوماً" والعام يحتمله، فيحمل عليه، وهذا معنى قولهم: والعام إذا لم يمكن

إجرائه على العموم يحمل على أخص الخصوص، وهذا الحمل ظنى، فإذا ظهر خلاف هذا الظن، ووجد إمكان العمل به فيما زاد عليه يحمل عليه أيضاً. (أعظمى)

(١٠) أى فى الشهر الواحد.

(١١) أى إذا تم الشهر الواحد.

(١٢) قوله: "أن ينقض إلخ" وهل يلزم أن يكون النقص بمحضر الآخر أو لا؟ اختلف المشايخ فمنهم من يقول: إنه

لا يصح من غير محضر من صاحبه على قول أبى حنيفة ومحمد، ويصح على قول أبى يوسف، ومنهم من يقول: إنه لا يصح بغير محضره بلا خلاف. (٤)

(١٣) الذى كان فى شهر واحد.

(١٤) أى القدورى. (عنى)

(١٥) أى فى الشهر الثانى.

بتراضييهما بالسكنى فى الشهر الثانى ، إلا أن الذى ذكره فى الكتاب^(١) هو القياس^(٢) ، وقد مال إليه بعض المشايخ ، وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الأولى من الشهر الثانى ويومها^(٣) ، لأن فى اعتبار الأول^(٤) بعض الحرج . وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز ، وإن لم يبين قسط^(٥) كل شهر من الأجرة ؛ لأن المدة معلومة بدون التقسيم ، فصار كإجارة شهر واحد ، فإنه جائز ، وإن لم يبين قسط كل يوم .

ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى^(٦) ، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذى استأجره^(٧) ؛ لأن الأوقات كلها فى حق الإجارة على السواء^(٨) فأشبهه اليمين^(٩) ، بخلاف الصوم^(١٠) ، لأن الليالى ليست بمحل له^(١١) .

ثم إن كان العقد^(١٢) حين يهل الهلال^(١٣) ، فشهور السنة كلها بالأهلة ؛ لأنها هى الأصل^(١٤) ، وإن كان فى أثناء الشهر فالكل بالأيام^(١٥) عند أبى حنيفة ، وهو رواية

(١٦) الشهر الثانى .

(١٧) أى يصح العقد .

(١٨) أى القدرى . (٤)

(٢) قوله : " هو القياس " لأن رأس كل الشهر فى الحقيقة هو الساعة التى يهل فيها الهلال ، فإذا أهل مضى رأس الشهر ، فلا يمكن الفسخ . (عنى)

(٣) قوله : " أن يبقى الخيار إلخ " لأن رأس الشهر فى العرف هى الليلة الأولى ويومها ، فىبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف . (عنى)

(٤) الحقيقى .

(٥) بهره ونصيب .

(٦) بأن يقول : من شهر رجب من هذه السنة مثلاً .

(٧) قوله : " فهو من الوقت إلخ " لأن الظاهر من حال العاقد أن يقصد صحة العقد ، وصحته بذلك لتعيينه لعدم المزاحم . (عنى)

(٨) قوله : " على السواء [فيتيقن الزمان الذى يتعقب السبب] " لأن كل الأوقات محل للإجارة ، إذ لا منافاة بين الإجارة ، وبين وقت ما أصلا . (نت)

(٩) بأن حلف لا يتكلم فلاناً شهراً فهو من يوم حلف . (ك)

(١٠) قوله : " بخلاف الصوم " فإنه إذا نذر أن يصوم شهراً لم يتعين الشهر الذى يلى النذر لأنه يختص الشروع فيه ببعض الأوقات ، حتى إن الليل لا تصلح لذلك . (ك)

(١١) فالأوقات كلها ليست فيه على السواء .

(١٢) أى عقد الإجارة .

(١٣) قوله : " حين يهل [أى يبصر . نهاية] إلخ " ليس المراد بقولهم : حين يهل الهلال فى هذه المسألة معناه الحقيقى ، وهو أول الليلة من الشهر بل المراد معناه العرفى ، وهو اليوم الأول من الشهر . (نتائج الأفكار)

عن أبي يوسف، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام^(١)، والباقي بالأهلة؛ لأن الأيام يصار إليها ضرورة^(٢)، وهى فى الأول منها^(٣)، وله أنه متى تم الأول^(٤) بالأيام^(٥) ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة، فهكذا إلى آخر السنة، ونظيره^(٦) العدة، وقد مر فى الطلاق^(٧). قال^(٨): ويجوز أخذ أجره الحمام والحجام^(٩)، فأما الحمام فلتعارف الناس، ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين^(١٠)، قال عليه السلام: «ما رآه المسلمون^(١١) حسناً فهو عند الله حسن»*، وأما الحجام فلما روى^(١٢) أنه عليه السلام احتجم^(١٣)، وأعطى الحجام الأجرة^(١٤)*، ولأنه استئجار على عمل

(١٤) فى الشهور العربية فلا يعدل عن الأصل ما أمكن.

(١٥) أى ثلاث مائة وستين يوماً. (٤)

(١) قوله: "الأول بالأيام" فيكون أحد عشر شهراً بالهلال، وشهر بالأيام، ويكمل ما بقى من الشهر الأول من الأخير. (٤)

(٢) فلا يتعدى إلى غيره.

(٣) الشهور.

(٤) قوله: "أنه متى إلخ" أى لما تعذر اعتبار الشهر الأول تعذر الثاني أيضاً بالأهلة، لأن الشهر الأول يجب تكميله بما يليه، وإلا لزم لأن يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التى بعده قبل الأول، وهو محال، فإذا كمل من الثاني انتقص الآخر، فيجب تكميله من الذى يليه، وكذا كل شهر إلى آخر المدة. (تبيين)

(٥) من الشهر الثانى.

(٦) فى الاعتبار بالشهور أو العدد.

(٧) قوله: "وقد مر إلخ" قال فى أول كتاب الطلاق: ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلة، وإن كان فى الوسط فبالأيام فى حق التفريق، وفى حق العدة كذلك عند أبى حنيفة، وعندهما يكمل الأول بالآخر، والمتوسطات بالأهلة، وهى مسألة الإجازات. (٤)

(٨) أى القدرى. (عينى)

(٩) قوله: "ويجوز أخذ أجره إلخ" إنما ذكرهما فى الإجارة الفاسدة مع كونه جائزاً لأن لبعض الناس فيه خلافاً، فإن بعض العلماء كره غلة الحمام أخذ بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «الحمام شر بيت»، ومنهم من فصله بين حمام الرجال والنساء، فكرهه أخذ الحمام للنساء، لأنهن نهين عن البروز، وأمرن بالقرار.

وروى عن أحمد ابن حنبل أنه لم يبيع أجره الحمام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعاً للحاجة، والحاجة فى حق النساء أظهر، لأن المرأة تحتاج إلى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس، ولا يمكن ذلك فى الأنهار والحياض، ويمكن للرجل.

وقد صح أن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم دخل حمام الجحفة، وتأويل ما روى عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة، فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول، ولا كراهة فى غلته كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت. (عتاية)

(١٠) قوله: "ولم يعتبر إلخ" إشارة أن الجواب جواب الاستحسان، فإن القياس عدم الجواز للجهالة.

(١١) قوله: "ما رآه المسلمون" قلت: غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ١٣٣، والدراية ج٢، الحديث ٨٦٣ ص ١٨٧. (نعيم)

(١٢) أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس. (ت)

(١٣) قوله عليه السلام: «إن من السحت كسب الحجام» منسوخ. (ك)

معلوم بأجر معلوم، فيقع جائزاً.

قال^(١): "ولا يجوز أخذ أجره عسب التيس"^(٢)، وهو أن يؤجر فحلاً لينزو^(٣) على إناث؛ لقوله عليه السلام: «إن من السحت عسب التيس»^(٤) *، والمراد أخذ الأجرة^(٥) عليه^(٦).

قال: ولا الاستئجار على الأذان والحج^(٧)، وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقهاء^(٨)، والأصل^(٩) أن كل طاعة يختص بها المسلم^(١٠) لا يجوز الاستئجار عليه عندنا، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين^(١١) على الأجير، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين^(١٢) عليه، فيجوز. ولنا قوله عليه السلام ** : «أقرأوا القرآن ولا تأكلوا به»^(١٣) وفي آخر ما عهد

(١٤) ولو كان حراماً لم يعطه.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٣٤، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٤ ص ١٨٧. (نعيم)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "ولا يجوز أخذ أجره إلخ" أي كراء عسب التيس، فإنه أخذ المال بمقابلة ماء مهين لا قيمة له، والعقد عليه باطل، لأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به، وهو الإحبال فإن ذلك ليس في وسعه، وهو يبتنى على نشاط الفحل أيضاً. (ك) عسب: برجستن كشن مائه. (من) أي ضرابه وهو مباح بطريق الاستعارة. (٤)

(٣) نزا نزواً: برجست. (من)

(٤) قوله: "إن من السحت إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، ومعناه أخرجه البخاري عن عمر أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن عسب الفحل. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٣٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٥ ص ١٨٨. (نعيم)

(٥) قوله: "المراد إلخ" أشار به إلى تفسير الحديث، فإن نفس العسب ليس من السحت، وإنما المراد أخذ الأجرة عليه، فالمضاف محذوف. (عيني)

(٦) أي على عسب التيس.

(٧) هذا على رأي المتقدمين.

(٨) قوله: "والفقه" قيد بالفقه لأنه يجوز الاستئجار لأجل قراءة العلوم الأدبية كاللغة والنحو والصرف والعلوم الحكمية كالطب والمقول ونحوهما. (عيني)

(٩) أي الأمر الكلي.

(١٠) قوله: "يختص بها المسلم" أي يختص بملة الإسلام أما إذا لم يختص بها فيجوز، كما إذا استأجر ذمياً على تعليم التوراة يجوز، لأن تعليمها لا يختص بملة الإسلام. (ك)

(١١) قوله: "في كل ما لا يتعين [أي ما لا يجب واجباً عينياً] إلخ" هذا احتراز عما لو كان متعيناً للإمامة والافتاء والتعليم، لأنه حينئذ لا يجوز استجاره بالإجماع. (ك)

(١٢) أي غير واجب.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٣٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٦ ص ١٨٨. (نعيم)

رسول الله عليه السلام إلى عثمان بن أبي العاص^(١): «وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً»*، ولأن القربة متى حصلت وقعت^(٢) عن العامل، ولهذا تعتبر أهليته^(٣)، فلا يجوز له أن يأخذ الأجر من غيره، كما في الصوم والصلاة^(٤).
ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم^(٥)، فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه، فلا يصح، وبعض مشايخنا^(٦) استحسنا^(٧) الاستئجار على تعليم القرآن اليوم^(٨)؛ لأنه ظهر التواني^(٩) في الأمور الدينية، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن^(١٠)، وعليه الفتوى.

قال^(١١): ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح^(١٢)، وكذا سائر الملاهي^(١٣)؛ لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد^(١٤).

(١٣) رواه أحمد في "مسنده". (ت)

(١) قوله: "وفي آخر ما عهد إلخ" أخرج أبو داود عن عثمان بن أبي العاص، قال: قلت: يا رسول الله! اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٣٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٧ ص ١٨٩. (نعيم)

(٢) أي ثوابها.

(٣) قوله: "ولهذا تعتبر أهليته" أي أهلية العامل، ويعتبر نيته لنية الأمر، ولو انتقل فعل الأمر إلى الأمر يشترط نية الأمر وأهليته كما في الزكاة، فإن ثمة يشترط نية الأمر، وأهليته حتى لو كان المأمور كافراً يصح أداء الزكاة، لأن المؤدى هو الأمر، وهنا بخلافه، فعلم به أن المؤدى هو المأمور. (ك)

(٤) أي كما لا يجوز أخذ الأجرة على الصلاة والصوم.

(٥) من الذكاء وغيره.

(٦) يريد مشايخ بلخ.

(٧) قوله: "استحسنا إلخ" وكذا يفتى بجواز الإجارة على تعليم الفقه، وقال الإمام الخيزاحزي: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، كذا في "الروضة". (ك)

(٨) أي في زماننا. (٤)

(٩) أي الكسل والفتور.

(١٠) قوله: "ففي الامتناع إلخ" فإن المتقدمين من أصحابنا بنوا جوابهم على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط، وأما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعاً. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) قوله: "والنوح [هو البكاء برفع الصوت على الميت]" ناحت المرأة زوجها، وعليه نوحا گريه وماتم نمود بأواز بلند بر شوئی، كذا في "متمی الأرب"، وفي "رد المحتار": النوح البكاء على الميت وتعدد محاسنه.

(١٣) كضرب الطبل والطنبور.

(١٤) قوله: "لا تستحق إلخ" لأن عقد الإجارة يستحق به تسليم العقود عليه شرعاً، ولا يجوز أن يستحق على

قال^(١): ولا يجوز إجارة المشاع^(٢) عند أبي حنيفة إلا من الشريك، وقال^(٣): إجارة المشاع جائزة^(٤)، وصورته أن يؤجر نصيباً من داره^(٥)، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك.

لهما أن للمشاع منفعة^(٦)، ولهذا يجب^(٧) أجر المثل، والتسليم ممكن^(٨) بالتخلية، أو بالتهايؤ^(٩)، فصار كما إذا أجر من شريكه^(١٠)، أو من رجلين^(١١)، وصار كالبيع^(١٢). ولأبي حنيفة أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، وهذا لأن تسليم المشاع وحده^(١٣) لا يتصور^(١٤)، والتخلية^(١٥) اعتبرت تسليمًا^(١٦) لوقوعه تمكينًا، وهو^(١٧) الفعل الذي يحصل به التمكين، ولا تمكّن في المشاع^(١٨)، بخلاف البيع^(١٩)

المراء شيء يكون به عاصياً شرعاً كيلا يصير المعصية مضافة إلى الشرع. (ك)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) فيما يقسم كالأرض وفيما لا يقسم كالعبد.

(٣) وفى المغنى الفتوى على قولهما. (ك)

(٤) قوله: "جائزة" بشرط أن يبين نصيبه، وإن لم يبين نصيبه لا يجوز فى الصحيح. (تبيين)

(٥) أى نصف عبده أو نصف دابته.

(٦) فيجوز، فإن مدار الإجارة على المنفعة.

(٧) قوله: "ولهذا يجب" أى لكون المشاع له منفعة معلومة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها، فهذا دليل على أن للمشاع منفعة، إذ لو لم يكن له منفعة لما وجب شيء، كما إذا استأجر جحشاً أو أرضاً سبخة. (مل)

(٨) قوله: "والتسليم ممكن" جواب عما يقال: إنه إجارة مالا يقدر على تسليمه، فأجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية، بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار، وخلي بينها وبين المستأجر، أو بالتهايؤ، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به، وحقيقته أن يرضى كل واحد بحالة واحدة، ويختارها. (عينى)

(٩) باهم ساز دارى وموافق كردن. (من)

(١٠) قوله: "كما إذا أجر من شريكه" فلو كان الشيوع مانعاً لما جاز من شريكه. (عينى)

(١١) قوله: "أو من رجلين" أى كما إذا أجر من رجلين فإنه يجوز، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً. (عينى)

(١٢) قوله: "وصار كالبيع" أى صار حكم التخلية ههنا كحكم التخلية فى البيع من حيث إن التخلية تسليم فيه. (عينى)

(١٣) قوله: "لأن تسليم المشاع [سواء كان مما يحتمل القسمة كالدار أو لا كالعبد] إلخ" وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به والإجارة عقد على المنفعة. (مل)

(١٤) قوله: "لا يتصور" لأن التسليم إنما يتم بالقبض والقبض أمر حسى، وهو لا يرد الأعلى المعين والمشاع غير معين. (ك)

(١٥) قوله: "والتخلية إلخ" جواب عن قولهما، والتسليم ممكن بالتخلية، وهو أن التخلية اعتبرت تسليمًا إذا كان تمكينًا من الانتفاع، وإنما يكون تمكينًا إذا حصل بها التمكين، والتمكّن لا يحصل به، فلم يعتبر فعله تمكينًا بخلاف البيع لحصول التمكّن ثمة من البيع والإعتاق، وغير ذلك. (ك)

(١٦) لا لذاته.

(١٧) أى التمكين.

لحصول التمكن فيه^(١).

وأما التهاؤ^(٢) فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك، وحكم العقد يعقبه^(٣)، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، ولا يعتبر^(٤) المتراخي سابقاً، وأما إذا أجر من شريكه^(٥)، فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ^(٦)، والاختلاف في النسبة^(٧) لا يضره^(٨)، علا أنه^(٩) لا يصح في رواية الحسن^(١٠) عنه^(١١)، وبخلاف الشيوخ^(١٢) الطارئ^(١٣)، لأن القدرة على التسليم ليس

(١٨) من الانتفاع حساً.

(١٩) قوله: "بخلاف البيع" لأن المقصود به ليس الانتفاع بل ملك الرقبة، ولهذا جاز بيع الجحش، فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلًا، فإن الملك أمر حكمي، وأما الانتفاع فهو أمر حسي. (مل)

(١) البيع.

(٢) قوله: "وأما التهاؤ إلخ" جواب عن قولهما: أو بالتهاؤ، وحاصله أن التهاؤ من أحكام العقد بواسطة الملك، فهو متأخر عن العقد الموجب للملك، وهو منتفٍ لانتفاع شرطه، وهو القدرة على التسليم، ولا يمكن إثباته بالتهاؤ، لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء مما يتأخر عنه، ثبوتًا. (عناية)

(٣) أي العقد.

(٤) أي التهاؤ.

(٥) جواب عن قولهما: فصار كما إذا أجر من شريكه.

(٦) قوله: "فالكل [أي كل المتافع] يحدث على ملكه إلخ" وهذا بخلاف الرهن، لأن بالشيوخ هناك ينعدم العقود عليه، وهو الحيس الدائم إذا لا تصور له، وفي هذا الشريك والأجنبي سواء.

فأما ههنا بالشيوخ لا ينعدم المعقود عليه، وهو المنفعة بل إنما يتعذر التسليم، وذلك لا يوجد في حق الشريك، وبخلاف الهبة فالشيوخ فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواء. (ك)

قوله: "على ملكه" فإن البعض له بحكم الملك والبعض بحكم الإجارة، فكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوخ. (عيني)

(٧) قوله: "والاختلاف إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن مع اختلاف النسبة، لأن الشريك منتفم بنصيبه بنسبة الملك، وبنصيب شريكه بالاستئجار، فيكون الشيوخ موجوداً. (٦)

(٨) قوله: "لا يضره" أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه، لأنه لا عبرة لاختلاف الأسباب مع اتحاد

الحكم. (مل)

(٩) أي أن عقد إجارة المشاع من شريكه.

(١٠) قوله: "لا يصح إلخ" فجعله كالرهن على هذه الرواية، لأن استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها، وهو منفعة نصيبه، وذلك مفسد لعقد الإجارة كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز، لأن استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لا يمكن إلا بما لم يتناوله العقد. (ك)

(١١) أي عن الإمام أبي حنيفة.

(١٢) قوله: "وبخلاف إلخ" مقصود المصنف من قوله هذا دفع إشكال يرد على دليل أبي حنيفة، وهو أن الشيوخ الطارئ لا تفسد الإجارة بالإجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك. (نت)

(١٣) قوله: "الطارئ [طريان بر سرچیزی در آمدن و ناگه پید شدن. کنز]" بأن أجر رجل من رجلين، ثم مات أحد المستأجرين، أو أجر رجلان من رجل، ثم مات أحد المؤجرين، فإنه يبقى الإجارة في نصيب الآخر شائعاً. (ك)

بشرط للبقاء، وبخلاف ما إذا أجر من رجلين^(١)، لأن التسليم يقع جملة^(٢)، ثم الشيوع بتفريق الملك فيما بينهما طارئ^(٣).

قال^(٤): ويجوز استئجار الظئر^(٥) بأجرة معلومة^(٦)؛ لقوله تعالى: ﴿فإن أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾^(٧)، ولأن التعامل به^(٨) كان جارياً^(٩) على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقبله، وأقرهم^(١٠) عليه*، ثم قيل^(١١): إن العقد يقع على المنافع، وهى خدمتها للصبى، والقيام به^(١٢)، واللبن يستحق على طريق التبعية^(١٣) بمنزلة الصبغ فى الثوب^(١٤).
وقيل^(١٥): إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة، ولهذا لو أرضعته^(١٦) بلبن شاة لا تستحق الأجر^(١٧)، والأول أقرب إلى الفقه^(١٨)؛ لأن عقد الإجارة لا ينعقد على

(١) جواب عما قالوا.

(٢) قوله: "يقع جملة [لأن العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه]" فإن تسليم المعقود عليه كما أوجه العقد مقدر عليه للمؤاجر، ثم المهياة بعد ذلك يكون بين المستأجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين، فهو جائز لوجود المعقود عليه. (ك)

(٣) قوله: "طار [أى بعد ثبوت الملك لهما]" فإن قلت: الشيوع مقارن لا طار فإنها عقد مضاف تمنع ساعة فساعة، فكان الطارئ كالمقارن قلت: بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه، لأنها عقد لازم، فلا يكون مقارناً. (تاج الشريعة)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) ظئر - بالكسر - شير ده بجه غير را. (من)

(٦) ولو كانت الأجرة مجهولة لا تصح.

(٧) قوله: "فإن أرضعن [زوجات] لكم إلخ" المراد بعد الطلاق، أى فإن أرضعن أولادكم لأجلكم فأعطوهن أجورهن أمر باتيان أجورهن، فيكون دليلاً على جواز إجارة الظئر. (عينى)

(٨) أى باستئجار الظئر.

(٩) كذا قال على القارى فى "شرح النقاية".

(١٠) النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤٠، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٦٧ ص ١٨٩. (نعيم)

(١١) وهو اختيار صاحب "الذخيرة". (٤)

(١٢) أى بأمره.

(١٣) قوله: "على طريق التبعية" لأن اللبن عين، والعين لا يستحق بعقد الإجارة كلين الأنعام. (عينى)

(١٤) أى استأجر صبغاً يصبغ له الثوب فالعقد وارد على فعل الصبغ، والصبغ يدخل تبعاً. (نت)

(١٥) هو اختيار شمس الأئمة السرخسى.

(١٦) أى الصغير.

(١٧) فدل على أن اللبن غير تابع بل معقود عليه.

إتلاف الأعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها^(١)، وسنين العذر^(٢) عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى، وإذا ثبت^(٣) ما ذكرنا^(٤) يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة.

قال^(٥): ويجوز بطعامها وكسوتها^(٦) استحساناً عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز؛ لأن الأجرة مجهولة^(٧)، فصار كما إذا استأجرها^(٨) للخبز^(٩) والطبخ. وله أن الجهالة لا تفضى إلى المنازعة، لأن في العادة التوسعة على الآطار^(١٠) شفقة على الأولاد، فصار كبيع قفيز^(١١) من صبرة^(١٢)، بخلاف الخبز والطبخ، لأن الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة. وفي "الجامع الصغير"^(١٣): فإن سمي الطعام دراهم، وصف جنس الكسوة، وأجلها وذروعها فهو جائز، يعنى بالإجماع، ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم^(١٤)، ثم يدفع الطعام مكانها، وهذا^(١٥) لا جهالة فيه. ولو سمي الطعام^(١٦)، وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا^(١٧)، ولا يشترط تأجيله؛ لأن

(١٨) أى العلم بسر الشريعة.

(١) فإنه لا يجوز.

(٢) قوله: "وسنين العذر" أى الجواب عن قول أهل المقالة الثانية، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا يستحق الأجر. (عيني)

(٣) قوله: "وإذا ثبت إلخ" فإن قيل: قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام، قلت: أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولاً، ثم رجع إلى إثباتها بالقياس. (٤)

(٤) أى جواز الإجارة بأحد الطريقتين.

(٥) أى المقدورى. (عيني)

(٦) أى جازت بأجرة معلومة كسائر الإجازات، ويطعامها وكسوتها. (٤)

(٧) قوله: "لأن الأجرة مجهولة" لأن الطعام مجهول الجنس والقدر، والصفة، وكذا الكسوة. (عيني)

(٨) بطعامها وكسوتها. (كافى)

(٩) خبز - بالفتح - نان يخبز. (من)

(١٠) جمع ظئر.

(١١) القفيز: ثمانية مكايك، والمكوك: صاع ونصف، كذا قال العيني.

(١٢) فإنه يجوز وللبيائم أن يعطى من أى جانب شاء، لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة.

(١٣) ذكر رواية "الجامع الصغير" إشارة إلى ما هو مجمع عليه بمعرفة الجنس والأجل والقدر. (٤)

(١٤) قوله: "ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل إلخ" قال صاحب "النهاية": هذا التفسير الذى ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ، وقد وجه بعضهم بأن الطعام منصوب على نزع الخافض أى للطعام، أو المراد بالتسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم. (مل)

(١٥) أى جعل الأجرة على هذا الوجه. (٤)

(١٦) الذى هو أجرة.

(١٧) إشار به إلى قوله: لا جهالة فيه. (عيني)

أوصافها أثمان^(١)، ويشترط^(٢) بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، خلافاً لهما، وقد ذكرناه في البيوع^(٣).

وفي الكسوة^(٤) يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس؛ لأنه^(٥) إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً، وإنما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم.

قال: وليس للمستأجر أن يمنع زوجها^(٦) من وطئها؛ لأن الوطئ حق الزوج، فلا يتمكن^(٧) من إبطال حقه، ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به^(٨) صيانة لحقه إلا أن المتأجر يمنعه عن غشيانها^(٩) في منزله، لأن المنزل حقه.

فإن حبلت^(١٠) كان لهم^(١١) أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها؛ لأن لبن الحامل يفسد الصبي، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت^(١٢) أيضاً، وعليها^(١٣) أن تصلح طعام الصبي؛ لأن العمل عليها^(١٤). والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب، فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي^(١٥)، وإصلاح الطعام وغير ذلك، فهو على الظئر، أما الطعام^(١٦) فعلى والد الولد، وما ذكر محمد

(١) قوله: "لأن أوصافها أثمان [فلا يشترط تأجيلها. نت]" يعني أن المكيل والموزون إذا كان موصوفاً غير مشار يثبت ديناً في الذمة، والدين تارة تصير مؤجلاً وتارة معجلاً كالدرهم والدنانير، بخلاف الثوب، فإنه لا يثبت ديناً في الذمة إلا في السلم، ويشترط بيان الأجل في السلم، فكذا إذا استأجرها بثياب موصوفة. (ك) قوله: "لأن أوصافها" مرجع الضمير الطعام بتأويل كونها أجرة. (نت)

(٢) إن كان حمل ومؤنة. (ع)

(٣) في باب السلم.

(٤) يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيها جميع شرائط السلم.

(٥) أي لأن وجوب الكسوة.

(٦) الظئر.

(٧) المستأجر.

(٨) أي بعقد الإجارة.

(٩) غشى فلانة عشياًناً - بالكسر - كائيد آن را وفرو گرفت او را بمجامعت. (من)

(١٠) الظئر.

(١١) أي لأهل الصغير.

(١٢) الظئر.

(١٣) الظئر.

(١٤) يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي.

(١٥) قوله: "من غسل ثياب إلخ" أي إذا تلطخ من النجاسة، أما لا يجب غسل الثياب بسبب الوسخ والدرن. (حميدية)

(١٦) أي نفس الطعام.

أن الدهن والريحان^(١) على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة.
وإن أرضعته^(٢) في المدة بلبن شاة فلا أجر لها^(٣)؛ لأنها لم تأت بعمل مستحق
عليها، وهو الإرضاع، فإن هذا إيجار^(٤)، وليس بإرضاع، فإنما لم يجب الأجر لهذا
المعنى^(٥) أنه^(٦) اختلف العمل.

قال^(٧): ومن دفع إلى حائك غزلا^(٨) لينسجه^(٩) بالنصف، فله أجر مثله^(١٠)،
كذا إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بقفيز منه^(١١)، فالإجارة فاسدة؛ لأنه جعل
الأجر بعض ما يخرج من عمله، فيصير في معنى قفيز الطحان^(١٢)، وقد نهى النبي
عليه السلام عنه^{(١٣)*}، وهو أن يستأجر ثوراً^(١٤) ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه،
وهذا^(١٥) أصل كبير يعرف به فساد كثير^(١٦) من الإجازات، لا سيما في ديارنا^(١٧).

(١) قوله: "والريحان" بالفتح: گیاہی ست خوشبوے بفارسی شاهپریم وبہندی نار بوست بوی آن دافع وبا،
ومانع درد سر محرورین، وباهر گیاہ کہ بوی خوش دارد، کذا فی "منتہی الأرب".
وبمعنی گلہائیکہ سوای گل سرخ باشند، کذا فی "الغیاث"، وقال فی "المغرب": الرياحین جمع ریحان وهو کل
ما طاب ریحہ من النبات أو الشا ہسفرم وعند الفقہاء الریحان مالساقۃ رائحة طیبۃ کما لورقہ کالآس والورد ما لورقہ
رائحة فحسب کالیاسمین.

(٢) الظئر.

(٣) هذا هو العذر الموعود قبله وسنين العذر.

(٤) قوله: "فإن هذا إيجار [إيجار دارد در دہان کسی ریختن. من]" إيجار مصدر أوجرتہ إذا صببت فی وسط
فمہ دواء. (عینی)

(٥) قوله: "فإنما لم يجب الأجر إلخ" أى إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن، فعلم بهذا أن
المعقود عليه هو الإرضاع والعمل دون العين، وهو اللبن. (عینی)

(٦) بدل من قوله: هذا المعنى.

(٧) أى محمد. (عینی)

(٨) رشتہ.

(٩) نسج بافتن. (من)

(١٠) أى الأجر وهو نصف الثوب المنسوج، فإن هذا حكم الإجارة الفاسدة.

(١١) أى من ذلك الطعام المحمول.

(١٢) قوله: "فيصير في معنى إلخ" فإن قيل: إذا كان عرف دياره على ذلك. فهذا يترك به القياس، قيل: لأنه في
معناه من كل وجه، فكان ثابتاً بدلالة النصوص، ومثله لا يترك بالعرف، فإن قيل: لا يترك بل يخصص عن الدلالة، قيل: لا
عموم لها حتى خص عرف ذلك في موضعه. (٤)

(١٣) قوله: "وقد نهى النبي إلخ" قلت أخرج الدارقطني، ثم البيهقي في "سنتهما" في كتاب البيوع عن أبي سعيد
الخدري قال: نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان. (ت)

* راجع نصب الرایۃ ج ٤ ص ١٤٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٦٨ ص ١٩٠. (نعیم)

(١٤) نر گاؤ.

والمعنى^(١) فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر^(٢)، وهو بعض المنسوج^(٣) أو المحمول^(٤)، وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد هو قادراً بقدره غيره. وهذا^(٥) بخلاف ما إذا استأجره^(٦) ليحمل نصف^(٧) طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر^(٨)، لأن المستأجر ملك الأجر^(٩) في الحال بالتعجيل، فصار^(١٠) مشتركاً بينهما، ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما^(١١) لا يجب الأجر، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه^(١٢) فيه، فلا يتحقق تسليم المعقود عليه. ولا يجاوز بالأجر^(١٣) قفيزاً^(١٤)؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي، ومن أجر المثل لأنه^(١٥) رضى بحط الزيادة^(١٦)، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا^(١٧)

(١٥) أى جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير، أى قفيز الطحان. (حميدية)

(١٦) كما إذا استأجر لأن يعصر له سمسماً بمن من دهنه.

(١٧) من بلاد فرغانه وراء جيحون ومدينة مرغينان.

(١) أى المعنى الفقهي فى عدم جواز ذلك.

(٢) عند العقد.

(٣) فى مسألة الحائك.

(٤) فى مسألة استئجار الحمار.

(٥) قوله: "وهذا" أى الذى ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً بقفيز منه. (عينى)

(٦) قوله: "بخلاف ما إذا استأجره إلخ" وفى المسألة الأولى الخطة صارت مجهولة بعمل الأجير، فكان فى معنى قفيز الطحان، فىكون فاسداً، فىجب أجر المثل. (عينى)

(٧) قوله: "نصف [أى نصف هذا الطعام]" قيد بالنصف لأنه لو استأجره ليحمل الكل بنصفه لا يكون شريكاً، فىجب أجر المثل. (رد المحتار)

(٨) قوله: "حيث لا يجب له الأجر [لا المسمى ولا أجر المثل. رد المحتار]" فيه نظير كيف يقول: لا يجب لأنه قد وجب وقبض وهو نصف الطعام. (عينى)

(٩) قوله: "ملك الأجر إلخ" فإن تسليم الأجرة بحكم التعجيل يوجب الملك فى الأجرة. (٤)

(١٠) قوله: "فصار [أى الطعام]" وفيه إشكالان، أحدهما: أن الإجارة فاسدة، والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عيناً أو ديناً، فكيف ملكه ههنا من غير تسليم، ومن غير شرط التعجيل.

والثانى أنه قال: ملكه فى الحال، وقوله: لا يستحق الأجر يتنافى الملك، لأنه لا يملكه، إذا ملكه إلا بطريق الأجرة، فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه، وبأى سبب يملكه. (رد المحتار)

(١١) أى بين المؤجر والمستأجر.

(١٢) كما هو عامل لغيره.

(١٣) قوله: "ولا يجاوز بالأجر إلخ" متصل بقوله: وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه. (عناية)

(١٤) وفيما هو فى معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالأجر المسمى. (ك)

(١٥) أى لأن مؤجر الحمار.

(١٦) على المسمى.

فى الاحتطاب^(١) حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد^(٢)، لأن المسمى^(٣) هناك غير معلوم، فلم يصح الخط.

قال^(٤): ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم^(٥) اليوم^(٦) بدرهم^(٧) فهو فاسد، وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد فى الإجازات^(٨): هو جائز؛ لأنه يجعل المعقود عليه عملاً^(٩)، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد، فترتفع الجهالة. وله أن المعقود عليه مجهول^(١٠)؛ لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة^(١١) معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه، ولا ترجيح^(١٢)، ونفع المستأجر فى الثانى^(١٣)، ونفع الأجير فى الأول^(١٤)، فيفضى إلى المنازعة^(١٥). وعن أبى حنيفة أنه يصح الإجارة، إذا قال: فى اليوم، وقد سُمى عملاً؛

(١٧) والأجرة نصف الخطب.

(١) حيث احتطب أحدهما وجمعه الآخر. (كافى)

(٢) قوله: "عند محمد" وأما عند أبى يوسف فلا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لأنه رضى بنصف المسمى حيث اشتركا، وهذا إذا احتطب أحدهما، وجمعه الآخر، وأما إذا احتطبا جميعاً، وجمعاً جميعاً فهما مشتركان على السواء. (عناية)

(٣) أى نصف الخطب. (٤)

(٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(٥) قوله: "العشرة المخاتيم إلخ" المخاتيم جمع مخنوم، وهو الصاع سُمى به لأنه يختم أعلاه كيلاً يزداد، ولا ينقص، وإضافة العشرة إلى المخاتيم من باب الخمسة الأثواب على مذهب الكوفيين. (٤)

(٦) منصوب على الظرفية.

(٧) أى هذا العقد.

(٨) أى فى كتاب الإجازات من "المبسوط"، ولم يذكره فى "الجامع الصغير". (تبيين)

(٩) قوله: "لأنه يجعل المعقود عليه عملاً [لأن العمل هو المقصود فى الإجازات]" دون اليوم فإذا فرغ عنه نصف النهار فله الأجر كاملاً، فإن لم يفرغ عنه فى اليوم، فعليه أن يعمل فى الغد، لأن المعقود عليه هو العمل، لأنه المقصود، وهو معلوم، وذكر اليوم للتعجيل، فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أول أوقات الإمكان، فيحمل عليه تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما، ويرجح بكون العمل مقصوداً دون الوقت. (تبيين)

(١٠) قوله: "مجهول [وجهالة المعقود عليه يفسد العقد. ك]" أى جهالة مفضية إلى النزاع، فإنه ذكر شيئين مختلفين يصلح كل واحد منهما أن يكون معقوداً عليه. (مل)

(١١) أى منفعة الأجير.

(١٢) قوله: "ولا ترجيح" أقول: لقائل أن يقول: لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحاً لكون العمل معقوداً عليه. (نت)

(١٣) أى كون العمل معقوداً عليه، حتى لا يجب الأجر عليه إلا بتسليم العمل. (٤)

(١٤) أى كون المنفعة معقوداً عليها، لاستحقاقه بتسليم نفسه وإن لم يعمل. (٤)

(١٥) قوله: "فيفضى إلى المنازعة" فإن مضى اليوم، ولم يفرغ من العمل جاز أن يطالب الأجير أجره نظراً إلى الأول، وهو أن المعقود عليه الوقت، ويمتنع المستأجر نظراً إلى الثانى، وهو أن المعقود عليه العمل. (٤)

(١٦) الواو حالية.

لأنه للظرف^(١)، فكان المعقود عليه العمل، بخلاف قوله: اليوم^(٢)، وقد مر مثله في الطلاق^(٣). قال^(٤): ومن استأجر أرضاً على أن يكربها^(٥)، ويزرعها، ويسقيها فهو جائز؛ لأن الزراعة مستحقة بالعقد، ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب، فكان كل واحد منهما مستحقاً، وكل شرط هذه صفته^(٦) يكون من مقتضيات العقد، فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن يثنىها، أو يكربها^(٧) أنهارها، أو يسرقها^(٨) فهو فاسد؛ لأنه يبقى أثره^(٩) بعد انقضاء المدة، وإنه ليس من مقتضيات العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين^(١٠)، وما هذا حاله يوجب الفساد، ولأن مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة، فيصير صفتان في صفقة، وهو منبى عنه. ثم قيل: المراد بالثنية أن يردها^(١١) مكروبة، ولا شبهة في فساده^(١٢)، وقيل: أن يكربها مرتين، وهذا^(١٣) في موضع يخرج الأرض^(١٤) الربيع^(١٥) بالكراب مرة، والمدة^(١٦) سنة واحدة^(١٧)، وإن كانت ثلاث سنين لا يبقى^(١٨) منفعته^(١٩)، وليس

- (١) قوله: "لأنه للظرف [أى لأن فى للظرف لا للمدة. عيني]" والظرف لا يقتضى استيعاب الظروف فلا يكون ذلك إعلماً للمنفعة، فلا يصلح المنفعة معقوداً عليها حيثذ، فيصير العمل هو المعقود عليه. (ك)
- (٢) قوله: "بخلاف قوله: اليوم" لأنه للمدة، لأنه بدون فى، فيستغرق جميع الظرف، فيصلح أن يكون معقوداً عليه، ويلزم الجهالة. (عيني)
- (٣) قوله: "فى الطلاق" أى فى فصل إضافة الطلاق إلى الزمان فى مسألة أنت طالق فى غد، وقال: نويت آخر النهار. (ك)
- (٤) أى محمد. (عيني)
- (٥) قوله: "أن يكربها [من كرب الأرض كراباً قلبها للحرث. عيني]" الكرب هو إثارة الأرض للزراعة كالكراب. (رد المحتار)
- (٦) أى يكون من مناسبات العقد.
- (٧) أى يحفر.
- (٨) السرقة جعل السرقي فى الأرض وفيه نفع عظيم.
- (٩) أى أثر كل واحد من الثنية والكرى والسرقة.
- (١٠) أى رب الأرض.
- (١١) أى الأرض إلى رب الأرض.
- (١٢) قوله: "ولا شبهة فى فساده" لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع أحد العاقدين، وهو المؤجر. (شرح الوقاية)
- (١٣) أى الفساد.
- (١٤) قوله: "موضع يخرج الخ" قيد بهذين القيدين لأنه لو كانت الأرض فى بلد تحتاج إلى تكرار الكراب لتخرج الربيع لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد، لأنه يكون من مقتضيات العقد حيثذ، وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد. (ك)
- (١٥) ريم دخلى كه از زرع پيدا شود. (كنز اللغات)

المراد بكرى الأنهار الجداول^(١)، بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح^(٢)، لأنه يبقى^(٣) منفعته^(٤) في العام القابل.

قال^(٥): وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه^(٦)، وقال الشافعي: هو جائز، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى^(٧)، واللبس باللبس، والركوب بالركوب. له أن المنافع بمنزلة الأعيان^(٨)، حتى جازت^(٩) الإجارة بأجرة دين^(١٠)، ولا يصير^(١١) ديناً بدين. ولنا: أن الجنس بانفراده يحرم النساء^(١٢) عندنا، فصار^(١٣) كبيع القوهى بالقوهى نسيئة، وإلى هذا أشار محمد^(١٤)، ولأن الإجارة

(١٦) أى مدة الإجارة.

(١٧) فيبقى أثر الكراب الثانى بعدها.

(١٨) قوله: "لا يبقى" وكذا يصح فى بلاد لو كربت الأرض مراراً لا يبقى منفعتها إلى العام الثانى.

(١٩) أى منفعة الكراب الثانى.

(١) جمع جدول وهو النهر الصغير.

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول من قال: بأن المراد منها الجداول. (كفاية)

(٣) دليل الفساد فى شرط كرى الأنهار العظام.

(٤) أى منفعة الكرى الأنهار العظام.

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) أى فلا يجوز.

(٧) قوله: "إجارة السكنى إلخ" بأن أجر داره ليسكنها بسكنى دار أخرى، أو ثوبا ليلبسه بلبس ثوب آخر، أو دابة

ليركبها بركوب دابة أخرى. (عينى)

(٨) فيكون بيع الموجود بالموجود.

(٩) قوله: "حتى جازت" ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين، وهو لا يجوز.

(١٠) أى بأجرة هى دين على المؤاجر.

(١١) أى الإجارة بأجرة دين.

(١٢) قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس، لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام كما لو أسلم

قوهياً فى مروى. (ك)

قوله: "يحرم النساء [فقى المنافع وجد اتحاد الجنس المحرم]" النساء مع المد التأخير، يقال: بعته بنساء، ونسيئة بمعنى، ومنه نساء الله فى أجلك، كذا فى "المغرب". وقال فى "منتهى الأرب": نساء تأخير كردن وزمان دادن، يقال: نساء الله فى أجله، ونساء كسما درازى عمر، ونساء القوم آخرهم.

قوله: "يحرم النساء" بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام، كما لو أسلم قوهياً فى مروى. (ك) أجبب أنهما لما أقدمتا على عقد يتأخر المعقود عليه فيه، ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ فى وجوب التأخير من المشروط، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة. (عينى)

(١٣) قوله: "فصار" أى صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهى بالثوب القوهى إلى أجل، وهو بضم

القاف وسكون الواو، وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان، كور هسن كور فارس، وإنما لم يجز البيع ههنا لأن أحد صفتى

جوزت بخلاف القياس للحاجة، ولا حاجة عند اتحاد الجنس، بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة^(١).

قال^(٢): "وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه، أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه^(٣) فحمل الطعام كله، فلا أجر له^(٤)". وقال الشافعي: له المسمى، لأن المنفعة عين عنده، وبيع العين شائعاً جائز^(٥)، فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه^(٦) وبين غيره^(٧) ليضع فيها الطعام، أو عبداً مشتركاً ليخيط له^(٨) الثياب. ولنا: أنه^(٩) استأجره لعمل لا وجود له^(١٠)، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع^(١١)، بخلاف البيع^(١٢)، لأنه تصرف حكمي^(١٣)، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر، ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه، فيكون عاملاً لنفسه^(١٤)، فلا يتحقق التسليم، بخلاف^(١٥) الدار المشتركة، لأن المعقود

علة الربا كاف في حرمة النساء وهو الجنس. (عيني)

(١٤) قوله: "والى هذا [أى إلى هذا الطريق] أشار محمد" وهو ما حكى أن ابن سماعة كتب من بلغ إلى محمد بن الحسن في هذه المسألة وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار؟ فكتب محمد في جوابه أنك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة، وجمالست الخنائى فكانت منك زلة، أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القومى بالقومى نساء، والخنائى اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل، ويقول: لا برهان لكم عليها، كذا في "شرح الجامع الصغير" لفخر الإسلام و"الفوائد الظهيرية". (نت)

(١) بأن استأجر ركبوا بلبس فيجوز لتحقق الحاجة.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) من الطعام.

(٤) لا المسمى ولا أجر المثل.

(٥) فكذا إجارة المشاع.

(٦) أى بين المستأجر.

(٧) حيث يجب الأجر.

(٨) أى للمستأجر.

(٩) أى أن أحد الشريكين استأجر الآخر أو حماره.

(١٠) أى لا يتميز وجوده.

(١١) قوله: "لا يتصور فى الشائم" لأن الحمل يقع على معين والشائم ليس بمعين. (عيني)

(١٢) جواب عن قياس الشافعي على البيع.

(١٣) قوله: "لأنه تصرف حكمي" أى شرعى والتصرف فى الشائم شائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه. (مل)

(١٤) قوله: "فيكون عاملاً إلخ" لأن كونه عاملاً لنفسه يمنع تسليم عمله إلى الغير، وبدون التسليم لا يجب الأجر، غاية الأمر أنه عامل للغير أيضاً لكن جعله عاملاً لنفسه أولى لأن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه مع ما فيه من تملك المنافع المدومة، ولأنه لو كان عاملاً لنفسه لا يجب الأجر، ولو كان عاملاً للغير يجب، فلا يجب بالشك، ولا

عليه هنالك المنافع^(١)، ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام^(٢)، وبخلاف العبد^(٣)، لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه^(٤)، وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع^(٥).

ومن استأجر أرضاً^(٦)، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أى شيء يزرعها^(٧)، فالإجارة فاسدة، لأن الأرض تستأجر للزراعة، ولغيرها^(٨)، وكذا ما يزرع فيها مختلف، فمنه ما يضر بالأرض^(٩)، وما لا يضر بها غيره^(١٠) فلم يكن المعقود عليه معلوماً. فإن زرعها^(١١) ومضى الأجل^(١٢) فله المسمى، وهذا استحسان، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر، لأنه^(١٣) وقع فاسداً، فلا ينقلب جائزاً^(١٤).
وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت^(١٥) قبل تمام العقد^(١٦)، فينقلب جائزاً كما إذا ارتفعت في حالة العقد^(١٧)، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول^(١٨) قبل مضيه،

يقال: المحمول لما كان مشتركاً ويجب أن يقع الحمل مشتركاً، لأن وقوع الحمل مشتركاً محال لأنه عرض وهو لا يتجزأ. (ك)

(١٥) جواب عن قياس الشافعي على استئجار الدار المشتركة.

(١) أى منافم الدار والبدل بمقابلتها.

(٢) قوله: "ويتحقق تسليمها [أى تسليم المنافع] إلخ" فإنه إذا سلم البيت، ولم يضع فيه الطعام أصلاً وجب عليه الأجر، بخلاف الحمل فإن المعقود عليه هو العمل، وتسليمه في الشائع لا يتحقق. (عيني)

(٣) جواب عن قياس الشافعي على استئجار العبد المشترك.

(٤) قوله: "إنما هو [أى النفعة] ملك نصيبه" وهو النفعة، فإن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه. (عيني)

(٥) كما في البيم بخلاف الحمل فإنه فعل حسي.

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، كذا في "العناية".

(٧) من أنواع الحبوب.

(٨) كالبناء والفرس وحفظ الأمتعة.

(٩) قوله: "فمنه ما يضر بالأرض" كالذرة والأرز، فإن ضررها لها أكثر من ضرر الخنطة والشعير. (عناية)

(١٠) أى غير ما يضر بالأرض.

(١١) قوله: "فإن زرعها" أى زرع الأرض نوعاً من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة، ومضى الأجل فله المسمى،

أى للمؤجر ما سمي عند العقد. (مل)

(١٢) المضروب فيها.

(١٣) العقد.

(١٤) فيجب أجر المثل.

(١٥) قوله: "ارتفعت [أى بوقوع ما وقع فيها من الزرع. ع] إلخ" فإن قيل: لو ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن جاز أن يكون ما زرعها مضراً بالأرض، فيقع المنازعة بهذا السبب، قلت: المانع هو المفسد توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وقد زال هذا التوقع، فجاز العقد. (مل)

(١٦) أى قبل تمام مدة العقد أى الأجل.

والخيار الزائد^(١) في المدة.

ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم، ولم يسم ما يحمل عليه، فحمل ما يحمل الناس^(٢)، فنفق^(٣) في بعض الطريق، فلا ضمان عليه؛ لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر^(٤) وإن^(٥) كانت الإجارة فاسدة.

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى؛ استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى^(٦)، وإن اختصما قبل أن يحمل عليه، وفي المسألة الأولى^(٧) قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً للفساد، إذ الفساد قائم بعد^(٨).

باب^(٩) ضمان الأجير^(١٠)

قال^(١١): الأجراء^(١٢) على ضربين: أجير مشترك^(١٣)، وأجير خاص، فالمشترك

(١٧) قوله: "كما إذا ارتفعت إلخ" أي ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع من وقت الزرع، وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد، لأن كل جزء منه بمنزلة ابتداءه، ولو ارتفعت من الابتداء جاز، فكذا ههنا. (ع)

(١٨) قوله: "الأجل المجهول" بأن باع إلى الحصاد والدياس، فأسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدياس. (عيني)

(١) قوله: "والخيار الزائد" بأن شرط خيار الشرط أربعة أيام مثلاً، ثم أسقط اليوم الرابع قبل مجيئه، فإن قلت: إن هاتين المسألتين اختلف فيهما زفر، فإنه لا يقول بالإنقلاب من الفساد إلى الجواز فيهما، فكيف يصح جعلهما نظيرين؟ قلت: لما ظهر بطلان قول زفر فيهما فصارتا بمنزلة المجمع عليهما، فصح جعلهما نظيرين إلا أنه يحتمل أن يكون هذا من قبيل رد المختلف إلى المختلف لزيادة الإيضاح. (مل)

(٢) قوله: "فحمل ما يحمل الناس إلخ" إنما قيد به لأنه إذا حمل غير المعتاد، فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة، لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد، ولم يتعد المعتاد. (عيني)

(٣) أي مات.

(٤) والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي، وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدي. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "على ما ذكرنا إلخ" وهو قوله: وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين وارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة، فانقلب إلى الجواز، ووجب المسمى، وفي القياس يجب أجر المثل. (عيني)

(٧) أي استأجر أرضاً لم يذكر إلخ.

(٨) أي بعد الإجارة قبل الحمل على الحمار، وقبل الزراعة في الأرض. (عيني)

(٩) قوله: "باب" لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفسادها شرع في بيان الضمان، لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج إلى بيانه. (نت)

(١٠) قوله: "الأجير" قال الإمام المطرزي في "المغرب": وأما الأجير فهو مثل الجليس والتدبير في أنه فعيل بمعنى مفاعل، انتهى. (نت)

(١١) أي القدوري. (عيني)

(١٢) على وزن فعلاء جمع أجير. (عيني)

(١٣) قوله: "أجير مشترك إلخ" الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل هو معلوم ببيان محله، لأن المعقود

من لا يستحق الأجرة حتى يعمل^(١) كالصباغ والقصار^(٢)، لأن المعقود عليه^(٣) إذا كان^(٤) هو العمل أو أثره^(٥)، كان له^(٦) أن يعمل للعمامة، لأن منافعه^(٧) لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه^(٨) يسمى أجيراً مشتركاً^(٩).

قال^(١٠): والمتاع أمانة في يده، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة،

وهو قول زفر، ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالخريق الغالب^(١١)، والعدو^(١٢) المكابر. لهما ما روى عن عمر^(١٣) وعلى رضى الله عنهما^(١٤): "أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك" *، ولأن^(١٥) الحفظ مستحق عليه^(١٦)، إذ لا يمكنه العمل إلا به^(١٧)، فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته^(١٨)، فيضمنه كالوديعة^(١٩) إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه

عليه في حقه الوصف الذى يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة كالقصار والصباغ، والأجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه، ولا يصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة أو المسافة. (مل)

(١) قوله: "حتى يعمل" لأن الإجارة عقد معاوضة، فتقتضى المساواة بينهما. (تبيين)

(٢) كاذر.

(٣) قوله: "لأن المعقود عليه [ليس دليلاً لما سبق فإنه تعريف لا حكم فيه] إلخ" بيان لمناسبة التسمية، وكأنه قال:

من لا يستحق الأجرة حتى يعمل سمي بالأجير المشترك، لأن المعقود عليه إلخ. (٤)

(٤) قوله: "إذا كان هو العمل [كالقصار]" يعني إذا شرط أن يعمل هو بنفسه، وقوله: أو أثره إذا لم يشترط

أن يعمل هو بنفسه. (ك)

(٥) كالصبغ.

(٦) أى للأجير.

(٧) أى منافع الأجير.

(٨) أى من جهة أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد.

(٩) بين الناس غير مخصوص بواحد بعينه.

(١٠) هذا من القدورى.

(١١) قوله: "كالخريق الغالب [خريق آتش زبانه دهنده. كنز اللغات]" لأن الحفظ فيه غير واجب، فلا يضمن

لعدم الجناية والتقصير. (مل)

(١٢) قوله: "والعدو" وقالوا: يضمن، إلا من حرق غالب، أو لصوص مكابرين استحساناً. (رد المحتار)

(١٣) كذا قال الزيلعي في "شرح الكنز".

(١٤) قوله: "وعلى رضى الله تعالى عنه" قلت: روى البيهقي من طريق الشافعي عن علي أنه كان يضمن الصباغ. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٦٨ ص ١٩٠. (نعيم)

(١٥) يريد به أن المعقود عليه الحفظ أيضاً. (ك)

(١٦) ولا حفظ إذا هلك المتاع.

(١٧) أى بالحفظ.

كالموت حتف أنفه^(١)، والحريق الغالب وغيره^(٢)، لأنه لا تقصير من جهته^(٣).
ولأبى حنيفة أن العين أمانة في يده، لأن القبض حصل بإذنه^(٤)، ولهذا لو
هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه، ولو كان مضموناً^(٥) يضمنه كما في
المغصوب^(٦)، والحفظ^(٧) مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً^(٨)، ولهذا^(٩) لا يقابله^(١٠)
الأجر بخلاف المودع بالأجر، لأن الحفظ مستحق عليه مقصوداً^(١١) حتى يقابله^(١٢)
الأجر. قال: وما تلف^(١٣) بعمله كتخريق الثوب من دقه^(١٤)، وزلّقي^(١٥) الحمال،
وانقطاع الحبل الذي يشد به المكارى^(١٦) الحمل، وغرق^(١٧) السفينة من مده^(١٨) مضمون
عليه. وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه، لأنه^(١٩) أمره بالفعل مطلقاً^(٢٠)، فينتظمه

(١٨) أى هو صار تاركاً ذلك الحفظ الذى ضمنه له بعقده. (ك)

(١٩) قوله: "كالوديعة إلخ" فإن المودع بأجر صار بالتقصير تاركاً ذلك الحفظ المستحق فيضمن. (مل)

(١) حتف - بالفتح -: مرگ مات فلا حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل وضرب وغرق و حرق. (من)

(٢) كالغارة على بلد هو فيه.

(٣) فلم يكن متعدياً فلا يضمن.

(٤) المستأجر.

(٥) قوله: "ولو كان [أى العين فى يده. ع] مضموناً" أى لو كان مضموناً لما اختلف الحال، بل كان مضموناً

عليه مطلقاً. (تبيين)

(٦) قوله: "كما فى المغصوب" أى كما يضمن المغصوب فى الحالين. (مل)

(٧) جواب عن دليلهما: ولأن الحفظ إلخ.

(٨) قوله: "لا مقصوداً" أى غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه، وذلك لأن العقد وارد على العمل لكونه أجيراً

مشتراً، والحفظ ليس بمقصود أصلى بل لإقامة العمل، فكان تبعاً، فلم يكن مقصوداً. (عيني)

(٩) أى لكون الحفظ مستحقاً عليه تبعاً لا مقصوداً.

(١٠) الحفظ.

(١١) إذ العقد عقد حفظ. (ك)

(١٢) الحفظ.

(١٣) هذه مسألة القدورى.

(١٤) أى دق القصار. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "زلق [لغزیدن]" إذا لم يكن من مزاحمة الناس كما فى الإصلاح، فإن التلف الحاصل من زلقه حصل

من تركه التثبيت فى الشئ. (مجمع الأنهر)

(١٦) مكارى الفاعل بكرايه دهند. (من)

(١٧) بفتح الراء. (٤)

(١٨) قوله: "مده [أى من مد الملاح السفينة]" وفيه إشارة إلى أن السفينة لو غرقت من موج أو ريح أو نحوهما لم

يضمن كما فى القهستانى. (مجمع الأنهر)

(١٩) أى لأن صاحب المتاع.

بنوعيه المعيب والسليم، وصار كأجير الواحد^(١) ومعين القصار.
ولنا أن الداخل تحت الإذن^(٢) ما هو الداخل تحت العقد، وهو العمل الصالح؛
لأنه^(٣) هو الوسيلة إلى الأثر^(٤)، وهو المعقود عليه حقيقة^(٥)، حتى لو حصل بفعل
الغير^(٦) يجب الأجر، فلم يكن المفسد مأذوناً فيه^(٧)، بخلاف المعين^(٨)؛ لأنه متبرع،
فلا يمكن تقييده^(٩) بالمصلح^(١٠)، لأنه^(١١) يمتنع عن التبرع، وفيما نحن فيه يعمل
بالأجر، فأمكن تقييده^(١٢)، وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره^(١٣) إن شاء الله
تعالى، وانقطاع الحبل^(١٤) من قلة اهتمامه^(١٥)، فكان من صنيعه.

قال: إلا أنه لا يضمن^(١٦) به^(١٧) بنى آدم ممن غرق في السفينة، أو سقط من

(٢٠) قوله: "أمره بالفعل مطلقاً" بأن استأجره ليدق الثوب، ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة. (عيني)

(١) أى الأجير الخاص، حيث لا ضمان عليهما.

(٢) أى الأمر. (٤)

(٣) عمل صالح.

(٤) الحاصل فى العين من فعله.

(٥) قوله: "وهو المعقود عليه الخ" أقول: فى تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل الصالح بما ذكره المصنف
قصور، لأن كون العمل وسيلة إلى الأثر إنما يتصور فى صورة تخريق الثوب من دقة من صور مسألتنا هذه دون الصور
الثلاث الباقية منها، إذ قد مر فى أواخر باب الأجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر فى العين كالقصار والصباغ، فله
أن يحبس العين حتى يستوفى الأجر، لأن المعقود عليه وصف قائم فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البذل كما فى البيع،
وكل صانع ليس لعمله أثر فى العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح، لأن المعقود عليه نفس العمل، وهو
عين: نائم فى العين، فلا يتصور حبسه. (نت)

(٦) أى غير الأجير.

(٧) من العمل لأنه ليس بوسيلة إلى الأثر. (ك)

(٨) أى معين القصار.

(٩) أى تقييد عمله.

(١٠) من العمل.

(١١) حال هذا التقييد.

(١٢) بالمصلح.

(١٣) فى آخر هذا الباب.

(١٤) قوله: "وانقطاع الخ" جواب لما عسى أن يقال: إن انقطاع الحبل ليس فى صنيع الأجير فما وجه ذكره من

جملة ما تلف بعمله. (عيني)

(١٥) بتركة التوثيق فى شد الحبل.

(١٦) قوله: "إلا [استثناء من قوله: مضمون عليه] أنه لا يضمن الخ" قيل: إنما عدم الضمان حال السقوط إذا كان

هو من يستمسك على الدابة، ويركب وحده، وإلا فهو كالمنازع، والصحيح أنه لا فرق، وكذا رواه ابن سماعة عن أبى
يوسف فى الوضوء، كذا ذكره التمر تاشى. ولا يقال: إن ضمان بنى آدم يجب بالتسبيب، وقد وجد لأن المسبب إنما

الدابة وإن^(١) كان بسوقه وقوده، لأن الواجب ضمان الأدمى، وأنه لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا يجب على العاقلة^(٢)، وضمن العقود لا تتحملة العاقلة^(٣). قال^(٤): وإذا استأجر من يحمل له دنا^(٥) من الفرات^(٦)، فوقع في بعض الطريق^(٧)، فانكسر^(٨)، فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمّله، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر، وأعطاه أجره بحسابه.

أما الضمان فلما قلنا^(٩): والسقوط^(١٠) بالعتار^(١١)، أو بانقطاع الحبل، وكل ذلك من صنيعه، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق، والحمل^(١٢) شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه^(١٣)، وله^(١٤) وجه آخر، وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه، فلم يكن من الابتداء تعدياً، وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل^(١٥) إلى أي الوجهين شاء، وفي الوجه الثاني^(١٦) له الأجر بقدر ما استوفى^(١٧)، وفي الوجه

يضمن إذا تعدى، وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدى. (ك)

(١٧) أى فعله.

(١) الواو وصلية.

(٢) هم من يؤدون الدية والتفصيل سيجيء في كتاب المعاقل.

(٣) قوله: "لا تتحملة العاقلة [لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنائيات]" لأن العاقلة إنما يدفعون الدية باعتبار ترك الحفظ، ولا يجب عليهم الحفظ من العقود، فإذا كان كذلك لا تتحمل العاقلة ضمان العقود. (حميدية)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) دن - بالفتح -: خم بزرگ قار اند وديا دراز تراز سيو. (من)

(٦) قوله: "من الفرات حوى كوفه" إنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان تباع هناك. (ك)

(٧) قوله: "فوقع في بعض الطريق" قيد بقوله: في بعض الطريق لأنه لو انكسر بعد ما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده، فلا ضمان عليه، وله الأجر. (عينى)

(٨) قوله: "فانكسر" ليس بقيد، فإنه لو كسره عمداً فالحكم كذلك. (عينى)

(٩) من أنه أجير مشترك، وقد تلف المتاع بصنعه، فيضمن.

(١٠) أى سقوط الدين.

(١١) شكوخيدن وبسرور افتادن. (من)

(١٢) قوله: "والحمل إلخ" أى والحال أن الحمل شيء واحد حكماً إذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به، وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع عينه. (عينى)

(١٣) قوله: "من هذا الوجه" أى أن الحمل شيء واحد، فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداءً. (عينى)

(١٤) أى للتعدي والضمان.

(١٥) أى لما كان جهة الضمان دائرة بين الأمرين فيميل إلخ.

(١٦) أى ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر.

(١٧) من العمل.

الأول^(١) لا أجر له، لأنه ما استوفى أصلاً.

قال^(٢): وإذا فصد^(٣) الفصاد، أو بزغ البزاغ^(٤)، ولم يتجاوز الموضع المعتاد^(٥)

فلا ضمان عليه فيما عطب^(٦) من ذلك. وفي "الجامع الصغير": بيطار^(٧) بزغ دابة بدائق^(٨)، فنفتت^(٩)، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه، فمات^(١٠) لا ضمان عليه، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان^(١١). ووجهه^(١٢) أنه لا يمكنه التحرز عن السراية، لأنه يبتنى على قوة الطباع^(١٣)، وضعفها^(١٤) في تحمل الألم، فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل^(١٥)، ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه^(١٦)، لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد، فأمكن القول بالتقييد^(١٧). قال^(١٨): والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة^(١٩) وإن^(٢٠) لم يعمل^(٢١) كمن استؤجر شهراً

(١) أى ما إذا شاء تضمين قيمته فى المكان الذى حمّله.

(٢) أى القدورى. (عيني)

(٣) فصد فصدًا: رگ زد. (من)

(٤) قوله: "أو بزغ البزاغ" البزاغ: شتر زن بزغ بيطار الدابة شقها بالمزغ، وهو مثل مشرطة الحجام. (ن)
قوله: "البزاغ" أى البيطار، فهو خاص بالبهايم. (رد المحتار)

(٥) ولو تجاوز الموضع المعتاد ضمن.

(٦) أى هلك.

(٧) بيطار - بالفتح - : علاج كشيده چهار بايان را. (م)

(٨) هو سدس الدرهم.

(٩) هلكت.

(١٠) العبد.

(١١) قوله: "نوع بيان" لأن رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الإذن، ورواية "الجامع الصغير" ناطقة

بالإذن ساكتة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما سكت عنه رواية "الجامع الصغير"، وما نطق به رواية "الجامع الصغير" بياناً لما سكت عنه رواية المختصر، فيستفاد لمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان. (ك)

(١٢) أى وجه عدم الضمان.

(١٣) قوله: "لأنه يبتنى على قوة إلخ" فرمما يكون ضعيف المزاج فيسرى الفعل إلى النفس، وربما يكون قويه فلا

يسرى. (أبو المكارم)

(١٤) والقوة والضعف مجهول، والاحتراز عن المجهول لا يمكن.

(١٥) كيلا يتقاعد الناس عن هذا العمل.

(١٦) فى الصفحة السابقة.

(١٧) بالمصلحة من العمل.

(١٨) أى القدورى. (عيني)

للخدمة أو لرعى الغنم^(١)، وإنما سمي أجير وُحد^(٢) لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره^(٣)، لأن منافعه^(٤) في المدة صارت مستحقة له^(٥) والأجر مقابل بالمنافع، ولهذا^(٦) يبقى الأجر مستحقاً وإن^(٧) نقض العمل.

قال^(٨): ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده^(٩)، ولا ما تلف من عمله^(١٠)، أما الأول^(١١) فلأن العين أمانة في يده، لأنه قبض بإذنه^(١٢)، وهذا ظاهر عنده، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس^(١٣)، وأجير الواحد لا يتقبل الأعمال^(١٤)، فيكون السلامة غالباً، فيؤخذ فيه

(١٩) المضروبة.

(٢٠) الواو وصلية.

(٢١) قوله: "وإن لم يعمل" أى سلم نفسه، ولم يعمل مع التمكن أما إذا امتنع من العمل، ومضت المدة أو لم يتمكن من العمل لعذر، ومضت المدة لم يستحق الأجرة، لأنه لم يوجد تسليم النفس. (ك)

(١) قوله: "أو لرعى الغنم" واعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهراً فهو أجير مشترك إلا أن يقول: ولا ترع غنم غيري، فحينئذ يصير أجير وُحد، وإن ذكر المدة أو لا، بأن استأجره ليرعى غنمه شهراً بدرهم فهو أجير وُحد إلا أن يقول: وترعى غنم غيري. (ك)

(٢) صفة بمعنى واحد.

(٣) أى لغير المستأجر.

(٤) أى منافع الأجير الخاص.

(٥) أى للمستأجر.

(٦) قوله: "ولهذا [أى لكون الأجير مقابلاً بالمنافع]" أى ولأنه يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل ويستحق الأجر وإن نقض العمل بخلاف الأجير المشترك فإنه لا يستحق الأجر إذا نقض عمله قبل أن يقبض رب الثوب لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، فإنه روى عن محمد في خياط خاط ثوب رجل بأجر، ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط، لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب، ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل، لأنه لو أجبر إنما يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل.

وإن كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل، وهذا لأن الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله، وصار كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبي لأن بفتق الأجنبي لا يمكن أن يجعل كأن الخياط لم يعمل أصلاً. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) بأن سرق منه أو غصب.

(١٠) قوله: "ولا ما تلف من عمله" بأن تخرق الثوب من دقه، أو انفسد البطيخ، أو احترق الخبز ونحو ذلك. (عينى)

(١١) أى ما تلف في يده.

(١٢) المستأجر.

(١٣) قوله: "لصيانة الخ" فإن الأجير المشترك يتقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها، ولا يأخذ إلا بقدر ما يقدر على حفظه. (عينى)

(١٤) بل يسلم نفسه.

بالقياس^(١). وأما الثاني^(٢) فلأن المنافع^(٣) متى صارت مملوكة^(٤) للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير^(٥) نائباً منابه، فصار فعله^(٦) منقولاً إليه، كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه، والله أعلم.

باب الإجارة على أحد الشرطين^(٧)

وإذا قال للخياط: إن خطت هذا الثوب فارسياً^(٨) فبدرهم^(٩)، وإن خطته رومياً^(١٠) فبدرهمين جاز، وأى عمل من هذين العملين^(١١) عمل استحق الأجر به، وكذا إذا قال للصباغ: إن صبغته بعصفر^(١٢) فبدرهم، وإن صبغته بزعفران فبدرهمين. وكذا إذا خيرته^(١٣) بين شيئين بأن قال: أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة، أو هذه الدار الأخرى بعشرة^(١٤)، وكذا إذا خيرته^(١٥) بين مسافتين مختلفتين، بأن قال: أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا^(١٦)، أو إلى واسط^(١٧) بكذا^(١٨)، وكذا إذا خيرته^(١٩)

(١) وهو عدم الضمان.

(٢) أى إذا تلف بعمله.

(٣) أى منافع الأجير.

(٤) بتسليم النفس.

(٥) الأجير.

(٦) الأجير.

(٧) قوله: "باب الإجارة إلخ" لما فرغ عن ذكر الإجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الإجارة على أحد الشرطين، لأن الواحد قبل الاثنين. (نت)

(٨) قوله: "فارسياً" أى خيطاً فارسياً بمعنى خياطة فارسية أى منسوبة إلى صنعة فارس، وهى التى يكون فيها الخياطة غرزة غرزة. (عينى)

(٩) أى فأجرك درهم.

(١٠) قوله: "رومياً" أى خيطاً رومياً بمعنى خياطة رومية، أى منسوبة إلى صنعة الروم وهى التى تكون الخياطة فيها غرزتين غرزتين. (عينى)

(١١) أى الخياطة الفارسية والرومية.

(١٢) قوله: "بعصفر [كسم]" عصفر بالضم گیاهى ست معروف كه جامه را بآن رنگ كند، وتخم آن را قرطم گویند. (م)

(١٣) أى خير المؤجر المستأجر.

(١٤) فأى دار سكنها يلزمه ما عينه من الأجرة.

(١٥) أى خير المؤجر المستأجر.

(١٦) أى عشرة مثلاً.

(١٧) بلد بالعراق.

(١٨) أى خمسة مثلاً.

بين ثلاثة أشياء^(١)، وإن خيره بين أربعة^(٢) لم يجز.
والمعتبر^(٣) في جميع ذلك البيع^(٤)، والجامع^(٥) دفع الحاجة^(٦) غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع^(٧)، وفي الإجارة لا يشترط ذلك؛ لأن الأجر إنما يجب بالعمل^(٨)، وعند ذلك^(٩) يصير المعقود عليه معلوماً، وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد، فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار.

ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم^(١٠)، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة^(١١) لا يجاوز به^(١٢) نصف درهم. وفي "الجامع الصغير": لا ينقص من نصف درهم^(١٣)، ولا يزداد على درهم، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان^(١٤). وقال زفر: الشرطان فاسدان؛ لأن الخياطة شيء واحد^(١٥)، وقد ذكر بمقابلته^(١٦) بدلان على البدل^(١٧)،

(١٩) أى خير المؤجر المستأجر.

(١) قوله: "بين ثلاثة أشياء" أى فى الصور المذكورة بأن قال: إن خطته فارسياً، فلك درهم، وإن خطته رومياً، فلك درهماً، وإن خطته تركياً، فلك ثلاثة دراهم، فأى الأعمال عمل استحق الأجر المسمى.
وكذا إذا قال: إذا صبغته بعصفر، فلك درهم، وإن صبغته بزعفران، فلك درهماً، وإن صبغته بورس ونحوه، فلك ثلاثة دراهم، وكذا إذا قال: إن سكنت هذه الدار، فعليك كل شهر خمسة، وإن سكنت هذه، فعليك عشرة، وإن سكنت هذه، فخمسة عشر، وكذا لو قال: أجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة، وإلى واسط بخمسة عشر، وإلى الكوفة بعشرين. (عنى)

(٢) قوله: "بين أربعة" أى بين أربعة أنواع من الفعل، بأن قال: إن خطته فارسياً، فلك درهم، وإن خطته رومياً فلك درهماً، وإن خطته تركياً، فلك ثلاثة، وإن خطته هندياً، فأربعة. (عنى)

(٣) أى المقيس عليه.

(٤) قوله: "البيع" بأن باع أحد الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء جاز، وكذا إذا قال: بعث أحد الأثواب الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء، وفى الزائد على الثلاثة لا يجوز. (حميدية)

(٥) فى إلحاق الإجارة بالبيع فى هذه الصور.

(٦) قوله: "دفع الحاجة" وهى تندفع بالثلاثة لاشتغالها على الجيد والوسط والردى، ولا حاجة إلى الأربعة لاندفاعها بما دونها. (كفاية)

(٧) قوله: "لا بد من اشتراط الخيار [أى خيار التعيين] إلخ" فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيار، وكذا إذا خيره بين ثلاثة. (عنى)

(٨) لا بالعقد.

(٩) العمل.

(١٠) قوله: "فله درهم" لأن الشرط الأول جائز، والثانى فاسد، ولهذا يجب المسمى فى الأول، وأجر المثل فى الثانى. (مل)

(١١) لأنه هو المسمى فى اليوم الثانى.

(١٢) أى بأجر المثل.

(١٣) أى عند أبى حنيفة فعنه روايتان، والأول هو المختار.

(١٤) ففى أيهما خاط يستحق المسمى فيه.

(١٥) قوله: "شيء واحد" لأنه استأجره على مطلق الخياطة، فالفعل غير مختلف، وإنما يختلف الزمان. (عنى)

فيكون مجهولاً^(١)، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل^(٢)، وذكر الغد للترفية^(٣)، فيجتمع في كل يوم^(٤) تسميتان^(٥). ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت^(٦)، وذكر الغد للتعليق^(٧)، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان^(٨)، ولأن التعجيل والتأخير مقصودان^(٩)، فنزل منزلة اختلاف النوعين^(١٠). ولأبى حنيفة أن ذكر الغد للتعليق^(١١) حقيقة، ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت^(١٢)، لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت

(١٦) درهم ونصف.

(١٧) أى على طريق البدل.

(١) قوله: "فيكون [البدل] مجهولاً" فصار كأنه قال: خطته بدرهم أو نصف درهم وهو باطل، فكذا هذا، والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فإنه به يتعين الأجر للزومه عند العمل، كما تقدم. (٤)

(٢) قوله: "لأن ذكر اليوم للتعجيل" لأنه حال أفراد العقد باليوم بقوله: خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد يستحق الأجر، فكذا ههنا. (عيني)

قوله: "للتعجيل" لا للتوقيت، وإلا يلزم اجتماع العمل والوقت في الإجارة، وهو مفسد كما مر، فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل كان الأجر مقابلاً بنفس الحياطة في اليوم، وكذا في الغد، لأن ذكره للترفية، فيجتمع في فعل واحد أجران على البدل، وهو يوجب الجهالة. (أعظمي)

(٣) قوله: "للترفية" [أسائش دادن] لا للإضافة والتعليق، ولهذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال: خطه غداً بنصف درهم ثبت هذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم الأول استحق نصف درهم. (عيني)

(٤) قوله: "فيجتمع الخ" بيان ذلك أما في اليوم الأول فلأن ذكر الغد إذا كان للترفية كان العقد المضاف إلى غد ثابتاً اليوم مع عقد اليوم، وأما في الغد فلأن العقد المنعقد في اليوم باقٍ، لأن ذكر اليوم للتعجيل، فيجتمع مع المضاف إلى الغد، فهذا بيان اجتماع التسميتين في كل يوم. (عيني)

(٥) فيبطل العقد للجهالة. (عيني)

(٦) قوله: "ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت" لأنه حقيقة، فكان قوله: إن خطه اليوم، فبدرهم مقتصراً على اليوم، فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد إلى الغد، بل ينقضى بانقضاء الوقت، وذكر الغد للتعليق أى الإضافة؛ لأن الإجارة لا يقبل التعليق، لكن يقبل الإضافة إلى وقت. في المستقبل، وإذا كان للإضافة فلم يكن العقد ثابتاً في الحال، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان. (ع)

قوله: "للتأقيت" فإن قيل: قد جملاً ذكر اليوم في مسألة خبز الختاميم للتعجيل فما لهما لم يجعلاً كذلك ههنا، قلنا: هناك جملاً على المحاز تصحيحاً للعقد، وههنا جملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً، إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان من صحة العقد، والأصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن. (تاج الشريعة)

(٧) أى الإضافة.

(٨) قوله: "فلا يجتمع الخ" يعنى أن الكلامين تعليقان بحسب الظاهر لوجود حرف الشرط فيهما، لكن الإجارة إثبات، فلا يحتمل التعليق، فيحمل ذكر اليوم على الإجارة بأنه موقته، وذكر الغد على الإجارة مضافة، فلا يجتمع في كل يوم تسميتان. (أعظمي)

(٩) والمعقود عليه هو العمل. (٤)

(١٠) كالحياطة الرومية والفارسية.

(١١) أى للإضافة.

(١٢) الذى هو حقيقة.

والعمل^(١)، وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول^(٢)، ويجب المسمى، ويفسد الثاني^(٣)، ويجب أجر المثل^(٤) لا يجاوز به نصف درهم، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني^(٥). وفي "الجامع الصغير": لا يزداد على درهم، ولا ينقص من نصف درهم، لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني، فيعتبر لمنع الزيادة^(٦)، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان^(٧)، فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة^(٨) هو الصحيح^(٩)، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد^(١٠)، فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى.

ولو قال: إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر، وإن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز، وأى الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة.

وقالا: الإجارة فاسدة، وكذا^(١١) إذا استأجر بيتاً على أنه إن سكن^(١٢) فيه فبدرهم، وإن أسكن^(١٣) فيه حداداً فبدرهمين، فهو جائز عند أبي حنيفة،

(١) قوله: "لا اجتماع الوقت إلخ" فإذا نظر إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركا، وإذا نظر إلى ذكر اليوم كان أجير وحد، وهما يتنافيان لتنافي لوازمهما، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل، وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة، وتنافي اللوازم يدل على تنافي اللزومات، ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التوقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل، وحيث يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم، فيصح الأول ويجب المسمى، ويفسد الثاني، ويجب أجر المثل. (٦)

(٢) أى الشرط الأول.

(٣) أى الشرط الثاني.

(٤) لأنه مقتضى الإجارة الفاسدة.

(٥) قوله: "لأنه هو المسمى إلخ" فإن قلت: فالدرهم أيضاً مسمى في اليوم الثاني، لأن اليوم جعل للتعجيل، فصار وجوده كعدمه، فيكون ذكر الدرهم موجوداً في الغد فلا يكون راضياً بحط نصف درهم، قلت: مسلم لكن ذكر النصف في الغد بطريق التصريح بخلاف ذكر الدرهم، فهو مصرح في اليوم دون الغد.

(٦) على درهم.

(٧) قوله: "لمنع النقصان [عن نصف درهم]" أقول: فيه نظر إذ قد تقرر في أول باب الإجارة الفاسدة أن التسمية في الإجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا، ولا تمنع النقصان أصلاً، بل يجب أجر المثل، وإن نقص عن المسمى فما معنى أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان. (نت)

(٨) قوله: "عند أبي حنيفة" أما عندهما فالصحيح أنه ينتقص من نصف الدرهم، ولا يزداد عليه. (عيني)

(٩) وفي رواية: أنه لا يزداد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم.

(١٠) بأكثر من نصف درهم. (ك)

(١١) أى على الخلاف.

(١٢) بنفسه، وفي نسخة: إن أسكنت فيه عطاراً.

(١٣) وفي نسخة: وإن أسكنت.

وقالاً: لا يجوز. ومن استأجر دابةً إلى الحيرة^(١) بدرهم، وإن جاوز بها إلى القادسية^(٢) فبدرهمين فهو جائز، ويحتمل الخلف^(٣).

وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرم^(٤) شعير فبنصف درهم، وإن حمل عليها كرم حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة، وقالوا: لا يجوز. وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول، وكذا الأجر أحد الشئيين، وهو مجهول، والجهالة^(٥) توجب الفساد، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية^(٦)، لأن الأجر يجب بالعمل^(٧)، وعنده يرتفع الجهالة، أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية^(٨) والتسليم^(٩)، فيبقى الجهالة^(١٠)، وهذا الحرف هو الأصل^(١١) عندهما.

ولأبي حنيفة أنه^(١٢) خير^(١٣) بين عقدين صحيحين مختلفين، فيصح^(١٤) كما في مسألة الرومية والفارسية، وهذا^(١٥) لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد^(١٦)، ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد، وكذا في أخواتها، والإجارة تعقد للارتفاع^(١٧)، وعنده يرتفع الجهالة، ولو احتيج^(١٨) إلى الإيجاب^(١٩) بمجرد التسليم

(١) شهرى است نزدیک کوفه. (من)

(٢) قوله: "القادسية" قادسية منسوبة دهي ست نزدیک کوفه مر بها إبراهيم عليه السلام فوجد عجوزاً، فقلت رأسه، فقال: قدست من أرض، فسميت بالقادسية، ودعا لها أن تكون محلة الحاج. (من)

(٣) قوله: "ويحتمل الخلف" وإنما قال ذلك لأن هذه المسألة ذكرت في "الجامع الصغير" مطلقاً، فيحتمل أن يكون هذا قول الكل، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كما في نظائرها. (٤)

(٤) قال الأزهري: الكر: ستون قفيزاً، والقفيز: ثمانية مكايك، والمكوك: صاع ونصف. (مغرب)

(٥) أى الجهالة الواحدة توجب الفساد، فكيف الجهالتان.

(٦) قوله: "بخلاف الخ" أى فإن قيل: مسألة الخياطة الرومية والخياطة الفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت

صحيحة، أجاب عنه بقوله: بخلاف الخ. (٤)

(٧) فى مسألة الخياطة.

(٨) فى الدار والدكان.

(٩) فى الدار والدكان والدابة.

(١٠) فى الأجر والمعقود عليه.

(١١) قوله: "هو الأصل" أى الأصل عندهما أن الأجر متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم

أيهما يجب يفسد العقد. (ك)

(١٢) المؤجر.

(١٣) المستأجر.

(١٤) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد.

(١٥) أى كونهما مختلفين.

(١٦) وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع. (ك)

يجب أقل الأجرين للتيقن به .

باب إجارة العبد^(١)

ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به^(٢) إلا أن يشترط ذلك^(٣) ، لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة^(٤) فلا ينتظمها الإطلاق^(٥) ، ولهذا^(٦) جعل السفر^(٧) عذراً ، فلا بد^(٨) من اشتراطه^(٩) كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت^(١٠) بين الخدمتين^(١١) ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا

(١٧) قوله: " والإجارة تعقد إلخ " جواب عن قولهما: يجب الأجر بالتخيلية والتسليم، فيبقى الجهالة، وهو أن الغالب في الإجارة الانتفاع، لأنها مشروعة للحاجة، فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع، وإذا جاز الانتفاع زالت الجهالة، والتمكن من غير انتفاع ليس بأصل بل هو من العوارض، والاحتراز عن العوارض غير واجب، ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج إلى إيجاب الأجر بالتمكن يجب التيقن وهو المقابل بأدنى العملين، إذ الفضل لا يجب بالشك.

وقيل: يجب الأقل ويتنصف الفضل، وقيل: يتنصف كل واحد منهما فلا يتمكن الجهالة بكل حال، فصار الأصل عنده أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم يبذل معلوم، وضم إليه الزيادة بزيادة في البذل، فإن العقد يقع على الأصل المعلوم، والفضل يتعلق باعتبار الفضل في العقود عليه. (ك)

(١٨) قوله: " ولو احتيج [بأن يسلم ولم ينتفع به] إلخ " يعني لو احتيج إلى إيجاب الأجر بمجرد التخيلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة إلى المستأجر، ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب أقل الأجرين الذين سميا في العقد للتيقن به. (نت)

(١٩) أى إيجاب الأجر.

(١) قوله: " باب " لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحر شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد، إذ العبد منحط الدرجة عن الحر، فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك. (نهاية)

قوله: " إجارة العبد " الإضافة لأدنى الملابس فيشمل ما كان العبد متصرفاً في نفس عقد الإجارة، كما في بعض مسائل هذا الباب، وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الإجارة، كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب، ومن هذا البعض السألة المبتدأ بها أول الباب. (نت)

(٢) قوله: " فليس له إلخ " حتى لو سافر به يضمن لمولاه، لأنه صار غاصباً، ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا. (عيني)

(٣) أى السفر.

(٤) مفضية إلى النزاع. (أعظمي)

(٥) أى إطلاق العقد.

(٦) أى لاشتمال السفر على زيادة مشقة.

(٧) قوله: " جعل السفر إلخ " يعني إذا استأجر غلاماً ليخدمه في المصر وأراد المستأجر أن يسافر فهو عذر في فسخ الإجارة، لأنه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر يتضرر المستأجر، فلهاذا جعل عذراً. (ك)

(٨) متعلق بقوله: فلا ينتظمها الإطلاق.

(٩) السفر.

(١٠) قوله: " ولأن إلخ " الفرق بين الدليلين أن مدار الأول على أن خدمة السفر مما لا يدخل في إطلاق العقد رأساً بناء على انصراف مطلق العقد إلى المتعارف الذى هو الخدمة فى الحضر.

ومدار الثانى على أن كل واحدة من خدمتى السفر والحضر وإن كانتا داخلتين تحت إطلاق العقد إلا أن الخدمة فى

كما في الركوب .

ومن استأجر عبداً^(١) محجوراً عليه شهراً، وأعطاه الأجر^(٢)، فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر^(٣)، وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ^(٤) من العمل، والقياس أن لا يجوز^(٥) لانعدام إذن المولى^(٦)، وقيام الحجر، فصار كما إذا هلك العبد^(٧). وجه الاستحسان أن التصرف^(٨) نافع على اعتبار الفراغ^(٩) سالماً، ضار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة^(١٠)، وإذا جاز ذلك^(١١) لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الأجر .

ومن غصب عبداً، فأجر العبد^(١٢) نفسه، فأخذ الغاصب الأجر فأكله، فلا ضمان عليه^(١٣) عند أبي حنيفة، وقالوا: هو ضامن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه^(١٤)، إذ الإجارة قد صحت على ما مر^(١٥)، وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز^(١٦)، لأن التقويم به^(١٧)، وهذا^(١٨) غير محرز في حق الغاصب^(١٩)، لأن

الحضر تعينت بقرينة حال العقد، ومكان العقد، فبعد تعيينها لا مجال للأخرى كما في الركوب، فإنه إذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه، أو أركب غيره يعين هو، فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركه أولاً لتعيينه للركوب، فكذا ههنا. (نت)

(١١) أى خدمة الحضر وخدمة السفر.

(١) أى من نفس العبد بلا إذن المولى.

(٢) بعد العمل.

(٣) أى يسترد.

(٤) العبد.

(٥) الإجارة.

(٦) فيصير المستأجر غاصباً بالاستعمال، ولا أجر على الغاصب. (٤)

(٧) قوله: "فصار كما إذا هلك العبد [أى عند المستأجر، فينسخ الإجارة، ويجب الضمان]" أى فى ذلك العمل فإنه يجب على المستأجر قيمته، ولا أجر عليه فيما عمل، لأن المستأجر صار غاصباً له باستعماله، فيضمن قيمته عند الهلاك، وإذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال، فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه، فلا يجب عليه الأجر. (كفاية)

(٨) أى تصرف العبد.

(٩) أى فراغ العبد عن العمل.

(١٠) فإنه يجوز من العبد.

(١١) أى دفع الأجر بسبب صحة الإجارة.

(١٢) قوله: "فأجر العبد" قيد به لأنه لو أجره الغاصب كان الأجر له لا للمالك، ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق. (عينى)

(١٣) بما أكله.

(١٤) قوله: "بغير إذنه" كالزيادة المتولدة من العين المغصوبة إذا أتلفها الغاصب. (ن)

(١٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: وجه الاستحسان أن التصرف نافع إلخ. (ن)

العبد لا يحرز نفسه عنه، فكيف يحرز^(١) ما في يده.

وإن وجد المولى الأجر قائماً بعينه أخذه؛ لأنه وجد عين ماله، ويجوز قبض العبد الأجر^(٢) في قولهم جميعاً^(٣)؛ لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ^(٤) على ما مر^(٥).

ومن استأجر عبداً هذين الشهرين^(٦) شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فهو جائز، والأول منهما بأربعة^(٧)؛ لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز^(٨)، أو نظراً إلى تنجز الحاجة^(٩)، فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم، فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر

(١٦) لا يأنلاف مال غير محرز كالكلأ في البادية.

(١٧) أى تقوم المال يثبت بالإحراز.

(١٨) قوله: "وهذا [أى هذا المال] غير محرز" لأن الإحراز إنما يثبت بيد حافظة كيد المالك، أو بيد نائبه، ويد المالك لم يثبت عليه، ويد العبد ليست يد المولى، لأن العبد في يد الغاصب حتى كان مضموناً عليه، ولا يحرز نفسه عن الغاصب، فكيف يكون محرزاً ما في يده، فإن قيل: يشكل هذا بولد الغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه، وإن لم يكن محرزاً في حق الغاصب، قلنا: الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الأجرة، فإنها حصلت من منافع العبد، وهى غير متقومة، فكذا ما حصل منها. (ك)

(١٩) قوله: "فى حق الغاصب" أى غير محرز للمولى فى حق الغاصب، ولكنه محرز للمولى فى حق غير الغاصب حتى لو استهلك الكسب غير الغاصب فى يد العبد يضمن. (ك)

(١) العبد.

(٢) قوله: "ويجوز الخ" وأما إذا أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة عن المولى، لأن القبض من حقوق العقد، فيثبت للعاقدة. (ك)

(٣) فيخرج المستأجر عن عهدة الإجارة إذا أدى إلى العبد.

(٤) عن العمل سالمًا.

(٥) قوله: "على ما مر" إشارة إلى قوله: والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. (ن)

(٦) قوله: "ومن استأجر عبداً هذين الشهرين" وفى عامة الكتب: استأجر عبداً لشهرين، شهراً بكذا، وشهراً بكذا بدون اسم الإشارة، وقوله: تحريماً للجواز، وتنجزاً للحاجة لا يطابقه وضع المسألة فى المعين.

ويحتمل أن يحمل قوله: هذين على ما إذا قال الأجر: أجزت منك هذا العبد شهرين شهراً بأربعة، وشهراً بخمسة، فقال المستأجر: استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين، فيصرف قوله: هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين، دخلاً تحت إيجاب الأجر، فيبقى التكرير، فيصلح التعليل بتنجز الحاجة لإثبات التعين. (ك)

(٧) حتى لو عمل فى الأول دون الثانى استحق أربعة دراهم.

(٨) قوله: "تحريماً للجواز" وذلك لأنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التكرير كان مجهولاً، والإجارة تفسد بالجهالة، فصرنا إلى ما يلي العقد تحريماً للجواز. (ع)

(٩) قوله: "أو نظراً إلى تنجز الحاجة [أى قضاء الحاجة فى الحال]" فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد، وإذا انصرف الأولى إلى ما يلي العقد، والثانى معطوف عليه ينصرف الثانى الخ. (ع)

وهو ^(١) آبق، أو مريض، فقال المستأجر: أبق أو مرض حين أخذته، وقال المولى لم يكن ذلك ^(٢) إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر ^(٣)، وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر ^(٤)؛ لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال، إذ هو دليل على قيامه من قبل ^(٥)، وهو يصلح مرجحاً وإن ^(٦) لم يصلح حجة في نفسه أصله ^(٧) الاختلاف في جريان ^(٨) ماء الطاحونة ^(٩) وانقطاعه.

باب الاختلاف ^(١٠)

قال ^(١١): وإذا اختلف الخياط ورب الثوب، فقال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصاً، أو قال صاحب الثوب للصباغ: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر، وقال الصباغ: لا، بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب؛ لأن الإذن يستفاد من جهته، ألا ترى أنه لو أنكر ^(١٢) أصل الإذن ^(١٣) كان القول قوله، فكذا إذا أنكر صفته ^(١٤) لكن يحلف ^(١٥) لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه ^(١٦).

(١) الواو حالية.

(٢) أى الإباق أو المرض.

(٣) أى لا يجب الأجر.

(٤) فيستحق الأجر.

(٥) أى من قبل الاختلاف.

(٦) الواو وصلية.

(٧) أى أصل الاختلاف بين المالك والمستأجر.

(٨) قوله: "في جريان إلخ" فإن مستأجر الرحي إذا اختلف مع صاحب الرحي في جريان الماء في المدة، فإن القول قول من يشهد له الحال، فإن كان الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى، وإن كان جارياً فالقول لرب الرحي مع يمينه، وإن اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر: عشرة أيام، وقال الأجر: خمسة أيام فالقول للمستأجر، والبينة للأجر، وهو يصلح مرجحاً إن لم يصلح حجة في نفسه إذ الترجيح أبداً إنما يقع بما لا يصلح حجة، وقد عرف في أصول الفقه. (ك)

(٩) آسيا. (من)

(١٠) قوله: "باب الاختلاف [بين المؤاجر والمستأجر]" لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافها، وهو الفرع، إذ الاختلاف إنما يكون بعارض. (نتائج الأفكار)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) قوله: "أنه لو أنكر إلخ" أى لو أنكر عقد الإجارة كان القول قول رب الثوب، فكذا إذا أنكر صفته. (ك)

(١٣) بأن قال: كان ذلك وديعة.

(١٤) الإذن.

(١٥) صاحب الثوب.

(١٦) ذلك الشيء.

قال^(١): وإذا حلف، فالخياط ضامن، ومعناه ما مر من قبل^(٢) أنه^(٣) بالخيار إن شاء ضمنه^(٤)، وإن شاء أخذه^(٥) وأعطاه أجر مثله^(٦)، وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف^(٧) إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض، وإن شاء أخذ الثوب^(٨)، وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى، وذكر في بعض النسخ^(٩) يضمه^(١٠) ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب^(١١).

وإن قال صاحب الثوب: عملته لى بغير أجر، وقال الصانع: بأجر فالقول قول صاحب الثوب؛ لأنه ينكر تقوم عمله^(١٢)، إذ هو يتقوم بالعقد^(١٣)، وينكر الضمان^(١٤)، والصانع يدعيه، والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف: إن كان الرجل^(١٥) حريفاً له^(١٦) أى خليطاً له فله الأجر، وإلا فلا^(١٧)، لأن سبق ما بينهما^(١٨)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ما مر من قبل" أى قبل باب الإجارة الفاسدة فى مسألة ومن وقع إلى خياط ثوباً ليخيط قميصاً بدرهم فخطه قباه. (ك)

(٣) أى أن رب الثوب.

(٤) أى قيمة الثوب.

(٥) القميص.

(٦) لا يجاوز به المسمى.

(٧) رب الثوب.

(٨) الأصفر.

(٩) أى نسخ القدورى.

(١٠) قوله: "يضمه" أى يضم صاحب الثوب للصبغ قيمة زيادة الصبغ، فالأولى أعنى قوله: لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية، والثانى أعنى قوله: يضمه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد. (٤)

(١١) قوله: "لأنه [أى الصباغ] بمنزلة إلخ" فالصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر، وكان إذنه أحمر، فإن شاء رب الثوب ضمنه قيمة ثوب أبيض، وإن شاء أخذه، وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، ولا أجر له. (عينى)

قوله: "بمنزلة الغاصب [والحكم فى الغصب كذلك]" لأنه لما خالف أمر الأمر فى الوصف صار بمنزلة الغصب. (ك)

(١٢) الصانع.

(١٣) قوله: "إذ هو [العمل] يتقوم إلخ" ولا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير أجر، ودعوى العمل بغير أجر إعانة، والإعانة تبرع. (ك)

(١٤) أى وجوب الأجر. (ك)

(١٥) الصانع.

(١٦) قوله: "حريفاً له" الحرفة بالكسر اسم من الاحتراف، وهو الاكتساب، وحريف الرجل معاملته، وفسره ههنا بالخليط، وأراد به من يكون بينك وبينه أخذ وإعطاء مثل أن كان الرجل يعامل قصاراً وكان يدفع إليه الثوب بأجرة ويقاطعه ودفع الثوب إليه فى هذه النوبة ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله، أى القول قوله فى أنه عمله بأجر. (ك)

(١٧) أى وإن لم يكن حريفاً له فلا أجرة.

يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما^(١).
 وقال محمد^(٢): إن كان الصانع معروفاً^(٣) بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله،
 لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك^(٤) مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً
 للظاهر، والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر^(٥)، والجواب عن استحسانهما أن
 الظاهر للدفع^(٦)، والحاجة ههنا إلى الاستحقاق^(٧)، والله أعلم.

باب فسخ الإجارة^(٨)

قال^(٩): ومن استأجر داراً، فوجد بها عيباً^(١٠) يضر بالسكنى^(١١)، فله الفسخ؛
 لأن المعقود عليه المنافع، وأنها توجد شيئاً فشيئاً، فكان هذا عيباً حادثاً قبل
 القبض^(١٢)، فيوجب الخيار، كما في البيع^(١٣)، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد
 رضى بالعيب، فيلزمه جميع البدل، كما في البيع^(١٤)، وإن فعل المؤجر ما أزال به
 العيب^(١٥)، فلا خيار للمستأجر لزوال سببه^(١٦).

(١٨) أى ما بين رب الثوب والصانع مثلاً من التعامل بأجر.

(١) من التعامل بالأجر.

(٢) قال شيخ الإسلام: وعليه الفتوى.

(٣) بأن اتخذ دكاناً وانتصب بالعمل.

(٤) الفتح.

(٥) للإجارة والمنافع لا تقوم إلا بالمقد.

(٦) عن نفسه.

(٧) لأن الأجير يدعى استحقاق الأجر.

(٨) قوله: "باب فسخ الإجارة" ذكر باب الفسخ آخرًا لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره

آخرًا. (نتائج)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) كأنهدام بيت من الدار.

(١١) قوله: "يضر بالسكنى" قيد العيب بالإضرار بالسكنى لأنه إذا كان عيباً لا يضر بالسكنى كحائط سقط، ولم
 يكن محتاجاً إليه فى السكنى لم يثبت الخيار، وكذا لو كان المستأجر عبداً للخدمة، فسقط شعره، أو ذهب إحدى عينيه
 وذلك لا يضر بالخدمة لم يثبت له الخيار. (عينى)

(١٢) قوله: "فكان هذا [أى ما وجد من العيب] إلخ" فكل جزء منه بمنزلة الابتداء، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون
 العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله، لأن الذى حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع. (٤)

(١٣) فإن فيه خيار الرد بالعيب.

(١٤) قوله: "كما فى البيع" إذا رضى بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ههنا إذا رضى بالعيب لا يكون له أن

ينقص فى أجرة الدار شيئاً فى مقابلة العيب. (عينى)

(١٥) بأن أصلح فى الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى.

قال: وإذا خربت الدار ^(١)، أو انقطع شرب ^(٢) الضيعة ^(٣)، أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه قد فات -وهي المنافع المخصوصة- قبل القبض، فشابه فوت المبيع قبل القبض ^(٤)، وموت العبد المستأجر. ومن أصحابنا ^(٥) من قال: إن العقد لا يفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبهه الإباق في البيع قبل القبض ^(٦). وعن محمد أن الأجر لو بناها ^(٧) ليس للمستأجر أن يمتنع ^(٨)، ولا للأجر ^(٩)، وهذا ^(١٠) تنصيص منه على أنه ^(١١) لم يفسخ لكنه يفسخ ^(١٢)، ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما يتتفع به لغير الطحن، فعليه من الأجر بحصته؛ لأنه جزء من المعقود عليه.

قال: وإذا مات ^(١٣) أحد المتعاقدين وقد ^(١٤) عقد الإجارة لنفسه ^(١٥) انفسخت الإجارة، لأنه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة له ^(١٦)، أو الأجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة ^(١٧) بالعقد، لأنه ^(١٨) ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز ^(١٩).

(١٦) أى سب الخيار.

(١) المستأجرة.

(٢) قوله: "شرب" الشرب لغة النصيب من الماء الجارى، أو الراكد للحيوان أو الجماد، وشريعة زمان الانتفاع بالماء سقيا للمزارع أو الدواب. (مجمع الأنهر)

(٣) بالفتح: زمین سیر حاصل وبسار بر آمد از غله وجزآن. (من)

(٤) فيفسخ البيع.

(٥) شمس الأئمة السرخسى.

(٦) أى إباق العبد المبيع وهو لا يوجب الفسخ.

(٧) الدار المستأجرة الخربة.

(٨) أى عن القبض. (ك)

(٩) أى ليس للأجر أن يمتنع عن التسليم.

(١٠) أى ما روى عن محمد.

(١١) الإجارة.

(١٢) أى يستحق الفسخ.

(١٣) هذه مسألة القدورى.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أى ليس هو وكيلًا ولا وصيًا، ولا متوليًا فى الوقف.

(١٦) بالعقد.

(١٧) حال.

وإن عقدها^(١) لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل^(٢) والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا إليه^(٣) من المعنى، قال: ويصح^(٤) شرط الخيار^(٥) في الإجارة^(٦).
وقال الشافعي: لا يصح، لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه^(٧)، ولو كان^(٨) للمؤاجر، فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال^(٩)، وكل ذلك^(١٠) يمنع الخيار^(١١).
ولنا أنه عقد معاملة^(١٢) لا يستحق القبض فيه في المجلس^(١٣)، فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع^(١٤)، والجامع بينهما^(١٥) دفع الحاجة^(١٦)، وفوات بعض المعقود عليه

(١٨) أى لأن الذى يتركه الميت.

(١٩) قوله: "وذلك لا يجوز" أى صيرورة المنفعة المملوكة، أو الأجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بال عقد لا يجوز. (عيني).

(١) الإجارة.

(٢) قوله: "مثل الوكيل" أى إذا عقد الوكيل للموكل، ثم مات الوكيل لا ينفسخ، وكذا إذا عقد الوصى للصبي فمات الوصى لا يبطل العقد، وكذا إذا مات المتولى لبقاء المستحق، والمستحق عليه. (مل)

(٣) قوله: "لانعدام ما أشرنا إليه" وهو صيرورة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد، فإنه فى الابتداء كان واقعاً لغير العاقد، وهى بعد الموت كذلك. (٤)

(٤) هذه أيضاً مسألة القدورى.

(٥) من المؤاجر أو المستأجر.

(٦) ويعتبر أول المدة من وقت سقوط الخيار. (ك)

(٧) قوله: "لفوات بعضه" فإن بعضه فات فى مدة الخيار، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه فإذا لم يتمكن بطل. (عيني).

(٨) الخيار المعقود عليه.

(٩) لأن ما مضى فى مدة الخيار لا يمكنه تسليمه. (تبيين)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أى عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر، وعدم إمكان التسليم أيضاً على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر. (عيني).

(١١) قوله: "يمنع الخيار" وهذا بناء على أصله أن المنافع جعلت فى الإجارة كالأعيان القائمة، وفوات بعض العين فى البيع يمنح الفسخ كذا ههنا. (عناية)

(١٢) قوله: "عقد معاملة" هذا احتراز عن النكاح فإن مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات، وفى بعض النسخ أنه عقد مقابلة، أى معاوضة، لأن فيها تقابل العوضين، وأما النكاح فالمال فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة. (ك)

(١٣) قوله: "لا يستحق القبض إلخ" احتراز عن الصرف والسلم فإن قبض البدل شرط فى المجلس، فلم يجز فيه شرط الخيار. (ك)

(١٤) فإنه يجوز شرط الخيار فيه.

(١٥) أى بين الإجارة والبيع.

في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب^(١)، فكذا^(٢) بخيار الشرط، بخلاف البيع^(٣)، وهذا^(٤) لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة، فيشترط فيه^(٥) دونها، ولهذا يجبر المستأجر على القبض^(٦)، إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة.

قال^(٧): وتفسخ الإجارة بالأعذار^(٨) عندنا، وقال الشافعي: لا تفسخ إلا بالعيب، لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان، حتى يجوز العقد عليها^(٩)، فأشبهه البيع^(١٠). ولنا: أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع، فتفسخ به^(١١)، إذ المعنى^(١٢) يجمعهما^(١٣)، وهو عجز العاقد عن المضي^(١٤) في موجهه^(١٥) إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به^(١٦)، وهذا هو

(١٦) قوله: "دفع الحاجة" فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التردى لئلا يقع فيه الغبن. (عيني)

(١) بالإجماع.

(٢) أي لا يمنع الرد.

(٣) قوله: "بخلاف البيع" متعلق بقوله: وفوات بعض المعقود عليه، أي فوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بالخيار بخلاف البيع فإن فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط لما أن التكليف إنما شرع بحسب الوسع والطاقة، ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للرد لإمكانه، ولم يشترط في الإجارة ذلك لعدم إمكانه حتى لو اشترى شيئاً ولم يعلم بأنه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب آخر لم يجزه له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث. (ك)

(٤) أي الفرق بين الإجارة والبيع.

(٥) البيع.

(٦) قوله: "ولهذا [أي لعدم شرط تسليم الكل في الإجارة] يجبر الخ" أي إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة كما إذا استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه، حتى مضي شهر، وقد طلب التسليم، أو لم يطلب، ثم تحكما لم يكن للمستأجر أن يتمتع عن القبض في باق السنة عندنا، لأن الخيار لو ثبت إنما ثبت لتفريق الصفقة في المعقود عليه، والعقد كما وقع وقع متفرقا فإنه يعقد ساعة فساعة على ما بينا، فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقاً بعقد آخر، وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر. (ك)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاءه، ولا يندفع بدون فسخ العقد كذا قيل.

(٩) كما يجوز على الأعيان.

(١٠) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب بدون الأعذار كذلك الإجارة.

(١١) أي بالعذر.

(١٢) المحجوز للفسخ.

(١٣) الإجارة والبيع. (٤)

(١٤) قوله: "وهو عجز العاقد الخ" فإن جواز هذا العقد للحاجة، ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا زال الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس، وقلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والإضافة في عقود التمليكات يمنع اللزوم في الحال كالوصية. (ك)

معنى العذر عندنا .

وهو^(١) كمن استأجر حداً^(٢) ليقلع ضرسه^(٣) لوجع به^(٤) ، فسكن الوجع^(٥) ، أو استأجر طباً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت^(٦) منه^(٧) تفسخ الإجارة ؛ لأن في المضي عليه^(٨) إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد^(٩) .

وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا أجرة دكاناً ،

أو داراً ، ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضاءها إلا بثمن ما أجرة فسخ القاضى العقد^(١٠) ، وباعها^(١١) في الدين ؛ لأن في الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وهو الحبس^(١٢) ؛ لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر^(١٣) .

ثم قوله^(١٤) : فسخ القاضى العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضى في النقص ، وهكذا ذكر^(١٥) في "الزيادات" في عذر الدين .

وقال^(١٦) في "الجامع الصغير" : وكل ما ذكرنا أنه عذر ، فإن الإجارة فيه

(١٥) العقد .

(١٦) العقد .

(١) العذر .

(٢) قوله : "حداً" أراد به قلاع السن ، وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد ، فإن عندهم لا يقلع السن غالباً إلا

الحداد . (عنى)

(٣) ضرر - بالكسر - : دندان . (من)

(٤) أى بالضرر .

(٥) فالإجارة تفسخ .

(٦) المرأة .

(٧) الزوج .

(٨) العقد .

(٩) ثبت له حق الفسخ دفعا للضرر .

(١٠) قوله : "فسخ القاضى العقد" اختلفوا في فسخ القاضى قيل : يبيع الدار ، فينفذ البيع فتفسخ الإجارة ضمناً ، وإنما لا ينتقض قصداً لأنه لو نقضها قصداً ربما لا ينتقض البيع ، فيكون النقص إبطالا لحق المستأجر قصداً ، وأنه لا يجوز ، وقيل : يفسخ الإجارة ، ثم يبيع الدار . (عنى)

(١١) دار ودكان .

(١٢) قوله : "وهو الحبس" لأنه إذا بقيت الإجارة مع ذلك يحبس القاضى لقضاء الدين ، والحبس ضرر زائد . (عنى)

(١٣) لا سيما إذا كان له عقار مستأجرة .

(١٤) أى قول القدورى في "المختصر" . (٤)

(١٥) محمد . (عنى)

(١٦) محمد .

تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضى ^(١) .
 ووجهه ^(٢) أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض فى البيع على ما مر ^(٣) فيتفرد العاقد
 بالفسخ ، ووجه الأول ^(٤) أنه فصل مجتهد فيه ^(٥) ، فلا بد من إلزام القاضى ^(٦) ،
 ومنهم من وفق ^(٧) ، فقال : إن كان العذر ظاهراً ^(٨) لا يحتاج إلى القضاء ، وإن
 كان ^(٩) غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر .

ومن استأجر دابة ليسافر عليها ، ثم بداله ^(١٠) من السفر فهو عذر ؛ لأنه لو مضى
 على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يذهب للحج ، فذهب وقته ، أو لطلب
 غريمه فحضر ^(١١) ، أو للتجارة فافتقر .

وإن بدا للمكارى ^(١٢) ، فليس ذلك بعذر ؛ لأنه يمكنه أن يقعد ، ويبعث الدواب
 على يد تلميذه أو أجيره . ولو مرض المؤجر فقعد ^(١٣) فكذا الجواب ^(١٤) على رواية
 الأصل ^(١٥) ، وذكر الكرخى أنه عذر لأنه لا يعرى ^(١٦) عن ضرر ^(١٧) ، فيدفع عنه عند

(١) وصححه قاضى خان .

(٢) أى وجه ما ذكر فى "الجامع الصغير" .

(٣) أنفاً من قوله : فصار العذر فى الإجارة كالعيب إلخ .

(٤) أى ما فى "الزيادات" .

(٥) لأن فيه خلاف الشافعى على ما ذكر ، فيرتفع الخلاف . (ك)

(٦) وصححه شمس الأئمة .

(٧) بين رواية "الجامع الصغير" و "الزيادات" .

(٨) قوله : "ظاهراً" بأن اختلعت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر بطبخ طعام الوليمة ، أو مات الولد إذا استأجره

ليختته ، أو برأت اليد إذا استأجر لقطعها من الأكلة ، أو سكن وجمع سنة إذا استأجر لقلعه . (عينى)

(٩) العذر .

(١٠) قوله : "ثم بداله [أى ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك . ع]" معناه إن بدا له صلاح خلاف ما قصده من السفر

فالفاعل مضمر لا محذوف بدلالة محل الكلام عليه ، فصح عود الضمير إليه ، كما فى قولهم : إن كان غداً فأنتى ، أى إن
 كان ما نحن فيه عليه غداً فأنتى . (أعظمى)

(١١) الغريم .

(١٢) بكرايه دهنده . (من)

(١٣) عن المضى .

(١٤) أى ليس بعذر ، لأنه يمكن له أن يبعث الدواب إلخ .

(١٥) مبسوط .

(١٦) قوله : "لأنه لا يعرى إلخ" يعنى أن البعث على يد الغير لا يعرى عن نوع ضرر ، فيعتبر عذراً فى حالة العجز ،

وإن لم يعتبر عذراً فى حالة القدرة . (مل)

(١٧) لأن غيره لا يشفق على دابته . (تبيين)

الضرورة^(١) دون الاختيار^(٢)، ومن آجر عبده، ثم باعه فليس بعذر^(٣)؛ لأنه لا يلزمه^(٤) الضرر بالمضى على موجب العقد، وإنما يفوته الاسترباح، وأنه أمر زائد^(٥). قال: وإذا استأجر الخياط غلاماً^(٦) فأفلس^(٧) وترك العمل فهو عذر، لأنه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده، وهو رأس ماله، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه^(٨)، أما الذي يخيط بأجر^(٩) فرأس ماله الخيط^(١٠) والمخيط^(١١) والمقراض، فلا يتحقق الإفلاس^(١٢) فيه^(١٣).

وإن أراد ترك الخياطة، وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر؛ لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية، وهو يعمل في الصرف في ناحية، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة، فأراد أن يتركها، ويشغل بعمل آخر حيث جعله^(١٤) عذراً ذكره في "الأصل"^(١٥)، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العاملين أما ههنا^(١٦) العامل

(١) كالمرض.

(٢) وهو ما إذا بدله من السفر. (ك)

(٣) قوله: "فليس بعذر" فإن باعه مع هذا هل يجوز ففيه اختلاف ألفاظ الروايات، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح إجازات "الأصل": والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر، وليس للمستأجر أن يفسخ البيع، وإليه مال الصدر الشهيد. (ك)

(٤) المؤجر.

(٥) قوله: "وأنه أمر زائد" كشف هذه المسألة موقوف على معرفة المنفعة والضرر، فنقول المنفعة اللذة وما يتوسل به إليها، والضرر الألم وما يتوسل به إليه، ومنفعة الشخص لذة حاصله له بالفعل، أو سيلتها الحاصلة له بالفعل، وأما عدم حصول المنفعة المترتبة، فليس بضرر كالربح، وإلا يكون كل شخص في كل آن متضرراً لعدم حصول الربح والبداهة شاهدة على بطلان كونه ضرراً لعدم وجدان الألم إذ المنفعة المترتبة أمر زائد على حقيقة المنفعة، فلا يكون فواتها ضرراً لما عرفت من معنى الضرر. (أعظمي)

(٦) ليخيط للخياط.

(٧) وذهب رأس ماله.

(٨) بأن يشتري الثياب، ويخيطها، وبيعها في السوق.

(٩) وليس له رأس مال.

(١٠) رشته.

(١١) سوزن. (من)

(١٢) قوله: "فلا يتحقق إلخ" قيل: ويتحقق إفلاسه بأن يظهر خيائه عند الناس، فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه، أو يلحقه ديون كثيرة، ويصير بحيث إن الناس لا يأمنون على أمتعتهم. (عيني)

(١٣) فترك عمله ليس بعذر.

(١٤) محمد.

(١٥) المبسوط.

شخصان^(١) فأمكنهما^(٢).

ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر، ثم سافر فهو عذر^(٣)؛ لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد، لأن خدمة السفر أشق، وفي المنع من السفر ضرر، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً. وكذا إذا أطلق^(٤) لما مر^(٥) أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا أجر عقاراً^(٦)، ثم سافر^(٧)، لأنه لا ضرر، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته^(٨) حتى لو أراد المستأجر السفر، فهو عذر لما فيه من المنع من السفر، أو إلزام الأجر بدون السكنى، وذلك ضرر^(٩).

مسائل مثورة^(١٠)

قال: ومن استأجر أرضاً، أو استعارها، فأحرق الحصاد^(١١)، فاحترق شيء في أرض أخرى، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعد^(١٢) في هذا التسبب، فأشبهه حافراً لبيتر

(١٦) أى فى مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف.

(١) أحدهما المستأجر والآخر غلام المستأجر.

(٢) أى العمل لعدم التعذر.

(٣) قوله: "فهو عذر [أى السفر عذر يفسخ به الإجارة]" قيل: فإن قال المؤجر: لا يريد السفر لكنه يريد فسخ الإجارة، واصر المستأجر على دعوى السفر فالقاضي يسأله عن يسافر معه، فإن قال: فلان فلان، فالقاضي سألهم أن فلانا هل يخرج معكم أم لا؟، فإن قالوا: نعم، يثبت العذر، وإلا فلا.

وقيل: إذا انكر المؤجر السفر، فالقول قوله، وقيل: يحلف القاضي المستأجر بالله أنك عزمت على السفر، وإليه مال الكرخي والقدورى. (٤)

(٤) قوله: "وكذا إذا أطلق" أى أطلق إجارة العبد للخدمة مثل أن يقول: استأجرت هذا العبد للخدمة، ولم يقل: فى الحضر، أو فى السفر، فلا يكون له أن يسافر به. (عيني)

(٥) فى فصل إجارة العبد.

(٦) قوله: "أجر عقاراً" وفى "الذخيرة": ولو أراد رب العبد أن يسافر لا يكون ذلك عذراً له فى فسخ الإجارة، لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه فى مكان معين بأن يخرج إلى السفر، ويخلى بين المستأجر وبين العبد، فعلم أن ذكر العقار ليس بقيد. (ك)

(٧) المؤجر.

(٨) المؤجر.

(٩) للمستأجر.

(١٠) قوله: "مسائل مثورة" أى مسائل نثرت عن أماكنها، وذكرت ههنا تلافياً لما فات. (نتائج)

قوله: "مثورة" وهى مسائل تتعلق بالإجارة لتستتبع مسائل متعلقة بأحوال غير الإجارة، فلذلك سميت مسائل مثورة. (أعظمى)

(١١) قوله: "فأحرق الحصاد [حصد مزرع: جزءه. ك]" الحصاد جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود، وأريد به ههنا ما بقى فى الأرض من أصول القصب المحصود. (ن)

(١٢) قوله: "غير متعد إلخ" والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدى فى السبب، ألا ترى أن من حفر بئراً فى داره،

فى دار نفسه . وقيل ^(١) : هذا إذا كانت الرياح ^(٢) هادنة ^(٣) ، ثم تغيرت ^(٤) ، أما إذا كانت ^(٥) مضطربة ^(٦) يضمن ، لأن موقد النار ^(٧) يعلم أنها لا تستقر فى أرضه .

قال ^(٨) : وإذا أقعد الخياط ^(٩) ، أو الصباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف ، فهو جائز ^(١٠) ؛ لأن هذه شركة الوجوه ^(١١) فى الحقيقة ^(١٢) ، فهذا بوجاهته يقبل ^(١٣) ، وهذا ^(١٤) بحداقته يعمل ، فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة ^(١٥) فيما يحصل .

فوقم فيها إنسان فهلك ، لا يضمن الحافر ، لأنه غير متعد . (ك)

(١) قوله : "وقيل" قائله شمس الأئمة السرخسى ، هذا أى عدم الضمان بإحراق الحصاد إذا احترق شيء من أرض أخرى . (عينى)

(٢) حين أوقد النار .

(٣) من هدد إذا سكن . (ن)

(٤) أى قويت واشتدت .

(٥) الرياح .

(٦) حين أوقدها .

(٧) فى اليوم الریح . (ك)

(٨) أى محمد . (عينى)

(٩) قوله : "وإذا أقعد الخ" صورة المسألة إذا كان القصار ، أو الصباغ ، وكان معروفاً ، وهو رجل مشهور عند الناس ، وله وجاهة ، ولكنه غير حاذق ، فيقعد فى دكانه رجلاً حاذقاً يقبل العمل من الناس ، ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصابا من شيء فهو بينهما نصفان . (ك)

(١٠) قوله : "فهو جائز" والقياس أن لا يصح ، لأن المتقبل من العمل إن كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف ، وهو مجهول ، لأن الأجرة بعض ما يخرج من العمل ، فصار كقفيز الطحان ، وإن كان المتقبل هو العامل ، وهو مستأجر بموضع من دكانه بنصف ما يعمل ، وذلك مجهول أيضاً . (تبيين)

(١١) قوله : "لأن هذه شركة الوجوه الخ" قال الإمام الزيلعى فى "شرح الكنز" : فيه نوع إشكال ، فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجاهتهما وبيعا ، وليس فى هذا بيع ولا شراء ، فكيف يتصور أن يكون شركة الوجوه ، انتهى ، ويمكن أن يقال : إن معنى كلامه أن هذه المعاقدة وإن كانت بحسب الصورة ، وظاهر الحال عقد إجارة بالنصف إلا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه ، أى عقد شركة التقبل بالوجاهة .

وقال صاحب "معراج الدراية" : تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليها ، وأحدهما يتولى القبول من الناس ، والآخر يتولى العمل بحداقته ، وهو متعارف وجب القول بصحته . (نتائج)

(١٢) وليست بإجارة . (٤)

(١٣) قوله : "فهذا [أى الخياط أو الصباغ] بوجاهته يقبل [العمل من الناس]" وكان الآخر يشاركه على أن يتقبل الأعمال ، فقبل أحدهما ، وعمل الآخر ، فيكون الأجر بينهما ، كما لو صرحا بشركة التقبل ، ثم تقبل أحدهما ، وعمل الآخر يكون الأجر بينهما . (ك)

(١٤) أى من يطرح عليه العمل .

(١٥) كما فى الشركة . (٤)

قال: ومن استأجر جملاً يحمل عليه محملاً^(١)، وراكبين إلى مكة جاز، وله^(٢) المحمل المعتاد، وفي القياس لا يجوز، وهو قول الشافعي للجهالة^(٣)، وقد يفضى ذلك إلى المنازعة، وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب، وهو معلوم^(٤) والمحمل تابع، وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف، فلا تفضى إلى المنازعة، وكذا^(٥) إذا لم ير^(٦) الوطاء والدثر^(٧).

قال: وإن شاهد الجمال المحمل^(٨)، فهو أجود؛ لأنه أنفى للجهالة^(٩)، وأقرب إلى تحقيق الرضا.

قال: وإن استأجر بغيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد، فأكل منه في الطريق جاز أن يزيد عوض ما أكل؛ لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وكذا غير الزاد^(١٠) من المكيل والموزون، وردّ الزاد معتاد عند البعض^(١١) كردّ الماء^(١٢)، فلا مانع من العمل بالإطلاق^(١٣).

(١) قوله: "محملاً [المحمل - بفتح الميم الأول وكسر الثاني أو على العكس - الهودج الكبير الحجاجي. [محمل كجاوه كه بر شتر بند ند وهودج. غياث]" وأما التسمية بغير الحمل به فمجاز، وإن لم نسمعه، ومنه قوله في "الإيضاح" في استطاعة السبيل: ما يكثرى به شق محمل، أى نصفه. (مغرب)

(٢) المستأجر.

(٣) أى الجهالة قدر المحمل فى الطول والعرض والثقل.

(٤) لأن أجسام الناس متقاربة غالباً.

(٥) أى يجوز.

(٦) الجمال.

(٧) قوله: "الوطاء والدثر [كسترونى. من] الوطاء: الفراش، والدثر جمع دثار: وهو كل ما ألقىته عليك من كساء وغيره. (كفاية) دثار - بالكسر -: جامه برتن، وهو ما فوق الشعار من الثياب. (من)

(٨) بإراءة المستأجر.

(٩) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً.

(١٠) قوله: "وكذا غير الزاد" أى وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرًا معينًا من المكيل أو الموزون إذا نقص منهما. (عيني)

(١١) قوله: "ورد الزاد إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: مطلق العقد محمول على العادة، وفى عادات المسافرين أنهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئاً من مكانه، فأجاب أن العرف مشترك، فإنه معتاد عند البعض. (ك)

(١٢) فإنهم يردون بدل الماء عند الشرب والاستعمال.

(١٣) قوله: "فلا مانع من العمل بالإطلاق" وهو إنهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم فى مسافة معلومة، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول، فوجب جواز رد قدر ما نقص عملاً بالإطلاق، وعدم المانع. (عيني)

كتاب المكاتب^(١)

قال^(٢): وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه، وقبل العبد ذلك صار مكاتباً^(٣)، أما الجواز^(٤) فلقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ^(٥) إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾، وهذا^(٦) ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء^(٧)، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح^(٨)، ففي^(٩) الحمل على الإباحة إلغاء الشرط^(١٠)، إذ هو^(١١) مباح بدونه.

أما الندبية فمعلقة به، والمراد بالخير المذكور على ما قيل^(١٢): أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم، فالأفضل أن لا يكاتبه وإن^(١٣) كان يصح لو فعله^(١٤)، وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه، فلا بد من التزامه.

ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام^(١٥): «أيما عبد كوتب على مائة

(١) قوله: "كتاب المكاتب" أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. (ن)

قوله: "المكاتب" الكتابة عقد شرع بين المولى وعبده بلفظ الكتابة، وما يؤدي مؤداه يوجب التحرير يداً في الحال، ورقبة في المال، وقيل: سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى، وللعبد على المولى.

وركنها الإيجاب والقبول، وسببها تعلق البقاء المقذور، وشرطها قيام الرق في المحل، وكون المسمى مالا معلوماً قدره وجنسه. وحكمها صيرورة العبد أخص بنفسه، ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه، ولا على أكسابه سبيل. (مل)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "صار مكاتباً" إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التى تقتضى الاشتراك بين الاثنين، لأن المولى كتب على نفسه العتق، والعبد الأداء، فاشتركا فى أصل الفعل. (عينى)

(٤) أى جواز الكتابة.

(٥) أى العبيد الذين يتغنون الكتاب.

(٦) الأمر.

(٧) قوله: "إجماع بين الفقهاء" خص الفقهاء لأن عند أصحاب الظواهر كداود الإصفهاني، ومن تابعه إن هذا أمر إيجاب حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة، وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه أن يكاتبه. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: "هو الصحيح" وقال بعض مشايخنا: الأمر قد يكون لبيان الإباحة والجواز كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾، وقوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ مذكور على وفاق العادة، لأن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيراً، ولكن هذا ضعيف، لأن فيه إلغاء الشرط إذ الإباحة ثابتة بدون هذا الشرط. (ك)

(٩) الفاء للتعليل.

(١٠) أى قوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

(١١) أى عقد الكتابة.

(١٢) فى قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أى المولى عقد الكتابة.

(١٥) أخرجه أبو داود. (ت)

دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد»* ، وقال عليه السلام^(٢) : «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم»* ، وفيه^(٣) اختلاف الصحابة رضى الله عنهم^(٤) ، وما اخترناه قول زيد رضى الله عنه^(٥) . ويعتق^(٦) بأداءه ، وإن لم يقل المولى^(٧) : إذا أديتها^(٨) فأنت حر ؛ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما فى البيع^(٩) ، ولا يجب حط شيء^(١٠) من البذل^(١١) اعتباراً بالبيع^(١٢) .

قال^(١٣) : ويجوز أن يشترط المال^(١٤) حالاً^(١٥) ، ويجوز مؤجلاً^(١٦) ومنجماً^(١٧) .

وقال الشافعى : لا يجوز حالاً ، ولا بد من تنجيم^(١٨) ، لأنه^(١٩) عاجز عن

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤٢ ، والدراية ج ٢ ، الحديث ٨٦٩ ص ١٩١ . (نعيم)

(٢) أخرجه أبو داود . (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤٣ ، والدراية ج ٢ ، الحديث ٨٧٠ ص ١٩١ . (نعيم)

(٣) أى فى وقت عتق المكاتب .

(٤) قوله : «اختلاف الصحابة» قال زيد بن ثابت مثل قولنا ، وقال على رضى الله عنه : يعتق بقدر ما أدى ، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : إذا أدى قدر قيمته يعتق ، وفيما زاد على ذلك يكون المولى غربياً من غرماءه ، وقال عبد الله بن عباس رضى الله عنه : إذا أخذ العبد صحيفة الكتابة يعتق فى الحال بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة . (حميدية)

(٥) وإنما اخترناه لأنه مؤيد بالأحاديث .

(٦) المكاتب .

(٧) قوله : «وإن لم يقل المولى إلخ» قال الشافعى : لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا إن أديته فأنت حر . (عينى)

(٨) الألف .

(٩) قوله : «كما فى البيع» يعنى لا يحتاج ثمة إلى قول البائم للمشتري أن ملكتنى الثمن ملكت المبيع . (عينى)

(١٠) قوله : «ولا يجب حط شيء [بل هو مندوب]» وقال الشافعى : يجب حط ربع البذل لقوله تعالى : ﴿وَأْتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ﴾ ، وعن على رضى الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام أنه قرأ هذه الآية ، وقال : «هو ربع الكتابة» ، وعن الكلبي المراد بالإيتاء دفع الصدقة إليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ، وهو الظاهر ، لأن الإيتاء يدل على التملك ، وذا فى التصديق عليهم ، لأن الحط لا يكون تملكاً . (ك)

(١١) أى بدل الكتابة .

(١٢) قوله : «اعتباراً بالبيع» أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة ، فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب فى البيع . (عينى)

(١٣) أى القدورى . (عينى)

(١٤) أى بدل الكتابة .

(١٥) قوله : «حالا» أى نقداً كله كقوله : على ألف درهم فإنه يمكنه أن يحصله بالاستقراض ، أو الاستيهاب عقب العقد ، كذا نقل فى «رد المحتار» عن الإقناني .

(١٦) قوله : «ويجوز مؤجلاً [أى كله]» أى غير منجم بأن أجله إلى شهر أو شهرين ، أو سنة أو سنتين . (مل)

(١٧) أى مقسطاً مؤقتاً .

(١٨) تنجيم : باره باره گزاردن دام را . (من)

التسليم^(١) في زمان قليل^(٢) لعدم الأهلية^(٣) قبله للرق، بخلاف السلم^(٤) على أصله^(٥)، لأنه أهل للملك^(٦)، فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام^(٧) على العقد عليها^(٨) فثبتت به^(٩).

ولنا ظاهر ما تلونا^(١٠) من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة^(١١)، والبديل معقود به^(١٢)، فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا^(١٣)؛ لأن المسلم فيه معقود عليه^(١٤) فلا بد من القدرة عليه، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة^(١٥)، فيمهله المولى ظاهراً، بخلاف السلم، لأن مبناه^(١٦) على المضايقة^(١٧)، وفي الحال^(١٨) كما امتنع^(١٩) من الأداء^(٢٠) يرد إلى الرق^(٢١).

(١٩) المكاتب.

(١) أى أداء بدل الكتابة.

(٢) أى فى الحال.

(٣) قوله: "لعدم الأهلية" أى لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق، لأنه كان مملوكاً لا يقدر على شىء، وفى زمان يسير لا يثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير. (عينى)

(٤) حيث جوزه حالا.

(٥) المسلم إليه.

(٦) قبل العقد، لكونه حرّاً. (٤)

(٧) أى إقدام المسلم إليه على عقد السلم.

(٨) قدرة.

(٩) القدرة.

(١٠) قوله: "ولنا ظاهر ما تلونا [هو قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾] إلخ" فمن شرط التأجيل فقد زاد على النص والزيادة على النص نسخ من وجه. (ك)

(١١) قوله: "ولأنه [أى عقد كتابة] عقد إلخ" تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه، ولا بد منه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن، وبديل الكتابة معقود به لا محالة. (عينى)

(١٢) فعدم قدرة العبد على شىء قبل عقد الكتابة لا يضر.

(١٣) فإنه لا يجوز إلا مؤجلاً.

(١٤) لما أن العقد يعتمد على المعقود عليه.

(١٥) قوله: "المساهلة [سأهله: أسانى كرد باوى. (من) لأنه عقد كرم إذ العبد وما يملكه لمولاه]" فيكون الظاهر أنه لا يضيّق عليه، ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لم يذكر الأجل ليكون متفضلاً فى تأخير المطالبة فى الانتهاء كما كان منعماً عليه فى أصل العقد فى الابتداء بخلاف السلم، لأن مبناه على المضايقة، فلا يمهله إذا عجز، فيجوز مؤجلاً لا حالا. (ك)

(١٦) أى السلم.

(١٧) قوله: "على المضايقة" والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه. (عينى)

قال: وتجاوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء^(١)، لتحقق الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه، والشافعي يخالفنا فيه^(٢)، وهو^(٣) بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة^(٤)، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء^(٥)، لأن القبول لا يتحقق منه^(٦)، فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره^(٧) لا يعتق^(٨) ويسترد ما دفع^(٩). قال: ومن قال لعبد^(١٠): جعلت عليك ألفاً تؤديها إلي نجوماً^(١١)، أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر، وإن عجزت فأنت رقيق، فإن هذه مكاتب^(١٢)؛ لأنه^(١٣) أتى بتفسير الكتابة.

قوله: "المضايقة" مضايقة: باهم دشواري كردن وتنگ گرفتن. (من)

(١٨) قوله: "وفي [أي في عقد الكتابة في الحال] الحال" أي في الكتابة الحالة يرد إلى الرق كما عجز، لأن شرط النسخ عجز المكاتب عن أداء البدل، وقد وجد. (ك)

(١٩) المكاتب.

(٢٠) بعد المطالبة.

(٢١) قوله: "إلى الرق" قال الاتقاني: ولكن لا يرد إلا بالتراضي، أو بقضاء القاضي. (رد المحتار)

(١) قوله: "إذا كان يعقل الخ" أراد من قوله: يعقل يعلم أن الشراء جالب، والبيع سالب، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوساً وأخذ الحلواء، ثم أخذ بيكي، ويقول: أعطني فلوسى، فهو علامة كونه غير عاقل، وإن اتخذ الحلواء، ولم يسترد فلوسه، فهو عاقل. (عيني)

(٢) أي في الحكم المذكور.

(٣) أي هذا الخلاف منه.

(٤) قوله: "على مسألة إذن الصبي في التجارة" فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف، ولا يصح الإذن له، وعندنا هو من أهل التصرف، إذا عقل العقد. (٤)

(٥) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا الخ" في "شرح الطحاوى": "وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه فإن أدى هذا القابل عتق. (عيني)

(٦) إذ لا بد له من القبول.

(٧) أي عن الصغير الغير المميز.

(٨) قوله: "لا يعتق" لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل. (عيني)

(٩) من المال.

(١٠) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(١١) قوله: "جعلت عليك ألفاً الخ" فقوله: فإذا أديتها فأنت حر، لا بد منه، لأن قوله: جعلت عليك يحتمل الكتاب، ويحتمل الضريبة، لأن المولى يستبد بضربة عبده، فلا يتعين جهة الكتابة، إلا بقوله: إذا أديتها فأنت حر، بخلاف قوله: كاتبك لعدم الاحتمال، وقوله: إن عجزت فأنت رقيق، لا يحتاج إليه ههنا، وفي الكتابة أيضاً، وإنما ذكره حثاً للعبد على الأداء عند النجوم. (ك)

(١٢) قوله: "فإن هذه مكاتب" حتى لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي، ولو أدى بعض البدل لم يبق محلاً للتكفير، بخلاف المعلق عتقه بأداء المال، فإن هذه الأحكام تنعكس في حقه. (ك)

ولو قال: إذا أدبت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حرة، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان^(١)، لأن التنجيم يدل على الوجوب^(٢)، وذلك^(٣) بالكاتبة، وفي نسخ^(٤) أبي حفص^(٥) لا يكون مكاتباً^(٦) اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة^(٧).

قال^(٨): وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى، ولم يخرج عن ملكه، أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة^(٩)، وهو الضم، فيضم^(١٠) مالكية يده^(١١) إلى مالكية نفسه^(١٢)، أو لتحقيق مقصود الكتابة^(١٣)، وهو أداء البدل، فيملك^(١٤) البيع والشراء، والخروج إلى السفر، وإن نهاه المولى^(١٥)، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما رويناه^(١٦)، ولأنه^(١٧) عقد معاوضة، ومبناه على المساواة، وينعدم ذلك^(١٨) بتنجز العتق، ويتحقق بتأخره^(١٩)، لأنه يثبت له^(٢٠) نوع مالكية^(٢١)، ويثبت

(١٣) المولى.

(١) تلميذ الإمام محمد.

(٢) قوله: "يدل إلخ" لأن التنجيم للتخفيف والتيسير، وذلك في المال، ولا يجب المال إلا بالكاتبة، لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، إلا بالكاتبة، فعرفنا أن المولى قصد إيجاب البدل بهذا التنجيم. (ك)

(٣) أى وجوب الدين للمولى على العبد.

(٤) أى نسخ مبسوطه.

(٥) الكبير تلميذ الإمام محمد.

(٦) قال فخر الإسلام: هو الأصح. (ك)

(٧) قوله: "اعتباراً بالتعليق إلخ" يعنى إذا قال: إن أدبت إلى ألفاً لا يكون كتابة، ويكون تعليق الحرية بالشرط، ولا يلزم قبول العبد، والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونها كما في الكتابة الحالية، والتفاوت بين رواية أبي حفص، وأبي سليمان أن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة، وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة. (عينى)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) لغة.

(١٠) قوله: "فيضم إلخ" فإن قيل: ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما، ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة، فكيف يتحقق الضم، وأجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش ولو وطئ المكاتبه لزمه العقر، فيتحقق الضم. (عناية)

(١١) الحاصلة في الحال.

(١٢) التى تحصل عند الأداء.

(١٣) فإنه لا يحصل لو لم يملك يداً.

(١٤) المكاتب.

(١٥) عن السفر.

(١٦) قوله: "فلما رويناه" وهو قوله عليه السلام: «المكاتب عبد ما بقى عليه درهم». (كفاية)

(١٧) عقد الكتابة.

(١٨) المساواة.

له^(١) في الذمة^(٢) حق من وجه^(٣).

فإن أعتقه^(٤) عتق بإعتاقه^(٥)؛ لأنه^(٦) مالك لرقبته، ويسقط عنه بدل الكتابة؛ لأنه^(٧) ما التزمه^(٨) إلا مقابلاً بحصول العتق له، وقد حصل^(٩) دونه^(١٠).
قال^(١١): وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر^(١٢)؛ لأنها صارت أخص بأجزائها
توسلاً إلى المقصود بالكتابة، وهو الوصول إلى البديل من جانبه^(١٣)، وإلى الحرية من
جانبها بناء عليه^(١٤)، ومنافع البضع ملحقة^(١٥) بالأجزاء والأعيان.
وإن جنى^(١٦) عليها، أو على ولدها لزمته^(١٧) الجناية؛ لما بينا^(١٨)، وإن أتلف^(١٩)

(١٩) العتق.

(٢٠) أي للعبد الذي كوتب.

(٢١) وهو مالكية اليد، وهذا النوع أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً. (٤)

(١) أي للمولى.

(٢) أي ذمة المكاتب، وهو أصل البديل.

(٣) قوله: "حق من وجه" إنما كان حقاً من وجه لضعفه، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي؛ إذ المولى لا

يستوجب على العبد ديناً، ولهذا لا يصح الكفالة به. (عيني)

(٤) أي المولى المكاتب بأن نجز عتقه.

(٥) أي لا بالكتابة السابقة.

(٦) المولى.

(٧) العبد.

(٨) بديل.

(٩) العتق.

(١٠) بديل.

(١١) أي القندوري. (عيني)

(١٢) قوله: "العقر [ولو وطئ مراراً لا يلزمه إلا عقر واحد. رد المختار]" من أسماء المهر الصداق والعقر، وفي

استيلاء "الجوهرة": العقر في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر قيمة البكر ونصف عشر قيمة الثيب، والظاهر أنه يشترط
عدم نقصان العشر أو نصفه عن عشرة دراهم، فإن نقص وجب تكميله إلى العشرة، لأن المهر لا ينقص عن العشرة،
سواء كان مهر المثل أو مسمى، وقيل: في الجوارى ينظر إلى مثل تلك الجارية جمالاً ومولى بكم تتزوج، فيعتبر بذلك،
وهو المختار، كذا نقل في "رد المختار".

(١٣) المولى.

(١٤) أي على الوصول إلى البديل من جانبه.

(١٥) قوله: "ملحقة بالأجزاء والأعيان" حيث قابلها الشرع بالأعيان، قال تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾، ولو

استحقت الجارية بغرم المشتري من العقر، وقيمة الولد دون المنفعة فعلم أن الوطئ في حكم جزء العين، ولو كان في حكم

المنفعة لما غرم. (عيني)

(١٦) المولى.

مالا لها غرم؛ لأن المولى كالأجنبي في حق إكسابها ونفسها، إذ لو لم يجعل^(١) كذلك^(٢) لأتلفه المولى، فيمتنع حصول الغرض^(٣) المبتغى بالعقد.

فصل في الكتابة الفاسدة^(٤)

قال^(٥): وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير، أو على قيمته^(٦) فالكتابة فاسدة، أما الأول^(٧) فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم، لأنه ليس بمال^(٨) في حقه، فلا يصلح بدلا^(٩)، فيفسد العقد، وأما الثاني^(١٠) فلأن قيمته^(١١) مجهولة قدرأ^(١٢) وجنسأ^(١٣) ووصفأ^(١٤)، فتفاحت الجهالة، وصار كما إذا كاتب على ثوب^(١٥) أو دابة^(١٦)، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد^(١٧)، لأنه موجب

(١٧) المولى.

(١٨) إشارة إلى قوله: لأنها صارت أخص توسلا إلخ.

(١٩) المولى.

(١) المولى.

(٢) أى كالأجنبي.

(٣) وهو حصول الحرية لها.

(٤) قوله: "فصل في الكتابة الفاسدة إلخ" أخرج الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن

الصحيحة. (نتائج)

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) أى العبد بأن يقول: كاتبك على قيمتك.

(٧) قوله: "أما الأول [أى ما إذا كاتب على خمر أو خنزير]" عبر عن مسألتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد، وهى عدم تحقق المالية فى شىء من الخمر والخنزير فى حق المسلم، فكأما صار المسألة واحدة. (نتائج)

(٨) أى ليس بمال متقوم. (ك)

(٩) لأنه صار عقداً بلا بدل، فصار فاسداً.

(١٠) وهو ما إذا كاتبه على قيمة العبد.

(١١) أى قيمة العبد.

(١٢) يعنى مائة أو مائتين.

(١٣) يعنى دراهم أو دنانير.

(١٤) أى جيداً أو رديئاً.

(١٥) قوله: "كما إذا كاتب إلخ" وأنه لا يجوز لأن الثوب أو الدابة أجناس مختلفة، وما هو مجهول الجنس لا يثبت

دينياً فى الذمة كما فى النكاح. (ك)

(١٦) فإنها تفسد لفحش الجهالة.

(١٧) قوله: "ولأنه [أى لأن قوله: كاتبك على قيمتك] تنصيص إلخ" فإن قيل: لو كاتبه على عبد وسط، أو عبد

مطلق يجوز وإن كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد وسط يجبر على القبول، قلنا: القيمة فيما نحن بصددده يجب قصداً لا حكماً، لمكان التصريح بالقيمة، ويجب ثمة، حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد، وقد يثبت الشىء

للقيمة^(١). قال^(٢): فإن أدى الخمر^(٣) عتق^(٤)، وقال زفر: لا يعتق^(٥) إلا بأداء قيمة الخمر^(٦)، لأن البدل^(٧) هو القيمة. وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر^(٨)؛ لأنه^(٩) بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة^(١٠) أيضاً، لأنه^(١١) هو البدل معنى. وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر^(١٢)، إذا قال: إن أديتها فأنت حر، لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط^(١٣)، لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب^(١٤) على ميتة أو دم، ولا فصل^(١٥) في ظاهر الرواية^(١٦). ووجه الفرق بينهما^(١٧) وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة^(١٨)، فأمكن^(١٩) اعتبار معنى العقد فيهما^(٢٠)، وموجبه العتق عند أداء العوض

حكماً وضمناً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً كبير الأجنبي ونحوها. (ك)

(١) قوله: "لأنه موجب إلخ" لأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة، فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد، فيكون فاسداً. (تبيين)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) والخنزير. (٤)

(٤) قوله: "عتق" سواء قال له: إن أديت فأنت حر أو لم يقل، لأن العقد ينعقد، وإن كان فاسداً، فيعتق بالأداء. (مل)

(٥) وإن أدى الخمر.

(٦) قوله: "إلا بأداء قيمة الخمر" أنه مشكل جداً مخالف لعامة روايات الكتب فإن فيها لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، ولو قيل: بأن المراد قيمة العبد أضيفت إلى الخمر بأدنى ملاسة، وهو وجوبها عند ذكر الخمر فى البدل لكان وجهها متكلفاً. (ك)

(٧) أى فى الكتابة الفاسدة. (٤)

(٨) قوله: "وعن أبى يوسف" أنه يعتق بأداء الخمر إلخ، هذا الحكم الذى ذكره هو ظاهر الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره فى "المبسوط" و"الذخيرة"، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبى يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. (ن)

(٩) الخمر.

(١٠) أى قيمة نفسه.

(١١) أى قيمة نفسه.

(١٢) قوله: "إنما يعتق بأداء إلخ" وعليه قيمة نفسه لأن العقد الفاسد إذا تلف فيه المعقود عليه وجب فيه القيمة كالمبيع إذا تلف فى البيع الفاسد فى يد المشتري. (عينى)

(١٣) أى بحصول شرط تعلق به العتق.

(١٤) قوله: "كما إذا كاتب على ميتة أو دم" فإنه لا يعتق بتسليم عينهما إلا إذا قال: إن أديت إلى فأنت حر، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأداءهما لأن العقد لم ينعقد أصلاً، فيعتبر فيه التعليق. (عينى)

(١٥) قوله: "ولا فصل إلخ" أى لا تفصيل فى الخمر والخنزير فى ظاهر الرواية، وفى الميتة والدم تفصيل فمعنى قوله: وجه الفرق أى وجه الفرق فى ظاهر الرواية بين الخمر والميتة إلخ. (أعظمى)

(١٦) بين أن يقول: إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل. (٤) أى يعتق بأداء الخمر صرح بذكر الشرط أو لم يصرح. (ك)

(١٧) الخمر والخنزير.

(١٨) وإن لم يكن متقوماً فى حكم المسلم.

المشروط، وأما الميئة فليست بجال أصلاً، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه، فأعتبر فيه معنى الشرط، وذلك^(١) بالتنصيص عليه^(٢).

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد^(٣)، وقد تعذر بالعتق، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا أتلف المبيع^(٤). قال: ولا ينقص^(٥) عن المسمى ويزاد عليه؛ لأنه عقد فاسد، فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت، كما في البيع الفاسد^(٦)، وهذا^(٧) لأن المولى ما رضى بالنقصان^(٨)، والعبد رضى^(٩) بالزيادة^(١٠) كيلا يبطل حقه في العتق أصلاً، فتجب القيمة^(١١) بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه^(١٢) على قيمته يعتق بأداء القيمة^(١٣)؛ لأنه^(١٤) هو البذل، وأمكن اعتبار معنى العقد^(١٥) فيه^(١٦)، وأثر الجهالة في الفساد^(١٧)،

(١٩) باعتبار المالية.

(٢٠) يجعله بدلاً فيه.

(١) أى اعتبار معنى الشرط.

(٢) أى على الشرط وهو أداء الميئة.

(٣) وموجب العقد الفاسد رد العقود عليه.

(٤) فى يد المشتري فيجب القيمة.

(٥) القيمة.

(٦) إذا تلف المبيع يجب قيمة المبيع لتعذر رده.

(٧) قوله: "وهذا" أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه، لأن المولى إلخ. (نتائج)

(٨) عن المسمى، حيث أوجب العقد فى المسمى.

(٩) قوله: "والعبد رضى إلخ" أى الظاهر من حال العبد أنه يرضى بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية، أو لأن

العبد لما أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضى بأداء قيمته وإن زادت القيمة على المسمى. (ك)

(١٠) على المسمى.

(١١) تفريع على قوله: والعبد رضى إلخ. (نت)

(١٢) العبد.

(١٣) قوله: "يعتق بأداء القيمة" وقيمه تعرف بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما، وأما بتقوم المقومين فإن اتفق الاثنان

منهم على شيء جعل ذلك قيمة له، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين. (ب)

(١٤) القيمة.

(١٥) قوله: "وأمكن اعتبار إلخ" بأن أدى مالا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين، والآخر بخمسة

وثلاثين، والآخر بأربعين، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين، وقد أدى أربعين يكون مؤدياً قيمتها. (عينى)

(١٦) القيمة.

(١٧) قوله: "وأثر الجهالة إلخ" أى فإن قيل: القيمة مجهولة، فكان الواجب أن يفيد البطلان، ولا يعتق بأداء القيمة

أجاب بقوله: وأثر الجهالة فى الفساد لا فى البطلان كما فى البيع، فإنها تفسده لا تبطله. (عناية)

بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب^(١)، حيث لا يعتق^(٢) بأداء ثوب^(٣)، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد^(٤)، لاختلاف أجناس الثوب، فلا يثبت العتق بدون إرادته.

قال^(٥): وكذلك إن كاتبه على شىء بعينه^(٦) لغيره^(٧) لم يجز^(٨)؛ لأنه لا يقدر^(٩) على تسليمه^(١٠)، ومراده^(١١) شىء يتعين بالتعين^(١٢)، حتى لو قال: كاتبك على هذه الألف الدرهم وهى^(١٣) لغيره^(١٤) جاز^(١٥) لأنها لا تتعين فى المعاوضات، فيتعلق^(١٦) بدراهم دين فى الذمة، فيجوز.

وعن أبى حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه^(١٧) وسلمه^(١٨) يعتق، فإن

(١) قوله: "بخلاف ما إذا كاتبه إلخ" جواب عما يقال: الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد، فكان ينبغى أن يعتق بأداء ثوب كما يعتق بأداء القيمة، فقال: بخلاف إلخ. (عينى)

(٢) قوله: "حيث لا يعتق إلخ" تقريره أن الثوب عوض، والعوض يقتضى أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود فى الخارج، فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه، فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقوم المقومين.

فإن قلت: فإذا أدى القيمة فيما إذا كاتب على ثوب يعتق أولاً، قلت: ذكر فى الذخيرة أن الأصل عند علماءنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا ينقذ هذه الكتابة أصلاً لاعلى المسمى، ولا على القيمة. (٤)

(٣) قوله: "بأداء ثوب" لأنه يختلف اختلافاً فاحشاً لا يوقف على مراد المولى، فكانت الكتابة باطلة، فلا يعتبر أصلاً حتى لو أدى قيمته أيضاً لا يعتق. (تبيين)

(٤) قوله: "لأنه لا يوقف [أى لا يطلع] إلخ" لأنه لا يمكن حمل كلامه على إرادة مطلق الثوب، لأن إرادة المطلق إنما تصح على تقدير صحة التخيير بين أفرادها، ولا يصح التخيير هنا لفحش التفاوت فيها، فيجب حمله على جنس معين وهو مجهول لا يوقف عليه، فلا يصح ذكره فى العقد. (أعظمى)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٦) كالثوب والداية.

(٧) أى لغير العبد.

(٨) عقد الكتابة.

(٩) قوله: "لأنه [أى لأن المكاتب] لا يقدر إلخ" لأن ملك الغير غير مقدور التسليم. (كفاية)

(١٠) إلى المولى.

(١١) أى محمد من قوله: على شىء بعينه.

(١٢) كالفرس والعبد.

(١٣) الواو الحالية.

(١٤) العبد.

(١٥) عقد الكتابة.

(١٦) العقد.

(١٧) العبد.

(١٨) إلى المولى.

عجز^(١) يرد في الرق، لأن المسمى مال والقدرة^(٢) على التسليم موهومة، فأشبهه الصداق^(٣). قلنا^(٤): إن العين في المعاوضة معقود عليه، والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ^(٥)، كما في البيع^(٦)، بخلاف^(٧) الصداق في النكاح، لأن القدرة على ما هو المقصود^(٨) بالنكاح^(٩) ليس بشرط، فعلى ما هو تابع فيه أولى. فلو أجاز صاحب العين ذلك^(١٠) فعن محمد أنه يجوز^(١١)، لأنه يجوز البيع^(١٢) عند الإجازة، فالكتابة أولى، وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز^(١٣) اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب^(١٤).

والجامع بينهما^(١٥) أنه^(١٦) لا يفيد^(١٧) ملك^(١٨) المكاسب، وهو المقصود^(١٩)،

(١) أى العبد عن تسليم العين المذكورة إلى مولاه.

(٢) أى قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك.

(٣) قوله: "فأشبهه [أى بدل الكتابة] الصداق" والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال، فلو تزوج

على عبد لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن التسليم، فكذا ههنا. (ك)

(٤) إشارة إلى بيان وجه الظاهر.

(٥) قوله: "إذا كان العقد يحتمل الفسخ [تحرز به عن النكاح. ك]" والكتابة تحتمل الفسخ فيشترط القدرة على

المعقود عليه، فإن قلت: البديل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية والثمن معقود به لا معقود عليه، فلا

يكون القدرة عليه شرطاً. قلت: هذا إذا كان من النقود، وليس الكلام فيه، وإنما كلامنا في العين، فيصير عقد الكتابة بمنزلة

المقايضة، فيصير للبديل حكم المبيع، فيشترط القدرة عليه. (عينى)

(٦) قوله: "كما في البيع" فإنه يحتمل الفسخ، فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه. (مل)

(٧) جواب عن قوله: فأشبهه الصداق.

(٨) قوله: "لأن القدرة إلخ" يعنى أن القدرة على تسليم ما هو المقصود بالنكاح، وهو البضع ليس بشرط لصحة

العقد، حتى لو تزوج بنت سنة يجوز، وإن كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر أولى. (ك)

(٩) وهو التوالد والتناسل. (ع)

(١٠) يعنى ما قاله المولى لعبده.

(١١) قوله: "أنه يجوز" فصار صاحب المال مقرضاً المال من العبد، فيصير العين من أكسابه. (عينى)

(١٢) قوله: "لأنه يجوز البيع" بأن اشترى شيئاً بمال الغير، فأجاز صاحب المال جاز، فالكتابة أولى، لأن ميناها على

المسامحة والمساهلة، بخلاف البيع، فإن ميناها على المضايقة والمماكسة. (مل)

(١٣) وإن أجاز المالك.

(١٤) قوله: "على ما قال في الكتاب" أى فى "الجامع الصغير" أشار به إلى قوله: وكذلك إن كاتبه على شئ إلخ. (ع)

(١٥) أى بين ما أجاز المالك، وما لم يجز.

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) ههنا.

(١٨) للعبد.

(١٩) فى الحال من عقد الكتابة.

لأنها^(١) تثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً^(٢)، والمسألة فيه على ما بيناه^(٣). وعن أبي يوسف أنه^(٤) يجوز أجاز^(٥) ذلك أو لم يجز، غير أنه عند الإجازة^(٦) يجب تسليم عينه^(٧)، وعند عدمها يجب^(٨) تسليم قيمته، كما فى النكاح^(٩)، والجامع بينهما^(١٠) صحة التسمية لكونه^(١١) مالا.

ولو ملك المكاتب ذلك العين^(١٢) فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه^(١٣) إذا أداه لا يعتق^(١٤)، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد^(١٥) إلا إذا قال^(١٦) له: إذا أديت إلى فأنت حر، فحينئذ يعتق بحكم الشرط^(١٧)، وهكذا عن أبي يوسف، وعنه أنه يعتق^(١٨)، قال^(١٩): ذلك^(٢٠) أو لم يقل، لأن العقد^(٢١) ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا، فيعتق بأداء المشروط، ولو كاتبه على عين^(٢٢) فى يد المكاتب ففيه روايتان^(٢٣)، وهى

(١) أى لأن ملك المكاسب وإنما أنت لأجل المضاف إليه.

(٢) قوله: "عيناً معيناً" قيد بقوله: معيناً بعد قوله: عيناً احترازاً عن الدراهم والدينار المعينة فإنها وإن عنت لا تتعين عندنا، فيجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت فإن أدى تلك الألف أو ألفاً أخرى عتق. (عيني)

(٣) قوله: "والمسألة إلخ" أى فرض المسألة فى ذلك على ما بيناه من أن مراده شىء يتعين بالتعيين. (٤)

(٤) أى أن عقد الكتابة المذكورة.

(٥) المالك.

(٦) من المالك.

(٧) أى الشىء المعين إلى المولى.

(٨) على المكاتب.

(٩) قوله: "كما فى النكاح" فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد، فإن رضى مالك العبد يدفعه

إليها، وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد. (عيني)

(١٠) بين المقيس وهو الكتابة والمقيس عليه وهو النكاح.

(١١) أى المسمى العين.

(١٢) بشراء أو هبة أى لم يجز ولكن ملك إلخ.

(١٣) المكاتب.

(١٤) بالعقد لعدم انعقاده.

(١٥) السابق.

(١٦) المولى.

(١٧) عند الأداء لوجود الشرط.

(١٨) يدفع العين إلى المولى.

(١٩) المولى.

(٢٠) أى إن أدت إلخ.

(٢١) أى عقد الكتابة السابق.

مسألة الكتابة على الأعيان^(١)، وقد عرف ذلك في "الأصل"^(٢)، وقد ذكرنا وجه الروايتين^(٣) في "كفاية المنتهى"^(٤).

قال^(٥): وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه^(٦) عبداً بغير عينه^(٧)، فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي جائزة، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب، وعلى قيمة عبد وسط، فتبطل منها حصة العبد^(٨)، فيكون مكاتباً بما بقى^(٩)، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة، وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه^(١٠)، وهو الأصل^(١١) في أبدال العقود^(١٢). ولهما أنه لا يستثنى^(١٣) العبد^(١٤) من الدنانير^(١٥)، وإنما يستثنى قيمته^(١٦)، والقيمة

(٢٢) قوله: "على عين [أى معين سوى النقود]" أى على عين هو من كسبه بأن كان مأذوناً فى التجارة. (ك)

(٢٣) قوله: "ففيه روايتان" فى رواية كتاب الشرب يجوز، وفى رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز. (ع)

(١) قوله: "وهى مسألة إلخ" وهى التى ذكرت فى قوله: وكذلك إن كاتبه على شىء بغيره لغيره. (ع)

(٢) قوله: "وقد عرف ذلك فى الأصل" أى فى "الميسوط" ذكر فيه عبد مأذون له فى التجارة، وفى يديه عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين، ففیه روايتان، أما إذا كان دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايتين. (كفاية)

(٣) قوله: "وجه الروايتين [الجواز وعدمه]" وجه الجواز أن هذه كتابة على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد أن الكتابة شرعت على وجه يختص بمكاسبه، فثبت حرية اليد فى الحال، ويراخى حرية الرقبة إلى وقت الأداء. فلو جازت الكتابة ههنا كان الأداء من مال المولى، لأن أكسابه وقت العقد مال المولى، فكانت الكتابة على مال منقود للمولى، لا على كسب يوجد بعد الكتابة، فلا يفيد ملك المكاسب على أنه يثبت حرية اليد والرقبة فى حالة واحدة لا على وجه التعاقب، فيكون إعتاقاً يبدل، ولا يكون كتابة. (كفاية)

(٤) ولم يذكره ههنا لطوله. (ع)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) وفى نسخة: عليه.

(٧) قوله: عبداً بغير عينه" قيد بقوله: بغير عينه لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق، فكذا استثناءه. (عينى)

(٨) الوسط.

(٩) قوله: "فيكون مكاتباً إلخ" حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب أداء خمسين، ويسقط خمسون فى مقابلة العبد. (عينى)

(١٠) أى من بدل الكتابة.

(١١) قوله: "وهو [أى كل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى] الأصل" يعنى الأصل إن كل ما يصلح أن يكون بدلا فى عقد يصح استثناءه منه. (ك)

(١٢) وفى نسخة: العقود عليه.

(١٣) قوله: "أنه لا يستثنى إلخ" لأن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس، ولا يجوز استثناء القيمة، لأنها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين فيها، فإذا

لا تصلح بدلاً^(١) فكذلك مستثنى. قال^(٢): وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف
فالكاتبه جائزة استحساناً، ومعناه أن يبين الجنس^(٣)، ولا يبين النوع والصفة،
وينصرف إلى الوسط^(٤)، ويجبر^(٥) على قبول القيمة^(٦)، وقد مر في النكاح^(٧)،
أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول: دابة لا يجوز، لأنه يشمل أجناساً مختلفة^(٨)،
فيتفاحش الجهالة^(٩)، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف^(١٠)، فالجهالة يسيرة^(١١)،
ومثلها يتحمل في الكتابة^(١٢)، فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل^(١٣) فيه^(١٤).
وقال الشافعي: لا يجوز وهو القياس لأنه^(١٥) معاوضة، فأشبهه البيع^(١٦)، ولنا

استثنى قيمته من المائة بقى الباقي من البدل مجهولاً. (ك)

(١٤) قوله: "العبد إلخ" هذا قول بالموجب، يعنى سلمنا الأصل المذكور، ولكنه إنما يكون فيما يصح الاستثناء،
وهنا ليس كذلك، لأنه لا يستثنى العبد من الدنانير إلخ. (مل)

(١٥) لأنه ليس من جنسها.

(١٦) العبد.

(١) لأنها مجهولة جنساً وقدرأ ووصفاً.

(٢) أى القدرى. (عيني)

(٣) قوله: "أن يبين الجنس [كالفرس والعبد]" مثل أن يكتبه على عبد أو وصيف ولا يبين النوع، أى لم يقل أنه
تركى أو هندی، والصفة أى لم يقل أنه أبيض أو أسود. (ك)

(٤) قوله: "وينصرف إلى الوسط" ثم الوسط عند أى حنيفة فى العبد الذى قيمته أربعون درهماً، وعندهما على
قدر غلاء السعر ورخصته. (عيني)

(٥) المولى.

(٦) لأنه قضاء فى معنى الأداء. (٤)

(٧) قوله: "وقد مر فى النكاح" أى فى باب المهر، فإنه إذا تزوجها على حيوان، وبين جنسه، ولم يبين نوعه
وصفته، فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط. (عيني)

(٨) مما يدب على الأرض.

(٩) فيفضى إلى المنازعة.

(١٠) قوله: "كالعبد والوصيف" الوصيف اسم للغلام الذى يوصف بالخدمة بأن كان قادراً عليها والعبد أعم من أن
يبلغ الخدمة أولاً فهو من عطف الخاص على العام. (عيني)

(١١) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات. (عيني)

(١٢) قوله: "ومثلها يتحمل إلخ" لأنها تشبه البيع من حيث إنها معاوضة، ألا ترى أنها تقال وتفسخ وتشبه النكاح
أيضاً من حيث إنها معاوضة مال بما ليس بمال، فإذا كانت الجهالة فى أصلها منع الجواز لشبه البيع، وإذا كانت فى الوصف
لا يمتنع لشبه النكاح. (عيني)

(١٣) قوله: "بجهالة الأجل" كما لو قال: كاتبك إلى الحصاد والدياس صحت الكتابة لأن مبنها على المسامحة. (مل)

(١٤) أى فى عقد الكتابة.

(١٥) عقد الكتابة.

أنه معاوضة مال بغير مال^(١)، أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه، فأشبهه النكاح^(٢)، والجامع^(٣) أنه يبتنى على المسامحة^(٤)، بخلاف البيع^(٥) لأن مبناه على المماكسة^(٦).

قال^(٧): وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان^(٨) مقداراً معلوماً^(٩)، والعبد كافرأً، لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها، وفي التسليم ذلك^(١١) إذ الخمر غير متعين^(١٢)، فيعجز^(١٣) عن تسليم البديل^(١٤)، فيجب عليه قيمته^(١٥). وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خمرأً، ثم أسلم أحدهما^(١٦) حيث يفسد

(١٦) قوله: "فأشبه البيع [والبيع مع البديل المجهول والأجل المجهول لا يصح]" والجامع أنه لا يصح إلا بتسمية البديل، فكانت معاوضة كالبيم، ألا ترى أنه يقال ويفسخ. (ك)

(١) قوله: "معاوضة مال بغير مال" أى فى الابتداء، لأن البديل فى الابتداء مقابل بفك الحجر، وهو ليس بمال، أو بمال، أى فى الانتفاء لأنه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه، لأن العبد لا يملك مالية نفسه، بل يسقط ملك المولى فيه، بخلاف البيم، فإنه مبادلة المال بالمال وليس فيه سقوط الملك. (مل)

(٢) قوله: "فأشبه النكاح" أى أنه نظير النكاح فيجوز فيه البديل المجهول كما فى النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، فلا يفضى الجهالة فيه إلى النزاع كالنكاح بخلاف البيع فإنه يبتنى على المماكسة، ويفضى الجهالة فيه إلى المنازعة. (أعظمى)

(٣) بين الكتابة والنكاح.

(٤) كالنكاح يبتنى على المسامحة.

(٥) قوله: "بخلاف البيع" جواب عن قول الشافعى، فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل لوجود الفارق، وهو ابتناء البيم على المماكسة والمضايقه وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة. (عنى)

(٦) مماكسة: تشويش كردن در بيم، وكم كردن در ثمن. (من)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(٨) الخمر.

(٩) لأن الجهالة مانعة.

(١٠) المولى والعبد.

(١١) قوله: "وفى التسليم ذلك" أى فى تسليم عين الخمر تملكها، وتملكها من المسلم لأن العقد ورد على غير المعين، فيكون بمنزلة ابتداء التملك والملك. (كافى)

(١٢) قوله: "إذا الخمر غير متعين" فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة، والتسليم نقل من يد إلى يد، والمسلم غير ممنوع عن نقل اليد كما إذا غصب المسلم من الذمى خمرأً، ثم أسلم الذمى فإنه لا يمنع عن استرداد خمره من يد الغاصب. (٤)

(١٣) قوله: "فيعجز" أى إذا كان ممنوعاً عن التسليم فقد عجز عن التسليم إلخ. (عناية)

(١٤) أى بدل الكتابة.

(١٥) وفى نسخة: قيمتها.

البيع على ما قاله البعض^(١١)؛ لأن القيمة^(١٢) تصلح بدلا في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف^(١٣)، وأتى بالقيمة يجبر^(١٤) على القبول، فجاز^(١٥) أن يبقى العقد على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحاً^(١٦) على القيمة فافتراقاً^(١٧).

قال: وإذا قبضها^(١٨) عتق؛ لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العرضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد، وذلك^(١٩) بالعتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة^(٢٠)، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أداها^(٢١) عتق، وقد بيناه من قبل^(٢٢)، والله أعلم.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله^(٢٣)

قال^(٢٤): ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر؛ لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً، وذلك^(٢٥) بمالكية التصرف مستبداً^(٢٦) به^(٢٧) تصرفاً يوصله إلى مقصوده،

(١٦) قبل القبض. (تبيين)

(١) قوله: "على ما قاله البعض" إنما قيد بقوله على ما قاله البعض، لأن بعض المشايخ قال: ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة، والرواية في الكتابة رواية في البيع. (٤)

(٢) قوله: "لأن القيمة" أي قيمة المسمى تصلح بدلا في الكتابة فإنه إذا كاتبه على وصيف كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة، حتى إذا جاء بقيمته يجبر على القبول فمتى جاز أن ينعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء جاز أن يبقى على القيمة، أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة أصلاً، فلا يمكن إبقاءه عليها. (كفاية)

(٣) الوصيف الغلام والجمع وصفاً. (مغرب)

(٤) المولى.

(٥) فإذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبقى لأن البقاء أسهل من الدفع.

(٦) أصلاً فكذا لا يبقى.

(٧) البيع والكتابة.

(٨) قوله: "وإذا قبضها" أي قبض قيمة الخمر عتق وإن أدى الخمر عتق أيضاً لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البديل المذكور، وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر، فأدى المكاتب الخمر فإنه يعتق. (كفاية)

(٩) أي سلامة العوض الآخر للعبد.

(١٠) على الخمر.

(١١) أي لو أدى العبد المسلم الخمر عتق بوجود معنى التعليق.

(١٢) قوله: "وقد بيناه من قبل" أي في أول هذا الفصل وهو قوله: فإن أدى الخمر عتق، وقال زفر: لا يعتض. (ك)

(١٣) قوله: "باب ما يجوز إلخ" لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفسادة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله، وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. (عناية)

قوله: "ما يجوز للمكاتب إلخ" الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب على ما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات، وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله. (نت)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

وهو^(١) نيل الحرية بأداء البذل، والبيع والشراء من هذا القبيل^(٢)، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق^(٣) في الحضر، فيحتاج إلى المسافرة، ويملك البيع بالمحاباة^(٤) لأنه^(٥) من صنيع التجار، فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى.

قال^(٦): فإن شرط^(٧) عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد^(٨) وثبوت الاختصاص^(٩) فبطل الشرط^(١٠)، وصح العقد، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد^(١١)، وبمثله^(١٢) لا تفسد الكتابة.

وهذا^(١٣) لأن الكتابة تشبه البيع^(١٤)، وتشبه النكاح^(١٥)، فألحقناها بالبيع في شرط

(١٥) أى حرية يده.

(١٦) مستقلاً.

(١٧) أى بالتصرف.

(١) مقصود.

(٢) أى قبيل التصرف النافع.

(٣) أى لا تحصل.

(٤) قوله: "البيع بالمحاباة [فرو گذاشت كردن. من]" وهو بيع شىء يساوى مائة بتسعين مثلاً معناه العطية، وقال الثلاثة: لا يملك البيع بالمحاباة، لأنه تبرع كالهبة. (عنى)

(٥) بيع بالمحاباة.

(٦) أى محمد فى "الجامع". (عنى)

(٧) المولى.

(٨) الاستقلال.

(٩) بنفسه وأكسابه. (٤)

(١٠) أى شرط المولى عدم خروجه من السفر.

(١١) قوله: "لأنه [جواب عما قيل: هذا الشرط يقتضى بطلان العقد فقال: وصح إلخ] شرط إلخ" يعنى أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إن تمكن فى صلب العقد، وهو أن يدخل فى أحد البدين، كما إذا قال: كاتبتك على أن تخدمنى مدة أو زماناً، وهذا ليس كذلك، لأنه لا شرط فى بدل الكتابة، ولا فيما يقابله، فلا تفسد به الكتابة. (عناية)

(١٢) أى يمثل هذا الشرط.

(١٣) قوله: "وهذا" أى التفصيل بين كون الشرط المتمكن فى صلب العقد مفسداً، وبين كون الشرط الغير

المتمكن غير مفسد. (مل)

(١٤) قوله: "لأن الكتابة تشبه البيع [من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل، واحتمالها الفسخ قبل الأداء. ع]"

من حيث إنها تختمل الفسخ فى الابتداء، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تختمل الفسخ بعد تمام المقصود بالأداء، فيوفر حظهما عليها، فلشبهها بالبيع يبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن فى صلبها كما لو شرطه خدمة مجهولة بأن كاتبه على كذا على أن يخدمه مدة، لأنه فى البذل، ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكن فى صلبها بأن كاتبه على ألف إلى الحصاد والدياس. (ك)

تتمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل والنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه^(١) هذا^(٢) هو الأصل، أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق^(٣)؛ لأنه إسقاط الملك^(٤) وهذا الشرط^(٥) يختص العبد^(٦)، فأعتبر إعتاقاً^(٧) في حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشرط الفاسدة.

قال^(٨): ولا يتزوج إلا بإذن المولى، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود^(٩)، والتزوج ليس وسيلة إليه^(١٠)، ويجوز^(١١) بإذن المولى لأن الملك له^(١٢)، ولا يهب، ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير^(١٣)، لأن الهبة والصدقة تبرع، وهو^(١٤) غير مالك^(١٥) ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة، لأنه لا يجد^(١٦) بدا من ضيافة وإعارة ليجمع^(١٧) عليه المجاهزون^(١٨)، ومن

(١٥) من حيث إنها معاوضة مال بغير مال. (٤)

(١) العقد.

(٢) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين.

(٣) قوله: "إعتاق [مصدر مبنى للمفعول]" لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أجل، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل

للمكاتب شيء، وإنما يسقط عنه ملك مولاه. (مل)

(٤) قوله: "إسقاط الملك" فيه إشارة إلى أن الإعتاق إسقاط الملك وهذا خلاف ما صرح به علماءنا أن الإعتاق

إثبات القوة الفرعية، وفرعوا عليه أنه لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي، ولو كان إسقاطاً للملك لجاز، لأن اشتراط

البذل على الأجنبي في الإسقاطات يجوز، وفي الإثباتات لا يجوز. (حاشية ملا إله داد)

(٥) أي شرط عدم الخروج.

(٦) أي يتعلق به.

(٧) لا معاوضة.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ضرورة التوسل إلى المقصود" مقصود المولى من البذل، وذلك بقيام الملك، ومقصود المكاتب وهو تحصيل

الكسب للإيفاء، وذلك بفك الحجر، والتزوج ليس وسيلة إلى المقصود بل هو مانع عن ذلك، فلا يدخل تحت فك الحجر. (٤)

(١٠) بل فيه التزام المهر والنفقة.

(١١) أي التزوج.

(١٢) المولى.

(١٣) وما دون الدرهم قليل يتوسم الناس فيه. (ك)

(١٤) المكاتب.

(١٥) للمال.

(١٦) استجلاًباً لقلوبهم.

(١٧) لمثل الدار أو الثوب.

(١٨) قوله: "المجاهزون" والمجاهز عند العامة الغنى من التجار، وكأنه أريد به المهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز،

ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه .

ولا يتكفل^(١) ، لأنه^(٢) تبرع محض ، فليس من ضرورات التجارة والاكْتِسَاب ، فلا يملكه^(٣) بنوعيه نفساً^(٤) ، ومالا لأن كل ذلك^(٥) تبرع ، ولا يقرض ، لأنه^(٦) تبرع ليس من توابع الاكْتِسَاب فإن وهب على عوض لم يصح لأنه^(٧) تبرع ابتداءً ، فإن زوج أمته جاز^(٨) ؛ لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر ، فدخل^(٩) تحت العقد^(١٠) .

قال : وكذلك^(١١) إن كاتب عبده ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي ؛ لأن ماله^(١٢) العتق ، والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال^(١٣) .
وجه الاستحسان أنه^(١٤) عقد اكتساب للمال ، فيملكه كتزويج الأمة^(١٥) ،

وهو فائز المتاع ، أو يسافر به فحرف إلى المجاهر . (ن)

(١) قوله : " ولا يتكفل " سواء كان يأذن المولى ، أو بغير إذنه ، لأنه ملك المولى لا فى منفعه ، ومكاسبه ، فوجود إذنه فيما هو تبرع كعدمه . (ك)

(٢) أى التكفل .

(٣) التكفل .

(٤) قوله : " نفساً " فإن قلت : بديل الكتابة مال فى ذمته ، وتسليم النفس لا ينافى ذلك ، قلت : ربما يعجز عن ذلك

فيحبس عليه ، فيمتنع من الكسب ، فيتضرر . (عينى)

(٥) قوله : " لأن كل ذلك " أى الكفالة يأذن المكفول عنه وبغير أمره كل ذلك تبرع ، أما إذا كان بغير أمره فظاهر أنه تبرع محض ، ولا يكون له الرجوع بما أدى ، فصار كالهبة ، وإن كان بأمره فكذلك أيضاً ، لأن الكفيل متى أدى يصير مقرضاً بما أدى إلى المكفول عنه ، والإقراض تبرع لأنه إعارة حكماً بدليل أن قبض البديل ليس بشرط فى المجلس ، ولو كان معاوضة ، فيشترط قبضه فى المجلس لكونه صرفاً ، وكذلك الكفالة بالنفس أيضاً لا يصح لأنه تبرع محض من غير عوض يحصل له . (كفاية)

(٦) الإقراض .

(٧) أى لأن الهبة على العوض .

(٨) قوله : " فإن زوج أمته جاز " ولا يلزم عليه عجز المكاتبية من تزويج نفسها ، لأن حق المولى فى رقيبتها باق ، ولهذا يملك إعتاقها دون إعتاق أمتها ، فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها ، ولأن فيه تعيب رقيبتها ، فإن النكاح عيب ، فربما يعجز ، ويبقى هذا العيب فى ملك المولى . (ك)

(٩) وفى نسخة : فدخل .

(١٠) أى عقد الكتابة .

(١١) أى يجوز .

(١٢) الكتابة .

(١٣) قوله : " كالإعتاق على مال " أى إذا قال المكاتب لعبده : أد إلى ألفاً وأنت حر لا يجوز هذا التعليق ، فكذا لا

يجوز له أن يكاتب عبده ، لأن الكتابة بالمال كالتعليق . (عينى)

(١٤) عقد الكتابة .

وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع^(١)، لأنه^(٢) لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه، والبيع يزيله^(٣) قبله^(٤)، ولهذا^(٥) يملكه الأب والوصى، ثم هو^(٦) يوجب للمملوك^(٧) مثل ما هو^(٨) ثابت^(٩) له^(١٠)، بخلاف الإعتاق على مال؛ لأنه^(١١) يوجب فوق ما هو ثابت له^(١٢).

قال: فإن أدى الثاني^(١٣) قبل أن يعتق الأول فولاه^(١٤) للمولى؛ لأن له فيه نوع ملك^(١٥)، ويصح إضافة^(١٦) الإعتاق إليه^(١٧) في الجملة^(١٨)، فإذا تعذر إضافته^(١٩) إلى مباشر العقد لعدم الأهلية^(٢٠) أضيف إليه^(٢١)، كما في العبد^(٢٢) إذا اشترى شيئاً يثبت

(١٥) أى كما يملك تزويج أمته.

(١) قوله: "وقد يكون هو [الكتابة] أنفع له من البيع" لأنه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه، وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض، فلما ملك البيم فالكتابة أولى. (ك)

(٢) الكتابة.

(٣) الملك.

(٤) أى قبل وصول البدل إليه.

(٥) قوله: "ولهذا" أى لأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الأب للصغير أو وصيه أن

يكاتب عبد الصغير. (عيني)

(٦) أى المكاتب الأول، ومن ملك شيئاً يجوز أن يملكه.

(٧) أى المكاتب الثانى.

(٨) أى ملك اليد.

(٩) بكتابة المولى.

(١٠) أى للمكاتب الأول.

(١١) أى لأن الإعتاق على مال.

(١٢) قوله: "يوجب فوق ما هو ثابت له" فإن المعتق يحصل له فى الحال بنفس القبول من غير توقف على أداء

المال، فهذا غير ثابت للمكاتب الأول. (٤)

(١٣) قوله: "فإن أدى الثانى" أى إن أدى المكاتب الثانى بدل الكتابة قبل أداء الأول عتق الثانى، لتحقق شرط عتقه.

(١٤) الثانى.

(١٥) قوله: "لأن له [أى للمولى] فيه نوع ملك" لأن الثانى مكاتب للمولى بواسطة الأول، فكان المولى بمنزلة علة

العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثانى ملكاً للمولى كالأول. (٤)

(١٦) قوله: "إضافة" ولهذا لو أوصى المولى فلان، وليس له معتق فى الأحياء وله معتق المعتق يستحق هذه الوصية هو. (ك)

(١٧) أى إلى المولى.

(١٨) يقال: مولى زيد ومعتق زيد مجازاً. (٤)

(١٩) أى المكاتب الأول.

(٢٠) لكونه رقيقاً.

(٢١) قوله: "أضيف إليه" أى أضيف العتق إلى المولى، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند

الملك للمولى . قال : فلو أدى الأول^(١) بعد ذلك^(٢) ، وعتق لا ينتقل الولاء إليه^(٣) ؛ لأن المولى جعل معتقاً^(٤) ، والولاء لا ينتقل من المعتق . وإن أدى الثاني^(٥) بعد عتق الأول فولاءه له^(٦) ؛ لأن العاقد^(٧) من أهل ثبوت الولاء وهو^(٨) الأصل^(٩) ، فيثبت^(١٠) له . قال^(١١) : وإن أعتق^(١٢) عبده على مال ، أو باعه من نفسه^(١٣) ، أو زوج عبده لم يجز ؛ لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ، ولا من توابعه^(١٤) ، أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبتة ، وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبهه الزوال^(١٥) بغير عوض ، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة^(١٦) ، وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد ، وتعييب له^(١٧) ، وشغل رقبتة بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة ، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر^(١٨) .

قال : وكذلك الأب والوصى^(١٩) في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب^(٢٠) ؛ لأنهما

تعذر الإضافة إلى العلة . (عيني)

(٢٢) المأذون . (ك)

(١) المكاتب الأول .

(٢) قوله : " بعد ذلك " أى بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ، وكون ولاءه للمولى . (مل)

(٣) الأول .

(٤) مباشرة لا حكماً .

(٥) قوله : " وإن أدى الثاني " أى أدى المكاتب الثاني بدل الكتابة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة . (مل)

(٦) أى للأول .

(٧) المكاتب الأول .

(٨) العاقد .

(٩) لأنه مباشر للمعتق .

(١٠) الولاء .

(١١) أى محمد . (عيني)

(١٢) المكاتب .

(١٣) أى باع المكاتب نفس العبد من نفسه .

(١٤) قوله : " ولا من توابعه " أى توابع الكسب وضروراته مثل ضيافة من يعامل معه والإعارة له ، والإهداء إليه

بشيء يسير . (عيني)

(١٥) أى زوال الملك .

(١٦) أى وإن كان بيعاً بصورة .

(١٧) قوله : " وتعييب له " لأن من اشترى عبداً ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب . (عناية)

(١٨) إشارة إلى قوله : " وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب إلخ . (٤)

(١٩) قوله : " وكذلك الأب والوصى إلخ " فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ، ولا بيعه من نفسه ،

يملك ان الاكتساب كالمكاتب، ولأنه في تزويج الأمة والكتابة نظراً له^(١)، ولا نظر فيما سواهما^(٢)، والولاية نظرية^(٣).

قال^(٤): فأما المأذون له^(٥) فلا يجوز له شيء من ذلك^(٦) عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، وعلى هذا الخلاف^(٧) المضارب والمفاوض^(٨)، والشريك شركة عنان، هو قاسه^(٩) على المكاتب، واعتبره بالإجارة^(١٠). ولهما أن المأذون له^(١١) يملك^(١٢) التجارة، وهذا^(١٣) ليس بتجارة^(١٤)،

ولا إعتاقه على مال كذا قالوا. (نت)

(٢٠) قوله: "بمنزلة المكاتب [أي لهما تزويج أمة الصغير وكتابة عبده]" يعني يملك الأب والوصى في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه، وما لا يملكه لا يملكه، كذا قالوا.

واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح فيما نقل عنه بأنه لقائل أن يقول: الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر، ولا مانع هنا بخلاف المكاتب فإن ثمة مانعاً، وهو كون العتق فوق الكتابة، فإذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك الإعتاق على مال. أقول: لم يمر في هذا الكتاب ولا في كتابه، ولا في شيء من الكتب أن الإعتاق أنفع من البيع بل الذي تقرر في الكتب أن الكتابة أنفع من البيع. (نت)

(١) قوله: "نظراً له [الصغير]" أما في تزويج الأمة فلما مر آنفاً، وأما في الكتابة، فلأنه بالعجز يرد رقيقاً فرما كان العجز بعد أداء نجوم، وذلك لا شك في كونه نظراً. (٤)

(٢) أي الكتابة وتزويج الأمة.

(٣) قوله: "والولاية نظرية" هذا الكلام في معرض التعليل يعني إما لا يجوز سواهما، لأن ولايتهما نظرية، ولا نظر في غيرهما. (عيني)

(٤) أي محمد. (عيني)

(٥) في التجارة.

(٦) قوله: "فلا يجوز له شيء من ذلك [أي لا الإعتاق على مال، ولا تزويج الأمة، ولا تزويج العبد ولا أمثالها]" في هذا التحرير نوع إشكال، لأنه إن كان المشار إليه بذلك في قوله: فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبل هذه المسألة من قوله: وإن أعتق عبده إلخ، فمع كون كلمة أما في قوله: فأما المأذون له إلخ مما ياباه، إذ حكم ما ذكر قبله أيضاً عدم الجواز ينافيه قوله. وقال أبو يوسف: له أن يزوج أمته، فإن تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبل هذه المسألة، فما معنى بيان خلاف أبي يوسف. وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز للمأذون بعض ذلك كالبيع والشراء، فلا معنى للسلب الكلي. (نت)

(٧) قوله: "هذا الخلاف" فعند أبي يوسف يجوز للمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان أن يزوج أمته خلافاً لهما.

(٨) قوله: "والمفاوض" تقدم بيان شركة المفاوضة وشركة العنان، فارجم.

(٩) قوله: "وهو قاسه" فإن للمكاتب أن يزوج أمته، فكذا لهؤلاء، أي المأذون له والمضارب والمفاوض والشريك شركة عنان.

قوله: "هو قاسه إلخ" قيل استعمال القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار بين الفعلين أي المتزوج والإجارة، لأن المماثلة بين العيين ظاهرة، إذ في كل منهما فك الحجر، وإطلاق التصرف، فكان ذكر القياس فيه أولى.

بخلاف الفعلين، لأن المماثلة بينهما ليس إلا من حيث الفعلية لا غير، لأن الإجارة معاوضة مال بمال، بخلاف التزويج، فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق. (مل)

(١٠) قوله: "واعتبره بالإجارة" فإن لهم ولاية الإجارة، فكذا ولاية تزويج الأمة، إذ كل واحد منهما لتملك

فأما المكاتب يملك الاكتساب، وهذا^(١) اكتساب، ولأنه^(٢) مبادلة المال بغير المال^(٣)، فيعتبر بالكتابة^(٤) دون الإجارة^(٥)، إذ هي مبادلة المال^(٦) بالمال^(٧)، ولهذا^(٨) لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد.

فصل^(٩)

قال^(١٠): وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه^(١١) دخل في كتابته^(١٢)؛ لأنه من أهل أن

المنفعة يبدل. (ك)

(١١) قوله: "ولهما أن إلخ" أن لهما أن لهما التجارة، وليس هذا بتجارة، لأنه ليس مبادلة المال بمال، إذ البضع ليس بمال حقيقة، فصار شبيهاً بالكتابة، ولا يملك هؤلاء الكتابة، فكذا هذا، أما المكاتب فيملك الاكتساب، وهذا اكتساب، وهذا بخلاف الإجارة، فإنها مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع، فكانت تجارة. (ك)

(١٢) قوله: "يملك" أقول: كان الأولى أن يقال: لا يملك إلا التجارة بالقصر، حتى يلزم من ضم المقدمة الثانية

المطلوب. (نت)

(١٣) أي تزويج الأمة.

(١٤) لأن التجارة مبادلة المال بالمال.

(١) أي تزويج الأمة.

(٢) أي تزويج الأمة.

(٣) إذ البضع ليس بمال.

(٤) فإنه إذا كاتب المأذون عبده أو أمته لا يجوز.

(٥) لأنها في الابتداء مبادلة مال بغير مال.

(٦) قوله: "إذ هي مبادلة المال إلخ" لأن المنفعة قائمة مقام العين، فيكون في حكم المال، ولهذا يصلح مهرًا في

النكاح، وابتغاء النكاح شرع بالمال. (عيني)

(٧) أي بما هو مال حكمًا، وإن لم يكن مالا حقيقة.

(٨) قوله: "ولهذا" أي لأن التزويج ليس من التجارة لا يملك هؤلاء كلهم، أي المأذون له والمضارب والمفاوض

وشريك العنان، والمكاتب تزويج العبد لأنه ليس من اكتساب المال، ولا من التجارة لأنه مبادلة مال بمال. (مل)

(٩) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الإصالة، ذكر في هذا الأصل مسائل

من يدخل فيها بطريق التبعية، والتبع يتلوا الأصل. (٤)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قوله: "أو ابنه" وحكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه وابنه، ولم يذكرها، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعًا له

حتى يردون إلى الرق بعجزه. (عيني)

(١٢) قوله: "دخل في كتابته [حتى يمنع من بيعه. ك]" وإنما قال: دخل في كتابته، ولم يقل: صار مكاتبًا، لأنه لو

كان مكاتبًا أصالة لكان أصيلا، وبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما

أن كتابته دخل بطريق التبعية دون الأصالة. (مل)

قوله: "دخل في كتابته إلخ" يعني أن المكاتب إذا اشترى من له قرابة الولاد منه دخل هو في كتابته تبعًا له، لأن

المكاتب من أهل أن يكاتب إلا أنه لما لم يكن حرًا حقيقة لم يكن مكاتبًا مكاتبًا أصيلا في كتابته بل تبعًا له، فما بقيت

كتابته بقيت كتابته، وإذا ظهر عجز ظهر عجزه. ولما كان يرد عليه أن المكاتب ليس من أهل الإعناق حتى إنه لو أعتق عبدًا

يكاتب، وإن^(١) لم يكن من أهل الإعتاق^(٢)، فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة^(٣) بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه^(٤).

وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاده^(٥) لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالوا: يدخل؛ اعتباراً بقرابة الولاد، إذ وجوب الصلة ينتظمهما^(٦)، ولهذا^(٧) لا يفترقان في الحر في حق الحرية. وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً^(٨) غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد^(٩)، حتى إن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد^(١٠)، ولا يكفي^(١١) في غيرهما^(١٢)، حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على

لم ينفذ عتاقه، فكيف يكون من أهل الكتابة، لأن الكتابة عتق مآلاً، وإن لم يكن عتقاً حالاً، أشار إلى جوابه بأنه لا يلزم من عدم كونه أهلاً للإعتاق عدم كونه أهلاً للكتابة، فإن الإعتاق إنما ينفذ في ما يملك العتق والمكاتب لما لم يملك ملكاً تاماً ما دام هو في كتابته لم يقدر على الإعتاق. بخلاف الكتابة فإن رتبها أدون من رتبة العتق، لأن في العتق انقلاب صفة بصفة في الحال، ولا كذلك في الكتابة، فيمكن أن تعتبر لتحقيق صلة القرابة، وهي كتابة ذى الرحم المحرم.

وهذا الوجه وإن اقتضى جريان الكتابة على كل ما يجرى عليه وصف العتق سواء كان من قرابة الولاد، أو من غيره، ولهذا قالوا: يكاتب عليه كل من اشتراه من ذوى الرحم المحارم من غير فرق، لكن الإمام أبا حنيفة فصل بين قرابة الولاد وبين غيرها، فقال: بجريان الكتابة دون الثاني، وعلل بأن للمكاتب ملكاً ضعيفاً، فإن له ملك اليد فقط لا ملك الرقبة، والملك الضعيف يعتبر في قرابة الولاد دون غيرها، ألا ترى أن من له قدرة على الكسب وإن لم يكن له مال بالفعل يؤاخذ بنفقة الوالد والولد المعسرين والأخ إذا كان معسراً قادراً على الكسب لا يؤاخذ بنفقة أخيه المعسر ما لم يكن له مال حالاً، فكفى الملك الضعيف في قرابة الولاد التي هي منشأ الصلة ومنبعها، والمهتم بها أشد الاهتمام، ولم يكف في ما عداها، فلذلك حكمنا بأن المكاتب إذا اشترى ابنه أو أباه، أو غيره ممن بينه وبينه نسبة الولاد يكاتب عليه اعتباراً للملك الضعيف، وتحقيقاً للصلة حتى الإمكان. وإذا اشترى أخاه أو أخته ممن ليست بينه وبينه تلك النسبة لم يكاتب عليه اعتباراً لعدم الملك حقيقة، وعدم الضرورة المقتضية لاعتبار الملك الضعيف، فافهم. (مولانا محمد عبد الحى، دام فيضه)

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "وإن لم يكن من أهل الإعتاق" وهذا لأن المكاتب ليس بمالك رقبة، والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم». (تبيين)

(٣) أى صلة الرحم.

(٤) قوله: "يعتق عليه [أى إذا اشترى أباه أو ابنه. ك] "أراد أن الحر إذا ملك لذى رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً لصلة الرحم، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يكاتب عليه تحقيقاً لصلة الرحم بقدر الإمكان. (مل)

(٥) كالعَم والعمة والأخت والأخ.

(٦) أى قرابة الولاد وغير قرابة الولاد.

(٧) أى لأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبيلتين.

(٨) قوله: "لا ملكاً" حقيقة، ولهذا يحل الصدقة له، وإن أصاب مالا، ولا يملك الهبة ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها. (ك)

(٩) قوله: "غير أن الكسب إلخ" أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولاد. (مل)

(١٠) وإن لم يكن موسراً. (ك)

(١١) الكسب.

الموسر^(١)، ولأن هذه^(٢) قرابة توسطت بين بنى الأعمام^(٣)، وقرابة الولاد، فألحقناها بالثاني فى العتق، وبالأول فى الكتابة، وهذا أولى^(٤) لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة، حتى إن أحد الشريكين إذا كاتب^(٥) كان للآخر فسخه^(٦)، وإذا أعتق لا يكون له^(٧) فسخه^(٨).

قال: وإذا اشترى أم ولده^(٩) دخل ولدها فى الكتابة، ولم يجز بيعها^(١٠)، ومعناه إذا كان معها ولدها^(١١)، أما دخول الولد فى الكتابة فلما ذكرناه^(١٢)، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد^(١٣) فى هذا الحكم^(١٤).
قال عليه السلام^(١٥): «أعتقها^(١٦) ولدها*»، وإن لم يكن معها^(١٧) ولد

(١٢) الوالد والولد.

(١) أى إلا على الأخ الموسر.

(٢) أى قرابة ذى رحم محرم غير الولاد.

(٣) قوله: "بنى الأعمام إلخ" أى بين القرابة البعيدة من بنى الأعمام والقرابة القريبة وهى الولاد والمتوسط بين الشيعون ذو حظ منهما، فعملنا بالشبهين وألحقناها بالثانية أى القريبة فى العتق، حتى إذا اشترى أخاه عتق عليه، كما إذا ملك والده أو ولده وبالأولى، أى البعيدة فى الكتابة حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل فى كتابته كما إذا ملك ابن عمه. (عناية)

(٤) قوله: "وهذا [أى العمل على هذا الوجه] أولى" من العكس لأننا لو ألحقناها بالولاد فى الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً فى العتق، لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة، وفى ذلك إبطال لأحد الشبهين، وأعمالهما، ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما. (٤)

(٥) العبد المشترك.

(٦) الكتابة.

(٧) أى للآخر.

(٨) الإعتاق.

(٩) قوله: "وإذا اشترى [هذا لفظ لقسدورى. نت] إلخ" والأصل أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة فى رقبته وله ملك اليد، وملك اليد لا يبطل النكاح. (عينى)

(١٠) أم ولد.

(١١) قوله: "إذا كان معها إلخ" أى امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها، فإن ملكها مع الولد إلخ. (غن)

(١٢) أراد به ما ذكره فى أول الفصل.

(١٣) قوله: "فلأنها تبع للولد إلخ" فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها، وههنا يثبت للولد حق الحرية، فينبغى أن لا يثبت للأم حقها تحقيقاً لانحطاط رتبته عن الولد.

قلت: للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع، فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط رتبته، فإن قلت: لم لا تصير مكاتباً تبعاً للولد، قلت: العقد ورد على المكاتب والولد جزءه، فيكون وارداً عليه بخلاف الأم. (تاج الشريعة)

(١٤) هو عدم جواز البيع.

فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد^(١)، لأنها أم ولد، خلافاً لأبي حنيفة .
وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن^(٢) كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف^(٣)، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ^(٤) إلا أنه يثبت هذا الحق^(٥) فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته^(٦) في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت^(٧) يثبت ابتداء، والقياس ينفيه^(٨).

وإن ولد له ولد من أمة له، دخل في كتابته؛ لما بينا^(٩) في المشتري^(١٠)، فكان حكمه كحكمه، وكسبه له، لأن كسب الولد كسب كسبه^(١١)، ويكون^(١٢) كذلك قبل الدعوة^(١٣)، فلا ينقطع بالدعوى اختصاصه^(١٤)، وكذلك إن ولدت المكاتب ولدًا^(١٥)،

(١٥) قوله: "قال عليه السلام [حين ولدت مارية إبراهيم بن النبي ﷺ] الخ" أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد لأنها عتقت بعق ولدها. (عيني)

(١٦) قوله: "أعتقها" روى ابن ماجة والحاكم في "مستدرکه"، وسكت عنه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم فقال: «أعتقها ولدها»، وقال ابن القطان في كتابه: وقد روى بإسناد جيد عن ابن عباس قال: لما ولدت مارية إبراهيم، قال ﷺ: «أعتقها ولدها». (على قارى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤٦، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٧٠ ص ١٩١. (نعيم)

(١٧) أم ولد.

(١) أى لم يجز بيعها.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "موقوف [أى متردد] الخ" أى موقوف على أداء جميع البدل، فإن أدى عتق وما فضل فهو له، وإن عجز عاد هو وماله للمولى، وكل موقوف يقبل الفسخ، فكسب المكاتب يقبل الفسخ، فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ لأن مالا يقبله أقوى من الذى يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى. (٤)

(٤) وهو أمومية الولد وعدم جواز البيع.

(٥) أى امتناع البيع.

(٦) أى لثبوت امتناع البيع.

(٧) هذا الحق.

(٨) قوله: "والقياس ينفيه" يعنى ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد. (عناية)

(٩) يعنى فى أول الفصل.

(١٠) قوله: "فى المشتري" أى فى الولد المشتري، فإن قلت: المكاتب لا يملك المشتري أو لا وطع أمته وبه قالت الثلاثة، فمن أين ولد له ولد حتى يدخل فى كتابته، قلت: نعم، إلا أن له فى مكاسبه يدا كالحر، وذلك يكفى لثبوت النسب منه عند الدعوة، وإن لم يحل وطعه، كما فى الجارية المشتركة وجارية الابن، إذا وطعها الأب وادعى الولد. (عيني)

(١١) إذ الولد كسبه. (٤)

(١٢) أى يكون كسب الولد له.

(١٣) أى دعوة النسب.

(١٤) أى اختصاص المكاتب بكسب ولده. (٤)

لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً^(١)، فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء^(٢).

قال^(٣): ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما، فولدت منه ولداً دخل في

كاتبتهما^(٤)، وكان كسبه لها^(٥)، لأن تبعية الأم أرجح^(٦)، ولهذا يتبعها^(٧) في الرق

والحرية. قال^(٨): وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة، فولدت منه

ولداً، ثم استحققت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة^(٩)، وكذلك العبد يأذن له

المولى بالتزويج^(١٠)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أولادها أحرار

بالقيمة^(١١)، لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق^(١٢)، وهو الغرور، وهذا^(١٣)

لأنه ما رغب في نكاحها^(١٤) إلا لينال حرية الأولاد. ولهما أنه مولود بين رقيقين^(١٥)،

فيكون رقيقاً، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية^(١٦)، خالفنا^(١٧)

(١٥) قوله: "وكذلك إن الخ" أى كذلك إذا ولدت المكاتبه من زنا أو زوجها دخل الولد في كاتبها، لأن الولد

المولود يسرى إليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم كالتدبير والاستيلاء والحرية والملك، فإذا سرى إليها صار حكمه حكم

أمه، فكانت هي أحق به، وبكسبه لأنه جزءها، وقد انقطع حق المولى عنه. (تبيين)

(١) قوله: "مؤكداً" احتراز به عن ولد الآبقة فإن يبيعها لا يجوز، وبيع ولدها يجوز، لأن امتناع البيع في الآبقة

غير مؤكداً إذ الإباق مما لا يدوم. (عيني)

(٢) قوله: "كالتدبير والاستيلاء" أى كما يسرى الوصف الثابت المؤكد في المدير وأم الولد إلى أولادها. (عيني)

(٣) أى القدرى. (عيني)

(٤) قوله: "في كاتبتهما" بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسرى إلى الأولاد. (عيني)

(٥) قوله: "وكان كسبه لها" وفي بعض النسخ دخل في كاتبتهما وكان كسبه لها، ومعناه إذا كاتبتهما كتابة

واحدة يدخل الولد في كاتبتهما لكن باعتبار تبعية الأم حتى يكون كسبه لها كما إذا كانت الكتابة متفرقة. (ك)

(٦) لأنه جزء منها بحيث يفرض بالمقراض. (عناية)

(٧) أى الولد الأم.

(٨) أى محمد. (عيني)

(٩) أى لا يأخذ المكاتب الأولاد بقيمة يؤديها إلى المستحق، أى لا تكون الأولاد أحراراً بقيمة.

(١٠) فتزوج من امرأة ثم استحققت فإن ولده عبد ولا يأخذ بالقيمة.

(١١) قوله: "أحرار بالقيمة" فيجب عليه قيمة الأولاد لأنه ولد المبرور والمهر في الحال لوجود الإذن من المولى

والأولاد حر، كذا في "المبسوط"، وفي "شرح الجامع الصغير": أن قيمة الأولاد عنده يتأخر إلى ما بعد العتق، وإليه أشار

المصنف بقوله: لأن حق المولى الخ، ثم إذا غرم القيمة فيرجع عليها عنده، لأن الغرور حصل منها. (عناية)

(١٢) أى كون الأولاد حراً بالقيمة.

(١٣) أى وجه اشتراكها في هذا السبب.

(١٤) أى الامرأة التي ادعت أنها حرة.

(١٥) قوله: "مولود بين رقيقين" لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة، وأمه ظهرت رقيتها بثبوت الاستحقاق، فيكون

رقيقاً كما إذا كان عالماً بحالها. (عيني)

(١٦) لأنه جزءها.

هذا الأصل^(١) في الحر^(٢) بإجماع الصحابة، وهذا^(٣) ليس في معناه^(٤)، لأن حق المولى^(٥) هناك^(٦) مجبور بقيمة ناجزة^(٧)، وههنا^(٨) بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق^(٩)، فيبقى على الأصل^(١٠)، فلا يلحق به^(١١).

قال^(١٢): وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى^(١٣)، ثم استحقها رجل، فعليه العقر^(١٤) يؤخذ به في الكتابة^(١٥)، وإن وطئها على وجه النكاح^(١٦) لم يؤخذ به حتى يعتق^(١٧)، وكذلك المأذون له^(١٨). ووجه الفرق^(١٩) أن في الفصل الأول^(٢٠) ظهر الدين^(٢١) في حق المولى، لأن التجارة وتوابعها^(٢٢) داخلة تحت

(١٧) تركنا.

(١) أى أن الولد يتيم الأم في الرق والحرية.

(٢) أى فيما إذا كان الرجل حرّاً. (٤)

(٣) أى ولد المكاتب.

(٤) ولد الحر المغرور.

(٥) قوله: "لأن حق المولى إلخ" أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال. (مل)

(٦) أى فى مسألة الحر المغرور.

(٧) حالة.

(٨) أى فى مسألة العبد أو المكاتب المغرور.

(٩) قوله: "بقيمة متأخرة إلخ" فكان المانم من الإلحاق به موجوداً، وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير. (عيني)

(١٠) أى كون الولد تابعاً للأم.

(١١) أى بولد الحر المغرور.

(١٢) أى محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "وإن وطئ المكاتب إلخ" أى إذا اشترى المكاتب بالشراء الصحيح أمة ووطئها بغير إذن المولى أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتين منه ما إذا كان بإذنه بالطريق الأولى. (٤)

(١٤) تقدم بيان العقر، ارجع.

(١٥) قوله: "فى الكتابة [أى فى حال الكتابة]" أى من غير تأخير إلى الإعتاق. (٤)

(١٦) أى بغير إذن المولى.

(١٧) قوله: "يعتق" وينبغى لك أن تعلم أن المكاتب إنما يؤخذ بالعقر فى النكاح بعد العتق إذا كانت المرأة ثيباً، أما إذا كانت بكرًا، فوطئها يؤخذ به فى الحال. (ميرجان)

(١٨) فى التجارة فناً كان أو مديراً.

(١٩) بين الوطئ على وجه الملك والوطئ بالنكاح.

(٢٠) أى الوطئ على وجه الملك.

(٢١) أى دين المستحق.

(٢٢) كالضيافة والهدية.

الكتابة، وهذا العقر^(١) من توابعها، لأنه لو لا الشراء لما سقط الحد^(٢)، وما لم يسقط الحد^(٣) لا يجب العقر، أما لم يظهر^(٤) في الفصل الثاني^(٥) لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء^(٦)، فلا ينتظمه^(٧) الكتابة^(٨) كالكفالة^(٩).

قال: وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً، ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتب^(١٠)، وكذلك العبد المأذون له؛ لأنه^(١١) من باب التجارة، فإن التصرف تارة يقع صحيحاً، ومرة يقع فاسداً والكتابة والإذن ينتظمانه^(١٢) بنوعيه^(١٣) كالتوكيل^(١٤)، فكان^(١٥) ظاهراً في حق المولى^(١٦).

فصل^(١٧)

قال: وإذا ولدت المكاتب^(١٨) من المولى، فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد له؛ لأنها تلقتها جهتها حرية عاجلة ببدل^(١٩)، أو آجلة بغير بدل^(٢٠)، فتخير بينهما.

(١) الذي وجب على المكاتب بسبب وطئ المشتراة.

(٢) أى حد الزنا.

(٣) قوله: "وما لم يسقط الحد إلخ" فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد

أوجب العقر فالكتابة أوجب العقر. (عيني)

(٤) الدين في حق المولى.

(٥) هو الوطئ بالنكاح.

(٦) ووجوب العقر إنما هو باعتبار شبهة النكاح.

(٧) أى النكاح.

(٨) فيتأخر إلى ما بعد عتقه.

(٩) قوله: "كالكفالة" يعنى إذا كفّل المكاتب يؤخذ به بعد العتق، لأن الكتابة لا تنتظمها. (مل)

(١٠) أى فى حال الكتابة.

(١١) الشراء.

(١٢) الشراء.

(١٣) الصحيح والفاقد.

(١٤) يعنى إذا وكل وكيلا بالعقد يتناول الصحيح والفاقد.

(١٥) دين العقر.

(١٦) لوجود الإذن منه.

(١٧) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل. (٤)

(١٨) قوله: "وإذا ولدت المكاتب إلخ" سواء صدقته إذا ادعى أو كذبه، لأن للمولى حقيقة الملك فى رقبته ولها

حق الملك والحقيقة راجحة، فثبت من غير تصديق. (٤)

ونسب ولدها ثابت من المولى ^(١) وهو ^(٢) حر؛ لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها ^(٣)، وماله من الملك ^(٤) يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة، وإذا مضت على الكتابة ^(٥) أخذت العقر ^(٦) من مولاها لاختصاصها بنفسها، وبمنافعها ^(٧) على ما قدمنا ^(٨). ثم إن مات المولى ^(٩) عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ^(١٠)، وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها ^(١١)، وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة، فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد، لأنه حر، ولو ولدت ولد آخر لم يلزم المولى ^(١٢) إلا أن يدعى لحرمة وطئها ^(١٣) عليه ^(١٤)، فلو لم يدع ^(١٥)، وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد، لأنه مكاتب تبعا لها ^(١٦)، فلو مات المولى بعد ذلك ^(١٧)

(١٩) إذا مضت على الكتابة.

(٢٠) إذا عجزت نفسها صارت أم ولد فتعتق بعد الموت.

(١) سواء جاءت لسته أشهر أو لأكثر.

(٢) أى الولد.

(٣) قوله: "يملك الإعتاق إلخ" تحريره أن الدعوة من المولى كالتحرير وأنه يملك تحرير ولدها من غير دعوة قصدا فلأن يملك ذلك ضمنا للدعوة بالطريق الأولى. (عيني)

(٤) قوله: "وماله من [بيان ما] الملك [فى الجارية] إلخ" دليل لقوله: ونسب ولدها ثابت من المولى: ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى فى المكاتب ناقص فلا يصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب فى مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى الولد من مكاتبته يثبت فمن المولى أولى. (٤)

(٥) أى اختارت الكتابة. (٤)

(٦) أى مهر مثلها.

(٧) أى أكسابها.

(٨) قوله: "على ما قدمنا" يعنى قبيل فصل الكتابة الفاسدة بقوله: وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر لأنها صارت أخص بأجزاءها. (ك)

(٩) قوله: "ثم إن مات المولى" يعنى بعد مضيها على الكتابة. (٤)

(١٠) قوله: "وسقط عنها إلخ" لأنها التزمت المال ليسلم لها رقيبتها بجهة الكتابة، ولم يسلم بهذه الجهة فلم يجب البذل. (عيني)

(١١) أى بدل كتابتها.

(١٢) قوله: "لم يلزم المولى [الولد الآخر]" أى بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم يكن محرم الوطئ، وهذا محرم وطئها، فلا بد من الدعوة. (٤)

(١٣) قوله: "إلا أن يدعى إلخ" وهذا بخلاف أم الولد إذا ولدت ولداً حيث يلزم المولى لأنها أم ولد يحل للمولى وطئها، وهذه أم ولد لا يحل للمولى وطئها فلذلك لا يلزم المولى إلا أن يدعى حتى إذا عجزت نفسها ثم ولدت ولداً فإنه يلزم المولى بدون الدعوة كأنها صارت أم ولد يحل وطئها، فيحكم بثبوت النسب من المولى كسائر أولاد أم الولد. (كفاية)

(١٤) لبقاء الكتابة.

(١٥) أى نسب الولد الثانى.

عتق^(١)، وبطل عنه^(٢) السعاية، لأنه بمنزلة أم الولد^(٣)، إذ هو ولدها، فيتبعها. قال^(٤): وإذا كاتب المولى أم ولده جاز^(٥)، لحاجتها^(٦) إلى استفادة الحرية قبل موت المولى، وذلك^(٧) بالكتابة، ولا تنافى^(٨) بينهما^(٩)، لأنه تلقتها^(١٠) جهتها حرية^(١١)، فإن مات المولى^(١٢) عتقت بالاستيلاء؛ لتعلق عتقها بموت السيد، وسقط عنها بدل الكتابة؛ لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله^(١٣) لا يمكن توفير الغرض عليه^(١٤)، فسقط^(١٥) وبطلت الكتابة؛ لامتناع إبقاءها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد^(١٦)، لأن الكتابة انفسخت^(١٧) في حق

(١٦) قوله: "لأنه مكاتب تبعاً" أى لأن الولد الثانى دخل فى كتابة أمها، وهذا يؤدى كتابتها على نجوم أمها. (عنى)

(١٧) أى بعد موت المكاتبه.

(١) الولد الثانى.

(٢) أى عن الولد الثانى.

(٣) فهى لا تسمى بعد موت السيد وتعتق، فكذا ولدها تبعاً لها.

(٤) أى القدورى. (عنى)

(٥) قوله: "جاز" وعروض بأن مالية أم الولد غير متقوم عند أبى حنيفة، فكيف يقابلها بدل متقوم، وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لدفع الأول أول الحال، ولدفع الثانى فى الثانى والملك يجوز أن يقابله ببديل متقوم؛ وإن لم يكن متقوماً كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء، فإنه يقابل حصه الآخرين بالمال. (٤)

(٦) أم ولد.

(٧) الاستفادة.

(٨) قوله: "ولا تنافى إلخ" جواب سؤال مقدر تقريره أن يقال: أحدهما يقتضى العتق ببديل والآخر بلا بديل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين. (عنى)

(٩) أى بين الكتابة والاستيلاء.

(١٠) على سبيل البدل.

(١١) أى عاجلة ببديل الكتابة وأجله بغير بدل. (ك)

(١٢) قبل أداء بدل الكتابة.

(١٣) أداء.

(١٤) المولى.

(١٥) بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد إلخ" جواب لشبهة، وهى أن يقال: لما انفسخت الكتابة بموت المولى كان ينبغى أن لا يسلم لها الأكساب والأولاد المشترية فى الكتابة، فأجاب بأن الكتابة انفسخت فى حق البدل، وبقيت فى حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فى انفساخها فى حق سقوط البدل لا فى حق الأولاد والأكساب. (ك)

قوله: "والأولاد" قال تاج الشريعة: أى الأولاد التى اشترتها المكاتبه فى حال الكتابة لا الأولاد التى ولدت من مولاهما، فإنهم أحرار. (عنى)

البدل^(١)، وبقيت^(٢) في حق الأولاد والإكساب^(٣)، لأن الفسخ^(٤) لنظرها، والنظر فيما ذكرنا^(٥)، ولو أدت المكاتب^(٦) قبل موت المولى عتقت بالكتابة^(٧)، لأنها^(٨) باقية. قال: وإن كاتب مدبرته^(٩) جاز، لما ذكرنا^(١٠) من الحاجة، ولا تنافى^(١١) إذ الحرية غير ثابتة^(١٢)، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق^(١٣)، وإن مات المولى ولا مال له غيرها^(١٤)، فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها^(١٥) أو جميع مال الكتابة، وهذا^(١٦) عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تسعى^(١٧) في الأقل منهما، وقال محمد: تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها، وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار،

(١٧) أى فى أم الولد.

(١) أى بدل الكتابة.

(٢) قوله: "وبقيت في حق الأولاد إلخ" فيعتق الأولاد، ويخلص لها الأكساب، لقائل أن يقول: الكتابة عقد واحد، فكيف يتصور بطلانه، وعدم بطلانه في حالة واحدة، والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما: أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البدل، والثاني: أن يبطل بانتهاه، وبالأول يعود رقيقاً، وأولاده وأكسابه لمولاه، والثاني يعتق، ويخلص ما بقى من أكسابه. (٦)

(٣) فلولم يبق الكتابة لعادوا إلى ملك ورثة المولى كما فى سائر المكاتبين.

(٤) أى فسخ الكتابة.

(٥) قوله: "فيما ذكرنا" وهو سقوط الكتابة في حق البدل، وبقاءها في حق الأولاد والأكساب لأنه على تقدير إيفائها في حق الأولاد والأكساب تصير الأولاد إرقاء لورثة المولى، وكذا تصير الأكساب ملكاً له، ولا نظر لهم فى ذلك. (عينى)

(٦) أى بدل الكتابة.

(٧) لا بالاستيلاء.

(٨) الكتابة.

(٩) قوله: "مدبرته" إنما وضم المسألة فى المدبرة لمناسبة أم الولد، وإن كانت هذه الأحكام فى المدبر أيضاً. (عينى)

(١٠) قوله: "لما ذكرنا" أى عند قوله: لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة. (عينى)

(١١) قوله: "ولا تنافى [بين الكتابة والتدبير] إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: التدبير يقتضى الحرية بلا بدل، والكتابة يبطل فيبينهما منافاة. (عينى)

(١٢) فى المدبر.

(١٣) قوله: "مجرد الاستحقاق" أى استحقاق الحرية لا حقيقتها، فتوجه إليها جهتها عتق عاجل ببدل، وأجل بلا

بدل، فانضى التنافى. (عينى)

(١٤) قوله: "ولا مال له غيرها" إنما قيد به لأنه لو كان له مال غيرها وهى تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير، وسقطت عنها المكاتبه لوقوع الاستغناء بها عن أداء المال، فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولى مكاتبه. (ك)

(١٥) مدبرة لا قنة.

(١٦) أى هذا الخيار.

(١٧) ولا خيار لها.

فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفى الخيار. أما الخيار^(١) ففرع تجزئ الإعتاق، والإعتاق عنده^(٢) لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً^(٣)، وقد تلتقتها^(٤) جهتا حرية ببديلين معجلة بالتدبير^(٥)، ومؤجلة بالكتابة، فتخير^(٦)، وعندهما لما عتق كلها بعثت بعضها، فهي حرة^(٧)، ووجب عليها أحد المالين^(٨)، فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير^(٩). وأما المقدار فلمحمد أنه^(١٠) قابل البديل بالكل^(١١)، وقد سلم لها الثلث بالتدبير، فمن المحال أن يجب البديل بمقابلته، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث^(١٢) يسقط كل بدل الكتابة، فههنا^(١٣) يسقط الثلث^(١٤)، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة^(١٥). ولهما^(١٦) أن جميع البديل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البديل^(١٧) وإن^(١٨) قوبل بالكل^(١٩) صورة^(٢٠) وصيغة لكنه مقيد بما

(١) أي أما الكلام في الخيار فمبنى على تجزئ الإعتاق. (تبيين)

(٢) الإمام الأعظم.

(٣) لأنها لم تخرج عن الثلث فعتق ثلثها وبقي ثلثاها.

(٤) في الثلثين.

(٥) فإن المولى قد مات.

(٦) قوله: "فتخير" لأن في التخيير فائدة، وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل، وأداء أقلهما أيسر لكونه حالاً، فكان التخيير معتبراً. (عناية)

(٧) قوله: "فهي حرة" اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير بعثت بعضها وانفسخت الكتابة، فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير، وأجيب بأننا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها، وربما بدلها أقل، فيحصل النظر بوجوبه. (عناية)

(٨) وهما بدل الكتابة والقيمة.

(٩) قوله: "فلا معنى للتخيير" لأنه لما بقي عليها بدل الكتابة حالاً، ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مفيداً، فيلزمه أقل المالين. (عيني)

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "قابل البديل [أي بدل الكتابة] بالكل" أي بكل المدبرة، لأنه أضاف العقد إلى كلها، فقال: كاتبك على هذا، وهي محل قابل لهذا العقد كالقن، فيصير كلها مكاتباً، وإذا كان كذلك وقد سلم لها ثلث نفسها مجاناً، فيجب أن يسقط بقدره من الثلث، وإلا لكان ما فرضناه سالماً غير سالم هف، وصار كما إذا استأجر التدبير بأن كاتب عبده أولاً، ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه، فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالانفاق. (كفاية)

(١٢) بأن كانت ثلث المال.

(١٣) أي فيما إذا لم تخرج من الثلث.

(١٤) من البديل.

(١٥) وهي المسألة التي تلي هذه المسألة.

(١٦) الشيخين.

(١٧) أي بدل الكتابة.

ذكرنا معنى وإرادة، لأنها استحققت^(١) حرية الثلث^(٢) ظاهراً^(٣)، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال^(٤) بمقابلة ما يستحق حرите^(٥)، وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين، ثم طلقها ثلثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة^(٦)، كذا ههنا. بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة^(٧)، وهي المسألة التي تليه^(٨)، لأن البدل مقابل بالكل إذا استحقاق^(٩) عنده^(١٠) في شيء فافتراقا^(١١).

قال: وإن دبر مكاتبته صح التدبير؛ لما^(١٢) بينا^(١٣)، ولها الخيار إن شاءت مضت

على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت مدبرة؛ لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك^(١٤)، فإن مضت على كتابتها فمات المولى، ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة، أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة.

(١٨) الواو وصلية.

(١٩) أى بكل ذات المدبرة.

(٢٠) قوله: "صورة" أى من حيث الصورة، حيث قال: كاتبك فإنه مقابل بكل صورة وصيغة، أى من حيث الصيغة أيضاً، لأن كاف الخطاب عبارة عن كل الذات، لكنه أى كل البدل مقيد بما ذكرنا، وهو مقابلة بثلثي رقبته معنى وإرادة، لأن البدل قوبل بما يصح مقابله، فصح فيما يصح مقابله. (عيني)

(١) بالتدبير.

(٢) أى مجاناً.

(٣) قوله: "ظاهراً" إنما قيد بقوله: ظاهراً لأنه إذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فإنه لا يسلم له الثلث إلا

بالسعاية. (ك)

(٤) قوله: "والظاهر أن الإنسان [فإنه إذا مات المولى غنيا فيعتق من الكل وإلا فمن الثلث متيقناً. عناية] إلخ" أقول: لما منع أن يمنع هذه المقدمة فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها، فجاز أن تحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلاً فتلزم المال بمقابلتها. (نت)

(٥) فمعنى أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته، فلا يسقط منه شيء.

(٦) قوله: "لدلالة الإرادة" أى إرادة المطلق لأن الظاهر أنها تدفع الألف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية، لأنه لم

يبق إلا الطلقة الواحدة الباقية كذلك ههنا. (ك)

(٧) جواب عما قاسه محمد.

(٨) قوله: "وهي المسألة التي تليه" أى المسألة التي فيها تأخر التدبير عن الكتابة هي التي تلي الحكم الذي فيه تأخر

الكتابة عن التدبير. (عيني)

(٩) قوله: "إذا لا استحقاق إلخ" فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حقه من بدل الكتابة. (عناية)

(١٠) أى عند الكتابة.

(١١) قوله: "فاfterقاً" أى افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير وحكم تأخرها فلم يصح قياس محمد على تقدمها. (ب)

(١٢) أنه لا تنافي. (ك)

(١٣) من أنه تلتفتها جهتا الحرية. (عناية)

(١٤) فله التعجيز.

وقالا: تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا^(١)، أما المقدار^(٢) فمتفق عليه^(٣)، ووجهه ما بينا^(٤).

قال^(٥): وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه، لقيام ملكه فيه، وسقط بدل الكتابة؛ لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق، وقد حصل^(٦) له دونه، فلا يلزمه، والكتابة^(٧) وإن^(٨) كانت لازمة في جانب المولى، ولكنها تفسخ برضا العبد، والظاهر رضاه^(٩) توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له^(١٠)، لأننا نبقي الكتابة في حقه^(١١). قال^(١٢): وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة، فصالحه على خمس مائة معجلة، فهو جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز، لأنه اعتياض عن الأجل^(١٣)، وهو ليس بمال، والدين مال، فكان ربا^(١٤)، ولهذا^(١٥) لا يجوز مثله في الحر^(١٦) ومكاتب الغير^(١٧).

(١) أراد به قوله: "أما الخيار فرع تجزئ الإعتاق. (ك)

(٢) قوله: "أما المقدار" وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة، أو قيمتها على قول أبي حنيفة، كذا على قولهما. (عيني)

(٣) قوله: "فمتفق عليه" أما محمد فمشى على أصله، فلا يحتاج إلى فرق، وأما الفرق لهما بين هذه وما تقدم ما بينا أن البديل مقابل بالكل إلخ. (عناية)

(٤) أراد به قوله: لأن البديل مقابل بالكل. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) العتق.

(٧) قوله: "والكتابة إلخ" جواب سؤال تقريره أن يقال: الكتابة لازمة من جانب المولى، فلا يقبل الفسخ. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) العبد، لأنه إذا رضى يبذل فيلما بدل يكون أرضى.

(١٠) قوله: "سلامة الأكساب إلخ" جواب عما عسى أن يقال: قد يكون راضياً يبذل نظراً إلى سلامة الأكساب له فقد يكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البديل منها جملة، فقال: الأكساب ثابتة له. (عيني)

(١١) قوله: "لأننا نبقي الكتابة في حقه [أي في حق المكسوب أو المال كأنه أدى مال الكتابة، وعتق، وفضل أكسابه فهو له]" أي في حق الكسب، لأن الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البديل للنظر، والنظر في إبقاءها في حق سلامة الأكساب. (عيني)

(١٢) أي محمد. (عيني)

(١٣) قوله: "لأنه اعتياض عن الأجل" أي لأن هذا الصلح اعتياض إما ليس بمال بما هو مال، لأن الأجل غير مال. (ب)

قوله: "اعتياض عن الأجل" وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز، وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمس مائة بدلا عن ألف، وذلك ربا، لا يقال: هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق، فيجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق، والمعجل لم يكن مستحقاً. (عناية)

(١٤) لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض. (ك)

(١٥) أي لكونه ربا.

وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه^(١) لأنه لا يقدر^(٢) على الأداء^(٣) إلا به، فأعطى له حكم المال، وبديل الكتابة مال من وجه، حتى لا تصح الكفالة به^(٤)، فاعتدلا^(٥)، فلا يكون ربا^(٦)، ولأن^(٧) عقد الكتابة عقد^(٨) من وجه دون وجه^(٩)، والأجل ربا من وجه^(١٠)، فيكون شبهة الشبهة^(١١). بخلاف العقد بين الحرين^(١٢)، لأنه عقد من كل وجه^(١٣)، فكان ربا، والأجل فيه شبهة^(١٤).

قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة، وقيمته^(١٥) ألف،

ثم مات ولا مال له غيره، ولم يجز الورثة^(١٦)، فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا^(١٧)،

(١٦) قوله: "في الحر" بأن كان على الحر ألف مؤجل، فصالحه على خمس مائة حالة لا يجوز. (حميدية)

(١٧) قوله: "مكاتب الغير" بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمس مائة معجلة لا يجوز. (ب)

(١) قوله: "مال من وجه" فيه نظر، وهو أن المال ما يتمول به، وهو يعتمد الإحراز، وذلك في الأجل غير متصور، أجيب بأن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحز صحيح إذا كان مالا من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك، وإنما المراد به ههنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب، وهو في ذلك كعين الدرهم، لتوقف قدرة الأداء عليه توقعها على عين الدراهم. (عيني)

(٢) قوله: "لأنه لا يقدر إلخ" أي بالقدرة المسيرة وهي ما يوجب اليسر على الأداء لا القدرة الممكنة، وهي أذني ما يتمكن به من الأداء، وظاهر أن اليسر على الأداء في حق المكاتب يتصور بالأجل لأنه يخرج من يد المولى مفسداً، فيتمتع الناس غالباً عن إقراضه المال في الحال، فيعسر الأداء عليه بدون الأجل، وإن أمكن في الجملة. (نت)

(٣) أي أداء بدل الكتابة.

(٤) قوله: "حتى لا تصح الكفالة به" أي ببديل الكتابة، فلو كان مالا من كل وجه لصحت الكفالة به. (ب)

(٥) قوله: "فاعتدلا [أي الأجل ومال الكتابة]" فكان احتياجنا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، واختلف

الجنس فلم يكن ثمة ربا. (٤)

(٦) لوجود الاعتدال وهو المساواة.

(٧) وجه آخر للاستحسان.

(٨) لأنه معاوضة.

(٩) قوله: "دون وجه" لما تقدم أن له شبهة بتعليق العتق بشرط الأداء، فيكون من هذا الوجه يمينا، والأجل ربا من

وجه ففيه شبهة الربا، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة. (٤)

(١٠) قوله: "ربا من وجه" لأن حقيقة الربا تكون بين المالين، والأجل ليس بمال. (عيني)

(١١) والشبهة هي المعتزة دون شبهة الشبهة.

(١٢) قوله: "بخلاف العقد بين الحرين" جواب عن قوله: ولهذا لا يجوز مثله في الحر، تقريره أن العقد بين الحرين

أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز لأنه عقد من كل وجه، فكان ربا. (عيني)

(١٣) ولهذا لا يصح تعليق المعاوضات أصلا، فلم يجز الاعتياض عن الأجل إلحاقاً لشبهة الربا بحقيقة الربا. (ميرجان)

(١٤) فاعتبرت، فلذلك لم تصح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "ولم يجز [أي الأجل] الورثة" لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة [إلا في حق التأجيل، فكان لهم

والباقى^(١) إلى أجله^(٢)، أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
وعند محمد يؤدي ثلثي الألف حالا، والباقي إلى أجله، لأن له^(٣) أن يترك
الزيادة^(٤) بأن يكاتبه^(٥) على قيمته^(٦)، فله أن يؤخرها^(٧)، فصار كما إذا خالغ
المريض امرأته^(٨) على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل .
لهما أن جميع المسمى^(٩) بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال^(١٠)،
وحق الورثة متعلق بالمبدل، فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى، فيعتبر من ثلث
الجميع^(١١)، بخلاف الخلع، لأن البدل فيه لا يقابل المال^(١٢)، فلم يتعلق حق الورثة
بالمبدل فلا يتعلق بالبدل، ونظير هذا^(١٣) إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة،
وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة^(١٤) فعندهما^(١٥) يقال للمشتري: أد ثلثي جميع
الثلث حالا، والثلث إلى أجله^(١٦)، وإلا^(١٧) فانقض البيع، وعنده^(١٨) يعتبر الثلث بقدر

أن يردون، إذ بتأجيل المال أخر حقهم، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم. (عيني)

(١٧) وهو ألف وثلث مائة وثلثة وثلثون درهما وثلث درهم. (٤)

(١) وهو ست مائة وستة وستون، وثلثا درهم.

(٢) أى الذى عينه المولى.

(٣) أى للمولى.

(٤) على القيمة، لأنه لم يتعلق بها حق الورثة.

(٥) عبد.

(٦) وهى الألف.

(٧) قوله: "فله [المولى] أن يؤخرها" لأنه لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى،

قال صاحب "العناية": ولو قال: لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف، فله أن يؤخرهما كان أحسن. (عيني)

(٨) قوله: "كما إذا خالغ إلخ" أراد أنه لو خالغ امرأته فى مرض موته على ألف إلى سنة جاز، ولا مال له غيره،

ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل، فصح تأجيله. (عيني)

(٩) الألفين.

(١٠) من حيث إنه لا يعتق إلا بأداء الكل.

(١١) الألفين.

(١٢) لأن البضع فى حالة الخروج لا يعتبر مالا.

(١٣) أى أصل اختلافهم هذا فى مريض باع إلخ. (ك)

(١٤) أى التأجيل.

(١٥) الشيخين.

(١٦) الذى عينه.

(١٧) أى وإن لم ترض به.

(١٨) محمد.

القيمة^(١)، لا فيما زاد عليه لما بيننا^(٢) من المعنى^(٣).

قال^(٤): وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته^(٥) ألفان، ولم يجز الورثة يقال له: أد ثلثي القيمة حالا، أو رد رقيقاً في قولهم جميعاً، لأن المحاباة^(٦) ههنا في القدر^(٧) والتأخير^(٨)، فاعتبر الثلث فيهما^(٩).

باب^(١٠) من^(١١) يكاتب عن العبد^(١٢)

قال^(١٣): وإذا^(١٤) كاتب الحر^(١٥) عن عبد بألف درهم، فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد فقبل، فهو مكاتب، وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد: كاتب عبدك على ألف درهم على أنى إن أديت إليك ألفاً فهو حر، فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأداءه^(١٦) بحكم الشرط^(١٧)، وإذا قبل العبد صار^(١٨) مكاتباً، لأن الكتابة كانت موقوفة^(١٩) على إجازته^(٢٠)، وقبوله إجازة.

(١) قوله: "يعتبر الثلث إلخ" فيقال له عنده: عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل. (عيني)

(٢) قوله: "لما بيننا" أى من الدليل فى الطرفين من قوله: لأن له أن يترك الزيادة إلخ. (ن)

(٣) أراد به ما ذكر من الدليل فى الطرفين. (ك)

(٤) أى محمد. (عيني)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى الحط والتبرع.

(٧) وهو إسقاط الألف.

(٨) هو تأجيل الألف الأخرى.

(٩) قوله: "فاعتبر الثلث إلخ" أى يصح تصرفه فى ثلث قيمته فى الإسقاط والتأخير لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً، ولم يصح تصرفه فى ثلثي القيمة لا فى حق الإسقاط، ولا فى حق التأخير. (عيني)

(١٠) قوله: "باب من إلخ" لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل فى الكتابة، ذكر فى هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصل، لأن الأصل فى تصرف المرء بنفسه أن يكون لنفسه. (عناية)

(١١) أى من يقعد عقد الكتابة لأجل العبد. (أعظمى)

(١٢) أى بطريق الفضولى والنيابة عن العبد.

(١٣) أى محمد. (عيني)

(١٤) هذا من مسائل "الجامع الصغير"، كذا فى "العناية".

(١٥) الأجنبى فضولياً.

(١٦) وهذا يصح من غير قبول العبد.

(١٧) لأنه تعلق العتق بأداء الألف.

(١٨) العبد.

(١٩) قوله: "كانت موقوفة" لأنه عقد جرى بين فضولى ومالك، فيتوقف على إجازة من له الإجازة، فإذا قبله كان

ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً. (عيني)

ولو لم يقل: على أنى إن أدبت إليك ألفا فهو حر، فأدى^(١) لا يعتق قياسا، لأنه لا شرط^(٢)، والعقد موقوف^(٣)، وفي الاستحسان^(٤) يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب^(٥) فى تعليق العتق بأداء القائل^(٦)، فيصح^(٧) فى حق هذا الحكم^(٨)، ويتوقف^(٩) فى حق لزوم الألف على العبد، وقيل: هذه^(١٠) هى صورة مسألة الكتاب^(١١)، ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد، لأنه متبرع^(١٢).

قال^(١٣): وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو^(١٤) غائب، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا، ومعنى المسألة أن يقول العبد^(١٥): كاتبنى بألف درهم على نفسى، وعلى فلان الغائب، وهذه الكتابة جائزة استحساناً، وفى القياس يصح

(٢٠) العبد.

(١) الألف.

(٢) لأنه لم يقل: إن أدبت إليك ألفاً فهو حر. (ك) حتى يعتق بأداء الشرط.

(٣) أى على إجازة العبد فلا حكم له.

(٤) قوله: "وفى الاستحسان" توضيحه أن الكتابة تضمن تعلق العتق بالأداء، ولزوم المال على العبد والحر القابل وإن لم يصلح أصيلاً فى حق لزوم المال فهو يصلح أصيلاً فى حق التعليق. (مولانا إله داد)

(٥) قوله: "لأنه لا ضرر إلخ" وهذا لأن المولى ينفرد بإيجاب العتق، والحاجة إلى قبول المكاتب لأجل البدل فإذا تبرع الفضولى بأداء البدل وتصرف الفضولى نافذ فى حق كل حكم ليس فيه ضرر، ولا ضرر عليه فى عتقه عند تبرع الغير بأداء البدل عنه، فينعقد الكتابة فى حق هذا الحكم، ويتوقف فى حكم لزوم الألف على العبد. (كفاية)

(٦) أى فى توقف العتق على أداء القائل.

(٧) العقد، تصحيحاً للعقد بقدر الإمكان. (عينى)

(٨) قوله: "فى حق هذا الحكم" الذى هو موجب عقد الكتابة، وهو تعلق عتق العبد على أداء القائل. (أعظمى)

(٩) العقد نظراً للعبد. (عينى)

(١٠) قوله: "وقيل هذه إلخ" يعنى قيل صورة مسألة الكتاب ما إذا لم يقل: إن أدبت إليك ألفاً، فهو حر بل قال له: كاتب عبدك على ألف درهم، وقبل الفضولى عن العبد، والحكم فيه أنه إن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل يصير مكاتباً، وقيل: هذا الجواب أى العتق بأداء الفضولى فيما إذا كانت المسألة مصورة بصورة التعليق بأن قال الفضولى: على أنى إن أدبت فهو حر. (ك)

(١١) أى الجامع الصغير.

(١٢) قوله: "لأنه متبرع" لأنه لم يأمره بالأداء، ولا هو مضطر فى أداءه، وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى، قلنا: إن أداءه بحكم الضمان وهو أن يقول: كاتب عبدك على ألف درهم على أنى ضامن يرجع عليه، لأنه أدى بضمان فاسد، فإن الكفالة يبدل الكتابة لا تصح وإن أدى بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع حصل له مقصوده وهو عتق العبد، فلا يرجع

كمن تبرع بأداء الثمن على المشتري، وتم تبرعه. (ك)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٤) الواو حالية.

(١٥) لمولاه. (٤)

على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب^(١) لعدم الولاية عليه. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً، والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها، وليس عليهم من البديل شيء، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر، فله^(٢) أن يأخذه^(٣) بكل البديل، لأن البديل عليه لكونه أصيلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البديل شيء لأنه تبع فيه^(٤).

قال: وأيهما^(٥) أدى عتقا^(٦)، ويجبر الولي على القبول، أما الحاضر^(٧) فلأن البديل عليه، وأما الغائب، فلأنه ينال به شرف الحرية وإن^(٨) لم يكن البديل عليه، وصار كمعير الرهن^(٩) إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه^(١٠).

قال: وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى ديناً عليه^(١١)، والغائب متبرع به^(١٢) غير مضطر إليه^(١٣).

(١) كمن باع عبده وعتقه غيره.

(٢) للمولى.

(٣) الحاضر.

(٤) قوله: "لأنه تبع فيه" أي في العقد، وهذا يدل على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه. (عناية)

(٥) أي أي من الشاهد والغائب. هذا تكرار إعادته تمهيداً لقوله: ويجبر المولى إلخ.

(٦) الحاضر والغائب.

(٧) قوله: "أما الحاضر إلخ" يعني أما الحاضر فلأن البديل عليه، فيجبر المولى على قبوله عند أدائه، ويعتق الغائب أيضاً لدخوله في كتابة الحاضر تبعاً كما في ولد المكاتب أو لما ذكرنا من التعليق، ووجود الشرط، وأما إذا أدى الغائب فلأنه ينال بهذا الأداء شرف الحرية، فلا يكون بمنزلة الأجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتب، ومعير الرهن إذا قضى دين الراهن، فإن المرتهن يجبر على القبول، لأنه يستخلص به ماله، وههنا أولى، لأنه يستخلص به نفسه، ولا يكون للمولى مطالبة على الغائب، لأنه دخل في الكتابة تبعاً كولد المكاتب. (كفاية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) بأن استعار إنسان من آخر شيئاً ليرهن، ثم أدى المعير الدين.

(١٠) قوله: "وإن [الواو وصلية] لم يكن الدين عليه" فكذا ههنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البديل عليه لأنه محتاج إلى استفادة الحرية. (عيني)

(١١) ومثله لا يرجع.

(١٢) أي بالأداء.

(١٣) قوله: "غير مضطر إليه [أي من جهة الحاضر بخلاف معير الرهن فإنه مضطر فيه]" قد يقال: معير الرهن اعتبر مضطراً إلى أداء دين المستعير لاستخلاص المال، والحاجة إلى استخلاص نفسه أقوى فأولى أن يعتبر الغائب مضطراً

قال: وليس للمولى أن يأخذ^(١) العبد الغائب^(٢) بشيء؛ لما بينا^(٣)، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء^(٤)، والكتابة لازمة^(٥) للشاهد^(٦)، لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب، فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى^(٧) لا يرجع عليه^(٨)، كذا هذا^(٩). قال: وإذا كاتب الأمة عن نفسها^(١٠)، وعن ابنين لها صغيرين^(١١)، فهو جائز، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول، ويعتقون؛ لأنها^(١٢) جعلت نفسها أصيلاً في الكتابة، وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى^(١٣)، وهي أولى^(١٤) بذلك^(١٥) من الأجنبي.

إلى أداء بدل الكتابة، فالأولى أن يقال: الغائب بالأداء عامل لنفسه لرجوع منفعة إليه، وهو عتق رقبتة، فلا يرجع بما نفعه يعود إليه على غيره، بخلاف معير الرهن. (ملا إله داد)

(١) أى يطالب.

(٢) أجاز الغائب أو لم يجز. (ك)

(٣) من أنه فيه تبع. (٤)

(٤) قوله: "فليس ذلك [قبول ورد] إلخ" يعنى لا يؤثر قبوله فى لزوم بدل الكتابة عليه، وكذلك رده لا يؤثر فى

رد عقد الكتابة عن الحاضر. (عيني)

(٥) وإن رده الغائب. (ك)

(٦) أى العبد الحاضر.

(٧) الكفيل.

(٨) أى على المكفول عنه.

(٩) أى حكم الغائب.

(١٠) قوله: "وإذا كاتب الأمة [أى قبلت عقد الكتابة على نفسها وعلى ابنين صغيرين لها. ك] إلخ" إنما وضع المسألة فى الأمة إشارة إلى أن الحكم فى العبد والأمة سواء، فإنه لو وضعها فى العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليها فلا يجوز ذلك فى الأمة لعدم ولايتها فإن الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة. (عناية)

(١١) قوله: "صغيرين [وكنذا إذا كان الابن واحداً]" إنما قيد بالصغير ليدل بذلك على أن لا أثر لقبول الغائب

أورده. (كفاية)

(١٢) أمة.

(١٣) قوله: "فى المسألة الأولى" وهى كتابة العبد عن نفسه، وعن العبد الغائب، وذلك لأن الأم إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها، وكل من الولدين إذا أدى فهو متبرع غير مضطر فيه، وفى ذلك لا رجوع، فإن قلت: إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر، لأنه لا أصالة بينهما، ولا تبعية. قلت: أن أحدهما إذا أدى كان أداءه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه، ولو أدت الأم عتقوا، فكذا إذا أدى أحدهما. (عيني)

(١٤) قوله: "وهى أولى إلخ" يعنى أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز فى حق الأجنبي فلأن يجوز فى حق ولدها أولى، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، كذا فى الشروح. (نتائج)

(١٥) أى بالجواز.

باب كتابة العبد المشترك

قال ^(١): وإذا كان العبد بين رجلين ^(٢) أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه ^(٣)

بألف درهم ويقبض بدل الكتابة، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز ^(٤)، فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة. وقالوا: هو مكاتب بينهما ^(٥)، وما أدى ^(٦) فهو بينهما، وأصله ^(٧) أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة العتق لأنها تفيده الحرية من وجه ^(٨)، فتقتصر على نصيبه عنده للتجزئ ^(٩). وفائدة الإذن ^(١٠) أن لا يكون ^(١١) له ^(١٢) حق الفسخ كما يكون له ^(١٣) إذا لم يأذن ^(١٤)، وإذنه له بقبض البديل ^(١٥) إذن للعبد بالأداء، فيكون متبرعاً بنصيبه عليه ^(١٦)، فهذا ^(١٧) كان كل المقبوض له ^(١٨)، وعندهما

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) أى بين شريكين سواء كانا رجلين، أو رجلاً وامرأة أو امرأتين.

(٣) أى نصيب المأذون.

(٤) العبد.

(٥) شريكين.

(٦) المكاتب من المال.

(٧) قوله: "وأصله" أى أصل قوله: فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وعندهما هو بينهما نصفان. (كفاية)

(٨) لأنه يكون حراً من حيث اليد.

(٩) أى لتجزئ الكتابة.

(١٠) قوله: "وفائدة الإذن إلخ" جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال: إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة فى إذن

أحدهما للآخر بالكتابة. (عيني)

(١١) قوله: "أن لا يكون إلخ" أى ليس الإذن لصاحبه لصحة كتابة نصيبه فإن أحدهما لو كاتب نصيبه بغير إذن

شريكه صحت. (ن)

(١٢) أى للشريك الذى لم يكاتب.

(١٣) حق الفسخ.

(١٤) أى الشريك الذى لم يكاتب.

(١٥) أى بدل الكتابة.

(١٦) قوله: "فيكون [الشريك الآذن] متبرعاً بنصيبه [من الكسب] عليه [أى على المكاتب]" لأنه لما أذن أحدهما

صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتباً، وبقي نصيب الآذن عبداً كما كان، فحين اكتسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب، وبعضه عبد، فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب.

وما كان من كسب العبد فهو لمولاه، فمتى أذن الذى لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذن بعبده بقضاء دينه من الكسب الذى يكون له فيصير الآذن متبرعاً بنصيب نفسه من الكسب على العبد، ثم على الشريك، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع. (ك)

(١٧) قوله: "فهذا" أى لأجل كون الشريك الآذن متبرعاً بنصيبه من الكسب. (عيني)

(١٨) أى للمكاتب.

الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزئ^(١) فهو^(٢) أصيل في النصف^(٣) وكيل في النصف^(٤) فهو^(٥) بينهما والمقبوض مشترك بينهما، فيبقى كذلك بعد العجز^(٦). قال^(٧): وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها، فوطئها أحدهما، فجاءت بولد، فادعاه^(٨) ثم وطئها الآخر، فجاءت بولد فادعاه^(٩)، ثم عجزت فهي^(١٠) أم ولد للأول^(١١)؛ لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته^(١٢) لقيام الملك له فيها^(١٣)، وصار نصيبه أم ولد له^(١٤)، لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك، فيقتصر أمومية الولد^(١٥) على نصيبه، كما في المدبرة المشتركة^(١٦). ولو ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً^(١٧)، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول^(١٨)، لأنه زال المانع من الانتقال،

(١) قوله: "لعدم التجزئ [أى للكتابة] إلخ" ولا يلزم كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيث يثبت الكتابة قصراً عليه، لأن الكتابة إنما تقتصر على أحد الشريكين إذا كانت غير لازمة، والكتابة هناك ليست بلازمة بدليل أن الساكت يملك فسخها، وههنا لازم فأشبهت التدبير. (كفاية)

(٢) أى الشريك المكاتب.

(٣) الذى له.

(٤) الذى لشريكه.

(٥) أى البديل، أى الكتابة

(٦) قوله: "فيبقى كذلك [أى مشتركاً] بعد العجز" لما لو كاتبه فعجز، وفى يده من الأكساب، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث آخر. (عناية)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينية)

(٨) أى الواطئ.

(٩) أى الواطئ الآخر الولد.

(١٠) الجارية.

(١١) أى للواطئ الأول.

(١٢) ويثبت نسبه. (عناية)

(١٣) الجارية.

(١٤) قوله: "وصار نصيبه إلخ" بناء على أن الاستيلاء فى المكاتبه يتجزأ عند أبى حنيفة، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاء إلا بتملك نصيب صاحبه، وذلك لا يمكن لأن إلخ. (عينية)

(١٥) أى كون الجارية أم ولد.

(١٦) قوله: "كما فى المدبرة المشتركة" صورتها أمة بين رجلين، دبرها ثم وطئها أحدهما، فجاءت بولد فادعاه

يثبت نسب الولد منه، ويقتصر أمومية الولد على نصيبه. (ك)

(١٧) قوله: "ظاهراً" قيد بقوله: ظاهراً لأن الظاهر أن تمضى على كاتبها، فكان ملكه باقياً فيها، وأما بالنظر إلى

التعجيز لم يبق ملكه فيها. (عينية)

(١٨) قوله: "أم ولد للأول" لأن المقتضى للتكميل قائم، والمانع من التكميل الكتابة، وقد زالت فيعمل المقتضى

عمله من وقت وجوده. (تبيين)

ووطئه سابق^(١). ويضمن^(٢) لشريكه نصف قيمتها^(٣)؛ لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء، ونصف عقرها^(٤) لوطنه جارية مشتركة، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد^(٥)، ويكون^(٦) ابنه؛ لأنه بمنزلة المغرور^(٧)، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً^(٨)، وولد المغرور ثابت النسب منه^(٩) حر بالقيمة^(١٠) على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر، وأيهما دفع العقر^(١١) إلى المكاتبه جاز.

لأن الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها لا اختصاصها بمنافعها، وأبدالها وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى^(١٢) لظهور اختصاصه^(١٣)، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد^(١٤): هي أم ولد للأول، ولا يجوز وطئ الآخر^(١٥)؛ لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له، لأن أمومية الولد يجب تكميلها^(١٦) بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها^(١٧) قابلة للفسخ، فتفسخ فيما لا

(١) قوله: "وطئه سابق" فتصير أم ولد له من ذلك الوقت، لأن السبب هو الوطئ. (عيني)

(٢) الواطئ الأول.

(٣) الجارية.

(٤) أي الجارية، تقدم بيان العقر، فارجع.

(٥) قوله: "ويضمن شريكه [الواطئ الثاني] إلخ" فيكون النصف بالنصف قصاصاً، ويبقى للأول على الثاني

نصف العقر، وقيمة الولد. (عناية)

(٦) الولد.

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة المغرور" لأن الشريك وطئها على حساب أن يضعها على حكم ملكه، وظهر بالمعجز بطلان

الكتابة، فتبين أنه لا ملك له، فصار مغروراً. (ك)

(٨) قوله: "ظاهراً" إنما قال: ظاهراً لأنه إذا عجزت تكون أم ولد للأول، فيكون الملك ظاهراً. (حميدية)

(٩) المغرور.

(١٠) قوله: "حر بالقيمة" فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم

الولد حكم أمه، ولا قيمة لأم الولد عنده، فكذا لابنها، قيل: عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان، فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة. (٤)

(١١) قبل العجز. (٤)

(١٢) فإنها ترد إلى المولى.

(١٣) المولى.

(١٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" حاصل الاختلاف راجع إلى أن الاستيلاء في المكاتبه يتجزأ عند أبي حنيفة،

وعندهما لا يتجزأ، وأجمعوا على أنه لا يتجزأ في القنة، ويتجزأ في المدبرة. (ك)

(١٥) قوله: "ولا يجوز إلخ" أي لا يكون هذا الوطئ وطئاً يثبت النسب وإلا فمدم جواز الوطئ بالاتفاق. (ك)

(١٦) قوله: "يجب تكميلها [ولهذا يكمل في القنة. ك]" لأن الاستيلاء طلب الولد، وأنه يقع بالفعل والفعل لا

يتجزأ. (عيني)

يتضرر به المكاتبه^(١)، وتبقى الكتابة فيما وراءه^(٢)، بخلاف التدبير^(٣)، لأنه لا يقبل الفسخ^(٤)، وبخلاف بيع المكاتب^(٥)، لأن في تجويزه إبطال الكتابة^(٦)؛ إذ المشتري لا يرضى ببقاءه مكاتباً.

وإذا صارت^(٧) كلها أم ولد له^(٨) فالثاني واطى أم ولد الغير، فلا يثبت نسب الولد منه، ولا^(٩) يكون حراً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة^(١٠)، ويلزمه جميع العقر، لأن الوطى لا يعرى عن إحدى الغرامتين^(١١)، وإذا بقيت الكتابة^(١٢)، وصارت كلها مكاتبه له^(١٣) قيل^(١٤): يجب^(١٥) عليها نصف بدل الكتابة^(١٦)، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبه، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل^(١٧). وقيل^(١٨): يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك^(١٩)

(١٧) الكتابة.

(١) قوله: "تنفسخ فيما لا يتضرر به إلخ" وهو أمومية الولد لأنه لا ضرر لها في كونها أم ولد بل لها نفع فيه حيث لم تبق محلاً للاستبدال بالبيم والهبة، وتعنت مجاناً بعد موت المولى. (نهاية)

(٢) قوله: "فيما وراءه" أي فيما وراء ما لا يتصور، وهو كونها أخص أكسابها، وأكساب ولدها. (عناية)

(٣) قوله: "بخلاف التدبير إلخ" جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة، ووجهه أنا قد قلنا: إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن، ولا إمكان ههنا، لأن التدبير غير قابل للفسخ، فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الأول المدبرة المشتركة صح استيلاؤه. (٤)

(٤) والكتابة قابلة للفسخ.

(٥) قوله: "وبخلاف بيع إلخ" جواب عما يقال: هلا يفسخ الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسحها في ضمن صحة الاستيلاء، ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة، إذ المشتري لا يرضى ببقاءه مكاتباً، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب، وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح. (عناية)

(٦) قوله: "لأن في تجويزه إلخ" أي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع، لأن المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيم، وقد قلنا: إنه يفسخ فيما لا يتضرر المكاتب. (ك)

(٧) هذا متصل بقوله: صار كلها أم ولد له.

(٨) أي للأول.

(٩) الولد.

(١٠) وهي شبهة أنها مكاتبه بينهما بالدليل الذي ذكره أبو حنيفة. (ك)

(١١) أي الحد والعقر. (كفاية)

(١٢) قوله: "وإذا بقيت إلخ" متصل بقوله: وتبقى الكتابة فيما وراءه إلخ. (مل)

(١٣) أي للأول. (ك)

(١٤) القائل أبو منصور الماتريدي.

(١٥) جزاء إذا. (عناية)

(١٦) وهو نصيب الشريك. (عناية)

ضرورة^(١)، فلا ينهر^(٢) في حق سقوط نصف البدل، وفي إبقاءه في حقه^(٣) نظر^(٤) للمولى^(٥) وإن كان لا يتضرر المكاتب بسقوطه^(٦)، والمكاتبه هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه^(٧) على ما بينا^(٨).

قال^(٩): ويضمن الأول^(١٠) لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبه^(١١)، لأنه تملك نصيب شريكه وهي^(١٢) مكاتبه، فيضمنه^(١٣) موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان التملك^(١٤).

وفي قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها، ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة؛ لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على

(١٧) لأن الكتابة انفسخت في نصيب الثاني.

(١٨) القائل عامة المشايخ.

(١٩) أى تملك الأول نصيب الثاني.

(١) أى لضرورة تكميل الاستيلاء.

(٢) الفسخ. لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى.

(٣) قوله: "وفي إبقاءه [عقد الكتابة] إلخ" يجوز أن يكون جواباً عما يقال: الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبه، وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل، فيجب أن تنفسخ. (عناية)

(٤) وهو حصول بدل الكتابة. (كفاية)

(٥) المستولد الأول. (ك)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان لا يتضرر إلخ" يعنى ضرر المكاتب مانع من الفسخ، وهذا المانع منتف، وانتفاء المانع لا يوجب انتفاء الموانع ووجود الشرائط والمقتضى، فلا يصلح علة لجواز الفسخ مع أن المانع من جانب المولى متحقق، وهو فوت النظر في حقه. (أعظمي)

(٧) المولى.

(٨) أى في بيان قول أبي حنيفة.

(٩) أى محمد في "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) قوله: "ويضمن الأول لشريكه في قياس إلخ" مراد المصنف في لفظ "الجامع الصغير" ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاء على قياس قوله في مسألة الإعتاق. (نتائج)

(١١) قوله: "في قياس قول أبي يوسف" وهو قول أبي يوسف في مكاتب بين الشريكين أعتقه أحدهما فإنه يجب عليه عند أبي يوسف نصف قيمته مكاتباً، فقياس قوله فيما نحن فيه: أن يضمن نصف قيمتها مكاتبه أيضاً، وقيمة المكاتب نصف قيمته قنأ. (كفاية)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) النصف.

(١٤) قوله: "لأنه ضمان التملك [وهو لا يختلف باليسار والإعسار. عناية]" لظهور آثار الملك فيه من حل الوطئ والاستخدام ونحوها. (كفاية)

اعتبار الأداء، فللتردد بينهما^(١) يجب أقلهما^(٢).

قال: وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها^(٣) ثم عجزت بطل التدبير؛ لأنه^(٤) لم يصادف الملك، أما عندهما فظاهر، لأن المستولد تملكها^(٥) قبل العجز^(٦)، وأما عند أبي حنيفة فلأن بالعجز تبين أنه^(٧) تملك نصيبه^(٨) من وقت الوطء، فتبين أنه^(٩) مصادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك^(١٠)، بخلاف النسب^(١١) لأنه يعتمد الغرور^(١٢) على ما مر^(١٣).

قال: وهي^(١٤) أم ولد للأول؛ لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا^(١٥)، ويضمن لشريكه نصف عقرها لو طئه جارية مشتركة، ونصف قيمتها، لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة، والولد ولد للأول، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح^(١٦)، وهذا قولهم^(١٧) جميعاً ووجهه ما بينا^(١٨).

(١) الاعتبارين.

(٢) لأن الأقل متيقن. (عناية)

(٣) بعد ما استولدها الأول.

(٤) التدبير.

(٥) ضرورة تكميل الاستيلاء.

(٦) فانفسخت الكتابة قبل التدبير، فلا يصح تدبيره.

(٧) المستولد.

(٨) الثاني.

(٩) التدبير.

(١٠) فلا يصح بدونه. (عناية)

(١١) قوله: "بخلاف النسب [من الثاني إن وجد الوطء منه. عناية] الخ" يعني إنما يشكل على قول الإمام أبي حنيفة حيث يجوز استيلاء الثاني لا التدبير منه، والفرق أن الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر، وذلك يكفي لثبوت النسب دون التدبير، ألا ترى أنه لو اشترى أمة، واستولد ثم استحقت لم يبطل النسب، وكان حراً بقيمته، ولو دبرها فاستحقت يبطل التدبير فهذا افتراقاً. (مل)

(١٢) لا الملك.

(١٣) أشار به إلى قوله: ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور.

(١٤) قوله: "وهي" أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاء الأول، ثم عجزت. (مل)

(١٥) قوله: "على ما بينا" في تعليل أبي حنيفة، إشارة إلى ما ذكره في قول أبي حنيفة، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم يكن، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول، لأنه زال المانع من الانتقال. (كفاية)

(١٦) قوله: "لقيام المصحح" وهو الملك في المكاتب لأن استيلاءه كان عند قيام الكتابة، ويصح استيلاء المكاتبه بالإجماع. (كفاية)

(١٧) قوله: "وهذا قولهم" لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة، وههنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف

قال: وإن كانا كاتبها^(١) ثم أعتقها أحدهما وهو^(٢) موسر، ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يرجع عليها؛ لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة، والجواب فيه^(٣) على الخلاف في الرجوع^(٤)، وفي الخيارات^(٥) وغيرها^(٦) كما هو مسألة تجزئ الإعتاق^(٧)، وقد قرناه^(٨) في الإعتاق.

فأما^(٩) قبل العجز ليس له^(١٠) أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة، لأن الإعتاق^(١١) لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب، فلا يتغير به^(١٢) نصيب صاحبه، لأنها مكاتبه قبل ذلك، وعندهما لما كان^(١٣) لا يتجزأ يعتق الكل فله^(١٤) أن يضمه^(١٥) قيمة نصيبه مكاتباً إن كان^(١٦) موسراً، ويستسعى العبد إن كان

شريكه، ولم يبق ملك للمدير فيها، فلا يصح تديره. (عناية)

(١٨) قوله: "ما بينا" إشارة إلى قوله: أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطئ. (ك)

(١) الجارية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "فيه" أى فى إعتاق أحد الشريكين القرن المشترك. (ك)

(٤) قوله: "فى الرجوع" فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع. (عناية)

(٥) قوله: "وفى الخيارات" عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار. (عناية)

(٦) قوله: "وغيرها" وهو الولاء، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما الولاء للمعتق فى الوجهين جميعاً. (ك)

(٧) قوله: "كما هو مسألة إلخ" يعنى كان مسألة تجزئ الإعتاق على الخلاف، فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف أيضاً، فكان فيه إشارة إلى أن الخلاف فى هذه الأشياء الثلاثة بناء على مسألة تجزئ الإعتاق وعدمه. (ك)

(٨) قوله: "وقد قرناه" قال فى باب العبد يعتق بعضه: إذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر، ويسعى فى بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة. وقالوا: يعتق كله، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده، فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعى، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل.

(٩) أى هذا بعد العجز، وأما قبل العجز إلخ.

(١٠) أى للساكت.

(١١) قوله: "لأن الإعتاق إلخ" تقريره أن معتق البعض عنده كالمكاتب، وههنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة، فلا يصير مكاتباً بالإعتاق، وإنما يؤثر فى نصيب صاحبه بجعله مكاتباً بعد العجز، فهذا يقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز. (عنى)

(١٢) أى بالإعتاق.

(١٣) الإعتاق.

معسراً، لأنه ضمان إعتاق، فيختلف^(١) باليسار والإعسار^(٢).

قال^(٣): وإن كان^(٤) العبد بين رجلين دبره أحدهما، ثم أعتقه الآخر وهو

موسر، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاء استسعى العبد،

وإن شاء أعتق، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق

ويستسعى العبد أو يعتق. وهذا عند أبي حنيفة، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده^(٥)،

فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر^(٦) فيثبت له^(٧) خيرة

الإعتاق والتضمين والاستسعاء، كما هو مذهبه^(٨)، فإذا أعتق^(٩) لم يبق له خيار

التضمين والاستسعاء^(١٠)، وإعتاقه^(١١) يقتصر على نصيبه، لأنه يتجزأ عنده^(١٢)،

ولكن يفسد به^(١٣) نصيب شريكه^(١٤)، فله^(١٥) أن يضمه^(١٦) قيمة نصيبه، وله^(١٧) خيار

(١٤) أى للساكت.

(١٥) أى المعتق.

(١٦) المعتق.

(١) قوله: "فيختلف [الضمان] إلخ" والقياس أن لا يختلف باليسار والإعسار، لأنه ضمان إتلاف، إلا أنا

استحسننا وقلنا: إن المعتق باشر السبب، أى لما أعتق المعتق نصيبه صار إعتاق نصيبه سبباً لإتلاف نصيب صاحبه دون العلة،

فيكون هذا ضمان السبب، وهو مبنى على صفة التعدي، ففيما إذا كان المعتق موسراً لا بد من الضمان، لأنه يتمكن من

إحراز الثواب بواسطة إعتاق عبد آخر، فإذا أعتق العبد المشترك يكون متعدياً وفيما إذا كان معسراً ليس له إحراز ثواب

المعتق طريق آخر سوى هذا، فلم يكن متعدياً. (ك)

(٢) أى يسار المعتق وإعساره.

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٤) قوله: "وإن كان" قلت: ذكر هذه المسألة يلام باب التدبير، أو كتاب الإعتاق، فأما ذكره فى كتاب المكاتب

فى باب العبد المشترك فلا يلام أصلاً، وغاية ما يمكن أن يقال: إن الكتابة والتدبير من باب واحد، لأن كلا منهما من

شعب الإعتاق، فلا بأس أن يذكر أحدهما مكان الآخر. (ملا إله داد رحمه الله)

(٥) الإمام.

(٦) لسد باب النقل على الآخر. (عناية)

(٧) أى للآخر.

(٨) الإمام.

(٩) الآخر.

(١٠) قوله: "لم يبق له [أى للآخر] خيار إلخ" لأن أثر التضمين أن يملك الضامن نصيب المضمن والمعتق لا يملك. (مل)

(١١) أى الآخر.

(١٢) الإمام.

(١٣) قوله: "ولكن يفسد [لسد باب الاستخدام عليه. ع] به [أى بالإعتاق] إلخ" أى بإعتاق المعتق نصيبه يفسد

نصيب المدبر، لأنه كان قبل إعتاقه يملك الاستخدام والاستغلال، وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق، فبعد إعتاق

المعتق يكون المدبر مجبوراً على الإخراج إلى المعتق، ويكون بمنزلة المكاتب، ويكون مختصاً بأكسابه. (ك)

العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه^(١)، ويضمنه^(٢) قيمة نصيبه مديراً لأن الإعتاق صادف المدير^(٣). ثم قيل: قيمة المدير تعرف بتقويم المقومين، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو^(٤) قن لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه^(٥)، والاستخدام وأمثاله^(٦)، والإعتاق وتوابعه^(٧)، والفائت^(٨) البيع، فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يملكه بالضمنان^(٩)، لأنه^(١٠) لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مديراً فأبق^(١١)، وإن أعتقه أحدهما أو لا كان للآخر الخيارات الثلث^(١٢) عنده^(١٣)، فإذا دبره^(١٤) لم يبق^(١٥) له خيار التضمين^(١٦)، وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء، لأن المدير يعتق ويستسعى.

(١٤) الذى دبر.

(١٥) أى للذى دبر.

(١٦) المعتق.

(١٧) أى للمدير.

(١) الإمام.

(٢) أى المدير المعتق.

(٣) فيعتبر قيمته مديراً.

(٤) الواو حالية.

(٥) قوله: "وأشباهه" فى كونه خارجاً عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية. (٤)

(٦) قوله: "وأمثاله" فى كونه انتفاعاً بالمنافع كالإجارة والإعارة والوطئ. (عناية)

(٧) قوله: "وتوابعه" وهى الكتابة والاستيلاء والتدبير والإعتاق على مال. (ك)

(٨) فى المدير.

(٩) قوله: "وإذا ضمنه [أى المدير المعتق] لا يملكه [أى لا يملك المعتق نصيب المدير] بالضمنان [أى بأداء ضمان نصيب المدير] لأن هذا ضمان حيولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك، فإنه بالإعتاق أزال به الاستخدام وغيره للمولى، فصار بمنزلة الغاصب. (كفاية)

(١٠) المدير.

(١١) قوله: "كما إذا غصب مديراً فأبق" أى حتى ضمن الغاصب القيمة لا يملك الغاصب، فإذا وجد الغاصب فله أن يستسعيه. (ك)

(١٢) أى خيار الإعتاق والتضمين والاستسعاء.

(١٣) الإمام.

(١٤) بعد إعتاق أحدهما.

(١٥) قوله: "لم يبق له الخ" لأنه مباشرة التدبير يصير ميرثاً للمعتق عن الضمان لمعنى، وهو أن نصيبه كان قنّاً عند إعتاق المعتق، فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تمليك العين بالضمنان، وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الأول، فهناك نصيبه كان مديراً عند ذلك، فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه. (عناية)

(١٦) لأن أثر التضمين أن يملك الضامن والمدير لا يملك.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه^(١) لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان تملك، فلا يختلف باليسار والإعسار، ويضمن نصف قيمته قنا، لأنه صادف^(٢) التدبير وهو^(٣) قن وإن أعتقه^(٤) أحدهما فتدبير الآخر باطل، لأن الإعتاق لا يتجزأ، فيعتق كله، فلم يصادف التدبير الملك، وهو^(٥) يعتمد^(٦)، ويضمن^(٧) نصف قيمته إن كان موسراً، ويسعى العبد في ذلك^(٨) إن كان معسراً، لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما^(٩).

باب^(١١) موت المكاتب وعجزه^(١٢) وموت المولى

قال^(١٣): وإذا عجز المكاتب عن نجم^(١٤) نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال^(١٥) يقدم^(١٦) عليه لم يعجل^(١٧) بتعجيزه، وانتظر^(١٨) عليه اليومين، أو الثلاثة؛ نظراً للجانيين^(١٩) والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء^(٢٠) الأعذار كإمهال

(١) التدبير.

(٢) العبد.

(٣) الواو حالية.

(٤) أو لا.

(٥) التدبير.

(٦) الملك.

(٧) المعتق.

(٨) نصف.

(٩) المعتق.

(١٠) الصاحبين.

(١١) قوله: "باب موت إلخ" تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب، لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها. (نت)

(١٢) عن أداء بدل الكتابة.

(١٣) أي القدوري. (عينى)

(١٤) قوله: "عن نجم [أى قسط]" النجم هو الطالع ثم سمي به لوقت المضروب، ثم سمي به ما يؤدي فيه من

الوظيفة. (غاية)

(١٥) غائب.

(١٦) أى يأتى بوجه.

(١٧) الحاكم.

(١٨) انتظار: درنگ کردن، چشم داشتن. (من)

الخصم للدفع^(١)، والمديون للقضاء^(٢)، فلا يزداد عليه، فإن لم يكن له وجه^(٣) وطلب المولى تعجيزه عجزه^(٤)، وفسخ الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف^(٥): لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان؛ لقوله على^(٦): "إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق"، علقه^(٧) بهذا الشرط^(٨)، ولأنه^(٩) عقد إرفاق^(١٠)، حتى كان أحسنه^(١١) مؤجله، وحالة الوجوب^(١٢) بعد حلول نجم، فلا بد من إمهال مدة استيساراً^(١٣)، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان^(١٤). ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق، وهو العجز، لأن من عجز^(١٥) عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين،

(١٩) أى جانب المولى وجانب المكاتب.

(٢٠) ظاهر كردن.

(١) قوله: "كما مهال الخصم للدفع [أى لأجل دفعه دعوى المدعى]" فإن المدعى عليه إذا توجه عليه الحكم فادعى الدفع وقال: لى بيته حاضرة على الدفع فإنه يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة. (عناية)

(٢) قوله: "والمديون الخ" فإنه إذا أقر بدين وسأل أن يمهل ثلاثة أيام ليحضر المال أو ليسع عيناً فى يده أجابه إلى ذلك، ولم يكن بذلك ممتنعاً عن أدائه، ولم يحبس به. (ك)

(٣) لتحصيل المال.

(٤) الحاكم.

(٥) قوله: "وقال أبو يوسف" قلت: ذكر فى الأمالى أنه إذا كانت النجوم متفاوتة، فإنه يعجز فى نجم واحد، وأما إذا كانت مستوية فإنه لا يعجز متى يتوالى عليه نجمان. (ملا إله داد)

(٦) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى البيوع. (ت)

(٧) قوله: "علقه" أى علقه على بهذا الشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله، وهذا لا يعرف قياساً، فكان كالمروى عنه عليه السلام. (عيني)

(٨) قوله: "بهذا الشرط" ولقائل أن يقول: هذا استدلال بمفهوم الشرط، وهو ليس بناهض، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط، والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين، والمعلق بشرطين لا يزيل عند أحدهما، كما لو قال: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق. (٤)

(٩) عقد كتابة.

(١٠) فإن ميناه على المسامحة. (٤)

(١١) قوله: "حتى كان أحسنه" أى أحسن عقد الكتابة مؤجله، والمراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالية، وإن كانت الحالية جائزة عندنا. (عيني)

(١٢) أى وجوب الأداء.

(١٣) تمكيناً للعبد من الأداء.

(١٤) قوله: "ما توافق [هو النجم الثانى] الخ" فإذا مضى النجم الثانى تحقق العجز فيوجب الفسخ. (عيني)

(١٥) قوله: "لأن من عجز" أقول: فيه شىء، وهو أن دليله هذا لا يتمشى فى صورة أدى سائر النجوم، وبقي نجم واحد، فعجز، كذا فى "نتائج الأفكار"، وأقول: الاستدلال الشامل من قوله: وهذا وقوله: إن سبب الفسخ الخ وقم فى مقابلة استدلال أبى يوسف، والصورة المذكورة لا وجود لتوالى النجمين فيها، فافهم. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

وهذا^(١) لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم، وقد فات^(٢) فيفسخ^(٣) إذا لم يكن^(٤) راضياً به^(٥) دونه، بخلاف اليومين والثلاثة^(٦)، لأنه لا بد منها لإمكان الأداء، فلم يكن تأخيراً، والآثار^(٧) متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر^(٨)، أن مكاتبه له عجزت عن نجم فردها، فسقط الاحتجاج بها^(٩).

قال^(١٠): فإن أخل بنجم^(١١) عند غير السلطان^(١٢)، فعجز فرده مولاه برضاه^(١٣) فهو جائز؛ لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذر أولى^(١٤)، ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ^(١٥)؛ لأنه^(١٦) عقد لازم تام^(١٧)، فلا بد من القضاء، أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض^(١٨).

(١) أى كون العجز سبب للفسخ. (٤).

(٢) المقصود.

(٣) قوله: "فيفسخ" أى المولى أو القاضى على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ، فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضى فيه روايتان. (عناية)

(٤) المولى.

(٥) أى ببقاء الكتابة بدون ذلك لنجم الذى شرط.

(٦) قوله: "بخلاف اليومين إلخ" جواب عما يقال: إذا كان مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغي أن يتمكن من الفسخ من غير إهمال. (عنى)

(٧) جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر على.

(٨) قوله: "فإن المروى عن ابن عمر إلخ" قلت: غريب، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" حدثنا وكيع وابن أبى زائدة عن أبان بن عبد الله البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار، فأداها إلا مائة، فرده فى الرق، انتهى. (ت)

(٩) قوله: "فسقط الاحتجاج بها" أى بالآثار المتعارضة، لأن الحديثين إذا تعارضا وجهل تأريخهما تساقطا فيصار إلى ما بعدهما من الحجة، فبقى ما قالنا من الدليل: من أن سبب الفسخ قد تحقق إلى آخره سالماً عن المعارض، فيثبت الفسخ به. (ك)

(١٠) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(١١) قوله: "فإن أخل إلخ" المراد بالإخلال ههنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة فى الوقت الذى اتفقا على تعيينه فى

أدائها. (٤)

(١٢) أى غير القاضى. (ك)

(١٣) المكاتب.

(١٤) بأن يفسخ.

(١٥) وفى بعض الروايات يتفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه. (ك)

(١٦) عقد الكتابة.

(١٧) من جانب المولى لأنه لا يقدر على الإبطال بانفراده. (٤) أى ليس فيه خيار الشرط. (٤)

(١٨) قوله: "كالرد إلخ" يعنى إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً بعد القبض فإنه لا يتفرد بالفسخ، كذا هذا. (عنى)

قال^(١): "وإذا عجز المكاتب^(٢) عاد إلى أحكام الرق؛ لانفساخ الكتابة، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه؛ لأنه ظهر أنه كسب عبده^(٣)، وهذا^(٤) لأنه كان موقوفاً عليه^(٥)، أو على مولاه، وقد زال التوقف^(٦)."

قال^(٧): "فإن مات المكاتب وله مال لم ينسخ الكتابة، وقضى ما عليه من ماله،

وحكم بعثته في آخر جزء من أجزاء حياته، وما بقى^(٨)، فهو ميراث لورثته، ويعتق أولاده^(٩)، وهذا قول على، وابن مسعود^(١٠)، وبه أخذ علماءنا، وقال الشافعي: تبطل الكتابة، ويموت عبداً وما ترك لمولاه، وإمامه^(١١) في ذلك^(١٢) زيد بن ثابت^(١٣). ولأن المقصود من الكتابة عتقه^(١٤)، وقد تعذر^(١٥) إثباته^(١٦)، فتبطل^(١٧)، وهذا^(١٨) لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً، أو يثبت قبله، أو بعده مستنداً^(١٩) لا وجه إلى الأول؛ لعدم المحلية^(٢٠)، ولا إلى الثاني؛ لفقْد الشرط^(٢١)، وهو الأداء، ولا

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي ثبت عجزه بحكم الحاكم أو برضاه.

(٣) وكسب العبد لمولاه.

(٤) أي الظهور.

(٥) قوله: "كان موقوفاً عليه" لأنه إن أدى بدل الكتابة فكسبه للمكاتب، وإن عجز فللمولى. [ك] أي محبوساً عليه ليصير له في العاقبة كالمال الموقوف يصير ملكاً للموقوف عليه بأداء المتولى إليه، أو كان محبوساً على مولاه ليصير له في العاقبة، فالأول عند أداء النجم، والثاني عند العجز، وإن جعل على بمعنى اللام فالمقصود أيضاً ما ذكرنا. (أعظمي)

(٦) بالعجز.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) أي ما فضل.

(٩) المولودون، أو المشترون في حال الكتابة. (٤)

(١٠) رواه البيهقي، كذا قال الزيلعي.

(١١) قوله: "وإمامه" قلت: أثر الصحابي ليس بحجة عنده، قلت: فيه عن الشافعي روايتان. (ملا إله داد)

(١٢) يقول: المكاتب عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث. (ت)

(١٣) رواه البيهقي.

(١٤) قوله: "ولأن المقصود إلخ" عطف على معنى قوله: وإمامه في ذلك زيد بن ثابت، كأنه قال: لأثر زيد بن ثابت، ولأن المقصود بالكتابة، إلخ. (نتائج)

(١٥) لموته.

(١٦) العتق.

(١٧) الكتابة.

(١٨) أي تعذر العتق.

(١٩) إلى حال حياته. (ك)

إلى الثالث^(١)؛ لتعذر الثبوت في الحال، والشئ يثبت^(٢)، ثم يستند. ولنا: أنه عقد معاوضة^(٣)، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين، وهو المولى، فكذا^(٤) بموت الآخر^(٥)، والجامع بينهما^(٦) الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل أولى^(٧)، لأن حقه^(٨) أكد من حق المولى، حتى لزم العقد في جانبه^(٩)، والموت أنفى^(١٠) للملكية منه^(١١) للمملوكية، فينزل^(١٢) حياً^(١٣) تقديراً، أو يستند الحرية باستناد سبب^(١٤) الأداء

(٢٠) قوله: "لعدم المحلية" وذلك لأن الميت ليس بمحل للعتق ابتداء، لما في العتق من إحداث قوة المالكية، وذلك لا يتصور في الميت. (ك)

(٢١) قوله: "للفقد الشرط" أي لأنه مشروط بالأداء، والفرض عدمه، فيلزم وجود المشروط بدون الشرط. (٤)
(١) قوله: "ولا إلى الثالث إلخ" ولا يجوز أن يستند إلى حال حياته، لأن في إسناده إلى حال حياته إثبات العتق المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الأداء. (ك)

(٢) في الحال.
(٣) قوله: "عقد [قيد به احترازاً عن النكاح والوكالة وغيرهما. ن] معاوضة" وذلك لأنه ثبت للمكاتب مالكية اليد، وللمولى المطالبة بيد الكتابة، وقضية المعاوضة المساواة، ولا تنفسخ الكتابة بموت المولى، فكذا بموت المكاتب. (ك)
(٤) أي لا يبطل.

(٥) وهو العبد.
(٦) أي بين المولى والعبد.
(٧) قوله: "بل أولى [أن لا يبطل بموت العبد]" لأن الذي استحقه المولى قبل العبد ليس بلازم حتى إذا عجز العبد نفسه عن أداء البديل يبطل، والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم، حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك. (مل)
(٨) أي حق العبد.

(٩) قوله: "في جانبه [أي العبد من أجله]" أي جانب المولى حتى لا يتمكن من فسخه أما في جانب العبد فغير لازم لتمكينه من الفسخ كذا في الشرح، وذكر في الشاهان لأن الكتابة لازمة في حق المكاتب دون المولى، فجعل الضمير في جانبه راجعاً إلى العبد، ووجهه أن المراد بلزوم العقد من جانب العبد، هو عدم تمكين الغير من فسخه، والعبد يتمكن منه. (ملا إله داد)

(١٠) قوله: "والموت أنفى إلخ" لأن المملوكية عبارة عن المقدورية والمقهورية، والمالكية عبارة عن القادرية والقهرية، ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكاً، ولا يوصف بكونه مالكا، والموت أنفى للقادرية والقاهرة منه للمقدورية والمقهورية، فإذا جاز إبقاء العقد مع أقوى المنافيين، أي موت المولى لأدنى الحقين، أي حق المولى فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين، أي موت العبد لأعلى الحقين، أي حق العبد أولى وأحرى. (ك)

(١١) أي من نفى الموت.

(١٢) قوله: "فينزل [أي العبد] إلخ" هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا، أحدهما: أن يعتق بعد الموت بأن ينزل حياً تقديراً كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء الشركة على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق، وفي حق التجهيز والتكفين، ويتنفيذ الوصية في الثلث، وكما قدرنا المولى حياً ومالكاً، ومعقفاً في فصل موت المولى.

وثانيهما: أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت، ويجعل أداء خالفه كأداءه بنفسه. (نتائج الأفكار)

(١٣) أي قدرنا الميت حياً.

إلى ما قبل الموت، ويكون أداء خلفه كأداءه^(١)، وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافات^(٢).

قال^(٣): وإن لم يترك وفاء، وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه^(٤)، فإذا أدى حكمنا بعقق أبيه قبل موته وعقق الولد؛ لأن الولد داخل في كتابته، وكسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء، وصار كما إذا ترك وفاء، وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له: إما أن ~~تؤدى~~ تبديل الكتابة حالة، أو ترد رقيقاً عند أبي حنيفة، وأما عندها يؤديه إلى أجله^(٥) اعتباراً بالولد المولود في الكتابة. والجامع أنه^(٦) مكاتب عليه تبعاً له، ولهذا يملك المولى^(٧) إعتاقه^(٨)، بخلاف سائر أكسابه^(٩).

(١٤) أى سبب هو الأداء. (ك)

(١) قوله: "ويكون إلخ" فإن قيل: يلزم تقدم المشروط على الشرط، أجاب عنه المصنف بقوله: ويكون أداء خلفه كأداءه، فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق. (٤)

(٢) قوله: "في الخلافات" علم الخلاف علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشبه، وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية، وهو الجدل الذى هو قسم من المنطق إلا أنه خص بالمقاصد الدينية، وقد يعرف بأنه علم يقتدر به على حفظ، أى وضع، وهدم، أى وضع كان بقدر الإمكان، ولهذا قيل: الجدلى إما منجيب يحفظ وضماً، أو سائل يهدم وضماً. وذكر ابن خلدون فى مقدمته أن الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارتهم، خلافاً لا بد من وقوعه، واتسع فى الملة اتساعاً عظيماً، وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا. ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة، وكانوا بإمكان من حسن الظن اقتصر الناس على تقليدهم، فأقيمت هذه الأربعة أصولاً للملة، وأجرى الخلاف بين المتمسكين بها مجرى الخلاف فى النصوص الشرعية، وجرت بينهم المناظرات فى تصحيح كل منهم مذهب إمامه يجرى على أصول صحيحة، ويحتج بها كل على صحة مذهبه، فتارة يكون الخلاف بين الشافعى ومالك، وأبو حنيفة يوافق أحدهما، وتارة بين غيرهم كذلك، وكان فى هذه المناظرات بيان ما أخذ هؤلاء، فيسمى بالخلافيات. ولا بد لصاحبه من معرفة القواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج إليه المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط، وصاحب الخلاف يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل من أن يهدمها المخالف بأدلته، هو علم جليل الفائدة، وكتب الحنفية والشافعية أكثر من تأليف المالكية، لأن أكثرهم أهل المغرب، وهو بادية.

وللغزالي فيه كتاب المآخذ، ولأبى بكر بن العربى من المالكية كتاب التلخيص، ولأبى زيد الدبوسى كتاب التعليقة، ولابن القصار من المالكية عيون الأدلة، انتهى، ومن الكتب المؤلفة أيضاً المنظومة النسفية، وخلافيات الإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى التوفى سنة ثمان وخمسين وأربعمائة، جمع فيه المسائل الخلافية بين الشافعى وأبى حنيفة. (كشف الظنون)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) إن مات مفلساً بالاتفاق. (٤)

(٥) الأب.

(٦) أى الولد.

(٧) كما يملك المولى إعتاق الولد المولود فى الكتابة.

(٨) الولد.

ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين^(١) أن الأجل يثبت شرطاً^(٢) في العقد،
فيثبت في حق من دخل تحت العقد، والمشتري لم يدخل، لأنه لم يضاف إليه العقد،
ولا سري^(٣) حكمه^(٤) إليه؛ لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة، لأنه متصل وقت
الكتابة فسرى الحكم^(٥) إليه، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه.
فإن اشترى^(٦) ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه؛ لأنه لما حكم بحريته^(٧) في
آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت، لأنه تبع لأبيه في
الكتابة، فيكون هذا^(٨) حرا يرث عن حر.
وكذلك^(٩) إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة^(١٠)؛ لأن الولد إن كان صغيراً،
فهر تبع لأبيه، وإن كان^(١١) كبيراً جعلاً كشخص واحد^(١٢)، فإذا حكم بحرية الأب
يحكم بحريته في تلك الحالة^(١٣) على ما مر^(١٤).

(٩) قوله: "بخلاف سائر أكسابه [أى المكاتب]" فإن المولى لا تصرف له فى أكساب المكاتب، ولهذا لا يقدر
على إعتاق عبد المكاتب. (ك)

(١) أى فصل المولود وفصل المشتري.

(٢) قوله: "يثبت شرطاً" أى خارجاً عن العقد والشرط أمر خارج يتوقف المشروط عليه. (حميدية)

(٣) قوله: "ولا سري إلخ" ودخول الولد المشتري فى كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذى جرى بين
المكاتب ومولاه إليه بل لجعل المكاتب مكاتباً لولده باشتراء إياه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان كما أن الحر إذا اشترى ولده
يصير معتقاً له بالاشتراء. (نت)

(٤) العقد.

(٥) أى حكم عقد الكتابة.

(٦) المكاتب.

(٧) قوله: "لأنه لما حكم [الابن] إلخ" أى لأنه لما اشتراه دخل فى كتابته، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب فى
آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد، ولما حكم إلخ. (عناية)

(٨) الابن.

(٩) أى لو مات الأب وترك وفاء ورث ابنه. (٤)

(١٠) قوله: "كتابة واحدة" قيد بقوله: كتابة واحدة احتراماً عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد واحد، لأن
الولد إن كان منفرداً بكتابة، فأداها بعد الموت لم يرثه، لأنه مقصود بالكتابة، وإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصوراً عليه،
لأن الاستناد للضرورة، ولا ضرورة فى حقه ههنا، فإذا لم يستند عتقه كان عبداً عند موت أبيه، فلهذا لا يرثه. (ك)

(١١) الولد.

(١٢) قوله: "جعلاً كشخص واحد" لاتحاد عقد الكتابة، وهذا لأن الكتابة لما كانت واحدة ونجومها واحدة فإنهما
يعتقان معاً إن أديا، ويردان معاً فى الرق إن لم يؤديا، وقد عتق العبد فى آخر جزء من أجزاء حياته، فيعتق الابن معه فى تلك
الحالة، فيرثه لذلك. (ك)

(١٣) يعنى آخر جزء من أجزاء حياته. (٤)

(١٤) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. (٤)

قال^(١): فإن مات المكاتب^(٢)، وله ولد من حرة^(٣)، وترك ديناً وفاء لمكاتبته^(٤)، فجنى الولد، فقضى به^(٥) على عاقلة الأم، لم يكن ذلك^(٦) قضاء بعجز المكاتب^(٧)؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم، وإيجاب العقل^(٨) عليهم لكن على وجه يحتمل أن يعتق^(٩)، فيجر الولاء إلى موالى الأب^(١٠)، والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً.

وإن اختصم موالى الأم وموالى الأب^(١١) في ولاءه^(١٢)، فقضى به لموالى الأم^(١٣)، فهو قضاء بالعجز^(١٤)؛ لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً^(١٥)، وذلك^(١٦)

(١) أى محمد. (عنى)

(٢) قوله: "فإن مات المكاتب إلخ" ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما، وصورتها مكاتب مات ولد من امرأة حرة، وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية، وولاء العبد لموالى الأم، إما بقاء الكتابة فلماله من المال المنتظر، لأن الدين باعتبار ماله، مال، ولكن لا يحكم بعنقه، حتى يؤدي البذل، وأما إن الولاء لموالى الأم، فلائه لما لم يحكم بعنقه لم يظهر للولد ولاء في جانب الأب. (عناية)

(٣) أى معتقة. (ك)

(٤) قوله: "وترك ديناً [على غيره] إلخ" قيد به لأنه لو كان عيناً نقداً لا يتأتى القضاء بالإلحاق بموالى الأم، لأنه يمكن أن يؤدي المال في الحال، ويلحق بمولى الأب. (حميدية)

(٥) أى بموجب الجناية. (٤)

(٦) أى القضاء.

(٧) وفسخ الكتابة. (٤)

(٨) ديت.

(٩) المكاتب.

(١٠) قوله: "فيجر الولاء [أى ولاء الابن] إلخ" لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب حتى لو ارتفع المانم من إثباته منه كما إذا أذنب الملاعن نفسه عاد النسب إليه، فكذلك الولاء. (٤)

(١١) قوله: "وإن اختصم [هى المسألة الثانية. ع] إلخ" صورتها مات هذا الولد بعد الأب، واختصم موالى الأب وموالى الأم، فقال موالى الأم: مات رقيقاً والولاء لنا، وقال موالى الأب: مات حراً والولاء لنا، فقضى لولاء لمولى الأم فهو قضاء بالعجز، وضح الكتابة. (٤)

(١٢) الولد.

(١٣) قوله: "فقضى به إلخ" يعنى اختصموا بعد موت الولد فى إرثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة، فقضى القاضى بالولاء لقوم الأم يكون قضاء بعجز المكاتب، وموته عبداً لأن من ضرورة كون الولاء لقوم الأم موت المكاتب عبداً لأنه لو مات حراً لا يجر الولاء إليه من قوم الأم. (ك)

(١٤) أى بعجز المكاتب وفسخ الكتابة.

(١٥) قوله: "مقصوداً" احتراز عن المسألة الأولى، فإن القضاء بالأرث على قوم الأم لا يكون قضاء لهم بالولاء الذى يبتى على بقاء الكتابة فى الأب، وانتقاضها، ولا يكون القضاء بالأرث على قوم الأم منافياً لبقاء الكتابة فى الأب، بل هذا يقرر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالى الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على احتمال أن يعتق الأب، فينتقل الولاء، وموجب الجناية إلى قوم الأب، فلا يكون القضاء بالأرث على قوم الأم قضاء بفسخ الكتابة. وفى المسألة الثانية الاختلاف وقع فى الولاء مقصوداً، وذا يبتى على قيام الكتابة وانتقاضها، فكان هذا قضاء لعجز

يبتنى على بقاء الكتابة، وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات^(١) عبداً، واستقر الولاء على موالى الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات^(٢) حراً، وانتقل الولاء إلى موالى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه^(٣)، فينفذ^(٤) ما يلاقيه من^(٥) القضاء، فلهذا كان^(٦) تعجيزاً.

قال^(٧): وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه^(٨)، ثم عجز فهو طيب للمولى؛ لتبدل الملك^(٩)، فإن العبد يملكه صدقة، والمولى عوضاً عن العتق، وإليه^(١٠) وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة^(١١): «هى لها صدقة ولئلا

المكاتب، لأن هذا القضاء يضمن فسخ الكتابة، فإنها لو لم تنفسخ، وخرج من الدين، وأديت الكتابة رجع عاقلة الأب بالميراث على عاقلة الأم، فينتقض القضاء بالميراث، فقلنا بانفساخها صيانة للقضاء عن النقص. (ك)

(١٦) أى الولاء.

(١) الولد.

(٢) الولد.

(٣) قوله: "وهذا [أى بقاء الكتابة وانتقاضها بعد موت المكاتب] فصل مجتهد فيه [كما مر] فإن الاختلاف بين موالى الأب وموالى الأم فى الحقيقة راجع إلى قيام الكتابة، وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء، فموالى الأم زعموا أنه مات عبداً، وانفسخت الكتابة بموته، وصار ولاء اولد لنا، لا يتحول عنا، وهو قول بعض الصحابة.

وموالى الأب زعموا أن الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاء، فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء إلينا، وهو قول بعض الصحابة، فإذا قضى القاضى بالولاء لموالى الأم كان قضاء فى فصل مجتهد فيه، فنقد بالإجماع، وصيانة قضاء متفق عليه أولى من إمضاء كتابة تختلف الصحابة فى بقاءها.

هذا إذا مات المكاتب عن وفاء، وأما إذا مات، لا عن وفاء قال بعضهم: ينفسخ حتى لو تطوع إنسان ببدل الكتابة لا يقبل منه، وقيل: خلافه. (ك)

(٤) قوله: "فينفذ إلخ" وإذا كان القضاء لهم با ولاء نافذا ينفسخ الكتابة لانتهاء لازمها، وهو احتمال جر الولاء. (٤)

(٥) بيان ما.

(٦) هذا القضاء.

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني).

(٨) قوله: "وما أدى المكاتب إلخ" أى أخذ المكاتب الزكاة لكونه من المصارف، ثم أداها إلى المولى عن بدل الكتابة، ثم عجز فظهر أن المولى أخذ الزكاة، وهو غنى، ومع ذلك يطيب له. (شرح وقاية)

(٩) قوله: "لتبدل الملك إلخ" [وتبدل الملك كتبدل العين. (٤)] فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى، فكيف يتحقق تبدل الملك، قلنا: ملك الرقبة كان للمولى مغلوباً فى مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان التصرف للمكاتب لا للمولى، وكان للمكاتب أن يمنع من التصرف فى ملكه، وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب، ونقصان ملك الرقبة للمولى، إذ المكاتب هو الذى يتصرف فيه تصرف الإملاك لا المولى، ثم بالعجز ينقلب الأمر، وليس هو إلا بتبدل الملك للمولى. (ك)

(١٠) أى إلى تبدل الملك.

(١١) قوله: "فى حديث بريرة" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة قالت: كان فى بريرة ثلاث خصال عتقت فخيرت، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، ودخل عليها النبى ﷺ، وبرمته على النار، فقرب إليه خبز وإدم

هدية^(١) * . وهذا بخلاف ما إذا أباح^(٢) للغنى والهاشمى ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع ، فلم يتبدل الملك ، فلا تطيبه ، ونظيره المشتري شراء فاسداً ، إذا أباح^(٣) لغيره لا يطيب له ، ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى ، فكذلك الجواب^(٤) ، وهذا عند محمد ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل الملك عنده^(٥) ، وكذا عند أبي يوسف وإن^(٦) كان بالعجز يتقرر^(٧) ملك المولى عنده^(٨) ، لأنه لا خبث في نفس الصدقة^(٩) ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه ، إذ لا لابه^(١٠) ، فلا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة ، وللهاشمى لزيادة حرمة ، والأخذ لم يوجد من المولى ، فصار^(١١) كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد^(١٢) بقى فى أيديهما ما أخذوا من الصدقة حيث يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب ، واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده .

قال^(١٣) : وإذا جنى العبد^(١٤) ، فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية تم عجز ، فإنه

من آدم البيت ، فقال : ألم أر البرمة ، فقيل : لحم تصدق به على بريرة ، وأنت لا تأكل الصدقة ، قال : « هو لها صدقة ولنا هدية . (ت)

(١) قوله : " ولنا هدية " والمشهور أنها كانت معتقة لعائشة رضى الله عنها لما أهدت إلى رسول الله ﷺ ، وقال بعض الشارحين : إنها كانت مكتوبة أهدت إلى رسول الله ﷺ ، فلهذا كان الإهداء منها مرتين ليحصل التوفيق ، فإن قيل : كيف يصح للمكتوبة الإهداء ، قلت : إنه من باب الضيافة اليسيرة ، فيحل . (أعظمي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٤٧ ، والدراية ج ٢ ، الحديث ٨٧١ ص ١٩٢ . (نعيم)

(٢) أى الفقير وما أخذ من الزكاة .

(٣) المشتري .

(٤) أى هو يطيب للمولى .

(٥) لأن المكاتب إذا عجز ، فالمولى يملك أكسابه ملكاً مبتدأ ، حتى لو أجز المكاتب أمته ظفراً ، ثم عجز يبطل الإجارة عند محمد لزوالها عن ملك الأجر . (ك)

(٦) الواو وصلية .

(٧) أى ليس يتبدل .

(٨) فإن للمولى فى كسب المكاتب نوع ملك ، وبالعجز يتقرر ، وذلك يتأكد . (ك)

(٩) وإلا لما فارقها أصلاً . (٤)

(١٠) قوله : " لكونه إذ لا لابه " أى مع الغناء ومع زيادة الشرف والكرامة ، لأن بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق ، فيصير المتصدق عليه كالألة للمتصدق فى حق سقوط الذنوب عنه ، وليس للمسلم أن يذل نفسه إلا عند الحاجة والضرورة ، فلماذا حل للفقير ، ولا يحل للهاشمى وإن كان محتاجاً إليه ، لأن له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره . (ك)

(١١) المولى .

(١٢) الواو حالية .

(١٣) أى محمد فى " الجامع الصغير " . (عينى)

يدفع أو يفدى^(١)؛ لأن هذا^(٢) موجب جناية العبد في الأصل، ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً^(٣) للقاء، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع^(٤)، فإذا زال^(٥) عاد الحكم الأصلي، وكذلك^(٦) إذا جنى المكاتب^(٧)، ولم يقض به^(٨) حتى عجز؛ لما قلنا من زوال المانع^(٩).

وإن قضى به^(١٠) عليه في كتابته، ثم عجز فهو دين يباع فيه^(١١)؛ لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء^(١٢)، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقد رجح أبو يوسف إليه، وكان يقول أولاً: يباع فيه^(١٣) وإن^(١٤) عجز قبل القضاء، وهو قول زفر؛ لأن المانع من الدفع - وهو الكتابة - قائم وقت الجناية، فكما وقعت^(١٥) انعقدت موجبة للقيمة^(١٦)، كما في جناية المدبر وأم الولد^(١٧).

(١٤) جناية الخطأ.

(١) قوله: "فإنه يدفع الخ" أى المولى بالخيار إن شاء دفع العبد إلى ولي الجناية بالجناية، وإن شاء فداه بأرش الجناية. (تبيين)

(٢) أى أحد هذين الأمرين. (٤)

(٣) بالكتابة.

(٤) لأن المكاتب لا يقبل الانتقال.

(٥) المانع.

(٦) أى المولى بالخيار، فإنه يدفع أو يفدى. (ك)

(٧) خطأ.

(٨) أى بموجب الجناية. (٤)

(٩) الكتابة.

(١٠) قوله: "وإن قضى به" أى بموجب الجاية عليه، أى على المكاتب في كتابته، ثم عجز فهو أى ما قضى به من

موجبها دين في ذمته يباع فيه. (٤)

(١١) أى قدر قيمة المكاتب دين على المكاتب. (ك)

(١٢) قوله: "لانتقال الحق الخ" يعنى إن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي، وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل

زوال المانع، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء. (٤)

(١٣) إلا أن يقضى المولى عنه. (٤)

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) الجناية.

(١٦) قوله: "انعقدت الخ" هذا القول وقوه السابق لانتقال الحق من الرقبة الخ، يشعر إلى أن الواجب هو القيمة لا

الأقل منها، ومن أرش الجناية، وهو مخالف للرؤايات، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش

الجناية. (تناية)

(١٧) قوله: "كما في جناية المدبر وأم الولد" فإن في جناية المدبر، وأم الولد يجب على المولى الأقل من من

ولنا: أن المانع^(١) قابل للزوال^(٢) للتردد، ولم يثبت^(٣) الانتقال في الحال^(٤)، فيتوقف على القضاء أو الرضاء، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لترده، واحتمال عوده^(٥) كذا هذا، بخلاف التدبير والاستيلاء، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال^(٦).

قال^(٧): وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة؛ كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب، إذ الكتابة سبب الحرية^(٨)، وسبب حق المرء حقه.

وقيل له: أد المال إلى ورثة المولى على نجومه^(٩)؛ لأنه استحق الحرية على هذا الوجه^(١٠)، والسبب انعقد كذلك، فيبقى^(١١) بهذه الصفة، ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه^(١٢) في الاستيفاء^(١٣)، فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه، لأنه لم يملكه^(١٤)، وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك، فكذا بسبب الورثة.

فإن أعتقوه جميعاً عتق^(١٥)، وسقط عنه بدل الكتابة، لأنه^(١٦) يصير إبراء عن

قيمتها، ومن أُرش الجناية. (٤)

(١) قوله: "ولنا أن المانع إلخ" الحاصل أن جناية المكاتب عندنا لا يصير مالا إلا بقضاء أو برضاء، أو بالموت عن وفاة، وعند زفر يصير مالا في الحال، له أن المانع إلخ. ولنا أن الأصل في جنابات العبيد وجوب الدفع إلا أن يعتذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك إلى ملك والمانع ههنا قابل للفسخ والزوال، فلما كان المانع متردداً لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء، أو الرضاء. (مل)

(٢) أي لاحتمال انفساخ الكتابة. (كفاية)

(٣) لأنه لا قضاء.

(٤) من الرقة إلى القيمة. (ك)

(٥) الأبق.

(٦) قوله: "لا يقبلان الزوال بحال" فكان الواجب في الابتداء هو القيمة. (عناية)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "إذ الكتابة سبب الحرية" وحرثته حقه، فهي سبب حقه، وسبب حق المرء حقه لإفضاءه إلى حصوله،

فالكاتب حقه، فإذا مات المولى، ثم تنفسخ كيلا يؤدي موته إلى إبطال حق غيره. (عناية)

(٩) أي مؤجلا. (٤)

(١٠) أي بالأداء على النجوم.

(١١) الكتابة.

(١٢) قوله: "إلا أن الورثة يخلفونه [أي المولى]" أي بهذا القدر لا يتغير الحق، كما إذا كان له دين على الرجل

ومات رب الدين، فورثته يخلفونه بالاستيفاء، ويبرأ بالأداء إليهم حيث يبرأ إذا أدى إلى المورث. (كفاية)

(١٣) والخلافة لا تسمى تغيراً.

(١٤) قوله: "لم يملكه" ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. (عناية)

(١٥) أي استحساناً ووجه القياس ما ذكرناه من عدم الملك. (٤)

(١٦) أي لأن إعتاق الجميم.

بدل الكتابة فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى^(١)، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة، لا يصير إبراء^(٢) عن نصيبه^(٣)، لأننا نجعله^(٤) إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض^(٥)، أو أداءه في المكاتب لا في بعضه، ولا في كله، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة^(٦)، والله أعلم.

كتاب الولاء^(٧)

قال^(٨): الولاء^(٩) نوعان: ولاء عتاقة^(١٠)، ويسمى ولاء نعمة^(١١)، وسببه العتق^(١٢) على ملكه في الصحيح^(١٣)، حتى لو عتق قريبه عليه بالورثة^(١٤) كان الولاء

(١) من بدل الكتابة.

(٢) قوله: "لا يصير إلخ" لأنه لم يوجد الإبراء نصاً، وإنما جعلنا إعتاق الكل إبراء عن البديل اقتضاء تصحيحاً لإعتاقهم، فإنهم لا يملكون إعتاق المكاتب إلا في ضمن إبراءه من كل بدل الكتابة، ومن ضرورته ثبوت العتق بخلاف ما أعتقه أحد الورثة، فإننا لو جعلناه إبراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق، لا في كله ولا في جزءه. (ك)

(٣) أى فإن قيل: فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه، قلنا: لا يصح لأننا إلخ. (ع)

(٤) الإعتاق.

(٥) أى بعض البديل. (ع)

(٦) عند إعتاق واحد.

(٧) قوله: "كتاب الولاء" أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لأن الولاء من آثار الكتابة بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة. (نتائج)

قوله: "الولاء [بالفتح. مجمع الأنهر]" هو من الولي بمعنى القرب، فهي قرابة حكومية حاصلة من العتق أو من الموالاة، هذا في اللغة، يقال: ولي الشيء، إذا حصل الثاني بعد الأول من غير فصل، ومنه قوله عليه السلام: «يلبني منكم أولو الأحلام والنهي». وقال في "النهاية": سمي ولاء العتاقة وولاء الموالاة به، لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود الشرط من غير فصل، أو من الموالاة، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح، وهو النصرة والمجبة، إلا أنه انحصر في الشرع بولاء الإعتاق أو بولاء الموالاة، ومن آثاره التناصر والإرث والعقل. (تبيين)

(٨) أى المصنف. (عيني)

(٩) قوله: "الولاء" أى الولاء المستعمل في اصطلاح الشرع: وهو الذى يقم به التناصر. (ك)

(١٠) قوله: "ولاء عتاقة [عتاقة: آزاد گردیدن. من]" أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصنعه، وهو الإعتاق، أو ما يجرى مجرى الإعتاق شرعاً، كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية، أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعتقه تطوعاً أو عن واجب عليه كالإعتاق عن كفارة القتل والظهار والإفطار واليمين والنذر.

وسواء كان الإعتاق بغير بدل أو ببدل، وهو الإعتاق على مال، وسواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط، أو مضافاً إلى وقت، وسواء كان صريحاً أو ما يجرى مجرى الصريح، أو كناية أو ما يجرى مجرى الكناية، وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاء. (بدائم)

(١١) قوله: "ويسمى ولاء نعمة" اقتداء بقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾، أى أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعمت عليه، أى بالعتق، وهو زيد. (كافي)

له، وولاء موالاته، وسببه العقد^(١)، ولهذا يقال^(٢): ولاء العتاقة، وولاء الموالاته، والحكم يضاف إلى سببه، والمعنى فيهما التناصر^(٣)، وكانت العرب تتناصر^(٤) بأشياء^(٥)، وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه، فقال: «إن مولى^(٦) القوم منهم، وحليفهم منهم»*، والمراد بالخليف مولى الموالاته، لأنهم كانوا يؤكدون الموالاته بالخلف.

قال^(٧): «وإذا أعتق المولى مملوكه فولاه له؛ لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق^(٨)»^(٩)*، ولأن التناصر به^(١٠)، فيعقله^(١١)، وقد أحياه^(١٢) معنى بإزالة

(١٢) قوله: "وسببه العتق" لا الإعتاق لأن بالاستيلاء وإرث القريب يحصل العتق بلا إعتاق، وأما حديث: «الولاء لمن أعتق» فجزى على الغالب. (در مختار)

(١٣) قوله: "في الصحيح" احتراز عن قول أكثر أصحابنا أن سببه الإعتاق استدلالاً بقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وإنما كان صحيحاً لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثه كان الولاء له ولا إعتاق، فجعل العتق سبباً أولى لعمومه. (٤)

(١٤) قوله: "بالوراثه" كما لو مات أبوه وهو مالك لأخيه لأمه. (رد المحتار)

(١) أى عقد الموالاته.

(٢) قوله: "ولهذا يقال:" بيان سبب النوعين، لأن كلا منهما مضاف إلى شيء، والإضافة تدل على السببية، كما عرف في الأصول. (٤)

(٣) قوله: "والمعنى [أى الوصف الذى صاراً سبباً للتناصر لأن هذا الوصف لازم لهما عادة. أعظمى] فيهما إلخ" مراد المصنف بهذا القول بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما، وعن هذا قال صاحب "الكافي" بدل قول المصنف: والمعنى فيهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما التناصر. (نت)

(٤) قوله: "وكانت العرب إلخ" بيان وجود التناصر فيهما فإن العرب كانت تتناصر بهما وبالخلف وبغيرها. (٤)

(٥) كالنسب والعد والخلف وغيرها.

(٦) قوله: "فقال إن مولى [معتق] إلخ" رواه أحمد فى "مسنده"، وابن أبى شيبه فى "مصنفه" فى كتاب الأدب عن إسماعيل بن رفاعه بن رافع الزرقى عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «مولى القوم منهم وحليفهم منهم». (ت)

* راجع نصب الرأيه ج ٤ ص ١٤٨، والدرأيه ج ٢، الحديث ٨٧٢ ص ١٩٣. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "لقوله عليه السلام: الولاء إلخ" وجه الاستدلال أن لام الجنس فى قوله عليه السلام: «الولاء» ولام الاختصاص فى قوله: لمن أعتق تدلان على أن جنس الولاء لمن أعتق دون غيره. (نت)

(٩) أخرجه الأئمة الستة عن عائشه رضى الله عنها. (ت)

* راجع نصب الرأيه ج ٤ ص ١٤٩، والدرأيه ج ٢، الحديث ٨٧٣ ص ١٩٣. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأن التناصر [دليل على الأثرين الثابتين به، وهما العقل والميراث. ع] به [أى بسبب الإعتاق. ع]" مراده أن المعتق - بالفتح - ينتصر بنصر المعتق - بالكسر - فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على أن مدار العقل أن يكون ناصرأ كما تقرر فى كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة إلى الجانى فى الدية دون غيرهم هو أن الجانى إنما قصر لقوة فيه، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته، فخصوا بالضم إليه. (نت)

(١١) قوله: "فيعقله" أى يؤديه ديته إذا قتل إنساناً خطأ يقال: عقل المقتول إن أدى ديته، وعقل عن القتال إذا أداها عنه. (مل)

الرق عنه^(١)، فيرثه^(٢)، ويصير الولاء كالولاد^(٣)، ولأن الغنم بالغرم^(٤)، وكذلك^(٥) المرأة تعتق لما روينا^(٦)، ومات معتق لابنة حمزة عنها وعن بنت^(٧)، فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين^{(٨)*}، ويستوى فيه^(٩) الإعتاق بمال، وبغيره لإطلاق ما ذكرناه^(١٠).

قال^(١١): فإن شرط أنه سائبة^(١٢)، فالشرط باطل، والولاء لمن أعتق؛ لأن الشرط مخالف للنص، فلا يصح.

قال^(١٣): وإذا أدى المكاتب عتق، والولاء للمولى^(١٤) وإن عتق بعد موت

(١٢) العبد.

(١) قوله: "بإزالة الرق إلخ" لأن الرقيق هالك حكماً ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلق بالأحياء نحو القضاء والشهادة، والسعى إلى الجمعة والخروج إلى العيدين، وأشياء ذلك، وبالإعتاق يثبت هذه الأحكام في حقه، فكان إحياء معنى، ومن إحياء غيره معنى ورثه كالولد، فيصير الولاء كالولاد، والولاد يوجب الإرث، فكذا الولاء. (٤)

(٢) المولى.

(٣) قوله: "ويصير الولاء كالولاد" ومن حيث إن سبب حياة الولد إنما هو الوالد، فيرثه كهو، فإن قيل: ينبغي أن يرث المعتق من المولى أيضاً إذا لم يترك المولى عصبية نسبية، كما هو قول الحسن بن زياد، قلنا: المعتق أجنبي عنه، وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس، فلا يقاس عليه غيره. (ك)

(٤) قوله: "ولأن الغنم [نفع] بالغرم [الضمان والمؤنة]" دليل على الوجه الثاني فقط، وهو الإرث، ومعطوف بحسب المعنى على قوله: وقد أحياء معنى بإزالة الرق، فكأنه قال: لأنه أحياء معنى بإزالة الرق عنه، فيرثه، ولأن الغنم بالغرم، فحيث يغرم عقله يرث ماله. (نتائج)

(٥) يعني إن ولاء معتقها لها. (٤)

(٦) من قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق». (٤)

(٧) قوله: "ومات إلخ" معطوف على قوله: لما روينا معنى ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة، روى أن بنت حمزة رضيت الله عنه أعتقت غلاماً لها، ثم مات المعتق وترك ابنه فجعل النبي عليه المال بينهما نصفين. (عناية)

(٨) رواه النسائي. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٥٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٧٤ ص ١٩٣. (نعيم)

(٩) أى فى ثبوت الولاء. (٤)

(١٠) قوله: «لإطلاق ما ذكرناه» يعنى قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»، وما ذكره من المعنى المعقول. (عناية)

(١١) أى القدرورى. (عينى)

(١٢) قوله: «إنه سائبة» عبد سائبة، أى لا ولاء بينه وبين معتقه من سباب، أى جرى وذبح كل مذهبه أى أعتق رجلاً عبده، وشرط أن لا يرثه فالشرط باطل. (كفاية)

(١٣) أى القدرورى. (عينى)

(١٤) قوله: «الولاء للمولى» لأن سبب الولاء العتق على الملك، وقد عتق على ملكه إذ المكاتب لا يورث، وكذلك المدبر لا يورث، فيعتق على ملكه أيضاً. (كفاية)

(١٥) الوار وصليّة.

المولى؛ لأنه^(١) عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة، وقد قررناه في المكاتب^(٢)، وكذا العبد الموصى بعتقه، أو بشرائه، وعتقه بعد موته؛ لأن فعل الوصى بعد موته^(٣) كفعله، والتركة على حكم ملكه^(٤).

وإن مات المولى عتق مدبروه، وأمهات أولاده لما بينا في العتاق^(٥)، وولاءهم له؛ لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاء.

ومن ملك ذام محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق^(٦)، وولاءه له؛ لوجود السبب وهو العتق عليه، وإذا تزوج^(٧) عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة وهي^(٨) حامل من العبد عتقت، وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً^(٩)، لأنه عتق على معتق الأم مقصوداً^(١٠)، إذ هو جزء منها^(١١) يقبل الإعتاق مقصوداً، فلا ينتقل ولاءه عنه عملاً بما روينا^(١٢).

وكذلك إذا ولدت ولداً^(١٣) لأقل من ستة أشهر^(١٤)؛ للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق، أو ولدت ولدين^(١٥) أحدهما لأقل^(١٦) من ستة أشهر^(١٧)؛ لأنهما توأمان^(١٨)

(١) المكاتب.

(٢) أى فى كتاب المكاتب.

(٣) الموصى.

(٤) حتى يقضى منها ديونه، ويكفن ويجهز هو منها.

(٥) فى باب التدبير وباب الاستيلاء.

(٦) فى فصل من كتاب العتاق.

(٧) هذا لفظ القدورى.

(٨) الواو حالية.

(٩) يعنى وإن أعتق مولى الأب الأب.

(١٠) قوله: "مقصوداً" وإنما قلنا: إنه صار معتقاً مقصوداً لأن الجنين هو جزء من الأم، والمولى أوقع العتق على جميع

أجزاءها مقصوداً، فيكون معتقاً للجنين الذى هو جزءها مقصوداً أيضاً، كذا ذكره شيخ الإسلام. (ك)

(١١) أى الأم.

(١٢) من أن الولاء لمن أعتق.

(١٣) أى وإن لم يعرف حملها وقت الإعتاق.

(١٤) من وقت الإعتاق.

(١٥) بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

(١٦) قوله: "لأقل من ستة أشهر" أى بيوم مثلاً والآخر بعدها. (ك)

(١٧) من وقت الإعتاق.

(١٨) هما ولدان يكون بين ولادتهما أقل من ستة أشهر.

ينعلقان معاً، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلاً وهي^(١) حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب، لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء^(٢) مقصوداً، لأن تمامه^(٣) بالإيجاب والقبول، وهو ليس بمحل له^(٤).

قال: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً، فولاء لموالى الأم؛ لأنه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها، فيتبعها في الولاء، ولم يتيقن^(٥) بقيامه^(٦) وقت الإعتاق حتى يعتق مقصوداً. فإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه، وانتقل عن موالى الأم إلى موالى الأب؛ لأن العتق ههنا في الولد يثبت تبعاً للأم، بخلاف الأول^(٧)، وهذا^(٨) لأن الولاء بمنزلة النسب، قال عليه السلام: «الولاء لحمة^(٩) كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»*. ثم النسب إلى الآباء، فكذلك الولاء^(١٠) والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب^(١١) ضرورة، فإذا صار^(١٢) أهلاً عاد الولاء إليه^(١٣) بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة، فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق^(١٤)، فجاءت

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "غير قابل لهذا الولاء [أى ولاء الموالاة] إلخ" بخلاف ولاء العتاقة، فإن الجنين يصير مقصوداً بالإعتاق، لأنه محل لإضافة العتق إليه، وبعد ما صار مقصوداً لا يمكن أن يجعل تابعاً لغيره في الولاء عليه. (ك)

(٣) عقد ولاء موالاة.

(٤) قوله: "وهو ليس بمحل له [أى للإيجاب والقبول]" فكان تابعاً في الولاء، فيجعل تابعاً للأب، لأن الأب هو الأصل في الولاء لكونه بمنزلة النسب. (كفاية)

(٥) لأنه ولد لأكثر من ستة أشهر بعد الإعتاق.

(٦) الحمل.

(٧) فإنه يثبت في الولد العتق قصداً لكونه من أجزاء الأم.

(٨) أى الجر.

(٩) قوله: "الولاء لحمة [بالضم: خویشی وقرابت. من] إلخ" رواه ابن حبان في "صحيحه"، ورواه الشافعي في "مسنده"، ورواه الحاكم في "المستدرک"، ورواه غيرهم، ولم أجد في شيء من طرق الحديث لفظ ولا يورث. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٥١، والذراية ج ٢: الحديث ٨٧٥ ص ١٩٤. (نعيم)

(١٠) إلى الآباء.

(١١) فإنه عبد.

(١٢) الأب.

(١٣) قوله: "عاد الولاء إليه [الأب]" فإن قيل: الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته، فكذلك الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته. قلنا: لا يفسخ، ولكن حدث الأولى منه فقدم عليه كما تقول في الأخ: إنه عصبية، فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيه، ولكن يقدم عليه. (كف)

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا إلخ" لما نوقض قوله: فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن

بولد لأقل من سنتين^(١) من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى^(٢) لموالى الأم وإن^(٣) أعتق الأب لتعذر إضافة العلق^(٤) إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطى وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعاً بالشك^(٥)، فاستند^(٦) إلى حالة النكاح، فكان الولد موجوداً عند الإعتاق^(٧)، فعتق مقصوداً^(٨).

وفى "الجامع الصغير"^(٩): فإذا تزوجت معتقة بعبد، فولدت أولاداً، فجنى الأولاد فعقلهم^(١٠) على موالى الأم، لأنهم عتقوا تبعاً لأهمهم، ولا عاقلة لأبيهم^(١١)، ولا موالى، فألحقوا بموالى الأم ضرورة كما فى ولد الملاعنة على ما ذكرنا^(١٢). فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا^(١٣)، ولا يرجعون^(١٤) على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم^(١٥) حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت^(١٦) للأب

كانت الأمة امرأة مكاتب، فمات من غير وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق، فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالى الأم، ولم ينتقل الولاء عنهم، وإن أعتق الأب والعبد فالجواب أن العود إليه لعود الأهلية، ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العلق إلخ. (عناية)

(١) قوله: "لأقل من سنتين" وفى بعض النسخ لأكثر من سنتين، والصحيح من الرواية لأقل من سنتين بدليل قوله: وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مراجعاً، وقد مر فى كتاب الطلاق أن المعتدة عن طلاق رجعى إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقنا بالعلق بعد الطلاق، فإن جاءت بولد لأقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لأنه لو حمل على وطفه فى العدة يصير مراجعاً، ولو حمل على ما قبل الطلاق، لا يصير مراجعاً، والمراجعة لم تكن، فلا يثبت بالشك. (ك) (٢) أى معتقاً.

(٣) الوار وصلية.

(٤) قوله: "لتعذر إضافة إلخ" أى لتعذر إضافة العلق إلى ما بعد الموت لاستحالة الميت، وإلى ما بعد الطلاق، أما إذا كان بائناً فلحرمة الوطى بعده، وأما إذا كان رجعياً فللأب الرجعة بالمشك، فأسند إلى حالة النكاح، فكان الحمل موجوداً عند إعتاق الأم عتق مقصوداً، فلا ينتقل. (معراج الدراية)

(٥) والرجعة لا تثبت بالشك.

(٦) العلق.

(٧) أى إعتاق الأمة فى العدة.

(٨) أى الولد، ومن عتق مقصوداً لا ينتقل ولاءه. (٩)

(٩) قوله: "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لاشتماله على بيان العقد، وبيان الفرق بينه وبين ولد الملاعنة. (عناية)

(١٠) الدية.

(١١) لرقيته.

(١٢) من أن ولد الملاعنة يلحق بالأم.

(١٣) من أن الأب صار أهلاً.

(١٤) أى موالى الأم.

(١٥) أى موالى الأم.

مقصوراً^(١)؛ لأن سببه^(٢) مقصور^(٣) وهو العتق، بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم، ثم أكذب الملاعن^(٤) نفسه حيث يرجعون عليه^(٥)، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق، وكانوا مجبورين^(٦) على ذلك^(٧) فيرجعون.

قال^(٨): "ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب^(٩)، فولدت له أولاداً، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة، قال^(١٠): وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف^(١١): حكمه حكم أبيه^(١٢)، لأن النسب إلى الأب^(١٣)، كما إذا كان الأب عربياً، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً^(١٤) لأنه هالك معني^(١٥).

(١٦) الولاء.

(١) أى على وقت عتقه.

(٢) أى سبب ثبوت الولاء للأب.

(٣) أى غير مستند إلى وقت سابق.

(٤) أى الأب.

(٥) الأب.

(٦) قوله: "وكانوا مجبورين [فلا يكونوا متبرعين. ن] إلخ" أى قوم الأم كانوا مجبورين على أداء الأرش، فلا يكونون متبرعين فى ذلك، فلذلك يرجعون. (ك)

(٧) أى أداء العقل.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ومن تزوج [أى الحر] من العجم إلخ" جمع العجمى وهو خلاف العربى، وإن كان فصيحاً، كذا فى "المغرب"، وصورة المسألة أن الحر العجمى الذى ليس بمعتق لأحد سواء كان له ولاء موالاة لأحد، أو لم يكن كذا فى "الزاد" و"شرح الأقطع".

وفى "الفوائد الظهيرية": هذه المسألة على وجوه، إن تزوجت نفسها من عربى، فولاء الأولاد لقوم الأب فى قولهم، لأن الشرف بأنساب العرب أقوى، وإن تزوجت نفسها من أعجمى له آباء فى الإسلام، فولاء الأولاد لقوم الأب عند أبي يوسف بلا ريب، وعلى قولهما اختلف المشايخ، حكى عن أبى بكر الأعمش، وأبى بكر الصغار رحمهما الله أنه لقوم الأب، وقال غيرهما: لقوم الأم. وإن تزوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب، وإلى أحدا ثمة، أو لم يوال فهى مسألة الكتاب، وإن تزوجت نفسها من عبد أو مكاتب، فولاء الولد لموالى الأم إجماعاً إلا إذا عتق العبد فيجر الولاء. (ك) قوله: "من العجم إلخ" أى تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد بمعتقة العرب، فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة ومحمد، وأموالهم لهم، لا لدوى أرحامه، حتى لو ترك هذا الولد عمه، أو خالة لم يكن لها شىء فى وجود معتق الأم وعصيته. (٤)

(١٠) أى المصنف.

(١١) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" ثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا مات هذا الولد، وترك عمه وغيرها من ذوى الأرحام، ومعتق أمه أو عصية معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصيته عندهما وعند أبي يوسف يكون لدوى الأرحام. (تبيين)

(١٢) قوله: "حكمه [الولد] حكم أبيه" فلا يكون عليه ولاء عتاقه، وإنما يورث ماله بين ذوى أرحامه، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فإنه لا يكون ولاءه لمولى أمه، لأن النسب إلى الآباء. (٤)

(١٣) وهو محل.

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام، حتى اعتبرت الكفاءة^(١) فيه^(٢)، والنسب في حق العجم ضعيف^(٣)، فإنهم ضيعوا أنسابهم^(٤)، ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب، والقوى لا يعارضه الضعيف، بخلاف ما إذا كان الأب عربياً لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة، والعقل^(٥) لما أن تناصرهم^(٦) بها^(٧) فأغنت^(٨) عن الولاء. قال^(٩): الخلاف في مطلق المعتقة^(١٠) والوضع^(١١) في معتقة العرب وقع اتفاقاً^(١٢)، وفي "الجامع الصغير"^(١٣): نبطي^(١٤)

(١٤) قوله: "بخلاف إلخ" أي فإن قيل: لما كان النسب إلى الآباء وجب أن يستوى الأب الحر والعبد، وليس كذلك، أجاب بأن العبد هالك معنى، وهذا المعنى معدوم إن كان الأب حراً، لأن الحر حياة باعتبار صفة المالكية، والعرب والعجم فيه سواء. (عناية)

(١٥) قوله: "لأنه هالك معنى" لأنه لا يملك شيئاً، ولأن للرق أثر الكفر، والكفر موت حكمي، قال الله تعالى: ﴿أَوْ مَنْ كَانَ مِينًا فَأُحْيِينَاهُ﴾، أي كافرأ فهديناه، فصار هذا الولد كأنه لا أب له، فينسب إلى موالى الأم ضرورة. (نت)

(١) قوله: "حتى اعتبرت الكفاءة إلخ" فإن الناس يتفاخرون بالعتاقة، ويعتبرونها في الكفاءة، فمن له أب واحد في الحرية لا يكون له كفوا من له أبوان فيها. (٤)

(٢) حتى إن معتقة العرب لا تكون كفواً لمعتق العجم. (حميدية)

(٣) قوله: "ضعيف" فإن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا، وبعد الإسلام بالإسلام، فإذا ثبت الضعف في جانب الأب كان هو والعبد سواء. (ك)

(٤) قوله: "ضيعوا أنسابهم" والمراد من تضييع أنسابهم عدم حفظهم أسماء آباءهم وهذا في الهنود ظاهر، لأن مدار حل النكاح وحرمة على الجهل بأسماء الآباء عندهم، ففيما يثبت الجهل يثبت الحل.

وقيل: معنى تضييعهم الأنساب أنهم لم يراعوا حقه بل يراعوا المال، أما تضييع النسب في العجمي الذين لحقوا بالعرب، وصاروا موالى لهم فأظهر. (أعظمي)

(٥) دية.

(٦) العرب.

(٧) الأنساب.

(٨) الأنساب.

(٩) أي المصنف.

(١٠) لأن محمداً ذكر المعتقة مطلقاً. (٤)

(١١) أي وضع القدوري. (٤)

(١٢) قوله: "وقع اتفاقاً" وفي العجم يعتبر الكفاءة أيضاً في ولاء العتاقة، حتى إن معتقة الحائك لا تكون كفوا لمعتق الأشراف، فيكون الترجيح لولاء العتاقة، لا لكونها من العرب، فلفظ العرب وقع اتفاقاً. (حميدية)

(١٣) قوله: "وفي الجامع الصغير" ذكر لفظ "الجامع الصغير" لبيان أن محمداً ذكر المعتقة مطلقاً، ولاشتماله على ولاء الموالاة. (٤)

(١٤) قوله: "نبطي" واحد النبط وهم جهل من الناس بسواد العرق، وفسر الفقيه أبو الليث النبطي برجل من غير العرب. (عيني)

قوله: "نبطي" نبط محرركة گروهی از مردم که در بطائح میان عراقین نازل شدند نبطی منسوب بوی. (من)

كافر تزوج بمعتقة^(١) قوم، ثم أسلم النبطى ووالى رجلا، ثم ولدت أولاداً قال أبو حنيفة ومحمد: مواليتهم موالى أمهم. وقال أبو يوسف: مواليتهم موالى أبيهم، لأن الولاء وإن^(٢) كان أضعف فهو من جانب الأب، فصار كالمولود^(٣) بين واحد^(٤) من الموالى، وبين العربية^(٥). ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله^(٦)، والضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى، ولو كان الأبوان معتقين^(٧)، فالنسبة إلى قوم الأب، لأنهما استويا، والترجيح لجانبه^(٨) لشبهه^(٩) بالنسب^(١٠)، أو لأن النصرة به^(١١) أكثر.

قال^(١٢): وولاء العتاقة تعصيب^(١٣) وهو^(١٤) أحق بالميراث من العمة والخالة؛ لقوله عليه السلام^(١٥) للذى اشترى عبداً فأعتقه: «هو أخوك»^(١٦) ومولاك إن شكرك^(١٧) فهو خير له وشركك^(١٨) وإن كفرك فهو خير لك^(١٩) وشركه^(٢٠) ولو مات

(١) قوله: "معتقة" والمراد بالمعتقة كافرة نصرانية، لتصور هذه المسألة إذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح، وغير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج. (كفاية)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كالمولود إلخ" فإن العجمى إذا تزوج العربية فولدت أولاداً فإنها تنسب إلى قوم أبيهم لأن النسب إلى الآباء، فكذا إذا كانت معتقة، لأن النسبة إلى الأم ضعيفة. (٤)

(٤) أى حر عجمى.

(٥) الحررة.

(٦) التسخ.

(٧) قوله: "ولو كان إلخ" راجع إلى أول الخلاف يعنى إذا كانت الأم معتقة والأب والى رجلا ففيه من الخلاف، وأما إذا كان الوالدان معتقين فقد أجمعوا على أن النسبة فى حقيقة النسب إلى قوم الأب، فيضاف الولد إلى الأب فى الشرف والدناءة، فكذلك فى الولاء. (٤)

(٨) الأب.

(٩) الولاء.

(١٠) لقوله عليه السلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

(١١) أى بالأب.

(١٢) أى القلدورى. (عيني)

(١٣) التعصيب جعل الإنسان عصبته. (ك)

(١٤) أى مولى العتاقة. (٤)

(١٥) قوله: "لقوله عليه السلام" رواه الدارمى فى "مسنده" إلا أنه قال فى الآخر: إن مات ولم يدع وارثاً فلك ماله، وروى عبد الرزاق فى "مصنفه" إلا أنه ليس فى روايته: «هو أخوك ومولاك»، وفى الآخر إن لم تكن له عصابة فهو لك، كذا قال الزيلعى.

(١٦) يعنى فى الدين. (٤)

ولم يترك وارثاً^(١) كنت أنت عصبته^(٢) *، وورث^(٣) ابنة حمزة على سبيل العصوبة^(٤) مع قيام وارث^(٥) *.

وإذا كان^(٦) عصبه يقدم على ذوى الأم^(٧)، وهو المروى عن علي^(٨) * * *، فإن كان للمعتق عصبه من النسب، فهو أولى من المعتق؛ لأن المعتق آخر العصبات، وهذا لأن قوله عليه السلام: «ولم يترك وارثاً»، قالوا المراد منه وارث هو عصبه^(٩) بدليل الحديث الثاني^(١٠)، فتأخر عن العصبه^(١١) دون ذوى الأم.

قال^(١٢): فإن كان للمعتق عصبه من النسب، فهو أولى منه؛ لما ذكرنا^(١٣)، وإن لم يكن له عصبه من النسب فميراثه للمعتق، تأويله^(١٤) إذا لم يكن

(١٧) أى بالمجازة على ما صنعت إليك.

(١٨) قوله: «وشر لك» لأنه أوصل إليك بعض الثواب فى الدنيا، فينتقص بقدره من ثواب الآخرة. (٤)

(١٩) قوله: «فهو خير لك» لأنه يبقى ثواب العمل كله فى الآخرة. (٤)

(٢٠) لأنه كفران النعمة. (٤)

(١) أى العصبه.

(٢) قوله: «أنت عصبته» يدل على أن المراد لم يترك عصبه حيث لم يقل: كنت وارثه. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٣، والدراية ج ٢، الحديث ٨٧٦ ص ١٩٤. (نعيم)

(٣) النبى عليه السلام.

(٤) وقد مر فى أول كتاب الولاء.

(٥) قوله: «مع قيام وارث» وهو بنت الميت، وذلك لأن النبى عليه السلام أعطى بنت الميت النصف والباقى لبنت

حمزة. (ب)

* * راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٤، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٧٤ ص ١٩٥. (نعيم)

(٦) مولى العتاقة.

(٧) قوله: «يقدم على ذوى الخ» لأن النبى ﷺ قدمه على الرد حيث ورث ابنة حمزة، وما رد الباقى على بنت الميت والرد مقدم على ذوى الرحم. (ك)

(٨) قوله: «وهو المروى عن علي» قلت: غريب عن علي، وأخرجه عبد الرزاق عن قتادة أن زيد ابن ثابت كان يورث المولى دون ذوى الأرحام. (ت)

* * * راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٤، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٧٦ ص ١٩٥. (نعيم)

(٩) لا وارث مطلقاً. (عنى)

(١٠) قوله: «بدليل الحديث الثانى» وهو توريث ابنة حمزة على سبيل العصبه مع قيام بنت المعتق. (ك)

(١١) النسبية.

(١٢) أى القدرى. (عنى)

(١٣) من أن المعتق آخر العصبات.

(١٤) قوله: «تأويله [أى تأويل قول القدرى. ٤]» أى تأويل قوله: فميراثه للمعتق أن لا يكون للمعتق عصبه من

هناك صاحب فرض ذو حال^(١)، أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه، لأنه عصبه على ما روينا^(٢)، وهذا^(٣) لأن العصبه^(٤) من يكون التناصر به لبيت النسبة^(٥)، وبالموالى الانتصار على ما مر^(٦)، والعصبه يأخذ ما بقى^(٧).

فإن مات المولى، ثم مات المعتق، فميراثه لبنى المولى دون بناته؛ لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن أو كاتب من كاتبن^(٨)، بهذا اللفظ ورد الحديث^(٩) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وفي آخره: «أو جر ولاء معتقهن»*، وصورة الجر قدمناها^(١٠).

ولأن ثبوت المالكية^(١١) والقوة فى المعتق من جهتها^(١٢)، فينسب^(١٣) بالولاء إليها^(١٤)، وينسب إليها من ينسب إلى مولاهما^(١٥)، بخلاف النسب^(١٦) لأن سبب النسبة

النسب ولا صاحب فرض ذو حال، أى له حال فرض لا غير، أما إذا كان صاحب فرض له حال تعصيب أيضاً لا شىء للمعتق، ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبه. (ك)

(١) أى ذو حال واحد كالبت. (٤)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مات ولم يترك وارثاً إلخ.

(٣) إشارة إلى قوله: لأنه عصبه. (٤)

(٤) قوله: "لأن العصبه إلخ" تقريره أن العصبه من يكون انتصار القبيلة به، وبالموالى يكون الانتصار على ما مر فى

أول كتاب الولاء، وهو قوله: وكان العرب تتناصر بأشياء، وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه. (٤)

(٥) أى لقبيلة هو منسوب إليها. (ك)

(٦) فى أول كتاب الولاء.

(٧) قوله: "والعصبه يأخذ إلخ" تمام الدليل، وتقديره فله الباقي، لأنه عصبه والعصبه يأخذ الباقي. (٤)

(٨) أو دبرن، أو دبر من دبرن، أو جر ولاء معتقهن، أو معتق معتقهن.

(٩) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٤، والدراية ج ٢، الحديث ٨٧٧ ص ١٩٥. (نعيم)

(١٠) قوله: "وصورة الجر قدمناها" وهى ما ذكر من قوله: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر إلى أن قال:

جر الأب ولاء ابنه، وصورة جر ولاء معتقهن: تزوج عبد امرأة بإذنهما بمعتقة قوم، فولدت منه أولاداً، فولاء الولد يكون لموالى الأم، وقلو أن المرأة أعتقت هذا العبد جر العبد ولاء الولد إلى نفسه، وجرت هى ذلك إلى نفسها.

وصورة جر ولاء معتق الأم أعتقت امرأة أعتقت قوم، ثم إن هذا العبد اشتري عبداً، ثم إن العبد الثانى تزوج بمعتقة قوم فولدت منه ولداً فولاء الولد لموالى الأم، فلو أن المعتق أعتق هذا العبد جر هذا العبد ولاء ولده، ثم جر المعتق الأول ذلك إلى نفسه، ثم جرت المرأة ذلك إلى نفسها. (ك)

(١١) قوله: "ولأن ثبوت إلخ" دليل ثانى علقى على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقهن، أو أعتق من أعتقن

إلخ. (عمى)

(١٢) أى من جهة المعتقة.

(١٣) أى المعتق.

(١٤) أى إلى المعتقة.

فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة .
وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بنى المولى بل هو لعصبته الأقرب
فالأقرب ؛ لأن الولاء لا يورث ^(١) ، ويخلفه فيه ^(٢) من يكون النصره به ، حتى لو ترك
المولى أباً وابناً ^(٣) ، فالولاء للابن عند أبى حنيفة ومحمد ، لأنه أقربهما عصوية ،
وكذلك الولاء للجد دون الأخ ^(٤) عند أبى حنيفة ؛ لأنه أقرب فى العصوية عنده ^(٥) ،
وكذا الولاء لابن المعتقة ^(٦) حتى يرثه دون أخيها ؛ لما ذكرنا ^(٧) إلا أن عقل ^(٨) جناية
المعتق على أخيها ^(٩) ، لأنه ^(١٠) من قوم أبيها ، وجنائته ^(١١) كجنائتها ^(١٢) .
ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر معناه بنى ابن ^(١٣) آخر ، فميراث المعتق للابن

(١٥) فإن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء. (٤)

(١٦) قوله: "بخلاف النسب" أى لا ينسب الولد إلى الأم يعنى إن ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء، ولا يثبت النسب من جانب النساء، ووجه الفرق أن سبب النسبة بالولاء إحداث قوة المالكية بالعتق، وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل، بخلاف النسب فإن سببه الفراش، وصاحب الفراش هو الرجل لا المرأة، لأنها مملوكة، فلا يعارض المالك فى استحقاق النسب، أما الرجل والمرأة فى نسبة العتق على السواء. (ك)

(١) قوله: "لأن الولاء لا يورث [حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب]" أى لا يجرى فى الولاء الإرث، لأنه لو كان استحقاق المال فيه بالإرث لكان للذكر مثل حظ الأنثيين، كما فى سائر الموارث، ولكن يجرى فيه الخلافة، والخلافة إنما تتحقق لمن يتحقق به النصره، والنصره إنما يكون بالابن دون الابنة، ألا ترى أن النساء لا يدخلن فى العاقلة عند تحمل الأرض لعدم النصره منهن. (ك)

(٢) أى فى الولاء.

(٣) قوله: "حتى لو ترك إلخ" صورته امرأة أعتقت عبداً، ثم ماتت عن ابن وأب، ثم مات العبد، فميراثه للابن خاصة عندهما، وهو قول أبى يوسف أولاً، ثم رجح فقال: لأبيها السدس، والباقي للابن، لأن الأبوة متحقق كالبنوة، ووجود الابن لا يوجب حرمان الأب، ولهذا لم يصير محروماً عن ميراثها به، فكذا عن ميراث معتقها، ولهما أن أقرب العصبات يقوم مقام المعتق بعد موته فى ميراث المعتق، واستحقاق الأب السدس بالفريضة دون العصوية. (عناية)

(٤) لأب وأم، أو لأب. (٤)

(٥) وهو لا يورث الإخوة والأخوات مع الجد.

(٦) قوله: "لابن المعتقة إلخ" أى امرأة أعتقت عبده، ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها دون أخيها، لما ذكرنا من أن الابن أقرب فى العصوية. (٤)

(٧) أى القرب فى العصوية.

(٨) الدية.

(٩) قوله: "على أخيها" لأن الميراث بالعصوية والابن أقرب العصبات، فأما عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها، لأنه من قوم أبيها، فأما ابنها ليس من قوم أبيها. (ك)

(١٠) الأخ.

(١١) المعتق.

(١٢) قوله: "كجنائتها" وجنائتها على قوم أبيها، فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم أبيها. (عناية)

دون بنى الابن، لأن الولاء للكبير^(١)، هو المروى عن عدة من الصحابة^(٢) منهم عمر وعلى، وابن مسعود وغيرهم أجمعين، ومعناه القرب^(٣) على ما قالوا: والصلبي أقرب^(٤).

فصل فى ولاء الموالة^(٥)

قال^(٦): وإذا أسلم رجل على يد رجل، ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه إذا جنى، أو أسلم على يد غيره^(٧)، ووالاه فالولاء صحيح، وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له غيره، فميراثه للمولى^(٨). وقال الشافعى: الموالة ليس بشيء^(٩)، لأن فيه إبطال حق بيت المال، ولهذا^(١٠) لا تصح فى حق وارث آخر^(١١)، ولهذا لا يصح عنده^(١٢) الوصية بجميع المال وإن^(١٣) لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال، وإنما يصح فى الثلث^(١٤).

(١٣) أى لابناته.

(١) بضم الكاف. (ت) أى لأكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً، كذا فى "المغرب". (ك)

(٢) قوله: "هو المروى عن عدة إلخ" رواه البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير، ورواه الدارمى فى "مسنده" عن عمر وعلى وزيد أنهم قالوا: الولاء للكبير. (ت)

(٣) قوله: "ومعناه الترب" أى معنى الكبر القرب فى العصوبة لا فى السن على ما قالوا، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنتين صغيراً وكبيراً، ثم مات المعتق، فالولاء بينهما نصفان لاستواءهما فى القرب إلى الميت من حيث النسب. (٤)

(٤) فاستحق الجميع. (٤)

(٥) قوله: "فصل فى ولاء الموالة" آخر ولاء الموالة عن ولاء العتاقة، لأن ولاء العتاقة أقوى، لأنه غير قابل للتحويل والانتقال فى جميع الأحوال، بخلاف ولاء الموالة، فإن للمولى فيه أن ينتقل. (ت)

قوله: "فى ولاء الموالة" صورته أن يقول مجهول النسب للذى أسلم على يديه أو لغيره: واليتك على أنى إن مت فميراثى لك، وإن جنيت فعلى عليك، وعلى عاقلتك، وقبيل الآخر منه يكون القابل مولى له يرثه إذا مات ويعقل عنه إذا جنى. وله شرائط، منها أن يكون من غير العرب، لأن العربى له نصرة بنفسه، أى قبيلة، وذلك أكد من نصرة الموالة، ومنها أن لا يكون معتقاً، ومنها أن يشترط الميراث والعقل، ومنها أن يكون لم يعقل عنه غيره، ومنها الإسلام على يده عند البعض، والصحيح أن ذا ليس بشرط. (ك)

(٦) أى القدرى. (عبنى)

(٧) الغرض أن الإسلام على يده ليس بشرط فى صحة الموالة.

(٨) قوله "فميراثه للمولى" أى للمولى الأعلى، وإذا مات الأسفل وإلا على ميت، فميراثه لأقرب الناس عصبية إلى الأعلى، كما فى ولاء العتاقة، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٩) أى ليس بشى موجب للإرث والعقل. (ك)

(١٠) أى لرعاية الإبطال.

(١١) فكذا لا يصح فى حق بيت المال، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم.

(١٢) أى عند الشافعى.

(١٣) الواو وصلية.

ولنا قوله تعالى: ﴿والذين عقدت أيمانكم^(١) فآتوهم نصيهم^(٢)﴾، والآية في الموالاة^(٣)، وسئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه^(٤)، فقال: «هو أحق الناس به محياه ومماته^(٥)»، وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين^(٦)، ولأن ماله حقه، فيصرفه إلى حيث يشاء، والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق، لا أنه مستحق^(٧).

قال^(٨): «وإن كان له وارث^(٩)، فهو أولى منه^(١٠)، وإن^(١١) كانت عمه، أو خالة، أو غيرهما من ذوى الأم؛ لأن الموالاة عقدهما، فلا يلزم غيرهما، وذوالم وارث، ولا بد من شرط الإرث والعقل^(١٢)، كما ذكر في الكتاب^(١٣)، لأنه^(١٤)

(١٤) أى الوصية بجميع المال.

(١) قوله: "والذين عقدت إلخ" أى عاقدتم أضاف العقد إلى أيماننا لأن أكثر الكسب تجرى على اليد. (عيني)

(٢) من الميراث. (ك)

(٣) قوله: "والآية في الموالاة" أى المراد عقد الموالاة بدليل ما سبق فى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون كان المراد من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثاً لا على سبيل القرية والبر ابتداء فكذلك المراد بما جعله معطوفاً عليه، لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، وليس المراد بقوله: عقدت أيمانكم القسم بل المراد الصفقة فإن العادة أن المتعاقدين يأخذ كل واحد منهما يمين صاحبه إذا عاقده، ويسمى العقد صفقة.

ولهذا ذكر فى المبسوط البكرى أن الله تعالى جعل ولاء الموالاة سبباً للتوارث مطلقاً من غير فصل بين أن يكون للميت وارث آخر، أو لم يكن، إلا أنه نسخ فى حق من كان له وارث آخر بقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾، ولا ناسخ فى حق من لا وارث له، فبقى داخل تحت ظاهر الآية. (ك)

(٤) قوله: "وسئل إلخ" قلت أخرجه أبو داود عن تميم الدارى قال: يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين، قال: «هو أولى الناس لمحياه ومماته». (ت)

(٥) أى حال حياته وحال مماته، وهو منصوب على الظرفية.

* راجع نصب الرأية ج٤ ص ١٥٥، والدراية ج٢، الحديث ٨٧٨ ص ١٩٥. (نعيم)

(٦) قوله: "فى حالتين هاتين" أى فى محياه عقلاً، وفى مماته إرثاً. (ك)

(٧) قوله: "لا أنه مستحق" لأن ورثة بيت المال مجهول أعيانهم، وهو لا يصلح مستحقاً لما عرف فى مصارف

الصدقات. (ن)

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) سوى مولى الموالاة.

(١٠) أى من مولى الموالاة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "ولا بد من شرط الإرث والعقل" لأن عقد الموالاة يقع على ذلك، فلا بد من ذكره، ولو شرطاً الإرث من الجانبين كان كذلك، ويتوارثان من الجانبين، بخلاف ولاء العتاقة، فإنه يورث الأعلى من الأسفل، لأن سببه الإحياء، وإذا وجد من الأعلى فى حق الأسفل لا من الأسفل فى حق الأعلى، وههنا السبب هو العقد والشرط، فعلى الوجه الذى وحد الشرط يثبت الحكم. (ك)

بالالتزم وهو بالشرط، ومن شرطه أن لا يكون المولى^(١) من العرب، لأن تناصرهم بالقبائل^(٢)، فأغني عن الموالة.

قال^(٣): وللمولى^(٤) أن ينتقل عنه^(٥) بولائه إلى غيره ما لم يعقل^(٦) عنه^(٧) لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية^(٨)، وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولاءه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط^(٩) في هذا^(١٠) أن يكون^(١١) بمحضر من الآخر، كما في عزل الوكيل قصداً^(١٢)، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره^(١٣) بغير محضر من الأول، لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي^(١٤) في الوكالة.

(١٣) قوله: "كما ذكر في الكتاب" أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله: وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه، ويعقل عنه. (ت)

(١٤) أى لأن الإرث أو العقل.

(١) الأسفل.

(٢) قوله: "لأن تناصرهم [عرب] إلخ" فإن قلت: إن التناصر حكمة وهي لا تراعى في كل فرد، وإنما تراعى في الجنس كما في الاستبراء فإن الحكمة فيه فراغ الرحم، وإنها تعتبر في الجملة لا في كل فرد، حتى لا يجب الاستبراء في من اشترى من امرأة أو اشترى أمة صغيرة.

قلنا: التناصر علة لا حكمة، فإن قيل: العلة لا بد أن تكون موجودة، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد، قلنا: التناصر يكون موجوداً تحقيقاً، أو تقديرًا لقيام سببه. (ك)

(٣) أى القدوري. (عيني)

(٤) الأسفل.

(٥) أى عن الذي والاه.

(٦) الأعلى.

(٧) الأسفل.

(٨) فيجوز الرجوع.

(٩) قوله: "إلا أنه يشترط إلخ" فإن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه، أما إذا كان الفسخ من الأسفل فلأنه ربما يموت الأسفل فيحسب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له، فيتصرف فيه، فيصير مضموناً عليه. وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلأن الأسفل بما يعتق عبداً على حسيان أن عقل عبيده على مولاه، ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه، فيتضرر كذا في "النهاية" و"معراج الدراية" نقلاً عن "الذخيرة". (نت)

(١٠) أى في فسخ عقد الموالة. (ك)

(١١) الانتقال والتبري.

(١٢) قوله: "كما في عزل إلخ" أى عزل الوكيل قصداً لا يجوز بدون علمه، ويجوز ضمناً فكذا للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من الأول في ضمن عقد الولاء مع غيره، ولكن ليس للأعلى والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصداً كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصداً، فإن قيل فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجباً فسخ العقد الأول. قلنا: لأن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره، فكذا الولاء، ففرقنا إن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول. (ك)

(١٣) الأعلى.

قال^(١): وإذا عقل^(٢) عنه^(٣) لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره؛ لأنه تعلق به حق الغير^(٤)، ولأنه قضى به القاضى، ولأنه^(٥) بمنزلة عوض ناله^(٦) كالعوض فى الهبة^(٧)، وكذا لا يتحول ولده^(٨)، وكذا إذا عقل^(٩) عن ولده^(١٠) لم يكن لكل واحد منهما^(١١) أن يتحول لأنهما فى حق الولاء كشخص واحد.

قال^(١٢): وليس لمولى العتاقة^(١٣) أن يوالى أحداً لأنه لازم^(١٤)، ومع بقاءه لا يظهر الأذى.

كتاب الإكراه^(١٥)

الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر^(١٦) على إيقاع ما يوعده^(١٧) به سلطاناً كان أو لصاً؛ لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفى به^(١٨) رضاه^(١٩)، أو يفسد به

(١٤) قوله: "بمنزلة العزل الحكيمى" كما إذا باع الموكل ما وكل الوكيل ببيع بغير محضره، فينزل الوكيل. (مل)

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) الأعلى.

(٣) أى عن الأسفل.

(٤) أى الأعلى.

(٥) أى أداء الدية.

(٦) أى وجده الأسفل.

(٧) فإنه بعد العوض لا يصح الرجوع.

(٨) قوله: "وكذا لا يتحول [بعد ما عقل الجنابة عن أبيه] ولدها الخ" أى لا يتحول ولده إلى غيره بعد الكبر، لأن ولاء الأب تأكد بعقل الجنابة، وتأكد التبعية بتأكد الأصل، فكما ليس للأب أن يتحول عنه بعد ما عقل جنابته، فكذا ليس لولده إذا كبر. (ك)

(٩) الأعلى.

(١٠) الأسفل.

(١١) أى من الأسفل وولده.

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) أى المعتق.

(١٤) قوله: "لأنه [أى لأن] ولاء العتاقة لازم" لا يحتمل النقص لأن سببه لا يحتمل النقص وهو العتق، فلا ينفسخ. (تبيين)

(١٥) قوله: "كتاب الإكراه [هو فى اللغة: مصدر أكرهه إذا حمه على أمر يكرهه، ولا يريد، والكره - بالفتح -

اسم منه، وفى الشرع: اسم لفعل الخ. ك] الخ" قيل فى مناسباته أن الولاء من آثار العتق، و العتق لا يؤثر فيه الإكراه، فناسب ذكره عقبه، أو لأنه نادر كالموالة. (رد المحتار)

(١٦) فإنه إذا لم يتمكن من ذلك فأكراهه هذيان. (ك)

(١٧) إيعاد: ترسانيدن بيدى. (من)

(١٨) قوله: "فينتفى به الخ" اعلم أن الشائم المذكور فى عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان،

اختياره مع بقاء أهليته^(١)، وهذا^(٢) إنما يتحقق إذا خاف المكره^(٣) تحقيق ما يوعد به^(٤)، وذلك^(٥) إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة. والذي قاله أبو حنيفة: إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنعة^(٦) له، والقدرة لا يتحقق بدون المنعة، فقد قالوا^(٧): هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، ولم يكن القدرة في زمنه^(٨) إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله^(٩)، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد^(١٠) به، وذلك^(١١) بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولاً^(١٢) على ما دعى إليه من^(١٣) الفعل.

قال^(١٤): وإذا أكره الرجل على بيع ماله^(١٥)، أو على شراء سلعة، أو على أن يقتر

نوع يعدم الرضا، ويفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بقتل، أو بقطع عضو وهو الإكراه الملجئ، ونوع يعدم الرضى ولا يفسد الاختيار، وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل، أو بحبس، وهو الإكراه الغير الملجئ، وكل منهما لا ينافي الأهلية، ولا الخطاب. فمراده بقوله: فينتفى رضاه أن ينتفى رضاه به بدون فساد الاختيار بقرينة مقابلة قوله: أو يفسد به اختياره، فإن العام إذا قوبل بالخاص يزداد به ما عبداً ذلك الخاص، كما في قوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾، فكان قوله: فينتفى به رضاه إشارته إلى أحد نوعي الإكراه، وهو غير الملجئ، وقوله: أو يفسد به اختياره إشارة إلى النوع الآخر منهما، وهو الملجئ. (نت)

(١٩) قوات الرضا بالإكراه بالحبس أو الضرب القليل، وفساد الاختيار بالإكراه بالقتل. (حميدية)

(١) قوله: "مع بقاء أهليته" أى لا يزول به أهلية المكره، ولا يسقط عنه الخطاب، لأن المكره مبتلى، والابتلاء

يحقق الخطاب، ألا ترى أنه متردد بين فرض وخطر ورخصته، ويأثم مرة، ويؤجر أخرى، وهو آية الخطاب. (ك)

(٢) أى الإكراه.

(٣) قوله: "إذا خاف إلخ" أى يكون خائفاً عن نفسه من جهة المكره فى إيقاع ما هدد به عاجلاً، لأنه لا يصير

ملجأً محمولاً طبعاً إلا بذلك. (ك)

(٤) بأن يغلب على ظنه أنه يفعله. (ع)

(٥) أى الخوف.

(٦) حماية كئندگان وپشتی دهندگان. (من)

(٧) المشايخ.

(٨) الإمام.

(٩) حتى حصل القدرة بغير السلطان أيضاً.

(١٠) تهديد ترسانیدن. (من)

(١١) الخوف.

(١٢) مضطر.

(١٣) بيان ما.

(١٤) أى القدرى. (عنى)

(١٥) قوله: "وإذا أكره إلخ" والأصل أن تصرفات المكره قولاً منعقدة عندنا إلا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع

لرجل بألف، أو يؤاجر داره، وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد^(١)، أو بالحبس^(٢)، فباع أو اشترى فهو بالخيار^(٣)، إن شاء أمضى البيع، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع؛ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي، قال الله تعالى^(٤): ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(٥)﴾، والإكراه بهذه الأشياء^(٦) يعدم الرضاء^(٧)، ففسد. بخلاف ما إذا أكره^(٨) بضرب سوط، أو حبس يوم، أو قيد يوم^(٩)؛ لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة، فلا يتحقق به الإكراه، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب^(١٠) يعلم أنه يستضرب به لفوات الرضاء^(١١)، وكذا الإقرار^(١٢) حجة لترجع جنبه الصدق^(١٣) فيه على جنبه الكذب^(١٤)، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة.

والإجارة يفسخ، وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعناق والنكاح والتدبير والاستيلاء فهو لازم. (ك)

(١) قوله: "أو بالضرب الخ" قال في المبسوط: والحد في الحبس الذي هو إكراه ما يجيء الاغتنام البين به، وفي الضرب الذي هو إكراه ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حد لا يزداد عليه ولا ينقص منه، لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون، ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه، فما رأى أنه أكره أبطل الإقرار، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس. (ك)

(٢) أى المديد منه. (ك) قيل: إن الحبس المديد ما زاد على يوم.

(٣) أى إن فعل ما دعى إليه، ثم زال الإكراه فهو الخ. (٤)

(٤) قوله: "قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أى بالحرام فى الشرع كالربا والغصب، ﴿إلا﴾ أى لكن ﴿أن تكون تجارة﴾، أى تكون الأموال أموال تجارة صادرة عنكم ﴿عن تراض منكم﴾ وطيب نفسه، فلکم أن تأكلوها.

(٥) قوله: "إلا أن تكون تجارة الخ" فإن قيل: الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء لكن مطلق قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع وحرم الربا﴾ يوجب جواز البيع وإن انعدم التراضي. قلنا: البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي، والأصل ورود الشرع على وفاق الحقيقة، ولأنه مخصوص فيخص بدون الرضاء.

فإن قيل: هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضى الوجود عند الوجود، ولا يقتضى العدم عند عدمه، كما فى قوله تعالى: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾، قلنا: أول الآية ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، واستثنى منه التجارة بالتراضي، فيبقى غيره فى صدر الكلام، توضيحه أن المستثنى لما كانت بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو الكره. (ك)

(٦) قوله: "بهذه الأشياء" أى القتل والضرب الشديد والحبس المديد. (نتائج الأفكار)

(٧) وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ففسد. (٤)

(٨) المراد بالإكراه ههنا معناه اللغوى.

(٩) فإنه لا يكون إكراهًا.

(١٠) قوله: "إلا إذا كان الرجل الخ" فإن الشرفاء والأجلة من العلماء الكبراء وأصحاب المناصب يستكفون عن ضرب سوط واحد، وحبس يوم واحد أكثر مما يستنكف غيره من ضرب سياط، وحبس أيام ولهذا قال محمد: ليس فى ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به. (٤)

(١١) أى فهو إكراه لوجود العلة، وهو فوات الرضاء.

(١٢) قوله: "وكذا الإقرار الخ" معطوف على قوله: لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي إلى قوله: ففسد فإنه

دليل مستقل فى حق فساد الإقرار بالإكراه. (نت)

ثم إذا باع مكرهاً، وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا، وعند زفر لا يثبت^(١) لأنه^(٢) بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو أجاز جاز، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك. ولنا: أن ركن البيع^(٣) صدر من أهله^(٤) مضافاً إلى محله^(٥)، والفساد لفقد شرطه وهو التراضي^(٦)، فصار^(٧) كسائر الشروط المفسدة، فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه^(٨)، وأعتقه، أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه^(٩) جاز، ويلزمه^(١٠) القيمة^(١١) كما في سائر البياعات^(١٢) الفاسدة^(١٣)، وبإجازة المالك يرتفع المفسد، وهو الإكراه وعدم الرضاء، فيجوز^(١٤)، إلا أنه^(١٥) لا ينقطع به^(١٦) حق استرداد البائع^(١٧) وإن^(١٨) تداولته الأيدي، ولم يرض البائع بذلك.

(١٣) قوله: "لترجع جنبه الصدق إلخ" فلا يكون لاحتمال الكذب اعتباراً، ولا ترجيح للصدق حال الإكراه، لأن العقل يعتبر حينئذ احتمال أنه يكذب لدفع المضرة. (أعظمى)

(١٤) فإنه عاقل بالغ ذو دين.

(١) الملك.

(٢) أى لأن بيع المكره.

(٣) أى الإيجاب والقبول. (٤)

(٤) أى العاقل البالغ. (٤)

(٥) أى المال. (٤)

(٦) قوله: "والفساد لفقد شرطه [البيع] وهو التراضي" إذ تأثير فوات شرط الجواز فى إفساد العقد كما فى الربا، فإن المساواة فى الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا عدم المساواة يفسد العقد، ويثبت الملك للمشتري بالقبض، فهذا مثله. (ك)

(٧) أى فصار الفساد بنقود شرط كفساد بسبب سائر الشروط.

(٨) المشتري.

(٩) كالتدبير والاستيلاء. (عيني)

(١٠) المشتري.

(١١) لا الثمن.

(١٢) قوله: "كما فى سائر البياعات [بياعة بالكسر متاع، كالائى فروختنى بياعات جمع. من]" فإن قيل: لو كان بمنزلة البيع الفاسد وجب أن لا يعود جائزاً فى الأحوال كلها كما لو باع درهماً بدرهمين وأشباهه، قلنا: بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث توقفه على إجازة المالك له، والبيع الفاسد من حيث إنه صدر عن المالك مع عدم شرط جوازه، فمن حيث إنه يشبه البيع الموقوف فمن أى وقت أجازته المالك يعود جائزاً، ومن حيث إنه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملاً بالشبهين. (ك)

(١٣) أى بيع البياعات.

(١٤) بخلاف سائر البياعات فإن المفسد فيه باق. (٤)

(١٥) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: كما فى سائر البياعات الفاسدة، فإن فيه إذا باع المشتري ما اشترى بشراء فاسد لم يبين للبائع الأول حق استرداده، وههنا لا ينقطع إلخ. (عناية)

(١٦) أى بسبب الإكراه. (٤)

بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد^(١١)، وحقه مقدم^(١٢) لحاجته، أما ههنا الرد لحق العبد^(٣)، وهما^(٤) سواء، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني.

قال: ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً^(٥) يجعله كبيع المكره^(٦)، حتى ينقض بيع المشتري من غيره، لأن الفساد لفوات الرضاء^(٧)، ومنهم من^(٨) جعله رهنا لقصد المتعاقدين^(٩)، ومنهم من جعله باطلاً^(١٠) اعتباراً بالهازل، ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً مفيداً لبعض الأحكام^(١١) على ما هو المعتاد^(١٢) للحاجة إليه.

قال^(١٣): فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع؛ لأنه^(١٤) دليل الإجازة كما

(١٧) المكره.

(١٨) الواو وصلية.

(١) أى المشتري الثانى.

(٢) على حق الله.

(٣) أى البائع المكره.

(٤) أى البائع الأول المكره والمشتري الثانى.

(٥) قوله: "ومن جعل إلخ" ذكر بيع الوفاء فى كتاب الإكراه، وذكر القول بالفساد أو لا يشعر بأن المختار عنده الفساد، ثم إن تفسير الجواز فى قول مشايخ سمرقند بإفادة بعض الأحكام صريح فى أنه ليس جائزاً مطلقاً، لأنه فى قوة الفاسد المفيد لبعض الأحكام. (أعظمى)

قوله: "البيع الجائز المعتاد [أى] بسمرقند ونواحيها. ك [إلخ]" يريد به بيع الوفاء صورته أن يقول البائع للمشتري: بع منك هذا العين هكذا على أنى إذا دفعت إليك ثمنك تدفع العين إلى. (عناية)

(٦) وعليه الإمام ظهير الدين، والصدر الشهيد حسام الدين.

(٧) كما فى بيع المكره.

(٨) وهو السيد الإمام أبو شجاع والقاضى الإمام على السعدي.

(٩) قوله: "لقصد إلخ" لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن إذ العبرة للمقاصد والمعاني، فلا يملكه المرتين، ولا يحل له الانتفاع إلا بإذن مالكة، وهو ضامن لما أكل من ثمره، واستهلك من عينه، والدين ساقط بهلاكه فى يده إذا كان له وفاء بالدين ولا ضمان عليه فى الزيادة إذا هلك بغير صنعه. (٤)

(١٠) قوله: "من جعله باطلاً" لأنهما تكلمتا بلفظ البيع، وليس البيع قصدهما، فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضاء صاحبه، ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه. (٤)

(١١) وهو الانتفاع به دون البيع والهبة. (٤)

(١٢) قوله: "على ما هو المعتاد" يعنى أنهم فى عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري، ويرد هو المبيع على البائع من غير امتناع، ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه ببيع أو هبة، ولهذا سموه بيع الوفاء، لأنه وفى عهده من رد المبيع. (٤)

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١٤) أى قبض الثمن طوعاً.

في البيع الموقوف^(١)، وكذا إذا سلم^(٢) طائعاً، بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع، لأنه دليل الإجازة، بخلاف ما إذا أكرهه على الهبة، ولم يذكر الدفع، فوهب^(٣) ودفع^(٤) حيث يكون باطلاً^(٥) لأن مقصود المكره الاستحقاق^(٦) لا مجرد اللفظ، وذلك في الهبة بالدفع، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل^(٧)، فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع.

قال: وإن قبضه^(٨) مكرهاً، فليس ذلك بإجازة، وعليه^(٩) رده^(١٠) إن كان قائماً في يده^(١١)؛ لفساد العقد^(١٢)، قال: وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن^(١٣) قيمته للبائع، معناه والبائع مكره، لأنه^(١٤) مضمون عليه بحكم عقد فاسد^(١٥). وللمكره^(١٦) أن يضمن المكره إن شاء؛ لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإلتلاف^(١٧)، فكانه دفع مال البائع^(١٨) إلى المشتري، فيضمن أيهما^(١٩) شاء^(٢٠)

(١) إذا قبض الثمن كان إجازة.

(٢) المبيع إلى المشتري.

(٣) أي كرهاً.

(٤) أي طائعاً.

(٥) قوله: "حيث يكون باطلاً [لا جائزاً وإن دفع وسلم طائعاً]" أي فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا أن فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض، فإن تصرف فيه فقد تصرفه وعليه ضمان قيمتها. (عناية)

(٦) أي استحقاق الموهوب له أو المشتري.

(٧) قوله: "على ما هو الأصل" يريد به أن الأصل في البيع أن يتعلق الاستحقاق به من غير قبض والتوقف على القبض أو الإجازة من العوارض، فلم يكن الإكراه على البيع إكراهاً على الدفع، فكان الدفع عن اختيار منه، وذا دليل الإجازة، أما الهبة في أصل الوضع، فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض، فكان الإكراه على الهبة إكراهاً على الدفع نظر إلى مقصود المكره، وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق، وإزالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد. (كفاية)

(٨) أي البائع الثمن.

(٩) البائم.

(١٠) الثمن.

(١١) قوله: "إن كان [الثمن] قائماً إلخ" وإن كان هالكاً لا يأخذ منه شيئاً، لأن الثمن كان أمانة عند المكره؛ لأنه أخذه بإذن المشتري، والقبض متى كان بإذن المالك، فإنما يجب الضمان إذا قبضه للملك، وهو لم يقبضه للملك، لأنه كان مكرهاً على قبضه، فكان أمانة. (كفاية)

(١٢) أي بالإكراه. (ك)

(١٣) المشتري.

(١٤) مبيع.

(١٥) أي البيع بالإكراه.

(١٦) البائع.

كالغاصب، وغاصب الغاصب، فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع^(١)، وإن ضمن المشتري^(٢) نفذ كل شراء كان بعد شراؤه^(٣) لو تناسخته^(٤) العقود، لأنه^(٥) ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه، ولا ينفذ^(٦) ما كان قبله، لأن الاستناد^(٧) إلى وقت قبضه، بخلاف ما إذا أجاز المالك المكره عقداً^(٨) منها^(٩)، حيث يجوز ما قبله وما بعده؛ لأنه^(١٠) أسقط حقه، وهو^(١١) المانع^(١٢) فعاد الكل إلى الجواز، والله أعلم.

فصل (١٣)

وإن أكره على أن يأكل الميتة، أو يشرب الخمر، فأكره على ذلك بحبس، أو بضرب^(١٤) أو قيد لم يحل له^(١٥) إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه، أو على عضو

(١٧) قوله: "فيما يرجع إلى الإتلاف" أى وإن لم يصلح آلة له من حيث إنه كلام، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح. (ك)

(١٨) المكره.

(١٩) أى المشتري والمكره.

(٢٠) فإن المالك يختار فى تضمين أيهما شاء.

(١) قوله: "لقيامه مقام البائع" أى بأداء الضمان لأن المضمون يصير ملكاً للضامن وقت سبب الضمان. (ك)

(٢) أى أحد المشتريين. (ك)

(٣) أى شراء هذا المشتري الضامن.

(٤) أى تداولته الأيدي بالبيع.

(٥) أى لأن هذا المشتري الضامن.

(٦) أى لا ينفذ شراء كان قبل شراء هذا المشتري الضامن.

(٧) أى استناد ملك المشتري. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف إلخ" أى فإن قيل: ما الفرق بين تضمينه مشترياً وإجازته عقداً منها، حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك، أجاب بقوله: لأنه أسقط حقه، يعنى فى صورة الإجازة، وهو إلخ. (ع)
قوله: "ما إذا أجاز إلخ" وبخلاف ما إذا أجاز المالك فى بيع الفضولى واحداً من الأشربة حيث يجوز ما أجازة خاصة، لأنه باع كل واحد منهم ملك غيره، وقد صار لواحد منهم ملك بات بالإجازة، فأبطل الملك الموقوف لغيره، وههنا كل واحد باع ملكه إذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد المالك، فإذا أسقط نفذ الكل. (كفاية)

(٩) أى من هذه العقود المتداولة.

(١٠) المالك المكره.

(١١) أى حقه.

(١٢) من النفاذ.

(١٣) قوله: "فصل" إنما فصل بفصل، لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه، ومسائل هذا الفصل ليست كذلك، لأنها محظورة قبل الإكراه فى حالة السعة. (نت)

من أعضائه، فإذا خاف على ذلك^(١) وسعه أن يقدم على ما أكره عليه، وكذا^(٢) على هذا الدم ولحم الخنزير؛ لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة، كما في حالة المخمصة^(٣)، لقيام المحرم فيما وراءها^(٤)، ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس، أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك^(٥) بالضرب الشديد، وغلب على ظنه، ذلك^(٦) يباح له ذلك^(٧)، ولا يسعه أن يصبر على ما توعد^(٨) به.

فإن صبر حتى أوقعوا به^(٩) ولم يأكل فهو آثم، لأنه لما أبيع^(١٠) كان^(١١) بالامتناع معونا لغيره على إهلاك نفسه، فيأثم كما في حالة المخمصة^(١٢)، وعن أبي يوسف أنه لا يأثم لأنه رخصة^(١٣)، إذ الحرمة قائمة، فكان أخذًا بالعزيمة^(١٤).

قلنا: حالة الاضطرار مستثنى بالنص^(١٥)، وهو^(١٦) تكلم بالحاصل بعد الثبوت،

(١٤) أى يسير لا يخاف به تلف النفس أو العضو. (٤)

(١٥) أى الإقدام على أن يأكل الميتة أى يشرب الخمر. (٤)

(١) أى النفس أو العضو.

(٢) أى على التفصيل المذكور، وهو أنه إن أكره بحبس، أو ضرب، أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف على النفس أو العضو.

(٣) قوله: "المخمصة [مخمصة: غرسنكى. (من) أى الجماعة الشديدة. رد المحتار]" هو خلو البطن عن الغذاء يقال:

رجل خميص البطن إذا كان طاريا خاليا، كذا فى "معالم التنزيل". (ك)

(٤) ضرورة.

(٥) أى النفس أو العضو.

(٦) أى إن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك.

(٧) قوله: "يباح له ذلك" أقول فيه إشكال، فإن المباح ما استوى طرفا فعله وتركه كما تقرر فى علم الأصول،

وفيمنا نحن فيه إذا خيف على النفس، أو على العضو كان طرف الفعل راجحا، بل فرضا، كما صرح به فى كتب الأصول. (نتائج)

(٨) توعد: بيدى ترسانيدن. (من)

(٩) أى تناولوا أو أتلفوا عضوه، ولم يتناول. (٤)

(١٠) قوله: "لأنه لما أبيع الخ" أى لأنها فى هذه الحالة مباحة على ما بينا، وإهلاكه النفس أو العضو بالامتناع عن

المباح حرام فيأثم. (تبيين)

(١١) المكروه.

(١٢) لو لم يأكل فمات يأثم.

(١٣) قوله: "لأنه رخصة الخ" يعنى إن الإثم ينتفى عن المضطر، ولا ينكشف الحرمة بالضرورة، قال الله تعالى:

﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾. (ك)

(١٤) هو الحكم المشروع أولا من غير عذر.

(١٥) فى قوله تعالى: ﴿قد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم﴾.

(١٦) أى الاستثناء.

فلا محرم، فكان إباحة لا رخصة^(١)، إلا أنه إنما يَأْتَمُّ^(٢) إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، لأن في انكشاف الحرمة خفاء^(٣)، فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام^(٤)، أو في دار الحرب^(٥).

قال^(٦): وإن أكره - على الكفر بالله تعالى - والعياذ بالله - أو بسب رسول الله

صلى الله عليه وآله وسلم بغيره، أو بحبس، أو ضرب لم يكن ذلك إكراهًا، حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضائه؛ لأن الإكراه بهذه الأشياء^(٧) ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر^(٨)، ففي الكفر وحرمة^(٩) أشد^(١٠) أولى وأحرى^(١١). قال: فإذا خاف على ذلك^(١٢) وسعه أن يظهر ما أمر به^(١٣)، ويوزى^(١٤)، فإن أظهر ذلك وقلبه^(١٥) مطمئن بالإيمان، فلا إثم عليه؛ لحديث عمار بن ياسر حين ابتلى به^(١٦)، وقد قال له النبي عليه السلام: * «كيف وجدت قلبك قال

(١) قوله: "لا رخصة" فامتناعه عن تناول كামتناعه من تناول الطعام الحلال، حتى تلفت نفسه أو عضوه، فكان أثمًا لكنه إنما يَأْتَمُّ إذا علم إلخ. (عناية)

(٢) قوله: "إلا أنه إنما يَأْتَمُّ إلخ" إنما قال: هذا لبيان أن الحكم بالإثم على تقدير الصبر وترك الأكل في مسألتنا هذه ليس على إطلاقه، بل فيما إذا علم بالإباحة في هذه الحالة، وأما إذا لم يعلم بها فلا إثم عليه في تركه لكونه معذورًا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء. (نت)

(٣) لأنه أمر يختص بمعرفة الفقهاء.

(٤) أى بفروغ الدين.

(٥) فإنه عذر.

(٦) أى القدورى. (عينية)

(٧) أى القيد والحبس والضرب.

(٨) آنفًا.

(٩) الواو حالية.

(١٠) من حرمة الخمر.

(١١) بأن لا يكون إكراهًا.

(١٢) أى النفس أو العضو.

(١٣) من إجراء كلمة الكفر. (٤)

(١٤) قوله: "ويوزى إلخ" التورية أن يظهر خلاف ما يضمن، فجاز أن يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب، وجاز

أن يكون الإتيان بلفظ يحتمل معنيين. (٤)

(١٥) الواو حالية.

(١٦) قوله: "لحديث عمار بن ياسر إلخ" قلت: رواه الحاكم في "المستدرک" في تفسير سورة النحل عن عبيدة بن

محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال: أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوه حتى سب النبي ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه فلما أتى رسول الله ﷺ قال: ما تركت حتى قلت منك، وذكرت آلهتهم بخير قال: فكيف تجد قلبك؟

مطمئناً بالإيمان فقال عليه السلام فإن عادوا^(١) فعد^(٢)»، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إلا من أكره^(٣) وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ الآية، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الإيمان حقيقةً لقيام التصديق^(٤)، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل إليه.

قال: فإن صبر حتى قتل، ولم يظهر الكفر كان مأجوراً؛ لأن خبيبا صبر على ذلك^(٥)، حتى صلب^(٦) وسماه رسول الله عليه السلام: «سيد الشهداء»، وقال في مثله^(٧): «هو رفيقي في الجنة»*، ولأن الحرمة^(٨) باقية^(٩)، والامتناع لإعزاز الدين^(١٠) عزيمة، بخلاف ما تقدم^(١١) للاستثناء^(١٢).

قال: مطمئناً بالإيمان، قال: فإن عادوا فعد، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨٧٩ ص ١٩٧. (نعيم)

(١) أى إلى الإكراه.

(٢) قوله: "فعد" أى إلى طمأنينة القلب لا إلى إجراء كلمة الكفر، والطمأنينة جميعاً لأن أدنى درجات الأمر الإباحة، فيكون إجراء كلمة الكفر مباحاً، وليس كذلك لأن الكفر مما لا ينكشف حرمة. (عناية)

(٣) قوله: "إلا من أكره" ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً﴾ عليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، قوله: من مبتدأ أو شرطية، والخبر أو الجواب لهم وعيد شديد دل عليه قوله: ولكن من شرح إلخ، وقوله: صدراً معناه طابت به نفسه، كذا فى "الجلالين".

(٤) قوله: "لا يفوت الإيمان إلخ" لأن الركن الأصلى فيه هو التصديق، وهو قائم حقيقة، والإقرار ركن زائد، وهو قائم تقديراً، لأن التكرار ليس بشرط، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة، فكان ما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً، وفوت حق الله توهماً، فيسعه الميل إلى إحياء حقه. (٤)

(٥) قوله: "صبر على ذلك إلخ" قلت: غريب، وقتل خبيب فى صحيح البخارى فى مواضع وليس فيه أنه صلب، ولا أن النبى ﷺ سماه سيد الشهداء، ولا أنه قال فيه: هو رفيقى فى الجنة، والمعروف فى قوله عليه السلام: سيد الشهداء أنه فى حمزة، رواه الحاكم فى "المستدرک" وقصة قتله أنه أخذه بنوحيان، وربطوه، وباعوه فى مكة من بنى الحارث، بن عامر بن نوفل، وكان خبيب قتل الحارث يوم بدر، فمكث عندهم أسيراً، ثم خرجوا به من الحرم ليقتلوه، فصولى ركنين، ثم تام إليه عقبه بن الحارث، فقتله، كذا فى "صحيح البخارى" وغيره. (مل)

(٦) صلبه صلباً: بردار كشيد أو را. (من)

(٧) أى فيه، وكلمة مثل زائدة. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٥٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٠ ص ١٩٧. (نعيم)

(٨) أى حرمة إجراء كلمة الكفر.

(٩) لتناهى قيح الكفر.

(١٠) قوله: "والامتناع لإعزاز الدين" فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين وإقامة حق الله تعالى، وحق غيره من العباد كان

شهيداً. (تبيين)

(١١) قوله: "بخلاف ما تقدم [من الحرمة]" من أكل الميتة وشرب الخمر فإن الحرمة هناك لم تكن باقية الاستثناء، واعتضض عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضاً مستثنى بقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ من قوله: ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه﴾، فينبغى أن يكون مباحاً كأكل الميتة وشرب الخمر.

قال^(١): وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه، أو على عضو من أعضائه، وسعه أن يفعل ذلك؛ لأن مال الغير يستباح للضرورة، كما في حالة المخمصة^(٢)، وقد تحققت، ولصاحب المال أن يضمن المكره^(٣)؛ لأن المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له^(٤)، والإتلاف من هذا القبيل^(٥).

وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه، ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان أثماً؛ لأن قتل المسلم^(٦) مما لا يستباح لضرورة ما، فكذا بهذه الضرورة^(٧)، والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً.

قال^(٨): وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال زفر: يجب على المكره، وقال أبو يوسف: لا يجب عليهما^(٩)، وقال الشافعي: يجب عليهما. لزفر أن الفعل من المكره حقيقة^(١٠) وحسباً^(١١)، وقرر الشرع حكمه^(١٢) عليه وهو^(١٣) الإثم، بخلاف الإكراه على

وأجيب بأن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه، وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فأنه تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه، وإنما دفع عنه العذاب والعقاب، 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 منقيا مع قيام العلة الموجبة للغضب، وهي الحرمة، فلم يثبت إباحته إجراء كلمة الكفر. (٤)

(١٢) قوله: "للاستثناء" يعني قوله تعالى: ﴿إلا ما اضطررتم إليه﴾ وأول الآية: ﴿وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾. (كفاية)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) فإنه يباح مال الغير.

(٣) قوله: "أن يضمن المكره" بكسر الراء، إذ في الأفعال يصير الفاعل آلة للحامل. (شرح وقاية)

(٤) أي في الأفعال لا في الأقوال.

(٥) قوله: "والإتلاف من هذا القبيل" إذ المكره يمكن أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه، وقوله: فيما يصلح

احتراز عن الأكل والتكلم والوطئ، فإنه فيها لا يصلح آلة له. (عناية)

(٦) بغير حق. (٤)

(٧) أي الإكراه.

(٨) أي المصنف.

(٩) أي على المكره والمكره.

(١٠) قوله: "حقيقة وحسباً" لصدوره منه من غير واسطة. [ع] "كذا شرعا لأنه يأتى به، وهذا لأن القتل فعل

حسى، وقد تحقق من المكره، والأصل في الأفعال أن يؤخذ بها فاعلها إلا إذا سقط حكم فعله شرعاً، وأضيف إلى غيره، كما في الإكراه على إتلاف مال الغير، فإنه سقط حكمه، وهو الإثم عن الفاعل، وأضيف إلى غيره وههنا لم يسقط حكمه بدليل أنه يأتى إثم القتل، وإثم القتل يكون على القاتل. (تبيين)

(١١) لأنه معانين مشاهد. (٤)

(١٢) القتل.

إتلاف مال الغير؛ لأنه سقط^(١) حكمه^(٢) وهو الإثم، فأضيف^(٣) إلى غيره^(٤)، وبهذا^(٥) يتمسك الشافعي في جانب المكروه، ويوجب^(٦) على المكروه أيضاً لوجود التسبب إلى القتل منه، وللتسبب في هذا^(٧) حكم المباشرة^(٨) عنده^(٩) كما في شهود القصاص^(١٠). ولأبي يوسف أن القتل بقى مقصوراً على المكروه من وجه نظراً إلى التأثيم^(١١)، وأضيف^(١٢) إلى المكروه من وجه نظراً إلى الحمل^(١٣)، فدخلت الشبهة في كل جانب^(١٤). ولهما: أنه محمول على القتل بطبعه إيثراً لحياته، فيصير آلة للمكروه^(١٥) فيما يصلح آلة له، وهو القتل بأن يلقيه عليه، ولا يصلح آلة له في الجنابة على دينه^(١٦)، فبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الإثم، كما تقول في الإكراه على الإعتاق^(١٧)، وفي إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير^(١٨) ينتقل الفعل إلى المكروه في

(١٣) أى حكم القتل.

(١) عن المكروه.

(٢) الإتلاف.

(٣) الإتلاف.

(٤) أى غير المكروه بالفتح.

(٥) أى بدليل زفر.

(٦) الشافعي القصاص.

(٧) أى فى القتل. (ك)

(٨) قوله: "حكم المباشرة" فإن السبب العام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب القصاص عنده. (تبيين)

(٩) أى عند الشافعي.

(١٠) قوله: "كما فى شهود القصاص" فإن الشاهدين أو شهدا على رجل بالقتل العمد فاقص المشهود عليه، ثم

جاء المشهود به حيا يقتل الشاهدان عنده. (ك)

(١١) فإن الإثم عليه.

(١٢) القتل.

(١٣) أى الإكراه، فإنه حمله على القتل. (ك)

(١٤) والقصاص يندفع بالشبهة. (٤)

(١٥) قوله: "فيصير آلة إلخ" وذلك لأن الآلة هى التى تعمل بطبعها كالسيف فإن طبعه القطع عند الاستعمال فى

محله، وكانار فإن طبعها الإحراق، و كالماء، فإن طبعه الإغراق، وإذا كان كذلك فى الجرى على موجب الطبع مشابهة

بالآلة، ولو استعمل القاتل آله التى هى السيف فى شخص ظلماً، فقتله يجب القصاص على القاتل، فكذا يجب القصاص

على المكروه ههنا لكون المكروه آلة له. (ك)

(١٦) قوله: "ولا يصلح آلة له إلخ" [أى فإن قيل: لو كان آلة لأضيف الإثم إلى المكروه كالقتل أجاب عنه بقوله: ولا

يصلح إلخ. ع] لأنه أكرهه على أنه يجنى على دينه، ولو انتقل ذلك إلى المكروه لتحقق خلاف المكروه، وبطلان الإكراه،

ويعود الفعل إلى المحل الأول. (ك)

الإتلاف دون الذكاة^(١)، حتى يحرم كذا هذا.

قال^(٢): وإن أكره على طلاق امرأته، أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي وقد مر^(٣) في الطلاق^(٤).

قال^(٥): ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد؛ لأنه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف، فانضاف^(٦) إليه، فله أن يضمه موسراً كان أو معسراً^(٧)، ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية^(٨)، أو لتعلق حق الغير، ولم يوجد واحد منهما، ولا يرجع المكره على العبد بالضمان^(٩) لأنه مؤاخذ بإتلافه^(١٠).

قال^(١١): ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان^(١٢) قبل الدخول^(١٣)، وإن لم يكن في

(١٧) قوله: "كما تقول في الإكراه على الإعتاق" يعني أن الإعتاق مقصور على المكره من حيث التلطف به، وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له، لأنه لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار، ومن حيث إتلاف المالية يضاف إلى المكره حتى يكون ضامناً للمالية. (ك)

(١٨) قوله: "وفي إكراه المجوسى [أى إكراه المسلم المجوسى] إلخ" أى كذا فى إكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره من حيث الإتلاف حتى يكون ضامناً، ويقتصر على المجوسى فى حق الذكاة حتى يحرم الذبيحة، لأنه صلح آلة للمشير فى حق الإتلاف دون الذكاة، لأن الحرمة يحتاط فيها. (ك)

(١) ذكا الشاة ذكاه غلو بر يد غوسپند را. (من)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) من أن طلاق المكره واقم.

(٤) أى فى فصل من كتاب الطلاق.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) الإتلاف.

(٧) قوله: "موسراً كان أو معسراً" لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار، كذا فى "الكافى" وغيره. (نت)

(٨) قوله: "لأن السعاية إنما تجب للتخريج [وقد خرج. ع] إلى الحرية" كما هو مذهب أبى حنيفة، فإن المستسمى كالمكاتب عنده، أو لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما، لأن عندهما إنما يجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد، وههنا لو وجبت لو جبت لتعلق حق المعتق لأنه لا حق ههنا لغير المعتق، ولا نظير له فى الشرع، ولا يلزم على قولهما إعتاق السفية المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد، لأنه تعلق به حق المحجور نظراً له، ولا يستوفى حقه من محل آخر بخلاف المكره فإنه غير محجور. وقيل: قوله: لتعلق حق الغير للاحتراز عن المريض إذا أعتق عبده وعليه دين، فهناك يجب السعاية لحق الغرماء، وكذلك الراهن إذا أعتق المرهون، وهو معسر فإنه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن. (مل)

(٩) أى بالقيمة.

(١٠) قوله: "لأنه مؤاخذ إلخ" يعنى أن المكره إنما ضمن من حيث إنه جعل متلفاً للعبد حكماً، فكأنه قتله والمقتول

لا يضمن شيئاً. (ع)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) الطلاق.

(١٣) والخلوة الصحيحة.

العقد مسمّى، يرجع على المكره بما لزمه من المتعة^(١١)؛ لأن ما عليه^(١٢) كان على شرف^(١٣) السقوط، بأن جاءت الفرقة من قبلها^(١٤)، وإنما يتأكد بالطلاق فكان^(١٥) إتلافاً للمال من هذا الوجه، فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف، بخلاف ما إذا دخل بها^(١٦)؛ لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق^(١٧).

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل^(١٨) جاز استحساناً^(١٩)؛ لأن الإكراه مؤثر في فساد العقد^(٢٠)، والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة^(٢١)، ويرجع^(٢٢) على المكره استحساناً^(٢٣)؛ لأن مقصود المكره زوال ملكه^(٢٤) إذا باشر الوكيل، والنذر لا يعمل فيه الإكراه^(٢٥)؛ لأنه لا يثبت الفسخ، ولا رجوع على

(١) قوله: "من المتعة" لا تقص المتعة عن خمسة دراهم، ولا تزداد على نصف مهر المثل، وهي درع، أى قميص المرأة، وخمار أى ما تخمر به الرأس، أى تغطي وملحفة ما يلحف به من قرنبا إلى قدمها. (مجمع الأنهر)

(٢) أى على الزوج أى نصف المهر أو المتعة. (٤)

(٣) شرف بر امر بزرگ رسیدن.

(٤) بمعصية كالارتداد وتقبييل ابن الزوج. (تبيين)

(٥) الإكراه.

(٦) فلو كانت موطوءة، فلا يرجع على المكره بالكسر بما أدى من المهر.

(٧) قوله: "لا بالطلاق" فبقى مجرد إتلاف ملك النكاح، وأنه ليس بمال، فلا يضمن بالمال، لأنه لا مماثلة بين ما هو مال، وما ليس بمال متقوم، وتقومه عند التملك بالنكاح لإظهار خطر المهر، وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه ألا ترى أن إزالة الملك بغير شهود، وبغير ولى صحيح، فلا حاجة إلى إظهار الخطر عند إتلاف الملك، فلهذا لا يضمن بالتلف شيئاً، ولهذا لا يجب على شاهدى الطلاق بعد الدخول ضماناً عند الرجوع. (ك)

(٨) أى طلق أو أعتق. (٤)

(٩) قوله: "جاز استحساناً [ونفذ تصرف الوكيل. ك]" والقياس أن لا يصح الوكالة مع الإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه، وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه، لأنهما ينفيان الرضاء والوكالة تبطل بالهزل، فكذا مع الإكراه. (كافى)

(١٠) ألا ترى أن الإكراه لا يمتنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساد.

(١١) قوله: "لا تبطل [أى لا تفسد] إلخ" فإنها من الإسقاطات، إذ الموكل يسقط حقه بالتفويض إليه، فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل. (ك)

(١٢) أى المكره بنصف المهر وقيمة العبد. (ك)

(١٣) قوله: "استحساناً" والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فإن الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل، فيضاف التلف إليه، كما فى الشاهدين إذا شهدا أن فلانا وكل فلانا بعق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمننا. (٤)

(١٤) قوله: "زوال ملكه" فكان الزوال مقصودة، فيضمن، ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه. (ك)

(١٥) قوله: "والنذر لا يعمل فيه الإكراه [أى يصح النذر مع الإكراه]" أى من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضاء وفوت الرضاء يؤثر فى عدم اللزوم، وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ، فالإكراه يمكن المكره من الفسخ

المكروه بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا^(١)، فلا يطالب به فيها. وكذا اليمين^(٢) والظهار^(٣) لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ^(٤)، وكذا الرجعة^(٥) والإيلاء^(٦) والفيء فيه باللسان؛ لأنها تصح مع الهزل والخلع^(٧) من جانبها^(٨) طلاق^(٩) أو يمين^(١٠) لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو^(١١) مكرهاً على الخلع دونها لزمها البديل لرضاها بالالتزام.

قال^(١٢): "وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد^(١٣) عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه

بعد التحقق، فما لا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه، فيصح النذر مع الإكراه. (عناية)

قوله: "لا يعمل فيه الخ" حتى لو أكرهه بوعيد تلف على أن يوجب على نفسه صدقة أو صوماً، أو حجاً ماشياً يتقرب به إلى الله تعالى ففعل لزمه ذلك وكذا إن أكرهه على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره لأن النذر مما يلحقه الفسخ، لأنه يمين لقوله عليه السلام: «النذر يمين» وهي مما لا يحتمل الفسخ. (ك)

(١) قوله: "لأنه لا مطالب له فيها الخ" يعني أنه ما وجب عليه حكماً يطالب به في الآخرة ولا يظهر أثره في الدنيا من حيث الإلزام، فلو أوجبنا الضمان لأخذه الحاكم وحبسه، فيكون زائداً على ما أوجبه، وهذا لا يجوز. (كافي)

(٢) قوله: "وكذا اليمين الخ" أي كذا إذا أكرهه على يمين، فحلف انعقدت أو على ظهار فظاهر صح لعدم احتمالهما الفسخ، ومالا يحتمل الفسخ لا يعمل فيه الإكراه. (مل)

(٣) سواء كان اليمين على الطاعة، أو على المعصية. (تبيين)

(٤) قوله: "لعدم احتمالهما الفسخ" فإن أكرهه على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعله أجزاء عنها. (٤)

(٥) قوله: "وكذا الرجعة" أي إن أكرهه على الرجعة ففعل صح، أو على إيلاء فآلى، أو على فيء إليها باللسان ففعل صح، لأنها أي الرجعة والإيلاء والفيء تصح مع الهزل، وما صح مع الهزل لا يجتمع الفسخ.

فإن ترك الفيء إليها أربعة أشهر حتى بانث ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه، لأنه كان متمكناً من القربان في المدة، فإذا لم يفعل كان ذلك رضا عنه بما لزمه من الصداق، وإن أقر بها وكفر لم يرجع على المكروه بشيء لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه. (عناية)

(٦) قوله: "والإيلاء" الإيلاء حلف بمنع وطئ الزوجة مدة الإيلاء وهي للحررة أربعة أشهر وللأمة شهران، والفيء هو الرجوع عن الإيلاء الذي هو اليمين والفيء القولي هو أن يقول مثلاً: فئت إليها، كذا في "الوقاية" وغيرها. (قمر الأقطار)

(٧) قوله: "والخلع الخ" أي إذا أكرهه على أن يخلع امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق، وهو ظاهر، والإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل، فكذا بديل، أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان مكرهاً على الخلع دونها لزمها البديل لرضاها بالالتزام بإزاء ما سلم لها من البيوتة ولا شيء على المكروه للزوج، لأنه أتلف عليه ما ليس بمال، وهو النكاح، فلا يضمن. (عناية)

(٨) زوج.

(٩) في المال.

(١٠) في الحال.

(١١) زوج.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "وجب عليه [أي على الزاني] الحد" لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آله، وذلك لا يكون إلا بلذة، وذلك دليل الطواعية، بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومم الخوف يتحقق التمكين منها، ولا يكون التمكين

السلطان^(١)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه الحد^(٢)، وقد ذكرناه في الحدود. قال^(٣): وإذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه؛ لأن الردة تتعلق بالاعتقاد^(٤)، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، فلا يثبت البيونة بالشك.

فإن قالت المرأة: قد بنت منك، وقال هو: قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول قوله استحساناً^(٥)؛ لأن اللفظ^(٦) غير موضوع للفرقة^(٧)، وهى بتبدل الاعتقاد، ومع الإكراه لا يدل^(٨) على التبدل^(٩)، فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً، لأنه لما احتمل^(١٠) واحتمل رجحنا الإسلام في

دليل الطوعية. (٦)

(١) قوله: "إلا أن يكرهه السلطان" فإن المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه، إذ ليس فوقه من يلتجئ إليه، ويقدر على دفع اللص بالالتجاء إلى السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له. (٤)

(٢) قوله: "لا يلزمه الحد" لأن الحد للزجر، ولا حاجة مع الإكراه، لأن الانزجار كان حاصلًا إلى أن حصل خوف التلف على نفسه، فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف، لأنه أمر طبعى ينتشر من النائم من غير اختيار.

وأما تقبيد الإكراه بالسلطان فقد قيل: إنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب، وقيل: من قبيل اختلاف الحكم، ووجه قولهما أن المعتبر في الإكراه كونه ملجئًا، وذلك بقدرته المكره على الإيقاع، وخوف المكره الوقوع كما مر، وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقيقًا. (٤)

(٣) أى التدويرى. (عيني)

(٤) قوله: "لأن الردة إلخ" يجوز إن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال: إن الردة بتبدل الاعتقاد، وتبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل، وهو الإكراه، والثاني أن يقال: الردة باعتقاد الكفر، وفي اعتقاده الكفر شك، لأنه أمر مغيب لا يظلم عليه إلا بترجمة اللسان، وقيام الإكراه بصرف عن صحة الترجمة، فلا يترتب البيونة على الكفر بالشك. (٤)

(٥) قوله: "استحساناً" والقياس أن يكون القول لها، حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البيونة بها كالتكلم بالطلاق، فيستوى فيها المكره، والطائم كلفظ الطلاق. (تبيين)

(٦) يعنى كلمة الكفر.

(٧) قوله: "غير موضوع للفرقة" يعنى لم يظهر فيها ظهوراً بينا من حيث اللفظ حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما فى الطلاق بل دلالاته عليها من حيث إن اللفظ دليل ترجمة لما فى القلب، فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالاته عليها دلالة مجازية ومع الإكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً يقوم لفظه فيه مقام معناه، فلماذا كان القول قوله. (٤)

(٨) هذا اللفظ.

(٩) أى تبدل الاعتقاد.

(١٠) قوله: "لأنه لما احتمل إلخ" أى لأن الشأن لما احتمل الإسلام الوجود، واحتمل اللفظ، وتردد بين قصد الوجود وعدمه رجحنا الإسلام فى الحالين، وهذا أولى من أن يقال: معناه يحتمل أن يوافق اللفظ الاعتقاد، ويحتمل أن لا يوافق، فرجحنا الإسلام فى الحالين. ومن أن يقال: معناه رجحنا الإسلام فى حال الإكراه على الردة، وفى حال الإكراه على الإسلام لبعدهما عن الظاهر. (أعظمى)

الحالين؛ لأنه يعلو ولا يعلى^(١). وهذا^(٢) بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده، فليس بمسلم^(٣)، ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه، ثم رجع^(٤) لم يقتل لتمكن الشبهة^(٥)، وهي دائرة للقتل. ولو قال^(٦) الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماضي، ولم أكن فعلت^(٧) بانت منه حكماً لا ديانةً، لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه^(٨)، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه^(٩)، ولو قال: أردت ما طلب مني^(١٠)، وقد خطر بيالى الخبر عما مضى بانت ديانةً وقضاءً، لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً^(١١) غيره^(١٢).

وعلى هذا إذا أكره على الصلاة^(١٣) للصليب^(١٤)، وسب محمد النبي عليه السلام، ففعل، وقال: نويت به الصلاة لله تعالى، ومحمداً آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه السلام،

(١) قوله: "لأنه [أى لأن الإسلام] يعلو إلخ" فيجب ترجيحه على ما يقابله من المحتمل الآخر. (أعظمي)

(٢) أى كونه مسلماً.

(٣) قوله: "فليس بمسلم" كأن هذا إشارة إلى ما قاله الإمام الماتريدي، وهو المنقول عن أبي حنيفة: الإيمان هو التصديق والإقرار باللسان شرط لإجراء الأحكام، وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه، فإنهم يجعلون الإقرار ركناً. (٤) عن الإسلام.

(٥) قوله: "لتمكن الشبهة [أى شبهة عدم الارتداد. ع]" لاحتمال عدم الإسلام من الابتداء، فيكون كفره أصيلاً لعدم صحة إسلامه. (تبيين)

(٦) أى فى جواب قولها: قد بنت منك. (٤)

(٧) أى لم أكن فعلت الكفر فى الزمان الماضى، وإنما أخبرت كاذباً.

(٨) قوله: "لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه" لأنه أكره على إنشاء الكفر، والإخبار غير الإنشاء، وهو طائع فيه، ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعاً، ثم قال: عنيت به كذباً لا يصدقه القاضى، لأنه خلاف الظاهر، ويصدق فيما بينه وبين ربه، لأنه نوى ما يحتمله لفظه. (ك)

(٩) إشارة إلى قوله: بانت منه حكماً لا ديانةً. (ك)

(١٠) أى الإنشاء.

(١١) قوله: "حيث علم لنفسه إلخ" لأنه لما خطر هذا بياله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوى ذلك، والضرورة قد اندفعت بهذا الإمكان، فإذا لم يفعل، وأنشأ الكفر كان كمن أجرى كلمة الكفر طائعاً على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فتبين أمره قضاء وديانة. (عناية)

(١٢) أى غير ابتداء الكفر.

(١٣) أى على السجدة للصليب. (ك) قال فى "المبسوط": وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر. (ك)

(١٤) قوله: "لصليب" فى "منتهى الأرب": صليب كامير چليبای ترسايان، وفى "المغرب": الصليب شىء مثلث كالتمثال تعبه النصرارى.

وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى، وسب غير النبي عليه السلام بانته منه ديانة^(١) وقضاء^(٢) لما مر^(٣)، وقد قررناه زيادة على هذا في "كفاية المنتهى"، والله أعلم.
كتاب الحجر^(٤)

قال^(٥): الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر، والرق، والجنون^(٥)، فلا يجوز^(٦) تصرف الصغير إلا بإذن وليه^(٧)، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده^(٨)، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب^(٩) بحال^(١٠). أما الصغر فلتقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده^(١١)، ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضى بفوات حقه، والجنون لا يجامعه الأهلية، فلا يجوز تصرفه بحال^(١٢)، أما العبد^(١٣) فأهل في نفسه، والصبي يرتقب^(١٤) أهليته

(١) قوله: "بانت منه ديانة وقضاء" لأنه يمكنه دفع ما أكره عن نفسه لأنه لما خطر بباله شتم محمد غير النبي، فقد وجد مخرجاً عما ابتلى به، ثم لما ترك ما خطر على باله، وشتم محمداً النبي عليه السلام كان كافراً، لأنه كان غير مضطر في موافقة المكره، وإن لم يخطر بباله شيء وصلى للصليب أو سب محمداً وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن منكوخته لا قضاء ولا ديانة، لأنه فعل مكرهاً، لأنه تعين ما أكره عليه، ولم يمكنه دفعه عن نفسه، إذ لم يخطر بباله غيره. (ك)

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره. (٤)

(٣) قوله: "كتاب الحجر" أورد الحجر عقيب الإكراه، لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب الاختيار، إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيراً لأن فيه سلبها عن له اختيار صحيح، وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم. (نت)

قوله: "الحجر" ثم الحجر لغة: المنع مصدر حجر عليه، وشرعاً: منع مخصوص، وهو المنع من التصرف القولي لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر بأى سبب كان. (معراج الدراية)

(٤) أى القدورى. (عيني)

(٥) قوله: "الصغر والرق والجنون [والعته داخل في الجنون]" هذه الثلاثة بالاتفاق، وألحق بها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً، وهي المفتى الماجن والمتطيب الجاهل، والمكاري المفسد، وأما حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فقلبي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، كذا في الشروح. (نت)

(٦) أى لا ينفذ. (ك)

(٧) للصغير.

(٨) للعبد.

(٩) قوله: "المجنون المغلوب" أما الذى لا يكون مغلوباً، وهو الذى يعقل البيع ويقصده، فإن تصرفه كتصرف الصبي العاقل، كما سيحىء. (عناية)

(١٠) أى الذى لا يفتق أصلاً، فى جميع الأحوال. (ك)

(١١) قوله: "كيلا يتعطل الخ" فإنه لو لم يثبت الحجر لتند البيع الذى باشره وشراه، فلهقه ديون، فيأخذ أربابها أكسابه التى هى منفعة المولى، وذلك تعطل. (عناية)

(١٢) أصلاً.

(١٣) العاقل البالغ.

فلهذا وقع الفرق^(١).

قال^(٢): "ومن باع^(٣) من هؤلاء^(٤) شيئاً، أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد^(٥)، فالولى بالخيار إن شاء أجازته إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه؛ لأن التوقف فى العبد لحق المولى، فيتخير^(٦) فيه، وفى الصبى والمجنون نظراً لهما، فيتحرى^(٧) مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد، فينعقد^(٨) موقوفاً على الإجازة^(٩)، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن^(١٠) كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه^(١١) الذى يصلح وكيلا عن غيره، كما بينا فى الوكالة. فإن قيل: التوقف عندكم فى البيع أما الشراء فالأصل فيه النفاذ^(١٢) على المباشر، قلنا: نعم، إذا وجد نفاذاً عليه^(١٣) كما فى شراء الفضولى^(١٤)، وههنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية^(١٥)، أو لضرر المولى^(١٦) فوقفناه.

قال: وهذه المعانى الثلاثة^(١٧) توجب الحجر فى الأقوال^(١٨) دون الأفعال^(١٩)؛

(١٤) ارتقبه: چشم داشت آن را. (من)

(١) بين العبد والصبى، وبين المجنون.

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) وكذا كل تصرف فيه تردد بين النعم والضرر.

(٤) قوله: "من هؤلاء المراد بهؤلاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق، وهو المعتوه لا الذى ذهب عقله،

فإن تصرفه لا يصح وإن لحقه الإجازة لعدم الانعقاد. (ك)

(٥) قوله: "وهو يعقل إلخ" المراد بقوله يعقل البيع أن يعرف أن البيع جالب للثمن سالب للمبيع، والشراء بالعكس

ويقوله: ويقصده أن يقصد إثبات الحكم، وفيه احتراز عن الهازل فإنه لا يقصد حكمه. (ك)

(٦) المولى.

(٧) تحراه: قصد كرد آن را. (من)

(٨) العقد.

(٩) أى إجازة الولى.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وهو المعتوه" وهو ناقص العقل، وقيل: هو المدهوش من غير جنون، وفى تفسيره اختلاف كثير،

وأحسن ما قيل فيه ما هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يشتم ولا يضرب، كما يفعل المجنون. (تبيين)

(١٢) لا التوقف.

(١٣) أى على المباشر.

(١٤) أى الفضولى إذا اشترى مال إنسان لآخر فإنه ينفذ عليه ولا يتوقف. (ك)

(١٥) فى الصبى والمجنون.

(١٦) فى العبد.

(١٧) أى الصغر والرق والمجنون.

لأنه^(١) لا مرد^(٢) لها لوجودها^(٣) حساً ومشاهدة، بخلاف الأقوال، لأن^(٤) اعتبارها موجودة بالشرع^(٥)، والقصد من شرطه^(٦).

إلا إذا كان فعلاً^(٧) يتعلق به^(٨) حكم يندرى بالشبهات كالحدود والقصاص، فيجعل عدم القصد^(٩) في ذلك شبهة^(١٠) في حق الصبي والمجنون.

(١٨) قوله: "في الأقوال" اللام في قوله: الأقوال للجنس، والمراد بها الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء فإن هذه الأقوال تتوقف على الإجازة، والأقوال التي يتمحض ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فإنه يمكنه الطلاق، فهذه الأقوال باطلة من الأصل، فالحجر في الأولى يوجب التوقف على الإجازة، وفي الثانية يوجب الإعدام من الأصل، وأما الأقوال التي يتمحض نفعاً كقبول الهبة والصدقة والهبة فإنه لا حجر فيها على العموم. (مولانا محمد عبد الحلِيم، نور الله مرقده)

(١٩) أى هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في الأفعال. (٤)

(١) قوله: "لأنه لا مرد لها إلخ" فإنه إذا قتل إنساناً أو قطع يده، أو أراق شيئاً لا يمكن أن يجعل القتل والقطع والإراقة كالعديم لأنه يؤدي إلى أن لا يكون المقتول والمقطوع والمراق مقتولاً ومقطوعاً ومرافقاً، وهو دخول في السوفسطائية وإنكار الحقائق. (ك)

(٢) مرد بفتحين وتشديد دال گردانیدن، وقبول نكردن. (م)

(٣) قوله: "لوجودها حساً ومشاهدة" ويحصل بها إتلاف، والإتلاف بعد الحصول لا يمكن أن يجعل كلا إتلاف. (٤)

(٤) قوله: "لأن [أى] لأن اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع. ع] اعتبارها موجودة بالشرع" أما الإنشاءات فظاهر إذ التطبيق والإعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حساً، وإنما صار المحل محرماً ومحرراً ومملوكاً بالشرع، وأما الإخبارات كالأقار يرو الشهادات، فموجبها عرفت شرعاً لأنها دلالات على الخبر عنه فيجوز أن لا يقع دلالة لأنها تحتمل الصدق والكذب بذاتها. (ك)

(٥) قوله: "بالشرع" فلها مسأغ الرد بعدم اعتبار الشرع وجودها، فيصح توقفها. (أعظمى)

(٦) قوله: "والقصد من شرطه" أى القصد شرط اعتبارها موجودة إذ الكلام المعتبر ما يكون موجوداً بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالقصد وهو يكون بالعقل واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد، فالنائم إذا انقلب على مال إنسان وأتلفه يضمن وإن عدم القصد. (ك)

قوله: "والقصد من شرطه" أورد عليه في "نتائج الأفكار": بأن الطلاق والإعتاق والعفو عن القصاص والنذر كلها من الأقوال معتبرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط فيها، ولهذا يقع الطلاق هازلاً، انتهى، أقول: هذا ليس بشيء، فإنهم صرحوا باشتراط القصد فيها أيضاً، حتى لا يقع الطلاق بمن يقرأ زوجته الفقه، ويقول مخاطباً إليها على سبيل التمثيل: أنت طالق لعدم قصد الخطاب بالطلاق إليها، نعم لا يشترط قصد مدلولاتها، والمراد بالقصد ههنا هو الأول. (أبو الحسنات عفا الله عنه)

قوله: "من شرطه" أى من شرط ذلك الاعتبار، وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل، فينتفى المشروط به، وأما في العبد فالقصد وإن وجد فيه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره. (عناية)

(٧) قوله: "إلا إذا كان إلخ" استثناء من قوله: لا مرد لها، يعنى أن الأفعال إذا وجدت لا مرد لها إلا إذا كان فعلاً إلخ. (٤)

(٨) قوله: "يتعلق به" قد يؤثر الحجر في فعل يتعلق به حكم كالبيع بالتعاطي فإنه غير معتبر من الصبي والمجنون مع أن ما يتعلق به حكم لا يندرى بالشبهات. (ملا إله داد)

(٩) قوله: "فيجعل عدم القصد" أى دليل عدم القصد في ذلك الفعل شبهة في حق الصبي والمجنون كما جعل

قال^(١): والصبي والمجنون^(٢) لا يصح^(٣) عقودهما ولا إقرارهما؛ لما بينا^(٤)، ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما؛ لقوله عليه السلام^(٥): «كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه»*، والإعتاق يتمحض مضرّة، ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة^(٦)، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان^(٧) على إجازته، ولا ينفذان بمباشرته، بخلاف سائر العقود^(٨).

وإن أتلفا^(٩) شيئاً لزمهما ضمانه^(١٠)؛ إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإلتاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم^(١١) عليه، والحائض المائل^(١٢) بعد الإشهاد، بخلاف القولي على ما بيناه^(١٣).

دليل عدم القصد بحسب الآلة في الضرب بالمثل شبهة في حق العاقل البالغ فلا يجب القصاص. (أعظمي)

(١٠) دائرة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص. (٤)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والصبي إلخ" إنما أعاد المسألة تفريعاً على الأصل المذكور أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال، ولينساق القوليّات في موضع واحد. (٤)

(٣) أي لا ينفذ. (٤)

(٤) إشارة إلى قوله: والقصد من شرطه. (٤)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الترمذي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»، انتهى، وأخرج ابن ماجة عن علي قال: قال رسول الله ﷺ: «يرفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨١ ص ١٩٨. (نعيم)

(٦) قوله: "ولا وقوف للصبي إلخ" أي الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة، وأما في المال فلأن علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين أخلاقهما، وتنافر طباعهما عند البلوغ حد الشهوة، ولا علم له بذلك والولي وإن أمكن أن يقف على مصلحة في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا إلخ. (٤)

(٧) طلاق وإعتاق.

(٨) من البيع والشراء وغيرهما، لإمكان وقوف الولي على المصلحة فيها.

هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور. (٤)

قوله: "لزمهما ضمانه" لما ذكرنا أنهم غير محجورين عليهم في حق دفع المال لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل ونحوه غير القطع، فيترتب عليه موجبه. (تبيين)

(١١) قوله: "النائم أي النائم إذا انقلب على رجل فقتله فالنائم ليس من أهل القصد أصلاً، وإنما وجبت الكفارة عليه لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً. (شامي)

(١٢) قوله: "والحائض [الحائض إذا تلف به شيء ويضمن صاحب الحائض، وإن عدم القصد من صاحبه في سقوطه. ك] المائل" مال حائض إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف من حيوان أو مال إن طالب ربه بتقصه مكلف مسلم، أو ذمي

قال^(١): فأما العبد^(٢) فأقراره نافذ في حق نفسه؛ لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه؛ رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته^(٣) أو كسبه^(٤)، وكل ذلك إتلاف ماله.

قال^(٥): فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية؛ لوجود الأهلية، وزوال المانع، ولا يلزمه في الحال لقيام المانع^(٦)، وإن أقر بحد أو قصاص لزمته في الحال؛ لأنه مبقى علي أصل الحرية في حق الدم^(٧)، حتى لا يصح إقرار المولى عليه^(٨) بذلك^(٩)، وينفذ طلاقه؛ لما روينا^(١٠)، ولقوله عليه السلام*: «لا يملك العبد^(١١) والمكاتب شيئاً إلا الطلاق^(١٢)»، ولأنه^(١٣) عارف بوجه المصلحة فيه، فكان أهلاً، وليس فيه إبطال ملك المولى، ولا تفويت منافعه، فينفذ، والله أعلم.

حر أو مكاتب، وإن لم يشهد ولم ينقضه، كذا في "الدر المختار".
وقال الشامي: قوله: وإن لم يشهد، أي على طلب النقص، قال الزيلعي: وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جرحه، أو جرح عاقلته، فكان من باب الاحتياط لا على سبيل الشرط.

(١٣) أي من أن القصد من شرطه. (ك)

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "فأما العبد الخ" معطوف على قوله: والصبي والمجنون لا يصح عقودهما الخ. (٤)

(٣) العبد.

(٤) العبد.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) وهو حق المولى.

(٧) قوله: "في حق الدم" لأن الحدود والقصاص من خواص آدمية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي، وإن كان مملوكاً من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بهما، فإذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره فيهما، لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمنى. (ك)

(٨) العبد.

(٩) أي بحد أو قصاص.

(١٠) قوله: "لما روينا" أراد به ما ذكر قبيل هذا، وهو كل طلاق واقم إلا طلاق الصبي والمعتوه. (ك)

* راجع نسب الراية ٤ ص ١٦٥، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٢ ص ١٩٨. (نعيم)

(١١) قوله: "لا يملك الخ" قلت: غريب، وأخرج ابن ماجة في سننه في الطلاق عن ابن عباس قال: فأتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله ﷺ إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد النبي ﷺ المنبر وقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ الساق، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: "إلا الطلاق" فإن قيل: قوله عليه السلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق» يقتضى أن لا يملك الإقرار بالحد والقصاص، قلنا: لما بقى على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقراراً لحر لا إقراراً لعبد. (ك)

(١٣) العبد.

باب الحجر للفساد^(١)

قال أبو حنيفة^(٢): لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن^(٣) كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه^(٤)، ولا مصلحة.

وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي: يحجر على السفيه، ويمنع من التصرف في ماله؛ لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل، فيحجر عليه نظراً له، اعتباراً بالصبي بل أولى^(٥)، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير، وفي حقه حقيقته، ولهذا منع عنه المال^(٦)، ثم هو لا يفيد بدون الحجر، لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده.

ولأبي حنيفة أنه مخاطب^(٧) عاقل^(٨)، فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا^(٩) لأن في سلب ولايته إهدار آدميته، وإحاقه بالبهايم، وهو أشد ضرراً من

(١) قوله: "باب الحجر للفساد [غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع. ع]" آخر هذا الباب لأن أسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية، وسبب الحجر ههنا مكتسب، والسماء في التأثير أقوى، فكان بالتقديم أولى، ولأن الحجر في الأول متفق عليه، وفي الثاني مختلف فيه، والمتفق عليه أحرى بالتقديم. ثم اعلم أن تليق هذا الباب بباب الحجر للفساد، مبنى على قول أبي يوسف ومحمد، لا على قول أبي حنيفة، فإنه لا يرى الحجر للفساد أصلاً. (نتائج)

(٢) قوله: "قال أبو حنيفة إلخ" اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والغفلة، وعندهما يجوز بغير الفسق، وعند الشافعي يجوز بالكل، وإنما يصح الحجر عندهما في تصرفات لا تصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة، وهو ما يحتمل الفسخ، وكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعاقق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجمالاً.

وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحلود والقصاص، والسفه هو العمل، بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى، وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عاداته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف بتصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً مثل دفع المال إلى المغنين، وشراء الحمام الطيارة بثمان غال، وأصل المسامحة في التصرفات والبر والإحسان مشروع إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب. (ك)

(٣) أي بل حجره أولى من الصبي.

(٤) كالإلقاء في البحر والإحراق بالنار. (ع)

(٥) أي بل حجره أولى من الصبي.

(٦) قوله: "ولهذا [أي إذا بلغ سفياً يمنع عنه المال اتفاقاً. ك] منع [أي في الابتداء إجمالاً بطريق النظر. تبين] إلخ" أجمعوا على أنه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإذا بلغ لا يمنع عنه عند أبي حنيفة، وعندهما دام المنع ما دام السفه. (ك)

(٧) قوله: "أنه مخاطب" في هذا توصف. بس. د. ي. أهية تصرف، لأن التكليف يقتضى التمكّن من الاستيفاء جرياً على موجب التكليف والاستيفاء إنما يكون بالوصول إلى الأموال، وذلك بالتملك والتملك، وبالعقل يثبت أهلية التمييز. (ك)

(٨) قوله: "عاقل" هذا مستدرك، لأن المخاطب لا يكون إلا عاقلاً، وما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة. (نتائج الأفكار)

التبذير، فلا يتحمل الأعلى^(١) لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل^(٢)، والمفتى الماجن^(٣)، والمكارى المفلس^(٤) جاز^(٥) فيما يروى عنه^(٦)، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى، ولا يصح القياس على منع المال^(٧)، لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة^(٨)، ولا على الصبي^(٩)، لأنه عاجز عن النظر لنفسه^(١٠)، وهذا قادر عليه^(١١) نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة^(١٢)، والجرى على خلافه لسوء اختياره، ومنع المال^(١٣) مفيد^(١٤) لأن غالب السفه في الهبات

(٩) أى عدم الحجر.

(١) قوله: "سلا يتحمل الأعلى" أى الحجر لدفع الأدنى، وهو التبذير، وهذا لأن نعمة المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان نعمة أصلية، لأن الأدمى إنما فارق سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات. (ك)

(٢) قوله: "على المتطبب الجاهل [فإنه يفسد أبدانهم]" إنه يسقى الناس فى أمراضهم دواء مهلكاً، وهو يعلم ذلك أو لا يعلم. (ك)

(٣) قوله: "والمفتى الماجن [ماجن: مرد شوخ چشم بيباك در قول و فعل. من] الماجن الذى لا يبالى ما صنع، وما قيل له، ومصدره المجون، والمجانة اسم منه، والفعل من باب طلب، كذا فى "المغرب"، وفى "الذخيرة": المفتى الماجن هو الذى يعلم الناس الحيل الباطلة بأن يعلم المرأة حتى ترتد، فتبين من زوجها، ويعلم الرجل أن يرتد، فيسقط عنه الزكاة، ثم يسلم، ولا يبالى أن يحرم حلالاً، أو يحل حراماً، فضرره متعدد إلى العامة. (ك)

(٤) قوله: "والمكارى [مكارى: بكرابه دهنده. من] المفلس" هو الذى يتقبل الكراء، ويواجر الإبل، وليس له إبل، ولا غيرها يتحمل عليه، ولا مال يشتري به الدواب، والناس يعتمدون عليه، ويدفعون الكراء إليه، ويتصرف هو ما أخذ منهم فى حاجته، وإذا جاء أوان الخروج يخفى هو نفسه فيذهب أموال الناس، وربما يصير ذلك سبباً لتقاعدهم عن الخروج إلى الحج والغزو، وفساد هذا الشخص متعدد أيضاً. (ك)

(٥) قوله: "جاز فيما يروى" فإن إلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز أما ضرر المحجور المختلف فيه غير متعدد، بل يقتصر عليه، فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء، فجواز الحجر فى حق هؤلاء لا يدل على جواز الحجر فى المختلف فيه. (ك)

(٦) الإمام الأعظم.

(٧) قوله: "ولا يصح القياس إلخ" جواب عن قولهما، ولهذا منع عنه المال، تقريره أن منع المال منه إنما هو بطريق العقوبة عليه، لكنه زجر له، على التبذير والحجر أبلغ منه فى العقوبة، لما ذكرنا، فلا يقاس عليه. (٤)

(٨) قوله: "لأن الحجر إلخ" أى لأن الحجر عن التصرف أبلغ من منع المال من يده فى العقوبات، لأن نعمة اليد على المال نعمة زائدة، وإطلاق اللسان، واعتبار البيان نعمة أصلية، فجواز إلحاق ضرر يسير، وهو المنع عن المال بتفويت نعمة زائدة لا يستدل به على جواز إلحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية. (ك)

(٩) جواب عن قولهما، اعتباراً بالصبي. (٤)

(١٠) قوله: "لأنه عاجز إلخ" يعنى أن الصبي لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست الحاجة إلى صيرورة الغير ولياله، فيصير الصبي مولياً عليه، والمولى عليه لا يلى التصرف، أما السفه فقادر على النظر لنفسه، لأنه أعطى له آلة القدرة من العقل والبلوغ وإن كان يعدل عن سنن العقل. (ك)

(١١) أى على النظر لنفسه.

(١٢) من العقل والحرية والبلوغ.

والتبرعات والصدقات، وذلك يقف على اليد^(١).

قال: وإذا حجر^(٢) القاضى عليه، ثم رفع^(٣) إلى قاضى آخر، فأبطل حجره وأطلق عنه جاز^(٤)؛ لأن الحجر منه^(٥) فتوى، وليس بقضاء، ألا يرى أنه لم يوجد المقضى له، والمقضى عليه، ولو كان قضاء^(٦)، فنفس القضاء مختلف فيه، فلا بد من الإمضاء^(٧)، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضى الحاجر، أو إلى غيره، فقضى ببطالان تصرفه^(٨)، ثم رفع إلى قاضٍ آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء^(٩) به، فلا يقبل النقض بعد ذلك^(١٠).

(١٣) جواب عن قولهما: ثم هو لا يفيد. (ك)

(١٤) بدون الحجر. (ك)

(١) قوله: "وذلك يقف على اليد" أى لا يملك إلا بالقبض، فإذا لم يكن فى يده شىء يمتنع عن ذلك، وإن فعل لم ينفذ. (٤)

(٢) تفریم على مسألة الحجر. (٤)

(٣) أى حكمه. (٤)

(٤) وكان الواجب أن لا يجوز، لأن قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل. (٤)

(٥) قوله: "لأن الحجر منه إلخ" هذا جواب عما يقال: تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضى ينبغى أن لا ينفذ أصلاً عند أبى حنيفة، ولا يكون لقاضٍ آخر أن يبطل الحجر، لأن القضاء الأول لاقى محل الاجتهاد، فلا يقبل النقض لما عرف. فأجاب بأن القضاء منه يكون فتوى، وليس بقضاء، وهو على قول محمد ظاهر، لأنه كان محجوراً قبل قضاءه، حتى كان مفسداً لماله. وعند أبى يوسف وإن كان يحتاج فيه إلى حكم حاكم لكن هذا قضاء من وجه، لأنه يثبت بقضائه ما لم يكن ثابتاً، ولكنه فتوى من وجه، لأنه لم يوجد شرائط القضاء، وهو المقضى له، والمقضى عليه، والدعوى والإنكار، حتى لو وجد الدعوى والإنكار، بأن تصرف بعد الحجر، فرفع إلى قاضٍ، وجرت الخصومة بينه وبين عاقده، فقضى القاضى عليه بإبطال التصرف، وصح الحجر، فإنه يصير متفقاً عليه، فلا ينفذ تصرفه بعد ذلك، ونظيره القاضى إذا قضى بجواز بيع أم الولد قبل وجود الخصومة فى ذلك لا يصير متفقاً عليه، لأنه فتوى، وبعد الخصومة صار متفقاً عليه. (ك)

(٦) قوله: "ولو كان قضاء إلخ" يعنى ولئن سلمنا أن حجر القاضى قضاء بأن يجعل السفیه مقضياً له من حيث إن الحجر ما ثبت إلا نظراً له، والقضاء بالحجر يقع عليه، فيجعل مقضياً عليه، فإذا وجد المقضى له والمقضى عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء، ولكن نفس القضاء: مختلف فيه، وقضاء القاضى بالمتخلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفاً، فلا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء. (ك)

(٧) أى إمضاء الحجر أى إمضاء القضاء.

(٨) وصحة الحجر. (٤)

(٩) أى إمضاء الحجر أى إمضاء القضاء.

(١٠) قوله: "فلا يقبل النقض إلخ" لأن فى نقضه نقض لقضاء أمضى، وهذا ظاهر فى عين ما وقع الإمضاء له ثانياً، أما فى نوعه فلا، كما إذا قضى قاضٍ بعدم النفقة فى المبسوطة، ثم رفع هذا القضاء إلى قاضٍ آخر نفذه، ولا يجوز نقضه لقاضٍ أصلاً. أما إذا رفع نوعه بأن جاءت امرأة أخرى مدعية للنفقة عند قاضٍ يراها، فله أن يقضى برأيه، وإلا يلزم عدم صحة قضاء قاضٍ فى مسألة خلافية عمل فيها قاضٍ برأيه، قضاء صحيحاً ابتداءً، أو بعد الإمضاء، وهو باطل قطعاً، لأننا نحكم فيما بيننا على خلاف ما يحكم به الشافعية فى ما بينهم مع اتحاد نوع الحادثة، ومن ظن أنه يجب التنفيذ مطلقاً،

ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد^(١) لم يسلم إليه ماله، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه^(٢)، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس^(٣) منه الرشد.

وقالا: لا يدفع إليه ماله أبداً^(٤)، حتى يؤنس رشده، ولا يجوز تصرفه فيه؛ لأن علة المنع السفه، فيبقى ما بقى العلة، وصار كالصبا. ولأبي حنيفة أن منع المال عنه^(٥) بطريق التأديب^(٦)، ولا يتأدب بعد هذا^(٧) ظاهراً وغالباً، ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن^(٨)، فلا فائدة للمنع، فلزم الدفع، ولأن^(٩) المنع^(١٠) باعتبار أثر الصبا^(١١)، وهو في أوائل البلوغ، وينقطع بتجاوز الزمان، فلا يبقى المنع، ولهذا قال أبو حنيفة: لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه، لأنه^(١٢) ليس بأثر الصبا.

فقد أخطأ خطأ لا يخطئ مثله سفيه. (ملا عبد السلام أعظمي)

(١) أي سفيهاً. (٤)

(٢) لأنه لا يحجر عنده. (٤)

(٣) أنس الشيء: ديد أن را ودانست، ومنه: ﴿أنست منه رشداً﴾ أي علمته. (من)

(٤) أي زماناً طويلاً.

(٥) قوله: "أن منع المال إلخ" أي لا نسلم أن علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التأديب، فإذا لم يبق المحل قابلاً للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها، فانتفت العلة بانتفاء أحد جزئيهما، وهو قصد التأديب، فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع أيضاً بعدها، فوجب الدفع. (نتائج)

(٦) قوله: "بطريق التأديب" أي بطريق العقوبة عليه ليكون زجره له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالأسباب الحسية، فأما إهدار القول في التصرفات بمعنى حكمي، والعقوبات بهذا الطريق غير مشرعة كالحُدود، ولا يدخل عليه إسقاط شهادة القاذف، فإنه متمم حده عندنا، لأننا نقول: إنما كان كذلك لكونه تابعاً لما هو حسي، وهو إقامة الحد لا مقصوداً بنفسه. (ك)

(٧) أي خمسة وعشرين.

(٨) قوله: "ألا ترى أنه قد يصير إلخ" وذلك لأن أدنى مدة البلوغ في حق الغلام اثنتا عشرة سنة، ثم يولد له ابن لسته أشهر، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، ثم يبلغ ابنه باثني عشر سنة، ثم يولد له ابن لسته أشهر، فيصير جداً بعد خمس وعشرين سنة، ولو فرضنا مقام الابن البنت تصير جدة في الثنين وعشرين سنة، لأن أدنى مدة بلوغ البنت تسع سنين، لكن هذا الذي ذكره عام في الذكور والإناث، ولما صار جداً صار فرعه أصلاً، فكان الجدة متنهاها في الأصالة، فإذا لم يؤنس رشده في سن تناهت أصالته عرفنا أنه انقطع رجاء التأديب منه، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك إذ المنع كان للتأديب، وهو لم يبق محلاً للتأديب في حق ماله. (ك)

(٩) دليل آخر.

(١٠) أي منع المال.

(١١) قوله: "باعتبار أثر الصبا إلخ" لأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، وبقاء أثره كبقاء عنه، فإذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق أثر الصبا وحدث ضرب من الرشد لا محالة، لأنه حال كمال له. (ك)

(١٢) أي هذا السفه.

ثم لا يتأتى التفريع^(١) على قوله^(٢)، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه، وإن كان فيه مصلحة^(٣) أجازها الحاكم، لأن ركن التصرف^(٤) قد وجد^(٥)، والتوقف للنظر له، وقد نصب الحاكم ناظره فيتحرى المصلحة فيه، كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده^(٦). ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف؛ لأنه لا بد من حجر القاضي عنده^(٧)، لأن الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره^(٨)، فلا بد من فعل القاضي^(٩)، وعند محمد لا يجوز لأنه يبلغ محجوراً عنده^(١٠)، إذ العلة هي السفه^(١١) بمنزلة الصبا^(١٢). وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً^(١٣)، ثم صار سفيهاً، وإن أعتق عبداً^(١٤) نفذ عتقه عندهما^(١٥)، وعند الشافعي لا ينفذ.

(١) قوله: "ثم لا يتأتى التفريع إلخ" أراد أن التفريع الذي ذكره القدوري في "مختصره" بقوله: فإذا باع لا ينفذ لا يتأتى على قول أبي حنيفة، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر. (٤)
(٢) الإمام.

(٣) قوله: "وإن كان فيه [أى في نفاذ بيعه] مصلحة" بأن كان يمثل القيمة، أو كان البيع رابحاً، وكان الثمن باقياً في يده أجاز، وإن كان الثمن أقل من القيمة، أو كان البيع خاسراً، أو لم يبق في يده لم يجز، لأن فيه ضرراً به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البذل. (٤)
(٤) الإيجاب والقبول.

(٥) قوله: "قد وجد" وذلك يوجب الجواز، ورد بأن ركن التصرف إذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفه ليس بأهل، وأوجب بأنه أهل، لأن الأهلية بالعقل والسفه لا ينفيه كما تقدم. (٤)
(٦) فإنه إذا باع فالولي بالخيار إن شاء أجازها إذا كان فيه مصلحة، وإن شاء فسخه.
(٧) أبي يوسف.

(٨) قوله: "دائر بين إلخ" لأنه لما نفذ الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر، فبقى ملكه كما كان، ففي إبقاء الملك له نظر، وفي إهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يرجح أحد الجانبين منه إلا بقضاء القاضي. (ك)
(٩) لأنه مرجح. (٤)

(١٠) قوله: "لأنه يبلغ محجوراً عنده إلخ" والفرق لمحمد بين حجر السفهيه حيث لا يتوقف على القضاء، وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضي هو أن حجر السفهيه لمعنى فيه، وهو سوء اختياره لا لحق الغير، فأشبه الجنون، وشم ينحجر بنفس الجنون، ولا يتوقف على القضاء، كذا ههنا.
وأما الحجر بسبب الدين ليس بمعنى فيه بل لحق الغرماء، حتى لا يتلف حقهم بتصرفه، فيتوقف على قضاء القاضي، لأن له ولاية عليه، فيعمل حجره، فأما الغريم فلا ولاية له، فلا يجوز حجره. (ك)
(١١) وهو موجود قبل القضاء، فترتب عليه حكمه. (٤)

(١٢) فلا حاجة إلى فعل القاضي.
(١٣) قوله: "وعلى هذا الخلاف إذا بلغ إلخ" فعند أبي يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضى القاضي، وعند محمد يصير محجوراً للسفه. (٤)

(١٤) المحجور بسبب السفه يعني بعد الحجر. (٤)

والأصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر، وما لا فلا، لأن السفية في معنى الهازل^(١) من حيث إن الهازل^(٢) يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى، ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله، فكذلك السفية، والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل^(٣)، فيصح^(٤) منه.

والأصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر^(٥) بسبب الرق^(٦)، حتى لا ينفذ بعده^(٧) شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والإعتاق لا يصح من الرقيق، فكذلك من السفية، وإذا صح^(٨) عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته، لأن الحجر لمعنى النظر، وذلك في رد العتق، إلا أنه متعذر^(٩)، فيجب رده^(١٠) برد القيمة كما في الحجر على المريض^(١١).

وعن محمد أنه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه، والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق^(١٢).

(١٥) قوله: "عندهما" وكذا عند أبي حنيفة، فلم يخص قولهما بالذكر احترازاً عن قوله، لأن عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ التصرفات. (عناية)

(١) قوله: "لأن السفية في معنى الهازل إلخ" فإن قيل: إن السفية لما كان بمنزلة الهازل، والهازل إذا أعتق عبده لا يجب السعاية على العبد، فينبغي أن يكون السفية كذلك، قلنا الحجر على السفية للنظر، والنظر في السعاية، ولا كذلك الهازل، لأنه ليس بمحجور. (ك)

(٢) قوله: "من حيث إن الهازل إلخ" فيه أن هذا التعليل إنما يصح في حق السفية لا في حق الهازل، والصحيح أن يقال: لنقصه اللعب به دون ما وضع الكلام له، لا لنقصان في العقل، والجواب أن قصده اللعب بالكلام، وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى، فلا فرق بينهما. (٤)

(٣) فإنه يصح إعتاق الهازل.

(٤) العتق.

(٥) قوله: "بمنزلة الحجر إلخ" قلنا: ليس السفه كالرق، لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه، حتى إن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالإقرار بالحدود والقصاص، وههنا لا حق لأحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه، فيكون نافذاً. (عناية)

(٦) في أنه لا يزيل الخطاب. (٤)

(٧) الحجر.

(٨) الإعتاق.

(٩) لعدم قوله الفسخ. (٤)

(١٠) العتق.

(١١) قوله: "كما في الحجر على المريض" فإنه لأجل النظر لزماءه وورثته، فإذا أعتق المريض عبداً وجب عليه السعاية لزماءه أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين، ولا مال له سواه لمعنى النظر. (٤)

(١٢) كما في إعتاق أحد الشريكين، فإنه يسعى للساكت. (٤)

ولو دبر عبده جاز؛ لأنه^(١) يوجب حق العتق^(٢)، فيعتبر بحقيقته^(٣) إلا أنه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً^(٤)؛ لأنه^(٥) باقٍ على ملكه، وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى^(٦) في قيمته مدبراً، لأنه عتق بموته وهو^(٧) مدبر^(٨)، فصار كما إذا أعتقه^(٩) بعد التدبير.

ولو جاءت جاريته^(١٠) بولد فادعاه، يثبت نسبه منه، وكان الولد حرّاً، والجارية أم ولد له؛ لأنه محتاج إلى ذلك^(١١) لإبقاء نسله^(١٢)، فألحق بالمصلح^(١٣) في حقه^(١٤). وإن لم يكن معها ولد، وقال: هذه أم ولدي^(١٥) كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها، وإن مات^(١٦) سعت في جميع قيمتها، لأنه كالإقرار بالحرية^(١٧) إذ ليس لها شهادة الولد، بخلاف الفصل الأول^(١٨)، لأن الولد شاهد لها، ونظيره المريض^(١٩) إذا

(١) أى لأن التدبير.

(٢) قوله: "حق العتق" أى حقاً من حقوق العتق، وهو امتناع البيع، فيشبه حقيقة العتق، فيعتبر بها. (أعظمى)

(٣) قوله: "فيعتبر بحقيقته [العتق]" أى أنه لما ملك إنشاء حقيقة العتق، فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى إلا أنه لا يجب إلخ. (٤)

(٤) قوله: "إلا أنه لا يجب إلخ" مستثنى من قوله: فيعتبر بحقيقته، أى بحقيقة إعتاق المحجور بسبب السفه يجب السعاية، ولا يجب السعاية على مدبره في التدبير ما دام المولى حياً، لأنه بعد صحة التدبير مال مملوك له يستخدمه، ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه، لأنه لما بقى على ملكه والمولى لا يستوجب على ملكه ديناً تعذر إيجاب نقصان التدبير عليه، ألا ترى أنه لو دبر عبده يمال وقبل العبد صح التدبير، ولا يجب المال. (كفاية)

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) الواو حالية.

(٨) فتجب السعاية بقدر قيمة المدبر.

(٩) المحجور.

(١٠) المحجور.

(١١) الاستيلاء.

(١٢) قوله: "لإبقاء نسله" وإبقاءه من الحوائج الأصلية، فإن حياة الإنسان ببقاء الولد بعد موته. (٤)

(١٣) الرشيد.

(١٤) استيلاء.

(١٥) فالدعوة حينئذ دعوة تحرير. (٤)

(١٦) بعد هذه الدعوة. (٤)

(١٧) فصار كأنه قال: أنت حرة، فيمتنع بيعها، وتسعى في قيمتها بعد موته. (٤)

(١٨) أى ما إذا كان معها ولد.

(١٩) قوله: "ونظيره المريض إلخ" المريض المديون إذا ادعى ولد جاريته، أى قال لأمنه: هذه أم ولدى إن كان معها

ادعى ولد جاريتته فهو على هذا التفصيل^(١).

قال^(٢): وإن تزوج امرأة جاز نكاحها؛ لأنه لا يؤثر فيه الهزل^(٣)، ولأنه من حوائج الأصلية، وإن سمي لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها؛ لأنه^(٤) من ضرورات النكاح، وبطل الفضل^(٥)؛ لأنه لا ضرورة فيه، وهو التزام بالتسمية، ولا نظر له فيه، فلم تصح الزيادة، فصار كالمريض مرض الموت^(٦).

ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف^(٧) في ماله؛ لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة^(٨)، أو كل يوم واحدة^(٩)، لما بينا^(١٠). قال^(١١): يخرج الزكاة من مال السفية؛ لأنها واجبة عليه، وينفق^(١٢) على أولاده وزوجته، ومن تجب نفقته عليه من ذوى أمه؛ لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجها، والإنفاق على ذى الم واجب عليه حقاً لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس^(١٣)، إلا أن القاضى يدفع قدر الزكاة إليه^(١٤) ليصرفها^(١٥) إلى مصرفها؛ لأنه لا

ولد تسعى في قيمتها للغرماء، وإن لم يكن معها سعت في جميع قيمتها للغرماء، وهذا لأنه إذا كان معها ولد، فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال حق الغير، فكذلك في دفع حكم الحجر عن تصرفه. بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد، لأنه لا شاهد لها ههنا، فأقراره لها بحق العتق بمنزلة إقراره بحقيقة الحرية، فلا يقدر على بيعها بعد ذلك، ويسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها. (ك)

(١) يعنى يكون معها ولد أولم يكن. (٦)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) فلا يؤثر فيه السفه.

(٤) مهر المثل.

(٥) الزائد.

(٦) قوله: "فصار كالمريض مرض الموت" فى لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل، وسقوط الزيادة إلا أن الزيادة فى المريض يعتبر من الثلث، وههنا غير معتبرة أصلاً. (عناية)

(٧) أى نصف المسمى إلى مقدار مهر المثل.

(٨) قوله: "وكذا إذا تزوج إلخ" يعنى يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بهن فى عقد واحد، أو فى كل يوم واحدة، ثم طلقها، أو فعل ذلك مراراً، فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (عناية)

(٩) قوله: "أو كل يوم واحدة" يعنى لو تزوج كل يوم واحدة، ثم طلقها، هكذا يفعل مراراً من غير حصر فإنه يصح تسميته فى مقدار مهر المثل، ويبطل الزيادة. (ك)

(١٠) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأنه من ضرورات النكاح. (ك)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) من ماله.

(١٣) قوله: "لا يبطل حقوق الناس" لكن لا يسمع قوله فى القرابة حتى يقيم البينة عليها، وعسرة القريب لأن إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالدين على نفسه، فلا يلزم شيئاً إلا فى الولد، فإن الزوجين إذا تصادقا على النسب قبل قولهما،

بد من نيته، لكونها عبادة لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه.
وفى النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفها^(١) لأنها ليست، بعبادة، فلا يحتاج إلى نيته، وهذا^(٢) بخلاف ما إذا حلف أو نذر^(٣)، أو ظاهر حيث لا يلزمه المال، بل يكفّر يمينه وظهاره بالصوم^(٤)، لأنه^(٥) مما يجب بفعله، فلو فتحنا هذا الباب، يبذر أمواله بهذا الطريق، وإلا كذلك ما يجب ابتداءً بغير فعله^(٦).

قال^(٧): فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها؛ لأنها واجبة عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه، ولا يسلم القاضي النفقة إليه، ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه.

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً^(٨) لاختلاف العلماء^(٩) في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج^(١٠).

ولا يمنع من القران^(١١)؛ لأنه لا يمنع من أفراد السفر لكل واحد منهما، فلا يمنع

لأن كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب، والسفه لا يؤثر في منع الإقرار بالنسب لكونه من حوائج لكن لا بد من إثبات عسرة المقر له، والإقرار بالزوجية صحيح، ويجب مهر مثلها والنفقة. (عناية)

(١٤) السفيه.

(١٥) بنفسه.

(١٦) الأمين.

(٢) أى ما ذكر من ما أوجبه الله تعالى، وما كان من حقوق الناس. (٤)

(٣) أى أوجب على نفسه. (٤)

(٤) قوله: "بل يكفر الخ" لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات، وعن كل ظهار شهرين متتابعين وإن كان مالكا للمال حال التكفير. (عناية)

قوله: "يكفر يمينه وظهاره بالصوم" لأن يده مقصورة عن ماله، فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله، وبمنزلة من يكون له دين على إنسان، أو غضب غاصب من يده وهو ما كان يعطيه، فله أن يكفر بالصوم. (كفاية)

قوله: "بالصوم" فإن قيل: التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة، فإنه لا يصح مع القدرة عليها، أوجب بأن الاستطاعة منتفية. (٤)

(٥) أى لأن وجوب الكفارة.

(٦) كالزكاة ونفقة الأقارب.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "استحساناً" وفي القياس لا يعطى له نفقة السفر، لأن العمرة عندنا تطوع، فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً بعد ما حج حجة الإسلام، وجه الاستحسان أن العلماء اختلفوا في فرضية العمرة، فلا يمنع منها احتياطاً. (ك)

(٩) قوله: "لاختلاف العلماء" العمرة سنة مؤكدة، وقيل: فرض كفاية، وهو قول محمد بن الفضل البخارى، وقيل: واجبة لا فرض عين، كما قال الشافعى. (مجمع الأنهر)

(١٠) فإنه يمنع.

من الجمع بينهما، ولا يمنع من أن يسوق بدنة^(١) تحرزاً عن موضع الخلاف^(٢)، إذ عند عبد الله بن عمر، لا يجزئه غيرها، وهي جزور^(٣) أو بقرة*.

فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب^(٤)، وأبواب الخير جاز ذلك في ثلاثة^(٥)؛ لأن نظره فيه^(٦) إذ هي^(٧) حالة انقطاعه عن أمواله، والوصية تخلف ثناء أو ثواباً، وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في "كفاية المنتهى".

قال: ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارئ سواء. وقال الشافعي: يحجر عليه زجرأله وعقوبة عليه، كما في السفية، ولهذا^(٨) لم يجعل أهلاً للولاية^(٩) والشهادة عنده^(١٠).

ولنا قوله تعالى: ﴿فإن أنستم^(١١) منهم^(١٢) رشداً^(١٣) فادفعوا إليهم أموالهم﴾ الآية، وقد أونس^(١٤) نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة^(١٥)، ولأن الفاسق من أهل

(١١) قوله: "من القران" القارن: هو أن يجمع بين إحرام الحج والعمرة في الميقات، أو قبله في أشهر الحج، أو قبلها، ويذكر الحج والعمرة بلسانه عند التلبية، ويقصد بقلبه، أو لم يذكرهما بلسانه وينويهما بقلبه. (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر)

(١) بدنة: شتر وگاؤ قربانی که بمکه فرستند. (من)

(٢) قوله: "تحرزاً عن موضع الخ" القارن يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا، ولكن البدنة فيه أفضل، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: لا يجزيه إلا بدنة، وهي بقرة أو جزور، فهو إذا ساق البدنة فقد قصد به التحرز عن موضع الخلاف، وأخذ بالاحتياط في أمر الدين، وأراد أن فعله أقرب إلى قول رسول الله ﷺ، فلا يمن عنه. (ك)

(٣) جزور: شتر كشتی. (من)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٥، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٨١ ص ١٩٩. (نعيم)

(٤) قوله: "فإن مرض وأوصى الخ" قيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً يكون في المرض، فإن السفية الصحيح إذا أوصى بوصيته، فحكمها حكم المريض. (عناية)

(٥) وفي نسخة: ثلث ماله.

(٦) أي في جواز ذلك.

(٧) أي حالة المرض.

(٨) أي للزجر.

(٩) أي ولاية الإنكاح.

(١٠) الشافعي.

(١١) أبصرتم.

(١٢) أي من اليتامى.

(١٣) صلاحاً في دينهم ومالهم. (ج)

(١٤) فإنه رشيد في ماله.

(١٥) قوله: "فيتناوله الخ" فقوله تعالى: ﴿رشداً﴾ منكر في موضع الإثبات، والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا

الولاية عندنا لإسلامه^(١)، فيكون والياً للتصرف، وقد قررناه فيما تقدم^(٢)، ويحجر القاضي عندهما أيضاً^(٣)، وهو قول الشافعي بسبب الغفلة، وهو أن يغبن في التجارات، ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

فصل في حد البلوغ^(٤)

قال^(٥): بلوغ الغلام بالاحتلام^(٦) والإحيال^(٧) والإنزال إذا وطئ، فإن لم

يوجد ذلك^(٨) فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا^(٩): إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي، وعنه في الغلام تسع عشرة سنة.

وقيل: المراد أن يطعن^(١٠) في التاسع عشرة سنة، ويتم له ثمانية عشرة سنة، فلا اختلاف^(١١)، وقيل: فيه اختلاف الرواية، لأنه ذكر في بعض النسخ^(١٢)، حتى يستكمل تسع عشرة سنة^(١٣)، أما العلامة^(١٤) فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل

تعم، فإن وجد رشد ما فقد وجد الشرط، فيجب دفع المال إليه. (نهاية)

(١) قوله: "لإسلامه" أقول: يرد عليه النقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله لا محالة، لأن الإسلام فيه أيضاً متحقق بل هو فيه أقوى، فلزم أن يكون من أهل الولاية، فينبغي أن يكون والياً للتصرف أيضاً غير محجور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة. (نتائج الأفكار)

(٢) يعني في أول كتاب النكاح. (٤)

(٣) قوله: "ويحجر إلخ" واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ فإنه ما حجر على حبان ابن منقذ، وكان يغبن في التجارات، بل قال له: «قل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة أيام»، فأثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره. وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ لما أنه يتلف الأموال كالسفيه، فلا يعارضه خبر الواحد. (تاج الشريعة)

(٤) قوله: "في حد إلخ" البلوغ في اللغة: الوصول، وفي الاصطلاح: انتهاء الصغر، ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهاءه، وهذا الفصل لبيان ذلك. (نت)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "بالاحتلام [احتلام: جماع كردن در خواب. من] الحلم بالضم ما يراه النائم، يقال: حلم واحتلم. (٤)

(٧) أحيله: آيستن گردانيد او را. (من)

(٨) أي واحد من الأشياء المذكورة.

(٩) والفتوى على قولهما. (كافي)

(١٠) أي يدخل، طعن در قاموس بمعنى سير ورفتار آورده. (غياث)

(١١) قوله: "فلا اختلاف" بين الروایتين، لأنه لا يتم له ثماني عشر سنة إلا ويطعن في التاسع عشر سنة. (تبيين)

(١٢) للمبسوط.

(١٣) قوله: "حتى يستكمل إلخ" هذا اللفظ يدل على اختلاف الرواية. (عيني)

والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال، وكذا الحيض في أوان الحبل^(١)، فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأدنى المدة لذلك^(٢) في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين^(٣)، وأما السن فلهم^(٤) العادة الفاشية^(٥) في أن البلوغ لا يتأخر فيهما^(٦) عن هذه المدة^(٧). وله^(٨) قوله تعالى^(٩): ﴿حتى يبلغ أشده^(١٠)﴾ وأشد الصبى ثمانى عشر سنة، هكذا قاله ابن عباس رضى الله عنه، وتابعه القُتبيّ، وهذا^(١١) أقل ما قيل فيه^(١٢)، فبنى الحكم عليه للتيقن^(١٣) به غير أن الإناث نشوءهن^(١٤)، وإدراكهن^(١٥) أسرع^(١٦)، فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها^(١٧) على الفصول الأربعة^(١٨) التى يوافق واحد منها المزاج^(١٩) لا محالة.

قال^(٢٠): وإذا راهق^(٢١) الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره^(٢٢) فى البلوغ فقال:

(١٤) أى أما ثبوت البلوغ بالعلامة.

(١) وفى نسخة: الحيض.

(٢) البلوغ.

(٣) لما روى أن عائشة رضى الله عنها بلغت على رأس تسع سنين.

(٤) قوله: "فلهم [أى لأبى يوسف ومحمد والشافعى] إلخ" وما روى عن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: "إذا استكمل المولود خمسة عشر سنة كتب ما له وما عليه، وأقيمت عليه الحدود"، وفيه أن هذا الحديث لم يثبت فسقط الاحتجاج. (عيني)

(٥) الغالبة، نشو آشكار شذن. (كنز)

(٦) أى فى الغلام والجارية.

(٧) أى خمس عشرة سنة.

(٨) أى لأبى حنيفة.

(٩) قوله: "قوله تعالى" قال الله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده﴾.

(١٠) أى قوته.

(١١) أى قول ابن عباس رضى الله عنه.

(١٢) أى فى تفسير الآية.

(١٣) قوله: "للتيقن [والاحتياط]" أى كون ثمانية عشر سنة فى تفسير الأشد للتيقن لأن بعضهم قالوا: الأشد

اثنا عشرون، بعضهم خمسة وعشرون، وبعضهم ثلاثة وعشرون. (حميدية)

(١٤) نشوء كدخول غوليدن. (من)

(١٥) بلوغهن.

(١٦) من نشوء الذكور وإدراكهم.

(١٧) قوله: "لاشتمالها إلخ" أى زدنا سنة فى حق الغلام لتوافق فصل من فصول السنة مزاجه فيقوى مزاجه. (ك)

(١٨) الربيع، الصيف، الخريف، الشتاء.

(١٩) فيتقوى المزاج.

قد بلغت فالقول قوله، وأحكامه أحكام البالغين، لأنه^(١) معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً، فإذا أخبر به، ولم يكذبهما الظاهر^(٢) قبل قولهما فيه، كما يقبل قول المرأة في الحيض^(٣).

باب الحجر بسبب الدين^(٤)

قال أبو حنيفة: لا أحجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه، والحجر عليه، لم أحجر عليه؛ لأن في الحجر إهدار أهليته، فلا يجوز لدفع ضرر خاص^(٥).

فإن كان له مال لم يتصرف فيه^(٦) الحاكم؛ لأنه^(٧) نوع حجر، ولأنه تجارة لا عن تراض، فيكون باطلا بالنص^(٨)، ولكن يحبسه^(٩) أبداً^(١٠) حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء، ودفعاً لظلمه^(١١).

وقالا: إذا طلب غرماء المفلس^(١٢) الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من

(٢٠) أى القدورى. (عنى).

(٢١) أى دنا وقرب.

(٢٢) يعنى لم يعلم ذلك منه.

(١) البلوغ.

(٢) قوله: "ولم يكذبهما الظاهر" إشارة إلى أن الغلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثنى عشر سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعت وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق. (عنى).

(٣) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما، فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر.

(٤) قوله: "باب الحجر الخ" ثم إن الحجر بسبب الدين كان مشروطاً بطلب الغرماء، فكان فيه وصف زائد، انفصال بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد، فلا جرم أثر تأخيره عنه. (نتائج).

(٥) أى ضرر الغرماء.

(٦) بيعاً وغيره.

(٧) أى لأن تصرف الحاكم.

(٨) قوله: "بالنص" قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾، أى بالحرام شرعاً كالغصب والربا، ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

(٩) أى الحاكم.

(١٠) أى زماناً طويلاً ممتداً.

(١١) أى المديون لأن الماطلة ظلم.

(١٢) قوله: "غرماء المفلس" ليس المراد بالمفلس فى قوله: إذا طلب غرماء المفلس الحجر معناه الحقيقى، بل المراد به إما من يدعى الإفلاس، فيتناول للغنى أيضاً إذ الظاهر أن المديون الذى لا يؤدى دينه يدعى الإفلاس، وإن كان غنياً فى نفسه، وإما من حاله حال المفلس، ولا شك أن الغنى الذى لا يؤدى دينه حاله فى عدم أداء الدين حال المفلس، فلا يلزم تخصيص المسألة بما هو مفلس حقيقة. (نت).

البيع والتصرف والإقرار^(١)، حتى لا يضر بالغمراء؛ لأن الحجر على السفية إنما جوزناه نظراً له، وفي هذا الحجر نظر للغمراء، لأنه عساه يلجئ ماله^(٢)، فيفوت حقهم^(٣)، ومعنى قولهما منعه^(٤) من البيع أن يكون^(٥) بأقل من ثمن المثل، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء، والمنع لحقهم فلا يمنع منه^(٦).

قال: وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرماءه بالحصص عندهما؛ لأن البيع مستحق عليه^(٧) لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله^(٨)، فإذا امتنع ناب القاضى منابه، كما في الجب والعنة^(٩). قلنا: التلجئة موهومة^(١٠)، والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك^(١١)، بخلاف الجب والعنة^(١٢)، والحبس لقضاء الدين^(١٣) بما يختاره من الطريق كيف وإن صح البيع^(١٤) كان الحبس إضراراً بهما

(١) قوله: "والتصرف إلخ" أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع، والإقرار مع أنهما من جنس التصرف أيضاً غير واضح. (نتائج)

(٢) قوله: "لأنه عساه يلجئ إلخ" بأن يوضع أحداً على أن يقر له بالمال عند الناس، ولا يطالبه ذلك الرجل بالمال، فيفوت حق الغرماء، أو يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده. (ك)
قوله: "يلجئ" الجأه إلى كذا ولجأه اضطره وأكرهه والتلجئة أن يلجئك إلى أن تأتي أمراً باطنه بخلاف ظاهره، كذا فى "المغرب". وقال فى "نور الأنوار": حاصل التلجئة أن يلجئ شىء إلى أن يأتي أمراً باطناً، بخلاف ظاهره، فيظهر بحضور الخلق أنهما يقدان البيع لأجل مصلحة دعت إليه، ولم يكن فى الواقع بينهما بيع.

(٣) الغرماء.

(٤) الحاكم.

(٥) البيع.

(٦) أى من البيع ثمن المثل.

(٧) أى على المديون.

(٨) أى لأجل البيع. (٤)

(٩) قوله: "كما فى الجب [المحبوب الذى قطع ذكره وخصيته]. (مجمع الأنهر) والعنة" المحبوب إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضى منابه فى التفريق والعين بعد مضى المدة إذا أبى أن يفارق امرأته ناب القاضى منابه أيضاً فى التفريق. (ك)
قوله: "والعنة" العين من لا يقدر على الجماع مطلقاً مع وجود الآلة، أو يقدر على التيب دون البكر. (مجمع الأنهر)

(١٠) لأنه احتمال مرجوح، فلا يهدر به أهلية الإنسان. (٤)

(١١) قوله: "ليس بطريق متعين إلخ" فإنه يمكنه الإيفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس، فلا يجوز للقاضى تعيين هذه الجهة عليه. (عناية)

(١٢) قوله: "بخلاف الجب إلخ" فإن التفريق هناك متعين، لأنه لا يمكنه الإمساك بالمعروف، فتعين عليه التسريح بالإحسان، فلما امتنع عن التسريح بالإحسان مع عجزه عن الإمساك بالمعروف ناب القاضى منابه فى التفريق. (عناية)

(١٣) قوله: "والحبس إلخ" جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله تقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من الطرق التى ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله. (عناية)

(١٤) قوله: "كيف وإن إلخ" أى كيف صح البيع، ولو صح البيع كان الحبس ظلماً، لأنه إضرار بها بتأخير حق

بتأخير حق الدائن، وتعذيب المديون، فلا يكون^(١) مشروعاً.

قال: وإن كان دينه دراهم، وله دراهم قضى القاضى بغير أمره، وهذا بالإجماع، لأن للدائن حق الأخذ^(٢) من غير رضاه^(٣)، فللقاضى أن يعينه، وإن كان دينه دراهم، وله دنانير، أو على ضد ذلك^(٤) باعها القاضى فى دينه، هذا عند أبى حنيفة استحساناً^(٥)، والقياس^(٦) أن لا يبيعه، كما فى العروض^(٧)، ولهذا^(٨) لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً. وجه الاستحسان أنهما^(٩) متحدان فى الثمنية^(١٠) والمالية مختلفان فى الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف^(١١)، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين، بخلاف العروض، لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها^(١٢)، أما النقود فوسائل فافتراقاً^(١٣).

وبياع فى الدين النقود ثم العروض، ثم العقار يبدأ بالأيسر، فالأيسر، لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مزاعة جانب المديون، ويترك عليه دست^(١٤) من ثياب بدنه، وبياع الباقي؛ لأن به^(١٥) كفاية، وقيل: دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له

الدائن، وتعذيب المديون، فلم يكن مشروعاً لكنه مشروع بالإجماع، فلم يصح البيع. (٦)

(١) الحبس.

(٢) من جنس حقه.

(٣) المديون.

(٤) أى دينه دنانير وله دراهم.

(٥) قوله: "استحساناً" كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس إنما هو قول أبى حنيفة فقط، وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس. (نت)

(٦) عند أبى حنيفة.

(٧) فإنها لا تباع.

(٨) عند اختلاف جنس حقه.

(٩) الدراهم والدنانير.

(١٠) قوله: "متحدان فى الثمنية" ولهذا يضم أحدهما فى الآخر فى الزكاة. (تبيين)

(١١) قوله: "ولاية التصرف إلخ" الولاية تقتضى الإيجاب والإلزام، وهو أنسب بحال القاضى، فيجب رعاية الاتحاد فى حقه دون الغريم، إذ ليس له ولاية على المديون، فيناسب حاله رعاية الاختلاف. (أعظمى)

(١٢) فلا يبيعه القاضى.

(١٣) فلا يتعلق الغرض بصورها، فيتصرف القاضى فيها.

(١٤) قوله: "دست" قال فى "إحمال الحسنى": الدست دست جامه، وفى "مؤيد الفضلاء": دست يك عدد، وفى "غياث اللغات": دست يك چیز تمام چون يك دست جامه ويك دست سلاح.

(١٥) أى بالدست الواحد.

من ملبس .

قال ^(١): "فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ^(٢)؛ لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك ^(٣) لأنه مشاهد ^(٤) لا مرد له، ولو استفاده مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه، لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر .

قال ^(٥): "وينفق على المفلس ^(٦) من ماله وعلى زوجته وولده الصغار، وذوى أمه ممن يجب نفقته عليه؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ولأنه حق ثابت لغيره، فلا يبطله الحجر، ولهذا ^(٧) لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة ^(٨) للغرماء .

قال ^(٩): "فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول: لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين ^(١٠) التزمه بعقد كالمهر والكفالة، وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب ^(١١)، فلا نعيدها إلى أن قال ^(١٢): وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعنى خلى سبيله ^(١٣) لوجوب النظرة ^(١٤)

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) التى وقع بها الحجر .

(٣) قوله: "بخلاف الاستهلاك" أى بخلاف ما إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المثلث عليه أسوة للغرماء بلا خلاف، لأن فعله أعنى الاستهلاك مشاهد محسوس، فلا يرد لأن الحجر لا يصح فى الفعل الحسى. (عينى)

(٤) قوله: "لأنه [بخلاف الإقرار فإن سببه محتمل. ع] مشاهد إلخ" وذكر فى حجر "الدخيرة" ولو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضى بعلمه أو بشهادة شهدوا على الاستقراض أو الشراء بمثل القيمة شارك هؤلاء الغرماء غريمه الذى له الدين قبل الحجر. (كفاية)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "على المفلس" المراد منه المعنى المجازى المديون، فإن حمله على المعنى الحقيقى ينافيه قوله الآتى: من ماله، كذا فى "نتائج الأفكار". (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٧) أى لعدم إبطال الحجر حقاً ثابتاً للغير.

(٨) برابره.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) وفى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كتمن البيع.

(١١) أى الهداية.

(١٢) قوله: "إلى أن قال" متعلق بقوله: قال: فإن لم يعرف إلخ يعنى قال القدورى فى "مختصره": فإن لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال: وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له، وقوله: خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدورى بقوله: وكذلك إن أقام إلخ، وقوله: لوجوب النظرة إلخ تعليل لذلك. (نتائج)

إلى الميسرة^(١).

ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته، وإن لم يكن^(٢) أخرجه تحرزاً عن هلاكه^(٣)، والمحترف فيه^(٤) لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح^(٥) ليضجر^(٦) قلبه، فينبعث على قضاء دينه، بخلاف ما إذا كانت له جارية، وفيه^(٧) موضع يمكنه فيه وطئها لا يمنع عنه، لأنه قضاء إحدى الشهوتين^(٨)، فيعتبر^(٩) بقضاء الأخرى.

قال^(١٠): ولا يحول بينه^(١١)، وبين غرماءه بعد خروجه من الحبس، بل يلازمونه، ولا يمنعونه من التصرف والسفر؛ لقوله عليه السلام^(١٢): «لصاحب الحق يد ولسان»*، أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى^(١٣).

قال^(١٤): ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم^(١٥) بالخصص^(١٦)؛ لاستواء حقوقهم

(١٣) قوله: "يعنى خلى الخ" ذكر في أدب القاضى حكماً من هذا الباب، وعطف عليه قوله: وكذلك إن أقام البينة ففسر ذلك الحكم بقوله: يعنى خلى سبيله مراد من قوله: وكذلك إن أقام البينة. (حميدية)

(١٤) زمان دادن.

(١) فراخى وتوانگرى.

(٢) أى له خادم.

(٣) قوله: "تحرزاً عن الخ" لأنه لا يجوز إهلاكه لمكان الدين، وعن أبى يوسف أنه لا يخرج من السجن فى غير هذه الصورة أيضاً، لأن الهلاك لو كان إنما يكون بسبب المرض، وأنه فى الجس وغيره سواء. (عناية)

(٤) أى فى الحبس.

(٥) قوله: "هو الصحيح" احتراز عن قول بعضهم: لا يمنع عن الاكتساب فى السجن، لأن فيه نظراً للجانبين لجانب المديون أنه يتفق على نفسه وعياله، ولرب الدين أنه إذا فضل منه شىء يصرف ذلك إليه. (٦)

(٦) قوله: "ليضجر" ضجر منه، وبه ضجراً: محرقة ناليد ويتيد وبى قرارى نمود، وملول شد. (من)

(٧) الحبس.

(٨) أى شهوة البطن وشهوة الفرج.

(٩) أى يقاس.

(١٠) أى القدرى. (عينى)

(١١) قوله: "ولا يحول بينه [المديون المفلس]" حال بينهما حائل شد میان آن هردو. (من)

قوله: "ولا يحول بينه الخ" أى لا يمنهم من أن يدوروا معه. (٦)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام: [قلت رواه الدارقطني في "سننه". ت] لصاحب الخ" فوجه التمسك به هو أن

الحديث مطلق فى حق الزمان فيتناول الزمان الذى يكون بعد موت من عن السجن وقبله. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٦٦، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٣ ص ١٩٩. (نعيم)

(١٣) أى الطلب.

(١٤) القدرى.

في القوة.

وقالاً^(١): إذا فلسه الحاكم^(٢) حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا؛ لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح، فيثبت العسرة، ويستحق النظرة^(٣) إلى الميسرة^(٤)، وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس، لأن مال الله تعالى غاد^(٥) ورائح^(٦)، ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً، فيصلح للدفع^(٧) لا لإبطال حق الملازمة.

وقوله^(٨): إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار^(٩) تترجح على بينة الإعسار^(١٠) لأنها أكثر إثباتاً^(١١)، إذ الأصل هو العسرة، وقوله^(١٢): في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه^(١٣) يدور معه أينما دار، ولا يجلسه في موضع لأنه حبس فيه^(١٤).

ولو دخل^(١٥) في داره لحاجته^(١٦) لا يتبعه بل يجلس^(١٧) على باب داره إلى أن

(١٥) قوله: "يقسم بينهم الخ" أى يأخذ كل واحد منهم حصته من الدين، وهذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره، أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره، أما المديون في حال صحته لو أتر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفى. (عناية)

(١٦) أى بقدر حصة كل واحد منهم من الدين. (نت)

(١) الصحابان.

(٢) تفلّيس حكم نودن قاضى بر إفلاس كسى. (من)

(٣) تاخير كردن وزمان دادن. (من)

(٤) توانگرى و فراخى. (من)

(٥) غذا عليه غدواً: آمد او را بامداد. (من)

(٦) راح روخاً: شبنا نگاه شد بجای. (من)

(٧) أى لدفع الحبس. (حميدية)

(٨) أى قول القدورى.

(٩) قوله: "إلى أن بينة اليسار [أسانى وتوانگرى. من] الخ" اليسار اسم للإيسار من اليسر، أى الغنى والإعسار مصدر، أى الفقر، وفى بعض النسخ: على بينة العسار بمعنى الإعسار، قال فى "المغرب": وهو خطأ. (٤)

(١٠) قوله: "الإعسار" إعسار نیازمند شدن وتنگدست گردیدن. (من)

(١١) قوله: "أكثر إثباتاً" لأنها تشهد بالوجود، والآخري بالنفى والبينة المثبتة أولى من النافية. (تبيين)

(١٢) أى قول القدورى.

(١٣) غريم تفسیر للملازمة. (٤)

(١٤) قوله: "لأنه حبس فيه" وهو ليس بمستحق عليه، وعن محمد أنه قال: للمدعى أن يجلسه فى مسجد حبه أو

بيته، لأنه ربما يطوف فى الأسواق والسكك بغير حاجة، فيتضرر المدعى. (٤)

يخرج، لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة، ولو اختار المطلوب والحبس والطالب الملازمة فاختيار إلى الطالب؛ لأنه^(١) أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه، إلا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين، بأن لا يمكنه من دخوله داره، فحينئذ يحبس دفعاً للضرر عنه.

ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها؛ لما فيها من الخلوة بالأجنبية، ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قال^(٢): ومن أفلس^(٣) وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه^(٤) فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه، وقال الشافعى: يحجر القاضى^(٥) على المشتري بطلبه^(٦)، ثم للبائع خيار الفسخ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن، فيوجب ذلك^(٧) حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع^(٨).

وهذا لأنه عقد معاوضة^(٩)، وقضيته^(١٠) المساواة، وصار كالمسلم^(١١). ولنا أن

(١٥) المديون.

(١٦) قوله: "لحاجته [كثداء وغانط]" وعن هذا قيل: إن أعطاه الغداء وأعدله موضعاً لأجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب. (عناية)

(١٧) الغريم.

(١) أى لأن خيار الطالب.

(٢) أى القدورى. (عنى)

(٣) قوله: "ومن أفلس" يقال: أفلس الرجل إذا لم يبق فى يده مال كان دراهمه صارت فلساً كما يقال: أخبت الرجل إذا صار أصحابه خبتاً، وأقطف إذا صارت دابته قطفاً. (بنية)

(٤) أى من ذلك الرجل.

(٥) من التصرف كالبيع ونحوه.

(٦) أى بطلب البائع الحجر عليه.

(٧) هذا العجز.

(٨) فإنه يوجب حق الفسخ.

(٩) قوله: "وهذا [بيع] لأنه إلخ" بيان لصحة القياس ههنا، ومداره على تحقق العلة الجامعة، وهو كون البيع عقد معاوضة. (مل)

(١٠) وفى نسخة: من قضيته.

(١١) قوله: "وصار كالمسلم" فإنه إذا انقطع المسلم فيه ثبت خيار الفسخ لرب السلم مع أنه عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق عليه بالعقد، لأن المسمى بالعقد الدين فى الذمة، وانقطاع المسلم فيه عن أيدي الناس ثبت العجز عن العين، وهو غير مستحق بالعقد، فكذا إذا عجز المشتري بالإفلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن العين مستحقاً بالعقد. (ك)

الإفلاس^(١) يوجب العجز عن تسليم العين^(٢)، وهو غير مستحق بالعقد^(٣)، فلا يثبت حق الفسخ^(٤) باعتباره^(٥)، وإنما المستحق^(٦) وصف^(٧) في الذمة^(٨) أغنى الدين، وبقبض العين^(٩) يتحقق بينهما^(١٠) مبادلة^(١١)، هذا هو الحقيقة، فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر^(١٢) كالسلم، لأن الاستبدال ممتنع، فأعطى للعين حكم الدين، والله أعلم.

كتاب المأذون^(١٣)

الإذن^(١٤) هو الإعلام لغة، وفي الشرع: فك الحجر^(١٥)، وإسقاط الحق^(١٦)

(١) أى إفلاس المشتري.

(٢) المنقودة من الدراهم والدنانير. (٤)

(٣) قوله: "وهو غير مستحق إلخ" توضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن، وهو يملك به ديناً في الذمة، وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله، فلا فرق بين المفلس والمليء. (عناية)

(٤) قوله: "فلا يثبت [للبيع] إلخ" أى العجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ، لأنه لم يكن طريقاً متعيناً لدفع ضرره، والوصول إلى حقه لجواز أن يظهر له مال لم يكن له علم به أو يحدث له مال بسبب، بخلاف عجز البائع عن تسليم المبيع، لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد، وبخلاف السلم، لأنه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد حكماً، لأن العين في باب السلم أعطى له حكم الدين الواجب في الذمة، لأن الاستبدال فيه ممتنع شرعاً، فكان عجز المسلم إليه كمعجز البائع عن تسليم المبيع، فيوجب حق الفسخ. (ك)

(٥) أى اعتبار هذا الإفلاس.

(٦) بالعقد. (ك)

(٧) أغنى الدين. (٤)

(٨) أى ذمة المشتري.

(٩) قوله: "وبقبض العين [إذا قبض البائع] إلخ" جواب عما يقال: لما كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا يبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة. وتقريره أن قضاء الدين واجب، وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور، وجعل الشارع العين بدلا عنه، فإذا قبض العين بدلا عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث إنه يثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف، فيلتقيان قصاصاً هذا هو الحقيقة، أى تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين، فيجب اعتباره ما لم يتعذر. وفيما نحن فيه غير متعذر لمكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد، وذلك لا يوجب الفسخ بخلاف السلم، فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه لقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: "لا تأخذ إلا سلمك أو رأس سلمك" فيجب أن يجعل العين في مقابلة ما في الذمة عين ما في الذمة، وكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد، وذلك يوجب الفسخ. (عناية)

(١٠) أى بين البائع والمشتري.

(١١) حكمية. (ك)

(١٢) أى تعذر المبادلة.

(١٣) قوله: "كتاب" إيراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر لظاهر المناسبة، إذ الإذن يقتضى سبق الحجر، فلما رتبنا وجوداً، رتبنا أيضاً ذكراً. (نت)

(١٤) قوله: "الإذن" هو الإعلام لم أر قط فى كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الإذن بمعنى الإعلام وإنما

عندنا^(١)، والعبد بعد ذلك^(٢) يتصرف لنفسه بأهليته، لأنه بعد الرق بقى أهلاً للتصرف^(٣) بلسانه الناطق، وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى؛ لأنه ما عهد^(٤) تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك^(٥) مال المولى، فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه، ولهذا^(٦) لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى^(٧)، ولهذا^(٨) لا يقبل التوقيت^(٩)، حتى لو أذن لعبده يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه، لأن الإسقاطات لا تتوقف^(١٠).

ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة^(١١)، كما إذا رأى عبده يبيع ويشترى فيسكت، يصير مأذوناً عندنا، خلافاً لزفر والشافعي^(١٢)، ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو الأجنبي بإذنه، أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها فيعاقده^(١٣)، فيتضرر به^(١٤) لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكن المولى

المذكور فيها كون الإذن بمعنى الإعلام، ولعلمهم تسامحوا في التفسير، فعبروا عن معنى الإذن من إذن له في الشيء إذنا، أى أباحه، كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الإعلام. (نت)

(١٥) الثابت بالرق. (ك)

(١٦) قوله: "وإسقاط الحق [كالتفسير لقوله: فك الحجر] إلخ" وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة، وأنه يمنع تعلق حق الغير بها، وأنه بالإذن أسقط حقه، فعاد متصرفاً للملكية الأصلية وأهليته نفسه. (ك)

(١) إشارة إلى خلاف الشافعي، فإن الإذن عنده توكيل وإنابة.

(٢) الإذن.

(٣) فكلامه معتبر شرعاً. (ك)

(٤) إذ لا مال له.

(٥) أى رقبته وماله.

(٦) أى لأجل أن العبد يتصرف بعد ذلك لنفسه.

(٧) ولو كان إنابة لرجع بالثمن على المولى كالوكيل. (حميدية)

(٨) أى لكونه إسقاطاً.

(٩) قوله: "لا يقبل [الإذن] التوقيت" فإنه لما كان تصرفه بحكم ما لكيته الأصلية، وإنها عامة لا تختص

بنوع ومكان ووقت دل على أنه إسقاط لحق المولى لا غير، والإسقاطات لا تتوقت كالطلاق والعناق. (عناية)

(١٠) قوله: "لا تتوقت" فإن قيل: لو كان إسقاطاً لما كان للمولى ولاية الحجر بعده، لأنه أسقط حقه، والساقط لا

يعود. قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق، فكان في الحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى لا لأن

الساقط لا يعود. (ك)

(١١) قوله: "يثبت بالدلالة" أما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى، فلا ينهاه، ويصير مأذوناً له

في التجارة عنده إلا في البيع الذى صادفه السكوت، وأما في الشراء فيصير مأذوناً. (بدائم)

(١٢) قوله: "خلافاً لزفر والشافعي" قالوا: السكوت يحتمل الرضاء، وقلة الالتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه مهجور،

وفرط الغضب، والمحتمل لا يكون حجة، قلنا: جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان

بيان. (عناية)

راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم.

قال^(١): وإذا أذن المولى لعبد في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات^(٢)، ومعنى هذه المسألة أن يقول له: أذنت لك في التجارة، ولا يقيد^(٣)، ووجهه أن التجارة اسم عام^(٤) يتناول الجنس، فيبيع ويشترى ما بداله من أنواع الأعيان، لأنه^(٥) أصل التجارة^(٦).

ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير، فهو جائز^(٧)؛ لتعذر الاحتراز عنه، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة خلافاً لهما، هما يقولان: إن البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع^(٨) حتى اعتبر^(٩) من المريض من ثلث ماله، فلا ينتظمه الإذن كالهبة^(١٠). وله أنه^(١١) تجارة، والعبد متصرف بأهلية نفسه، فصار^(١٢) كالحر، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون^(١٣).

(١٣) قوله: "فيعاقده" اعتماداً على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده نهاه عنه، ويؤد به عليه. (نت)

(١٤) قوله: "فيتضرر به" أى فيما إذا لحقته ديون، ثم قال المولى ليس بمأذون يتأخر الديون إلى ما بعد العتق، ولا يدري متى يعتق، وهل يعتق أم لا، فيكون فيه إتواء حقهم، فإذا رآه يبيع ويشترى ولم ينهه يثبت إذنه إذ لو لم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم حملاً لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف. (ك)

(١) أى القدورى. (عبنى)

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: "ولا يقيد" أى ولا يقيد الإذن بنوع من التجارة، أما لو قيد بنوع منها بأن يقول: أذنت لك في التجارة في البحر يكون مأذوناً أيضاً عندنا في جميع أنواع التجارات، خلافاً لزفر والشافعى، فكان فائدة ذكر معنى المسألة نفى الخلاف، لأن يكون مأذوناً في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها. (ك)

(٤) قوله: "اسم عام" لأنه محلى بالألف واللام، وهما لاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود بتقييد به فيستغرق جنس التجارات. (ك)

(٥) البيع والشراء.

(٦) والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها. (٤)

(٧) بالاتفاق.

(٨) قوله: "بمنزلة التبرع إلخ" فإن البيع بالغبن الفاحش خلاف المقصود، إذ المقصود بالبيع الاسترباح دون الإتلاف، فكان بمنزلة التبرع، ولهذا اعتبر من المريض من الثلث، وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الإذن بالمقصود. (٤)

(٩) أى البيع بالغبن الفاحش.

(١٠) قوله: "كالهبة" أى المحاباة وهى أن يبيع عبداً قيمته مائتان مائة مثلاً والهبة كالوصية إذا كان في مرض الموت،

فيعتبر من الثلث، كذا في مجمع الأنهر.

(١١) قوله: "وله أنه" أى أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر، فيملكه العبد المأذون، لأنه بعد الإذن كالحر

يتصرف بأهلية نفسه، كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة، وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون. (٤)

(١٢) بعد الإذن.

ولو حابي^(١) في مرض موته يعتبر من جميع ماله^(٢) إذا لم يكن عليه دين، وإن كان فمن جميع ما بقى^(٣)؛ لأن الاقتصار^(٤) في الحر على الثلث لحق الورثة، ولا وارث للعبد^(٥)، وإذا كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري^(٦): اذ جميع المحاباة، وإلا فاردد البيع، كما في الحر^(٧). وله أن يسلم ويقبل السلم^(٨)؛ لأنه^(٩) تجارة، وله أن يؤكل بالبيع والشراء؛ لأنه قد لا يتفرغ بنفسه^(١٠).

قال^(١١): ويرهن ويرتهن؛ لأنهما من توابع التجارة، فإنهما إيفاء واستيفاء، ويملك أن يتقبل^(١٢) الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت؛ لأن كل ذلك من صنيع التجارة. ويأخذ الأرض مزارعة^(١٣)، لأن فيه تحصيل الربح، ويشترى طعاماً، فيزرعه في أرضه؛ لأنه يقصد به الربح، قال عليه السلام: «الزراع يتاجر ربه».

وله أن يشارك شركة عنان^(١٤)، ويدفع المال مضاربة ويأخذها؛ لأنه من عادة التجار، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي، وهو يقول: لا يملك العقد على نفسه^(١٥)، فكذا على منافعه، لأنها تابعة لها.

(١٣) قوله: "وعلى هذا إلخ" أي على هذا الخلاف الصبي إذا أذن أبواه في التجارة أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة^(٦).

(١) أي العبد المأذون محاباة فرو گذاشت كردن. (من)

(٢) وإن زادت المحاباة من ثلث ماله. (٤)

(٣) قوله: "فمن جميع ما بقى [بعد أداء الدين]" يعنى يؤدي دينه أولاً، فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة. (٤)

(٤) في بيع المحاباة.

(٥) قوله: "ولا وارث للعبد" لا يقال: إن المولى بمنزلة الوارث، لأنه رضى بسقوط حقه بالإذن، فصار كالوارث إذا أسقط حقه في الثلثين فإنه ينفذ تصرف المريض في الكل. (ك)

(٦) قوله: "يقال [وبطل المحاباة] إلخ" لأنه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو به، فيخير لذلك. (ك)

(٧) إذا حابي في مرض موته.

(٨) قوله: "وله أن يسلم إلخ" أي وللمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه. (ك)

(٩) بيع سلم.

(١٠) فجاز الاستعانة بغيره.

(١١) أي القدورى. (عيني)

(١٢) أي يستأجرها. (ك)

(١٣) قوله: "مزارعة" المزارعة عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند الإمام، وعندهما جائزة، ويقولهما يفتى بتعامل الناس - (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "شركة عنان [قد مر بيان شركة العنان وشركة المفاوضات، فارجع إليه]" وليس له أن يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة، والكفالة لا تدخل تحت الإذن فلو فعل ذلك كانت عناناً، لأن في المفاوضات عناناً وزيادة، فصنحت بقدر ما يملك المأذون وهو الوكالة. (٤)

ولنا أن نفسه رأس ماله^(١)، فيملك التصرف فيها إلا إذا كان^(٢) يتضمن إبطال الإذن كالبيع، لأنه^(٣) ينحجر به^(٤) والرهن، لأنه يحبس به^(٥)، فلا يحصل مقصود المولى، أما الإجارة لا ينحجر^(٦) به، ويحصل به المقصود، وهو الربح، فيملك^(٧). قال^(٨): فإن أذن له في نوع منها^(٩) دون غيره فهو مأذون في جميعها^(١٠)، وقال زفر والشافعي: لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر^(١١). لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى، لأنه^(١٢) يستفيد الولاية من جهته، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره، فيتخصص بما خصه كالمضارب^(١٣). ولنا أنه إسقاط الحق^(١٤)، وفك الحجر على ما

(١٥) كبيع نفسه وهبتها ورهنها.

(١) قوله: "رأس ماله" لأن المولى أذن له بالاكتساب، ولم يدفع إليه مالا، وما هو رأس المال للمأذون له، فهو يملك التصرف فيه ضرورة، فالمأذون له يملك التصرف في نفسه إلا إذا إلخ. (٤)

(٢) أى التصرف في نفسه.

(٣) العبد المأذون.

(٤) البيع.

(٥) الرهن.

(٦) العبد المأذون.

(٧) الإجارة.

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) كالبر مثلاً. (٤)

(١٠) أى في جميع أنواع التجارة.

(١١) قوله: "إذا نهاه إلخ" أى إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالحلاف فيما إذا سكت عن النهى عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها، والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع، أو سكت عنه يكون مأذوناً في جميع التجارات خلافاً لزفر والشافعي^(١٢)، كما ذكر في "الإيضاح". (نت)

(١٢) أى لأن العبد المأذون.

(١٣) قوله: "كالمضارب" وإن قيدت المضاربة ببلد معين بأن يقول رب المال للمضارب: دفعته مضاربة في الكوفة مثلاً، أو سلعة، أى متاع معين، بأن قال: دفعته مضاربة في الكرياس مثلاً، أو وقت معين بأن قال: دفعته مضاربة بالصيف مثلاً، أو عامل معين بأن قال: دفعته مضاربة لفلان، فليس له أى للمضارب أن يتجاوز مما عينه المالك، لأن المضاربة توكيل. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "أنه إسقاط إلخ" أقول لقاتل أن يقول: إن أريد أنه إسقاط الحق بجملته، وفك الحجر برمته فهو م كيف، ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات، وليس كذلك قطعاً، وإن أريد أنه إسقاط الحق، وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذوناً له في جميعها كما هو المدعى. (نت)

بيناه^(١)، وعند ذلك^(٢) يظهر مالكية العبد، فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل^(٣)، لأنه يتصرف في مال غيره، فتثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف^(٤) وهو الملك^(٥) واقع للعبد، حتى كان له^(٦) أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه.

قال^(٧): وإن أذن له في شيء بعينه^(٨)، فليس بمأذون^(٩)؛ لأنه استخدام، ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة^(١٠) أو طعام رزقاً لأهليه، وهذا لأنه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام^(١١)، بخلاف ما إذا قال: أد إلى الغلة^(١٢) كل شهر كذا، أو قال: أد إلى ألفاً وأنت حر؛ لأنه طلب منه المال، ولا يحصل^(١٣) إلا

(١) في أول كتاب المأذون. (٤)

(٢) قوله: "وعند ذلك [الإسقاط] إلخ" يعني أن العبد له مالكية التصرفات كالحر لكنه لا يظهر مالكيته لرعاية حق المولى فيكون محجوراً عن التصرفات، ويكون الإذن فك الحجر لا إثبات للمالكية، فإذا وقع الإذن في نوع خاص منها يظهر المالكية العامة، ولا ينفع تخصيصه، لأن العموم الذي هو لازم للمالكية ينافي التخصص، ولو كان الإذن إثبات مالكية يختص بما خصص به المولى. (أعظمي)

(٣) قوله: "بخلاف الوكيل إلخ" يجوز أن يكون جواباً عن قوله: كالمضارب، لأن المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته، لأنه يتصرف في مال غيره. (٤)

(٤) قوله: "وحكم التصرف إلخ" جواب لقوله: ويثبت الحكم للمولى، وهو مانعة بالسند، أى لا نسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى، بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة بغير إذن المولى، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه، وموضعه أصول الفقه. (عناية)

(٥) أى ملك اليد. (ك)

(٦) العبد.

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) مثل أن يقول: اشتر هذا الثوب بعينه، أو ثوباً للكسوة. (٤)

(٩) قوله: "فليس بمأذون" كلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعى والشخصى والإذن بالأول إذن دون الثانى. (٤)

(١٠) قوله: "للكسوة" قيد به لأنه إنما يكون استخداماً، إذا أمر بتصرف واحد، أما إذا قال: اشتر لى ثوباً وبعه يكون مأذوناً. (ك)

(١١) قوله: "ينسد إلخ" فإن كل من علم أنه لو أذن لمملوكه فى شراء بقل أو جمد بفلس، أو ما أشبه ذلك يصير مأذوناً فى التجارة، وبعد ذلك يصح إقراره على نفسه بديون التجارة بحيث يتوى بذلك رقبته وكسبه، فيمتنع عن استخدام مملوكه فى ذلك، فيفوت عليه مقاصده فى الاستخدام، فهذه الضرورة جعلنا الإذن فى بعض الصور إذناً فى التجارة وفى بعضها جعلناه استخداماً، فالفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة مرة بعد أخرى يعلم أن مراده الربح، فيجعل ذلك إذناً فى التجارة، كما إذا قال: اشتر لى ثوباً، وبعه، لأنه أمره بعقود متكررة، وكذا لو قال: بع ثوبى هذا واشتر بثمانه كذا يصير مأذوناً فى التجارة، وإذا أذن له بعقد واحد لا يجعل ذلك إذناً فى التجارة، بل يعتبر استخداماً كما إذا قال: اشتر لى ثوباً لكسوة لأنه أمره بعقد واحد، فلا يكون هذا إذناً فى التجارة، فعلى هذا يخرج جنس هذه المسائل. (ك)

(١٢) غلة - بالفتح - در آمد چیزی از حیوب وبقود وجزآن وآمد كراهه مكان ومزد غلام، وما حصل زمين. (من)

بالكسب، أو قال له: أقعد صباغاً أو قصاراً^(١)، لأنه أذن^(٢) بشراء ما لا بد منه لهما، وهو نوع، فيصير^(٣) مأذوناً في الأنواع.

قال^(٤): وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز، وكذا بالودائع، لأن الإقرار من توابع التجارة^(٥)، إذ لو لم يصح^(٦) لاجتناب الناس مبياعته ومعاملته، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته، وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر^(٧)، بخلاف الإقرار بما يجب من المال^(٨) لا بسبب التجارة، لأنه كالمحجور في حقه^(٩).

قال^(١٠): وليس له أن يتزوج، لأنه ليس بتجارة، ولا يزوج مملكته، وقال أبو يوسف: يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها^(١١)، فأشبه إجارتها^(١٢). ولهما أن الإذن^(١٣) يتضمن التجارة، وهذا^(١٤) ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد^(١٥)، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون^(١٦) والمضارب والشريك شركة

(١٣) المال.

(١) غازر.

(٢) دلالة.

(٣) العبد.

(٤) أى القدورى. (عيني).

(٥) قوله: "توابع التجارة" أما الديون والودائع فظاهر، فإن البائع قد لا يقبض الثمن، فيكون ديناً، أو يقبض فيودع عنده، وأما بالغصوب فلأن الغصب يوجب الملك عند الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة، ومن ملك التجارة ملك توابعها، لأنه لو لم يملكها لأدى ذلك إلى انتفاء التجارة. (عناية)

(٦) الإقرار.

(٧) قوله: "كما في الحر [والجامع تعلق حق الغرماء بما فى أيديهما من المال والكسب. ع]" دين صحة المريض ما ألزمه فى مرضه مرض الموت بسبب معروف كبدل ملكه بالاستقراض أو بالشراء، وعابئها الشهود، أو أهلك مالا، أو تزوج بمهر مثلها وعابئها الناس سواء، ويقدمان على ما أقر به فى مرضه، ولو كان المقر به ودیعة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "بما يجب إلخ" كما لو أقر بجنایة على حر أو عبد، أو مهر وجب عليه بنكاح جائز، أو فاسد، أو شبهه، فإن إقراره باطل لا يؤخذ به حتى يعتق، لأن فك الحجر إنما ظهر فى حق التجارة، وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة، فصار إقراره فيها، وإقرار المحجور سواء.

(٩) أى فى حق ذلك المال.

(١٠) أى القدورى. (عيني).

(١١) وهو المقصود بالإذن. (٤)

(١٢) [الأمة] فإنها تجوز للمأذون.

(١٣) أن الإذن "أى سلمنا أن الإذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار. (٤)

(١٤) أى تزويج الأمة.

عنان^(١) والأب والوصى.

قال^(٢): ولا يكتاب؛ لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال، والبذل فيه^(٣) مقابل بفك الحجر^(٤)، فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى^(٥) ولا دين عليه^(٦)؛ لأن المولى قد ملكه^(٧) ويصير العبد نائباً عنه، ويرجع الحقوق^(٨) إلى المولى، لأن الوكيل في الكتابة سفير.

قال: ولا يعتق على مال؛ لأنه لا يملك الكتابة^(٩)، فالإعتاق أولى، ولا يقرض؛ لأنه تبرع محض كالهبة، ولا يهب بعوض، ولا بغير عوض، وكذا لا يتصدق؛ لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء^(١٠)، أو ابتداء^(١١)، فلا يدخل تحت

(١٥) قوله: "ولهذا لا يملك الخ" توضيح بما ليس بواضح لعراثة عن تحصيل المال بالكلية، بل فيه تعيين العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة. (٤)

(١٦) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون الخ" يعني أن هؤلاء يملكون تزويج العبد بالاتفاق لا تزويج الأمة عندهما، خلافاً لأبي يوسف، قال في "النهاية" في هذه الرواية نظر، لأنه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن للأب والوصى أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب والوصى هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب، وللمكاتب أن يزوج أمته، لأنه اكتساب لاستفادته المهر، وما ذكره في المكاتب أصح، لأنه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والتميمة ومختصر الكافي، وأحكام الصغار، وقال بعض الشارحين: يحمل على أن في المسألة روايتين. (٤)

(١) وقد مر بيان شركة العنان، فارجع هناك.

(٢) أى القدورى. (عيني)

(٣) أى فى الكتابة.

(٤) وهو ليس بمال. (٤)

(٥) قوله: "إلا أن يجيزه المولى" فحينئذ يجوز إذا لم يكن عليه دين، لأن هذا عقد له مجيز حال وقوعه، فيتوقف على الإجازة، ويكون الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء، وبيانه أن كسب المأذون خالص ملك المولى يملك فيه مباشرة الكتابة، فيملك الإجازة. (ك)

(٦) قوله: "ولا دين [الواو حالية] عليه" قيد به لأنه لو كان عليه دين كثير أو قليل فكتابته باطلة، وإن أجازته المولى، لأن المولى بالإجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد، وقيام الدين عليه يمنع المولى من ذلك قل الدين أو كثر، كما لو أخذه من يده و عليه دين، وإذا لم يكن على العبد دين و كاتب عبده فأدى المكاتب جميع الكتابة قبل إجازة المولى لم يعتق، لأن ما أخذ ملك رقيقه والمكاتبه غير نافذة.

وإن كان المولى أجاز الكتابة وعلى العبد دين محيط فهذا والأول سواء فى قول أبى حنيفة، لأن المولى لا يملكه فلا ينفذ إجازته، وأما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن بقيمته للفرماء. (ك)

(٧) الكاتب

(٨) قوله: "ويرجع الحقوق" وهى مطالبة ببدل الكتابة والفسخ عند العجز، وثبوت الولاء بعد العتق إلى المولى، لأن الوكيل فى الكتابة سفير لكونها إسقاطاً، فكان قبض البذل إلى من نفذ العتق من جهته. (٤)

(٩) قوله: "لا يملك الكتابة" مع أن المكاتب عبد ما بقى عليه درهم، فأولى أن لا يملك الإعتاق على مال، لأنه إعتاق فى الحال. (ك)

(١٠) كما فى الهبة بغير العوض.

الإذن بالتجارة. قال: إلا أن يهدى اليسير من الطعام^(١)، أو يضيف^(٢) من يطعمه؛ لأنه من ضرورات التجارة استجلاً^(٣) لقلوب المجاهزين^(٤)، بخلاف المحجور عليه، لأنه لا إذن له أصلاً، فكيف يثبت ما هو من ضروراته.

وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت^(٥) يومه، فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام، فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر، لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى، قالوا: ولا بأس للمرأة أن تصدق^(٦) من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف^(٧) ونحوه، لأن ذلك^(٨) غير ممنوع عنه في العادة.

قال: وله أن يحط^(٩) من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار؛ لأنه من صنيعهم، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب^(١٠) ابتداءً، بخلاف ما إذا حط من غير عيب، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد، فليس من صنيع التجار، ولا كذلك^(١١) المحاباة^(١٢) في الابتداء، لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه^(١٣)، وله أن يؤجل في دين قد وجب له؛ لأنه^(١٤) من عادة التجار.

(١١) كما في الهبة على العوض.

(١) يشير إلى أن إهداء غير المأكولات لا يصح أصلاً. (٦)

(٢) قوله: "أو يضيف" أي ضيافة يسيرة، والضيافة اليسيرة معتبرة بمال التجارة، قال محمد ابن مسلمة: إن كان مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم، واتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً، وإن كان مال تجارة عشرة مثلاً، فاتخذ ضيافة بمقدار دائق، فكذلك يكون كثيراً عرفاً. (٦)

(٣) قوله: "استجلاً" استجلبه خواست كشيدين شدن چیزی از جای. (من)

(٤) قوله: "لقلوب المجاهزين [مجاهز تاجر مالدار وغنى. من]" المجاهز هو الغنى من التجار فكأنه أريد المجهز، وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع، أو يسافر به فحرف إلى المجاهز، كذا في "المغرب". (عناية)

(٥) بالضم: خورش باندازه قوام بدن انسان. (من)

(٦) أو بدون انضمام رأى الزوج.

(٧) كأمير نان گرده. (من)

(٨) أي التصدق بالشيء اليسير.

(٩) إذا باع ووجد المشتري فيه عيباً.

(١٠) أي بالفسخ.

(١١) قوله: "ولا كذلك المحاباة إلخ" يمكن أن يكون جواباً عن سؤال مقدر، تقريره أن يقال: كيف يجوز محاباة المأذون مع أن فيها خطأ من الثمن. (عيني)

(١٢) محاباة فرو گذاشت کردن. (من)

(١٣) إشارة إلى قوله: استجلاً لقلوب المجاهزين. (ك)

(١٤) التأجيل.

قال^(١): "وديونه متعلقة برقبته^(٢) يباع للغرماء^(٣) إلا أن يفديه المولى^(٤)، وقال زفر والشافعي: لا يباع^(٥) ويباعكسبه في دينه^(٦) بالإجماع.

لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال^(٧) قد كان له، وذلك^(٨) في تعليق الدين بكسبه^(٩)، حتى إذا فضل شيء منه^(١٠) على الدين يحصل له لا بالرقبة^(١١) بخلاف دين الاستهلاك^(١٢)، لأنه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالإذن^(١٣) ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى، فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك^(١٤)، والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا^(١٥)

(١) أي القدرى. (عيني)

(٢) قوله: "وديونه إلخ" أي إذا وجب الديون على المأذون بالتجارة، أو بما هو في معناه، فإن كان له كسب بيع بدينه بالإجماع، وإن لم يكن له كسب يتعلق برقبته يباع للغرماء. (٤)

(٣) قوله: "يبيع إلخ" أي يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضى المولى، فإن قيل: ما وجه البيع على قول أبي حنيفة، وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين، ويبيع القاضى العبد بغير رضى مولاه حجر عليه. أجب بأن ذلك ليس بحجر عليه لأنه كان قبل ذلك محجوراً عن بيعه إذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء، وحجر المحجور غير متصور. (نت)

(٤) قوله: "إلا أن يفديه المولى" أي يؤدي جميع الديون ولم يرد به أداء قيمته، وهذا لأن حق الغرماء هو الدين، فإذا استوفاه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع. (ك)

قوله: "إلا أن يفديه إلخ" إشارة إلى أن البيع إنما يجوز إذا كان المولى حاضراً لأن اختيار الفداء من الغائب غير متصور، لأن الخصم في رقبة العبد هو المولى، فلا يجوز البيع إلا بحضوره، أو حضرة نائبه، بخلاف الكسب فإنه لا يحتاج فيه إلى حضور المولى، لأن العبد خصم فيه. (٤)

(٥) قوله: "لا يباع" لأن الدين يتعلق بالكسب لا بالرقبة عندهما. (تبيين)

(٦) قوله: "ويباع إلخ" وأبو حنيفة إنما لا يرى الحجر على الحر المكلف، فأما العبد فيرى الحجر عليه، ألا ترى أن المولى يحجره، فكذا جاز حجر القاضى عليه ببيع الكسب عليه. (ك)

(٧) أي العبد.

(٨) قوله: "وذلك [أي غرض المولى]" أي تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان في تعلق الدين بكسبه لا بالرقبة. (ك)

(٩) العبد.

(١٠) الكسب.

(١١) معطوف على قوله: بكسبه.

(١٢) قوله: "بخلاف دين الاستهلاك [أي إذا استهلك شيئاً يباع فيه ويتعلق الدين برقبته]" فإنه يباع فيه، لأنه لا تعلق له بالإذن، فإن وجوبه بالجنائية، وقبل الإذن يباع بدين الاستهلاك، فكذا بعده. (ك)

(١٣) قوله: "لا يتعلق بالإذن" ولهذا لو كان محجوراً عليه يبيع بذلك، وليس الكلام في ذلك، وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن. (٤)

(١٤) فإنه يتعلق برقبة العبد.

(١٥) قوله: "وهذا [إشارة إلى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير. نتائج]" إشارة إلى دفع الضرر،

لأن سببه^(١) التجارة، وهي داخلة تحت الإذن، وتعلق الدين برقبته^(٢) استيفاء حامل^(٣) على المعاملة، فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى، وينعدم الضرر في حقه^(٤) بدخول المبيع في ملكه^(٥)، وتعلقه بالكسب^(٦) لا ينافي تعلقه بالرقبة، فيتعلق بهما، غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة. وقوله في الكتاب^(٧): ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة، أو بما هو في معناها كالبيع والشراء^(٨) والإجارة^(٩) والاستئجار، وضممان المغصوب والودائع^(١٠) والأمانات^(١١) إذا جحدتها وما يجب من^(١٢) العقر^(١٣) بوطن المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء^(١٤)، فيلحق به^(١٥).

وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة، لأنه المفروض والتجارة داخلة تحت الإذن بلا خلاف، فمسيبه داخل تحتها، وإذا كان داخلاً تحتها كان ملتزماً، ولو لم يتعلق برقبته استيفاء كان إضراراً، لأن الكسب قد لا يوجد. (٨)

(١) أى سبب هذا الدين الواجب.

(٢) وقوله: "وتعلق الدين إلخ" جواب عن قولهما إن غرض المولى من الإذن تحصيل مال إلخ، وبيانه أن الدين إذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان خاملاً على المعاملة، فكثر المعاملة، ويزداد الربح، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإن خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح أن يكون غرضاً للمولى. (٤)

(٣) أى حامل للغير على معاملة المأذون. (ك)

(٤) قوله: "وينعدم الضرر إلخ" أى فإن قيل: لا يصلح أن يكون غرضاً لأنه يتضرر به والضرر لا يكون غرضاً أجاب عنه بقوله: وينعدم إلخ والمراد بالدين ما وجب بالتجارة، وذلك لا يكون إلا بعد دخول مبيع، أو ما هو في معناه في ملك المولى، ودخوله في ملكه يقابل ما يفوته، والظاهر أن يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد، لأن الشراء بغين فاحش نادر. وقيل: معنى هذا الكلام أن المولى كأنه اشترى الدين التي على العبد بالعبد، ولو لم تكن مساوية بقيمته كان ذلك شراء بغين فاحش، وهو نادر مع أنه لو لم تكن ساوته لاختار أداء الدين دون بيع العبد. (مل)

(٥) الذى وجب بسببه الدين على العبد.

(٦) قوله: "وتعلقه [دين] إلخ" جواب عما يقال: أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة. (٤)

(٧) أى مختصر القدورى. (٤)

(٨) قوله: "كالبيع والشراء" ونظير قوله: دين وجب بالتجارة، وقوله: والإجارة والاستئجار إلى آخره نظير قوله: أو بما هو في معناها، وصورة وجوب الدين بالبيع هو أن يبيع، ويستحق المبيع والثمن ملك في يده. (ك)

(٩) قوله: "والإجارة" بأن يستعجل الأجرة ثم هلك المستأجر قبل تمام المدة. (ك)

(١٠) قوله: "والودائع إلخ" الوديعة أخص لأن الودع الترك وهو أن يترك الشيء في يد الغير قصداً، والأمانة ما يقع في يد الغير، ولو لا عن قصد كما إذا هبت الريح على ثوب وألقته في حجر رجل. (حميدية)

(١١) قوله: "والأمانات إلخ" ذكر الأمانات بعد ذكر الودائع، لأن الأمانة أعم من الوديعة ومن أنواع الأمانات مال المضاربة والعمارة والبضاعة، ومال الشركة، وهذه الأشياء عند الجحود بها ينقلب غصباً، فكان الضمان الواجب بهذه الأشياء ضمان غصب، لأن الأمين يصير غصباً للأمانة بالجحود. (ك)

(١٢) بيان ما.

(١٣) تقدم بيان العقر، فارجم.

قال^(١): ويقسم ثمنه بينهم بالحصص^(٢) لتعلق حقهم بالرقبة، فصار كتعلقها^(٣) بالتركة، فإن فضل شيء من ديونه^(٤) طُلب به^(٥) بعد الحرية، لتقرر الدين في ذمته، وعدم وفاء الرقبة به، ولا يباع^(٦) ثانياً؛ كيلا يمتنع البيع^(٧)، أو دفعاً للضرر عن المشتري^(٨).

ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل^(٩) قبل حقوق الدين أو بعده، ويتعلق^(١٠) بما يقبل من الهبة، لأن المولى إنما يخلفه^(١١) في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد، ولم يفرغ. ولا يتعلق^(١٢) بما انتزعه المولى من يده قبل الدين؛ لوجود شرط الخلوص^(١٣) له، وله أن يأخذ^(١٤) غلة مثله^(١٥) بعد الدين؛ لأنه لو لم يمكن منه يحجر عليه، فلا

(١٤) قوله: "لاستاده إلى الشراء" فإنه لو لا الشراء لوجب عليه الحد، ولم يجب عليه العقر، وسواء ثبت بإقراره أو بالبينة. (ك)

(١٥) أى بالشراء.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "ويقسم ثمنه [أى إذا باع القاضى العبد] الخ" أى إن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم فى الثمن بقدر حصته كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء. (عناية)

(٣) الديون.

(٤) العبد.

(٥) العبد.

(٦) العبد.

(٧) قوله: "كيلا يمتنع الخ" يعنى أن المشتري إذا علم أن العبد الذى اشتراه يباع فى يده ثانياً بدون اختياره كما فى حق الولي بالإذن فى التجارة يمتنع عن شراءه، فيمتنع البيم الأول حينئذ، فيضرر الغرماء، فلذلك قلنا: إنه لا يباع ثانياً. (ك)

(٨) قوله: "أو دفعاً للضرر الخ" فإن المشتري لم يأذن له فى التجارة فلم يكن راضياً ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان عليه لزوم الضرر بدون التزامه، بخلاف المولى الأول، فإنه أذن له فى التجارة، فكان ملتزماً بإذنه ضرر البيم على نفسه. (كفاية)

(٩) الكسب.

(١٠) الدين.

(١١) العبد.

(١٢) الدين.

(١٣) وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حل أخذ المولى ذلك. (عناية)

(١٤) قوله: "وله أن يأخذ [كما كان يأخذ قبل ذلك. ع] الخ" أى للمولى أن يأخذ الغلة وهى الضريبة التى يضرب المولى على العبد كل شهر مع قيام الدين عليه استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى فى الكسب. وجه الاستحسان أن فى ذلك نفع الغرماء لأن حقهم يتعلق بمكاسبه، ولا يحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن فى التجارة، ولو منعناه عن أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكساب. (كفاية)

(١٥) قوله: "غلة مثله" الغلة كل ما يحصل من ربح الأرض أو كراءها أو أجره غلام أو نحو ذلك. (عناية)

يحصل الكسب^(١)، والزيادة على غلة المثل يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها^(٢)، وتقدم حقهم.

قال^(٣): فإن حجر عليه^(٤) لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه؛ لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه^(٥)، وقد بايعوه على رجاء ذلك^(٦)، ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر.

ولو بايعوه جاز^(٧) وإن^(٨) بايعه الذي علم بحجره، ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتباره، فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل^(٩)، ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذ لم يعلم بالعزل^(١٠)، وهذا لأنه يتضرر به^(١١) حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق، وما رضى به، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً، أما إذا لم يعلم به^(١٢) إلا العبد، ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه.

قال^(١٣): ولو مات المولى أو جن^(١٤)، أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون

(١) فيتضرر الغرماء.

(٢) الزيادة.

(٣) أى القدورى. (عيني).

(٤) المولى.

(٥) قوله: "لما لم يتعلق برقبته إلخ" لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذ المولى، وإن لحقه دين أقام البيعة أنه قد حجر عليه، فيتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم. (عناية)

(٦) أى تعلق حقهم برقبته وكسبه. (٤)

(٧) لأن الإذن لا يتجزى ابتداء فكذا بقاء. (٤)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "كما في تبليغ الرسالة [فإن المعتبر الشيوع] إلخ" فإن الذمى إذا أسلم ولم يعلم بوجوب الصلاة حتى مضى زمان يلزمه القضاء لاشتتار حكم الخطاب في دار الإسلام والحربى إذا أسلم فى دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم لأن حكم الخطاب غير منتشر فى دار الحرب. (كفاية)

(١٠) فيبقى وكيلا.

(١١) أى بالانحجار بدون العلم.

(١٢) أى بالإذن.

(١٣) أى القدورى. (عيني).

(١٤) جنوناً مطبقاً، وقد تقدم فى الوكالة تعريفه. (٤)

محجوراً عليه؛ لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء^(١) هذا هو الأصل^(٢)، فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء، وهي تنعدم بالموت والجنون^(٣)، وكذا باللحوق^(٤)، لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته^(٥). قال^(٦): وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه^(٧)، وقال الشافعي: يبقى مأذوناً، لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن^(٨)، فكذا لا ينافي البقاء، وصار كالغصب^(٩). ولنا أن الإباق حجر دلالة، لأنه^(١٠) إنما يرضى بكونه^(١١) مأذوناً على وجه يتمكن^(١٢) من تقضية دينه بكسبه، بخلاف^(١٣) ابتداء الإذن، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح، وبخلافها، وبخلاف الغصب، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر. قال^(١٤): وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها، خلافاً لزفر، وهو يعتبر البقاء^(١٥) بالابتداء^(١٦).

(١) قوله: "يعطى لدوامه حكم الابتداء" لأنه إذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة، فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد، فإذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء. (كفاية)

(٢) أي الأمر الكلي.

(٣) قوله: "وهي تنعدم بالخ" الطلاق والإذن يشتركان في كونهما إسقاطاً، ولهذا لا يتوقتان بالتوقيت ويفترقان في اللزوم وعدمه، ولهذا يبقى الطلاق بعد الجنون دون الإذن لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء بخلاف بقاء الطلاق. (أعظمي)

(٤) بدار الحرب.

(٥) باللحوق.

(٦) أي القدروري. (عيني)

(٧) قوله: "صار محجوراً عليه" وإن عاد العبد من الإباق هل يعود الإذن لم يذكره محمد، والصحيح أنه لا يعود. (عناية)

(٨) قوله: "لا ينافي ابتداء الإذن" فإن المولى إذا أذن لعبده الآبق في التجارة وعلم به العبد كان مأذوناً فلأن لا ينافي بقاءه أولى، لأن البقاء أسهل من الابتداء. (عناية)

(٩) قوله: "وصار كالغصب" معناه لو أذن المولى العبد المعصوب يصح، فلو غصب العبد المأذون لا يبطل الإذن فهنا كذلك، وذكر في "الذخيرة" أنه إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن الغاصب مقراً، أو كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الإذن، لأنه إذا بقي له إمكان الأخذ كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته قائمة، فيصح الإذن فكذلك يبقى الإذن وإن لم يبق للمالك إمكان الأخذ بأن كان الغاصب جاحداً ولم يكن له على ذلك بينة يمنع ابتداء الإذن لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته، فيمنع بقاء الإذن أيضاً. (كفاية)

(١٠) المولى.

(١١) العبد.

(١٢) المولى.

(١٣) فإنه يجوز.

(١٤) أي القدروري. (عيني)

ولنا أن الظاهر^(١) أنه يحصنها^(٢) بعد الولادة، فيكون^(٣) دلالة الحجر عادة، بخلاف الابتداء، لأن الصريح قاض على الدلالة، ويضمن المولى قيمتها^(٤) إن ركبها ديون لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء إذ به^(٥) يمتنع البيع، وبه^(٦) يقضى حقهم. قال^(٧): وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها^(٨) فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصيل المدبرة، ولا منافاة بين حكميهما^(٩) أيضاً، والمولى ضامن لقيمتها^(١٠) لما قررناه في أم الولد^(١١).

قال^(١٢): فإذا حجر على المأذون فأقراره جائز^(١٣) فيما في يده^(١٤) من المال^(١٥) عند أبي حنيفة، ومعناه أن يقر^(١٦) بما في يده أنه أمانة لغيره، أو غصب منه، أو يقر بدين عليه، فيقضى^(١٧) مما في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إقراره، لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو

(١٥) قوله: "وهو يعتبر إلخ" فإن المولى لو أذن لأم ولده جاز، فكذا إذا استولدها بعد الإذن وهو القياس. (عناية)

(١٦) أى لو أذن أم ولد جاز.

(١) قوله: "أن الظاهر أنه إلخ" أى الظاهر أن الإنسان يحصن أم ولده، ولا يرضى بخروجها، واختلاطها بالناس في المعاملة والتجارة، فيكون حجراً دلالة، ولا معتبر بها عند النصريح بخلافه في الابتداء. (٤)

(٢) إحصان: نگهداشتن. (كنز)

(٣) الاستيلاء.

(٤) أم ولد.

(٥) أى بالاستيلاء.

(٦) أى بالبيع.

(٧) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٨) قوله: "أكثر من قيمتها" إنما قيد بكونها أكثر من قيمتها ليظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون

الزيادة عليها. (عيني)

(٩) أى التدبير والإذن.

(١٠) مدبرة.

(١١) قوله: "لما قررناه في أم الولد" وهو قوله: لإتلافه محلاً تعلق به حق الغرماء. (ك)

(١٢) أى القدورى. (عيني)

(١٣) قوله: "فأقراره [لغير مولاة] جائز" بخلاف ما إذا بيع المأذون فإنه لا يجوز إقراره فيما في يده بالإجماع. (ك)

(١٤) قوله: "فيما في يده" قيد به لأنه لا يصح إقراره فيما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار. (ك)

(١٥) قوله: "من المال" قيد به لأنه لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر بالإجماع. (ك)

(١٦) قوله: "ومعناه إلخ" إنما فسره بذلك لأن مطلق الإقرار منه ما كان مضموناً كالديون والغصوب لا الأمانات

فبين أن المراد به التعميم. (٤)

(١٧) الدين.

الإذن فقد زال بالحجر، وإن كان اليد فالحجر أبطلها، لأن يد المحجور^(١) غير معتبرة^(٢)، وصار كما^(٣) إذا أخذ المولى كسبه^(٤) من يده قبل إقراره، أو ثبت حجره بالبيع^(٥) من غيره، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر^(٦).

وله: أن المصحح هو اليد، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده^(٧) واليد^(٨) باقية^(٩) حقيقة^(١٠)، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها^(١١) عن حاجته، وإقراره دليل تحققها^(١٢)، بخلاف^(١٣) ما إذا انتزع المولى من يده قبل الإقرار، لأن يد المولى ثابتة حقيقةً وحكماً^(١٤)، فلا تبطل بإقراره، وكذا ملكه ثابت في رقبته^(١٥)، فلا يبطل^(١٦) بإقراره^(١٧) من غير رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه^(١٨)، لأن

(١) قوله: "لأن يد المحجور إلخ" ورد بأننا لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنه لو استودع المحجور وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المسبوط ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كتب ألفته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء، وأجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد. (عناية)

(٢) قوله: "غير معتبرة" أي فيما هو من كسبه، أو فيما عرف أنه من مال المولى، وإذا لم يكن كذلك فیده معتبرة. (ك)

(٣) قوله: "وصار كما إذا أخذ إلخ" بيان لإبطال الحجر يده بمسائل متفق عليها فإن المولى إذا انتزع ما في يده لا يسمع إقرار العبد فيه بالاتفاق، وكذا إذا باع العبد من غيره يثبت الحجر. (٤)

(٤) بعد الحجر حيث لا يسمع إقراره.

(٥) أي ببيع مولاه إياه من غيره، فإنه لا يصح إقراره أيضاً. (عيني)

(٦) قوله: "ولهذا لا يصح إقراره إلخ" يعني إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الإقرار في حق الرقبة حتى لا يباع العبد بهذا الإقرار بالاتفاق. (عيني)

(٧) بعد حجره عليه قبل إقراره. (تبيين) لزوال المصحح. (٤)

(٨) أي يد العبد.

(٩) بعد الحجر.

(١٠) فإن الكلام في الإقرار بما في يده. (٤)

(١١) أي فراغ ما في يده من الإكساب.

(١٢) قوله: "وإقراره دليل إلخ" يعني أن مطلق إقراره دليل تحقق الحاجة حملاً لحالة المقر على الصلاح، فإن قيل: لو

كان إقراره دليل تحققها فصح بما انتزع المولى من يده قبل الإقرار أجاب بقوله: بخلاف إلخ. (٤)

(١٣) أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها. (٤)

(١٤) قوله: "ثابتة حقيقةً إلخ" أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزع من يده، وأما حكماً فلأن النزاع كان قبل ثبوت

الدين، فلا يبطل يده بإقراره لأنه إقرار بما ليس في يده وهو باطل. (٤)

(١٥) العبد.

(١٦) الملك.

(١٧) العبد.

(١٨) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا باعه إلخ" أي بخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره، لأن الدخول في ملك

العبد قد تبديل^(١) بتبديل الملك على ما عرف^(٢)، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك^(٣)، ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع^(٤).

قال^(٥): وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته^(٦) لم يملك المولى ما فى يده، ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة.

وقالا: يملك ما فى يده ويعتق^(٧) وعليه قيمته^(٨)؛ لأنه وجد سبب الملك فى كسبه^(٩) وهو ملك الرقبة^(١٠)، ولهذا يملك إعتاقه^(١١)، ووطئ الجارية المأذون لها، وهذا^(١٢) آية كماله، بخلاف الوارث، لأنه يثبت الملك له^(١٣) نظراً للمورث، والنظر فى ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى^(١٤) ما ثبت نظراً للعبد^(١٥).

غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبديل الملك كتبديل العين، فصار إقراره كإقرار عبد آخر، فلا يقبل فيما فى يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده. (تبيين)

(١) بالبيع.

(٢) إشارة إلى حديث بريرة رضى الله عنها. (٤)

(٣) قوله: "فلا يبقى ما ثبت إلخ" مراده بما ثبت بحكم الملك يده الحكمة كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً إلخ، ولما كان تبديل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبديل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الأول من يده الحكمة بخلاف ما نحن فيه، فإن اليد فيه باقية حقيقةً وحكماً ما لم تفرغ عن حاجته. (نت) قوله: "ما ثبت إلخ" أى لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الإذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما فى يده بعد البيع لعدم بقاء الإذن. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا لم يكن إلخ" توضيح لتبديل العبد فإن العبد إذا باشر شيئاً قبل البيع لم يكن خصماً فيه بالتسليم والتسليم والرد يعيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره، ولو لا تبدله لكان خصماً لصدور المباشرة عنه حقيقة. (ع)

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) قوله: "تحيط بماله إلخ" كما إذا أذن لعبد، فاشتري عبداً يساوى ألفاً، والمأذون أيضاً يساوى ألفاً وعليه ألفاً درهم. (٤)

(٧) ما أعتقه المولى.

(٨) أى قيمة المعتقد للغرماء لتعلق حقهم به. (٤)

(٩) المأذون.

(١٠) أى رقبة المأذون، فإن ملك الأصل علة لملك الفرع. (٤)

(١١) المأذون.

(١٢) قوله: "وهذا" أى المذكور من ملك الإعتاق، وحل ووطئ الأمة آية كمال ملك الرقبة، فكان سبب الملك فى الكسب موجوداً على الكمال، فبملكه وينفذ فيه إعتاقه، فإن قيل: سلمنا ذلك لكن المانع متحقق، وهو إحاطة الدين، فإنها تمنع عن ذلك كما فى التركة إذا استغرقها الديون فإنها تمنع إعتاق الوارث.

أجاب بقوله: بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث بإيصال ماله إلى أقرب الناس إليه، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب، ولا نظر للمورث فى ذلك عند إحاطة الدين بتركته بل النظر فى ضده، أى فى ضد ثبوت الملك للوارث، وهو قضاء الدين لأنه فرض عليه، والميراث صلة، وإذا كان سبب الملك النظر، وقد فات ففات الملك، ولا عتق فى غير الملك. (٤)

(١٣) فإن صرف أكسابه إلى أقرب الناس إليه نظر فى حقه كيلاً يتعطل سعيه فى دار الدنيا. (ك)

وله أن الملك للمولى وإنما يثبت خلافة^(١) عن العبد عند فراغه عن حاجته^(٢)، كملك الوارث على ما قررناه^(٣)، والمحيط^(٤) به الدين مشغول بها فلا يخلفه^(٥) فيه^(٦)، وإذا عرف^(٧) ثبوت الملك^(٨) وعدمه فالعتق فريسته، وإذا نفذ^(٩) عندهما يضمن^(١٠) قيمته للغرماء لتعلق حقهم به. قال: وإن لم يكن الدين محيطاً^(١١) بماله^(١٢)

(١٤) قوله: "أما ملك إلخ" أى ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد، بل باعتبار أن استحيل وقوع الملك له مع قيام الرق فيه، وهذا المعنى قائم بعد الإذن، وثبوت الدين. (ك)

(١٥) حتى يراعى نظر العبد بعدم العتق حتى يقضى دينه. (عناية)

(١) قوله: "إنما يثبت خلافة إلخ" لما أن الكسب فى الأصل ملك الكاسب، وإنما يخلفه غيره بعد فراغه عن حاجته، ولهذا لو امتنع المولى من الإنفاق عليه أمر العبد بالكسب والإنفاق على نفسه، وما فضل من حاجته يرد على المولى. وما قال: إنه وجد سبب الملك فى كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينتقض بالمكاتب فإن ملك الرقبة موجود، ولا يملك المولى أكسابه، والمأذون بمنزلة المكاتب فجاز أن لا يملك ذلك مانع، وهو حاجته إلى قضاء دينه لأنه لما صار بمنزلة الحر فى حق التصرف، واليد، والحر المديون لا يستحق وارثه بتركته لحاجته إلى قضاء الدين، فكذا ههنا. (ك)

(٢) قوله: "عن العبد" فإن قيل: المولى كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة، والعبد ليس بأهل لملك المال، وشرط الخلافة تصور الأصل، قلنا: العبد ليس بأهل لملك مستقر لكنه أهل للملك ينتقل إلى غيره، إذا فرغ عن حاجته، وهذا لأن العبد من حيث أن آدمى بمنزلة الحر، ومن حيث إنه مال مملوك كالبيمة، ولو كان حراً مطلقاً لملك المال ملكاً مستقراً، ولو كان مملوكاً مطلقاً كالبيمة لم يملك أصلاً، فقلنا: بأنه يملك ملكاً منتقلاً عملاً بالشبهين. (ك)

(٣) قوله: "على ما قررناه" يعنى فى مسألة تعلق الدين بكسبه. (٤)

(٤) أى المال الذى أحاط به الديون.

(٥) قوله: "فلا يخلفه إلخ" يعنى كما إن الدين المحيط بالتركة يمنع ملك الوارث فى الرقبة، فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى، لأن الخلافة فى الموضوعين لانعدام أهلية الملك فى المال فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق، لأن المالكية عبارة عن القدرة، والموت والرق يتنافيان ذلك، ومنافاة الموت أظهر، والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه، فكذلك الرقيق. (٤)

(٦) أى فى هذا المال.

(٧) قوله: "وإذا عرف إلخ" أى إذا عرف ثبوت الملك عندهما وعدمه عنده عرف العتق وعدمه لكونه فرعه فمن قال: بثبوت الملك نفذ العتق، ومن لم يقل به أبطله. (٤)

(٨) أى ملك المولى فى كسب العبد.

(٩) العتق.

(١٠) المولى.

(١١) قوله: "وإن لم يكن إلخ" الظاهر أن مراده إذا لم يكن الدين محيطاً بماله ورقبته بملكه فجاز عتقه فى قولهم جميعاً كما صرح به فى الكافى، وسائر الكتب المعتمدة، إلا أنه اكتفى بذكر قوله بماله، ولم يذكر رقبته بناء على ما ذكرنا من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلق الدين برقبته، وإذا لم يحيط الدين بماله يتبعين عدم إحاطتها برقبته، فلم يحتج إلى ذكر الثانى بعد ذكر الأول وما وقع فى عامة الكتب من قبيل التصريح بما عليهم التزاماً بمجرد الاحتياط. (نت)

(١٢) قوله: "بماله" هذه هى الصورة الثانية، كما إذا أذن لعبد فاشترى عبداً يساوى ألفاً، والمأذون أيضاً يساوى ألفاً، وعليه خمس مائة، وأما الصورة الثالثة أى أحاط بماله دون رقبته كما إذا أذن بعد فاشترى عبداً يساوى ألفاً، والمأذون أيضاً يساوى ألفاً، وعليه ألف درهم ذكمتها أن المولى إذا أعتق العبد المشتري فعتقه جازر بالاتفاق، كذا نقل فى "غاية

جاز عتقه في قولهم جميعاً^(١)، أما عندهما فظاهر؛ وكذا عنده لأنه^(٢) لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه.

قال^(٣): وإن باع من المولى شيئاً^(٤) بمثل قيمته جاز، لأنه^(٥) كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه.

وإن باعه بنقصان^(٦) لم يجز؛ لأنه متهم^(٧) في حقه^(٨)، بخلاف ما إذا حابى^(٩) الأجنبي عند أبي حنيفة، لأنه لا تهمة فيه^(١٠)، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث^(١١) بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده^(١٢)، لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه^(١٣)، حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته^(١٤)، أما حق الغرماء تعلق بالمالية^(١٥) لا

البيان. وقال في "نتائج الأفكار": إن في جواز عتقه على رأى الإمام أبي حنيفة إشكالا، فإن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته، والمال الذى أحاط به الدين مشغول بحاجته، فلا يخلفه فيه، فلا يثبت فيه الملك، فكيف يجوز إعتاقه، فتأمل. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقدہ)

(١) ويملك المولى كسبه. (٤)

(٢) أى لأن كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين. (٤)

(٣) أى القدرى. (عنى)

(٤) قوله: "وإن باع إلخ" إذا باع العبد المأذون المديون شيئاً من إكسابه من المولى بمثل قيمته جاز، وإن لم يكن مديوناً لا يجوز. (ك)

(٥) أى لأن المولى.

(٦) سواء كان كثيراً أو قليلاً. (٤)

(٧) قوله: "لأنه متهم فى حق مولاہ بميله إليه عادة. (٤)

(٨) النقصان.

(٩) محاباة سيرة أو كثيرة، فإنه لا يجوز.

(١٠) قوله: "لأنه لا تهمة فيه" فإن قيل: التهمة قد تكون موجودة أوجب بأنه موهوم حيث إنه لم ينشأ عن دليل. (٤)

(١١) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة على أن يكون معنى الكلام، وهاتان المسألتان أعنى قول القدرى، وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، وقوله: وإن باعه بنقصان لم يجز ملاستان، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق اللف والنشر الغير المرتب، أى المسألة الثانية ملابسة، بخلاف ما إذا حابى الأجنبي والمسألة الأولى ملابسة بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته، لا أن كلتا المسألتين ملاستان بكلتا الخلافين. (نت)

(١٢) الإمام أبي حنيفة.

(١٣) أى بعين ذلك الشيء المبيع، أى عين مال الميت. (٤)

(١٤) قوله: "حتى كان إلخ" يعنى إذا كان الدين مستغرقاً للتركة، ورضى بعض الورثة بأن يدفع التركة إلى الغرماء

كان للباقي من الورثة أن يستخلص التركة لنفسه بأداء قيمة التركة. (ن)

(١٥) لا بعينه.

غير^(١)، فافترقا^(٢).

وقالا: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة^(٣)، وإن شاء نقض البيع، وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش^(٤) سواء^(٥)، ووجه ذلك^(٦) أن الامتناع^(٧) لدفع الضرر من الغرماء، وبهذا يندفع الضرر عنهم، وهذا^(٨) بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة، والمولى يؤمر به^(٩)، لأن البيع باليسير منها^(١٠) متردد بين التبرع^(١١)، والبيع لدخوله^(١٢) تحت تقويم المقومين، فاعتبرناه تبرعاً في البيع^(١٣) مع المولى للتهمة غير تبرع^(١٤) في حق الأجنبي لانعدامها^(١٥). وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى، ولا إذن في البيع مع الأجنبي، وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء، وهذان الفرقان^(١٦) على أصلهما^(١٧).

(١) فلا ضرر لهم في البيع.

(٢) أى العبد والمريض. (نت)

(٣) بإيصال الثمن إلى تمام القيمة. (٤)

(٤) قوله: "وعلى المذهبين [أى مذهب أبى حنيفة وصاحبيه. ع] إلخ" اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة اليسيرة والكثيرة. (٤)

(٥) قوله: "سواء" إذا باع من المولى شيئاً بنقصان لم يجز عند أبى حنيفة^٢ فاحشاً كان الغين أو يسيراً، وعندهما جاز البيع، فاحشاً كان الغين أو يسيراً، ولكن يخير المولى بين أن يزيل الغين وبين أن ينقض البيع. (ك)

(٦) أى وجه الجواز مع التخيير. (ك)

(٧) عن البيع بالنقصان. (٤)

(٨) أى الذى ذكرنا من الجواز والتخيير. (٤)

(٩) أى بإزالة المحاباة.

(١٠) قوله: "منها" أى من المحاباة، وفى بعض النسخ منهما، أى من المولى والأجنبي. (مل)

(١١) قوله: "متردد بين التبرع إلخ" أما التبرع فللنقصان عن الثمن فى قدر المحاباة، وأما البيع فللدخوله إلخ. (عناية)

(١٢) أى لدخول اليسير من المحاباة.

(١٣) فيجوز بخيار.

(١٤) فيجوز بلا خيار.

(٥) التهمة.

(١٦) قوله: "وهذان الفرقان" أى الفرق بين المولى والأجنبي فى حق المحاباة اليسيرة حيث يؤمر المولى بإزالتها دون الأجنبي: والفرق بينهما فى المحاباة الكثيرة حيث لا يجوز عندهما مع الأجنبي أصلاً، ويجوز مع المولى، ويؤمر بالإزالة. (٤)

(١٧) قوله: "على أصلهما" لأن أبى حنيفة^٢ لما لم يجوز البيع من المولى لا بالغين اليسير ولا بالغين الفاحش لا يحتاج إلى هذين الفرقين، وإنما يحتاج إلى فرق واحد، وهو جواز بيع العبد من الأجنبي بالغين الفاحش، وعدم الجواز من

قال^(١): وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع؛ لأن المولى أجنبي عن كسبه^(٢) إذا كان عليه دين على ما بيناه، ولا تهمة في هذا البيع، ولأنه^(٣) مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه، ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكّن وصحة التصرف تتبع الفائدة، فإن سلم إليه^(٤) قبل قبض الثمن بطل الثمن، لأن حق المولى في العين من حيث الحبس، فلو بقي بعد سقوطه^(٥) يبقى^(٦) في الدين، ولا يستوجب المولى على عبده، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً^(٧)، لأنه يتعين، وجاز أن يبقى حقه^(٨) متعلقاً بالعين.

قال: وإن أمسكه^(٩) في يده حتى يستوفي الثمن جاز؛ لأن البائع له حق الحبس في المبيع، ولهذا كان أخص به^(١٠) من سائر الغرماء، وجاز أن يكون للمولى^(١١) حق^(١٢) في الدين، إذا كان يتعلق بالعين^(١٣).

المولى والفرق ما ذكر في الكتاب. (ك)

(١) أي القدرى. (عيني)

(٢) قوله: "لأن المولى إلخ" هذه النكتة على قول أبي حنيفة^(١)، والنكتة الثانية وهو قوله: "ولأنه مفيد على قولهما، أو على قول الكل." (ك)

(٣) أي لأن هذا البيع.

(٤) أي سلم المولى المبيع إلى العبد.

(٥) قوله: "فلو بقي [أي حق المولى] إلخ" تقريره أن حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العبد 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 مقابل العين والمولى لا يستوجه على عبده حتى لو أتلف شيئاً من ماله لم يضمن. (٦)

(٧) قوله: "بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً" لأن المولى يستوفيه وهو أحق به من الغرماء، لأنه ملكه بعينه بالعقد، ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبد كما لو أودع عند عبده شيئاً، أو غصبه منه. (٦)

(٨) المولى.

(٩) أي إن أمسك المولى المبيع.

(١٠) قوله: "أخص [أي قبل القبض] به" اشترى شيئاً وقبضه، مات مفلساً قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء، ولو لم يقبضه المشتري فإن البائع أحق به اتفاقاً، كذا في الدر المختار، وقال في رد المحتار: قوله: "فإن البائع أحق به الظاهر إن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفي الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضى، ويدفع له الثمن، فإن وفي بجميع دين البائع فيها، وإن زاد ودفع الزائد لباقي الغرماء وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقي له، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقاً إذ لا وجه لذلك، لأن المشتري ملكه، وانتقل بعد موته إلى ورثته، وتعلق به حق غرماءه.

(١١) قوله: "وجاز أن يكون إلخ" أي فإن قيل: على هذا التقرير استوجب المولى ديناً في ذمة للعبد حتى حبس المبيع لأجله، وهو لا يستوجه على ما قلتم آنفاً، أجاب عنه بقوله: "وجاز إلخ." (٦)

(١٢) على العبد.

(١٣) قوله: "إذا كان [الدين] يتعلق بالعين [المبيع]" كالمكاتب فإن المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين تعلق

ولو باعه^(١) بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة^(٢)، أو ينتض البيع، كما بينا في جانب العبد، لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء.

قال^(٣): وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون^(٤) فعتقه جائز؛ لأن ملكه فيه باقى والمولى ضامن لقيمته^(٥) للغرماء، لأنه أتلف^(٦) ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه، وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق، لأن الدين فى ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمناً، فبقى الباقي عليه كما كان.

فإن كان^(٧) أقل من قيمته ضمن^(٨) الدين لا غير؛ لأن حقهم^(٩) بقدره^(١٠) بخلاف ما إذا أعتق المدبر^(١١) وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقتهم^(١٢) استيفاء بالبيع، فلم يكن المولى متلفاً حقهم^(١٣)، فلا يضمن^(١٤) شيئاً.

قال^(١٥): فإن باعه المولى^(١٦)، وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه^(١٧)،

برقبته، وهذا لأن البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع، ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن، فإذا كان اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هى وبالدين من حيث تعلقه بالعين. (٤)

(١) المولى.

(٢) قوله: "يؤمر [العبد] بإزالة الخ" قال فى "النهاية": هذا على رواية صاحب "المبسوط"، وأما على رواية صاحب الكتابة، وهو رواية مسوط شيخ الإسلام، فإن هذا البيع لا يجوز عند أبى حنيفة أصلاً كما فى جانب العبد. (٤)

(٣) أى القدورى. (عيني)

(٤) قوله: "وعليه ديون" لزمته بسبب التجارة أو الغصب، أو جحود الوديعة أو إتلاف المال. (عناية)

(٥) قوله: "ضامن لقيمته" بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به. (عناية)

(٦) وضمان الإتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه. (٤)

(٧) الدين.

(٨) المولى.

(٩) الغرماء.

(١٠) الدين.

(١١) فلا ضمان على المولى.

(١٢) لأنه لا يجوز بيعهما.

(١٣) بالعتق.

(١٤) المولى.

(١٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٦) قوله: "فإن باعه الخ" معناه باعه بضمن لا يفى بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال. (عناية)

(١٧) قوله: "وغيبه" قيد بقوله: "وغيبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يطلوا البيع إلا أن يقضى المولى

ديونهم، فإذا لم يقدروا على العبد، فإن شاء الخ. (عيني)

فإن شاء الغرماء^(١) ضمنوا البائع قيمته، وإن شاءوا ضمنوا المشتري؛ لأن العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضى المولى دينهم، والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم، والمشتري^(٢) بالقبض والتغيب، فيخبرون في التضمن^(٣)، وإن شاءوا^(٤) أجازوا البيع وأخذوا الثمن؛ لأن الحق لهم^(٥) والإجازة اللاحقة كالإذن^(٦) السابق، كما في المرهون^(٧). فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة^(٨)، فيكون حق الغرماء في العبد، لأن سبب الضمان^(٩) قد زال وهو البيع والتسليم، صار كالغاصب إذا باع^(١٠) وسلم^(١١) وضمن^(١٢) القيمة، ثم رد^(١٣) عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا.

قال^(١٤): ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين^(١٥) فللغرماء أن يردوا البيع^(١٦) لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء^(١٧) من رقبته، وفي كل واحد منهما

(١) قوله: "فإن شاء إلخ" هذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة، أما إذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم. (تاج الشريعة)

(٢) أى المشتري متلف حقهم بالقبض.

(٣) قوله: "فيخبرون إلخ" ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لأن استرداد القيمة منه كاسترداد العبد لو ظفروا به وإن ضمنوا البائع قيمته، تم البيع الذى جرى بين البائع والمشتري لزوال المانع. (ك)

(٤) هذا يدل على أن البيع كان موقوفاً. (عيني)

(٥) قوله: "لأن الحق لهم" فلهم الإجازة، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، ولو كان البيع بإذنهم لم يكن هناك ضمان. (٤)

(٦) قوله: "كالإذن" فإن قيل: يشكل بما إذا كفّل رجل عن غيره بغير إذنه، ثم أذن المكفول له لا يرجع المكفيل عليه، قلنا: لأنه لا يحتاج إلى الإذن، فلا يؤثر الإذن فيها، ولا كذلك ههنا، فإن البيع يتوقف لزومه على إجازة الغرماء. (ك)

(٧) قوله: "كما في المرهون" يعنى أن الراهن إذا باع المرهون بدون إجازة المرتهن، ثم أجازة المرتهن جاز البيع، لأن الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء. (٤)

(٨) قوله: "فللمولى أن يرجع [على الغرماء] إلخ" معناه إذا قبله بقضاء لأن القاضى إذا رده فقد فسخ العقد بينهما، فعاد إلى الحال الأول، وهو ظاهر. (٤)

(٩) أى سبب وجوب الضمان على المولى.

(١٠) المغصوب.

(١١) إلى المشتري.

(١٢) المالك.

(١٣) المغصوب.

(١٤) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(١٥) قوله: "وأعلمه بالدين" أى أعلم البائع المشتري بأن هذا العبد الذى أبيعك مديون، وفائدة هذا الإعلام سقوط خيار المشتري فى الرد بعيب الدين حتى يقيم البيع لازماً فيما بين البائع والمشتري، وإن لم يكن لازماً فى حق الغرماء. (ك)

فائدة فالأول^(١) تام مؤخر^(٢)، والثاني^(٣) ناقص معجل، وبالبيع يفوت هذه الخيرة، فلهذا لهم أن يردوه. قالوا^(٤): تأويله^(٥) إذا لم يصل إليهم الثمن، فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم إليهم^(٦).

قال: فإن كان البائع غائباً^(٧)، فلا خصومة بينهم^(٨)، وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين^(٩)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً، ووهبها^(١٠) وسلمها^(١١) وغاب^(١٢)، ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له، وعنهما^(١٣) مثل قوله في مسألة الشفعة. لأبي يوسف أنه يدعى الملك لنفسه، فيكون خصماً لكل من ينازعه^(١٤)، ولهما

(١٦) إذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم. (ك)

(١٧) من العبد.

(١) الاستسعاء.

(٢) أى إلى زمان الاستسعاء. (ك)

(٣) الاستيفاء من رقبته.

(٤) المشايخ.

(٥) قوله: "تأويله إلخ" فى هذا اللفظ نوع نظر إذ كان من حقه أن يقال، وتأويله إذا باع بثمن لا يفى بديونهم كما هو المذكور فى جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الإسلام، ومأذون "الجامع الصغير" لقاضى خان، والذخيرة، وذلك لأنه إذا لم يكن فى البيع محاباة، ولكن الثمن إذا كان لا يفى بديونهم كان لهم أن يردوا البيع لفوات حقهم فى الاستسعاء فيما بقى من ديونهم على العبد.

اللهم إلا أن يرد بقوله: فإن وصل ولا محاباة فى البيع ضاء الغرماء بأخذهم الثمن، فإنهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع، فينسند حينئذ باب الرد. (نهاية)

(٦) قوله: "ليس لهم إلخ" أى ليس للغرماء حق نقض البيع إذا وصل إليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وإن لم يكن

فى الثمن وفاء بديونهم. (ك)

(٧) قوله: "فإن كان البائع إلخ" أما إذا كان المشتري غائباً والبائع حاضراً، فلا خصومة بينهم وبين البائع فى رقبة

العبد بلا خلاف، حتى يحضر المشتري، لأن الملك واليد للمشتري، وإبطال ذلك بدون حضوره لا يمكن فيه فما لم يبطل ملك المشتري لا يكون الرقبة محلاً لحق الغرماء، إلا أن لهم أن يضمّنوا البائع قيمته، لأن بالبيع والتسليم صار مفوتاً محل حقهم. (كفاية)

(٨) الغرماء.

(٩) قيد بالإنكار لأن المشتري إذا أقر بدينهم وصدقهم فى الدعوى كان لهم أن يرد البيع بلا خلاف. (ع)

(١٠) لرجل.

(١١) إلى الموهوب له.

(١٢) المشتري الواهب.

(١٣) فى رواية ابن سماعة.

أن الدعوى يتضمن فسخ العقد، وقد^(١) قام^(٢) بهما^(٣)، فيكون الفسخ قضاء علي الغائب^(٤). قال^(٥): ومن قدم مصرأ فقال: أنا عبد لفلان، فاشتري وباع^(٦) لزمه^(٧) كل شيء من التجارة؛ لأنه إن أخبر بالإذن، فالإخبار دليل عليه، وإن لم يخبر فتصرفه^(٨) جائز إذ الظاهر أن المحجور يجرى على موجب حجره، والعمل بالظاهر^(٩) هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس^(١٠)، إلا أنه لا يباع^(١١) حتى يحضر مولاه؛ لأنه لا يقبل قوله^(١٢) في الرقبة^(١٣)، لأنها خالصة حق المولى، بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بيناه^(١٤).

فإن حضر وقال: هو مأذون يبيع في الدين؛ لأنه ظهر الدين في حق المولى، وإن قال: هو محجور فالقول قوله^(١٥)؛ لأنه متمسك بالأصل.

(١٤) فيما في يده.

(١) الواو حالية.

(٢) العقد.

(٣) أى بالثام والمشتري.

(٤) وهو لا يجوز.

(٥) أى محمد. (عيني).

(٦) أخبر أن مولاه أذن له لولم يخبر.

(٧) قوله: "لزمه [أى فحكمه حكم المأذون]" وهذا استحسان، والقياس أن لا يقبل قوله، لأنه أخبر عن شيئين:

أحدهما: أخبر أنه مملوك، وهذا إقرار منه على نفسه، والثاني: أخبر أنه مأذون في التجارة، وهذا إقرار على المولى، وإقراره عليه ليس بحجة. (٤)

(٨) أى فتصرفه دليل عليه. (ك)

(٩) قوله: "والعمل بالظاهر إلخ" والظاهر أنه مأذون له، لأن عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب المحرم، فوجب حمله

عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن. (تبيين)

(١٠) قوله: "كيلا يضيق الأمر إلخ" توضيحه أن للناس حاجة في قبوله، لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في

التجارة، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى. (٤)

(١١) قوله: "إلا أنه [العبد] إلخ" استثناء من قوله: لزمه كل شيء، ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في

الدين حتى يحضر مولاه. (٤)

(١٢) قوله: "لا يقبل قوله إلخ" لأن بيع الرقبة ليس من لوازم الإذن في التجارة، ألا يرى أنه إذا أذن المدبر، وأم

الولد، ولحقهما الدين لا يباحان، وهما مأذون لهما بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الإذن في التجارة، لأنه حق العبد. (ك)

(١٣) أى في حق بيع الرقبة. (نتائج)

(١٤) قوله: "على ما بيناه [في وسط كتاب المأذون. ع]" وهو ما ذكر قبل هذا، ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال:

لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد. (ك)

فصل (١)

وإذا أذن^(٢) ولى الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون^(٣) إذا كان يعقل البيع والشراء، حتى ينفذ تصرفه.

وقال الشافعي لا ينفذ لأن حجره لصباه^(٤)، فيبقى ببقاءه^(٥)، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي^(٦) التصرف^(٧) عليه، ويملك حجره، فلا يكون والياً للمنافاة^(٨)، فصار كالطلاق والعتاق^(٩)، بخلاف الصوم والصلاة^(١٠)، لأنه لا يقام بالولي، وكذلك^(١١) الوصية^(١٢) على أصله^(١٣)، فتحققت الضرورة إلى تنفيذ منه، أما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة ههنا.

ولنا أن التصرف المشروع^(١٤) صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات^(١٥)، والصبا سبب الحجر^(١٦) لعدم

(١٥) قوله: "فالقول قوله" وعلى الغرماء البينة، لأن دعواه الإذن كدعوة الإعتاق. (٤)

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان أحكام إذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام إذن الصبي والمعتوه، وقدم الأول لكثرة وقوعه. (نت)

(٢) هذا كلام القدوري.

(٣) قوله: "كالعبد المأذون" في نفوذ وعدم التقييد بنوع دون نوع، وصيرورته مأذوناً بالسكوت، وصحة إقراره

بما في يده وغير ذلك. (٤)

(٤) قوله: "لصباه" بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضياً

بتصرفه. (٤)

(٥) بعد الإذن.

(٦) في حال كون الصبي مأذوناً.

(٧) في ماله.

(٨) قوله: "للمنافاة" لأن كونه مولى عليه سمة العجز، وكونه والياً آية القدرة، وهما متضادان، فلا يجتمعان. (ك)

(٩) قوله: "فصار كالطلاق والعتاق" لا يصحان منه وإن أذن له المولى. (٤)

(١٠) أى الصوم والنفل والصلاة النافلة، لأنهما لا يقامان بالولي فيصحان منه. (٤)

(١١) قوله: "أى الوصية بأعمال البر."

(١٢) فإن وصية الصبي جائزة عند الشافعي.

(١٣) قوله: "على أصله" أصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه، وما

يتحقق من الولي فلا يصح مباشرة الصبي فيه، لأن تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع بما يتصرف فيه الولي. (ك)

(١٤) قوله: "ولنا أن إلخ" إما أنه تصرف مشروع فلأن الله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي، وإما

أنه صدر من أهله، فلأنه عاقل مميز يعلم أن البيع سالب والشراء جالب، ويعلم العين اليسير من الفاحش، والأهلية لهذا

التصرف بكونه كذلك، وأما إنه في محله فلكون المبيع مالا متقوماً، وأما الولاية الشرعية فلأنه صدر بإذن وليه، والولي

يملك هذا التصرف، فكذا من أذن له، ألا يرى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الإذن به فصدوره من الصبي

لا يكون من ولاية شرعية وإن أذن الولي بذلك. (٤)

الهداية^(١١) لا لذاته، وقد ثبت نظراً إلى إذن الولي، وبقاء ولايته لنظر الصبي^(٢)، لاستيفاء المصلحة بطريقتين^(٣)، واحتمال تبدل الحال^(٤)، بخلاف الطلاق^(٥) والعتاق، لأنه صار محض، فلم يؤهل^(٦) له، والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل^(٧) له قبل الإذن^(٨) والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر، فيجعل^(٩) أهلاً له^(١٠) بعد الإذن لا قبله، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه^(١١) على إجازة الولي لاحتمال، وقوعه نظراً^(١٢) وصحة التصرف في نفسه^(١٣).

وذكر الولي في الكتاب^(١٤) ينتظم الأب والجد^(١٥) عند عدمه^(١٦)، والوصي والقاضي والوالي^(١٧)، بخلاف صاحب الشرط^(١٨)؛ لأنه ليس إليه تقليد القضاة،

(١٥) قد مر تحقيق الخلافات، فارجم.

(١٦) قوله: "والصبا [جواب عن قول الشافعي] سبب الحجر" جواب عن قوله، لأن حجره لصباه، وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير، وهو عدم الهداية في أمور التجارة، فصار كالعبد في كون حجره لغيره، وهو حق المولى، فإذا أذن له المولى زال ذلك الغير، لأنه علم أنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذن له المولى، فيصح تصرفه كما لو أذن للعبد. (٤)

(١) أى فى أمور التجارة. (ك)

(٢) قوله: "وبقاء ولايته إلخ" جواب عن قول الشافعي، ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف إلخ. (ك)

(٣) أى مباشرة وليه له، وبمباشرة لنفسه. (٤)

(٤) قوله: "واحتمال تبدل الحال" فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها، فبقينا ولاية الولي

ليتدارك ذلك. (٤)

(٥) جواب عن قوله: وصار كالطلاق والعتاق. (٤)

(٦) أهله ذلك إيهالاً كرد او را شائسته وسزا وار آن. (من)

(٧) الصبي.

(٨) وكذا بعده.

(٩) الصبي.

(١٠) لأن نقصان رأيه ينجبر برأى الولي. (٤)

(١١) قوله: "يكون [البيع أو الشراء] موقوفاً إلخ" فإن قيل: إذا باع شيئاً بأضعاف يكون نافعاً محضاً كقبول الهبة،

فيجب نفوذه بلا توقف، أحيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع لا الجزئيات الواقعة اتفاقاً. (٤)

(١٢) أى نفعاً للصبي.

(١٣) لكونه صادراً من الأهل فى المحل.

(١٤) أى مختصر القدرى.

(١٥) قوله: "ينتظم الأب والجد إلخ" ليس المراد به الترتيب لأن وصى الأب مقدم على الجد، وترتيبه وليه هو الأب،

ثم وصى الأب، ثم الجد أب الأب، ثم وصيه، ثم القاضي أو وصيه، ثم الوالى. (٤)

(١٦) الأب.

(١٧) قوله: "والوصى والقاضى إلخ" أما الأم أو وصى الأم فلا يصح منهم الإذن له فى التجارة لأنه غير ولى فى

والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك، جالباً للريح.

والتشبيه بالعبد المأذون^(١) يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه^(٢)، لأن الإذن فك الحجر، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صيباً، فلا يتقيد تصرفه^(٣) بنوع دون نوع، ويصير^(٤) مأذوناً بالسكوت^(٥) كما في العبد، ويصح إقراره^(٦) بما في يده من كسبه، وكذا^(٧) بموروثه في ظاهر الرواية^(٨)، كما يصح إقرار العبد، ولا يملك تزويج عبده^(٩)، ولا كتابته^(١٠)، كما في العبد والمعتوه^(١١) الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصى دون غيرهم^(١٢) على ما بيناه^(١٣)، وحكمه حكم الصبي^(١٤)، والله أعلم.

التصرفات مطلقاً، بل هو كالأجنبي إلا فيما يرجع إلى حفظه، ولهذا لا يملك بيع عقاره، وإنما جاز بيع وصى الأم العروض التى ورثها الصغير من الأم بطريق التحصين والحفظ على الأم الميتة، وعلى الصغير لأنه تجارة حتى لو اشتر شيئاً آخر لليتيم لا يجوز، وليس فى الإذن تحصين وحفظ. (ك)

(١٨) قوله: "بخلاف صاحب الشرط" فى "المغرب": الشرط بالسكون، والحركة خيار الجند، وأول كتيبة يحضر الحرب والمجمع شرط، وصاحب الشرطة فى باب الجمعة يراد به أمير البلدة كأمر بخارا، وكان الوالى أكبر من صاحب الشرط، لأن للوالى تقليد القضاء، فلذلك ثبت ولاية إذن الصبي للوالى دون صاحب الشرط. (ك)
قوله: "الشرط" شرطه بالضم جاوش شحنة وسرهنگ أن شرط جمع وهم أول كتيبة تشهد الحرب وتنهب الموت وبياؤه كوتوال شرطى مثله سموا بذلك لأنهم أعلمها أنفسهم بعلامات يعرفون بها. (من)

(١) أراد به قوله: فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون. (نت)

(٢) أى فى حق الصبي. (نت)

(٣) الصبي بالإذن.

(٤) الصبي.

(٥) قوله: "بالسكوت" بأن يراه وليه يبيع ويشترى ويسكت. (عنى)

(٦) الصبي.

(٧) يصح إقراره بموروثه.

(٨) قوله: "فى ظاهر الرواية" قيد بظاهر الرواية، لأنه روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يصح إقراره فيما ورثه عن أبيه، لأن صحة إقراره فى كسبه لحاجته إلى ذلك فى التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعه معه خوفاً عن توى أموالهم، ولهذا ملكه، وإن لم يملك الولى الإقرار عليه، ووجه الظاهر أنه بانضمام رأى الولى التحق بالبالغ، وكل واحد من المالىين ملكه فارغ عن حاجة الغير، فيصح إقراره فيهما. (ك)

(٩) قوله: "ولا يملك تزويج عبده" فيه إجماع، وفى تزويج أمته خلاف أبى يوسف، فإنه يجوز عنده. (ك)

(١٠) قوله: "ولا كتابته" وإنما لم يملكها مع أن الأب والوصى يملكانها، لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، فيتحقق فى الكتابة النظر، وأما تصرف الصبي بعد الإذن مقيد بالتجارة، والكتابة ليست بتجارة. (ك)

(١١) قوله: "والمعتوه" المعتوه الناقص العقل، وقيل: المدهوش من غير جنون، وقيل: مختلط الأقوال والأفعال.

(١٢) قوله: "دون غيرهم" أى من الأقارب كالأخ والعم وفائدة هذا التقييد أنه يصير مأذوناً بإذن القاضى، كما مر

فى حق الصبي. (ك)

كتاب الغصب^(١)

الغصب في اللغة: عبارة عن أخذ الشيء^(٢) من الغير على سبيل التغلب^(٣) للاستعمال فيه^(٤) بين أهل اللغة. وفي الشريعة: أخذ مال^(٥) متقوم^(٦) محترم^(٧) بغير إذن المالك على وجه يزيل يده^(٨)، حتى كان^(٩) استخدام العبد^(١٠) وحمل الدابة^(١١) غصباً دون الجلوس على البساط^(١٢)، ثم إن كان مع العلم^(١٣) فحكمه المائم^(١٤) والمغرم^(١٥)، وإن كان بدونه^(١٦) فالضمان؛ لأنه حق العبد، فلا يتوقف على قصده،

(١٣) قوله: "على ما بيناه" أشار به إلى قوله: وذكر للولى في الكتاب ينتظم إلخ. (عيني)

(١٤) قوله: "وحكمه حكم الصبي" هذا إذا بلغ معونها، فأما إذا بلغ عاقلاً ثم عته فأذن له الأب في التجارة قال أبو البلخي: لا يصح قياساً، وهو قول أبي يوسف، ويصح استحساناً، وهو قول محمد رحمهما الله. (٤)

(١) قوله: "كتاب الغصب" المناسبة بين كتاب الغصب وكتاب المأذون أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي، والغاصب يتصرف لا بإذن شرعي، فكان بينهما مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع، والغصب ليس بمشروع. (غن)

(٢) يعنى مالا أو غيره يقال: غصب زوجة فلان أو ولده. (ك)

(٣) تغلب بجيزي تمام دست يافتن بر جيزي، يقال: تغلب عليه، أى استولى عليه قهراً. (من)

(٤) أى فى المعنى المذكور.

(٥) قوله: "أخذ مال [خمسراً كان أو غيره] إلخ" ثم لا بد أن يزداد على هذا التعريف على سبيل الجهر ليخرج السرقة. (شرح وقاية)

(٦) احتراز عن الخمر. (٤)

(٧) احتراز عن غصب مال الحربى فى دار الحرب. (ك)

(٨) قوله: "على وجه يزيل يده" أى إن كان فى يده أو يقصر يده إن لم يكن فى يده كما إذا غصب من يد المرتبه أو المستأجر، أو المودع، فإن الغاصب قصر يد المالك عن ماله فى هاتيك الصور. (نت)

(٩) قوله: "حتى كان إلخ" إيضاح لقوله: على وجه يزيل يده، لأنه بالاستخدام والحمل أثبت يد التصرف عليه، وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط، لأنه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال، فلم يكن الغاصب مزىلاً يده، وعلى قول الشافعى إزالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل إثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب. وثمرة الاختلاف تظهر فى زوائد المغصوب مثل ولد المغصوبة، وثمرة البستان فإنها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذى ذكرنا. (ك)

(١٠) أى عبد النير.

(١١) أى الحمل على الدابة، أى دابة الغير.

(١٢) قوله: "دون الجلوس إلخ" فإن الجلوس عليه ليس بتصرف، فلماذا لا يرجح به على المتعلق به عند التنازع، فلم يصر فى يده والبسط فعل المالك، فيبقى يد المالك فيه ما بقى أثر فعله. (زيلعى)

(١٣) بأنه ملك المغصوب منه.

(١٤) قوله: "فحكمه المائم إلخ" أقول: هذا إنما يتم فيما إذا هلك المغصوب فى يد الغاصب، وأما إذا كان قائماً فى يده فحكمه رد العين كما سيأتى فى الكتاب. (نت)

(١٥) قوله: "والمغرم" مغرم ككرم آنچه اداء آن لازم باشد وتاوان. (من)

ولا إثم لأن الخطأ موضوع^(١).

قال^(٢): "ومن غضب شيئاً له مثل^(٣) كالمكيل والموزون، فهلك في يده فعليته مثله. وفي بعض النسخ^(٤) فعليته ضمان مثله^(٥)، ولا تفاوت بينهما، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل^(٦) ما اعتدى عليكم﴾، ولأن المثل^(٧) أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية^(٨)، فكان أدفع للضرر. قال^(٩): "فإن لم يقدر على مثله فعليته قيمته يوم يختصمون، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يوم الغضب، وقال محمد: يوم الانقطاع^(١٠)".

لأبي يوسف^(١١) أنه لما انقطع^(١٢) التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب^(١٣)، إذ هو الموجب. ولمحمد أن الواجب المثل في الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع.

ولأبي حنيفة أن النقل^(١٤) لا يثبت بمجرد الانقطاع، ولهذا لو صبر^(١٥) إلى أن

(١٦) قوله: "وإن كان بدونه" بأن ظن أن المأخوذ ماله أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لأن الضمان إنما يجب جبراً لحقه بتفويته وحقه مرعى وإن كان الآخذ معذوراً لجهله وعدم قصده. (ك)

(١) قوله: "لأن الخطأ موضوع" لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان»، والمراد المأثم. (كفاية)

(٢) أي القدوري. (عينى)

(٣) أي له مثل صورة ومعنى.

(٤) أي نسخ القدوري.

(٥) أي ضمان هو مثله.

(٦) والمثل إذا أطلق ينصرف إلى ما هو مثل صورة ومعنى. (٤)

(٧) أي المثل صورة ومعنى. (٤)

(٨) قوله: "لما فيه من مراعاة الخ" فإن الخنطة مثل الخنطة جنساً ومالية، لأن مالية الخنطة المؤداة مثل مالية الخنطة المغصوبة، لأن الجودة ساقط العبرة في الربويات، فكان أدفع للضرر فإن الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام أن يتداركه بما هو مثله صورة ومعنى. (٤)

(٩) أي محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٠) عن السوق الذى يباع فيه. (نت) أى عن الأسواق لامن دور الأمراء.

(١١) قوله: "لأبي يوسف إلخ" قدم قول أبي يوسف فى التعليل ولم يوسط كما هو حقه لرعاية بيان الأقوال الثلاثة بحسب ترتب الزمان، فإن الأوقات من هذه الأقوال الثلاثة يوم الغضب ثم يوم الانقطاع، ثم يوم الخصومة، فأيراد الأقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول أبي حنيفة رحمهم الله. (ن)

(١٢) قوله: "أنه لما انقطع إلخ" أقول: قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه فى يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة الرغبات، وقتها، وفى المعدوم هذا متعذر، أو متعسر، ويوم الانقطاع لا ضبط له، وأيضاً لم ينتقل إلى القيمة فى هذا اليوم إذ لم يوجد من المالك طلب. (شرح وقاية)

(١٣) أى الغضب.

يوجد^(١) جنسه له ذلك، وإنما يتنقل^(٢) بقضاء القاضى، فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء، بخلاف^(٣) ما لا مثل له، لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب^(٤) كما وجد، فيعتبر قيمته عند ذلك.

قال^(٥): وما لا مثل له^(٦) فعليه قيمته يوم غصبه، معناه^(٧) العدديات المتفاوتة^(٨)، لأنه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس، فيراعى فى المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان، أما العددي المتقارب^(٩) فهو كالمكيل^(١٠)، حتى يجب مثله لقلّة التفاوت، وفى البر المخلوط بالشعير القيمة، لأنه لا مثل له.

قال: وعلى الغاصب رد العين المغصوبة، معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام^(١١): «على اليد ما أخذت حتى ترد»*، وقال عليه السلام: «لا يحل لأحد^(١٢) أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً^(١٣)» فإن أخذه فليرده عليه**،

(١٤) إلى القيمة.

(١٥) قوله: "ولهذا لو صبر إلخ" أى لو كانت القيمة ثابتة بمجرد القيمة لكان يجبر على قبول القيمة لو أتى بها الغاصب، ولا يمكن له من الصبر إلى مجيء أوان المثل، وحيث لم يجبر ولنا ذلك على أن إيجاب المثل إنما يثبت بالقضاء. (ك)

(١) فى السنة الآتية.

(٢) إلى القيمة.

(٣) جواب عن قياس أبى يوسف.

(٤) أى الغصب.

(٥) أى القدرى. (عنى)

(٦) أى ما لا مثل له صورة ومعنى بل له مثل معنى فقط.

(٧) أى معنى قوله: لا مثل له. (٦)

(٨) مثل الدواب والقياب كالرمان والسفرجل والبطيخ. (ك)

(٩) كالجوز والبيض. (ك)

(١٠) قوله: "كالمكيل [أى كالمكيل من جنس واحد. نت] قيل: وإنما اقتصر فى المكيل، ولم يقل: والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذى فى تبعيضه ضرر كالمصنوع من القمقم والطست، وليس بواضح لأن من المكيل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير. (٦)

(١١) قوله: "لقوله عليه السلام: على إلخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٧، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٤ ص ٢٠٠. (نعيم)

(١٢) قوله: "لا يحل إلخ" قلت: أخرجه أبو داود فى كتاب الأدب فى باب المزاج، والترمذى فى أول الفتن عن زيد أبى السائب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه». (ت)

(١٣) قوله: "لاعباً ولا جاداً" بتوسط حرف العطف، كذا فى "المبسوط" ومعناه ظاهر، والرواية فى المصابيح لاعباً

ولأن اليد حق مقصود^(١)، وقد فوتها^(٢) عليه^(٣)، فيجب إعادتها^(٤) بالرد إليه^(٥) وهو^(٦) الموجب الأصلي على ما قالوا، ورد القيمة مخلص خلفاً، لأنه^(٧) قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية، وقيل: الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص، ويظهر ذلك في بعض الأحكام^(٨).

والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن، فإن ادعى

هلاکها حبسه الحاكم^(٩)، حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها، أو تقوم بينة، ثم قضى عليه ببذلها^(١٠)؛ لأن الواجب رد العين، والهلاك بعارض، فهو يدعى أمراً عارضاً، خلاف الظاهر، فلا يقبل قوله، كما إذا ادعى الإفلاس، وعليه^(١١) ثمن متاع، فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده، فيلزمه رد

جادا بدون توسط حرف العطف بينهما، أي لا يريد سرقة ولكن يريد إدخال الغيظ على أخيه، فهو لا عب في مذهب السرقة جاد في إدخال الغيظ على أخيه. (ك)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٧، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٥ ص ٢٠٠. (نعيم)

(١) قوله: "حق مقصود" بدليل جواز إذن العبد في التجارة، فإنه لا حكم للشراء في حقه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مديوناً، فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف، فعلم أن اليد حق مقصود. (٤)

(٢) اليد.

(٣) المالك.

(٤) اليد.

(٥) أي رد العين.

(٦) أي رد العين.

(٧) رد القيمة.

(٨) قوله: "ويظهر ذلك في بعض إلخ" فإنه لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان، ولو لا أن الموجب الأصلي القيمة لما صح الإبراء، لأن الإبراء عن العين لا يصح، ولو كفل بالمغصوب يصح، ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين.

ولو غصب جارية قيمتها ألف وله ألف نقد وحال عليه الحول فإنه لا يجب الزكاة على هذا الألف لأنه صار مديوناً، ولا يجب الزكاة على المديون قيل: والأول هو الصحيح، لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يتمتع عن رد العين إن قدر على القيمة، لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل، وليس كذلك.

والجواب عن مسألة الإبراء أن ما هو بعرضة أن يوجد، فله شبهة الوجود في الحال، والقيمة كذلك فكان الإبراء صحيحاً عن ذلك الوجه، وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة، والمغصوب منها، وقد تقدم في الكفالة، وعن مسألة الزكاة ما ذكرنا في مسألة الإبراء. (مل)

(٩) قوله: "حبسه الحاكم [وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة. ع]" ليس بحبسه حد مقدر، بل هو مفوض إلى رأى القاضى كحبس الغريم في الدين. (تبيين)

(١٠) قوله: "ثم قضى عليه ببذلها" بما اتفقا عليه من القيمة، أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة. (٤)

(١١) الواو حالية.

بدله، وهو القيمة. قال ^(١): والغضب فيما ينقل ^(٢) ويحول ^(٣)؛ لأن الغضب بحقيقته يتحقق فيه ^(٤) دون غيره، لأن إزالة اليد بالنقل ^(٥)، وإذا غضب ^(٦) عقاراً ^(٧) فهلك في يده ^(٨) لم يضمه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمه، وهو قول أبي يوسف الأول، وبه قال الشافعي، لتحقق إثبات اليد ^(٩)، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين ^(١٠) على محل واحد في حالة واحدة، فتحقق الوصفان ^(١١) وهو ^(١٢) الغضب على ما بيناه ^(١٣)، فصار كالمقول ^(١٤)، وجحود الوديعة ^(١٥).

(١) أي القدرى. (عنى)

(٢) قوله: "فيما ينتقل إلخ" أى كائن فيما ينقل ويحول لا فى العقار، وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد، وقيل: التحويل هو النقل من مكان، والإثبات فى مكان آخر، كما فى حوالة الباذنجان، والنقل يستعمل بدون الإثبات فى مكان آخر. (٤)

(٣) تحويل: برگردانیدن. (٢)

(٤) المنقول.

(٥) ولا نقل فى العقار. (٤)

(٦) قوله: "وإذا غضب إلخ" أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو فى قوله: فإذا غضب إلخ، لأن هذه المسألة متفرعة على ما سبق من الأصل، فينبغى أن يظهر علامة التفرع فى اللفظ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة فى "مختصر القدرى"، فبدلها المصنف بالواو فى "البداية" و"الهداية"، ثم أقول المراد بالغضب فى قوله: وإذا غضب إلخ هو الغضب اللغوى دون الغضب الشرعى، وقال بعض الفضلاء "إطلاق لفظ الغضب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة. (نتائج)

(٧) العقار الضيعة وقيل: كل مال له أصل كالدار والضيعة. (مغرب)

(٨) قوله: "فهلك [بغير صنعه] فى يده" بأن غلب السيل على الأرض، فبقيت تحت الماء، أو غضب داراً فهدمت بأفة سماوية، أو جاء سيل فذهب بالبناء. (ك)

(٩) قوله: "لتحقق إلخ" هذا التعليل لقول محمد ^(٢)، وعند الشافعي ^(٢) يتحقق الغضب بإثبات اليد المبطلّة، وتعليل قول محمد على هذا الوجه يدل على أن لا خلاف بين علماءنا الثلاثة فى حد الغضب لأنه إزالة اليد المتحققة وإثبات اليد المبطلّة، لا كما ظنه البعض أن حده عند محمد إثبات يد العدوان كما قاله الشافعي ^(٢)، إذ لو كان كذلك لاتفق جوابهما فى زوائد الغضوب. (ك)

(١٠) قوله: "لاستحالة اجتماع اليدين" أى من جنس واحد، وإنما قيدنا بهذا احترازاً عما إذا أجز داره من رجل فإنها فى يد المستأجر حقيقة وفى يد الأجر حكماً لكنهما يدان مختلفان. (٤)

(١١) أى إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب. (٤)

(١٢) أى تحقق الوصفين. (٤)

(١٣) فى صدر كتاب الغضب.

(١٤) فى تحقق الوصفين.

(١٥) قوله: "وجحود الوديعة" أى فى العقار فإنه إذا كانت وديعة فى يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق، فالقول بالضمان فى هذه الصورة، وقد ثبت أن جحود الوديعة غضب مع عدم القول به فى غير صورة الجحود به تناقض

ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة^(١) يد المالك بفعل^(٢) في العين، وهذا^(٣) لا يتصور في العقار، لأن يد المالك لا تزول^(٤) إلا بإخراجه عنها^(٥) وهو^(٦) فعل فيه لا في العقار، فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي^(٧)، وفي المنقول النقل فعل فيه، وهو الغصب، ومسألة الجحود ممنوعة^(٨)، ولو سلمت فالضمان هناك بترك الحفظ الملتمزم وبالجحود تارك لذلك^(٩). قال^(١٠): وما نقص^(١١) منه^(١٢) بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً^(١٣)؛ لأنه إتلاف والعقار يضمن به^(١٤)، كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، ويدخل فيما قاله^(١٥) إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله^(١٦)، فلو غصب داراً وباعها وسلمها، وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب^(١٧) هو الصحيح^(١٨).

ظاهر. (٤)

(١) الباء للمصاحبة.

(٢) أى بسبب ذلك.

(٣) أى هذا المجموع. (٤)

(٤) من العقار.

(٥) أى عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار. (٤)

(٦) الإخراج.

(٧) قوله: "كما إذا بعد المالك عن المواشي" فإن ذلك لا يكون غصباً حتى لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) قوله: "ممنوعة" فإنه ذكر في المختلفات أن الوديعة لو كانت عقاراً لا تضمن. (٤)

(٩) أى للحفظ الملتمزم.

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) الغاصب.

(١٢) العقار وذلك بأن هدم شيئاً، أو انهدم بسكناه. (ك)

(١٣) قوله: "ضمنه في قولهم جميعاً" أما على قول محمد والشافعى ظاهر، وأما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف

فلأنه إتلاف والعقار يضمن به. (٤)

(١٤) قوله: "يضمن [أى بالإتلاف] به" لأن الإتلاف يتحقق فيه كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين، وجاز أن لا

يضمن بالغصب، ويضمن بالإتلاف كالحجر. (ك)

(١٥) أى فيما قاله القدورى في "مختصره" وهو قوله: وما نقص إلخ. (ك)

(١٦) قوله: "بسكناه وعمله" بأن كان عمله الحدادة أو القصارة فوهن جدار الدار بذلك وانهدم كان مضموناً

عليه، وإنما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان، لأنه إذا انهدمت الدار بعد ما غضبها وسكن فيها لا بسبب

سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الآخر لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق

في العقار عندهما، والحكم يبتنى على السبب، كذا في غضب "المبسوط". (ك)

(١٧) قوله: "على الاختلاف إلخ" فلا يضمن البائع المالك شيئاً عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لأن البيع

قال^(١): وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان^(٢)؛ لأنه أتلف البعض، فيأخذ رأس ماله^(٣)، ويتصدق بالفضل. قال^(٤): وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يتصدق بالفضل، وسنذكر الوجه من الجانبين^(٥).

قال: وإذا هلك الثقل في يد الغاصب بفعله، أو بغير فعله ضمنه، وفي أكثر نسخ "المختصر"^(٦): وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد^(٧) لما سبق^(٨) أن الغصب فيما ينقل، وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق^(٩) إذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب رد القيمة^(١٠)، أو يتقرر بذلك السبب^(١١)، ولهذا^(١٢) تعتبر قيمته يوم الغصب^(١٣). وإن نقص^(١٤) في يده^(١٥) ضمن النقصان^(١٦)؛ لأنه دخل جميع

والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان عندهما خلافاً لمحمد^(١٧)، وإنما قيد بقوله: ولا بينة له، لأن إقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل، فإذا لم يكن للمالك بينة لم يتحقق الغصب، وأما إذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه، ويأخذها عن المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق. (٤)

(١٨) قوله: "هو الصحيح" يحتمل أن يكون احترازاً عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق. (٤)

(١) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٢) قوله: "وإن انتقص إلخ" واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى: ينظر بكم يستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده، فيضمن ما تفاوتت بينهما من النقصان، وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء، يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال، وبكم تباع بعده، فينتقص بها ما تفاوتت من ذلك، فيضمنه، وهو الأقيس، لأن العبرة بقيمة العين دون المنفعة، وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير. (تبيين)

(٣) قوله: "فيأخذ رأس ماله" وهو البذر، وما أنفق وقدر ما غرم من النقصان، وصورته إذا غصب أرضاً وزرع فيها كبراً، فأخرجت أربعة أكرار، ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كراً ولحقه من المون ما يبلغ كراً، فأخذ منه ضمان النقصان، فإنه يتصدق بكر لأنه زرع كراً ولحقه مؤنة كره، وضمن قدر قيمة كره ففضل الخارج عن رأس ماله بكر، فتصدق به، لأنه ربح ما لم يملك، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يتصدق به، لأن المنهى ربح ما لم يضمن، وهو قد ضمن. (ك)

(٤) أي المصنف.

(٥) أي في هذا الفصل في مسألة من غصب عبداً فاستغله إلخ. (ك)

(٦) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٧) من نفظ الغاصب.

(٨) عن قريب.

(٩) على الهلاك.

(١٠) قوله: "تجب رد القيمة" على رأى من يرى أن الموجب الأصلي في الغصب رد العين، ورد القيمة مخلص خلقاً. (٤)

(١١) قوله: "أو يتقرر بذلك إلخ" يعني على رأى من يرى أن الأصل هو القيمة ورد العين خلف عنه. (٤)

(١٢) أي لتكون الغصب السابق هو السبب. (٤)

(١٣) قوله: "ولهذا تعتبر قيمته إلخ" أقول: فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسألتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها مع أن قوله: ولهذا تعتبر قيمته إلخ لا يتمشى في صورة المثلى على قول أبي

أجزاءه^(١) في ضمانه بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته، بخلاف^(٢) تراجع^(٣) السعر، إذا ردّ في مكان الغصب^(٤)؛ لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء، وبخلاف المبيع^(٥)؛ لأنه ضمان عقد^(٦) أما الغصب فقبض، والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال^(٧): ومراده غير الربوي^(٨)، أما في الرويات^(٩) لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل، لأنه يؤدي إلى الربا.

قال: ومن غصب^(١٠) عبداً فاستغله^(١١)، فنقصته الغلة^(١٢)، فعليه النقصان لما

حنيفة ومحمد رحمهما الله، إذ قد تقرر فيما مر أن المعبر في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة^(١٣) قيمة يوم الحصومة، وعند محمد قيمة يوم الانقطاع، فلم يتم التقريب لكون المسألة اتفاقية. (نت)

(١٤) قوله: "وإن نقص [المغصوب] إلخ" سواء كان ذلك النقصان في بدنه بأن كانت جارية فأعورت، أو كانت شابة فصارت عنده عجوزاً، أو ناهدة الثديين، فأنكسر ثديها، أو لم يكن في بدنه كما لو غصب عبداً محترفاً فنسى ذلك عند الغاصب، أو كان قارئاً فنسى القرآن. (كفاية)

(١٥) الغاصب.

(١٦) قوله: "ضمن النقصان" هذا إذا لم ينجز نقصانه بوجه من الزيادة، أما إذا انجز نقصانه مثل إن ولدت المغصوبة عند الغاصب فردهما، وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لرفر. (عناية)

(١) وأوصافه.

(٢) متعلق بقوله: فما تعذر رد عينه إلخ.

(٣) تراجع باز گشتن، أى اختلاف السعر.

(٤) قوله: "إذا رد [المغصوب] إلخ" إنما قيد به لأن تراجع السعر إذا كان بسبب اختلاف مكان الغصب، فللمالك الخيار بين أخذ القيمة في هذا المكان وبين الانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان، فيسترده. (ك)

(٥) قوله: "وبخلاف المبيع إلخ" عطف على قوله: بخلاف تراجع السعر يعنى فى تراجع السعر لا يجب للنقصان، وفي المبيع بأن نقص فى يد البائع لا يجب النقصان. (حميدية)

(٦) قوله: "لأنه ضمان عقد إلخ" يعنى إذا نقص شيء من قيمة المبيع فى يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف، وإن فحش النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً فأعورت فى يد البائع، فصارت تساوى خمسين كان المشتري مخيراً بين إمضاء البيع وفسخه. فلو اختار البيع ووجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد، والأوصاف لا تضمن به، أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل وهو القبض، وهذا لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها وصفاتها، فكانت مضمونة. (عناية)

(٧) المصنف.

(٨) قوله: "ومراده إلخ" أى مراد القدورى بقوله: وإن نقص فى يده ضمن النقصان غير الربوي، أما فى الرويات كما إذا غصب حنطة، ففغنت عنده أو إناء فضة فأنكسر عنده، فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا، لكن صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له غيره، وإن شاء أخذ مثله إن كان من ذوات الأمثال، وقيمته إن كان من ذوات القيم، فإن كان الإناء من فضة أخذ قيمته من الذهب، وإن كان الإناء من ذهب أخذ قيمته من الفضة، كذا فى "تائيم الأفكار" وغيرها. (مل)

(٩) التى فيها الوصف التى لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا. (نت)

(١٠) هذا لفظ الصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير". (عنى)

بيناً^(١)، ويتصدق^(٢) بالغلة. قال^(٣): وهذا عندهما^(٤) أيضاً، وعنده^(٥) لا يتصدق بالغلة، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار^(٦). لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه^(٧)، أما الضمان فظاهر^(٨)، وكذلك الملك في المضمون، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا. ولهما أنه حصل بسبب خبيث^(٩)، وهو التصرف في ملك الغير، وما هذا حاله فسييله التصديق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل، والملك المستند^(١٠) ناقص، فلا ينعدم به الخبث.

فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان؛ لأن الخبث لأجل المالك^(١١)، ولهذا لو أدى إليه^(١٢) يباح له^(١٣) التناول، فيزول الخبث بالأداء إليه، بخلاف ما إذا باعه^(١٤)، فهلك في يد المشتري، ثم استحق

(١١) أي فأجره وقبض الأجرة فصار مهزولاً في العمل. (٤)

(١٢) قوله: "الغلة" الغلة كل ما يحصل من ريع أرض أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

(١) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب. (ك)

(٢) الغاصب.

(٣) أي المصنف.

(٤) أي أبي حنيفة ومحمد.

(٥) أبي يوسف.

(٦) فعندهما يتصدق الأجرة وعند أبي يوسف لا.

(٧) قوله: "أنه [غلة] حصل إلخ" أقول: فيه نوع تأمل، لأن الذي حصل في ضمانه وملكه إنما هو البعض الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب، لأن الكلام فيما إذا نقصه الغلة، فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل، والظاهر أن الغلة، أي الأجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة منفعة وصفه الفائت فقط، فما وجه القول بأنه لا يتصدق. (نت)

(٨) لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب. (عناية)

(٩) قوله: "أنه حصل بسبب خبيث" أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه لكنه حصل بسبب خبيث، فإن قيل: التصرف في ملكه مستند، فأين يكون الخبث، فأجاب بقوله: والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه، ولهذا يظهر في حق القائم دون الفائت. (٤)

(١٠) إلى وقت الغصب.

(١١) قوله: "لأن الخبث لأجل المالك" هذا جواب سؤال ذكر في "المبسوط" حيث قال: فإن قيل: القيمة دين في ذمته، وهذه الغلة ملكه، ولكن هي واجب التصديق لخبثها، ومن قضى دينه بمال الصدقة كان عليه أن يتصدق بمثله. قلنا: نعم، ولكن التصديق بهذا لم يكن حتماً عليه ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك، وليس على الغاصب شيء آخر، فهو بما صنع يصير مسلماً إلى المالك، ثم يصير المالك مبرئاً عن ذلك القدر من القيمة لما يقبضه، فيزول الخبث بهذا الطريق، فلا يلزمه التصديق. (ك)

(١٢) أي لو سلم الغلة مع العبد إلى المالك. (٤)

(١٣) وإن كان غنياً.

وغرمه^(١) ليس له^(٢) أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه^(٣)، لأن الخبث^(٤) ما كان لحق المشتري^(٥) إلا إذا كان^(٦) لا يجد غيره^(٧)، لأنه^(٨) محتاج إليه^(٩)، فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه، فلو أصاب ما لا^(١٠) يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال^(١١)، وإن كان فقيراً، فلا شيء عليه لما ذكرنا^(١٢).

قال^(١٣): ومن غصب ألفاً، فاشترى بها جارية فباعها بألفين، ثم اشترى بألفين جارية^(١٤)، فباعها بثلاثة آلاف درهم، فإنه يتصدق بجميع الربح. وهذا عندهما^(١٥)، وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب، أو الوديعة، وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لأبي يوسف، وقد مرت الدلائل^(١٦)، وجوابهما^(١٧) في الوديعة أظهر^(١٨)؛ لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل

(١٤) قوله: "بخلاف ما إذا باعه [وقبض الثمن] إلخ" أي الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري يضمن المالك المشتري قيمته، ورجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطان البيع باسترداد القيمة منه، ثم لا يستعين الغاصب في أداء الثمن بالغلة، لأن الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري، فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك، فيزول بوصول الغلة إلى يده. (ك)

(١) المشتري.

(٢) أي البائم.

(٣) المشتري.

(٤) في الغلة.

(٥) بل لحق المستحق.

(٦) البائم.

(٧) أي غير الغلة.

(٨) الغلة.

(٩) البائم.

(١٠) لبائم الغاصب.

(١١) قوله: "إن كان غنياً وقت الاستعمال [أي وقت استهلاك الثمن. ك]" أي وقت الصرف إلى حاجة نفسه بأن يكون غنياً، ولا يجد غير ذلك بأن كان ابن السبيل، كذا في "نتائج الأفكار" وغيره. (مل)

(١٢) أنه محتاج إليه.

(١٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٤) قوله: "ثم اشترى إلخ" وإنما كرر الشراء في وضع المسألة تنبيهاً على تحقق الخبث، وإن تداولته الأيدي. (ع)

(١٥) الطرفين.

(١٦) أي في المسألة التي قبل هذا، وهي مسألة من غصب عبداً فاستغله إلخ. (ك)

(١٧) الطرفين.

(١٨) من جوابهما في الغصب.

التصرف^(١) لانعدام سبب الضمان، فلم يكن التصرف في ملكه^(٢).
ثم هذا^(٣) ظاهر فيما يتعين^(٤) بالإشارة، أما فيما لا يتعين^(٥) كالثمنين^(٦)،
فقوله في الكتاب^(٧): اشترى بها^(٨) إشارة إلى أن التصديق إنما يجب إذا اشترى بها
ونقد منها الثمن، أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها، أو نقد منها وأشار إلى غيرها، أو
أطلق إطلاقاً، ونقد منها يطيب له، وهكذا^(٩) قال الكرخي، لأن الإشارة إذا كانت لا
تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث.

وقال مشايخنا: لا يطيب له قبل أن يضمن^(١٠)، وكذا بعد الضمان بكل
حال^(١١)، وهو المختار^(١٢) لإطلاق الجواب^(١٣) في "الجامعين"^(١٤) و"المبسوط".

قال^(١٥): وإن اشترى بالألف^(١٦) جاريةً تساوى ألفين فوهبها، أو طعاماً فأكله لم
يتصدق بشيء^(١٧)، وهذا قولهم جميعاً، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس^(١٨).

(١) كما كان استناد الملك عند أداء الضمان في الغصب.

(٢) فكان الربح خبيثاً. (٤)

(٣) أي عدم طيب الربح. (ك)

(٤) كالعروض.

(٥) بالإشارة.

(٦) أي كالدرهم والدنانير. (ك)

(٧) أي الجامع الصغير. (٤)

(٨) المراد بالاشتراء بها الإشارة إليها فالمعنى إذا أشار إليها ونقد إلخ، كذا في "نتائج الأفكار".

(٩) أي هذا التفصيل.

(١٠) قوله: "لا يطيب الربح له إلخ" وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكاً من طريق الحقيقة أو الشبهة يثبت الخبث
ولا يثبت في الدراهم إلا الشبهة لأنه إذا أشار لم يتعين إلا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر، وإذا نقد استفاد به
سلامة المشتري، فإذا أشار ولم ينقد استفاد بالإشارة جواز العقد لمعرفة النقد أنه دينار جيد أو ردىء، والمقدار وإذا نقد
ولم يشر استفاد بها سلامة، فإذا أن يصير عنها عوضاً فلا، فثبت أنه لا يثبت إلا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة،
فاستوت في الخبث. (ك)

(١١) أي في الوجوه كلها.

(١٢) قوله: "وهو المختار" قال في الذخيرة: قال مشايخنا: الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرص
عن الناس، وعلى هذا تقرر رأى الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي. (نت)

(١٣) بقوله: يتصدق بجميع الربح.

(١٤) الصغير والكبير.

(١٥) أي محمد. (عيني)

(١٦) المغصوب.

(١٧) بل يرد عليه مثل ما غصب. (٤)

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب^(١)

قال^(٢): وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب^(٣)، حتى زال اسمها^(٤)، وأعظم منافعها^(٥) زال ملك المغصوب منه عنها^(٦)، وملكها الغاصب وضمناها، ولا يحل له الانتفاع بها، حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها، أو طبخها^(٧)، أو حنطة فطحنها^(٨)، أو حديدًا^(٩) فاتخذة سيفًا، أو صفرًا^(١٠) فعمله آنية^(١١). وهذا كله^(١٢) عندنا وقال الشافعي: لا ينقطع حق المالك، وهو رواية عن أبي يوسف غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان^(١٣) عنده؛ لأنه يؤدي إلى الربا^(١٤)، وعند الشافعي يضمه^(١٥).

(١٨) قوله: "لأن الربح إنما يتبين الخ" لأن الربح فضل، والفضل إنما يكون بعد المساواة والمساواة إنما يتحقق عند التجانس، ولا تجانس، فلا تساوى فلا فضل. (ك)

(١) قوله: "فصل فيما يتغير الخ" لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل، أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنه عارض وحقه الفصل عما قبله. (ع)

(٢) أى القدورى. (عيني)

(٣) قوله: "بفعل الغاصب" احتراز عما إذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيبًا بنفسه أو خلا، أو الرطب تمرًا، فإن المالك فيه بالخيار إن شاء أخذ، وإن شاء تركه وضمه. (ع)

(٤) قوله: "حتى زال اسمها" احتراز عما إذا غصب شاة وذبحها لأنه فات أعظم المقاصد وهو الدر والنسل، ولكن لم يزل اسم الشاة، لأنه يقال: شاة مذبوحة. (ك)

(٥) قوله: "وأعظم منافعها" كما إذا غصب حنطة وطحنها، لأن المقاصد المتعلقة بعين الحنطة تزول بالطحن وهى جعلها بذراً وهريسة وكشكًا وغيرها. (ك)

(٦) قوله: "زال ملك الخ" أى يجب القيمة فى الشاة إذا طبخها وشواها على الغاصب، وفى الحنطة المثل وزول ملك المغصوب منه على وجه لو أبى المالك أخذ القيمة، وأراد اللحم مشويًا لم يكن له ذلك، لأن الملك قد زال، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٧) قوله: "وشواها [شوى اللحم شيئاً بريان كرد گوشت را. من] أو طبخها" وفيه إشارة إلى أن الذبح وحده لا يزول الملك، بل الذبح والطبخ بمنزلة طحن الحنطة. (ع)

(٨) فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقًا. (ع)

(٩) آهن.

(١٠) قوله: "أو صفرًا" صفر بالضم روئين كه بهندى كانسى گویند، كذا فى "الغياث"، وقال فى البرهان: وآن مس باقلعى گذاخته.

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) قوله: "وهذا كله" أى زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمائه عندنا. (ع)

(١٣) أى نقصان الوصف كما إذا عفنت. (نت)

(١٤) قوله: "لأنه يؤدي إلى الربا" لأن الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن، وهذا لأن عمل الطحن فى تفريق الأجزاء لا فى إحداث ما لم يكن موجودا، وتفريق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع فى الثوب

وعن أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه^(١) لكنه يساع^(٢) في دينه، وهو أحق به من الغرماء بعد موته. للشافعي أن العين^(٣) باق، فيبقى على ملكه، وتتبعه الصنعة^(٤)، كما إذا هبت الريح في الخنطة^(٥) وألقتها^(٦) في طاحونة الغير فطحنت^(٧)، ولا معتبر بفعله^(٨)؛ لأنه محذور^(٩)، فلا يصلح^(١٠) سبباً للملك على ما عرف^(١١)، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً، وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة^(١٢) وسلخها^(١٣) وأربها^(١٤). ولنا أنه أحدث^(١٥) صنعة متقومة^(١٦)، فصير حق المالك هالكاً من وجه^(١٧)، ألا ترى أنه تبدل الاسم^(١٨) وفات معظم المقاصد، وحقه في الصنعة قائم من كل

والذبح والسلخ في الشاة. والدليل على بقاء عين الخنطة فيه جريان الربا بينهما، ولا يجري الربا إلا باعتبار الجانسة، فلما ثبت الجنسية بين الخنطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة أخذ الخنطة، ولو أخذ عين الخنطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئاً آخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لأدائه إلى الربا، فكذلك ههنا. (ك)

(١٥) قوله: "يضمنه [النقصان]" لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز. (٤)

(١) ويملك الغاصب.

(٢) مغصوب.

(٣) المغصوبة.

(٤) الحادثة.

(٥) فيبقى ملك المالك.

(٦) فإن الدقيق يكون لملك الخنطة. (٤)

(٧) قوله: "فطحنت" أي بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد. (تبيين)

(٨) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال مقدر هو أن يقال: فيما ذكرت من الاستشهاد ولم يوجد فيه الفعل،

وفي المتنازع فيه وجد الفعل. (ك)

(٩) ممنوع شرعاً.

(١٠) فعله.

(١١) قوله: "على ما عرف" أي في الأصول من أن الفعل المحذور لا يصلح سبباً للنعمة وهو الملك. (٤)

(١٢) قوله: "وصار كما إذا ذبح إلخ" فإن فعل الغاصب فيه موجود، وليس سبباً للملك لكنه محظوراً. (عناية)

(١٣) قوله: "وسلخها [سلخاً سلخاً بالفتح پوست باز كرده. من] إلخ" فإن قيل: بالسلخ والتاريخ يزول اسم الشاة،

فكان ينبغي أن ينقطع حق المالك بعد التاريخ، قلنا: بالذبح لا يفوت اسم العين يقال: شاة مذبوحة، وشاة حية وبالسلخ

والتاريخ لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يتحقق ذلك المقصود، فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها. (ك)

(١٤) أي جعلها عضواً عضواً. (٤)

(١٥) احتراز به عن الحدوث. (ك)

(١٦) قوله: "صنعة متقومة" لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها، وكذلك قيمة الخنطة تزداد بجعلها دقيقاً. (عناية)

(١٧) قوله: "فصير [أي هذا الإحداث] إلخ" احتراز عما إذا صبغ الثوب المغصوب أصفر أو أحمر، فإنه لا ينقطع

حق المالك مع أنه أحدث صنعة متقومة، ولكن لم يكن هالكاً من وجه، ألا ترى أنه لم يتبدل اسم الثوب، ولم يفت أعظم

المقاصد. (ك)

وجه، فيترجح^(١١) على الأصل^(١٢) الذى هو فائت من وجه، ولا نجعله^(٣) سبباً للملك من حيث إنه محظور^(٤)، بل من حيث إنه إحداث الصنعة^(٥)، بخلاف الشاة^(٦) لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة^(٧)، ويتفرع عليه غيرها، فاحفظه. وقوله: ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها استحسان، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله، وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله، ووجه ثبوت الملك^(٨) المطلق للتصرف^(٩) ألا ترى أنه لو وهبه^(١٠)، أو باعه جاز^(١١). وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام^(١٢): «فى الشاة المذبوحة المصلية^(١٣) بغير رضا صاحبها أطمعواها

(١٨) قوله: "ألا ترى أنه تبدل الاسم إلخ" فتبدل الاسم دليل على المغايرة صورة، وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى، وإذا ثبت المغايرة بينهما، وقد ثبت الثانى، فيكون الأول مستهلكاً، ضرورة أن الشيء الواحد يستحيل أن يكون شيئين. فإذا هلك الأول بفعله صار ضامناً مثله، والدقيق حادث بفعله، فيكون ملكاً له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه، والعين هالكة من وجه، فصارت الصنعة راجحة فى الوجود، وترجح الأصل يرجع إلى الحال والرجحان فى الذات أحق من الحال. وأما قول أبى يوسف جريان الربا بينهما، دليل على بقاء المجانسة، فقلنا: بين الدقيق والحنطة شبهة من حيث أن عمل الطحن صورة فى تفريق الأجزاء، وباب الربا يبنى على الاحتياط، فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا. (ك)

(١) أى حق الغاصب.

(٢) أى حق المالك.

(٣) أى فعل الغاصب، جواب عن قوله: ولا معتبر بفعله إلخ. (٤)

(٤) من جهة أنه تفويت يد المالك عن المحل.

(٥) المتقومة.

(٦) قوله: "بخلاف الشاة إلخ" جواب عن قوله: وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة، وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم، واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق، يقال: شاة مذبوحة مسلوخة، كما يقال شاة حية. فإن قيل: الكلام فيه بعد التأريب، ولا يقال: شاة ماروبة بل يقال: لحم ماروب فقد حصل الفعل، وتبدل الاسم، ولم ينقطع حق المالك. أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها، ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود من الذبح بل يحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبدل العين، فبقيت مملوكة لصاحبها، بخلاف الطبخ بعده، فإنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها، أن يأخذها. (٤)

(٧) قوله: "هذا الوجه إلخ" أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك، ويفوت الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب، فإنه إذا غصب دقيقاً، فخبزه وغزلاً فنسجه، أو قطناً فغزله أو سمماً فعصره ينقطع حق المالك. (ك)

(٨) للغاصب.

(٩) من غير توقف على رضى غيره. (٤)

(١٠) الغاصب.

(١١) فكذا يجوز له الانتفاع.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام فى الشاة إلخ" رواه أبو داود فى سننه فى أول البيوع عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فى جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصى الحافر أوسم من قبل رجله أوسم من

الأسارى^(١) *، أفاد الأمر^(٢) بالتصدق زوال ملك المالك^(٣)، وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء^(٤)، ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب^(٥)، فيحرم قبل الإرضاء حسماً^(٦) لمادة الفساد، ونفاذ بيعه^(٧) وهبته مع الحرمة^(٨) لقيام الملك، كما في الملك الفاسد^(٩). وإذا أدى البدل يباح له، لأن حق المالك صار موفى بالبدل، فحصلت مبادلة بالتراضي، وكذا إذا أبرأه^(١٠) لسقوط حقه به^(١١)، وكذا^(١٢) إذا أدى^(١٣) بالقضاء أو ضمنه الحاكم^(١٤)، أو ضمنه المالك^(١٥) لوجود الرضاء منه؛ لأنه^(١٦) لا

قبل رأسه، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وحيء بالطعام، فوضع يده، ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمة في فيه، قال: إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها، فأرسلت المرأة يا رسول الله أني أرسلت بالبيع اشترى شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جبار لي قد اشترى شاة أرسل إلى بئمنها، فلم يوجد فأرسلت إلى امرأته، فأرسلت بها إلى، فقال عليه السلام: أطعمه الأسارى. (ت)

(١٣) أي للمشوية صلى اللحم صلياً - بالفتح - بريان كرد گوشت را. (من)

(١) جمع أسير كأمير مقيد.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٦ ص ٢٠٠. (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد الأمر الخ" فإن قيل: إنما يتصدق عندكم بالربح لا بالأصل المضمون، فيكون الحديث متروك الظاهر، فلا يصح الاحتجاج. قلنا: روى عن مجاهد أنه يتصدق بالأصل، فبقى الباقي على ظاهره، وهو حرمة الانتفاع، كذا في "الأسرار". (ك)

(٣) مع كون المالك معلوماً. (ع)

(٤) أي إرضاء الغاصب المالك.

(٥) بفعل في المصوب.

(٦) قطعاً.

(٧) جواب عن قوله: ألا ترى أنه الخ.

(٨) أي مع حرمة البيم والهبية.

(٩) قوله: "كما في الملك الخ" فإنه لو وهب، أو باع المملوك بالملك الفاسد ينفذ بيعه وهبته مع أنه يحرم.

(١٠) المالك.

(١١) أي بالإبراء.

(١٢) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي. (عيني)

(١٣) الغاصب.

(١٤) قوله: "أو ضمنه الحاكم [بأن كان المصوب مال اليتيم أو مال الوقف]" قيل: معناه أن يكون المصوب منه من كان القاضي ولياً له، وفيه أنه لا يساعده قوله الآتي، لأنه لا يقضى إلا بطلبه، فإن كان القاضي ولياً له لا يلزم منه الطلب لقضاء القاضي له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب، كما إذا كان اليتيم صغيراً جداً.

اللهم إلا أن يقال: أن طلب القاضي في حكم طلب من كان القاضي ولياً له، فإنه نائب منابه، وقيل: معناه قضى الحاكم بالضمان من غير أن يتم أداء البدل من الغاصب. (مولانا محمد عبد الحليم، نور الله مرقدته)

(١٥) قوله: "أو ضمنه المالك" قيل: معناه أخذ المالك الضمان بغير رضا الغاصب، وبغير القضاء، والمراد بقوله فيما

قيل: وإذا أدى البدل الخ أداءه برضاه، فلا يلزم الاستدراك.

يقضى إلا بطلبه. وعلى هذا الخلاف^(١) إذا غصب حنطة فزرعها، أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف يباح الانتفاع^(٢) فيهما^(٣) قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه^(٤)، بخلاف ما تقدم^(٥) لقيام العين فيه من وجه، وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده^(٦) خلاف لهما^(٧)، وأصله^(٨) ما تقدم^(٩).

قال: وإن غصب^(١٠) فضة أو ذهباً، فضربها دراهم أو دنانير، أو آنية^(١١) لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله، فيأخذها ولا شيء للغاصب، وقالوا: يملكها الغاصب وعليه مثلها؛ لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكاً من وجه، ألا ترى^(١٢) أنه كسره، وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال^(١٣) في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك.

وله: أن العين باق من كل وجه^(١٤) ألا ترى أن الاسم^(١٥) باق، ومعناه الأصلي

وقيل: معناه طلب المالك الضمان من الغاصب، ولم يؤد الغاصب بعد، وقيل: معناه تراضى المالك والغاصب على مقدار من الضمان، أى بعض منه. (مولانا محمد عبد الحلیم، نور الله مرقدہ)
(١٦) القاضى.

(١) أى ملكها الغاصب عندنا خلافاً للشافعى. (ك)

(٢) بالغصب.

(٣) قوله: "فيهما" أى فى الحنطة التى زرعها والنواة التى غرسها. (ك)

(٤) قوله: "من كل وجه" لأن الحنطة صارت قصبلاً والنواة صارت نخلاً. (عينى)

(٥) إشارة إلى قوله: كمن غصب شاة وذبحها إلخ. (عناية)

(٦) أبى يوسف.

(٧) طرفين.

(٨) قوله: "وأصله" أى أصل وجوب التصديق بالفضل عندهما خلافاً لأبى يوسف ما مر عند قوله: من غصب عبداً فاستغله إلخ وأراد بالأصل الدليل المذكور. (غاية البيان)

(٩) قبل هذ الفصل. (٤)

(١٠) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(١١) الإناء وعاء الماء. (مغرب)

(١٢) بيان لقوله: صيرت حق المالك هالكاً من وجه. (ك)

(١٣) قوله: "والتبر لا يصلح إلخ" بيان لفوات بعض المقاصد وهو أنه كان قبل الكسر والصنعة سلعة تتعين بالتعيين، وقد فات هذ المعنى. (ك)

قوله: "والتبر" التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة، وعن الزجاج وهو كل جوهر قبل أن يستعمل كالححاس والصفير وغيرهما، وبه يظهر صحة قول محمد: الحديد ينطلق على المضروب والتبر، أى وغير المضروب. (مغرب)

(١٤) فلم ينقطع حق المالك. (٤)

(١٥) أى اسم الذهب والفضة. (ك)

التمنية وكونه موزوناً، وأنه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره^(١)، وصلاحيته لرأس المال^(٢) من أحكام الصنعة دون العين، وكذا الصنعة^(٣) فيها غير متقومة مطلقاً^(٤)، لأنه لا قيمة^(٥) لها عند المقابلة بجنسها.

قال^(٦): ومن غصب ساجة^(٧)، فبنى عليها زال ملك المالك عنها، ولزم الغاصب قيمتها، وقال الشافعي رحمه الله: للمالك أخذها والوجه عن الجانيين قدمناه^(٨)، ووجه^(٩) آخر لنا فيه^(١٠) أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب^(١١) بنقض بناءه الحاصل من غير خلف^(١٢)، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة^(١٣)، فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريتة^(١٤)، أو عبده، أو أدخل اللوح

(١) قوله: "باعتباره [أى باعتبار كونه موزوناً]" وبه فارق الحديد والصفير، فإن الصنعة هناك تخرجه من الوزن، وأن يكون مال الربا حتى لو باع قممة بقممتين يدا بيد يجوز. (ك)

(٢) قوله: "وصلاحيته [جواب عن قولهما: والتبر لا يصلح. عناية] إلخ" أى غاية ما فى الباب أنه بعد الضرب صلح رأس مال الشركة والمضاربة، وهذه الصلاحية راجعة إلى صنعه لا إلى العين، فلم يوجب حدوثها تبديلاً فى العين، فلم يكن العين هالكة أصلاً. (غن)

(٣) جواب عن قولهما: أحدث صنعة معتبرة إلخ. (٤)

(٤) قوله: "غير متقومة مطلقاً" أى ليست متقومة فى كل الأحوال، بل فى بعضها إذا كسر إناء فضة أو ذهب يضمن قيمته من خلاف جنسه، وإن وجده صاحبه مكسوراً، ورضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح. (ك)

(٥) وإنما يتقوم عند المقابلة بخلاف جنسها. (٤)

(٦) هذه عبارة القدورى. (عنى)

(٧) قوله: "ومن غصب ساجة" - بالجيم - وهى الخشبة العظيمة جداً والخشبة المنحوتة المهياة للأساس ونحوه، كذا فى "المغرب". (ك)

(٨) قوله: "قدمناه" أى فى أول هذا الفصل فى قوله: وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب. (ك)

(٩) أى دليل.

(١٠) أى فى تعليل هذه المسألة. (٤)

(١١) قوله: "إضراراً بالغاصب إلخ" يعنى لا بد فى هذا من إلحاق الضرر بأحدهما، أما فى حق الغاصب بنقض بناءه، وأما فى حق المالك بانقطاع حقه عن الساجة، وضرر المالك مجبور بالقيمة، وفيه ضرر نقل المالية من العين إلى القيمة بدون اختياره، إلا أن فى الإضرار بالغاصب إهدار حقه، وفى قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية، ونقل حقه لا إهدار حقه، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان، فضرر النقل دون ضرر الإبطال. (ك)

(١٢) خلف - بالتحريك - أنكه سبس كسى يا چیزى رفته آيد. (من)

(١٣) قوله: "مجبور بالقيمة" ولا ريب فى أن الضرر المجبور دون الضرر المحض، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى. (نت)

(١٤) قوله: "فصار كما إذا خاط إلخ" فإن قيل: عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث إن فيه تلف الناس لا لأن الغاصب ملك ذلك بما صنع، فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط.

قلنا: يثبت فى كل واحد منهما حق المالك وغيره، وجعل حق غيره أولى، لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر

المغصوب في سفينته^(١).

ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: إنما لا ينقض^(٢) إذا بنى في حوالى الساجة^(٣)، أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه^(٤) متعد فيه وجواب الكتاب^(٥) يرد ذلك^(٦) وهو الأصح^(٧). قال^(٨): ومن ذبح شاة غيره^(٩)، فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه^(١٠) قيمتها وسلمها إليه^(١١)، وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور^(١٢)، وكذا إذا قطع يدهما^(١٣) هذا هو ظاهر الرواية^(١٤).

المالك، فكانا متساويين. (عناية)

(١) قوله: "أو أدخل اللوح [بافتح تخته وتخته كشتى] الخ" فليس للمالك أن ينزع اللوح بوجه منها بشرط أن تكون السفينة في لجة البحر، وإنما قيدنا بذلك لأنها إذا كانت واقفة كان له أن ينزع عنده، فلا يصح الاستشهاد. (مل)

(٢) لأنه غير متعد فيه.

(٣) قوله: "إذا بنى في حوالى الساجة" بأن جعل الساجة في وسط الجدار للأحكام لا للبناء كما في الحيوانات والأبنية المرتفعة. (ك)

قوله: "حوالى [گرداگرد چیزی]" در حقيقت حوالى بفتح لام ودر آخر ألف مقصورة بصورة ياست ودر استعمال عبارات عربى هميشه مضاف باشد بسوى يكى از ضمائر درين حالت ألف آخرش بطور ألف لفظ على بياى تحتانى تبديل بايد لام حواليه را مفتوح بايد خواند، ومكسور خواند غلط ست. (غياث)

(٤) بغير أمره.

(٥) قوله: "وجواب الكتاب [أى مختصر القدورى، يعنى قوله: فبنى عليها. ع]" حيث أفاد لا ينقض البناء مطلقاً من غير تفصيل. (ك)

(٦) أى قول الكرخي.

(٧) قوله: "وهو الأصح" لأنه تغير عما كان عليه، لأن الساجة قبل الترك يصلح لطبخ القدور، وأبواب الدور، وبعد التركيب لا يصلح لشيء منها إلا بعد النقص، وقيام الشيء بمنافعها يكون، فلما فاتت منافعها من وجه صارت هالكة من وجه. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) بغير أمره.

(١٠) الغاصب.

(١١) الغاصب.

(١٢) قوله: "وكذا الجزور [جزور: شتر كشتنى]" وهو ما أعد للذبح من الإبل من الجزر، وهو القطع يقع على الذكر والأنثى، وإنما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة، وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان، بأن يقال: النقصان بالذبح في الشاة إنما كان بسبب تفويت صلاحيته للدر والنسل المطلوبين منها، فينبغى أن لا يضمن الغاصب النقصان فى الجزور بالذبح بل يستحق أجر المثل لجزارته على المالك، لأنه حقق مقصوده فيها، فكان زيادة لا نقصاناً، فدفع تلك الشبهة بقوله: وكذا الجزور، وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان، فكان للمالك الخيار، لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الأسمان، وتبقيتها إلى زمان يحصل مقاصده فيه. (نتائج)

(١٣) قوله: "إذا قطع يدهما [أى إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه، وإن شاء ضمنه نقصانها]" لأن قطع اليد أو

ووجهه أنه^(١) إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر^(٢) والنسل وبقاء بعضها، وهو اللحم، فصار كالحرق^(٣) الفاحش في الثوب، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم، فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها^(٤) لوجود الاستهلاك من كل وجه^(٥)، بخلاف^(٦) قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الأدمى يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف.

قال^(٧): ومن حرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ضمن نقصانه، والثوب لمالكه؛ لأن العين قائم من كل وجه، وإنما دخله عيب، فيضمه.

وإن^(٨) حرق خرقاً^(٩) كثيراً تبطل عامة منافعه، فلما لكه أن يضمه^(١٠) جميع قيمته؛ لأنه استهلاك من هذا الوجه^(١١)، فكأنه^(١٢) أحرقه.

قال^(١٣): معناه يترك الثوب عليه^(١٤)، وإن شاء^(١٥) أخذ الثوب وضمه النقصان؛

الرجل كالذبح في الحكم، فله الخيار المذكور في الذبح. (مجمع الأنهر)

(١٤) قوله: "هذا هو ظاهر الرواية" احترز به عما روي الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يضمه شيئاً في ذبح الشاة إذا أخذها لأن الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقرب إلى الانتفاع باللحم، وما ذكره في ظاهر الرواية أصح، لأنه نقصان باعتبار تقويت بعض الأغراض. (كفاية)

(١) ذبح.

(٢) شير.

(٣) فإنه إن شاء ضمن الغاصب جميع قيمة الثوب والثوب يأخذه الغاصب، وإن شاء ضمن النقصان، سيجيء بيان الحرق الفاحش.

(٤) قوله: "للمالك أن يضمه إلخ" أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان. (كفاية)

(٥) فإنه إما ينتفع بها بما هو المقصود منها من الركوب والحمل وغيرهما. (٤)

(٦) متعلق بقوله: للمالك أن يضمه إلخ. (٤)

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) هذه عبارة القدوري.

(٩) قوله: "خرقاً كثيراً" اختلف المتأخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش، فقيل: إن أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش، وإن كان دون ذلك فهو يسير. وقيل: إن أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش، وما دونه يسير، وقيل: الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما، واليسير ما يصلح بعده لثوب ما.

وقيل: إن كان لا يدخل لمنفعة اللبس فهو يسير، وإن كان يدخل لمنفعة اللبس لكن يمكن إصلاحه بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشاً، وأشار في القدوري إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، قيل: معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما. (مل)

(١٠) الغاصب.

(١١) أي من وجه بطلان عامة منافعه.

(١٢) الغاصب.

لأنه^(١) تعيب من وجه من حيث إن العين باقية، وكذا بعض المنافع قائم، ثم إشارة الكتاب^(٢) إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين^(٣)، وجنس المنفعة^(٤) ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة، وإنما يدخل فيه النقصان^(٥)، لأن^(٦) "حمداً رحمه الله جعل في الأصل" قطع الثوب نقصاناً فاحشاً، والفائت^(٨) به بعض المنافع.

قال^(٩): "ومن غصب^(١٠) أرضاً فغرس فيها، أو بنى قيل له^(١١): أقلع البناء والغرس^(١٢) وردّها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام^(١٣): «ليس لعرق ظالم حق^(١٤)»*، ولأن ملك صاحب الأرض باقية، فإن الأرض لم تصر مستهلكة،

(١٣) أى المصنف. (عيني)

(١٤) الغاصب.

(١٥) المالك.

(١) خرق كثير.

(٢) أى مختصر القدرورى.

(٣) قوله: "ما يفوت به بعض العين" قيل: معنى من حيث الظاهر والغالب، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه، وجنس المنفعة يعنى لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه. (٤)

(٤) قوله: "وجنس المنفعة [بأن كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلاً. ك] أى كل المنفعة على سبيل سلب العموم لا عموم السلب. (أعظمى)

(٥) يعنى من حيث المالية بسبب فوت الجودة. (٤)

(٦) أى إنما كان ذلك صحيحاً دون غيره لأن محمداً الخ. (٤)

(٧) قوله: "جعل فى الأصل" [أى المبسوط] الخ "فى المبسوط" ذكر محمد رحمه الله فى كتاب الغصب إذا غصب الغاصب ثوباً وقطعه قميصاً فقبل أن يخيطه جاء المالك فهو بالخيار إن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان، وإن شاء ترك الثوب عليه وضمنه جميع القيمة والثوب بعد ما قطع قميصاً بقى صالحاً للقميص، وإن لم يبق صالحاً للقباء، وقد اعتبره خرقاً فاحشاً حيث خير المالك. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى القدرورى. (عيني)

(١٠) الغصب ههنا على المعنى اللغوى.

(١١) قوله: "قيل له: أقلع الخ" كان القاضى الإمام أبو على النسفى يحكى عن الكرخى أنه ذكر فى بعض كتبه تفصيلاً، فقال: إن كانت قيمة الساحة أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذ، وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها. (٤)

(١٢) قوله: "والغرس" يروى بفتح العين وكسرهما جميعاً، فالأول مصدر بمعنى المفعول والثانى اسم ما يغرس من الشجر والنخل. (غن)

(١٣) أخره أبو داود عن سعيد بن زيد فى الخراج.

(١٤) قوله: "ليس لعرق ظالم" بتوين عرق على وجه الصفة والموصوف، ذكر فى المغرب أى الذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الأرض غرساً ليستوجبها وصف الغرس بالظلم الذى هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز

والغصب^(١) لا يتحقق^(٢) فيها^(٣)، ولا بد للملك من سبب^(٤)، فيؤمر^(٥) الشاغل بتفريغها، كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه^(٦).

فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك^(٧)، فللمالك أن يضمن له قيمة البناء، وقيمة الغرس مقلوعاً^(٨)، ويكونان له^(٩)؛ لأن فيه نظراً لهما، ودفع الضرر عنهما، وقوله: قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء، أو شجر يؤمر بقلعه^(١٠)؛ لأن^(١١) حقه فيه إذ لا قرار له فيه، فيقوم الأرض^(١٢) بدون الشجر والبناء، ويقوم وبها^(١٣) شجر أو بناء لصاحب^(١٤) الأرض أن يأمره بقلعه، فيضمن فضل ما بينهما^(١٥).

قال^(١٦): ومن غصب ثوباً، فصبغه أحمر أو سويقاً، فلته^(١٧) بضمن فصاحبه بالخيار إن شاء^(١٨) ضمنه قيمة ثوب أبيض، ومثل السويق وسلمه للغاصب^(١٩)، وإن

حسن، وفي الأوضح أنه في بعض الرويات على الإضافة. (ك)

قوله: "لعرق" والعرق - بالكسر - رق الشجر، وقوله: ليس لعرق ظالم حق، أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الأرض غرساً على وجه الاعتصاب ليستوجبها ووصف العرق بالظالم الذى هو صفة صاحبه على هذا الوجه من المجاز حسن. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٦٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٧ ص ٢٠١. (نعيم)

(١) أى شرعاً.

(٢) لعدم النقل.

(٣) أرض.

(٤) وليس السبب ههنا حتى يملك الغاصب.

(٥) الغاصب.

(٦) فيؤمر الفراغ.

(٧) أى البناء أو الغرس.

(٨) أى مأموراً بقلعه. (ك)

(٩) أى للمالك الأرض.

(١٠) قوله: "ويؤمر بقلعه" يعنى ليس معنى قوله: مقلوعاً أن يقلع ثم يقوم بل يقوم وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين. (غاية البيان)

(١١) أى لأن حق الغاصب فى بناء أو شجر يؤمر بقلعه. (ك)

(١٢) قوله: "فيقوم الأرض إلخ" يعنى يكون قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنائير مثلاً، ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر، فيضمن صاحب الأرض خمسة دنائير الغاصب، فيسلم الأرض، وكذا البناء له. (ع)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) صفة لقوله: شجر أو بناء.

(١٥) هو قيمة الشجر أو البناء المأمور مالكة بقلعه. (ك)

(١٦) أى القدورى. (عينى)

(١٧) لت: تر كردن وپيوستن. (كنز اللغات)

شاء أخذهما، وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما.

وقال الشافعي رحمه الله: في الثوب لصاحبه أن يمسه^(١)، ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة^(٢) بنى فيها، لأن التمييز ممكن^(٣) بخلاف السمن في السوق، لأن التمييز متعذر.

ولنا ما بينا^(٤) أن فيه رعاية الجانين، والخيرة لصاحب الثوب^(٥) لكونه صاحب الأصل^(٦)، بخلاف الساحة بنى فيها لأن النقض^(٧) له^(٨) بعد النقض^(٩)، أما الصبغ فيتلاشى^(١٠)، وبخلاف ما إذا انصبغ^(١١) بهبوب الريح، لأنه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب^(١٢)، فيتملك صاحب الأصل الصبغ.

قال أبو عصمة^(١٣) في أصل المسألة^(١٤): وإن شاء رب الثوب باعه، ويضرب^(١٥)

(١٨) المالك.

(١٩) أى الثوب المصبوغ والسويق الملتوت.

(١) ثوب.

(٢) قوله: "اعتباراً بفصل الساحة [ساحت ناحية وكشادگى میان سرايها. من]" كما أن فى فصل الساحة يؤمر بالقلم إذا لم يتضرر الأرض به، فكذلك ههنا لأن فى كل منها شغل ملك الغير يملكه. (٤)

(٣) يعنى بالعصر. (٤)

(٤) يعنى فى مسألة الساحة بالجيم بقوله: ووجه آخر لنا. (٤)

(٥) قوله: "والخيرة إلخ" جواب عما يقال: لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه، وضمنه قيمة صبغه، وإن شاء ضمن قيمة ثوب أبيض. (٤)

(٦) قوله: "لكونه صاحب الأصل" والصبغ صفته فيكون كالتابع له، والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة

الصبغ. (٤)

(٧) أى المنقوض كالحشب والآجر.

(٨) غاصب.

(٩) أى فك التركيب.

(١٠) قوله: "فيتلاشى" أى بالغسل ولم يحصل للغاصب منه شيء فلم يؤمر الغاصب بقلع صبغه كيلا يفوت حقه أصلاً. (ك)

(١١) الثوب.

(١٢) أى بالقيمة.

(١٣) المروزي.

(١٤) قوله: "فى أصل المسألة" يعنى فى قوله: ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر إلخ، واحترز بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذى ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباع، وإن كان مسألة الانصباع كذلك لكن وقع من أبى عصمة فى أصل المسألة، فقيدته بذلك تصحيحاً للنقل. (عناية)

(١٥) يأخذ.

بقيمته أبيض، وصاحب الصبغ^(١) بما زاد الصبغ فيه، لأن له أن لا يملك الصبغ بالقيمة، وعند امتناعه^(٢) تعين^(٣) رعاية الجانيين في البيع.

ويتأتى هذا^(٤) فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه، وقد ظهر بما ذكرنا^(٥) الوجه^(٦) في السويق^(٧)، غير أن السويق من ذوات الأمثال، فيضمن مثله، والثوب من ذوات القيم، فيضمن قيمته. وقال في "الأصل"^(٨): يضمن قيمة السويق، لأن السويق يتفاوت بالقلبي^(٩)، فلم يبق مثلياً، وقيل: المراد منه المثل سمّاه به لقيامه مقامه^(١٠)، والصفرة كالحمرة، ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما زيادة، وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان^(١١).

وقيل: إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة، وقد عرف في غير هذا الموضوع^(١٢). ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً، فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله^(١٣) أنه ينظر

(١) أى يضرب صاحب الخ.

(٢) عن التملك.

(٣) لأنه طريق إيصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه. (ك)

(٤) قوله: "ويتأتى هذا" أى يتأتى قول أبى عصمة فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أيضاً، وقوله: فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أظهر لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمينه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة، فأما فى الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه، لأن له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض. (ك)

(٥) فى مسألة الصبغ والانصبغ. (٤)

(٦) قوله: "الوجه الخ" أى الجواب والتعليل فى السويق كالجواب والتعليل فى الصبغ والانصبغ أما حكمه فى الغصب فقد ذكر أن صاحب السويق بالخيار إن شاء ضمنه مثل السويق، وإن شاء أخذها وغرم السمن.

وأما حكم السويق والسمن فى الاختلاط بغير فعل أحد فقد ذكر فى "الإيضاح": أن السمن لو اختلط بالسويق كان السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ، لأن السويق أصل والسمن كالتابع له، فإنه يقال: سويق ملتوت، وأما العسل والسمن فكلاهما أصلان. (ك)

(٧) سواء خلط بالسمن أو اختلط.

(٨) أى المسوط.

(٩) قلى: بريان كردن. (كتر)

(١٠) أى مقام المغصوب.

(١١) قوله: "وقيل: هذا اختلاف عصر الخ" فإنه أجاب على ما شاهد فى عصره من عادة بنى أمية فإنهم كانوا يمتعون عن لبس السواد، وهما أجابا على ما شهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس بلبس السواد. (ك)

(١٢) أى فى "شرح مختصر الكرخى".

(١٣) فى رواية هشام.

إلى ثوب يزيد^(١) فيه الحمرة، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه^(٢) وخمسة دراهم، لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبيغ^(٣).

فصل^(٤)

ومن غصب عينا فغيّبها^(٥)، فضمّنه المالك قيمتها ملكها^(٦)، وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكها، لأن الغصب عدوان محض^(٧)، فلا يصلح سبباً للملك كما^(٨) في المدبر.

ولنا أنه^(٩) ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك، فيملكه^(١٠) دفعاً للضرر عنه^(١١)، بخلاف المدبر، لأنه غير قابل للنقل^(١٢) لحق المدبر، نعم، قد يفسخ التدبير بالقضاء^(١٣)، لكن البيع بعده^(١٤) يصادف القن^(١٥).

(١) ولا ينقص قيمته به.

(٢) رب الثوب من الغاصب.

(٣) قوله: "جبرت إلخ" فإن صاحب الثوب استوجب نقصان قيمة الثوب عشرة واستوجب الصبيغ عليه قيمة الصبيغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص، فيرجع عليه بما بقي من النقصان وهي خمسة. (عيني)

(٤) قوله: "فصل" لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة يتصل بمسائل الغصب كما هو دأب المصنفين كذا في النهاية. (نتائج)

(٥) قوله: "فغيّبها [أى جعل الغاصب المغموب غائباً. مجمع الأنهر]" فالملك بالخيار إن شاء صبر إلى أن يوجد، وإن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها. (٦)

(٦) الغاصب.

(٧) قوله: "عدوان [ظلم] محض" أى ما فيه وجه إباحة، فلا يصلح سبباً للمالك لأنه حكم مشروع فيستدعى سبباً مشروعاً والتعدى لا يكون مشروعاً، لأن أدنى درجاته أن يكون مباحاً والتعدى لا يكون مباحاً. (ك)

(٨) أى كما لو غصب مدبراً، وغيبه وضمن قيمته فإنه لا يملك بالاتفاق. (٦)

(٩) قوله: "أنه ملك إلخ" يعنى أن المالك ملك البدل وهو القيمة بكماله يعنى يدا ورقبة، وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه فى مقابلته، ودخل فى ملك صاحب البدل دفعاً للضرر عن مالك البدل بشرط أن يكون المبدل قابلاً للنقل من ملك إلى ملك، والمدبر ليس كذلك. (٦)

(١٠) الغاصب.

(١١) أى عن الغاصب.

(١٢) من ملك إلى ملك.

(١٣) قوله: "نعم، قد يفسخ إلخ" جواب عما يقال: لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل فإن مولاه لو باعه، وحكم القاضى بجواز بيعه جاز البيع، ويفسخ التدبير إذا خاصمه المشتري بالتسليم. وتقريره القول بالموجب يعنى نعم هو كذلك فى ضمن قضاء القاضى فى الفصل المجتهد فيه، فحينئذ كان البيع مصادفاً للقن لا للمدبر، فيجوز بيعه لمصادفته القن، بهذا الطريق، وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير. (ملخصاً من الحواشى)

(١٤) الفسخ.

(١٥) قوله: "يصادف القن [فإنه يفسخ القاضى يعود إلى الرق. ك]" والكلام فى امتناع النقل مع بقاء التدبير. (أعظمى)

قال (١) : والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه ؛ لأن المالك يدعى الزيادة، وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك (٢) ؛ لأنه أثبتته بالحجة الملزمة .

قال (٣) : فإن ظهرت العين، وقيمتها (٤) أكثر مما ضمن، وقد ضمنها بقول المالك، أو ببينة أقامها، أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب (٥) ؛ لأنه تم له الملك بسبب اتصال به رضاه المالك حيث ادعى هذا المقدار .

قال (٦) : فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض ؛ لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة، وأخذه (٧) دونها (٨) لعدم الحجة (٩) ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه (١٠) فى هذا الفصل الأخير (١١) ، فكذلك الجواب (١٢) فى ظاهر الرواية، وهو الأصح (١٣) ، خلافاً لما قاله الكرخى رحمه الله : إنه لا خيار له (١٤) لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا (١٥) .

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) قوله: "إلا أن يقيم المالك إلخ" فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المصوب لا تقبل بينته، بل يحلف عن دعواه، لأن بينته تنفى الزيادة، والبينة على النفى لا تقبل. قال بعض مشايخنا: ينبغى أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله، ولو أقام البينة على ذلك قبلت. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) الرواى حالية.

(٥) قوله: "وهو للغاصب" أى العين المصوبة للغاصب، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى المؤنث على تأويل الشئ المصوب. (غاية البيان)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وأخذه إلخ" أى فإن قيل: أخذه القيمة، وإن كانت ناقصة يدل على تمام الرضا، فكانت كالمسألة الأولى أجاب بقوله: وأخذه دونها، أى أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة، وهى عدم الحجة، فلا يدل على رضاه، بخلاف المسألة المتقدمة، لأن دعواه تلك القيمة كانت باختياره. (عناية)

(٨) الزيادة.

(٩) البينة.

(١٠) أى دون ما ضمنه.

(١١) أى ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه. (ك)

(١٢) قوله: "فكذلك الجواب" أى فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض. (غن)

(١٣) أى ظاهر الرواية.

(١٤) قوله: "أنه لا خيار له [فى استرداده، إذ لا ضرر]" لأنه توفر عليه بدل ملكه بكامله. (كافى)

قال^(١): "ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه، وإن أعتقه^(٢) ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه؛ لأن الملك^(٣) الثابت فيه^(٤) ناقص لثبوته مستنداً^(٥)، أو ضرورة، ولهذا يظهر في حق الأكساب^(٦) دون الأولاد^(٧)، والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب^(٨)."

قال^(٩): "وولد المغصوبة ونمائها^(١٠)، وثمرة البستان المغصوبة أمانة في يد الغاصب إن هلك، فلا ضمان عليه^(١١) إلا أن يتعدى فيها، أو يطلبها مالکها، فيمنعها إياه."

وقال الشافعي رحمه الله: زوائد المغصوب مضمونة متصلة^(١٢) كانت أو منفصلة^(١٣) لوجود الغصب، وهو إثبات اليد^(١٤) على مال الغير بغير رضاه، كما في

(١٥) قوله: "والخيار لفوات الرضاء" وجاز أن يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المتقومين، ولا يكون مثله عنده، فلا يرضى به بدلا، وقد لا يرضى الإنسان بزوال العين. (كافى)

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٢) قوله: "وإن أعتقه [غاصب] إلخ" قيد بإعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازاً عن إعتاق المشتري من الغاصب، ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين فى رواية يصح إعتاقه، وهو الأصح، وفى رواية لا يصح. (٤)

(٣) أى ملك الغاصب.

(٤) المغصوب.

(٥) قوله: "لثبوته مستنداً" أى إلى وقت الغصب فإن المغصوب يصير ملكاً للغاصب عند أداء الضمان بقضاء القاضى عليه، أو بتراضيهما من وقت الغصب. (مصطفى)

قوله: "مستنداً" والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه، أو ضرورة إذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدواناً والمالك نعمة، وإما يثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد، والثابت ضرورة ثابت من وجه دون وجه، ولهذا يظهر فى حق الأكساب دون الأولاد، لأن الملك يثبت شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة، وهو بعد الانفصال ليس بتبع، فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً، وثبوت الحكم فى التبع بثبوته فى التبع سواء ثبت فى التبع مقصوداً بسببه أو شرطاً لغيره. (كافى)

(٦) أى أكساب المغصوب فإنها للغاصب.

(٧) أى أولاد المغصوب فإنها للمالك.

(٨) فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه. (٤)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) كالسمن والجمال.

(١١) قوله: "فلا ضمان عليه" وأما الغلة الحاصلة من المغصوب باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه، وإن استهلكها لما أنها عوض عن منافع المغصوب، ومنافع المغصوب غير مضمونة عندنا، فكذا بدلها. (ك)

(١٢) كالسمن والجمال. (ك)

(١٣) كالولد.

(١٤) هذا هو حد الغصب عند الشافعى.

الظبية^(١) المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون^(٢) مضموناً عليه^(٣).

ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه^(٤)، ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة^(٥)، حتى يزيلها الغاصب، ولو اعتبرت^(٦) ثابتة على الولد لا يزيلها، إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمه، وكذا إذا تعدى فيه، كما قال في "الكتاب"^(٧)، وذلك^(٨) بأن أتلفه^(٩)، أو ذبحه فأكله، أو باعه وسلمه^(١٠)، وفي الظبية^(١١) المخرجة^(١٢) لا يضم ولدها إذا هلك^(١٣) قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع، وإنما يضمه^(١٤) إذا هلك بعده لوجود المنع^(١٥) بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع^(١٦)، وعلى هذا^(١٧) أكثر مشايخنا رحمهم

(١) قوله: "في الظبية" ومن أخرج ظبية الحرم حلالاً أو محرماً فولدت، ماتا، أى الظبية والولد ضمنهما لأنه كان واجبا عليه أن يرده إلى أمته، وهذا صفة شرعية، فتسرى إلى الولد. (مجمع الأنهر)
(٢) الولد.

(٣) قوله: "مضموناً عليه [إن قتل الحلال صيد الحرم فعليه قيمته. مجمع]" لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن هناك منة من الخروج. (٤)
(٤) في أول كتاب الغصب. (٤)

(٥) قوله: "ما كانت ثابتة [لحدوثها عند الغاصب] إلخ" واعترض بأن هذا يقتضى أن يضم الولد إذا غصب الجارية حاملاً لأن اليد كانت ثابتة عليه، وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في "الإسرار". وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيباً في الأمة، فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير، كذا في "العناية"، وكثير من الشروح. (نت)

(٦) قوله: "ولو اعتبرت" أى لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعاً للملك الأم، فإنه ما أزال اليد إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمه. (ك)

(٧) مختصر القدورى حيث قال: إلا أن يتعدى فيها.
(٨) تعدى.

(٩) الغاصب.

(١٠) قوله: "أو باعه وسلمه" إنما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده، كما لو باع الودعة وسلمها فإنه يكون ضامناً، فإن قيل: فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد. قلنا: بل فيه تفويت يده، لأنه كان متمكناً من أخذه من الغاصب، وقد زال بيعه وتسليمه، فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامناً، كذا في "المبسوط". (ك)

(١١) جواب عن قوله: كما في الظبية المخرجة. (عناية)

(١٢) من الحرم.

(١٣) الولد.

(١٤) ولد الظبية.

(١٥) لا تكون الأم مضمونة.

(١٦) قوله: "وهو الشرع" لأن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الأصل مع ولده إلى أمته، فوجد

الله .

ولو أطلق الجواب، فهو ضمان جنائية^(١١)، ولهذا يتكرر بتكررها^(١٢)، ويجب^(١٣) بالإعانة^(٤) والإشارة^(٥)، فلأن يجب^(٦) بما هو فوقها^(٧) وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى .

قال^(٨): وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب^(٩)، فإن كان في قيمة الولد وفاء به^(١٠) جبر^(١١) النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب .

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا ينجر النقصان بالولد، لأن الولد ملكه^(١٢) فلا يصلح^(١٣) جابر الملكة كما في ولد الظبية^(١٤)، وكما إذا هلك الولد قبل الرد^(١٥)، أو

المنع منه بعد الطلب وهو سبب للضمان. (ك)

(١٧) أى على هذا التفصيل.

(١) قوله: "ولو أطلق الجواب إلخ" يعنى لو قيل: لوجوب الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الإرسال أو بعده فهو ضمان جنائية، أى إتلاف لأن الضمان في صيد الحرم ضمان إتلاف معنى الصيدية حكماً، لأنه كان صيداً آمناً في الحرم، وذلك في تنفره، وبعده عن أيدينا فإثبات اليد عليه يكون إتلافاً لمعنى الصيدية حكماً، وقد تحقق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه، فأما الأموال فمحفوظة بالأيدى، وإنما يجب الضمان فيها بتفويت الأيدى لا بإثبات اليد عليها. (كافى)

(٢) قوله: "ولهذا [متفرع على قوله: فهو ضمان جنائية. نت] يتكرر إلخ" أى يتعدد بتعدد الجنائية، كما إذا اشترك محرمان في قتل صيد الحرم فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملاً. وقيل: يتكرر الجزاء بتكرر الجنائية، وهو أنه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد من الحرم، ثم أرسله في الحرم، ثم أخرج ذلك الصيد عن الحرم يجب ضمان آخر. ويحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجنائية التى هى الإخراج من الحرم. (ك)

(٣) الجزاء بالنص.

(٤) قوله: "بالإعانة [على الاصطيد]" إن دل الحرم على الصيد من قتله سواء كان القاتل محرماً، أو حلالاً فعليه الجزاء، كذا في المعدن. (مجمع البركات)

(٥) إلى الصيد.

(٦) الجزاء.

(٧) أى فوق الإعانة والإشارة.

(٨) أى القدرى. (عينى)

(٩) قوله: "وما نقصت الجارية إلخ" أى ما نقصت الجارية بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب، فلو غصبها فولدت عنده، فمات الولد فعليه رد الجارية، ورد نقصان الولادة الذى يثبت فيها بسبب الولادة، لأن الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضموناً عليه، كما لو فات كلها، فإن ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية، وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئاً، وقال زفر إلخ. (٤)

(١٠) أى بالنقصان.

(١١) وفي نسخة: المنجر.

(١٢) المالك.

ماتت الأم^(١) وبالولد^(٢) وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره^(٣)، أو قطع قوائم شجر غيره، أو خصى^(٤) عبد غيره، أو علمه الحرفة فأضناه^(٥) التعليم.

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد^(٦) وهو الولادة^(٧)، أو العلوق على ما عرف^(٨)، وعند ذلك لا يعد نقصاناً^(٩)، فلا يوجب ضماناً، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت^(١٠)، ثم سمت أو سقطت ثنيتها^(١١)، ثم نبتت^(١٢)، أو قطع يد المغصوب في يده^(١٣)، وأخذ^(١٤) أرشها، وأداه^(١٥) مع العبد يحتسب عن نقصان

(١٣) الولد.

(١٤) قوله: "كما في ولد الظبية" أي المخرجة من الحرم إذا نقصت قيمتها بسبب الولادة، وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فإنه لا يجبر بها، بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما إلى الحرم. (عناية)

(١٥) فلا يكون الولد جبراً للنقصان.

(١) أي الأمة بالولادة، فعليه قيمة الأم. (ك)

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "كما إذا جز [جز - بالفتح وتشديد زاء - بريدن موى پشم. م] صوف شاة غيره" ونبت مكانه آخراً، أو قطع قوائم شجراً لغيره، فنبت قوائم أخرى مكانها، أو خصى عبد غيره، فزادت قيمته بسبب الخصاء، أو علمه الحرفة فأضناه التعليم، فإنه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم، ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه. (ع)

(٤) خصى خايه كشيد، خصاه خصاء بالكسر والمد خصى كرد او را. (من)

(٥) إضناء: لاغر كردن. (كنز اللغات)

(٦) قوله: "واحد" وإذا أتمد سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فإنه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصاناً حتى لو شهد شاهدان ببيع شيء بمثل القيمة، ثم رجعا لم يضمن شيئاً. (ك)

(٧) قوله: "وهو الولادة إلخ" أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سبب النقصان الولادة، لأنها وجبت فوات جزء من مالية الأصل، وحدثت مالية الولد لأنه وإن كان موجوداً قبل الانفصال لم يكن مالا، حتى لم يجز بيعه وهبته، وإنما صار ما لا مقصوداً بالانفصال.

وعند أبي حنيفة رحمه الله سبب النقصان العلوق ويظهر ذلك في ما إذا غصب جارية، فحبلت عند الغاصب فردها فماتت بالولادة فعندهما لا يضمن، لأن سبب الهلاك الولادة، وكان ذلك في يد المالك، ويضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن سببه العلوق، وكان عند الغاصب وقوله: على ما عرف إشارة إلى هذا. (ك)

(٨) يعني في طريقة الخلاف. (عناية) الطريقة في الخلاف والجدل مصنفة للمتقدمين والمتأخرين.

(٩) قوله: "لا يعد" لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلقاً عن النقصان. (عناية)

(١٠) هزل هزلا - بالفتح ويضم - لاغر گردید. (من)

(١١) ثنية: دندان پیشین. (كنز)

(١٢) الثنية.

(١٣) الغاصب.

(١٤) الغاصب.

(١٥) إلى المالك.

القطع^(١)، وولد الظبية^(٢) ممنوع^(٣)، وكذا إذا ماتت الأم^(٤) وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إليه غالباً^(٥).

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة^(٦)، فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء^(٧) لا يعدّ زيادة^(٨)، لأنه غرض^(٩) بعض الفسقة^(١٠)، ولا اتحاد في السبب^(١١) فيهما وراء ذلك من المسائل، لأن سبب النقصان القطع والجز، وسبب الزيادة النمو، وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم.

قال^(١٢): ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها^(١٣)، وماتت في

(١) ولم يعتبر النقصان لكونه إلى خلف. (٤)

(٢) شروع في الجواب عن قولهما.

(٣) قوله: "ممنوع" أى لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد بل ينجبر بنقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد، فلا يرد نقضاً، ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح أن يكون خلفاً عن الجزء الفائت لأنه مضمون بنفسه، فلم يجز أن يؤدي به ضمان غيره، بخلاف مسألتنا. (مل)

(٤) قوله: "وكذا إذا ماتت إلخ" أى الأم إذا ماتت بالولادة وبقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة، فلا نسلم أنه لا ينجبر قيمتها بقيمة الولد، بل نقول: ينجبر في رواية، فلا يرد نقضاً، وهذا المنع على رواية وهي غير ظاهر الرواية، وأما تخريج الرواية الثانية وهي ظاهر الرواية، أى أنه لا ينجبر فهو إن كلامنا فيما إذا كان سبب الزيادة والنقصان واحداً، وههنا ليس كذلك فإن الولادة سبب الزيادة، وليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضى إلى الموت غالباً، فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان، فلم ينجبر. (مل)

(٥) لا يقال: إنها أفضيت إليه في هذه الصورة، لأننا نقول: الأصل هو النظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى أفرادها. (ك)

(٦) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعنى الواجب عليه رد الأصل بالصفة التى أخذها وما ردها بتلك الصفة، وإنما يكون الجبر لوردها مع الولد الذى هو خلف عن النقصان، فإذا لم يرد الولد الذى هو خلف عن النقصان لا يبرأ. (كفاية)
قوله: "لا بد من رد أصله" أى أصل الولد وهو نقصان الجارية، فكذا لا بد من رد خلفه، أى خلف الأصل، وهو الولد ولم يوجد بالموت وانتشار هذا الضمير مرخص لعدم الاشتباه، أو يكون المعنى لا بد من رد أصل الحق للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه. (أعظمى)

(٧) على فعال.

(٨) قوله: "لا يعدّ زيادة" أى في المالية لأنها إنما يتحقق لرغبته عامة الناس، وهي ليست بمبرغوبة عند العامة، وإنما هي رغبة بعض الجهال لظنهم أن الحصى كالحرم. (كفاية)

(٩) وهي اللواط وإدخاله على النساء وهو أيضاً فسق. (أعظمى)

(١٠) فلم يكن له اعتبار في الشرع. (٤)

(١١) قوله: "ولا اتحاد في السبب إلخ" فلو قيل: المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم هو أن الولد ملك المولي، فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه، فهو على حاله. أجيب: بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله: لا يعدّ نقصاناً، فإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر، فإطلاق الجابر عليه توسع في العبارة، فإن قيل: الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون؟ فالجواب ما أشار إليه المصنف من عدم نقصان ليضمينه. (٤)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

نفاسها^(١)، يضمن قيمتها يوم علقت، ولا ضمان عليه في الحرة^(٢)، هذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: لا يضمن في الأمة أيضاً^(٣).
 لهما أن الرد قد صح^(٤)، والهلاك بعده^(٥) بسبب حدث في يد المالك^(٦) وهو الولادة، فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت^(٧) في يد الغاصب، ثم ردها^(٨) فهلكت^(٩)، أو زنت في يده، ثم ردها، فجلدت^(١٠) فهلكت^(١١) منه، وكمن اشترى جارية قد حبلت^(١٢) في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن.

وله أنه غصبها وما^(١٣) انعقد فيها سبب التلف وردت، وفيها^(١٤) ذلك^(١٥)، فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه، فلم يصح الرد، وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جنابة، فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها^(١٦)، بأن كانت الجنابة خطأ

(١٣) قوله: "فحبلت ثم ردها" هكذا في عامة النسخ، والغرض أن الحبل كان موجوداً وقت الرد، وفي بعض النسخ فزنى بها، ثم ردها فحبلت، وهكذا في "الجامع الصغير" كما نقل عنه صاحب "العناية"، واختار هذه النسخة صاحب "الكفاية"، فالعنى أى ردها فتبين أنها حبلت. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(١) قوله: "وماتت [عند المولى] في نفاسها" قيد بالموت في نفاسها ليكون الموت في أثر الولادة. (ك)

(٢) أى زنى بها رجل بكراتها فحبلت وماتت في نفاسها. (٤)

(٣) أى إذا ماتت في نفاسها بعد ما يرددها. (٤)

(٤) قوله: "قد صح" لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحة الرد يوجب البراءة عن الضمان، فإن قيل: لا نسلم أن

الرد صح لأنه هلكت بسبب كان عند الغاصب أوجب بقوله: والهلاك إلخ. (٤)

(٥) رد.

(٦) قوله: "بسبب حدث [لا بسبب كان عند الغاصب. ع] إلخ" أقول: يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا سبباً للهلاك وقد صرح فيما مر أنها ليست بسبب للموت حيث قال: وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ لا تقضى إليه غالباً، فكان بين الكلامين تدافع، فليتأمل في التوجيه. (نت)

(٧) حم مجهولاً: تب كرد او. (من)

(٨) المحمومة.

(٩) عند المولى فلا ضمان.

(١٠) عند المولى، جلده جلدًا: تازيانه زد او را. (من)

(١١) فلا ضمان.

(١٢) ولم يعلم المشتري بالحمل. (٤)

(١٣) الواو حالية.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) أى سبب التلف.

(١٦) إلى ولئى الجنابة.

يرجع^(١) على الغاصب بكل القسيمة، كذا هذا، بخلاف الحره لأنها لا تضمن^(٢) بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد، وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم^(٣)، وما ذكرناه^(٤) شرط صحة الرد^(٥)، والزنا سبب لجلد مؤلم^(٦)، لا جارج ولا متلف، فلم يوجد السبب^(٧) في يد الغاصب.

قال^(٨): ولا يضمن الغاصب^(٩) منافع^(١٠) ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله^(١١)،

فيغرم النقصان.

وقال الشافعي رحمه الله: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين^(١٢) بينهما إذا عطلها أو سكنها.

(١) المالك.

(٢) فإنها ليست بمال.

(٣) قوله: "في فصل الشراء إلخ" هذا جواب عن قولهما، وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل: هو ممنوع، ولئن سلم فنقول: ليس على البائع هناك الرد، ولكن عليه التسليم، لأنه يسلم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد، وهو أنه مال متقوم، وقد وجد ذلك لأنه سلمه كما وقع عليه العبد، لأن العقد يرد على العين لا على الأوصاف.

ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن، وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم، والواجب على الغاصب فسخ فعله، وذلك إنما يتحقق في الرد كما قبض، لأن الأوصاف داخلة في الغصب، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يد الغاصب وردها كذلك فإنه يضمن النقصان، وإذا دخلت الأوصاف في الغصب يكون الرد بدونها ردًا فاسدًا. (ك)

(٤) قوله: "وما ذكرناه" أي حاصل ما ذكرناه، وهو أن يردها كما غصب. (نهاية)

(٥) قوله: "شروط صحة إلخ" أي الرد على الوجه الذي أخذ شرط صحة الرد فحيث غصبها، ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل ورددت، وفيها ذلك لم يوجد شرط صحة الرد فلم يصح الرد. (مل)

(٦) قوله: "والزنا إلخ" جواب عن قولهما: أو زنت في يده إلخ وتقديره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب إنما يوجب الجلد المولم لا الجارج، ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان هذا غير ما وجب في يد الغاصب، فلا يضمن. (ع)

(٧) قوله: "فلم يوجد السبب" أي سبب التلف أو الجرح في يد الغاصب، ثم لو وجد الجلد المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب، وبخلاف الحمى فإن الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية، وذا لا يحصل بذلك الحمى عند الغاصب، وهي غير موجبة لما كان بعده، أما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الوالد يوجب الأم الولادة فما يحدث به يكون مضافًا إلى السبب الأول. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) قوله: "ولا يضمن الغاصب" وقد صرح في معتبرات الفتاوى أن منافع الغصب مضمونة عندنا في الوقف، ومال اليتيم وما كان معدا للإجارة. (نت)

(١٠) قوله: "منافع" المنافع كركوب الدابة والحمل عليها والزوائد كالثمن للدابة واللبن لها والثمره للشجرة. (نور الأنوار)

(١١) قوله: "إلا أن ينقص باستعماله" إنما ذكر الاستعمال لما أن الظاهر أن النقصان إنما يحصل بالاستعمال لأن

الغالب أن الغاصب إنما يغصب للاستعمال. (ك)

(١٢) قوله: "ولا فرق في المذهبين" أي في حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي

رحمه الله. (ك)

وقال مالك رحمه الله: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه، له أن المنافع أموال متقومة^(١)، حتى تضمن بالعقود^(٢)، فكذا بالغصوب.

ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه^(٣)، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، فيملكها دفعاً لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غضبها وإتلافها، لأنه لا بقاء لها، ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فناءها وبقاء الأعيان^(٤).

وقد عرفت هذه المآخذ^(٥) في المختلف^(٦)، ولا نسلم أنها متقومة^(٧) في ذاتها،

(١) قوله: "أموال متقومة" وهذا لأن المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا، والمنافع بهذه الصفة ولهذا تصلح صدقاتنا والأعيان إنما كانت أموالاً باعتبار ما يتعلق بها من المنافع، ولهذا يقل مالية العين إذا قل الانتفاع به، فإذا كانت الأعيان أموالاً باعتبار منافعها، فلأن يكون المنافع أموالاً بنفسها أولى، وهي متقومة لأن التقوم عبارة عن العرة والمنافع عزيزة عند الناس، ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها فاستحال أن تكون متقومة بنفسها. (ك)

(٢) كعقد الإجارة.

(٣) قوله: "لحدوثها [وهذا لأنها حدثت بفعله وكسبه في يده. ك] الخ" أي لأن المنافع حادثة في إمكانه أي في تصرفه، وقد رته وكسبه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى، وما حدث في إمكان الرجل فهو مدكه دفعاً للحاجة كما يملك سائر الأشياء المملوكة له لدفع الحاجة، فإن المالك لا يثبت للعبد إلا للحاجة إلى إقامة التكليف على أنه قال عليه السلام: «كل الناس أحق بكسبه»، فثبت أن المنافع حاصلة في ملك ذلك الرجل، والإنسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غضبها واستهلاكها، لأنها أعراض لا تبقى، وما لا يبقى لا يتصور غضبه واستهلاكه وإتلافه، لأن إتلاف الشيء أو غضبه إنما يرد في حال بقاءه، فلما لم يكن المنافع باقية استحالة إتلافها وغضبها، ولئن سلمنا تحقق غضبها وإتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الأعيان، وأما ضمانها بالمنافع فهو مما لم يقل به أحد. (مل)

(٤) قوله: "لسرعة فناءها الخ" أي لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين، والعين يبقى أوقاتاً وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، وضمان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والإجماع، قال الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى﴾ وجزاء سيئة سيئة مثلها، ولهذا لا يضمن الجيد بالرد. (ك)

(٥) قوله: "هذه المآخذ" أراد بالمآخذ العلة التي هي مناط الحكم وهي ما ذكره أولاً بقوله: إنها حصلت على ملك الخ، وثانياً أنه لا يتحقق غضبها وإتلافها، ثالثاً أنها لا تماثل الأعيان. (غن)

(٦) أي في مختلف الرواية لأبي الليث رحمه الله.

(٧) قوله: "ولا نسلم إنها متقومة الخ" أي ما قال الشافعي رحمه الله: إن المنافع أموال متقومة، قلنا: لا نسلم ذلك لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع بالإتلاف، لأن الأكل والشرب لا يسمى تمولاً، لأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة، فالمنافع لا تبقى وقتين، لأنها أعراض كما تخرج من حيز العدم إلى الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول. ولئن سلمنا أن لها حكم المال لبيح لها صفة التقوم، لأن التقوم لا يسبق الوجود لأن التقوم إنما يكون بعد الأحرار، ألا ترى أن الصبذ والحشيش غير متقوم قبل الإحراز، وإن كان عيناً والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فلا يكون متقوماً، وإنما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعاً عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة، فبطلت المقايسة، لأن للرضاء أثر في إيجاب الأصول والفضول جميعاً، فالمال يجب بالشرط مقابلاً بغير مال، ويجوز بيع عهد قيمته ألف بالرف وشيء من ذلك لا يثبت بالعدوان، وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يفرق بين

بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد، ولم يوجد العقد، إلا^(١) أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين.

فصل^(٢) في غصب ما لا يتقوم

قال^(٣): «وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن، فإن أتلفهما لمسلم لم يضمن».

وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمّنهما للذمي أيضاً، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي^(٤)، أو باعهما^(٥) الذمي من الذمي.

له أنه سقط تقومهما^(٦) في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم اتباع لنا في حق الأحكام^(٧)، فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان^(٨).

ولنا أن التقوم باقٍ في حقهم^(٩)، إذ الخمر لهم كالخل لنا^(١٠)، والخنزير لهم كالشاة لنا^(١١)، ونحن أمرنا^(١٢) بأن نتركهم وما يدينون^(١٣)، والسيف موضوع، فيتعذر

الأصل والفرع فهو باطل. (ك)

(١) لكن.

(٢) قوله: "فصل" لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو الأصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب الضمان أم لا؟. (غن)

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) فيضمن عندنا لا عنده.

(٥) جاز البيه عندنا خلافاً له. (٤)

(٦) خمر وخنزير.

(٧) قوله: "لأنهم أتباع لنا إلخ" لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين» كما صرح به في "الكافي". (نت)

(٨) أي ما يضمّن به.

(٩) قوله: "أن التقوم باقٍ إلخ" تحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا حلالين في الأمم الماضية، وكذلك في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام، وورد الخطاب بالحرمة خاصاً في حق المسلمين، فكانا حراماً عليهم وبقياً حلالاً على الكفار، كمنكاح المشرقات كان حلالاً في حق الناس كافة، ثم ورد التحريم خاصاً في حق المسلمين، فبقي حلالاً في حق الكفار، ألا ترى إلى خطاب الله تعالى إلى المؤمنين في سورة المائدة بقوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾، المؤمن هو الذي يفلح، وقال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ المَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ﴾. (غن)

(١٠) قوله: "كالخل لنا" دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر؟ فقالوا: نعشرها، فقال: لا تفعلوا، ولولهم مبيعها وخذوا العشر من أثمانها، فقد جعلها ما لا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها، وأمر بأخذ العشر من ثمنها، ولم يفعل ذلك إلا لتدينهم بذلك. (عناية)

(١١) قوله: "كالشاة لنا" في ديانتهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم مع ديانتهم، فيكون تقومهما ثابتاً في حقهما نظراً إلى ديانتهم، ولا يمكننا العمل بديانتنا لأنه يتضمن الإلزام، ولا إلزام بالسيف والسيف موضوع، فيتعذر الإلزام، فتعين

الإلزام، وإذ بقي التبرم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم، فيضمنه^(١) بخلاف الميتة^(٢) والدم، لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما^(٣) إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن^(٤) كان^(٥) من ذوات الأمثال، لأن المسلم ممنوع عن تملكها^(٦) لكونه إغزازاً لها، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين، لأن الذمي غير ممنوع^(٧) عن تملك الخمر وتملكها.

وهذا^(٨) بخلاف الربا^(٩)، لأنه مستثنى عن عقودهم^(١٠)، وبخلاف العبد المرتد^(١١) يكون للذمي لأننا ما ضمنا لهم ترك التعرض له^(١٢) لما فيه من الاستخفاف

العمل بديانتهم. (أعظمى)

(١٢) قوله: "ونحن أمرنا إلخ" يعني لا تجادلهم على الترك والسيف موضوع يعني لا يجبرون على الترك بالإلزام بالسيف لعقد الذمة، وحيث تعذر الإلزام على ترك التدين، فبقي التقوم في حقهم، وإذا بقي إلخ. (عناية)

(١٣) قوله: "وما يدينون [أى ما يعتقدون]" ونوقض بما إذا مات المجوسى من ابنتين إحداهما امرأته، فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان، إذا لم يوجد مانع، ولم يوجد في ديانتهم، ثم لم تتركهم وما يدينون، وأجيب بأننا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم، فلا بد له من بيان. (نهاية)

(١) الغاصب.

(٢) قوله: "بخلاف الميتة [جواب للمقيس عليه للشافعى رحمه الله، ولم يذكر في الكتاب. ع]" والمراد بالميتة هى التى ماتت حتف أنفها حتى لو ماتت بالضرب، أو بالخنق يضمنه المسلم عند أى حنيفة رحمه الله، خلافاً لحمد رحمه الله. (ك)

(٣) قوله: "لا يدين تمولهما" أى إغزازهما، وادخارهما حتى يثبت التقوم. (أعظمى)

(٤) الواو وصلية.

(٥) الخمر.

(٦) قوله: "عن تملكها" وإن استهلكها بعض الذميين لبعض جاز تسليم مثلها وتسلمه. (عناية)

(٧) فيجوز الضمان بينهما بالمثل. (أعظمى)

(٨) قوله: "وهذا [أى قوله: ونحن أمرنا بأن تتركهم إلخ. عناية]" أى هذا الذى ذكرنا من كون الذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها بخلاف الربا، فإنه ممنوع عنه لأن الربا مستثنى إلخ. (غنى)

(٩) قوله: "بخلاف الربا" فإننا نتعرض لهم في إبطال عقود الربا لأننا لا نضمن لهم ترك التعرض فى ذلك مع قول رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد». (كافى)

(١٠) قوله: "مستثنى إلخ" فلا يشمل عقد الذمة الموجب لترك التعرض فيما يدينونهم، وأيضاً أخذ الربا ليس بديانة منهم، إذ لم يجز الربا فى دين من الأديان خصوصاً أهل الكتاب، قال الله تعالى فى حقهم: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾، فإن قيل: قوله عليه السلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد» يقتضى انتفاء عقد الذمة بأخذ الربا.

قلنا: يجب تأويله بأنه ليس بيننا وبينه العمل بموجب العهد فى حق ترك التعرض عليه جميعاً بينه وبين الأدلة الدالة على حرمة القتال عند قبول الجزية. (أعظمى)

(١١) قوله: "وبخلاف العبد المرتد [فإنه يقتل. (ك)]" فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئاً، إن كان اعتقاد الذمي أن

العبد المرتد مال متقوم، وهو أيضاً فى الحقيقة مقيس عليه للشافعى رحمه الله. (٤)

(١٢) أى للعبد المرتد. (ك)

بالدين، وبخلاف متروك التسمية^(١) عامداً إذا كان لمن يبيحه^(٢)، لأن ولاية المحاجة ثابتة.

قال^(٣): فإن غصب من مسلم خمرأ فخللها، أو جلد ميتة فدبغه، فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ جلد الميتة، ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه. والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل^(٤) من الشمس إلى الظل، ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بماله قيمة كالقرظ^(٥) والعفص^(٦) ونحو ذلك.

(١) قوله: وبخلاف متروك التسمية إلخ" يتعلق بقوله: أمرنا بأن نتركهم إلخ يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى، وحيث يجب أن نقول بوجود الضمان على من أتلف متروك التسمية عامداً لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله. ووجه الجواب ما قال: إن ولاية المحاجة ثابتة، والدليل الدال على حرمة قائم، فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوا: ولقائل أن يقول: لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة فإن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قرر، فالجواب أن الدليل هو قوله عليه السلام: «اتركوهم وما يدينون» وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين. (عناية)

قوله: "وبخلاف متروك التسمية عامداً" يعني إذا أتلف حنفي متروك التسمية عمداً، وهو مباح عند الشافعية لا يجب ضمانه، لأنه وإن كان حلالاً في زعم الشافعية لكن ولاية المحاجة ثابتة معهم، فإن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ﴾ يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق صريح في أن متروك التسمية عمداً حرام، فلا يعتبر اعتقاد الشافعية فيه. لا يقال: ظاهره يقتضي أن لا يحل متروك التسمية سهواً أيضاً، لأننا نقول السهو عن الشيء في حكم ذكره لعدم القصد فيه، فلم يصير متروك التسمية حقيقة بخلاف متروك التسمية عمداً. واعترض عليه من قبل الشافعية بأنكم خصصتم النص بالعمد، وأخرجتم الناس فلنا أن تخرج العامد قياساً عليه. وأجيب عنه بأنه لو خرج العامد والناسي كلاهما بقي النص بلا مدلول، وهذا مردود بأن الشافعية حملوا هذا النص على الميتة، فلا يبقى النص بلا مدلول، والحق في الجواب أن يقال: قياس العامد على الناسي قياس مع الفارق، فإن من ترك اسم الله عمداً يصدق عليه أنه لم يذكر اسم الله عليه، ومن تركه سهواً لا يقال: إنه تركه أو لم يذكره، لأن تركه في حكم ذكره.

وههنا بحث وهو أن ولاية المحاجة وإن كانت ثابتة لكنها لا تقطع بخطأ مذهب الشافعية في هذه المسألة كيف، والحق دائر بين مذاهب المجتهدين، وكلهم آخذون عن ينبوع الشريعة فبأيهم اقتديتم اهتديتم، غاية ما في الباب أن يكون دليل مذهبي في هذه المسألة أرجح وأقوى، ولو لا يستلزم كون مذهبي خطأ قطعاً خصوصاً إذا كان مذهب الخصم مثبتاً بدليل شرعي عنده، وإن كان باطلاً عندنا فثبوت ولاية المحاجة لا يستلزم أن لا يجب الضمان.

وأمثال هذه المسألة مبسطة في مواضعها ومفصلة في تصانيفي، ومن ههنا ظهر أن ما في الدر المختار والأشباه وغيره أن إذا سألنا عن مذهبي أجبنا بأنه صواب يحتمل الخطأ، وإذا سألنا عن مذهب مخالفنا أجبنا بأنه خطأ يحتمل الصواب ليس بصحيح لكونه مخالفاً للمعقول، والمنقول، ولما بسطوه في علم الأصول فتعرف. (مولانا محمد عبد الحى، دام فيضه)

(٢) قوله: "إذا كان لمن يبيحه" وهو الشافعي، ومن تابعه، يعني لو أتلف متروك التسمية عمداً على قول الشافعي رحمه الله لا يضمن فإن ولاية الإلزام بالمحاجة، والدليل ثابتة، وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية عمداً حرام ليس بمال، فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان. (ك)

(٣) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أي بغير خلط شيء. (٤)

(٥) قوله: "كالقرظ [بفتح حين: ورق السلم. ع] قرظ - بفتح قاف وسكون را وظا معجمة - مأهيت أن كفته

والفرق أن هذا التخليل^(١) تطهير له^(٢) بمنزلة غسل الثوب النجس، فيبقى^(٣) على ملكه^(٤) إذ لا يثبت المالية به، وبهذا الدباغ^(٥) اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبيغ في الثوب، فكان بمنزلة، فلهذا يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ الجلد، ويعطى ما زاد الدباغ فيه.

وبيانه أنه ينظر إلى قيمته^(٦) ذكياً غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغاً، فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه^(٧) حتى يستوفى حقه كحق الحبس^(٨) في المبيع.

قال^(٩): وإن استهلكهما^(١٠) ضمن الخل^(١١)، ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن^(١٢) الجلد مدبوغاً، ويعطى^(١٣) ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك^(١٤) في يده^(١٥) لا يضمنه بالإجماع.

اند ثمر نوعى از ام غيلان ست كه افاقيا عصاره آن وصمغ عربى صمغ آن است درخت آن خار دارد بعضى بزرگ سلم گویند وساق درخت آن قوی وچوب آن صلب واهل هند وبنگاله پاله گرد رى وچهره ازان میسازند برای صلابت آن واز برگ وثمر آن باغت اديم وپوست حیوانات مى نمایند، وآن را جلود القرظ مى نامند. (مخزن الأدوية)

(٦) قوله: "والعفص" عفص - بفتح عين وسكون فا وصاد مهملة - بفارسی مازو وبهندي مازو پهل نامند وآن ثمر درختیست بسیار شبیه ببلوط. (مخزن الأدوية)

(١) أى بلا إلقاء شيء.

(٢) قوله: "تطهير له" وهذا لأن نجاسة الخمر قابلة للزوال لأنها باعتبار الخمرية وقد زالت من غير أن يقوم بها شيء من ملكه، فصار التخليل كغسل الثوب النجس، ومن غصب ثوباً نجساً وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا ههنا. (كفاية)

(٣) الخمر.

(٤) المالك.

(٥) أى بما له قيمة.

(٦) قوله: "إلى قيمته [جلد] ذكياً [مدبوغاً] الخ" لأنه لا يكون لجلد الميتة قيمة فتقوم ذكياً لذلك. (ك)

(٧) الجلد.

(٨) لاستيفاء الثمن.

(٩) أى محمد. (عینی)

(١٠) الغاصب.

(١١) إجماعاً.

(١٢) الغاصب.

(١٣) المالك.

(١٤) الجلد.

أما الخلل^(١) فلائنه لما بقى على ملك مالكة وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف^(٢)، ويجب مثله، لأن الخلل من ذوات الأمثال.

وأما الجلد^(٣) فلهما أنه^(٤) باقٍ على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه^(٥)، وهو مال متقوم، فيضمنه^(٦) مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه، كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه يضمنه^(٧) ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه^(٨) واجب الرد^(٩)، فإذا فوته^(١٠) عليه يخلفه قيمته كما في المستعار^(١١)، وبهذا^(١٢) فارق الهلاك بنفسه.

وقولهما: يعطى^(١٣) ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس^(١٤)، أما عند اتحاده يطرح عنه^(١٥) ذلك القدر، ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه^(١٦) ثم

(١٥) الغاصب.

(١) أى أما ضمان الخلل عند الاستهلاك.

(٢) قوله: "و [الواو حالية] هو مال متقوم إلخ" فإن العصير كان مالا متقوماً له فإذا صار خمرًا صار غير متقوم، ولكونه غير متقوم لا يزول ملكه عنه، ولهذا لو غصب خمر إنسان فللمالك أن يسترد ما فعلم أن الملك لا يفتقر إلى التقوم، فإذا زالت صفة النجاسة عاد متقومًا كما كانت لا أن التقوم يثبت الآن. (ك)

(٣) أى أما حكم الجلد عند الاستهلاك فعلى الخلاف فلهما إلخ.

(٤) الجلد.

(٥) قوله: "حتى كان له [المالك] إلخ" قال القدورى: يعنى إذا غصب الجلد من منزله فأما إذا ألقاه صاحبه فى الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه، وعن أبى يوسف أن له أن يأخذه فى هذه الصورة أيضًا. (ك)

(٦) الغاصب.

(٧) أى يضمن الغاصب الثوب المصبوغ.

(٨) دليل آخر.

(٩) يعنى أن الجلد لو كان قائمًا وجب على الغاصب الرد. (عناية)

(١٠) الغاصب.

(١١) قوله: "كما فى المستعار" يعنى أن المستعار واجب الرد فإذا فوت المستعير بالاستهلاك يجب عليه القيمة، وإذا فات فلا، فكذا هنا. (عناية)

(١٢) قوله: "وبهذا [أى التفويت] فارق [إتلاف]" أى الاستهلاك الهلاك لأنه لا تفويت منه هناك، كذا قيل.

(١٣) المالك.

(١٤) قوله: "محمول على اختلاف الجنس [فإن القاضى يقضى بما يشتري به فى الأسواق ويبيع. ك]" يعنى أن القاضى قوم الجلد بالدرهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة، وأخذ ما زاد الدباغ، أما إذا قومها بالدرهم أو الدنانير فيطرح عنه إلخ. (عناية)

(١٥) أى عن ضمان الجلد.

(١٦) الغاصب.

الرد عليه^(١).

وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب^(٢)، وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه، فكان^(٣) حقاً له، والجلد تبع له^(٤) في حق التقوم، ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون عليه، فكذا^(٥) التابع، كما إذا هلك من غير صنعه^(٦)، بخلاف وجوب الرد^(٧) حال قيامه^(٨)، لأنه يتبع الملك، والجلد غير تابع للصنعة^(٩) في حق الملك لثبوته^(١٠) قبلها وإن^(١١) لم يكن متقوماً، بخلاف الذكى والثوب^(١٢)؛ لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ، فلم يكن^(١٣) تابِعاً للصنعة.

ولو كان^(١٤) قائماً، فأراد المالك أن يتركه على الغاصب^(١٥) في هذا الوجه، ويضمنه قيمته^(١٦).

قيل: ليس له ذلك^(١٧)، لأن الجلد^(١٨) لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب، لأن

(١) الغاصب.

(٢) أى الدباغة.

(٣) التقوم.

(٤) أى لصنع الغاصب.

(٥) لئلا يلزم مخالفة التبع أصله. (٦)

(٦) قوله: "كما إذا هلك من غير صنعه" فإن عدم الضمان هناك باعتبار أن الأصل وهو الصنعة غير مضمونة، فكذا الجلد وإلا فالقبض موجب للضمان فى الهلاك والاستهلاك. (عناية)

(٧) جواب عن قولهما: ولأنه واجب الرد.

(٨) الجلد.

(٩) قوله: "والجلد غير تابع إلخ" والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والأصل فيه الصنعة وهى غير مضمونة فكذا ما يتبعها، والرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع، فوجب رده ويتبعه الصنعة. (عناية)

(١٠) الصنعة.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "بخلاف الذكى [المذبح] والثوب" جواب عن قولهما: كما إذا غصب ثوبا وأقحم الذكى استظهاراً لأن التقوم فى الذكى والثوب كان ثابتاً إلخ. (عناية)

(١٣) التقوم.

(١٤) الجلد المدبوغ بما له قيمة.

(١٥) أى فى الوجه الذى دبغه بشئ متقوم.

(١٦) أى بعد أن صار مالا متقوماً بالدباغة. (نت)

(١٧) أى بلا خلاف. (غن)

(١٨) قوله: "لأن الجلد" أقول: تعليل اتسول الاتفاقى بقوله: لأن الجلد لا قيمة له مشكل عندى فإنه لا يتمشى

له^(١) قيمة، وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما له ذلك، لأنه إذا تركه عليه^(٢)، وضمنه عجز الغاصب^(٣) عن رده، فصار كالاستهلاك^(٤)، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه^(٥).

ثم قيل^(٦): يضمه^(٧) قيمة جلد مدبوغ، ويعطيه ما زاد الدباغ فيه، كما في الاستهلاك^(٨)، وقيل: يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ^(٩)، ولو دبغه^(١٠) بما لا قيمة له كالتراب والشمس، فهو^(١١) للملكه بلا شيء، لأنه بمنزلة غسل الثوب^(١٢)، ولو استهلكه الغاصب^(١٣) يضمن قيمته مدبوغاً^(١٤)، وقيل: طاهراً^(١٥) غير مدبوغ، لأن

على أصل الأمامين، إذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم، فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك، ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه إلخ، والتعليل المذكور هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى. (نت)

(١) أى للثوب.

(٢) قوله: "لأنه إذا تركه [دليل أن في المسألة خلافاً لا دليل المتخالفين. عناية] إلخ" أى لم يأخذه برد قيمة الدباغ إليه وضمنه قيمة الجلد الذكي عجز الغاصب إلخ. (ك)

(٣) قوله: "عجز الغاصب" فإن العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان لأمر من جهة الغاصب، فإن المالك إنما تركه عليه، وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه إعطاء ما يقابل ذلك نزائداً، وهو لا يقدر على إعطائه، أو لا يهيمه ذلك فكان السبب الأصلي لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه، ألا يرى أنه بر بعه بما لا قيمة له، فكان هو للملكه بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه عليه، ونضمينه القيمة أصلاً. (نت)

(٤) قوله: "فصار كالاستهلاك إلخ" وفيه نظر لأن العجز في الاستهلاك لأمر من جهة الغاصب، وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز تضمين في صورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك. (٤)

(٥) قوله: "على ما بيناه" من الدليل لأبي حنيفة ولصاحبيه في استهلاك قبل هذا. (غاية البيان)

(٦) يعنى لما كان عندهما للمالك ولاية التضمين اختلف المشايخ على قولهما. (غن)

(٧) والكلام فيما إذا دبغه بشيء له قيمة. (ك)

(٨) يعنى مسألة الاستهلاك التي تقدم ذكرها أن عنده لا يضمن، وعندهما يضمن. (ك)

(٩) قوله: "وقيل: يضمه إلخ" أقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فإن قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها. (نت)

(١٠) الجلد.

(١١) الجلد.

(١٢) وهو لا يزيل ملك المالك. (٤)

(١٣) وعليه الجمهور. (كافى)

(١٤) قوله: "يضمن قيمته إلخ" وإنما كان الضمان في قولهم جميعاً لأنه صار مالا على ملك صاحبه، ولا حق للغاصب فيه، وكانت المالية والتقوم جميعاً حقاً للمالك فيضمن بالاستهلاك، واختلفوا في كيفية الضمان، فقيل ضمن قيمته مدبوغاً إلخ. (٤)

(١٥) ذك

وصف الدباغة هو الذى حصله، فلا يضمه.

وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد^(١)، فلا تفرد عنه، وإذا صار الأصل مضموناً عليه، فكذا صفته، ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيها، قالوا^(٢): عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكاً للغاصب، ولا شيء له عليه^(٣).
وعندهما أخذه المالك و أعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه ههنا^(٤) أن يعطى مثل وزن الملح من الخل.

وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه، فهو على ما قيل^(٥)، وقيل: فى دبغ الجلد، ولو استهلكها لا يضمها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، كما فى دبغ الجلد، ولو خللها بإلقاء الخل فيها، فعن محمد رحمه الله أنه إن صار خلا من ساعته^(٦) يصير ملكاً للغاصب، ولا شيء عليه، لأنه استهلاك^(٧) له وهو^(٨) غير متقوم، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلاً، فهو بينهما على قدر كيلهما، لأنه خلط الخل بالخل^(٩) فى التقدير، وهو على أصله ليس باستهلاك^(١٠).

وعند أبي حنيفة رحمه الله هو للغاصب فى الوجهين^(١١)، ولا شيء عليه، لأن نفس الخلط استهلاك عنده، ولا ضمان فى الاستهلاك^(١٢)؛ لأنه أتلف ملك^(١٣) نفسه.

(١) فإنه حصلت الدباغة بغير ما له قيمة.

(٢) قوله: "قالوا" يشير إلى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل: إن هذا والأول سواء، لأن الملح صار مستهلكاً فيه. (٤)

(٣) لأنه استهلاك. (ك)

(٤) أى معنى إعطاء ما زاد الملح.

(٥) قوله: "فهو على ما قيل" وقيل بتكرار، قيل: إشارة إلى القولين المذكورين فيه، يعنى قيل: ليس له ذلك

بالاتفاق، وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة. (٤)

(٦) أى من ساعة الإلقاء.

(٧) قوله: "لأنه استهلاك" لأن الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك إلى عين حقه بواسطة ذلك

مل، لأن إعدام الذوات ليس فى قدرة البشر، ولا كذلك إذا تخللت بعد ساعته، لأنها بالإلقاء لم تصر مستهلكة
بها على حالها. (ك)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى بالخل الكائن فى التقدير، وإن كان حال الخلط خمرأ.

(١٠) قوله: "وهو على أصله إلخ" يعنى أن أصل محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضاً إن خلط

الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما، وحيث أن كان الخل مشتركاً بينهما، فإن أتلفه فقد أتلف. خل نفسه وغيره، فيضمن
خل الغصوب منه. (٤)

(١١) قوله: "فى الوجهين" يعنى ما إذا صارت خلا من ساعة أو بعد ضمان. (٤)

وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول^(١) لما بينا^(٢)، ويضمن في الوجه الثاني^(٣)، لأنه أتلف ملك غيره، وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب^(٤) على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها^(٥) بغير شيء، لأن الملقى^(٦) يصير مستهلكاً في الخمر، فلم يبق متقوماً، وقد كثرت فيه أقوال المشايخ^(٧)، وقد أثبتناها في "كفاية المتبهي".

قال^(٨): ومن كسر لمسلم بربطاً^(٩)، أو طبلاً، أو مزماراً^(١٠)، أو دفاً، أو أراق^(١١) له سكرًا، أو منصفًا فهو ضامن، ويبيع هذه الأشياء جائز، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يضمن، ولا يجوز بيعها، وقيل: الاختلاف^(١٢) في الدف والطبل الذي يضرب للهو، فأما طبل الغزاة^(١٣) والدف

(١٢) قوله: "ولا ضمان في الاستهلاك" أي في استهلاك الخمر بخلط الخل، لأن خمر المسلم لا يضمن. (غن)

(١٣) أي الخل.

(١) قوله: "في الوجه الأول" أي فيما إذا صار خلا من ساعة. (ك)

(٢) قوله: "لما بينا" أي أنه يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه. (ك)

(٣) أي ما إذا صار خلا بعد ساعة.

(٤) قوله: "أجروا جواب الكتاب" يعني "الجامع الصغير" وهو قوله: لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء معناه أن بعضهم حملوه على الوجه الأول، وهو التخليل بغير شيء كما تقدم، وبعضهم أجروه على إطلاقه، وقالوا: للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلهما، وهو التخليل بغير شيء، والتخليل بصب الخل والتخليل بإلقاء الملح فيها، فإن الملقى يصير إلخ. (٤)

(٥) قوله: "في الوجوه كلها" أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء والتخليل بإلقاء الملح، والتخليل بصب الماء فيه. (غن)

(٦) الخل والملح.

(٧) قوله: "وقد كثرت فيه إلخ" بعضهم قالوا: المخلوط ههنا مشترك بالإجماع لأن عنده إما ينقطع حق المالك بالاستهلاك إذا ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون إذا غصبه، وخلط بمثله من ملك نفسه، فإذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع، ووجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركاً كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر بغيره. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "بربطاً [عود]" بربط ساز يست معروف كه آنرا عود نیز گویند، كذا في "المنتخب"، ودر مؤيد الفضلاء آورده نوعی از مزامیر كه درو تارهای افریشمی بندند، وأن خرو تراز باب ست، وفي "منتبى الأرب": بربط كحعفر عود كه آن را می نوازند، معرب بربط با ست ضافت يعنى سینه ربط.

(١٠) بالكسر: ناي كه می نوازند. (م)

(١١) أي صب. (٤)

(١٢) بينه وبينهما.

الذي^(١) يباح ضربه في العرس^(٢) يضمن بالإتلاف من غير خلاف، وقيل: الفتوى في الضمان^(٣) على قولهما.

والسكر اسم للنبي^(٤) من ماء الرطب^(٥) إذا اشتد^(٦)، والمنصف^(٧) ما ذهب نصفه بالطبخ، وفي المطبوخ^(٨) أدنى طبخة، وهو الباذق عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع.

لهما أن هذه الأشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر^(٩)، ولأنه فعل ما فعل أمراً بالمعروف، وهو بأمر الشرع^(١٠)، فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام^(١١).

ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من^(١٢) وجوه الانتفاع، وإن صلحت لما لا يحل^(١٣)، فصار كالأمة المغنية، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقوم، وجواز البيع، والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم، وباللسان إلى غيرهم، وتجب قيمتها غير صالحة^(١٤) للهو، كما في الجارية المغنية، والكبش^(١٥) النطوح^(١٦)

(١٣) جمع غازي.

(١) احتراز عما يكون مع الجلجل.

(٢) أي مجلس النكاح، عرس - بالضم ويفتحين - نكاح كردن. (م)

(٣) أي لا يضمن.

(٤) الخام.

(٥) أي عصير الرطب غير مطبوخ.

(٦) المراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (٤)

(٧) قوله: "والمنصف" اعلم أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلاثة على قسمين أحدهما: المطبوخ أدنى طبخة وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا. (نت)

(٨) قوله: "وفي المطبوخ" قال في القاموس: الباذق - بكسر الذال وفتحهما - ما يطبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديداً. (نت)

(٩) فإنه مال غير مقوم.

(١٠) أي الأمر بالمعروف.

(١١) قوله: "كما إذا فعل إذن الإمام" يعني لو فعل بأمر نائب الشرع وهو الإمام لا يضمن فإذا فعله بأمر الشرع أولى، وعن شريح رحمه الله أن رجلين اختصما إليه في طنبور فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لو كنت أنا فإن كان خصومتها، وهو في أيديهما، أو في يد أحدهما كسرتة وعزرتها، وإن كسره أحدهما والآخر يطلب الضمان ضربت الذي كسره جبراً أو جعت الآخر عقوبة. (كفاية)

(١٢) بيان ما.

(١٣) من أنواع الانتفاع.

(١٤) قوله: "غير صالحة" ففي البربط يضمن الخشب الصالح للاستعمال، وكذا الباقي، وفي سكر ونحوه يضمن

والحمامة^(١) الطيارة والديك^(٢) المقاتل، والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور، كذا هذا.

وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما، ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه، وإن كان لو فعل جاز^(٣)، وهذا بخلاف ما إذا أتلّف على نصراني صليبياً^(٤) حيث يضمن قيمته صليبياً، لأنه مقر على ذلك^(٥).

قال^(٦): ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: يضمن قيمتهما، لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق، ومالية أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما متقومة، والدلائل ذكرناها^(٧) في كتاب العتاق من هذا الكتاب.

قيمه صالحاً لكونه خلا وغيره. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "والكيش" كيش ب-الفتح وشين معجمة- غوسپند نر يعنى ميش نر شاخدار جنكى از "منتخب ولطائف". (غياث)

(١٦) نطح -بالفتح- شاخ زدن گاؤ وگوسفند وجز آن. (م)

(١) حمامة -بالفتح- كيوتر وهر مرغ طوق دار. (م)

(٢) الخروس.

(٣) لوجود أصل المالية والتقوم.

(٤) قوله: "صليبياً" في "المغرب": الصليب شيء مثلث كالتمثال يعبد النصارى، وفي "المنتخب": صليب جويست كه ترساين دارند بدين شكل +، وبفارسى آن را چلبيا گویند.

(٥) أى على دينه.

(٦) أى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة. (عینی)

(٧) قوله: "ذكرناها" قبيل باب عتق أحد العبدین حيث قال: وجه قولهما أنها منتفع به وطناً وإجارة واستخداماً، وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعاً لا يسقط تقومها كما فى المدبر، ولأبى حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم، والإحراز للتقوم تابع بخلاف المدبر. (مل)

فهرس المحتويات

٣ كتاب الدعوى
٩ باب اليمين
٢١ فصل فى كيفة اليمين والاستحلاف
٢٧ باب التحالف
٤٦ فصل فىمن لا يكون خصماً
٥٠ باب ما يدعيه الرجلان
٦٩ فصل فى التنازع بالأيدي
٧٥ باب دعوى النسب
٩٠ كتاب الإقرار
١٠١ فصل فى مسائل الحمل
١٠٣ باب الاستثناء وما فى معناه
١١٩ باب إقرار المريض
١٢٥ فصل فى من أقر بسلام يولد مثله لمثله
١٢٩ كتاب الصلح
١٣٥ فصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز
١٤٤ باب التبرع بالصلح والتوكيل به
١٤٧ باب الصلح فى الدين
١٥٤ فصل فى الدين المشترك
١٦١ فصل فى التخارج
١٦٥ كتاب المضاربة
١٨١ باب المضارب يضارب
١٨٧ فصل فى إدخال عبد المضارب فى المضاربة
١٨٩ فصل فى العزل والقسمة
١٩٤ فصل فيما يفعله المضارب
٢٠٣ فصل فى المسائل المتفرقة
٢٠٨ فصل فى الاختلاف
٢١١ كتاب الوديعة
٢٢٧ كتاب العارية
٢٤٠ كتاب الهبة
٢٥٥ باب ما يصح رجوعه وما لا يصح
٢٦٤ فصل فى هبة الجارية إلا حملها

٢٦٧	فصل فى الصدقة
٢٦٩	كتاب الإجازات
٢٧٢	باب الأجر متى يستحق
٢٧٩	فصل فى عدم استحفاق تمام الأجر أو بعضه
٢٨١	باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها
٢٩٢	باب الإجارة الفاسدة
٣١٠	باب ضمان الأجير
٣١٧	باب الإجارة على أحد الشرطين
٣٢٢	باب إجارة العبد
٣٢٥	باب الاختلاف
٣٢٧	باب فسخ الإجارة
٣٣٤	مسائل مثورة
٣٣٧	كتاب المكاتب
٣٤٣	فصل فى الكتابة الفاسدة
٣٥٢	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله
٣٥٩	فصل فى من يدخل فى الكتابة تبعاً
٣٦٥	فصل فى ما إذا ولدت المكاتب من المولى
٣٧٤	باب من يكاتب عن العبد
٣٧٨	باب كتابة العبد المشترك
٣٨٧	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٣٩٩	كتاب الولاء
٤١١	فصل فى ولاء الموالاة
٤١٤	كتاب الإكراه
٤٢٠	فصل فى الإكراه على المحظورات فى السعة
٤٣١	كتاب الحجر
٤٣٦	باب الحجر للفساد
٤٤٦	فصل فى حد البلوغ
٤٤٨	باب الحجر بسبب الدين
٤٥٥	كتاب المأذون
٤٨٠	فصل فى أحكام إذن الصبي والمعتوه
٤٨٣	كتاب الغصب
٤٩٤	فصل فيما يتغير بفعل الغاصب
٥٠٦	فصل فى تغيب عين المغصوب
٥١٦	فصل فى غصب ما لا يتقوم

المسألة

شرح

بداية المبتدى

للإمام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني

رحمته الله تعالى المتوفى ٥٥١٣ هـ

مع

شرح العلامة عبد المحي الكنوي

رحمته الله تعالى المتوفى ١٣٠٣ هـ

٧

اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخراج أحاديثه من نصب الرتبة والذرية

نعيم اشرف نورا حمد

من مشورين

الإمام العلامة الفقيه العلامة العلامة العلامة

٤٣٧-٤ دى ٥ گاردرن ایست ٥ کراچی ٥ پاکستان

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

الطبعة الأولى : ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج : بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته : فهيم أشرف نور

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

D/٤٣٧ غارڈن ایسٹ کراتشي ٥ - باكستان

الهاتف : ٧٢١٦٤٨٨ فاكس : ٧٢٢٣٦٨٨ - ٠٠٩٢٢١

E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من :

المكتبة الإمدادية باب العمرة مكة المكرمة - السعودية
مكتبة الإيمان السمانية، المدينة المنورة - السعودية
مكتبة الرشد الرياض - السعودية
إدارة إسلاميات انار كلي لاهور - باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشفعة^(١)

الشفعة مشتقة من الشفع، وهو الضم، سميت^(٢) بها؛ لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع.

قال^(٣): الشفعة واجبة^(٤) للخليط^(٥) في نفس المبيع، ثم للخليط في حق المبيع^(٦) كالشرب والطريق، ثم للجار^(٧)، أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء، وأفاد الترتيب^(٨)، أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام*: «الشفعة لشريك لم يقاسم^(٩)» ولقوله عليه الصلاة والسلام***: «جار الدار أحق بالدار^(١٠) والأرض ينتظر له^(١١) وإن^(١٢) كان غائباً إذا كان طريقهما

(١) قوله: «كتاب الشفعة» وجه مناسبة الشفعة بالفصب تملك الإنسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما، والحق تقديمها عليه؛ لكونها مشروعة دونه، لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات، والأشربة، والإجازات، والشركات، والزراعات أو يجب تقديمها، وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشتري، وشرطها كون المبيع عقاراً. (عناية)

هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار. (ك)

(٢) أي الشفعة المصطلحة في الشرع.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) أي ثابتة.

(٥) أي الشريك. (ع)

(٦) قوله: «ثم للخليط في حق المبيع [أي ما يستحقه المبيع ويكون تابعاً له وآلة للانتفاع به] إلخ» وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين، وإنما قيدنا بذلك؛ لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي. (عناية)

(٧) أي الملاصق.

(٨) قوله: «وأفاد الترتيب» صورته: منزل بين اثنين في سكة غير نافذة، باع أحد الشريكين نصيبه، فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة فإن سلم، فأهل السكة أحق فإن سلموا، فالجار: وهو الذي على ظهر المنزل، وباب داره في سكة أخرى. (عيني)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٨ ص ٢٠٢. (نعيم)

(٩) قوله: «الشفعة [أي يبث الشفعة] إلخ» قلت غريب، وأخرج مسلم عن جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ

بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط». (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٢، والدراية ج ٢، الحديث ٨٨٩ ص ٢٠٢. (نعيم)

(١٠) قوله: «جار الدار إلخ» قلت: هو مركب من حديثين، فصدر الحديث أخرجه أبو داود أن النبي ﷺ

قال: «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»، وآخره أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ:

واحدًا»^(١)، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبه»^(٢) قيل يارسول الله ما سقبه قال شفعتة*؛ ويروى: «الجار أحق بشفعتة»^(٣)**، وقال الشافعي: لا شفعة بالجار؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فيما لم يقسم»^(٤) فإذا وقعت الحدود^(٥) وصرفت الطرق^(٦) فلا شفعة***، ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس^(٧)؛ لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم، وهذا^(٨) ليس في معناه؛ لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل^(٩) دون

«الجار أحق بالشفعة ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» (ت)

قوله: "جار الدار" في هذا الحديث صنعة العكس، وهو من صنائع علم البديع، ونظيره قولهم: عادات السادات عادات العادات، وكلام الإمام إمام الكلام، وكلام الملوك ملوك الكلام. (عبد)

(١١) قوله: "ينتظر إلخ" يعني يكون على شفعتة مدة غيبته، إذ لا تأثير لغيبته في أبطال حق تقرر سببه، قيل: معناه أحق به عرضاً عليه للبيع، ألا يرى أنه يفسر الحق بالانتظار إذا كان غائبًا. وأجيب: بأنه عليه السلام جملة أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده، وقوله: ينتظر تفسير لبعض ما يشمله كلمة أحق، وهو كونه على شفعتة مدة الغيبة. (٤)

(١٢). الواو وصلية.

(١) قوله: "إذا كان طريقهما واحدًا إلخ" المراد به جار هو شريك في الطريق، وبثبت الحكم في الشرب دلالة؛ لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة، وقد وجدت في الشرب. (كافى)

(٢) قوله: "الجار أحق بسقبه [سقب - بفتح - نزيدك شذن، ويمتزل نزيدك م.] إلخ" قلت أخرجه البخارى فى "صحيحه" عن عمرو بن الثريد عن أبى رافع مولى النبى صلى الله عليه وسلم أنه سمع النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: «الجار أحق بسقبه»

وقوله: قيل: يارسول الله! ليس فى الحديث، وفى "معجم الطبرانى": قيل لعمرو بن الثريد: ما السقب؟ قال: الجوار. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٧٤، والدراية ج ٢ الحديث ٨٩٠ ص ٢٠٢. (نعيم)

(٣) رواه الترمذى عن جابر. (ت)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٧٥، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٨٩٠ ص ٢٠٢. (نعيم)

(٤) قوله: "الشفعة فيما لم يقسم" أخرجه البخارى عن جابر بن عبد الله. [ت] إلخ "وجه الاستدلال أن اللام للجنس؛ لعدم المعهود، كقوله عليه السلام: «الأئمة من قریش»، فتتخصر الشفعة فيما لم يقسم، يعنى إذا كان قابلاً للقسمة، وأما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده، وأنه قال: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه، وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة فى المقسوم، والشريك فى حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم، فلا شفعة فيه. (٤)

(٥) هذا داخل فى الحديث.

(٦) أى جملة لكل قسم طريق على حدة. (كافى)

*** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٧٥، والدراية ج ٢ الحديث ٨٩١ ص ٢٠٣. (نعيم)

(٧) قوله: "معدول به عن سنن" [بفتح - روش وطريق م.] القياس إلخ "فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلاً، لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم، فلا يلحق به غيره قياساً أصلاً، لا دلالة إذا لم يكن فى معناه من كل وجه. (٤)

(٨) قوله: "وهذا" أى الجار، يعنى شفعة الجار ليس فى معنى ما ورد به الشرع؛ لأن ثبوت الشفعة وحق الأخذ

الفرع. ولنا ما روينا^(١)، ولأن ملكه^(٢) متصل بملك الدخيل^(٣) اتصال تأييد وقرار^(٤)، فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال^(٥) اعتباراً^(٦) بمورد الشرع^(٧).

وهذا^(٨) لأن الاتصال على هذه الصفة^(٩) إنما انتصب سبباً فيه^(١٠)؛ لدفع ضرر الجوار^(١١)، إذ هو مادة المضار على ما عرف، وقطع هذه المادة بتملك الأصل^(١٢) أولى؛ لأن الضرر في حقه يازعاجه^(١٣) عن خطة آباءه أقوى^(١٤)، وضرر القسمة^(١٥)

ثمة لدفع ضرر مؤنة القسمة؛ إذ لو لم يأخذ لطالبه المشتري القسمة، فيلحقه مؤنة القسمة، وهذا لا يوجد في الجار. (مل)
(٩) قوله: في الأصل [أى في فصل الشركة. ك] الخ أى فيما لم يقسم، ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم، ويفهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده، بل فيه وفي الشريك في حق المبيع؛ لأنه مقسوم أيضاً، وفيما لم يحتمل القسمة كالبير والحمام. (٤)

(١) قوله: "ولنا ما روينا [من قوله عليه السلام: «الجار أحق بسقبة»] الخ" أى من الأحاديث المذكورة، فإن قيل: المراد بالجار في الحديث المذكور الشريك، قلت: هل هذا إلا مجاز، ولا دليل عليه، وقال الإمام الحلواني: ترك الشافعية العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته، وهم سمو أنفسهم بأصحاب الحديث، وكيف يراد بالجار الشريك. وقد أخرج ابن أبي شيبة عن عمرو بن الثريد عن أبيه قال: قلت: يارسول الله! أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال: «الجار أحق بسقبة ما كان» (سقاية)
(٢) أى ملك الجار.

(٣) قوله: "بملك الدخيل الخ" أى المشتري، وسماه دخيلاً؛ لأنه ليس بأصيل في الجوار، والأصيل هو الجار. (ب)
(٤) قوله: اتصال تأييد وقرار [احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية. عناية] الخ ذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسداً؛ فإنه لا قرار له، إذ الواجب النقص، دفعاً للفساد. (٤)
(٥) قوله: "عند وجود المعاوضة بالمال الخ" احتراز به عن الإجارة والدار المرهونة والمجعولة مهراً. (عيني)
(٦) أى إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع، وهو ما لا يقسم. (٤)
(٧) أى الخليط في نفس المبيع.

(٨) جواب عن قوله: وهذا ليس في معناه.
(٩) أى اتصال التأييد والقرار.
(١٠) أى في مورد الشرع. (٤)

(١١) قوله: "لدفع ضرر الخ" أى لدفع ضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام، حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير؛ إذ هو مادة المضار من حيث إيقاد النار، وإعلاء الجدار، ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار، ولا يدفع ذلك إلا بتملك أحدهما على الآخر، فرجع الأصيل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفقة إلى نفسه؛ إذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله، وإنما عدم ربحا قصده. (كافى)

(١٢) قوله: "وقطع هذه المادة بتملك الأصل [الشفيع] الخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الشفيع أن يتضرر بالدخيل، فالدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ماله. (عيني)

(١٣) إزعاج: جنبانيدن وبرخيزانيدن. (م)

(١٤) قوله: "خطة" خطه - بالكسر وتشديد طاء - زميني كه برای بنیاد عمارت گرد او خط كشند و حد پیدا کرده باشند. (م)

مشروع لا يصلح علة^(١) لتحقيق ضرر غيره^(٢).
وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام^(٣): «الشريك^(٤) أحق من الخليط^(٥)
والخليط أحق من الشفيع*»، فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع
والشفيع هو الجار، ولأن الاتصال بالشركة^(٦) في المبيع أقوى؛ لأنه في كل جزء
وبعده الاتصال في الحقوق؛ لأنه شركة في مرافق^(٧) الملك، والترجيح يتحقق بقوة
السبب، ولأن ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً^(٨).
قال^(٩): وليس للشريك في الطريق والشرب، والجار شفعة مع الخليط في
الرقبة؛ لما ذكرنا أنه مقدم.

(١٥) قوله: "وضرر القسمة إلخ" جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل عند بيع أحد
الشريكين، فهو جعل العلة المؤثرة في استحقات الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة، ولم يذكر الجواب عن الاستدلال
بالحديث؛ لأنه في حيز التعارض. (مل)

(١) قوله: "لا يصلح علة إلخ" يعنى أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً، وما وجب شرعاً وصار حقاً
عليه لا يصلح علة؛ لتحقيق ضرر المشتري بتملك ماله بغير رضاه، وإنما المرفوع ضرر ليس بحق عليه شرعاً. (ك)
(٢) وهو التملك على المشتري بغير رضاه.

(٣) قال الشيخ ابن حجر: لم أجده. (سقاية)

(٤) قوله: "الشريك إلخ" قلت: غريب، ذكر ابن الجوزي في "التحقيق" وقال: إنه حديث لا يعرف، وروى ابن
أبي شيبة في "مصنفه" عن شريح قال: الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من الجار، والجار بمن سواه.
وأخرج ابن أبي شيبة عن إبراهيم النخعي قال: الشريك أحق بالشفعة، فإن لم يكن شريك فالجار، والخليط أحق من
الشفيع، والشفيع أحق ممن سواه. (ت)

(٥) قوله: "أحق من الخليط إلخ" أى الشريك راجح في حق الشفعة بالنسبة إلى الخليط؛ فلذا يتقدم على الخليط،
وإن كان للخليط استحقات معه، بخلاف الابن وابن ابن آخر؛ لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فهنا لو أسقط الابن حقه
في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مع وجود الابن، والحاصل أن الشريك حاجب للخليط في الحكم، والابن حاجب
لابن ابن آخر في السبب. (أعظمي)

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٧٦، والدراية ج ٢ الحديث ٨٩٢ ص ٢٠٣. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن الاتصال [دليل عقلي على الترتيب] إلخ" صورة الاجتماع على ما في بعض شروح "الوقاية" أن
يكون دار مشتركة بين رجلين، وفي الدار منزل مشترك بين أحدهما وبين ثالث، وباب الدار في سكة غير نافذة، وعلى
ظهر المنزل دار لرجل وبابه في سكة أخرى، فبإحاطة الشريك في المنزل حصه من المنزل، فالشريك الآخر في المنزل أحق من
الشريك في الدار. والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة؛ لأنه شريك في الطريق الأخص، فإن ساحة الدار يمر
أهل المنزل، فإن سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق؛ لأنه شريك في الطريق الأعم، فإن سلم فالشفعة
حبيثة للجار. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الحلیم أدخله الله دار النعيم)

(٧) منافع.

(٨) لأن القسمة أمر مشروع، كما مر آنفاً.

(٩) أى القدورى. (عينى)

قال: فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق، فإن سلم أخذها الجار^(١)؛ لما بينا من الترتيب، والمراد بهذا^(٢) الجار الملاصق، وهو الذى على ظهر^(٣) الدار المشفوعة، وبابه فى سكة أخرى^(٤). وعن أبى يوسف^(٥) أن مع وجود الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون به^(٦)، ووجه الظاهر: أن السبب^(٧) قد تقرر فى حق الكل، إلا أن للشريك^(٨) حق التقدم، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض^(٩)، والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها، كما فى منزل معين من الدار^(١٠)، أو جدار معين^(١١) منها^(١٢)، وهو مقدم على الجار فى المنزل^(١٣)، وكذا^(١٤) على الجار فى بقية الدار فى أصح الروايتين عن أبى

(١) قوله: "أخذها الجار إلخ" لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالمبيع؛ يمكنه الأخذ إذا سلم الشريك، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. (٤)

(٢) الجار.

(٣) أو جنبها، احترز به عن الجار المقابل. (ك)

(٤) قوله: "وبابه فى سكة أخرى إلخ" احتراز عما إذا كان بابه فى سكة غير نافذة فى هذه الدار. (ك)

(٥) فى غير ظاهر الرواية. (٤)

(٦) فلا فرق إذ ذاك بين الأخذ والتسليم.

(٧) أى الاتصال.

(٨) فى الرقبة.

(٩) قوله: "بمنزلة دين الصحة إلخ" أى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض فى التركة، فإنه إذا أسقط حقهم بالإبراء، كانت التركة لغرماء المرض لديونهم؛ لأن سبب استحقاقهم ثابت. (نهاية)

(١٠) مثل أن يكون فى دار كبيرة بيوت، وفى بيت منها شركة. (٤)

(١١) قوله: "أو جدار معين [أى مع أرضه؛ لأن الشركة فى البناء المحرد لا يوجب الشفعة. ك] إلخ" صورته: أن يكون أرض بين رجلين غير مقسومة، فبنا فى وسط الأرض جداراً، ثم اقتسما الباقي، وامتاز حصه كل منهما عن الآخر، وبقي الجدار وما تحته من الأرض ملصقاً مشتركاً، فإذا باع أحدهما أرضه، فالآخر جار شريك فى بعض المبيع.

أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الجدار، وخطاً خطاً فى وسط الأرض، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا جداراً، فكل منهما جار لصاحبه شريك فى البناء، لا فى الرقبة، كذا فى "الذخيرة"، وبه تبين أن المراد بالشركة فى الجدار أن يكون شركة فى أرضه أيضاً؛ لأن الشركة فى البناء المحرد لا يوجب الشفعة. (سقاية)

(١٢) دار.

(١٣) قوله: "وهو مقدم على الجار إلخ" أى الشريك فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها مقدم على الجار فى المنزل، فى "المغنى": ثم الجار الذى هو مؤخر عن الشريك فى الطريق أن لا يكون شريكاً فى الأرض التى هى تحت الحائط، الذى هو مشترك بينهما، أما إذا كان شريكاً فيه لا يكون مؤخرًا، بل يكون مقدماً.

وصورة ذلك: أن يكون أرض بين اثنين غير مقسومة، بنا فى وسطها حائطاً، ثم اقتسما الباقي، فيكون الحائط وما تحت الحائط من الأرض مشتركاً بينهما، فكان هذا الجار شريكاً فى بعض المبيع، أما إذا اقتسما الأرض قبل بناء الحائط، وخطاً خطاً فى وسطها، ثم أعطى كل واحد منهما شيئاً حتى بنيا حائطاً، فكل واحد منهما جار لصاحبه فى الأرض،

يوسف^(١)؛ لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة^(٢). ثم لا بد أن يكون الطريق، أو الشرب خاصاً، حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه^(٣)، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجرى فيه السفن^(٤)، وما تجرى فيه فهو عام، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان، أو ثلاثة^(٥)، وما زاد على ذلك فهو عام. وإن كانت سكة^(٦) غير نافذة ينشعب منها سكة غير نافذة، وهي^(٧) مستطيلة، فبيعت دار في السفلى^(٨) فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا^(٩)، وإن بيعت^(١٠) في العليا فلأهل السكتين^(١١)، والمعنى^(١٢) ما ذكرنا في كتاب "أدب القاضي"^(١٣)، ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه، فهو على قياس الطريق^(١٤) فيما بيناه^(١٥).

شريك في البناء لا غير، والشريك في البناء لا غير بموجب الشفعة. (ك)

(١٤) أى كما هو مقدم على الجار في المنزل، كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار. (له)

(١) والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار. (م)

(٢) لأن كل الدار واحد.

(٣) أى في الخاص.

(٤) قيل: أريد به أصغر السفن. (ك)

(٥) قوله: "قراحان [أو بستانان أو ثلاثة. ك] إلخ" القراح من الأرض كل قطعة على حالها، ليس فيها شجر ولا بناء، وفي "الذخير": وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون، فهو نهر كبير، وإن كانوا يحصون فهو نهر صغير. لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما لا يحصى وما يحصى، بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة، وبعضهم بمائة، وبعضهم بأربعين، وبعض مشايخنا قالوا: أصح ما قيل فيه أنه مفوض إلى رأى كل مجتهد في زمانه، إن رآهم كثيراً كانوا كثيراً، وإن رآهم قليلاً كانوا قليلاً. (ك)

(٦) مستطيلة.

(٧) الواو حالية.

(٨) المشعبة.

(٩) قوله: "دون أهل العليا إلخ" لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور، وليس لهم أن يفتحوا فيها باباً، فكانت كالمملوكة لأهلها، بخلاف السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها، كانت الشفعة بين أهل السكة الواحدة، وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في الأقصى؛ لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق فيها واحد، فللكل فيها شركة من أول السكة إلى آخرها، إلا أن شركة البعض أكثر، والترجيح لا يقع بالكثرة على ما عرف. (ك)

(١٠) دار.

(١١) لأن لأهل السفلى حق المرور فيها. (كافئ)

(١٢) وجه.

(١٣) قوله: "ما ذكرنا إلخ" وهو قوله لأن فتحه للمرور، ولا حق لهم في المرور، وأصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلزمان، فكل من له ولاية فتح الباب في سكة، فله استحقاق الشفعة في تلك السكة، ومن لا فلا. (ع)

(١٤) قوله: "فهو على قياس إلخ" فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق، فلذلك قال على قياس الطريق،

قال^(١): ولا يكون الرجل بالجدوع على الحائط شفيح شركة، ولكنه شفيح جوار؛ لأن العلة هي الشركة في العقار، وبوضع الجدوع لا يصير شريكا في الدار، إلا أنه جار ملازق.

قال^(٢): والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار^(٣)؛ لما بينا^(٤)،

قال^(٥): وإذا اجتمع الشفعاء، فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا يعتبر اختلاف الأملاك^(٦). وقال الشافعي: هي على مقادير الأنصباء؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا يرى أنها لتكميل منفعتها، فأشبهه الربح^(٧) والغلة^(٨) والولد والثمرة^(٩). ولنا أنهم استروا في سبب الاستحقاق^(١٠)، وهو الاتصال، فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى^(١١) أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة^(١٢)، وهذا آية

يعنى لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لأهل النهر الأصغر، لا لأهل النهر الصغير؛ كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة العظمى. (ك)

(١٥) يعنى قوله فإن كانت سكة غير نافذة إلخ. (٤)

(١) أى المصنف. (عيني)

(٢) أى محمد فى بيع "الجامع". (عيني)

(٣) قوله: "والشريك فى الخشبة إلخ" تاويله إذا كان له حق وضع الخشبة تكون على الحائط من غير أن يملك شيئاً من ربة الحائط؛ لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير، فكان جاراً لا شريكاً. (كافى)

(٤) قوله: "لما بينا إلخ" أن العلة هي الشركة فى العقار، فبالشركة فى الخشبة لا يكون شريكاً فى الدار. (ك)

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) قوله: "ولا يعتبر إلخ" بيانه دار بين ثلاثة: لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الآخران الشفعة، قضى بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي أثلاثاً بقدر ملكهما، وإن باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما أخصاساً، وإن باع صاحب الثلث قضى بينهما أرباعاً، وعندنا قضى بينهما نصفان فى الكل، وكذلك على أصلنا إذا بيعت ولها جاران، جار من ثلاثة جوانب، والآخر من جانب واحد، وطلب الشفعة فهو بينهما نصفان. (ك)

(٧) قوله: "فأشبهه الربح إلخ" فإن الشريكين إذا اشتريا شيئاً بخمسة عشر درهما مثلاً، ولم يشترط شيئاً، ومال أحدهما خمسة ومال الآخر عشرة، ثم باعاه، فربحاً ثلاثة درهم، فالدرهمان لصاحب العشرة، والدرهم الواحد لصاحب الخمسة؛ لأن الربح تبع المال فكان بينهما على قدر رأس مالهما. (ن)

(٨) قوله: "والغلة أى غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً. (عيني) إلخ" - بالفتح - در آمد هر جیبی از جیب و نقود و جز آن و آمد كرايه مكان و مزد غلام و ما حصل زمين. (من)

(٩) قوله: "والولد والثمرة" أى اشبه الولد من الجارية المشتركة، أو البهيمة المشتركة يكون الملك فيه لكل واحد بقدر الملك فى الأم، وكذلك ثمرة النخل المشتركة. (عيني)

(١٠) قوله: "استووا إلخ" وذلك لأن سبب استحقاق الشفعة إما الجوار أو الشركة، وقد استووا فى أصل ذلك؛ فإن صاحب القليل شريك لصاحب الكثير، وجار لاتصال ملكه بالييم كصاحب الكثير. (ن)

(١١) سند على الاستواء.

(١٢) قوله: "استحق كل الشفعة إلخ" يعنى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه، كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل

كمال السبب، وكثرة الاتصال^(١) تؤذن بكثرة العلة^(٢)، والترجيح بقوة في الدليل^(٣) لا بكثرتة^(٤)، ولا قوة ههنا^(٥)؛ لظهور الأخرى بمقابلته، وتملك ملك غيره^(٦) لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه^(٧)، بخلاف الثمرة وأشباهاها^(٨).

ولو أسقط بعضهم حقه^(٩)، فهي للباقي في الكل على عددهم، لأن الانتقاص^(١٠) للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم، وقد انقطعت^(١١)، ولو كان البعض غيباً^(١٢) يقضى بها بين الحضور على عددهم، لأن الغائب لعله لا يطلب^(١٣). وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر^(١٤) يقضى له بالنصف، ولو حضر ثالث، فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية، فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف؛ لأن قضاء القاضى بالكل

بالاتفاق، كما لو باع صاحب القليل كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع؛ لما أن ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة، وإنما اجتمع في حق صاحب الكثير علل، وفي حق صاحب القليل علة واحدة، والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل. ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين، والآخر عشرأ فهما سواء، وكذلك لو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة، وجرحه آخر عشر جراحات، فمات استويا في حكم القتل. (ك)

(١) قوله: "وكثرة الاتصال إلخ" جواب عما يقال: الاتصال سبب الاستحقاق، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً، فأني يتساويان. (عيني)

(٢) لأن الاتصال بكل جزء علة.

(٣) قوله: "والترجيح بقوة في الدليل إلخ" كالشريك يرجع على الجار، وكجز الرقبة مع جرح الآخر؛ فإن حكم القتل يضاف إلى الجار لا إلى الجارح بالاتفاق. (ك)

(٤) قوله: "لا بكثرتة إلخ" لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحاً؛ لأن عند ظهور الترجيح كان المرجوح مدفوعاً بالراجح، وههنا حق صاحب القليل لا يبطل أصلاً، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة. (نهاية)

(٥) كما في الشاهدين وعشرة شهود. (عيني)

(٦) جواب عما قاله الشافعي: من أن الشفعة من مرافق الملك. (عيني)

(٧) قوله: "لا يجعل ثمرة [لأنه لا يتولد من ملكه] إلخ" أي القدرة على التملك لا تعد من ثمرات الملك، كالأب له أن يملك جارية ابنه، ولا يعد من ثمرات ملكه. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف الثمرة وأشباهاها إلخ" فإنها متولدة من العين، فيتولد بقدر الملك، أما تملك ملك غيره فلا يتولد من ملكه، فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد. (ك)

(٩) قوله: "ولو أسقط بعضهم إلخ" يعني وإذا اجتمع الشفعاء وأسقط بعضهم حقه، فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بحقه أو بعده، فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصباهم كما تقدم. (٤)

(١٠) في حق أحد.

(١١) بالتسليم.

(١٢) جمع غائب.

(١٣) فلا يترك حق الحاضرين بالشك.

(١٤) وطلب.

للحاضر يقطع حق الغائب^(١) عن النصف بخلاف ما قبل القضاء .

قال^(٢) : والشفعة تجب بعقد البيع ، ومعناه بعده^(٣) لا أنه هو السبب^(٤) ؛ لأن سببها^(٥) الاتصال على ما بيناه^(٦) . والوجه فيه^(٧) أن الشفعة^(٨) إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار ، والبيع يعرفها^(٩) ، ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه^(١٠) ، حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع^(١١) ، وإن^(١٢) كان المشتري يكذبه .

قال^(١٣) : وتستقر^(١٤) بالإشهاد^(١٥) ، ولا بد من طلب الموائبة^(١٦) ؛ لأنه^(١٧) حق

(١) قوله: " يقطع الخ " لأن القاضى لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه، والمقضى عليه فى قضية لا يصير مقضياً له فيها. (ع)

(٢) فى " المختصر ". (عناية)

(٣) أى ليس الباء للسببية.

(٤) قوله: " لا أنه هو السبب الخ " وقيل البيع هو السبب، بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح؛ لكونه إسقاطاً قبل وجود سببه، وهو البيع، ولو كان السبب الاتصال يصح، وجوابه: أنه إنما لم يصح لفقد شرطه، وهو البيم؛ لأن السبب لا يكون سبباً إلا عند وجود شرطه، كما فى الطلاق المعلق. (زيلعى)

(٥) قوله: " لأن سببها [شفعة] الخ " اعترض عليه بأن سبب ثبوت الشفعة لو كان هو الاتصال، لكان ينبغي أن يبطل الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع، وليس كذلك إجماعاً، وأجيب بأن البيع شرط، فتسليم الشفعة قبله ككفارة اليمين قبل الحنث، فلا يجوز. (سعاية لعطشان الهداية)

(٦) فى مبدأ كتاب الشفعة.

(٧) أى فى الوجوب بعد البيم.

(٨) قوله: " أن الشفعة الخ " يعنى أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار، ورغبته عنه أمر خفى لا يطلع عليه، وله دليل ظاهر، وهو البيع، فيقام مقامه، والحاصل أن الاتصال بالملك سبب، والرغبة عن الملك شرط، والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت فى حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذوه وإن كذبه المشتري.

ونوقض بما إذا باع بشرط الخيار له، أو وهب وسلم؛ فإن الرغبة عنه قد عرفت، وليس للشفيع الشفعة، وأجيب: بأن فى ذلك تردد؛ لبقاء الخيار للبائع، بخلاف الخيار، فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية، فعومل به كما زعمه، والهيئة لا تدل على ذلك، إذ غرض الواهب المكافأة، ولهذا كان له الرجوع، فلا ينقطع عنه حقه بالكلية. (ع)

(٩) الرغبة.

(١٠) بائع.

(١١) لثبوت البيم بإقرار البائع، وإن لم يثبت ملك المشتري. (كافى)

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) القدرورى . (عيني)

(١٤) شفعة.

(١٥) هذا طلب الإشهاد.

(١٦) قوله: " ولا بد من الخ " أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب إلى الموائبة لتلبسه بها. (ع)

(١٧) شفعة.

ضعيف يبطل بالإعراض، فلا بد من الإشهاد^(١) والطلب؛ ليعلم بذلك رغبته^(٢) فيه دون اعراضه عنه، ولأنه^(٣) يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى، ولا يمكنه^(٤) إلا بالإشهاد.

قال^(٥): وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم؛ لأن الملك للمشتري قد تم، فلا يتقل إلى الشفيح إلا بالتراضى أو قضاء القاضى، كما فى الرجوع فى الهبة^(٦).

وتظهر فائدة هذا^(٧) فيما إذا مات الشفيح بعد الطلبين^(٨)، أو باع داره المستحق بها الشفعة، أو بيعت دار بجانب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم^(٩)، أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الأولى^(١٠)، وتبطل شفيعته فى الثانية^(١١)، ولا يستحقها فى الثالثة^(١٢)؛ لانعدام الملك له، ثم قوله^(١٣): تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه^(١٤) إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) أى لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه. (٤)

(٢) شفيح.

(٣) شفيح.

(٤) إثبات.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) فإنه يحتاج إلى التراضى، أو قضاء القاضى.

(٧) قوله: "وتظهر فائدة هذا إلخ" أى فائدة توقف الملك فى الدار المشفوعة بعد الطلبين على تسليم المشتري الدار

إلى الشفيح، أو حكم الحاكم. (ك)

(٨) أى طلب الموائبة وطلب الإشهاد.

(٩) متعلق بالمسائل الثلاث.

(١٠) قوله: "فى الصورة الأولى إلخ" وهى ما إذا مات الشفيح بعد الطلبين؛ لأنه لم يملكها المورث، فكيف تورث

عنه. (نهاية)

(١١) قوله: "فى الثانية إلخ" أى فى الصورة الثانية، وهى ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة؛ لأن سبب الأخذ

بالشفعة اتصال ملك الشفيح بالدار المشفوعة، وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل أن يأخذها، فلم يبق السبب

قبل أن يثبت الحكم، فلا يثبت الحكم. (نهاية)

(١٢) قوله: "ولا يستحقها إلخ" أى لا يستحق الدار التى بيعت بالشفعة فى الصورة الثالثة، وهى ما إذا بيعت دار

بجانب الدار المشفوعة؛ لأنه لم يملك المشفوعة، فكيف يملك بها غيرها، والله أعلم. (نهاية)

(١٣) أى قول القدورى. (٤)

(١٤) فى باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب.

باب (١) طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (٢): وإذا علم الشفيع بالبيع (٣) أشهد في مجلسه (٤) ذلك على المطالبة، اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه، طلب الموائبة (٥)، وهو أن يطلبها كما علم (٦)، حتى لو بلغ الشفيع البيع، ولم يطلب شفيعته بطلت الشفعة؛ لما ذكرنا (٧). ولقوله عليه الصلاة والسلام (٨): «الشفعة لمن واثبها»*، ولو أخبر بكتاب، والشفعة في أوله أو في وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته، وعلى هذا عامة المشايخ، وهو رواية عن محمد. وعنه (٩) أن له مجلس العلم، والروايتان في النوادر، وبالثانية أخذ الكرخي؛ لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل، كما في المخيرة (١٠). ولو قال (١١) بعد ما بلغه البيع: الحمد لله، أو لا حول ولا قوة إلا بالله، أو قال:

(١) قوله: "باب" لما لم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه. (ن)

(٢) أي القدوري: (عيني)

(٣) قوله: "بالبيم إلخ" أي بيم المالك ملكه المتصل بملك الشفيع، بإخبار رجل عدل أو رجلين، أو رجل وامرأتين. (سعاية)

(٤) أي في مجلس العلم.

(٥) قوله: "طلب الموائبة إلخ" سميت به تبركاً بلفظ الحديث: «الشفعة لمن واثبها» أي لمن طلبها على وجه السرعة، والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة؛ لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيئه. (ك)

(٦) قوله: "كما علم إلخ" أي على فور علمه بالبيع من غير توقف، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن، والطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لخفاة الجحود، فينبغي له أن يطلب حتى إذا حلفه المشتري، أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع. وذكر في "شرح" (١٠٠٠٠) "إنما يفرض ذلك، أي يطلب وإن لم يكن عنده أحد؛ لئلا تسقط فيما بينه وبين الله تعالى. (ك)

(٧) قوله: "لما ذكرنا" وهو قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض إلخ، وقال ابن أبي ليلى: إن طلب إلى ثلاثة أيام فله الشفعة، وقال سفيان: له مهلة يوم حين سمع، وقال شريك: هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة. (كفاية)

(٨) قوله: "ولقوله عليه السلام" «الشفعة لمن واثبها» قلت غريب، وأخرجه عبد الرزاق في "مصنفه" من قول شريح: إنما الشفعة لمن واثبها. (ت)

قوله: "ولقوله عليه السلام إلخ" قال الشيخ ابن حجر: لم أجده، وقال العيني: هذا ليس بحديث، نعم، قد روى ابن ماجه مرفوعاً الشفعة كحل العقال، وقال في المناقب: أي البعير إذا حل عقاله، ولم يؤخذ من ساعته ذهب. (سعاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٦، والدراية ج ١٢ الحديث ٨٩٣ ص ٢٠٣. (نعيم)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "كما في المخيرة إلخ" فإن لها الخيار ما دامت في مجلسها، والجامع حاجة الرأي والتأمل، ولأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل، ولو أوجب البائم له ذلك بإيجاب البيم، كان له خيار القبول مادام في مجلسه، فهذا مثله. (ن)

(١١) قوله: "ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله إلى قوله لا تبطل شفيعته" ذكر هذا تقريراً على مسألة القدوري: "عيني" هذا على رواية أن له مجلس العلم. (كفاية)

سبحان الله، لا تبطل شفيعته؛ لأن الأول حمد على الخلاص من جواره^(١)، والثاني تعجب منه لقصد إضراره^(٢)، والثالث لافتتاح كلامه^(٣)، فلا يدل شيء منه على الإعراض. وكذا^(٤) إذا قال: من ابتاعها وبكم بيعت؛ لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن، ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض، والمراد بقوله في الكتاب^(٥) "أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة" طلب الموائبة والإشهاد فيه ليس بلازم، إنما هو لنفى التجاحد^(٦). والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة، كما لو قال: طلبت الشفعة، أو أطلبها، أو أنا طالبها؛ لأن الاعتبار للمعنى^(٧).

وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان، أو رجل وامرأتان، أو واحد عدل عند أبي حنيفة. وقالوا: يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد، حراً كان أو عبداً، صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً^(٨)، وأصل الاختلاف في عزل الوكيل، وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم^(٩)، وهذا بخلاف المخيرة^(١٠) إذا أخبرت عنده^(١١)؛ لأنه ليس فيه إلزام حكم^(١٢)، وبخلاف ما إذا أخبره

(١) البائم، أى من سوء جواره مع الأمن من الضرر الدخيل بالشفعة. (كافى)

(٢) أى إضرار البائم للشفيع.

(٣) كما هو عرف بعض الناس. (كافى)

(٤) أى ليس هذا إعراضاً.

(٥) أى القدورى.

(٦) قوله: "إنما هو لنفى التجاحد إلخ" يعنى ربما يجحد الخصم، فيحتاج إلى الشهود، وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لإثبات الحق، وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة، والإشهاد فى ذلك ليس بشرط. (عناية)

(٧) قوله: "لأن الاعتبار للمعنى" ظاهر قوله طلبت الشفعة إخبار عن الطلب فى الزمان الماضى، وإنه كذب، والكذب لا عبرة به، فكأنه لم يطلب، وكذا إذا قال: أطلبها؛ لأنه عدة، إلا أنه فى العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال، لا الخبر عن أمر ماض أو مستقبل. (ك)

(٨) أى فى ظنه.

(٩) قوله: "وقد ذكرناه إلخ" إشارة إلى ما ذكره فى آخر فصل القضاء بالمواريث، وهو من فصول "كتاب أدب القاضى"، وأراد بأخواته المولى إذا أخبر بجناية عبده، والشفيع، والبكر، والمسلم الذى لم يهاجر إليها. (٤)

(١٠) قوله: "وهذا بخلاف المخيرة إلخ" يعنى أن المخبر إذا أخبر المرأة أن زوجها خيرا فى نفسها، صارت مخيرة، سواء كان المخبر عدلاً أو غير عدل، حتى لو أختارت نفسها فى مجلسها يقع الطلاق وإلا فلا، ولا يشترط فى المخبر أحد شرطى الشهادة، بخلاف الشفيع حيث شرط فيه أبو حنيفة أحد شرطى الشهادة، وهو العدد والعدالة. (ن)

(١١) أى عند أبى حنيفة. (نهاية)

(١٢) قوله: ليس فيه إلزام حكم إلخ" بل هو إبقاء ما كان على ما كان، وفى حق الشفيع إلزام، حيث يلزمه سوء ضرر الجوار.

المشتري^(١)؛ لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم.
والثاني طلب التقرير والإشهاد، لأنه^(٢) محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا^(٣)، ولا يمكنه الإشهاد^(٤) ظاهراً على طلب الموائبة؛ لأنه على فور العلم بالشراء، فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير، وبيانه^(٥) ما قال في الكتاب^(٦).

ثم ينهض^(٧) منه يعنى من المجلس، ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده، معناه لم يسلم إلى المشتري، أو على المبتاع^(٨) أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا؛ لأن كل واحد منهما^(٩) خصم فيه؛ لأن للأول اليد وللثاني الملك.
وكذا يصح الإشهاد عند المبيع؛ لأن الحق متعلق به، فإن سلم البائع المبيع^(١٠) لم يصح الإشهاد عليه^(١١)؛ لخروجه^(١٢) من أن يكون خصماً؛ إذ لا يده له ولا ملك، فصار كالأجنبي. وصورة هذا الطلب أن يقول^(١٣): إن فلانا اشتري هذه الدار، وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن، فاشهدوا على ذلك.
وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديدته؛ لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم، والثالث: طلب الخصومة والتملك، وسنذكر كيفيته^(١٤) من بعد إن شاء

(١) قوله: "وبخلاف ما إذا أخبره الخ" حيث لا يشترط في المشتري أيضاً أحد شرطى الشهادة، يعنى أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري، وقال للشفيع: قد اشتريت دار فلان، فلم يطلب الشفيع الشفعة، بطلت شفعته، وإن لم يكن المشتري عدلاً؛ لأن المشتري خصم في هذا، والعدالة في الخصوم ليس بشرط. (مل)

(٢) شفيح.

(٣) قبيل هذا الباب.

(٤) قوله: "ولا يمكنه [شفيع] الإشهاد الخ" حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب الموائبة، بأن بلغه البيع بحضرة الشهود، والمشتري أو البائم حاضر، أو كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلين. (زيلعي)

(٥) أى بيان هذا الطلب.

(٦) أى القدرى.

(٧) أى يقوم. (ك)

(٨) قوله: "أو على المبتاع الخ" أى المشتري أطلق هذا، ولم يقيد بكون الدار في يد المشتري؛ لأن هذا لا يتفاوت، فإن الطلب عند المشتري صحيح، سواء كانت الدار في يد المشتري، أو في يد البائم، هذا كله من "الذخيرة". (ن)

(٩) البائم والمشتري.

(١٠) إلى المشتري.

(١١) قوله: "لم يصح الإشهاد عليه الخ" كذا ذكره القدرى والناطفى، وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحساناً. (ت)

(١٢) البائم.

(١٣) الشفيح.

الله تعالى .

قال^(١) : ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب^(٢) عند أبي حنيفة ، وهو رواية عن أبي يوسف . وقال محمد : إن تركها^(٣) شهراً بعد الإشهاد^(٤) بطلت ، وهو قول زفر ، معناه^(٥) إذا تركها^(٦) من غير عذر . وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضى تبطل شفעתه ؛ لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً ، دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد : إنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري ؛ لأنه لا يمكنه التصرف^(٧) حذار نقضه من جهة الشفيع ، فقد رناه بشهر ؛ لأنه أجل ، وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان^(٨) . ووجه قول أبي حنيفة : وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ، أن الحق متى ثبت ، واستقر^(٩) لا يسقط إلا بإسقاطه ، وهو التصريح بلسانه ، كما في سائر الحقوق^(١٠) . وما ذكر من الضرر^(١١) يشك^(١٢) بما إذا كان^(١٣) غائباً ، ولا فرق في حق المشتري

(١٤) عن قريب في هذا الباب .

(١) أي القدوري . (عيني)

(٢) يريد به الطلب الثالث ، وهو طلب الخصومة . (٤)

(٣) قوله : " إن تركها شهراً إلخ " قال شيخ الإسلام : الفتوى اليوم على هذا ، لتغير أحوال الناس في الإضرار

بالغير . (زيلعي)

(٤) قوله : " شهراً إلخ " ورواية ثلاثة أيام ؛ لأنها هي التي ضريت لإبلاء الأعداء كما هال الخصم للدفع . (ت)

(٥) قوله : " معناه إذا إلخ " وإنما قال معناه إذا تركها من غير عذر ؛ لأنهم أجمعوا على أنه إذا تركه بمرض أو حبس

أو غير ذلك ، ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفעתه ، وإن طالت المدة . (٤)

(٦) شفعة .

(٧) بالبناء وغيره .

(٨) قوله : " في الأيمان إلخ " قال في باب اليمين في تقاضى الدراهم ، ما دون الشهر يعد قريباً ، والشهر وما زاد

عليه يعد بعيداً ، ولهذا يقال : عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر .

(٩) بالإشهاد .

(١٠) فإنها بعد الثبوت لا تسقط إلا بالإسقاط .

(١١) قوله : " وما ذكر من الضرر إلخ " جواب عن قول محمد يعني أن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفעתه بتأخير

هذا الطلب بالاتفاق ، ولا فرق في حق المشتري بين الحاضر والسفر في لزوم الضرر ، فكما لا تبطل وهو غائب ، لا تبطل

وهو حاضر . (عناية)

(١٢) قوله : " يشك إلخ " فإن قيل لا يشك ؛ لأن حالة الغيبة إنما لا تبطل دفعاً لضرر الشفيع ، ودفع ضرر الشفيع

مقدم على ضرر المشتري ، وفيما إذا كان حاضراً لا يتحقق ضرر الشفيع ؛ لتمكنه من الأخذ ، قلنا : لما لم تبطل شفעתه

حالة الغيبة رعاية لحقه ، وهو ضعيف ، وعسى أن لا يطلب الشفعة ، فهنا قد تقوى حقه وتقرر بالطلبين فلأن لا تبطل

بالطريق الأولى . (ك)

بين الحضر والسفر^(١). ولو علم أنه لم يكن في البلدة قاضي لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق؛ لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً.

قال^(٢): وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي^(٣)، فادعى الشراء^(٤) وطلب الشفعة،

سأل القاضي المدعى عليه، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به^(٥)، وإلا كلفه بإقامة البينة^(٦)؛ لأن اليد ظاهر محتمل، فلا تكفي لإثبات الاستحقاق.

قال^(٧): يسأل القاضي المدعى^(٨) قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع

الدار وحدودها؛ لأنه ادعى حقا فيها، فصار كما إذا ادعى رقبته^(٩)، وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها^(١٠)، فإن قال: أنا شفيعها^(١١) بدار لي

(١٣) الشفيع.

(١) قوله: "ولا فرق إلخ" أى لا فرق في لزوم الضرر على المشتري من أن يكون الشفيع حاضرا أو غائبا، ثم لا يعتبر الضرر فيما إذا كان غائبا حيث لم يبطل حق الشفعة بتأخير هذا الطلب، وهو طلب الخصومة فيما إذا كان غائبا بالاتفاق، فيجب أن لا يبطل أيضاً فيما إذا كان الشفيع حاضرا، وأخر طلب الخصومة. (نهاية)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "وإذا تقدم الشفيع إلخ" هذا كيفية طلب الخصومة التى كان وعدها قبل هذا، فادعى الشراء وطلب

الشفعة. (نهاية)

(٤) قوله: "فادعى الشراء إلخ" وصورة ذلك أن يقول الشفيع للقاضي، أن فلانا اشتري دارا، وبين مصرها ومحلها وحدودها، وأنا شفيعها بدار لي، وبين حدودها، فمره بتسليمها إلى، وإنما بين هذه الأشياء؛ لأن الدعوى إنما تصح في المعلوم، وإعلام المقار بهذه الأشياء. (نهاية)

(٥) فيها.

(٦) قوبه: "وإلا كلفه إلخ" أى إن أنكر أن يكون شفيعها، بأن كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار، والمدعى عليه أنكروا أن تكون الدار بجانب الدار المشتراة، وأن تكون الدار التى بجانب الدار المشتراة ملك المدعى، فالقول قوله، وإن كانت تلك الدار في يد المدعى. وعلى المدعى أن يقيم البينة على أن تلك الدار ملكه؛ لأن اليد محتملة، يحتمل أن يكون يد ملك، ويحتمل أن تكون يد إجارة أو عارية، والمحتمل لا يصلح حجة، وأقصى ما فيه، أن الظاهر أن يده يد ملك، ولكن الظاهر يكفى لإبقاء ما كان على ما كان، ولا يكفى لاستحقاق أمر لم يكن، وحاجة الشفيع إلى الاستحقاق على المشتري، والظاهر لا يكفى لذلك. (نهاية)

(٧) المصنف. (عينى)

(٨) شفيع.

(٩) دار.

(١٠) قوله: "لاختلاف أسبابها إلخ" فإن بعضهم قالوا: تثبت الشفعة للجار المقابل، وهو قول شريح ذكره في "الميسوط" إذا كان أقرب بابا، وعندنا الشفعة على مراتب، فلا بد أن يبين سببها؛ لينظر القاضي أن ما زعمه سببا هل هو سبب، وبعد أن يكرن سببا هل هو محجوب بغيره. (نهاية)

(١١) قوله: "فإن قال أنا إلخ" أى بين سببا صالحا، ولم يكن محجوبا بغيره، سأله أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك، فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذى أشهد عليه أقرب من غيره أم لا، فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشيء من

تلاصقها الآن، تم دعواه على ما قاله الخصاص، وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً، وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد^(١).

قال^(٢): فإن عجز عن البينة استحلف^(٣) المشتري بالله^(٤) ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به، معناه بطلب الشفيع^(٥)؛ لأنه ادعى عليه معنى^(٦)، لو أقر به لزمه، ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم^(٧).

فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها، وثبت الجوار، فبعد ذلك سأله القاضي، يعنى المدعى عليه، هل ابتاع أم لا؟ فإن أنكر الابتاع قيل للشفيع: أقم البينة؛ لأن الشفة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة.

قال^(٨): فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع، أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره، فهذا^(٩) على الحاصل، والأول على السبب، وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله^(١٠)، وإنما يحلفه على البتات؛ لأنه استحلاف على فعل نفسه، وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات.

قال^(١١): وتجوز المنازعة في الشفعة وإن^(١٢) لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس

شروطه، أتم دعواه وأقبل على المدعى عليه. (زيلعي)

(١) قوله: "بالتجنيس [هما معاً اسم كتاب واحد في الفتاوى للمصنف. ن] إلخ" فيه بيان ما استنبطه المتأخرون، ولم ينص عليه المتقدمون. (كشف الظنون)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) القاضي.

(٤) وكان المدعى عليه المشتري، وكان المبيع في يده.

(٥) متعلق باستحلف.

(٦) فإذا انكره لزم اليمين. (٦)

(٧) قوله: "فيحلف على العلم إلخ" هذا قول أبي يوسف، وعن محمد يحلف على البتات؛ لأن المدعى يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب، وصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء أو غيره، وهو ينكره، وهناك يحلف على البتات، كذا ههنا. (ك)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) أي الحلف الثاني حلف على الحاصل.

(١٠) قوله: وذكرنا الاختلاف إلخ" وهو ما ذكره في فصل كيفية اليمين والاستحلاف من كتاب الدعوى، بقوله "فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه" إلى ما قال: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب. (ك)

(١١) أي القدوري. (عيني)

القاضي، فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن؛ وهذا ظاهر رواية "الأصل"^(١). وعن محمد أنه لا يقضى^(٢) حتى يحضر الشفيع الثمن، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأن الشفيع عساه يكون مفلساً، فيتوقف القضاء على إحضاره^(٣) حتى لا يتوى^(٤) مال المشتري. وجه الظاهر^(٥) أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء^(٦)، ولهذا لا يشترط تسليمه^(٧)، فكذا لا يشترط إحضاره^(٨).

وإذا قضى له^(٩) بالدار، فللمشتري أن يحبس حتى يستوفى الثمن، وينفذ القضاء عند محمد أيضاً^(١٠)؛ لأنه فصل مجتهد فيه^(١١)، ووجب عليه الثمن فيحبس فيه^(١٢)، فلو أخرج^(١٣) أداء الثمن بعد ما قال^(١٤) له: ادفع الثمن إليه لا تبطل شفيعته؛ لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي.

قال^(١٥): وإن أحضر^(١٦) الشفيع البائع والمبيع في يده، فله أن يخاصمه في

(١٢) الواو وصلية.

(١) قوله: "وهذا ظاهر رواية الأصل [مبسوط] إلخ" إنما قال هذا ظاهر رواية الأصل، ولم يقل هذا رواية الأصل؛ لأنه لم يصرح في الأصل هكذا، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن؛ لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار، حتى يستوفى الثمن منه، أو من ورثته إن مات. (٤)

(٢) بالشفعة.

(٣) ثمن.

(٤) أى لا يهلك.

(٥) أى ظاهر الرواية.

(٦) قوله: "إنه لا ثمن له عليه إلخ" يعنى لا ثمن للمشتري على الشفيع قبل قضاء القاضي بالشفعة للشفيع، فكيف يطلب المشتري الثمن من الشفيع قبل الوجوب، فلا بد من قضاء القاضي له بالشفعة، حتى يتمكن المشتري من مطالبة الثمن عن الشفيع، إلى هذا أشار في "المبسوط". (نهاية)

(٧) أى تسليم الثمن قبل القضاء.

(٨) ثمن.

(٩) أى للشفيع.

(١٠) وإن كان عنده أنه لا يقضى حتى يحضر الثمن.

(١١) قوله: "لأنه فصل إلخ" يعنى أن عند محمد لا يقضى بالشفعة قبل إحضار الثمن، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ينفذ القضاء عنده أيضاً؛ لوقوعه في محل مجتهد فيه. (مل)

(١٢) قوله: "فيحبس إلخ" أى يحبس المبيع في يد المشتري، حتى يأخذ الثمن. (نهاية)

(١٣) الشفيع.

(١٤) القاضي.

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) إلى الحاكم. (٤)

الشفعة؛ لأن اليد له^(١) وهي يد مستحقة، ولا يسمع القاضى البينة^(٢) حتى يحضر المشتري، فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع، ويجعل العهدة عليه؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والقاضى يقضى بهما^(٣) للشفيع، فلا بد من حضورهما^(٤). بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع؛ لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك.

وقوله: "يفسخ البيع بمشهد منه" إشارة إلى علة أخرى^(٥)، وهي أن البيع فى حق المشتري إذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه، ثم وجه هذا الفسخ المذكور^(٦) أن يفسخ فى حق الإضافة^(٧)؛ لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة^(٨)، وهو يوجب الفسخ، إلا أنه يبقى^(٩) أصل البيع^(١٠) لتعذر انفساخه؛ لأن

(١) قوله: "لأن اليد له الخ" وهي يد مستحقة أى معتبرة، كيد المالك، ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفى الثمن، ولو هلك فى يده هلك من ماله، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستجير، ومن له يد كذلك، فهو خصم من ادعى عليه. (عناية)

(٢) على البائم. (عناية)

(٣) أى باليد والملك.

(٤) أى حضور البائم والمشتري.

(٥) قوله: إلى علة أخرى الخ" فيكون اشتراط حضور المشتري معلولا بعلتين، بعله أنه يصير مقضياً عليه فى حق الملك؛ لأنه ذكر قبل هذا بقوله؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والقاضى يقضى بهما للشفيع، فلا بد من حضورهما، وبعله أنه يصير مقضياً عليه فى حق الفسخ، كما ذكره ههنا بقوله ليقضى بالفسخ عليه، والقضاء على الغائب لا يجوز ملكاً أو فسحاً، فلا بد من حضوره. (ن)

(٦) وهو قوله فيفسخ البيع بمشهد منه.

(٧) قوله: "أن يفسخ فى حق الإضافة الخ" أى إضافة العقد إلى المشتري، فكأنه جدد العقد وأضافه إلى الشفيع، فكان البائع باعها من الشفيع. فإن قيل: فعلى هذا لا يكون أخذاً بالشفعة، بل بالشراء من البائع، ولهذا يرجع بالمهددة عليه، قلنا: نعم! لكنه يسمى أخذاً بالشفعة نظراً إلى الظاهر. (أعظمى)

قوله: "فى حق الإضافة الخ" فإن قول البائع للمشتري "بعث" إيجاب للبائع، وقوله منك إضافة إليه، فإذا أخذ الشفيع بالشفعة كان ذلك البيع أضيف إلى الشفيع، بعد أن كان مضافاً إلى المشتري، فينتقض البيع فى حق الإضافة، لأنه ينتقض أصل العقد، كما إذا رمى سهماً إلى إنسان فتقدم عليه غيره، فأصابه، فالرمى فى نفسه لم يتبدل، ولكن الإرسال والتوجيه على الأول، قد انقطع بتخلل هذا الثانى، فخرج من أن يكون مقصوداً بالرمى، فكذا ههنا تحولت الصفقة إليه، كان العقد من الابتداء وقم معه. (كافى)

(٨) قوله: "لامتناع الخ" تعليل لقوله أن يفسخ فى حق الإضافة، يعنى ينتفى قبض المشتري بسبب أخذ الشفيع الدار من البائع لا محالة، فلما انتفى قبضه وجب القول بالفسخ؛ لكنه لم يمكن الفسخ من الأصل، لتلا تعذر الشفعة، فقيل بالانفساخ من حيث الإضافة. (عن)

(٩) قوله: "إلا أنه يبقى الخ" أى ليس المراد أنه ينتقض البيع أصلاً؛ لأنه لو انفسخ من الأصل لم يكن للشفعة وجود؛ لأن الشفعة تقتضى سابقة وجود البيع. (عن)

الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ، ويصير كأنه هو المشتري منه ، فلهذا يرجع بالعهد على البائع^(١) . بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه ؛ لأنه تم ملكه بالقبض ، وفي الوجه الأول^(٢) امتنع قبض المشتري ، وإنه^(٣) يوجب الفسخ ، وقد طولنا الكلام فيه في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى . قال^(٤) : ومن اشترى داراً لغيره ، فهو الخصم للشفيع ؛ لأنه هو العاقد ، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد ، فيتوجه عليه .

قال^(٥) : إلا أن يسلمها إلى الموكل ؛ لأنه لم يبق له يد ولا ملك ، فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا ؛ لأن الوكيل كالبائع من الموكل^(٦) على ما عرف ، فتسليمه^(٧) إليه^(٨) كتسليم البائع إلى المشتري ، فتصير الخصومة معه^(٩) . إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل^(١٠) ، فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم^(١١) ، وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب ، فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده ؛ لأنه عاقد ، وكذا^(١٢) إذا كان البائع وصياً لميت^(١٣) فيما يجوز بيعه^(١٤) ؛ لما ذكرنا^(١٥) .

(١٠) الذي صدر من البائع .

- (١) قوله : " فلهذا إلخ " أى فلتحول الصفقة إليه يرجع بالعهد على البائع ؛ لأنه تابع كما كان ، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري . (٦)
- (٢) أى فيما إذا كان فى يد البائع .
- (٣) أى أن امتناع قبض المشتري .
- (٤) أى القدورى . (عيني)
- (٥) أى القدورى . (عيني)
- (٦) لأنه يجرى بينهما مبادلة حكمية كما عرف .
- (٧) وكيلى .
- (٨) موكل .
- (٩) موكل .

(١٠) قوله : " إلا أنه [وكيل] مع ذلك إلخ " فإن قيل لو كان الوكيل كالبائع ، والموكل كالمشتري يشترط حضورهما ، كما شرط ثمة . قلنا : أنه نائب عن الموكل ، فكان حضوره كحضور الموكل فى الخصومة قبل التسليم ، بخلاف البائع مع المشتري ، فإنه لا يكتفى بحضوره البائع حتى يحضر المشتري ؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري . (كافى)

(١١) قوله : " فيكتفى بحضوره [وكيل] إلخ " أى بخلاف البائع مع المشتري ، فإنه لا يكتفى بحضوره البائع ، حتى يحضر المشتري ؛ لأن البائع ليس بنائب عن المشتري ، وكان هذا جواب لسؤال يرد على قوله ، وهذا لأن إلخ ، وهو أن يقال لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثمة ، فأجاب بأن الوكيل مع ذلك قائم مقام الموكل ، فيكتفى بحضوره قبل التسليم إلى الموكل . (كفاية)

(١٢) أى يكون الخصم للشفيع هو الوصى .

(١٣) قوله : " إذا كان البائع وصياً لميت " فيما يجوز بيعه قيد به ؛ لأنه لا يجوز بيع الوصى ولا شرته ، إلا بما يتغابن

قال^(١): وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رأها، فله خيار الروية، وإن وجد بها عيباً، فله أن يردّها، وإن^(٢) كان المشتري شرط البرائة منه^(٣)؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء. ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال، فيثبت فيه الخياران^(٤)، كما فى الشراء، ولا يسقط^(٥) بشرط البرائة من المشتري، ولا برؤيته^(٦)؛ لأنه^(٧) ليس بنائب عنه، فلا يملك^(٨) إسقاطه.

فصل فى الاختلاف^(٩)

قال^(١٠): وإن اختلف الشفيع والمشتري فى الثمن، فالقول قول المشتري؛ لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه^(١١) عند نقد الأقل، وهو^(١٢) ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان؛ لأن الشفيع إن كان يدعى عليه^(١٣) استحقاق الدار^(١٤)، فالمشتري لا يدعى عليه^(١٥) شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ، ولا نص ههنا^(١٦)، فلا

الناس، فلا يجوز فيما لا يتغابن الناس فى مثله؛ لأن ولاية الوصى نظرية، ولا نظر فى الغبن الفاحش، فلا يجوز ذلك. (ن)
(١٤) قوله: "فيما يجوز بيعه إلخ" ذكر فى الباب الأول من شفعة "الميسوط"، البائع إذا كان وصياً للميت، إلا أن الورثة كبار كلهم، وليس على الميت دين، ولم يوص بشيء يباع فيه الدار، لم يجز بيع الوصى؛ لأن الملك للورثة، وهم متمكنون من النظر لأنفسهم، وإن كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصى فى الدار جميعاً. وكذلك إن كان عليه دين، أو أوصى بوصية من ثمن الدار وهو استحسان، ذهب إليه أبو حنيفة، وفى القياس لا يجوز بيعه، إلا فى نصيب الصغير خاصة، أو بقدر الدين والوصية، ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة إذا كانت فى يده. (ك)

(١٥) من أنه هو العاقد.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الواو وصلية.

(٣) عيب.

(٤) أى خيار الروية وخيار العيب.

(٥) الخيار.

(٦) المشتري.

(٧) مشتري.

(٨) المشتري.

(٩) قوله: "فصل فى الاختلاف إلخ" لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري فى الثمن، وهو الأصل، شرع

فى بيان مسائل الاختلاف بينهما فيه. (ن)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مشتري.

(١٢) مشتري.

(١٣) مشتري.

(١٤) عند نقد أقل الثمنين.

يتحالفان. قال^(١): ولو أقاما البينة، فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البينة بينة المشتري؛ لأنها أكثر إثباتاً، فصار كبينة البائع^(٢)، والوكيل^(٣)، والمشتري^(٤) من العدو^(٥). ولهما أنه لا تنافى بينهما^(٦)، فيجعل^(٧) كأن الموجود يبعان^(٨)، وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء، وهذا بخلاف البائع مع المشتري^(٩)؛ لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول.

وههنا الفسخ^(١٠) لا يظهر في حق الشفيع، وهو التخريج لبينة الوكيل؛ لأنه كالبايع والموكل^(١١) كالمشتري منه، كيف^(١٢)؟ وإنها^(١٣) ممنوعة على ما روى عن

(١٥) لأنه لا يجب له على الشفيع شيء، حتى يحلف الشفيع. (نهاية)

(١٦) قوله: "ولا نص ههنا إلخ" إنما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار من الطرفين هناك، فوجب اليمين لذلك في الطرفين، ولم يوجد الإنكار ههنا في طرف الشفيع، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص، فلذلك لم يجب التحالف ههنا، وإن كان الشفيع والمشتري بمنزلة البائع والمشتري، ولكن لمعنى فارق بينهما، لم يكن ورود النص بالتحالف هناك بمنزلة ورود ههنا. (ن)

(١) أي القدوري. (عينى)

(٢) قوله: "كبينة البائع إلخ" أى مع المشتري، يعنى لو اختلف البائع والمشتري فى مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة البائع؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٣) قوله: "والوكيل إلخ" أى كبينة الوكيل مع بينة الموكل، فإن الوكيل بالشراء مع الموكل إذا اختلفا فى مقدار الثمن، وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل؛ لأنها تثبت الزيادة. (ك)

(٤) قوله: "والمشتري من العدو إلخ" أى وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم، فإن المشتري من العدو الحربى مع المولى القديم إذا اختلفا فى ثمن المأثور، وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو، لما فيه من إثبات الزيادة. (ن)

(٥) قوله: "من العدو" صورته أن است كه مسلمانى براى تجارت داخل دار حرب بامان كافر گرديد، وخریده آورد بنده زيد را مثلاً از دست كافرى كه بغاوت برده بود بدار حرب وخواست مالك قديم اعنى زيد كه بنده خود را از آن مرد تاجر بيهائى كه او خریده است بآن بگيرد واختلف واقع شد ميان زيد وآن مرد تاجر در مقدار بهائى آن وهر دو بينه آوردند برمدعاى خویش پس معتبر بينه تاجر است كه اثبات زياده ميكند. (ترجمه)

(٦) قوله: "أنه لا تنافى بينهما إلخ" أى بين البيئتين فى حق الشفيع؛ لجواز تحقق البيعين مرة بألف، وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيئتان، وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر فى حق الشفيع لتأكد حقه، فجاز أن يجعلوا موجودين فى حقه، وله أن يأخذ بأيهما شاء. (ع)

(٧) يعنى يجعل فى حق الشفيع كان الشرائين ثابتان. (كافى)

(٨) ولو اشترى مرتين، مرة بألف ومرة بألفين، كان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء. (كافى)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف البائع إلخ" فإن العمل بالبيئتين ثمه غير ممكن، فالعقد الثانى لا يتصور إلا بانفساخ الأول فى حقهما، فصرنا إلى الترجيح بالزيادة، وههنا الفسخ لا يتصور فى حق الشفيع، فأمكن اعتبار البيعين فى حقه، فلا يصار إلى الترجيح. (كافى)

(١٠) فإن الفسخ يكون بين العاقدين، والشفيع ثالثهما.

(١١) فلا يمكن توالى العقدتين بينهما إلا بانفساخ الأول، فتعذر التوفيق. (عناية)

(١٢) أى كيف يصح القياس.

محمد^(١). وأما المشتري^(٢) من العدو، فقلنا: ذكر في "السير الكبير" أن البينة بينة^(٣) المالك القديم فلنا: أن نمنع، وبعد التسليم^(٤) نقول: لا يصح الثاني هنالك إلا بفسخ الأول، أما ههنا فبخلافه؛ ولأن بينة الشفيع ملزمة^(٥) وبينة المشتري غير ملزمة، والبيئات للإلزام.

قال^(٦): وإذا ادعى المشتري ثمننا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن، أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري؛ وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى^(٧)؛ ولأن التملك على البائع بإيجابه^(٨)، فكان القول قوله^(٩) في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته، فيأخذ الشفيع بقوله^(١٠).

قال: ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان^(١١) ويترادان^(١٢)، وأيهما نكل ظهر أن

(١٣) الواو حالية.

(١) قوله: "على ما روى عن محمد إلخ" فإن ابن سماعه روى عن محمد أن البينة بينة الموكل؛ لأن الوكيل صدر منه إقراران بحسب ما يوجب البيئتان، فكان للموكل أن يأخذ بأيهما شاء، فأما في ظاهر الرواية فقلنا: الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري، ولهذا يجرى التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن. (ك)

(٢) أي المشتري من العدد والمالك القديم إذا اختلفا.

(٣) لأنها ملزمة. (زيلعي)

(٤) أي لئن سلمنا أن البينة للمشتري، فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذ لا يصح إلخ. (٤)

(٥) قوله: "ولأن بينة إلخ" ما مر كان طريقة لأبي حنيفة في هذه المسألة، حكاه محمد، وهذه طريقة ثانية حكاه أبو يوسف، وبيانه أنه إذا قبلت بينة الشفيع، وجب على المشتري تسليم الدار إليه بألف، شاء أو أبى، وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء، ولكنه يتخير إن شاء أخذ وإن شاء ترك؛ والملمز من البيئتين مرجح، وبه فارق بينة البائع مع المشتري؛ لأن كل واحد من البيئتين هناك ملزمة. وكذلك بينة الوكيل مع الموكل، وكل واحد منهما ملزمة، فلذا صرنا إلى الترجيح بالزيادة، وفي مسألة المشتري من العدو على هذه الطريقة، البينة بينة المولى القديم؛ لأنها ملزمة، وبينة المشتري غير ملزمة، كذا في الباب الأول من شفعة المبسوط. (ك)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) في مبدأ الفصل الآتي.

(٨) قوله: "ولأن التملك [أي تملك الشفيع] إلخ" هذا وجه آخر، وإنما كان التملك على البائع بإيجابه؛ لأنه لو لم يقل "بعث" لا يثبت للشفيع شيء، ألا يرى أنه لو أقر بالبيع وأنكره المشتري يثبت له حق الأخذ. (عناية)

(٩) بائع.

(١٠) بائع.

(١١) البائع والمشتري إن لم يكن بينة.

(١٢) للحديث المعروف. (٤)

الثلث ما يقوله الآخر، فيأخذها الشفيع بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضى البيع على ما عرف^(١)، ويأخذها الشفيع بقول البائع؛ لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع^(٢). قال^(٣): وإن كان^(٤) قبض الثمن أخذ^(٥) بما قال المشتري إن شاء، ولم يلتفت إلى قول البائع؛ لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد، وخرج هو من البين، وصار هو كالأجنبي، وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع، وقد بيناه^(٦). ولو كان نقد الثمن غير ظاهر^(٧)، فقال البائع: بعث الدار بألف، وقبضت الثمن، يأخذها الشفيع بألف؛ لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع، تعلقت الشفعة به^(٨)، فبقوله بعد ذلك: قبضت الثمن يريد إسقاط^(٩) حق الشفيع^(١٠)، فيرد عليه^(١١)، ولو قال: قبضت الثمن، وهو ألف لم يلتفت إلى قوله^(١٢)؛ لأن بالأول - وهو الإقرار بقبض الثمن - خرج من البين، وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع^(١٣)

قال^(١٤): وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن^(١٥) يسقط ذلك عن الشفيع،

(١) سابقاً.

(٢) قوله: "لأن فسخ البيع [كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض. كافي] إلخ" يعنى أن الفسخ وإن كان بالقضاء لا يظهر فى حق الشفيع؛ لأن القاضى نصب ناظرًا للمسلمين لا مبطلاً لحقوقهم، ولأن الفسخ مقرر لحق الشفيع لا رافع، ولهذا يفسخ العقد الذى جرى بين البائع والمشتري بالأخذ بالشفعة. (ك)

(٣) أى القدورى. (عيني).

(٤) بائع.

(٥) الشفيع.

(٦) عن قريب بقوله: "وإن اختلف الشفيع والمشتري إلخ.

(٧) أى غير معلوم، والمسألة بحالها.

(٨) قوله: "تعلقت الشفعة به [أى بالبيع بذلك المقدار. ع] إلخ" لأنه أخبر عن الثمن فى حال له ولاية البيان، فبنى الحكم عليه، ثم بقوله قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فى الأخذ بما قاله فيرد عليه، بخلاف ما إذا أقر باستيفاء الثمن أولاً؛ لأنه بذلك خرج من البين، فلم يقبل بيانه، وقد خرج من البين. (ك)

(٩) أى عن نفسه.

(١٠) المتعلق بإقراره من الثمن. (ع)

(١١) هذا القول.

(١٢) قوله: لم يلتفت [ويأخذ بما قال المشتري. ع] إلى قوله إلخ" وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المبيع إذا كان فى يد البائع، فأقر قبض الثمن، وزعم أنه ألف، فالقول قوله؛ لأن التملك يقع على البائع، فيرجع إلى قوله. (ع)

(١٣) قوله: "فصل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل؛ لأنه المقصود من حق الشفعة، شرع فى بيان ما يؤخذ به، وهو التيم؛ لأن الذى يؤخذ به المشفوع هو الثمن. (نهاية)

(١٤) أى القدورى. (عيني).

وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع؛ لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد، فيظهر في حق الشفيع؛ لأن الثمن ما^(١) بقى^(٢).
وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع^(٣) عليه بذلك القدر^(٤)، بخلاف حط الكل^(٥)؛ لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال^(٦)، وقد بيناه في البيوع^(٧).

وإن زاد المشتري^(٨) للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع^(٩)؛ لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع؛ لاستحقاقه^(١٠) الأخذ بما دونها^(١١).
بخلاف الحط؛ لأن فيه^(١٢) منفعة له^(١٣)، ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول، لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول؛ لما بينا^(١٤) كذا هذا.
قال^(١٥): ومن اشترى داراً بعرض^(١٦) أخذها الشفيع بقيمته^(١٧)؛ لأنه من ذوات

(١٥) قوله: "بعض الثمن إلخ" حط بعض الثمن والزيادة فيه يستويان في باب المراجعة دون الشفعة؛ لأن في المراجعة ليس في إلزام الزيادة إبطال حق مستحق، بخلاف الشفعة، فإن الزيادة فيها إبطال حق يثبت للشفيع بإقراره. (٤)

(١) أى الذى بقى. (نهاية)

(٢) والشفيع يأخذ بالثمن.

(٣) الشفيع.

(٤) إن كان الشفيع أوفاه الثمن. (زيلعى)

(٥) فيجب الشفعة بكل الثمن.

(٦) قوله: "لأنه لا يلتحق إلخ" وذلك لأن حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد، فيما أن يصير العقد هبة، ولا شفعة للشفيع فى الهبة، أو يصير بيعاً بلا ثمن، فيكون فاسداً، ولا شفعة فى البيع الفاسد، فيؤدى إلى إبطال حق الشفيع. (ك)

(٧) فى فصل قبيل الربا. (٤)

(٨) فى الثمن.

(٩) وإن كانت الزيادة تلتحق بأصل العقد أيضاً. (زيلعى)

(١٠) شفيع.

(١١) زيادة.

(١٢) أى فى الأخذ بالحط.

(١٣) شفيع.

(١٤) قبل هذا الفصل.

(١٥) أى القدورى (عينى)

(١٦) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلاً. (٤)

(١٧) قوله: "بقيته إلخ" أى بقيمة العرض عندنا، وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار، دفعا للضرر عن المشتري بوصول قيمة ملكه إليه، ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري، والمثل نوعان، كامل وهو المثل صورة ومعنى، وقاصر وهو المثل معنى، فإن اشترىها بمكييل أو موزون، أخذها بمثله لقدرة على المثل الكامل؛ لأنهما من ذوات الأمثال.

القيم، وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله؛ لأنهما من ذوات الأمثال، وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه، فيراعى بالقدر الممكن^(١)، كما في الإتلاف^(٢)، والعددي المتقارب من ذوات الأمثال.

وإن باع عقاراً بعقار، أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر؛ لأنه^(٣) بدله، وهو من ذوات القيم فيأخذها بقيمته، قال^(٤): وإذا باع بثمن مؤجل، فللشفيع الخيار^(٥) إن شاء أخذها بثمن حال، وإن شاء صبر، حتى ينقضى الأجل، ثم يأخذها، وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر: له ذلك، وهو قول الشافعي في القديم؛ لأن كونه^(٦) مؤجلاً وصف في الثمن^(٧)، كالزيافة والأخذ بالشفعة به، فيأخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف^(٨). ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع، أو المبتاع، وليس الرضا به^(٩) في حق المشتري رضا به في حق الشفيع^(١٠)؛ لتفاوت الناس في الملاعة^(١١)، وليس الأجل وصف الثمن^(١٢)؛ لأنه حق المشتري، ولو كان^(١٣) وصفاً له لتبعه، فيكون^(١٤) حقاً

وإن اشتراها بعرض أخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل؛ لأنه من ذوات القيم، ولكن كان بيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء، فصار كما لو استحق أحد العبدین، ويعتبر قيمة العرض وقت الشراء، لا وقت الأخذ بالقيمة. (ك)

(١) فإن كان له مثل صورة ملكه به، وإلا فالمثل من حيث المالية، وهو القيمة. (ع)

(٢) قوله: "كما في الإتلاف إلخ" فإنه عند تعذر أداء العين يرد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا مثل له. (ن)

(٣) لأن كل واحد منهما بدل الآخر.

(٤) أتى القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "فللشفيع الخيار إلخ" قال في "الذخيرة": هذا إذا كان الأجل معلوماً، فأما إذا كان مجهولاً نحو الحصاد والدياس وأشياء ذلك، فقال الشفيع: أنا أعجل الثمن وأخذها، لم يكن له ذلك؛ لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد، وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد. (نهاية)

(٦) ثمن.

(٧) يقال: دين مؤجل ودين حال. (نهاية)

(٨) قوله: "كما في الزيوف إلخ" فللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفة، كما لو اشترى بألف زيوف، يأخذ الشفيع بالزيوف. (كافي)

(٩) قوله: "وليس الرضا به [أي بالأجل] إلخ" دليل آخر، تقريره: أنه لا بد في الشفعة من الرضا؛ لكونها مبادلة، ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل؛ لأن الرضا به في حق المشتري ليس برضا في حق الشفيع؛ لتفاوت الناس في الملاعة. (ع)

(١٠) قوله: رضا به إلخ "وليس من لوازم العقد، فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطاً في حق الشفيع، كالحيار والبراءة من العيوب. (زيلعي)

(١١) بفتح اليم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم، ملؤ الرجل ملاعة تواتر ومالدار ونيكو به عليه ترديد.

(١٢) قوله: "وليس الأجل إلخ" جواب عن قول زفر، يعني أن وصف الشيء يتبعه لا محالة، وهذا ليس كذلك، فإن

للبيع كالثمن، وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل، ثم ولاه^(١) غيره، لا يثبت الأجل^(٢) إلا بالذكر، كذا هذا. ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري؛ لما بينا من قبل^(٣)، وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان؛ لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع، فيبقى موجب^(٤)، فصار كما إذا باعه بثمن حال، وقد اشتراه مؤجلاً^(٥)، وإن اختار الانتظار^(٦) له ذلك؛ لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية.

وقوله في "الكتاب"^(٧): وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل مراده الصبر عن الأخذ، أما الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه^(٨) بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافاً لقول أبي يوسف الآخر^(٩)؛ لأن حق الشفعة^(١٠) إنما يثبت بالبيع^(١١)، والأخذ^(١٢) يتراخى عن الطلب، وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا، فيشترط الطلب عند العلم بالبيع.

الثمن حق البائتم، والأجل حق المشتري على البائتم، فكيف يكون الأجل صفة للثمن. (مل)

(١٣) الأجل.

(١٤) الأجل.

(١) أى باعه بالتولية.

(٢) فى حقه.

(٣) قوله: "لما بينا الخ" أى فى أواخر باب طلب الشفعة، وهو أن البيع انفسخ فى حق المشتري، وقام الشفيع مقام

المشتري فى حق إضافة العقد إليه، وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري. (ك)

(٤) الرجوع.

(٥) فالبائتم الأول يرجع على الثانى بالثمن المؤجل.

(٦) أى إلى انقضاء الأجل.

(٧) أى القدورى.

(٨) طلب.

(٩) قوله: "خلافاً لقول أبى يوسف الآخر الخ" وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما، ثم رجع عنه وقال: لا

تبطل شفيعته بالتأخير إلى حلول الأجل؛ لأن الطلب ليس بمقصود لعينه، بل للأخذ، وهو فى الحال لا يتمكن من

الأخذ، فلا فائدة فى طلبه فى الحال، فسكوته لا يكون دليل الإعراض عن الأخذ، بل لأنه لم يرف فيه فائدة.

وجوابه: إنا لا نسلم أن المقصود به الأخذ ولئن كان، فلا نسلم أنه ليس بمتمكن من الأخذ فى الحال، بل هو متمكن

منه، بأن يؤدي الثمن حالا. (مل)

(١٠) دليل للطرفين.

(١١) أى عند العلم به. (٤)

(١٢) بالشفعة.

قال^(١): وإن اشترى ذمي^(٢) بخمر أو خنزير داراً، وشفيعها ذمي أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير؛ لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي، والخمر لهم كالحل لنا، والخنزير كالشاة، فيأخذ^(٣) في الأول بالمثل والثاني بالقيمة.

قال^(٤): وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير^(٥)، أما الخنزير فظاهر^(٦)، وكذا الخمر لا امتناع التسليم والتسلم في حق المسلم، فالتحق^(٧) بغير المثلي، وإن كان شفيعها مسلماً وذمياً، أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر، والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعوض بالكل، فلو أسلم الذمي^(٨) أخذها بنصف قيمة الخمر؛ لعجزه عن تمليك الخمر، وبالإسلام يتأكد حقه^(٩) لا أن يبطل، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب^(١٠)، فحضر الشفيع بعد انقطاعه^(١١)، يأخذها بقيمة الرطب^(١٢)، كذا هذا.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "أو اشترى ذمي [من ذمي داراً، أو بيعةً، أو كنيسةً] إلخ" قوله: ذمي احتراز عن المسلم، فإن شراء المسلم بما ذكر فاسد لا شفعة فيه، وقوله بخمر أو خنزير احتراز عما إذا اشترى الذمي بمبته أو دم، فإن الشراء بهما باطل لا شفعة فيه، أو عن الشراء بما هو متقوم عند الكل، فإن الحكم لا يختلف فيه بين المسلم والذمي.

وقوله: وشفيعها ذمي احتراز به عن المرتد، فإن المرتد لا شفعة له، سواء قتل في رده، أو مات، أو لحق بدار الحرب، ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث، وأما الحربى المستأمن في وجوب الشفعة له وعليه في دار الإسلام سواء بمنزله الذمي؛ لأنه من جملة المعاملات، وهو قد التزم حكم المعاملات مدة مقامه في دارنا، فيكون بمنزلة الذمي في ذلك. (ك) (٣) الشفيع.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "بقيمة الخمر والخنزير إلخ" لا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام الخنزير، فوجب أن يحرم على المسلم تمليكها، بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه؛ لأننا نقول: إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير، أما إذا كانت بدلا عن غيره فلا، وهي ههنا بدل عن الدار، وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع إلى ذمي أسلم، أو فاسق تاب، فإن وقع الاختلاف في ذلك، فالقول قول المشتري، بمثل ما إذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن. (مل) (٦) فإنه من ذوات القيم.

(٧) الخمر.

(٨) بعد ثبوت حق الشفعة له.

(٩) قوله: "وبالإسلام [أي بإسلام الشفيع] إلخ" ولو أسلم أحد المتعاقدين، والخمر غير مقبوضة انتقض البيع؛ لأن الإسلام يمنع قبضها، ولكن لا تبطل الشفعة؛ لأنها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه. (زيلعي)

(١٠) قوله: "كما إذا اشتراها إلخ" وكذا كل ما يكون الثمن مثلياً، فانقطع قبل الأخذ بالشفعة، فإنه يأخذه بقيمة للتعذر. (زيلعي)

(١١) عن السوق.

فصل (١)

قال (٢): وإذا بنى المشتري فيها، أو غرس، ثم قضى للشفيع بالشفعة، فهو بالخيار، إن شاء أخذها بالثمن (٣)، وقيمة البناء والغرس (٤) وإن شاء كلف المشتري قلعه (٥)، وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع، ويخير بين أن يأخذ بالثمن، وقيمة البناء والغرس، وبين أن يترك، وبه قال الشافعي، إلا أن عنده له أن يقلع، ويعطى قيمة البناء (٦). لأبي يوسف أنه محق في البناء (٧)؛ لأنه بناه على أن الدار ملكه، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وصار كالموهوب له (٨) والمشتري شراءً فاسداً، وكما إذا زرع المشتري؛ فإنه لا يكلف القلع (٩)، وهذا (١٠) لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (١١) بتحمل الأدنى، فيصار إليه. ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير (١٢) من غير تسليط

(١٢) وإن كان مثلياً.

(١) قوله: "فصل" الأصل في المشفوع عدم التغيير، والتغير بالزيادة، أو النقصان بفعل نفسه، أو بفعل الغير عارض، فكان جديراً بالتأخير في فصل على حدة. (٤)

(٢) أى القدورى. (عيني)

(٣) الذى اشتراه به المشتري. (٤)

(٤) درخت در زمين نشانده شده. (م)

(٥) فيأخذ الأرض فارغة.

(٦) قوله: "ويعطى قيمة البناء [أى نقصان البناء الذى حصل بالقلع] إلخ" أى يضمن أرش النقصان والبناء للمشتري، فالحاصل أن عند أبي يوسف إن شاء أخذه بقيمة البناء، والغرس قائمين على الأرض غير مقلوعين، وإن شاء ترك. وعند الشافعي له خيارات ثلاث: اثنان ما قاله أبو يوسف، والآخر أن له أن يقلع البناء، ويضمن أرش النقصان، والتفاوت بين قول الشافعي وبين قولهما في الأمر بالقلع، أن عنده يضمن نقصان القلع، وعندهما لا يضمن نقصانه، وذكر في التبيه لأصحاب الشافعي، أن للشفيع أن يقلع، والمقلوع للمشتري ويضمن الشفيع أرش القلع. (ك)

(٧) والمحق بالبناء لا يكلف القلع. (٤)

(٨) قوله: "وصار كالموهوب له إلخ" يعنى أن الموهوب له إذا بنى في الأرض الموهوبة ليس للواهب أن يقلع بناءه، ويرجع في الأرض؛ لأنه بناه في ملكه، وكذلك المشتري شراءً فاسداً عند أبي حنيفة، وكما إذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع، فإنه لا يأخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع. (ك)

(٩) أى قلع البناء. (ك)

(١٠) أى ما قلنا: إنه لا يكلف القلع. (٤)

(١١) قوله: "دفع أعلى الضررين [وهو ضرر المشتري، وهو القلع من غير عوض يقابله. ع] إلخ" بيانه أنه اجتمع ههنا ضرران؛ لأنه في تكليف المشتري القلع ضرر، لا جابر له، ولو أوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختياره الأخذ، يلزمه ضرر زيادة الثمن، إلا أن له جابراً؛ لأنه يدخل في مقابلته في ملكه عوض، وهو البناء والضرر يبدل أهون من الضرر بغير بدل، فيصار إليه. (ك)

من جهة من له الحق^(١)، فينقض^(٢) كالراهن^(٣) إذا بنى^(٤) في المرهون، وهذا^(٥) لأن حقه أقوى من حق المشتري^(٦)؛ لأنه يتقدم عليه، ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته^(٧).

بخلاف الهبة^(٨) والشراء الفاسد عند أبي حنيفة؛ لأنه حصل^(٩) بتسليط من جهة من له الحق؛ ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف^(١٠)، ولهذا لا يبقى بعد البناء^(١١)، وهذا الحق^(١٢) يبقى، فلا معنى لإيجاب القيمة^(١٣) كما في الاستحقاق^(١٤)، والزرع^(١٥) يقلع قياساً، وإنما لا يقلع استحساناً؛ لأن له نهاية معلومة، ويبقى بالأجر، وليس فيه^(١٦) كثير ضرر^(١٧)، وإن أخذه بالقيمة^(١٨) يعتبر قيمته مقلوعاً^(١٩)، كما بيناه

(١٢) بحيث لا يقدر المشتري على إسقاطه جبراً. (٤)

(١) قوله: من غير تسليط من جهة إلخ " احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد، فإن بناءهما حصل بتسليط الراهب والباثم. (٤)

(٢) والبناء والغرس.

(٣) ينقض بناء المرتهن.

(٤) المرتهن.

(٥) أى النقض.

(٦) قوله: لأن حقه أقوى إلخ " فلا مساوات بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر؛ لأن الترجيح إنما يصار إليه عند

التساوى. (زيلعى)

(٧) كما إذا جعل المشتري الأرض مسجداً أو مقبرة. (ك)

(٨) قوله: " بخلاف [أى بخلاف بناء الموهوب له، والمشتري بالشراء الفاسد] الهبة إلخ " متصل بقوله: من غير

تسليط من جهة من له الحق، وإنما قيد بقوله: " عند أبي حنيفة " لأن عدم استرداد البائع فى الشراء الفاسد إذا بنى المشتري فى المشتري، إنما هو قوله، وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء، كالشفيع فى ظاهر الرواية.. (٤)

(٩) فلا ينقض.

(١٠) ولا يلزم من عدم تكليف القلم لحق ضعيف عدمه لحق قوى. (٤)

(١١) قوله: ولهذا لا يبقى [هذا الحق] إلخ " فيه نظر؛ لأن الاسترداد بعد البناء فى البيع الفاسد، إنما لا يبقى على

مذهب أبى حنيفة، فالاستدلال به لا يصح، والجواب أنه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما. (عناية)

(١٢) أى حق الشفعة.

(١٣) قوله: فلا معنى إلخ " راجع إلى أول الكلام، يعنى إذا ثبت التكليف بالقلم فلا معنى لإيجاب القيمة على

الشفيع؛ لأن الشفيع بمنزلة المستحق، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق، رجع المشتري بالثمن بقيمة البناء والغرس على البائم دون المستحق، فكذا هنا. (عناية)

(١٤) يقلم المستحق.

(١٥) جواب عن قوله: وكما إذا زرع المشتري. (٤)

(١٦) أى فى عدم قلعه.

(١٧) بالتأخير.

في الغصب .

ولو^(١) أخذها الشفيع، فبني فيها أو غرس، ثم استحقت^(٢) رجع بالثمن^(٣)؛ لأنه تبين أنه أخذه^(٤) بغير حق^(٥)، ولا يرجع^(٦) بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه، ولا على المشتري إن أخذها منه، وعن أبي يوسف أنه يرجع^(٧)؛ لأنه متملك عليه^(٨) فنزلاً منزلة البائع والمشتري.

والفرق على ما هو المشهور^(٩) أن المشتري مغرور^(١٠) من جهة البائع، ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري؛ لأنه مجبور عليه.

قال^(١١): وإذا انهدمت الدار، أو احترق بناءها، أو جف شجر البستان بغير فعل أحد^(١٢)، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن؛ لأن البناء والغرس تابع، حتى دخلا في البيع من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن^(١٣) ما لم يصير

(١٨) قوله: "وإن أخذه إلخ" معطوف على مقدر دل عليه التخيير، وتقديره أن الشفيع بالخيار، إن شاء كلف القلم وإن شاء أخذه بالقيمة، فإن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً. (عناية)

(١٩) أى مستحق القلم.

(١) هذا لفظ القدورى. (عينى)

(٢) فكلف المستحق الشفيع القلم، فقلع. (زيلعى)

(٣) قوله: "بالثمن إلخ" لا غير أخذه من البائع، أو المشتري. (عناية)

(٤) الثمن.

(٥) لأن الأرض لم تكن فى ملكه. (زيلعى)

(٦) أى بما نقص بالقلم. (زيلعى)

(٧) بقيمة البناء والغرس أيضاً. (٤)

(٨) قوله: لأنه متملك عليه إلخ" أى لأن الشفيع متملك على من أخذ منه فينزل الشفيع، ومن أخذ منه منزلة البائع والمشتري إذا بنى واستحقت، فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع، ووجه المشهور أن حق الرجوع بقيمة البناء إنما يثبت لرفع الغرور، والبائع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق، فصار المشتري مغروراً من جهة البائع، ولا غرور فى حق الشفيع؛ لأنه يملك صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع. (ك)

(٩) قوله: والفرق على ما هو المشهور [من الرواية] إلخ" فى أن المشتري عند ظهور الاستحقاق يرجع على بائعه بقيمة البناء، والشفيع لا يرجع على المشتري.

(١٠) على البناء والغرس. (٤)

(١١) أى القدورى. (عينى)

(١٢) أى بأفة سماوية.

(١٣) قوله: "فلا يقابلهما إلخ" لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالوصوف، فكان بمنزلة العين فى الجارية، والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن، إذا كان بأفة سماوية؛ لأن الثمن بمقالة الأصل دون الوصف. فإن قيل: الطرف إنما جعل وصفاً من العبد ونحوه؛ لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصوداً، أما ههنا إيراد العقد على

مقصوداً^(١)، ولهذا جاز بيعها^(٢) مرابحة^(٣) بكل الثمن في هذه الصورة، بخلاف ما إذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ^(٤) الباقي بحصته؛ لأن الفأنت بعض الأصل. قال^(٥): وإن شاء ترك؛ لأن له^(٦) أن يمتنع عن تملك الدار بماله، قال^(٧): وإن

نقض المشتري^(٨) البناء، قيل للشفيع إن شئت، فخذ العرصة بحصتها^(٩)، وإن شئت فدع؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف، فيقابله شيء من الثمن^(١٠)، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك بأفة سماوية، وليس للشفيع أن يأخذ النقص^(١١)؛ لأنه صار مفصولاً^(١٢) فلم يبق تبعاً. قال^(١٣) ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها، ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع؛ لأنه لا يدخل^(١٤) من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه؛ لأنه ليس بتبع، ألا يرى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر، فأشبهه المتاع^(١٥) في الدار، وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار، كالبناء في الدار، وما كان مركباً فيه^(١٦)، فيأخذه الشفيع.

البناء مقصوداً جائز، فيجب أن يعتبر أصلاً كالعرصة، ويجب بمقابلته شيء من الثمن، قلنا: إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلعي، وعند ذلك يصير أصلاً، أما إيراد العقد عليه وهو تبع، لا يجوز؛ لأنه بمنزلة العين من العبد. (ك)

(١) بالإتلاف على ما سيجيء.

(٢) أرض.

(٣) من غير بيان.

(٤) الشفيع.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) شفيع.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) ونقض الأجنبي كنقض المشتري.

(٩) قوله: "بحصتها إلخ" فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وقيمة البناء يوم وقع الشراء، فيأخذ الأرض بحصتها من الثمن. (ك)

(١٠) قوله: "فيقابلته إلخ" فإذا كان له حصة من الثمن، يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليهما، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه، وكان النقص باقياً، حيث يعتبر فيها قيمة النقص يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحيس. (زيلعي)

(١١) بالضم: بناء شكسته باز گردیده. (من)

(١٢) فكان منقولاً وليس فيه شفعة. (ع)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) في البيع.

(١٥) حيث لا يدخل في بيع الدار من غير ذكر.

(١٦) كالأبواب والمفاتيح والأغلال والسلم والأغلاق المركبة. (ك)

قال^(١): وكذلك إن ابتاعها^(٢)، وليس في النخيل ثمر، فأثمر في يد المشتري^(٣)، يعني يأخذه^(٤) الشفيع؛ لأنه مبيع تبعاً؛ لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع^(٥). قال^(٦): فإن جدّه المشتري^(٧)، ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً^(٨)؛ لأنه^(٩) لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصّولاً عنه فلا يأخذه. قال في "الكتاب"^(١٠): وإن جدّه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضى الله تعالى عنه^(١١): وهذا جواب الفصل الأول^(١٢)؛ لأنه^(١٣) دخل في البيع مقصوداً، فيقابله شيء من الثمن. أما في الفصل الثاني^(١٤) يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجوداً عند العقد، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً^(١٥) فلا يقابله شيء من الثمن، والله أعلم.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب^(١٦)

قال^(١٧): الشفعة واجبة في العقار^(١٨)، وإن^(١٩) كان مما لا يقسم^(٢٠)، وقال

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) أرض.

(٣) قوله: "فأثمر في يد المشتري إلخ" قيد بقوله في يد المشتري؛ لأنه إذا أثمر في يد البائع قبل القبض، ثم قبضه المشتري، له حصة من الثمن، كما إذا كان موجوداً في وقت الشراء. (ك)

(٤) ثمر.

(٥) قوله: "على ما عرف إلخ" فإن الجارية المبيعة إذا ولدت ولداً قبل قبض المشتري، يسرى حكم البيع إلى الولد، حتى يكون الولد ملك المشتري أيضاً كالأم. (نهاية)

(٦) أى المصنف. (عينى)

(٧) قطعه، جد: يريدن خرمًا از خرمًا بن. (من)

(٨) قوله: "في الفصلين جميعاً إلخ" أى في فصل ما إذا كان في النخيل ثمر حين وقع الشراء، ثم جدّه المشتري، وفي فصل ما إذا لم يكن على النخيل ثمر حين وقع الشراء على الأرض والنخيل، ثم أثمر النخيل، ثم جدّه المشتري ثم جاء الشفيع. (نهاية)

(٩) ثمر.

(١٠) يعنى مختصر القدورى. (٤)

(١١) أى المصنف. (عينى)

(١٢) قوله: "جواب الفصل الأول إلخ" وهو ما إذا ابتاع أرضاً، وعلى نخلها ثمر. (نهاية)

(١٣) ثمر.

(١٤) قوله: "أما في الفصل الثانى إلخ" وهو ما إذا ابتاعها، وليس في النخيل ثمر، فأثمر في يد المشتري. (نهاية)

(١٥) أى فلا يدخل عند الأخذ في المبيع لا تبعاً. (زيلعى)

(١٦) قوله: "باب ما تجب إلخ" ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب، بعد ذكر نفس الوجوب مجسلاً؛ لأن

التفصيل أنما يحتاج إليه إذا شق ذكر الإجمال. (نهاية)

الشافعي : لا شفعة فيما لا يقسم^(١) ؛ لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام^(٢) : «الشفعة في كل شيء عقار أو ربع^(٣)» * إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر^(٤) ، وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم ، وهو الحمام ، والرحي^(٥) ، والبئر ، والطريق .

قال^(٦) : ولا شفعة في العروض والسفن ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام^(٧) : «لا شفعة إلا في ربع أو حائط^(٨)» * ، وهو^(٩) حجة على مالك في إيجابها في السفن ؛ ولأن الشفعة إنما وجبت^(١٠) لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم^(١١) حسب دوامه في العقار^(١٢) ، فلا يلحق^(١٣) به ، وفي بعض نسخ

(١٧) أي القدوري . (عيني)

(١٨) قوله : «واجبة ثابتة في العقار إلخ» وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة ، والربع الدار حيث كانت في المصر أو القرى . (ك)

(١٩) الواو وصلية .

(٢٠) قوله : «مما لا يقسم إلخ» أي إنما لا يحتمل القسمة ، أي لو قسم قسمة حسنة لا ينتفع به كالحمام . (نهاية)

(١) قوله : «وقال الشافعي إلخ» الخلاف بيننا وبينه راجع إلى أصل ، وهو أن من أصل الشافعي أن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة ، وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة ، وعندنا لدفع ضرر التأذي ، بسوء المجاورة على الدوام ، وذلك فيما لا يحتمل القسمة ، موجود لاتصال أحد الملكين بآخر على وجه التأييد والقرار . (ك)

(٢) قوله : ولنا قوله عليه السلام إلخ قلت : روى اسحاق بن راهويه في «مسنده» عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال : «الشريك شفيم والشفعة في كل شيء» ، انتهى . (تخريج زيلعي)

(٣) بالفتح : منزل . (مؤيد الفضلاء)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٧ ، والدراية ج ٢ الحديث ٨٩٤ ص ٢٠٣ . (نعيم)

(٤) في أوائل كتاب الشفعة .

(٥) المواد بالرحي بيت الرحى . (٤)

(٦) أي القدوري . (مخني)

(٧) رواه جابر عنه عليه السلام ، كذا قال الزيلعي في تخريجه .

(٨) في «المغرب» الحائط البستان ، وأصله ما أحاطه . (ك)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٨ ، والدراية ج ٢ الحديث ٨٩٥ ص ٢٠٣ . (نعيم)

(٩) حديث .

(١٠) على خلاف القياس . (زيلعي)

(١١) لأن المنقول يشتري ويباع عادة على حسب الحاجة ، ولا كذلك العقار .

(١٢) قوله : «حسب دوامه إلخ» الحسب بسكون السين وفتحها في معنى القدر ، واختار الجوهرى الفتح وقال : إنما

يسكن في ضرورة الشعر . (٤)

المختصر^(١)، ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة، وهو صحيح
مذكور في "الأصل"^(٢)؛ لأنه لا قرار له^(٣)، فكان نقلياً، وهذا بخلاف العلو^(٤)،
حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة في السفلى إذا لم يكن طريق العلو فيه^(٥)؛
لأنه بماله من حق القرار^(٦) التحق بالعقار.

قال: والمسلم والذمي في الشفعة سواء^(٧) للعمومات؛ ولأنهما يستويان في
السبب والحكمة^(٨)، فيستويان في الاستحقاق، ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى،
والصغير والكبير^(٩)، والباغي والعاقل، والحر والعبد، إذا كان مأذوناً، أو
مكاتباً^(١٠). قال^(١١): وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة؛ لأنه أمكن
مراعاة شرط الشرع فيه، وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة^(١٢) أو قيمة^(١٣)

(١٣) المنقول.

(١) أى مختصر القدورى.

(٢) ميسوط.

(٣) للبناء أو النخل.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف العلو إلخ" يتعلق بقوله: "ولا شفعة في البناء" والعلو مجرد بناء، فكان ينبغي أن لا
يكون فيه شفعة إلا أنه التحق بالعقار. (ك)

(٥) قوله: "إذا لم يكن طريق العلو فيه إلخ" أى فى السفلى، وهذا لبيان أن استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا
يسبب الشركة، وليس هو لنفى الشفعة إذا كان له طريق فى السفلى، بل إذا كان له طريق فى السفلى، كان استحقاق
صاحب العلو الشفعة فى السفلى، بسبب الشركة فى الطريق لا بسبب الجوار، حتى إنه يكون مقدماً على الجار.
كما لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق فى دار رجل، صار صاحب الدار التى فيها الطريق أولى من صاحب الدار
التي عليها العلو؛ لما مر أن الشريك فى الطريق مقدم على الجار. (ك)

(٦) أى حق قرار وسكونة بر سبيل دوام.

(٧) قوله: "سواء إلخ" قال ابن أبى ليلى: لا شفعة للذمي، ويقول: لأن الأخذ بالشفعة رفق شرعى، فلا يثبت
لمن هو منكر لهذه الشريعة، وهو الكافر، ولكن تأخذ بما قضى به شريم، قد تأيد ذلك يامضاء عمر رضى الله تعالى عنه. (ن)

(٨) وهى دفع ضرر سوء الجوار. (٤)

(٩) قوله: "والصغير والكبير [وكذلك تثبت الشفعة عندنا للعتين أيضاً. ك] إلخ" وهذا عندنا، وقال ابن أبى ليلى:
إنه لا شفعة للصغير؛ لأن وجوبها لدفع ضرر التأذى لسوء المجاورة وذلك عن الكبار دون الصغار؛ ولأن الصغير فى الجوار
تبع، فهو فى معنى المستعير والمستاجر. ولكننا نقول: سبب الاستحقاق يتحقق فى حق الصغير، وهو الشركة أو الجوار من
حيث اتصال ملكه بالمبيع على وجه التأيد، فيكون مساوياً للكبير فى الاستحقاق به أيضاً، ثم هو محتاج إلى الأخذ لدفع
الضرر فى الثانى عن نفسه، وإن لم يكن محتاجاً إلى ذلك فى الحال. (نهاية)

(١٠) قوله: "إذا كان [العبد] مأذوناً إلخ" وهذا إذا كان بائع الدار غير المولى، فالمسألة مجرية على عمومها، أما إذا
كان البائع مولى العبد والعبد شفيعها، فللعبد الشفعة إذا كان عليه دين، وإلا فلا، وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفيعها،
فإن لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى؛ لأن بيع العبد وقم له، وإن كان عليه دين فله الشفعة؛ لأن بيعه كان لغرماءه. (ك)

(١١) أى القدورى. (عنى)

على ما مر^(١).

قال^(٢): ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها^(٣)، أو يخالغ المرأة بها^(٤)، أو يستأجر بها^(٥) داراً أو غيرها^(٦)، أو يصالح بها^(٧) عن دم عمد، أو يعتق عليها عبداً^(٨)؛ لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال؛ لما بينا^(٩)، وهذه الأعواض ليست بأموال، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع^(١٠). وعند الشافعي تجب فيها الشفعة؛ لأن هذه الأعواض متقومة عنده^(١١)، فأمكن الأخذ بقيمتها^(١٢) إن تعذر^(١٣) بثلها، كما في البيع بالعرض^(١٤)، بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً، وقوله^(١٥): "يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً، أو ما يضاهيه"^(١٦)؛ لأنه لا شفعة^(١٧) عنده^(١٨) إلا فيه^(١٩).

(١٢) إن كان من ذوات الأمثال.

(١٣) إن كان من ذوات القيم.

(١) قوله: "على ما مر" أي في فصل ما يؤخذ به المشفوع، في قوله: "ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته". (ك)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) أي جعلت مهراً.

(٤) أي جعلت بدل الخلع.

(٥) أي جعلت أجرة.

(٦) قوله: "أو غيرها إلخ" أي غير دار من عبد أو حانوت. (٤)

(٧) أي جعلت بدلا في الصلح.

(٨) أي جعلت بدلا في الإعتاق.

(٩) أي قوله: لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه.

(١٠) قوله: "خلاف المشروع إلخ" لأن الشفيع لا يقدر على تملك هذه الأشياء للمشتري، حتى يتحقق التملك بمثل ما تملك به. (٤)

(١١) قوله: "متقومة عنده [شافعي] إلخ" لأن التقوم حكم شرعي، والشرع جعل هذه الأشياء مضمونة بهذه الأعواض، وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء، ألا ترى أن الشرع جعل المهر قيمة البضع، وكذا المنافع عنده متقومة كالأعيان، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه، وقد تعذر على الشفيع الأخذ به، فله أن يأخذ بقيمته، كما لو اشترى بعبد. (كافي)

(١٢) قوله: "فأمكن الأخذ بقيمتها إلخ" وهو مهر المثل، وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار، والعبد في الصلح والإعتاق. (٤)

(١٣) الأخذ.

(١٤) فإنه يأخذ الشفيع بقيمة العرض.

(١٥) أي قول الشافعي. (ن)

ونحن نقول^(١): أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها^(٢) بعقد الإجارة ضرورى، فلا يظهر في حق الشفعة^(٣)، وكذا الدم والعرق غير متقوم^(٤)؛ لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب^(٥)، ولا يتحقق فيهما^(٦). وعلى هذا^(٧) إذا تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها الدار مهراً؛ لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع، بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل^(٨)، أو بالمسمى؛ لأنه مبادلة مال بمال^(٩)، ولو تزوجها على دار^(١٠) على أن ترد^(١١) عليه

(١٦) قوله: "أو ما يضاويه إلخ" أى ما يضاوى المهر، كبديل الخلع والأجرة، أى إذا جعل شقصاً من داره بدل الخلع أو الأجرة. (نهاية)

(١٧) حيث لا يرى شفعة الجوار. (٤٠)

(١٨) شافعى.

(١٩) أى فى الشركة.

(١) جواب عن جعل هذه الأعراض متقومة. (٤)

(٢) قوله: "أن تقوم إلخ" يعنى أن تقوم منافع البضع بالعقود ضرورى، فلا يظهر فى حق الشفعة، وهذا لأن المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى، فلم يصلح قيمته له؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المعنى الخاص، وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق بعقد النكاح.

غير أن الشرع جعل ملك النكاح مضموناً بالمهر إبانة لحظره وإعظاماً لقدره، وصوناً لهذا العقد عن التشبه بالإباحة، فظهر تقومه فى حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة، فلا يظهر معنى التقوم فى حق الشفيع. وكذا المنافع ليست بأموال عندنا؛ ولهذا لا يضمن بالغصب والإتلاف على مامر فى الغصب، وإنما يظهر تقومها فى العقد للضرورة، فلا يظهر فى غيره، فهذه هى الحجة فى الثلاثة الأول. (ك)

(٣) قوله: "فلا يظهر [التقوم] فى حق الشفعة إلخ" لأن ماثبت بالضرورة يقتصر عليها، ولا ضرورة فى حق الشفيع، فلا تكون متقومة فى حقه، فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة منزلة الموهوب بلا عوض. (زيلعى)

(٤) قوله: "وكذا الدم والعرق إلخ" إنما أفردهما؛ لأن تقومهما أبعد؛ لأنهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم. (٤)

(٥) قوله: "فى المعنى الخاص [وهو المالىة] إلخ" [لا فى غيره كالجوهرية والجسمية. ع] فإن قيل: الدار تضمن بالقيمة، والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى، وكذا الثوب، والمعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد يضمن بالقيمة. قلنا: بل المعنى الخاص المطلوب منهما المالىة، ألا ترى أن من أتلف ثوب إنسان أو قلع بناء دار إنسان يضمن قيمتها، ولا كذلك إلا باعتبار المالىة، وقد لا يكون الدار للسكنى، والثوب للباس. (ك)

(٦) قوله: "ولا يتحقق فيهما إلخ" أى لا يتحقق المعنى الخاص، وهو المالىة فى الدم والعرق؛ لأن العرق إسقاط وإزالة، والدم ليس إلا حق الاستيفاء، وليس من جنس ما يتمول به ويدخر، وأما إيجاب الدية فلصيانته عن الإهدار. (مل)

(٧) أى لا شفعة فيه.

(٨) قوله: "بخلاف ما إذا باعها [الدار] إلخ" يعنى تجب الشفعة، فإن قيل: كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل، قلنا: جاز أن يكون معلوماً عندهما، ولأنه جهالة فى الساقط، فلا يفضى إلى المنازعة، فلا يفسد البيع. (كفاية)

(٩) قوله: "لأنه مبادلة مال بمال إلخ" لأن ما أعطاهما من العقار بدل عما فى ذمته من المهر. (زيلعى)

(١٠) هذه من مسائل الأصل. (عينى)

(١١) الزوجة.

ألفاً، فلا شفعة في جميع الدار^(١) عند أبي حنيفة.
وقالوا: تجب في حصة الألف^(٢)؛ لأنه مبادلة مالية في حقه^(٣)، وهو^(٤)
يقول: معنى البيع فيه تابع^(٥)، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح، ولا يفسد بشرط
النكاح فيه^(٦)، ولا شفعة في الأصل^(٧)، فكذا في التبعية؛ ولأن الشفعة شرعت في
المبادلة المالية المقصودة، حتى إن المضارب إذا باع داراً^(٨)، وفيها ربح لا يستحق رب
المال الشفعة في حصة الربح؛ لكونه تابعاً فيه.

قال^(٩): أو يصالح عليها بإنكار^(١٠)، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة،
قال^(١١): هكذا ذكر في أكثر نسخ "المختصر"^(١٢). والصحيح: أو يصالح عنها بإنكار
مكان قوله: أو يصالح عليها؛ لأنه إذا صالح^(١٣) عنها^(١٤) بإنكار بقى الدار في يده^(١٥)،
فهو^(١٦) يزعم أنها لم تزل عن ملكه، وكذا إذا صالح عنها بسكوت؛ لأنه^(١٧) يحتمل

(١) أى فى شىء من الدار.

(٢) يقسم قيمة الدار على مهر المثل والألف. (٤)

(٣) فى حق ما يحض الألف. (٤)

(٤) إمام.

(٥) والمقصود النكاح.

(٦) قوله: ولا يفسد بشرط النكاح إلخ" ولو كان البيع أصلاً يفسد، كما لو قال بعث منك هذه الدار بألف على أن

تزوجنى نفسك. (عينية)

(٧) نكاح.

(٨) قوله: إذا باع داراً إلخ" صورته إذا كان رأس المال ألفاً، فأنجز المضارب وربح ألفاً، ثم اشترى بالألفين داراً،

ورب المال شفعيها بالجوار، ثم باعها بالألفين، فإن رب المال لا يستحق الشفعة فى حصة المضارب من الربح باعتبار أن

الربح تبع لرأس المال، وليس فى مقابلة رأس المال شفعة لرب المال؛ لأن البيع كان لرب المال؛ لأن المضارب وكيل لرب

المال فى حصته، وليس فى بيع الوكيل شفعة للموكل، فكذا فى حصة الربح. (ن)

(٩) أى القدورى. (عينية)

(١٠) قوله: "أو يصالح عليها إلخ" عطف القدورى قوله: "أو يصالح عليهما بإنكار" على قوله: أو يعتق عليها عبداً

من الصور التى لا تجب فيها الشفعة، وليس بصحيح. (٤)

(١١) أى المصنف.

(١٢) أى مختصر القدورى.

(١٣) على المال.

(١٤) دار.

(١٥) المدعى عليه.

(١٦) المدعى عليه.

(١٧) المدعى عليه.

أنه بذل المال افتداء ليمينه، وقطعاً لشغب^(١) خصمه، كما إذا أنكر^(٢) صريحاً. بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار؛ لأنه^(٣) معترف بالملك للمدعى، وإنما استفاده^(٤) بالصلح فكان مبادلة مالية، أما إذا صالح عليها بإقرار، أو سكوت، أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك؛ لأنه^(٥) أخذها^(٦) عوضاً عن حقه في زعمه، إذا لم يكن من جنسه^(٧)، فيعامل بزعمه.

قال^(٨): ولا شفعة في هبة؛ لما ذكرنا^(٩) إلا أن تكون بعوض مشروط^(١٠)؛ لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض^(١١)، وأن لا يكون الموهوب، ولا عوضه شائعاً؛ لأنه هبة ابتداء، وقد قررناه في كتاب الهبة^(١٢).

بخلاف ما إذا لم يكن العوض^(١٣) مشروطاً في العقد^(١٤)؛ لأن كل واحد منهما^(١٥) هبة مطلقة، إلا أنه أثيب^(١٦) منها^(١٧)، فامتنع الرجوع.

(١) شغب - بالفتح وبفتحتين - برأنغيختن فتنه وفساد وتباهى. (م)

(٢) المدعى عليه.

(٣) مدعى عليه.

(٤) المدعى عليه.

(٥) أى لأن المدعى.

(٦) دار.

(٧) قوله: "إذا لم يكن من جنسه [من جنس حقه. ك] الخ" أى إذا لم يكن الصلح على بعض المدعى به؛ لأنه حينئذ يكون أخذاً عين حقه في زعمه فلا شفعة. (ك)

قوله: "إذا لم يكن من جنسه" أى إذا لم يكن العوض من جنس حقه، وقيد بذلك؛ لأنه إذا كان من جنس حقه كان أخذاً حقه، فليس فيه معاوضة، فلا يجب الشفعة. (عناية)

(٨) أى القدرى. (عينى)

(٩) قوله: "لما ذكرنا" يريد به قوله: "ولأن الشفعة شرعت فى المبادلة المالية" وقوله: بخلاف الهبة؛ لأنه لا عوض فيها رأساً. (ك)

(١٠) وقت العقد.

(١١) قوله: "ولا بد من القبض الخ" وهذا عندنا خلافاً لزفر؛ فإنه إذا وهب لرجل داراً على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة، للشفع ما لم يتقابض، وبعد التقابض تجب للشفع فيهما الشفعة.

وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض، وهو بناء على ما بيناه فى كتاب الهبة، أن الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء، وعندنا هبة ابتداء، ومنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين. (ك)

(١٢) أن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء، معاوضة انتهاء. (ع)

(١٣) قوله: "بخلاف الخ" يعنى لا تثبت الشفعة حينئذ أصلاً، لا فى الموهوب، ولا فى العوض إن كان العوض داراً. (ع)

(١٤) ولكن عوض.

(١٥) أى الموهوب وعوضه.

قال^(١): ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع؛ لأنه^(٢) يمنع زوال الملك عن البائع، فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة؛ لأنه زال المانع عن الزوال^(٣)، ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح^(٤)؛ لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك^(٥). وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة؛ لأنه^(٦) لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق؛ والشفعة تبنتى عليه^(٧) على ما مر^(٨)، وإذا أخذها^(٩) في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد^(١٠)، ولا خيار للشفيع؛ لأنه^(١١) يشبث بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع، وإن بيعت دار إلى جنبها^(١٢)، والخيار لأحدهما^(١٣)، فله الأخذ بالشفعة. أما للبائع^(١٤) فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها^(١٥)، وكذا إذا كان للمشتري، وفيه إشكال^(١٦) أوضحناه في البيوع^(١٧) فلا نعيده.

(١٦) عوض.

(١٧) دار.

(١) أى القدورى (عيني)

(٢) أى لأن خيار البائم.

(٣) أى عن زوال الملك عن البائم.

(٤) قوله: "وفي الصحيح إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيم؛ لأنه هو السبب. (٤)

(٥) أى سقوط الخيار.

(٦) أى لأن خيار الشرط للمشتري.

(٧) أى على زوال ملك البائم.

(٨) قوله: "على ما مر إلخ" أى فى أوائل كتاب الشفعة فى قوله: "والشفعة تجب بعقد البيع" إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائم عن ملك الدار. (ك)

(٩) قوله: "وإذا أخذها [أى إذا أخذ الشفيع الدار فى مدة الخيار] فى الثلث إلخ" إنما قيد بالثلث، لتكون المسألة على الاتفاق. (كفاية)

(١٠) قوله: "وجب البيع إلخ" أى تقرر البيع الذى جرى بين البائع والمشتري بشرط الخيار، وإنما ذكر هذا؛ لأن المشتري بشرط الخيار لو رد المبيع بحكم خيار الشرط قبل طلب الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق، بل انفسخ من الأصل، فحيث لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة؛ لأن هذا ليس ما قاله، بل انفساخ من الأصل، فكان السبب منعدهما فى حقه من الأصل. (ك)

(١١) أى لأن خيار الشرط.

(١٢) أى إلى جنب الدار المبيعة.

(١٣) أى لأحد المتعاقدين من البائم أو المشتري. (٤)

(١٤) أى إما إذا كان الخيار للبائم.

(١٥) قوله: "لبقاء ملكه [فى مدة الخيار] إلخ" فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره، ولا يلزم البيع؛ لأن الأخذ بالشفعة نقض منه المبيع؛ لأنه أراد بذلك الاستبقاء؛ إذ لا يجب الشفعة إلا لدفع ضرر على الدوام. (زيلعى)

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع^(١)، بخلاف ما إذا اشتراها^(٢)، ولم يرَها حيث لا يبطل خياره^(٣) بأخذ ما يبيع بجنبها بالشفعة؛ لأن خيار الروية لا يبطل بصريح الإبطال، فكيف بدلالته^(٤)، ثم إذا حضر شفيع الدار^(٥) الأولى له أن يأخذها دون الثانية^(٦)؛ لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية.

قال^(٧): ومن ابتاع داراً شراءً فاسداً^(٨)، فلا شفعة فيها، أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع، وبعد القبض لاحتمال الفسخ^(٩)، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد، فلا يجوز^(١٠)، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح^(١١)؛ لأنه صار أخص به تصرفاً، وفي البيع

(١٦) قوله: "وفيه إشكال إلخ" هذه الحوالة في حق الإشكال غير رابحة، بل فيه جواب الإشكال لا الإشكال، وهو قوله: ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضى، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك إلى أن قال: وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة.

وإنما الإشكال الذى ذكره البلخى فإنه يدعى بهذا مناقضة على أبي حنيفة، فيقول: إذا كان من أصله أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع فى مدة الخيار، واستحقاق الشفعة باعتبار الملك، ولهذا لا يستحقه المستأجر المستعير، فكيف يثبت للمشتري الشفعة فى هذه الدار، ولكن عذره ما بيناه، وهو أن المشتري بخيار الشرط صار أحق بها مع خياره، وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة، كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره. (نهاية)

(١٧) قوله: "أوضحناه" أى أجبنا عنده فلا يرد ما فى النهاية، أو يقال: أن فى بيوع هذا الكتاب توضيح لجواب الإشكال، فيتضح الإشكال أيضاً ضمناً، فصح قوله: أوضحناه، والله أعلم.

(١) قوله: وإذا أخذها إلخ" أى وإذا أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بجنب الدار المشترية، كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول، فيسقط خياره لما ذكرنا فى طريق البائى. (عناية)

(٢) مشتري.

(٣) أى خيار الروية.

(٤) وهو أخذ ما يبيع بجنبها شفعة.

(٥) التى اشتراها المشتري بشرط الخيار.

(٦) التى أخذها المشتري بطريق الشفعة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "شراءً فاسداً إلخ" تلويح إلى أن عدم الشفعة إنما هو فيما إذا وقع فاسداً ابتداءً؛ لأن الفساد إذا كان بعد انعقادها صحيحاً، فحق الشفعة باقٍ على حاله، ألا ترى أن النصرانى إذا اشترى من نصرانى داراً بخمر، ولم يتقابض حتى أسلم فإنه يفسد البيع، وحق الشفيع فى الشفعة باقٍ؛ لأن فساده بعد وقوعه صحيحاً. (٤)

(٩) قوله: "لا احتمال الفسخ إلخ" لأن كل واحد من المتبايعين بسبيل من نقضه، والنقض مستحق حقاً لله تعالى، وفى إثبات الشفعة إسقاط حق الفسخ، وفيه تقرير الفساد، فلا يجوز لإفضاءه إلى التناقض. (ك)

(١٠) يعنى الأخذ بالشفعة.

(١١) قوله: "بخلاف [حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ] إلخ" جواب عما يقال: احتمال الفسخ فى البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم، ولم يمنع حق الشفعة.

الفاسد ممنوع عنه^(١).

قال^(٢): فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة^(٣) لزوال المانع، وإن بيعت دار بجنبها^(٤)، وهى فى يد البائع^(٥) بعد، فله^(٦) الشفعة لبقاء ملكه، وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها؛ لأن الملك له^(٧)، ثم إن سلم البائع^(٨) قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفيعته كما إذا باع^(٩)، بخلاف ما إذا سلم بعده^(١٠)؛ لأن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط، فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه. وإن استردها^(١١) البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له، بطلت^(١٢) لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة، وإن استردها بعد الحكم^(١٣) بقيت الثانية^(١٤) على ملكه؛ لما بينا^(١٥).

وتقرير الجواب أن ذلك المشتري صار أخص بالبيع تصرفاً، حيث تعلق بتصرفه الفسخ والإجازة، وذلك يوجب حق الشفعة كالمأذون والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داره، وفى الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف فيه. (عناية)

(١) قوله: "ممنوع عنه [تصرف]" واعترض بأننا لا نسلم أنه ممنوع عن التصرف، بل له أن يبيع بيعاً صحيحاً، ولا يبقى لبائعه حق النقض، وفيه تقرير الفساد أيضاً، وأجيب بأننا لا نسلم أن له ذلك، بل هو منهي عنه، وقد يترتب على المحظور بعض الأحكام كالوطئ حالة الحيض، فإنه يحلل المرأة على زوجها الأول، وتقرير الفساد للمأمور بنقضه من الشارع ممتنع، وفى شرع الشفعة فى البيع الفاسد ذلك، والبيع المحظور الصادر من العبد ليس بمضاف إلى الشرع. (٤)

(٢) أى المصنف. (عينية)

(٣) قوله: "فإن سقط حق الفسخ إلخ" بأن باع المشتري من آخر وجبت الشفعة؛ لأن امتناع حق الشفعة إنما كان لثبوت حق الفسخ، فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة، وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثانى بالثمن المذكور، أو ينقض البيع الثانى، ويأخذه بالبيع الأول بقيمته. (ك)

(٤) أى بجنب الدار المبيعة بيعاً فاسداً.

(٥) أى الدار المبيعة بيعاً فاسداً.

(٦) أى للبائع.

(٧) قوله: "لأن الملك له" ولا يؤدى إلى تقرير الفساد؛ لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ، ولا فساد فى المأخوذة. (ت)

(٨) قوله: "ثم إن سلم البائع" الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشتري قبل الحكم بالشفعة للبائع، بطلت الشفعة؛

لزوال ما كان يستحقها به. (٤)

(٩) أى باع رجل داراً قبل الحكم بالشفعة له، بطلت شفيعته.

(١٠) أى بعد الحكم بالشفعة.

(١١) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد.

(١٢) شفعة المشتري.

(١٣) بالشفعة للمشتري.

(١٤) أى التى أخذها المشتري بالشفعة، (غن)

(١٥) قوله: "لما بينا" أن بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها، بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط. (٤)

قال^(١): وإذا اقتسم الشركاء العقار، فلا شفعة لجارهم بالقسمة؛ لأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجرى فيه^(٢) الجبر^(٣)، والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة^(٤).

قال^(٥): وإذا اشترى داراً، فسلم الشفيع الشفعة، ثم ردها المشتري بخيار رؤية، أو شرط، أو بعيب بقضاء قاضٍ، فلا شفعة للشفيع؛ لأنه^(٦) فسخ من كل وجه^(٧)، فعاد إلى قديم ملكه^(٨)، والشفعة في انشاء العقد^(٩)، ولا فرق في هذا^(١٠) بين القبض^(١١) وعدمه.

وإن ردها بعيب بغير قضاء، أو تقايلا البيع، فللشفيع الشفعة؛ لأنه^(١٢) فسخ في حقهما^(١٣)؛ لولايتهما على أنفسهما، وقد قصدوا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي، والشفيع ثالث، ومراده الرد بالعيب بعد القبض^(١٤)؛ لأن قبله فسخ^(١٥) من الأصل^(١٦)، وإن كان بغير قضاء

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) أى فى هذه القسمة.

(٣) أى جبر القاضى، وإن لم يرضَ واحد من الشركاء.

(٤) وهى المبادلة من كل وجه. (زىلعى)

(٥) أى القدورى. (عنى)

(٦) لأن هذا الرد.

(٧) فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً. (زىلعى)

(٨) بائمه.

(٩) لا فى الاستمرار والبقاء على ما كان. (زىلعى)

(١٠) فيما إذا كان الرد بالقضاء. (٤)

(١١) أى الرد بعد القبض أو قبله.

(١٢) أى لأن هذا الرد.

(١٣) متعاقدين.

(١٤) قوله: "ومراده [أى من الرد بعيب بغير قضاء] الرد إلخ" أى مراد القدورى من قوله: "وإن ردها بعيب بغير قضاء" وقيل: معنى قول صاحب "الهداية" ومراده هذا، أى مراد القدورى فى قوله أو بعيب بقضاء قاض.

وفيه نظر؛ لأنه يناقض قول صاحب الهداية هناك ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه، كذا قال صاحب "العناية". (مل)

(١٥) قوله: "لأن قبله [قبض] إلخ" أى قبل القبض فسخ من كل وجه وإن كان بغير قضاء؛ لعدم تمام الملك، ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج به إلى رضاه صاحبه أو قضاء قاض. (ك)

(١٦) قوله: فسخ من الأصل [فلا شفعة] إلخ" وإنما يستقيم هذا على قول محمد؛ لأن بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض، كما فى المنقول، فلا يمكن حمله على البيع، وهذا لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة، وهى بيع عند أبى يوسف مطلقاً، ما لم يتعذر جعلها بيعاً فيجمل فسخاً. وعند أبى حنيفة وإن كان فسخاً فى حقهما، ولكنه بيع جديد فى حق

على ما عرف^(١).

وفى "الجامع الصغير": ولا شفعة فى قسمة، ولا خيار رؤية، وهو بكسر الراء، ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية؛ لما بيناه^(٢)، ولا تصح الرواية^(٣) بالفتح^(٤) عطفاً على الشفعة؛ لأن الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية، وخيار الشرط؛ لأنهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا^(٥)، وهذا المعنى موجود فى القسمة^(٦)، والله سبحانه أعلم.

باب^(٧) ما تبطل به الشفعة

قال^(٨): وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع^(٩)، وهو^(١٠) يقدر على ذلك^(١١) بطلت شفيعته^(١٢)؛ لإعراضه عن الطلب، وهذا^(١٣) لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار، وهى^(١٤) عند القدرة.

غيرهما فأمكن جعله بيعاً فى حق الشفيع، فلا يفرق، هذا بين أن يكون بعد القبض أو قبله. (زىلى)

(١٧) الواو وصلية.

(١) فى آخر باب خيار الرؤية من أن الصفقة مع خيار العيب بعد القبض، وإن كانت لا تتم قبله.

(٢) من أنه فسخ من كل وجه.

(٣) قوله: "ولا تصح الرواية إلخ" قال فى "الكافى": صححها شمس الأئمة، وقال: لا يثبت خيار الرؤية فى

القسمة، سواء كانت برضاء أو بقضاء، وبه قال بعض المشايخ. (زىلى)

(٤) ومعناه حيثئذ أن خيار الرؤية لا يثبت فى القسمة. (زىلى)

(٥) أى فى عقد.

(٦) قوله: "موجود فى القسمة إلخ" لما فيها من معنى المبادلة، والمبادلة أغلب فى غير المكيل والموزون، فيجوز فيها

خيار الرؤية، ولا يجوز فى المكيل والموزون؛ لأن معنى الإفراز فيها هو الأغلب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه. (زىلى)

(٧) قوله: "باب" ولا شك أن البطلان يقتضى الثبوت سابقاً إما صورة أو معنى، لذلك ذكر هذا الباب بعد ما

ذكر ما يثبت به الشفعة. (نهاية)

(٨) أى القدورى. (عنى)

(٩) قوله: "الإشهاد [طلب الموائبة. ك]" يعنى طلب الموائبة، وإنما فسرنا بذلك لكلا يرد ما ذكر قبل هذا، أن

الإشهاد ليس بشرط، وترك ما ليس بشرط فى شئ لا يبطله. (٤)

(١٠) الواو حالية.

(١١) بأن لم يأخذ أحد فمه، أو لم يكن فى الصلاة. (ك)

(١٢) قوله: "بطلت شفيعته إلخ" فإن قلت: ذكر أن ترك الإشهاد هنا يبطل الشفعة، وذكر قبل هذا فى باب طلب

الشفعة أن الإشهاد ليس بلازم، فكيف وجه التوفيق بينهما.

قلت: يحتمل بأن يريد بهذا الإشهاد نفس طلب الموائبة، ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينفك عن الإشهاد فى حق

علم القاضى، سمى هذا الطلب إشهاداً. (نهاية)

(١٣) أى اشتراط القدرة. (٤)

وكذلك^(١) إن أشهد في المجلس^(٢)، ولم يشهد على أحد المتبايعين، ولا عند العقار، وقد أوضحناه فيما تقدم^(٣).

قال: وإن صالح من شفيعته على عوض^(٤) بطلت شفيعته^(٥)، ورد العوض؛ لأن حق الشفعة ليس^(٦) بحق متقرر في المحل^(٧)، بل هو مجرد حق التملك، فلا يصح الاعتياض عنه، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط، فبالفاسد أولى، فيبطل الشرط ويصح الإسقاط. وكذا^(٨) لو باع شفيعته بمال؛ لما بينا^(٩)، بخلاف القصاص^(١٠)؛ لأنه حق متقرر^(١١)، وبخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن

(١٤) أى حالة الاختيار.

(١) أى بطلت شفيعته.

(٢) أى طلب طلب الموائبة وترك طلب التقرير والإشهاد. (٤)

(٣) فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها.

(٤) قوله: "على عوض" إشارة إلى أن الصلح إن كان على بعض الدار صح، ولم تبطل الشفعة، لأن ذلك على وجهين: أحدهما: أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن، وفيه الصلح جائز لفقد الأعراض. والثاني: أنه يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن، والصلح فيه لا يجوز؛ لأن حصته مجهولة، وله الشفعة لفقد الأعراض. (عناية)

(٥) قوله: "بطلت شفيعته" أما بطلان الشفعة فلأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل؛ لأنه مجرد حق التملك، وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه، وأما رد العوض فلأن حق الشفعة إسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط، يعنى الشرط الملائم، وهو أن يتعلق إسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال، مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار، على إن أجزتها، أو أعزتها، فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال أولى.

والفاصل بين الملائم وغيره إن ما كان فيه توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالإجارة والإعارة والتولية ونحوها فهو ملائم؛ لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه، وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم؛ لأنه إعراض عن لازم الأخذ وإذا لم يتعلق بالشرط، وقد وجد الإسقاط، بطل الشرط وصح الإسقاط. (ع)

قوله: "بطلت" هذا إذا كان بعد البيع، وأما قبل البيع فلا؛ لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح، وبعده تسقط بالإسقاط، علم بالسقوط أو لم يعلم؛ لأنه لا يعذر بالجهل فى دار الإسلام. (زيلعى)

(٦) نيست مر شفيع راحقى وملكى ثابت در محل متناز ٤ فيه. (٤)

(٧) قوله: "بحق متقرر" كحق الاصطياد فى الصيد، والحق المتقرر كالمالك فى المملوك. (أعظمى)

(٨) يعنى أنها تبطل. (٤)

(٩) قوله: "لما بينا" من أن حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل، حتى يصح الاعتياض عنه، فكان إعراضاً، وقيل: هذا إذا باع من البائع أو المشتري؛ لأنه إعراض عن الشفعة، أما إذا باع من الأجنبية يبطل العوض، ولا يبطل الشفعة؛ لأنه تحقيق الشفعة وتقريرها. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف القصاص [فإن الصلح عنه يجوز]" أى فإن قيل: حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل حتى يصح الاعتياض عنه، كحق القصاص والطلاق والعتاق فى كونها غير أموال، والاعتياض عنها صحيح.

أجاب عنه بقوله: بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله، فهو متقرر، وغيره غير متقرر، واعتبر ذلك فى الشفعة والقصاص، فإن نفس القاتل كانت مباحة فى حق من له القصاص،

ملك في المحل^(١).

ونظيره إذا قال^(٢) للمخيرة: اختارني بألف، أو قال العين لامرأته: اختاري ترك الفسخ بألف، فاختارت^(٣) سقط الخيار^(٤)، ولا يثبت العوض^(٥)، والكفالة بالنفس^(٦) في هذا^(٧) بمنزلة الشفعة في رواية^(٨). وفي أخرى^(٩): لا تبطل الكفالة^(١٠) ولا يجب المال، وقيل: هذه رواية في الشفعة^(١١)، وقيل: هي^(١٢) في الكفالة خاصة، وقد عرف^(١٣) في موضعه^(١٤).

قال: وإذا مات الشفيع^(١٥) بطلت شفيعته^(١٦)، وقال الشافعي: تورث عنه^(١٧).

وبالصلح حصل له العصمة في دمه، فكان حقاً متقراً، وأما في الشفعة فإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد، فلم يكن حقاً متقراً. (٤)

(١١) قوله: "لأنه [قصاص] حق متقرر إلخ" في المحل، ولهذا يستوفيه وينفرد به، ألا ترى أن للولي أن يقتله بغير قضاء ولا رضاء، ولو لا ذلك لما تمكن من ذلك. (زيلعي)

(١) أى الاعتياض عن الطلاق والعتاق.

(٢) الزوج.

(٣) أى فاختارت المخيرة الزوج، ومرة العين ترك الفسخ. (٤)

(٤) الذى كان للمخيرة.

(٥) قوله: "ولا يثبت العوض إلخ" لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد، فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل، وهو لا يجوز. (٤)

(٦) أى صالح الكفيل بالنفس وأعطى شيئاً للمكفول له على أن يترك المطالبة من الكفيل.

(٧) أى فى بطلان الكفالة والعوض. (٤)

(٨) قوله: "فى رواية" أى رواية أبى حفص، قيل وعليه الفتوى، ووجهه أن حق الكفيل فى الطلب، وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه. (٤)

(٩) وهى رواية أبى سليمان. (ن)

(١٠) قوله: "لا تبطل الكفالة" والفرق بينها وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط إلا بتمام الرضا، ولهذا لا يسقط بالسكوت، وتمام الرضا إنما يتحقق إذا وجب المال، فأما حق الشفعة فليس كذلك؛ لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به. (٤)

(١١) قوله: "هذه رواية إلخ" أى رواية أبى سليمان فى الكفالة تكون رواية فى الشفعة أيضاً، حتى لا يسقط الشفعة بالصلح على مال، ولا يجب المال. (٤)

(١٢) أى هذه الرواية المذكورة. (٤)

(١٣) يعنى لا يبطل الكفالة بالصلح على مال، وتبطل الشفعة بالصلح على مال. (٤)

(١٤) أى فى "المبسوط". (٤)

(١٥) أى بعد طلب الشفعة وإثباتها بطلين. (٤)

(١٦) وليس لورثته أن يأخذوها. (٤)

(١٧) قوله: "تورث عنه" فإن عنده كما تورث الأملاك، فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال، وما لا يعتاض فى ذلك، سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث، فإن حاجة الوارث كحاجة المورث، ونحن نقول: مجرد

قال رضى الله تعالى عنه ^(١): معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة، أما إذا مات بعد قضاء القاضى ^(٢) قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته، وهذا نظير الاختلاف ^(٣) فى خيار الشرط ^(٤)، وقد مر فى البيوع، ولأنه بالموت يزول ملكه عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاءه للشفيع إلى وقت القضاء شرط ^(٥)، فلا يستوجب الشفعة بدونه ^(٦).

وإن مات المشتري لم تبطل ^(٧)؛ لأن المستحق باقٍ ^(٨)، ولم يتغير سبب حقه، ولا يباع ^(٩) فى دين المشتري ووصيته، ولو باعه القاضى ^(١٠)، أو الوصى، أو أوصى المشتري فيها بوصية، فللشفيع أن يبطله، ويأخذ الدار ^(١١)؛ لتقدم حقه، ولهذا ينقض ^(١٢) تصرفه ^(١٣) فى حياته.

قال ^(١٤): وإذا باع الشفيع ^(١٥) ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت

الراى والمشية لا يجرى فيه الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد موته ليخلف الوارث فيه، والثابت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك. (ك)

(١) أى المصنف.

(٢) بالشفعة.

(٣) قوله: "وهذا نظير الاختلاف الخ" أى لا يورث خيار الشرط عندنا، وعند الشافعى يورث، فكذلك فى الشفعة، ووجه الالتحاق به ما ذكره فى الإيضاح أن الثابت للشفيع حق أن يملك، فظهر أثر هذا الحق فى أن يتخير بين أن يأخذ وبين أن لا يأخذ، والإرث لا يجرى فى الخيار. (ك)

(٤) فإنه إذا مات من له الخيار بطل خياره، وقال الشافعى: يورث عنه.

(٥) لاستحقاق الشفعة.

(٦) وقد زال ملك الميت عند الأخذ، وحدث ملك الوارث بعد البيع. (زبلى)

(٧) الشفعة.

(٨) قوله: "لأن المستحق باقٍ" بخلاف موت الشفيع، فإن السبب الذى كان يأخذ به الشفعة يزول بموته، وهو ملكه، وقيام السبب إلى وقت الأخذ شرط، ولهذا لو باع ملكه قبل أن يأخذ المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة، فكذا إذا زال بموته، والثابت للوارث جواراً، أو شركة حادث بعد البيع، فلا يستحق به الشفعة. (ك)

(٩) قوله: "ولا يباع فى دين" يعنى لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع؛ لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري. (٤)

(١٠) فى دين المشتري الميت.

(١١) المبيعة.

(١٢) قوله: "ولهذا [لتقدم حق الشفيع] ينقض الخ" تصرفه فى حياته، أى حتى المسجد والمقبرة والوقف. (ت)

(١٣) مشتري.

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) بيعاً باتاً.

شفعته^(١١)؛ لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك، وهو الاتصال بملكه، ولهذا^(١٢) يزول به^(١٣)، وإن^(١٤) لم يعلم بشراء المشفوعة^(١٥)، كما إذا سلم صريحاً^(١٦)، أو أبرأ عن الدين^(١٧)، وهو لا يعلم به، وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له؛ لأنه^(١٨) يمنع الزوال، فبقي الاتصال.

قال^(١٩): ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له، ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة والأصل^(٢٠) أن من باع أو بيع له لا شفعة له، ومن اشترى، أو ابتاع له فله الشفعة؛ لأن الأول^(٢١) بأخذ المشفوعة يسعى^(٢٢) في نقض ما تم من جهته^(٢٣)، وهو البيع، والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة؛ لأنه مثل الشراء^(٢٤)، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع^(٢٥)، وهو الشفيع^(٢٦)، فلا شفعة له^(٢٧).

(١) قوله: "بطلت شفيعته إلخ" فإن بقاء ما يشفع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة، وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. (عناية)

(٢) أى ولأن زوال السبب يبطل. (٤)

(٣) أى يبيع ما يشفع به. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) لأن العلم بالمسقط ليس بشرط الصحة للإسقاط. (٤)

(٦) قوله: "كما إذا سلم صريحاً" أى إذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع، وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز، سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً؛ لأنه إسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق. (ك)

قوله: "كما إذا سلم صريحاً أو أبرأ عن الدين" وطولب بالفرق بينهما، وبين ما إذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري، أو استأجرها منه، فإن علم بالشراء سقطت، وإلا فلا، وأجيب بأن المساومة والإجارة لم توضعا للتسليم، وإنما تسقط بهما للدلتاهما على رضا الشفيع، والرضى بدون العلم غير متحقق، بخلاف التسليم الصريح والإبراء. (عناية)

(٧) قوله: "أبرأ عن الدين" يعنى لو أبرأ رب الدين المديون، وهو لا يعلم بأن له عليه ديناً يصح الإبراء. (ك)

(٨) أى لأن الخيار للشفيع البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

(٩) أى القدرى. (عنى)

(١٠) أى الأمر الكلى.

(١١) أى من باع أو بيع له. (ك)

(١٢) قوله: "يسعى في نقض" أما البائع فلأنه بائع حقيقة، وأما الوكيل فتمام البيع به أيضاً؛ لأنه لو لا توكيله لما جاز بيعه. (ك)

(١٣) قوله: "في نقض" لأن البيع تملك، والأخذ بالشفعة تملك، وكذا البيع يوجب التسليم، والأخذ بنافيه. (ت)

(١٤) قوله: "لأنه مثل الشراء" فلا يصير ساعياً في نقض ما تم منه. [ك] أى في كونه رغبة في المشفوعة، والشفعة إنما تبطل بالرغبة عنها. (٤)

(١٥) قوله: "وكذلك" أى كوكيل البائع، لو ضمن المشتري بالدرك رجلاً عن البائع، وهو الشفيع، فلا شفعة له؛ لأن تمام البيع إنما كان من جهته من حيث إنه لم يرض المشتري إلا بضمانه، فكان الأخذ بالشفعة سعيّاً في نقض ما تم من جهته. (٤)

وكذلك إذا باع، وشرط الخيار لغيره، فأمضى المشروط له الخيار البيع، وهو الشفيع^(١)، فلا شفعة له؛ لأن البيع تم بإمضاءه^(٢)، بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري^(٣).

قال^(٤): وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم^(٥)، ثم علم أنها بيعت بأقل، أو بحنطة، أو شعير قيمتها ألف، أو أكثر^(٦)، فتسليمه باطل، وله الشفعة؛ لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول^(٧)، ولتعذر الجنس الذي بلغه، وتيسر ما بيع به في الثاني؛ إذ الجنس^(٨) مختلف. وكذا كل مكيل، أو موزون، أو عددي متقارب^(٩)، بخلاف^(١٠) ما إذا علم^(١١) أنها بيعت بعرض قيمته ألف، أو أكثر؛ لأن الواجب فيه القيمة^(١٢)، وهي دراهم أو دنانير، وإن بان^(١٣) أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف، فلا شفعة له، وكذا إذا كانت^(١٤) أكثر، وقال زفر رحمه الله^(١٥): له الشفعة

(١٦) أي الضامن.

(١٧) لأن ضمان الدرك تقرير للبيع، فكان ضامناً منه كالبائع. (ك)

(١) أي المشروط له بالخيار.

(٢) فإن تمام البيع بإجازة من شرط له البائع الخيار. (ك)

(٣) قوله: "بخلاف الخ" أي لو اشترى المشتري الخيار للشفيع، فأمضى الشفيع البيع، لم يبطل شفيعته، يريد به إذا طلب الشفعة قبل الإجازة؛ لأنه بمنزلة المشتري من وجه؛ لأنه وكيل عن المشتري في الإجازة، والمشتري من كل وجه كان له الشفعة، فكذا المشتري من وجه. (غن)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) الشفعة.

(٦) أو أقل، كذا في "النهاية".

(٧) قوله: "إنما سلم لاستكثار الخ" فإذا ظهر الأقل من ذلك بطل تسليمه، قال في "النهاية": كأنه قال: سلمته إن كان الثمن ألفاً لتسليم مشروط ينتفى بانتفاء شرطه، بخلاف ما إذا ظهر أكثر من الألف، فإن مستكثر الألف أكثر استكثاراً للأكثر، فكان التسليم صحيحاً. (ع)

(٨) أي لا اختصاص بالحنطة والشعير.

(٩) لكونه في معنى المكيل. (ع)

(١٠) حيث لا يبطل تسليمه. (ك)

(١١) أي ثانياً.

(١٢) قوله: "لأن الواجب فيه [أي فيما إذا باع بعرض] الخ" فصار كما لو قيل: بيعت بألف فسلم، ثم ظهر أكثر من ذلك، ولو كان قيمة العرض أقل من ذلك لم يصح التسليم. (ع)

(١٣) أي ثانياً.

لاختلاف^(١) الجنس^(٢)، ولنا أن الجنس متحد^(٣) في حق الثمنية^(٤).

قال^(٥): وإذا قيل له: إن المشتري فلان، فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة؛ لتفاوت الجوار^(٦)، ولو علم^(٧) أن المشتري هو مع غيره، فله أن يأخذ نصيب غيره؛ لأن التسليم لم يوجد في حقه^(٨)، ولو بلغه شراء النصف فسلم، ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة؛ لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة، وفي عكسه^(٩) لا شفعة في ظاهر الرواية^(١٠)؛ لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه.

فصل^(١١)

قال^(١٢): وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيح فلا شفعة له؛ لانقطاع الجوار، وهذه حيلة^(١٣)، وكذا إذا وهب^(١٤) منه هذا المقدار وسلمه

(١٤) أي قيمة الدنانير.

(١٥) قوله: "وقال زفر الخ" وذكر الاختلاف في الأسرار بين علماءنا الثلاثة، قال: إذا قبل الشفيح الشراء بألف درهم فسلم، فإذا بدنانير تساوى ألفاً كان له أن يطلب عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: بطلت شفعة استحساناً؛ لأنه جنس واحد في حق التجارات وضمانها. وجه القياس أن الإنسان قد يتيسر عليه الشراء بأحدهما دون الآخر، والرضا بأحدهما لا يدل على الرضا بالآخر، وإن كان الجنس واحداً، فإنه لو رضى بدراهم جيداً، فإذا هي غلته كان له الطلب. (ك)

(١) بدليل حل التفاضل. (كافي)

(٢) أي جنس الدرهم تخيف جنس الدينار.

(٣) ولهذا يضم في الزكاة. (كافي)

(٤) وكلامنا فيها.

(٥) أي القدروري. (عيني)

(٦) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره. (٤)

(٧) ثانياً.

(٨) غير.

(٩) قوله: "وفي عكسه" أي لو أخبر بشراء الكل فسلم، ثم ظهر أنه اشترى النصف، فلا شفعة، قال: شيخ الإسلام: هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، بأن أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بألف، فأما إذا أخبر أنه اشترى الكل بألف، ثم ظهر أنه اشترى النصف بخمسائة، يكون على شفخته. (ن)

(١٠) قوله: "في ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبي يوسف على عكس هذا؛ لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون الجميع، وقد يكون له حاجة إلى النصف، ليتم به مرافق ملكه، ولا يحتاج إلى الجميع. (٤)

(١١) قوله: "فصل" لما كانت الشفعة تسقط في بعض الأحوال، علم تلك الأحوال في هذا الفصل؛ لأنه يحتمل أن يكون الجار فاسقاً يتأذى به، وفي استعمال الحيلة؛ لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار، فاحتيج إلى بيانه. (ن)

(١٢) القدروري. (عيني)

(١٣) لإسقاط الشفعة.

إليه؛ لما بينا^(١).

قال^(٢): وإذا ابتاع منها^(٣) سهما^(٤) بثمن، ثم ابتاع بقيتها، فالشفعة للجار في السهم الأول دون الثاني^(٥)؛ لأن الشفيع^(٦) جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك^(٧)، فيتقدم عليه، فإن أراد الحيلة^(٨) ابتاع السهم بالثمن^(٩) إلا درهما مثلاً، والباقي بالباقي^(١٠)، وإن ابتاعها^(١١) بثمن، ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه^(١٢)، فالشفعة بالثمن دون الثوب؛ لأنه^(١٣) عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار. وقال^(١٤): وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة، فيباع^(١٥) بأضعاف قيمته، ويعطى بها ثوب^(١٦) بقدر قيمته، إلا أنه لو استحقت المشفوعة^(١٧)، يبقى كل الثمن

(١٤) أى وهب المالك المشتري.

(١) إشارة إلى قوله: "لانتقطاع الجوار".

(٢) القدورى. (عيني)

(٣) دار.

(٤) كالثلث.

(٥) قوله: فالشفعة [مبتدأ] للجار [خبر] إلخ" وفي "المستصفي شرح النافع" للعلامة النسفي، تأويل المسألة إذا بلغه بيع سهم منها فرده، أما إذا بلغه البيعان فله الشفعة، وتعليل هذه المسألة بقوله: "لأن الشفيع جار فيهما، إلا أن المشتري في الثاني شريك، فيقدم عليه؛ ليقضى الإطلاق، وعلى هذا عبارة عامة الكتب. (ك) قوله: "فالشفعة" أى همسايه شفيع مى شود در حصه كه اول خريد آن رانه در بقيه خانه. (فارسى)

(٦) الجار.

(٧) قوله: "إلا أن المشتري في الثاني شريك إلخ" لأنه حين اشترى الباقي كان شريكاً بشراء الجزء الأول، واستحقاق الشفيع الجزء الأول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة؛ لكونه في ملكه بعد، فيتقدم على الجار. (٤)

(٨) قوله: "فإن أراد الحيلة إلخ" وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع، والأول إلى الإبطال. (غن)

(٩) أى بكل الثمن.

(١٠) قوله: "والباقي بالباقي" فلا يرغب الجار في الأول لكثرة الثمن، ولا حق له فيما بقي؛ لأنه صار شريكاً، وهو مقدم على الجار. (ك)

(١١) دار.

(١٢) ثمن.

(١٣) أى لأن دفع الثوب.

(١٤) أى المصنف. (عيني)

(١٥) المبيع.

(١٦) أى يبدل أضعاف قيمته.

(١٧) قوله: "إلا أنه إلخ" استثناء من قوله: وهذه حيلة أخرى، يعنى أنها حيلة عامة، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار. (عناية)

على مشتري الثوب^(١)؛ لقيام البيع الثاني^(٢)، فيتضرر به^(٣). والأوجه أن يباع^(٤) بالدرهم^(٥) الثمن دينار حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف^(٦)، فيجب رد الدينار لا غير^(٧). قال^(٨): ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف، وتكره عند محمد؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، ولو أبحنا الحيلة^(٩) ما دفعناه. ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق، فلا يعد ضرراً^(١٠)، وعلى هذا الخلاف الحيلة^(١١) في إسقاط الزكاة.

مسائل متفرقة^(١٢)

قال^(١٣): وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم، وإن اشتراها^(١٤) رجل من خمسة أخذها^(١٥) كلها، أو تركها.

(١) أي بائع الدار.

(٢) أي بيع الثوب.

(٣) قوله: "فيتضرر به [البائع]" أي يتضرر مشتري الثوب الذي هو بائع الدار، برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار، ولا يتمكن البائع من رد الثوب، إلا برضاء المشتري، فعسى لا يرضاه. (٤) قوله: "والأوجه أن يباع إلخ" تقريره: إذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم، يبيعها بعشرين ألفاً، ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير مثلاً، فلو أراد الشفيع أن يأخذها، يأخذها بعشرين ألفاً، فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري، لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً، إنما يرجع بما أعطاه؛ لأنه إذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار، فيبطل الصرف. (٤)

(٥) فيكون صرفاً بما في ذمته من الدرهم. (زيلعي)

(٦) قوله: "يبطل الصرف [للافتراق قبل القبض. زيلعي]" زیرا چه تقابض بدلين که شرط است در بیع صرف یافته نشد درین صورت بجهت آنکه معلوم گردید که واجب نبود بر مشتری بهای خانه که بعضی آن دینار خریده بود.

(٧) قوله: "فيجب رد الدينار لا غير" لأنه تبين أنه لم يكن في ذمة المشتري ألف ثمن الدار، فلم يصبر قابضاً في المجلس؛ لكونه في ذمته، فيبطل الصرف، فلا يلزمه إلا رد الدينار، فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشر دين، ثم تصادقا أن لا دين عليه، فإنه يرد الدينار كذا ههنا. بخلاف ما إذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الثمن، وهو أضعاف قيمة الثوب، فلو استحققت الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب على بائع الدار؛ لأن باستحقاق الدار المشفوعة لا يبطل المبيعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعه في الثوب، ويثبت باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البائع، فيتضرر بذلك بائع الدار، ولا يقال: باستحقاق الدار المشفوعة، يعلم أن بيع الثوب كان بلا ثمن، فيكون البيع فاسداً، فلا يتضرر مشتري الثوب؛ لأنه لا يطالب بثمن الثوب؛ لأننا نقول: البيع يحتاج إلى ذكر الثمن لا إلى وجوده، ولهذا قلنا: لو باع عبداً بما عليه من الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع في العبد. (ك)

(٨) أي القدوري (عيني)

(٩) في دفعه.

(١٠) قوله: "فلا يعد ضرراً" لأنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشرور، وإن كان غيره يتضرر في ضمنه. (ت)

(١١) فإنه لا يكره عند أبي يوسف، وعند محمد رح يكره. (عيني)

(١٢) قوله: "مسائل متفرقة" ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب، كما هو المعهود في ذلك. (٤)

(١٣) أي محمد في "الجامع". (عيني)

والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري^(١)، فيتضرر به^(٢) زيادة الضرر، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة. ولا فرق في هذا^(٣) بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده، هو الصحيح^(٤)، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم^(٥) إذا نقد ما عليه، ما لم ينقد الآخر حصته، كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين^(٦). بخلاف ما بعد القبض، لأنه سقطت يد البائع، وسواء سمي لكل بعض ثمننا، أو كان الثمن جملة؛ لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن^(٧)، وههنا تفريعات ذكرناها في "كفاية المنتهي"^(٨).

قال^(٩): ومن اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري^(١٠) أو يدع؛ لأن القسمة من تمام القبض^(١١)؛ لما فيها من تكميل الانتفاع، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة، والشفيع لا ينقض القبض^(١٢)،

(١٤) دار.

(١٥) الشفيع.

(١) قوله: "تتفرق الصفقة" فلا يملك لما فيه من تبعض ملكه، وإنه في الأعيان المجتمعة عيب. (عن)

(٢) قوله: "فيتضرر به [أى بتفرق الصفقة عليه] زيادة الضرر إلخ" فإن أخذ الملك منه ضرر، وضرر التشقيص زيادة على ذلك، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، فلا يشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً. (٤)

(٣) قوله: ولا فرق في هذا" أى في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما، إذا كان قبل قبض المشتري

الدار أو بعده. (٤)

(٤) قوله: "هو الصحيح" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فرق فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له

ذلك، وبعد القبض له ذلك؛ لأنه متى أخذ نصيب أحدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفرق اليد، بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لم يبق يد البائع، ويقع التملك على المشتري، وقد أخذ منه جميع ملكه، فلا تفريق. (ك)

(٥) مشتريين.

(٦) قوله: بمنزلة أحد المشتريين" يعنى أن أحد المشتريين إذا نقد ما عليه من الثمن، ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار

حتى ينقد الآخر ما عليه من الثمن، فكذلك ههنا لما نقد الشفيع نصيب أحدهم ليس له أن يأخذ نصيبه من الدار ما لم ينقد الآخرون بقية الثمن إذا كانت الدار غير مقبوضة. (غاية البيان)

(٧) قوله: "لتفرق الصفقة" حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً، والبائع اثنين،

واشترى نصيب كل واحد سهم بصفقة على حدة، كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة؛ لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك. (عناية)

(٨) وقد ذكرها الكرخي في "مختصره". (عيني)

(٩) أى محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "أخذ الشفيع إلخ" وليس له أن ينقض القسمة، بأن يقول للمشتري: ادفع إلى البائع حتى آخذ منه،

سواء كانت القسمة بحكم القاضى، أو بغيره. (٤)

(١١) لما عرف أن قبض المشاع فيما يحتمل القسمة قبض ناقص. (ك)

وإن^(١) كان له نفع فيه^(٢) بعود العهدة على البائع، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه^(٣).
 بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة، وقاسم المشتري^(٤)
 الذى لم يبيع^(٥) حيث يكون للشفيع نقضه^(٦)؛ لأن العقد^(٧) ما وقع مع الذى
 قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد^(٨)، بل هو تصرف
 بحكم الملك، فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه^(٩) وهبته^(١٠).
 ثم إطلاق الجواب فى الكتاب^(١١) يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار
 للمشتري فى أى جانب كان^(١٢)، وهو المروى عن أبى يوسف؛ لأن المشتري لا يملك
 إبطال حقه بالقسمة. وعن أبى حنيفة أنه^(١٣) إنما يأخذه^(١٤) إذا وقع فى جانب الدار التى
 يشفع بها؛ لأنه^(١٥) لا يبقى جاراً فيما يقع فى الجانب الآخر.
 قال^(١٦): ومن باع داراً وله عبد مأذون^(١٧) عليه دين^(١٨)، فله الشفعة، وكذا إذا

(١٢) قوله: "الشفيع لا ينقض القبض" أى إذا قبض المشتري المبيع يأخذ الشفيع من المشتري، ولا يملك أن ينقض
 قبض المشتري المبيع، فرده إلى البائع ويأخذ منه؛ لتكون العهدة عليه، فكذا لا ينقض قسمته؛ لأنها من تمام القبض. (ك)
 قوله: "لا ينقض القبض [ليعيد الدار إلى البائع. ع]" وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع، فكما لا يملك
 نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته. (زيلعى)

(١) الواو وصلية.

(٢) أى فى نقض القبض.

(٣) قبض.

(٤) قوله: "وقاسم المشتري إلخ" أى قاسم المشتري مع الشريك الذى لم يبيع كان للشفيع نقضه؛ لأن هذه
 القسمة لم تجز بين العاقدين، فلا يمكن جعلها قبضاً بحكم العقد، فجعلت مبادلة، وللشفيع أن ينقض المبادلة. (كافى)
 (٥) مفعول لقاسم.

(٦) قسمة.

(٧) بيع.

(٨) قوله: "فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم إلخ" لأن القسمة مع غير العاقد ليس من تمام القبض
 المستحق بالعقد، إنما هو تصرف باشره بحكم الملك. (كافى)

(٩) مشتري.

(١٠) مشتري.

(١١) قوله: "ثم إطلاق الجواب فى الكتاب [أى فى "الجامع الصغير". ع]" وهو قوله أخذ الشفيع النصف الذى
 صار للمشتري. (ك)

(١٢) أى بجواره أو غيره.

(١٣) شفيع.

(١٤) نصف.

(١٥) شفيع.

(١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن، فينزل منزلة الشراء^(١)، وهذا لأنه مفيد؛ لأنه يتصرف للغرماء، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين^(٢)؛ لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له^(٣).

قال^(٤): وتسليم الأب والوصى الشفعة على الصغير جائز^(٥) عند أبي حنيفة

وأبي يوسف، وقال محمد وزفر رحمهم الله تعالى: هو على شفעתه إذا بلغ قالوا^(٦): وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما^(٧) شراء دار بجوار دار الصبي، فلم يطلبوا الشفعة^(٨)، وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل^(٩) بطلب الشفعة^(١٠) في رواية كتاب الوكالة^(١١)، وهو الصحيح^(١٢). لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك^(١٣) إبطاله كديته وقوده^(١٤)؛ ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به.

(١٧) وهو شفيعها. (كافى)

(١٨) يحيط برقبته. (زيلعى)

(١) قوله: "فينزل منزلة الشراء" لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه يجوز إذا كان على العبد دين؛ لأنه يفيد ملك اليد، فكذا الأخذ بالشفعة. (كافى)

(٢) فليس لمولاه الشفعة.

(٣) قوله: "ولا شفعة لمن إلخ" بخلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتيع له، ومن ابتاع أو ابتيع له لا يبطل شفעתه. (ت)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) قوله: "وتسليم الأب والوصى إلخ" قد ذكرنا أن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير؛ لاستواءهم فى سببه، فيقوم بالطلب والأخذ من يقوم مقامهم شرعاً فى استيفاء حقوقه، وهو الأب، ثم وصيه، ثم جده أبو أبيه، ثم وصيه، ثم الوصى الذى نصبه القاضى، فإن لم يكن أحد من هؤلاء، فهو على شفעתه إذا أدرك، فإن ترك هؤلاء الطلب بعد الإمكان، أو سلم بعد الطلب سقطت. (٤)

(٦) المشايخ.

(٧) الأب والوصى.

(٨) أى تركا.

(٩) قوله: "وعلى هذا الخلاف تسليم إلخ" فيصح التسليم، لكن عند أبي حنيفة إذا كان فى مجلس القاضى؛ لأن الوكيل يطلبها يقوم مقام الموكل فى الخصومة، ومحلها مجلس القاضى، وعند أبي يوسف فيه وفى غيره؛ لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً، وعند محمد وزفر حينئذ لا يصح منه التسليم أصلاً. (٤)

(١٠) الباء متعلق بالوكيل لا بالتسليم. (نهاية)

(١١) من "المبسوط".

(١٢) قوله: "وهو الصحيح" احتراز عما روى أن محمداً مع أبي حنيفة فى جواز تسليم الوكيل الشفعة، خلافاً

لأبي يوسف. (٤)

(١٣) الأب والوصى.

(١٤) أى إذا كان دية الصغير وقوده على رجل لا يملك إبطاله.

ولهما أنه في معنى التجارة^(١) فيملك^(٢) تركه، ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبى صح رده من الأب والوصى، ولأنه دائر بين النفع والضرر^(٣)، وقد يكون النظر في تركه؛ ليبقى الثمن على ملكه^(٤)، والولاية نظرية فيملكه^(٥)، وسكوتها كما بطلت^(٦)؛ لكونه^(٧) دليل الإعراض، وهذا^(٨) إذا بيعت بمثل قيمتها^(٩)، فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه^(١٠)، قيل: جاز التسليم بالإجماع^(١١)، لأنه تمحض نظراً، وقيل: لا يصح بالاتفاق^(١٢)؛ لأنه^(١٣) لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم كالأجنبي^(١٤)، وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة^(١٥) كثيرة. فعن أبي حنيفة^(١٦) أنه لا يصح التسليم منهما أيضاً^(١٧)، ولا رواية عن أبي يوسف، والله أعلم.

(١) قوله: "أنه [أي أن الأخذ بالشفعة] في معنى التجارة" بل عينها، ألا ترى أنه مبادلة المال بالمال. (ت)

(٢) الأب والوصى.

(٣) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود. (نهاية)

(٤) قوله: "ليبقى الثمن" فيحمل على أن يكون الترك أنفع بإبقاء الثمن على ملك الصغير، فيملكه كالأخذ، بخلاف القود وأختيه، فإنه إبطال بغير عوض، وههنا إبطال بعوض يقابله، وهو الثمن، فلا يعد ضرراً. (زيلعي)

(٥) ترك.

(٦) قوله: "وسكوتها [الأب والوصى] إلخ" لما كان ما ذكر من الدليل مختصاً بالتسليم، أردفه بقوله:

وسكوتها إلخ. (٤)

(٧) سكوت.

(٨) أي هذا الخلاف.

(٩) أو الغبن اليسير من المثل. (٤)

(١٠) أي بغبن فاحش. (٤)

(١١) من غير خلاف بين زفر ومحمد رحمهما الله تعالى. (٤)

(١٢) هذا هو الأصح. (ك)

(١٣) أي لأن الأب والوصى.

(١٤) فيكون الصبي على حقه إذا بلغ. (٤)

(١٥) محاباة: فروغداشت كردن. (من)

(١٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم إلخ" وإذا لم يصح التسليم عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضاً؛

لأنهما لم يريا تسليمهما فيما إذا بيعت بمثل الثمن، فإن لا يريا إذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى، وإنما خص قول أبي حنيفة بالذكر؛ لأن المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة، ولهما ولاية الامتناع عن التجارة في مال الصغير. ولكن قال: لا يصح التسليم في هذا؛ لأن تصرفهما في مال إنما يكون بالتي هي أحسن، وليس تركهما ههنا كذلك، ولهذا المعنى أيضاً خص قول أبي يوسف بقوله: "ولا رواية عن أبي يوسف" لأنه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها. (٤)

(١٧) الأب والوصى.

كتاب القسمة^(١)

قال^(٢): القسمة^(٣) فى الأعيان المشتركة مشروعة؛ لأن النبى عليه السلام باشرها^(٤) فى المغام والموارىث، وجرى التوارث بها من غير نكير*، ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة^(٥)، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذه عوضاً عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه، فكان مبادلة وإفرازاً^(٦). والإفراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات^(٧)، لعدم التفاوت^(٨)، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه^(٩) حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه^(١٠) فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض^(١١) للتفاوت^(١٢)، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو

(١) قوله: "كتاب القسمة" أورد القسمة عقيب الشفعة؛ لأن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع، فإن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه، باع ووجب عنده الشفعة، وقدم الشفعة؛ لأن بقاء ما كان على ما كان أصل. (منح الغفار)

(٢) أى المصنف. (عبنى)

(٣) قوله: "القسمة" وهى فى اللغة: اسم للاقتسام كالتقديرة للاقتداء، وفى الشريعة: جمع النصيب الشائع فى مكان معين، وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلو، وركنه ما يحصل به الإفراز والتمييز بين التصيين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المزروعات والعد فى المعدودات، وشرطها أن لا يفوت منفعتها بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما. (٤)

(٤) قوله: "باشرها" ولقوله تعالى: ﴿وَبَيْعُهُمْ أَنِ الْمَاءِ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ (زيلعى)، كما هو مشحون فى كتب الحديث [أما قسمته فى الغنائم فقد ذكرناها فى كتاب السير، وأما قسمته فى الموارىث فقد أخرج النسائى والبخارى والحاكم وأبو داود والترمذى. (عبنى)]

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٨، والدراية ج ٢، الحديث ٨٩٦ ص ٢٠٤. (نعيم)

(٥) قوله: "ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة" سواء كانت فى ذوات الأمثال، أو فى غير ذوات الأمثال. (٤)

(٦) قوله: "فكان مبادلة وإفرازاً" لأنه ما من جزء إلا وهو مشتمل على التصيين، فكان ما يأخذ كل واحد منهما نصف ملكه، ولم يستفد من صاحبه، فكان إفرازاً، والنصف الآخر كان لصاحبه، فصار له عوضاً عما فى يد صاحبه فكان مبادلة. (ك)

(٧) والعدديات المتقاربة. (زيلعى)

(٨) قوله: "لعدم التفاوت" أى بين أبعاض المكيلات والموزونات؛ لأن ما يأخذ مثل حقه صورة ومعنى، فأمكن أن يجعل عين حقه، ولهذا جعل عين حقه فى القرض وقضاء الدين. (كافى)

(٩) ولو كانت مبادلة يشترط رضاه. (كافى)

(١٠) أى مكيلاً أو موزوناً.

(١١) قوله: "هو الظاهر إلخ" فإن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل، لما ترك على صاحبه بيقين، فلم يكن بمنزلة

أخذ العين حكماً. (٤)

(١٢) قوله: "للتفاوت" أى بين أبعاضها، فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه. (كافى)

اشترياه^(١)، فاققسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مباحة بعد القسمة، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد^(٢)، أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجرى فيه الجبر، كما فى قضاء الدين^(٣). وهذا^(٤) لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضى إجابته^(٥)، وإن كانت أجناساً مختلفة^(٦) لا يجبر القاضى^(٧) على قسمتها؛ لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد^(٨)، ولو تراضوا عليها^(٩) جاز؛ لأن الحق لهم.

قال^(١٠): وينبغى للقاضى أن ينصب قاسماً^(١١) يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر؛ لأن القسمة من جنس عمل القضاء^(١٢) من حيث أنه يتم به قطع المنازعة، فأشبهه رزق القاضى^(١٣)؛ ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة، فتكون كفايته فى مالهم^(١٤) غرماً بالغنم.

(١) أى غير المكييل والموزون.

(٢) قوله: "إلا أنها [أى حيوانات والعروض] إلخ" جواب سؤال يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض، وفى "المغنى": فإن قيل: لو كان الرجحان للمبادلة لكان لا يجبر الآبى عليها، أى فى غير ذوات الأمثال، وبالاجماع يجبر. قلنا: يجبر على هذه المبايعه باعتبار حق مستحق للغير، ألا ترى أن المشتري يجبر على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه مبايعه، وإنما يجبر لحق الشفيع. (ك)

(٣) قوله: "كما فى قضاء الدين" فإن المقبوض ليس عين الدين، وإنما هو بدل منه، والمديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضى الدين، فجريان الجبر لا ينفى المبايعه. (مل)

(٤) إشارة إلى قوله: أجبر القاضى على القسمة إلخ. (عن)

(٥) فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره. (٤)

(٦) كالغنم والبقر الإبل.

(٧) الآبى.

(٨) قوله: "لتعذر المعادلة إلخ" لأن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة، والتراضى فى التجارة شرط

بالنص. (٤)

(٩) قسمة.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فاعل من قسم يقسم من ضرب يضرب. (عينى)

(١٢) قوله: "من جنس عمل القضاء" وليست القسمة بقضاء على الحقيقة، حتى لا يفرض على القاضى مباشرتها، وإنما الذى يفرض عليه جبر الآبى على القسمة، إلا أن لها شبهة بالقضاء من حيث إنها يستفاد بولاية القضاء، حتى ملك القاضى جيراً آبى، ولم يملك الأجنبى ذلك، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن يأخذ الأجر عليها. (ك)

(١٣) أى رزق القاسم.

قال (١): فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالأجر، معناه بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال؛ لأنه أرفق بالناس (٢)، وأبعد عن التهمة (٣).

ويجب أن يكون (٤) عدلاً مأموناً (٥) عالماً بالقسمة؛ لأنه (٦) من جنس عمل القضاء؛ ولأنه لا بد من القدرة، وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة. ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد، معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه؛ لأنه لا جبر على العقود؛ ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولو اصطلحوا (٧) فاقتموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير، فيحتاج إلى أمر القاضى؛ لأنه لا ولاية لهم عليه (٨).

قال: ولا يترك القسّم (٩) يشتركون (١٠)؛ كيلا تصير الأجرة غالية (١١) بتواكلهم (١٢)، وعند عدم الشركة يتبادر (١٣) كل منهم إليه (١٤) خيفة الفوت، فيرخص

(١٤) كالقضاة والمقاتلة والمفتين. (زيلعى)

(١) أى القدورى. (عبنى)

(٢) قوله: "لأنه أرفق بالناس إلخ" لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال، لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض. (٤)

(٣) قوله: "وأبعد عن التهمة" أى تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة. (ك)

(٤) قاسم.

(٥) قوله: "عدلاً مأموناً" ذكر الأمانة بعد العدالة، وإن كانت من لوازمها؛ لجواز أن تكون غير ظاهر الأمانة. (ك)

(٦) قسمة.

(٧) قوله: "ولو اصطلحوا إلخ" أى الشركاء لا يرفع الأمر إلى القاضى، بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو

جائز؛ لأن فى القسمة معنى المعاوضة، فيثبت بالتراضى، كما فى سائر المعاوضات، كذا فى أدب القاضى. (نهاية)

(٨) قوله: "لأنه لا ولاية لهم عليه" أى صغير، وتصرفه لا ينفذ. (زيلعى)

(٩) قوله: ولا يترك القسّم [جمع القاسم (ن)، أى بمنهم القاضى من الاشتراك. زيلعى] إلخ" أى لا يخلى القاضى

القاسمين المعينين بأنفسهم على رأيهم فى الاشتراك، بحيث لا يتجاوز أمر القسمة عنهم إلى غيرهم؛ لأنه لو عينهم فى

الاستئجار لعل القسام يكلفون زيادة على أجر المثل، فيتضرر بها المتقاسمون، بل يقول القاضى لكل واحد من المتقاسمين

استبدانت بالقسمة من غير مشاركة الآخر.

فكان كل واحد منهم ماذوناً ومجازاً بالقسمة من جانب القاضى، فحينئذ يتسارع كل من القسام إلى ما تسير من

الأجر، فيقسم الأموال المشتركة بأرخص الأجر كيلا يفوت منه ذلك وإن قل، فلا يتضرر به المتقاسمون. (نهاية)

(١٠) أى فى الأجرة والقسمة.

(١١) فيضرر الناس. (زيلعى)

(١٢) التواكل هو أن يتكل بعضهم على بعض. (نهاية)

(١٣) يتسارع.

(١٤) قسمة.

الأجر^(١). قال^(٢): وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: على قدر الأنصاء؛ لأنه مؤنة الملك^(٣)، فيتقدر بقدره^(٤)، كأجرة الكيال والوزان^(٥)، وحفر البير المشتركة، ونفقة المملوك المشترك. ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز^(٦)، وإنه لا يتفاوت^(٧)، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. بخلاف حفر البئر؛ لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت^(٨). والكيل والوزن إن كان للقسمة، قيل: هو على الخلاف^(٩)، وإن لم يكن^(١٠) للقسمة، فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت^(١١)، وهو العذر^(١٢) لو

(١) رخص - بالضم - ارزاني وارزان شذن. (م)

(٢) القدورى. (عيني)

(٣) قوله: "لأنه [أجرة] مؤنة الملك إلخ" ولأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه ومنفعة صاحب الكثير أكثر، فيكون مؤنة عليه أكثر. (زيلعى)

(٤) ملك.

(٥) قوله: "كأجرة الكيال [فإن هذه كلها على قدر الأنصاء] إلخ" يعنى إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم، فالأجرة على قدر الأنصاء، وكذلك الوزان والحافر. (ع)

(٦) قوله: "أن الأجر إلخ" تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشى على الحدود؛ لأنه لو استعان فى ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة فى مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل؛ لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصاء ويزداد دقة بقلة الأنصاء، فلعل تمييز نصيب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه، فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة، فيتعلق الحكم بأصل التمييز. (ع)

(٧) لأن تمييز الأقل من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقل. (ك)

(٨) بالقلة والكثرة.

(٩) قوله: "قيل هو على الخلاف [فلا يصح القياس، فإن المكيل والموزون يقسم بذلك، والكيال والوزان بمنزلة القسام. ك] إلخ" يعنى إذا استأجروا رجلا لكيال الحنطة المشتركة بينهم، أو لذرع ثوب مشترك بينهم، إن كان الاستئجار لأجل القسمة فالمسألة على الخلاف. (نهاية)

(١٠) قوله: "وإن لم يكن [الكيل والقسمة] للقسمة إلخ" بأن اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرأ أمينا، بأن يكيه ليصير الكل معلوم القدر، فالأجر بقدر الأنصاء. (ع)

(١١) بالقلة والكثرة.

(١٢) قوله: "وهو العذر إلخ" [والى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسى. ك] أى العذر هو أن الأجرة مقابل بعمل الكيل والوزن لو أطلق، ولا يفصل أى لو أريد إجراء المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل أنه للقسمة أولا. (ك)

قوله: "وهو العذر إلخ" أى التفاوت هو العذر أى الجواب عن قياسهما على أجرة الكيال والوزان، لو كان الأجرة تجب ثمة مطلقاً بلا تفصيل على قدر الأنصاء، فإن كيل الكثير أشق وأصعب لامحالة من القليل، وكذلك الوزان بخلاف القسام، فإن القسمة إفراز، والشريكان فيه سواء، فإذا أفز القليل أفز الكثير لا محالة، ولا بالعكس. (عن)

أطلق^(١) ولا يفصل^(٢)، وعنه^(٣) أنه على الطالب^(٤) دون الممتنع لنفعه^(٥) ومضرة الممتنع. قال^(٦): وإذا حضر الشركاء عند القاضى وفى أيديهم دار، أو ضيعة^(٧)، وادعوا أنهم ورثوها^(٨) عن فلان لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته.

وقال أصحابه: يقسمها باعترافهم، ويذكر^(٩) فى كتاب القسمة^(١٠) أنه^(١١) قسمها بقولهم، وإن كان المال المشترك ما سوى العقار^(١٢)، وادعوا أنه ميراث قسمه فى قولهم جميعاً، ولو ادعوا فى العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم. لهما أن اليد دليل الملك^(١٣)، والإقرار إمارة الصدق، ولا منازع لهم فيقسمه بينهم، كما فى المنقول الموروث، والعقار المشتري، وهذا لأنه لا منكر^(١٤) ولا بينة إلا على المنكر، فلا يفيد^(١٥) إلا أنه يذكر^(١٦) فى كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم؛ ليقصر عليهم ولا يتعداهم^(١٧).

(١) وإلى صحة رواية الإطلاق مال الإمام شمس الأئمة سرخسى. (ك)

(٢) تأكيد وبيان.

(٣) أى عن أبى حنيفة. (ن)

(٤) أى أن الأجر كله. (ع)

(٥) قوله: "دون الممتنع لنفعه [طالب] إلخ" روى الحسن عن أبى حنيفة أن الأجر على الطالب للقسمة دون الممتنع، وقال أصحابه: عليهما. له أن الطالب للقسمة إنما يطلبها لمنفعة نفسه، والممتنع إنما يمتنع لضرر يلحقه بها، فلا معنى لإيجاب الأجرة على من لا منفعة له. (ك)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "وفى أيديهم داراً أو ضيعة [زمين] إلخ" قيد بهما لأنه إذا كان فى أيديهم عروض أو شىء مما ينقل، قسم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٨) قوله: "وادعوا أنهم ورثوها [وطلبوا قسمة. ع] قيد به؛ لأنهم لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالاتفاق. (ك)

(٩) القاضى.

(١٠) أى الكتاب الذى يكتب القاضى. (ع)

(١١) القاضى.

(١٢) أى منقولاً.

(١٣) قوله: "لهما أن إلخ" يعنى أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة فى الملك، أو لتهمة فى دعواه أو لمنازع للمدعى فى دعواه، وكل من ذلك لا يتحقق؛ لأن اليد إلخ. (ع)

(١٤) لما قالوا.

(١٥) إقامة البينة.

(١٦) القاضى.

وله أن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت^(١) الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها^(٢)، ويقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت^(٣) قضاء على الميت، فالإقرار ليس بحجة عليه^(٤)، فلا بد من البينة، وهو مفيد^(٥)؛ لأن بعض الورثة ينتصب^(٦) خصماً عن المورث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث^(٧)، أو الوصي المقر بالدين، فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول^(٨)؛ لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ. أما العقار فمحض^(٩) بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده^(١٠)، ولا كذلك العقار عنده^(١١). وبخلاف المشتري^(١٢)؛ لأن المبيع لا يبقى على ملك^(١٣) البائع وإن^(١٤) لم

(١٧) قوله: "ليقتصر [التقسيم] عليهم [أى حكم القاضى] ولا يتعداهم إلخ" وذلك لأن حكم القسمة بالبينة، بخلاف حكم القسمة بالإقرار؛ لأن حكم القسمة بالبينة يتعدى إلى الغير، حتى لو ادعت أم ولد هذا الميت أو مدبره العتق، فالقاضى يقضى لهما بالعتق، ولا يكلفهما إقامة البينة على الموت، وحكم القسمة بالإقرار لا يتعدى، ألا ترى أنه لا يقضى بالعتق فى هاتين الصورتين، إلا ببينة تقوم على الموت. (ك)

(١) فى التركة.

(٢) قوله: "تنفذ وصاياه فيها [زيادة] إلخ" وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان، فولدت قبل القسمة، تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلاث، كأنه أوصى بهما. (ع)

(٣) أى القسمة.

(٤) ميت.

(٥) جواب عن قولهما فلا يفيد. (ع)

(٦) قول: "لأن بعض الورثة ينتصب [لأنه لما لم يعتبر إقراره عليه يجعل كالعدم. ك] خصماً [منكراً] عن المورث إلخ" بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه، فإن قيل: كل منهم يدعى ما يدعى صاحبه، والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه. أجاب بقوله: ولا يمتنع ذلك أى كونه خصماً بسبب إقراره، لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً، كما فى الوارث إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "كما فى الوارث إلخ" أى كما لو ادعى رجل ديناً على الميت وقدم وارثاً من ورثته إلى القاضى، فأقر له الوارث بحقه، فأراد الطالب أن يقيم البينة عند القاضى على حقه، ليكون حقه فى جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة، فإن القاضى يقبل بينته ويحكم له بدينه فى جميع مال الميت؛ لأن المدعى يحتاج إلى إثبات الدين فى حقه وحق غيره، وكذا الوصى إذا أقر بالدين تقبل البينة عليه، مع إقراره لبطلان إقراره. (ك)

(٨) جواب عن قولهما، كما فى المنقول الموروث. (ع)

(٩) محفوظ.

(١٠) قوله: "مضمون على من وقع فى يده إلخ" بعد القسمة، ففى القسمة جعله مضموناً، وفى ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبى حنيفة، فإنه لا يصير مضموناً على من وقع فى يده عنده. (ع)

(١١) لأن غصب العقار لا يتحقق عنده. (كافى)

(١٢) جواب عن قولهما: والعقار المشتري. (عناية)

(١٣) بعد البيع والتسليم. (ك)

يقسم، فلم تكن القسمة قضاء على الغير^(١١).

قال^(١٢): وإن ادّعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه^(١٣) بينهم؛ لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير؛ لأنهم ما أقرّوا بالملك لغيرهم، قال^(١٤): هذه رواية كتاب القسمة^(١٥). وفي "الجامع الصغير": أرض ادعاها رجلان، وأقاما البينة أنها في أيديهما، وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما؛ لاحتمال أن تكون لغيرهما، ثم قيل: هو قول أبي حنيفة خاصة^(١٦)، وقيل: هو قول الكل، وهو الأصح؛ لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه^(١٧)، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه، ولا ملك^(١٨)، فامتنع الجواز.

قال^(١٩): وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة^(٢٠) وعدد الورثة، والدار في أيديهم^(٢١)، ومعهم وارث غائب، قسمها القاضي بطلب الحاضرين، وينصب^(٢٢) وكيلًا يقبض نصيب الغائب، كذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه؛ لأن فيه نظراً للغائب والصغير^(٢٣)، ولا بد من إقامة البينة في هذه

(١٤) الواو وصلية

(١) بخلاف الإرث.

(٢) أي القدرى. (عينى)

(٣) القاضى.

(٤) أى المصنف. (عينى)

(٥) قوله: هذه رواية كتاب القسمة [من المسوط] يعنى القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة. (٤)

(٦) قوله: "هو قول أبى حنيفة [أى ما فى الجامع الصغير] إلخ" وعندهما يقسم بينهما؛ لأنهما يقسمان فى

الميراث بلا بينة، ففى هذا أولى. (٤)

(٧) قوله: "لأن قسمة الحفظ إلخ" يعنى أن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، قسمة لحق اليد لأجل

الحفظ والصيانة، والثانى فى العقار غير محتاج إليه؛ لأنه محفوظ بنفسه، فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام

الملك، ولا ملك بدون البينة، فامتنع الجواز. (٤)

(٨) بدون البينة.

(٩) أى القدرى. (عينى)

(١٠) أى وفاة المورث.

(١١) قوله: "والدار فى أيديهم [أى فى أيدي الحضور. ك] إلخ" والضمير فى قولهم فى أيديهم ذكر بلفظ الجمع،

وإن كان راجعاً إلى الثنية؛ لأن فى الثنية معنى الجمع. (غن)

(١٢) القاضى.

(١٣) قوله: "لأن فيه نظراً للغائب والصغير إلخ" أى بظهور نصيبهما مما فى يد الغير، فإنه بالقسمة يعزل نصيب

الغائب، فكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير. (ك)

الصورة^(١) عنده أيضاً^(٢)، خلافاً لهما كما ذكرناه من قبل^(٣).

ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم^(٤)، والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة، حتى يرد^(٥) بالعيب، ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث^(٦)، أو باع^(٧)، ويصير مغروراً بشراء المورث^(٨)، فانتصب أحدهما^(٩) خصماً عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ^(١٠)، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق. وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه^(١١) لم يقسم^(١٢)، وكذا^(١٣) إذا كان في يد مودعه^(١٤)، وكذا^(١٥) إذا كان في يد الصغير؛ لأن القسمة قضاء على الغائب^(١٦)، والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر^(١٧) عنهما، وأمين الخصم^(١٨) ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه،

(١) يعني فيما إذا كان معهما صبي عند أبي حنيفة إلخ، كما إذا كان معهما غائب. (عناية)

(٢) قوله: "عنده [أبي حنيفة] أيضاً" بل أولى؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، بقولهم: وعندهما يقسمها بينهم بإقرارهم، ويعزل حق الغائب والصغير، ويشهد أنه قسمها بإقرار الكبار الحضور، فإن الصغير أو الغائب على حجته. (كافي)

(٣) قوله: "كما ذكرنا من قبل" يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة، حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته، وقال صاحباه: يقسمها باعترافهم. (عناية)

(٤) وإن أقاموا البينة على الشراء. (٤)

(٥) عن المورث.

(٦) لف ونشر مرتب.

(٧) المورث.

(٨) قوله: "ويصير مغروراً إلخ" صورته اشترى المورث جارية ومات، واستولدها الوارث، ثم استحققت، يكون

الولد حراً بالقيمة، ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمورث. (٤)

(٩) وارثين.

(١٠) جديد. (كافي)

(١١) أي من العقار.

(١٢) وإن قامت البينة ما لم يحضر الغائب. (ك)

(١٣) أي لا يقسم.

(١٤) غائب.

(١٥) أي لا يقسم.

(١٦) بإخراج شيء مما كان في يده عن يده. (ك)

(١٧) أي نائب.

(١٨) أي المودع.

والقضاء من غير خصم لا يجوز، ولا فرق في هذا الفصل^(١) بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح^(٢)، كما أطلق^(٣) في الكتاب^(٤).

قال^(٥): وإن حضر وارث واحد لم يقسم، وإن^(٦) أقام البينة؛ لأنه لا بد من حضور خصمين؛ لأن الواحد^(٧) لا يصلح مخصصاً ومخصصاً^(٨)، وكذا مقاسماً ومقاسماً، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا^(٩).

ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً^(١٠)، نصب القاضى عن الصغير وصياً^(١١)، وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير، وموصى له^(١٢) بالثلث فيها^(١٣)، فطلبها القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه؛ لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصى عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

(١) قوله: "في هذا الفصل" إشارة إلى قوله: وإن كان العقار فى يد الوارث الغائب، أو شيء منه لم يقسم. (ك)

(٢) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما ذكر فى "المبسوط"، وإن كان شيء من العقار فى يد الصغير، أو الغائب لا يقسمها بإقرار الحضور، حتى يقوم البينة على أصل الميراث؛ لأنها قامت لإثبات ولاية القاضى فى تركة الميت فتقبل. (مل)

(٣) وهو قوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة على الإرث. (ك)

(٤) أى الجامع الصغير.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) الواو وصلية.

(٧) قوله: "لأن الواحد لا يصلح إلخ" فالحاضر إن كان خصماً عن نفسه، فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصماً عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة. (عناية)

(٨) قوله: لا يصلح مخصصاً ومخصصاً" وهذا عند أبى حنيفة؛ لأنه يحتاج إلى إقامة البينة، وقوله: مقاسماً ومقاسماً هذا عندهما؛ لأنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما، وعن أبى يوسف أن القاضى ينتصب عن الغائب خصماً، ويسمى البينة عليه، ويقسم الدار. (ك)

(٩) آنفاً.

(١٠) هذا ذكره تفريعاً على مسألة القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "نصب القاضى إلخ" وإنما ينصب القاضى عن الصغير وصياً إذا كان حاضراً، أما إذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصياً؛ لأن القاضى لا ينصب الخصم عن الغائب إلا للضرورة، ومتى كان المدعى عليه صيباً، لو وقع العجز عن جوابه لم يكن عجزاً عن إحضاره، فلا ينصب القاضى خصماً عنه فى حق الحضرة، فلم يصح الدعوى؛ لأنها لا تصح من غير مدعى عليه حاضر.

ولا كذلك إذا حضر؛ لأن الدعوى يصح عليه لكونه حاضراً، إلا أنه عجز عن الجواب، فينصب خصماً يجب عنه، بخلاف الدعوى على الميت؛ لأن إحضاره وجوابه لا يتصور، فينصب واحداً فى الأمرين جميعاً. (ك)

(١٢) ولو حضر الموصى له وحده لا يسمى بيته، ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت. (زيلعى)

(١٣) أى فى الدار.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم^(١)

قال^(٢): وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع^(٣) بنصيبه قسم بطلب أحدهم^(٤)؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها^(٥) عند طلب أحدهم، على ما بيناه من قبل^(٦). وإن كان ينتفع أحدهم، ويستضر به الآخر لقلّة نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم؛ لأن الأول منتفع به^(٧)، فاعتبر طلبه^(٨)، والثاني متعنت في طلبه^(٩) فلم يعتبر، وذكر الحصص على قلب هذا^(١٠)، لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره، والآخر يرضى بضرر نفسه.

وذكر الحاكم الشهيد في "مختصره": أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج^(١١) فيما ذكرناه^(١٢). والأصح المذكور في الكتاب^(١٣) وهو الأول، وإن كان^(١٤) كل واحد منهما^(١٥) يستضر لصغره^(١٦) لم يقسمها إلا بتراضيهما؛ لأن الجبر

(١) قوله: "فيما يقسم" لما تنوعت مسائل القسمة على هذين النوعين: أي ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها. (ن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) بعد القسمة.

(٤) جبراً على من أبي. (٤)

(٥) قسمة.

(٦) قوله: "على ما بيناه من قبل" إشارة إلى قوله: إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء؛ لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلخ. (نهاية)

(٧) أي صاحب الكثير.

(٨) قوله: "فاعتبر طلبه إلخ" لأنه طالب لأن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، وهذا منه طلب الحق والإنصاف، وإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، والقاضي نصب ناظراً لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم، ولا يعتبر تضرر الآخر؛ لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك، وإن لحقه بالتم ضرر. (زيلعي)

(٩) قوله: "والثاني [أي صاحب القليل] متعنت [أي عادم النفعة، وفي "منتهى الأرب": متعنت طلبگار خواری كسی، يقال: جاءه متعنتاً أي طالباً ذلتاً] في طلبه" أي متعنت في طلب القسمة، والقاضي يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلّة نصيبه، لا لعنى من جهة صاحب الكثير. (ك)

(١٠) قوله: "على قلب هذا" أي لو طلب صاحب القليل قسم، ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم، وذكر في بعض نسخ الخصاص مكان الحصص، والأصح هو الحصص؛ لأن الأول قول الخصاص. (عناية)

(١١) قوله: "والوجه اندرج إلخ" لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الحصص دليل الجانب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "فيما ذكرناه" وهو ما ذكر لأن الأول منتفع به، فاعتبر طلبه، وقوله: والآخر يرضى بضرر نفسه. (ك)

(١٣) قوله: "والأصح المذكور في الكتاب [أي القدوري. ع] لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم، وفي صاحب القليل ذلك. (زيلعي)

(١٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها^(١) ويجوز بتراضيهما؛ لأن الحق لهما، وهما أعرف بشأنيهما^(٢)، أما القاضى فيعتمد الظاهر.

قال^(٣): ويقسم^(٤) العروض إذا كانت^(٥) من صنف واحد؛ لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود، فيحصل التعديل في القسمة، والتكميل فى المنفعة. ولا يقسم^(٦) الجنسين بعضها فى بعض^(٧)؛ لأنه لا اختلاط بين الجنسين، فلا تقع القسمة تمييزاً، بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضى دون جبر القاضى.

ويقسم^(٨) كل موزون ومكيل، كثير أو قليل، والمعدود المتقارب، وتبر الذهب والفضة^(٩)، وتبر الحديد والنحاس^(١٠)، والإبل بانفرادها، والبقر والغنم. ولا يقسم شاة وبعيراً^(١١) وبرذوناً^(١٢) وحماراً، ولا يقسم^(١٣) الأوانى؛ لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة^(١٤).

(١٥) منهما.

(١٦) أى لصغر نصيبه.

(١) قوله: "وفى هذا تفويتها" فيعود على موضوعه بالنقض؛ وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد إدخال الضرر على غيره مع ذلك، فلا يجيبه الحاكم إليه؛ لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضره. (زيلعى)

(٢) قوله: "وهما أعرف بشأنيهما" ولكن القاضى لا يباشر ذلك، وإن طلبوا منه؛ لأن القاضى لا يشتغل بما لا فائدة فيه، لا سيما إذا كان فيه إضرار وإضاعة للمال؛ لأن ذلك حرام، ولا يمنهم من ذلك؛ لأن القاضى لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله فى الحكم، وهذا من جملته. (زيلعى)

(٣) أى القدرورى. (عينى)

(٤) القاضى أى جبراً. (ك)

(٥) كالثياب مثلاً. (٦)

(٦) القاضى، هذا لفظ القدرورى. (عينى)

(٧) قوله: "بعضها فى بعض" بأن جمع نصيب أحدهما فى الإبل، ونصيب الآخر فى البقر. (عينى)

(٨) ذكر هذا تفرعاً على مسألة القدرورى. (عينى)

(٩) تبر - بالكسر - طلاء نقره پیش ازانكه بگدازند وچون گداختند ذهب وفضه گویند، وبعضى گفته اند تبر

زر خالص. (م)

(١٠) مثلثة عن أبى العباس الكواشى مس. (من)

(١١) قوله: "ولا يقسم شاة إلخ" أى لا يقسم جبراً فى هذه الأشياء قسمة جمع، بأن يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة، ونصيب الآخر فى البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم جميعاً على ما يستحقون، وكذلك فى البعير وغيره؛ لأن الأجناس إذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع لبعض المنفعة لا تكميلاً. (ك)

(١٢) اسبى كه مادر وپدرش عربى نباشد یا يكى ازان عربى نباشد.

(١٣) أى جبراً.

(١٤) قوله: "التحقت بالأجناس" وإن كان أصلها واحداً كالإجانة والقممة، والطست المتخذة من الصفر مثلاً،

ويقسم الثياب الهروية؛ لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوباً واحداً^(١)؛ لاشتمال القسمة على الضرر؛ إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع^(٢). ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما؛ لما بينا^(٣)، بخلاف ثلاثة أثواب^(٤) إذا جعل ثوب بثوبين^(٥)، أو ثوب وربيع ثوب بثوب، وثلاثة أرباع ثوب^(٦)؛ لأنه قسمة البعض^(٧) دون البعض وذلك جائز^(٨).

وقال أبو حنيفة: لا يقسم^(٩) الرقيق^(١٠) والجواهر؛ لتفاوتهما، وقال^(١١): يقسم الرقيق^(١٢)؛ لاتحاد الجنس، كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. وله أن التفاوت في الأدمى فاحش؛ لتفاوت المعاني الباطنة^(١٣)، فصار كالجنس المختلف بخلاف

وكذلك الأثواب المتخذة من القطن إذا اختلفت بالصنعة، كالقباء والحبة والقميص، لا يقسم القاضى جبراً بعضها في بعض. (ك)

(١) أى عند طلب أحد الشركاء دون الآخر. (ك)

(٢) وفي قطعه إتلاف جزء منه، فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء. (ك)

(٣) قوله: "لما بينا" أى لأنه لا يتحقق إلا بالقطع؛ لأنه لا يمكن التعديل إلا بالقطع أو بزيادة دراهم مع الأوكس، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبراً؛ لأن القسمة حق في الملك المشترك، والشركة بينهما في الثياب، فلو أدخل في القسمة الدراهم، يقسم ما ليس بمشترك وهذا لا يصح. (ك)

(٤) اختلفت قيمتها.

(٥) قوله: "ثوب بثوبين" يعنى إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين، وأراد أحدهما القسمة، وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما، ويعطى أحدهما ثوباً، والآخر ثوبين. (عناية)

(٦) إذا كانت بين اثنين.

(٧) قوله: "لأنه قسمة البعض إلخ" أى لأنه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض؛ لأن كل واحد منهما يتفرد بثوب، ويبقى الشركة في ثوب، وذلك جائز إذا لم يكن ضده، مثل أن يقسم الضبيعة ويترك النهر على الشركة، وهو قسمة بعض الملك دون البعض. (كافى)

(٨) قوله: وذلك جائز "لأنه تيسر عليهما التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل، قسم الكل عند طلب بعض الشركاء، فكذلك في البعض. (٤)

(٩) أى جبراً إلا بالتراضى. (كافى)

(١٠) إذا كان بين اثنين.

(١١) قوله: "قالا: ويقسم [أى يجبرهما على القسمة. م] إلخ" هذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم، وليس معهم شيء آخر من العروض، وهم ذكور فقط، أو إناث فقط. وأما إذا كانوا مختلطين من الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع؛ لأن الذكور والإناث من بنى آدم جنسان على ما عرف، وإن كان مع الرقيق شيء آخر جازت القسمة في الرقيق؛ تبعاً لغيرهم بالإجماع. ويجبرهم القاضى لطلب البعض، وكم من شيء يدخل تبعاً، وإن لم يجز دخوله قصداً كبيع الشرب، والطريق يدخل في بيع الأرض تبعاً، ولا يجوز بيعه وحده. (زيلعى)

(١٢) أى يجبرهما على القسمة. (٤)

(١٣) قوله: "لتفاوت المعاني الباطنة [كالذهن والكياسة. ك]" لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغير ذلك من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشيء منها، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد في واحد؛ لتعذر الإفراف والتمييز، فلا يكون قسمة، وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها. (زيلعى)

الحيوانات؛ لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان^(١)، ومن الحيوانات جنس واحد^(٢) بخلاف المغام^(٣)؛ لأن حق الغامين في المالمية، حتى كان للإمام بيعها^(٤) وقسمة ثمنها^(٥)، وههنا يتعلق بالعين والمالمية^(٦) جميعاً فافترقا. فأما الجواهر فقد قيل: إذا اختلف الجنس لا يقسم^(٧) كاللآلى^(٨) واليواقيت، وقيل: لا يقسم^(٩) الكبار منها^(١٠)؛ لكثرة التفاوت، ويقسم^(١١) الصغار لقلّة التفاوت، وقيل: يجري الجواب على إطلاقه^(١٢)؛ لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق. ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة، أو ياقوتة، أو خالع عليها^(١٣) لا تصح التسمية، ويصح ذلك^(١٤) على عبد، فأولى أن لا يجبر على القسمة.

قال^(١٥): ولا يقسم حمام، ولا بئر، ولا رحي^(١٦)، إلا أن يتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين؛ لأنها^(١٧) تشتمل على الضرر في الطرفين، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً، فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي؛ لما بينا^(١٨).

(١) حتى إذا اشترى شخصاً على أنه عبد فإذا هي أمة لم يجز الشراء، بخلاف سائر الحيوانات. (كافى)

(٢) فلا يجوز القياس عليه. (زيلعى)

(٣) جواب عن قولهما: ورقيق المغنم. (٤)

(٤) غنائم.

(٥) غنائم.

(٦) وليس للإمام أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه. (زيلعى)

(٧) جبراً.

(٨) جمع لؤلؤ - بالضم - مرواريد. (من)

(٩) جبراً.

(١٠) جواهر.

(١١) جبراً.

(١٢) أى لا يقسم جبراً.

(١٣) أى على لؤلؤة أو ياقوتة.

(١٤) أو التزوج أو الخلع.

(١٥) أى القدورى. (عينى)

(١٦) قوله: "ولا يقسم إلخ" الأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما، بأن يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما، أو لأحدهما، فلا يقسم إلا بالتراضي. (٤)

(١٧) أى لأن هذه القسمة.

(١٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في أوائل هذا الفصل، فإن كان كل واحد يستضر به لصغيره لم يقسمها، إلا بتراضيهما. (ك)

قال (١): وإذا كانت دور مشتركة (٢) في مصر واحد قسم (٣) كل دار على حدتها (٤) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا: إن كان الأصلح لهم (٥) قسمة بعضها في بعض قسمها (٦)، وعلى هذا الخلاف (٧) الأقرحة (٨) المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسماً وصورةً نظراً إلى أصل السكنى، وأجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضى (٩)، وله أن الاعتبار للمعنى، وهو المقصود. ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا (١٠) لا يجوز (١١) التوكيل بشراء دار، وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية، كما هو الحكم فيهما (١٢) في الثوب، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت (١٣) بيوتها؛ لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً، فقسمت الدار قسمة واحدة. قال (١٤): تقييد (١٥) الوضع (١٦) في الكتاب (١٧) إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في

(١) أى القدرى. (عينى)

(٢) متلازمة كانت أو متفرقة. (٤)

(٣) بينهم.

(٤) ولم يجمع نصيب أحدهم في دار إلا أن يتراضوا على ذلك. (كافى)

(٥) قوله: "إن كان الأصلح لهم الخ" أى جمع كرده شود خانها بمنزله يكخانه وجمع كرده شود حصهاى يكى را در يك خانه ازان خانها حتى كه خواهد شد ان خانه مرآن يكى را. (ترجمة)

(٦) فى رأى القاضى. (زيلعى)

(٧) قوله: "وعلى هذا الخلاف الخ" أى عندهما للقاضى أن يقسم بعضها فى بعض، كما فى الدور، وعند أبى حنيفة يقسم كل قراح على حدة؛ لأنها تفاوتت فيما هو المقصد منها من الغلة والصلاحية للرطوبة والكرم وغير ذلك، بمنزلة تفاوت الدور والأجناس المختلفة. (ك)

(٨) القراح الأرض البارزة التى لم يختلط بها شىء. (عن)

(٩) قوله: "يفوض الخ" فإن كان الأول قسم كما فى الغنم والثياب الهروية، وإن مال إلى الثانى لا يقسم. (كافى)

(١٠) أى للاختلاف الفاحش.

(١١) للجهالة.

(١٢) قوله: "كما هو الحكم فيهما" أى فى الوكالة والتسمية فى المهر فى الثوب، أى لو وكل رجلاً بشراء دار لا يصح التوكيل، كما لو وكله بشراء ثوب، وكذا لو تزوج امرأة على دار لا يصح التسمية، كما لو تزوج على ثوب. (ك)

(١٣) وفى نسخة: أخلفت.

(١٤) أى المصنف. (عينى)

(١٥) أى يكون الدار فى مصر واحد.

(١٦) أى وضع المسألة. (ك)

(١٧) أى القدرى. (عينى)

مصريين لا تجمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما.
وعن محمد: أنه يقسم^(١) إحداهما في الأخرى، والبيوت^(٢) في محلة، أو
محال تقسم قسمة واحدة؛ لأن التفاوت^(٣) فيما بينها يسير^(٤)، والمنازل المتلازمة^(٥)
كالبيوت والمتباينة^(٦) كالطور؛ لأنه^(٧) بين الدار والبيت على ما مر^(٨) من قبل، فأخذ
شبهها من كل واحد.

قال^(٩): وإن كانت داراً أو ضيعة^(١٠)، أو داراً وحانوتاً^(١١) قسم كل واحد منهما
على حدة؛ لاختلاف الجنس، قال رضى الله تعالى عنه^(١٢): جعل^(١٣) الدار والحانوت
جنسين، وكذا ذكر الخصاص^(١٤)، وقال^(١٥): في إجازات "الأصل"^(١٦) أن إجارة منافع
الدار بالحانوت^(١٧) لا تجوز^(١٨)، وهذا يدل على أنهما جنس واحد^(١٩)، فيجعل في

(١) أى تجمعان في القسمة.

(٢) سواء كانت متباينة أو متلازمة. (ك)

(٣) في القسمة على حدة ضرر. (زيلعى)

(٤) ولهذا تواجر بأجرة واحدة في كل محلة. (ك)

(٥) قوله: "والمنازل المتلازمة [وفى نسخة: المتلاصقة] إلخ" أى المنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة، متلازماً
بعضها فى بعض تقسم قسمة واحدة، وإن كانت متفرقة يقسم كل منزل على حدة، كان فى محال أو فى محلة؛ لأن
المنزل فوق البيت ودون الدار، فإنها تتفاوت فى معنى السكنى، ولكن دون التفاوت فى الدور، فالتحقت المنازل بالبيوت
إذا كانت متلازمة، وبالدور إذا كانت متباينة، وقالوا: فى الفصول كلها ينظر القاضى إلى أعدل الوجوه، فمضى القسمة
على ذلك. (مل)

(٦) ولو كان بعضها فى أدنى الدار وبعضها فى أقصاها. (ع)

(٧) أى لأن المنزل.

(٨) فى باب الحقوق من كتاب البيوع. (ع)

(٩) القدورى. (عينى)

(١٠) زمين.

(١١) دكان.

(١٢) أى المصنف. (عينى)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) قوله: "وكذا ذكر الخصاص" وإنما خص الخصاص بالذكر؛ لأن هذه المسألة لم تذكر فى كتاب محمد، ولا
ذكرها الطحاوى، ولا الكرخى. (ع)

(١٥) محمد.

(١٦) مبسوط.

(١٧) قوله: "أن إجارة المنافع إلخ" أى إجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز، أما لو جعل عين الحانوت أجرة
لناتع الدار فتجوز، وإنما لا يجوز جعل منافع الحانوت أجرة لمنافع الدار. (ن)

المسألة (١) روايتان، أو تبني حرمة الربا هنالك (٢) على شبهة المجانسة (٣).
فصل في كيفية القسمة (٤)

قال (٥): وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه (٦)؛ ليتمكن حفظه ويعدله (٧) يعنى يسويه على سهام القسمة (٨)، ويروى يعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره، ويذره (٩) ليعرف قدره، ويقوم البناء لحاجته إليه (١٠) فى الآخرة، ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه، حتى لا يكون لنصيب بعضهم الآخر تعلق فتقطع المنازعة (١١)، ويتحقق معنى القسمة على التمام، ثم يلقب نصيباً (١٢) بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا (١٣)، ثم يخرج القرعة (١٤)، فمن خرج اسمه أولاً، فله

(١٨) لشبهة الربا.

(١٩) قوله: "وهذا يدل على أنهما [الدار والحانوت] جنس واحد" بما عرف أن إجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، فكذا إجارة أرض للزراعة بزراعة أرض أخرى لا تجوز. (كفاية)

(١) فى مسألة الأصل.

(٢) أى فى إجازات الأصل. (ك)

(٣) قوله: "على شبهة المجانسة" توضيحه أنه لو كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفتين رواية واحدة، فتحمل حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة بين منافع الدار ومنافع الحانوت، باعتبار اتحاد منفعتهما، وهو أصل السكنى. وذكر فى "الكافى": أن هذا مشكل، فإنه يؤدى إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان النساء حراماً عندنا، وفى ذلك شبهة الربا، فلما اعتبرت شبهة الجنسية، كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة، والمعتبر فى باب الربا هى الشبهة دون النازل عنها، ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه؛ لأن المراد من شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بالمجانسة، كذا قيل، تدبر. (مل)

(٤) قوله: "أصل فى كيفية القسمة" لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم، احتاج إلى بيان كيفية المقسم فيما يقسم؛ لأن الكيفية صفة، فتنبه جواز أصل القسمة الذى هو الموصوف. (ن)

(٥) أى القدورى. (عنى)

(٦) قوله: "وينبغي للقاسم إلخ" أى إذا شرع القاسم فى القسمة، ينبغى أن يصور ما يقسمه، بأن يكتب على كاغذه أن فلاناً نصيبه كذا، وفلاناً كذا؛ ليتمكن حفظه إذا أراد رفع ذلك الكاغذ إلى القاضى؛ ليتولى الأقرع بينهم بنفسه. (٤)

(٧) ويقدر البيوت والصفة وغيرهما بالذرعان.

(٨) أى يقسمه على سهام القسمة، وتفصيله ما يجىء فى قول الشارح: والأصل إلخ.

(٩) ويصور الذرعان على الكاغذ بقلم الجدول، فيكون كل ذراع بشكل لبنة.

(١٠) قوله: "لحاجته إليه [تقوم] إلخ" إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع فى نصيب أحدهم شىء منه، فيكون عالماً بقيمتها. (٤)

(١١) بالإفراز.

(١٢) من أى جانب شاء. (زىلى)

(١٣) إلى أن يفرغ السهام ويكتب أساميهم. (٤)

(١٤) قوله: "ثم يخرج القرعة [إذا أمر القاضى القاسم بالإقراع، وإلا يقرع القاضى] إلخ" بأن يكتب القاضى أسماء الشركاء فى بطاقات، ثم يطوى كل بطاقة بعينها، ويجعلها فى قطعة من طين، ثم يدلکها بين كفيه، حتى تصير

السهم الأول^(١)، ومن خرج ثانيًا، فله السهم الثاني .
 والأصل : أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء، حتى إذا كان الأقل ثلثًا جعلها
 أثلثًا، وإن كان سدسًا جعلها أسداسًا؛ ليتمكن القسمة، وقد شرحناه
 مشبعًا^(٢) في "كفاية المنتهى" بتوفيق الله تعالى .
 وقوله في الكتاب^(٣) : " ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه " بيان الأفضل، فإن لم
 يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره^(٤) بتفصيله إن شاء الله تعالى، والقرعة^(٥)
 لتطبيب القلوب^(٦) وإزاحة تهمة الميل^(٧)، حتى لو عين^(٨) لكل منهم نصيبًا من غير
 اقتراح جاز^(٩)؛ لأنه^(١٠) في معنى القضاء، فيملك الإلزام .
 قال^(١١) : ولا يدخل في القسمة^(١٢) الدراهم والدنانير^(١٣) إلا بتراضيهما ؛ لأنه لا

مستديرة فيكون شبه البندقة. (ك)

(١) قوله : " فمن خرج إلخ " قال الإمام مولانا حميد الدين : صورته أرض بين جماعة، لأحدهم سدسها، ولآخر
 نصفها، ولآخر ثلثها، يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول، والذي يليه بالثاني، والثالث على هذا،
 ويكتب أساميهم ويجعلها قرعة. فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، فإن كان ذلك يفي بسهمه، بأن كان صاحب
 السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول
 واللذان يليانه. (ن)

(٢) إشباع : بسيار وافر نمودن. (من)

(٣) أى القدورى. (عنى)

(٤) عن قريب فى هذا الفصل.

(٥) قوله : " والقرعة إلخ " جواب الاستحسان والقياس باباها؛ لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة، وذلك قمار. (ع)

(٦) قوله : " لتطبيب القلوب " يعنى أنه لا يحصل الاستحقاق بالقرعة؛ لأن الاستحقاق كان ثابتًا قبله، وكان
 للقاضى ولاية إلزام كل واحد النصيب، وإنما يصار إليه لتطبيب قلوب الشركاء، وهذا ليس بقمار. (زىلى)

(٧) إلى أحد الشركاء.

(٨) القاضى.

(٩) قوله : " جاز " فإن القاسم لو قال : إنما عدلت فى القسمة، فخذ أنت هذا الجانب، وأنت هذا الجانب، كان
 مستقيمًا، إلا أنه ربما يتهم فى ذلك. (ع)

(١٠) قسمة.

(١١) أى القدورى. (عنى)

(١٢) قوله : " ولا يدخل [أى لا يدخل الدراهم التى ليست فى الشركة؛ ليجبرها نقصان الأنصباء. ك] فى القسمة
 إلخ " يعنى إذا كان القسمة بين الأشخاص فى عقار، فأصاب أحدهما أكثر، فيعطى بإزاء الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز
 إلا بالتراضى. (عنى)

(١٣) قوله : " الدراهم والدنانير " صورته : دار بين جماعة، فأرادوا قسمتها، وفى أحد الجانبين فضل بناء، فأراد أحد
 الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوض البناء من الأرض، ولا
 يكلف الذى وقم البناء فى نصيبه أن يرد بإزاء البناء من الدراهم، إلا إذا تعذر إلخ، فحينئذ للقاضى ذلك. (كافى)

شركة في الدراهم، والقسمة من حقوق^(١) الاشتراك؛ ولأنه يفوت به التعديل^(٢) في القسمة؛ لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم^(٣) الآخر في ذمته^(٤)، ولعلها لا تسلم له^(٥)، وإذا كان أرض وبناء، فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة؛ لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم^(٦)، وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة؛ لأنه هو الأصل في المسوحات.

ثم يرد من وقع البناء في نصيبه^(٧)، أو من كان نصيبه أجود دراهم^(٨) على الآخر حتى يساويه، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال^(٩)، ثم يملك^(١٠) تسمية^(١١) الصداق^(١٢) ضرورة التزويج^(١٣)، وعن محمد أنه^(١٤) يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه^(١٥) من^(١٦) العرصة^(١٧)، وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفي العرصة بقيمة البناء، فحينئذ يرد للفضل دراهم؛ لأن الضرورة في هذا القدر، فلا يترك الأصل^(١٨) إلا بها^(١٩)، وهذا يوافق

(١) توابع.

(٢) المراد في القسمة. (ع)

(٣) الواو الحالية.

(٤) أي وقت القسمة. (ك)

(٥) قوله: "ولعلها لا تسلم له" أي لا يصل إليها، وليس بين ما يصل الرجل إليه في الحال، وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة. (عناية)

(٦) لأن تعددين البناء لا يمكن بالمساحة. (زيلعي)

(٧) من الأرض.

(٨) بمقابلة البناء.

(٩) في مال أخته الصغيرة.

(١٠) أخ.

(١١) أي للأخ ولاية تسمية الصداق.

(١٢) مهر.

(١٣) قوله: "ضرورة التزويج" أي لأجل ضرورة صحة النكاح؛ لأن النكاح ليس بمشروع بلا مهر. (عيني)

(١٤) أي أن من وقع البناء في نصيبه.

(١٥) قيمة.

(١٦) بيان ما.

(١٧) قرله: "العرصة [صحن]" عرصة - بالفتح - كشاذغي ميان خانة. (م)

(١٨) وهو القسمة بالمساحة. (زيلعي).

(١٩) ضرورة.

رواية "الأصل" (١).

قال: فإن قسم بينهم، ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر، أو طريق لم يشترط في القسمة، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه (٢)، ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر؛ لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة (٣) من غير ضرر، وإن لم يمكن فسخت القسمة (٤)؛ لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف (٥)، بخلاف البيع (٦) حيث لا يفسد في هذه الصورة (٧)؛ لأن المقصود منه (٨) تملك العين وإنه يجامع تعذراً لانتفاع في الحال (٩)، أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول (١٠) كذلك الجواب (١١)؛ لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز، وتما ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره (١٢) من غير ضرر، فيصار إليه (١٣). بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل؛ لأنه أمكن تحقيق معنى البيع، وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه الثاني (١٤) يدخل (١٥) فيها (١٦)،

(١) قوله: "وهذا يوافق رواية الأصل [مبسوط]" فإنه قال فيه يقسم الدار مزارعة، ولا يجعل لأحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. (عناية)

(٢) أى عن نصيب الآخر.

(٣) وهو الإفراز والتمييز.

(٤) بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر. (٤)

(٥) لنفي ضرر الاختلاط. (زيلعى)

(٦) قوله: "بخلاف البيع" فإنه إذا باع داراً أو أرضاً، ولا يتمكن المشتري من الاستطراق، ولا من تسييل الماء، ولم

يذكر الحقوق، فإنه لا يفسد. (٤)

(٧) أى فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق، أو من تسييل الماء. (زيلعى)

(٨) بيع.

(٩) قوله: "وأنه يجامع" أى البيع يجامع تعذر الانتفاع في الحال، كمن اشترى حجشاً صغيراً، أو أرضاً سبخة،

فإنه يجوز وإن كان لا ينتفع به المشتري، فأما القسمة فالمقصود منها إيصال كل واحد منها إلى الانتفاع بنصيبه، وإذا لم

يكن له مفتاح إلى الطريق ولا مسيل ماء، فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز. (ك)

(١٠) أى فيما إذا أمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

(١١) قوله: "كذلك الجواب" أى ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر مع ذكر الحقوق، ثم المراد من ذكر

الحقوق أن يقول: هذا لك بحقوقه، وأما إذا قال: هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه، فإنه يثبت هذه الحقوق. (ك)

(١٢) آخر.

(١٣) قوله: "فيصار إليه" إلا إذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله، فحينئذ لا يصرف عنه، لأنه أثبت له بأبلغ

وجوه الإثبات. (زيلعى)

(١٤) أى فيما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه. (ك)

لأن القسمة لتكميل المنفعة^(١)، وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيب باعتبارها^(٢)، وفيها^(٣) معنى الإفراز، وذلك^(٤) بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره^(٥) لا يدخل^(٦) من غير تنصيب. بخلاف الإجارة حيث يدخل^(٧) فيها^(٨) بدون التنصيب^(٩)؛ لأن كل المقصود الانتفاع، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر.

ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة^(١٠)، إن كان يستقيم لكل واحد طريق^(١١) يفتحه^(١٢) في نصيبه، قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم^(١٣)؛ لتحقق الإفراز بالكلية دونه^(١٤)، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم؛ ليتحقق^(١٥) تكميل المنفعة فيما وراء الطريق.

ولو اختلفوا في مقداره^(١٦) جعل^(١٧) على عرض باب الدار وطوله^(١٨)؛ لأن

(١٥) المسيل والطريق.

(١٦) قسمة.

(١) قوله: "لأن القسمة إلخ" يعني أن معنى الإفراز لما كان مراعى في القسمة، كان ينبغي أن لا يدخل الطريق والمسيل اللذان في نصيب صاحبه، وإن ذكر الحقوق في القسمة؛ لأنه حينئذ لا يحصل الانقطاع والإفراز من كل وجه، لكن في القسمة وإن كان معنى الإفراز، ففيها معنى تكميل المنفعة، فاعتبر كلاهما بهذا الطريق. (ك)

(٢) قوله: فيدخل [الطريق والمسيل] عند التنصيب [أي ذكر الحقوق] إلخ" تقريره أن في القسمة تكميلاً وإفرازاً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت؛ لأن دخولها يناهز الإفراز، فقلنا: يدخل عند التنصيب ولا يدخل عند عمله إعمالاً للوجهين بقدر الإمكان. (ع)

(٣) قسمة.

(٤) إفراز.

(٥) إفراز.

(٦) أي الطريق والمسيل الذي في نصيب الآخر. (ك)

(٧) الطريق أو الشرب.

(٨) في الإجارة. (ك)

(٩) أي ذكر الحقوق.

(١٠) قوله: "ولو اختلفوا [أي الشركاء] إلخ" فقال بعضهم: لا ندع طريقاً مشتركاً بيننا، بل نقسم الكل، وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضى فيه إن كان يستقيم إلخ. (عناية)

(١١) موصوف.

(١٢) صفة.

(١٣) أي يترك للجماعة. (ع)

(١٤) أي من غير رفع الطريق. (ع)

(١٥) المجهول.

(١٦) قوله: ولو اختلفوا [أي في مقدار الطريق، أي في سعته وضييقه. كافي] في مقداره إلخ" فقال بعضهم: يجعل

الحاجة تندفع به^(١). والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة؛ لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه، ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز، وإن^(٢) كان أصل الدار نصفين؛ لأن القسمة على التفاضل جائزة^(٣) بالتراضي.

قال^(٤): وإذا كان^(٥) سفلى^(٦) لا علو عليه، وعلو لا سفلى له، وسفلى له علو، قوم كل واحد على حدته^(٧)، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك.

قال رضى الله تعالى عنه^(٨): هذا عند محمد، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: إنه يقسم بالذرع، لمحمد أن السفلى يصلح^(٩) لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء، أو سرداباً^(١٠)، أو إصطبلاً أو غير ذلك، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة.

سبعة الطريق أكثر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء، وقال بعضهم غير ذلك، ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الأعلى لا طوله من حيث المشى
هكذا ذكره شيخ الإسلام فى "مبسوطه"، وقال: ولم يرد محمد بذكر الطول الذى هو ضد العرض، لأن ذلك الطول أى الذى هو ضد العرض، إنما يكون إلى حيث ينتهون بها إلى الطريق الأعظم. (مل)

(١٧) طريق.

(١٨) لأن باب الدار طريق متفق عليه، والمختلف يرد إلى المتفق عليه. (كافى)

(١) قوله: "لأن الحاجة تندفع به" فلا فائدة فى جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى، هى أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحاً فى نصيبه، إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم، فكان بانياً على خالص حقه، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك؛ لأن قدر طوله مشترك بينهم فصار بانياً على الهواء المشتركة، وهو لا يجوز من غير رضاء الشركاء.
وإن كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق مقدار ما يمر به ثور واحد؛ لأنه لا بد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمر به ثوران معاً، وإن كان يحتاج إلى ذلك؛ لأنه كما يحتاج إليه يحتاج إلى العجلة، فيؤدى إلى ما لا يتناهى، كذا فى "النهاية". (٤)

(٢) الواو وصلية.

(٣) فى غير أموال الربوية. (زيلعى)

(٤) أى القدرى فى "مختصره". (عينى)

(٥) قوله: "وإذا كان الخ" صورة المسألة أن يكون العلو مشتركاً بين رجلين وسفله لآخر، وسفلى مشتركاً بينهما وعلوه لآخر، وبيت كامل مشتركاً بينهما، والكل فى دار واحدة أو فى دارين وتراضياً على القسمة، وطلباً من القاضى القسمة، وإنما قيدنا بذلك لكلا يقال: تقسيم العلو من السفلى قسمة واحدة، إن كانت البيوت متفرقة لا يصح. (٤)

(٦) قوله: "سفل" أى سفلى مشترك بين رجلين لا علو عليه، أو عليه علو لآخر. (كفاية)

(٧) قوله: "قوم كل واحد الخ" فإن كان قيمتها سواء كان ذراع بذراع، وإن كان قيمة أحدهما نصف قيمة

الآخر يجب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب. (٤)

(٨) أى المصنف.

(٩) فصاراً كالجنين. (زيلعى)

(١٠) بالكسر: خانه زير زمين، معرب سردابه: ته خانه. (م)

وهما يقولان: إن القسمة بالذرع هي الأصل؛ لأن الشركة في المذروع، لا في القيمة، فيصار إليه^(١) ما أمكن، والمراعى التسوية^(٢) في السكنى، لا في المرافق^(٣)، ثم اختلفا^(٤) فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة: ذراع من سفلى بذراعين من علو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، قيل: أجاب كل منهم^(٥) على عادة أهل عصره، أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو، واستواءهما وتفضيل السفلى^(٦) مرة، والعلو أخرى، وقيل: هو اختلاف معنى^(٧).

ووجه قول أبي حنيفة: إن منفعة السفلى تربو^(٨) على منفعة العلو بضعفه؛ لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى. وكذا السفلى فيه منفعة البناء^(٩) والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير؛ إذ لا يمكنه^(١٠) البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفلى، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى، وهما^(١١) يستويان فيه، والمنفعتان^(١٢) متماثلتان؛ لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر^(١٣) على أصله^(١٤).

ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما^(١٥)؛ فلا يمكن

(١) أى إلى الأصل.

(٢) وهى حاصلة فى العلو والسفلى.

(٣) توابع ومنافع.

(٤) أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى.

(٥) قوله: "قيل: أجاب كل منهم إلخ" أى أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة فى تفضيل السفلى على العلو، وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد فى التسوية بين العلو والسفلى فى منفعة السكنى، ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات فى البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى. (٦)

(٦) ولذا يقسم بالقيمة.

(٧) أى بحسب معنى الفقهى لا بحسب العادة.

(٨) أى تزيد.

(٩) بغير رضاء صاحب العلو.

(١٠) أى صاحب العلو.

(١١) علو وسفلى.

(١٢) أى منفعة العلو والسفلى.

(١٣) قوله: "لأن لكل واحد منهما أن يفعل إلخ" حتى كان لصاحب العلو أن يبنى إذا لم يضر لصاحب السفلى، ولصاحب السفلى أن يحضر إذا لم يضر لصاحب العلو. (زيلعى)

(١٤) أى على أصل أبي يوسف.

التعديل إلا بالقيمة ، والفتوى اليوم على قول محمد ، وقوله : لا يفتقر إلى التفسير .
وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة^(١) الكتاب^(٢) : أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من
العلو المجرد ثلاثة وثلاثون^(٣) وثلاث ذراع من البيت الكامل^(٤) ؛ لأن العلو مثل
نصف السفل^(٥) ، فثلاثة وثلاثون وثلاث من السفل ستة وستون وثلاثان من العلو
المجرد^(٦) ، ومعه ثلاثة وثلاثون^(٧) وثلاث ذراع من العلو^(٨) ، فبلغت^(٩) مائة ذراع
تساوي مائة من العلو المجرد ، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت
لكامل ستة وستون وثلاث ذراع ؛ لأن علوه مثل نصف سفله^(١٠) ، فبلغت مائة ذراع ،
كما ذكرنا^(١١) ، والسفل المجرد ستة وستون وثلاثان ؛ لأنه ضعف العلو ، فيجعل بمقابلة
مثله .

(١٥) علو وسفل .

(١) المذكورة .

(٢) القدوري .

(٣) قوله : "ثلاثة وثلاثون إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أزوع من العلو المجرد ، فإذا
ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع ، يكون مائة ، فيستوي ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل ، مع
مائة ذراع من العلو المجرد . (غن)

(٤) أي المشتمل على العلو والسفل . (كافي)

(٥) قوله : "لأن العلو مثل نصف السفل [فإن ذراعاً من سفلى بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" فثلاثة
وثلاثون وثلاث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد ، وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفلى البيت الكامل
يكون بمقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد . (كافي)

(٦) المجرد .

(٧) قوله : "ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع إلخ" لأن الذراع الواحد من البيت الكامل إنما كان في تقدير ذراعين ،
أحدهما من السفلى والآخر من العلو . (نهاية)

(٨) الذى فى البيت الكامل .

(٩) أى تقديرأ ، أذرع البيت الكامل .

(١٠) قوله : "لأن علوه مثل نصف سفله [فإن ذراعاً من سفلى بذراعين من علو عند أبي حنيفة] إلخ" لأن كل ذراع
من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من السفلى ، وهذا معنى قوله : لأن علوه مثل نصف سفله ، فإذا ضربت الواحد
والنصف فى ستة وستين وثلاث ذراع ، يكون مائة لا محالة ، فيستوى الستة وستون والثلاثان من البيت الكامل مع مائة
ذراع من السفلى المجرد . (غن)

قوله : "لأن علوه إلخ" فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفلى . (ك)

(١١) قوله : "فبلغت" أى الأذرع التى تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ، فبلغ المائة ؛ لأنه
أخذ من البيت الكامل ستة وستون ذراعاً ، وثلاث ذراع بمقابلة مثلها من السفلى المجرد ، ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو
ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع ؛ لأن لهذا العدد من البيت الكامل أعنى ستة وستين وثلاث ذراع علواً ، وهو يقدر بنصف هذا ،
وهو ثلاثة وثلاثون وثلاث ، فكان المجموع مائة ، وكانت هذه المائة من البيت الكامل بمقابلة مائة من السفلى المجرد . (ن)

وتفسير قول أبي يوسف: أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد، أو مائة ذراع من العلو المجرد؛ لأن السفلى والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى، وخمسون منها علو.

قال^(١): وإذا اختلف المتقاسمون^(٢)، وشهد القاسمان قبلت شهادتهما^(٣)، قال رضى الله تعالى عنه^(٤): هذا الذى ذكره قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبى يوسف أولاً، وبه قال الشافعى، وذكر الخصاص قول محمد مع قولهما، وقاسما القاضى وغيرهما سواء.

لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما، فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره، فشهد ذلك الغير على فعله^(٥)، ولهما أنهما^(٦) شهدا على فعل غيرهما^(٧)، وهو الاستيفاء والقبض، لا على فعل أنفسهما؛ لأن فعلهما التمييز، ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به^(٨)؛ لما أنه غير لازم^(٩)، وإنما يلزمه^(١٠) بالقبض والاستيفاء، وهو^(١١) فعل الغير، فتقبل الشهادة عليه.

وقال الطحاوى: إذا قسما^(١٢) بالأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ؛ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه، فكانت شهادة صورة،

(١) أى القدرى. (عيني)

(٢) قوله: وإذا اختلف المتقاسمون [بأن قال أحدهم: بعض نصيبى فى يد صاحبي، وأنكر الآخرون ذلك نهاية الخ] ذكره القدرى ولم يذكر خلافاً، فكأنه مال إلى قول الخصاص، فإنه ذكر قول محمد كقولهما. (٤)

(٣) قوله: "وشهد القاسمان الخ" أى إذا كان قسمت الدار أو الأرض بين الورثة أو المشترين، فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه، فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه يستوفى نصيبه قبلت شهادتهما. (ك)

(٤) أ المصنف. (عيني)

(٥) لا يقبل قوله.

(٦) شاهدان.

(٧) أى المتقاسمين.

(٨) قوله: "أو لأنه لا يصلح مشهوداً به" أى فعلهما الذى هو التمييز لا يصلح مشهوداً به؛ لكونه غير لازم؛

لصحة الرجوع قبل القبض. (غن)

(٩) قوله: "لما أنه غير لازم" قيل: لأن الرجوع صحيح قبل القبض، وهو صحيح إن كانت القسمة بتراضيهما،

أما إذا كان القاضى، أو نائبه يقسم، فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك، بعد خروج بعض السهام. (٤)

(١٠) أى إنما يلزم فعل القاسم لكل واحد.

(١١) أى القبض والاستيفاء.

(١٢) القاسمان.

ودعوى معنى فلا تقبل، إلا أنا نقول: هما^(١) لا يجزآن بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً^(٢) لاتفاق الخصوم على إيفاءهما العمل المستأجر عليه، وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانثفت التهمة.

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه، ولا يقبل^(٣) في إلزام الآخر إذا كان^(٤) منكرًا، والله أعلم.

باب^(٥) دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها^(٦)

قال^(٧): وإذا ادعى أحدهم الغلط^(٨) وزعم^(٩) أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه، وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء^(١٠)، لم يصدق على ذلك إلا بيته؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها^(١١)، فلا يصدق إلا بحجة.

فإن لم تقم له بيته استحلف الشركاء^(١٢)، فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى، فيقسم بينهما على قدر أنصباهما؛ لأن النكول حجة في حقه خاصة، فيعاملان^(١٣) على زعمهما، قال رضى الله تعالى عنه^(١٤): ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً^(١٥) لتناقضه، وإليه أشار من بعد^(١٦).

(١) أى القاسمان.

(٢) نفعاً ومالاً.

(٣) قول الأمين.

(٤) الآخر.

(٥) قوله: "باب" لما كان الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تكون، وعسى أن لا تكون، أخر ذكره. (ن)

(٦) قسمة.

(٧) أى القدورى (عيني)

(٨) فى القسمة.

(٩) قال.

(١٠) أى والحال أنه أقر أنه استوفى نصيبه.

(١١) كالمدعى إذا ادعى لنفسه خيار الشرط. (ع)

(١٢) قوله: "استحلف الشركاء" لأنهم لو أقروا لزمهم، فإذا أنكروا استحلفوا الرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل

عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى، ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه. (ع)

(١٣) الناكل والمدعى.

(١٤) أى المصنف.

(١٥) قوله: "ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً" يعنى وإن أقام البيته لتناقضه؛ لأنه أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء،

وهو عبارة عن قبض الحق بكمال، فكان الدعوى بعد ذلك تناقضاً. (ع)

وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه، فالقول قول خصمه مع يمينه^(١)؛ لأنه يدعى عليه الغصب وهو منكر، وإن قال: أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليّ، ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء، وكذبه شريكه^(٢) تحالفاً وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف^(٣) في مقدار المبيع، على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم^(٤).

ولو اختلفا في التقويم^(٥) لم يلتفت إليه^(٦)؛ لأنه دعوى الغبن، ولا معتبر به^(٧) في البيع، فكذا في القسمة؛ لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، والغبن فاحش؛ لأن تصرفه^(٨) مقيد بالعدل.

ولو اقتسما داراً^(٩)، وأصاب كل واحد طائفة، فادعى أحدهما بيتاً في يد

(١٦) قوله: "والله أشار من بعد" وهو قوله: وإن قال أصابني إلى موضع كذا، فلم يسلم إلى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء تحالفاً، ففي هذا إشارة إلى أنه لا تقبل دعواه فيما إذا شهد على نفسه بالاستيفاء؛ لأن عدم التحالف عند الإشهاد على الاستيفاء لم يكن لمعنى، إلا أن التناقض مانع لصحة الدعوى، ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى، ألا ترى أنه يجري التحالف عند صحة الدعوى؛ لوجود موجب التحالف، وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فكان هو نظير الاختلاف في مقدار المبيع. (ك)

(١) إذا كان العجز عن إقامة البينة.

(٢) أي قال لم يصبك إلى موضع كذا.

(٣) بين المتعاقدين.

(٤) في كتاب الدعوى في باب التحالف.

(٥) قوله: "ولو اختلفا في التقويم إلخ" صورته: اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة، والآخر خمس وأربعون شاة، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطا في التقويم لم تقبل بيته في ذلك. (عيني)

(٦) قوله: لم يلتفت إليه إلخ" لو اختلفا في التقويم، فلا يخلو إما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المتقويمين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه، سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي؛ لأن الاحتراز عن مثله عسير جداً، وإن كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي تفسخ عند الكل؛ لأن التراضي منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد هذا الفصل في الكتاب.

وحكى عن الفقيه أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: لقاتل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن في البيع لا تصح؛ لأنه لا فائدة فيه، فإن البيع من المالك لا ينقض بالغبن الفاحش، ولقاتل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء متفاوتة يكون من حيث القيمة، وإذا ظهر في القسمة غبن فاحش، كان شرط جواز القسمة فائتاً، فيجب نقضها.

والصدر الشهيد حسام الدين كان يأخذ بالقول الأول، وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني، كذا في "الذخيرة"، وفي "فتاوى قاضي خان": جعل القول الأخير أولى.

(٧) فإنه إذا اشترى شيئاً بثمن معلوم ثم ادعى الغبن لا تسمع.

(٨) القاضي.

(٩) قوله: "ولو اقتسما داراً إلخ" هذه المسألة عين مسألة أول الباب، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها. (ك)

الآخر أنه مما أصابه بالقسمة، وأنكر الآخر، فعليه إقامة البينة؛ لما قلنا^(١).
 وإن أقاما البينة يوخذ ببينة المدعى؛ لأنه^(٢) خارج وبينه الخارج تترجح على بينة
 ذى اليد، وإن كان قبل الإشهاد^(٣) على القبض تحالفا وترادا^(٤)، وكذا إذا اختلفا في
 الحدود وأقاما البينة^(٥)، يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه؛ لما بينا^(٦).
 وإن قامت لأحدهما بينة قضى له^(٧)، وإن لم تقم^(٨) لواحد منهما تحالفا^(٩)،
 كما فى البيع^(١٠).

فصل (١١)

قال^(١٢): وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى
 حنيفة، ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة.
 قال رضى الله تعالى عنه^(١٣): ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه^(١٤)،
 وهكذا ذكر فى "الإسرار"^(١٥).

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها. (٤)

(٢) المدعى.

(٣) أى الإقرار بالقبض.

(٤) أى القسمة.

(٥) قوله: "وكذا إذا اختلفا فى الحدود [بأن قال أحدهما: هذا الحد لى قد دخل فى نصيبه، وقال الآخر: هذا الحد
 لى قد دخل فى نصيبه كفى] إلخ" قيل: صورته دار اقتسمها رجلان، فأصاب أحدهما جانب منه، وفى طرف حده
 بيت فى يد صاحبه، وأصاب الآخر جانب، وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه، فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى
 فى يد صاحبه، داخل فى حده، وأقاما البينة، يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه. (٤)

(٦) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه خارج، وبينه الخارج تترجح على بينة ذى اليد. (٤)

(٧) أى لمن قام له البينة.

(٨) البينة.

(٩) وبعد التحالف يرد القسمة.

(١٠) وقد مر قبل.

(١١) لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق. (٤)

(١٢) أى القدرى. (عيسى)

(١٣) أى المصنف.

(١٤) قوله: "وذكر [القدرى] الاختلاف فى استحقاق إلخ" فيه نظر، فإن قول القدرى "وإذا استحق بعض
 نصيب أحدهما بعينه" ليس بنص فى ذلك؛ لجواز أن يكون قوله: بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض. (٤)

(١٥) قوله: "وهكذا ذكر فى الإسرار" أى ذكر الاختلاف فى الإسرار فى استحقاق بعض بعينه، كذا ههنا، وهذا
 وقع سهواً؛ لأن وضع المسألة فى الإسرار فى استحقاق بعض شائع، والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين، ثم
 استحق النصف من نصيب أحدهما شائماً، لم يبطل القسمة عند أبى حنيفة، ولكن يخير المستحق عليه، إن شاء رد الباقي

والصحيح أن الاختلاف^(١) في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه^(٢)، ولم يذكر قول محمد.

وذكره^(٣) أبو سليمان مع أبي يوسف، وأبو حفص مع أبي حنيفة، وهو الأصح^(٤). لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه^(٥) باطلة، كما إذا استحق بعض شائع^(٦) في النصيبين، وهذا^(٧) لأن باستحقاق جزء شائع يندم معنى القسمة^(٨)، وهو الإفراز؛ لأنه^(٩) يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً.

بخلاف المعين^(١٠)، ولهما أن معنى الإفراز لا يندم^(١١) باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء، بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث^(١٢)، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه^(١٣)،

واقسم ثانياً، وإن شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق، ولم ينقض. (كفاية)

(١) بين الشيخين.

(٢) قوله: "فهذه ثلاثة أوجه" والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه، ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في النصيبين ينقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف، وهي مسألة الكتاب. (عن)

(٣) يعنى محمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان، ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص. (عناية)

(٤) أى كون محمد مع أبي حنيفة.

(٥) شريك ثالث.

(٦) فتتقض القسمة.

(٧) أى كون استحقاق بعض شائع في نصيب أحدهما بمنزلة استحقاق بعض شائع في النصيبين.

(٨) قوله: "يندم معنى القسمة" وهو الإفراز، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فظاهر، وكذا في نصيب الآخر؛ لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين؛ لأن باستحقاق بعض معين، يبقى الإفراز فيما وراء ذلك البعض. (كفاية)

(٩) أى لأن استحقاق جزء شائع.

(١٠) لأن وراء المستحق يبقى مفرزاً بينهما، ليس لثالث فيه حق نصيب شائع. (كافي)

(١١) لأنه لا يوجب الشيوخ في نصيب الآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "بأن كان النصف إلخ" أى لو أخذ منهم نصف، والنصف الآخر بين اثنين على السوية، والمؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً، فاقسم الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر، ويأخذ الآخر ما بقى من ذلك، وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر، فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع الدار؛ لأن حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار. (ك)

(١٣) أى في النصف المؤخر.

فاقتسما على أن لأحدهما مالهما من ^(١) المقدم، وربع المؤخر ^(٢) يجوز، فكذا ^(٣) في الانتهاء ^(٤)، وصار كاستحقاق شيء معين ^(٥).

بخلاف الشائع في النصيبين ^(٦)؛ لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين، أما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا، وصورة المسألة ^(٧): إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار، والآخر الثلثين من المؤخر، وقيمتها سواء ^(٨) ثم استحق النصف المقدم ^(٩)، فعندهما إن شاء نقض القسمة ^(١٠) دفعاً ليعيب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من ^(١١) المؤخر؛ لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ^(١٢) ما في يده ^(١٣)، فإذا استحق النصف ^(١٤) يرجع بنصف النصف ^(١٥)، وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل ^(١٦) أيضاً. ولو باع صاحب المقدم نصفه ^(١٧)، ثم استحق النصف الباقي شائعاً رجع بربع ما في يد الآخر عندهما، لما ذكرنا ^(١٨)، وسقط ^(١٩)

(١) بيان ما.

(٢) مفرزاً. (زيلي)

(٣) أى بالطريق الأولى (٤)، أى ما لا يمنم ابتداء القسمة لا يمنم بقاءها بالطريق الأولى. (ك)

(٤) بعد ظهور المستحق.

(٥) فى عدم انتفاء معنى الإفراز. (٤)

(٦) قوله: "بخلاف الشائع فى النصيبين" لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض فى الكل، ولهذا لا يجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه، فكذا بقاء؛ لأنه إلخ. (زيلي)

(٧) أى مسألة الكتاب لا المستشهد بها. (عناية)

(٨) قوله: "وقيمتها سواء" بأن يكون قيمة الدار ألفاً ومأتى درهم مثلاً، وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم، وقيمة ما بقى مثله. (عناية)

(٩) أى نصف الثلث المقدم. (عناية)

(١٠) قوله: "فعندهما إن شاء إلخ" يعنى أن القسمة لم تنفسخ، وإذا لم تنفسخ القسمة فهو بالخيار إن شاء إلخ. (مل)

(١١) بيان ما.

(١٢) أى ثلث مائة. (عناية)

(١٣) آخر.

(١٤) أى نصف المقدم.

(١٥) قوله: "رجع بنصف النصف إلخ" فيصير فى يد كل من الشريكين أربع مائة وخمسون درهماً، والمجموع تسعمائة، وهو ثلاثة أرباع ألف ومأتين. (٤)

(١٦) وقيمتها مائة وخمسون. (٤)

(١٧) أى النصف من الثلث المقدم الذى وقع فى نصيب أحدهما. (٤)

(١٨) قوله: "لما ذكرنا [أنفأ]" يعنى من قوله: "لأنه لو استحق كل المقدم، رجع بنصف ما فى يده" إلى قوله: اعتباراً للجزء بالكل. (عناية)

خياره^(١) ببيع البعض، وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه؛ لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده^(٢)، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه^(٣)، وهو^(٤) مضمون بالقيمة، فيضمن النصف نصيب صاحبه. قال^(٥): ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة^(٦)؛ لأنه يمنع وقوع الملك للوارث^(٧)، وكذا^(٨) إذا كان^(٩) غير محيط؛ لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا يفى من التركة ما بقى بالدين وراء ما قسم؛ لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم.

ولو أبرأه^(١٠) الغرماء بعد القسمة، أو أداه^(١١) الورثة من مالهم، والدين محيط، أو غير محيط جازت القسمة^(١٢)؛ لأن المانع قد زال^(١٣).
ولو ادعى^(١٤) أحد المتقاسمين ديناً^(١٥) في التركة صح دعواه^(١٦)؛ لأنه لا

(١٩) فلا يقدر على نقض القسمة.

(١) في نسخ القسمة. (٤)

(٢) فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق. (٤)

(٣) قوله: "والمقبوض إلخ" جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع؛ لأنه بناء على القسمة الفاسدة، والبناء على الفاسد فاسد، ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالمعد الفاسد مملوك، فنفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة، لتعذر الوصول إلى عين حقه، لمكان البيع، فيضمن نصف صاحبه. (٤)

(٤) أي في النصف المقدم.

(٥) قوله: "قال المصنف" ذكر هذه المسألة تفرعاً على مسألة القدوري، وهي من مسائل الأصل، ولكن ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة، قال: لأنها غير مذكورة في البداية. (عناية)

(٦) إذا لم يؤد الورية الدين، ولم يرثه الغرماء. (ك)

(٧) قوله: "لأنه يمنع وقوع الملك للوارث" لأن الدين مقدم على الميراث والقسمة. ك[إلخ] حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد، وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق عليه. (عناية)

(٨) أي يرد القسمة.

(٩) الدين.

(١٠) ميت.

(١١) دين.

(١٢) أي تبين جوازها. (٤)

(١٣) قوله: "لأن المانع قد زال" بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة، وقالت الورثة: نحن نقضى حقهما، فإن القسمة تنقض إن لم يرث الوارث والموصى له؛ لأن حقهما في عين التركة، فلا ينتقل إلى المالية إلا برضاها. (٤)

(١٤) بعد القسمة. (٤)

تناقض^(١)؛ إذ الدين يتعلق بالمعنى^(٢)، والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عيناً بأى سبب كان^(٣) لم يسمع؛ للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

فصل في المهايأة^(٤)

المهايأة جائزة استحساناً^(٥) للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع^(٦)، فأشبهه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي^(٧)، كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة؛ لأنه^(٨) جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا^(٩) لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي؛ لأنه^(١٠) أبلغ في التكميل^(١١)، ولو وقعت فيما يحتمل

(١٥) على الميت. (٤)

(١٦) قوله: "صح دعواه" ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى باطلة لعدم التناقض، فتكون باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، ذلك سعى في نقض ما تم من جهته، والجواب أنه إذا ثبت الدين بالينة لم تكن القسمة تامة، فلا يلزم ذلك. (٤)

(١) في الدعوى بالإقدام على القسمة.

(٢) أى بمالية التركة. (٤)

(٣) أى الوديعة أو الغصب أو الإجارة.

(٤) قوله: "فصل في المهايأة" لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض؛ لكونها فرعاً عليها وكان التوجه إلى الباب أولى؛ لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منها، ويجوز أن يقال: إنها فصل من كتاب القسمة.

والمهايأة مفاعلة من الهيسة، وهى الجمالة الظاهرة للمتهيب للشيء، والتهايؤ تفاعل فيها، وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة ويختارها، وأما المهايأة بإبدال الهزة ألفاً فغلة وهى فى عرف الفقهاء عبارة عن قسمة المنافع. (مل)

(٥) قوله: "جائزة استحساناً" وأما القياس فيأبى جواز المهايأة؛ لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين فى نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه فى نوبته، ولكننا تركنا القياس، وجوزناها بقوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾. (ن)

(٦) قوله: "إذ يتعذر الاجتماع إلخ" أى يتعذر الاجتماع على عين واحد فى الانتفاع بهاء فكانت المهايأة جمعاً للمنافع فى زمان واحد، كالقسمة جمع النصيب الشائم فى مكان معين، فجرت المهايأة مجرى القسمة. (زيلعى)

(٧) قوله: "ولهذا يجرى إلخ" أى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره، ولم يطلب القسمة بحيره القاضي، كما يجبر إن أبى فى القسمة عند اتحاد الجنس. (عنى)

(٨) قسمة.

(٩) أى لكون القسمة أقوى. (٤)

(١٠) قسمة.

(١١) أى تكميل المنفعة.

القسمة، ثم طلب أحدهما القسمة، يقسم وتبطل المهايأة؛ لأنه^(١) أبلغ، ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما؛ لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم^(٢)، فلا فائدة في النقص ثم الاستئناف.

ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة^(٣) وهذا طائفة^(٤)، أو هذا علوها وهذا سفلهما جاز؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة^(٥)، فكذا المهايأة، والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصبا^(٦) لا مبادلة^(٧)، ولهذا لا يشترط فيه^(٨) التأقيت^(٩)، ولكل واحد^(١٠) أن يستغل^(١١) ما أصابه بالمهايأة، شرط ذلك في العقد أو لم يشترط؛ لحدوث المنافع على ملكه.

ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز، وكذا هذا في البيت الصغير؛ لأن المهايأة قد تكون في الزمان، وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ههنا، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها^(١٢)، يأمرهما القاضي^(١٣) بأن يتفقا^(١٤)؛ لأن التهايؤ في المكان أعدل^(١٥) وفي الزمان

(١) قسمة.

(٢) لجواز أن يطلب الورثة المهايأة. (٤)

(٣) أى ناحية من الدار. (ك)

(٤) أى ناحية أخرى من الدار. (ك)

(٥) أى تقسيم النواحي.

(٦) قوله: "والتهايؤ في هذا الوجه" إنما قيد بقوله: في هذا الوجه، وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار، ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد؛ لأنه إذا تمد زمان الاستيفاء يجعل إفرازاً لا مبادلة، وأما إذا كان التهايؤ في زمانين في مكان واحد، لا يمكن جملة إفرازاً، بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض عن الآخر في نوبته، فكان مبادلة لا إفرازاً. (ك)

(٧) قوله: "لا مبادلة" لأنه لو كان مبادلة لما صح؛ لأنها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربا. (زيلعي)

(٨) قوله: "ولهذا لا يشترط إلخ" إيضاح أنه إفراز؛ لأنه لو كان مبادلة يشترط التأقيت، كما في الإجارة؛ لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعرض، فيلتحق بالإجارة حينئذ، فيشترط التأقيت. (ك)

(٩) وفي نسخة أخرى: التوقيت.

(١٠) قوله: "ولكل واحد إلخ" ابتداء كلام لنفي قول من قال أنهما إذا تهايئا، ولم يشترط الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما، أن يستغل ما أصابه. (٤)

(١١) قوله: "أن يستغل [أى يعطى بالأجرة]" استغلال: غله أو ردهن خواستن ومزدورى غرفتن، يقال: استغل المستغلات أى أخذ غلتها. (من)

(١٢) قوله: "في محل يحتملها" كالدار مثلاً، بأن يطلب أحدهما أنه يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها، والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً، وصاحبه شهراً آخر. (عناية)

(١٣) لأن لكل منهما مزية، ولا ترجيح لأحدهما. (٤)

أكمل^(١)، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق.

فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية^(٢) نفيًا^(٣) للثمة، ولو تهايتا في العبدین علی أن یخدم هذا هذا العبد، والآخر الآخر جاز عندهما؛ لأن القسمة علی هذا الوجه جائزة عندهما^(٤) جبراً من القاضی وبالتراضی، فكذا المهايأة، وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضی^(٥)، وهكذا روى عنه^(٦)؛ لأنه لا يجري^(٧) فيه الجبر عنده، والأصح أنه يقسم^(٨) القاضی عنده أيضاً، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت^(٩)، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً علی ما تقدم^(١٠).

ولو تهايتا فيهما^(١١) علی أن نفقة كل عبد علی من يأخذه جاز استحساناً للمسامحة في إطعام الممالیک^(١٢)، بخلاف شرط الكسوة^(١٣)؛ لأنه لا یسامح فيها، ولو تهايتا في دارین علی أن یسكن كل واحد منهما داراً جاز، ویجبر القاضی علیه^(١٤)، أما عندهما فظاهر^(١٥)؛ لأن الدارين عندها كدار واحدة، وقد قيل^(١٦): لا

(١٤) علی شیء. (كافی)

(١٥) قوله: "أعدل" لأن كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد. (كافی)

(١) لأنه ينتفع بجمیع الدار. (كافی)

(٢) قوله: "فإن اختاراه من حيث الزمان إلخ" إنما قيد الاختيار من حيث الزمان ولم یطلق؛ لأن التسوية في المكان ممكن في الحال، بأن یسكن هذا بعضها والآخر بعضها، أما التسوية من حيث الزمان فلا یمكن إلا أن یمضى مدة أحدهما، ثم یسكن الآخر مثل تلك المدة، فيقرع نفيًا للثمة وتطیباً للقلوب. (ك)

(٣) وتطیباً لقلوبهما.

(٤) بأن یكون هذا العبد لهذا، والآخر للآخر.

(٥) قوله: "وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم [بالمهايأة علی هذا الوجه] القاضی" أي قيل نظراً إلى أصل الإمام من غیر رواية عنه. (مل)

(٦) روى الخصاص عن أبي حنيفة.

(٧) لاختلاف الجنس.

(٨) جبراً یطلب أحدهما، بالمهايأة علی هذا الوجه.

(٩) فكان الجنس متحدًا.

(١٠) فی فصل ما یقسم وما لا یقسم.

(١١) عبدین.

(١٢) قوله: "للمسامحة إلخ" لأن العادة جرت بالمسامحة في إطعام الممالیک، فلا یفرض الجهالة إلى المنازعة، ونظيره استئجار الظفر بطعامها وكسوتها؛ لأن الجهالة لا تقضى إلى المنازعة؛ لجریان العادة بالمسامحة لأجل الولد، بخلاف كسوة المملوك؛ لأنه لا یسامح فيها عادة. (زلیعی)

(١٣) علی من يأخذه.

(١٤) إن طلب أحدهما وأبی الآخر.

يجبر عنده اعتباراً بالقسمة^(١).

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهاؤ فيهما أصلاً^(٢) بالجبر؛ لما قلنا، وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما؛ لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر^(٣) أن التفاوت يقل في المنافع^(٤)، فيجوز^(٥) بالتراضي، ويجرى فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً، أما يكثر التفاوت في أعيانها فاعتبر مبادلة^(٦)، وفي الدابتين لا يجوز التهاؤ على الركوب^(٧) عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان^(٨).

وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين، فإنهم بين حاذق^(٩) وأخرق^(١٠)، والتهاؤ^(١١) في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف^(١٢)؛ لما قلنا^(١٣)، بخلاف العبد^(١٤)؛ لأنه يخدم باختياره، فلا يتحمل زيادة على طاقته، والدابة تحملها^(١٥)،

(١٥) قوله: "أما عندهما فظاهر" وكذا عنده؛ لأن التفاوت يقل في المنافع، فيجوز بالتراضي، ويجرى فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة، بخلاف القسمة؛ لأنه يكثر التفاوت في أعيانها، فالتحقت بالأجناس المختلفة، فصارت مبادلة. (كافي)

(١٦) وهو قول الكرخي. (ك)

(١) فإن في القسمة هنا ليس جبر لاختلاف الأجناس.

(٢) قوله: أنه لا يجوز التهاؤ فيهما أصلاً" أي لا بطريق الجبر ولا بطريق التراضي، أما بالجبر فلما قلنا: وهو قوله: اعتباراً بالقسمة وبالتراضي؛ لأنه بيع السكنى بالسكنى، وهو غير جائز على ما مر في الإجازات، وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر أن الحرمة عند وجود أحد وصفي علة الربا ثابتة بالنص بخلاف القياس، والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه، وهو البيع، والمهياة إفراز من وجه ومبادلة من وجه، فيعمل فيها بقضية القياس. (ك)

(٣) أي وجه ظاهر الرواية لأبي حنيفة.

(٤) فكأنها جنس واحد.

(٥) المهياة المذكورة.

(٦) ولا جبر في المبادلة.

(٧) أي يركب هذا هذه الدابة، وهذا هذه الأخرى.

(٨) فالقسمة على هذه الوجه جائزة.

(٩) زهرک واستاد درکاری.

(١٠) بالفتح: نادان.

(١١) بحسب الزمان.

(١٢) بين الإمام وصاحبيه.

(١٣) آنفاً من قولهما: اعتباراً إلخ، وقوله: إن الاستعمال إلخ.

(١٤) فإن التهاؤ فيه زماناً من حيث الخدمة جاز.

(١٥) أي الزيادة على الطاقة.

وأما التهايؤ في الاستغلال^(١) يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية، وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز^(٢).

ووجه الفرق^(٣): هو أن النصيين^(٤) يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال^(٥)، والظاهر بقاءه^(٦) في العقار، وتغيره^(٧) في الحيوانات؛ لتوالى أسباب التغير عليها، ففتوت المعادلة^(٨)، ولو زادت الغلة^(٩) في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر، فيشتركان في الزيادة؛ ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع، فاستغل^(١٠) أحدهما في نوبته زيادة؛ لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل، وهو المنافع، فلا تضره زيادة الاستغلال^(١١) من بعد، والتهايؤ على الاستغلال^(١٢) في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية^(١٣)؛ لما بينا^(١٤). ولو فضل غلة^(١٥) أحدهما لا يشتركان فيه، بخلاف الدار الواحدة^(١٦)، والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء^(١٧)، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول، فاعتبر قرصاً^(١٨)، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه، فلهذا

(١) أى يستغل هذا شهراً وهذا شهراً.

(٢) بالاتفاق.

(٣) قوله: "وجه الفرق" أى بين جواز التهايؤ في الاستغلال، في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة.

(٤) حال الاستغلال.

(٥) بين الشريكين.

(٦) اعتدال.

(٧) اعتدال.

(٨) قوله: "فتوت المعادلة" لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون

كما كان في الأول؛ لأن القوى الجسمانية تتكامل.

(٩) أى في الدار الواحدة.

(١٠) فلا شركة.

(١١) قرله: "فلا تضره إلخ" لأن بالتفاوت في الغلة لا يتبين فوات المعادلة في المنافع، فإن الشئيين قد

يستويان ثم يختلفان في البديل عند العقد. (زيلهى)

(١٢) بأن يستغل هذا داراً وهذا داراً أخرى.

(١٣) قوله: "في ظاهر الرواية" احتراز عما روى عن أبي حنيفة في "الكيسانيات": أنه لا يجوز؛ لأن قسمة

المنفعة تعتبر بقسمة العين، وهى عنده في الدارين لا يجوز للتفاوت.

(١٤) إشارة إلى قوله: والاعتدال ثابت في الحال. (ك)

(١٥) في نوبة أحدهما.

(١٦) فإن فيه الشركة حين الفضل كما مر آنفاً.

(١٧) قوله: "لاتحاد زمان إلخ" فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذى يصل إليه صاحبه. (كافى)

يرد عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز^(١) في العبدین عندهما اعتباراً بالتهايؤ^(٢) في المنافع^(٣)، ولا يجوز^(٤) عنده؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه^(٥)، من حيث الزمان في العبد الواحد، فأولى أن يمتنع الجواز^(٦)، والتهايؤ في الخدمة^(٧) جواز ضرورة^(٨)، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها^(٩)؛ لكونها عيناً؛ ولأن الظاهر^(١٠) هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان^(١١).

ولا يجوز^(١٢) في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب^(١٣). ولو كان نخل، أو شجر، أو غنم بين اثنين^(١٤)، فتهيأنا على أن يأخذ كل

(١٨) قوله: "فاعتبر قرضاً إلخ" لأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفى من نصيبه في الشهر الثاني، ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إجارة نصيب صاحبه، فإذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركاً. (كافي)

(١) التهايؤ على الاستغلال.

(٢) فإنه يجوز على ما مر.

(٣) أي في الاستخدام الخالي عن الاستغلال. (ك)

(٤) أي التهايؤ على الاستغلال في العبدین.

(٥) قوله: "أكثر لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذاقة. ع] منه [من التفاوت. ك] إلخ" فيحصل العبد في شهر واحد من الغلة ما لا يحصل الآخر في سنة، فأولى أن يمتنع، وتقريره: أن التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدین أولى أن لا يجوز. (٤)

(٦) قوله: "فأولى أن يمتنع الجواز" وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدین؛ لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه، فيجوز كما في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع عن رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه الأصح، أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت. (٤)

(٧) قوله: "والتهايؤ في الخدمة [في العبدین. جواب عن قولهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافع] إلخ" هذا جواب إشكال يرد على قوله؛ لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر، وهو أن يقال: لو قال التعليل بالتفاوت في أعيان الرقيق معلولاً عليه لما جاز ذلك في الاستخدام.

فأجاب: بأن في الاستخدام ضرورة؛ لأنه لا يمكن قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها؛ لكونها عيناً. (ك)

(٨) أي ضرورة أن المنافع لا تبقى، فتعذر قسمتها. (٤)

(٩) قوله: "لإمكان قسمتها إلخ" فيستغلانه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من الغلة، ولقائل أن يقول: استدل على جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل؛ لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، وعمله ههنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد لتين مستقلين على حكم واحد بالشخص، وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل؛ لأن غلة الجواز تعذر القسمة، وقلة التفاوت جميعاً، إلا أن كل واحد منهما علة مستقلة. (١٠)

(١٠) وجه آخر لإبطال القياس. (عناية)

(١١) قوله: "فلا يتقاسان" أي فلا يعادلان؛ لأنه يتغير بالاستقلال كما ذكرنا في العبد، فيحصل التفاوت بخلاف

الدارين؛ لأن الظاهر عدم التغيير في العقار. (زيلعي)

(١٢) التهايؤ على الاستغلال.

(١٣) وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان، وله أن الاستعمال إلخ. (٤)

(١٤) قوله: "ولو كان نخل الح" أي لو كان نخل أو شجر بين شريكين، فتهيأنا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة

يستثمرها لم يجز، وكذا لو كان غنم بين اثنين، فاتفقا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يرعاها، وينتفع بألبانها لم يجز. (كافي)

واحد منهما طائفة يستثمرها^(١) أو يرعها، ويشرب ألبانها لا يجوز؛ لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها^(٢)، وهذه^(٣) أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها. والحيلة^(٤) أن يبيع حصته^(٥) من الآخر^(٦)، ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته^(٧)، أو ينتفع باللبن^(٨) بمقدار معلوم^(٩) استقراضاً لنصيب صاحبه^(١٠)، إذ قرض المشاع جائز، والله أعلم بالصواب.

كتاب^(١١) المزارعة^(١٢)

قال^(١٣) : أبو حنيفة: المزارعة بالثلث^(١٤) والريع باطلة، اعلم أن المزارعة لغة: مفاعلة من الزرع^(١٥)، وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة^(١٦).

(١) من الشجر، أو النخل، أو الغنم.

(٢) قوله: "فيتعذر قسمتها إلخ" بخلاف لبن بني آدم، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين، فتهايما على أن يرضع إحداهما ولد أحدهما، والأخرى ولد الآخر جاز؛ لأن لبن بني آدم لا قيمة له فجري مجرى المنافع. (زيلعي)

(٣) أى الثمر واللبن.

(٤) فى الجواز.

(٥) من الشجر، أو الغنم، أو النخل.

(٦) وذلك الآخر ينتفع فى نوبته بكل الشجر والغنم والنخل، ثم يشتري.

(٧) قوله: "ثم يشتري كلها" أى كل النخل والشجر والغنم، فيحل لكل واحد منهما ما تناوله؛ لأنه حصل الثمر

أو اللبن على ملك المشتري. (عيني)

(٨) قوله: "أو ينتفع باللبن إلخ" فإذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة، بعضه من نصيب صاحبه فى

هذه المدة، وبعضه مما أقرضه فى المدة الماضية، ولكن ينبغى أن يزن اللبن، أو يكيله فى المدة حتى يتحقق المساواة فى

الاستيفاء، ولا يكون الربا؛ لأن اللبن يزيد وينقص فى المدة. (عيني)

(٩) كيلاً أو وزناً.

(١٠) من حليب كل يوم إلى أجل معلومة.

(١١) لما كان الخارج فى عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة، ذكر المزارعة بعدها. (ن)

(١٢) سببه سبب المعاملات.

(١٣) هذا لفظ القدورى. (عيني)

(١٤) قوله: "بالثلث [وكذا بالنصف والخمس والسدس وغير ذلك من المقادير]" إنما قيد بالثلث والربع؛ ليتبين محل

النزاع؛ لأنه لو لم يعين أصلاً، أو عين دراهم مسماة، كانت فاسدة بالإجماع. (عناية)

(١٥) قوله: "مفاعلة من الزرع" وهى تقتضى فعلاً من الجانبين كالمناظرة والمقابلة، وفعل الزرع يوجد من أحد

الجانبين، وإنما سُمى بها بطريق التغليب، كالمضاربة مفاعلة من الضرب. (ك)

(١٦) قوله: "وهى فاسدة إلخ" والحيلة للجواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة، فإذا مضت

المدة يعطيه بعض الخارج عوضاً عما وجب له من الأجر فى ذمة صاحب البذر، فيجوز ذلك بتراضيهما، كما فى سائر

وقالا: هي جائزة؛ لما روى^(١): «أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»*، ولأنه عقد شركة بين المال والعمل، فيجوز اعتباراً بالمضاربة^(٢). والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل^(٣)، والقوى عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما، بخلاف دفع الغنم^(٤)، والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد^(٥)؛ لأنه لا أثر هناك^(٦) للعمل في تحصيلها^(٧)، فلم يتحقق شركة. وله ما روى^(٨) أنه عليه السلام نهى عن المخابرة، وهي المزارعة^(٩)*؛ ولأنه استئجار ببعض ما يخرج^(١٠) من عمله^(١١)، فيكون في معنى قفيز الطحان^(١٢)؛ ولأن الأجر مجهول أو معدوم^(١٣)، وكل ذلك مفسد^(١٤)،

الديون. (زيلعي)

(١) أخرجه الجماعة إلا النسائي. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٧٩، والدراية ج ٢، الحديث ٨٩٧ ص ٢٠٤. (نعيم)

(٢) فإنه عقد شركة بين الجانبين، بمال من أحدهما وعمل من الآخر.

(٣) قوله: "فإن ذا المال إلخ" أي فإن الإنسان قد يكون له أرض المزارعة، ولا يهتدى إليها، وقد يكون مهتدياً، ولا يكون له أرض، فمست الحاجة إلى انعقاده؛ لينتظم مصلحتهما، ويحصل مقصودهما من الربح، كما في المضاربة، فإن ذا مال لا يهتدى إلى العمل، والقوى عليه لا يجد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما. (ك)

(٤) إلى رجل.

(٥) قوله: "بنصف الزوائد" أي بنصف الأولاد والإبريسم، فإن تلك الزوائد تتولد من العين، ولا أثر لعمل الرأى والحافظ فيها، وإنما يحصل الزيادة بالعلف والسقى، والحيوان يباشرهما باختباره، فلم يتحقق الشركة. (كافي)

(٦) قوله: "لأنه لا أثر [وَأما ههنا فلعمل المزارع تأثير في تحصيل الخارج. ك] هناك إلخ" لأنه تخلل فعل فاعل مختار، وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره، وهو العامل، فلم يتحقق فيه شركة. (ع)

(٧) زوائد.

(٨) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

(٩) قوله: "وهي المزارعة" من الخبير، وهو الإكار لمعالجته الخبر، وهي الأرض الرخوة، وقيل: من الخيرة، وهي

النصيب. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٠، والدراية ج ٢، الحديث ٨٩٨ ص ٢٠٤. (نعيم)

(١٠) قوله: "ولأنه استئجار إلخ" والدليل على أنه استئجار هو أنه لا يصح بدون ذكر المدة، وذلك من خصائص الإجازات، فكان هذا استئجاراً ببعض ما يخرج منه، فيكون في معنى قفيز الطحان، وقد نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان، وهو أن يستأجر رجلاً ليطحن له كذا من حنطة، بقفيز من دقيقها. (ك)

(١١) أجمير.

(١٢) كشداد: آسيبان. (من)

(١٣) قوله: "ولأن الأجر مجهول" أي على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار

عشرة أقفرة، أو أقل منه أو أكثر، أو معدوم على تقدير عدم الخارج بالآفة. (ع)

(١٤) أي جهالة الأجرة، أو عدمها.

ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر^(١) كان خراج مقاسمة^(٢) بطريق المن والصلح^(٣)، وهو جائز^(٤). وإذا فسدت^(٥) عنده فإن سقى الأرض وكربها^(٦) ولم يخرج شيء منه فله^(٧) أجر مثله؛ لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله^(٨)، فعليه^(٩) أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين^(١٠) لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه^(١١)، وللآخر الأجر كما فصلنا^(١٢)، إلا أن الفتوى على قولهما؛ لحاجة الناس إليها^(١٣) ولظهور تعامل الأمة بها^(١٤)، والقياس يترك بالتعامل، كما في الاستصناع^(١٥).

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة؛ لأن المقصود لا يحصل بدونه^(١٦).

(١) قوله: ومعاملة النبي إلخ" ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة؛ لظهور فساده، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع، هو نظير وهنا ليس كذلك؛ لأن معنى الإجارة فيها أغلب، حتى اشترطت المدة فيها بخلاف المضاربة. (٤)

(٢) قوله: "كان خراج مقاسمة" الخراج نوعان: خراج وظيفة، وهو أن يوظف الإمام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما يطبق أراضيهم، والثاني خراج مقاسمة، وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزء سائماً، والدليل على ذلك أنه عليه السلام لم يبين لهم المدة، ولو كانت مزارعة لبينها؛ لأن المزارعة لا تجوز عند من يجيزها إلا ببيان المدة. (زبلي)

(٣) قوله: "بطريق المن والصلح" لأنه لو أخذ الكل لجاز، فإنه عليه السلام ملكه غنيمة، وكان ما ترك في أيديهم فضلاً، ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان المدة، فلم يكن الحديث حجة لمن جوزها. (٤)

(٤) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح. (٤)

(٥) المزارعة.

(٦) كرب: شوريدن سخاك براى كاشتن. (م)

(٧) أي للعامل.

(٨) عامل.

(٩) عامل.

(١٠) أي فيما إذا كان البذر من قبل العامل، أو من قبل صاحب الأرض. (٤)

(١١) قوله: "لأنه نماء ملكه" نوقض بمن غصب بذراً فزرعه؛ فإن الزرع له، وإن كان نماء ملكه لصاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره، فيجعل العمل مضافاً إلى الأمر. (٤)

(١٢) قوله: "كما فصلنا" وهو قوله: هذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض. (ك)

(١٣) مزارعة.

(١٤) مزارعة.

(١٥) جوز بالتعامل والقياس يأباه، وقد مر.

والثاني: أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد^(١)، وهو^(٢) لا يختص به^(٣)، لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل.

والثالث: بيان المدة^(٤)؛ لأنه^(٥) عقد على منافع الأرض^(٦)، أو منافع العامل^(٧)، والمدة هي المعيار^(٨) لها^(٩) لتعلم^(١٠) بها^(١١).

والرابع: بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة، وإعلاماً للمعقود عليه^(١٢)، وهو منافع الأرض أو منافع العامل.

والخامس: بيان نصيب من لا بذر من قبله؛ لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلا بد أن يكون معلوماً، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد.

والسادس: أن يخلى رب الأرض بينها^(١٣) وبين العامل، حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية.

والسابع: الشركة في الخارج بعد حصوله^(١٤)؛ لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد^(١٥).

(١٦) أي دون صلاحية الزراعة.

(١) أي لا يكون مجنوناً، ولا صغيراً لا يعقل.

(٢) أي هذا الشرط الثاني.

(٣) أي بالمزارعة.

(٤) قوله: "بيان المدة إلخ" بأن يقول: إلى سنة، أو سنتين، أو ما أشبه ذلك، وإن بين وقتاً لا يتمكن فيه من الزراعة فسدت المزارعة، فصار ذكره ولا ذكره سواء، وكذلك إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلها غالباً؛ لأنه يصير في معنى اشتراط العقد إلى ما بعد الموت. (ك)

(٥) مزارعة.

(٦) أي إذا كان البذر من قبل العامل. (ك)

(٧) أي إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

(٨) بمنزلة الكيل أو الوزن. (٦)

(٩) أي للمنافع.

(١٠) أي للمنافع.

(١١) أي بالمدة.

(١٢) قوله: "وإعلاماً للمعقود إلخ" لأن المعقود عليه يختلف باختلافه، فإن البذر إن كان من قبل العامل، فالمعقود عليه منفعته الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منفعة العامل، ولا بد من بيان المعقود عليه؛ لأن الجهالة تؤدي إلى المنازعة بينهما. (ك)

(١٣) أرض.

(١٤) قوله: "الشركة في الخارج بعد حصوله [خارج] إلخ" يعني ينبغي أن لا يشترط فيه مقدار معين لأحدهما، إذ يجوز أن لا يخرج من الأرض إلا ذلك القدر، فلم تبق شركة على ذلك التقدير، ومن شرطها بقاء الشركة. (ك)

والثامن: بيان جنس البذر^(١)؛ ليصير الأجر معلوماً.

قال^(٢): وهي عندهما على أربعة أوجه^(٣): إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط^(٤).

وإن كانت الأرض لواحد، والعمل والبقر والبذر لواحد جازت؛ لأنه استئجار الأرض^(٥) ببعض معلوم^(٦) من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة^(٧).

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد، والعمل من الآخر جازت؛ لأنه^(٨) استأجره للعمل بالآلة المستأجر، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته^(٩)، أو طياناً ليطين^(١٠) بمره^(١١).

وإن كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر، فهي باطلة، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً؛ لأنه لو شرط البقر والبذر عليه^(١٢) يجوز، فكذا^(١٣) إذا شرط وحده، وصار كجانب العامل^(١٤).

(١٥) قوله: "كان مفسداً الخ" لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج، تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم. (٤)

(١) قوله: "بيان جنس البذر الخ" لأنه جزء من الخارج، فلا بد من بيانه؛ ليعلم أن الخارج من أي نوع، ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى؛ لأنه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير. (٤)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "وهي [المزارعة] عندهما الخ" المراد المزارعة المستعملة بين الناس لا المزارعة الصحيحة؛ لأنها على ثلاثة أوجه، ولا الفاسدة؛ لأنها كذلك على ثلاثة أوجه، ولا مطلق المزارعة؛ لأنها على ستة أوجه. (ك)

(٤) قوله: "فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة [إبرة - بالكسر - سوزن] الخ" فالأجر كله بإزاء الخياطة دون الإبرة، فكذا ههنا يكون الخارج بإزاء العمل دون البقر، فلم يكن مستأجراً لبقر ببعض الخارج فيصم. (ك)

(٥) أي استأجر العامل الأرض من رب الأرض.

(٦) كالتصنيف أو الثلث.

(٧) في الذمة.

(٨) أي رب الأرض.

(٩) أي إبرة صاحب الثوب. (ن)

(١٠) تطيين بگل اندودن. (م)

(١١) أي بمر صاحب الطين، مره - بالفتح - كلند وبيبل يا دسته آن. (من)

(١٢) أي على رب الأرض.

(١٣) أي إذا شرط البقر وحده. (ك)

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض؛ لأن منفعة الأرض قوة في طبعها^(١) يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل، كل ذلك بخلق الله تعالى، فلم تتجانسا^(٢) فتعذر^(٣) أن تجعل^(٤) تابعة لها^(٥).
بخلاف جانب العامل؛ لأنه تجانست المنفعتان^(٦) فجعلت^(٧) تابعة لمنفعة العامل، وههنا وجهان آخران^(٨) لم يذكرهما^(٩).

أحدهما: أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر، فإنه لا يجوز^(١٠)؛ لأنه يتم شركة بين البذر والعمل^(١١)، ولم يرد به الشرع^(١٢).
والثاني: أن يجمع بين البذر والبقر^(١٣)، وإنه لا يجوز أيضاً؛ لأنه لا يجوز عند الانفراد^(١٤)، فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين^(١٥) لصاحب البذر في

(١٤) قوله: "وصار كجانب العامل" فإنه لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطاً على العامل، جاز أن يكون البقر مشروطاً عليه بدون البذر. (كافي)

(١) قوله: "لأن منفعة الأرض إلخ" تقريره: أن منفعة الأرض قوة تؤثر لا بالاختيار، ومنفعة البقر قوة تؤثر بالاختيار، فلم تتجانسا، وهذا القدر لا يمنع جعل أحدهما تابعة للأخرى، فإن الجوهر والعرض جنسان مع أنه يجعل العرض تابعاً للجوهر في البيع، فزاد قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى، أي كل منهما مستقل ولا يضاف أحدهما إلى الأخرى. فلا يصلح للتبعية، فلا يجعل تابعاً. بخلاف منفعة البقر والعامل؛ لأنهما جنس واحد عامل بالاختيار مع أن فعل البقر يضاف إلى العامل، فيصلح للتبعية فجعل تابعاً لمنفعة العامل، وظهر بما ذكرنا أن معنى قوله: كل ذلك بخلق الله تعالى؛ ليس ببيان أن الحوادث بخلق الله تعالى لبيان دفع توهم كون المصنف من المعتزلة، وليس له دخل في الدليل، كما هو في الكفاية والعناية، بل لهذا القول دخل في الدليل. (أعظمي)

(٢) قوله: "تجانسا [المنفعتان] إلخ" الضابطة في معرفة التجانس ما فهم من كلامه، وهو أن ما صدر فعله من القوة الحيوانية فهو جنس، وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر. (٤)

(٣) قوله: "فتعذر إلخ" فبقي البقر مقصوداً بالاستيجار ببعض الخارج، ولم يرد به الشرع. (غن)

(٤) منفعة البقر، فشرط البقر على صاحب الأرض مفسد للإجارة. (زيلعي)

(٥) أي لمنفعة الأرض.

(٦) لأن البقر آلة العمل. (كافي)

(٧) منفعة البقر.

(٨) وهما فاسدان.

(٩) القدوري. (٤)

(١٠) وعن أبي يوسف أنه يجوز للتعامل. (كافي)

(١١) قوله: "لأنه يتم شركة إلخ" فإن صاحب البذر مستأجر للأرض، والتخلية بين المستأجر، والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية ههنا؛ لأن الأرض تكون في يد العامل. (عينى)

(١٢) قوله: "ولم يرد به الشرع" أي لم يرد بجوازه دليل الشرع من نص، أو إجماع، أو قياس، فيبقى على أصل

الحرمة. (أعظمي)

(١٣) بأن يكون البذر والبقر لأحدهما، والباقي للآخر. (ن)

رواية^(١)، اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض، ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له^(٢) لاتصاله^(٣) بأرضه.

قال^(٤): ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة؛ لما بينا^(٥)، وأن يكون الخارج شائعاً بينهما؛ تحقيقاً لمعنى الشركة، فإن شرطاً لأحدهما قفزاً^(٦) مسمّاة، فهي باطلة؛ لأن به^(٧) تنقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة^(٨) لأحدهما في الضاربة.

وكذا^(٩) إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره^(١٠)، ويكون الباقي بينهما نصفين؛ لأنه^(١١) يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين، أو في جميعه، بأن لم يخرج^(١٢) إلا قدر البذر، فصار كما إذا شرط^(١٣) رفع الخراج والأرض^(١٤) خراجية، وأن يكون الباقي^(١٥) بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخراج

(١٤) قوله: "عند الانفراد" أي انفراد البذر والبقرة، بأن كان من أحدهما البقر لا غير، أو البذر لا غير. (ن)

(١٥) أي هذين الوجهين المذكورين آنفاً.

(١) قوله: "لصاحب البذر" وذكر في "المبسوط" بعد ما ذكر هذا، فقال: بقي إشكال، وهو أنه أوجب لصاحب الأرض أجر مثل أرضه، ولم يسلم صاحب الأرض ههنا الأرض إلى صاحب البذر، فكيف يستوجب عليه أجر مثله. ولكننا نقول: صارت منفعة أي منفعة العامل ومنفعة الأرض كلها مسلمة إلى صاحب البذر بسلامة الخارج له حكماً، وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئاً؛ لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه، فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين. (ك)

(٢) بذر.

(٣) بذر.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "لما بينا" يعني قوله: في بيان شروطها، والثالث بيان المدة؛ لأنه عقد على مناقم الأرض إلخ. (٤)

(٦) قفيز كأمر ييمانه است بقدر هشت مكوك، قفزان كعثمان جمع.

(٧) بهذا الشرط.

(٨) فالمضاربة فاسدة.

(٩) أي باطلة.

(١٠) أي لا يدخل في القسمة.

(١١) لأن هذا الشرط.

(١٢) من الأرض.

(١٣) وصار "كما إذا شرطاً [فهو فاسد] رفع الخراج إلخ" أي إذا كان الخراج خراج وظيفة، بأن تكون دراهم مسمّاة بحسب الخارج، أو قفزاً معلومة، وأما إذا كان خراج مقاسة وهو جزء من الخارج مشاعاً، نحو الثلث والرابع، فإنه لا يفسد المزارعة بهذا الشرط. (عناية)

(١٤) الواو حالية.

لنفسه أو للآخر، والباقي بينهما؛ لأنه^(١) معين مشاع، فلا يؤدي إلى قطع الشركة^(٢)، كما إذا شرط^(٣) رفع العشر وقسمة الباقي بينهما، والأرض^(٤) عشرية.

قال^(٥): "وكذلك^(٦) إن شرط ما على المأذيات والسواقي^(٧)، معناه لأحدهما؛ لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة؛ لأنه لعله لا يخرج^(٨) إلا من ذلك الموضع، وعلى هذا^(٩) إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة، ولآخر ما يخرج من ناحية أخرى.

وكذا^(١٠) إذا شرط لأحدهما التبن، وللآخر الحب؛ لأنه عسى أن يصيبه^(١١) آفة، فلا يتعقد الحب، ولا يخرج إلا التبن، وكذا^(١٢) إذا شرط التبن نصفين، والحب لأحدهما بعينه؛ لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود، وهو الحب، ولو شرطا الحب نصفين، ولم يتعرضا للتبن صحت؛ لاشتراطهما الشركة فيما هو^(١٣) المقصود.

ثم التبن يكون لصاحب البذر؛ لأنه غناء ملكه، وفي حقه^(١٤) لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط^(١٥)، وهذا سكوت عنه.

(١٥) بعد رفع الخراج.

(١) أى العشر.

(٢) قوله: "فلا يؤدي [فإنه دال على بقاء تسعة أعشار] إلخ" وهو يصلح حيلة للوصول إلى رفع البذر. (ت)

(٣) فإنه يجوز.

(٤) الواو حالية.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) أى لا يجوز.

(٧) قوله: "على المأذيات إلخ" المأذيات فارسي معرب، أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، والسواقي جمع الساقية؛ وهى فوق الجدول دون النهر، كذا فى "المغرب"، فعلى هذا يكون المأذيات والساقية من الألفاظ المترادفة، وقال فى الغريبين، السواقي دون المأذيات. وقال الخطابى فى "شرح السنن": والمأذيات الأنهار معربة، وقال أحمد بن حنبل فى فوائده مختصر القدورى: المأذيات معربة، وهى الأنهار العظام، سميت بذلك؛ لأنها تتولد منها الأنهار الصغار، والسواقي الأنهار الصغار؛ لأنها كالسقيانات. (غاية البيان)

(٨) الزر ٦.

(٩) أى لا يجوز.

(١٠) أى لا يجوز.

(١١) زر ٦.

(١٢) أى لا يجوز.

(١٣) أى الحب.

(١٤) أى فى حق صاحب البذر.

وقال مشايخ بلخ: التبن بينهما أيضاً^(١)، اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان^(٢)؛ ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل^(٣).

ولو شرطاً الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت؛ لأنه حكم العقد^(٤)، وإن شرطاً التبن للآخر^(٥) فسدت؛ لأنه شرط^(٦) يؤدي إلى قطع الشركة، بأن لا يخرج^(٧) إلا التبن، واستحقاق غير صاحب البذر^(٨) بالشرط^(٩).

قال^(١٠): وإذا صحت المزارعة، فالخارج على الشرط^(١١)؛ لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئاً، فلا شيء للعامل؛ لأنه^(١٢) يستحقه شركة^(١٣)، ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت^(١٤) إجارة^(١٥)، فالأجر مسمى، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت^(١٦)؛ لأن أجر المثل في الذمة، ولا تفوت الذمة بعدم الخارج.

(١٥) قوله: "والمفسد هو الشرط" أي المفسد هو الشرط الفاسد، وهو الشرط الذي لا يلائم العقد، وهو أن يشترط التبن بغير صاحب البذر، وهما سكتا من ذكر الشرط الفاسد، والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون مفسداً. (ك)

(١) قوله: "وقال مشايخ بلخ إلخ" والجواب عما قال مشايخ بلخ: إن الأصل فيها عدم الجواز؛ لأنها تثبت مع المنافي، فيقدر ما وجد الجوز يعمل به، وما لم يوجد فلا.

(٢) قوله: "اعتباراً للعرف" فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب (٤)

(٣) قوله: "والتبع يقوم" أي يثبت بشرط الأصل، وقد وجد شرائط صحة الشركة في الأصل، وهو الحب؛ لأنهما اشترطا فيه الشركة، فثبتت الشركة في التبن أيضاً تبعاً للحب، كالإمام إذا دخل مصر ونوى الإقامة بصير الجندي مقيماً، وإن لم يكن في موضع الإقامة، وكذا المولى مع العبد. (ك)

(٤) قوله: "لأنه حكم العقد إلخ" يعني لو أنهما سكتا عن ذكر التبن، كان التبن لصاحب البذر؛ لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد، فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. (٤)

(٥) أي غير صاحب البذر.

(٦) مخالف لمقتضى العقد، وهو يؤدي إلخ.

(٧) بأن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب. (ك)

(٨) مبتدأ.

(٩) خبر.

(١٠) أي القدروري. (عيني)

(١١) قوله: "فالخارج على الشرط" فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى، وهذا عقد صحيح فيجب فيه

المسمى. (٤)

(١٢) عامل.

(١٣) يعني في الانتهاء. (٤)

(١٤) قوله: "وإن كانت إلخ" يعني فإن قيل: كانت المزارعة إجارة ابتداء، فلا بد من الأجرة، أجاب عنه بقوله: وإن

كانت أي المزارعة إجارة إلخ. (٤)

(١٥) أي ابتداءً. (ن)

قال^(١): وإذا فسدت^(٢)، فالخارج لصاحب البذر؛ لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر^(٣) بالتسمية^(٤)، وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر.

قال^(٥): ولو كان البذر من قبل رب الأرض^(٦)، فللعامل أجر مثله، لا يزداد^(٧) على مقدار ما شرط له من الخارج؛ لأنه رضى بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها^(٨)؛ إذ لا مثل لها^(٩) وقد مر في الإجازات^(١٠). وإن كان البذر من قبل العامل، فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه؛ لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها^(١١)، وقد تعذر^(١٢) ولا مثل لها^(١٣)، فيجب رد قيمتها^(١٤)، وهل يزداد على ما شرط له من الخارج، فهو على الخلاف^(١٥) الذي ذكرناه^(١٦).

(١٦) مسمى.

(١) أى القدورى.

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا فسدت [إجارة] إلخ" يعنى إن كانت فاسدة، فلا فرق بين أن تخرج الأرض، وأن لا تخرج الأرض فى وجوب أجر المثل للعامل، فإن أخرجت شيئاً، فالخارج لصاحب البذر. (٤)

(٣) مبتدأ.

(٤) خبر.

(٥) أى القدورى. (عنى)

(٦) والمزارعة فاسدة.

(٧) أجر مثل.

(٨) منافع.

(٩) منافع.

(١٠) قوله: "وقد مر فى الاجارات" قال صاحب "النهاية": وفى هذا الذى ذكره من الحوالة نوع تغيير؛ لأنه ذكر فى باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجازات فى مسألة، ما إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً منه بقبض منه، فالإجارة فاسدة، ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قبض؛ لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا فى الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد؛ لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الخط. فمن هذا الذى ذكره فى الإجارة يعلم، أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ فى الإجارة الفاسدة، كما هو قولهما إلا فى الشركة فى الاحتطاب، ثم ذكر ههنا، وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ إلى أن قال: وقد مرت فى الإجازات، وذلك يدل على أن مذهبه فى جميع الإجازات الفاسدة يبلغ الأجر بالغاً ما بلغ، وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة فى الاحتطاب؛ لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج، وهذه حوالة بلا تغيير. (٤)

(١١) منافع.

(١٢) الرد.

(١٣) منافع.

(١٤) منافع.

(١٥) بين الشيخين وبين محمد.

ولو جمع بين الأرض^(١) والبقر حتى فسدت المزارعة، فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر، هو الصحيح^(٢)؛ لأن له مدخلا في الإجارة^(٣)، وهي إجارة معني. وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه^(٥)؛ لأن النماء حصل في أرض مملوكة له، وإن استحقه^(٦) العامل أخذ^(٧) قدر بذره، وقدر أجر الأرض^(٨) وتصدق بالفضل؛ لأن النماء يحصل من البذر^(٩)، ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه^(١٠)، فما سلم له^(١١) بعوض طاب له^(١٢)، وما لا عوض له تصدق به^(١٣).

قال^(١٤): وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل^(١٥) لم يجبر

(١٦) آنفاً.

(١) أي كانت الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر.

(٢) قوله: "هو الصحيح" وقيل يفرم له مثل أجر الأرض مكروبة، فأما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال، فلا يتعد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون انعقاد العقد، إذ المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة، لما مر، ومنافع البقر يجوز استحقاتها بعقد الإجارة، فينعقد عليها عقد المزارعة بصفة الفساد، فيجب أجر المثل، كما يجب أجر مثل الأرض. (كافي)

(٣) قوله: "لأن له" أي للبقر مدخلا في الإجارة لجواز إيراد عقد الإجارة عليه، والمزارعة إجارة معني، فينعقد المزارعة عليه فاسداً، أو يجب أجر المثل. (٤)

(٤) مزارعة.

(٥) خارج.

(٦) لبذره، خارج.

(٧) عامل.

(٨) أي قدر ما عزم من أجر مثل الأرض. (كافي)

(٩) قوله: "لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض" أي فهو محتاج إليهما، فكان الخبث شديداً، فأورث وجوب التصدق وعمل العامل، وهو القاء البذور وفتح الجدول، ليس بذلك المثابة؛ لجواز حصول النماء بدونها عادة. كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض، وأمطر السماء فكان ما تمكن بالعمل شبيهة الخبث، فلم يورث وجوب التصدق، وهذا هو الفارق بين خبث تمكن في منفعة الأرض، فأوجب التصدق بالفضل، وبين خبث تمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك. (٤)

(١٠) ملك.

(١١) عامل.

(١٢) عامل.

(١٣) العامل.

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) قوله: "فامتنع صاحب البذر" أي قبل إلقاء البذر، وأما بعد إلقاءه فيجبر؛ لأن عقد المزارعة يكون لازماً من الجانبين بعد إلقاء البذر. (ك)

عليه^(١١)؛ لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه^(١٢)، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره^(١٣)، وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل؛ لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر^(١٤)، والعقد لا يفسخ إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة^(١٥)، فيفسخ به المزارعة.

قال: ولو امتنع رب الأرض والبذر^(١٦) من قبله، وقد كرب المزارع الأرض، فلا شيء له^(١٧) في عمل الكراب، قيل: هذا^(١٨) في الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل^(١٩)؛ لأنه غره^(٢٠) في ذلك.

قال: وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة^(٢١)؛ اعتباراً بالإجارة، وقد مر الوجه في الإجازات^(٢٢)، فلو كان دفعها^(٢٣) في ثلاث سنين، فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد^(٢٤) حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع^(٢٥)

(١) عمل.

(٢) وهو إلقاء البذر على الأرض، ولا يدري هل يخرج أم لا؟ (زيلعي)

(٣) ثم ندم فلا يجبر. (عيني)

(٤) قوله: "لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر [سوى ما التزم بالعقد؛ لأنه التزم بإقامة العمل، وهو قادر عليها. ع] لأنه التزم بإقامة العمل، وهو قادر على إقامة العمل، كما التزمه بالعقد، وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم العقود عليه، فأما إذا امتنع صاحب البذر من العمل، ففي إلزام موجب العقد إياه ضرر فيما لم يتناوله العقد؛ لأن البذر ليس بمعقود عليه، وفي إلقاءه في الأرض أتلافه، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "إلا إذا كان عذر إلخ" كالمرض المانع للعامل عن العمل، أو الدين الذي لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض،

فيفسخ به المزارعة. (٦)

(٦) والواو حالية.

(٧) والواو حالية.

(٨) أى للمزارع.

(٩) أى الجواب. (٦)

(١٠) قوله: "يلزمه استرضاء العامل" يعنى بأن يعطى العامل أجر مثل عمله؛ لأنه إنما استعمل بإقامة العمل ليزرع، فيحصل له نصيبه من الخراج، فإذا أخذ الأرض بعد ما أقام هذه الأعمال من كرب الأرض، وحفر الأنهار كان هو غاراً للعامل ملحقاً للضرر به، والغرور مدفوع، فينبغي أن يطلب رضاه (ك)

(١١) عامل.

(١٢) قوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين إلخ" واعلم أنه أراد بقوله: "وإذا مات أحد المتعاقدين" ما بعد الزرع؛ لأن الذى يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت؛ ولكنه ذكر جواب الثابت فى قوله: "فلما نبت الزرع إلخ" ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله تركه ذلك اعتماداً على دخوله فى إطلاق أول المسألة. (٦)

(١٣) قوله: "وقد مر الوجه فى الإجازات" وهو قوله: لأنه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقاً بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث، وذلك لا يجوز. (ك)

(١٤) الأرض مزارعة.

(١٥) يقال: استحصد الزرع، وأحصد بمعنى إذا حان له أن يحصد.

حتى يستحصد الزرع، ويقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين؛ لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مرعاةً للحقين^(١)، بخلاف السنة الثانية والثالثة؛ لأنه ليس فيه ضرر^(٢) بالعامل فيحافظ فيهما على القياس^(٣).

ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب^(٤) الأرض، وحفر الأنهار، انتقضت المزارعة^(٥)؛ لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل؛ لما نيينه إن شاء الله تعالى^(٦).

وإذا فسخت المزارعة بدين فادح^(٧)، لحق صاحب الأرض، فاحتاج إلى بيعها فباع جاز^(٨)، كما في الإجارة، وليس للعامل أن يطالبه^(٩) بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء؛ لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء. ولو نبت الزرع^(١٠)، ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين^(١١)، حتى يستحصد الزرع؛ لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتأخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضى من الحبس إن كان حبسه بالدين؛ لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو^(١٢) ظالماً^(١٣)، والحبس جزاء الظلم.

(١٦) قوله: "ترك الأرض إلخ" أى يبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد، ولا يثبت إجارة مبتدأة، حتى لا يجب الأجر على المزارع. (ك)

(١) حق المزارع وحق الورثة. (كافى)

(٢) أى فى نقض المزارعة فى هاتين السنتين.

(٣) قوله: "فيحافظ إلخ" أى فيحافظ فى السنة الثانية والثالثة على وجه القياس، حيث تبطل المزارعة، بخلاف السنة الأولى؛ فإنه لا تبطل المزارعة فيها استحساناً. (غن)

(٤) العامل.

(٥) قوله: "انتقضت المزارعة" بخلاف المسألة الأولى، حيث بقى بإرضاء؛ لأنه كان مغروراً من جهته بالامتناع باعتباره، ولم يوجد ذلك ههنا؛ لأن الموت يأتى بدون اختياره. (زيلعى)

(٦) إشارة إلى قوله بعد هذا؛ لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد إلخ. (غن)

(٧) قوله: "وإذا فسخت المزارعة بدين فادح [فدحه الأمر أنقله. مغرب] إلخ" هذا القول والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية "الزيادات"؛ فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضاء؛ لأنها فى معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة، والإجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك. (٤)

(٨) الفسخ. (٤)

(٩) سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض، كذا فى "العناية".

(١٠) والدين على رب الأرض ثقيل.

(١١) قوله: "لم تبع الأرض فى الدين إلخ" ولا كذلك لو زرع الأرض، ولم ينبت بعد؛ لأنه ليس لصاحب البذر فى الأرض عين مال قائم؛ لأن التبذير استهلاك. (زيلعى)

(١٢) رب الأرض.

قال^(١): وإذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان على المزارع أجر مثل نصيبه^(٢) من الأرض إلى أن يستحصد^(٣)، والنفقة على الزرع عليهما^(٤) على مقدار حقوقهما، معناه حتى يستحصد^(٥)؛ لأن في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين^(٦)، فيصار إليه، وإنما كان العمل^(٧) عليهما؛ لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة، وهذا عمل في المال المشترك^(٨). وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض^(٩)، والزرع بقل حيث يكون العمل فيه^(١٠) على العامل؛ لأن هناك^(١١) أبقينا العقد في مدته، والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ههنا^(١٢) العقد قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد، فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه.

فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه^(١٣)، وأمر القاضى فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه^(١٤)، ولو أراد رب الأرض^(١٥) أن يأخذ الزرع بقل لم يكن له ذلك؛ لأن

(١٣) بالماطلة (زيلعى)

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) قوله: "على المزارع أجر مثل نصيبه [أى يبقى الزرع وكان على المزارع إلخ] إلخ" حتى لو كانت المزارعة بالنصف، كان عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأن المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة، لم يبق للعامل حق منفعة الأرض، وهو يستوفىها بتربية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك. (زيلعى)

(٣) الزرع.

(٤) قوله: "والنفقة على الزرع عليهما [مزارع ورب الأرض] إلخ" وهى مؤنة الحفظ والسقى وكرى الأنهار عليهما عنى مقدار نصيبهما، حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. (٤)

(٥) قوله: "معناه" أى معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما، يريد أن النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع. (ك)

(٦) قوله: "تعديل النظر من الجانبين [رب الأرض ومزارع] إلخ" فإننا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقينا بلا أجر تضرر رب الأرض، فأبقينا بالأجر، وفيه تعديل النظر من الجانبين. (٤)

(٧) أى النفقة.

(٨) قوله: وهذا عمل في المال المشترك إلخ" فيكون العمل عليهما، وهو قبل انتهاء المدة كان على العامل خاصة، فالعمل بعد الانتهاء يكون باعتبار الشركة فى الزرع. (ملا محمد ولى قدس سره)

(٩) قوله: "وهذا بخلاف إلخ" فإنه يبقى الزرع بلا أجر، ولا اشتراك فى النفقة، ولا اشتراك فى العمل. (٤)

(١٠) قوله: "حيث يكون العمل فيه" مسألة الموت مخالفة لمسألة انقضاء المدة فى الأحكام الثلث، وهى وجوب أجر الأرض، والاشتراك فى النفقة والاشتراك فى العمل، حيث لم يجز أجر مثل نصيبه من الأرض على العامل. (ك)

(١١) أى فى مسألة الموت.

(١٢) أى فى مسألة انقضاء المدة.

(١٣) قوله: "فإن أنفق [أحدهما بغير إذن صاحبه، وأمر القاضى إلخ]" أى فيما إذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع؛ لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره، وبغير أمر من يلى عليه. (ك)

فيه إضراراً بالمزارع، ولو أراد المزارع أن يأخذه بقبلا، قيل لصاحب الأرض: اقلع الزرع فيكون^(١) بينكما، أو أعطه قيمة نصيبه، أو أنفق أنت على الزرع، وارجع بما تنفقه في حصته؛ لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه^(٢)؛ لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى^(٣) نظر له، وقد ترك النظر لنفسه، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات^(٤)؛ لأن بكل ذلك يستدفع^(٥) الضرر،

ولو مات المزارع بعد نبات الزرع، فقالت ورثته: نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع، وأبى رب الأرض، فلهم ذلك؛ لأنه لا ضرر على رب الأرض، ولا أجر لهم بما عملوا؛ لأننا أبقينا العقد نظر الهم^(٦)، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل؛ لما بينا^(٧)، والمالك على الخيارات الثلاثة^(٨)؛ لما بينا^(٩). قال^(١٠): وكذلك أجره الحصاد^(١١) والرفاع^(١٢) والدياس^(١٣) والتذرية عليهما^(١٤)

(١٤) قوله: "لأنه لا ولاية له [أى لأحدهما على صاحبه] عليه" ولا هو مضطر إلى ذلك؛ لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي، فصار هذا نظير ترميم الدار المشتركة. (زيلعي)

(١٥) بعد انقضاء المدة.

(١) زر.

(٢) قوله: "لا يجبر عليه" أى بعد مضي المدة لانتهاء العقد، فبقى الزرع مشتركاً بينهما، فيخير رب الأرض بين هذه الخيارات. (كافي)

(٣) تنبيه: بيان رسانيدن جيزى را.

(٤) الثلث.

(٥) رب الأرض.

(٦) قوله: "نظر الهم" فقاموا مقامه، وهو لا يستحق الأجر فكذا هم. (زيلعي)

(٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظراً له إلخ. (ك)

(٨) قوله: "والمالك على الخيارات الثلاثة [المذكورة] إلخ" لكن في هذه الصورة لو رجع المالك بالنفقة، يرجع بكلها، إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد. (ك)

(٩) وهو قوله: لأن بكل ذلك يستدفع إلخ.

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) قوله: "وكذلك أجره الحصاد [حصاد - بالفتح - درودن. م] إلخ" يعنى كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مدة المزارعة، والزرع لم يدرك، كان أجره الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما. (غن)

(١٢) قوله: "والرفاع [برداشتن بندهاى دريده]" - بالفتح والكسر - هو أن يرفع الزرع إلى البيدر، والتذرية: تمييز الحب من التبن بالرياح، والبيدر: موضع الطعام الذى يداس فيه. (مل)

(١٣) قوله: "والدياس [كوفتن]" والدياسة فى الطعام أن يوطأ بقوام الدواب، الدياس صيقل السيف، واستعمال الفقهاء إياه موضع الدياسة تسامح أو وهم. (مغرب)

(١٤) قوله: "والتذرية عليهما [مزارع ورب الأرض]" ذرت الريح التراب تذرية، برداشت باد خاك را، برانيد

بالخصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت^(١)، وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة^(٢)، وهو انقضاء المدة، والزرع لم يدرك، بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود، فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد^(٣)، فيجب مؤنته عليهما، وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه^(٤)، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد^(٥) كشرط الحمل والطحن على العامل^(٦). وعن أبي يوسف أنه يجوز^(٧) إذا شرط ذلك على العامل للتعامل، اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيار مشايخ بلخ^(٨)، قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا.

فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقى والحفظ، فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية^(٩)، كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه^(١٠)، وما^(١١) كان^(١٢) بعد القسمة فهو عليهما^(١٣)، والمعاملة^(١٤) على قياس هذا^(١٥) ما كان قبل إدراك الثمر من السقى والتلقيح

وبرد. (من)

(١) قوله: "فإن شرطاه" أي كون أجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية في المزارعة على العامل. (٤)

(٢) وهذا الحكم [أي كون أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما. ك] إلخ" لما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء المدة والزرع، لم يدرك كان توهم اختصاصها بذلك، فقال المصنف: هذا الحكم ليس بمختص إلخ. (٤)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "ولا [الواو حالية] يقتضيه [العقد] إلخ" لأن العقد يقتضى عمل المزارعة، وهذه الأشياء ليست من أعمال المزرعة. (زيلعي)

(٥) قوله: "يفسد العقد" والأصل أن اشتراط ماليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، ومثله يفسد الإجارة، فكذا المزارعة؛ لأن فيها معنى الإجارة. (٤)

(٦) قوله: "كشرط الحمل" أي حمل الخنطة ونحوها إلى منزل رب الأرض. (عيني)

(٧) المزارعة.

(٨) قوله: "وهو اختيار مشايخ بلخ" وهم يزيدون على هذه الرواية، ويقولون: يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل للتعامل. (زيلعي)

(٩) على الاشتراك على قدر الخصص.

(١٠) آنفاً.

(١١) كالحمل إلى البيت.

(١٢) منه.

(١٣) قوله: "فهو عليهما" لتمييز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر، فكان التدبير في ملك واحد منهما إليه. (٤)

(١٤) أي المساقاة. (٤)

(١٥) أي على هذه الوجوه.

والحفظ^(١)، فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد^(٢) والحفظ فهو عليهما^(٣)، ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا عرف فيه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما^(٤)؛ لأنه مال مشترك ولا عقد^(٥).

ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أراد اقصص^(٦) القصيل^(٧)، أو جد^(٨) التمر بسرّاً، أو التقاط الرطب، فذلك عليهما؛ لأنهما أنهما العقد لما عزموا على القصيل والجداد بسرّاً، فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.

كتاب المساقاة^(٩)

قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة^(١٠)، وقالوا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة، وسمى جزء من الثمرة مشاعاً، والمساقاة هي المعاملة^(١١) في الأشجار، والكلام فيها كالكلام في المزارعة^(١٢).

(١) قوله: "والتلقيح [تلقيح: كشن دادن خرما را. م.] تلقيح النخل إدخال شيء من فحولها في أنثائها، كتلقيح الحيوانات. (مل)

(٢) وهو بالبدال المهملة القطم من جد النخل خدمه، أى قطع ثمرة جداداً. (ن)

(٣) بالاشتراك.

(٤) قوله: "وما كان بعد القسمة" كالحمل إلى البيت والطحن، فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة؛ لأن بالقسمة يتميز ملك أحدهما عن الآخر، فيكون التدبير في ملك واحد منهما إليه. (كافئ)

(٥) قوله: "لأنه مال مشترك" سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان، وقيل: باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما، ألا ترى أن نصيب كل واحد منهما إذا كان معيناً في قرية، يقال لهم: شركاء في القرية. (ع)

(٦) بالفتح: يريدن. (م)

(٧) قوله: "قصيل [سيزه بريده شد. م.] يقال: لكل زرع بعد النبات قبل الإدراك. (غن)

(٨) قطع.

(٩) قوله: "كتاب المساقاة [مفاعلة من السقي، وهي معاملة في الأشجار ببعض الخارج منها]" لا يخفى مناسبتها مع المزارعة، وهي المشاركة في الخارج، ثم مع كثرة القائلين بجوازها، وورود الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، قدمت المزارعة عليها لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها وكثرة فروعها ومسائلها، كما أفاده في "النهاية". (در المختار)

(١٠) قوله: "المساقاة [أى مشاعاً] إلخ" ثم معنى المساقاة لغةً وشرعاً، ما هو مذكور في الصحاح وغيره، أن المساقاة أن تستعمل رجلاً في نخيل أو كرزم أو غيرهما؛ ليقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمره. (ن)

(١١) بلغة أهل المدينة. (ع)

(١٢) قوله: "والكلام فيها إلخ" أتى وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة، وفي "فتاوى قاضى خان"، وشرائطها منها بيان نصيب العامل، فإن بينا نصيب العامل، وسكننا عن نصيب الدافع جاز استحساناً، كما قلنا في المزارعة. ومنها الشركة في الخارج، كما في المزارعة، ومنها التخلية بين الأشجار والعامل، ومنها بيان الوقت، فإن سكننا عن الوقت جاز استحساناً، ويقم العقد على أول ثمرة تكون في تلك السنة، فإن لم يخرج في تلك السنة ثمرة ينتقض المعاملة. (ك)

وقال الشافعي: المعاملة جائزة^(١)، ولا يجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة^(٢)؛ لأن الأصل في هذا^(٣) المضاربة، والمعاملة أشبه بها^(٤)؛ لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل^(٥)، وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر، بأن شرط رفعه^(٦) من رأس الخارج يفسد، فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب^(٧) في بيع الأرض^(٨)، والمنقول في وقف العقار^(٩).

وشرط المدة قياس فيها؛ لأنها إجارة معنى كما في المزارعة^(١٠)، وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز، ويقع على أول ثمر يخرج^(١١)؛ لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم، وقلما يتفاوت^(١٢)، ويدخل فيها ما هو المتيقن^(١٣)، وإدراك البذر^(١٤) في أصول الرطبة^(١٥) في هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نهاية معلومة، فلا

(١) قوله: "وقال الشافعي: المعاملة جائزة" إلى قوله والمنقول في وقف العقار من كلمات الشافعي. (ن)

(٢) قوله: "إلا تبعاً للمعاملة" بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل، وقد أخذ النخيل مع الأرض معاملة جاز، حتى لو كانت الأرض تسقى بماء على حدة لا يجوز. (عيني)

(٣) أي في جواز المزارعة والمساقاة.

(٤) من المزارعة.

(٥) شجر.

(٦) بذر.

(٧) هو النصيب من الماء.

(٨) يجوز بيعه تبعاً لبيع الأرض.

(٩) قوله: "والمنقول في وقف العقار" فإنه يصير وقفاً تبعاً للعقار، ولا يجوز وقفه بانفراده. (عيني)

(١٠) ولا بد في الإجارة من بيان المدة على ما مر.

(١١) أي في السنة الأولى.

(١٢) فالجهالة يسيرة.

(١٣) وهو أول الثمرة.

(١٤) قوله: "وإدراك البذر [معناه دفع أصول الرطبة لإدراك البذر بمنزلة دفع الأشجار لإدراك الثمار. ن]" إلخ" معناه لو دفع رطبة قد انتهت جزاؤها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من رزق فهو بينهما نصفان جاز، إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده؛ لأنه يصير في معنى ثمر الشجر، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين، فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين، والبذر إنما يحصل بعمل العامل، فاشترط المناصفة فيه يكون صحيحاً، والرطبة لصاحبها. (٤)

(١٥) قوله: "في أصول الرطبة" أي معاملة نمايند دو شخص برين وجه كه سپرد كند مالک بيخه‌ای رطبه أعنى سبست را که در زمین مذکور ست بديگری تا آب دهد آنرا وعمل كند دران حتى كه تخم آرد وپخته شود آن تخم رآنچه از تخم حاصل شود مشترك باشد میان آنها وتعین مدت نکند پس این معامله جائز است وواقع شود بر اول تخمیکه بظهور برآید وپخته گردد وزیرا چه تخم بمنزله ثمر است. (ترجمه)

قوله: "بالرطبة" بالفتح: الأسفست، وفي كتاب العشر: البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكراث ونحو ذلك،

يشتترط بيان المدة. بخلاف الزرع؛ لأن ابتدائه يختلف كثيراً خريفاً^(١) وصيفاً وريبعاً، والانتهاء بناء عليه، فتدخله الجهالة.

وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً^(٢) قد علق^(٣)، ولم يبلغ^(٤) الثمر معاملة حيث لا يجوز^(٥) إلا ببيان المدة^(٦)؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً.

وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة^(٧) على أن يقوم عليها^(٨)، أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة؛ لأنه ليس لذلك نهاية معلومة؛ لأنها تنمو ما تركت في الأرض^(٩)، فجهلت المدة^(١٠)، ويشترط^(١١) تسمية الجزء مشاعاً؛ لما بينا في المزارعة^(١٢)، إذ شرط جزء معين يقطع الشركة^(١٣).

والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان وما يجرى مجراه، والأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب. (مغرب)

(١) قوله: "يختلف إلخ" فإن من الناس من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، ومنهم من يزرع في الصيف، وإذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتأخر عرفاً، كان الانتهاء، كذلك فكانت المدة مجهولة، فلا يجوز. (ك)

(٢) قوله: "بخلاف ما إذا دفع إليه" أي إذا دفع الرجل إلى الرجل غرس شجر، أو كرم، أو نخل، قد علق على أن يقوم عليه، ويسقيه ويصلحه، فما أخرج الله من ذلك الغرس من الثمر، فهو بينهما نصفان، فهذه معاملة فاسدة. (غن)

(٣) في الأرض (كافى) أي نبت ولم يبلغ حد الأثمار. (ك)

(٤) أي لم يبلغ الغرس الأثمار. (ك)

(٥) قوله: "لا يجوز" هذا لأنه لا يدري متى يحمل الشجر، وقد يتفاوت الأشجار في الحمل بحسب قوة الأرض وضعفها، فلا بد من بيان المدة. (غن)

(٦) قوله: "إلا ببيان المدة" بأن يذكر سنين معلومة؛ لأنه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر، فالأشجار تتفاوت في ذلك بتفاوت مواضعها من الأرض بالقوة والضعف، فإن بينا مدة معلومة، صار مقدار العقود عليه من عمل العامل معلوماً، فيجوز، وإن لم بينا ذلك لا يجوز. (ك)

(٧) ثابتة في الأرض. (ك)

(٨) قوله: "على أن يقوم عليها [ويسقيها حتى يذهب أصولها، وينقطع نباتها على أن الخارج بينهما. في الكلام إجاز محل. ع]" أي حتى يذهب أصولها ينقطع نباتها، أي حيث لا يجوز، أما إذا دفع النخيل، أو أصول الرطبة على أن يقوم عليها معاملة مطلقاً، فيجوز إذا كان للرطبة معلوم، ويقع المعاملة في النخيل على أول ثمرة يخرج، وفي الرطبة على أول جزء يجز.

وأما إذا لم يكن للرطبة جزاء معلوم فلا يجوز، سواء قيد بذهاب أصولها أو أطلق، أو لم يذكر شيئاً، هو المراد من قوله: أو أطلق في الرطبة؛ لأن في كل منها جهالة المدة في الرطبة، بخلاف النخيل؛ فإنه لو قيد بقوله: دفعتها معاملة إلى أن يذهب أصولها فلا يجوز، وإن أطلق على ذلك فهو جائز، فيقع المعاملة على أول ثمر يخرج في تلك السنة. (ك)

(٩) قوله: "لأنها تنمو ما تركت [أي مادام تركت] إلخ" دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما، حتى يذهب أصولهما؛ لأنه لا نهاية لذلك، فكان غير معلوم. (ع)

(١٠) قوله: "فجهلت المدة" لأن الرطبة مما يزداد طولاً، بطول المدة، فمتى لم يكن وقت الجزاء معلوماً كان مدة المعاملة مجهولة، بخلاف الثمر؛ لأن لإدراكه وقتاً معلوماً إذا بلغ ذلك، لا يزداد بعد ذلك وإن طال الزمان، أما الرطبة بخلافها. (ك)

(١١) متعلق بقوله: وسمى جزء من الثمر مشاعاً. (غن)

وإن سمياً في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها^(١) فسدت المعاملة، ؛ لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج، ولو سمياً مدة قد يبلغ الثمر فيها، وقد يتأخر عنها جازت؛ لأننا لا نتيقن بفوات المقصود، ثم لو خرج في الوقت المسمى، فهو على الشركة؛ لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر المثل؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء^(٢). بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً؛ لأن الذهاب بأفة فلا يتبين فساد المدة فبقى العقد صحيحاً^(٣)، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه.

قال^(٤): وتجاوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب، وأصول الباذنجان. وقال الشافعي في الجديد^(٥): لا تجوز إلا في الكرم والنخل؛ لأن جوازها^(٦) بالأثر، وقد خصمهما وهو حديث خبير^{(٧)*}. ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت^(٨)، وأثر خبير لا يخصهما^(٩)؛ لأن أهلها^(١٠) كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً^(١١)، ولو كان كما زعم^(١٢)، فالأصل في

(١٢) من أنه لو شرط لأحدهما قفراً مسماء، فهي باطلة؛ لأن به ينقطع الشركة؛ لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر.

(١٣) في الخارج.

(١) أي في تلك المدة.

(٢) أي أنه لا يخرج الثمر في هذه المدة.

(٣) وموجبه الشركة في الخارج. (كافي)

(٤) أي القدوري. (عينى)

(٥) أي في قوله الجديد.

(٦) معاملة.

(٧) فإنه لما افتتح خبير أقر رسول الله ﷺ اليهود على أن يعملوا فيها على نصف ما يخرج فيها من ثمر أو زرع.

* راجع كتاب المزارعة في نصب الراية ج ٤ ص ١٧٩، وأيضاً في الدراية ج ٢، الحديث ٨٩٧ ص ٢٠٤. (نعيم)

(٨) وعموم العلة يقتضى عموم الحكم. (٤)

(٩) النخل والكرم.

(١٠) خبير.

(١١) قوله: "يعملون في الأشجار إلخ" روى عن ابن عمر رضی الله تعالی عنهما، أن النبي ﷺ عامل أهل خبير بشرط ما يخرج من ثمر أو زرع، رواه البخارى ومسلم وجماعة أخرى، وهذا مطلق، فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض. (زيلعى)

(١٢) قوله: ولو كان كما زعم إلخ" أى لو كان الأمر كما زعم، من كون عمل أهل خبير مقتصرًا على النخيل والكرم، فلا يقتضى هذا اقتصار حكم الشرع على المورد؛ لأن الأصل فى المنصوص التعليل، فيمنع الأصل المذكور اقتصار

النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله^(١).

وليس لصاحب الكرم^(٢) أن يخرج العامل من غير عذر؛ لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر^(٣)؛ بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر^(٤)، على ما قدمناه^(٥).

قال^(٦): فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت قد انتهت لم يجز، وكذا على هذا إذا دفع^(٨) الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد^(٩) وأدرك لم يجز؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي، والإدراك فلو جوزناه^(١٠) لكان استحقاقاً بغير عمل، ولم يرد به الشرع^(١١)، بخلاف ما قبل ذلك^(١٢) لتحقق الحاجة إلى العمل. قال^(١٣): وإذا فسدت المساقاة، فللعامل أجر مثله؛ لأنه^(١٤) في معنى الإجارة الفاسدة، وصارت كالمزارعة إذا فسدت، قال^(١٥): وتبطل^(١٦) المساقاة بالموت؛ لأنها في معنى الإجارة، وقد بيناه فيها^(١٧)، فإن

الحكم على المورد. وإنما الاقتصار فيما لم يعلل، أي يكون مخالفاً للقياس لا سيما الأصل الذي عند الشافعي؛ فإن هذا الأصل عنده حجة موجبة، أما عندنا فلا يجوز العمل بهذا الأصل إلا بقدر قيام الدليل، على أن هذا النص مغلل في الحال، فلا يجوز العمل بهذا الأصل بدون قيام هذا الدليل عندنا، لكنه يكفي في منع اقتصار الحكم على المورد. (أعظمي)

(١) فإن بابه أوسع عنده؛ لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة. (٤)

(٢) ذكره تفرعاً على مسألة القدوري. (عيني)

(٣) ولا ينفرد واحد منهما بفسخه إلا بعذر، كسائر الإجازات. (ك)

(٤) قوله: "بالإضافة إلى صاحب البذر" لأن في إبقاء البذر في الأرض إتلاف ملكه، فله أن لا يرضى به، وههنا لا يحتاج رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله، فيلزم العقد من الجانبين. (كافي)

(٥) قوله: "على ما قدمناه" إشارة إلى ما قال في كتاب المزارعة: وإذا عقدت المزارعة، فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه إلخ. (٤)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) تمر.

(٨) مساقاة.

(٩) الزرع.

(١٠) ههنا.

(١١) لأنها جوزت بالأثر، فيما يكون أجر مثل العامل بعض الخارج. (٤)

(١٢) أي ما قبل التناهي والإدراك. (ك)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) معاملة.

(١٥) أي القدوري. (عيني)

(١٦) قوله: "وتبطل" لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد؛ لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث.

مات رب الأرض والخارج بسر، فللعامل أن يقوم عليه، كما كان يقوم قبل ذلك^(١) إلى أن يدرك التمر؛ وإن كره^(٢) ذلك ورثة رب الأرض استحساناً^(٣)، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه^(٤) ولا ضرر فيه على الآخر^(٥).

ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر^(٦) بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر، حتى يبلغ^(٧) فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر^(٨)؛ لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم، وقد بينا نظيره في المزارعة^(٩).

ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن^(١٠) كره رب الأرض؛ لأن فيه النظر من الجانبين، فإن أرادوا أن يصرموه^(١١) بسراً، كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة^(١٢) التي بينها^(١٣).

وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل؛ لقيامهم مقامه^(١٤)، وهذا خلافة في حق

(١٧) قوله: "فيها" أى فى الإجازات من أنه إذا مات أحد المتعاقدين، وقد عقد الإجارة لنفسه، انفسخت الإجارة.

(١) موت.

(٢) قوله: "وإن [الواو وصلية] كره ذلك ورثة إلخ" أى ليس لورثته أن يمنعه من ذلك استحساناً؛ لأن فى منعه إلحاق الضرر، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر على الورثة. (زيلعى)

(٣) قوله: "استحساناً" وأما فى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما، وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل أنصافاً إن شرطاً أنصافاً؛ لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين. (٤)

(٤) عامل.

(٥) ورثة صاحب الأرض.

(٦) أى صاحب الأرض.

(٧) التمر.

(٨) قوله: "فيرجعوا إلخ" وفى رجوعهم فى حصة إشكال، وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، وكان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط، يودى إلى أن العمل يجب عليهما، حتى يستحق المؤنة بحصته فقط، وهذا خلف؛ لأنه يودى إلى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المساقاة، وهذا الإشكال وارد فى المزارعة أيضاً. (زيلعى)

(٩) قبيل كتاب المساقاة.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) يقطعوه.

(١٢) قوله: "بين الخيارات الثلاثة إلخ" أى إن شاءوا جزوا البسر، فقسّموه على الشرط، وإن شاءوا أعطوه نصف قيمة البسر، وصار البسر كله بينهم، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ، ويرجعوا بالنفقة فى حصة العامل من التمر، كما فى المزارعة. (ك)

(١٣) آنفاً.

مالي^(١)، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك، لا أن يكون وراثه في الخيار، فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه، كان الخيار في ذلك إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا^(٢).

قال: وإذا انقضت^(٣) مدة المعاملة، والخارج بسر أخضر، فهذا والأول سواء^(٤)، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر^(٥)؛ لأن الشجر لا يجوز استجاره^(٦).

بخلاف المزارعة في هذا^(٧)؛ لأن الأرض يجوز استجارها^(٨)، وكذلك العمل كله على العامل ههنا^(٩)، وفي المزارعة في هذا^(١٠) عليهما؛ لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل، وههنا لا أجر، فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهاءها^(١١).

(١٤) قوله: "لقيامهم مقامه الخ" وكان له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض، فكذا يكون لورثته بعد موته. (كافي)

(١) قوله: "وهذا [أي الخيار الثابت لورثة العامل. عن] خلافة في حق مالي" إنما قاله جواباً لسؤال مقدر، بأن يقال: خيار الشرط لا يورث عندكم؛ لأنه عوض لا يقبل النقل، فكيف يثبت هذا الخيار لهم، فقال: هذه خلافة في حق مالي الخ. (غن)

(٢) أي الخيارات الثلاثة التي مرت.

(٣) أي فيما إذا لم يمت واحد منهما.

(٤) قوله: "فهذا [أي انقضاء المدة] والأول [أي صورة الموت. ع] سواء [في خيار العامل]" والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل، وإن شاء خير بين الخيارات الثلاثة. (٤)

(٥) قوله: "لكن بغير أجر" أي على العامل في معاملة نصيبه، من الثمرة التي بقيت على الشجر، بعد انقضاء المدة. (ك)

(٦) قوله: "لا يجوز استجاره [على ما مر في الإجارة]" حتى لو اشترى ثماراً على الأشجار، ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، لا يجب عليه أجر. (ك)

(٧) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة. (ك)

(٨) قوله: "يجوز استجارها" فإن من اشترى زرعاً في أرض، ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز، ووجب المسمى، وإن استأجرها إلى وقت إدراك الزرع وجب أجر المثل. (ك)

(٩) قوله: "وكذلك العمل الخ" أي إذا ظهر هذا الفرق يبتنى عليه فرق آخر، وهو أن العمل هناك عليهما بحسب ملكهما في الزرع؛ لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل، لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة، وههنا العمل على العامل في الكل؛ لأنه لا يستوجب رب النخل عليه أجراً بعد انقضاء المدة، كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة، فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الإدراك، كما قبل انقضاء المدة. (ك)

(١٠) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة.

(١١) مدة

قال^(١): وتفسخ^(٢) بالأعذار؛ لما بينا في الإجازات^(٣)، وقد بينا وجوه العذر فيها^(٤)، ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف^(٥) والتمر قبل الإدراك؛ لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به. ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه^(٦) عن العمل؛ لأن في إلزامه استئجار الإجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه، فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان^(٧): وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده، فيكون عذراً من جهته^(٨).

ومن دفع أرضاً^(٩) بيضاء^(١٠) إلى رجل سنين معلومة، يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك؛ لاشتراط الشركة فيما كان حاصلًا^(١١) قبل الشركة لا بعمله^(١٢).

وجميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل؛ لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله^(١٣)، وهو نصف البستان فيفسد، وتعذر رد الغراس^(١٤) لاتصالها^(١٥) بالأرض، فيجب

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) المساقاة.

(٣) من أنه عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد.

(٤) قوله: "وقد بينا وجوه العذر فيها [أى فى الإجازة.ع]" يريد به قوله: ولنا أن المنافع غير متقومة، وهى العقود عليها، فصارت العذر فى الإجازة كالعيب قبل القبض [الخ. (٤)]

(٥) شاخ خرما يا برگ آن. (م)

(٦) مرض.

(٧) قوله: "فيه روايتان" فى إحداهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذلك؛ لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر، وهو ما يلحقه به ضرر، وههنا ليس كذلك، وفى الأخرى عذر، وتأويله: أن يشترط عليه العمل بنفسه، فإذا ترك العمل كان ذلك عذراً، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيه بنفسه وبإجراءه، فعليه أن يستخلف غيره، فلا يكون ترك العمل عذراً فى فسخ المعاملة. (عناية)

(٨) لأنه تعذر عليه استيفاء العقود عليه. (ك)

(٩) هذا من مسائل الأصل، ذكره تفریماً على مسألة القدورى. (عنى)

(١٠) ليس فيها شجر. (٤)

(١١) وهو الأرض. (٤)

(١٢) عامل.

(١٣) قوله: "إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله [عامل]" لأنه استأجر أجييراً ليجعل أرضاً بستاناً بآلات الأجير، على أن يكون أجرته نصف البستان الذى يظهر بعمله. (زيلعى)

قيمتها وأجر مثله؛ لأنه لا يدخل في قيمة الغراس^(١)؛ لتقومها بنفسها^(٢)، وفي تخريبها^(٣) طريق آخر^(٤) بيناه في "كفاية المنتهى"، وهذا أصحهما^(٥)، والله أعلم.

كتاب الذبائح^(٦)

قال^(٧): الذكاة شرط حل الذبيحة^(٨)؛ لقوله تعالى: ﴿إِلا ما ذكيتم﴾^(٩)، ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما ثبت^(١٠) به الحل، يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبئ عنها^(١١)، ومنه قوله عليه السلام^(١٢): «ذكاة

(١٤) بالكسر: نهال نشانده شد. (م)

(١٥) قوله: "لاتصالها [إنما أنت الضمير الراجع إليه علي تأويل الأعراس. غن] الخ" فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا للشجر، بل يكون يعطيه خشية، ولم يكن مشروطاً، بل المشروط تسليم الشجر. (ع)

(١) قوله: "لأنه [أجر المثل] لا يدخل في قيمة الغراس" وقد انتفى بعمله أجر، وهو نصف الأرض، ونصف الخارج، ولم يحصل شيء. (زيلي)

(٢) قوله: "لتقومها بيفسها" أي لأنها أعيان متقومة بنفسها لا مجانسته بينها وبين عمل العامل؛ لأنه يتقوم بالعقد لا قيمة له بنفسه. (ع)

(٣) أنت الضمير الراجع إلى اجر المثل بتأويل الأجرة. (غن)

(٤) قوله: "طريق آخر [أي طريق الشراء] وهو أن يكون مشترياً نصف الغراس منه بنصف الأرض، والغراس مجهولة فلا يجوز. (ك)

(٥) قوله: "وهذا أصحهما" يعني المذكور في "الهداية" أصحهما؛ لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه، على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستاناً، كالصبغ للثوب، وإذا فسدت الإجارة، بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض، وهي متقومة، فيلزمه قيمته، كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله. (ع)

(٦) قوله: "كتاب الذبائح" ذكرها بعد المساقاة؛ لأن في كل منهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للارتفاع في المال، كذا نقل في "رد المحتار".

والذبائح هي جمع ذبيحة، وهي اسم ما يذبح، كالذبيح - بالكسر - والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج، والذكاة الذبح، اسم من ذكى الذبيحة تركية إذا ذبحها. (مل)

(٧) أي المصنف، كذا قال العيني.

(٨) قوله: "الذكاة [ذكا الشاة ذكاة: كلو بريد غوسفند را. من] الخ" يعني أن الذبح شرط لكل ما يؤكل لحمه من الحيوان؛ لقوله تعالى: ﴿إِلا ما ذكيتم﴾ بعد قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ [الخ، استثنى من الحرمة المذكي، فيكون حللاً، والرتب على المشتق معلول بصيغة المشتق منه؛ لكنه لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً. (ع)

(٩) وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله. (ك)

(١٠) في المأكول. (ع)

(١١) أي لغة طهارة.

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن ابن الحنفية وأبي قلابة قال: إذا جفت الأرض فقد ذكت. (ت)

الأرض يبسها^(١) *، وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة^(٢) واللحين^(٣)، واضطرابية: وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن. والثانى كالبدل عن الأول^(٤)؛ لأنه لا يصار إليه^(٥)، إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية^(٦). وهذا لأن الأول^(٧) أعمل فى إخراج الدم، والثانى^(٨) أقصر فيه، فاكتفى به^(٩) عند العجز عن الأول، إذ التكليف بحسب الوسع، ومن شرطه^(١٠) أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد^(١١)، إما اعتقاداً كالمسلم^(١٢)، أو دعوى كالكتابى^(١٣)، وأن يكون حلالاً خارج الحرم، على ما نبينه إن شاء الله تعالى. قال^(١٤): وذبيحة المسلم والكتابى حلال؛ لما تلونا^(١٥)، ولقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾^(١٦)، ويحل إذا كان يعقل التسمية^(١٧) والذبيحة^(١٨)

(١) قوله: "ذكاة الأرض يبسها" أى طهارة الأرض أى إذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطاقبت، كما بالذكاة تطهر الذبيحة وتطيب، كذا فى "الصحاح" و"المغرب".

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨١، وانظر فى الدراية ج ٢ ص ٢٠٥ تحت كتاب الذبائح. (نعيم)

(٢) لبة: سر سينه. (من اللبة المنحر من الصدر. (مغرب)

(٣) اللحن العظم الذى عليه الأسنان. (مغرب) لحنى بالفتح جارى ريش از مردم وهما لحيان. (من)

(٤) قوله: "كالبدل عن الأول" إنما قال كالبدل؛ لأن الإبدال يعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت فيه إمارة

البدلية، فقال كالبدل. (٤)

(٥) ثانى.

(٦) قوله: "وهذا آية البدلية" لكنه لما اختلف محل كل واحد منهما، لم يجزم بكونه بدلاً للاختيارية، فجعلت

شبهة للبدل. (أعظمى)

(٧) اختياري.

(٨) اضطرابى.

(٩) ثانى.

(١٠) ذبح.

(١١) ملة سماوية. (زيلعى)

(١٢) قوله: "أما اعتقاداً" والظاهر أنه مفعول له، أى كونه صاحب دين التوحيد؛ لأجل اعتقاده أو لأجل الدعوى. (أعظمى)

(١٣) قوله: "كالكتابى [فإنه يدعى التوحيد. ك] ثم إنما يحل ذبيحة الكتابى فيما إذا لم يذكر وقت الذبح اسم

عزيز أو اسم المسيح، وأما إذا ذكر ذلك فلا يحل، كما لا يحل ذبيحة المسلم إذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى؛ لقوله تعالى: ﴿وما أهل به لغير الله﴾، فحال الكتابى فى ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم. (ك)

(١٤) أى القدورى. (عينى)

(١٥) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ لأن الخطاب عام. (غن)

(١٦) قوله: "وطعام الذين إلخ" والمراد به مذاكهم؛ لأن مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان، ولا

يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب. (زيلعى)

ويضبط^(١)، وإن^(٢) كان^(٣) صبيًا أو مجنونًا^(٤) أو امرأة، أما إذا كان لا يضبط، ولا يعقل التسمية، والذبيحة لا تحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا^(٥)، والأقلف^(٦) والمختون سواء؛ لما ذكرنا^(٧)، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغليبي^(٨)؛ لأن الشرط قيام الملة على ما مر^(٩).

قال^(١٠): «ولا تؤكل ذبيحة المجوسى؛ لقوله عليه السلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا أكلى ذبائحهم»^(١١)»، ولأنه^(١٢) لا يدعى التوحيد، فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى.

(١٧) قوله: «إذا كان [الذبايح] يعقل إلخ» أى يعقل أن التسمية محللة، ويعقل أن الذبح لإخراج الدم المسفوح، وضبط الذبح أن يقدر على فرى الأوداج. (أعظمى)

(١٨) بكسر الذال، نوع من الذبح. (غن)

(١) أى يقدر على فرى الأوداج ويحسن القيام به.. (ك)

(٢) الواو وصلية.

(٣) الذابيح.

(٤) قال فى «النهاية»: أى معتوها؛ لأن المجنون لا قصد له، ولا بد منه. (ع)

(٥) يعنى قوله: إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط. (ع)

(٦) ختنه نا كرده.

(٧) قوله: «لما ذكرنا» قيل أراد به الآيتين المذكورتين، وفيه نظر؛ لأن عاداته فى مثله لما تلونا، وقيل: أراد به قوله؛ لأن حل الذبيحة يعتمد الملة، وهذا ليس بمذكور فى الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية، وإلى قوله؛ ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وعاداته فى مثله ذلك. وقيل: إنما ذكر الأقلف احترازاً عن قول ابن عباس رضى الله تعالى عنه: إنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز. (ع)

(٨) قوله: «والتغليبي» عطف على العربى، من عطف الخاص على العام؛ لأن بنى تغلب قوم فلاحون، يسكنون بعرب الروم. (عينى)

قوله: «والتغليبي» بنو تغلب قوم من مشركى العرب، طالبهم عمر رضى الله تعالى عنه بالجزية فأبوا، فصولحوا على أن يعطوا الصدقة مضاعفة فرضوا. (مغرب)

(٩) قوله: «لأن الشرط قيام الملة، على ما مر [أنفاً]» فيه نظر؛ لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه شرط فى معنى العلة. (ع)

(١٠) أى القدرى. (عينى)

(١١) قوله: «سنوا بهم [أى اسلكوا بهم على طريق أهل الكتاب فى إعطاء الأمان بأخذ الجزية] إلخ» قلت: غريب بهذا اللفظ، وأخرج عبد الرزاق عن الحسن بن محمد بن على: «أن النبى ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليه الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحى نساءهم ولا أكلى ذبائحهم»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨١، والدراية ج ٢، الحديث ٨٩٩ ص ٢٠٥. (نعيم)

قال^(١): والمرتد؛ لأنه لا ملة له؛ فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه^(٢)؛ لأنه يقر عليه^(٣) عندنا، فيعتبر ما هو عليه عند الذبح^(٤)، لا ما قبله^(٥). قال^(٦): والوثني؛ لأنه لا يعتقد الملة، قال^(٧): والمحرم يعنى من الصيد^(٨)، وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد، والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم، والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا؛ لأن الزكاة فعل مشروع، وهذا الصنيع محرم^(٩)، فلم تكن زكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد، أو ذبح في الحرم غير الصيد صح؛ لأنه فعل مشروع؛ إذ الحرم لا يؤمن الشاة^(١٠)، وكذا لا يحرم ذبحه^(١١) على المحرم.

قال^(١٢): وإن ترك^(١٣) الذابح التسمية عمداً، فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل^(١٤)، وقال الشافعي: أكل في الوجهين^(١٥).
وقال مالك: لا تؤكل في الوجهين^(١٦)، والمسلم والكتابي في ترك التسمية

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) قوله: "إذا تحول إلى غير دينه" قيل: معناه إلى غير دينه من أديان أهل الكتاب، ويحتمل أن يكون معناه أنه يخالف المرتد، فى أنه يقر على ما انتقل إليه، ولو كان من غير دين أهل الكتاب. (أعظمى)

(٣) على ما تحول إليه.

(٤) قوله: "عند الذبح" حتى لو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته، بمنزلة ما لو كان مجوسياً فى الأصل، وإن تهود مجوسى، أو تنصر يؤكل صيده وذبيحته، كما لو كان عليه فى الأصل. (ك)

(٥) ذبح.

(٦) أى القدورى. (عنى)

(٧) أى القدورى. (عنى)

(٨) هذا القيد لا بد منه؛ لأنه تحل ذبيحة الحرم من الأهلى. (عنى)

(٩) أى ذبح الحرم والذبح فى الحرم.

(١٠) ونحوها من النعم. (عنى)

(١١) أى ذبح غير الصيد.

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) قوله: "وإن ترك" أعلم أن صورة ترك التسمية عامداً أن يعلم أن التسمية شرط، وتركها مع ذكرها، وأما لو تركها من لم يعلم باشتراكها فهو فى حكم الناسى، كذا ذكره فى الحقائق. (سقاية لعطشان الهداية من تصانيف مولانا محمد عبد الحليم، أدخله الله دار النعيم)

(١٤) قوله: "وإن تركها ناسياً الخ" والأخرس عاجز عن الذكر، فيكون معذوراً، ويقوم الملة مقامه، كالناسى بل

أولى؛ لأنه أزم. (زىلى)

(١٥) أى العمد والنسيان.

(١٦) أى العمد والنسيان.

سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية^(١) عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي، وهذا^(٢) القول من الشافعي مخالف للإجماع؛ فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً.

فمن مذهب ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، أنه يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً^(٣)؛ ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله تعالى: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضى بجواز بيعه^(٤) لا ينفذ؛ لكونه^(٥) مخالفاً للإجماع.

له قوله عليه السلام^(٦): «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم^(٧)»، ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان^(٨) كالطهارة^(٩) في باب الصلاة، ولو كانت شرطاً^(١٠) فالملة أقيمت مقامها^(١١)، كما في الناسى. ولنا الكتاب: وهو قوله تعالى^(١٢): ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾

(١) قوله: "ترك التسمية" يشترط التسمية على المذبوح فى الذبح، وفى الصيد يشترط عند الإرسال والرمى على آله؛ لأن الطاعة بحسب الطاقة والمقدور. (٤)

(٢) أى حل متروك التسمية عامداً.

(٣) فإنه يحرم بالاتفاق.

(٤) أى بيع متروك التسمية عامداً.

(٥) قضاء.

(٦) سوى بين التسمية وعدمها، والشرط لا يكون كذلك. (٤)

(٧) قوله: "المسلم يذبح على اسم الله إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وفى معناه أحاديث: منها ما أخرجه الدارقطنى ثم البيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ قال: «المسلم يكفيه اسمه فإن نسى أن يسمى حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل»، انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٢، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٠ ص ٢٠٦. (نعيم)

(٨) قوله: "لما سقطت بعذر النسيان" فإن التسمية لو كانت من شرائط الحل، كانت مأموراً بها، وفى الأمور لا فرق بين النسيان والعمد فى العمل، كقطع الحلقوم والأوداج والتكبير والقراءة فى الصلاة، وإنما يقع الفرق فى المزجور كالأكل والشرب فى الصوم؛ لأن موجب النهى الانتفاء، والناسى يكون منتهياً اعتقاداً، فأما موجب الأمر الائتمار، والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً. والجواب أنا لا نسلم الملازمة، فإنها تقتضى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسى هيئة مذكرة، كالأكل فى الصلاة، والجماع فى الإحرام، وههنا هيئة توجب النسيان، وهى ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال، فليس هيئة مذكرة موجودة. (تل)

(٩) فإنها شرط لم يجز صلاة من نسى الطهارة. (عن)

(١٠) أى سلمنا أنها شرط، لكن الملة إلخ.

(١١) تسمية.

(١٢) وهو قوله تعالى: "إلخ" وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة

الآية، نهى وهو^(١) للتحريم، والإجماع وهو ما بينا^(٢).

والسنة: وهو حديث عدى بن حاتم الطائى رضى الله تعالى عنه^(٣)، فإنه عليه السلام قال فى آخره^(٤): «فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك» * علل^(٥) الحرمة بترك التسمية.

ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا^(٦)؛ إذ لا فصل فيه، ولكننا نقول^(٧): فى اعتبار ذلك^(٨) من الحرج ما لا يخفى؛ لأن الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع^(٩)، والسمع^(١٠) غير مجرى على ظاهر؛ إذ لو أريد^(١١) به لجرت المحاجة^(١٢) وظهر الانقياد^(١٣)، وارتفع الخلاف فى الصدر الأول^(١٤)، والإقامة فى حق الناس^(١٥)،

على تدل على أن المراد به الذكر باللسان، يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذ ذكر بالقلب، وقوله: ﴿ولا تأكلوا﴾ عام مؤكد بمن الاستغراقية التى تفيد التاكيد. وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص، فهو غير محتمل للخصوص، فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسى ذاكراً؛ لعذر كان من جهته، وهو النسيان. (٤)

(١) نهى.

(٢) قوله: "وهو ما بينا" يريد به ما ذكر فى التشنيع بقوله؛ فإنه لا خلاف فىمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية إلخ. (٤)

(٣) قوله: "وهو حديث عدى بن حاتم إلخ" أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم عن عدى بن حاتم، قلت: يارسول الله! إني أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ قتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه». قلت: إني أرسل كلبى أجد معه كلباً آخر، لا أدري أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر»، انتهى (ت)

(٤) حين سأله عدى عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر. (٤)

* راجع نصاب الرأية ج ٤ ص ١٨٤، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠١ ص ٢٠٦. (نعيم)

(٥) عليه السلام.

(٦) قوله: "يحتج إلخ" استدلل مالك بظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا﴾ بما لم يذكر اسم الله عليه؛ فإن فيه النهى بأبلغ وجه، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضى الحرمة من غير فصل. (٤)

(٧) للدفع قول مالك على سبيل المعارضة. (أعظمى)

(٨) أى حرمة متروك التسمية ناسياً.

(٩) قوله: "والحرج مدفوع" لقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم فى الدين فى الحرج﴾. (٤)

(١٠) قوله: "والسمع [جواب عن قول مالك. (ك) حاصله أن النص مؤول بالحمل على العامد. أعظمى] إلخ" وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا﴾ بما لم يذكر اسم الله عليه؛ ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة فى متروك التسمية ناسياً، ولم يحتج من قال بحرمةه بالآية. (غن)

(١١) ظاهر.

(١٢) بين السلف.

(١٣) لأن ظاهر ما يدل عليه الألفاظ لا يدل على أهل اللسان. (٤)

(١٤) زمن الصحابة.

وهو^(١) معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر^(٢)، وما رواه محمول على حالة النسيان^(٣). ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح^(٤)، وهو على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمى، وهو على الآلة؛ لأن المقدور له في الأول^(٥) الذبح، وفي الثاني^(٦) الرمي، والإرسال دون الإصابة^(٧)، فيشترط^(٨) عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع شاه، وسمى فذبح غيرها^(٩) بتلك التسمية لا يجوز^(١٠)، ولو رمى إلى صيد، وسمى وأصاب غيره حل^(١١)، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاه وسمى، ثم رمى بالشفرة^(١٢)، وذبح^(١٣) بأخرى أكل^(١٤)، ولو سمي على سهم، ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل^(١٥).

قال^(١٦): ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره، وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان، وهذه ثلاث مسائل: إحداها: أن يذكر موصولاً لا معطوفاً فيكره^(١٧)، ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال^(١٨).

(١٥) قوله: "والإقامة [أى إقامة الملة] في حق الناسى إلخ" جواب عن تنزل الشافعي بقوله: ولو كانت شرطاً إلخ. (مل)

(١) الواو حالية.

(٢) الواو حالية.

(٣) قوله: "وما رواه محمول" أى الشافعي، وهو قوله صلى الله عليه السلام: «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم». (ك)

(٤) قوله: "تشترط عند الذبح إلخ" والمعتبر أن يقع الذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس، حتى إذا سمي، ثم اشتغل بعمل آخر من كلام قليل، أو شرب، أو شرب ماء، أو أكل لقمة، أو تحديد شفرة، ثم ذبح يحل، وإن كان كثيراً لا؛ لأن إيقاع الذبح بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم، فأقيم المجلس مقام الاتصال، فالعمل القليل لا يقطع المجلس، والكثير يقطع. (زيلعي)

(٥) ذكاة الاختيار.

(٦) أى الصيد.

(٧) إلى الصيد.

(٨) تسمية.

(٩) شاه.

(١٠) لفقد التسمية على المذبوح.

(١١) لوجود التسمية على الآلة.

(١٢) كارذ. (م)

(١٣) أى ذبح تلك الشاة بشفرة أخرى.

(١٤) لوجود التسمية على المذبوح.

(١٥) لفقد الآلة التي سمي عليها.

(١٦) لم يوجد في النسخة الصحيحة لفظة قال، وهي من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

ونظيره أن يقول: بسم الله، محمد رسول الله^(١)؛ لأن الشركة لم توجد، فلم يكن الذبح واقعا له^(٢)، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة^(٣)، فيتصور بصورة المحرم.

والثانية: أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة، بأن يقول: بسم الله واسم فلان، أو يقول: بسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله - بكسر الدال-^(٤)، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهل به لغير الله^(٥).

والثالثة: أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى، بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده^(٦)، وهذا لا بأس به؛ لما روى عن النبي ﷺ أنه قال: بعد الذبح «اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ»*.

والشرط هو الذكر الخالص المجرد^(٨) على ما قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه^(٩): جردوا التسمية، حتى لو قال^(١٠) عند الذبح: اللهم اغفر لي، لا يحل؛ لأنه

(١٧) قوله: "فيكره [هذا الذكر]" قال العيني: أي فيكره هذا الفعل ولا تحرم الذبيحة، وما في بعض شروح "الهداية" من أن هذا الكلام من التنازع، فالأعمال للثاني، والإضمار للأول عجيب جدا. (سقاية لعطشان الهداية، من تصانيف مولانا محمد عبد الخليم، أدخله الله دار التعميم.)

(١٨) أي محمد في الكتاب. (سقاية)

(١) قوله: "محمد [بالرفع] رسول الله" إن قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل، وقال بعضهم: إذا كان يعرف النحو. (زيلعي)

(٢) أي لغير الله.

(٣) قوله: لوجود القرآن صورة" ومن هذا النوع أن يقول: اللهم تقبل من فلان؛ لأن الشركة لم توجد، ولم يكن الذبح واقعا عليه؛ إلا أنه يكره؛ لما ذكرنا. (زيلعي)

(٤) قوله: "بكسر الدال" وإن رفعه يحل؛ لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه، وعلى هذا القياس لو سمي آخر مع اسم الله تعالى. (ك)

(٥) قوله: "لأنه أهل به إلخ" أهل المعتمر أي رفع صوته بالتلبية، وما أهل به لغير الله أي نودي عليه بغير اسم الله. (ديوان)

(٦) أي بعد أن يضجع الذبيحة.

(٧) قوله: "لما روى" أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن أبي رافع، أن رسول الله ﷺ كان إذا ضحى اشترى كبشين أملحين أقرنين، فإذا خطب وصلى ذبح أحد الكبشين بنفسه بالمدينة، ثم يقول: «اللهم هذا عن أمتي جميعاً من شهد لك بالتوحيد، وشهد لي بالبلاغ، ثم أتى بأخر فذبحه وقال: اللهم هذا عن محمد وآل محمد، ثم يطعمهما المساكين، ويأكل هو وأهله منهما. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٤، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٢ ص ٢٠٦. (نعيم)

(٨) عن دعائه وغرضه.

(٩) قلت: غريب.

دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد لله، أو سبحان الله، يريد التسمية^(١) حل، ولو عطس عند الذبح، فقال: الحمد لله، لا يحل في أصح الروايتين؛ لأنه يريد به الحمد لله على نعمة، دون التسمية^(٢)، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: بسم الله والله أكبر^(٣)، منقول عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما^(٤) في قوله تعالى^(٥): ﴿فاذكروا^(٦) اسم الله عليها صواف^(٧)﴾.

قال^(٨): والذبح^(٩) بين الحلق واللبة، وفي "الجامع الصغير"^(١٠): لا بأس بالذبح في الحلق كله، وسطه وأعلاه وأسفله. والأصل فيه قوله عليه السلام^(١١): «الذكاة ما بين اللبة واللحين^(١٢)»^(١٣)،

(١٠) بدل بسم الله، إشارة إلى أنه لو قدمه، أو أخره لا بأس به. (٤)

(١) قوله: "التسمية" أى ذكر الله فى افتتاح الفعل.

(٢) قوله: "دون التسمية" بخلاف الخطبة حيث يجوز عنها؛ لأن المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقاً؛ لقوله

تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾. (زيلعى)

(٣) قوله: "وهو قوله بسم الله والله أكبر" وذكر الحلوانى المستحب بلا واو، وبالواو يكره؛ لأنه يقطع فور

التسمية. (زيلعى)

(٤) قوله: منقول عن ابن عباس [رواه الحاكم فى "المستدرک" عن ابن عباس. ت] إلخ" ولقد حجر المصنف على

نفسه، ففيه حديث مرفوع أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم فى الضحايا عن قتادة عن أنس، أن النبى ﷺ كان يضحى بكبشين أملحين أقرنين يذبحهما بيده، ويسمى ويكبر ويضع رجله على صفاحهما.

وفى لفظ مسلم والبخارى ويقول: بسم الله والله أكبر - انتهى - إلا أن يكون أراد الاستدلال بالقرآن مفسراً بقول صحابى، فيكون حسناً. (ت)

(٥) أى فى تفسير قوله تعالى.

(٦) عند نحرها. (جلالين)

(٧) قوله: "صواف [أى قائمة على ثلث معقولة اليد اليسرى. جلالين]" أى قياما على ثلث قوائم، قد صفت

رجليها ويدها اليمنى وأخرى معقولة فينحرها، وهذا على سبيل الندب، ويجوز نحرها وذبحها مضجعة على جنبها كالبقرة. (حاشية جمل بر جلالين)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى موضع الذكاة ما بين إلخ.

(١٠) قوله: "وفى الجامع الصغير [إنما أعاد لفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بيان أن محل الذبح الحلق، وليس ذلك فى

قوله: الذبح بين الحلق واللبة. ك] إلخ" أتى بلفظ الجامع الصغير؛ لأن فيه بياناً ليس فى رواية القدورى، وذلك لأن فى رواية القدورى الذبح بين الحلق واللبة، وليس بينهما مذبح غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه لفظ "الجامع الصغير". (٤)

(١١) قوله: "والأصل [دليل] فيه إلخ" بين روايتى "المبسوط" و"الجامع الصغير" اختلاف من حيث الظاهر؛ لأن

رواية "المبسوط" تقتضى الحل فيما إذا وقع الذبح فوق العقدة قبل الحلق؛ لأنه وإن كان قبل العقدة، فهو بين اللبة واللحين فيحل. ورواية "الجامع الصغير" تقتضى أن لا يحل؛ لأن على روايته محل الذبح الحلق، فلما وقع الذبح قبل العقدة لم

يكن الحلق محل الذبح فلا يجوز، فكانت رواية "الجامع الصغير" مقيدة لإطلاق رواية "المبسوط"، فكان المراد من

ولأنه^(١) مجمع المجرى والعروق^(٢)، فيحصل بالفعل فيه إنهار^(٣) الدم على أبلغ الوجوه، فكان حكم الكل سواء^(٤).

قال: والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة، الخلقوم^(٥)، والمرى^(٦)، والودجان^(٧)؛ لقوله عليه السلام^(٨): «أفر^(٩) الأوداج بما شئت*»، وهي اسم جمع^(١٠)، وأقله الثلاث^(١١) فيتناول^(١٢) المرىء والودجين^(١٣)، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالخلقوم والمرىء؛ إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة^(١٤) إلا بقطع الخلقوم، فيثبت قطع الخلقوم^(١٥) باقتضائه، وبظاهر ما ذكرنا^(١٦) يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر

إطلاق رواية "المبسوط"، بأن الذكاة ما بين اللبة واللحين المقيد، وهو أن تقع الذكاة في الحلق بعد أن تكون ما بين اللبة واللحين. وقد صرح في ذبائح "الذخيرة" بأن الذبح إذا وقع أعلى من الخلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها؛ لأنه ذبح في غير المذبح؛ لأن المذبح هو الخلقوم. (ن)

(١٢) رأس الصدر الذقن. (غن)

(١٣) قلت: غريب بهذا اللفظ، ورواية "المبسوط" على ظاهر هذا القول.

* راجع نصب الرأية ج٤ ص ١٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٣ ص ٢٠٧. (نعيم)

(١) حلق.

(٢) أي مجمع المجرى أي مجرى الطعام ومجرى النفس.

(٣) روان كردن آب وجز آن. (م)

(٤) أي الأعلى والأسفل والوسط.

(٥) ناي گلو.

(٦) بالهزمة.

(٧) دو شه رگ.

(٨) قلت: غريب. (ت)

(٩) الفرى القطم للإصلاح، والإفراء الإفساد، وهو ههنا أليق. (ك)

* راجع نصب الرأية ج٤ ص ١٨٥، والدراية ج٢، الحديث ٩٠٤ ص ٢٠٧. (نعيم)

(١٠) قوله: "وهي اسم جمع" فإن قلت: الأوداج جمع، وليس باسم جمع وبينهما فرق، كما عرف في موضعه، قلت: المراد بالاسم مفهومه اللغوي، أي لفظ جمع ولا يريد به نحو القوم والرهط. (عيني)

(١١) قوله: "وأقله الثلاث" فإن قيل: الجمع المحلى بالألف واللام يصير للجنس، ويبلغ فيه معنى الجمع، كقوله تعالى: ﴿لا يحل لك النساء﴾، قلنا: إنما يشار إلى الجنس إذا لم يكن ثمة معهود، وههنا العروق التي يرد عليها الذبح معهودة معلومة، فلا يشار إلى الجنس، ولا يلفو صيغة الجمع. (ك)

(١٢) منطوقاً.

(١٣) أي بطريق التغليب. (ك)

(١٤) مرىء وودجين.

(١٥) قوله: "فيثبت قطع الخ" وإنما قال أن النص يتناول المرىء من حيث اللفظ والخلقوم بطريق الاقتضاء؛ لأن قطع

مجرى النفس أبلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف، وقد فسر المصنف المرىء بمجرى النفس.

منها^(١)، بل يشترط قطع جميعها^(٢).

وعندنا إن قطعها^(٣) حل الأكل، وإن قطع أكثرها، فكذلك^(٤) عند أبي حنيفة. وقالوا: لا بد من قطع الحلقوم والمرئي وأحد الودجين، قال رضى الله تعالى عنه^(٥): هكذا ذكر القدورى الاختلاف فى "مختصره".

والمشهور فى كتب مشايخنا رحمهم الله تعالى أن هذا قول أبى يوسف وحده^(٦)، وقال^(٧) فى "الجامع الصغير": وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع الأكثر من الأوداج^(٨)، والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك^(٩) خلافاً، فاختلفت الرواية فيه^(١٠).

والحاصل أن عند أبى حنيفة إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف أولاً، ثم رجع إلى ما ذكرنا^(١١).

وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد، وهو رواية عن أبى حنيفة؛ لأن كل فرد منها^(١٢) أصل بنفسه؛ لانفصاله عن غيره، ولورود الأمر بفريه^(١٣)، فيعتبر أكثر كل

واحتج الشافعى بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به انزهاق الروح، وهو بقطع الحلقوم والمرىء؛ لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظاً ومعنى، أما لفظاً؛ فإن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلاً، وأما معنى؛ فلأن المقصود إصالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. (مل)

(١٦) قوله: "بظاهر [أى بظاهر دلالة اللفظ، وبما يقتضيه. ع] ما ذكرنا [حيث شرط قطع الكل. كافي] أى بظاهر ما ذكرنا من اشتراط قطع الأربعة الثابت بدلالة اللفظ يحتج مالك حيث لا يجوز الأكثر من الأربعة أى الثلاثة، بل يشترط قطع جميع الأربعة، كذا قال العيني فى "البنية"، وقال أبى وأستاذى نور الله مرقده فى "السقاية لعطشان الهداية": فما فى بعض الشروح، وبظاهر ما ذكرنا من الحديث، وهو قطع الثلاثة يحتج مالك، ولا يجوز الأكثر منها - انتهى - فشطط. (المولوى محمد عبد الحى)

(١) أربعة.

(٢) أى مالك.

(٣) أربع.

(٤) أى الثلث أى ثلث كان.

(٥) أى المصنف.

(٦) أى لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين.

(٧) أى محمد.

(٨) أى الأكثر من كل وديج وحلقوم.

(٩) محمد.

(١٠) أى فى قطع الأكثر من الحلقوم والأوداج.

(١١) قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين. (حميدية)

(١٢) أربعة.

فرد^(١) منها^(٢). ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار^(٣) الدم، فينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ كل واحد منهما مجرى الدم، أما الحلقوم فيخالف المرىء، فإنه مجرى العلف والماء^(٤)، والمرىء مجرى النفس^(٥)، فلا بد من قطعهما^(٦).
ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأى ثلاث قطعها، فقد قطع الأكثر منها^(٧)، وما هو المقصود يحصل بها^(٨)، وهو إنهار الدم المسفوح، والتوجيه^(٩) في إخراج الروح؛ لأنه لا يحى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين، فيكتفى به^(١٠) تحرزاً عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف^(١١)؛ لأن الأكثر باقٍ، فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً^(١٢) لجانب الحرمة.

قال^(١٣): ويجوز الذبح بالظفر^(١٤) والسن والقرن^(١٥) إذا كان^(١٦) منزوعاً^(١٧)،

(١٣) فرى - بالفتح - شكافتن جيزى. (م)

(١) فإن الأكثر يقوم مقام الكل.

(٢) أربعة.

(٣) إسالة.

(٤) قوله: "فإنه مجرى العلف [خورش ستور وجز آن. (ص) هذا ليس بجيد، والحق عكسه] والماء إلخ" قيل: هذا عكس، بل الحلقوم مجرى النفس، والمرىء مجرى العلف، وهكذا في "الإيضاح".

وذكر في "المغرب" المرىء مجرى الطعام والشراب، وذكر في "تاج الأسامي": المرىء: راه گذر آب. (ن)

(٥) دم.

(٦) وبهذا الدليل يخرج جواب مالك.

(٧) أربعة.

(٨) أى بالثلاث.

(٩) يقال: موت وحى وذكاة وحية أى شريعة، والقتل بالسيف أوحى أى أسرع، كذا في "المغرب".

(١٠) أى بالأكثر.

(١١) قوله: "بخلاف ما إذا قطع إلخ" يريد به لما كان الرجحان لجانب التحريم، كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويحتمل أن يريد أن الأكثر من الثلث القائم مقام الأربع باقٍ، فإنه إذا ترك الإثنين غير متطوع يكون الباقي أكثر ما شرط قطعة للحل، وهو الثلث.

فإن قيل: المقطوع أيضاً أكثر ما شرط قطعه للحل، قلنا: اعتبار الأكثر في المتروك أولى من اعتبار الأكثر في المقطوع ترجيحاً للمحرم، ويمكن أن يقال: المراد الأكثر من الواحد باقٍ فيحرم؛ لأن المرخص ترك الواحد لا غير. (ك)

(١٢) قوله: "لم يقطع شيئاً احتياطاً [دليل لبقاء الأكثر] إلخ" هذا جواب عن النقض بمنع وجود العلة تقديراً، وتقدير النقض أنه لا يحى بعد قطع مجرى النفس فقط مثلاً، وقطع أحد الودجين مع أنه لا يحل، وتقدير الجواب: أن العلة لم توجد حكماً احتياطاً لجانب الحرمة، مع وجود التعارض ظاهراً بين نصف المقطوع وغير المقطوع، فرجحنا المحرم احتياطاً. (اعظمى)

(١٣) أى محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبيح، وقال الشافعي: المذبوح ميتة؛ لقوله عليه السلام: «كل ما أنهر الدم^(١) وأفرى^(٢) الأوداج ما خلا الظفر والسن^(٣) فإنها مدي الحبيشة^(٤)»، ولأنه^(٥) فعل غير مشروع، فلا يكون ذكاة، كما إذا ذبح بغير المنزوع^(٦). ولنا قوله عليه السلام^(٧): «أنهر الدم بما شئت^(٨)» ويروى: «أفر الأوداج بما شئت^(٩)»، وما رواه^(١٠) محمول على غير المنزوع؛ فإن الحبيشة كانوا يفعلون ذلك؛ ولأنه آلة جارحة^(١١)، فيحصل به ما هو المقصود، وهو إخراج الدم، وصار^(١٢) كالحجر والحديد، بخلاف^(١٣) غير المنزوع^(١٤)؛ لأنه يقتل بالثقل^(١٥)،

(١٤) ناخن. (م)

(١٥) شاخ. (م)

(١٦) كل واحد.

(١٧) أى بر كنده از موضع خود. (ترجمه)

(١) قوله: "قوله عليه السلام كل [أى كل مذبوح ما أنهر إلخ] ما أنهر [أى الإنهار الإسالة] الدم إلخ" قلت: هو ملفق من حديثين، فروى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فقلت: يا رسول الله إنا نكون في المغازي، فلا تكون معنا مدي، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدي الحبيشة»، انتهى. والثاني: ما رواه ابن أبي شيبه في مصنفه عن رافع ابن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبيح بالليطة فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سناً أو ظفراً»، انتهى. (ت)

(٢) قوله: "وأفرى" أفرى القطع للإصلاح، والإفراء للإفساد بكسر الهمزة ههنا أليق. (ك)

(٣) استثناهما بالإطلاق عما يجوز أكله، فيتناول الحرمة المنزوع والقائم. (ع)

(٤) قوله: "فإنها مدي [جمع مدي وهو السكين. غن] الحبيشة إلخ" فإنهم لا يقلمون الأظفار، ويحدون الأسنان، ويقاثلون بالحدش والعض. (ع)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٥ ص ٢٠٧. (نعيم)

(٥) الذبيح بالظفر والسن والقرن.

(٦) فلا يحل اتفاقاً.

(٧) قوله: "ولنا قوله عليه السلام إلخ" وهو بإطلاقه يقتضى الجواز بالمنزوع وغيره، وإنما تركنا غير المنزوع، بما رواه الشافعي، فإن فيه دلالة على ذلك، وهو قوله عليه السلام «فإنها مدي الحبيشة» وهذا معنى قوله: وما رواه إلخ. (ع)

(٨) رواه النسائي، كذا فى التخریج.

(٩) قد مرت هذه الرواية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٧، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٠٥ ص ٢٠٧. (نعيم)

(١٠) الشافعي.

(١١) قوله: "ولأنه [أى الظفر والسن والقرن] آلة إلخ" جواب عن الدليل المعقول للشافعي، وتقريره: إنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه آلة إلخ. (ع)

(١٢) أى الظفر والسن والقرن.

(١٣) قوله: "بخلاف" أى بخلاف غير المنزوع؛ فإنه يوجب الموت بالثقل مع الحدة، فتصير الذبيحة فى معنى

فيكون^(١) فى معنى المنخقة^(٢)، وإنما يكره^(٣)؛ لأن فيه استعمال جزء آدمى^(٤)؛
ولأن فيه إفساراً على الحيوان، وقد أمرنا فيه بالاحسان^(٥).

قال^(٦): ويجوز الذبح بالليظة^(٧) والمروة^(٨) وكل شيء أنهر الدم^(٩)، إلا السن
القائم، والظفر القائم، فإن المذبوح بهما ميتة؛ لما بينا^(١٠)، ونص محمد فى
"الجامع الصغير" على أنها ميتة؛ لأنه وجد فيه نصاً^(١١)، وما لم يجد فيه نصاً يحتاط
فى ذلك، فيقول فى الحل لا بأس به، وفى الحرمة يقول: يكره أو لم يؤكل.

قال^(١٢): ويستحب أن يحد الذبائح شفرته^(١٣)؛ لقوله عليه السلام^(١٤): «إن الله
كتب الاحسان^(١٥) على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة^(١٦) وإذا ذبحتم فأحسنوا

المنخقة. (على القارى)

(١٤) أى المتصلين بموضعهما. (مجمع الأنهر)

(١٥) قوله: "لأنه يقتل الخ" أى لأنه قتل وتخنق وليس يذبح، فى الذبائح الانقطاع بحدة الآلة. (ن)

(١) المذبوح بغير المنزوع.

(٢) قوله: "المنخقة" أى الميتة خنقاً، يقال: خنقه إذا عصر حلقه حتى يموت، ومطاوعه انخنق وانخنق، كذا فى
"حاشية الجمل".

(٣) هذا الفعل.

(٤) وفيه إهانته.

(٥) وهو فيما قوله عليه السلام: «إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة. (ن)

(٦) أى القدورى. (عينى)

(٧) قوله: "بالليظة [ليظة پوست فى ص] الخ" الليظة قشر القصب، والمروة الحجر الذى فيه حدة، وفى
"الجوهرة" المروة واحدة، وهى حجارة أبيض براق، أقول: قد صححها بعض شراح الوقاية بكسر الميم ولم نجد فى
المعتبرات من اللغات، وقد أوردها صاحب الدستور فى الميم المفتوحة، كذا قاله أخى زاده. (منح الغفار)

(٨) المروة حجر أبيض رقيق، وهى كالكساكين يذبح بها. (مغرب)

(٩) أسأل.

(١٠) إشارة إلى قوله: لأنه يقتل بالثقل، فيكون فى معنى المنخقة. (٤)

(١١) حديثاً.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بالفتح كارد. (م)

(١٤) قوله: "لقوله عليه السلام الخ" أخرجه الجماعة إلا البخارى عن شداد بن أوس عنه عليه السلام. (ت)

(١٥) أى أوجب عليكم. (على قارى)

(١٦) قوله: "القتلة [قتله قتلا والقتلة المرة، وبالكسر الهيئة والحالة. مغرب]" الذبحة والقتلة كلاهما بكسر الأول،
وهى الهيئة والحالة، وفى "المغرب": "إذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة" خطأ، وإنما الصواب الذبحة، انتهى.
فما فى بعض الشروح من تفسير القتلة بالمقتول والذبحة بالمذبوح فسخيف، كذا أفاد أبى أستاذى رحمه الله تعالى
فى "السقاية". (مولانا محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

الذبيحة^(١) *، وليحد أحدكم شفرته وليمح^(٢) ذبيحته.

ويكره أن يضحجها^(٣)، ثم يحد الشفرة؛ لما روى عن النبي عليه السلام^(٤):
«أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات^(٥) هلا
حدتها^(٦) قبل أن تضججها» *.

قال: ومن بلغ بالسكين النخاع^(٧)، أو قطع الرأس كره له ذلك، وتؤكل
ذبيحته، وفي بعض النسخ^(٨) قطع مكان بلغ، والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة.
أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام ***: «أنه نهى أن تنزع الشاة إذا
ذبحت^(٩)»، وتفسيره ما ذكرناه^(١٠)، وقيل: معناه أن يمد رأسه^(١١) حتى يظهر مذبوحه.
وقيل: أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكل ذلك^(١٢) مكروه،
وهذا لأن في جميع ذلك، وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة، وهو

(١) قوله: وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة خطأ، إنما الصواب الذبيحة؛ لأن المراد الحال والهيئة. (مغرب)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٨٧، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٦ ص ٢٠٧. (نعيم)

(٢) إراحة: آسأش دادن. (م)

(٣) أضجج: بر بهلو خوابانیدن.

(٤) رواه الحاكم في "المستدرک"، كذا في "التخريج" للزيلعي.

(٥) قوله: "لقد أردت [كأن الشاة تموت إذا رأت تحديد الذابح شفرته مرة وبالذبح مرة أخرى] أن تميتها إلخ"
قيل: إنما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح، أن التحديد لذبحه، وليس كذلك؛ لأن المذبوح لا عقل له، وهو مع كونه
سوء أدب ساقط؛ لأن الوهم في ذلك كاف، وهو موجود فيه، والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكليات، وما نحن فيه ليس كذلك. (ع)
قوله: "لقد أردت إلخ" ذكر في "اللبسوط" في هذه المسألة: أنها تعرف ما يراد بها، كما جاء في الخبر أبيهت
البهائم إلا عن أربعة، خالقها ورازقها وحضها وفسادها، فإذا كانت تعرف ذلك، وهو يحد الشفرة بين يديها، كان فيه
زيادة إيلاام غير محتاج إليه. (ك)

(٦) حد السكين: تيز كرد كرد رابستگ یا بستوهان. (عن)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٨٨، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٧ ص ٢٠٧. (نعيم)

(٧) قوله: "النخاع [حرام مغز]" بالكسر والفتح والضم لغة فيه، وفسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة
ونسبه صاحب "النهاية" إلى السهو، وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، ورد بأن بدن الحيوان
مركب من عظام وأعصاب وعروق، وهى شرايين وأوتار، وما ثمة شىء يسمى بالخيط أصلاً. (عناية)

(٨) أى نسخ القدورى. (عيني)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ١٨٨، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٨ ص ٢٠٨. (نعيم)

(٩) قلت: غريب، ومعناه روى الطبراني في "معجمه". (ت)

(١٠) أى بلوغ السكين إلى النخاع.

(١١) مذبوح.

(١٢) أى المد والكسر والنخم والقطم.

منهى عنه^(١١)*. والحاصل أن ما فيه زيادة إيلاام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه، ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح^(١٢)، وأن تنزع^(١٣) الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده^(١٤) لا ألم، فلا يكره النخع والسلخ^(١٥)، إلا أن الكراهة^(١٦) لمعنى زائد، وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده، فلا يوجب التحريم، فلهذا قال^(١٧): تؤكل ذبيحته.

قال^(١٨): وإن ذبح الشاة من قفاها^(١٩)، فبقيت حية حتى قطع العروق^(٢٠) حل؛ لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره^(٢١)؛ لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة، فصار كما إذا جرحها، ثم قطع الأوداج، وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل؛ لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها.

قال^(٢٢): وما استأنس من^(٢٣) الصيد فذكاته الذبح، وما توحش من النعم^(٢٤) فذكاته العقر^(٢٥) والجرح؛ لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر^(٢٦)، والعجز متحقق في الوجه الثاني^(٢٧) دون الأول^(٢٨).

(١) بلسان النبي ﷺ.

* راجع نصب الرابة ج٤ ص ١٨٩، والدراية ج٢ تحت الحديث ٩٠٨ ص ٢٠٨. (نعيم)

(٢) قوله: "ويكره أن يجر إلخ" وكذا لو ذبحها موجهًا لغير القبلة يكره ويؤكل؛ لأن السنة أن يستقبل القبلة. (ت)

(٣) أى يكسر عنقها.

(٤) سكون.

(٥) پوست بلز كردن.

(٦) قوله: "إلا أن الكراهة" أى كراهة هذا الفعل، أى حرمة لمعنى زائد أى عارض، فلا يوجب هذا التحريم تحريم

للمذبح، ولو قال: "إلا أن النبى لمعنى فى غيره" لكان أظهر. (غظمى)

(٧) القدورى.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قفا كعصا: پس سر ويس گردن. (من)

(١٠) كلها أو أكثرها.

(١١) قوله: "ويكره" أى يكره هذا الذبح؛ لأن فيه زيادة الألم، وما فى بعض الشروح: "ويكره أكلها" فشطط؛

لأنه لا ينطبق عليه الدليل. (سقاية)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) بيان ما.

(١٤) بيان ما.

(١٥) عقره عقراً جرحه، وعقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها. (مغرب)

(١٦) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما ذكر فى أول الذبائح، وهو قوله: "والثانى كالبدل من الأول". (غاية البيان)

وكذا ما تردى^(١) من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار؛ لما بينا^(٢)، وقال مالك: لا يحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين^(٣)؛ لأن ذلك نادر^(٤). ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز، وقد تحقق^(٥)، فيصار إلى البدل^(٦)، كيف؟ وإنما لا نسلم الندرة^(٧)، بل هو غالب، وفى الكتاب^(٨) أطلق فيما توحش من النعم. وعن محمد: أن الشاة إذا ندت^(٩) فى الصحراء فذكاتها العقر، وإن ندت فى المصر لا تحل بالعقر؛ لأنها لا تدفع عن نفسها، فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز. والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير؛ لأنهما يدفعان عن أنفسهما^(١٠)، فلا يقدر^(١١) عن أخذهما وإن ندا^(١٢) فى المصر فيتحقق العجز، والصيل^(١٣) كالند إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو^(١٤) يريد الذكاة حل أكله.

قال^(١٥): والمستحب^(١٦) فى الإبل النحر^(١٧)، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحب

(١٧) أى ما توحش من النعم.

(١٨) أى ما استأنس من الصيد.

(١) أى سقط. (غن)

(٢) قوله: "لما بينا" من أن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز. (ك)

(٣) أى فيما توحش من النعم وفيما تردى فى بئر. (ك)

(٤) ولا عبرة للنادر فى الأحكام. (كافى)

(٥) العجز.

(٦) أى ذكاة الاضطرار.

(٧) أى ندرة التوحش والتردى.

(٨) أى القدرى. (ك)

(٩) هربت، الند: راه يافتن ستور برا كنده.

(١٠) قوله: "لأنهما يدفعان عن أنفسهما" لأن البقر يدفع بقرنه والبعير بشفره ونابه، ويخاف القتل منهما، فيقع

العجز عن ذكاة الاختيار فيهما. (عينى)

(١١) أحد.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) بالكسر: بريك ديگر حمله كردن. (م)

(١٤) الواو حالية، أى المصول عليه.

(١٥) أى القدرى. (عينى)

(١٦) ويسن. (كنز)

(١٧) قوله: "النحر [النحر قطع العروق عند الصدر، والذبح قطعها تحت اللحين. ع] أى قطع عروقها الكائنة فى

أسفل عنقها عند صدورها؛ لأن موضع النحر عنها لا لحم عليه، وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ، فالنحر أسفل من الذبح. (معجم الأنهر)

في البقر والغنم الذبيح، فإن نحرهما جاز ويكره^(١)، أما الاستحباب فيه؛ لموافقة السنة المتوارثة^(٢)؛ ولاجتماع العروق^(٣) فيها^(٤) في المنحر، وفيهما^(٥) في الذبيح، والكراهة لمخالفة السنة، وهي لمعنى في غيره^(٦)، فلا ينع الجواز والحل، خلافاً لما يقوله مالك: إنه لا يحل.

قال^(٧): ومن نحر ناقه، أو ذبح بقرة، فوجد في بطنها جنيماً ميتاً لم يؤكل أشعر أو لم يشعر^(٨)، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى^(٩): إذا تم خلقته أكل^(١٠)، وهو قول الشافعي؛ لقوله عليه السلام^(١١): «ذكاة الجنين^(١٢) ذكاة أمه^(١٣)»*، ولأنه جزء من الأم حقيقة؛ لأنه يتصل بها^(١٤) حتى يفصل^(١٥) بالمقراض، ويتغذى

(١) أى فعله، لا المذبوح. (عيني)

(٢) قوله: "لموافقة السنة المتوارثة" قال الله تعالى: ﴿إِن اللّٰهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَذْبِحُوا بَقَرَةً﴾، و﴿فَدَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾، و﴿فصل لربك وانحر﴾ في التفسير أى وأنحر الجزور. (زيلعي)

(٣) قوله: "ولاجتماع إلخ" أى لأن موضع النحر من البقر ما لا لحم عليه، وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ وعروقها مجتمع في المنحر، فكان في الإبل أسهل، فأما في البقر والغنم، فالذبح أسير؛ لاجتماع العروق في المذبوح. (كافى)

(٤) إبل.

(٥) بقر وغنم.

(٦) أى في غير الذبيح، وهو ترك السنة. (٤)

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) مو برآوردن عضو. (م) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان. (٤)

(٩) قوله: "وقال أبو يوسف ومحمد إلخ" وفي "المبسوط": قال أبو يوسف ومحمد والشافعي: يؤكل، إلا أنه روى عن محمد إنما يؤكل إذا أشعر وتمت خلقته. (ن)

(١٠) وإن لم يتم خلقته لا يؤكل. (ك)

(١١) أخرجه الترمذى عن الخدرى. (ت)

(١٢) قوله: "ذكاة الجنين إلخ" أى ذكاة الأم نائبة عن ذكاة الجنين، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير، وبيع

الوصى ببيع البيتيم. (ك)

(١٣) قوله: "ذكاة أمه" والجواب عن هذا الحديث أنه لا يصح الاستدلال به، فإنه روى ذكاة أمه بالنصب والرفع،

فإن كان منصوباً، فلا إشكال؛ فإنه للتشبيه، وإن كان مرفوعاً فكذلك؛ لأنه أقوى من التشبيه من الأول، عرف ذلك في علم البيان، وقيل: مما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين، كما في قوله: وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق

منك دقيق. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٨٩، والدراية ج ٢، الحديث ٩٠٩ ص ٢٠٨. (نعيم)

(١٤) أم.

(١٥) وقت التوالد. من أمه بقطع سرتة.

بغذاءها^(١)، ويتنفس بتنفسها^(٢)، وكذا حكماً حتى يدخل في البيع الوارد على الأم، ويعتق بإعتاقها^(٣)، وإذا كان جزءاً منها، فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته، كما في الصيد^(٤).

وله أنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها^(٥)، وعند ذلك يفرد بالذكاة، ولهذا يفرد^(٦) بإيجاب الغرة^(٧)، ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان دموى، وما هو المقصود من الذكاة، وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم؛ إذ هو^(٨) ليس بسبب لخروج الدم عنه، فلا يجعل تبعاً في حقه^(٩).

بخلاف الجرح في الصيد؛ لأنه سبب لخروجه^(١٠) ناقصاً، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل في البيع^(١١) تحريماً لجوازه^(١٢) كى لا يفسد^(١٣) باستثناءه، ويعتق بإعتاقها^(١٤)؛ كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق.

(١) أم.

(٢) أم.

(٣) أم.

(٤) قوله: "كما في الصيد" فإنه إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار، اكتفى بذكاة الاضطرار، وهي الجرح في أى موضع كان. (عيني)

(٥) أم.

(٦) قوله: "يفرد" يعنى إذا تلفت الأم وفات الجنين من ذلك، يضمن التالف دية الأم وغرة الجنين، ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل، ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية. (عيني)

(٧) أى عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم، كما نطق به الحديث، وسيجيء في الجنايات.

(٨) أى جرح الأم.

(٩) لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه، وهو إخراج دمه. (زبلى)

(١٠) دم.

(١١) الوارد على الأم.

(١٢) بيع.

(١٣) قوله: "كى لا يفسد [البيع]" فإنه لو لم يدخل في بيع الأم، كان ذلك بمنزلة استثناء الولد من بيع الأم وإنه مفسد بيع الأم، فيدخل الولد في بيع الأم، تحريماً لجواز بيع الأم. (ك)

(١٤) قوله: "ويعتق باعتقها [أم]" أى أن عتقه عند اعتاق الأم بطريق السراية عن الأم، والسراية مخصوصة بالصفات الشرعية، وكونه مذكى من الصفات الحقيقية وقائم مقام ذكاة الاختيار ما هو خلف عنه، وهو ما يفيد مقصودها بوصف المقصود عنها في افادته، وهو الجرح الدمى. ولهذا لو أصاب السهم الظلف أو القرن، فمات لا يحل؛ لعدم الجرح، وأما قولهم: أنه يتغذى بغذاء الأم، قلنا: لا نسلم، بل يقيه الله تعالى في بطن الأم من غير غذاء، أو يوصل الله تعالى الغذاء إليه كيف شاء. (ك)

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل^(١)

قال^(٢): «ولا يجوز أكل ذى ناب^(٣) من السباع، ولا ذى مخلب^(٤) من الطيور؛ لأن النبي عليه السلام^(٥): «نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع»*، وقوله: من السباع ذكر عقيب النوعين^(٦)، فينصرف إليهما^(٧)، فيتناول سباع الطيور والبهائم، لا كل ما له مخلب، أو ناب^(٨). والسبع^(٩) كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة^(١٠) ومعنى التحريم - والله أعلم - كرامة بنى آدم؛ كيلا يعدو شيء^(١١) من هذه الأوصاف الذميمة إليهم

(١) قوله: "فصل إلخ" لما ذكر أحكام الذبائح وما يتعلق بها، ذكر في هذا الفصل المأكول منها وغير المأكول؛ إذا المقصود الأصلي من شرعية الذبح هو التوصل إلى الأكل، وقدم الذبائح؛ لأنه ذكر في "المبسوط": أن شرط حل تناول فيما يحل من الحيوانات الذكاة؛ لقوله تعالى: ﴿إِلا ما ذكيتم﴾ فالشرط يقدم على المشروط. (ن)

(٢) أى القدورى. (عنى)

(٣) الناب من الأسنان ما يلي الرباعيات. (ك)

(٤) بالكسر جنجال مرغ. (م) المخلب للظير كالظفر للإنسان. (ك)

(٥) قوله: "لأن النبي عليه السلام إلخ" أخرج مسلم عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير» انتهى (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٩٢، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٠ ص ٢٠٩. (نعيم)

(٦) أى ذى مخلب وذى ناب.

(٧) قوله: "فينصرف إليهما" أى إلى النوعين المذكورين فى الحديث، لا إلى أحدهما، وإذا انصرف إليهما صار تقرير الحديث كأنه قال: «نهى عن أكل ذى مخلب من سباع الطير ونهى عن أكل كل ذى ناب من السباع»، فيكون المحرم بهذا الحديث كل ذى مخلب من سباع الطير، لا كل طير له مخلب، وكل ذى ناب من السباع، لا كل حيوان له ناب، (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا كل ما له مخلب إلخ" فالحماسة لها مخلب، والبعير له ناب، والبقرة كذلك، وقالوا: المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما، بأن يصيد بهما، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والأهلى، وذو المخلب من الطير الصقر والبازى والنسر والعقاب والشاهين. والمؤثر فى الحرمة الإيذاء، فهو طورا يكون بالناب، وتارة يكون بالمخلب أو الخبث، وهو قد يكون خبطة كما فى الحشرات والهوام، وقد يكون بعراض كما فى الجلالة. (ك)

(٩) قوله: "والسبع كل مختطف إلخ" إنما عد هذه الأوصاف ليستنى عليها قوله: كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم، ولما كان اسم السبع شاملا على القبيلتين، فسر السبع بالوصفين، أى الاختطاف والانتهاب. (مل)

(١٠) قوله: "كل مختطف [اختطاب: ربودن. م] منتهب [انتهاب: غارت كردن] جارح قاتل عاد عادة [من عدا عليه عدوانا. ع] إلخ" الفرق بين الاختطاف والانتهاب، أن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم، قال فى "المبسوط": فالمراد بذى الخطفة ما يخطف بمخبله من الهواء كالبازى والعقاب، ومن ذى النبهة ما ينهب بنابه من الأرض، كالأسد والذئب. (٤)

(١١) قوله: "كيلا يعدو [عدو - بالفتح - دويدن. م] شيء إلخ" لما أن للغذاء من الأثر فى ذلك، قال عليه الصلاة

بالأكل^(١)، ويدخل فيه الضبع والثعلب^(٢)، فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما^(٣)، والفيل ذوناب فيكره، واليربوع^(٤) وابن عرس^(٥) من السباع الهوام^(٦)، وكرهوا أكل الرّحم والبغاث^(٧)، لأنهما يأكلان الجيف^(٨).
قال^(٩): ولا بأس بغراب الزراع؛ لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف، وليس من سباع الطير، قال: ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف^(١٠)، وكذا الغداف^(١١)، قال أبو حنيفة: لا بأس^(١٢) بأكل العقق^(١٣)؛ لأنه يخلط^(١٤)، فأشبهه الدجاجة^(١٥)، وعن أبي يوسف: أنه يكره؛ لأنه غالب أكله الجيف.

والسلام: لا يرضع لكم الحمقاء، فإن اللبن يغذى. (ك)

(١) أى بسبب الأكل.

(٢) قوله: "ويدخل فيه [أى فى السبع] الضبع [بفارسي كفتار. مخزن] والثعلب [روباه]" لأن لهما ناباً يقاثلان بنابه، فلا يؤكل لحمهما كالذئب. (ك)

(٣) قوله: "فيكون الحديث حجة إلخ" وما روى أنه عليه السلام أباح أكلها محمول على الابتداء. (ت)

(٤) موش دشتى.

(٥) راسو.

(٦) من السباع الهوام [بالتشديد. غن] إلخ" هى جمع هامة، وهى الدابة من دواب الأرض. (غن)

(٧) قوله: "وكرهوا أكل الرّحم [ويسمى الرخمة أكل العظم. غرر الأفكار] والبغاث [مرغى است تيره رنگ] إلخ" الرّحم جمع رخمة، وهى طائر أبلق، يشبه النسر فى الحلقة، يقال له: الأنوق، والبغاث ما يصيد من صفار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها، الواحدة بغائة، وفى أوله الحركات الثلاث. (ك)

(٨) جيفة - بالكسر - مردار بوكرفته. (م)

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) قوله: "الأبقع [أبقع جانور سياه وسفيد، وغراب أبقع زاغ بيشه. م] إلخ" أما الغراب الأبقع والأسود، فهو أنواع ثلاثة نوع: يلتقط الحب ولا يأكل الجيف، وليس بمكروه، ونوع منه لا يأكل إلا الجيف، وهو الذى سماه المصنف الأبقع الذى يأكل الجيف، وأنه مكروه، ونوع منه يخلط بأكل الحب مرةً والجيف أخرى، ولم يذكره فى الكتاب، وهو غير مكروه عند أبى حنيفة، ومكروه عند أبى يوسف. (٤)

(١١) قوله: "وكذا الغداف [كغراب زاغ سياه. من] هو غراب القيظ، ويكون ضخماً وافى الجناحين، والفاخنة تؤكل، وكذلك الديسى بضم الدال، وكذلك الخطاف، وأما الخفاش فقد ذكر فى بعض المواضع أنه يؤكل، وقد ذكر فى بعضها أنه لا يؤكل؛ لأنه له نابا. (ن)

قوله: "وكذا الغداف" وربما سماوا النسر الكثير الريش غدافاً، وقال ابن فارس الغداف الغراب الضخم. (حياة الحيوان)

(١٢) وهو الأصح. (٤)

(١٣) قوله: "العقق [عكه]" وزان جعفر طائر نحو الحمامة طويل الذنب، فيه بياض وسواد، وهو نوع من الغربان،

يتشاهم به ويعقق بصوت يشبه العين العين والقاف. (رد المحتار)

(١٤) الجيف بالحب فى الأكل.

(١٥) وقد أكلها رسول الله ﷺ، كذا فى "النهاية".

قال (١): ويكره أكل الضبع والضب (٢) والسلحفاة (٣) والزنبور والحشرات (٤) كلها، أما الضبع فلما ذكرنا (٥)، وأما الضب * فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة رضى الله تعالى عنها حين سألته عن أكله (٦)، وهو حجة على الشافعى (٧) فى إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات، ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شىء، وإنما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب؛ لأنه (٨) منها (٩).

قال (١٠): ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبالغ (١١)؛ لما روى خالد ابن الوليد رضى الله تعالى عنه (١٢): «أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبالغ والحمير» * * *، وعن على رضى الله تعالى عنه (١٣): «أن النبي عليه السلام أهدر (١٤) المتعة وحرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر» * * *.

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) بفارسى سوسمار، وبهندي گوه. (مخزن)

(٣) سنگ پشت، وبهندي كجهوا. (مخزن)

(٤) صغار دواب الأرض.

(٥) وهو قوله: ويدخل فيه الضبع وهو ذو ناب. (٤)

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٩٥، والدراية ج ٢، الحديث ٩١١ ص ٢٠٩. (نعيم)

(٦) قوله: "نهى عائشة إلخ" قلت: غريب، وأخرج أبو داود فى الأطعمة أن رسول الله ﷺ «نهى عن أكل لحم

الضب»، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "وهو [حديث] حجة على الشافعى" فإن قيل: يعارضه حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبي

ﷺ سئل عن الضب، فقال: «لم يكن من طعام قومى، فأجد نفسى تعافه، فلا أحلله ولا أحرمه، وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال: أكل الضب على مائدة رسول الله ﷺ، وفى الآكامين أبو بكر رضى الله تعالى عنه.

وأجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبيح إذا تعارضا، يرجح الحاضر على المبيح، أو مؤول بما قبل التحريم. (٤)

(٨) ضب.

(٩) أى من الحشرات.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) خجرها.

(١٢) أخرجه ابن ماجه. (ت)

* * * راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٩٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٢ ص ٢١٠. (نعيم)

(١٣) قوله: "وعن على رضى الله تعالى عنه إلخ" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن على ابن أبى طالب رضى

الله تعالى عنه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل لحوم الحمر الإنسية». (ت)

(١٤) أبطل.

* * * راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٩٧، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٣ ص ٢١٠. (نعيم)

قال^(١): ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة^(٢)، وهو قول مالك، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى: لا بأس بأكله؛ لحديث جابر رضى الله تعالى عنه^(٣) أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن^(٤) في لحوم الخيل يوم خيبر»*.

ولأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿والخيل^(٥) والبغال والحمير لتركبوها وزينة^(٥)﴾ خرج مخرج الامتنان^(٦)، والأكل من أعلى منافعها، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم^(٧)، ويمتن بأدناها^(٨)؛ ولأنه^(٩) آلة إرهاب^(١٠) العدو، فيكره أكله احتراماً له، ولهذا يضرب^(١١) له بسهم في الغنيمة^(١٢)؛ ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد. وحديث جابر معارض بحديث خالد رضى الله تعالى عنه^(١٣)، والترجيح للمحرم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحريم، وقيل: كراهة تنزيه، والأول^(١٤)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (عنى)

(٢) قلت: أخرجه البخارى فى غزوة خيبر. (ت)

(٣) تأذين: دستورى دادن كسى را بكارى. (م)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ١٩٨، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٤ ص ٢١١. (نعيم)

(٤) أى خلق الخيل الآية.

(٥) أى لتزينوا بها زينة. (بيضاوى)

(٦) قوله: "خرج [هذا القول] إلخ" يعنى أن هذه الآية سيقى لبيان المنى، وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل، ولو كان مأكولاً لكان الأولى بيان منفعه الأكل؛ لأنه أعظم وجوه المنافع؛ لأن فيه بقاء النفوس، ولا يليق بحكمة الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنى، وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما. (ك)

(٧) قوله: "والحكيم [الله] لا يترك إلخ" وقد اعترض بأنه ترك ذكر الحمل عليه؛ فينبغى أن لا يحمل عليه، وهو فاسد، فإن الكلام فى أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى، والحمل ليس كذلك. (ع)

(٨) نعم.

(٩) فرس.

(١٠) ترسانيدن.

(١١) قالوا: ضرب فى ماله سهماً أى جعل. (مغرب)

(١٢) فإن للراجل سهماً، وللفراس سهمين.

(١٣) قوله: "معارض إلخ" قلت: يشير إلى حديث خالد المتقدم: وأنه عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير؛ وهذا فيه نظر؛ فإن حديث جابر رضى الله تعالى عنه صحيح، وحديث خالد متكلم فيه، كيف؟ وقد قال الواقدى: إن خالداً أسلم بعد فتح خيبر، فلم يشهد خيبر، فتدبر. (مل)

(١٤) قوله: "والأول" يعنى كون الحرمة للتحريم أصح؛ لأنه روى أن أباً يوسف سأل أباً حنيفة لو قلت فى شىء: أنا أكرهه، فما رأيك فيه، قال: التحريم. (ع)

أصح^(١)، وأما لبنة فقد قيل: لا بأس به^(٢)؛ لأنه ليس في شربه^(٣) تقليل آلة الجهاد. قال^(٤): ولا بأس بأكل الأرنب^(٥)؛ لأن النبي عليه السلام أكل منه^(٦) حين أهدى إليه مشويًا*، وأمر الصحابة رضى الله تعالى عنهم بالأكل منه، ولأنه ليس من السباع، ولا من أكلة الجيف، فأشبهه الطيبي.

قال^(٧): وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه، طهر جلده ولحمه^(٨) إلا الأدمى والخنزير؛ فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الأدمى فلحرمته وكرامته^(٩)، والخنزير لنجاسته كما في الدباغ^(١٠). وقال الشافعى: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك؛ لأنه يؤثر في إباحة اللحم^(١١) أصلاً^(١٢)، وفي طهارته^(١٣)، وطهارة الجلد تبعاً، ولا تبع بدون الأصل، وصار كذب المجوسى^(١٤). ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة، وهى النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت^(١٥) طهر كما فى الدباغ^(١٦)،

(١) قوله: "أصح" قال العيني أشار صاحب الهداية به إلى اختياره، انتهى. وقال ابن ملك فى "شرح مجمع البحرين": ذكر الإمام الإسيبجالي أن الصحيح هو أنه مكروه تنزيهاً، وقال محمود بن إلياس فى "شرح النقاية": هو ظاهر الرواية. (سقاية لعطشان الهداية)

(٢) وروى الحسن عن أبى حنيفة الكراهة فى سورة. (ك)

(٣) وهذا يخالف التعليل السابق؛ لحمة لحمه من قبح ترك الامتنان بالأعلى. (أعظمى)

(٤) أى القدورى. (عيني)

(٥) أرنب - بالفتح - خرگوش. (م)

(٦) قوله: "أكل الخ" لما فى البخارى عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال: أنفجنا أرنباً بمر الظهران، فسعى القوم فغلبوا، فأدركنها فأخذتها فأتيت بها طلحة فذبحها، وبعث بوركها أو قال: بفخذها إلى رسول الله ﷺ قبله، قلت وأكل منه، قال وأكل منه. وفى "سنن النسائى" عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه: جاء أعرابى إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها، فوضعها بين يديه، فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا، وزاد فى لفظه قال: إنى لو اشتيتها أكلتها. (شرح نقاية من على القارى)

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ١٩٩، والدرابة ج ٢، الحديث ٩١٥ ص ٢١١. (نعيم)

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) قوله: "طهر جلده ولحمه" وفى رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه، والجلد يطهر، وهو الصحيح. (ت)

(٩) وعزته.

(١٠) فإن كل إهاب إذا دبح فقد طهر؛ إلا جلد الأدمى والخنزير.

(١١) قوله: لأنه يؤثر الخ" أى لأن الذكاة تؤثر فى إباحة اللحم قصداً، وفى طهارة اللحم تبعاً، وفوات الأصل يدل

على فوات التيم، فصار كذب المجوسى. (مل)

(١٢) أى بطريق الأصالة.

(١٣) لحم.

(١٤) فإنه لا يؤثر فى حل المذبح، فكذا فى طهارة جلده ولحمه.

وهذا (١) حكم مقصود في الجلد (٢) كالتناول (٣) في اللحم، وفعل المجوسى (٤) إماتة في الشرع (٥)، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه، حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له (٦)، وهل يجوز الانتفاع به (٧) في غير الأكل، قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك (٨) الميتة، والزيت غالب لا يؤكل، وينتفع به في غير الأكل.

قال (٩): ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك، وقال مالك وجماعة من أهل العلم: بإطلاق جميع ما في البحر (١٠)، واستثنى بعضهم (١١) الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعى أنه أطلق ذلك كله، والخلاف في الأكل والبيع واحد (١٢)، لهم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ من غير فصل (١٣)، وقوله عليه السلام في البحر (١٤): «هو الطهور مائه والحل ميتته» (١٥)*، ولأنه لا دم في هذه الأشياء (١٦)؛

(١٥) الرطوبات والدماء السيالة.

(١٦) يطهر الجلد بالدباغ بإزالة الرطوبات.

(١) أى طهارة الجلد.

(٢) وليس تبعاً، كما ذكر الشافعى.

(٣) مقصود.

(٤) جواب عن قوله: وصار كذبح المجوسى.

(٥) قوله: "إماتة في الشرع" لأنه ليس على الوجه المشروع، واختلفوا فى أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح، أو الذبح مع التسمية، قال بعضهم: مجرد الذبح، وقال بعضهم: بل الذبح مع التسمية؛ لأن المطهر هو الذكاة، وهى عبارة عن الذبح مع التسمية. (ك)

(٦) شافعى.

(٧) أى بشحمه.

(٨) بفتحين: جربى گوشت.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) أى كل ما فى البحر حلال.

(١١) من حيوان الماء.

(١٢) وينبغى أن يجوز بيعه لطهارته. (زىلعى)

(١٣) أى بين صيد وصيد. (ك)

(١٤) أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أبى هريرة، كذا قال الزىلعى.

(١٥) من غير فصل بين ميتة وميتة. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩١٥ ص ٢١١. (نعيم)

(١٦) البحرية.

إذ الدموى لا يسكن الماء، والمحرم هو الدم، فأشبه السمك.
ولنا قوله تعالى^(١): ﴿ويحرم^(٢) عليهم الخبائث﴾، وما سوى السمك
خبث^(٣)، ونهى رسول الله عليه السلام^(٤) عن دواء يتخذ فيه الضفدع^(٥)،
ونهى^(٦) عن بيع السرطان^(٧)، والصيد المذكور فيما تلا محمول على
الاصطياد، وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على
السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك^(٨)؛ لقوله عليه السلام^(٩): «أحلت لنا
ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»***.
قال^(١٠): ويكره أكل الطافي منه^(١١)، وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى:
لا بأس به؛ لإطلاق ما روينا^(١٢)؛ ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل^(١٣) بالحديث^(١٤).

(١) قوله: "ولنا قوله تعالى إلخ" وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو، فألقى البحر ميتاً، يقال له: العنبر، فأكلنا منه نصف شهر، فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ، فقال ﷺ: «كلوا رزقاً أخرج الله لكم أطعمونا إن كان معكم» الحديث. ولنا أنه لا يدل على مرادهم؛ فإنه قال: فجعنا جوعاً شديداً، فألقى البحر حوتاً ميتاً لم نر مثله، يقال له: العنبر، هكذا روى البخاري ومسلم وأحمد، وهذا يدل على أنه كان سمكاً، وإن لم يكن سمكاً، فهو في حال الخمصة، وفيها يحل الميتة والخنازير، فما ظنك بصيد البحر، وهو طاهر بالإجماع. (زيلعي)

(٢) رسول.

(٣) أى يستخبثه الطيب. (ك)

(٤) لما سأل الطيب أن يجعلها في دواء، كذا رواه أبو داود.

(٥) غوك.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠١، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٦ ص ٢١٢. (نعيم)

(٦) قلت: غريب جداً.

(٧) بفتحتين: خرچنگ.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩١٦ ص ٢١٢. (نعيم)

(٨) أى من سائر الميتات. (ك)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: أحلت إلخ" فإن قيل: هذا الخبر مخالف لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ قلنا: هذا الخبر مشهور مؤيد بالإجماع، فيجوز تخصيص الكتاب به، والدم المحلى بالآلف واللام معهود على ما ذكر في آية أخرى ﴿أو دماً مسفوفاً﴾، فينصرف إلى المعهود، ولا يثبت التعارض بين الكتاب والخبر. (ك)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠١، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٧ ص ٢١٢. (نعيم)

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) قوله: "الطافي" هو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا، والمراد من السمك الطافي، هو الذى يموت فى الماء تحت أنفه ويعلو. (٤)

(١٢) وهو الحل ميتته. (ك)

(١٣) وهذا الاستدلال بالنظر إلى لفظ ميتة.

ولنا ما روى جابر رضى الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال: «ما نضب عنه الماء فكلوا»^(١) وما لفظه^(٢) الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا*.
وعن جماعة من الصحابة^(٣) مثل مذهبننا^(٤)، وميتة البحر ما لفظه البحر^(٥)؛ ليكون موته مضافاً إلى البحر^(٦)، لا ما مات فيه^(٧) من غير أفة.

قال^(٨): «ولا بأس بأكل الجريث»^(٩) والمرماهى^(١٠) وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، وقال مالك: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الأخذ رأسه ويشويه^(١١)؛ لأنه صيد البر، ولهذا يجب على المحرم بقتله^(١٢) جزاء^(١٣) يليق به، فلا يحل^(١٤) إلا بالقتل كما فى سائره^(١٥).

والحجة عليه ما روينا^(١٦)، وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض** وفيها الميت وغيره، فقال: «كله كله»^(١٧)، وهذا عد من فصاحته^(١٨)،

(١٤) المذكور آنفاً.

(١) قوله: «ما نضب [نضب أى ذهب (غن)، النضوب - بالضم - فرو شذن أب در زمين. م] الخ» قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «كلوا ما حسر عنه البحر وما ألقاه، وما وجدتموه طافياً فوق الماء ميتاً فلا تأكلوه»، وأخرجه ابن عدى فى «الكامل»، كذا قال الزيلعى فى «تخریجه». (مل)
(٢) أى رماه.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠٢، والدراية ج ٢، الحديث ٩١٨ ص ٢١٢. (نعيم)

(٣) قوله: «عن جماعة من الصحابة» وهم على وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبننا، وأنه باب لا يعرف قياساً، ثبت أنهم قالوه سماعاً. (ك)

(٤) أى كراهة أكل الطافى. (ت)

(٥) جواب عن استدلال الشافعى.

(٦) أى أماته البحر.

(٧) بحر.

(٨) أى القدورى. (عبنى)

(٩) قوله: «بأكل الجريث» - بكسر المعجمة وتشديد المهملة - قال فى «القاموس»: كسكيت هو سمك أسود، كذا قاله العبنى، وقال الوائى: نو ٦ من السمك مدور كالترس أبو السعود. (رد المختار)

(١٠) سمك فى صورة الحية، وأفردهما بالذكر للخفاء، وخلاف محمد. (در مختار)

(١١) بريان غلابد.

(١٢) جراد.

(١٣) إن قتل قملة، أو جرادة تصدق بما شاء، ولم يقدر الصدقة فى ظاهر الرواية. (مجمع الأنهر)

(١٤) جراد.

(١٥) أى كسائر حيوان البر. (كافى)

(١٦) قوله: «والحجة عليه ما روينا» يعنى قوله عليه السلام: «وأحلت لنا ميتتان ودمان» الخ (٦).

ودل على إباحته وإن^(١) مات حتف أنفه^(٢).

بخلاف السمك إذا مات من غير آفة^(٣)؛ لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطافي، ثم الأصل^(٤) في السمك عندنا أنه إذا مات بأفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنسحب^(٥) عليه فروع كثيرة، بينها في "كفاية المنتهى"^(٦).

وعند التأمل يقف المبرز عليها^(٧)، منها إذا قطع بعضها، فمات يحل أكل ما أبين وما بقى؛ لأن موته بأفة، وما أبين من الحى^(٨)، وإن^(٩) كان ميتا فميتته حلال، وفي الموت بالحر والبرد روايتان^(١٠)، والله أعلم بالصواب.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠٥ أشار بقوله: سئل على عن الجراد البيخ، والدرية ج ٢، الحديث ٩١٩ ص ٢١٣. (نعيم)

(١٧) قوله: "فقال: كله - كله" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى عبد الرزاق في "مصنفه" عن علي رضي الله تعالى عنه قال: الحيتان والجراد ذكى كله، انتهى. (ت)

(١٨) على.

(١) والواو وصلية.

(٢) قوله: "حتف أنفه [من غير سبب حادث]" حتف بالفتح مرگ حتوف جمع مات فلان حتف أنفه مرد بر فواش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق، قيل: هذا في الآدمي، ثم عم في كل حيوان إذا مات بغير سبب.

(٣) فإنه لا يحل.

(٤) قوله: "ثم الأصل" في بعض الشروح السمك الميتة يحل إذا مات بغير سبب، وأما إذا مات بسبب فلا يحل، انتهى. وهذا غلط فاحش. (سقاية لعطشان الهداية لمولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٥) تنفر ٤، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٦) قوله: بينها في كفاية المنتهى إلخ" وهي أنه لو وجد في بطن السمك سمكة أخرى، فإنها تؤكل؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذا إن قتلها شيء من طير الماء وغيره، وكذلك إن ماتت في جب ماء؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن جمعها في حظيرة، فلا يستطيع الخروج منها، وهو يقدر على أخذها من غير صيد؛ لأن ضيق المكان سبب لموتها، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد، فلا خير في أكلها؛ لأنه لم يصر لموتها سبب.

ولا بأس بأكل سمكة يصيدها الجوسى؛ لأنها تحل من غير تسمية؛ فإن المسلم إذا أخذ السمكة وترك عليها التسمية عمداً يحل، وما يحل بدون التسمية، فالجوسى وغير الجوسى فيه سواء. (ن)

(٧) أى الفائق على الأقران.

(٨) دفع دخل وهو أن ما أبين من الحى ميت فلا يكون حلالاً.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "روايتان" أحدهما: أنها تؤكل؛ لأنها ماتت بسبب حادث، فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس، والأخرى: أنها لا تؤكل؛ لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان، وليس من أسباب الموت في الغالب، وأطلق القدورى الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد، وذكر شيخ الإسلام أنه على قول أبي حنيفة: لا يحل، وعلى قولهما: يحل. (ع)

كتاب الأضحية^(١)

قال^(٢): الأضحية واجبة^(٣) على كل حر مسلم مقيم موسر^(٤) فى يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده^(٥) الصغار، أما الوجوب فقول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروایتين عن أبى يوسف رحمهم الله تعالى.
وعنه: أنها سنة، ذكره فى "الجوامع"^(٦)، وهو قول الشافعى، وذكر الطحاوى أن على قول أبى حنيفة: واجبة، وعلى قول أبى يوسف ومحمد: سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف.

وجه السنة قوله عليه السلام^(٧): «من أراد أن يضحى منكم فلا يأخذ من شعره^(٨) وأظفاره شيئاً*»، والتعليق بالإرادة ينافى الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر؛ لأنهما لا يختلفان فى الوظائف المالية^(٩) كالزكاة^(١٠)، وصار كالعتيرة^(١١).

(١) قوله: "كتاب الأضحية [أورد الأضحية عقيب الذبائح؛ لأن التضحية ذبح خاص، والخاص بعد العام. ع.] هو فى اللغة: اسم ما يذبح فى يوم الأضحى، وهو أفعولة، وكان أصله أضحية، اجتمعت الواو والياء، وسبقت لإحداهما بالسكون، فقلبت الواو ياء، وأدغمت الياء وكسرت الحاء؛ لتناسب الياء، ويجمع على أضاحى بتشديد الياء.
قال الأصمعى: وفيها أربع لغات: بضم الهمزة وكسرها، وضحية بفتح الضاد كهدية وهدايا وأضحية، وجمعه أضحى كأرطاة وأرطى، وقال الفراء: الأضحى مذكر ومؤنث. وفى الشريعة: عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فى يوم مخصوص وهو يوم الأضحى. وسبب وجوب الأضحية الوقت، وهو أيام النحر، والغناء الذى يتعلق به وجوب صدقة الفطر شرط وجوبها، كذا فى "النهاية" وغيرها. (مل)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "الأضحية إلخ" اعلم أن القرية المالية نوعان: نوع بطريق التملك كالصدقات، ونوع بطريق الإلتاف كالإعتاق، وفى الأضحية اجتمع المعنيان، فإنها تقرب بإراقة الدم وهو إلتاف، ثم بالتصدق باللحم، وهو تملك. (ك)

(٤) وإن كان حاجباً فى منى. (منح الغفار)

(٥) بضم الواو وسكون اللام: جمع ولد. (عينى)

(٦) اسم كتاب فى الفقه، صنفه أبو يوسف. (٤)

(٧) قوله: "قوله عليه السلام: «من أراد» إلخ" قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى عن أم سلمة عن النبى ﷺ قال: «من رأى هلال ذى الحجة منكم وأراد أن يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره»، انتهى. (ت)

(٨) أى لا يأخذ المضحى من شعر نفسه وأظفاره. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٠٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٠ ص ٢١٣. (نعيم)

(٩) قوله: "فى الوظائف [وظيفة جيزى كه برأى كسى مقرر كرده باشد] المالية" قيد بالمالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم، فإنهما يختلفان فيها؛ لأن المسافر يلحقه المشقة فى أداءها. (٤)

(١٠) فإنها واجبة عليهما.

(١١) قوله: "وصار كالعتيرة" فى "المغرب": العتيرة ذبيحة فى رجب، يتقرب بها أهل الجاهلية، والمسلمون فى

ووجه الوجوب قوله عليه السلام: «من وجد سعة^(١) ولم يضع فلا يقربن مصلانا*»، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب^(٢)؛ ولأنها قرينة يضاف إليها وقتها.

يقال: يوم الأضحى، وذلك يؤذن بالوجوب؛ لأن الإضافة للاختصاص^(٣)، وهو بالوجود^(٤)، والوجوب هو المفضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب^(٥) يشق على المسافر استحضارها، ويفوت^(٦) بمضى الوقت، فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة.

والمراد^(٧) بالإرادة فيما روى - والله أعلم - ما هو^(٨) ضد السهو^(٩) لا التخيير^(١٠)، والعتيرة^(١١) منسوخة^(١٢)، وهي شاة تقام في رَجَب^(١٣) على ما قيل^(١٤).

صدر الإسلام ثم نسخ، يعنى أن العتيرة لما لم تجب على المسافر، لا تجب على المقيم، فكذا الأضحية، لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم. والجامع كون كل واحد منهما، قرينة يتقرب بها إلى الله تعالى، وصار قوله كالزكاة لبيان الطرد، وقوله: كالعتيرة لبيان العكس، والعكس مؤكد ومرجع للعلة. (كفاية)

(١) قوله: «من وجد سعة [بالتفتح والكسر: فراخى وتوانگوى. م] إلخ» قلت: أخرجه ابن ماجة في «سننه» عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان له سعة ولم يضع فلا يقربن مصلانا»، انتهى. (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٠٧، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢١ ص ٢١٣. (نعيم)

(٢) قوله: «لا يلحق إلخ» اعترض عليه بقوله ﷺ: «من ترك سنتي لم تنله شفاعتي»، وأجيب: بأنه محمول على الترك اعتقاداً، أو الترك أصلاً؛ فإن ترك السنة أصلاً حرام، ولذا يجب المقاتلة مع جماعة تركوا الأذان، وإن كان الأذان سنة؛ لأن إحياء السنة واجب. (مل)

(٣) قوله: «لأن الإضافة للاختصاص» أى لاختصاص المضاف بالمضاف إليه، والاختصاص إنما يشبث إذا وجد المضاف إليه لا محالة، وإنما يوجد المضاف إليه لا محالة، إذا كان واجباً بالنظر إلى الجنس، أى جنس المكلفين؛ لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب، ولا يجتمعون على ترك الواجب، ولا يصح الإضافة باعتبار جواز الأداء فيه، فالصوم يجوز في سائر الشهور، والمسعى بشهر الصوم رمضان. (ك)

(٤) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن القصاص. (٤)

(٥) قوله: «يختص بأسباب [وشروط] إلخ» يعنى أن المسافر يلحقه زيادة مشقة في إقامة هذه القرينة؛ لأنه لا بد من شراء ما يصلح للأضحية، فربما يجد ذلك، وربما لا يجد، ومتى وجد واشترى، احتاج إلى حفظها إلى أن يجيء وقتها، ويتعسر عليه ذلك حالة السفر، ثم بعد الذبح يحتاج إلى إصلاح السقط وغير ذلك؛ لياكل، أو يطعم غيره، ويتعسر عليه ذلك أيضاً، فسقطت عن المسافر دفعةً للخرج. (غن)

(٦) الأداء.

(٧) جواب عما تمسك به الشافعى من الحديث.

(٨) فالمعنى من قصد التضحية التى هى واجبة إلخ كقول من قال: من أراد الصلاة فليتوضأ. (٤)

(٩) أى العمد والقصد.

(١٠) فإنه ينافى الوجوب. (ك)

(١١) جواب عما استشهد بها. (عناية)

وإنما اختص الوجوب بالحرية^(١)؛ لأنها^(٢) وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر، وبالإسلام لكونها قرينة^(٣)، وبالإقامة؛ لما بينا^(٤)، واليسار^(٥)؛ لما روينا^(٦) من اشتراط السعة، ومقداره ما يجب به صدقة الفطر، وقد مر في الصوم^(٧)، وبالوقت^(٨) وهو يوم الأضحى؛ لأنها^(٩) مختصة به، وسنين مقداره^(١٠)، إن شاء الله تعالى.

وتجب عن نفسه؛ لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه^(١١)، وعن ولده الصغير؛ لأنه في معنى نفسه^(١٢)، فيلحق به كما في صدقة الفطر^(١٣)، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى.

وروى عنه^(١٤) أنه لا يجب عن ولده^(١٥)، وهو ظاهر الرواية^(١٦)، بخلاف صدقة

(١٢) قوله: "منسوخة [والقياس على المنسوخ لا يجوز. عن]" روى الأئمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: «لا فرع ولا عتيرة» انتهى، والفرع أول التاج كان ينتج لهم فيذبحوه لطواغيتهم. (ت)

(١٣) غير منصرف.

(١٤) قوله: "على ما قيل" فيه إشارة إلى الخلاف في تفسير العتيرة، وفي "الإيضاح": العتيرة هي ما كان الرجل إذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولدها فأكل وأطعم، وقيل: ينذر العرب، فيقول: إذا بلغ شيء كذا وكذا، فعليه أن يذبح من كل عشر منها في رجب كذا. (كفاية)

(١) قوله: "وإنما اختص الخ" بيان الشرائط المذكورة في أول الباب. (عناية)

(٢) أضحية.

(٣) والكافر ليس بأهل لها.

(٤) قوله: "لما بينا" وهو قوله: غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها. (ك)

(٥) معطوف على الإقامة.

(٦) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: «من وجد سعة ولم يضح» الحديث. (عناية)

(٧) في باب صدقة الفطر.

(٨) معطوف على اليسار.

(٩) أضحية.

(١٠) أي مقدار الوقت. (٤)

(١١) قوله: "على ما بيناه [أي في صدقة الفطر]" قال في باب صدقة الفطر: والأصل في الوجوب رأسه، وهو يمونه، ويلبى عليه، فيلحق به ما هو في معناه، كأولاده الصغار؛ لأنه يمونهم ويلبى عليهم وماليكه؛ لقيام الولاية والمؤنة.

(١٢) لأنه يلبي نفسه وماله. (ك)

(١٣) قوله: كما في صدقة الفطر [فإنها تجب عن نفسه وعن ولده الصغير] وهذا لأن كل واحد منهما قرينة مالية تعلقت بيوم العيد، فكانا نظيرين من هذا الوجه. (ك)

(١٤) أي عن أبي حنيفة. (ك)

الفطر؛ لأن السبب هناك^(١) رأس يمونه^(٢) ويلى عليه، وهما موجودان في الصغير^(٣)، وهذه قربة محضة^(٤).

والأصل في القرب أن لا تجب على الغير، بسبب الغير، ولهذا^(٥) لا تجب^(٦) عن عبده، وإن^(٧) كان يجب عنه^(٨) صدقة الفطر، وإن كان للصغير مال يضحى عنه أبوه، أو وصيّه^(٩) من ماله^(١٠) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى: يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف^(١١) في هذا كالخلاف^(١٢) في صدقة الفطر.

وقيل: لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً^(١٣)؛ لأن هذه القربة تتأدى بالإراقة^(١٤)، والصدقة بعدها^(١٥) تطوع فلا يجوز ذلك^(١٦) من مال الصغير، ولا

(١٥) قوله: "لا يجب عن ولده" يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً، إذا لم يكن له مال. (٤)

(١٦) والفتوى على ظاهر الرواية، كذا في "فتاوى قاضى خان" .. (ك)

(١) أى فى صدقة الفطر.

(٢) قوله: "يمونه" مانه مؤناً - بالفتح - ومؤنة قيام در زيد بر نفقة وكفالت عيال وبرداشت بار ايشان. (من)

(٣) فإن الأب يمون رأس الصغير ويلى عليه.

(٤) قوله: "وهذه [أضحية]" أى الإراقة صارت قربة من العبد إلى الرب من غير شائبة، ولا كذلك التصدق

بالمال؛ لأنه كما يتقرب به إلى الله تعالى، يتقرب به إلى العباد، فلا يكون قربة محضة. (نهاية)

(٥) الأصل.

(٦) الأضحية اتفاقاً.

(٧) الواو وصلية.

(٨) أى عن عبده.

(٩) أب.

(١٠) أى من مال الصغير.

(١١) وفى نسخة: والخلاف.

(١٢) قوله: كالخلاف" قال فى باب صدقة الفطر: إن كان لهم أى للصغار مال يؤدى من مالهم عند أبى حنيفة

وأبى يوسف، خلافاً لمحمد؛ لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة، فأشبهه النفقة.

(١٣) قوله: "لا يجوز التضحية إلخ" أى ليس للأب أن يفعل من ماله؛ لأنه إن كان المقصود الإلتلاف، فالأب لا

يملك إلتلاف مال ولده كالإعتاق، وإن كان المقصود التصدق باللحم بعد الإراقة، فذلك تطوع، ومال الصبى لا يحتمل

صدقة التطوع، كذا فى "المبسوط". (كافى)

(١٤) قوله: "لأن القرية إلخ" أى لأن الواجب فى الأضحية إراقة الدم، والصدقة بعدها تطوع، وذلك فى مال

الصغير، ولا يقدر الصغير فى العادة أن يأكل جميعها، ولا يجوز البيع فلذلك لم يجب. (عن)

(١٥) إراقة.

(١٦) تطوع.

يمكنه أن يأكل كله، والأصح أن يضحى من ماله^(١)، ويأكل منه ما أمكنه^(٢)، ويتناع بما بقى ما ينتفع بعينه^(٣).

قال^(٤): ويذبح عن كل واحد منهم شاة، أو يذبح بقرة أو بدنة^(٥) عن سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد^(٦)؛ لأن الإراقة واحدة وهى القرية؛ إلا أنا تركناه^(٧) بالأثر، وهو ما روى عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال: «نحرننا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة»^{(٨)*}، ولا نص فى الشاة، فبقى على أصل القياس.

وتجوز عن خمسة، أو ستة، أو ثلاثة^(٩)، ذكره محمد فى "الأصل"^(١٠)؛ لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما، لا نص فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز^(١١) عن الكل^(١٢)؛ لانعدام وصف القرية فى البعض^(١٣)، وسنينه^(١٤) إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: تجوز عن أهل بيت واحد، وإن كانوا أكثر من سبعة، ولا تجوز عن أهل بيتين، وإن كانوا أقل منها^(١٦)؛ لقوله عليه السلام^(١٨):

(١) قوله: "والأصح أن يضحى من ماله" أى من مال الصغير، ويأكل أى الصغير من الأضحية التى هى من ماله ما أمكنه، ويتناع بما بقى ما ينتفع بعينه، كالفربال والمنحلة. (عناية)

(٢) أى من المضحى.

(٣) أى ببقاء عينه، كالثوب ومتاع البيت. (ك)

(٤) أى القدورى. (عنى)

(٥) شتر.

(٦) أى البقرة والبدنة.

(٧) قياس.

(٨) قلت: أخرجه الجماعة إلا البخارى. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٠٩، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٢ ص ٢١٣. (نعيم)

(٩) ذكره تفريراً على مسألة القدورى. (عنى)

(١٠) مبسوط.

(١١) قوله: "وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز" كما إذا مات وترك ابناً وامراً وبقرة، فضحياً بها يوم العيد لم يجز؛ لأن نصيب المرأة أقل من السبع، فإذا لم يجز فى نصيبها، لم يجز فى نصيب الابن أيضاً. (ع)

(١٢) قوله: "لا يجوز عن الكل" أى كما لا يجوز من صاحب الكثير، لا يجوز من صاحب القليل. (غاية البيان)

(١٣) الذى هو أقل من السبع.

(١٤) لعل مراده: وإذا أراد أحدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن الباقيين إلخ. (ك)

(١٥) الواو وصلية.

«على كل أهل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة»*.

قلنا: المراد منه - والله أعلم - قيم أهل البيت^(٢)؛ لأن اليسار له، يؤيده ما يروى على كل مسلم^(٣) فى كل عام أضحية وعتيرة^(٤)، ولو كانت البدنة^(٥) بين اثنين نصفين تجوز فى الأصح^(٦)؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً له، وإذا جاز على الشركة، فقسمة اللحم بالوزن؛ لأنه موزون، ولو اقتسموا جزافاً^(٧) لا يجوز، إلا إذا كان معه شيء^(٨) من الأكارع^(٩) والجلد اعتباراً بالبيع^(١٠).

ولو اشترى بقرة^(١١) يريد أن يضحى بها عن نفسه، ثم أشرك فيها ستة معه جاز

(١٦) الواو وصلية.

(١٧) سبعة.

(١٨) قوله: "لقوله عليه السلام الخ" قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربع عن ابن سليم قال: «كنا وقوفاً مع رسول الله ﷺ بعرفات فقال يا أيها الناس على كل أهل بيت فى كل عام أضحية وعتيرة أتدرون ما العتيرة هى التى يقول الناس إنها الرجبية انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢١٠، والدراية ج٢، الحديث ٩٢٣ ص ٢١٤. (نعيم)

(٢) منتظم وصاحب.

(٣) قوله: "يؤيده ما يروى [قلت: روايته غريبة] على كل مسلم الخ" هذا محكم، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على كل أهل بيت» محتمل، فحملناه على المحكم. (ك)

(٤) قوله: "أضحية" الأضحية بفتح لفة: الأضحية لا جمع الأضحية، كما فى بعض الشروح؛ فإن جمع الأضحية الضحايا. (سقاية)

(٥) ذكره تقريباً على مسألة القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "فى الأصح" هذا احتراز عن قول بعض المشايخ؛ فإنهم قالوا: لا يجزئهما؛ لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع، ونصف السبع لا يجوز فى الأضحية، فإذا لم يجز البعض لم يجز الباقي.

وقال بعضهم: يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث، والصدر الشهيد رحمهما الله تعالى؛ لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعاً، وجه ذلك أن نصف السبع وإن لم يكن أضحية، فهى قرينة تبعاً للأضحية، كما إذا ضحى شاة، فخرج من بطنها جثنين حتى؛ فإنه يجب عليه أن يضحيه، وإن لم يجز تضحيته ابتداء. (ك)

(٧) تخمين وقياس كردن در بيم وشراء وجز آن. (م)

(٨) قوله: "إلا إذا كان معه شيء [حتى يصرف الجنس إلى خلافه. عينى] الخ" يعنى إذا كان مع أحدهما بعض الأكارع، ومع الآخر الجلد، أو بعض الأكارع، أو مع أحدهما بعض الأكارع والجلد، حتى يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيجوز، كما فى البيع، أى فى بيع الجنس مع الجنس جزافاً، إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من خلاف الجنس فيجوز. (ك)

(٩) قوله: "من الأكارع [كراع بالضم باجه' گوسفند وگاو وجز آن. م]" الأكارع جمع أكرع، وأكرع جمع كراع، والكراع فى الغنم والبقر بمنزلة الظلف فى الفرس والبعير، وهو الساق يذكر ويؤنث، وفى المثل أعطى العبد كراعا، فطلب ذراعاً؛ لأن الذراع فى اليد، وهو أفضل من الكراع فى الرجل. (عينى)

(١٠) لأن القسمة فيها معنى المبادلة. (زىلعى)

استحساناً، وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه أعدها للقربة، فيمتنع عن بيعها تمولا، والإشراك هذه صفته^(١).

وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميئة يشتريها، ولا يظفر بالشركاء وقت البيع، وإنما يطلبهم^(٢) بعده^(٣)، فكانت الحاجة إليه ماسة، فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن^(٤)؛ لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع^(٥)، والأحسن أن يفعل ذلك^(٦) قبل الشراء؛ ليكون أبعد عن الخلاف، وعن صورة الرجوع في القربة، وعن أبي حنيفة أنه يكره الإشراك بعد الشراء؛ لما بينا^(٧).

قال^(٨): وليس على الفقير والمسافر أضحية؛ لما بينا^(٩)، وأبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين^(١٠)، وعن علي*:*: "ليس على المسافر جمعة ولا أضحية"^(١١).

قال^(١٢): ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر، إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح، حتى يصلى الإمام العيد، فأما أهل السواد^(١٣)، فيذبحون بعد الفجر. والأصل^(١٤) فيه قوله عليه السلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته»^(١٥) ومن

(١١) هذه من مسائل الأصل، ذكره تفریماً على مسألة القدوري. (عینی)

(١) قوله: "والإشراك هذه صفته" أى البيع بطريق التمول. (ك)

(٢) شركاء.

(٣) بيع.

(٤) أى دفع الحرج بهذا الإشراك.

(٥) قوله: لا يمتنع البيع [ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها، فاشترى مثلها لم يكن به بأس] فإن من اشترى شاة

للتضحية، فوجدها عجفاء فبيعهها ليشتري سميئة يجوز، فكذا الإشراك. (مل)

(٦) إشراك.

(٧) قوله: "لما بينا" أراد به قوله: لأنه أعدها للقربة، فيمنع عن بيعها إلخ. (ك)

(٨) أى القدوري. (عینی)

(٩) قوله: "لما بينا" من اشتراط اليسار والإقامة. (غن)

(١٠) قلت: غريب. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص ٢١٤. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١١، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٢٣ ص ٢١٤. (نعيم)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أى القدوري. (عینی)

(١٣) ديبهاى شهر. (م)

ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه^(١) وأصاب سنة المسلمين* .
وقال عليه السلام** : «إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة^(٢) ثم الأضحية»
غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة^(٣)، وهو المصرى دون أهل السواد؛ ولأن
التأخير لاحتمال التشاغل به^(٤) عن الصلاة، ولا معنى للتأخير في حق القروى،
ولا^(٥) صلاة عليه، وما روينا^(٦) حجة على مالك والشافعى رحمهما الله تعالى في
نفى الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام.

ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحى في المصر
يجوز^(٧)، كما^(٨) انشق الفجر ولو كان على العكس^(٩) لا يجوز، إلا بعد الصلاة.
وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر^(١٠)، فيضحى بها
كما طلع الفجر، وهذا^(١١) لأنها تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضى
أيام النحر، كالزكاة^(١٢) بهلاك النصاب، فيعتبر^(١٣) في الصرف^(١٤) مكان المحل^(١٥)؛

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "من ذبح إلخ" قلت: أخرجه البخارى ومسلم عن البراء بن عازب قال: «ضحى خالى أبو بردة قبل
الصلاة فقال رسول الله ﷺ تلك شاة لحم فقال يارسول الله إن عندى جذعة من المعز فقال ضح بها ولا تصلح لغيرك ثم
قال من ضحى قبل الصلاة فإنما ذبح لنفسه ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»، انتهى. (زيلعى)

(١) نسك - بالضم - عبادت كردن وقربانى كردن، وبضمين: قربانيتها. (م)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢١١، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٤ ص ٢١٥. (نعيم)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢١٢، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٥ ص ٢١٥. (نعيم)

(٢) قوله: "إن أول نسكنا إلخ" قلت: أخرجه البخارى ومسلم بمعناه عن البراء بن عازب قال: قال رسول الله
ﷺ: «إن أول ما نبدأ به فى يومنا هذا أن نصلى ثم نرجم فننحر». (تخريج زيلعى)

(٣) قوله: "فى حق من عليه إلخ" لأن النص ورد فى حق من عليه الصلاة؛ ولا يجوز إلحاق غيره به؛ لعدم الجامع. (أعظمى)

(٤) أى بالذبح.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وما روينا إلخ" أراد به قوله عليه الصلاة والسلام: «ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه»، وهو لعمومه
يتناول ما قبل نحر الإمام وما بعده. (ك)

(٧) قبل الصلاة.

(٨) الكاف ههنا للمفاجأة، لا للتشبيه، كما فى كما خرجت رأيت زيدا.

(٩) أى الأضحية فى المصر والمضحى فى القرى.

(١٠) قوله: "أن يبعث بها إلخ" قالوا: هذا إذا خرج مقدار ما يباح للمسافر قصر الصلاة فى ذلك المكان، يجوز
الذبح قبل الصلاة وإلا فلا. (قاضى خان)

(١١) أى المعتبر فى ذلك إلخ.

لإمكان الفاعل اعتباراً بها .

بخلاف صدقة الفطر^(١)؛ لأنها لا تسقط بهلاك المال^(٢)، بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد^(٣)، ولم يصل أهل الجبّانة^(٤) أجزاء استحساناً^(٥)؛ لأنها صلاة معتبرة، حتى لو اكتفوا بها أجزاءهم^(٦)، وكذا على^(٧) هذا عكسه^(٨)، وقيل: هو جائز^(٩) قياساً واستحساناً^(١٠).

قال^(١١): وهي جائزة في ثلاثة أيام: يوم النحر، ويومان بعده، وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده؛ لقوله عليه السلام^(١٢): «أيام التشريق^(١٣) كلها أيام ذبح»* .

(١٢) تسقط.

(١٣) الأداء. (زيلعي)

(١٤) أى فى الإراقة. (ك)

(١٥) أى المال. (ك)

(١) حيث يعتبر فيها مكان الفاعل.

(٢) قوله: "لأنها لا تسقط إلخ" فكان محلها الذمة، فاعتبر فيها مكان المؤدى؛ لإمكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى. (كفاية)

(٣) قوله: "ولو ضحى [هذا من مسائل الأصل. عيني] إلخ" معناه أن يخرج الإمام بالناس إلى الجبّانة، ويستخلف من يصلى بالضعفاء فى الجامع، هكذا فعله على رضى الله تعالى عنه حين قدم الكوفة. (٤)

(٤) عيد غاه در صحرا. (من)

(٥) قوله: "أجزأه استحساناً" والقياس أن لا يجوز؛ لأنها عبادة دارت بين الجواز وعدمه، فينبغى أن لا يجوز احتياطاً، وهذا؛ لأنها من حيث كونها بعد الصلاة تجوز، ومن حيث كونها قبل الصلاة التى تؤدى فى الجبّانة لا تجوز. (ك)

(٦) قوله: "أجزأتهم" يعنى يعنى لا يجب عليهم الذهاب إلى الجبّانة، ولو لم تكن معتبرة لوجب عليهم الذهاب إليها. (ك)

(٧) أى على القياس والاستحسان. (ك)

(٨) أى صلى أهل الجبّانة ولم يصل أهل المسجد.

(٩) قوله: "هو جائز" ولو صلى الإمام ثم تبين أنه صلى بغير طهارة، تعاد الصلاة دون الأضحية؛ لأن من العلماء من قال: لا يعيد الصلاة إلا الإمام وحده، فكان للاجتهاد فيه مسأغ، فجعلناه عذراً فى حق جواز التضحية تحريماً للجواز، وصيانة لأصحابهم عن الفساد. (زيلعي)

(١٠) قوله: "قياساً واستحساناً" لأن المسنون فى العيد الخروج إلى الجبّانة، فأهل الجبّانة هو الأصل، وقد صلوا، فيجوز قياساً واستحساناً، وقيل: بل الاستحسان والقياس فيهما. (كافى)

(١١) أى القدورى. (عيني)

(١٢) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: رواه أحمد فى "مسنده" وابن حبان فى "صحيحه" فى النوع الثالث والأربعين من القسم الثالث من حديث عبد الرحمن بن أبى حسين عن جبير بن مطعم عن النبى ﷺ قال: «كل أيام التشريق ذبح، وعرفة كلها موقف» إلى آخره، ورواه البزار فى "مسنده"، وقال ابن أبى حسين، لم يلق جبير بن مطعم. (ت)

(١٣) سميت أيام التشريق بها؛ لأن الأضاحى تشرق فيها أى تقدر فى الشمس. (مغرب)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٢، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٦ ص ٢١٥. (نعيم)

ولنا ما روى^(١) عن عمر^(٢) وعلى وابن عباس رضی الله تعالى عنهم أنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولها، وقد قالوه سماعاً^(٣)؛ لأن الرأي لا يهتدى إلى المقادير، وفي الأخبار تعارض، فأخذنا بالمتيقن^(٤)، وهو الأقل، وأفضلها أولها كما قالوا، أو لأن فيه^(٥) مسارعة إلى أداء القرية، وهو الأصل إلا لمعارض^(٦). ويجوز الذبح في لياليها^(٧)، إلا أنه يكره؛ لاحتمال الغلط في ظلمة الليل^(٨)، وأيام النحر ثلاثة، وأيام التشريق ثلاثة، والكل يمضي بأربعة، أولها^(٩) نحر لا غير، وآخرها^(١٠) تشريق لا غير، والمتوسطان نحر وتشريق، والتضحية فيها^(١١) أفضل من التصدق بثمان الأضحية؛ لأنها تقع واجبة، أو سنة، والتصديق تطوع محض^(١٢) فتفضل عليه؛ ولأنها تفوت بفوات وقتها، والصدقة تؤتى بها في الأوقات كلها، فنزلت منزلة الطواف^(١٣)، والصلاة في حق الآفاقي.

(١) قلت: غريب جداً. (ت)

(٢) قوله: "عن عمر" قال الشيخ ابن حجر: أما عن عمر فلم أره، وأما عن علي فذكره مالك في "الموطأ" بلاغاً، وأما عن ابن عباس فلم أره. (سقاية)

(٣) منه عليه السلام.

(٤) احتياطاً.

(٥) أي في اختيار الأول.

(٦) قوله: "وهو الأصل" أي الأصل المسارعة إلى أداء القرية إلا لمعارض، كما في الإسفار بالفجر، والإيراد بالظهر ونحوه، وهو قوله عليه السلام: «أسفروا وأبردوا». (ك)

(٧) قوله: "في لياليها" أي في ليالي أيام النحر، والمراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير، فلا يدخل الليلة الأولى، وهي ليلة العاشر من ذي الحجة، ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر؛ لأن وقت الأضحية 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 المحض لخروجه، وإنما جازت في الليل؛ لأن الليالي تبع للأيام، وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب. (٤)

(٨) قوله: "لا احتمال الغلط" أي في المذبح، أو في الشاة في أنها له، أو لغيره، أو بذبح شاة، فإن فيها بعض الشرائط. (كفاية)

(٩) العاشر.

(١٠) الثالث عشر.

(١١) قوله: "والتضحية فيها" أي في أيام النحر أفضل من التصديق بثمان الأضحية، أما في حق الموسر؛ فلأنها تقع واجبة في ظاهر الرواية، أو سنة في أحد قولي أبي يوسف، والتصديق بالثمان تطوع محض، ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع، وأما في حق المعسر؛ فلأن فيها جمعاً بين التقرب بإراقة الدم، والتصديق والإراقة قرينة تفوت بفوات هذه الأيام، ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل، وهذا الدليل يشمل الغنى والفقير. (عناية)

(١٢) وإن كان يسقط عنه الواجب.

ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر، إن كان أوجب على نفسه^(١)، أو كان فقيراً، وقد^(٢) اشترى الأضحية^(٣) تصدق بها حية^(٤)، وإن كان غنياً^(٥) تصدق بقيمة شاة، اشترى أو لم يشتر؛ لأنها واجبة على الغنى^(٦)، وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا^(٧)، فإذا فات الوقت^(٨) يجب عليه التصدق^(٩) إخراجاً له عن العهدة، كالجمعة تقتضى بعد فواتها ظهراً^(١٠)، والصوم بعد العجز فدية^(١١).

قال^(١٢): ولا يضحى^(١٣) بالعمياء^(١٤)، والعوزاء^(١٥)، والعرجاء^(١٦) التى لا تمشى إلى المنسك^(١٧) ولا العجفاء^(١٨)؛ لقوله عليه السلام^(١٩): «لا تجزئ فى

(١٣) قوله: فنزلت منزلة إلخ" فإن الطواف فى حق الآفاقي لفواته أفضل من صلاة التطوع، بخلاف المكى؛ فإن الصلاة فى حقه أفضل. (عناية)

(١) قوله: "إن كان [سواء كان الموجب غنياً أو فقيراً. عناية] أوجب [بالنذر] إلخ" أى شاة بعينها بأن يكون فى ملكه شاة، فيقول: أضحي بهذه أو يقول: لله على أن أضحي بهذه، أو يقول: على أن يضحى بهذه. (كفاية)
(٢) الواو حالية.

(٣) أى اشترى شاة بنية الأضحية. (ك)

(٤) قوله: "تصدق بها حية" وإن ذبح لا يجوز له تناول من لحمها، بل يتصدق بلحمها، وفضل ما بين قيمتها مذبوحة، وغير مذبوحة، كذا فى الأوضح. (ك)

(٥) ولم يوجب على نفسه. (ع)

(٦) عينها أو لم يعينها. (عناية)

(٧) قوله: "عندنا" وروى الزعفرانى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا يجب، وهو قول الشافعى؛ لأن القرب إنما يلزم بالشروع أو بالنذر ولم يوجد واحد، وإنا نقول الشراء من الفقير مقروناً بنية الأضحية بمنزلة النذر. (ك)

(٨) أى وقت التقرب بالإراقة. (عناية)

(٩) بالعين أو القيمة.

(١٠) قوله: "كالجمعة إلخ" والجامع بينهما أن قضاء ما وجب عليه فى الأداء بجنس غير جنس الأداء. (ك)

(١١) يقتضى.

(١٢) القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "ولا يضحى إلخ" هذا بيان ما لا يجوز التضحية به، والأصل فيه أن العيب الفاحش مانع، واليسير غير مانع؛ لأن الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب، واليسير ما لا أثر له فى لحمها، وللعوزاء أثر فى ذلك؛ لأنه لا يبصر بعين واحد من العلف ما يبصر من العينين، وقلة العلف تورث الهزال. (ع)

(١٤) عمى - بفتححتين - رفتن بينائى چشم.

(١٥) عور - بالفتح وبفتححتين - يك چشم شدن.

(١٦) لنگ.

(١٧) أى المذبوح. (زىلمى)

(١٨) عجف - بالضم والكسر - لاغرى ستور. (م)

(١٩) قلت: أخرجه الترمذى، ورواه مالك أيضاً، كذا قال الزىلمى.

الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها^(١) والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى^(٢)*.

قال^(٣): ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب، أما الأذن، فلقوله عليه السلام^(٤): «استشرفوا العين والأذن»* أي اطلبوا سلامتهما، وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود، فصار كالأذن.

قال^(٥): ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها، وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز؛ لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهاباً^(٦)؛ ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عفواً، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر.

ففي "الجامع الصغير" عنه^(٧): وإن قطع من الذنب أو الأذن، أو العين، أو الألية^(٨) الثلث، أو أقل أجزاءه، وإن كان أكثر^(٩) لم يجزه؛ لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة، فاعتبر قليلاً، وفيما زاد^(١٠) لا تنفذ^(١١) إلا برضاهم، فاعتبر كثيراً. ويروى عنه الربع^(١٢)؛ لأنه يحكى^(١٣) حكاية الكمال على ما مر في الصلاة^(١٤)، ويروى الثلث^(١٥)؛ لقوله عليه السلام^(١٦) في حديث الوصية^(١٧): «الثلث

(١) قوله: "البين عرجها [عرج بفتحين لنگ شدن]" هي أن لا يمكنها المشي برجلها العرجاء، وإنما تمشى بثلاث قوائم، حتى لو كانت تضم الرابعة على الأرض وضماً خفيفاً يجوز، ذكره خواهر زاده. (ك)

(٢) قوله: "لا تنقى" أي ليس لها نقي، وهو المخ من شدة العجف. (ك)
قوله: "لا تنقى" النقى المخ، ومنه نهى أن يضحى بالعجفاء التي لا تنقى، أي ليس لها نقي من شدة عجفها. (مغرب)
* راجع نصب الرابطة ج ٤ ص ٢١٣، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٧ ص ٢١٥. (نعيم)

(٣) أي القدرى. (عيني)

(٤) أخرجه الطبراني، كذا قال الزيلعي.

** راجع نصب الرابطة ج ٤ ص ٢١٤، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٨ ص ٢١٦. (نعيم)

(٥) أي القدرى. (عيني)

(٦) قوله: "بقاءً وذهاباً" أي بقاء الأكثر كبقاء الكل، وذهاب الأكثر كذهاب الكل. (ك)

(٧) أي عن أبي حنيفة.

(٨) ألية: سرين يابيه وگوشت سرين. (من)

(٩) من الثلث.

(١٠) على الثلث.

(١١) وصية.

(١٢) قوله: "ويروى عنه [أي عن أبي حنيفة] الربع" يعني إذا كان الذاهب الربع لا يجوز؛ لأن الربع له حكم

الكمال، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة. (ن)

(١٣) كما في مسح الرأس.

والثلث كثير*.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثر من النصف أجزاءه، اعتباراً للحقيقة^(٢) على ما تقدم^(٣) فى الصلاة، وهو اختيار الفقيه أبى الليث.

وقال: أبو يوسف: أخبرت بقولى أبا حنيفة فقال: قولى هو قولك، قيل: هو رجوع منه إلى قول أبى يوسف^(٤)، وقيل: معناه قولى قريب من قولك^(٥)، وفى كون النصف مانعاً روايتان^(٦) عنهما، كما فى انكشاف العضو عن أبى يوسف.

ثم معرفة المقدار فى غير العين متيسر، وفى العين قالوا: تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة^(٧) يوماً، أو يومين، ثم يقرب العلف^(٨) إليها قليلاً قليلاً، فإذا رآته من موضع أعلم على ذلك المكان، ثم تشد عينها الصحيحة، وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً، حتى إذا رآته من مكان أعلم عليه، ثم ينظر إلى التفاوت ما بينهما^(٩)، فإن كان^(١٠) ثلثاً فالذاهب الثلث، وإن كان نصفاً فالنصف.

(١٤) قوله: "على ما مر فى الصلاة [فى باب شروط الصلاة]" من أن الكشف فى عدم جواز الصلاة مقدر بربع العورة، وتقدير النجاسة بربع الثوب. (عينى)

(١٥) قوله: "ويروى الثلث" يعنى إذا كان الذاهب الثلث لا يجوز، وإن كان أقل من الثلث يجوز. (ن)

(١٦) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(١٧) أى أوص الثلث.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٥، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٢٨ ص ٢١٦. (نعيم)

(٢) قوله: "اعتباراً للحقيقة" فإن القليل والكثير من أسماء المقابلة، فما دون النصف قليل حقيقة. (مل)

(٣) قوله: "على ما تقدم [فى باب شروط الصلاة]" قال المصنف فى باب شروط الصلاة: فإن صلت، وثالث ساقها، أو ربعها مكشوف تعيد الصلاة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وإن كان أقل من الربع لا تعيد. وقال أبو يوسف: لا تعيد إن كان أقل من النصف، وفى النصف عنه روايتان: فاعتبر الخروج عن حد القلة، أو عدم الدخول فى ضده.

(٤) قوله: "هو رجوع منه إلخ" يعنى كان يقول أولاً: إن الثلث قليل، والكثير ما زاد على الثلث، ثم رجع وقال: الكثير النصف وما زاد على النصف، كما هو قولهما. (ك)

(٥) قوله: "قولى قريب إلخ" أى قولى، وهو أن الأكثر من الثلث مانع لا ما دونه، أقرب إلى قولك الذى هو أن الأكثر من النصف، إذا بقي أجزاءه بالنسبة إلى قول من يقول: إن الربع والثلث مانع. (ع)

(٦) قوله: "روايتان [أى عن أبى يوسف ومحمد]" فى رواية: مانع؛ لأن القليل عفو، والنصف ليس بقليل؛ لأن ما يقابله ليس بكثير، وفى رواية: غير مانع؛ لأن المانع هو الكثير، والنصف غير كثير؛ لأن ما يقابله ليس بقليل. (عينى)

(٧) اعتلاف: علف خوردد.

(٨) بفتحتين: خورش ستور وجزء آن. (م)

(٩) مكانين.

(١٠) تفاوت.

قال^(١): ويجوز أن يضحى بالجماء، وهي التي لا قرن^(٢) لها؛ لأن القرن لا يتعلق به مقصود^(٣)، وكذا مكسورة القرن^(٤)؛ لما قلنا^(٥)، والخصى؛ لأن لحمها أطيب، وقد صح^(٦) أن النبي ﷺ ضحى بكبشين^(٧) أملحين^(٨) موجوئين* .
 والثولاء^(٩)، وهي المجنونة، وقيل: هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، أما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه، والجرباء^(١٠) إن كانت سميئة جاز؛ لأن الجرب^(١١) في الجلد، ولا نقصان في اللحم، وإن كانت مهزولة^(١٢) لا تجوز؛ لأن الجرب في اللحم فانتقص .
 وأما الهتماء^(١٣) وهي التي لا أسنان لها، فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة، وعنه إن بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزاءه؛ لحصول المقصود، والسكاء^(١٤) وهي التي لا أذن لها حلقة لا تجوز، إن كان هذا^(١٥)؛ لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى^(١٦) .

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) شاخ.

(٣) قوله: "لا يتعلق به مقصود" ألا يرى أن التضحية بالإبل جائزة، ولا قرن له. (عناية)

(٤) أى يجوز.

(٥) من أن القرن لا يتعلق به مقصود.

(٦) قوله: "وقد صح الخ" رواه ابن ماجه فى سننه عن عائشة وأبى هريرة، أن النبى ﷺ كان إذا أراد أن يضحى

اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوئين. (ت)

(٧) أحدهما عن نفسه، والآخر عن أمته، كبش - بالفتح - غوسفند. (م)

(٨) قوله: "أملحين" كبش أملح فيه ملح، وهى بياض يشوبه شعرات سود، وهى من لون الملح والوجاء، على

فعال، نوع من الخصاء، وهو أن يضرب العروق بحديدة، ويظن فيها من غير إخراج الحصيتين، يقال: كبش موجوء إذا فعل به ذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٥، والدراية ج ٢، الحديث ٩٢٩ ص ٢١٦. (نعيم)

(٩) الثولاء من الشاة وغيرها: المجنونة، وقولهم فى تفسيرها: التى بها ثؤلول غلط. (مغرب)

(١٠) جرب - بفتح - كركين شدن. (م)

(١١) خارش.

(١٢) لاغر.

(١٣) هتم - بالفتح - شكستى دندان از بن. (م)

(١٤) خردى گوش چنانكه بلند و ظاهر نه باشد. (م)

(١٥) قوله: "إن كان هذا [أى إن كان الشان هذا أعظمى]" يعنى أنه لا يكون هذا، وإن وقع نادراً لا

يجوز. (كفاية)

وهذا الذى ذكرنا إذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء، ولو اشتراها^(١) سليمة ثم تعيبت بعيب مانع^(٢)، إن كان غنياً فعليه غيرها^(٣)، وإن كان فقيراً تجزئه هذه؛ لأن الوجوب على الغنى بالشروع ابتداءً، لا بالشراء، فلم تتعين^(٤) به^(٥)، وعلى الفقير بشراءه بنية الأضحية، فتعينت^(٦)، ولا يجب عليه ضمان نقصانه، كما فى نصاب الزكاة^(٧).

وعن هذا الأصل^(٨) قالوا: إذا ماتت المشتراة للتضحية، على الموسر مكانها أخرى، ولا شئ على الفقير، ولو ضلت، أو سرق، فاشتري أخرى^(٩)، ثم ظهرت الأولى فى أيام النحر، على الموسر ذبح إحداهما، وعلى الفقير ذبحهما^(١٠). ولو أضجعها فاضطربت، فانكسر رجلها^(١١) فذبحها أجزأه استحساناً عندنا، خلافاً لزفر والشافعى رحمهما الله تعالى^(١٢)؛ لأن حالة الذبح ومقدماته^(١٣) ملحقة بالذبح، فكأنه^(١٤) حصل به^(١٥) اعتباراً^(١٦) وحكماً، وكذا لو تعيبت فى هذه الحالة^(١٧).

(١٦) قوله: "أولى [بعدم الجواز]" ولا يجوز الجلالة التى تأكل العذرة، ولا تأكل غيرها. (زيلعى)

(١) أضحية.

(٢) عن التضحية.

(٣) قوله: "عليه غيرها" لأن الواجب فى ذمته بصفة الكمال، فلا يتأدى بالنقص. (كافى)

(٤) أى الشاة المشتراة.

(٥) أى بالشراء.

(٦) يعنى هذه الشاة المشتراة للأضحية. (٤)

(٧) قوله: "كما فى نصاب الزكاة" فإنها إذا انتقص النصاب الذى وجب فيه الزكاة بعد الحول، ينتقص الواجب بقدره، ولا يضمن رب المال النقصان إن لم يكن بفعله، والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة؛ فإنه يسقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين فيهما جميعاً، فكذا فى النقصان ينتقص الواجب بقدره من غير ضمان. (مل)

(٨) قوله: "وعن هذا الأصل" يعنى كون الوجوب على الغنى بالشروع لا بالشراء، وعلى الفقير بالعكس. (مل)

(٩) للتضحية.

(١٠) قوله: "وعلى الفقير إلخ" لأن الوجوب على الفقير بالشراء بنية الأضحية، والشراء قد تعدد، فيتعدد الوجوب، وعلى الغنى بإيجاب الشرع، والشرع لم يوجب إلا أضحية واحدة، كذا فى "الفتاوى الظهيرية". (نهاية)

(١١) قوله: "فانكسر رجلها" من باب ذكر الخاص وإرادة العام؛ فإنه إذا أصابها عيب مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضطجاع للذبح، كان الحكم كذلك. (٤)

(١٢) قوله: "خلافاً لزفر والشافعى" لأنها صارت معيبة قبل الذبح، فلم تجز تضحيتها. (عنى)

(١٣) ذبح.

(١٤) عيب.

(١٥) ذبح.

(١٦) شرعاً.

فانفلتت^(١)، ثم أخذت من فوره، وكذا بعد فوره عند محمد خلافاً لأبي يوسف^(٢)؛ لأنه^(٣) حصل بمقدمات الذبح.

قال^(٤): والأضحية من الإبل^(٥) والبقر والغنم؛ لأنها عرفت شرعاً، ولم تنقل التضحية بغيرها^(٦) من النبي عليه السلام، ولا من الصحابة رضی الله تعالى عنهم.

قال^(٧): ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعداً إلا الضأن^(٨)، فإن الجذع منه^(٩) يجزئ؛ لقوله عليه السلام^(١٠): «ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»*، وقال عليه السلام^(١١): «نعمت الأضحية الجذع من الضأن»**، قالوا: وهذا إذا كانت^(١٢) عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان^(١٣) يشتهبه^(١٤) على الناظر من بعيد.

(١٧) أى حالة الذبح.

(١) فلت بالتحريك رهائي، يقال: مالك منه فلت أى لا تنفلت منه. (من)

(٢) قوله: "خلافاً لأبي يوسف" وجه قول أبي يوسف أنه متى أخذ من فوره، فالفعل الذى حدث منه كان من أسباب هذا الذبح، فصار ملحقاً بحقيقة الذبح، فأما إذا انقطع الفور فالفعل الذى حصل به العيب خرج من أن يكون سبباً من أسباب هذا الذبح الذى وجد بعد الفور، فصار بمنزلة ما لو حدث العيب بسبب آخر، ووجه قول محمد أن الفأنت بأسباب الذبح كالفأنت بالذبح. (غن)

(٣) دليل محمد.

(٤) أى القدرى. (عيني)

(٥) قوله: "من الإبل" وقالت الظاهرية: يجوز التضحية بكل حيوان وحشى أو إنسى، وكل طائر يؤكل لحمه، لحديث أبي هريرة مرفوعاً مثل المهجر إلى الجمعة كمثل من يهدى بدنة، ثم كمن يهدى بقرة، ثم كمن يهدى شاة، ثم كمن يهدى دجاجة، ثم كمن يهدى بيضة، والعصفور قريب إلى البيضة، والجواب عنه أن المراد به بيان قدر الثواب، لا أنه يجوز التضحية به. (سقاية لعطشان الهداية)

(٦) أى بغير الإبل والبقر والغنم، وأما بهذه الثلاثة، فقد ثبت أنه ﷺ ضحى بها، كذا قال الزيلعى.

(٧) أى القدرى. (عيني)

(٨) ضأن - بالفتح - ميش، خلاف معز. (من) هو ما له ألية منح. (رد المختار)

(٩) ضأن.

(١٠) أخرجه مسلم عن جابر. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٣٠ ص ٢١٦. (نعيم)

(١١) أخرجه الترمذى عن أبي هريرة. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٦، والدراية ج ٢، الحديث ٩٣١ ص ٢١٧. (نعيم)

(١٢) الجذع.

(١٣) جمع نى.

(١٤) أنه ثنى أو جذع. (غن)

والجدع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء^(١)، وذكر الزعفراني أنه^(٢) ابن سبعة أشهر، والثني منها^(٣) و من المعز^(٤) ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، ويدخل في البقر الجاموس^(٥)؛ لأنه من جنسه، والمولود بين الأهلى والوحشى يتبع الأم؛ لأنها هى الأصل فى التبعية^(٦)، حتى إذا نزا^(٧) الذئب على الشاة يضحى بالولد.

قال^(٨): وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها، فمات أحدهم قبل النحر، وقالت الورثة^(٩) اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم، وإن كان شريك الستة نصرانياً، أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم.

ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة؛ لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية^(١٠) وإن^(١١) اختلفت جهاتها، كالأضحية والقران^(١٢) والمتعة^(١٣) عندنا؛ لاتحاد المقصود، وهو القرية، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قرية، ألا ترى أن النبى عليه السلام ضحى عن أمته* على ما روينا من قبل^(١٤).

(١) قوله: "فى مذهب الفقهاء" قيد بقوله فى مذهب الفقهاء؛ لأن عند أهل اللغة الجذع من الثنايا ما تمت له سنة، كذا فى "النهاية". (عناية)

(٢) جذع.

(٣) ضأن.

(٤) معز بالفتح، بر خلاف ضأن. (من)

(٥) گاؤ ميش.

(٦) قوله: "لأنها هى الأصل فى التبعية" لأنه جزءها، ولهذا يتبعها فى الرق والحرية؛ وهذا لأن المنفصل من الفحل هو الماء، فإنه غير محل لهذا الحكم، والمنفصل من الأم هو الحيوان، وهو محل. (٦)

(٧) نزو: برجستن نر بر ماده. (م)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى الكبار منهم. (ك)

(١٠) قوله: "لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القرية"؛ لأن النص ورد على خلاف القياس فى ذلك، فإن قيل: النص ورد فى الأضحية، فكيف جوزتم مع اختلاف جهة القرب من الأضحية والقران والمتعة.

قلنا: اعتمد على ذلك زفر، ولم يجوزه عند اختلافها، لكننا نقول: إذا كانت الجهات قريبا اتحد معناها، من حيث كونها قرية، فجاز الإلحاق، بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية، فإنه ليس فى معناه. (غن)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "والقران" وهو أن يهل بحج وعمرة من الميقات أو قبله فى أشهر الحج أو قبلها، ويقول: بعد الصلاة اللهم إنى أريد الحج والعمرة، فيسرهما لى وتقبلهما منى. (تنوير الأبصار)

(١٣) قوله: "والمتعة فإن فى القران والمتعة يجب الدم شكراً" والمتعة هو أن يفعل العمرة أو أكثر أشواطها فى أشهر الحج عن إحرام بها قبلها أو فيها. (تنوير الأبصار)

ولم يوجد^(١) فى الوجه الثانى؛ لأن النصرانى ليس من أهلها^(٢)، وكذا قصد اللحم ينافيها^(٣)، وإذا لم يقع البعض قربة، والإراقة لا تتجزأ فى حق القربة لم يقع^(٤) الكل أيضاً، فامتنع الجواز، وهذا الذى ذكره^(٥) استحسان، والقياس أن لا يجوز^(٦)، وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأنه تبرع بالإتلاف^(٧)، فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت^(٨).

لكننا نقول: القربة قد تقع عن الميت كالتصدق^(٩)، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء على الميت^(١٠)، ولو ذبحوها عن صغير فى الورثة^(١١)، أو أم ولد جاز؛ لما بينا^(١٢)، أنه قربة^(١٣) ولو مات واحد منهم^(١٤) فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزئهم؛ لأنه لم يقع بعضها^(١٥) قربة، وفيما تقدم وجد الإذن من الورثة، فكان قربة. قال^(١٦): ويأكل من لحم الأضحية^(١٧)، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر^(١٨)؛

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢١٨، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٣١ ص ٢١٧ (نعيم)

(١٤) رواه ابن ماجه عن عائشة.

(١) هذا الشرط.

(٢) قربة.

(٣) قربة.

(٤) أى قربة.

(٥) أى محمد. (عبنى)

(٦) الوجه الأول.

(٧) أى لأن إجازة الورثة بالذبح على الميت، أى من الوارث عن الميت.

(٨) أى إذا اعتق الوارث عن الميت لا يجوز؛ لأنه تبرع بالإتلاف.

(٩) بأن أوصى لها.

(١٠) قوله: "لأن فيه إلزام الخ" لأن الولاء لمن اعتق، وليس للوارث الإلزام على الميت، بخلاف الأضحية عنه، فإنها

جازت لعدم الإلزام. (عبنى)

(١١) قوله: "ولو ذبحوها الخ" أى لو كان فيهم صبي، وضحى عنه أبوه، أو كان أحد الشركاء أم ولد، وضحى

عنها مولها جاز؛ لأن الصبي أهل للقربة، وكذا أم الولد. (كافى)

(١٢) قوله: "لما بينا الخ" يشير إلى وجه الاستحسان، وفى القياس لا يجوز؛ فإن الإراقة لا تتجزى، وبعض الإراقة

صار نفلاً أو لحمًا، فصار الكل كذلك؛ لأن الأب لا يجب عليه أن يضحى عن ولده الصغير، إذا لم يكن له مال على

ظاهر الرواية، فكان الأب متطوعاً، وكذا نصيب أم الولد يكون تطوعاً، ونصيب الميت انقلب تطوعاً أيضاً؛ لأنه لما مات

ولم يتعرض، لم يجب على الورثة أن يضحوا عنه، وإذا لم يجب عليهم، كانوا متطوعين عن الميت. (غن)

(١٣) مالية فتجوز عن الغير. (ك)

(١٤) أى من الشركاء.

(١٥) وهو نصيب الميت.

لقوله عليه السلام^(١): «كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا»*، ومتى جاز أكله وهو^(٢) غني، جاز أن يؤكل^(٣) غنياً، ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث^(٤)؛ لأن الجهات ثلاث: الأكل والادخار، لما روينا^(٥)، والإطعام؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾^(٦)، فانقسم عليها^(٧) أثلاثاً.

قال^(٨): ويتصدق بجلدها^(٩)؛ لأنه جزء منها، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت، كالنطع^(١٠) والجراب^(١١) والغربال^(١٢) ونحوها^(١٣)؛ لأن الانتفاع به غير محرم، ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه، مع بقاءه استحساناً، وذلك مثل ما ذكرنا^(١٤)؛ لأن للبدل حكم المبدل، ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه

(١٦) أي القدوري . (عيني)

(١٧) قوله: "ويأكل من لحم الخ" هذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء، إذا لم تكن واجبة بالنذر، وإن وجبت بالنذر، فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئاً، ولا أن يطعم غيره من الأغنياء، سواء كان الناذر غنياً أو فقيراً؛ لأن سبيلها التصديق، وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته، ولا أن يطعم الأغنياء، ولو أكل فعليه قيمة ما أكل. (زيلعي)

(١٨) ادخار: ذخيره كردن.

(١) قوله: "لقوله عليه السلام الخ" أخرج أبو داود عن نبشة الهذلي قال: قال رسول الله ﷺ: «إنا كنا نهيتناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلث لكي تسعكم وجاء الله السعة فكلوا وادخروا». (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٨، والدراية ج ٢، الحديث ٩٣٢ ص ٢١٧. (نعيم)

(٢) الواو حالية.

(٣) آكله الشيء إيكالاً: داد او را این چیز تا بخورد، ومنه: «لئن آكل الربا ومؤكله». (من)

(٤) هذا لفظ القدوري. (عيني)

(٥) يعني قوله عليه السلام: «فكلوا منها وادخروا». (ع)

(٦) قوله: "القانع والمعتر" القانع وهو الراضي بما عنده، وبما يعطى من غير سؤال، والمعتر المعترض للسؤال، كذا في "الكشاف"، كذا قال العيني، وقال في "العناية": القانع هو السائل من القنوع لا من القناعة، والمعتر هو الذي يتعرض السؤال ولا يسأل. (مل)

(٧) جهات.

(٨) القدوري. (عيني)

(٩) أضحية.

(١٠) بالفتح والكسر وفتحتين: بساط. (م)

(١١) جراب بالفتح والكسر: انبان وتوشه دان.

(١٢) بالكسر: پرويزن. (م)

(١٣) كالدلو والسفرة والقراب. (عيني)

(١٤) قوله: "وذلك مثل ما ذكرنا" يعني كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصة؛ لأنه لو دبهه وانتفع به في بيته يجوز، فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بيته؛ لأن للبدل حكم المبدل. (ك)

كاخل والأبازير^(١)، اعتباراً بالبيع بالدرهم، والمعنى فيه^(٢) أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح^(٣).

ولو باع الجلد، أو اللحم بالدرهم، أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمانه^(٤)؛ لأن القرية انتقل إلى بدله، وقوله عليه السلام^(٥): «من باع جلد أضحية فلا أضحية له»* يفيد كراهة البيع، أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم؛ ولا يعطى^(٦) أجره الجزر^(٧) من الأضحية؛ لقوله عليه السلام لعلى رضى الله تعالى عنه^(٨): «تصدق بجلالها^(٩) وخطامها^(١٠) ولا تعط أجر الجزار منها شيئاً»*، والنهي عنه نهى عن البيع أيضاً، لأنه في معنى البيع^(١١).

ويكره أن يجز^(١٢) صوف أضحيته^(١٣)، ويتنفع به قبل أن يذبحها؛ لأنه التزم

(١) قوله: «والأبازير [التوابل جمع أوزار - بالفتح - (ع) توابلي كه در طعام مى كنند. م]» جمع الأوزار وهو خلط القدر كالأرز والحمص ونحوها. (ك)

(٢) قوله: «والمعنى [الوجه]» أى المعنى فى عدم اشتراء ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه، أنه تصرف على قصد التمول، وهو قد خرج عن جهة التمول. فإذا تمولته بالبيع وجب التصدق؛ لأن هذا الثمن حصل بفعل مكروه، فيكون خبيثاً، فيجب التصدق. (عيني)

(٣) قوله: «فى الصحيح» احتراز عما قيل: إنه ليس فى اللحم إلا الأكل، أو الإطعام، فلو باع بشيء لا يجوز أصلاً، سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه، أو باعه بشيء لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه.

والصحيح ما قال شيخ الإسلام، أن اللحم بمنزلة الجلد، إن باعه بشيء ينتفع به بعينه جاز، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لو اشترى باللحم ثوباً فلا بأس بلبسه. (مل)

(٤) قوله: «تصدق بثمانه» لأن معنى التمول سقط عن الأضحية، فإذا تمولها بالبيع، انتقلت القرية إلى بدله، فوجب التصدق. (كافى)

(٥) [رواه الحكم فى «المستدرک» فى تفسير سورة الحج. (ت)] دفع دخل هو أنه لا يجوز بيعه لقوله عليه السلام: «من باع الخ»:

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٨، والدراية ج ٢، الحديث ٩٣٣ ص ٢١٨. (نعيم)

(٦) المضحى.

(٧) قصاب.

(٨) أخرجه الجماعة إلا الترمذى عن على. (ت)

(٩) جل - بالضم - پوشش ستور. (م)

(١٠) خطام - بالكسر - زمام. (م)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢١٩، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٣٣ ص ٢١٨. (نعيم)

(١١) قوله: «لأنه فى معنى البيع» لأن كل واحد منهما معارضة؛ لأنه إنما يعطى الجزر بمقابلة جزره، والبيع مكروه، فكذا ما هو بمعناه. (ك)

(١٢) قوله: «يجز [يقطع]» يقال: جز الصوف وجز النخل إذا صرمه، والجزاز كالجداد بالفتح والكسر، إلا أن

إقامة القرية بجميع أجزائها، بخلاف ما بعد الذبح^(١)؛ لأنه أقيمت القرية بها^(٢)، كما في الهدى، ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف^(٣).

قال^(٤): والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح^(٥)، وإن كان لا يحسنه، فالأفضل أن يستعين بغيره، وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه؛ لقوله عليه السلام^(٦) لفاطمة رضى الله تعالى عنها: «قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب»*.

قال^(٧): ويكره أن يذبحها الكتابي؛ لأنه^(٨) عمل هو قرية، وهو ليس من أهلها، ولو أمره فذبح جاز؛ لأنه من أهل الذكاة، والقرية أقيمت بإنابته ونيته، بخلاف ما إذا أمر المجوسى^(٩)؛ لأنه^(١٠) ليس من أهل الذكاة، فكان إفساداً^(١١).

قال^(١٢): وإذا غلط رجلان^(١٣)، فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر، أجزئ

الجداد خاص في النخل، والجزاز فيه وفي الزرع والصوف والشجر، وقد فرق محمد بينهما، فذكر الجداد قبل الإدراك والجزاز بعده، وهو إن ثبت حسن. (مغرب)

(١٣) هذا من مسائل الأصل ذكره تقريباً.

(١) فإنه يجوز.

(٢) قوله: "لأنه أقيمت القرية بها" لأن القرية بالذبح، والانتفاع بعد إقامة القرية مطلق كالأكل. (كافى)

(٣) قوله: "ويكره أن يحلب لبنها فينتفع [بالنصب. عيني] بها كما في الصوف" أى كما يكره له الانتفاع بصوفها؛ وهذا لأن اللبن يتولد من عينها، وقد جعلها للقرية، فلا تصرف شيئاً منها إلى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محلها؛ ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينتقص اللبن فلا يتأذى به.

إلا أن هذا إنما يقع إذا كان بقرب من أيام النحر، وأما إذا كان بالبعد فلا يفيد هذا؛ لأنه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما ينتقص، ولكن ينبغي أن يحلبها، ويتصدق باللبن، كالهدى إذا عطب قبل أن يبلغ محله، فإن عليه أن يذبحه، ويتصدق بلحمه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٤) ليس في النسخ الصحيحة: قال، أى القدورى. (عيني)

(٥) لأن الأولى في القرب أن يتولاها بنفسه. (زيلعى)

(٦) رواه الحاكم في "المستدرک" عن عمران بن حصين. (ت)

* راجع نصب الرعية ج ٢، ص ٢١٩، والدرية ج ٢، الحديث ٩٣٤ ص ٢١٨. (نعيم)

(٧) أى القدورى، وليس في النسخ الصحيحة: "قال". (عيني)

(٨) ذبح.

(٩) فإنه لا يحل ذبحه.

(١٠) المجوسى.

(١١) أى ذبحه أو أمره.

(١٢) أى القدورى، وليس في النسخ الصحيحة: "قال". (عيني)

(١٣) قوله: "وإذا غلط رجلا الخ" هذا شرط؛ لأنه ذكر في النوادر أن سماعه عن محمد لو تعمد الرجل فذبح

عنهما، ولا ضمان عليهما، وهذا استحسان .

وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه، لا يحل له ذلك، وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الأضحية فى القياس، وهو قول زفر، وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح، وهو قولنا .

وجه القياس أنه ذبح^(١) شاة غيره بغير أمره، فيضمن كما إذا ذبح^(٢) شاة اشتراها^(٣) القصاب، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح؛ لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر^(٤) .

ويكره أن يبدل بها غيرها^(٥)، فصار المالك مستعيناً^(٦) بكل من يكون أهلاً للذبح آذناً له دلالة^(٧)؛ لأنها^(٨) تفوت بمضى هذه الأيام، وعساه^(٩) أن يعجز عن إقامتها لعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة^(١٠) شد القصاب رجلها .

فإن قيل: يفوته أمر مستحب^(١١)، وهو أن يذبحها بنفسه، أو يشهد الذبح، فلا يرضى به . قلنا: يحصل له^(١٢) به مستحبان آخران صيرورته مضحياً^(١٣) لما عينه، وكونه معجلاً به^(١٤) فيرتضيه .

أضحية رجل عن رجل، لم يجز عن صاحب الأضحية، ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمته فى العمد جازت الأضحية عن الذابح . (غن)

(١) والتضحية قرينة فلا يتأدى بنية غيره . (زيلعى)

(٢) فيضمن .

(٣) لا للأضحية .

(٤) قوله: "حتى وجب عليه [أى على مالكها] أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر" هذا فى نذر الغنى، وشراء الفقير . (ك)

(٥) قوله: "ويكره أن يبدل بها غيرها" أى إذا كان غنياً . (ك)

(٦) أى لما تعينت للذبح فصار إلخ .

(٧) قوله: "آذناً له [أى إذناً لكل من هو أهل للذبح بالذبح] دلالة [وهى كالصريح] الإذن دلالة كالأذن صريحاً، كما فى شرب ماء السقاية وذبح شاة، شد القصاب رجلها للذبح؛ لأن الشاة تعينت للذبح بشد الرجل، فيكون راضياً بالذبح دلالة، مع أنه ربما يعرض له مانع من الذبح، كذا هذا . (كفاية)

(٨) أى الأضحية .

(٩) أى المالك .

(١٠) فلا ضمان .

(١١) أى يفوت المالك .

(١٢) أى للمالك .

(١٣) أى باعتبار نائبه .

ولعلماءنا رحمهم الله تعالى من هذا الجنس مسائل استحسانية، وهي أن من طبخ لحم غيره، أو طحن حنطته، أو رفع جرتة^(١) فانكسرت، أو حمل على دابته، فعطبت^(٢) كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامناً.

ولو وضع المالك اللحم في القدر^(٣)، والقدر على الكانون^(٤) والخطب تحته، أو جعل الحنطة في الدروق^(٥)، وربط الدابة عليه^(٦)، أو رفع الجرة، وأمالها إلى نفسه، أو حمل على دابته، فسقط^(٧) في الطريق، فأوقد هو^(٨) النار فيه فطبخه، أو ساق الدابة^(٩) فطحنها^(١٠)، أو أعانه^(١١) في رفع الجرة، فانكسرت فيما بينهما، أو حمل^(١٢) على دابته ما سقط فعطبت^(١٣)، لا يكون^(١٤) ضامناً في هذه الصور استحساناً؛ لوجود الإذن دلالةً.

إذا ثبت هذا، نقول في مسألة الكتاب^(١٥): ذبح كل منهما أضحية غيره بغير إذنه صريحاً، فهي خلافية زفر بعينها، ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا^(١٦)، فيأخذ^(١٧) كل واحد منهما مسلوخة^(١٨) من صاحبه، ولا يضمه^(١٩)؛ لأنه^(٢٠) وكيله

(١٤) والتعجيل أفضل وأحب. (غن)

(١) جرة: سبو. (من)

(٢) هلكت الدابة.

(٣) ديك.

(٤) آتش دان.

(٥) دورق [كجعفر سبوى گوشه دار وبيمانه شراب وآن سه رطل يا چهار رطل بغداديهست. من] فى "ديوان الأدب": الدورق مكيال الشراب، وقال ابن دريد: وأما الدورق الذى يستعمل، فأعجمى معرب، كذا فى "الجمهرة"، والمراد به ههنا هو الدلو التى يحطون فيها الحنطة عند الطحن ينزل منها الحنطة إلى قطب الرحى. (غن)

(٦) الدروق.

(٧) المحمول.

(٨) رجل.

(٩) سوق - بالفتح - راندن. (م)

(١٠) حنطة.

(١١) رجل.

(١٢) رجل.

(١٣) الدابة.

(١٤) ذلك الرجل.

(١٥) أى القدورى المذكورة.

(١٦) آنفاً.

فيما فعل دلالة .

فإن كانا قد أكلا ، ثم علما^(١) فليحلل^(٢) كل واحد منهما صاحبه ، ويجزئهما ؛ لأنه^(٣) لو أطعمه^(٤) في الابتداء يجوز ، وإن^(٥) كان غنياً ، فكذاله أن يحلله في الانتهاء ، وإن تشاحا^(٦) ، فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ، ثم يتصدق بتلك القيمة ؛ لأنها بدل عن اللحم ، فصار كما لو باع أضحيته^(٧) ، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه ، كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره^(٨) ، كان الحكم ما ذكرناه^(٩) .

ومن غصب شاة ، فضحى بها ضمن قيمتها^(١٠) ، وجاز عن أضحيتها ؛ لأنه ملكها سابق الغصب^(١١) ، بخلاف ما لو أودع شاة^(١٢) ، فضحى بها^(١٣) ؛ لأنه^(١٤) يضمنه بالذبح ، فلم يثبت الملك له^(١٥) إلا بعد الذبح ، والله أعلم .

(١٧) أى على حكم الاستحسان .

(١٨) شاة مسلوخة .

(١٩) صاحب .

(٢٠) صاحب .

(١) بالغلط .

(٢) تحليل : حلال گردانیدن . (م)

(٣) أى كل واحد .

(٤) صاحب .

(٥) الواو وصلية .

(٦) قوله : "تشاحا" تشاح باهم دیگر حریصی کردن بر کاری تا فوت نشود يقال : تشاح الرجلان على الأمر أى

لا يريدان أن يفوتهما . (من)

(٧) قوله : "فصار كما لو باع إلخ" يعنى أنه باع أضحيتها ، واشترى بثمنها غيرها ، فلو كان غيرها أنقص من

الأولى ، تصدق بما فضل على الثانية ، ولو لم يشتر به حتى مضت أيام النحر ، تصدق بثمنها كله . (٤)

(٨) قوله : "ومن أتلف إلخ" متصل بقوله وأن تشاحا ، يعنى إن تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفاً لحم

أضحية صاحبه ، ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرنا ، وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه

قيمة لحمه . (عناية)

(٩) قوله : "كان الحكم ما ذكرنا" وهو أنه يجب الضمان ، ويتصدق بأخذ الضمان . (حميدية)

(١٠) قوله : "ومن غصب شاة إلخ" ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه ، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن

الذابيح ، دون المالك ؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه . (زيلي)

(١١) قوله : "لأنه ملكها [بعد الضمان ملكاً مستنداً]" يعنى فكانت التضحية واردة على ملكه . (٤)

(١٢) فلا يجوز .

(١٣) أى المودع .

(١٤) المودع .

(١٥) مودع .

كتاب الكراهية^(١)

قال رضى الله تعالى عنه^(٢): تكلموا فى معنى المكروه، والمروى عن محمد نصاً أن كل مكروه^(٣) حرام، إلا أنه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً^(٤) لم يطلق عليه لفظ الحرام^(٥)، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه إلى الحرام أقرب^(٦)، وهو يشتمل على فصول منها:

فصل فى الأكل والشرب

قال أبو حنيفة: يكره لحوم الأتن وألبانها^(٧)، وأبوال الإبل، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأبوال الإبل.

وتأويل قول أبى يوسف^(٨): إنه لا بأس بها للتداوى، وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة، والذبائح فلا نعيدها، واللبن متولد من اللحم، فأخذ حكمه^(٩).

قال^(١٠): ولا يجوز الأكل والشرب والادّهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء؛ لقوله عليه السلام^(١٢) فى الذى يشرب فى إناء الذهب

(١) قوله: "كتاب الكراهية [هى ضد الرضاء والإرادة لغة، وفى الشرع ما هو المذكور فى الكتاب]" أورد الكراهية بعد الأضحية؛ لأن عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من أصل أو فروع ترد فيه الكراهية، ألا ترى أن فى وقت الأضحية فى ليالى أيام النحر، وفى التصرف فى الأضحية بجزء الصوف وحلب اللبن وغيرها من المسائل، كيف تحققت الكراهية، وفى كتاب الكراهية أيضاً. (ن)

(٢) أى المصنف.

(٣) أى حكماً.

(٤) قوله: "إلا أنه لما لم يجد [محمد] إلخ" أى إذا وجد نصاً يثبت القول فى المنصوص بالتحريم، أو التحليل، وفى غير المنصوص يقول فى الحل لا بأس، وفى الحرمة أكره أو لم يؤكل. (غن)

(٥) فمنكر الحرام كافر دون منكر المكروه.

(٦) فى أن تاركهما يستحق العقاب بالنار.

(٧) قوله: "لحوم الأتن [أتان - بالفتح - مائه خر، اتن فىضمين جمع. م]" خص الأتن مع شمول الكراهية لحم سائر الحمر، ليستقيم عطف الألبان عليه. (ك)

(٨) قوله: "وتأويل قول أبى يوسف إلخ" والاحتياج إلى التأويل إلى قوله: وأما على قول محمد: فظاهر؛ لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده، نجس عند أبى حنيفة وأبى يوسف. (مل)

(٩) قوله: "فأخذ حكمه" يرد عليه ابن الخليل على قول أبى حنيفة فى رواية هذا الكتاب، حيث جعل لبنه حلالاً مما لا بأس به، وأكل لحمه محرماً مع أن لبن الخليل 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؛ لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد، ولا يوجد ذلك فى اللبن، فكان شربه مما لا بأس به. (ع)

(١٠) أى القلدورى. (عبنى)

(١١) جمع إناء نحو حمار وأحمرة. (ت)

والفضة: «إنما يجرجر^(١) في بطنه نار جهنم^(٢)»، وأتى أبو هريرة^(٣) بشراب في إناء فضة، فلم يقبله، وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ، وإذا ثبت هذا في الشرب، فكذا في الأدهان ونحوه^(٤)؛ لأنه في معناه^(٥)؛ ولأنه تشبه^(٦) بزى^(٧) المشركين، وتنعم بتنعم المترفين^(٨) والمسرفين.

وقال في "الجامع الصغير": يكره، ومراده التحريم، ويستوى فيه الرجال والنساء؛ لعموم النهي**، وكذلك الأكل بملعة^(٩) الذهب والفضة والاكتمال بميل^(١٠) الذهب والفضة، وكذلك ما أشبه ذلك كالمكحلة^(١١)، والمرأة^(١٢) وغيرهما؛ لما

(١٢) أخرجه مسلم عن أم سلمة. (ت)

(١) قوله: "إنما يجرجر [جرجرة يفتح هر دو جيم گردانیدن چیزی، وگردانیدن صوت در خنجر. م]" الجرجرة بانگ کردن در یختن، فعلى الأول قولنا: نار جهنم - بالرفع - وعلى الثاني - بالنصب. (حميدية)

(٢) قوله: "نار جهنم" فى "المغرب": هذا محفوظنا من الثقات بنصب الرء، ومعناه: يرددها من جرجر الفحل إذا ردد صوته فى خنجرتة، وتفسير الأزهرى يجرجر أى يحلر يعنى يرسل، وأما ما فى الفردوس من رفع النار، وتفسير يجرجر بيصوت، فليس بذلك. (ك)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٢٠، والدراية ج٢ ص ٢١٨، الحديث ٩٣٥. (نعيم)

(٣) قوله: "وأتى أبو هريرة إلخ" قلت: غريب عن أبي هريرة، وهو فى الكتب الستة عن حذيفة، من رواية عبد الرحمن ابن أبى لیلی قال: استقى حذيفة، فسقاه مجوسى فى إناء من فضة، فقال: إنى سمعت من رسول الله ﷺ يقول: لا تلتسوا الحريرة ولا الديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافها فإنها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة. (ت)

(٤) من التطيب.

(٥) قوله: "لأنه فى معناه" لأن كلا منهما استعمال لها، والمحرم هو الاستعمال، قيل: صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة، ويصب الدهن به على الرأس، وأما إذا أدخل يده فيها، وأخذ الدهن، ثم صبه على الرأس لا يكره. قال صاحب "النهاية": كذا ذكره صاحب "الذخيرة" فى "الجامع الصغير"، وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة، فإن الكحل لا بد أن ينفصل عنها حين الاكتمال، ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات. (٤)

(٦) وقال عليه السلام: «من تشبه بقوم فهو منهم».

(٧) زى - بالكسر - پوشش وهيث.

(٨) قوله: "المترفين [تراف: بنسيار نعمت دادن وگمراه گردانیدن نعمت كسى را. م]" أى المنعمين، يقال: أترفه أى نعمه وأترفه النعمة أى أطعمته، كذا فى "الديوان". (غن)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٢٢٠، والدراية ج٢ ص ٢١٨، الحديث ٩٣٦. (نعيم)

(٩) بالكسر: جمجه.

(١٠) بالكسر: ميل سرمه. (م)

(١١) سرمه دان، وقلم ودوات. (در مختار) المكحلة بضمين وعاء الكحل. (مغرب)

(١٢) قوله: "والمرأة [آئنه]" قال أبو حنيفة: لا بأس بحلقة المرأة من الفضة [إذ كانت المرأة حديدا، وقال أبو

يوسف: لا خير فيه. (تاترخانية، رد المختار)

ذكرنا^(١).

قال^(٢): ولا بأس باستعمال آنية الرصاص^(٣) والزجاج^(٤) والبلور والعقيق^(٥).
وقال الشافعي: يكره؛ لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به، قلنا: ليس
كذلك؛ لأنه ما كان من عاداتهم^(٦) التفاخر بغير الذهب والفضة.

قال^(٧): ويجوز الشرب في الإناء المفضّض^(٨) عند أبي حنيفة^(٩)، والركوب
على السرج المفضّض، والجلوس على الكرسي المفضّض، والسريير المفضّض إذا كان
يتقى موضع الفضة، ومعناه يتقى موضع الفم.

وقيل: هذا^(١٠) وموضع اليد في الأخذ، وفي السريير والسرج^(١١) موضع
الجلوس، وقال أبو يوسف: يكره ذلك، وقول محمد: يروى مع أبي حنيفة، ويروى
مع أبي يوسف. وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة^(١٢)، والكرسي
المضبب بهما، وكذا إذا جعل ذلك^(١٣) في السيف والمشهد^(١٤) وحلقة المرأة^(١٥)، أو

(١) قوله: "لما ذكرنا" إشارة بذلك إلى قوله تشبه بزى المشركين. (غاية البيان)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "الرصاص" بالفتح: ارزيز وأن دو قسم است سفيد كه آن را قلعي گویند و سیاہ كه آن را سرب
گویند. (منتخب)

(٤) شيشه. (م)

(٥) قوله: "والبلور [سنگی است معروف. م] والعقيق [العقيق كأمير: خرز أحمر. (رد المحتار) [مهرة ايست
سرخ ومخطط كه از جانب يمين آرنج. م] ويجوز استعمال الأواني من الصفر؛ لما روى عن عبد الله ابن بريدة أنه قال:
أتانا رسول الله ﷺ فأخبرنا له ماء في تور من صفر فتوضأ، رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. (زيلي)

(٦) مشركين.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) قوله: "في الإناء المفضّض [أي المرصع بالفضة يعني سيم كوفته] أي المزوق بفضة، كذا في "الدرالمختار"،
وقال في رد المحتار نقلا عن "القاموس": يقال: لكل منقش ومزين مزوق. (مل)

(٩) قوله: "عند أبي حنيفة" روى أن هذه المسألة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانيقي وأبو حنيفة وأئمة عصره
حاضرون، فقالت الأئمة: يكره، وأبو حنيفة ساكت، فقيل له: ما تقول، فقال: إن وضع فاه في موضع الفضة يكره، وإلا
فلا، فقيل له: من أين ذلك، فقال: رأيت لو كان في إصبه خاتم فضة، فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل، وتعجب
أبو جعفر من جوابه. (زيلي)

(١٠) أي يتقى موضع الفم وموضع اليد أيضاً.

(١١) يتقى.

(١٢) قوله: "المضبب [تضبيب ضباب ساختن، برائی درد ضباب الباب آهن مسمار در، كذا في "منتهى
الأرب"] أي المشدد، يقال: باب مضبب أي مشدود بالضباب جمع الضببة، وهي الحديد العريضة التي يضرب بها، ومنه
ضبب أسنانه بالفضة إذا شدها بها، وفي "الذخيرة" الذهب العريض، أو الفضة العريضة يجعل على وجه الباب، وما أشبه ذلك.

جعل المصحف مذهباً، أو مفضّضاً^(١)، وكذا الاختلاف في اللجام والركاب^(٢) والثفر^(٣) إذا كان مفضّضاً، وكذا الثوب فيه كتابة بذهب، أو فضة^(٤) على هذا^(٥)، وهذا الاختلاف فيما يخلص^(٦)، فأما التمويه^(٧) الذي لا يخلص^(٨)، فلا بأس به بالإجماع^(٩). لهما أن يستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء، فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولأبي حنيفة أن ذلك^(١٠) تابع، ولا معتبر بالتتابع، فلا يكره^(١١) كالجبة المكفوفة^(١٢) بالحرير^(١٣)، والعلم في الثوب^(١٤)، ومسمار الذهب في الفص^(١٥).

قال^(١٦): "ومن أرسل أجيراً له مجوسياً أو خادماً^(١٧)، فاشتري لحماً فقال:

- (١٣) قوله: "وكذا [أى على هذا الخلاف] إذا إلخ" أى لو جعله أى التفضيض فى نصل سيف وسكين، أو فى قبضتهما، أو لجام، أو ركاب، ولم يضع يده موضع الذهب الفضة. (درمختار)
- (١٤) المشحد المسن - بالكسر - سنگي كنه بأن كارد وتيغ تيز كنند. (م)
- (١٥) قوله: "وحلقة المرأة" والمراد حلقة المرأة التى تكون حوالى المرأة لا ما يأخذ المرأة بيدها، فذلك مكروه اتفاقاً. (ك)
- (١) قوله: "أو جعل المصحف إلخ" قال فى "غرر الأفكار": يجتنب فى المصحف ونحوه موضع الأخذ وفى السرج ونحوه موضع الجلوس، وفى الركاب موضع الرجل، وفى الإناء موضع الفم، وقيل: و موضع الأخذ أيضاً، ويجتنب فى النصل والقبضة واللجام موضع اليد، فالحاصل أن المراد الاتقاء بالعضو الذى يقصد به الاستعمال. (رد المحتار)
- (٢) بالكسر: چیزیکه بر زین بندند تا پای دران نهند.
- (٣) الثفر - بفتح تين - ما يجعل تحت ذنب الدابة. (٤)
- (٤) قوله: "وكذا الثوب إلخ" سيأتى أن المنسوج بذهب يحل إن كان مقدار أربع أصابع، تأمل. (رد المحتار)
- (٥) الخلاف.
- (٦) يخلص [بالإذابة. غن] أى جدا كردن طلا ونقره بغير عمل ممكن باشد.
- (٧) ملمع ساختن، اى چیزی را از زر ونقره اندود كردن. (م)
- (٨) بالإذابة. (غن)
- (٩) لأنه مستهلك، فلا عبرة ببقائه لونا. (رد المحتار)
- (١٠) أى التفضيض ونحوه إذا لم يستعمل بخصوصه.
- (١١) فإن كلها يجوز لأنه تابع.
- (١٢) قوله: "كالجبة المكفوفة [كف دو پاره دوختن جامه را بر یک دیگر]" يقال: ثوب مكفوف لما كف جيبه وأطراف كميته بشيء من الدياج، وقد صح أن النبى ﷺ ليس جبة أطرافها من الدياج. (ك)
- (١٣) أى سنجاف از حرير باشد.
- (١٤) قوله: "والعلم [نقش ونگار] فى الثوب" علم الثوب رقمه، وهو الطراز، كما فى "القاموس"، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجاً، أو خياطة. (رد المحتار)
- (١٥) قوله: مسمار [مخ] الذهب فى الفص [نگينه].
- (١٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

اشتريته من يهودى، أو نصرانى، أو مسلم وسعه أكله؛ لأن قول الكافر مقبول في المعاملات^(١)؛ لأنه خبر صحيح؛ لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب^(٢)، والحاجة ماسة إلى قبوله؛ لكثرة وقوع المعاملات، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه^(٣)، معناه^(٤) إذا كان ذبيحة غير الكتابى والمسلم؛ لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة.

قال^(٥): ويجوز أن يقبل في الهدية^(٦) والإذن^(٧) قول العبد والجارية والصبى؛ لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء، وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب^(٨) في الأرض، والمبايعة في السوق، فلولم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج. وفي "الجامع الصغير": إذا قالت جارية لرجل: بعثنى مولاي إليك هدية، وسعه أن يأخذها^(٩)؛ لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها، أو نفسها؛ لما قلنا^(١٠).

قال^(١١): ويقبل في المعاملات قول الفاسق^(١٢)، ولا يقبل في الديانات إلا قول

(١٧) أى خادماً مجوسياً.

(١) قوله: "مقبول إلخ" لا يقال: كان ينبغي أن لا يقبل قوله؛ لأنه إخبار بأن هذا لحم حلال والحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل، والمجوسى ليس بعدل؛ لأننا نقول: إنه إخبار بالشراء من يهودى، أو نصرانى، أو مسلم، وإنه من المعاملات، وإنما يثبت الحل في ضمنه.

وكذلك لو قال: اشتريته من غيرهم إثبات الحرمة فيه ضمنى، فلما قبل قوله في الشراء يثبت ما في ضمنه؛ لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، كوقف المنقول ضمناً بغير المنقول، وكبمع الشرب وغيره. (كفاية)

(٢) لأن الكذب حرام في الأديان كلها.

(٣) يعنى إذا قال الأجير المجوسى: اشتريته من مجوسى كان حراماً. (غن)

(٤) أى معنى قول محمد. (عبنى)

(٥) أى القدورى. (عبنى)

(٦) أى قال العبد، أو الجارية، أو الصبى: إن هذه هدية أرسلها بيدي فلان.

(٧) قوله: "والإذن [في التجارة]" أى قال العبد، أو الجارية، أو الصبى: إنه أذن لى فى التجارة.

(٨) أى السفر.

(٩) جارية.

(١٠) قوله: "لما قلنا [إشارة إلى قوله: لأن الهدايا تبعث عمدة على أيدي هؤلاء. ك]" إشارة إلى قوله: فلو لم يقبل

قولهم يؤدى إلى الحرج. (من)

(١١) أى القدورى. (عبنى)

(١٢) قوله: "ويقبل في المعاملات إلخ" وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز، حرّاً كان أو عبداً، مسلماً كان

أو كافراً، كبيراً كان أو صغيراً؛ لعموم الضرورة، فإن الإنسان قلما يجد المستجمع بشرائط العدالة ليعامله، أو يستخدمه، ويبعثه إلى وكلاءه ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع سوى الخبر.

العدل^(١)، ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس، فلو شرطنا شرطاً زائداً^(٢) يؤدي إلى الحرج، فيقبل قول الواحد فيها^(٣)، عدلاً كان أو فاسقاً، كافراً كان أو مسلماً، عبداً كان أو حراً، ذكراً كان أو أنثى؛ دفعاً للحرج.

أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات، فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط، فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل؛ لأن الفاسق متهم^(٤)، والكافر لا يلتزم الحكم، فليس له أن يلزم^(٥) المسلم.

بخلاف المعاملات؛ لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة، ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها، فكان فيه ضرورة^(٦) فيقبل، ولا يقبل فيها^(٧) قول المستور^(٨) في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها^(٩) جرياً على مذهبه^(١٠) أنه يجوز القضاء به، وفي ظاهر الرواية^(١١) هو والفاسق فيه سواء، حتى يعتبر فيهما^(١٢) أكبر الرأي. قال^(١٣): ويقبل فيها^(١٤) قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولاً؛ لأن عند العدالة

ولأن المعاملات ليس فيها إلزام، واشتراط العدالة للإلزام، فلا معنى لاشتراطها فيها؛ لأن الحال فيها حال مسألة لاحال منازعة؛ ولأن المعاملات يكثر الخ، فإذا قبل فيها قول المميز، وكان في ضمن قبوله فيها قبوله في الديانات يقبل في الديانات ضمناً ضرورة، وكس من شيء لا يصح قصداً يضح ضمناً؛ ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة، فلو لم يثبت فيها في ضمن المعاملات لأدى إلى الحرج، بخلاف الديانات المقصودة. (زيلي)

(١) المسلم.

(٢) كالعدالة.

(٣) أى في المعاملات.

(٤) قوله: "لأن الفاسق متهم" لأنه يرتكب الكبائر، فجاز أن يرتكب الكذب. (كافى)

(٥) الحكم.

(٦) أى فى قبول قوله فى المعاملات.

(٧) أى فى الديانات. (٤)

(٨) وهو الذى لم يعلم عدالته ولا فسقه. (ك)

(٩) ديانات.

(١٠) قوله: "جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء" أى يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى الشاهد عند أبى حنيفة إذا لم يطعن الخصم، والصحيح أن المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة، حتى تظهر عدالته. (ك)

(١١) قوله: "وفى ظاهر الرواية إلخ" وظاهر الرواية أصح؛ لأنه لا بد من أحد شطرى الشهادة، وقد سقط اعتبار العدد، فبقى اعتبار العدالة. (عناية)

(١٢) قوله: "حتى يعتبر فيهما" أى فى الفاسق والمستور إذا أخبرا بنجاسة الماء. (عناية)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) ديانات.

الصدق راجح، والقبول لرجحانه^(١)، فمن المعاملات ما ذكرنا^(٢)، ومنها التوكيل، ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء، حتى إذا أخبره^(٣) مسلم مرضى^(٤) لم يتوضأ به ويتيمم، ولو كان المخبر^(٥) فاسقاً، أو مستوراً تحرى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به.

وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط، ومع العدالة يسقط احتمال الكذب^(٦)، فلا معنى للاحتياط بالإراقة، أما التحرى فمجرد ظن^(٧)، ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم؛ لترجح جانب الكذب بالتحرى، وهذا^(٨) جواب الحكم، فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء؛ لما قلنا^(٩).
ومنها الحل والحرمة^(١٠)، إذا لم يكن فيه زوال الملك، وفيها تفاصيل وتفريعات، ذكرناها فى "كفاية المنتهى".

قال^(١١): ومن دعى إلى وليمة^(١٢)، أو طعام، فوجد ثمة لعباً، أو غناء^(١٣)، فلا

(١) صدق.

(٢) كالشراء والإذن.

(٣) بنجاسة الماء.

(٤) عدل.

(٥) بنجاسة الماء.

(٦) قوله: "مع العدالة إلخ" يعنى إذا أخبر عدل بنجاسة الماء يتيمم من غير إراقة الماء؛ لسقوط احتمال الكذب مع العدالة، وأما التحرى إلخ. (كفاية)

(٧) فلا بد فيه من الاحتياط بالإراقة.

(٨) أى الوضوء وعدم التيمم.

(٩) إشارة إلى قوله: أما التحرى فمجرد ظن، فكان فيه احتمال الخطاء، وإن لم يترجح أحد الجانبين، فالأصل هو

الطهارة. (ك)

(١٠) قوله: "ومنها الحل والحرمة إلخ" يقبل فيهما خير الواحد العدل إذا لم يتضمن زوال الملك، كالإخبار بحرمة الطعام والشراب، يقبل قول العدل، فلا يحل الأكل ولا الطعام؛ لأنها حق الله، فيثبت بخير 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، أو امرأة عدل للزوجين، بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة لا يقبل، بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأن الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور، فكان متضمناً لزوال الملك.

فإن قيل: قد تقدم قوله؛ لأنه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل، أولى أن يقبل فى الحرمة، وهو يدل على أن العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط، فكان كلامه متناقضاً، وأجيب: بأن ذلك كان ضمناً، وكمن شىء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، فلا تناقض؛ لأن المراد ههنا ما كان قصداً. (عناية)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى).

(١٢) الوليمة قيل: طعام العرس. (ع)

بأس بأن يقعد ويأكل ، قال أبو حنيفة : ابتليت بهذا مرة فصبرت ، وهذا لأن إجابة الدعوة سنة ، قال عليه السلام : «من لم يجب الدعوة^(١) فقد عصى أبا القاسم»* ، فلا يتركها^(٢) لما اقترنت بها من البدعة^(٣) من غيره ، كصلاة الجنائز واجبة الإقامة^(٤) ، وإن^(٥) حضرته نياحة^(٦) ، فإن قدر^(٧) على المنع منهم^(٨) ، وإن لم يقدر يصبر .

وهذا إذا لم يكن^(٩) مقتدى ، فإن كان^(١٠) ولم يقدر على منعهم يخرج ، ولا يقعد ؛ لأن في ذلك شين الدين^(١١) ، وفتح باب المعصية على المسلمين^(١٢) ، والمحكى عن أبي حنيفة في "الكتاب"^(١٣) كان قبل أن يصير مقتدى ، ولو كان ذلك^(١٤) على المائة^(١٥) لا ينبغي أن يقعد ، وإن^(١٦) لم يكن مقتدى ؛ لقوله تعالى : ﴿ فلا تقعد بعد

(١٣) الغناء بالكسر السماع . ٤ . ٦

(١) قوله : "من لم يجب الدعوة إلخ" قلت : أخرج مسلم بمعناه في النكاح عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «شر الطعام طعام الوليمة يمنعها من يأتيها ويدعى إليها من يأبأها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله» انتهى . (ت) * راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢١ ، والدراية ج ٢ ص ٢١٨ ، الحديث ٩٣٧ . (نعميم)

(٢) دعوت .

(٣) بيان ما .

(٤) قوله : "كصلاة الجنائز" 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 اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة . (٤)

(٥) الواو وصلية .

(٦) بالكسر : زارى كردن . (م)

(٧) المدعو .

(٨) قوله : "منعهم إلخ" ليكون عملاً بقوله عليه السلام : «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده» الحديث . (٤)

(٩) المدعو .

(١٠) مقتدى .

(١١) قوله : «لأن في ذلك [قعود] شين الدين [بافتح عيب . م]» لأن المقتدى إمام في الدين ، وفعل إمام الدين على خلاف الدين استخفاف بالدين في نظر الناظرين . (أعظمي)

(١٢) قوله : «فتح باب المعصية إلخ» فإنه ربما يعتقد البعض الحل حين يراه ساكتاً ، يصنع ذلك بين يديه ، فيكون فيه فتح باب المعصية على المسلمين . (كافى)

(١٣) أى الجامع الصغير . (عينى)

(١٤) أى هذا إذا كان الغناء واللعب في ذلك المنزل لا المائة ، ولو كان ذلك إلخ .

(١٥) مائدة خوان آراسته بطعام ، فإذا لم يكن عليه طعام فهى خوان . (من)

الذكرى مع القوم الظالمين ﴿١﴾ .

وهذا كله بعد الحضور، ولو علم ^(٢) قبل الحضور لا يحضر؛ لأنه لم يلزمه حق الدعوة ^(٣)، بخلاف ما إذا هجم عليه ^(٤)؛ لأنه قد لزمه ^(٥)، ودلت المسألة ^(٦) على أن الملاهي كلها حرام ^(٧)، حتى التغنى بضرب القضيب ^(٨)، وكذا ^(٩) قول أبي حنيفة ^(١٠): ابتليت؛ لأن الابتلاء بالمحرم يكون ^(١١).

فصل في اللبس ^(١٢)

قال ^(١٣): لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء؛ لأن النبي عليه السلام نهى ^(١٤) عن لبس الحرير ^(١٥) والديباج، وقال: «إنما يلبسه من لا خلاق له في

(١٦). الواو وصليته.

(١) أى تذكر النهى. (طحطاوى)

(٢) المدعو للعب والغناء.

(٣) قوله: لأنه لم يلزمه حق الدعوة "لأن إجابة الدعوة إنما يلزم إذا كانت الدعوة على وجه السنة، وهذا إذا كانوا لا يتركون بحضوره، وإن كانوا يتركون احتشاماً له واحتراماً له يحضر؛ لأن حضوره يكون من باب النهى عن المنكر. (ك)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا هجم [هجوم ناگاه برسر چیزی در آوردن. م] عليه" أى أتى بغتة على اللعب، أو الغناء من غير علم بذلك حين دعى إلى الوليمة. (مل)

(٥) ولم يلتزمه.

(٦) قوله: ودلت المسألة إلخ "لأن محمداً أطلق اسم اللعب والغناء بقوله: فوجد ثم اللعب والغناء؛ فاللعب وهو اللهو حرام بالنص، قال عليه السلام: «لهو المؤمن باطل إلا فى ثلاث تأديبه فرسه»، وفى رواية: «ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله»، وهذا الذى ذكره ليس من هذه الثلاث، فكان باطلاً، ثم الكلام فى الغناء.

قال بعضهم: دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع إليه معصية؛ لقوله عليه السلام: «استماع الملاهي معصية والجلوس عليه فسق والتلذذ بها من الكفر»، وإنما قال ذلك على سبيل التشديد، وإن سمع بغتةً، فلا إثم عليه، ويجب عليه أن يجتهد بكل الجهد، حتى لا يسمع. (ك)

(٧) قوله: "على أن الملاهي إلخ" ومن ذلك ضرب التوبة للتفاخر، فلو للتبويه، فلا بأس به، كما إذا ضرب فى ثلاثة أوقات لتذكير ثلث نفخات الصور المناسبة بينهما، فبعد العصر للإشارة إلى نفخة الفزع، وبعد العشاء إلى نفخة الموت، وبعد نصف الليل إلى نفخة البعث. (در مختار)

(٨) كأمير: شاخ درخت. (من) عنى به خشب الحارس. (ك)

(٩) معطوف على قوله: دلت المسألة. (٤)

(١٠) أى دال على أن الملاهي إلخ.

(١١) قوله: "لأن الابتلاء بالمحرم [لا بغير المحرم] يكون" قال مشايخنا: استماع القرآن بالإلحان معصية، والتالى والسامع أتمان. (كافى)

(١٢) لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية، ذكر تفصيل ما يحتاج إليه الإنسان، وقدم اللبس لكثرة الحاجة إليه. (٤)

(١٣) أى القدورى فى "مختصرة". (عينى)

(١٤) قوله: "نهى عن لبس إلخ" قلت: هما حديثان: الأول: أخرجه الجماعة عن حذيفة قال: سمعت رسول الله

الآخرة*، وإنما حل للنساء^(٢) بحديث آخر^(٣)، وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، منهم على رضى الله تعالى عنه، أن النبي ﷺ خرج^(٤) ويأحدي يديه حرير، وبالأخرى ذهب، وقال: «هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم**».

ويروى حل لإناثهم^(٥)، إلا أن القليل عفو، وهو مقدار^(٦) ثلاثة أصابع^(٧) أو أربعة كالأعلام^(٨) والمكفوف^(٩) بالحرير؛ لما روى***: «أنه عليه السلام^(١٠) نهي عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة^(١١) أراد الأعلام، وعنه عليه السلام: «أنه كان يلبس جبة مكفوفة^(١٢) بالحرير****».

ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحريرة ولا الديباج». والثاني: أخرجه البخارى ومسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنهما رأى حلة سبراء عند باب المسجد، فقال: يا رسول الله! لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك، فقال رسول الله ﷺ: «إنا يلبس الحرير فى الدنيا من لا خلاق له فى الآخرة». (مل)

(١٥) قوله: «الحرير [معرب ديبا. م] الإبريسم المطبوخ، سمي الثوب المتخذ منه حريراً، وفي جمع التفاريق الحرير ما كان مصمتاً، أو لحمته حريراً، والديباج الثوب الذى سداه ولحمته إبريسم، وعندهم اسم للمنقش. (مغرب)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٢، والدراية ج ٢ ص ٢١٨، الحديث ٩٣٨. (نعيم)

(٢) قوله: «وإنما حل للنساء إلخ» لما ذكر الحرمة والحل، فاستدل على الحرمة بقوله عليه السلام: «إنما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة»، وهو عام فى الذكر والأنثى، لزم أن يقول: «وإنما حل للنساء بحديث آخر. (عناية)

(٣) قوله: «بحديث آخر [متأخر عن الأول]» الدليل دل على أن مقتضى الحل للإناث متأخر، وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبير، وهذا آية قاطعة على تأخره. (ك).

(٤) قوله: «خرج ويأحدي يديه إلخ» رواه الطبرانى فى «معجمه» عن عبد الله بن عمرو قال: «خرج النبي ﷺ وفى إحدى يديه ثوب من حرير، وفى الأخرى ذهب، فقال: «إن هذين محرمان على ذكور أمتي حل لإناثهم»، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٢، والدراية ج ٢ ص ٢١٩، الحديث ٩٣٩. (نعيم)

(٥) قوله: «ويروى إلخ» وقال بعض الفقهاء: هو حرام عليهن لعموم النهى. (ك)

(٦) فى العرض.

(٧) أى مضمومة لا مثورة.

(٨) قوله: «كالأعلام» علم الثوب رقمه، وهو الطراز كما فى القاموس، والمراد به ما كان من خالص الحرير نسجا أو خياطة. (رد المحتار)

قوله: «كالأعلام» وفى «السير الكبير»: «أن العلم حلال مطلقاً، سواء كان صغيراً أو كبيراً، ومن الناس من حرم ذلك؛ لعموم النهى. (ك)

(٩) أى سنجاف دوخته شدة.

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٥، والدراية ج ٢ ص ٢٢٠، الحديث ٩٤٠. (نعيم)

(١٠) قلت: أخرجه مسلم عن عمر بن الخطاب.

(١١) كذا قال أبو عثمان: كذا قال الزيلعى.

قال^(١): ولا بأس بتوسده^(٢)، والنوم عليه عند أبي حنيفة، وقالوا: يكره^(٣)، وفي "الجامع الصغير": ذكر قول محمد وحده، ولم يذكر قول أبي يوسف، وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ، وكذا الاختلاف في ستر الحرير^(٤)، وتعليقه على الأبواب، لهما العمومات^(٥)؛ ولأنه من زى الأكاسرة^(٦) والجبايرة، والتشبه بهم حرام. وقال عمر رضى الله تعالى عنه*: "إياكم وزى الأعاجم^(٧)"، وله ما روى^(٨): «أنه عليه السلام جلس على مرفقة^(٩) حرير** وقد كان على بساط^(١٠) عبد الله بن عباس رضى الله تعالى عنهما مرفقة^(١١) حرير^(١٢)***؛ ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام، فكذا القليل من اللبس^(١٣) والاستعمال، والجامع كونه

(١٢) أى مكفوفة الجيب والكمين، كذا رواه أبو داود.

**** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٦، والدراية ج ٢ ص ٢٢٠، الحديث ٩٤١. (نعيم)

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) توسد: بالش كردن چیزی را. (م)

(٣) يعنى للرجل والمرأة جميعاً بخلاف اللبس. (ك)

(٤) پرده، أى فى تعليقه على الجدر. (ك)

(٥) قوله: "لهما العمومات" يريد به قوله: نهى عن لبس الحرير، وقوله: إنما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة. (ع)

(٦) قوله: "زى [بالكسر: جامه ولباس] الأكاسرة إلخ" الأكاسرة جمع كسرى - بفتح الكاف وكسرها - وهو

اسم كل من ملك فارس من المعجم، والجبايرة جمع جبار، وهو المتكبر. (عنى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٦ تحت الحديث السابع، والدراية ج ٢ ص ٢٢٠، الحديث ٩٤٢. (نعيم)

(٧) هذا تحذير.

(٨) قلت: غريب جداً. (ت)

(٩) بكسر الميم: وسادة الأتكاء.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٧، والدراية ج ٢ ص ٢٢٠ تحت الحديث ٩٤٢. (نعيم)

(١٠) فراش.

(١١) بالكسر: بالش، وسادة الأتكاء. (ك)

(١٢) رواه ابن سعد فى "الطبقات". (ت)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٧ تحت الحديث الثامن، والدراية ج ٢ ص ٢٢٠ تحت الحديث ٩٤٢. (نعيم)

(١٣) قوله: "فكذا القليل إلخ" فإن قيل: الجلوس على كرسى الفضة لا يحل، ولا يحل افتراشه، وقد حل القليل

منه، وهو لبس الخاتم، قلنا: ما أطلقنا القليل إلا ليكون نموذجاً، فإذا انقلب مقصوداً بقى حراماً كالخمر، وهذا؛ لأن الحرير

لباس أهل الجنة، قال الله تعالى: ﴿ولباسهم فيها حرير﴾ فوجب إطلاق القليل منه، وهو العلم، والقليل من لبسه وهو

الافتراش؛ ليكون نموذجاً إلى ذلك الكثير الكامل.

فأما الفضة فلا يكون لباساً فى الدار الآخرة، وإنما يكون منها الكرسى ونحوها، فلو أطلقناه لصار عينها مطلقاً، عين

الشيء لا يصلح نموذجاً. (ك)

ثمودجاً^(١) على ما عرف .

قال^(٢) : ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما ؛ لما روى الشعبي رحمه الله تعالى أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب* ؛ ولأنه فيه ضرورة، فإن الخالص منه أَدْفَعُ^(٣) لَمَعْرَةِ^(٤) السلاح، وأهيب في عين العدو لبريقه^(٥) . ويكره عند أبي حنيفة ؛ لأنه لا فصل فيما رويناه^(٦) ، والضرورة اندفعت بالمخلوط، وهو الذي لحمته^(٧) حرير، وسداه^(٨) غير ذلك، والمحذور لا يستباح إلا لضرورة^(٩) ، وما رواه محمول على المخلوط^(١٠) .

قال^(١١) : ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير، كالقطن والخز^(١٢) في الحرب وغيره ؛ لأن الصحابة رضی الله تعالى عنهم^(١٣) كانوا يلبسون الخز** ، والخز

(١) قوله: "كونه ثمودجاً [ثمونه]" النموذج - بفتح النون - معرب بمعنى الأمودج، بضم الهمزة، يعنى أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة؛ ليرغب في تحصيل سبب يوصل إليه. (٤)

(٢) أى القدورى. (عينى)

* راجع نصب الراية ج؛ ص ٢٢٧، والدراية ج ٢ ص ٢٢١، الحديث ٩٤٣. (نعيم)

(٣) أى دافع ترست محنت وسختى سلاح را، وهيت پيدا ميکند در چشم عدو. (ترجمه)

(٤) معرة - بالفتح وتشديد راء - أى شدته شر وضرر. (م)

(٥) بريق درخشیدن. (م)

(٦) يريد به قوله عليه السلام: «هذان محرمان على ذكور أمتي». (٤)

(٧) بانا، بودجامه.

(٨) تانا، تارجامه خلاف بود. (م)

(٩) قوله: "والمحذور لا يستباح إلا لضرورة" مرتبط بالمقدمة السابقة عليها، وهى قوله: والضرورة اندفعت بالمخلوط، والمعنى أن المحذور لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك، فلا مجال لاستباحة الخالص منه، فالمقدمة الثانية فى تقرير المصنف متقدمة فى المعنى، إلا أنها آخرها فى الذكر؛ لكون مساس المقدمة الأولى بدليلهما العقلى أكثر، وتأثيرها فى الجواب عن ذلك الدليل أظهر. (نت)

(١٠) قوله: "وما رواه محمول الخ" أقول: فيه نظر؛ لأن ما رواه ترخيص النبى ﷺ فى لبس الحرير والديباج فى الحرب، والحمل على المخلوط إن صح فى الحرير لا يصح فى الديباج؛ لأن الديباج فى اللغة والعرف ما كان كله حريراً، قال فى "المغرب" الديباج الذى سداه ولحمته إريسم. (نت)

(١١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٢) قوله: "والخز [هو اسم دابة سمي المتخذ من وبره خزاً. مصفى]" هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون فى الماء. (ك)

قوله: "والخز" خز در اصل دابه بحرست بعد ازان جامه كه از ريشم آن بافند، نيز گویند. (م)

(١٣) كآنس وعمران بن حصين وغيرهما، كذا قال الزيلعى.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٢٧ تحت الحديث التاسع، والدراية ج ٢ تحت الحديث ٩٤٣ ص ٢٢١. (نعيم)

مُسَدَى بِالْحَرِيرِ^(١)؛ ولأن الثوب^(٢) إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج باللحمة، فكانت هي المعتبرة^(٣) دون السدى، وقال أبو يوسف^(٤): «أكره ثوب القنز^(٥) يكون بين الفرو^(٦) والظهارة^(٧)، ولا أرى بحشو القنز^(٨) بأساً؛ لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس^(٩)».

قال^(١٠): «وما كان لحمته حريراً، وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة، ويكره في غيره؛ لانعدامها^(١١)، والاعتبار للحمة على ما بينا^(١٢)»، قال^(١٣): «ولا يجوز للرجال التحلى^(١٤) بالذهب؛ لما روينا^(١٥)، ولا

(١) أسدى الثوب: بافت جامه را. (من)

(٢) قوله: «ولأن الثوب إلخ» أى الثوب يصير للحمة؛ لأنه إنما يصير ثوباً بالنسج، والنسج بتركيب اللحمة، فكانت اللحمة كالوصف الأخير، فيضاف الحكم إليه. (بدائم)

(٣) قوله: «هى المعتبرة» لما عرف أن العبرة فى الحكم لآخر وصفى العلة. (ك)

(٤) قوله: «وقال أبو يوسف» كفت است أبو يوسف كه میان تهى از جامعى قز كه نوعى از ابريشم ست مكروه است. (ترجمة)

(٥) ثوب القنز - بالفتح وتشديد زى - ابريشم جام. (م)

(٦) پوستين.

(٧) ابره، نقيض البطانة. (ديوان)

(٨) بالفتح: چيرى كه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٩) قوله: «لأن الثوب إلخ» أى لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس، ولبس الحرير لا يجوز للرجال، فأما الحشو فليس بملبوس. (ك)

(١٠) أى محمد. (عيني)

(١١) ضرورة.

(١٢) قوله: «على ما بينا» إشارة إلى قوله: «لأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج». (ع)

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١٤) قوله: «ولا يجوز للرجال التحلى» [التزين] أقول: قد جرى الرواج بين العوام كالأنعام، بل الخواص كالعوام، استعمال النعال المغقة بنقوش الذهب والفضة، وقد سئلت عنه كثيراً، فاجبت، بأن النعال أيضاً من جملة الثياب الملبوسة، ولهذا يقال له فى الفارسية پاپوش، فحكمه حكمها.

فمقدار الحرير والذهب والفضة الذى يجوز استعماله فى الثياب كالعمامة والقميص وغيرها يجوز استعمال ذلك القدر فيه أيضاً، وهو مقدار أربعة أصابع على طرف الثوب، والنقوش المتفرقة فى الوسط، على ما هو مبسوط فى محله.

وسئل عن هذه المسألة بعض من قبلنا فى سنة ١٢٣٦، فأفتى بأن النعل الكذائى من جملة الحلئى، فيحرم استعماله على الرجال والنساء، ولا يخفى عليك ما فيه، فاستقم ولا تزل، وزيادة التحقيق فى هذا البحث فى رسالتى «غاية المقال فيما يتعلق بالنعال» فارجم إليها. (مولوى محمد عبد الحى رحمه الله تعالى)

(١٥) قوله: «لما روينا» من قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى» فإن قيل: قوله عليه السلام: «هذان حرامان على ذكور أمتى»؛ لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى: ﴿قل من حرم زينة الله التى أخرج﴾ الآية

بالفضة؛ لأنها في معناه^(١)، إلا بالخاتم^(٢) والمنطقة^(٣) وحلية^(٤) السيف من الفضة؛ تحقيقاً لمعنى النموذج^(٥) والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد، كيف؟ وقد جاء في إباحة ذلك آثار^(٦).

وفى "الجامع الصغير"^(٧): ولا يتختم إلا بالفضة، وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفير^(٨) حرام، ورأى رسول الله ﷺ^(٩) على رجل خاتم صفير،

ولا يقيده؛ لأن التقييد نسخ، فالجواب أنه مشهور متفق عليه، تلقته الأمة بالقبول، فجاز التقييد به. (٤)

(١) ذهب.

(٢) قوله: "إلا بالخاتم" وفى "الاختيار": من أن يكون الخاتم على قدر مثقال فما دونه، وفى "رد المحتار" قدر درهم، والمنطقة فى عيون الأثر لأبى الفتح اليمرى، ويقال له: ابن سيد الناس، إن النبى ﷺ كان له منطقة من أديم ميثور، أى مقشور ثلث حلقها وإزيمها وطرفها فضة، والإزيم الذى فى رأس المنطقة ونحوها، كذا فى شرح "النقاية" لعلى القارى. وفى "رد المحتار" عامة عبارتهم مطلقة، لكن فى "القنية" لا بأس باستعمال منطقة حلقها فضة، ولا بأس إذا كان قليلاً، وإلا فلا، وفى "الظهيرية" وعن أبى يوسف لا بأس بأن يجعل فى أطراف سيور اللجام والمنطقة الفضة، ويكره أن يجعل جميعه أو عامته الفضة، فتأمل، انتهى. وحلية السيف والشروط أن لا يضع يده على موضع الفضة، كذا فى "رد المحتار" وفى لفظ "النسائي" كان نعل سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه وما بين ذلك حلق من فضة، والقبيعة بالقاف فموحدة، ثم ياء تحتية، ثم مهمل على وزن سفينة مع على طرف مقبض السيف من فضة، أو حديد، كذا فى شرح "النقاية" وفى "العالمگیریة": إذا كان فى فصل السيف، أو فى قبضة السيف فضة، قال أبو حنيفة: إن أخذ من السكين موضع الفضة يكره، وإلا فلا، وقال أبو يوسف: يكره مطلقاً، انتهى، وفى "رد المحتار": ويجتنب فى النصل والقبيضة واللجام موضع اليد، انتهى. "من الفضة" أى لا من الذهب كذا فى "رد المحتار" قال فى "العالمگیریة": وفى "السير": لا ينبغي أن يحلى السيف بذهب وإن كان فى الحرب؛ لأن الحلية لا ينتفع فى الحرب، وإنما هى للزينة، قال عفا الله عنه، فإذا كان هذا فى السيف، ففى حمائله أولى، كذا فى "التمرتاشى"، انتهى.

وقال القهستاني فى شرح "النقاية" ناقلاً عن "فتاوى قاضى خان": لا بأس بحلية المنطقة والسلاح، وحمائل السيف بالفضة فى قولهم، ويكره ذلك بالذهب عند البعض، هذا إذا خلص من الفضة أو الذهب، وإلا فلا بأس به عند الكل، انتهى. وفى "العالمگیریة" ولا بأس بتموية السلاح بالذهب والفضة، كذا فى "السراجية" انتهى، وفى "مجمع البركات" أما التموية الذى لا يخلص منه الذهب والفضة لا بأس به، انتهى. (مل)

(٣) كمريند.

(٤) زيور.

(٥) نمونه.

(٦) قوله: "وقد جاء الخ" أخرج الأئمة الستة إلا ابن ماجه عن أنس أن رسول الله ﷺ أراد أن يكتب إلى بعض الأعاجم، فقيل له أنهم لا يقرؤون كتاباً إلا بخاتم، فاتخذ خاتماً من فضة، ونقش فيه "محمد رسول الله"، فكان فى يده حتى قبض، وفى يد أبى بكر حتى قبض، وفى يد عمر حتى قبض، وفى يد عثمان حتى سقط منه فى "بئر أريس"، ثم أمر بها فزجت، فلم يقدر عليه، انتهى. وفى لفظ "النسائي" كان سيف رسول الله ﷺ من فضة، وقبيعة سيفه فضة، انتهى، وفى كتاب "عيون الأثر" للشيخ أبى الفتح أنه كان للنبي ﷺ منطقة من أديم طرفها فضة. (مل)

(٧) أتى بلفظ "الجامع الصغير" لأداة الحصر فيه. (٤)

(٨) وأن مس باقلى گداخته. (برهان) صفر - بالضم - بمعنى روئين، كه بهندى کانسى گویند. (غياث اللغات)

(٩) أخرجه الترمذى.

فقال (١): «ما لى أجد منك رائحة الأصنام ورأى على آخر خاتم حديد (٢) فقال (٣) ما لى أرى عليك حلية (٤) أهل النار*، ومن الناس من أطلق (٥) فى الحجر الذى يقال له: يشب (٦)؛ لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر، وإطلاق الجواب (٧) فى الكتاب (٨) يدل على تحريمه.

والتختم بالذهب على الرجال حرام؛ لما روينا (٩)، وعن على رضى الله تعالى عنه (١٠): «أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب*»؛ ولأن الأصل فيه (١١) التحريم، والإباحة ضرورة الختم أو النموذج، وقد اندفعت بالأدنى، وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة؛ لأن قوام الخاتم بها، ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر، ويجعل الفص إلى باطن كفه (١٢)، بخلاف النسوان؛ لأنه (١٣) تزين فى حقهن، وإنما يتختم القاضى والسلطان؛ لحاجته إلى الختم، فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة إليه.

(١) فأمره فرمى به.

(٢) قوله: «ورأى على آخر الخ» ليس كذلك بل هو رجل واحد كما هو فى حديث رواه أبو داود والترمذى والنسائى، من أنه جاءه رجل إلى النبى ﷺ وعليه خاتم من حديد، فقال: «ما لى أرى عليك حلية أهل النار»، ثم جاء وعليه خاتم من شبه، وفى رواية الترمذى من صفر، فقال: «ما لى أجد منك ربح الأصنام»، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٣) فأمره فرمى. (كف)

(٤) زيور. (من)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٣٤، والدراية ج ٢ ص ٢٢٣، الحديث ٩٤٥. (نعيم)

(٥) قوله: «ومن الناس من أطلق [أى أباح] الخ» وإليه مال شمس الإئمة السرخسى؛ فإنه قال: والأصح أنه لا بأس به كالعقيق، فإنه عليه السلام كان يتختم بالعقيق، وقال: «تختموا بالعقيق فإنه مبارك». (ك)

(٦) بالفتح: معرب يشم. (م) حجر يضرب إلى الصفرة. (مضمرات)

(٧) وهو قوله: ولا يتختم إلا بالفضة. (ك)

(٨) يعنى الجامع الصغير. (٤)

(٩) قوله: «لما روينا» إشارة إلى قوله: «هذان حرامان» الحديث، ومن الناس من جوز التختم بالذهب؛ لما روى عن البراء بن عازب، أنه لبس خاتم ذهب؛ ولأن النبى عن استعمال الذهب والفضة سواء، فلما حل التختم بالفضة لقلته؛ ولكونه نموذجاً وجعل كالعلم فى الثوب، فكذا فى الآخر، والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنه أن النبى ﷺ «نهى عن ذلك». (ك)

(١٠) رواه الجماعة إلا البخارى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٣٥، والدراية ج ٢ ص ٢٢٣، الحديث ٩٤٦. (نعيم)

(١١) تختم.

(١٢) لأن النبى ﷺ فعل كذلك. (كف)

(١٣) تختم.

قال^(١): ولا بأس بمسما^(٢) الذهب يجعل في جحر^(٣) الفص، أى فى ثقبه^(٤)؛ لأنه تابع كالعلم فى الثوب، فلا يعد لابساً له.

قال^(٥): ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة، وهذا عند أبى حنيفة، وقال محمد: لا بأس بالذهب أيضاً، وعن أبى يوسف مثل قول كل منهما^(٦).

لهما^(٧) أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه^(٨) يوم الكلاب^(٩)، فاتخذ أنفاً من فضة فأتى^(١٠)، فأمره النبى عليه السلام^(١١) بأن يتخذ أنفاً من ذهب*.

ولأبى حنيفة أن الأصل فيه التحريم، والإباحة للضرورة، وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى، فبقى الذهب على التحريم، والضرورة فيما روى لم تندفع فى الأنف دون^(١٢) حيث أتى.

قال^(١٣): ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحزير^(١٤)؛ لأن التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الألباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها.

قال^(١٥): وتكره الخرقه التى تحمل فيمسح بها العرق؛ لأنه نوع تجبر وتكبر، وكذا^(١٦) التى يمسح بها الوضوء^(١٧)، أو يمتخط بها^(١٨)، وقيل: إذا كان عن حاجة لا

(١) أى محمد. (عبنى)

(٢) ميخ. (م)

(٣) سوراخ.

(٤) ثقبه - بالفتح - سوراخ. (م)

(٥) أى محمد. (عبنى)

(٦) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" يعنى اختلاف المشايخ فى قول أبى يوسف، فمنهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة، هكذا ذكر الكرخى، وذكر فى "الأمالى" قوله مع قول محمد. (٤)

(٧) صاحبين.

(٨) أصابه درد مند ومصبيت زده كردن. (من)

(٩) قوله: "يوم الكلاب" هو - بضم الكاف وتخفيف اللام - اسم ماء، وقيل: اسم وادٍ بين الكوفة والبصرة، وكانت فيه واقعة عظيمة للعرب. (مل)

(١٠) إثنان: ناخوش شدن. (من)

(١١) أخرجه أبو داود. (ت)

* راجع نصب الراية ج٤؛ ص ٢٣٥، والدراية ج٢ ص ٢٢٤، الحديث ٩٤٧. (نعيم)

(١٢) قوله: "لم تندفع فى الأنف دون" أى دون الذهب أى لم تندفع للضرورة فى الأنف بدون اتخاذه من الذهب. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عبنى)

(١٤) وذلك لأن الصبى يجب أن يعود ما يجوز فى الشريعة، دون ما لا يجوز؛ ليألف ذلك. (غن)

(١٥) أى محمد. (عبنى)

يكره، وهو الصحيح^(١)، وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبّر، وصار^(٢) كالتربع^(٣) في الجلوس.

ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه، أو خاتمه الخيط للحاجة، ويسمى ذلك الرتم^(٤) والرثيمة^(٥)، وكان ذلك من عادة العرب، قال قائلهم: شعر:
لا ينفعنك اليوم إن همت^(٦) بهم كثرة ما توصى وتعقاد الرتم^(٧)
وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك^{(٨)*}؛ ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح، وهو التذكر عند النسيان.

(١٦) أى يكره.

(١٧) أى الماء الذى يتوضأ فيه.

(١٨) أى يؤخذ بها المخاط، وهو ماء الأنف، امتحاط: بينى باك كردن.

(١) قوله: "وهو الصحيح" لأن عامة المسلمين استعملوا هذا فى عامة البلدان؛ لدفع الأذى، وما رآه المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن. (٤)

(٢) فإنه مكروه؛ لأنه من عادة الجبايرة إلا الحاجة كالتفكير، وغيره.

(٣) بچار زانو نشستن. (من)

(٤) بالفتح: رشته كه بجهت ياد داشت بانگشت بندند. (غياث)

(٥) قوله: "والرثيمة" رثيمه كسفينه بمعنى رثمه است، جمع آن رثائم ورتام است. ورثمه بالفتح: رشته كه بر انگشت بندند جهت ياد دادن چیزی كه گفته باشند رتم جمع، كذا فى "منتهى الأرب".

(٦) قوله: "همت" أى اگر قصد زن بود بزنا پس چه فائده از كثررت وصيت ويستن رتم اعنى در انگشت يادر انگشترى آن زن برای ياد داشتن وصيتهاى تو، واين قول ابو الليث است. (ترجمه)

(٧) قوله: "وتعقاد الرتم [بفتحتين: ضرب من الشجر]" الرتم نوع من الشجر، وكان الرجل إذا أراد فى السفر عمد إلى هذا الشجر، فقعده بعض أغصانه ببعض، فإذا رجع من سفره وأصابه على تلك الحالة، قال: لم تخنى امرأتى، وإن أصابه وقد انحل قال: قد خانتنى هى ومعنى البيت هل ينفعنك اليوم إن همت امرأتك أن تخونك وصيتك بها، وإقامتك من يحفظها وتعقادك الشجر، قوله: إن همت بهم أى بشيء تريده، يعنى أنها إذا كانت عفيفة حفظت نفسها، وإن لم تكن كذلك، فلا حيلة فيها، كذا قال أبو محمد يوسف بن الحسن، والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن تععال، كالتلعاب والتهداب. والبيت برواية الثقة من أهل اللغة هل ينفعنك اليوم بلفظ هل، وهو القياس فى كلام العرب والفقهاء، وأوردوا فى كتبهم بحرف النفى، وليس ذلك بقياس؛ لأن نون التاكيد لا تدخل فى النفى إلا نادراً فى الشعر، كذا فى "غاية البيان". وفى "الكفاية": أن هذا هو المشهور، والمروى عن الثقات إلا أن أبا الليث ذكر الرتم بمعنى الرثيمة، وفى "المغرب": الرثمة خيط التذكر يعقد بالإصبع، وكذا الرثيمة، قال الشاعر شعرا:

إذا لم تكن حاجاتنا فى نفوسكم فليس بمغسن عنك عقسد الرثائم. (مل)

(٨) قوله: "بذلك" يعنى بربط الخيط فى الإصبع، ليدكره الحاجة، وقال الزيلعى: هذا غريب، وروى أبو يعلى فى "مسنده" والطبرانى فى "معجمه الوسط" أن النبي ﷺ كان يربط الخيط فى إصبعه لتذكر الحاجة، ولكن فى رواية هذه الرواية كلاماً. (مل)

فصل (١) في الوطئ (٢) والنظر والمس

قال (٣): ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها (٤)؛ لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ (٥)، قال (٦) علي وابن عباس رضی الله تعالى عنهما (٧): ما ظهر منها الكحل والخاتم*، والمراد موضعهما (٨)، وهو الوجه والكف، كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها (٩). ولأن في ابتداء الوجه والكف ضرورة؛ لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاءً وغير ذلك، وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها (١٠). وعن أبي حنيفة أنه (١١) يباح؛ لأن فيه بعض الضرورة (١٢)، وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعيها (١٣) أيضاً؛ لأنه قد يبدو (١٤) منها (١٥) عادةً.

(١) قوله: "فصل إلخ" مسائل النظر أربعة، نظر الرجل إلى امرأة، ونظرها إليه، ونظر الرجل إلى الرجل، ونظر المرأة إلى المرأة، والأول على أربعة أقسام: نظره إلى الأجنبية الحرة، ونظره إلى من تحل له من الزوجة والأمة، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. (عناية)

(٢) قوله: "في الوطئ" الظاهر أن المراد بالوطئ ما في مسألة العزل المذكورة في آخر هذا الفصل، وإلا فليس ذكر الوطئ فيه.

(٣) أي القدوري. (عيني)

(٤) قوله: "إلا إلى وجهها إلخ" القياس أن لا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها، وإليه أشار قوله عليه السلام: «المرأة عورة مستورة»، ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع، وهو ما استثناه في الكتاب بقوله: "إلا إلى وجهها وكفيها" للضرورة، وكان ذلك استحساناً؛ لكونه أرفق بالناس. (عناية)

(٥) قوله: "إلا ما ظهر منها" أي إلا ما جرت العادة والجملة على ظهوره، وقوله: "الكحل والخاتم" يعنى موضع الزينة، وهو العين، وموضع الخاتم، وهو الإصبع؛ وهذا إطلاق اسم الحال على المحل، والمراد بالعين الوجه، وبالإصبع اليد، وهو إطلاق اسم البعض على الكل. (مصنف)

(٦) أي فسر ذلك على وابن عباس.

(٧) قوله: "وابن عباس" أخرجه البيهقي عن ابن عباس رضی الله تعالى عنهما، وأما الرواية عن علي فغريب. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٣٩ تحت فصل في الوطئ والنظر والمس، والدرية ج ٢ ص ٢٢٤ تحت الحديث ٩٤٨. (نعيم)

(٨) هذا قول المصنف.

(٩) إطلاقاً لاسم الحال على المحل. (ك)

(١٠) أجنبية.

(١١) أي النظر إلى قدم الأجنبية.

(١٢) قوله: "لأن فيه بعض الضرورة" لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت حافية أو متعلة، وربما لا تجد الخف في

كل وقت. (كافي)

(١٣) أجنبية.

(١٤) الذراع في الخبز والطبخ وغسل الثياب. (كف)

قال^(١): فإن كان لا يأمن الشهوة^(٢) لا ينظر إلى وجهها^(٣) إلا لحاجة^(٤)؛ لقوله عليه السلام^(٥): «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية^(٦) عن شهوة صب في عينيه الآنك^(٧) يوم القيامة»*، فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم، وقوله: لا يأمن يدل على أنه^(٨) لا يباح إذا شك في الاشتها، كما إذا علم^(٩)، أو كان أكبر رأيه ذلك.

ولا يحل له أن يمس وجهها^(١٠) ولا كفها^(١١)، وإن^(١٢) كان يأمن الشهوة؛ لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى^(١٣)، بخلاف النظر؛ لأن فيه بلوى، والمحرم قوله عليه السلام^(١٤): «من مس كف امرأة ليس منها بسبيل^(١٥) وضع على كفه جمرة^(١٦)»

(١٥) أجنبية.

(١) أى القدورى. (عنى)

(٢) قوله: "قال فإن كان إلخ" أى قال القدورى فى "مختصره" أى هذا الذى قلنا من جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفها فيما إذا أمن الشهوة، فإذا لم يأمن الشهوة لم يحل النظر إلى وجهها. (غاية البيان)

(٣) أجنبية.

(٤) قوله: "إلا لحاجة [وإن كان شهوة]" كان دعى إلى الشهادة عليها، أو أراد تزويجها، أو كانت أمة أراد شراها، كذا قال الولوالجى فى فتاواه. (مل)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام من نظر إلخ" قال الزيلعى: قلت: غريب، والمعروف من استمع إلى حديث قوم وهم له كارهون، صب فى أذنه الآنك يوم القيامة، أخرجه البخارى فى "صحيحه"، فالأولى أن يستدل بما فى "العناية": أنه قال عليه الصلاة والسلام لعلى رضى الله تعالى عنه: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»، ويعنى بالثانية أن ينظرها عن شهوة، وبما فى "غاية البيان" من أنه روى أصحاب السنن عن ابن عباس عن النبى ﷺ: «إن الله كتب على ابن آدم حفظه من الزناء أدرك ذلك لا محالة فزنا العينين النظر وزنا اللسان النطق والنفس تمنى وتشتى والفرج يصدق ذلك ويكذبه». (مل)

(٦) قوله: "من نظر إلخ" هكذا ذكر شمس الأئمة الحديث فى "شرح الكافى" ولكن فى صحته نظر، والمحاسن جمع الحسن ضد القبح على خلاف القياس، وكأنه جمع محسن، كذا قال الجوهرى، والآنك الأسرب، وأفعل من أبنية الجمع، ولم يجرى عليه الواحد إلا أنك، كذا فى "الصحاح". (غن)

(٧) الأسرب: سيمه.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٣٩، والدراية ج ٢ ص ٢٢٥، الحديث ٩٤٩. (نعيم)

(٨) أى النظر إلى الوجه.

(٩) أى كما لا يباح إذا علم أى يقين، أو كان إلخ أى ظن.

(١٠) أجنبية.

(١١) أجنبية.

(١٢) الواو وصلية.

(١٣) سحتى.

(١٤) قلت: غريب. (ت)

يوم القيامة*، وهذا^(٢) إذا كانت شابة^(٣) تشتهي^(٤).

أما إذا كانت^(٥) عجوزاً^(٦) لا تشتهي، فلا بأس بمصافحتها ومس يدها؛ لانعدام خوف الفتنة^(٧)، وقد روى^(٨) أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً^(٩) فيهم، وكان يصافح العجائز*، وعبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه^(١٠) استأجر عجوزاً لتمرضه^(١١)، وكانت تغمز^(١٢) رجله وتقل رأسه^(١٣)***، وكذا إذا كان شيخاً^(١٤) يأمن على نفسه وعليها^(١٥)؛ لما قلنا^(١٦)،

(١٥) قوله: ليس منها بسبيل "أى ليس له فيها شرعاً سبيل، بأن لم تكن مملوكة له، ولا منكوحته. (مولانا ظهور الله)

(١٦) بالفتح اخگرهای آتش جمرة واحد. (م)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٠، والدراية ج ٢ ص ٢٢٥ تحت الحديث ٩٤٩. (نعيم)

(٢) أى عدم الحل.

(٣) أجنبية.

(٤) اشتهاه: خواست آن را وآرزى وى نمود ودوست داشت. (عن)

(٥) قوله: "أما إذا كانت إلخ" قال بعض المتأخرين: بيان حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت مشتبهة،

أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهي، فلا بأس بمسها، انتهى.

أقول: لم يذكر في الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية، شابة كانت أو عجوزاً، وإنما المذكور ههنا، وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها عجوزاً، نعم ظاهر الدليل العقلي، وهو انعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم، لكن لا مجال لاختراع المسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً. (نت)

(٦) بالفتح: زن پير، وعامه عجوزة بزبادتى تا گویند. (م)

(٧) قوله: "لانعدام خوف الفتنة [الزنا]" فإن قلت هذا تعليل فى مقابلة النص، وهو ما ذكر فى الكتاب، من مس

كف امرأة ليس منها بسبيل، وضع على كفه جمرة يوم القيامة، قلت: المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها، أما إذا انزوى الخاطر عن لقاءها فلا. (تاج الشريعة)

(٨) قلت: غريب.

(٩) استرضاع: شیر دهى خواستن، يقال: استرضعه أى طلب مرضعة. (من)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج ٢ ص ٢٢٥ تحت الحديث ٩٤٩. (نعيم)

(١٠) قلت: غريب.

(١١) يقال: مرضه أى قام عليه فى مرضه. (غن) تمريض نيك خدمت كردن بيمار را. (م)

(١٢) غمز: سخت افشردن. (كن)

(١٣) فلى رأسه: جست سپش را در سر او. (من)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٠ تحت الحديث الخامس، وانظر فى الدراية ج ٢ ص ٢٢٥ تحت الحديث ٩٤٩. (نعيم)

(١٤) قوله: "وكذا [أى يحل] إذا كان إلخ" لأن الشيخ الكبير لم يبق له إربة كالصغير. (عينى)

(١٥) أجنبية.

(١٦) إشارة إلى قوله: لانعدام الفتنة.

وإن كان لا يأمن عليها^(١) لا تحل مصافحتها؛ لما فيه من التعريض^(٢) للفتنة، والصغيرة إذا كانت لا تشتبه^(٣) بياح مسها^(٤) والنظر إليها؛ لعدم خوف الفتنة^(٥).

قال^(٥): ريجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها^(٦)، وللشاهد إذا أراد الشهادة^(٧) عليها النظر إلى وجهها، وإن^(٨) خاف أن يشتبه؛ للحاجة^(٩) إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة، أو الحكم عليها، لا قضاء الشهوة، تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه^(١٠)، وهو قصد القبيح، وأما النظر^(١١) لتحمل الشهادة إذا اشتبه، قيل: بياح، والأصح أنه لا بياح؛ لأنه يوجد^(١٢) من لا يشتبه، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء^(١٣).

ومن أراد أن يتزوج امرأة، فلا بأس بأن ينظر إليها^(١٤)، وإن^(١٥) علم أنه يشتبهها؛ لقوله عليه السلام فيه^(١٦): «أبصرها فإنه أحرى^(١٧) أن يؤدم^(١٨) بينكما*؛ ولأن

(١) قوله: "وإن كان لا يأمن عليها الخ" أقول: الضمير في عليها للمرأة، ووجه تخصيص ذكر عدم الأمان عليها هو حصول العلم بحكم عدم الأمان على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمان عليها، فإنه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمان عليها؛ لما فيه من تعريض الغير للفتنة، فلأن لا تحل مصافحتها عند عدم الأمان على نفسه أولى؛ لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه. (نتائج الأفكار)

(٢) ببش آوردن كسى را بر كارى. (م)

(٣) قوله: "بياح مسها الخ" لأنه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمس خوف الفتنة. (ك)

(٤) الزناء.

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) أجنبية.

(٧) عند القاضى.

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: "للحاجة [والضرورة تبيح المحذورات. كفى]" ألا ترى أن شهود الزناء لهم أن ينظر، وإلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة. (كفى)

(١٠) قوله: "تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه" لأنه إن لم يمكنه التحرز فعلا، فقد أمكنه التحرز منه قلباً. (ك)

(١١) إلى الوجه.

(١٢) لتحمل الشهادة.

(١٣) قوله: "بخلاف حالة الأداء" فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل، وهو متعين لأدائها. (ك)

(١٤) قوله: "فلا بأس الخ" ولا ينبغي أن يمس شيئاً من ذلك، إن كانت ممن تشتبه؛ لأن المس أغلظ من النظر؛ لأن الشهوة فيه أكثر، فمنع منه من غير حاجة، كذا فى "شرح الأقطم". (غن)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لقوله عليه السلام الخ" روى الترمذى فى جامعه بإسناده إلى مغيرة بن شعبه أنه خطب امرأة، فقال النبى ﷺ: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما، قال فى "الفتاوى": الأدم والإيدام الإصلاح والتوفيق من آدم الطعام،

مقصوده إقامة السنة، لا قضاء الشهوة، ويجوز^(١) للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها^(٢) للضرورة^(٣).

وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل، فإن لم يقدروا^(٤) يستر كل عضو منها^(٥) سوى موضع المرض، ثم ينظر^(٦) ويغض^(٧) بصره ما استطاع؛ لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، وصار كنظر الخافضة والختان^(٨). وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان^(٩) من الرجل؛ لأنه مداواة^(١٠) ويجوز للمرض، وكذا للهزال الفاحش^(١١)، على ما روى عن أبي يوسف؛ لأنه أمانة المرض.

قال^(١٢): وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه^(١٣)، إلا إلى ما بين سرته^(١٤)

وهو إصلاحه بالإدام، وجعله موافقا للطاعم. (غن)

(١٧) قوله: "فإنه أحرى الخ" فإن الإبصار أولى بالإصلاح، وإيقاع الألفة والوفان. (ك)

(١٨) قوله: "أن يؤدم" أصله بأن يؤدم، فحذفت الباء، وحذفها مع أن وإن كثير (غن)

* راجع نصب الرابية ج ٤ ص ٢٤٠، والدراية ج ٢ ص ٢٢٥، الحديث ٩٥٠. (نعيم)

(١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) وإن كان تحت السرة إلى الركبة.

(٣) قوله: "للضرورة [كذا قال الولوالجى]" لأن للضرورة تأثيراً فى إباحة المحرمات، بدليل إباحة الميتة والخمر عند

الضرورة، وخشية التلف. (غاية البيان)

(٤) قوله: "فإن لم يقدروا [أهل المرأة]" أى لم يجدوا امرأة تداويها وخافوا على المرأة أن تهلك، أو

يصيبها بلاء، أو دخلها من ذلك وجم غير محتملة، ولم يكن للعلاج يد من الرجل. (غن)

(٥) أجنبية.

(٦) الطبيب.

(٧) غض - بالفتح وتشديد ضاد - چشم خو ابانیدن. [(م)]

(٨) قوله: "كنظر الخافضة والختان [أى نظر الطبيب إلى موضع لا يحل النظر إليه. غن]" والختان يعنى أنهما

ينظران إلى العورة؛ لأجل الضرورة؛ لأن الختان سنة، وهو من جملة الفطرة فى حق الرجال، لا يمكن تركها، وهو مكروه

للنساء أيضاً، والحفص للجارية كالختن للغلام، وجارية مخفوضة أى مختونة. (ك)

(٩) حقه كردن. (م)

(١٠) يحصل به إسهال الفضلات والأخلاق الروية. (غن)

(١١) قوله: "وكذا للهزال [بالضم: لاغرى] الفاحش" إذا قيل له: إن الحقنة تزيل مالك من الهزال، فلا بأس بأن

يبدى ذلك المرض للمحتقن، على ما روى عن أبي يوسف، وهذا صحيح؛ لأن الهزال الفاحش نوع مرض يكون آخره

الدق والسل. (ك)

(١٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٣) هذا هو القسم الثانى من أصل التقسيم. (عناية)

إلى ركبته^(١)؛ لقوله عليه السلام* : «عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته»^(٢)،
ويروى^(٣) ما دون سرته^(٤) حتى يجاوز ركبتيه، وبهذا^(٥) ثبت أن السرة ليست
بعورة^(٦)، خلافاً لما يقوله أبو عصمة^(٧) والشافعي رحمهما الله تعالى^(٨).

والركبة عورة، خلافاً لما قاله الشافعي : والفخذ عورة، خلافاً لأصحاب
الظواهر^(٩)، وما دون السرة^(١٠) إلى منبت الشعر عورة^(١١)، خلافاً لما يقوله الإمام أبو
بكر^(١٢) محمد بن الفضل الكماري^(١٣) معتمداً فيه العادة^(١٤)؛ لأنه لا معتبر بها^(١٥) مع

(١٤) ناف.

(١) زانو.

* تقدم في "شروط الصلاة" من حديث على عند الدارقطني، راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٢.

(٢) أخرجه الدارقطني وغيره.

(٣) هذه الرواية تدل على أن كلمة إلى في الرواية السابقة بمعنى مع.

(٤) أى ماتحت سرته.

(٥) أى بالرواية الأخيرة.

(٦) فلا بأس بالنظر إليها.

(٧) قوله: "خلافاً لما يقوله أبو عصمة" هو سعد بن معاذ المروزي؛ فإنه يقول: إن السرة أحد حدى العورة،
فيكون من العورة كالركبة، وقوله: والشافعي بالعطف على أبي عصمة فى إثبات أن السرة عورة عندهما، كأنه وقع سهواً
بوجهين، أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة فى إثبات أن السرة عورة، بقوله: إنه أحد حدى العورة، فيكون
عورة كالركبة. وهذا التعليل إنما يستقيم لمن يقول: بأن الركبة عورة، والشافعي لا يقول: بكون الركبة من العورة، والثانى
أن الشافعي عدل فى إثبات أن الركبة ليست بعورة بقوله: إنما حد للعورة، فلا يكون من العورة كالسرة؛ لأن الحد لا
يدخل فى الحدود، وهو تنصيص على أن السرة ليست بعورة، وهذان التعليلان فى "المبسوط"، ولكن فى الإسرار نوع
إشارة إلى أن الشافعي جعل السرة من العورة ولم يجعل الركبة من العورة. (نهاية)

(٨) قوله: "والشافعي" فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي: إحداها: أن السرة عورة والركبة ليست
بعورة، كما هو مدلول كلام المصنف ههنا، والثانية: أنهما ليستا بعورتين، كما يفهم من وجيز الشافعية، والثالثة: أنهما
عورتان. (نت)

(٩) قوله: "خلافاً لأصحاب الظواهر [فإنهم قالوا: الفخذ ليس بعورة. عن]" ولأصحاب الظواهر قوله تعالى:
﴿فلما ذاقا الشجرة بدت لهما سواتهما﴾، والمراد بالسوءة العورة الغليظة، والجواب أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل
على نفي ما عداه. (مل)

(١٠) أى ماتحت السرة.

(١١) من العانة. (غن)

(١٢) فإنه لا يجعل غير الفرجين والفخذين عورة.

(١٣) قوله: "الكمارى" بضم الكاف وتخفيف الميم، بعدها الألف وبعدها الراء المكسورة، وفى آخرها ياء ساكنة،
اسم قرية ببخارا، ينسب إليها الشيخ محمد بن فضل الكمارى. (غن)

(١٤) قوله: "معتمداً فيه العادة" لأن الإزار قد ينحط فى العمل إلى ذلك الموضع، فكان فيه ضرورة، فأبيح النظر إلى

النص^(١) بخلافه.

وقد روى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه^(٢) عن النبي ﷺ أنه قال^(٣): «الركبة من العورة^(٤)»*، وأبدى الحسن^(٥) بن علي رضى الله تعالى عنهما سرته، فقبلها أبو هريرة رضى الله تعالى عنه^(٦)، وقال عليه السلام^(٧) لجرهد^(٨): «وأر^(٩) فخذك أما علمت أن الفخذ عورة»**، ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق^(١٠)، فاجتمع المحرم والمبيح، وفي مثله يغلب المحرم.

وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ، وفي الفخذ أخف منه في السوء^(١١)، حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق^(١٢)، وكاشف الفخذ يعنف^(١٣) عليه، وكاشف السوء يؤدب إن لج^(١٤)، وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل، يباح

ذلك للتعامل. (غن)

(١٥) قوله: "لأنه لا معتبر إلخ" جواب عن قول محمد ابن فضل الكمارى ومتعلق بقوله، وما دون السرة إلى

منبت الشعر عورة. (٤)

(١) أى مع ورود النص بخلاف التعامل.

(٢) قوله: "وقد روى إلخ" جواب عن قول الشافعى، ودليل على كون الركبة عورة. (٤)

(٣) قوله: "أنه قال الركبة إلخ" قلت: غريب من هذا حديث أبي هريرة، وقد تقدم فى شروط الصلاة من حديث

على عند الدارقطنى، وفيه ضعف. (ت)

(٤) جواب عن قول أبي عصمة والشافعى، أخرجه أحمد فى "مسنده" عن عسير بن إسحاق. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٢، والدراية ج ٢ ص ٢٢٥ تحت الحديث ٩٥٠. (نعيم)

(٥) لالتماس أبي هريرة.

(٦) دليل لما قلنا: من أن الفخذ عورة.

(٧) جواب عن قول أهل الظواهر.

(٨) قوله: "لجرهد" روى أبو داود عن عبد الرحمن بن جرهد أنه قال: كان جرهد من أصحاب الصفة، أنه قال:

جلس رسول الله ﷺ عندنا، وفخذى منكشفة، فقال: «أما علمت أن الفخذ عورة، انتهي.

وأخرج عبد الرزاق أن النبي ﷺ مر به، وهو كاشف عن فخذه، فقال النبي ﷺ: «غط فخذك فإنها من العورة». (ت)

(٩) مواراة: نهفتن چیزى را. (من)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٢، والدراية ج ٢ ص ٢٢٦، الحديث ٩٥٢. (نعيم)

(١٠) دليل معقول على كون الركبة عورة. (٤)

(١١) قوله: "فى السوء" قال فى "ديوان الأدب": السوء العورة، وأراد بها ههنا العورة الغليظة، وهو الفرجان؛

لأن حرمتها مجمع عليها، وفيما سوى ذلك اختلاف كما ذكرنا. (غن)

(١٢) نرمى.

(١٣) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتى نمودن. (م) إن لج ولا يضرب. (غن)

(١٤) لج لجاجاً: ستهيبه وبيكار كردن. (من)

المس^(١)؛ لأنهما^(٢) فيما ليس بعورة سواء^(٣).

قال^(٤): ويجوز للمرأة^(٥) أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه^(٦) إذا أمنت الشهوة؛ لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة، كالثياب والدواب^(٧).

وفى كتاب الخنثى من "الأصل"^(٨) أن نظر المرأة إلى الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه^(٩)؛ لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ، فإن كان^(١٠) في قلبها شهوة، أو أكبر رأيها أنها تشتبهى، أو شكّت في ذلك^(١١)، يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الناظر هو الرجل إليها^(١٢)، وهو بهذه الصفة^(١٣) لم ينظر، وهذا^(١٤) إشارة إلى التحريم.

ووجه الفرق^(١٥) أن الشهوة عليهن غالبية، وهو كالمحقق اعتباراً^(١٦)، فإذا اشتبهى الرجل^(١٧) كانت الشهوة موجودة في الجانبين^(١٨)، ولا كذلك إذا اشتبهت المرأة؛ لأن

(١) يعنى إذا كان المس من غير شهوة، وبه صرح فى "التحفة". (غن)

(٢) أى النظر والمس. (٤)

(٣) قوله: "سواء" كما يجوز النظر إليه يجوز مسه بغير شهوة. غن] أقول: لقائل أن يقول: استواءهما ممنوع كيف؟ وقد مر أن وجه الأجنبية وكفيها ليس بعورة، ويحل للرجل أن ينظر إليها إذا أمن الشهوة، ولكن لا يجوز له أن يمسه وإن أمن الشهوة، فلم يستو النظر، ويمكن أن يقال: المراد أنهما سواء ما لم يرد النص على خلاف ذلك. (نت)

(٤) أى القدرى فى "مختصره". (غن)

(٥) الحرة الأجنبية. (غن)

(٦) أى جميع بدنه ما خلا تحت السرة إلى الركبة. (غن)

(٧) قوله: "كالثياب والدواب" يعنى يحل النظر إلى الدابة والثوب للرجل والمرأة. (حميدية)

(٨) المبسوط.

(٩) قوله: "بمنزلة الخ" يعنى على تلك الرواية لا ينظر المرأة من الرجل إلى ظهره ويطنه. (غن)

(١٠) بيان فائدة قوله: إذا أمنت الخ.

(١١) الاشتباء.

(١٢) مرأة.

(١٣) قوله: "وهو [الواو حالية] بهذه الصفة [أى صفة الشهوة]" أى كان فى قلبه شهوة، أو كان أكبر رأيه أنه يشتبهى أو شك فى الاشتباء. (غن)

(١٤) أى قوله: لم ينظر. (غن)

(١٥) قوله: "ووجه الفرق" أى بين الرجل والمرأة، حيث كان نظر الرجل حراماً وغض بصرها مستحباً. (غن)

(١٦) أى الغالب.

(١٧) قوله: "فإذا اشتبهى الخ" يعنى أنه لو كان الناظر بشهوة هو الرجل؛ فلأن النساء أكثر شهوة من الرجال، فكثرة الشهوة من جانبها يثبت اشتبائها من حيث الاعتبار، وقد وجد من جانب الرجل حقيقة الاشتباء، والاشتباء من الجانبين

الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة^(١) واعتباراً^(٢)، فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد.

قال^(٣): وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل^(٤)؛ لوجود المجانسة، وانعدام الشهوة غالباً^(٥)، كما في نظر الرجل إلى الرجل، كذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن^(٦)، وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه^(٧)، بخلاف نظرها إلى الرجل^(٨)؛ لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال، والأول^(٩) أصح^(١٠).

قال^(١١): وينظر الرجل^(١٢) من أمته التي تحل له^(١٣)، وزوجته إلى فرجها، وهذا^(١٤) إطلاق^(١٥) في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة، والأصل فيه قوله

أكثر إفضاء في الوقوع إلى الحرام من الاشتناء من جانب واحد وأما إذا كان الناظر بشهوة هي المرأة فلا اشتناء أن تحقق من جانبها من حيث الحقيقة لم يعتبر ثابتاً من جانب الرجل، ومجرد الشهوة من أحد الجانبين في سببته ما هو حرام دون الشهوة من الجانبين، فلهذا قلنا: بالاستحباب في جانب المرأة، وبالحرمة في جانب الرجل. (غن)

(١٨) قوله: "من الجانبين" في جانبه حقيقة؛ لأنه هو المفروض، وفي جانبها اعتباراً لقيام الغلبة مقام الحقيقة. (٤)

(١) لأنه غير ناظر إليها. (ك)

(٢) لعدم غلبة الشهوة. (ك)

(٣) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(٤) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم. (٤)

(٥) والغالب كالمحقق. (٤)

(٦) قوله: "قد تحققت [أي في الحمام] إلخ" فإن العرف الظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا، وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجل؛ لأن المقصود تحصيل الزينة، والمرأة إلى هذا أحوج من الرجل، ويتمكن الرجل من الاغتسال في الأنهار والحياض، والمرأة لا تتمكن من ذلك، وإلى هذا أشار في "الميسوط". (٤)

(٧) قوله: "كنظر الرجل إلخ" فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة إلى الظهر والبدن، في هذه الرواية. (زيلي)

(٨) فإنه يجوز لها النظر إلى جميع بدن الرجل، إلا ما بين السرة إلى الركبة.

(٩) أي ما قال القدرى.

(١٠) لأن نظر الجنس أخف. (٤)

(١١) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وينظر الرجل إلخ" هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل إلى المرأة، والتسامح في رعاية الترتيب

في كلام المصنف ظاهر. (٤)

(١٣) قوله: "التي تحل له" قيد بالحل؛ لأن إباحة النظر إلى جميع بدن أمته مبنية على حل الوطء، وفيما لا يحل

من أمته كأتمته المجوسية، وأمته التي هي أخته من الرضاعة، كان الحكم في النظر كأمة الغير. (نهاية)

(١٤) أي قول القدرى.

(١٥) إجازة.

عليه السلام^(١): «غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»*، ولأن ما فوق ذلك^(٢) من المسيس^(٣) والغشيان^(٤) مباح، فالنظر أولى^(٥).

إلا أن الأولى^(٦) أن لا ينظر كل واحد منهما^(٧) إلى عورة صاحبه؛ لقوله عليه السلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع^(٨) ولا يتجردان تجرد العير^(٩)»*، ولأن ذلك^(١٠) يورث النسيان لورود الأثر^(١١)، وكان ابن عمر رضی الله تعالى عنهما يقول: الأولى^(١٢) أن ينظر^(١٣)، ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة***.

قال^(١٤): وينظر الرجل من ذوات محارمه^(١٥) إلى الوجه، والرأس^(١٦)،

(١) قوله: قوله عليه السلام إلخ "أخرج أصحاب السنن الأربعة، أبو داود في الحمام، والترمذي في الاستيذان، والنسائي في عشرة النساء، وابن ماجة في النكاح عن معوية بن جعدة، قلت: يا رسول الله عوراتنا مائتة منها، وما ندر، قال: «احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك». (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٥، والدراية ج ٢ ص ٢٢٧، الحديث ٩٥٣. (نعيم)

(٢) النظر.

(٣) بيان ما.

(٤) الجماع، غشى فلانة غشياناً - بالكسر - كائيد آن را وفرد گرفت او را بمجامعت. (من)

(٥) بالجواز.

(٦) والأدب.

(٧) زوج زوجة.

(٨) قوله: «إذا أتى أحدكم إلخ» روى الطبراني في "معجمه" عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين». (ت)

(٩) قوله: «تجرد العير - غير - بالفتح - خرا بهلى يا وحشى، واكثر بگور خرا استعمال نمايند. من» وهو الحمار الوحشى، وإنما قيد به؛ لأن في الأهلى نوع ستر من الأقتاب والثفر. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٦، والدراية ج ٢ ص ٢٢٨، الحديث ٩٥٤. (نعيم)

(١٠) أى النظر إلى العورة.

(١١) قوله: «لورود الأثر» قلت: غريب، وقد ورد أنه يورث العمى، أخرجه ابن عدى في "الكامل" عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع أحدكم زوجته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى»، انتهى. (ت)

(١٢) قوله: «الأولى إلخ» روى عن أبي يوسف قال: سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته، وتمس هى فرجه ليتحرك عليها، هل ترى بذلك بأساً، قال: لا، وأرجو أن يعظم الأجر. (ع)

(١٣) إلى فرج امرأته عند الوقاع. (غن)

*** انظر فى نصب الرأية ج ٤ ص ٢٤٨ تحت الحديث الحادى والعشرين، وفى الدراية ج ٢ ص ٢٢٨ تحت الحديث ٩٥٤. (نعيم)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: «وينظر الرجل من ذوات محارمه [قال فى "المغرب": المحرم الحرام والحرمه-نت] من أمه وابنته البالغة

والصدر^(١)، والساقين، والعضدين^(٢).

ولا ينظر إلى ظهرها^(٣) وبطنها وفخذها^(٤)، والأصل^(٥) فيه^(٦) قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زيتهن إلا لبعولتهن﴾^(٧) الآية، والمراد^(٨) -والله أعلم- مواضع الزينة، وهى ما ذكرنا فى الكتاب.

ويدخل فى ذلك^(٩) الساعد^(١٠) والأذن والعنق والقدم؛ لأن كل ذلك مواضع الزينة^(١١)، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست مواضع الزينة؛ ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان^(١٢) واحتشام^(١٣)، والمرأة فى بيتها فى ثياب

وأخته ومن كان ذات رحم محرم منه، ومن كل محرم من رضاع أو نكاح أو وطئ؛ وكذلك ما حرم بوطئ أبيه، أو ابنه، أو نكاح ابنه، وإن لم يكن بينهما رحم. فإن كان ينظر إلى شىء من ذلك بشهوة، فليس له أن ينظر إلى ذلك، وكذلك إن كان أكبر ظنه أنه إن نظر يشتهى، فينبى له أن يعض بصره، وإن أمن على نفسه فلا بأس. (مختصر كرخى)

(١٦) الشعر.

(١) والثدى.

(٢) بازو، عضد: بازو كه ميان مرفق وكف باشد. (من) والذراع، والكف، والقدم.

(٣) قوله: "ولا ينظر إلى ظهرها [وإلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة. غز.] إلخ" لا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك، والوجه فيه إن الله تعالى سمى الظهر فى كتابه ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وصورة الظهر أن يقول الرجل لامرأته: كظهر أمى، فلولا إن ظهرها محرم عليه نظراً لما سمى الظهر ﴿منكراً من القول وزوراً﴾، وإذا ثبت ما فى الظهر ثبت فى البطن والجنب. (محيط)

(٤) وجنبها. (محيط)

(٥) الدليل.

(٦) أى فى جواز ما جاز. (٦)

(٧) ﴿أو آبائهن أو آباء بعولتهن أو أبنائهن أو أبناء بعولتهن أو إخوانهن أو بنى إخوانهن أو بنى أخواتهن﴾ الآية.

(٨) قوله: والمراد إلخ" من قبيل ذكر الحال وإرادة المحل مبالغة فى النسي عن الإبداء؛ لأن إبداء ما كان منفصلاً إذا كان منهباً عنه، فإبداء المتصل أولى. (عناية)

(٩) أى فى موضع الزينة المدلول عليها بالزينة.

(١٠) قوله: الساعد" ساعد بكسر عين مهملة، در "صراح" و"منتخب": يعنى باز ونوشته است ودر استعمال فارسىان ما بين كف دست وآرنج را گویند. (غياث)

(١١) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" أما الرأس فلأنه موضع التاج، والإكليل والشعر موضع العقاص، والأذن موضع القرط، والعنق والصدر والثدى مواضع القلادة، والعضد موضع الدمروح [بازو بند. مهذب] والساعد موضع السوار، والساق موضع الخللخال، والكف موضع الخاتم والخضاب، والقدم موضع الخضاب. (مل)

(١٢) قوله: "من غير استئذان إلخ" الدخول فى بيت الأجنبى من غير استئذان حرام، والدخول فى بيت محارمه من غير استئذان مكروه، ويكفى فى التأدى إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعض بلا استئذان، وإن كان ذلك مما لم يمدح فى حكم الشرع، والحرج مدفوع شرعاً. (نت)

(١٣) شرم داشتن. (م)

مهنتها^(١) عادةً، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج. وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة، فقلما تشتبهى، بخلاف ما وراءها^(٢)؛ لأنها لا تنكشف عادة، والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأييد بنسب كان أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة^(٣)؛ لوجود المعنيين^(٤) فيه^(٥)، وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح^(٦) في الأصح^(٧)؛ لما بينا^(٨). قال^(٩): ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها^(١٠)؛ لتحقق الحاجة إلى ذلك^(١١) في المسافرة^(١٢)، وقلة الشهوة للمحرمة، بخلاف وجه الأجنبية وكفيتها، حيث لا يباح المس وإن^(١٣) أبيض النظر^(١٤)؛ لأن الشهوة متكاملة^(١٥)، إلا^(١٦) إذا كان يخاف^(١٧) عليها^(١٨)، أو على نفسه الشهوة، فحيث لا ينظر ولا يمس؛ لقوله عليه

(١) قوله: "في ثياب مهنتها" قال في "الفائق": قال الأصمعي: المهنة - بفتح الميم - هي الخدمة، ولا يقال: مهنة - بكسر الميم. (غاية البيان)

(٢) أى ما وراء مواضع الزينة. (غن)

(٣) قوله: "والمصاهرة [مصاهرت داماد خسرى كردن. من] كزوجة الأب والجد وإن علا، وزوجة الابن وإن سفلى. (قاضى خان)

(٤) وهما الضرورة وقلة الرغبة. (ك)

(٥) أى فيما كان بسبب، أى فى المحرم. (ك)

(٦) بالكسر: زنا كردن. (م)

(٧) قوله: "فى الأصح" متعلق بقوله: أو سفاح؛ لأن اختلاف المشايخ فى المصاهرة بالزنا لا فى المصاهرة بالنكاح؛ لأنهم قالوا جميعاً، إذا كان محرماً بسبب مباح أو شبهة يجوز الخلوة والمسافرة معها، وإذا كان محرماً بالزنا فلا تسافر معه عند بعضهم، وإليه ذهب القدورى، ونأخذ به؛ لأنها أثبتنا حرمة المصاهرة بحيث لا يجوز نكاح أم الزنية وبناتها احتياطاً، والاحتياط أن لا يسافر، ولا يخلو معه. (غن)

(٨) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكره بقوله: فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج، وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة. (ك)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) أى من ذوات محارمه.

(١١) المس.

(١٢) قوله: "فى المسافرة" لأنه فى المسافرة يحتاج إلى إركابها وإنزالها وخدمتها، فلو لم يجز المس أدى إلى الحرج، فجاز المس أيضاً للحرج، وقلة الرغبة. (غن)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) إلى وجهها وكفها.

(١٥) قوله: "لأن الشهوة إلخ" فإن الشهوة بين الأجانب، والأجنبيات متكاملة، فلو جوزنا المس لأدى إلى الفساد غالباً. (غن)

(١٦) استثناء من قوله: ولا بأس إلخ. (ع)

السلام: «العينان تزنيان^(١) وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش»*،
 وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب .
 ولا بأس^(٢) بالخلوة والمسافرة بهن^(٣)؛ لقوله عليه السلام: «لا تسافر المرأة^(٤)»
 فوق ثلاثة أيام ولياليها^(٥) إلا ومعها زوجها أو ذورحم محرّم منها**، وقوله عليه
 السلام: «ألا لا يخلون رجل بامرأة^(٦) ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان***»،
 والمراد إذا لم يكن^(٧) محرماً^(٨)، فإن احتاجت^(٩) إلى الإركاب^(١٠) والإنزال فلا بأس
 بأن يمسه من وراء ثيابها، ويأخذ ظهرها وبطنها^(١١) دون ما تحتها إذا أمنا الشهوة .

(١٧) بالقطع أو الظن.

(١٨) أى على ذوات المحارم.

(١) قوله: "العينان إلخ" قلت أخرجه مسلم في كتاب القدر عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ
 قال: «كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا مدرك ذلك لا محالة فالعينان زناهما النظر والأذنان زناهما الاستماع واللسان
 زناه الكلام واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والقلب يهوى ويتمنى ويصدق ذلك الفرج أو
 يكذبه»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٨، والدراية ج ٢ ص ٢٢٩، الحديث ٩٥٥. (نعيم)

(٢) قوله: "ولا بأس إلخ" ولو كان أكبر رأيه أنه لو خلا بها، أو سافر بها، أن يشتبهها لم يحل له ذلك؛ لأن
 الغالب ملحق بالقطعي احتياطاً. (غن)

(٣) أى ذوات المحارم.

(٤) قوله: "لا تسافر المرأة إلخ" قلت أخرجه مسلم عن أبي سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله
 ﷺ «لا تسافر المرأة فوق ثلاث إلا ومعها زوجها أو ذورحم منها». (ت)

(٥) قوله: "فوق ثلاثة أيام إلخ" كلمة فوق ههنا صلة، فإن حرمة المسافرة ثابتة فى ثلاثة أيام أيضاً، وكان نظيره
 قوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾. (ك)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٩، والدراية ج ٢ ص ٢٢٩، الحديث ٩٥٦. (نعيم)

(٦) قوله: "ألا لا يخلون إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، وقد روى من حديث عمرو بن عمرو بن جابر ابن سمرة
 وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: ليس منها بسبيل، وهو محل الاستدلال. (ت)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٤٩، والدراية ج ٢ ص ٢٢٩، الحديث ٩٥٧. (نعيم)

(٧) قوله: "والمراد [أى المراد من قوله: ليس منها بسبيل. ك] إذا لم يكن إلخ" أقول: لقاتل أن يقول كون المراد إذا
 لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسألة؛ لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجها، ولئن سلم كون المراد ذلك، فجواز
 أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرّم منه لا يستفاد من هذا الحديث، إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا. (نت)

(٨) لأن المحرم بسبيل منها.

(٩) ذوات المحارم.

(١٠) أى إركاب ذوات الأرحام.

(١١) قوله: "ويأخذ ظهرها إلخ" ولا يجوز النظر إلى الظهر والبطن وما تحت السرة من ذوات المحارم؛ لأنه لا
 ضرورة إلى ذلك، فإن كان عليها ثياب إن كانت رقيقة يحكى ما تحتها، لم يجز النظر إليها؛ لأنها عورة، والنظر إلى

فإن خافها على نفسه، أو عليها تيقناً، أو ظناً، أو شكاً، فليجتنب ذلك^(١) بجهده^(٢)، ثم إن أمكنها^(٣) الركوب بنفسها يمتنع^(٤) عن ذلك^(٥) أصلاً، وإن لم يمكنها^(٦) يتكلف^(٧) بالثياب كيلاً تصيبه حرارة عضوها، وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان.

قال^(٨): وينظر الرجل^(٩) من مملوكة^(١٠) غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه^(١١)؛ لأنها تخرج لحوائج مولاها، وتخدم أضيافه^(١٢)، وهي^(١٣) في ثياب مهنتها، فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب، كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب، وكان عمر رضى الله تعالى عنه^(١٤) إذا رأى جارية متقنعة^(١٥) علاها^(١٦) بالدرة، وقال: "ألقي عنك الخمار يا دفار"^(١٧)، أتتشبهين بالحرائر؟*، ولا يحل النظر إلى بطنها^(١٨) وظهرها، خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل^(١٩): إنه

العورة حرام، وإن كانت ثخينةً جاز ذلك؛ لأنه يقع النظر على الثياب دون العورة، ويجوز المس من وراء الثياب لما بينا أنه يحتاج إلى ذلك. (غن)

(١) المس.

(٢) قوله: "بجهده [جهد - بالفتح وبضم - توانائي وكوشش ورنج. م.] الجهد - بالضم والفتح - الاجتهاد، وعن الفراء بالضم الطاقة، وبالفتح المشقة. (مطول)

(٣) ذوات المحارم.

(٤) الرجل.

(٥) المس.

(٦) ذوات المحارم.

(٧) الرجل.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) هذا آخر الأقسام. (٦)

(١٠) إذا كانت بالغةً تشتهى مثلها. (غن)

(١١) قوله: "إلى ما يجوز" أى شعرها وصدرها وعضدها وئديها وقدمها وساقها. (مختصر كرخي)

(١٢) أى أضياف المولى.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) قلت: غريب بهذا اللفظ، وقال البيهقى: والآثار بذلك عن عمر صحيحة، كذا فى تخريج الزيلعى.

(١٥) تقنعت المرأة: پوشيد زن قناع. (من)

(١٦) علوته بالسيف: زد من أن را. (من) أى ضرب علوتها أى رأسها. (ك)

(١٧) دفار كقظام داه. (من)

* انظر فى نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفى الدراية ج ٢ فى بدء الصفحة ٢٣٠ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

يباح^(١) إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة؛ لأنه لا ضرورة كما في المحارم، بل أولى لقلّة الشهوة فيهن^(٢)، وكمالها في الإماء^(٣)، ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد^(٤)؛ لتحقق الحاجة، والمستسعاة كالمكاتبة^(٥) عند أبي حنيفة على ما عرف^(٦).

وأما الخلوة بها^(٧) والمسافرة معها، فقد قيل: يباح^(٨)، كما في المحارم، وقد قيل: لا يباح^(٩)؛ لعدم الضرورة^(١٠) فيهن، وفي الإركاب والإنزال^(١١) اعتبر محمد في "الأصل"^(١٢) الضرورة^(١٣) فيهن^(١٤)، وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة^(١٥). قال: ولا بأس بأن يميس ذلك^(١٦) إذا أراد الشراء، وإن^(١٧) خاف أن يشتهى، كذا

(١٨) وما بين السرة منها إلى أن يجاوز الركبة. (مخ)

(١٩) قوله: "لما يقوله محمد بن مقاتل" مستدلاً بقول ابن عباس رضي الله تعالى عنه: من أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا موضع المتزر. (زيلعي)

(١) أي النظر.

(٢) المحارم.

(٣) جمع أمة أي كنيزك.

(٤) لكمال الرق. (غن)

(٥) قوله: "والمستسعاة" إذا أعتق المولى بعض مملوكه عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه، والمستسعى كالمكاتبة، إذ هو مالك يداً لا رقبة، وهذا كله عند أبي حنيفة على ما عرف في كتاب العتاق.

(٦) وعندهما حرة عليها دين. (غن)

(٧) أي الخلوة بأمة الغير والسفر بها. (غن) يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها. (٤)

(٨) وإليه مال شمس الأئمة. (عناية)

(٩) وإليه مال حاكم الشهيد. (٤)

(١٠) قوله: "لعدم الضرورة" يعني أن الإباحة في الأمة باعتبار الضرورة، ولا ضرورة للأجنبي في حق الخلوة والسفر بها. (غن)

(١١) قوله: "وفي الإركاب إلخ" يعني إذا لم تقدر الأمة الأجنبية على الركوب والنزول إلا بمشقة وضرر يلحقها، فحينئذ يركبها وينزل بها الأجنبي، وفي ذوات المحارم اعتبر مجرد الحاجة، يعني يركبها وينزل بها بمجرد حاجة ذات الحرم إلى الركوب والنزول، سواء كان في ركوب نفسها أو نزولها ضرراً أو لا. (غاية البيان)

(١٢) أي المبسوط.

(١٣) قوله: "الضرورة" أي الضرورة التي لا يدفع لها، يعني إذا خاف الهلاك على الأمة، بأن كانت في الضيافي، فلو لم يكن يركبها ينقطع عن القافلة وبهالك، وأما الحاجة أن تكون المرأة في البلد أو القرية، ولها حاجة أن تمشى إلى

المرزعة. (ك)

(١٤) أي في الأماء للغير.

(١٥) أي اعتبر نفس الحاجة لا الضرورة. (ك)

(١٦) أي المواضع التي يجوز النظر إليها. (ن)

ذكره في "المختصر" (١) وأطلق (٢) أيضاً في "الجامع الصغير" ولم يفصل (٣)، قال مشايخنا رحمهم الله تعالى: يباح النظر في هذه الحالة (٤)، وإن (٥) اشتبه للضرورة، ولا يباح المس إذا اشتبه (٦)، أو كان أكبر رأيه ذلك؛ لأنه نوع استمتاع (٧)، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة (٨).

قال (٩): وإذا حاضت الأمة لم تعرض (١٠) في إزار واحد (١١)، ومعناه بلغت (١٢)، وهذا موافق لما بينا؛ أن الظهر والبطن منها عورة (١٣). وعن محمد أنها إذا كانت تشتبه، ويجامع مثلها فهي كالبالغة (١٤)، لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتباه. قال (١٥): والخصى (١٦) في النظر إلى الأجنبية كالفحل؛ لقول عائشة رضي

(١٧) الواو وصلية.

(١) أي مختصر القدوري. (عيني)

(٢) محمد.

(٣) قوله: "لم يفصل الخ" أي لم يفصل في جواز المس من الأمة الأجنبية ما يجوز النظر إليه بين الاشتباه وعدمه؛ لأنه قال في أصل "الجامع الصغير": محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يريد شراء جارية، فلا بأس بأن يمس ساقها وصدورها وذراعها، وينظر إلى ذلك كله مكشوفاً، إلى ههنا لفظ محمد فيه، فدل على جواز مس من يريد الشراء بالاشتباه؛ لأن إطلاق اللفظ يشمل ذلك.

وإنما جاز مس هذه المواضع التي يحل النظر إليها؛ لأن النظر إنما جاز إليها لمساس الحاجة؛ لأن الأمة تحتاج إلى الخروج في الحوائج والأخذ والإعطاء وتكليف التيسر يؤدي إلى الحرج، فمست الحاجة إلى إباحة النظر، وكذلك يقع الحاجة إلى المس وذلك غرض صحيح، فحل المس. (غن)

(٤) أي حالة الشراء.

(٥) الواو وصلية.

(٦) بل يكره ذلك.

(٧) قوله: "لأنه نوع استمتاع" لأن المس بشهوة جماع معنى، والجماع حقيقة حرام، وإن أراد الشراء، فكذلك الجماع معنى، بخلاف النظر بشهوة، فإنه ليس بجماع أصلاً. (غن)

(٨) وإن كان عن شهوة يكره. (غن)

(٩) أي قال محمد في "الجامع". (غن)

(١٠) على البيع.

(١١) قوله: "لم تعرض [على البيع. (غن) يعني تومر بلبس القميص. عيني] في إزار" المراد بالإزار ما يستتر ما بين السرة والركبة. (غن)

(١٢) قوله: "ومعناه بلغت" لأن الحيض رديف البلوغ، فأراد به الردوف كناية. (غن)

(١٣) والنظر إلى العورة حرام.

(١٤) أي المشتبهة.

(١٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٦) قوله: "والخصى [متزوج الخصيتين] الخ" خصاه نزع خصيته يخصيه خصاء على فعال، والإخصاء في

الله تعالى عنها^(١) : * الخصاء مثله^(٢) ، فلا يبيح ما كان حراماً قبله ؛ ولأنه فحل
يجامع^(٣) ، وكذا المجبوب^(٤) ؛ لأنه يسحق^(٥) وينزل^(٦) ، وكذا المخنث في الردى
من الأفعال^(٧) ؛ لأنه فحل فاسق ، والحاصل أنه يؤخذ فيه^(٨) بمحكم كتاب الله المنزل
فيه^(٩) ، والطفل الصغير مستثنى بالنص^(١٠) .

قال^(١١) : ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر
إليه منها ، وقال مالك : هو كالمحرم^(١٢) ، وهو أحد قولى الشافعى ؛ لقوله تعالى^(١٣) :

معناه خطأ ، وأما الخصى كما فى حديث الشعبى على فعل فقياس ، وإن لم نسمعه ، والمفعول خصى على فعيل ، والجمع
خصيان . (ك)

(١) قوله : "لقول عائشة الخ" قلت : غريب ، وأخرجه ابن أبى شيبة عن ابن عباس قال : "خصاء البهائم مثله ،
وأخرج عبد الرزاق فى "مصنفه" عن شهر بن حوشب : "الخصاء مثله" . (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٠ تحت الحديث الرابع والعشرين ، والدراية ج ٢ ص ٢٢٩ تحت الحديث ٩٥٧ . (نعيم)

(٢) قوله : "الخصاء الخ" روى ذلك عن عائشة رضى الله تعالى عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال ،
وقوله : "فلا يبيح ما كان حراماً قبله" من كلام عائشة كما يدل عليه تقرير الثقات فى عامة المعبريات . (نت)

(٣) قوله : "ولأنه فحل الخ" ولأن الخصى فى الأحكام مثل الشهادة والموارث كالفحل ، وقطع الآلة منه كقطع
عضو آخر ، ومعنى الفتنة لا يفوت بالخصاء ؛ فإنه قد يجامع ، وقيل : هو أشد الناس جماعاً ؛ لأن آتته لا تفتن . (كف)

(٤) مقطوع الذكر والخصيتين . (عينى)

(٥) سحق بالفتح : سودن . (م)

(٦) قوله : "وينزل [المنى . عناية]" ولهذا لو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه ، فصار هو والفحل بمنزلة واحدة . (غن)

(٧) قوله : "فى الردى الخ" قيد بالردى من الأفعال ، وهو أن يمكن غيره من نفسه احترازاً عن المخنث الذى فى
أعضائه لين وفى لسانه تكسر بأصل الخلقة ، ولا يشتهى النساء ، ولا يكون مجيباً فى الردى من الأفعال ، فإنه قد رخص
بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء استدلالاً بقوله تعالى : ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ قيل : هو المخنث
الذى لا يشتهى النساء ، وقيل : هو المحبوب الذى جف ماءه .

وقيل : المراد منه الأبله الذى لا يدري ما يصنع بالنساء ، إنما همته بطنه ، وفى هذا كلام أيضاً ؛ فإنه إذا كان شاباً ينحى
عن النساء ، وإنما ذلك إذا كان شيخاً كبيراً قد ماتت شهوته ، فحينئذ يرخص فى ذلك . (ن)

(٨) أى فى كل واحد من الأصناف الثلاثة المارة ، أعنى الخصى والمحبوب والمخنث . (نت)

(٩) قوله : "بمحكم كتاب الله المنزل فيه" وهو قوله تعالى : ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ الخ ، قال شمس
الأئمة : إن قوله تعالى : ﴿أَوِ التَّابِعِينَ﴾ الخ من المشابهة ، وقوله تعالى : ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا﴾ الخ محكم ، فتأخذ بالمحكم
ونقول : كل من كان من الرجال ، فلا يحل لها أن تبتدى موضع الزينة الباطنة بين يديه ، ولا يحل له أن ينظر إليها . (ك)

(١٠) قوله : مستثنى بالنص " وهو قوله تعالى : ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ أى لم يطلعوا
ولم يعرفوا العورة ، ولا يميزون بينها وبين غيرها . (٤)

(١١) أى القدورى فى "مختصره" (غن)

(١٢) قوله : "هو [مملوك] كالمحرم" بل هو محرم ، ألا ترى أنه لا يجوز أن يتزوجها ، قلنا : لا نسلم ؛ لأن حرمة
النكاح بينهما موقته ، فصارت كالزوجة بالغير ، وأخت زوجته ، ولهذا لا يجوز أن يسافر معها ، ولو كان محرماً جاز . (ت)

(١٣) قوله : "لقوله تعالى الخ" وذلك ؛ لأن كلمة ما عامة ، تتناول الذكور والإناث ، فيحل لمن أبداً مواضع زينتهن

﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾، ولأن الحاجة^(١) متحقة لدخوله^(٢) عليها من غير استئذان .
ولنا أنه^(٣) فحل غير محرم ولا زوج، والشهوة متحقة لجواز النكاح^(٤) في
الجملة^(٥)، والحاجة قاصرة؛ لأنه^(٦) يعمل^(٧) خارج البيت^(٨)، والمراد بالنص
الإماء^(٩)، قال سعيد^(١٠) والحسن^(١١) وغيرهما^(١٢): لا تغرنكم سورة النور^(١٣)، فإنها
في الإناث دون الذكور*.

قال^(١٤): ويعزل عن أمته بغير إذنها، ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها؛ لأنه عليه
السلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها^(١٥)، وقال^(١٦) لمولى أمة: «اعزل عنها إن

إلى مملوكهن. (غن)

(١) قوله: "ولأن الحاجة إلخ" أى المولاة قد تحتاج إلى خدمة العبد، وهو يدخل عليها بلا استئذان، وهى كاشفة
شعرها وقدمها، فلو لم يجز النظر لأدى إلى الحرج. (غن)

(٢) مملوك.

(٣) مملوك.

(٤) دليل لعدم المحرمية.

(٥) أى إذا أعتق المملوك.

(٦) مملوك.

(٧) عادة.

(٨) لا داخل البيت.

(٩) قوله: "والمراد [جواب عن استدلال مالك والشافعى. ع] بالنص [أى قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ ع]
إلخ" والمراد من قوله تعالى: ﴿أو نسايتن﴾ الحرائر المسلمات؛ لأنه ليس للمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشرقة أو كتابية،
كذا عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه، والظاهر أنه عنى بنساءهن من فى صحبتن من الحرائر ونساء، كلهن سواء فى
حل نظر بعضهن إلى بعض. (ك)

(١٠) قوله: قال سعيد "أى سعيد بن المسيب، وهكذا فى "الكشاف"، وفى "النهاية": أطلق اسم السعيد ولم يقيد
بالنسبة إلى أبيه؛ فيصح تناوله للسعيدين، أى سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، وتبعه صاحب "العناية" و"الكفاية"،
وتعقبه صاحب "غاية البيان"، بأنه يلزم حيثئذ أن يكون للمشارك عموم فى موضع الإثبات، وهو فاسد.

أقول: إن المراد بالتناول فى قولهم: تناول على سبيل البدل، وهو جائز فى المشترك، وإنما المنوع فيه عندنا التناول
على سبيل الشمول والعموم كما هو مصرح فى الأصول. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(١١) البصرى. (غن)

(١٢) سمرة بن جندب. (ك)

(١٣) قوله: "لا تغرنكم" قلت: غريب بهذا اللفظ، وبمعناه ما رواه ابن أبى شيبه فى "مصنفه" عن سعيد ابن
المسيب قال: ﴿لا يغرنكم﴾ آية، إلا ما ملكت أيمانكم، إنما عنى به الأماء، ولم يعن به العبيد، وحدث عبد الأعلى عن
الحسن أنه كره أن يدخل المملوك على مولاته بغير إذنها. (ت)

* انظر فى نصب الراية ج ٤ ص ٥١ تحت الحديث الرابع والعشرين، وفى الدراية ج ٢ ص ٢٢٩ تحت الحديث ٩٥٧. (نعيم)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) رواه ابن ماجه عن عمر بن الخطاب. (ت)

شئت^(١) *، ولأن الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة، وتحصيلاً للولد، ولهذا تخير في الجب^(٢) والعنة^(٣)، ولا حق للأمة في الوطئ^(٤)، فلهذا^(٥) لا ينقص^(٦) حق الحرة بغير إذنها^(٧)، ويستبد^(٨) به^(٩) المولى، ولو كانت تحتة أمة غيره، فقد ذكرناها في النكاح^(١٠).

فصل في الاستبراء وغيره^(١١)

قال^(١٢): ومن اشترى جارية^(١٣)، فإنه لا يقربها، ولا يلمسها، ولا يقبلها، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها.
والأصل^(١٤) فيه قوله عليه السلام في سبايا أو طاس^(١٥): «ألا لا توطأ الحبالى^(١٦)

(١٦) النبي عليه السلام.

(١) رواه أبو داود عن جابر. كذا في "غاية البيان"

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥١، والدراية ج ٢ ص ٢٣٠، الحديث ٩٥٨. (نعيم)

(٢) قوله: "في الجب [أي إذا كان الزوج مجبوراً أو عنيئاً خيرت في الفسخ]" المبوب: هو الذي استوصل ذكره وخصيته من الجب وهو القطع، كذا في "العناية".

(٣) قوله: "والعنة" العين فعيل من "عن": إذا عرض، فإن ذكره يسترخى، فيعن بمينا وشمالا، ولا يقصد المأثى منها، والفقهاء يذكرون في مصدره العنة، ولم يوجد ذلك في كتب اللغة، والعين هو الذي لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة، وإن كان يصل إلى الثيب، دون الأبركار، أو إلى بعض النساء دون البعض. (مجمع البركات)

(٤) فلم يتوقف العزل على رضاها. (غن)

(٥) أي فلاجل أن الوطئ حق الحرة، ولا حق للأمة في الوطئ. (غن)

(٦) الزوج. (غن)

(٧) بأن يعزل عنها. (غن)

(٨) يتفرد.

(٩) أي بالعزل. (غن)

(١٠) قوله: "فقد ذكرناها في النكاح" وهو قوله: إذا تزوج أمته فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها. إلخ. (ك)

(١١) قوله: "فصل في الاستبراء [هو طلب براءة الرحم عن الولد. غن] إلخ" الوطئ المقيد نفسه بعد الوطئ المطلق نفسه، فأخر ما يتعلق بالوطئ المقيد، وهو الاستبراء بما يتعلق بالوطئ المطلق. (نت)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) قوله: "ومن اشترى إلخ" في إطلاق هذه المسألة نظر؛ فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه، أو كانت تحت نكاح غيره، ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها ذلك المشتري وقبضها، أو كانت معتدة الغير، فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها، لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور، كما صرحوا به. (نتائج الأفكار)

(١٤) دليل.

(١٥) قوله: "في سبايا [أخرج الدار قطنى عن ابن عباس قال: «نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع، أو

حتى يضعن حملهن ولا الحَيَالِي (١) حتى يستبرئن بحيضة* ، أفاد وجوب الاستبراء على المولى (٢) ، ودل على السبب في المسبية (٣) ، وهو استحداث الملك واليد (٤) ، لأنه هو الموجود في مورد النص (٥) .

وهذا (٦) لأن الحكمة (٧) فيه التعرف عن براءة الرحم؛ صيانة (٨) للمياه المحترمة (٩) عن الاختلاط (١٠) ، والأنساب عن الاشتباه ، وذلك (١١) عند حقيقة الشغل (١٢) ، أو توهم الشغل بماء محترم (١٣) ، وهو أن يكون الولد ثابت النسب (١٤) ،

حائل حتى تحيض. انتهى. ت. إلخ "السبايا جمع سبية: وهي جارية تسمى، وأوطاس: اسم موضع على ثلاث مراحل من مكة، ولرسول الله ﷺ غزوة مشهورة به، وهي غزوة حنين. (غن) (١٦) جمع حبلى: زن حامله.

(١) قوله: "ولا الحَيَالِي [حائل نازينده از هر حيوان. من] إلخ" الحَيَالِي جمع حائل، وهي التي لا حمل لها - على خلاف القياس - للازدواج بالحَيَالِي، وهي جمع حبلى، ويستبرئن - بالهمزة لا غير - من استبراء الجارية، وهو طلب براءة رحمها من الحمل بحيضة أو ما قام مقامها. (غن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٢، والدراية ج ٢ ص ٢٣٠، الحديث ٩٥٩. (نعيم)

(٢) قوله: "أفاد [هذا الحديث] وجوب إلخ" لأن النهي عن الوطئ مع الملك، وهو المطلق الحاضر يدل على وجوب الاستبراء؛ لأنه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه، والنفي أبلغ عن النهي. (ك)

(٣) أى السبب الكائن في المسبية.

(٤) قوله: "وهو استحداث إلخ" لا يقال: الوجه كونها مسبية؛ لأنه إضافة، والإضافة لا مدخل لها في العلة؛ لأن لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس، وأنه مفتوح بالنصوص، فلم يبق ههنا إلا كونها مملوكة رقبة ويدها، وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب. (تاج الشريعة)

(٥) قوله: "لأنه هو الموجود [الصالح للمسبية. أعظمى] إلخ" يعنى أن الموجود في مورد النص وهو قوله: ألا لا توطأ الحَيَالِي ليس إلا استحداث الملك واليد، فيكون هو السبب، ولما منع الشرع عن الوطئ مع الملك لا يخلو عن حكمة، وهي صيانة الماء عن الخلط بماء غيره، ولا يجوز أن يكون الحكمة موجبة؛ لأن الحكمة معقبة والعلة سابقة. (ك)

(٦) أى وجوب الاستبراء.

(٧) أى الفائدة.

(٨) قوله: "صيانة إلخ" أورد عليه صاحب "الإصلاح" و"الإيضاح" حيث قال: يرد عليه أنهم ينكرون انغلاق الولد من مائتين؛ لعدم إمكان الاختلاط بينهما، انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، إذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة إلخ، الاختلاط الحقيقي، بل المراد به الاختلاط الحكمي، وهو أن لا يتبين الولد من أى ماء انعلق، يرشد إليه قول المصنف: "والأنساب عن الاشتباه". ويفصح عنه قول "الكافي" في تعليل الاختلاط، إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها، فلا يدري أن الولد منه، أو من غيره، والذي ينكرونه إنما هو اختلاط المائتين اختلاطاً حقيقياً. (نت)

(٩) المعززة.

(١٠) بماء آخر.

(١١) أى الصيانة.

(١٢) كما في الحَيَالِي.

(١٣) قوله: "بماء محترم" إنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم في غير المحترم كذلك؛ فإن الجارية إذا كانت حاملاً

ويجب^(١) على المشتري، لا على البائع^(٢)، لأن العلية الحقيقية إرادة الوطئ^(٣)، والمشتري هو الذي يريده دون البائع، فيجب عليه، غير أن الإرادة أمر مبطن^(٤)، فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن من الوطئ^(٥). والتمكن إنما يثبت بالملك واليد، فانصب^(٦) سبباً، وأدير الحكم عليه^(٧) تيسيراً، فكان السبب^(٨) استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك^(٩) كالشراء والهبة، والوصية والميراث والخلع والكتابة^(١٠) وغير ذلك^(١١). وكذا يجب^(١٢) على المشتري من مال الصبي^(١٣)، ومن المرأة، ومن المملوك^(١٤)، ومن لا يحل له وطئها^(١٥)، وكذا^(١٦) إذا كانت المشتراة بكرراً لم توطأ؛ لتحقق السبب^(١٧)، وإدارة الأحكام على

من الزنا لا يحل وطئها؛ لأنه إخراج الكلام مخرج أوضاع الشرع؛ لأن وضع الشرع أن لا يكون إلا في الحلال. (تاج)
(١٤) قوله: "هو" أى المحترم بأن يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة أن، كما هو القياس على ما عرف في علم النحو، وكون الولد ثابت النسب، إنما يتحقق بأن يكون الأمة من قبل في ملك الغير نكاحاً، أو يمينا. (نت)
(١) الاستبراء.

(٢) لأنه معرض. (تاج الشريعة)

(٣) لأنه إذا أراد الوطئ، وجب عليه الاستبراء. (غن)

(٤) أى مخفى، والتبطين فى الأصل: جامه را استر كردن، كذا فى "تاج البيهقى".

(٥) فإن صحيح المزاج إذا تمكن أراد. (ع)

(٦) التمكن، أى قام.

(٧) التمكن.

(٨) قوله: "فكان السبب [وهذا فى المسبية وتعدى. إلخ]" أى العلة لصدق تعريفها عليه، وهى الباعث للشارع على الحكم لحكمة، واستحداث الملك كذلك. (أعظمى)

(٩) حتى وجب عليه الاستبراء بأى سبب كان. (غن)

(١٠) قوله: "والخلع [بأن جعل الأمة بدل الخلع، أو بدل الكتابة] والكتابة" يعنى إذا خالع امرأته على جارية، أو كاتب عبده على جارية لا يحل للزوج والمولى وطئ الجارية قبل الاستبراء. (عن)

(١١) قوله: "وغير ذلك [كالصدقة]" كما إذا تصدق على الفقير بجارية يجب الاستبراء على الفقير، كما إذا أجر داره على جارية إلى سنة، لا يحل وطئ المؤجر قبل الاستبراء. (غن)

(١٢) الاستبراء.

(١٣) قوله: "من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك" يعنى إذا باع أب الصبي أو وصيه جارية الصبي، يجب على المشتري الاستبراء، وكذا إذا اشترى جاريته من مولاتها يجب الاستبراء، ولا يحل الوطئ قبله. (غن)

(١٤) بأن يشتري جارية من عبده الماذون، وعليه دين مستغرق. (عيني)

(١٥) قوله: "ومن لا يحل له إلخ" بأن كانت الجارية أخت البائع من الرضاع، أو كان البائع وطئ أمها، أو وطئها أبوه أو ابنه. (ك)

(١٦) أى يجب الاستبراء. (غن)

(١٧) هو استحداث الملك واليد.

الأسباب دون الحِكم^(١) لبطونها^(٢)، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل^(٣). وكذا لا يجتزأ^(٤) بالحیضة^(٥) التي اشتراها في أثناءها، ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء، أو غيره^(٦) من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض، خلافاً لأبي يوسف^(٧)؛ لأن السبب^(٨) استحداث الملك واليد^(٩)، والحكم لا يسبق السبب. وكذا لا يجتزأ بالحاصل^(١٠) قبل الإجازة في بيع الفضولي، وإن كانت^(١١) في يد المشتري، ولا بالحاصل^(١٢) بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها^(١٣) شراءً صحيحاً لما قلنا^(١٤).

ويجب^(١٥) في جارية للمشتري فيها شقص^(١٦)، فاشترى الباقي؛ لأن السبب قد تم الآن^(١٧)، والحكم يضاف إلى تمام العلة، ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها بعد

(١) جمع حكمة: وهي ههنا تعرف براءة الرحم.

(٢) البطون: نهان شدن، ودرميان جيزى شدن. (تاج)

(٣) قوله: "عند توهم الشغل [بالماء]" فإن قلت: كيف يتصور توهم الشغل في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة، وفي المشتراة البكر، قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبي والمرأة موطوءة بشبهة، فيثبت النسب من الواطئ، فيثبت توهم الشغل، وأما البكر فإن الرجل قد يجامعها، فيسبق الماء، فتجبل مع بقاء البكارة، فيثبت توهم الشغل أيضاً بهذا الطريق. (غن)

(٤) اجتزأ - بزأى معجمه - بس كردن. (م)

(٥) أى إذا اشترى الأمة وهي حائض، فظهرت من تلك الحائضة لا يجتزأ بها. (غن)

(٦) كالهبة والصدقة.

(٧) قوله: "خلافاً لأبي يوسف [فإن عنده يجتزأ بها، يفهم من "العناية" و "النهاية" أن خلاف أبي يوسف في الصورة الأولى من هذه الصور الثلاث]" فإن عنده يجتزأ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم، كما لو طلقها قبل الدخول، لا يجب العدة بذلك. (ك)

(٨) دليل لعدم الاجتزأ.

(٩) واليد مفقود في هذه الصور.

(١٠) أى بالاستبراء الحاصل. (غن)

(١١) الجارية.

(١٢) قوله: "ولا بالحاصل إلخ" لأن العلة لم توجد وهي الملك واليد، وحكم الشيء لا يسبق عليه، فكان الاستبراء الحاصل قبل السبب كان لم يكن. (غن)

(١٣) جارية.

(١٤) لما قلنا [دليل لعدم الاجتزأ]" إشارة إلى قوله: لأن السبب استحداث الملك واليد، والحكم لا يسبق

السبب. (غن)

(١٥) الاستبراء.

(١٦) پاره.

(١٧) قوله: "لأن السبب إلخ" أى لأن السبب لحل الواطئ، وهو ملك الرقبة قد تم الآن، أى بعد ما ملك جميعه

القبض^(١)، وهي^(٢) مجوسية، أو مكاتبة، بأن كاتبها^(٣) بعد الشراء، ثم اسلمت المجوسية، أو عجزت المكاتبة لوجودها^(٤) بعد السبب، وهو استحداث الملك واليد؛ إذ هو مقتضى للحل^(٥) والحرمة^(٦) لمانع^(٧)، كما في حالة الحيض^(٨).

ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة^(٩)، أو ردت^(١٠) المغصوبة، أو المؤاجرة^(١١)، أو فكت المرهونة^(١٢)؛ لانعدام السبب، وهو استحداث الملك واليد، وهو سبب متعين، فأدير الحكم عليه وجوباً وعدمًا، ولها^(١٣) نظائر كثيرة كتبناها في "كفاية المنتهى"^(١٤). وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطئ حرم الدواعي^(١٥)؛ لإفضاءها إليه^(١٦) أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع^(١٧) بخلاف الحائض، حيث لا تحرم الدواعي فيها^(١٨)؛ لأنه لا

رقبتها، وملك بعض الرقية بمنزلة بعض العلة، وثبوت الحكم عند كمال العلة. (كف)

(١) قوله: "ويجتزأ الخ" قال الكرخي في "مختصره" وإذا اشترى الرجل أمة مجوسية، أو كانت مسلمة، فكاتبها قبل أن يستبرأها، ثم حاضت المكاتبة في حال كتابتها، أو أسلمت المجوسية، أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء، إلى ههنا لفظ الكرخي، وذلك لأن الحيضة وجدت بعد سبب الاستبراء، وحرمة الوطئ لا يمنع من الاعتداد بالحيضة عن الاستبراء، كمن اشترى جارية محرمة، فحاضت في حال إحرامها. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) المشتري.

(٤) حيضة.

(٥) أى حل الوطئ.

(٦) أى حرمة الوطئ.

(٧) أى كونها مجوسية أو مكاتبة.

(٨) أى كما أن الحرمة في حالة الحيض لمانع.

(٩) قوله: "الآبقة" يعنى التى أبقت فى دار الإسلام، ثم رجعت إلى مولاها، فإن أبقت إلى دار الحرب، ثم عادت إليه بوجه من الوجوه، فكذلك عند أبى حنيفة؛ لأنهم لا يملكونها فلم يحدث الملك، وعندهما يجب عليها الاستبراء؛ لأنهم ملكوها. (عن)

(١٠) إلى الملك.

(١١) آجره إيجاراً ومؤاجرة: بكرائه داد او را. (من)

(١٢) فك: از گرو بیرون آوردن گرد شد را. (م)

(١٣) أى لهذه المسألة.

(١٤) قوله: "نظائر كثيرة الخ" منها إذا كاتب أمة، ثم عجزت، ورددت فى الرق لا يلزم الاستبراء، وكذلك إذا باعها على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وسلم إلى المشتري، ثم أبطل البيع فى مدة الخيار، ومنها لا يلزمه الاستبراء إذا أودعها، ثم استردها. (ك)

(١٥) من القبلة واللمس وغيرهما.

(١٦) الوطئ.

يحتمل الوقوع^(١) في غير الملك؛ ولأنه زمان نفرة، فالإطلاق^(٢) في الدواعي لا يفضى إلى الوطئ.

والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات^(٣)، فتفضى إليه^(٤)، ولم يذكر الدواعي في المسبية^(٥).

وعن محمد أنها لا تحرم^(٦)؛ لأنها لا تحتل وقوعها في غير الملك؛ لأنه لو ظهر بها^(٧) حبل لا تصح دعوة الحربي، بخلاف المشتراة على ما بينا^(٨).

والاستبراء في الحامل بوضع الحمل؛ لما روينا^(٩)، وفي ذوات الأشهر^(١٠) بالشهر؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض، كما في المعتدة^(١١).

وإذا حاضت في أثناءه بطل الاستبراء بالأيام؛ للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة^(١٢)، فإن ارتفع حيضها^(١٣) تركها حتى إذا تبين^(١٤) أنها

(١٧) قوله: "على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائم" فصارت أم ولده، فيظهر أن الدواعي حصلت في ملك غيره. (كف)

(١٨) أى في حال الحيض.

(١) في الحائضة.

(٢) إباحة.

(٣) قوله: "أصدق [أكمل] الرغبات" لتوفر رغبته فيها، ما لم يحصل مقصوده منها. (كف)

(٤) الوطئ.

(٥) قوله: "ولم يذكر [يعنى في ظاهر الرواية. ع] الخ" استشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل، وهو المسبية إلى الفرع، وهو غيرها بتغير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها، ويمكن أن يجاب عنه: بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة، ولا يبعد أن يكون للاحق دالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل ههنا، أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه، لم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء، فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً، وهو الإفضاء لم تعتبر، ولما كان في غيرها أمران: الإفضاء والوقوع في غير الملك تعاضداً، فاعتبرت. (ع)

(٦) في المسبية.

(٧) المسبية.

(٨) قوله: "على ما بينا" إشارة إلى قوله: أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع. (نتائج الأفكار)

(٩) قوله: "لما روينا" إشارة إلى قوله: ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن. (غن)

(١٠) كالأنثى والصغيرة.

(١١) قوله: "كما في المعتدة" أى كما أن الشهر يقوم مقام الحيض في حق المعتدة إذا كانت من ذوات الأشهر. (مل)

(١٢) قوله: "كما في العدة" أى إذا كانت عدتها بالأشهر، فرأت الدم في خلالها يجب الاعتداد بالحيض. (عيني)

(١٣) قوله: "فإن ارتفع حيضها" أى امتد طهرها في أوان الحيض لا يطأها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل، جامعها؛ لأن المقصود تعرف براءة الرحم، وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر. (ع)

قوله: "فإن ارتفع" أى من ابتاع جارية ممن تحيض، فقبضها فارتفع حيضها لأمر حمل يعلم أنه بها، فإن محمداً روى

ليست بحامل وقع عليها^(١) وليس فيه^(٢) تقدير في ظاهر الرواية، وقيل: يتبين بشهرين أو ثلاثة^(٣).

وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام^(٤)، وعنه شهران^(٥) وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة، والأمة في الوفاة، وعن زفر ستان^(٦)، وهو رواية عن أبي حنيفة.

قال^(٧): ولا بأس بالاحتياط^(٨) لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة^(٩).

والمأخوذ^(١٠) قول أبي يوسف فيما إذا علم، أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، وقول محمد فيه إذا قربها، والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء، ثم يشتريها.

ولو كانت^(١١) فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشراء، أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به^(١٢)، ثم يشتريها^(١٣) ويقبضها أو يقبضها^(١٤)، ثم يطلق الزوج^(١٥)؛ لأن عند

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال: تركها أي لا يطوها حتى إلخ. (مختصر طحاوي)

(١٤) قوله: "حتى إذا تبين إلخ" فإن الحال إذا مضت مدة ظهر علامات حملها بانتفاخ جوفها، ونزول لبنها، فإذا مضت المدة ولم يبين الحمل، فالظاهر أنها غير حامل، فصار كما لو استبرأها بحیضة، فحل وطئها. (غن)

(١) قوله: "وقع [أي جامع بها] عليها" أي تمتع بها من قولهم وقع الطير على اللحم، وتفسير الوقوع بالجماع تفسير بأحد أنواع التمتع. (أعظمي)

(٢) أي في التبين المذكور.

(٣) هذا أصح لظهور الحبل في ذلك غالباً. (٤)

(٤) قوله: "أربعة إلخ" فإن أربعة أشهر وعشراً أقصى ما يقع به الاستبراء بالشهور، فإذا مضت ولم يظهر الحمل، حل الوطئ، ووجه الرواية الأخرى عنه، أن هذا القدر يعتبر في الحرة، فأما الأمة فأقصى ما يعتبر استبرأها بالشهور، شهران وخمسة أيام في عدة الوفاة، فإذا مضت جاز الوطئ. (غن)

(٥) قوله: "شهران وخمسة أيام" هذا هو القول المرجوع إليه والفتوى عليه؛ لأنه متى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء، فلأن يصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين، وهو دونه أولى. (ك)

(٦) قوله: "ستان" لأنه أكثر مدة يبقى الولد في البطن. (كف)

(٧) أي المصنف. (عينی)

(٨) حيله ساختن. (م)

(٩) قوله: "وقد ذكرنا الوجهين" أي وجهي قول أبي يوسف وقول محمد يعني بسبيل الإشارة، فما قال في الشفعة: وهو أن هذا منع عن وجوب الاستبراء ورفع لثبوتها، فلا يلزم الاحتياط في الإسقاط عند أبي يوسف، ووجه قول محمد أن الاستبراء إنما يجب صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط، وصيانة للإنسان عن الاشتباه، فلو جاز الاحتياط في الإسقاط، يلزم الاختلاط، والاشتباه فيكره. (عن)

(١٠) أي المعمول.

(١١) أي تحت المشتري حرة.

وجود السبب^(١١)، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن^(١٢) فرجها حلالا له^(١٣) لا يجب الاستبراء، وإن^(١٤) حل^(١٥) بعد ذلك^(١٦)؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب، كما إذا كانت معتدة الغير^(١٧).

قال^(١٨): ولا يقرب المظاهر^(١٩)، ولا يلمس ولا يقبل، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يكفر؛ لأنه لما حرم الوطئ^(٢٠) إلى أن يكفر حرم الدواعي^(٢١) للإفضاء إليه؛ لأن الأصل^(٢٢) أن سبب^(٢٣) الحرام^(٢٤) حرام^(٢٥)، كما في الاعتكاف والإحرام،

(١٢) قوله: "ممن يوثق به [وثق به: اعتماد كردن بر آن. (من) أى يعتمد عليه، ولا يخاف عليه أن لا يطلقها. غن]" لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها، فلا يحصل المقصود، وفي فتاوى "قاضى خان" وإذا اشترى جارية، وأراد أن يزوجه قبل القبض، وخاف أنه لو زوجها من عبده أو أجنبي، ربما لا يطلقها الزوج، فالحيلة له أن يزوجه على أن يكون أمرها بيده؛ ليطلقها متى شاء. (ك)

(١٣) فى الصورة الأولى.

(١٤) فى الصورة الثانية.

(١٥) قوله: "ثم يطلق الزوج" يعنى بعد القبض؛ لأنه إن طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء، إذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد؛ لأنه إذا طلقها قبل القبض فإذا قبضها، والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد، صار كأنه اشتراها فى هذه الحالة، وليست فى نكاح ولا عدة، فيلزم الاستبراء. (٤)

(١) أى سبب وجوب الاستبراء.

(٢) لوجود زوجها.

(٣) المشتري.

(٤) الواو متصلة.

(٥) بالطلاق.

(٦) أى وجود السبب.

(٧) قوله: "كما إذا كانت الخ" يعنى إذا اشترى أمة معتدة، وقبضها وإنقضت عدتها بعد القبض، لا يجب الاستبراء؛ لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري، فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث الملك، لم يجب بعده؛ لعدم تجدد السبب. (نهاية)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٩) قوله: "المظاهر الخ" هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء، لكنها مذكورة فى "الجامع الصغير" استطراداً، فإن الكلام لما إنساق فى الاستبراء إلى حرمة الدواعي، وفى هذه المسألة حرمة الدواعي ذكرها، ويجوز أن يقال: صدر الفعل بالاستبراء وغيره، وهذه من غيره. (٤)

(١٠) لقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾. (غن)

(١١) من المس والنظر إلى الفرج بشهوة.

(١٢) أى القاعدة الكلية.

(١٣) دواعي.

(١٤) الوطئ.

وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة^(١).

بخلاف حالة الحيض والصوم^(٢)؛ لأن الحيض يمتد شطر عمرها^(٣)، والصوم يمتد شهراً فرضاً، وأكثر العمر نفلاً، وفى المنع عنها بعض الحرج، ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها^(٤)، وقد صح: «أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم^(٥) ويضاجع نساءه وهن حيض^(٦)».*

قال^(٧): «ومن له أمتان أختان، فقبلهما بشهوة^(٨)، فإنه لا يجامع واحدة منهما

ولا يقبلها، ولا يمسه بشهوة، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة، حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها. وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئاً^(٩)؛ لإطلاق قوله تعالى^(١٠): ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾، ولا يعارض بقوله تعالى^(١١): ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لأن الترجيح للمحرم^(١٢).

(١٥) قوله: "حرام" لأنه لو كان السبب حلالاً، كان المسبب أيضاً حلالاً؛ لأن المقصود من مشروعيته السبب، هو المسبب، كما فى الاعتكاف لما حرم الوطئ حرم الدواعى أيضاً، والإحرام لما حرم الوطئ حرم الدواعى أيضاً، وفى المنكوحة إذا وطئت بشبهة حرم وطئها قبل انقضاء العدة، فكذلك حرم الدواعى. (غن)

(١) فلا يحل للزوج الأول الوطئ والدواعى قبل العدة.

(٢) فإن فيها يحرم الوطئ ولا يحرم الدواعى. (غن)

(٣) قوله: "يُمتد شطر [نصف] عمرها" أى قريباً من شطر عمرها، وهو عشرة أيام فى كل شهر، فكان قريباً من خمسة عشر يوماً، وهى نصف الشهر. (ك)

(٤) المدة - بالضم - ياره از روزگار. (من)

(٥) هذا حديث، رواه الأئمة الستة عن عائشة. (ت)

(٦) قوله: "ويضاجع [هذا حديث آخر إلخ]" أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت: كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضاً أن تنثر ثم يضاعفها. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٣، والدراية ج ٢ ص ٢٣٣، الحديث ٩٦٢. (نعيم)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٨) قوله: "فقبلهما [قيد بذلك؛ لأنه إذا لم تكن بشهوة لا يكون معتبراً. عناية] إلخ" لأنه إذا لم يقبلهما أصلاً، كان له أن يقبل، ويطأ إيهما شاء، سواء كان اشتراهما معاً، أو اشتراهما على التعاقب، وإن قبل واحدة منهما فله أن يطأ المقبلة دون الأخرى، وإذا لم يكن التقبيل بشهوة صار كأنه لم يقبلهما أصلاً. (ن)

(٩) وعقداً. (زيلعى)

(١٠) قوله: "الإطلاق إلخ" والمراد الجمع بينهما وطئاً وعقداً؛ لأنه معطوف على المحرمات وطئاً وعقداً.

(زيلعى)

(١١) قوله: "ولا يعارض إلخ" فإن قلت: الأصل فى الدلائل الجمع، وأمكن ههنا بأن يحمل قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا﴾ على النكاح، وقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ على ملك اليمين، قلت: المعنى الذى يحرم الجمع بين الأختين نكاحاً وجد ههنا، وهو قطفية الرحم، فيثبت الحكم ههنا أيضاً؛ ولأن قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ مخصوص

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي^(١) لإطلاق النص؛ ولأن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ في التحريم، على ما مهدناه من قبل^(٢)، فإذا قبلهما فكأنه^(٣) وطئهما، ولو وطئهما ليس له أن يجمع إحداهما^(٤)، ولا أن يأتي بالدواعي فيهما، فكذا إذا قبلهما. وكذا إذا مسهما بشهوة، أو نظر إلى فرجهما بشهوة؛ لما بينا^(٥)، إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها^(٦)، لأنه لما حرم عليه فرجها^(٧) لم يبق جامعاً.

وقوله: بملك أراد به ملك يمين، فينتظم التملك بسائر أسبابه^(٨) يبعاً أو غيره^(٩)، وتمليك الشقص^(١٠) فيه كتمليك الكل؛ لأن الوطئ يحرم به، وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، وكذا الكتابة^(١١) كالإعتاق^(١٢) في هذا^(١٣) لثبوت

إجماعاً، فإن أمه وأخته من الرضاع والأمة المحبوسة حرام، فلا يعارض ما ليس بمختص، وهو المحرم للجمع. (تاج الشريعة) (١٢) قوله: "لأن الترجيح للمحرم" عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن تحريم الجمع بين الأختين وطفاً، فقال: أحلتها آية أي قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، وحرمتها آية، أي قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾، فالتحريم أولى. (كف)

(١) من القبلة والمس وغيرهما.

(٢) إشارة إلى قوله؛ لأن الأصل أن سبب الحرام حرام.

(٣) لأنه قد باشر حراماً، فنزل منزلة وطئهما. (غن)

(٤) لأنه يصير جامعاً بينهما في الحكم، المراد بالنص وهو قضاء الشهوة. (غن)

(٥) من أن الدواعي إلى الوطئ بمنزلة الوطئ.

(٦) أخرى.

(٧) أخرى.

(٨) الملك.

(٩) كالخلم والصدقة والهبة والصلح والمهر.

(١٠) بعض.

(١١) قوله: "وكذا [كلمة كذا زائدة. ع] الكتابة الخ" يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع الاستدراك في كلمة كذا، وهو أن مراد المصنف، وكذا أي ككون إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق الكل، فيصير المقصود من كلمة كذا ههنا، هو التشبيه بما قبله، كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله.

وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها، هو التشبيه أيضاً بما قبله، فكأنه قال: وأيضاً الكتابة كالإعتاق في هذا، والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد، كما يرشد إليه قوله: لثبوت حرمة الوطئ بذلك كله. (نت)

(١٢) قوله: "كالإعتاق" وفي "البسوط": هذا الجواب مشكل؛ لأنها بالكتابة لا يخرج عن ملك المولى، حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز، ولم يحل فرجها لغيره، فكان ينبغي أن لا يحل له وطئ الأخرى، ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة، ولهذا يلزمه العقر بوطئها، فكان وطئه إياها في غير ملكه، حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، وقد سقطت العقوبة، فيجب الغرامة، فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزواله بتزويجها، فيحل له أن يطأ الأخرى. (ك)

(١٣) أي أنه يحل وطئ الأخرى. (ك)

حرمة الوطئ بذلك كله^(١). ويرهن إحداهما وإجارتها وتديبيرها لا تحل الأخرى؛ لأنها لا تخرج بها^(٢) عن ملكه^(٣)، وقوله: أو نكاح، أراد به النكاح الصحيح، أما إذا زوج إحداهما نكاحاً فاسداً لا يباح له^(٤) وطئ الأخرى، إلا أن يدخل الزوج بها فيه^(٥)؛ لأنه تجب العدة عليها^(٦)، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم.

ولو وطئ إحداهما حل له وطئ الموطوءة دون الأخرى؛ لأنه يصير جامعاً بوطئ الأخرى، لا بوطئ الموطوءة، وكل امرأتين^(٧) لا يجوز الجمع بينهما^(٨) نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين^(٩).

قال^(١٠): ويكره^(١١) أن يقبل الرجل فم الرجل، أو يده، أو شيئاً منه، أو يعانقه، وذكر الطحاوي^(١٢) أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة^(١٣)؛ لما روى^(١٤): «أن النبي عليه

(١) وإن كان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة. (زيلعي)

(٢) أي بهذه الأفعال.

(٣) قوله: "لأنها لا تخرج إلخ" أقول: كان الظاهر في التعليل ههنا أن يقول: لأنه لا يثبت بها حرمة الوطئ؛ فإن مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى؛ لأنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً، مع أنه إذا كاتب إحداهما تحل له الأخرى. وحمل الملك في قوله عن ملكه على ملك الوطئ، كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى، إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطئ لا ملك الوطئ، وإنما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح. (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)

(٤) أي للمولى.

(٥) أي في النكاح الفاسد. (غن)

(٦) الدخول يوجب العدة، والعدة أثرها في التحريم كالنكاح الصحيح، فإذا دخل المتزوج بنكاح فاسد حل له وطئ الأخرى. (غن)

(٧) أمتين.

(٨) قوله: "لا يجوز الجمع بينهما إلخ" كل شخصين لو جعل أحدهما ذكراً، والآخر أنثى أيهما كان جاز النكاح بينهما جاز الجمع بينهما إذا كانتا أختين، وإن كان لا يجوز النكاح بينهما لا يجوز الجمع بينهما إذا كانتا أختين. (شرح الطحاوي)

(٩) قوله: "بمنزلة الأختين" وهذا كما إذا كانت إحداهما عمه الأخرى، أو حالتها لا يجوز الجمع بينهما بالحديث المشهور، بمنزلة الجمع بين الأختين في قضاء الشهوة، فإذا قبلهما، أو لمسهما، أو نظر إلى فرجهما بشهوة لا يجوز له وطئ واحدة منهما، حتى حتى يحرم فرج الأخرى عليه بوجه من الوجوه. (غن)

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) ورخص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم، أو المتورع على سبيل التبرك. (ك)

(١٢) في "شرح الآثار". (غن)

(١٣) وهذا أجود. (مختصر طحاوي)

(١٤) أخرجه الحاكم في "المستدرک" عن ابن عمر رضی الله تعالی عنه. (ت)

السلام عانق جعفرأرضى الله تعالى عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه^(١) * ولهما ما روى ** : « أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة^(٢) - وهي المعانقة^(٣) - وعن المكامعة^(٤) - وهي التقبيل - » .

وما رواه محمود على ما قبل التحريم ، ثم قالوا^(٥) : الخلاف في المعانقة في إزار واحد ، وأما إذا كان عليه^(٦) قميص أو جبة ، فلا بأس بها^(٧) بالإجماع ، وهو الصحيح .

قال^(٨) : ولا بأس بالمصافحة ؛ لأنه هو المتوارث^(٩) ، وقال عليه السلام : « من صافح أخاه المسلم^(١٠) وحرك يده تناثرت^(١١) ذنوبه *** » .

(١) قوله : « وقبل بين عينيه » وذلك يوم فتح خيبر ، وقال : لا أدري بماذا أسر ، بفتح خيبر أم بقدم جعفر ، وعانق زيد بن حارثة ، وكان أصحاب رسول الله ﷺ يفعلون ذلك ، وفي « الكافي » : كان الأعراب يقبلون أطراف النبي ﷺ . (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٤ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣١ ، الحديث ٩٦٠ . (نعيم)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٦ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٢ ، الحديث ٩٦١ . (نعيم)

(٢) قوله : « نهى عن [هم خواهگی كردن دو مرد باهم . من] إلخ » قلت : رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » عن أبي ريحانة صاحب النبي عليه السلام قال كان رسول الله ﷺ ينهى عن مكامعة أو مكامعة المرأة المرأة ليس بينهما شيء وعن مكامعة أو مكامعة الرجل الرجل ليس بينهما شيء ، انتهى .

قال أبو عبيدة : والمكامة أن يلثم الرجل فاه صاحبه ، مأخوذ من « كمام البير » وهي أن يشد فاه إذا هاج ، والمكامة أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد ، ولذلك قيل : لزوج المرأة كميم ، انتهى . (ت)

(٣) قوله : « وهي المعانقة » تفسير المكامة بالمعانقة فيه نظراً ؛ لأنه قال في « ديوان الأدب » وغيره كأمع امرأته ضاجعها ، وكأمع المرء قبلها ، وقال في « الفائق » : نهى النبي ﷺ عن المكامة ، والمكامة أى عن ملاعبة الرجل الرجل ومضاجعته إياه ، لا يستبرئ بينهما . (غن)

(٤) مكامة : بوسه دادن ، ودهان در دهان گرفتن وقت بوسه . (من)

(٥) قوله : « ثم قالوا إلخ » الشيخ أبو منصور وفق 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 . (٤)

(٦) الرجل .

(٧) معانقة ، وكذا التقبيل إذا لم يكن على وجه الشهوة ، بل على وجه الميرة لا بأس به . (غن)

(٨) أى محمد في « الجامع الصغير » . (غن)

(٩) أى السنة القديمة في البيعة وغير ذلك . (زيلعي) توارث از يك ديگري ميراث گرفتن ، (تاج)

(١٠) قوله : « من صافح إلخ » قلت روى الطبراني في « معجمه » عن حذيفة بن اليمان عن النبي ﷺ قال : « إن

المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه وأخذه بيده فصافحه تناثرت خطاياهما ، كما يتناثر ورق الشجرة . » (ت)

(١١) تناثر : پراگنده گشتن . (من)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٥٩ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٣ ، الحديث ٩٦٣ . (نعيم)

فصل في البيع^(١)

قال^(١): ولا بأس ببيع السرقيين^(٢)، ويكره بيع العذرة^(٣)، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السرقيين أيضاً؛ لأنه نجس العين، فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به؛ لأنه يلقي في الأراضى؛ لاستكثار الربيع^(٤)، فكان مالا^(٥)، والمال محل للبيع، بخلاف العذرة؛ لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطاً^(٦)، ويجوز بيع المخلوط^(٧)، هو المروى عن محمد، وهو الصحيح، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح^(٨)، والمخلوط بمزلة زيت خالطته النجاسة^(٩).

قال^(١٠): ومن علم بجارية أنها لرجل، فرأى آخر يبيعها، وقال^(١١): وكلني صاحبها، فإنه يسعه أن يبتاعها، ويطأها؛ لأنه^(١٢) أخبر بخبر صحيح^(١٣)، لا منازع له، وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان^(١٤)؛ لما مر من قبل^(١٥). وكذا^(١٦) إذا قال^(١٧): اشتريتها منه، أو وهبها لي، أو تصدق بها علي؛ لما

(١) قوله: "فصل في البيع" أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطئ؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل بيدن الإنسان، وهذا لأن ما كان أكثر اتصالاً كان أحق بالتقديم. (٤)

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) بالكسر: عرب سرقين.

(٣) وهي رجيم آدمى. (ك) عذرة كفرحة: بليدى. (من)

(٤) بالفتح: دخلى كه از كشت حاصل شود. (م)

(٥) قوله: "فكان مالا" لأن المال ما يتمول أي يدخر لوقت الحاجة، وقد يتمول المسلمون السرقيين، وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف. (غن)

(٦) بالتراب الغالب. (غن) لا بنفسها.

(٧) قوله: "ويجوز بيع المخلوط" لأن المخلوط مال عندنا، يجوز بيعه، ونجاسة العين تمنع الأكل، ولا تمنع الانتفاع، فجاز بيع ذلك؛ لوجود الانتفاع. (غن)

(٨) وعن أبي حنيفة لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة. (كافي)

(٩) قوله: "بمزلة زيت إلخ" يعني أن الزيت المخلوط بالنجاسة يجوز بيعه، ويجوز الانتفاع به بالاستصباح اتفاقاً، فكذا العذرة مخلوطة بالزيت الغالب يجوز بيعها قياساً عليه، والجامع كونها منتفعا بها؛ لأن الناس ينتفعون بها. (غن)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (نبت)

(١١) الآخر.

(١٢) الآخر.

(١٣) لأنه صدر من عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب. (٤)

(١٤) أي بعد أن كان مميزاً عاقلاً، سواء كان حراً أو عبداً مسلماً، أو كافراً رجلاً أو امرأة. (ك)

(١٥) قوله: "لما مر من قبل" يعني في فصل الأكل والشرب في قوله من أرسل أجييراً له مجوسياً، وهذا لأن خير

الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة، دفعاً للحرَج. (٤)

قلنا^(١)، وهذا إذا كان ثقة^(٢)، وكذا إذا كان^(٣) غير ثقة، وأكبر رأيه أنه صادق؛ لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر^(٤).

وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض^(٥) لشيء من ذلك^(٦)؛ لأن أكبر الرأى يقام مقام اليقين، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان^(٧)، ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان، وأنه وكله^(٨) ببيعها، أو اشتراها^(٩) منه^(١٠)، والمخبر ثقة قبل قوله، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه؛ لأن إخباره حجة في حقه^(١١)، وإن لم يخبره^(١٢) صاحب اليد بشيء.

فإن كان^(١٣) عرفها^(١٤) للأول لم يشتريها^(١٥) حتى يعلم انتقالها إلى ملك

(١٦) أى يقبل قوله.

(١٧) الآخر.

(١) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له. (٦)

(٢) قوله: "وهذا أى قبول قوله" إذا كان [الآخر] ثقة الخ "مراد المصنف بقوله: إذا كان ثقة إذا كان عدلا، وبقوله: إذا كان غير ثقة إذا كان غير عدل، وتعليقه بقوله: لأن عدالة المخبر في المعاملات الخ، دليل واضح على كون مراده بغیر الثقة غير العدل، بالثقة العدل، ولا تناقض بين ذلك، بين قوله: على أى وصف كان أصلا؛ فإن الاستفادة من قوله: على أى وصف كان عموم الأوصاف، لا عموم الجزئيات.

وقد نبه بقوله: وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب الخ، على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق، ولا ضمير فيه، فإن كلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيد الإجمال. (نت)

(٣) الآخر.

(٤) قوله: "على ما مر" إشارة إلى ما قال في فصل الأكل والشرب، أن قول الواحد قبل في المعاملات دفعا للحرج. (غن)

(٥) يقصد. (غن)

(٦) أى الاشتهاء والوطئ.

(٧) قوله: "وكذا إذا لم يعلم الخ" يعنى هذا الذى قلنا فى ما إذا رأى الجارية فى يد فلان، فعلم أنها له، ثم رآها

فى يد غيره يبيعها، وقال: وكلنى الخ، وكذا إذا لم يعلم الخ. (غاية البيان)

(٨) فلان.

(٩) أى صاحب اليد.

(١٠) فلان.

(١١) قوله: "إخباره [صاحب اليد] حجة في حقه" أى فى حق نفسه فيما يرجع إليه، وهو قوله: ليس لى ولكن

لفلان، ولكن غير حجة فى حق غيره فيما يرجع إليه، وهو قوله: وكلنى أو اشتريت منه، فلا بد من حجة، وهو أكبر الرأى. (مل)

(١٢) أى الذى يريد الشراء.

(١٣) أى الذى يريد الشراء.

(١٤) جارية.

الثاني^(١)؛ لأن يد الأول دليل ملكه، وإن كان لا يعرف ذلك، له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقاً؛ لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل^(٢)، ولم يعارضه معارض، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر^(٣)، إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك^(٤)، فحينئذ يستحب له أن يتزوه^(٥).

ومع ذلك لو اشتراها يرجح أن يكون في سعة^(٦) من ذلك، لاعتماده للدليل^(٧) الشرعي^(٨)، وإن كان الذي^(٩) أتاها بها^(١٠) عبداً أو أمة لم يقبلها^(١١) ولم يشتريها حتى يسأل؛ لأن المملوك لا ملك له، فيعلم أن الملك فيها لغيره. فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو^(١٢) ثقة^(١٣) قبل^(١٤)، وإن لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي^(١٥)، وإن لم يكن له رأي لم يشتريها^(١٦)؛ لقيام الحاجر، فلا بد من دليل.

قال: ولو أن امرأة^(١٧) أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها، أو طلقها

(١٥) من صاحب اليد.

(١) البائم.

(٢) قوله: في حق الفاسق والعدل "أى في حق الناس كافة؛ لأن اليد دليل الملك شرعاً، والفاسق والعدل في هذا سواء، حتى إذا نازعه غيره فالقول له، فيحل لمن رآه في يده أن يشهد له بالملك. (ك)

(٣) اليد.

(٤) قوله: "لا يملك [مبيع] مثل ذلك" كدرة مثلاً في يد فقير لا يملك شيئاً، أو رأى كتاباً في يد جاهل، ولم يكن في آباءه من هو أهل لذلك، فيظن كل واحد أنه سارق لذلك العين، فكان التنزه عن شراءه أفضل. (ك)

(٥) عن الشراء.

(٦) كنجاش ودسترس وطاقت. (م)

(٧) أى اليد.

(٨) وهو أن اليد دليل الملك. (غن)

(٩) قوله: "وإن كان الذي أتاها إلخ" أى إذا أتى عبداً وجارية بجارية، فأراد بيع الجارية، فلا يشتري حتى يسأل إلخ. (غن)

(١٠) جارية.

(١١) أى إذا تركها عنده، أو وهبها منه. (ك)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى الخبير.

(١٤) لأن خير الواحد مقبول في المعاملات. (غن)

(١٥) قوله: "أكبر الرأي" فإن كان أكبر رأيه أنه صادق صدقه، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يعرض بشيء من ذلك. (غن)

(١٦) قوله: "لم يشتريها" أى لم يعرض لشيء منه لوجود المانع للملك، وهو الرق، وهو معنى قوله لقيام الحاجر -

بالراء المهملة - لأن الرق حاجر عن التصرف أى مانع عنه، فما لم يوجد نوع دليل لم يعمل بمجرد اليد. (غن)

ثلاثاً، أو كان^(١) غير ثقة، وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق، ولا تدرى أنه كتابه أم لا، إلا أن أكبر رأيها أنه حق، يعني بعد التحري، فلا بأس بأن تعتد^(٢) ثم تتزوج^(٣)؛ لأن القاطع^(٤) طارئ ولا منازع^(٥).

وكذا لو قالت لرجل، طلقني زوجي وانقضت عدتي، فلا بأس أن يتزوجها^(٦)، وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث: انقضت عدتي، وتزوجت بزواج آخر، ودخل بي، ثم طلقني وانقضت عدتي، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول^(٧)، وكذا لو قالت جارية^(٨)، كنت أسة لفلان فأعتقني^(٩)؛ لأن القاطع طارئ.

ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً، أو كان الزوج حين تزوجها مرتداً، أو أخاها^(١٠) من الرضاة، لم يقبل^(١١) قوله^(١٢)، حتى يشهد بذلك رجلان، أو رجل وامرأتان.

وكذا^(١٣) إذا أخبره مخبر^(١٤) أنك تزوجتها، وهي^(١٥) مرتدة، أو أختك من

(١٧) قوله: "ولو أن امرأة إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: وإذ اباع المسلم خمراً من مسائل كتاب الاستحسان، ذكرها ههنا تفريراً على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

(١) الخبر.

(٢) قوله: "فلا بأس إلخ" لأن القاطع إذا كان طارياً، لا منازع للمخبر به، يقبل قول الواحد، فإن كان ثقة لا يحتاج إلى غيره، وإن لم يكن لا بد من انضمام رأي المخبر له. (٤)

(٣) قوله: "ثم تتزوج" هذا في الإخبار، وأما في الشهادة فلا يصح، وإن كان الشاهد اثنين حيث لا يقضى القاضى بالفرقة؛ لأنه قضاء على الغائب. (ك)

(٤) قوله: "لأن القاطع [للزوجية]" أى قاطع النكاح طار على النكاح السابق، ويمكن الجمع بينهما، ولا منازع، فيصح العمل به. (أعظمى)

(٥) لأن صحة النكاح لا تمنع ما يطر. (زيلعى)

(٦) إذا غلب على ظنه صدقها. (غن)

(٧) قوله: فلا بأس [لأنها أخبرت عن أمر لا منازع لها فيه، فيقبل خبرها. غن] إلخ" أى إذا كانت ثقة، أو وقع في قلبه أنها صادقة. (كف)

(٨) قوله: "وكذا لو كانت جارية إلخ" جارية لا تعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقبها رجل، فقالت: إن سيدى قد أعتقنى، حل له أن يتزوجها، ولو قالت: أنا حرة الأصل لا يحل له ذلك؛ لما بين، أن الخبر الأول فى غير موضع المنازع، والثانى فى موضع المنازعة، فلا يقبل. (غن)

(٩) حل له أن يتزوجها، لأن إلخ. (كف)

(١٠) أى أو كان الزوج أخاها.

(١١) أى لم يسمعها أن تتزوج بزواج آخر، وإن غلب على ظنها صدقه. (غن) لأنه أخبر بفساد مقارن على ما سيجىء.

(١٢) مخبر.

(١٣) يعنى لم يعتبر إخباره.

الرضاعة لم يتزوج بأختها^(١) وأربع سواها، حتى يشهد بذلك عدلان؛ لأنه أخبر^(٢) بفساد مقارن^(٣)، والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده، فيثبت المنازع^(٤) بالظاهر.

بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة، فأخبر الزوج أنها ارتضعت^(٥) من أمه^(٦) أو أخته^(٧)، حيث يقبل قول الواحد فيه؛ لأن القاطع طار، والإقدام الأول^(٨) لا يدل على انعدامه^(٩)، فلم يثبت المنازع^(١٠) فافترقا، وعلى هذا الحرف يدور الفرق^(١١).

ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له، فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر، فقال أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها؛ لتحقق المنازع، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدم^(١٢).

(١٤) وإن كان المخبر عدلا. (غن)

(١٥) الواو حالية.

(١) يعنى لم يعتبر إخباره.

(٢) قوله: "لأنه [مخبر] أخبر إلخ" أى لأن هذا خبر فى موضع المنازعة؛ لأن الظاهر من حال العاقد أنه يدعى صحة عقده، وهذا يدعى فساده، فلا يقبل، إلا إذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك، فحينئذ يقبل. (غن)

(٣) للعقد.

(٤) قوله: "فيثبت المنازع إلخ" فالحاصل إننا لم نقبل خبر الواحد فى موضع المنازعة؛ لحاجتنا إلى الإلزام، وقبلنا فى

موضع المسألة لعدمه. (كفاية)

(٥) أى بعد النكاح.

(٦) زوج.

(٧) زوج.

(٨) على العقد.

(٩) ارتضاع.

(١٠) قوله: "فلم يثبت المنازع إلخ" اعترض عليه، بأنه إن قبل خبر الواحد فى إفساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه، فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول، وهو أن ملك الزوج فيها ثابت، والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد، وأجيب: بأن ذلك إذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك، بل باستصحاب الحال، وخبر الواحد أقوى منه. (٤)

(١١) قوله: "يدور الفرق [أى بين قبول قول الواحد وعدم قبوله. غن]" وهو أن المفسد إذا كان طاريا يثبت بخبر

الواحد العدل، وإن كان مقارنا، فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان. (ك)

(١٢) قوله: بخلاف ما تقدم [أراد به قوله: أنها لو قالت: كمن أمة لفلان، فأعتقنى حيث يقبل قولها. عيني] وهو أنه قالت: أعتقنى مولاى، يقبل لعدم المعارض أما فى قوله: أنا حرة الأصل، يوجد معارض مقارن؛ لأن كونها حرة الأصل ينافى الملك عليها، أما فى قولها: أعتقنى لم يوجد المعارض؛ لأن كونها مملوكة لا ينافى الإعتاق فى وقت آخر، فيقبل

قال ^(١): وإذا باع المسلم خمرا، وأخذ ثمنها، وعليه دين، فإنه يكره لصاحب الدين ^(٢) أن يأخذ منه ^(٣)، وإن كان البائع نصرانياً، فلا بأس به ^(٤).
والفرق أن البيع في الوجه الأول ^(٥) قد بطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فبقى الثمن على ملك المشتري، فلا يحل ^(٦) أخذه من البائع ^(٧)، وفي الوجه الثاني ^(٨) صح البيع؛ لأنه ^(٩) مال متقوم في حق الذمي، فملكه البائع ^(١٠)، فيحل الأخذ منه.

قال ^(١١): ويكره الاحتكار ^(١٢) في أقوات آدميين ^(١٣) والبهائم، إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله، وكذلك التلقى ^(١٤)، أما إذا كان لا يضر، فلا بأس به.
والأصل ^(١٥) فيه ^(١٦) قوله عليه السلام ^(١٧): «الجالب مرزوق ^(١٨) والمحترق ملعون ^(١٩)»*، ولأنه تعلق به ^(٢٠) حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم،

حتى إذا قال المولى: ما أعتقتها، لا يثبت العتق لوجود المعارض. (حميدة)

- (١) أي في "الجامع الصغير". (غن)
- (٢) قوله: "فإنه يكره إلخ" روى عن محمد أنه قال: هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي، فإن كان بقضاء القاضى بأن قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر، طاب له ذلك بقضائه. (٤)
- (٣) أي دينه.
- (٤) أي بأخذ الدين منه.
- (٥) أي إذا كان البائع مسلماً.
- (٦) للدائن؛ لأنه لم يملكه البائع. (غن)
- (٧) المسلم.
- (٨) أي إذا كان البائع نصرانياً.
- (٩) خمر.
- (١٠) النصراني.
- (١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)
- (١٢) قوله: ويكره الاحتكار "هو افتعال من حكر أي حبس، والمراد حبس الأقوات مترتباً للغلاء. (٤)
- (١٣) التي اشتراها المحترق في مصر وحبس.
- (١٤) قوله: "وكذلك التلقى [بيش رفتن بملاقات. م]" صورة التلقى أن يخرج من البلد إلى القافلة التي جاءت بالطعام، واشترها خارج البلد، وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها، ولم يترك حتى يدخل القافلة البلد. (كف)
- (١٥) دليل.
- (١٦) أي في كراهة الاحتكار. (غن)
- (١٧) أخرجه ابن ماجه عن عمر بن الخطاب. (ت)
- (١٨) قوله: "الجالب إلخ" قال الفقيه أبو الليث: أراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع، فيجلبه إلى بلد فيبيعه وهو مرزوق؛ لأن الناس ينتفعون به، فينال بركة دعاء المسلمين، والمحترق يشتري الطعام للمنع، ويضر بالناس. (عيني)

وتضييق الأمر عليهم، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك، بأن كانت البلدة صغيرة.
 بخلاف ما إذا لم يضر، بأن كان المصر كبيراً؛ لأنه حابس ملكه من غير إضرار
 بغيره، وكذا التلقى على هذا التفصيل^(١)؛ لأن النبي عليه السلام نهى^(٢) عن تلقى
 الجلب^(٣)، وعن تلقى الركبان*.
 قالوا^(٤): هذا إذا لم يلبس^(٥) المتلقى على التجار سعر^(٦) البلدة، فإن لبس،
 فهو^(٧) مكروه في الوجهين^(٨)؛ لأنه غادر^(٩) بهم^(١٠)، وتخصيص الاحتكار
 بالأقوات كالحنطة^(١١) والشعير^(١٢) والتبن^(١٣) والقت^(١٤) قول أبي حنيفة^(١٥).

(١٩) قوله: ملعون " قيل: اللعن على نوعين: أحدهما: الطرد من رحمة الله، وذلك لا يكون إلا للكافر، والثاني:
 الإبعاد عن درجة الأبرار ومقام الصالحين، وهو المراد ههنا؛ لأن عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب
 كبيرة. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦١، والدراية ج ٢ ص ٢٣٤، الحديث ٩٦٤. (نعيم)

(٢٠) أى بالقوت.

(١) يعنى إن أضر بأهل البلدة يكره، وإلا فلا.

(٢) قوله: "نهى عن تلقى الخ" قلت: هما حديثان: فالأول أخرجه مسلم عن أبي هريرة قال: نهى رسول
 الله ﷺ عن تلقى الجلب، انتهى، والثاني أخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تلتقوا
 الركبان". (ت)

(٣) ازجائى بجای بردن بجهت فروختن، كذا فى "المنتخب"، والمراد منه المجلوب.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦١، والدراية ج ٢ ص ٢٣٤، الحديث ٩٦٥. (نعيم)

(٤) قوله: "قالوا: هذا" أى قال المشايخ: إن هذا الجواب أى الكراهة فيما إذا كان أضر بأهل البلدة،
 وعدم الكراهة فيما لم يضر بهم فيما إذا اشترى المتلقى بلا تلبس السعر على التجار، أما إذا لبسه عليهم، فإنه مكروه الخ. (غن)

(٥) أى لم يخف.

(٦) نرخ.

(٧) تلقى.

(٨) أى سواء أضر بأهل البلد أو لم يضر. (ك)

(٩) بتلبس السعر. (ك) غدره وبه غدرأ بيوفائى كرد. (من)

(١٠) تجار.

(١١) گندم.

(١٢) جو.

(١٣) بالكسر كاه.

(١٤) قوله: "والقت" بالفتح: اسهت تر يا اسهت خشك، كذا فى "منتهى الأرب"، وفى "اللباب": الياس من
 الأسفست، وفى "البرهان القاطم": اسهت گياهى باشد بغايت نرم، وأملس كه چاربايان را خورده آن فربه سازد.

(١٥) وهو قول محمد أيضاً، وعليه الفتوى. (ك)

وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامه حسبه، فهو احتكار، وإن^(١) كان ذهباً أو فضةً أو ثوباً، وعن محمد^(٢) أنه قال: لا احتكار في الثياب^(٣)، فأبو يوسف اعتبر^(٤) حقيقة الضرر، إذ هو المؤثر في الكراهة، وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهودة المتعارف^(٥). ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت^(٦) يكون احتكاراً مكروهاً؛ لتحقق الضرر، ثم قيل: هي^(٧) مقدرة^(٨) بأربعين يوماً؛ لقول النبي عليه السلام^(٩): «من احتكر طعاماً أربعين ليلة قد برئ من الله وبرئ الله منه»^{(١٠)*}.

وقيل: بالشهر^(١١)؛ لأن ما دونه قليل عاجل، والشهر وما فوقه كثير آجل، وقد مر^(١٢) في غير موضع، ويقع التفاوت في المأثم^(١٣) بين أن يتربص العزة^(١٤) وبين أن يتربص^(١٥) القحط - والعياذ بالله - وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا^(١٦)، أما يأثم وإن^(١٧)

(١) الواو وصلية.

(٢) في رواية هشام.

(٣) قوله: "لا احتكار إلخ" فإن الحاجة اللازمة الدائمة في الأوقات دون غيرها، والثياب لا يقف قيام الأبدان وبقاء الحيات عليها، وقوت الحيوان ما كان قوامه به من المأكول، وقال القدوري في "شرح مختصر الكرخي": "وأما قول محمد: إن حبس الأرز ليس باحتكار، فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به، أما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار. (غاية البيان)

(٤) فإن الضرر يلحق بحكرة هذه الأشياء، كالحنطة والنهي عن الحكرة عام بلا فصل. (غن)

(٥) وهو بحبس الأوقات.

(٦) المدة.

(٧) أي المدة الطويلة.

(٨) أي مدة الاحتكار التي يمتنع منها. (غن)

(٩) رواه أحمد في "مسنده" عن ابن عمر رضي الله عنهما. (ت)

(١٠) أي خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٢ والدراية ج ٢ ص ٢٣٤، الحديث ٩٦٦. (نعيم)

(١١) قوله: "وقيل: بالشهر" أي قال بعض مشايخنا: هي مقدرة بالشهر، ولم يجعل التقدير في الحديث لازماً؛ لأن المعنى في المنع عن الاحتكار هو الضرر، والضرر يلحق في كثير المدة دون قليلها، وما دون الشهر قليل، ولهذا سقط الصوم بالجنون شهراً، بخلاف ما دونه، وكذا إذا جن الوكيل أو الموكل جنوناً مطلقاً، بطلت الوكالة، وحده شهر عند أبي يوسف، ولو قال: لأقضي دينه عن قريب، فهو على ما دون الشهر؛ لأن الشهر وما زاد عليه بعيد، ولهذا كان الشهر، أو في الأجل في السلم، وما دونه في حكم الحال. (غن)

(١٢) في السلم وغيره، أي قلة ما دون الشهر وكثرة ما فوقه.

(١٣) قوله: "ويقيم التفاوت إلخ" أراد أن إثم من يتربص القحط أعظم من إثم من يتربص عزة الطعام، وهي الغلاء. (ب)

(١٤) ينتظر.

قلت: المدة، والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة^(١).

قال^(٢): ومن احتكر غلة^(٣) ضيعته^(٤)، أو ما جلبه من بلد آخر، فليس بمحتكر، أما الأول فلأنه^(٥) خالص حقه، لم يتعلق به حق العامة، ألا ترى أن له أن لا يزرع^(٦)، فكذلك له أن لا يبيع.

وأما الثاني فالمذكور^(٧) قول أبي حنيفة؛ لأن حق العامة^(٨) إنما يتعلق بما جمع في المصر، وجلب^(٩) إلى فناءها.

وقال أبو يوسف: يكره لإطلاق ما روينا^(١٠)، وقال محمد: كل ما يجلب^(١١) منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر، يحرم الاحتكار فيه^(١٢)؛ لتعلق حق العامة به^(١٣)، بخلاف ما إذا كان البلد^(١٤) بعيداً لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حق العامة.

قال^(١٥): ولا ينبغي للسلطان أن يسعر^(١٦) على الناس؛ لقوله عليه السلام: «لا

(١٥) ينتظر.

(١٦) قوله: "المدة للمعاقبة إلخ" يعنى ضرب المدة لأجل المعاقبة فى الدنيا، يعنى يهدد الإمام المحتكر. (عيني)

(١٧) الواو وصلية.

(١) قوله: "غير محمودة" هذا إذا كان على قصد الاحتكار وترىص الغلاء وقصد الإضرار بالناس، أما إذا لم يكن

شيء من ذلك فهو محمود؛ لأن الكاسب صديق الله. (ك)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) محاصل.

(٤) ضيعة - بالفتح - زمين. (من)

(٥) أى ما حصل من غلة ضيعته.

(٦) أرضه.

(٧) أى الكراهة فيما جلبه من بلد آخر.

(٨) وأهل المصر.

(٩) من بلد آخر.

(١٠) أى قوله عليه السلام: «المحتكر ملعون».

(١١) أى كل موضع يجلب إلخ.

(١٢) أى فيما يجلب من ذلك الموضع.

(١٣) أى بما يجلب من ذلك الموضع.

(١٤) الذى جلب منه.

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) تسعير: نرخ نهادن. (م)

تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق^(١) * ، ولأن الثمن حق العاقد،
فإليه تقديره، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه، إلا إذا تعلق به^(٢) دفع ضرر العامة
على ما نبين^(٣). وإذا رفع إلى القاضى هذا الأمر^(٤)، يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن
قوته^(٥) وقوت أهله على اعتبار السعة^(٦) فى ذلك^(٧)، وينهاه عن الاحتكار، فإن رفع
إليه مرة أخرى حبسه^(٨) وعزره، على ما يرى زجرأله؛ دفعا للضرر عن الناس.
فإن كان أرباب الطعام يتحكمون^(٩)، ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً^(١٠)،
وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير. فحيث لا بأس به^(١١)،
بمشورة^(١٢) من أهل الراى والبصيرة، فإذا فعل ذلك^(١٣)، وتعدى رجل عن ذلك،
وباع بأكثر منه^(١٤) أجازه القاضى^(١٥)، وهذا ظاهر عند أبى حنيفة؛ لأنه لا يرى
الحجر^(١٦) على الحر^(١٧)، وكذا عندهما^(١٨)، إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم.

(١) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا تسعروا» إلخ" أخرجه أبو داود والترمذى فى البيوع، وابن ماجه فى التجارات
عن أنس قال: قال الناس: يا رسول الله! على السعر، فسعر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط
الرزاق وإنى لأرجو أنلقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال». (ت)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٢، والدراية ج ٢ ص ٢٣٤، الحديث ٩٦٧. (نعيم)

(٢) تعلق به [بالتسعير] فيسعر حيثئذ.

(٣) قوله: "على ما نبين" والبيان فى قوله: ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً، بأن يبيعوا نصف ما يباع به، كما إذا
باعوا قفيزاً بمائة وهو يشتري بخمسين. (كفاية)

(٤) أى الاحتكار.

(٥) قوت - بالضم - خورش باندازه قوام بدن انسان. (من)

(٦) گنجائش، أى سعة المحتكر.

(٧) أى فى قوته وقوت أهله.

(٨) قوله: "مرة أخرى" وفى "الجامع الصغير": فإن رفع إليه مرة أخرى وغطه وهدده، فإن رفع إليه مرة ثالثة،
فحيثئذ حبسه. (كفاية)

(٩) على المسلمى، نتحكم: حكومت نمودن بر كسى. (م)

(١٠) قوله: "تعدياً فاحشاً" بأن يبيعوا قفيزاً بمائة، وهو يشتري بخمسين، فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين. (ع)

(١١) أى بالتسعير.

(١٢) شورى - بالضم والقصر - ككاش وكنكاش كردن، مشوره مثله، وهى مفعلة لا مفعولة. (من)

(١٣) التسعير.

(١٤) مما عينه القاضى.

(١٥) قوله: "أجازه للقاضى [يعنى لا ينقضه]" وذلك لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون ذلك حجراً، بل
يكون قبول فى ذلك. (غن)

(١٦) أى أنهم عن التصرفات. وفى إبطال البيع يتحقق الحجر على الحر.

ومن باع منهم بما قدره الإمام صحح^(١)؛ لأنه غير مكره على البيع، وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه^(٢)، قيل: هو على الاختلاف^(٣)، الذى عرف فى بيع مال المديون، وقيل: يبيع بالاتفاق^(٤)؛ لأن أبا حنيفة يرى الحجر^(٥)؛ لدفع ضرر عام، وهذا كذلك^(٦).

قال^(٧): ويكره بيع السلاح فى أيام الفتنة، معناه^(٨) ممن يعرف أنه من أهل الفتنة؛ لأنه^(٩) تسبب إلى المعصية^(١٠)، وقد بيناه فى السير^(١١)، وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك^(١٢)؛ لأنه يحتمل أن لا يستعمله فى الفتنة، فلا يكره بالشك.

قال^(١٣): ولا بأس ببيع العصير^(١٤) ممن يعلم أنه يتخذه خمراً؛ لأن المعصية لا تقام بعينه، بل بعد تغييره^(١٥)، بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه^(١٦). قال^(١٧): ومن أجر بيتاً^(١٨)؛ ليتخذ فيه بيت نار، أو كنيسة^(١٩)، أو

(١٧) البالغ العاقل. (زيلعى)

(١٨) قوله: "وكذا عندهما" أى كذا هو ظاهر عندهما؛ لأنهما وإن رأيا الحجر ولكن على جر معين، أو قوم بأعيانهم، أما على قوم مجهولين فلا، وههنا كذلك، فلا يصح. (عيني)

(١) قوله: "ومن باع منهم" كلمة من للبيان، وليس بصله لباع، أى من باع، وهو من المحتكرين شيئاً مما احتكره بما قدره الإمام يصح، ولا يكون للبائع حق الفسخ، كما يكون للمكره. (مل)

(٢) إن امتنع عن البيع بالكلية. (زيلعى)

(٣) قوله: "هو على الاختلاف" يعنى أن فيه اختلاف المشايخ، قال بعضهم: لا يبيع على مذهب أبى حنيفة ويبيع على مذهبهما، كما فى بيع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيع، وقيل: يبيع بالاتفاق. (غن)

(٤) وإليه ذهب القدورى. (غن)

(٥) كالحجر على الطبيب الجاهل ونحوه. (كف)

(٦) أى هذا الحجر دفع ضرر عام.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) أى المراد منه البيع ممن إلخ.

(٩) بيع.

(١٠) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾. (غن)

(١١) أى المسألة مرت فى آخر كتاب السير. (غن)

(١٢) أى بالبيع منه.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "العصير" شيره انگور وجز آن وهر چه افشرده باشند. (م)

(١٥) أى استحالتة إلى الخمر. (غن)

بئحة^(١)، أو يباع فيه الخمر بالسواد^(٢)، فلا بأس به، وهذا عند أبي حنيفة.
 وقالوا: لا ينبغي أن يكره^(٣) لشيء من ذلك؛ لأنه إعانة على المعصية، وله أن
 الإجارة ترد على منفعة البيت، ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم^(٤)، ولا معصية
 فيه^(٥)، وإنما المعصية بفعل المستأجر^(٦)، وهو مختار^(٧) فيه، فقطع نسبه^(٨) عنه^(٩).
 وإنما قيده بالسواد لأنهم^(١٠) لا يمكنون من اتخاذ البيع^(١١) والكنائس، وإظهار بيع
 الخمر والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها^(١٢)، بخلاف السواد،
 قالوا: هذا كان في سواد الكوفة؛ لأن غالب أهلها أهل الذمة، فأما في سوادنا فأعلام

(١٦) قوله: لأن المعصية إلخ "فوزان ممن يتخذ خمرًا بيع الحديد من أهل الفتنة، فكلهما لا يكره، ووزان بيع
 السلاح ممن يبيع أهل الفتنة بيع الخمر لأن الحديد يباع بعين البيع، ولكن بيع الخمر بعينه لا يجوز أصلاً؛ لأنها ليست بمقتومة
 على حق المسلم، وبيع السلاح منهم يجوز، ويكره؛ لأن السلاح مال منقوم، والكراهة للمعصية المجاورة. (غن)
 (١٧) أي في آخر الجامع الصغير. (غن)

(١٨) بكرأيه داد.

(١٩) قوله: "كنيسة" كسفينه كليساى ترسايان يا جهودان يا كليساى ديگر كفار. (من)

(١) قوله: "أو يباع فيه الخمر بالسواد" أي في الصور الثلاثة لا في الصورة الرابعة، فإنها ليست بمعصية، فالأمر
 فيها [من] إلخ "اتخاذ بيت النار والكنيسة والمعصية للذمي أيضاً؛ فأنهم مخاطبون بالإيمان بلا خلاف،
 واتخاذها ينافي الإيمان، فكان معصية قطعاً، وبيع الخمر ليس بمعصية للكافر، فإن خطاب النبي صلى الله عليه وسلم في الكفار،
 بقول المصنف إنما المعصية بفعل المستأجر إلخ محمول على التغليب. (تنسخ). (٥) قوله: "فقطع نسبه" أي قطع نسبه
 (٧) ليس بكمرة.
 (٨) قوله: "فقطع نسبه إلخ" فصار كبيع الحارية ممن لا يستبرئها، أو يبيئها من غير غسلها، أو يبيئها من غير غسلها،
 الدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز، وهو لا بد له من عبادته فيه. (زيلعي)
 (٩) أي عن المكربى.
 (١٠) أي الكفار.
 (١١) فيمنعون من اتخاذ ذلك.
 (١٢) قوله: "لظهور شعائر الإسلام إلخ" لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والأعيان والأحكام والاحتجابات
 إقامة الحدود، وغير ذلك تختص بالأمصار، ففى إحداث الكنائس والبيع في هذه الأمصار استخفافاً بالمعصية، وبخلاف
 السواد. (غن)
 قوله: "شعائر أصلها من الإشارات وهو الإعلام، وأحدثها شعيرة، وكل ما كان معلماً إشارات تقرب به إلى الله
 تعالى من صلاة ودهاء وديبحة، فهو شعيرة. (معالم التنزيل)

(٢) القرى أى بيتاً كائناً بالسواد.
 (٣) إكراه: بكرأيه داد. (من)
 (٤) أى تسليم البيت إلى المستأجر نعم أو لا.

(٥) أى فى الإجارة.

(٦) قوله: "وإنما المعصية بفعل المستأجر [أى فى الصور الثلاثة لا فى الصورة الرابعة، فإنها ليست بمعصية، فالأمر
 فيها [من] إلخ" اتخاذ بيت النار والكنيسة والمعصية للذمي أيضاً؛ فأنهم مخاطبون بالإيمان بلا خلاف،
 واتخاذها ينافي الإيمان، فكان معصية قطعاً، وبيع الخمر ليس بمعصية للكافر، فإن خطاب النبي صلى الله عليه وسلم في الكفار،
 بقول المصنف إنما المعصية بفعل المستأجر إلخ محمول على التغليب. (تنسخ). (٥) قوله: "فقطع نسبه" أي قطع نسبه
 (٧) ليس بكمرة.
 (٨) قوله: "فقطع نسبه إلخ" فصار كبيع الحارية ممن لا يستبرئها، أو يبيئها من غير غسلها، أو يبيئها من غير غسلها،
 الدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز، وهو لا بد له من عبادته فيه. (زيلعي)
 (٩) أي عن المكربى.
 (١٠) أي الكفار.
 (١١) فيمنعون من اتخاذ ذلك.
 (١٢) قوله: "لظهور شعائر الإسلام إلخ" لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والأعيان والأحكام والاحتجابات
 إقامة الحدود، وغير ذلك تختص بالأمصار، ففى إحداث الكنائس والبيع في هذه الأمصار استخفافاً بالمعصية، وبخلاف
 السواد. (غن)
 قوله: "شعائر أصلها من الإشارات وهو الإعلام، وأحدثها شعيرة، وكل ما كان معلماً إشارات تقرب به إلى الله
 تعالى من صلاة ودهاء وديبحة، فهو شعيرة. (معالم التنزيل)

(٧) ليس بكمرة.

(٨) قوله: "فقطع نسبه إلخ" فصار كبيع الحارية ممن لا يستبرئها، أو يبيئها من غير غسلها، أو يبيئها من غير غسلها،
 الدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز، وهو لا بد له من عبادته فيه. (زيلعي)

(٩) أي عن المكربى.

(١٠) أي الكفار.

(١١) فيمنعون من اتخاذ ذلك.

(١٢) قوله: "لظهور شعائر الإسلام إلخ" لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والأعيان والأحكام والاحتجابات
 إقامة الحدود، وغير ذلك تختص بالأمصار، ففى إحداث الكنائس والبيع في هذه الأمصار استخفافاً بالمعصية، وبخلاف
 السواد. (غن)

قوله: "شعائر أصلها من الإشارات وهو الإعلام، وأحدثها شعيرة، وكل ما كان معلماً إشارات تقرب به إلى الله
 تعالى من صلاة ودهاء وديبحة، فهو شعيرة. (معالم التنزيل)

الإسلام فيها ظاهرة، فلا يكونون^(١) فيها^(٢) أيضاً، وهو الأصح^(٣).

قال^(٤): ومن حمل لذمي خمرًا، فإنه يطيب له الأجر، عند أبي حنيفة^(٥). وقال أبو يوسف ومحمد^(٦): يكره له ذلك؛ لأنه^(٧) إعانة على المعصية^(٨)، وقد صح: «أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشراً^(٩) حاملها والمحمول إليه*». له أن المعصية في شربها، وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل^(١٠)، ولا يقصد به^(١١)، والحديث محمول على الحمل^(١٢) المقرون بقصد المعصية.

قال^(١٣): ولا بأس^(١٤) ببيع بناء بيوت مكة، ويكره بيع أرضها، وهذا^(١٥) عند أبي حنيفة. وقال^(١٦): لا بأس ببيع أرضها أيضاً، وهذا رواية عن أبي حنيفة؛ لأنها^(١٧) مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي^(١٨) بها^(١٩)، فصار كالبناء^(٢٠).

(١) قوله: "فلا يكونون" [الكفار] فيمنعون منها.

(٢) أى فى القرى.

(٣) قوله: "وهو الأصح" وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى فخر الإسلام على البيزدوى، وعند البقلى: لا يمتنعون عن ذلك فى السواد. (غن)

(٤) فى "الجامع الصغير".

(٥) قياساً.

(٦) استحساناً.

(٧) حمل.

(٨) قال الله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾.

(٩) قوله: "لعن الخ" أخرجه أبو داود فى "سننه" عن ابن عمر يقول: قال رسول الله ﷺ: «لعن الله الخمر وشاربها وساقيتها وبتاعها ومبتاعها وعاصرها وأكل ثمنها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه»، انتهى. (ت)
* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٦٣، والدراية ج ٢ ص ٢٣٥، الحديث ٩٦٨. (نعيم)

(١٠) أى لوازمه؛ لأن الحمل قد يكون للتخليل، وقد يكون لغيره. (غن)

(١١) قوله: "ولا يقصد به" أى لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمى، بل مقصوده تحصيل الأجرة. (ك)

(١٢) أى على الحمل لقصد المعصية، وهو شرب الخمر، ولا كلام لنا فيه فإن ذلك مكروه. (غن)

(١٣) أى محمد فى "الجامع الغير". (غن)

(١٤) اتفاقاً.

(١٥) أى كراهة بيم الأرض.

(١٦) وبه أخذ الطحاوى فى "شرح الآثار".

(١٧) أرض مكة.

(١٨) قوله: "لظهور اختصاص الشرعى" أراد بالاختصاص الشرعى التوارث فى الأرض، وقسمتها فى الموارث. (ب)

ولأبي حنيفة قوله عليه السلام* : «ألا إن مكة حرام^(٢) لا تباع رباعها^(٣) ولا تورث^(٤)» ؛ ولأنها^(٥) حرة محترمة^(٦) ؛ لأنها فناء الكعبة^(٧) ، وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها^(٨) حتى لا ينفر^(٩) صيدها ، ولا يختلى^(١٠) خلاها ولا يعضد^(١١) شوكتها^(١٢) ، فكذا في حق البيع .

بخلاف البناء ؛ لأنه خالص ملك الباني^(١٣) ، ويكره إجارتها أيضاً^(١٤) ؛ لقوله عليه السلام : «من أجز أرض مكة فكأنما أكل الربا^(١٥)»* ، ولأن أراضي مكة تسمى السوائب^(١٦) على عهد رسول الله ﷺ ، من احتاج إليها سكنها ، ومن استغنى

(١٩) أرض مكة .

(٢٠) أى بيع الأرض كبيع البنا .

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٥ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٥ ، الحديث ٩٦٩ . (نعيم)

(٢) قوله : «ألا إن مكة إلخ» روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن مجاهد قال : قال رسول الله ﷺ : «مكة حرام حرما لله لا يحل بيع رباعها ولا إجارة بيوتها» انتهى . (ت)

(٣) قوله : «رباعها» الرباع جمع ربيع ، وهو الدار بعينها حيث كانت ، والحلة والمنزل ، كذا في «القاموس» . (نت)

(٤) قوله : «تورث» وراثه ؛ وارث شدن ، ورث الشيء من أبيه وورث أباه ما لا فعل ازان . (تاج اللغة)

(٥) أراضي مكة .

(٦) الحرة الكريمة ، وسحابة حرة كريمة المطر . (ديوان)

(٧) گردا گرد

(٨) أى فى أراضي مكة .

(٩) تنفر : زمانیدن . أى لا يزعم من موضعه ولا يخوف . (عينى)

(١٠) اختلى الخلى : درد دوبر كند گیاه تر را . (من)

(١١) أى لا يقطم .

(١٢) شوک خار . (م)

(١٣) قوله : «لأنه خالص ملك الباني» ألا ترى أنه لو بنى فى المستأجر ، أو فى الوقف ؛ صار البناء ملكاً له وجاز بيعه . (ت)

قوله : «ملك الباني» قال ابن الجوزى فى «التحقيق» : بيع رباع مكة مبنى على أنها إن فتحت عنوة ، فتكون وفقاً على

المسلمين ، فلا يجوز بيعها ، وإن فتحت صلحاً ، فهى باقية على أهلها فيجوز ، انتهى . (ت)

(١٤) قوله : «ويكره إجارتها [أرض مكة] إلخ» وروى هشام عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنه كره إجارة بيوت

مكة فى الموسم ورخص فى غير الموسم ؛ لأن أهل الموسم لهم ضرورة إلى النزول ، والمقيم لا ضرورة له إلى النزول . (غن)

(١٥) قوله : «من أجز إلخ» قلت : غريب من هذا اللفظ ، وروى محمد بن الحسن فى «كتاب الآثار» عن عبد الله

عمرو عن النبى ﷺ قال : «من أكل من أجزور بيوت مكة فإمما يأكل ناراً» انتهى . (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٦ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٦ ، الحديث ٩٧٠ . (نعيم)

(١٦) قوله : «تسمى السوائب [جمع سائبة هى شىء لا ولاية عليه لا حد . كف]» قلت : رواه ابن ماجه فى سننه

فى الحج عن علقمة قال : توفى رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما يدعى رباع مكة إلا السوائب من احتياج سكن ومن

عنها أسكن غيره* . ومن وضع^(٢) درهماً^(٣) عند بقال يأخذ منه^(٤) ما شاء^(٥) ، يكره له ذلك^(٦) ؛ لأنه ملكه قرضاً^(٧) جربه نفعاً، وهو^(٨) أن يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً، ونهى^(٩) رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعاً، وينبغي أن يستودعه، ثم يأخذ منه ما شاء جزء فجزء؛ لأنه وديعة، وليس بقرض، حتى لو هلك لا شيء على الآخذ^(١٠)، والله أعلم.

مسائل متفرقة

قال^(١١) : ويكره التعشير والنقط^(١٢) في المصحف^(١٣) ؛ لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه** : " جردوا القرآن"^(١٤) ، ويروى " جردوا المصاحف" ، وفي

استغنى أسكن، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٨، والدراية ج ٢ ص ٢٣٧، الحديث ٩٧١ . (نعيم)

(٢) ذكر هذه المسألة تقريباً. (غن)

(٣) قوله: "ومن وضع إلخ" معنى المسألة أن رجلاً فقيراً له درهم يخاف لو كان في يده يهلك، أو يصرف إلى حاجة، لكن حاجته إلى المعاملة مع البقال أمس من غيرها، كما في شري التوابل والملح والكبريت، وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنع له من الحاجة كل ساعة، فيعطى الدرهم البقال لأن يأخذ منه ما يحتاج إليه مما ذكرنا بحسابه جزء فجزء حتى يستوفى ما يقابل الدرهم، وهذا الفعل منه مكروه؛ لأنه حاصل هذا الفعل راجع إلى أن يكون قرضاً فيه جر نفع، وهو مكروه. (ك)

(٤) حال

(٥) قوله: "يأخذ منه إلخ" هذا خارج مخرج الشرط، يعني وضعه بشرط أن يأخذه منه ما شاء، وإذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة، إن هلك لم يضمن شيئاً منها. (٤)

(٦) من التوابل والبقول وغير ذلك.

(٧) قوله: "لأنه ملكه" أي الدراهم، فقد أقرضه إياه، وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد حالاً فحالاً، وله في ذلك نفع، وهو بقاء درهم وكفاية الحاجات، فيصير قرضاً جر نفعاً، وهو منهي عنه، فإن القرض تملك الشيء بمثله، فإذا جر نفعاً صار كأنه استراد فيه الربوا، فلا يجوز. لأن القرض تبرع، وجر المنفعة يخرج عن موضعه، وإنما يكره إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وإذا لم تكن مشروطة فيه، يكون المقرض متبرعاً بها، فصار كالرجحان الذي دفعه عليه السلام في بدل القرض، وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض، فإذا خرج عطاءه أعطاه أجود مما أخذ منه. (مل)

(٨) نفع.

(٩) مر الحديث في آخر كتاب الحوالة.

(١٠) يقال.

(١١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١٢) أي إظهار الإعراب.

(١٣) قوله: "ويكره التعشير إلخ" التعشير جعل العواشر في المصحف، وهو كناية عن العلامة عند منتهى عشر

آيات. (٤)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٦٩ تحت عنوان "مسائل متفرقة"، وفي الدراية ج ٢ ص ٢٣٧ تحت الحديث ٩٧١ . (نعيم)

التعشير والنقط ترك التجريد، ولأن التعشير يخل^(١) بحفظ الآي^(٢)، والنقط بحفظ الإعراب أتكالاً^(٣) عليه، فيكرهه، قالوا^(٤): في زماننا لا بد للعجم من دلالة^(٥)، فترك ذلك إخلال بالحفظ، وهجران القرآن فيكون حسناً.

قال: ولا بأس بتحلية المصحف^(٦)؛ لما فيه من تعظيمه^(٧)، وصار كنفش المسجد، وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه^(٨) من قبل^(٩)، قال^(١٠): ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام، وقال الشافعي: يكره ذلك.

وقال مالك: يكره في كل مسجد، للشافعي قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾^(١١) فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا^(١٢)، ولأن الكافر لا يخلو عن

(١٤) قوله: "جردوا القرآن" واختلفوا في تفسيره، فقيل: المراد عن نقط المصاحف، فيكون دليلاً على كراهة نقط المصاحف، وقيل: هو أمر بتعليم القرآن وحده، وترك الأحاديث، وقالوا: هذا باطل، وقيل: إنه حث على أن لا يتعلم بشيء من كتب الله غير القرآن؛ لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى، وليسوا بمأمونين عليها. (ع)
قوله: "جردوا" رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الصلاة في فضائل القرآن، ورواية جردوا المصاحف غريبة. (ت)
(١) قوله: والتعشير يخل الخ" يعني أن التعشير أمر غير مفيد، إلا التقصير في حفظ الآيات ومعرفتها، وكذلك النقط يبطل الاجتهاد في حفظ القرآن ومعرفته اعتماداً على الحفظ. (غن)

(٢) ومعرفتها.

(٣) اعتماداً.

(٤) قوله: "قالوا: في زماننا الخ" قال فخر الإسلام البزدوي في شرح "الجامع الصغير": قال مشايخنا: هذا في زمانهم لأهل بلدانهم، فأما في زماننا لأهل بلداننا، فالنقطة حسن، وهو أمر لا بد منه؛ لأنه ليس في وسع العجم معرفة الإعراب من غير دلالة على ذلك، فيؤدي تركه إلى هجران القرآن، وإلى الإعراض عن حفظه، وإلى تكليف العجم إلى معرفة ما ليس في وسعهم، فلذلك صار حسناً، وقد استحسنته المسلمون من بعد، وما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن، وكفى بالعجز عذراً. (غن)

(٥) قوله: "لا بد للعجم الخ" لأن العجم لا يمكنه التعليم والتلاوة إلا بالنقط، وعلى هذا كتبت أسامي السور وعدد الآي، فهو وإن كان إحدائاً فهو بدعة حسنة، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان، كذا ذكره الإمام التمرتاشي. (كفاية)

(٦) حل - بالفتح - بيرانه زيور، يقال: سيف محلي شمشير بأرايش، وكذلك لجام محلي. (من)

(٧) قرآن.

(٨) نقش مسجد.

(٩) في آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله، ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء. (نت)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) هو مصدر، ومعناه ذور أنجاس. (غن)

(١٢) يعني العام الذي حج فيه أبو بكر رضي الله تعالى عنه بالناس ونادى على كرم الله وجهه ببراءة، وهو سنة تسع من الهجرة. (معالم التنزيل)

جناية^(١)؛ لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرج منه، والجنب يجب^(٢) المسجد، وبهذا^(٣) يحتج مالك، والتعليل بالنجاسة عام^(٤)، فينتظم المساجد كلها.
ولنا ما روى: «أن النبي عليه السلام أنزل^(٥) وفد^(٦) ثقيف في مسجده وهم كفار^(٧)»؛ ولأن الخبيث^(٨) في اعتقادهم^(٩)، فلا يؤدي إلى تلويث^(١٠) المسجد^(١١)، والآية محمولة على الحضور^(١٢) استيلاء واستعلاء^(١٣)، أو طائفتين عراة، كما كانت عاداتهم في الجاهلية،
قال^(١٤): ويكره استخدام الخصيان؛ لأن الرغبة في استخدامهم حث^(١٥) الناس

(١) قوله: "ولأن الكافر إلخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيئاً من المساجد، ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد، فلم يكن هذا الدليل ملائماً لمذهبه، وإنما كان مناسباً لمذهب مالك. (نت)

(٢) أي دور داشته می شود از مسجد.

(٣) أي بدليل الشافعي.

(٤) قوله: "والتعليل بالنجاسة إلخ" يعني علل بأن المشرك إنما يجب عن المسجد الحرام لكونه نجساً، فلا تفصيل بين مسجد ومسجد. (ك)

(٥) أخرجه أبو داود في "سننه" في كتاب الخراج. (ت)

(٦) جمع وافد برسولي آينده. (من) حى من قيس.

(٧) اللواو حالية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٠، والدراية ج ٢ ص ٢٣٧، الحديث ٩٧٢. (تعميم)

(٨) قوله: "ولأن الخبيث [الخبيث أى النجاسة المذكورة فى الآية هو الخبيث فى اعتقادهم. زيلعى] إلخ" دليل آخر على يتضمن الجواب عن أن يقال: كيف أنزل النبي ﷺ وفد ثقيف فى مسجده، وهم كفار، وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجساً، كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم فى مسجده وضرب لهم خيمة، فقال الصحابة: قوم أنجاس، فقال عليه السلام: ليس على الأرض من نجاستهم شيء وإنما نجاستهم على أنفسهم، ويرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل فى مقابلة النص، وهو قوله تعالى: ﴿فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم﴾، والتعليل فى مقابلة النص غير صحيح على ما عرف فى علم الأصول، فأجاب المصنف عنه بقوله: والآية محمولة على الحضور إلخ. (نت)

(٩) كفار.

(١٠) آلوده كردن. (م)

(١١) قوله: "فلا يؤدي إلخ" فإن قيل: الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وإن لم يؤدي إلى التلبس، قلنا: لأن أعضائه نجسة، وإدخال النجاسة فى المسجد لا يجوز، وأما الكافر فأعضائه طاهرة من النجاسة، ولهذا لا يجب عليه الغسل بالإسلام. (ك)

(١٢) أي حضور المسجد الحرام.

(١٣) قوله: "استعلاء إلخ" أي مستولين على أهل الإسلام، مستعلين من حيث التدبير والقيام بمسارعة المسجد، لأن قبل الفتح كانت الولاية والاستعلاء لهم، ولم يبق ذلك بعد الفتح. (كلف)

(١٤) أي القلورى فى "مختصره". (غن)

على هذا الصنيع^(١)، وهو مثله^(٢) محرمة^(٣).

قال^(٤): ولا بأس^(٥) بإخصاء البهائم^(٦)، وإنزاء الحمير على الخيل؛ لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس^(٧)، وقد صح: «أن النبي عليه السلام^(٨) ركب البغلة^(٩)»*، فلو كان هذا الفعل^(١٠) حراماً لما ركبها، لما فيه^(١١) من فتح بابه. قال^(١٢): ولا بأس بعبادة^(١٣) اليهودى والنصراني^(١٤)؛ لأنه نوع بر^(١٥) في حقهم، وما نهينا عن ذلك^(١٦)، وقد صح أن النبي عليه السلام^(١٧) عاد يهودياً مرض بجواره**.

(١٥) برانكيختن.

(١) قوله: حث الناس " فإنه لو لا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخصوصونهم. (غن)

(٢) أى تغيير خلق الله.

(٣) فى الدين بالحديث.

(٤) القدورى. (عينى)

(٥) قوله: ولا بأس بإخصاء الخ " هذا لفظ القدورى، يقال: خصاه يخصيه خصاء - بالكسر والمد - من باب عساه يعصيه إذا نزع خصيته وهو المشهور عند أهل اللغة، وقد وردت الرواية فى كتب محمد والطحواى بلفظ الإخصاء أيضاً من المنشعبة. (غن)

(٦) بهيمة: جارياً.

(٧) قوله: "منفعة البهيمة" فإن فيه سمنها ويطيب به لحمها، وقد روى أن رسول الله ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوتين، وهما المرضوض خصاهما. (مل)

(٨) أخرجه البخارى ومسلم فى الجهاد. (ت)

(٩) خجر.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٠، والدرابرة ج ٢ ص ٢٣٨، الحديث ٩٧٣. (نعيم)

(١٠) أى إنزاء الحمير على الخيل.

(١١) ركوب.

(١٢) أى فى "الجامع الصغير"، وهذه من الخواص. (غن)

(١٣) بيمار پرسى.

(١٤) قوله: "اليهودى الخ" ونص محمد فى المجوسى على أنه لا بأس بعبادته، ولكن المشايخ اختلفوا فيه، منهم من قال: لا بأس به؛ لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى، وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن المجوس أبعد عن الإسلام من اليهود والنصارى. ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوسى ونكاحهم، بخلاف اليهود والنصارى، واختلفوا فى عبادة الفاسق أيضاً، والأصح أنه لا بأس به؛ لأنه مسلم، والعبادة من حقوق المسلمين، كذا قال فخر الدين قاضى خان فى "شرح الجامع الصغير". (غن)

(١٥) نكوئى، ولعله يكون سبباً لإسلامهم.

(١٦) البر.

(١٧) رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" وابن حبان فى "صحيحه". (ت)

قال^(١): ويكره أن يقول الرجل في دعاءه* : أسألك بمقعد^(٢) العز من عرشك^(٣) ، وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز . ولا ريب في كراهية الثانية ؛ لأنه من القعود^(٤) وكذا الأولى^(٥) ؛ لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش^(٦) ، وهو^(٧) محدث ، والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبي يوسف أنه لا بأس به^(٨) ، وبه أخذ الفقيه^(٩) أبو الليث ؛ لأنه مأثور^(١٠) عن النبي عليه السلام .
 روى^(١١) أنه كان من^(١٢) دعاءه^(١٣) : اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك ، ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الأعظم وجدك الأعلى^(١٤) ، وكلماتك التامة ، ولكننا نقول : هذا خبر واحد ، وكان الاحتياط في الامتناع .
 ويكره أن يقول في دعاءه : بحق فلان^(١٥) ، أو بحق أنبياءك^(١٦) ورسلك ؛ لأنه لا حق للمخلوق على الخالق .

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧١ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٨ ، الحديث ٩٧٤ . (نعيم)

(١) أي في " الجامع الصغير " ، وهذه من الخواص . (غن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٢ ، والدراية ج ٢ ص ٢٣٩ ، الحديث ٩٧٥ . (نعيم)

(٢) مقعد كمجلس بتتگاه گره . (من) ، مصدر ميمي إذ ظرف .

(٣) كلمة من ههنا لا ابتداء الغاية ، أو للبيان .

(٤) قوله : " لأنه من القعود " فلا يشكل كراهيته ؛ لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل ، وهو القعود ، وهو التمكن على العرش ، ذلك قول المجسمة ، وهو قول باطل . (غن)

(٥) يكره .

(٦) قوله : " لأنه يوهم الخ " فيتهم أن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفاً به ، ولا يزال موصوفاً به . (كف)

(٧) عرش ، والواو حالية .

(٨) أي بالأول .

(٩) في " شرح الجامع الصغير " .

(١٠) منقول .

(١١) رواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير عن ابن مسعود . (ت)

(١٢) بعض .

(١٣) نبي .

(١٤) الجدة عظمة الله تعالى . (ديوان)

(١٥) قوله : " بحق فلان الخ " ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن يفعل كذا ، لا يجب على ذلك الغير أن يأتي

بذلك الفعل شرعاً ، وإن كان الآلى أن يأتي . (كف)

(١٦) والبيت والمشعر الحرام . (زيلعي)

قال^(١): ويكره اللعب بالشطرنج والنرد^(٢) والأربعة عشر^(٣)، وكل لهو؛ لأنه إن قامر بها، فاليسر حرام بالنص^(٤)، وهو اسم لكل قمار، وإن لم يقامر بها، فهو عبث ولهو^(٥)، وقال عليه السلام*: «لهو المؤمن باطل^(٦) إلا الثلاث وتأديبه لفرسه ومناضلته^(٧) عن قوسه وملاعبته مع أهله^(٨)».

وقال بعض الناس: يباح اللعب بالشطرنج؛ لما فيه من تشحيد^(٩) الخواطر^(١٠) وتذكية الأفهام^(١١)، وهو محكى عن الشافعى.

لنا قوله عليه السلام^(١٢): «من لعب بالشطرنج^(١٣) والنردشير فكأما غمس^(١٤) يده فى دم الخنزير»**؛ ولأنه نوع لعب^(١٥) يصد^(١٦) عن ذكر الله وعن الجمع

(١) أى فى "الجامع الصغير"، وهو من الخواص. (غن)

(٢) قوله: "والنرد" نرد بالفتح نام بازى ست در مقابله شطرنج. غث] نرد بالفتح بازى است معروف، ارد شيرين باهك آنرا وضع کرده لا جرم، نرد شير نيز نامندش. (من)

(٣) قول شىء يستعمله اليهود. (ك)

(٤) قال الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾.

(٥) وهو حرام.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٣، والدراية ج ٢ ص ٢٣٩، الحديث ٩٧٦. (نعيم)

(٦) قوله: "لهو المؤمن إلخ" رواه الحاكم فى "المستدرک" فى الجهاد عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شىء من لهو الدنيا باطل إلا ثلاثة انتضالك بقوسك وتاديك فرسك وملاعبتك أهلک فإنهن من الحق» مختصر، وقال: حديث صحيح على شرط مسلم، انتهى. (ت)

(٧) قوله: "مناضلته" [ناضله رماه. ديوان] "منازلة تير اندازى كردن باهم، ونبرد نمودن در تير اندازى. (من)

(٨) بازى كردن.

(٩) تيز كردن كرد وشمشير وجز آن.

(١٠) قلوب.

(١١) تيز كردن آتش.

(١٢) قوله: "ولنا قوله إلخ" وروى عن على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه التماثيل التى انتم لها عاكفون، وروى مثل هذا عن عمر أيضاً، حين مر بقوم يلعبون بالشطرنج وقد شبه عملهم بعمل عبادة الأوثان. (غن)

(١٣) قوله: "من لعب إلخ" قلت: غريب بهذا اللفظ، والحديث فى مسلم، وليس فيه ذكر الشطرنج أخرجه عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالنردشير فكأما صبغ يده فى لحم خنزير ودمه»، انتهى. (ت)

(١٤) فرو برد. (من)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٤، والدراية ج ٢ ص ٢٤٠، الحديث ٩٧٧. (نعيم)

(١٥) أى غالباً، وأما منفعتة فمطلوبة، والعبرة للغالب. (غن)

والجماعات، فيكون حراماً؛ لقوله عليه السلام: «ما ألهاك^(١) عن ذكر الله فهو ميسر»*، ثم إن قامر به^(٢) تسقط عدالته^(٣)، وإن لم يقامر^(٤) لا تسقط؛ لأنه^(٥) متأول فيه. وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيراً لهم^(٦)، ولم ير أبو حنيفة به^(٧) بأساً؛ ليشغلهم عما هم فيه.

قال^(٨): «ولا بأس بقبول هدية^(٩) العبد التاجر، وإجابة دعوته، واستعارة دابته^(١٠)، وتكوره كسوته^(١١) الثوب وهديته الدراهم والدنانير، وهذا^(١٢) استحسان، وفي القياس كل ذلك باطل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله^(١٣).
وجه الاستحسان أنه عليه السلام^(١٤) قبل هدية سلمان رضى الله تعالى عنه^(١٥) حين كان عبداً**، وقبل هدية بريرة رضى الله تعالى عنها^(١٦)، وكانت

(١٦) باز مى دارد أى صاحبه.

(١) قوله: «ما ألهاك [أى ما أشغلك] الخ» قلت: غريب مرفوعاً، رواه أحمد فى «كتاب الزهد» من قول القاسم بن محمد قال: «كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو ميسر»، انتهى، رواه البيهقى فى «شعب الإيمان» فى الباب الحادى والأربعون عن عبد الله بن عمر أنه قال للقاسم بن محمد: هذه الترد ذكرتها، فما بال الشطرخ، قال: ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو الميسر، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٥، والدراية ج ٢ ص ٢٤٠، الحديث ٩٧٨. (نعيم)

(٢) أى اللاعب بالشطرنج.

(٣) ولم يقبل شهادته. (غن)

(٤) ولم يصدده ذلك عن الصلاة. (كافى)

(٥) لأن الشافعى قال بإباحته.

(٦) أى على اللعين.

(٧) أى بالسلام عليهم. (غن)

(٨) أى فى «الجامع الصغير». (غن)

(٩) هدية يسيرة.

(١٠) أو ثوبه.

(١١) أى تملكه. (ك)

(١٢) أى قبول هديه وغيره.

(١٣) قوله: «ليس من أهله» لقوله تعالى: ﴿عبيداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ لأن ما فى يده مملوك للمولى، فلا يملك التصرف إلا بقدر ملكه، وأنه ملك التجارة دون التبرعات. (مل)
لأنه (هـ) رواه الحاكم فى «المستدرک» عن بريرة رضى الله تعالى عنه.

لها شهادة ان عبيداً مملوكاً لا يقدر على شيء وأعتقه.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٧٥، والدراية ج ٢ ص ٢٤٠، الحديث ٩٧٩. (نعيم)

دلالة على صحة ما ذكره من استحسانه
(١٦) قوله: «وقبل هدية بريرة رضى الله تعالى عنها» كانت مكاتبه لبنى هلال واستعانته فى كتابتها من عائشة رضى الله تعالى

مكاتبة*، وأجاب رهط^(٢) من الصحابة^(٣) رضى الله تعالى عنهم دعوة مولى أبى أسيد^(٤) وكان عبداً** . ولأن فى هذه الأشياء^(٥) ضرورة، لا يجد التاجر بدأ منها^(٦)، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته^(٧)، ولا ضرورة فى الكسوة^(٨)، وإهداء الدراهم^(٩)، فبقى على أصل القياس.

قال^(١٠): "ومن كان فى يده لقيط^(١١) لا أب له^(١٢)، فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة

عنها فقالت عائشة: إن شاء أهلك اشتريتك منهم، وأعتقتك والولاء لى، فقالوا: لا نرضى إلا أن يكون الولاء لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال: «الولاء لمن أعتق»، فاشترت وأعتقت، وكان الناس يتصدقون عليها وهى تهدي لعائشة وغيرها، ودخل عليها رسول الله ﷺ، فقدمت إليه رطباً، والقدرة تغلى من اللحم، فقال: ألم تجعلى لنا نصيبنا من اللحم، فقالت: هو لحم تصدق على، فقال لك صدقة ولنا هدية.

وروى حديث بريرة البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه كلهم عن عائشة رضى الله تعالى عنها، وألفاظهم متقاربة، وقال الزيلعى: لم أجد فى شيء من طرق الحديث أن الهدية وقعت حين كانت مكاتبة، ولكن روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى الطلاق عن عروة أنها ابتاعتها مكاتبة على ثمانية أواق، ولم تعط من كتابتها شيئاً، انتهى. (مولوى محمد عبد الحليم نور الله مرقدته)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٨١، والدراية ج ٢ ص ٢٤١، الحديث ٩٨٠. (نعيم)

(٢) وفيهم أبو ذر.

(٣) قوله: "وأجاب إلخ" قلت: غريب، وفيه حديث مرفوع أخرجه الترمذى وابن ماجه عن أنس ابن مالك قال: كان رسول الله ﷺ يعود المريض ويتيم الجنائز ويحبب دعوة المملوك. (ت)

(٤) قوله: "ودعوة مولى أبى أسيد [الساعدى] إلخ" قال الفقيه أبو الليث وغيره فى "شروح الجامع الصغير": روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد قال: أعرست وأنا عبد، فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيهم أبو ذر فأجابونى. (غن)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٨٢ تحت الحديث السابع والأربعين، وانظر الحديث ٩٨١ فى الدراية ج ٢ ص ٢٤٢. (نعيم)

(٥) الهدية والضيافة وغيرهما.

(٦) قوله: "لا يجد التاجر إلخ" لأن من فتح دكاناً للتجارة يجتمع عنده جمع من الناس فلا يخلوا من أن يطلب أحدهم شربة ماء أو نحوه، فلو امتنع ينسب إلى البخل، فلا يجتمعون إليه، فيسد باب التجارة، فصار هذا من ضروراته. (ك)

(٧) ولوازمه.

(٨) أى تملك الثوب.

(٩) والدنانير أى الكسوة وإهداء الأثمان

(١٠) فى "الجامع الصغير". (من)

(١١) قوله: "لقيط اللقيط" لفة ما يلقط أى ما يرفع من الأرض فعيل بمعنى مفعول، وشرعاً مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من التهمة. (در شرح غرر)

(١٢) قوله: "لا أب له" هذا قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر؛ فإنه لا يجوز ممن كان فى يده، ومثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة، أو الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة، من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب؛ لتفويض الأب أمورها إليه دلالة بخلاف الأم.

وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح؛ لأن تصرف هؤلاء

له^(١)، وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة^(٢)، نوع هو من باب الولاية^(٣)، لا يملكه إلا من هو ولي^(٤)، كالإنكاح والشراء والبيع لأموال القنية^(٥)؛ لأن الولي هو الذي قام مقامه بإقامة الشرع.

ونوع آخر^(٦) ما كان من ضرورة حال الصغار، وهو شراء ما لا بد للصغير منه^(٧) وبيعه، وإجارة الأظفار^(٨)، وذلك جائز لمن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والمثقت^(٩) إذا كان في حجرهم^(١٠)، وإذا ملك هؤلاء هذا النوع^(١١)، فالولي أولى به^(١٢)، إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره. ونوع ثالث^(١٣) ما هو نفع محض، كقبول الهبة والصدقة والقبض، فهذا يملكه

للضرورة لا بتفويض الأب، ومع حضرة الأب لا ضرورة، انتهى، إذ لا شك أن المثلقت دخل في كلية قوله، وكل من يعولها غيرها، فلزم أن يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده، ولا أب لها، فتبصر. (نتائج)

(١) أى للقيط.

(٢) ليس المقصود الحصر.

(٣) قوله: "هو من باب الولاية" ومن هذا النوع ما هو متردد يحتمل أن يكون نفعاً، ويحتمل أن يكون ضرراً كالإجارة والبيع للاسترباح لا يملكه، إلا الأب والجد ووصيهما سواء، كان في أيديهم أو لا، وأما الإنكاح فيجوز من كل عصابة، ذى رحم عند عدمهم عند أبى حنيفة، ولا يجوز من غيرهم. (زيلعى)

(٤) كالأب والجد والأخ والعم على ترتيب الولاية.

(٥) القنية أصل مال للنسل لا للتجارة. (ك)

(٦) وذلك مثل النفقة والكسوة؛ لأنه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير، وهو مدفوع. (زيلعى)

(٧) كالطعام والكسوة. (غن)

(٨) قوله: "وإجارة الأظفار [ظفر بالكسر شير ده بجه غير. من]" وفي بعض النسخ: وإجارة الصغار، والأولى هي الصحيحة؛ لأن إجارة الصغار ليست من ضرورات حال الصغار لا محالة، ولذا لم يذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضى خان فى شرحيهما، وأما إجارة الأظفار فمن ضروريات حال الصغير.

وأيضاً يلزم حينئذ التناقض على رواية القدورى يجوز ذلك لحفظ الصبي عن الضياع، ولا كلام لنا فيه، وفي بعض النسخ وإجارة الأظفار للصغار وهي أوضح، وهذا ما فى "غاية البيان".

وقال فى "العناية": إن فى أكثر النسخ: وإجارة الصغار، وفى "الكفاية": أنه موافق لرواية "الجامع الصغير" للإمام المختار فى لفظ فخر الإسلام على البزدوى، وحينئذ فقد قيل: فى تأويله أن معنى قوله: وإجارة الصغار تسليمهم فى الصناعة، ولهذا عد من أنواع الضرورة، تدبر. (مل)

(٩) أى آخذ للقيط.

(١٠) حجر كثار مردم. (م)

(١١) الثانى.

(١٢) بأن يملك هذا النوع.

(١٣) ونوع رابع وهو ضرر محض كالطلاق والعناق، فلا يملكه عليه أحد. (زيلعى)

الملتقط ، والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان^(١) يعقل ؛ لأن اللائق بالحكمة^(٢) فتح باب مثله^(٣) نظراً للصبي ، فيملك بالعقل^(٤) والولاية^(٥) والحجر^(٦) ، وصار^(٧) بمنزلة الإنفاق .

قال : ولا يجوز للملتقط^(٨) أن يؤجره^(٩) ، ويجوز للأم أن تؤجر ابنها إذا كان^(١٠) في حجرها ، ولا يجوز^(١١) للعم^(١٢) ، لأن الأم تملك إتلاف منفعه باستخدامه^(١٣) ، ولا كذلك الملتقط والعم .

ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز^(١٤) ؛ لأنه^(١٥) مشوب^(١٦) بالضرر إلا إذا فرغ من العمل ؛ لأن عند ذلك^(١٧) تمحض نفعاً^(١٨) ، فيجب المسمى^(١٩) ، وهو نظير العبد المحجور^(٢٠) يؤجر نفسه قد ذكرناه^(٢١) .

(١) الصبي .

(٢) مصلحت .

(٣) قوله : "فتح باب إلخ" أى لأنه لما كان نفعاً محضاً كان تحقق معناه فى فتح باب الإصابة من كل وجه من وجه الولاية ، ومن وجه العول والنفقة ، ومن جهة العقل والتمييز ؛ لأن العلل كلها موجودة ، وليس فى ذلك مدافعة الحكم . (غن)

(٤) للصبي العاقل .

(٥) للولى .

(٦) لمن يعوله .

(٧) لكونه نفعاً محضاً .

(٨) لأن الملتقط ليس له ولاية عليه . (غن)

(٩) لقيط .

(١٠) الابن .

(١١) إجارة .

(١٢) يعنى وإن كان فى حجره . (٤)

(١٣) أى بلا عوض فلان يتلف بالعوض أولى . (غن)

(١٤) قوله : "لا يجوز [أى لا يلزم . ك]" وذلك لأن عقد الصبي إنما يصح فيما هو نفع محض ، وليس فى لزوم المقدم منه^(١٥) نفعاً ؛ لأنه مشوب بالضرر . (غن)

(١٥) الإجارة .

(١٦) مخلوط .

(١٧) الفراغ .

(١٨) قوله : "تمحض [الإجارة] فيجب [على المستأجر]" محض خالص كردن دوستى وخير خواهى را . (من)

(١٩) استحساناً لأنه انقلب نفعاً محضاً . (غن)

(٢٠) قوله : وهو نظير العبد المحجور [الغير المأذون] "لا يصح إجارته نفسه ، قياساً لانعدام الإذن ، وقيام الحجر ، ومع

هذا لو أجر نفسه وفرغ من العمل ، يصح استحساناً ؛ لأنه انقلب نفعاً محضاً . (غاية البيان)

قال^(١): ويكره^(٢) أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية^(٣)، ويروى الدابة^(٤)، وهو طوق الحديد^(٥) الذي يمنع من أن يحرك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة؛ لأنه عقوبة أهل النار، فيكره كالإحراق بالنار، ولا يكره أن يقيده؛ لأنه سنة المسلمين في السفهاء، وأهل الدعارة^(٦)، فلا يكره في العبد تحرزاً عن إياقه وصيانةً لماله.

قال^(٧): ولا بأس بالحقنة يريد به التداوى^(٨)؛ لأن التداوى مباح بالإجماع^(٩)، وقد ورد بإباحته الحديث^(١٠)*. ولا فرق^(١١) بين الرجال والنساء، إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم^(١٢) كالخمر ونحوها؛ لأن الاستشفاء بالمحرم حرام^(١٣).

قال^(١٤): ولا بأس برزق القاضي^(١٥)؛ لأنه عليه السلام بعث عتاب ابن

(٢١) في باب إجارة العبد. (غن)

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "ويكره إلخ" قالوا هذا كان فى زمانهم عند قلة الإباق، وأما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الإباق، خصوصاً فى الهنود، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)

(٣) قوله: "الراية" بالراى المهملة: غل يجعل فى عنق العبد من الحديد علامة على أنه أبق، والدابة بالدال ليس بشيء وهو غلط من الكاتب والخواص. (غن)

(٤) بالدال غلط كذا فى "المغرب".

(٥) المسمر بمسار عظيم. (غن)

(٦) قوله: "وأهل الدعارة [بالفتح والكسر تباهى وفسق. من]" الداعر الخبيث المفسد، ومصدره الدعارة، وهو من قولهم: عود وعراى أى كثير الدخان. (غن)

(٧) أى قال فى "الجامع الصغير": وهى من الخواص. (غن)

(٨) إذ لو أريد التسمين لا يباح. (ك)

(٩) قوله: "مباح إلخ" والأمر بالتوكيل محمول على التوكيل عند اكتساب الأسباب، ثم التوكيل بعده على الله دون الأسباب، قال الله تعالى لمريم: ﴿وهزى إليك بجذع النخلة﴾ مع قدرته على أن يرزقها من غير هز، ذكره فخر الإسلام. (٤)

(١٠) قوله: بإباحته الحديث" قلت يشير إلى حديث تداواوا، أخرجه اصحاب السنن الأربعة عن أسامة قال: قالوا: يا رسول الله أ نتداوى، فقال: تداواوا؛ فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء، غير السام والهرم. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٨٣ تحت الحديث السابع والأربعين، والحديث ٩٨٢ فى الدراية ج ٢ ص ٢٤٢. (نعيم)

(١١) ولا فرق فى جواز التداوى.

(١٢) قوله: "إلا أنه لا ينبغي إلخ" فى "التهذيب" يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاؤه فيه، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه، وإن قال الطبيب: يتعجل شفاؤه به فيه وجهان. (ك)

(١٣) قوله: "لأن الاستشفاء بالمحرم حرام" قيل: إذا لم يعلم أن فيه شفاء، أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر، يجوز الاستشفاء به، ومعنى قول ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، يحتمل أن عبد الله قال ذلك فى داء عرف له دواء آخر غير المحرم؛ لأنه يستغنى بالحلال عن الحرام، ويجوز أن يقال: يكشف الحرمه

عند الحاجة، فلا يكون الشفاء بالحرام، وإنما يكون بالحلال. (عناية)

أسيد^(١) إلى مكة وفرض له^(٢)، وبعث علياً إلى اليمن وفرض له*؛ ولأنه محبوس لحق المسلمين، فتكون نفقته في مالهم، وهو مال بيت المال^(٣)، وهذا^(٤) لأن الحبس من أسباب النفقة، كما في الوصى^(٥).

والمضارب إذا سافر^(٦) بمال المضاربة، وهذا^(٧) فيما يكون كفاية^(٨)، فإن كان شرطاً، فهو حرام؛ لأنه استتجار على الطاعة، إذ القضاء طاعة، بل هو أفضلها^(٩)، ثم القاضى إذا كان فقيراً فالأفضل^(١٠)، بل الواجب^(١١) الأخذ^(١٢)؛ لأنه لا يمكنه^(١٣)

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "ولا بأس برزق القاضى" أى إذ قلد السلطان رجلا القضاء لا بأس بأن يعين له رزقا بطريق الكفاية، لا أن يشترط ذلك فى ابتداء التقليد. (٤)

(١) قوله: "بعث عتاب إلخ" قال الزيلعى: إنه روى الحاكم فى "المستدرک" فى كتاب الفضائل أنه استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد على مكة، وتوفى رسول الله ﷺ وهو عامل عليها، وقد ورد فى الأحاديث أن النبى عليه السلام بعث عليا فى اليمن، ولم يذكر فى شىء من الأحاديث، أنه عليه السلام فرض عتاباً، أو عليا، فتأمل. لكن فكر العبنى متعباً على الزيلعى أنه أخرج البيهقى عن الزهرى، قال: رزق رسول الله ﷺ عتاب ابن أسيد حين استعمله على مكة أربعين أوقية فى كل سنة. (مل)

(٢) قوله: "وفرض له" أى فرض أربعين أوقية فى السنة، والأوقية بالتشديد أربعون درهما، وتكلموا أنه عليه السلام من أى مال رزقه، ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال، فإن الدواوين وضعت فى زمن عمر رضى الله تعالى عنه، فقيل: إنما رزقه من الفىء مما أفاء الله، وقيل: من المال الذى أخذ من نصارى بنى نجران، ومن الجزية التى أخذها من مجوس هجر، وعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كل يوم درهما وثلاثى درهم، وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه كان يأخذ كفايته. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٨٥، والدرأية ج ٢ ص ٢٤٢، الحديث ٩٨٣. (نعيم)

(٣) قوله: "وهو مال بيت المال" قالوا: وهذا إذا كان مال بيت المال حلالاً جمع بحق، فأما إذا كان حراماً جمع بباطل لم يحل أخذه بحال؛ لأن سبيل الحرام والغصب رده إلى أهله، وليس ذلك بمال عامة المسلمين. (غن)

(٤) أى ثبوت الرزق لأجل الحبس.

(٥) قوله: "كما فى الوصى" فإنه يحبس نفسه لأجل العمل لليتيم، فنفقته فى ماله، قال الله تعالى: ﴿ومن كان غنيا فليستغفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾، وفى "صحيح البخارى" قالت عائشة رضى الله تعالى عنها: يأكل الوصى بقدر عملته، كذا قال الزيلعى. (مل)

(٦) وخرج من بلده، فله نفقته.

(٧) أى الجواز.

(٨) قوله: فيما [أى فى رزق يكون إلخ] يكون كفاية" يعنى إذا أخذ القاضى رزقه على وجه الكفاية، بأن تقلد القضاء ابتداء من غير شرط، ثم رزقه الوالى كفاية؛ لاحتباسه بالقضاء عن الكسب، أما إذا أخذ على الشرط بأن قال فى ابتداء القضاء: إنما أقبل القضاء أن يرزقنى الوالى، كذا فى كل شهر، أو فى كل سنة بمقابلة قضائى بين الناس، وإلا فلا أقبل، فهو باطل؛ لأنه استتجار على الطاعة فلا يجوز. (ك)

(٩) طاعة.

(١٠) ولم ينقل عن محمد أن القاضى هل يأخذ الرزق فى يوم العطلة اختلف المتأخرون فيه، والصحيح أنه يأخذ.

إقامة فرض القضاء إلا به^(١)، إذ الاشتغال بالكسب يقعه^(٢) عن إقامته. وإن كان غنيا، فالأفضل الامتناع^(٣) على ما قيل، رفقاً^(٤) ببيت المال، وقيل: الأخذ^(٥) وهو الأصح؛ صيانة للقضاء عن الهوان^(٦)، ونظراً لمن يولى بعده^(٧) من المحتاجين^(٨)؛ لأنه^(٩) إذا انقطع زماناً يتعذر إعادته^(١٠). ثم تسميته رزقاً يدل على أنه بقدر الكفاية^(١١)، وقد جرى الرسم بإعطاءه^(١٢) في أول السنة؛ لأن الخراج يؤخذ في أول السنة، وهو^(١٣) يعطى منه، وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية، هو الصحيح. ولو استوفى^(١٤) رزق سنة^(١٥)، وعزل قبل استكمالها، قيل: هو على اختلاف معروف^(١٦) في نفقة المرأة^(١٧)، إذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة، والأصح

(خزائن الروايات)

(١١) على القاضى.

(١٢) من بيت المال.

(١٣) القاضى.

(١) أى بالأخذ.

(٢) القاضى.

(٣) عن الآخذ.

(٤) بالفتح: نعم رساندن بكسى. (م)

(٥) أى الأفضل الأخذ وإن كان غنياً.

(٦) خوار گردیدن. (من)

(٧) القاضى الغنى.

(٨) بيان من.

(٩) رزق.

(١٠) قوله: "يتعذر إلخ" لأن متولى أمور بيت المال يحتج عليه بعدم جرى العادة فيه منذ زمان، فيتضرر القاضى

الفقير. (عينى)

(١١) أى ما يكفيه وأهله فى كل زمان. (الدر المختار)

(١٢) الرزق.

(١٣) رزق.

(١٤) أى القاضى، أول السنة. (غن)

(١٥) مستقبلة.

(١٦) قوله: "على اختلاف معروف إلخ" يعنى على قول محمد يجب رد حصة ما بقى من السنة، وعلى قول أبى

يوسف: لا يجب. (٤)

(١٧) قوله: "فى نفقة" إذا عجل لها نفقة السنة، ثم مات أو ماتت قبل مضى المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها

أنه يجب الرد. قال (١): ولا بأس بأن تسافر الأمة وأم الولد (٢) بغير محرم (٣)؛ لأن الأجنبي في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر، والمس بمنزلة المحارم (٤) على ما ذكرنا من قبل (٥)، وأم الولد أمة لقيام الملك فيها، وإن امتنع بيعها (٦)، والله أعلم بالصواب.

كتاب إحياء الموات (٨)

قال: الموات ما لا ينتفع به من الأراضي (٩)؛ لانقطاع الماء عنه، أو لغلبة

بشيء فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يحتسب لها نفقة ما مضى، وما بقى للزوج إن كان قائماً، وقيمته إن كان مستهلكاً، وهو قول الشافعي؛ لأنه استعجلت عوضاً عما تستحقه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت، فيبطل له العوض بقدره، وهو القياس.

ولهما أنه صلة، وقد اتصل بها القبض، ولا رجوع في الصلوات بعد الموت لانتفاء حكمها، كما في الهبة، وهذا بالاستحسان، وبه يفتى، كذا في "الدر المختار"، ولو هلكت النفقة من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع، كذا في العناية، وغيرها. (مل)

(١) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) وكذا المكاتب؛ لأنها مملوكة رقبة، وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة. (زيلعي)

(٣) قوله: "ولا بأس بأن تسافر إلخ" قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح، فأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد. (كف)

(٤) في حق الحرائر. (غن)

(٥) قوله: "على ما ذكرنا" إشارة إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله: وأما الخلوة بها والمسافرة معها، فقد قيل: يباح كما في المحارم. (عن)

(٦) متصلة.

(٧) لاستحقاقها الحرية. (غن)

(٨) قوله: "كتاب" مناسبة هذا بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث إن في مسائل هذا الكتاب ما يكره، وما لا يكره. (٤)

(٩) قوله: "إحياء الموات" مشروعيته بقوله ﷺ: «من أحيى أرضاً ميتة فهي له» إحياء الأرض عبارة عن جعلها بحيث ينتفع به، وسببه تعلق البقاء المقدر، وحكمه تملك المحيي ما أحياه. (عناية)

(١٠) قوله: "الموات ما لا ينتفع [هذا قول القدوري في "مختصره". عيني] إلخ" هذا تحديد للغوى، ويزاد عليه في الشرع أشياء بيانها في قوله فما كان منها عادياً إلخ" هذا ما في "الكفاية" تبعاً لتأنيد الشريعة، وقال في "نتائج الأفكار": هذا ليس بتام، فإن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه للغوى أيضاً.

قال في "الصحيح": والموات - بالفتح - ما لا روح فيه، والموات أيضاً الأرض التي لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد، انتهى، فعلى تقدير أن يجعل ما في الكتاب تفسيراً للمعنى اللغوي يكون تفسيراً بالأعم لصدقه على ماله مالك معروف، لكن لا ينتفع به لأحد من الأمور المذكورة.

أقول: لا بأس بكون التفسير أعم، فإن القدماء جوزوا التعريف بالأعم كما هو مشحون في كتب الميزان على أن أكثر تعاريف اللغة تعريفات لفظية، وهي تجوز بالأعم، إلا أن يقال: إن هذا مبني على كون ما في الكتاب تعريفاً له في اللغة، والقادح يقدح فيه، تأمل. (مولانا عبد الحليم نور الله مرقد)

الماء عليه، أو ما أشبه ذلك ^(١) مما يمنع الزراعة، سمي بذلك ^(٢) لبطلان الانتفاع به ^(٣)، قال ^(٤): فما كان منها عادياً لا مال لك له ^(٥)، أو كان مملوكاً في الإسلام ^(٦) لا يعرف مالك بعينه.

وهو ^(٧) بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر ^(٨)، فصاح ^(٩) لا يسمع الصوت فيه ^(١٠)، فهو موات، قال رضى الله تعالى عنه ^(١١): هكذا ذكره القدورى، ومعنى العادى ^(١٢) ما قدم خرابه ^(١٣).

والمروى عن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكاً لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق ^(١٤) بها ^(١٥)؛ لتكون ميتة مطلقاً ^(١٦)، فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا

(١) بأن غلب عليه الرمال أو صارت سبخة. (٤)

(٢) أى الموت.

(٣) فشبهت بالحيوان الذى بطلت منافعه. (عناية)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) أى قديم الخراب.

(٦) قوله: "أو كان مملوكاً [فى دار الإسلام] إلخ" هذا قول بعض المشايخ، وقال بعضهم: الأراضى المملوكة أن انقرض أهلها، فهى كاللقطة. (٤)

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "بحيث إذا وقف [وعن أبى يوسف فى رواية أخرى أن البعد قدر غلوة. ك] إلخ" فى "الذخيرة": الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن أبى يوسف قال: يقوم رجل جهورى الصوت من أقصى العمرانات على مكان عال، وينادى بأعلى صوته، فأى الموضع الذى لا يسمع صوته فيه يكون بعيداً. (ك)

(٩) أى بأعلى صوته. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لا يسمع الصوت" وإن كان يسمع فلا؛ لأنه فناء العامر فينتفعون به؛ لأنهم يحتاجون إليه، لرعى مواشيتهم وطر ح حصائدهم، فلم يكن انتفاعهم منقطعاً عنه ظاهراً، فلا يكون مواتاً. (زيلعى)

(١١) أى المصنف.

(١٢) قوله: "ومعنى العادى إلخ" سماها عادياً على أنها خربت على عهد عادة، وفى العادات الظاهرة ما يوصف بطول مضى الزمان عليه ينسب إلى عاد، فمعناه ما تقدم خرابه فيما يعلم أنه لاحق، لا حد فيه. (ك)

(١٣) قوله: "قدم خرابه [خراب ويران شدن]" فلا يعرف له مالك، لا أن يكون منسوباً إلى عاد، لأن جميع أرض الموات لم يكن لعاد، وإنما كنى بذلك عن القديم؛ لأن عاداً كان فى قديم الأيام. (غن)

(١٤) انتفاع.

(١٥) أرض.

(١٦) قوله: "لتكون" أى الأرض ميتة مطلقاً؛ لأن النبي ﷺ ذكر الميتة على الإطلاق، ومطلق الاسم أبداً ينصرف إلى الكامل، والكامل من المسمى أن لا يكون الأرض مملوكاً لأحد، فإن كان مملوكاً لمسلم أو ذمى، وصار خراباً، وانقطع عنها الماء، وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب، فإنه لا يكون ميتة، حتى لا تملك بإذن الإمام عندهم جميعاً. لأن ما كان مملوكاً لمسلم أو ذمى لا يزول الملك عنها بخراب، وبانقطاع الماء عنها والمرافق، بل تصير

تكون مواتاً، وإذا^(١) لم يعرف مالكة يكون لجماعة المسلمين^(٢)، ولو ظهر له مالك ترد عليه، ويضمن الزارع نقصانها^(٣)، والبعد عن القرية على ما قال^(٤)، شرطه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه^(٥). ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها^(٦) حقيقة، وإن^(٧) كان قريباً من القرية، كذا ذكره الإمام المعروف بـ"خواهر زاده"^(٨)، وشمس الأئمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف^(٩).

ثم من أحياء بإذن الإمام ملكه^(١٠)، وإن أحياءه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة، وقالوا: يملكه؛ لقوله عليه السلام^(١١): «من أحيى أرضاً ميتة فهي له»*، ولأنه مال مباح سبقت يده^(١٢) إليه، فيملكه كما في الحطب والصيد^(١٣). ولأبي حنيفة قوله عليه السلام^(١٤): «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه به^(١٥)»** وما رواه^(١٦) يحتمل

لوارثه إن عرف، وإن لم يعرف يرثه جماعة المسلمين، فيكون مملوكاً، والميتة لا تكون مملوكة لأحد.

ولهذا اقتضى إطلاق اسم الميتة أن لا يكون مملوكاً لمسلم، ولا لدمي، وإذا لم يكن الأرض مملوكاً لمسلم، ولا لدمي، وانقطع عنها مرافق الناس، إلا أن الماء لا ينقطع عنها لا تكون ميتة، وإذا انقطع عنها الماء، ولم تكن مملوكة لأحد، إلا أنه لا ينقطع مرافق الناس منها، بأن كان ينتفع بها أهل مصر أو قرية، لا تكون ميتة لهذا. (غن)

(١) من تمة قول محمد. (ك)

(٢) كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثاً، فلا يكون لأحد أن يملكه على التخصيص. (ك)

(٣) إن نقصت بالزراعة.

(٤) القدوري.

(٥) قوله: "فيدار الحكم عليه" أي على القرب الذي هو دليل الارتفاق، فالحاصل أن عند أبي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد، وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه. (غن)

(٦) أرض.

(٧) الواو وصلية.

(٨) في شرح كتاب الشرب. (غن)

(٩) وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتاً. (غن)

(١٠) هذا من مسائل مختصر القدوري. (غن)

(١١) أخرجه أبو داود في الخراج والترمذي في الأحكام. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٨٨، والدراية ج ٢ ص ٢٤٤، الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) محى.

(١٣) فإن من احتطبت حطباً في المقازة فهو له، ومن اصطاد صيداً فهو له. (مل)

(١٤) قلت: رواه الطبراني، وفيه ضعف من حديث معاذ. (ت)

(١٥) أي فيما يحتاج فيه إلى رأى الإمام، وهو من المباحات.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٠، والدراية ج ٢ ص ٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

أنه أذن لقوم لا نصب^(١) لشرع، ولأنه مغنوم^(٢)؛ لو صوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل^(٣) والركاب^(٤)، فليس لأحد أن يختص به^(٥) بدون إذن الإمام، كما في سائر الغنائم^(٦). ويجب فيه العشر^(٧)؛ لأن ابتداء توظيف^(٨) الخراج على المسلم لا يجوز، إلا إذا سقاه بماء الخراج؛ لأنه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء، فلو أحيائها^(٩) ثم تركها فزرعها غيره، فقد قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استغلالها لا رقبته^(١٠)، فإذا تركها كان الثاني أحق بها.

(١٦) الصاحبان.

(١) قوله: "يحتمل أنه إذن إلخ" تقريره أن المشروعات علي نوعين: أحدهما نصب الشرع، والآخر إذن بالشرع، فالأول كقوله عليه السلام: «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف» والآخر كقوله عليه السلام: «من قتل قتيلًا فله سلبه» أي للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول، وكان ذلك منه عليه السلام إذنا لقوم معين، فيجوز أن يكون قوله عليه السلام: «من أحسى أرضاً مواتاً فهي له» من ذلك القبيل.

وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل، وما ذكره أبو حنيفة مفسر لا يقبله، فكان راجحاً، وفيه وجه آخر، وهو أن قوله عليه السلام «من أحسى أرضاً ميتة فهي له» يدل على السبب، فإن الحكم إذا ترتب على المشتق يدل على علية المشتق منه لذلك الحكم، وليس فيه ما يمنع كونه مشروطاً بإذن الإمام، وقوله عليه السلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه يدل على ذلك». (٤)

(٢) قوله: "ولأنه" أي ولأن الموات مغنوم؛ لأنه كان في أيدي المشركين، ثم صار في أيدي المسلمين بإيجاف إلخ. (ب)

(٣) إيجاف: راندن ستور بشتاب. (م)

(٤) الخيل والركاب شتران سواری.

(٥) قوله: "فليس لأحد إلخ" وقياسهما على الحشيش والصيد لا يصح، لأن الإمام لا يملك أن يفرد واحداً دون أحد بذلك، حتى إن لو أمر واحداً أن يأخذ شيئاً من الحشيش، أو صيداً بعينه من بر، أو بحر لا يملكه المأمور قبل الأخذ والاصطياد، وإن غيره لو أخذ، كان أولى به منه.

بخلاف الموات؛ لأن المأمور بالإحياء يملكه بنفس الأمر قبل الإحياء، إذا خط له خطه، فيكون أولى من غيره، ولأن الإمام يملك الأرضين الموات، لأنه لو باعها جاز، ولا يملك الصيد، ولهذا لو باع الصيد في البر لم يجز، فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه، كذا ذكره الطحاوي في "شرح الآثار". (عن)

(٦) يعني قبل القسمة. (غن)

(٧) قوله: "ويجب فيه [بعد الإحياء]. ذكره تفريراً على مسألة القدوري. غن] إلخ" وإذا ملك أرض الموات بإذن الإمام أو بغير إذنه على الاختلاف، فزرعها، فإنه ينظر إن زرعها بماء السماء، فهي أرض العشر، وإن زرعها بماء نهر من أنهار المسلمين فعلى قول أبي يوسف حكمها حكم تلك الأراضي التي فيها ذلك، إن كانت من أرض الخراج فهي من أرض الخراج، وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر.

وعند محمد: إن كان الماء الذي ساقه إليها من مياه الأنهار الغظام، كالنيل والفرات وما أشبهها، فهي من أرض العشر، وإن كان ذلك الماء من نهر حضره الإمام من ماء الخراج، فهي أرض خراج، به أخذ الطحاوي. (شرح الطحاوي للإمام الإسيجايي)

(٨) مقرر كردن، روز مره كردن بر كسى. (من)

(٩) ذكرها تفريراً على مسألة المختصر أيضاً. (غن)

(١٠) قوله: ملك استغلالها [أي أخذ منافعتها] في "المنتخب" استغلال غلة غرفتن وغلة آوردن خواستن] وإليه ذهب

والأصح أن الأول ينزعها من الثاني؛ لأنه ملكها بالإحياء على ما نطق به الحديث^(١)؛ إذ الإضافة فيه بلام التملك، وملكه لا يزول بالترك، ومن أحيا أرضاً ميتة^(٢)، ثم أحاط الأحياء بجوانبها الأربعة من أربعة نفر على التعاقب^(٣). فعن محمد أن طريق الأول في الأرض الرابعة؛ لتعينها^(٤) لتطرقه^(٥) وقصد الرابع إبطال حقه^(٦).

قال^(٧): ويملكه^(٨) الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم؛ لأن الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة إذن الإمام من شرطه^(٩)، فيستويان^(١٠) فيه^(١١)، كما في سائر أسباب الملك^(١٢)، حتى الاستيلاء على أصلنا^(١٣).

قال^(١٤): ومن حجر أرضاً^(١٥)، ولم يعمرها ثلاث سنين، أخذها الإمام ودفعها

الفقيه أبو القاسم أحمد البلخي قياساً على من جلس في موضع يباح له الانتفاع به، فإذا قام عنه وأعرض بطل حقه. (٤)
(١) قوله: "على ما نطق به [أى من أحيا أرضاً ميتة فهي له] إلخ" لقائل أن يقول: الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح، وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر؛ لأنه حمله على كونه إذا شرعاً، فكيف يصح الاستدلال به، والجواب أنه وإن كان إذاً لكنه إذاً له الإمام كان شرعاً، ألا يرى أن من قال له الإمام: "من قتل قتيلاً فله سلبه" ملك سلبه من قتله. (عيني)

(٢) ذكرها على التفريم أيضاً ولم يذكرها ولا ما سبقها محمد في الكتاب.

(٣) ولو كان معاً فتعين الطريق على الإمام

(٤) قوله: "لتعينها لتطرقه [أول] إلخ" لأنه حين سكت عن الأول والثاني والثالث، صار الباقي طريقاً له، فإذا أحياه الزايم فقد أحيا طريقه من حيث المعنى، فيكون له فيه طريق. (ك)

(٥) قوله: "لتطرقه" تطرق بفتح أول وثاني وضم راء مهمله مشددة، راه كردن وراه يافتن. (غث)

(٦) أول.

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) موات.

(٩) الملك.

(١٠) الذمى والمسلم.

(١١) الملك.

(١٢) من الشراء والميراث والشفعة وغيرها.

(١٣) قوله: "حتى الاستيلاء [أما الشافعى: فلا يقول بتملك الكافر أموالنا لو استولى علينا] أى إنا نملك مال الكافر بالاستيلاء، فكذا الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء، فكذا ههنا. (كف)

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٥) قوله: "ومن حجر أرضاً ولم يعمرها [تعمير آباد ساختن. م] إلخ" اعلم أن الاحتجار هو الصحيح، يقال: احتجرت الأرض إذا ضربت عليها مناراً، وأعلمت علماً فى حدودها للحيازة، كذا فى "المغرب".

وقد ذكر الفقهاء فى معناه التحجير والتحجر أيضاً، ومعناه الإعلام، بأنه قصد إحياء الموات بوضع الحجر ونحوه حوله، واشتقاقه حيثئذ من الحجر بفتححتين، أن من الحجر بسكون الجيم، فالعنى إعلام موضع الموات بحجر الغير عن

إلى غيره، لأن الدفع إلى الأول^(١) كان ليعمرها، فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم يحصل^(٢) يدفعه^(٣) إلى غيره؛ تحصيلاً للمقصود. ولأن التحجير ليس بإحياء ليملكه به؛ لأن الإحياء إنما هو العمارة والتحجير الإعلام^(٤)، سمي به^(٥)؛ لأنهم كانوا يعلمونه^(٦) بوضع الأحجار^(٧) حوله، أو يعلمونه لحجر غيرهم عن إحياءه^(٨)، فبقى غير مملوك، كما كان، هو الصحيح^(٩).

وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله تعالى عنه^(١٠): "ليس لمتحجر^(١١) بعد ثلاث سنين حق"، ولأنه إذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه، وزمان يهيب أموره فيه، ثم زمان يرجع فيه إلى ما يحجره^(١٢)، فقد رناه بثلاث سنين^(١٣)؛ لأن ما دونها من الساعات والأيام والشهور لا يفى بذلك^(١٤)، وإذا لم

إحياءه، فإن من أعلم في موضع من الموات علامة، فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع، كذا في "غاية البيان" و"الكافي". (مل)

(١) قوله: "لأن الدفع" أقول: لا يتم هذا التعليل؛ لأنه اقتضى أن يأخذ الإمام، ويدفعها إلى الغير بعد الإحياء أيضاً، إذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلاً لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج. (نتائج الأفكار)

(٢) النفع.

(٣) الإمام.

(٤) إعلام - بالكسر - آگاه گردانیدن و نشان كردن. (م)

(٥) الإعلام.

(٦) المرات.

(٧) على الجوانب الأربع.

(٨) قوله: "أو يعلمونه" أي أو يعلمون الموات بشيء آخر سوى الأحجار بمنع غيرهم عن إحياءه. (كفاية)

(٩) أي أن التحجير ليس بإحياء، هو الصحيح؛ لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة. (زيلعي)

(١٠) قلت: رواه أبو يوسف في "كتاب الخراج" عن سعيد بن المسيب. (ت)

(١١) وفي بعض النسخ: محتجر، وصححه بعض الشراح. (عظمي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٠ تحت الحديث الثاني من كتاب إحياء الموات، وذكر أثر عمر رضي الله عنه في

الدراية ج ٢ ص ٢٤٤ تحت الحديث ٩٨٤. (نعيم)

(١٢) فيحييه.

(١٣) قوله: "فقد رناه إلخ" فيجعل له من المدة للرجوع إلى وطنه سنة؛ لأن دار الإسلام من أديانها إلى أقصاها يقطع

في سنة، فلعله إنما تحجر في أقصى طريق دار الإسلام، وبلده في الطرف الآخر من دار الإسلام، ولإصلاح أموره سنة، وللرجوع إلى ذلك سنة، فلا ينبغي أن يشتغل إحياء ذلك الموضع غيره إلى ثلاث سنين، ولكن ينتظره ليرجع، وبعد مضي

المدة الظاهر أنه قد بدا له، وأنه لا يريد الرجوع إليها، فيجوز لغيرها إحياءها. (كف)

(١٤) قوله: "لا يفى بذلك" أي عموماً حتى يشمل جميع المحتجرين. (زيلعي)

يحضر بعد انقضاءها^(١)، فالظاهر أنه تركها.
قالوا^(٢): هذا كله ديانة، فأما إذا أحيها غيره قبل مضي هذه المدة^(٣) ملكها؛
لتحقيق الإحياء منه دون الأول^(٤)، فصار كالاستيाम^(٥)، فإنه يكره، ولو فعل يجوز
العقد.

ثم التحجير قد يكون بغير الحجر، بأن غرز^(٦) حولها أغصاناً يابسة^(٧)، أو نقى
الأرض^(٨)، وأحرق ما فيها من الشوك^(٩)، أو خضد^(١٠) ما فيها من الحشيش^(١١)، أو
الشوك وجعلها حولها، وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة^(١٢)؛ ليمتنع الناس
من الدخول، أو حفر من بئر ذراعاً، أو ذراعين، وفي الأخير ورد الخبر^(١٣)، ولو
كربها^(١٤) وسقاها. فعن محمد أنه إحياء، ولو فعل أحدهما^(١٥) يكون تحجيراً، ولو
حفر أنهارها، ولم يسقها يكون تحجيراً، وإن كان سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء
لوجود الفعلين^(١٦)، ولو حوطها^(١٧)، أو سمنها^(١٨)، بحيث يعصم الماء^(١٩) يكون

(١) ثلاث سنين.

(٢) مشايخ.

(٣) ثلاث سنين.

(٤) فإن الاحتجار ليس بإحياء، وإنما هو بمنزلة الاستيाम. (غن)

(٥) أى الاستيام على سوم الغير.

(٦) غزر - بالفتح - خلانيدن بسوزن ومثل آن. (نج)

(٧) غصن شاخ درخت.

(٨) تنقية: پاک کردن. (م)

(٩) خار.

(١٠) بريد، أى قطع كما فى قوله تعالى: ﴿فى سدر مخضود﴾. (غن)

(١١) گياه خشک. (م)

(١٢) قوله: "من غير أن يتم [مسناة بند آب. (من) أى بلند نمايد [حاطه خاک را. ترجمه] المسناة" هو ما بنى للسيل

ليرد الماء. (عناية)

(١٣) قوله: "وفى الأخير ورد الخبر" قلت: قال السفناتى فى الشرح الأخير: هو حفر البئر، ورد فيه الخبر، وهو

قوله عليه السلام: «من حفر من بئر مقدار زراع فهو متحجر»، وهذا الحديث ما رأيت ولا أعرفه ولم أر من ذكره.

(تخريج الزيلعى)

(١٤) كرب - بالفتح - شوریدن خاک برای کاشتن. (م)

(١٥) الكراب والسقى.

(١٦) فأشبه الكراب والسقى. (غن)

(١٧) أى جعلها ذا حائط، تحويط ديوار ساختن. (من)

إحياء؛ لأنه من جملة البناء^(١)، وكذا إذا بذرها^(٢).

قال^(٣): ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر^(٤)، ويترك مرعى^(٥) لأهل القرية ومطرحة^(٦) لخصائدهم؛ لتحقيق حاجتهم إليها حقيقة^(٧)، أو دلالة على ما بينها^(٨)، فلا يكون^(٩) مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر، وعلى هذا قالوا^(١٠): لا يجوز أن يقطع الإمام^(١١) ما لا غنى بالمسلمين عنه، كالملح^(١٢) والآبار التي يستقى^(١٣) الناس منها؛ لما ذكرنا^(١٤).

قال^(١٥): ومن حفر بئراً في برية^(١٦)، فله حريمها^(١٧)، ومعناه إذا حفر في أرض

(١٨) قوله: "أو سنها [أى جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير] أراد بالتسليم جعل المسناة. (غن) قوله: "أو سنها" خر پشته وكوباندار كردن چیزی را، فى منتهى الأرب سنم القبر خرب پشته كرد قبر را، خلاف تسطيح.

(١٩) قوله: "بحيث يعصم الماء" أى يحفظ عن السيلا ن إلى غيرها. (عينى)

(١) فيكون إحياء

(٢) بذر - بالفتح - تخم كاشتن. (م)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) آباد. (م)

(٥) چراگاه.

(٦) قوله: "لخصائدهم الحصائد" جمع حصيد وحصيدة، وهى الزرع المحصود، ومطرحة الحصائد: هو الموضع الذى يلقى فيه الزرع المحصود للكسد. (غن)

(٧) تند محمد.

(٨) قوله: "على ما بينها [عند أبى يوسف] إشارة إلى ما ذكره فيما مر، بقوله: والبعد عن القرية على ما قاله: شرطه أبو يوسف؛ لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع، ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه، ومحمد اعتبر ارتفاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة، وإن كان قريبا من القرية. (نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار)

(٩) ما قرب من العامر.

(١٠) قوله: "وعلى هذا [أى على تعلق الحق] إلخ" استدل ما افتقر إليه الناس، كالملح والآبار التي يسقى الناس منها، لا يجوز قطع منفعتهم بالإقطاع من أحد، فكذا لا يجوز إحياء ما تعلق به حق العامة، كما فى النهر والطريق. (ت)

(١١) قوله: "لا يجوز أن يقطع [عطا كند] الإقطاع فى الأصل: بخشيدن كسى را پاره از زمين خراج، يقال: أقطعه قطعة [إلخ] أى ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه، يعنى إذا كانت أجمة، أو غيضة، أو بحر يشربون منه، ومملحة لأهل البلدة، فليس للإمام أن يقطع ذلك لأحد، يقال: أقطعه السلطان أرضاً كذا، أى أعطاها ليحييها. (عن)

(١٢) أى كمعادن الملح.

(١٣) استقاء بر كشيدين آب از چاه. (من)

(١٤) إشارة إلى قوله: لتحقيق حاجتهم إليها. (٤)

(١٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٦) منسوب إلى البر، وجمعه البرارى. (عظمى)

موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه، وبغير إذنه عندهما؛ لأن حفر البئر إحياء^(١).
 قال^(٢): «فإن كانت للعطن^(٣)، فحريمها أربعون ذراعاً^(٤)؛ لقوله عليه
 السلام^(٥): «من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطناً^(٦) لماشيته»*، ثم
 قيل: أربعون من كل الجوانب^(٧)، والصحيح أنه من كل جانب^(٨)؛ لأن في
 الأراضي رخوة، ويتحول الماء إلى ما حفر دونها^(٩)، وإن كانت للناضح^(١٠)،
 فحريمها ستون ذراعاً^(١١)، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً.
 لهما قوله عليه السلام: «حريم العين^(١٢) خمس مائة ذراع^(١٣) وحريم بئر العطن

(١٧) گردا گرد خانه وجاه وجزآن. (م) حتى لا يكون لآخر أن يحفر في حريمها بئراً، أو يحدث شيئاً. (غن)
 (١) قوله: "لأن حفر البئر إحياء" لأنه يصير منتفعا به، فإذا كان إحياء فقد ملكها، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من
 ضروراته، والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه. (عيني)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "فإن كانت [البئر] للعطن إلخ" وهي التي ينزح الماء منها باليد، والعطن مناخ الإبل ومبركها حول الماء،
 وبئر النازح هي التي ينزح الماء منها بالبعير، والنازح هو البعير، كذا في "الكفاية"، وفي "شرح الوقاية": بئر العطن البئر
 التي ينساخ الإبل حولها ويسقى، وبئر النازح البئر التي يستخرج ماءها بالبعير ونحوه. (مل).

(٤) قوله: "فحريمها إلخ" بئر العطن هي بئر الماشية التي يستقى الرجل منها للماشية، ولا يستقى منها الزرع،
 وكل بئر يستقى منها الزرع بالإبل فهي بئر النازح. (عيني)

(٥) قوله: "لقوله عليه السلام" أخرجه ابن ماجه عن عبد الله بن معقل أن النبي ﷺ قال: «من حفر بئراً فله
 أربعون ذراعاً عطناً لماشيته»، وروى أحمد في "مسنده" عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ:
 «حريم البئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لإعطان الإبل والغنم». (ت)

(٦) عطن: خوابگاه شتر گرد حوض و آرامگاه گوسفند و بز نزدیک آب. (م) ليس صفة لبئر حتى يكون
 مخصصاً، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين. (عناية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩١، والدراية ج ٢ ص ٢٤٥، الحديث ٩٨٥. (نعيم)

(٧) قوله: "أربعون من كل الجوانب" يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع، بظاهر قوله عليه السلام، من حفر
 بئراً إلخ فإنه بظاهره لجميع الجوانب الأربع، والصحيح أنه من كل جانب؛ لأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن
 صاحب البئر الأولى، كيلا يحفر أحد في حريمه بئراً أخرى، فيتحول إليها ماء بئره، وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع
 من جانب يمين، فإن الأراضي تختلف بالصلابة والرخاوة، وفي أربعين ذراعاً من كل جانب يمين يندفع الضرر. (٤)

(٨) أي أربعون ذراعاً من كل جانب، إلا أن يتجاوز الحبل أربعين، فيكون له إلى ما ينتهي إليه الحبل.
 (طحاوي)

(٩) أي دون أربعين ذراعاً من كل جانب.

(١٠) هو البعير الذي يسقى عليه. (غن)

(١١) من كل جانب من جوانبها إلا أن يكون الحبل يتجاوز الستين، فيكون له إلى منتهى حبلها. (طحاوي)

(١٢) چشمه.

(١٣) قلت: غريب. (ت)

أربعون ذراعاً وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً^(١١) *، ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء^(١٢)، وقد يطول الرشاء^(١٣) وبئر العطن للاستقاء منه بيده، فقلت الحاجة^(١٤)، فلا بد من التفاوت^(١٥)، وله ما روينا^(١٦) من غير فصل^(١٧)، والعام المتفق على قبوله^(١٨) والعمل به أولى عنده^(١٩) من الخاص المختلف في قبوله والعمل به. ولأن القياس يأبى استحقاق الحریم^(٢٠)؛ لأن عمله^(٢١) في موضع الحفر والاستحقاق به^(٢٢)، ففيما اتفق^(٢٣) عليه الحديثان تركناه، وفيما تعارضاً فيه حفظناه^(٢٤)؛ ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح^(٢٥)، ومن بئر الناضح باليد^(٢٦)،

(١) هذا رواه بتمامه أبو يوسف في "كتاب الخراج" عن الزهري مرفوعاً.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٢، والدراية ج ٢ ص ٢٤٥، الحديث ٩٨٦. (نعيم)

(٢) بر كشيدن آب از جاه.

(٣) الحبل.

(٤) في بئر العطن.

(٥) بين بئر العطن والناضح.

(٦) أى قوله عليه السلام: «من حفر بئراً إلخ. (ك)

(٧) أى بين بئر العطن وبئر الناضح.. (ك)

(٨) قوله: "والعام المتفق إلخ" أراد بالعام المتفق من حفر بئراً إلخ" وأراد بالخاص المختلف حریم العين إلخ، فإن قلت ليس الحديث السابق عاماً، فإنه مقيد ومخصوص بالعطن، قلت: إنما قلنا: إنه عام؛ لأن قوله من حفر بئراً ليس بمقيد ببئر دون بئر، فيشمل بئر الناضح وبئر العطن جميعاً، فيكون قوله: فله مما حولها إلخ، جزاء وحكما لحفر البئر مطلقاً أية بئر كانت. فثبت هذا الحكم في بئر الناضح، كما يثبت في بئر العطن عملاً بعمومه، أما قوله: عطناً لما شيته ليس بتقييد؛ لأنه إنما ذكر بياناً لما يصلح له حریم البئر في غالب الأحوال وهو قوله ميركاً ومناخاً، للماشية، وحریم بئر الناضح أيضاً يصلح ميركاً للماشية. (غن)

(٩) قوله: "أولى عنده" [إمام أعظم] ولهذا رجح قوله عليه السلام: «ما أخرجت الأرض فيه العشر» على قوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة»، وعلى قوله: «ليس في الخضروات صدقة»، كذا في "الكفاية".

ولقائل أن يقول: إن هذا الدليل منقوض بما إذا كانت البئر عيناً، فإن حریمها خمسمائة ذراع إجماعاً كما يأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام: «من حفر بئراً إلخ لا يفصل، والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف فيه فيلزم أن يكون حریمها أيضاً أربعون ذراعاً عنده، كذا في نتائج الأفكار. (مل)

(١٠) قوله: "ولأن القياس إلخ" مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر تساقطاً فيما تعارضاً فيه، وهو ما وراء الأربعين، حفظنا القياس فيه. (نت)

(١١) أى عمل صاحب البئر.

(١٢) ففي موضع الحفر استحقاقه. (ع) أى استحقاق الحریم حاصل بالعمل.

(١٣) وهو الأربعون. (ك)

(١٤) قوله: "وفيما تعارضاً [أى على سبيل التنزل] فيه" وهو ما وراء الأربعين؛ لأن العام ينفيه، والخاص يشته، وإنما

فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير^(١) حول البئر، فلا يحتاج إلى زيادة مسافة.

قال^(٢): وإن كانت عيناً فحريمها خمس مائة ذراع^(٣)؛ لما روينا^(٤)؛ ولأن الحاجة فيه^(٥) إلى زيادة مسافة؛ لأن العين تستخرج للزراعة، فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء، ومن موضع يجرى فيه إلى الزراعة، فلهذا يقدر بالزيادة، والتقدير بخمس مائة بالتوقيف^(٦)، والأصح أنه خمس مائة ذراع^(٧) من كل جانب، كما ذكرنا في العطن.

والذراع هو المكسرة^(٨)، وقد بيناه من قبل^(٩)، وقيل: إن التقدير في العين

قلنا ذلك؛ لأن للعام موجبين: أحدهما: أن يكون الحريم أربعين.

والثاني: أن لا يكون زائداً حيث ذكر بكلمة من، وهي للتبعيض والتمييز يمتنع عليه الزيادة. (ك) قوله: "وفيما أى فيما فيه الاختلاف فى الأحاديث، فإن دفع أنه كيف التعارض، فإن الأول متفق على قبوله، والثانى مختلف فيه، فترجح الأول، والتعارض يقتضى المساواة. (مل)

(١٥) قوله: "ولأن [جواب عما قالوا: أى ينزح الماء، فيشر الناضح والعطن من المعنى كبره واحده. غن] إلخ" أقول: هذا التعليل ضعيف جداً؛ لأنهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يسقى منه باليد، ومن بئر الناضح ما يسقى منه بالبعير، فكيف يتم أن يقال: قد يسقى من بئر العطن بالناضح، ومن بئر الناضح باليد، ولئن سلم ذلك فهو على الندره فكيف يتم أن يقال: فاستوت الحاجة فيهما. (نت)

(١٦) قوله: "ومن البئر الناضح إلخ" عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل فى وسط البئر، ويشد الدلو فى الطرف الآخر من الحبل، ثم يساق، فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو فى رأس البئر، فيؤخذ الماء، فإذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نرخ الماء باليد، ويمكن فى العطن الناضح أيضاً، فاستويا. (عيني)

(١) جواب عما قالوا.

(٢) أى فى "مختصر القدورى". (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت عيناً [جشمه] إلخ" من حفر عيناً فى أرض موات، وملكها بما يملك به مما ذكرنا، فله حريمها، وهو خمس مائة ذراع من كل جانب من جوانبها. (مختصر طحاوى)

(٤) وهو قوله عليه السلام: «حريم العين خمس مائة ذراع». (ك)

(٥) أى فى حريم العين.

(٦) على السماع من الشارع ﷺ.

(٧) أى اختلف المشايخ أنها من كل الجوانب أو من كل جانب، كما اختلفوا فى حريم البئر، والصحيح أنها من كل جانب. (غن)

(٨) قوله: "هو المكسرة" فى المغرب الذراع هو المكسرة ست قبضات، وهى ذراع العامة، وهى ذراع الكرباس، وهو أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك؛ لأن ذراع المساحة سبع قبضات مع رفع الإبهام فى كل مرة، والقبضة أربعة أصابع، والإصبع ست شعيرات، بطون بعضها ملاصقة بظهور بعض.

والشعيرة ست شعيرات من شعر البزودن، وإنما وصفت بالمكسرة؛ لأنها نقصت من ذراع الملك بقبضة، وهو بعض الأكاسرة لا الكسرى الأخير، وهذا هو اختيار خواهر زاده، وبعضهم اختلفوا ذراع المساحة؛ لأنها البق بالمسوحات. (مل)

(٩) قوله: "وقد بيناه من قبل" قال بعض الشارحين: أى بين الوجه فى أن خمس مائة يعتبر من كل جانب؛ لأنه لم

والبئر بما ذكرناه^(١) في أراضيهم لصلابة بها، وفي أراضينا رخاوة فيزداد^(٢)، كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول.

قال^(٣): فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه^(٤)؛ كيلا يؤدي إلى تفويت حقه، والإخلال به، وهذا^(٥) لأنه^(٦) بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به، فليس لغيره أن يتصرف في ملكه. فإن احتفر آخر بئراً في حد حريم الأولى للأول^(٧) أن يصلحه^(٨) ويكبسه^(٩) تبرعاً، ولو أراد أخذ الثاني فيه، قيل: له أن يأخذه بكبسه^(١٠)؛ لأن إزالة جناية حفره به^(١١)، كما في الكُناسة^(١٢) يُلقِيها^(١٣) في دار غيره، فإنه^(١٤) يؤخذ برفعها، وقيل: يضمه النقصان ثم يكبسه بنفسه، كما إذا هدم جدار غيره^(١٥)، وهذا هو الصحيح^(١٦)، ذكره في "أدب القاضي" للخصاف.

يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم، قلت: لا نسلم أنه لم يذكرها؛ لأنه ذكر ذراع الكرباس، وهي الذراع المكسرة في كتاب الطهارة في باب الماء الذي يجوز به الوضوء، واختيارها توسعة الأمر على الناس؛ لأنها أقصر. (غن)

(١) أي بالأربعين في البئر والخمس مائة في العين. (غن)

(٢) قوله: "فيزداد [أي على الأربعين وخمس مائة إذا احتيج إلى ذلك. غن] الخ" أقول: فيه إشكال؛ إذ المقادير مما لا مدخل للرأى فيه أصلاً، وإنما مداره النص من الشارع، كما صرحوا عليه، واتفقوا عليه، والذي ثبت في البعض فيما نحن فيه ما ذكر، وما قيل: لا غير، فيصير الزيادة عليه عملاً بالرأى فيما هو من المقادير، وهو لا يجوز، فليتأمل في الدفع. (نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "في حريمها" أي في حريم العين التي أحيهاها الأول، أو في حريم البئر التي أحيهاها، منع الثاني منه؛ لأنه ربما يذهب ماء البئر الأولى، أو ينقص، ففي الأول فوات حقه، وفي الثاني الإخلال بحقه، وكلاهما لا يجوز؛ لأن فيه ضرراً به. (غن)

(٥) المنع.

(٦) أي الحافر.

(٧) أي حافر العين.

(٨) قوله: "أن يصلحه ويكبسه" من باب أعجبنى زيد وكرمه، فيكون العطف للتفسير، فإن الإصلاح بالكبس. (٤)

(٩) كبس بخاك اپناشتن جاه وجوى. (م).

(١٠) قوله: "له أن يأخذه بكبسه" أي يأمر الثاني بكبس البئر التي حفرها. (عيني)

(١١) أي بالكبس.

(١٢) بالضم: آنچه بجاروب رفته باشند. (م)

(١٣) تعدياً. (غن)

(١٤) أي الملقى.

(١٥) قوله: "إذا هدم الخ" حيث يضمه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه. (٤)

(١٦) أي القول الأخير.

وذكر طريق معرفة النقصان^(١)، وما عطب^(٢) في الأولى^(٣)، فلا ضمان فيه؛ لأنه^(٤) غير معتد إن كان^(٥) بإذن الإمام فظاهر، وكذا إن كان^(٦) بغير إذنه^(٧) عندهما، والعذر لأبي حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيراً^(٨)، وهو^(٩) بسبيل منه بغير إذن الإمام، وإن^(١٠) كان لا يملكه بدونه^(١١).

وما عطب في الثانية ففيه الضمان^(١٢)، لأنه معتد فيه^(١٣) حيث حفر في ملك غيره^(١٤)، وإن حفر الثاني^(١٥) بئراً وراء^(١٦) حريم الأولى، فذهب ماء البئر^(١٧) الأولى

(١) قوله: ذكر [الخصاف] طريق معرفة النقصان " وهو أن يقوم الأولى قبل حفر الثانية وبعده فيضمن النقصان

بينهما. (٤)

(٢) عطوب: هلاك شذن.

(٣) قوله: " وما عطب [عطوب: هلاك شذن. م] إلخ " أى لا ضمان فيما عطب من البئر الأولى، سواء أحيائها بإذن الإمام، أو بغير إذنه جميعاً، وهذا لا يشكل على قولهما؛ لأن له أن يحفره بدون إذن الإمام، ولهذا يملك البئر في الحالتين، فإذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعدياً، فلا يضمن ما تولد من حفره، كما لو حفره في داره، وكذلك لا إشكال على قول أبي حنيفة، إن كان حفره بإذن الإمام، فأما إذا كان حفرها بلا إذن الإمام بقى إشكال على قوله. وحله أن يقال له: ولاية التحجير بلا إذن الإمام، وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيراً لا إحياء، فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله، فلا يكون متعدياً فلا يضمن. (غن)

(٤) الحافر.

(٥) الحفر.

(٦) الحفر.

(٧) الإمام.

(٨) قوله: " أنه يجعل إلخ " يعنى يجعل الحفر التام بغير إذن الإمام بمنزلة من حفر بئراً نحو ذراع بإذنه، وثم يكون ذلك تحجيراً، ولم يثبت له الملك بذلك القدر، وكذلك الحفر التام بدون إذن الإمام؛ لأن في الحفر التام وإن وجدت العلة لكن الشرط وهو إذن الإمام لم يوجد، فلم يعمل العلة عملها، فلا يثبت الملك، فيبقى تحجيراً، وبالتحجير لا يكون متعدياً، فلا يضمن بالاتفاق. (ك)

(٩) الحافر.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) أى بدون إذن الإمام.

(١٢) على الثاني.

(١٣) أى في الحفر.

(١٤) قوله: " حيث حفر إلخ " أقول: في التعليل قصور؛ لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على

أصل أبي حنيفة، فإنه يجعل الحفر هناك تحجيراً، كما مر آنفاً.

وبمجرد التحجير لا يعتبر البئر الأولى، ولا حريمها ملكاً للمحجر فلا يصدق هناك عل أصله أن يقال: إن الثاني حفر في ملك غيره، فالأولى في التعليل أن يقال: لأنه متعد فيه، حيث حفر في حق غيره، إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير، كما يثبت بالإحياء. ولهذا لا يقدر الإمام أن يأخذها من يد المحجر، ويدفعها إلى غيره، إذا إذا حفر أرضاً، ولم يعمرها ثلاث سنين، كما مر، فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضاً على أصل أمتنا الثلاثة جميعاً. (نت)

فلا شيء عليه؛ لأنه غير معتد في حفرها^(١)، وللثاني الحریم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول^(٢) لسبق ملك الحافر الأول فيه^(٣).

والقناة^(٤) لها حریم بقدر ما يصلحها، وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحریم، وقيل: هو عندهما، وعنده لا حریم لها ما لم يظهر الماء على الأرض؛ لأنه نهر في التحقيق، فيعتبر بالنهر الظاهر، قالوا: وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فواره^(٥)، فيقدر حریمه بخمس مائة ذراع.

والشجرة تغرس في أرض موات لها حریم أيضاً^(٦)، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حریمها؛ لأنه يحتاج إلى حریم له، يجد^(٧) فيه ثمره، ويضعه فيه، وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب، به ورد الحديث^(٨).

(١٥) هذه من مسائل الأصل ذكرها تقريباً. (غن)

(١٦) أى خارج.

(١٧) وعرف أن ذهب ذلك من حفر الثاني. (كف)

(١) قوله: "لأنه [أى الحافر الثاني] غير معتد [والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فلا يكون له المخاصمة بسببه. زيلعى] الخ" لأن له أن يحفر بئراً خارج حریم الأول، والحافر سبب، فإذا لم يكن متعدياً فى التسبب لا يكون عليه ضمان. (غن)

(٢) الذى هو حریم البئر الأول. (غن)

(٣) أى فى الجانب الأول.

(٤) قوله: "والقناة [القناة مجرى الماء تحت الأرض. ع] الخ" ذكرها تقريباً، وهى من مسائل الأصل، يعنى إذا خرج قناة فى أرض موات، فهى بمنزلة البئر، فلها من الحریم ما للبئر، كذا قال فى "الأصل"، ولم يزد هذا، وقال فى الشامل: القناة لها حریم مفوض إلى رأى الإمام؛ لأنه لا نص فى الشرع، وقال المشايخ: هذا الذى ذكره فى "الأصل" قولهما، عند أبى حنيفة لا حریم لها الخ.

وقال أبو يوسف فى "كتاب الخراج": واجعل للقناة من الحریم ما لم يسنح على وجه الأرض مثل ما جعل على الأرض بالآبار، فإذا ظهر الماء وسنح على وجه الأرض، جعلت حریمه كحریم النهر. (غن)

قوله: "والقناة" قال شارح المواقف: إن لم يجعل مسيل فهو البئر، وإن جعل فهو القناة، ونسبته إلى الآبار كنسبة العيون السيلية إلى الراكدة، وفى شرح النصاب القناة كأريز، وكأريز أنرا گویند كه بزر زمين آب پوشيده بجای از جای رود، وفى البرهان القاطم كأريز جوى أبى را گویند، كه در زیر زمين بکنند، تا آب ازان روان شود. (مل)

(٥) بسیار جوش زننده.

(٦) قوله: "والشجرة الخ" ذكرها تقريباً على مسألة المختصر، قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى "شرح كتاب الشرب": لم يذكره محمد فى الكتاب، أى فى "الأصل". (غن)

(٧) الجذ: بریدن خرما از خرما بن. (من) الجذ فى الأصل: القطم، ومنه جد النخل أى قطع ثمره جداداً. (مغرب)

(٨) قوله: "به ورد الحديث [روى أبو داود فى "سننه" فى آخر الأفضية: «أنه عليه السلام جعل حریم الشجر خمسة أذرع»] فإن رجلاً غرس شجرة فى أرض فلاة، فجاء آخر، فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته، فشكا صاحب الشجرة الأولى إلى النبى ﷺ، فجعل له النبى ﷺ من الحریم خمسة أذرع، وأطلق الآخر فيما وراء ذلك، وهذا

قال^(١): وما ترك الفرات^(٢)، أو الدجلة^(٣) وعدل^(٤) عنه الماء، ويجوز عوده إليه لم يجز إحياءه؛ لحاجة العامة إلى كونه نهراً^(٥)، وإن كان لا يجوز أن يعود إليه، فهو كالموات^(٦) إذا لم يكن حريماً لعامر؛ لأنه ليس في ملك أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره^(٧)، وهو اليوم^(٨) في يد الإمام.

قال^(٩): ومن كان له نهر^(١٠) في أرض غيره، فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك^(١١).

وقالا: له مسنة النهر^(١٢) يمشى عليها ويلقى عليها طينه^(١٣)، قيل: هذه المسألة بناء على أن من حفر نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده،

حديث صحيح مشهور، كذا في "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) أي نهر الكوفة.

(٣) نهر البغداد.

(٤) أي ميل كرد وبرگشت.

(٥) قوله: "لحاجة العامة إليه" لأن الفرات والدجلة ملك لجماعة المسلمين، فإذا جاز عود الماء إليه لم ينقطع الحكم الأول، وكان الماء لم يذهب عنه. (غن)

(٦) فقد صار ذلك الموضع كسائر الأراضي التي لا ينتفع بها، وليس لها مالك معين، فهو موات يقف إحياءها على إذن الإمام وعلى أن لا يكون بقرب العامر. (غن)

(٧) قوله: "لأن قهر [غلبة] الماء إلخ" الإحياء شرطه أن يكون الأرض في قهر الإمام، فإذا عدل عنه ولم يجز عوده فات قهر الماء، فصار في قهر الإمام، فيجوز إحياءه إذا لم يكن حريماً بعامر. (ك)

(٨) بعد عدول الماء.

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) أي له نهر وفي جوانبه أرض غيره.

(١١) قوله: "إلا أن يقيم بينة [أي على أن الحريم ملكه والمسنة له] إلخ" قال في شرح الطحاوي: ولو أن نهراً لرجل، وأرضاً على شط النهر لرجل آخر، فتنازعا في المسنة، فإن كان بين الأرضين وبين النهر حائل كالحائط ونحوه كان المسنة لصاحب النهر بالإجماع، وإن لم يكن بينهما حائل.

قال أبو حنيفة: هي لصاحب الأرض، ولصاحب النهر فيها حق تسييل الماء، حتى إن صاحب الأرض إذا أراد رفعها كان لصاحب النهر منعه عن ذلك، ولصاحب الأرض أن يغرس فيها؛ لأن الملك له، وليس لصاحب النهر منعه عن ذلك.

وقال صاحبه: المسنة ملك لصاحب النهر، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح في كتاب الشرب: وإنما يظهر ثمرة الخلاف، في أن الغرس والزراعة لمن يكون، فعلى قول أبي حنيفة: لرب الأرض، وعلى قولهما لصاحب النهر: (غن)

(١٢) قوله: "وقال له إلخ" ذكر في "كشف الغوامض": أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كرهه في كل حين، أما الأنهار الصغار التي يحتاج إلى كرهها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق، هكذا ذكر في "النهاية"، وظاهر كلام

المصنف ينافيه. (٤)

(١٣) عند الكرخي. (زيلعي)

وعندهما يستحقه^(١)؛ لأن النهر لا يتنفع به^(٢) إلا بالحریم لحاجته إلى المشى^(٣) لتسييل الماء، ولا يمكنه المشى عادة في بطن النهر، وإلى إلقاء الطين، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج، فيكون له الحریم، اعتباراً بالبئر^(٤).

وله أن القياس يأباه^(٥) على ما ذكرناه^(٦)، وفي البئر عرفناه بالأثر^(٧)، والحاجة إلى الحریم^(٨) فيه^(٩) فوقها إليه^(١٠) في النهر؛ لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن^(١١) بدون الحریم^(١٢)، ولا يمكن^(١٣) في البئر إلا بالاستقاء^(١٤)، ولا استقاء إلا بالحریم، فتعذر الإلحاق^(١٥).

ووجه البناء^(١٦) أن باستحقاق الحریم^(١٧) تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر،

(١) قوله: "وعندهما يستحقه" فثبت له الحریم كالبئر، ثم لم يذكر قدر الحریم على قولهما في الأصل، بل قال: له من الحریم قدر ما لا يستغنى عنه النهر، وكذلك لم يقدر في "الجامع الصغير" أيضاً، وقال خواهر زاده في "مبسوطه": قالوا: قد ذكر في "النوادر" في تقدير الحریم خلاف بينهما، فعلى قول محمد: يمسح بطن النهر، ثم يجعل من كل جانب نصف بطن أرض النهر، وقال أبو يوسف: من كل جانب مقدار بطن النهر، وذكر أبو الليث الخلاف بخلاف هذا. (غن)

(٢) قوله: "لا يتنفع" فالظاهر شاهد لصاحب النهر. غن [الخ] لأن قوام النهر بالحافتين، وصاحب النهر لا يستمسك الماء إلا بهما، فكان هو المستعمل لهما، فكان أولى. (غن)

(٣) قوله: "لحاجته الخ" أي صاحب نهر محتاج است باینکه مشى کند بر کناره آن برای روان کردن آب وقتیکه بند شود بسبب چیزی. (ترجمه)

(٤) قوله: "اعتباراً بالبئر" یعنی بجامع الاحتباس، فإن استحقاق الحریم للحاجة، فهي موجودة في النهر، كهی في البئر والعين، فتعدى الحكم منها إليه. (٤)

(٥) أي ثبوت الحریم.

(٦) قوله: "على ما ذكرناه [أي في بئر الناضح]" وهو قوله: لأن القياس يأبى استحقاق الحریم؛ لأن عمله في موضع الحضر أي الاستحقاق بالعمل، وهو الحفر، ولا عمل في غير موضع الحفر فلا يستحق. (ك)

(٧) قوله: "عرفناه بالأثر [الذي تقدم]" فكان الحكم معدولاً به عن القياس في الأصل، فلا يصح تعديته. (٤)

(٨) جواب عن قولهما: بأن صاحب النهر يحتاج إلى الحریم.

(٩) أي في البئر.

(١٠) الحریم.

(١١) ويمكنه نقل التراب إلى الموضع آخر، ويمكنه المرور في النهر. (غن)

(١٢) قوله: "ممكن" غير أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين، والمشى في وسطه. (عینی)

(١٣) الانتفاع.

(١٤) آب بر کشیدن از چاه.

(١٥) قوله: "فتعذر الإلحاق [أي إلحاق النهر بالبئر]" إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصراً في الصحراء لا يستحق لذلك حرماً، وإن كان يحتاج إليه، لا لقاء الكناسة؛ لأنه يمكنه الانتفاع بدون الحریم، فلا يقاس على البئر. (زيلعي)

(١٦) قوله: "ووجه البناء الخ" أي وجه بناء مسألة المختصر على مسألة من حفر نهراً على المذهبين، أن باستحقاق

والقول لصاحب اليد^(١)، وبعدم استحقاقه تنعدم^(٢) اليد، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى^(٣).

وإن كانت مسألة مبتدأة^(٤)، فلهما أن الحریم فی يد صاحب النهر، باستمساكه الماء به^(٥)، ولهذا^(٦) لا يملك صاحب الأرض نقضه، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى، أما صورة فلاستواءهما^(٧)، ومعنى من حيث صلاحيته للغرس^(٨) والزراعة.

والظاهر شاهد لمن في يده^(٩) ما هو أشبه به، كاثنتين تنازعا في مصراع^(١٠) باب ليس في يدهما^(١١)، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه، والقضاء في موضع الخلاف^(١٢) قضاء ترك^(١٣).

الحریم يثبت اليد لصاحب النهر عليه عندهما اعتباراً لاحقيقة، كما يثبت اليد على النهر حقيقة، والقول في المنازعة لصاحب اليد، وعند أبي حنيفة لما لم يثبت استحقاق الحریم لا يثبت اليد أيضاً عليه، فكان الظاهر شاهدا لصاحب الأرض، فالقول لمن يشهد له الظاهر. (٤)

(١٧) أى عندهما.

(١) أى عند أبي حنيفة.

(٢) فيقيم البينة على الحریم.

(٣) وهو قوله: إنه أشبه بالأرض صورة ومعنى. (ك)

(٤) قوله: "وإن كانت مسألة الخ" هذا إشارة إلى قول أهل التحقيق من مشايخنا حيث قالوا: هذه مسألة ابتدائية، لا بناء على مسألة من حفر نهراً في أرض موات؛ لأن ثمة للنهر حرماً بالاتفاق، وإنما الخلاف ههنا فيما إذا يعرف أن المسنة في يد من هي. (غن)

(٥) قوله: "باستمساكه الماء الخ" أى لاستمساك الماء في النهر، وإلقاء الطين عليه، والاستعمال يد، فباختبار أنه في يده جعل القول قوله، كما لو تنازعا في ثوب واحد هما لابسه. (كف)

(٦) لكون الحریم لصاحب النهر

(٧) قوله: "فلاستواءهما [أى لاستواء الحریم والأرض. (غن) بخلاف النهر. كف]" يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم يكن المسنة مرتفعة على الأرض، وأما إذا كانت المسنة أرفع من الأرض فهو لصاحب النهر؛ لأن الظاهر ارتفاعه لإلقاء طينه. (٤)

(٨) بالفتح: درخت نشاندن. (م)

(٩) وهو صاحب الأرض.

(١٠) يله دروازه.

(١١) ذلك المصراع.

(١٢) أى في مسألة من كان له نهر في أرض غيره. (٤)

(١٣) قوله: "قضاء ترك" يعنى ليس قضاء ملك واستحقاق، فالمراد بقضاء الترك أن يترك في يد صاحب الأرض عنده، وفي يد صاحب النهر عندهما، فعنده لو أقام صاحب النهر على الحریم، والمسنة بينة، يقضى له بها، فلو كان القضاء قضاء ملك، واستحقاق لم يقض له؛ لأن المقضى عليه في حادثة لا يكون مقضياً له في تلك الحالة أبداً. (مل)

ولا نزاع فيما به استمسك الماء^(١)، وإنما النزاع فيما وراه مما^(٢) يصلح للغرس، على أنه إن كان^(٣) مستمسكاً به ماء نهره، فالآخر^(٤) دافع به الماء عن أرضه^(٥).
والمانع^(٦) من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائظ لرجل، ولا آخر عليه جذوع لا يتمكن^(٧) من نقضه، وإن^(٨) كان ملكه.

وفي "الجامع الصغير"^(٩): نهر لرجل إلى جنبه مسناة، ولا آخر خلف المسناة أرض تلتزقها، وليست المسناة في يد أحدهما^(١٠)، فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة، وقالوا: هي لصاحب النهر حريماً للملقى طينه وغير ذلك. وقوله: وليست المسناة^(١١) في يد أحدهما، معناه ليس لأحدهما عليه^(١٢) غرس^(١٣)، ولا طين ملقى، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف^(١٤)، أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك^(١٥)، فصاحب الشغل أولى^(١٦)؛ لأنه صاحب يد. ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه، فهو من مواضع الخلاف أيضاً^(١٧)، وثمرته الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده^(١٨)، وعندهما لصاحب النهر، وأما إلقاء الطين فقد قيل: إنه على

(١) قوله: "ولا نزاع إلخ" جواب عن قولهما: إن الحريم في يد صاحب النهر يأمسك الماء. (٤)

(٢) بيان ما.

(٣) صاحب النهر.

(٤) أي صاحب الأرض.

(٥) قوله: "فالآخر دافع إلخ" فاستويا من هذا الوجه، وترجع صاحب الأرض بما ذكره. (زيلعي)

(٦) جواب عن قولهما: ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه. (٤)

(٧) ذلك الرجل، رعاية لصاحب الجذوع. (كفاية)

(٨) الواو وصلية.

(٩) قوله: وفي الجامع الصغير إلخ" إنما أورد رواية الجامع الصغير لينكشف موضع الخلاف، أي أن الخلاف فيما إذا

لم يكن الحريم في يد أحد. (ك)

(١٠) أي صاحب النهر وصاحب الأرض.

(١١) بند آب.

(١٢) أي على المسناة بتأويل الحريم. (٤)

(١٣) درخت در زمین نشانده شد.

(١٤) قوله: "موضع الخلاف" وهو أن يكون الحريم موازياً للأرض، لا فاصل بينهما، وأن لا يكون مشغولاً بحق

أحدهما. (كف)

(١٥) أي الغرس، أو الطين الملقى.

(١٦) بالاتفاق. (ك)

(١٧) قوله: "فهو من مواضع الخلاف [بين الإمام وصاحبيه] إلخ" فعنده الأشجار لرب الأرض، وعندهما لرب

النهر. (كف)

(١٨) قوله: "إن ولاية إلخ" فإنه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرف النهر لصاحب الأرض،

الخلافة^(١)، وقيل^(٢): إن لصاحب النهر ذلك^(٣) ما لم يفحش. وأما المرور فقد قيل: يمنع صاحب النهر عنده، وقيل^(٤): لا يمنع للضرورة، قال الفقيه أبو جعفر^(٥): آخذ بقوله في الغرس^(٦)، وبقولهما: في إلقاء الطين. ثم عن أبي يوسف أن حريمه^(٧) مقدار نصف بطن النهر^(٨) من كل جانب، وعن محمد^(٩) مقدار بطن النهر من كل جانب، وهذا^(١٠) أرفق بالناس^(١١).

فصول في مسائل الشرب^(١٢)

فصل في المياه^(١٣):

وإذا كان لرجل نهر أو بئر، أو قناة، فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة^(١٤)، والشفة

ولصاحب النهر حريم عندهما، ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده، ولصاحب النهر عندهما، إذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع لمن يستحق ذلك الموضع. (نت)

(١) أى عنده لا يلتقى صاحب النهر الطين على الحريم، وعندهما هما يلتقى.
(٢) وهو الصحيح. (كف)

(٣) قوله: "إن لصاحب إلخ" فالحريم لأيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور وإلقاء الطين، ولا يغرس إلا المالك؛ لأنه يبطل حقه. (زيلعى)
(٤) وهو الأشبه.

(٥) الهندوانى.

(٦) قوله: "آخذ بقوله إلخ" أى آخذ بالقولين جميعاً آخذ بقول أبي حنيفة فى أن الملك لصاحب الأرض، وآخذ بقولهما فى أن لصاحب النهر إلقاء طينه على الحافتين، ولصاحب الأرض أن يغرس ما لا يمنع إلقاء الطين على الحافتين، كذا ذكر الفقيه أبو الليث. (غن)

(٧) أى النهر.

(٨) وهو اختيار الطحاوى.

(٩) وهو اختيار الكرخى. (زيلعى)

(١٠) أى قول محمد.

(١١) أى أرباب النهر.

(١٢) قوله: "الشرب" فى "المغرب": الشرب بالكسر النصيب من الماء، وفى الشريعة: عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقياً للمزارع والدواب.

قال الإمام نجم الدين: ويضم الشين فعل الشارب وهو المصدر من حد علم، ويفتحها المصدر أيضاً، ويكون جمع شارب أيضاً، كالصاحب والصحب. (منافع)

(١٣) قوله: "فصل فى المياه" مسائل هذه الفصول كلها من ههنا إلى كتاب الأشربة ليست بمذكورة فى البداية؛ لأنها ليست فى "الجامع الصغير" و"مختصر القدورى"، وإنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهر زاده" فى شرح "كتاب الشرب".

ثم لما ذكر إحياء موات ذكر عقبيها مسائل الشرب؛ لأن الإنسان إذا أحيى مواتاً احتاج لا محالة إلى الماء، فذكر الشرب وهو النصيب من الماء بهذا، وقدم فصل الماء على فصل كرى الأنهار؛ لأن الماء هو الأصل، وقدم لأصله. (غن)

(١٤) قوله: "الشفة" أصل الشفة شففه، ولهذا تقول فى تصغيرها: شفيفة، وفى جمعها شفاها، والتصغير والتكسير

الشرب لبني آدم والبهائم .

اعلم أن المياه أنواع: منها ماء البحار^(١)، ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة، وسقى الأراضي، حتى إن من أراد أن يكرى^(٢) نهراً منها إلى أرضه، لم يمنع من ذلك، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع^(٣) بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء .

والثانى ماء الأودية العظام^(٤)، كجيحون وسيحون^(٥) ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقى الأراضي، بأن أحى واحد أرضاً ميتة، وكرى منه نهراً ليسقيها، إن كان^(٦) لا يضر بالعامه، ولا يكون النهر فى ملك أحد؛ لأنها^(٧) مباحة فى الأصل، إذ قهر الماء يدفع قهر غيره^(٨) .

يردان الأشياء إلى أصولها، وحذفت الهاء تخفيفاً، يقال: هم أهل الشفة، أى لهم حق الشرب بشفاءهم وأن يسقوا بماءهم. (غن)

(١) بحر: جوى بزرگ ودرىای شور. (غن)

(٢) أى يحفر.

(٣) قوله: "كالانتفاع إلخ" لأن هذا الماء ليس لأحد فيه حق على الخصوص، فإن ذلك الموضع غير داخل تحت قهر أحد؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره. (ك)

(٤) قوله: "ماء الأودية [وادى رود]" هى جمع الوادى على غير القياس، وأصل التركيب يدل على الجرى، والخروج فسمى الوادى به؛ لأن الماء يدرى فيه أى يجرى ويسيل، فكان فيه إطلاق اسم الحال على المحل، كذا فى الصحاح وغيره. (ك)

(٥) قوله: "كجیحون وسيحون إلخ" فى الكفاية أن جیحون نهر خوارزم، وسيحون نهر الترك، ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد، والفرات نهر الكوفة، وقال العلى القارى فى شرح "المشكاة": إن سيحون نهر الهند وجیحون نهر بلخ، كذا قال القرطبي فى تفسيره عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه.

وقال النووى: إن سيحان وجيحان غير سيحون وجيحون، واتفقوا على أن جیحون بالواو نهر خراسان، وقيل: سيحون نهر بالهند. وفى "صحيح مسلم": عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «سيحان وجيحان والفرات والتيل كل منهما أنهار الجنة»، والتيل نهر مصر، وإنما جعل الأنهار الأربعة من أنهار الجنة لما فيها من العذوبة والهضم، ولتضمنها البركة الآلهية وتشرفها بورود الأنبياء عليها وشربهم عنها.

وقال القاضى عياض: معنى كون هذه الأنهار من الجنة أن الإيمان عم ببلادها، وإن الأجسام المتغذية بماءها صائرة إلى الجنة، والأصح أنها على ظاهرها، وأن لها مادة من الجنة مخلوقة؛ لأنها موجودة اليوم عند أهل السنة، وفى الخبر عن كعب الأجباز رضى الله تعالى عنه نهر التيل نهر العسل ونهر دجلة نهر اللبن ونهر الفرات نهر الخمر ونهر سيحان نهر الماء فى الجنة. وقال الشيخ محى الدين بن العربى فى "الفتوحات" فى الباب الثانى وثلاث مائة من "الفتوحات المكية": فأهل الكشف يرون نهر النيل والفرات وسيحان وجيحان نهر عسل وماء خمر ولبن، كما هو فى الجنة، فإن النبى ﷺ أخبر أن هذه الأنهار من الجنة، ومن لم يكشف الله عن بصره، وبقي فى عمى حجاب لا يدرك ذلك، كذا فى "سبحة المرجان". (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٦) أى كرى النهر.

(٧) الأودية.

(٨) قوله: "يدفع قهر إلخ" فلا يكون محرزاً، والملك بالإحراز، وإذا لم يكن مملوكاً لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به. (ت)

وإن كان^(١) يضر بالعمامة، فليس له ذلك؛ لأن دفع الضرر عنهم واجب، وذلك^(٢) في أن يميل الماء إلى هذا الجانب، إذا انكسرت ضفته^(٣)، فيغرق القرى والأراضي، وعلى هذا^(٤) نصب الرحي^(٥) عليه^(٦)؛ لأن شق النهر للرحى كشقه للسقى به، والثالث إذا دخل الماء في المقاسم^(٧)، فحق الشفة ثابت^(٨).
والأصل فيه^(٩) قوله عليه السلام^(١٠): «الناس شركاء في ثلاث في الماء^(١١)

(١) أى كرى النهر.

(٢) أى الضرر.

(٣) قوله: «إذا انكسرت ضفته [ضفة - بالكسر وتشديد الفاء - كناره جو وكناره دريا. م] أى ضفة النهر وهى حافته، ورواها صاحب "المغرب" - بكسر الضاد وفتحها - جميعاً، وفى الديوان بالكسر جانب النهر، وبالفتح جماعة الناس. (غن)

(٤) يعنى إذا كان لا يضر بالناس العمامة جاز، وإلا فلا. (غن)

(٥) آسيا. (م)

(٦) نهر.

(٧) أى دخل فى قسمة قوم يقسمه الإمام فيما بينهم. (غن)

(٨) قوله: «فحق الشفة إلخ» فالناس شركاء فى حق الشفة بسقى أنفسهم ودوابهم فى ذلك، وإن نفد الماء كله وليس لأهله أن يمنعوا أحداً من الشفة. (ك)

(٩) أى فى ثبوت حق الشفة.

(١٠) قوله: «قوله عليه السلام» أخرجه أبو داود فى "سننه" فى البيوع وابن ماجه فى "سننه" فى الأحكام. (ت)

(١١) قوله: «فى الماء» يريد به الماء الذى لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والأنهار، والمراد بالشركة شركة الإباحة لا شركة ملك، فمن سبق فى أخذ شىء من ذلك فى وعاء أو غيره، وأحزره فهو أحق به، وهو ملك له دون ما سواه، فخرج من أن يكون مباحاً كالصيد إذا أحرز، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه.

وشرط الجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعمامة بأن يميله بالكرى، أو نصب الرحي، فليس له ذلك؛ لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز، إلا إذا كان لا يضر لأحد، كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، كذا قال الزيلعى والإتقانى. (مل)

قوله: «فى الماء إلخ» قلت: روى من حديث رجل، ومن حديث ابن عباس، ومن حديث ابن عمر، فحديث الرجل، أخرجه أبو داود فى سننه فى البيوع عن جرير بن عثمان عن حبان عن رجل من الصحابة قال: غزوت مع رسول الله ﷺ، فسمعتة يقول: «المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلاء والنار».

ورواه أحمد فى "مسنده"، وابن أبى شيبة فى "مصنفه" فى الأقضية، وأسند ابن عدى فى الكامل عن أحمد وابن معين أنهما قالوا فى جرير: ثقة، وذكره عبد الحق فى أحكامه من جهة أبى داود، وقال: لا أعلم روى عن حبان الأجرير بن عثمان، وقد قيل: فيه مجهول، وقال البيهقى فى "المعرفة": وأصحاب النبى ﷺ كلهم ثقاة، وترك ذكر أسماءهم فى الإسناد، لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه.

وأما حديث ابن عباس فأخرجه ابن ماجه فى "سننه" عن عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلاء والنار».

وقال عبد الحق فى أحكامه: قال البخارى: عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث، وضعفه أيضاً أبو زرعة، وقال فيه: أبو حاتم ذاهب الحديث، وأقره ابن القطان عليه.

وأما حديث ابن عمر فرواه الطبرانى فى "معجمه" حدثنا الحسين بن إسحاق التسترى حدثنا يحيى الحماني حدثنا قيس بن الربيع عن زيد عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء فى ثلاث الماء والكلاء والنار».

والكلأ^(١) والنار^(٢)*، وأنه ينتظم الشرب^(٣)، والشرب خص منه الأول^(٤)، وبقى الثاني، وهو الشفة، ولأن البئر ونحوها^(٥) ما^(٦) وضع للإحراز، ولا يملك

(١) قوله: "والكلأ" أما الشركة في الكلأ: فعلى أوجه: بعضها أعم من بعض، فالأعم منها أن يكون الحشيش في أراضي لا تكون مملوكة لأحد يكون الناس في ذلك شركاء في الرعي والاحتشاش، ليس لأحد أن يمنع إنساناً من ذلك، وهي كالشركة في ماء البحار.

وشركة أخرى أحص من هذه، هو أن يكون الكلأ في أرض مملوكة نبت بنفسه، لا بإنبات صاحب الأرض، فلا يملك صاحبه بكونه في أرضه، بل للناس فيه شركة حتى لو أخذه إنسان وقطعه وأحرزه، صار ملكاً له. إلا أن لصاحب الأرض أن يمنع من الدخول في أرضه لأجل الكلأ، فإن كان يجد المرید الكلأ في موضع آخر غير مملوك لأحد قريب من ذلك الأرض، يقال له: خذ من ذلك، وإن لم يجد، يقال لصاحب الأرض: إما أن تعطيه بيدك، أو اتذن له حتى يأخذ حقه.

وأما الحشيش الذي أنبته صاحب الأرض، بأن سقى أرضه وكرهها، فأثبت الحشيش فيها لدوابه، فهو أحق بذلك، وليس لأحد أن ينتفع به إلا برضاه؛ لأنه حصل بكسبه، والكسب للمكتسب.

والشجر إذا نبت في أرض إنسان، يكون لصاحب الأرض، والشجر ما له ساق نحو السوس والشوك والحشيش ما لا ساق له إذا نبت، بل ينسبط على وجه الأرض كالإذخر ونحوه، كذا في "غاية البيان" و"الكفاية". (مل)
قوله: "والكلأ" قال الخطابي: معناه الكلأ الذي نبت في موات الأرض يرعاه الناس، ليس لأحد أن يختص به دون أحد، ويحجره عن غيره، قال: وقوله: «والنار»، فسر بعض أهل العلم بالحجارة التي توقد النار، يقول: لا يمنع أحد أن يأخذ منها حجراً يوقد به النار.

فأما التي يوقدها الإنسان، فله أن يمنع غيره من أخذها، وقال بعضهم: له أن يمنع من يريد أن يأخذ منها جذوة من الحطب الذي قد احترق، فصار حجراً، وليس له أن يمنع من أراد أن يستصيح فيها مصباحاً، أو أدنى منها يشتغل بها؛ لأن ذلك لا ينقض من عينها شيئاً.

وقال في "النهاية": أراد بالكلأ المباح الذي لا يختص بشيء، وبالماء ماء العيون والأنهار التي لا مالك لها، وأراد بالنار الشجر الذي يمشطه الناس من المباح فيوقدونه، وذهب بعضهم إلى أن الماء لا يملك، ولا يصح بيعه مطلقاً، وذهب آخرون إلى العمل بظاهر الحديث، والصحيح هو الأول. (مرقاة الصمود إلى سنن أبي داود للسيوطي)

(٢) قوله: "والنار" أما الشركة في النار فهو أن الرجل إذا أوقد ناراً في مفازة، فإن هذه النار تكون مشتركاً بينه وبين الناس أجمع، حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضي بضوء هذه النار، أو أراد أن يخيط ثوباً له حول النار، أو يصطلي بها في زمان البرد، أو أن يتخذ منه سراجاً، ليس لمن أوقد النار أن يمنع الغير من ذلك، إلا أن يكون أوقد النار في موضع مملوك له، فإن له أن يمنع من الانتفاع بملكه لا بالنار.

وإذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر، فليس له ذلك؛ لأنه ملك صاحبه؛ لأن ذلك حطب أو فحم، أحرزه الذي أوقد النار، فإن أخذ من ذلك الجمر نظر، فإن كان ذلك مما له قيمة إذا جعله صاحبه فحمًا، كان له أن يسترده منه، وإن لم يكن له قيمة لم يكن له أن يسترده؛ لأن الناس لا يمنعون هذا القدر عادة، والمانع يكون معتناً، والمتعنت ممنوع شرعاً من التعنت، كذا في "العناية" و"الكفاية" و"غاية البيان". (مل)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٤، والدراية ج ٢ ص ٢٤٦، الحديث ٩٨٧. (نعيم)

(٣) هو نصيب من الماء، وفي الشريعة: هو نوبة الماء سقياً للمزارع. (٤)

(٤) قوله: "خص [لوجود الضرر] منه الأول [أي الشرب - بالكسر]" أي الشرب بالإجماع؛ لأنه يجوز بيعه تبعاً للأرض بالاتفاق، ومقصوداً في رواية. (ك)

(٥) كالحوض.

المباح بدونه كالظبي^(١) إذا تكس^(٢) في أرضه .

ولأن في إبقاء الشفة ضرورة؛ لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء^(٣) إلى كل مكان^(٤)، وهو^(٥) محتاج إليه لنفسه وظهره^(٦)، فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم^(٧)، فإن أراد رجل أن يسقى بذلك^(٨) أرضاً أحيائها، كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه، أضربهم أو لم يضر؛ لأنه حق خالص لهم، ولا ضرورة، ولأننا لو أبحن ذلك لانقطعت منفعة الشرب .

والرابع: الماء المحرز في الأواني، وأنه صار مملوكاً له بالإحراز، وانقطع حق غيره عنه^(٩)، كما في الصيد المأخوذ^(١٠)، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل، وهو ما روينا^(١١)، حتى لو سرقه إنسان في موضع يعز وجوده^(١٢)، وهو^(١٣) يساوي نصاباً^(١٤) لم تقطع يده^(١٥).

(٦) نافية.

(١) فهو لمن أخذه.

(٢) كناس - بالكسر - خوابگاهي آهو. (صراح) أى دخل فى الكناس.

(٣) من وطنه لذهابه وبابه.

(٤) قوله: "لأن الإنسان إلخ" يعنى أن الإنسان قد يحتاج إلى المشقة فى الجهاد والحج والتجارة، ولا يمكنه أن يحمل مع نفسه ما يحتاج إليه لنفسه ولدوابه كما يمكنه حمل الطعام مع نفسه، فلو لم يثبت له حق الشفة من كل ماء يرد عليه انقطع الإسفار، وتعطل الحج والجهاد، وهذا لا وجه به. (غن)

(٥) الواو حالية.

(٦) أى مركبه. (غن)

(٧) وهو مدفوع.

(٨) أى بالماء الذى دخل فى القسمة.

(٩) حق الشفة كان أو غيره.

(١٠) فهو لمن أخذه.

(١١) وهو قوله عليه السلام: «الناس شركاء فى الثلاث» إلخ الحديث. (٤)

(١٢) عزيز وأرجمند وكمياب باشد.

والواو حلية.

(١٤) أى نصاب السرقة.

(١٥) قوله: "لم تقطع [لشبه الشركة] يده إلخ" فإن قلت: فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظراً إلى قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما فى الأرض جميعاً﴾ قلت: مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الأحاد على الأحاد، كما فى قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ وقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ولا تجوز الزائد على الأربع، فكذا معنى الآية - والله أعلم - خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده، لا كل الأشياء، وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاماً. (تاج الشريعة)

ولو كان البئر أو العين، أو الحوض، أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه، إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك أحد، وإن كان لا يجد^(١)، يقال لصاحب النهر^(٢): إما أن تعطيه الشفة، أو تتركه، يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته^(٣)، وهذا مروى عن الطحاوى.

وقيل: ما قاله^(٤): صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له، أما إذا احتفرها^(٥) في أرض موات، ليس له أن يمنعه؛ لأن الموات كان مشتركاً، والحقفر لإحياء حق مشترك^(٦)، فلا يقطع الشركة في الشفة، ولو منعه عن ذلك^(٧)، وهو^(٨) يخاف على نفسه، أو ظهره^(٩) العطش، له أن يقاتله بالسلاح؛ لأنه^(١٠) قصد إتلافه بمنع حقه، وهو^(١١) الشفة، والماء في البئر مباح غير مملوك.

بخلاف الماء المحرز في الإناء^(١٢)، حيث يقاتله^(١٣) بغير السلاح^(١٤)؛ لأنه قد

(١) ماء آخر.

(٢) قوله: "يقال إلخ" لأن له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة. (كف)

(٣) أى جانبه.

(٤) أى الطحاوى.

(٥) أى البئر وغيرها.

(٦) وهو العشر والخراج. (ك)

(٧) قوله: "ولو منعه إلخ" أى لو منعه صاحب النهر، أو العين، أو الحوض، أو البئر الذى في ملكه عن الدخول فيه، وهو يخاف العطش يقاتل بالسلاح إذا لم يجد ماء آخر في قريب منه؛ لأن الماء في النهر والعين لم يصير ملكاً للملكها؛ لأنه لم يوجد منه إحراز، فبقى مشتركاً بين الناس.

فإذا منع غيره من الاستقاء منه منع حقه، من منع حقا مستحقاً لغيره كان لصاحب الحق أن يقاتل المانع لحقه بالسلاح؛ ليصل إلى حقه، كما لو منع طعاماً مشتركاً بينه وبين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح، والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ: «أنه من قتل دون ماله فهو شهيد». (غن)

(٨) الواو حالية.

(٩) أى مركبه.

(١٠) المانع.

(١١) حق.

(١٢) قوله: "بخلاف الماء المحرز إلخ" أى إذا منع ماء محرزاً، بأن أحزره في قربة أو جب ونحوه، حتى انقطع شركة الغير عنه، وكان المرید للماء مضطراً إلى ذلك، فإنه يقاتله بما دون السلاح، ولا يقاتله بالسلاح؛ لأنه لم يمنع حقه؛ لأنه انقطعت الشركة بالإحراز، وإنما منع ملكه.

ومن منع ملكه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح من العصا وغير ذلك، كما لو منع طعاماً مملوكاً له من المضطر، وهذا؛ لأنه لم يمنع ملك غيره عنه، وإنما ترك إحياء نفس، وهو قادر على إحيائها. ومن ترك إحياء نفس قدر على إحيائها كان مرتكباً معصية، ومن ارتكب معصية، فالسبيل أن ينهى عن ذلك بالقول، فإذا لم ينهه بالقول، يقاتل بما دون السلاح، ولا يقاتل بالسلاح؛ لأن قتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر. (غن)

ملكه، وكذا الطعام^(١) عند إصابة الخمصة، وقيل: في البئر ونحوها^(٢) الأولى أن يقاتله بغير سلاح بعضاً^(٣)؛ لأنه^(٤) ارتكب معصية، فقام ذلك^(٥) مقام التعزير له. والشفة^(٦) إذا كان يأتي على الماء كله^(٧)، بأن كان^(٨) جدولا صغيراً^(٩)، وفيما يرد من الإبل، والمواشي كثيرة ينقطع الماء بشربها، قيل: لا يمنع منه؛ لأن الإبل لا يردّها في كل وقت^(١٠)، فصار كالمياومة، وهو سبيل في قسمة الشرب، وقيل: له أن يمنع^(١١) اعتباراً بسقى المزارع والمشاجر^(١٢). والجامع^(١٣) تفويت حقه، ولهم^(١٤) أن يأخذوا الماء منه^(١٥) للوضوء وغسل الثياب في الصحيح^(١٦)؛ لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه، كما قيل^(١٧) يؤدي إلى

(١٣) إذا كان فيه فضل عن حاجته. (زيعي)

(١٤) بنحو العصا.

(١) أي يقاتل مانعه بغير السلاح.

(٢) كالحوض والنهر.

(٣) قوله: "الأولى أن إلخ" فيه إشارة إلى أنه يجوز أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله، فيكون موافقاً لما ذكره. (زيعي)

(٤) أي مانع الماء.

(٥) أي المقاتلة بغير السلاح.

(٦) أي شرب الناس والمواشي إذا كان يفنى الماء ويستأصله، بأن كان إلخ. (غن)

(٧) أي يندم ويهلك الماء كله.

(٨) الماء.

(٩) جوى خرد. (م)

(١٠) قوله: "في كل وقت [أي يوم]" ففي اليوم الذي لا يرد الإبل يكون الماء لصاحب الجدول، ويصير ذلك كالمياومة فيما بينه وبين صاحب الشفة، وقت لصاحب الإبل ووقت لصاحب الجدول، وهذا هو السبيل في الماء المشترك، إذا كان لا يصل إلى كل واحد منهم حقه، فيجعل بينهم بالنوبة. (غن)

(١١) أي يمنع منه كما يمنع من سقى المزارع والمشاجر. (غن)

(١٢) مشجر بالفتح روئيدن گاه درخت. (من)

(١٣) بين المقيس والمقيس عليه.

(١٤) أي لأهل الشفة.

(١٥) أي من الجدول الصغير. (غ)

(١٦) قوله: "في الصحيح [عند بعضهم يتوضأ في النهر، ويغسل الثياب فيه. ك]" إشارة إلى اختلاف المشايخ، فإن منهم من قال: لا يجوز أن يأخذوا الماء منه للوضوء، والغسل للثياب؛ لأن الشركة تثبت في حق الشفة لا غير، والصحيح جوازه، دفعا للحرج. (عناية)

(١٧) أي في الجدول الصغير.

الخرج، وهو^(١) مدفوع.
 وإن أراد أن يسقى شجراً، أو خضراً^(٢) في داره حملاً بجراره^(٣) له ذلك في
 الأصح^(٤)؛ لأن الناس يتوسعون فيه، ويعدون المنع من الدناءة، وليس له أن يسقى
 أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبثره وقناته إلا بإذنه نصاً^(٥).
 وله^(٦) أن يمنع من ذلك^(٧)؛ لأن الماء متى دخل في المقاسم^(٨) انقطعت شركة
 الشرب^(٩) بواحدة^(١٠)؛ لأن في إبقاءه قطع شرب صاحبه^(١١)؛ ولأن المسيل حق
 صاحب النهر، والصفة تعلق بها حقه، فلا يمكنه التسييل فيه^(١٢)، ولا شق الصفة،
 فإن أذن له صاحبه^(١٣) في ذلك^(١٤) أو أعاره، فلا بأس به؛ لأنه حقه، فتجرى فيه
 الإباحة كالماء المحرز في إناءه^(١٥).

فصل في كرى الأنهار^(١٦)

قال رضى الله تعالى عنه^(١٧): الأنهار ثلاثة: نهر غير مملوك لأحد^(١٨)، ولم

(١) خرج.

(٢) سبزه زاد كوچك. (ترجمه) تراه سبز و جای سبزه ناك. (من)

(٣) جره سبوی.

(٤) قوله: "له ذلك في الأصح" احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ، أنهم قالوا: ليس له ذلك، إلا بإذن

صاحب النهر. (٤)

(٥) أى صراحة.

(٦) أى لذی النهر وغيره.

(٧) أى من سقى أرضه ونخله. (٤)

(٨) أى دخل في قسمة رجل بعينه في المقاسم أى كان الماء مقسوماً بين قوم.

(٩) قوله: "انقطعت إلخ" أى بالقسمة انقطعت الشركة في الشرب، وإنما بقيت في حق الشفة لا غير، وهو يأخذ

الماء للشرب، لا للشفة فليس له ذلك. (غن)

(١٠) أى بالكلية.

(١١) أى صاحب النهر وغيره.

(١٢) قوله: "فلا يمكنه إلخ" أى لا يمكن غير صاحب النهر التسييل في ذلك المسيل. (غن)

(١٣) أى صاحب النهر وغيره.

(١٤) أى سقى الأرض والشجر.

(١٥) فإنه تجرى فيه الإباحة.

(١٦) قوله: "فصل في كرى [الكرى الحفر. ع] الأنهار" لما ذكر مسائل الشرب شرع في كرى الأنهار؛ لأنه ربما

يحتاج من له الشرب إلى الكرى، فشرع ببيان أن مؤنة الكرى على من يكون في النهر، فبين أنواع النهر أولاً، ثم بين كرىه

على ما يجب، وأخر هذا الفصل؛ لأن وجوب الكرى أمر زائد، إذ يوجد النهر، ولا يجب الكرى على المنتفعين به، كما

في النهر العام. (غن)

(١٧) أى قال المصنف.

يدخل ماءه فى المقاسم بعد^(١)، كالفرات ونحوه^(٢)، ونهر مملوك دخل ماءه تحت القسمة، إلا أنه عام^(٣).

ونهر مملوك دخل ماءه فى القسمة، وهو خاص^(٤)، والفاصل بينهما^(٥) استحقاق الشفعة^(٦) به^(٧) وعدمه^(٨).

فالأول^(٩): كرىه على السلطان من بيت مال المسلمين؛ لأن منفعة الكرى لهم^(١٠)، فتكون مؤنته عليهم، ويصرف إليه^(١١) من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات، لأن الثانى^(١٢) للفقراء، والأول^(١٣) للنواب^(١٤).

(١٨) وهو عام من كل وجه. (ك)

(١) قوله: "ولم يدخل ماءه إلخ" أى لا يقسم ماءه، ولا يمكن ذلك كجيحون والفرات ونحوه، فإنه لا يمكن قسمة ماءه بأن يكون يوماً لقوم، ويوماً لآخرين. (ك)

(٢) مثل جيحون وغيره من الأنهار العظام.

(٣) أى من وجه وخاص من وجه. (ك)

(٤) قوله: "وهو خاص [من كل وجه]" تكلموا فى النهر الخاص، قال بعضهم: إن كان النهر لعشرة فما دونها، أو عليه قرية واحدة يعنى ماءه فيها، فهو خاص يستحق به الشفعة، وإن كان النهر لما فوق العشرة، فهو عام، وقال بعضهم: إن كان النهر لما دون الأربعين، فهو نهر خاص، وإن كان لأربعين فهو نهر عام.

وقال بعضهم: جعلوا الحد الفاصل فى المائة، وبعضهم فى الألف، وأصح ما قيل فيه: إنه يفوض إلى رأى المجتهد، حتى يختار من الأقاويل أى قول شاء، كذا فى "فتاوى قاضى خان".

وقيل: الخاص ما لا يجرى فيه السفن، وما يجرى فيه، فهو عام، وعن أبى يوسف الخاص أن يكون نهراً ليسقى منه قراخان أو ثلاثة، وما وراء ذلك، فهو عام. (ك)

(٥) أى بين العام والخاص من كل وجه.

(٦) قوله: "استحقاق الشفعة [أى ما يستحق صاحبه به الشفة، فهو خاص، وما لا يستحق به الشفعة، فهو عام. كفى] إلخ" فالخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة، فيحتاج إلى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة فى الشفعة. (غن)

(٧) الضمير فى "ب" راجع إلى النهر. (غن)

(٨) قوله: "وعدمه" قال فى كتاب الشفعة: الشرب الخاص أن يكون نهراً لا يجرى فيه السفن، وما يجرى فيه السفن، فهو عام، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وعن أبى يوسف أن الشرب الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراخان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام.

(٩) أى النهر الذى هو غير مملوك لأحد. (غن)

(١٠) أى للمسلمين.

(١١) أى إلى كرىه.

(١٢) أى العشور والصدقات.

(١٣) أى الخراج والجزية.

(١٤) نائبة مصيبت و كار دشوار، نواب جمع أى نواب المسلمين، وقد مر ذكر النواب فى كتاب الكفالة.

فإن لم يكن فى بيت المال شىء^(١)، فالإمام يجبر الناس على كرىه^(٢) إحياء لمصلحة العامة، إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم، وفى مثله^(٣) قال عمر رضى الله تعالى عنه^(٤): "لو تركتم^(٥) لبعتم أولادكم"، إلا أنه^(٦) يخرج له^(٧) من كان^(٨) يطيقه^(٩)، ويجعل مؤنته^(١٠) على المياسير^(١١) الذين لا يطيقونه^(١٢) بأنفسهم. وأما الثانى^(١٣): فكرىه على أهله، لا على بيت المال؛ لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص، ومن أبى^(١٤) منهم يجبر على كرىه دفعاً للضرر العام^(١٥)، وهو ضرر بقية الشركاء، وضرراً لأبى خاص^(١٦)، ويقابله عوض، فلا يعارض به^(١٧).

(١) أى مال. (غن)

(٢) إذا احتيج إلى الكرى. (غن)

(٣) قوله: "وفى مثله" أى روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أخبر فى مثل هذا، فكلموه فى ذلك، فقال: "لو

تركتم لبعتم" إلخ. (غن)

(٤) قلت: غريب.

(٥) أى ما كلفتم.

* راجع أثر عمر رضى الله عنه فى نصب الرأية ج ٤ ص ٢٩٤ تحت الحديث الخامس فى فصل فى كرى الأنهار،

والدرأية ج ٢ ص ٢٤٦ تحت الحديث ٩٨٧. (نعيم)

(٦) الإمام

(٧) أى للكرى.

(٨) أى الكرى.

(٩) أى الذى يقدر على العمل.

(١٠) قوله: "ويجعل [الإمام] مؤنة إلخ" كما يفعل فى تجهيز الجيوش؛ لأنه يخرج من كان يطيق القتال، ويجعل

مؤنته على الأغنياء، كذا ههنا. (ك)

(١١) جمع موسر كمحسن: توانگر و فراخ دست. (عن)

(١٢) أى الكرى.

(١٣) أى النهر المملوك الذى دخل فى القسمة، وهو عام. (غن)

(١٤) أى من الكرى. (غن)

(١٥) قوله: "دفعاً للضرر إلخ" لأنهم يتضررون لولم يجبر الآبى لأنهم يحتاجون إلى كرى نصيبه، ولا يقال:

إذا أجبر يلحق الضرر بالآبى أيضاً حيث يحتاج إلى إنفاق مال فى كرى نصيبه؛ لأننا نقول: ضرر العامة أعلى من ضرر

الآبى، فيحتمل الضرر الأدنى؛ لدفع الضرر الأعلى؛ ولأن ضرر الآبى بعوض، وهو سقيه أرض نفسه، وضرر العامة لا

عوض له، فلا يستوى الضرران، وهذا معنى قوله: فلا يعارض به، أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بل يغلب

جانب الضرر العام. (غن)

(١٦) فى الجبر.

(١٧) قوله: "فلا يعارض به" أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل

ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق^(١)، وفيه^(٢) ضرر عام كغرق الأراضى وفساد الطرق، يجبر الآبى^(٣)، وإلا فلا^(٤)، لأنه موهوم، بخلاف الكرى^(٥) لأنه معلوم. وأما الثالث: وهو الخاص من كل وجه، فكرهه على أهله؛ لما بينا^(٦)، ثم قيل: يجبر الآبى^(٧)، كما فى الثانى، وقيل^(٨): لا يُجبر؛ لأن كل واحد من الضررين خاص^(٩)، ويمكن دفعه^(١٠) عنهم بالرجوع^(١١) على الآبى بما أنفقوا فيه، إذا كان^(١٢) بأمر القاضى، فاستوت^(١٣) الجنبتان، بخلاف ما تقدم^(١٤).

ولا يجبر لحق الشفة^(١٥)، كما إذا امتنعوا جميعاً^(١٦)، ومؤنة كرى النهر المشترك

ضرراً، ويجب السعى فى إعدامه، وإن بقى الضرر الخاص مع أن ذلك الضرر فى الخاص مجبور بعوض يقابله، وهو حصته من الشرب. (ك)

(١) انفجار، انبثق: دريد بند آب. (غن)

(٢) الواو حالية.

(٣) أى عن تحصين النهر.

(٤) أى وإن لم يكن فيه ضرر عام.

(٥) أى لا يشبه التحصين الكرى؛ لأنه معلوم، فيجبر الآبى لا محالة. (غن)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الحق لهم، والمنفعة تعود إليهم إلخ. (عناية)

(٧) قوله: "يجبر الآبى [القاتل: أبو بكر الإسكاف] إلخ" فإنه توجه ههنا ضرران: ضرر الآبى وهو إنفاق الملك فى

كرى نصيبه، حتى تمكنوا من سقى أراضيهم.

وضرر الآبى بعوض، فإنه يسقى أرضه، وضرر أصحابه بغير عوض، ولا شك أن ما كان من الضرر بغير عوض أكبر

الضررين، فيجب دفعه؛ لتحمل الضرر الأدنى، كما فى الآبى عن كرى النهر العام. (غن)

(٨) قوله: "وقيل: لا يُجبر [وبه أخذ. عن]" وهو قول أبى بكر بن سعيد البلخى، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (ك)

(٩) قوله: "لأن كل واحد من الضررين [أى ضرر الآبى وضرر غيره من الشركاء] إلخ" يعنى أن ضرر الآبى

وضرر أصحابه تقابلاً واستوى، فيترك ما كان على ما كان؛ لما تعذر دفع أحدهما بالآخر، كما فى الحائط بين اثنين إذا

نهدم أو انهدم علو وسفل، فأراد أحد أن يبنى وأبى الآخر، لا يجبر الآبى، ويقال للآخر: أين أنت إن شئت.

وإنما قلنا: باستواء الضررين؛ لأن كل واحد بعوض، أما عوض ضرر الآبى إذا أجبر على الكرى فظاهر، وأما عوض

ضرر أصحابه، فلأنهم يمكنهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى، حتى يأذن لهم فى حفر نصيبه من الشرب يستوفوا من نصيب

الآبى من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا من نصيبه، فإذا استوى الضرران، وجب ترك ما كان. (غن)

(١٠) ضرر.

(١١) بقدر حصة الآبى.

(١٢) الإنفاق.

(١٣) فى الخصوص.

(١٤) قوله: "بخلاف ما تقدم [وهو الإيجاب فى النهر الثانى]" أى بخلاف الآبى فى كرى النهر المملوك العام،

حيث يجبر الآبى على الكرى؛ لأن الضررين ما استوى، بل ضرر الشركاء أكثر الضررين على ما بينا. (غن)

(١٥) قوله: "ولا جبر [دفع دخل، هذا هو ظاهر المذهب، وقال بعض المتأخرين: يجبر الإمام على الكرى؛ لحق الشفة

عليهم من أعلاه^(١)، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه^(٢)، وهذا عند أبي حنيفة^(٣).
وقالوا: هي عليهم جميعاً^(٤) من أوله^(٥) إلى آخره^(٦) بحصص الشرب
والأرضين؛ لأن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل؛ لاحتياجه إلى تسهيل^(٧) ما فضل

في النهر، كذا في "الكفاية" [سؤال درينجا نیز] مجتمع است در ضرر که یکی ازان ضرر عام است، وأن ضرر
کسانیکه حق آنها خوردن آب است، پس باید که جبر کرده شود برآنکه ابا کند از کندن نهر خاص، نیز بجهت دفع
ضرر عام جواب جبر نیست بجهت حق خوردن آب، چنانچه اگر همه باز مانند جبر نمی کنند حاکم بر آنها. (ترجمه)
(١٦) قوله: "كما إذا امتنعوا جميعاً" أى لو امتنعوا جميعاً عن الكرى لا يجبرون على الكرى لحق أصحاب الشفة. (غن)

(١) قوله: "ومؤنة إلخ" وضع المسألة في النهر الخاص، وبيان ذلك ما قال في "التحفة": إن النهر إذا كان بين عشرة،
لكل واحد منهم أرض، فإن الكرى من فوهة النهر إلى أن يتجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم، على كل واحد
منهم العشر، فإذا تجاوز شرب الأول خرج هو من الكرى، ويكون الكرى على الباقي تسعة أسهم، فإذا جاوز شرب الثاني
سقط عنه الفسقة، ويكون الكرى على الباقي ثمانية أسهم، وعلى هذا الترتيب، وقالوا: المؤنة بينهم على عشرة أسهم من
أول النهر إلى آخره. (غن)

قوله: "ومؤنة كرى النهر إلخ" اختلفوا في مؤنة كرى النهر المشترك، هل يجب عليهم جميعاً أم لا، فقال الإمام
أبو حنيفة: لا يجب عليهم جميعاً، بل تجب المؤنة على من هو في أرضه، فإذا جاوز أرضه، رفع منه مصرف الكرى،
واستدل عليه بأن الغرض الأعلى من كرى النهر هو الانتفاع بالسقى، وقد حصل ذلك له، إذا جاوز أرضه، فلا يلزمه إلا
ما يتم به غرضه، لا ما يتم به غرض الآخر، فإن تبرع بذلك أمر آخر، وليس بلام.

وقال أبو يوسف ومحمد: مؤنة كرى المشترك عليهم جميعاً، تقسم عليهم من أوله إلى آخره، بحصص الشرب
والأرضين؛ لأن الانتفاع وإن كان يتعلق بأرضه فقط، لكن لصاحب الأعلى حقاً في الأسفل أيضاً؛ لاحتياج صاحب
الأعلى إلى تسهيل ما فضل من ماء، فإن الماء إذا فضل وسد أسفله مثلاً يقع به الضرر البين، فكان انتفاعه موقوفاً على كرى
الموضع الأسفل، فكان عليه كرى الأعلى والأسفل جميعاً.

وقس عليه الأسفل، فإنه إن لم يحصل كرى الأعلى لا يصل إلى أسفله الماء، فيتضرر به، فيكون عليه كرى الأسفل
والأعلى جميعاً، وإذا كان هذا هكذا، فيكون مؤنة الكرى منقسمة على صاحب الأعلى والأسفل كلهم على طبق
حصصهم؛ لأن انتفاع كل متعلق بانتفاع الآخر، فكان في كرى كل جزء انتفاع كل منهم، فينقسم عليهم.

وأجاب عنه أبو حنيفة بأن صاحب الأعلى لا يتوقف انتفاعه على كرى الأسفل؛ لأنه يمكن أن يسيل ما فضل من
ماء إلى جانب آخر من غير حاجة إلى الأسفل، فيكون كرى الأسفل منحصرًا بانتفاعه في أصحاب الأسفل، ولا يتوقف
غرض صاحب الأعلى عليه، فلا وجه لوجوب مؤنة كرى عليه صاحب الأعلى نعم مؤنة كرى ما في أرضه واجبة عليه؛
لكون مقصوده لا يحصل إلا به.

وهذا تقرير حسن من جانب الإمام، ولهذا أخذ أكثر الفقهاء بقوله في هذه المسألة: وأفتوا عليه لقوة دليله، فإن
الاعتبار في الفتوى في ما لا نقل فيه هو قوة الدليل، فافهم. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٢) أى مصرف الكرى.

(٣) بقول أبي حنيفة أخذوا بالفتوى. (ك)

(٤) مؤنة الكرى.

(٥) نهر.

(٦) نهر.

(٧) قوله: "لاحتياجه إلى تسهيل إلخ" فإنه إذا سد عليه فاض الماء على زرعه، وأفسد زرعه، فتبين أن كل واحد
ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، فلهذا يستوون في استحقاق الشفة، وإذا استووا في الغنم، وجب أن يستووا في الغرم. (ت)

من الماء فيه^(١).

وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى^(٢)، وقد حصل^(٣) لصاحب الأعلى، فلا يلزمه إنفاع غيره^(٤)، وليس على صاحب المسيل عمارته^(٥)، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره، كيف وأنه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده^(٦) من أعلاه، ثم إنما يرفع عنه^(٧) إذا جاوز أرضه كما ذكرنا^(٨).

وقيل: إذا جاوز فوهة^(٩) نهره، وهو مروى عن محمد، والأول أصح؛ لأن له رأياً^(١٠) في اتخاذ الفوهة من أعلاه^(١١) وأسفله^(١٢)، فإذا جاوز الكرى أرضه^(١٣) حتى سقط عنه مؤنته، قيل: له أن يفتح الماء^(١٤)؛ ليستقى أرضه؛ لانتفاء الكرى في حقه، وقيل: ليس له ذلك^(١٥) ما لم تفرغ شركاءه، نفيًا لاختصاصه^(١٦)، وليس على أهل

(١) أى فى الأعلى.

(٢) قوله: "أن المقصد من الكرى الخ" يعنى أن الكرى إنما يجب لسقى الأرض، ألا ترى أنه إذا كانت الأراضى يمكن سقيها بدون الكرى، لا يجب الكرى، والذي جاوز الكرى أرضه لأمكنه سقى أرضه، ولم يبق له حاجة، فلا يجب الكرى عليه بعد ذلك. (غن)

(٣) انفاع بالسقى.

(٤) الصواب نفع غيره؛ لأن الإنفاع فى معنى النفع غير مسموع. (ك)

(٥) قوله: "وليس على صاحب الخ" أى ليس على من هو فى أعلى النهر عمارة أسفل النهر بسبب حق تسييل الماء له، وهذا جواب عن قولهما؛ لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه، قلنا: مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه.

ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره، ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر، بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء، فعرفنا أن الحاجة المتبعة فى إلزام مؤنة الكرى الحاجة إلى سقى الأراضى. (ك)

(٦) نهر.

(٧) الكرى.

(٨) فى تقدير المسألة.

(٩) قوله: "إذا جاوز [دهانه من] فوهة" أى مرگاه تجاوز کند. کندن، از دهانه نهر که مرمر وی راست، پس موزنه کندن ساقط می شود از آن مرد. (ترجمه)

(١٠) قوله: "لأن له رأياً" [فعله يسد الفوهة] أى زیرا چه آن مرد را در تعیین نمودن موضع دهانه از بالای نهر وپایین نهر اختیار است. (ترجمه)

(١١) نهر.

(١٢) نهر.

(١٣) هذه المسألة فرع مسألة الكرى. (غن)

(١٤) من أصل فوهة النهر.

(١٥) أى فتح الماء.

الشقة من الكرى شيء؛ لأنهم لا يحصون^(١)، ولأنهم أتباع^(٢).
فصل في الدعوى^(٣) والاختلاف والتصرف فيه^(٤)

ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً^(٥)؛ لأنه قد يملك بدون الأرض
 إرثاً^(٦)، وقد يبيع الأرض^(٧)، ويبقى الشرب، له وهو مرغوب فيه^(٨)، فيصح فيه
 الدعوى، وإذا كان نهر لرجل^(٩) يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض أن لا
 يجري النهر^(١٠) في أرضه ترك على حاله؛ لأنه مستعمل له بإجراء ماءه، فعند
 الاختلاف يكون القول قوله. فإن لم يكن في يده^(١١)، ولم يكن جارياً، فعليه البيئته إن

(١٦) قوله: "نفيًا لاختصاصه" أي بالانتفاع بالماء دون شركاءه، وللتحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم أن يؤخذ
 في الكرى من أسفل النهر، أو يترك بعض النهر من أعلاه، حتى يفرغ من أسفله. (كف)

(١) قوله: "لأنهم لا يحصون [فكانوا مجهولين]" ومؤنة الكرى لا يستحق على قوم لا يحصون؛ ولأن أهل
 الشقة جميع أهل الدنيا، فلا يمكن جمعهم في الكرى. (ك)

(٢) قوله: "ولأنهم أتباع" والمؤنة على الأصول دون الأتباع، ألا ترى أن المؤنة في القتل الموجود في المحلة على
 أصحاب الحطة، دون المشترين والسكان. (ك)

(٣) قوله: "فصل في الدعوى [أي دعوى الشرب] إلخ" لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب، ختمه بفصل
 يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب. (نت)

(٤) أي في الشرب.

(٥) قوله: "استحساناً" والقياس أن لا يصح؛ لأن المدعى يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فيما يدعيه، إذا
 ثبت دعواه بالبيئته، والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض، فلا يسمم القاضى فيه الدعوى كالحمر في حق المسلمين. (نت)

(٦) ووصية.

(٧) بدون الشرب.

(٨) قوله: "وهو مرغوب فيه [يتشفع به]" فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه
 بالبيئته. (زعلي)

(٩) قوله: "وإذا كان إلخ" أي نهر يجري إلى بستان رجل، أو أرضه يجري في أرض غيره، فأراد صاحب الأرض
 أن لا يجري النهر في أرضه، أي قال صاحب الأرض: لا أدعك بأيها الرجل! لتجرى الماء إلى بستانك، وهذا النهر لي،
 وليس لك حق فيه، وقال ذلك الرجل: إنه حق لي.

فإن كان النهر يجري وقت المنازعة يقضى بالنهر لذلك الرجل، لا لصاحب الأرض، وليس لصاحب الأرض منعه
 من الإجراء، وهذا معنى قوله: ترك على حاله؛ لأنه أي لأن ذلك الرجل مستعمل له أي للنهر يسوق الماء إليه بإجراء ماءه،
 ولا استعمال لصاحب الأرض، وإنما للنهر اتصال بملكه لا غيره.

فمتى تنازعا في شيء أحدهما مستعمل لذلك، والأخر متعلق به، فيقضى بذلك للمستعمل، فإنه صاحب اليد، فعند
 الاختلاف بين ذلك الرجل وصاحب الأرض يكون القول قوله، أي قول ذلك الرجل، فيترك النهر على حاله، كذا في
 "غاية البيان" وغيرها. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(١٠) أي ليس لصاحب الأرض أن يمنع من ذلك. (غن)

(١١) قوله: "فإن لم يكن إلخ" أعلم أن كون أشجار الرجل في جانبي النهر وسائر تصرفاته علامة أن يكون هذا

هذا النهر له، أو أنه قد كان له مجراه^(١) في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها، فيقضى له^(٢)؛ لإثباته بالحجة ملكاً له، أو حقاً مستحقاً فيه، وعلى هذا المصّب^(٣) في نهر، أو على سطح^(٤)، أو الميزاب، أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب^(٥).

وإذا كان نهر بين قوم^(١)، واختصموا في الشرب، كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن المقصود^(٧) الانتفاع بسقيها^(٨)، فيثقدر^(٩) بقدره، بخلاف

النهر له، وجريان ماءه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر، فقوله: فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى، وقوله: لم يكن جارياً، إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية، ويصير معنى مجموع كلامه، فإن لم يوجد شيء من العلامتين. ولهذا قال المصنف: ولم يكن جارياً بكلمة الواو إشارة إلى انتفاءهما، فعليه أى على المدعى وهو ذلك الرجل البينة أن هذا النهر له، إن كان يدعى ربة النهر، أو أنه قد كان له مجرة أى موضع الإجراء، والمراد حق التسييل في هذا النهر يسوقه إلى أرضه، ليسقيها إن كان يدعى حق الإجراء في هذا النهر، فيقضى له أى لذلك الرجل لإثباته بالحجة ملكاً له أى فيما إذا أقام البينة، أن هذا النهر له، أو حقاً مستحقاً فيه، أى في النهر، يعنى فيما إذا أقام البينة أن له مجراه في هذا النهر، فتأمل، كذا في "نتائج الأفكار" وغيره. (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقد)

(١) أى بودى را حق جارى كردن آب. (ترجمة)

(٢) بالنهر.

(٣) قوله: "وعلى هذا المصّب [يعنى موضع اجتماع ما يفضل من الماء] إلخ" قال شيخ الإسلام خواهر زاده فى أواخر "شرح كتاب الشرب": رجل له مجرى ماء إلى بستانه فى بستان غيره، أو مجرى مئزاب فى دار قوم، أو ممشى فى دار قوم، قد كان يأخذ إلى منزله، فقال صاحب البستان أو الدار: لا أدعك لتجرى الماء إلى بستانك، ولا أدعك تمشى فى دارى، وقال صاحب البستان والمئزاب: وللمشى أنه حق لى.

فإن كان الماء يجرى إلى بستانه وقت المنازعة، أو كان ماشياً فى داره وقت المنازعة، فالقول قول صاحب قول البستان؛ لأن صاحب البستان مستعمل له، والآخر متعلق، لأن ملكه متصل به، فيقضى بذلك للمستعمل، إلا أن يقيم الآخر بينة على ما ادعى. وإن لم يكن الماء جارياً ولا كان ماشياً فيها وقت المنازعة، فالقول قول صاحب الدار؛ لأن صاحب البستان غير مستعمل للجرى، ولا كان المجرى متصلاً بملكه، حتى يجعل أيضاً ملكه؛ لتعلقه بملكه، ومتى تنازعا فى شيء أحدهما متعلق به، والآخر لا تعلق له به، فالمتعلق أولى. وهذا إذا لم يقيم لأحدهما بينة، فإن أقام صاحب البستان البينة على أن له طريقاً فى داره، أو مجرى ماءه إلى بستانه يقضى له بذلك؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة. (غن)

(٤) أى المصّب على السطح، وهو مجرى الماء على السطح. (عينى)

(٥) قوله: "فحكم الاختلاف إلخ" أى حكم اختلاف المتخاصمين أو المدعين فيها، أى فى هذه المذكورات من المصّب والمئزاب والممشى نظيره، أى نظير الاختلاف فى الشرب. (غن)

(٦) قوله: "وإذا كان إلخ" أى نهر بين قوم، لهم عليه أرضون، ولا يعرف كيف أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واختصموا فى الشرب، فالشرب تقسم بينهم على قدر أراضيهم.

قال فى "الأجناس": وحكى عن أبى على الدقاق صاحب "كتاب الحيض" أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم، وفائدته أنه إذا كان لأحدهم عشرة أجرته، وللآخر عشرة، إلا أن أرضه لا تكفى لها للزراعة مقدار أن يأخذه، فبقي ما قاله محمد، الماء بينهم نصفان، وعلى قول الدقاق له أخذ الماء وزيادة، وهذا إذا لم يعلم كيف كان الشرب بينهم، فأثاب إذا علم يقسم على ما كان. (غن)

(٧) من الشرب.

الطريق^(١)؛ لأن المقصود التطرق^(٢)، وهو في الدار الواسعة، والضيقة على نمط واحد، فإن كان الأعلى^(٣) منهم لا يشرب^(٤)، حتى يسكر^(٥) النهر لم يكن له ذلك^(٦)؛ لما فيه^(٧) من إبطال حق الباقيين، ولكنه يشرب^(٨) بحصته.

فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى النهر، حتى يشرب بحصته، أو اصطالحوا على أن يسكر^(٩) كل رجل منهم في نوبته جاز؛ لأن الحق لهم^(١٠)، إلا أنه إذا تمكن من ذلك^(١١) بلوح^(١٢) لا يسكر بما ينكس به النهر^(١٣) من غير تراضي؛ لكونه إضراراً بهم^(١٤).

(٨) قوله: "لأن المقصود إلخ" معارض بأنهم قد استوفوا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر، والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق. وأجيب: بأن إثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء، ومن له عشرة أقطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة، فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد. (٤)

(٩) فحاجة صاحب الأرض الكثيرة إلى الشرب أكثر من حاجة صاحب الأرض القليلة. (غن)

(١) قوله: "بخلاف الطريق [فإنه يحكم بينهم أن الطريق بينهم على السواء] إلخ" أى طريق مشترك بين جماعة، ولا يعرف كيف أصله بينهم اختلفوا في ذلك، فإنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس، لا على قدر أملاكهم، حتى يعطى لصاحب القليل ما يعطى لصاحب الكثير، وفي الشرب يعطى لصاحب الكثير أكثر مما يعطى لصاحب القليل، هذا إذا لم يعلم مقدار حقهم، وإذا علم يقسم على ما كان في الأصل. (غاية البيان)

(٢) راه يافتن.

(٣) قوله: "فإن كان الأعلى إلخ" قال في "الأجناس": قال أبو عمرو الطبري: وهو تلميذ محمد ابن شجاع، أراد محمد بهذا، إذا كان نصيب صاحب أعلى النهر لا يكفيه بجميع أرضه حتى يسكر النهر، فينشق كل الماء إليه، ليس له ذلك، إلا أن يكون صاحب الأرض الأعلى من بقعة لا يصل الماء إليها، إلا أن يتخذ في النهر سكر، وأرباب الأرضين مقرون أن مشربها من هذا النهر، فهذا لا بد من أن يجعل فيه سكر، حتى يرتفع الماء إليها، والسكر حيس الماء من الجريان. (غن)

(٤) قوله: "لا يشرب [لارتفاع أرضه، وقلة الماء] إلخ" أى لا يمكنه أن يسقى أرضه بتمامها إلا بالسكر، وهو من سكرت النهر سكرًا إذا سددته. (عيني)

(٥) سكر بالفتح: بستن آب.

(٦) أى السكر.

(٧) أى في السكر. (عناية)

(٨) يعنى من غير سكر. (٤)

(٩) أى يحبس الماء.

(١٠) قوله: "لأن الحق لهم" أى لأن المانع حقهم، وقد زال بتراضيه. (زيلعي)

(١١) أى السكر.

(١٢) أو عود، أو باب، أو خشب. (٤) لوح - بالفتح - هر چه پهن باشد از استخوان وجوب وتخته. (٢)

(١٣) قوله: ينكس [كالطين ونحوه] الكبس: بخاك انباشتن چاه وجوى، والانكباس انباشته شدن.

(١٤) بمنع ما فضل عن السكر عنهم إلا إذا رضوا بذلك.

وليس لأحدهم أن يكرى منه نهراً^(١) أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه؛ لأن فيه كسر ضفة^(٢) النهر، وشغل موضع مشترك بالبناء^(٣)، إلا أن يكون رحى، لا يضر بالنهر، ولا بالماء، ويكون موضعها^(٤) في أرض صاحبها^(٥)؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، ولا ضرر في حق غيره^(٦).

ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من^(٧) كسر ضفته^(٨)، وبالماء أن يتغير^(٩) عن سنته^(١٠) الذي كان يجري عليه، والدالية والسانية^(١١) نظير الرحى، ولا يتخذ^(١٢) عليه جسراً^(١٣) ولا قنطرة^(١٤) بمنزلة طريق خاص^(١٥) بين قوم، بخلاف ما إذا كان لواحد

(١) قوله: "وليس لأحدهم أن يكرى إلخ" سواء كان يكرى من النهر لأرض كان شربها من هذا النهر، أو كان يكرى نهر الأرض لا شرب لها من هذا النهر. (غن)

(٢) بالكسر وتشديد ف كانه جو وكناره دريا. (م) وحافة النهر مشترك بينه وبين غيره. (غن)

(٣) على حافة النهر. (غن)

(٤) قوله: "ويكون موضعها [الذي يضع عليه الرحى] إلخ" صورته أن يكون حافتا النهر، وبطن النهر ملكا له، ولغيره حق إجراء الماء، فواضع الرحى يتصرف في خالص ملكه، وإذا لم يضر بإجراء الماء لا يمنع من ذلك، وإن أضر بمنع كعبد بين شريكين كاتبه أحدهما. (غن)

(٥) قوله: "في أرض صاحبها" بأن يكون بطن النهر مملوكاً له، وللآخر حق التسييل. (عيني)

(٦) قوله: "ولا ضرر إلخ" والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حالهم منعت قاصد للإضرار لغيره، لا دافع الضرر عن نفسه، فلا يلتفت إلى تمتعه. (زبلي)

(٧) بيان ما.

(٨) نهر.

(٩) قوله: "أن يتغير إلخ" بأن يكرى نهراً من هذا النهر، ويعرج الماء حتى يصل إلى الرحى الملوكة في أرضه، فيدير رحاه، ثم يجري من النهر إلى أسفله، فقيه ضرر بالشركاء بقطع الماء عن سنته، فيتأخر وصول حقهم إليهم. (غن)

(١٠) بفتحيتين: روش وطريق.

(١١) قوله: "والدالية إلخ" الدالية جذع طويل مركب، تركيب مذاق الأز، وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها، والسانية البعير يسنى عليه أى يستقى من البئر. (ك)

قوله: "والدالية إلخ" تنه دراز كه در سر آن يك طرف رسن از برگ نهر ما مانند آن بندند دو طرف ديگر دلو ونحو آن بسته بدان آياشى نمايند. (منتهى الأرب)

(١٢) قوله: "ولا يتخذ عليه إلخ" أى ليس له أن يتخذ على النهر جسراً، ولا قنطرة إلا برضاءهم؛ لأنه لا بد من وضع الجذوع على حافتى النهر، وهو مشترك بينهم، وليس لأحد الشريكين أن يحدث حدثاً في مكان مشترك إلا بإذن صاحبه. (غن)

(١٣) قوله: "جسر إلخ" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والألواح، والقنطرة ما يتخذ من الحجر والحجر، ويكون موضوعاً ثابتاً ولا يرفع. (ك)

(١٤) هو ما يكون مركباً، والجسر هو خلافاً مثل أن يشد السفن. (دور شرح غرر)

(١٥) قوله: "طريق [أى لا يجوز أن يتصرف أحد فيه إجراء الماء]" فليس لأحد منهم أن يبني ولا يفتح باباً فيه

نهر خاص يأخذ من نهر خاص^(١) بين قوم، فأراد أن يقنطر عليه، ويستوثق^(٢) منه له ذلك، أو كان مقنطرة مستوثقا، فأراد أن ينقض ذلك.

ولا يزيد ذلك في أخذ الماء^(٣)، حيث يكون له ذلك؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعاً^(٤)، ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء، ويمنع^(٥) من أن يوسع فم النهر^(٦)؛ لأنه يكسر ضفة^(٧) النهر^(٨)، ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء، وكذا^(٩) إذا كانت^(١٠) القسمة بالكوى^(١١)، وكذا^(١٢) إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في أربعة أذرع منه^(١٣)؛ لاحتباس الماء فيه، فيزداد دخول الماء فيه^(١٤).

بخلاف ما إذا أراد أن يسفل^(١٥) كواه، أو يرفعها^(١٦)، حيث يكون له ذلك في

من دار أخرى، ولا يسيل فيه ماء، ولا يشرع فيه معزباً، ولا كنيفاً، أضرب بهم أو لم يضرب. (غن)

(١) أراد بالنهر الخاص بين قوم أن يكون بحال يجري فيه الشفعة. (غن)

(٢) أى يسد جانبي القنطرة من النهر.

(٣) قوله: "ولا يزيد الخ" أى لا يزيد نقض القنطرة في دخول الماء في النهر الخاص، وإن كان يزيد في أخذ الماء

منهم منه لحق الشركاء. (مل)

(٤) قوله: "لأنه يتصرف [ولا يضرب بغيره] الخ" لأنه يضع لخشب، ولا جرع على خالص ملكه، وأنه محتاج إلى

ذلك؛ لأنه متى لم يستوثق رأس نهره زعم أن يقلبه الماء، فإذا كان ما يفعله محتاجاً إليه، وهو تصرف في خالص ملكه،

لم يمنعه عن ذلك. (غن)

(٥) ذلك الواحد.

(٦) الخاص لذلك الواحد.

(٧) أى حافة النهر الذي يأخذ منه الماء.

(٨) الخاص بين قوم، فيضرب بالشركاء.

(٩) أى لا يكون له أن يوسع الكوة.

(١٠) قوله: "وكذا الخ" أى همجنين منع كرده شود، اگر خواهد که كشاده کند كوه خود را اعنى روزن آب را

در صورتیکه قسمت کرده باشند آب را بکوه اعنى قسمت کرده باشد برین وجه که هر یکی را لوجی باشد بر لب نهر

و دران روزنی باشد و هر قدر آب که آزان روزن در آید نصیب اوست. (ترجمه)

(١١) قوله: "بالكوى" الكوة ثقب البيت، والجمع كوى كبدره وبدر، وقد يضم الكاف في المفرد والجمع،

ويستعار الكوى لمفاتيح الماء والجداول، فيقال: كوى النهر، كذا في "المغرب". (غن)

(١٢) أى لا يكون له ذلك. (غن) أى خواهد که بردارد از آب نهر آن لوح را که دران روزنست. (ترجمه)

(١٣) قوله: "فيجعلها الخ" هذا التقدير اتفاقى، والمعيرة للاحتباس، وصورة هذا إذا كانت الألواح التى فيها الكوة

في فم النهر أراد أن يؤخرها عن فم النهر، فيجعلها في وسط النهر، ويدع فوهة النهر بغير لوح، كذا في "الذخيرة". (ك)

(١٤) قوله: "فيزداد [فيضرب بأصحابه؛ لأنه أخذ الماء أكثر من حقه. غن] الخ" أى الماء يدخل في رأس النهر،

ويحتبس وينتخف، فيجتمع الماء، فيدخل في الكوى أكثر مما كان يدخل لو كان الكوى في ضفة النهر أول؛ لأن الماء في

ضفة النهر لا يكون مجتمعاً. (غن)

(١٥) تسفيل به نشيب آوردن (من)، أى پست کند كوه را یا بلند سازد.

الصحيح^(١١)؛ لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة^(١٢) الكوة^(١٣) وضيقتها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة، ولو كانت القسمة^(١٤) وقعت بالكوى، فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك^(١٥)؛ لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه. ولو كان لكل منهم كوى مسماة^(١٦) في نهر خاص، ليس لواحد أن يزيد كوة، وإن^(١٧) كان لا يضر بأهله؛ لأن الشركة خاصة^(١٨)، بخلاف ما إذا كانت الكوى^(١٩) في النهر الأعظم^(٢٠)؛ لأن لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء، فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى.

وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى، ليس لها^(٢١) في ذلك^(٢٢) شرب؛ لأنه إذا تقادم^(٢٣) العهد يستدل به على أنه حقه^(٢٤).

وكذا^(٢٥) إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى^(٢٦)، حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى^(٢٧)؛ لأنه يستوفى زيادة على حقه، إذا الأرض الأولى تشف^(٢٨)

(١٦) قوله: "إذا أراد أن يسفل إلخ" أى أراد أن يضع الكوة أعمق عما كانت هي في ذلك الموضوع، أو يرفعها يعنى إلى وجه الأرض. (كفاية)

(١) فإنه تصرف في خالص ملكه، وليس فيه ضرر لأحد.

(٢) گنجائش.

(٣) روزن خانه. (من)

(٤) أى قسمة النهر الذى بين قوم الذى يأخذ من النهر العظيم.

(٥) قوله: "ليس له ذلك" يعنى إذا لم يرض الشركاء بذلك، فإذا رضوا كان له ذلك. (غاية البيان)

(٦) أى معدودة. (ك)

(٧) الواو وصلية.

(٨) وأحداث التصرف فيما هو مشترك لا يجوز إلا بالإذن من الشركاء. (غن)

(٩) فلا يمنع أحد أن يزيد في الكوى إذا لم يضر بغيره. (غن)

(١٠) الذى لم يدخل في المقاسم (غن) كدجلة والفرات. (ك)

(١١) أى لهذه الأرض.

(١٢) نهر.

(١٣) تقادم: ديزينه شدن. (من)

(١٤) قوله: "يستدل به إلخ" لأنهم يتنازعون في الشرب، فيقضى له بشرب الأرضين جميعاً، إذا لم يعلم حقيقة الحال؛ لأن الشرب على مقدار الأرضى إذا لم يعلم حقيقة الحال. (غن)

(١٥) قوله: "وكذا [أى ليس له] إذا أراد إلخ" ذكر خواهر زاده، إذا ملأ الأرض الأولى من الماء، وسد فوهة النهر، له أن يسقى الأرض الأخرى من هذا الماء، لأنه حيثئذ لم يستوف زيادة على حقه، وإن لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك. (ك)

(١٦) أى التى لها شرب. (ك)

(١٧) التى لا شرب لها. (ك)

بعض الماء قبل أن يسقى الأخرى، وهو نظير^(١) طريق مشترك^(٢) إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه^(٣) باباً إلى دار أخرى ساكنها^(٤) غير ساكن هذه الدار التي مفتحتها في هذا الطريق.

ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص^(٥)، وفيه^(٦) كوى بينهما^(٧) أن يسد بعضها؛ دفعاً لفيض الماء عن أرضه، كيلا تنز^(٨)، ليس له ذلك؛ لما فيه من الضرر بالآخر^(٩).

وكذا^(١٠) إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفةً بينهما^(١١)؛ لأن القسمة بالكوى تقدمت، إلا أن يتراضيا^(١٢)؛ لأن الحق لهما، وبعد التراضي لصاحب الأسفل^(١٣) أن ينقض ذلك^(١٤)، وكذا^(١٥) لورثته من بعده؛ لأنه إعارة الشرب^(١٦)، فإن مبادلة الشرب

(١٨) أى تشرب وتجدب. (غن)

(١) قوله: "وهو نظير إلخ" وجه كونه نظيراً هو أنه يزيد في الشرب ما ليس منه له حق ويزيد في الطريق من المارة من ليس له حق المرور، يعنى إذا كان له داران متلازقان، وهو يسكن إحدهما، والأخرى ليسكنها غيره، وممر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك، وأراد أن يفتح باباً للدار الأخرى إلى هذا ليس له ذلك. (ك)

(٢) بين قوم.

(٣) طريق.

(٤) قوله: "ساكنها غير إلخ" بخلاف إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع؛ لأن المارة لا ترداد، وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار. (كف)

(٥) قوله: "ولو أراد الأعلى إلخ" أى نهر بين الرجلين، له خمس كوى من النهر الأعظم، وأحد الرجلين أرضه في أعلى هذا النهر، والآخر أرضه في أسفل النهر، فقال صاحب الأعلى: أريد أن أسد بعض هذه الكوى. (كف)

(٦) الواو حالية.

(٧) شريكين.

(٨) نزت الأرض: تر درآيد آب از زمين (تجم) يعنى تا زياده آب جذب نكند زمين او. (ترجمة)

(٩) قوله: "لما فيه من الضرر بالآخر" بسد الكوى، وهو فعل صاحب الأعلى وليس لأحد الشريكين أن يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر شريكه، وضرر النز لا يلحقه بفعل صاحب الأسفل، بل يكون أرضه في أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر له منفعة إذا قل الماء. (ك)

(١٠) أى ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة بينهما بالكوى. (ك)

(١١) قوله: "أن يقسم الشرب إلخ" وهو أن يقول لشريكه، إجعل لى نصف الشهر ولك نصفه، فإذا كان فى حصتي سددت ما بدلى منها، وأنت فى حصتك فتحت كلها، فليس له ذلك؛ لأن القسمة قد تمت بينهما مرة، فلا يكون لأحدهما أن يطالب بقسمة أخرى، وفى القسمة الأولى الانتفاع بالماء يستدام، وفيما يطلب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة، ربما يضر ذلك لصاحب الأسفل. (كفاية)

(١٢) بإطال قسمة الكوى.

(١٣) أى جاز لصاحب إلخ.

(١٤) أى التقسيم بالمناصفة.

بالشرب باطلة^(١)، والشرب مما يورث^(٢)، ويوصى بالانتفاع بعينه^(٣).
 بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك^(٤)، يعنى بهذه العقود حيث لا تجوز العقود إما للجهالة^(٥)، أو للغرر^(٦)، أو لأنه ليس بمال متقوم^(٧)، حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره^(٨)، وإذا بطلت العقود، فالوصية بالباطل باطلة.
 وكذا لا يصلح^(٩) مسمى^(١٠) فى النكاح، حتى يجب^(١١) مهر المثل^(١٢)، ولا فى الخلع^(١٣) حتى يجب رد ما قبضت من الصداق^(١٤) لتفاحش الجهالة^(١٥)، ولا يصلح

(١٥) أى جاز لهم أن يتقضوا ذلك.

(١٦) قوله: "لأنه إعارة الخ" أى لأن كل واحد منهما معير لطاحبه نصيبه من الشرب من النهر؛ لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة، فإن بيع الشرب بالشرب باطل، وإذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء. (ك)

(١) قوله: "باطلة" لأنه بيع الجنس بالجنس نسيئة؛ لأن ماء الغد لا يكون موجوداً اليوم، والجنس بانفراده يحرم النساء، ولأنه بيع المعلوم بالمعلوم؛ لأن الماء معدوم فى النهر فى الحال؛ ولأنه مجهول القدر؛ ولأن معاوضة الشرب بمال معلوم لا يجوز، فمجهول أولى؛ ولأنه فيه غرر، فإنه مجهول، لا يدري أن الماء يجرى فى الوقت الثانى أم لا؟ (ك)

(٢) قوله: "مما يورث" وقد يملك بالإرث ما لا يملك بغيره من أسباب الملك (ك) وإن كان بغير أرض. [غن] بناء على أن الورثة خلف الميت، فيقومون مقامه فى أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته، وصدقته لا يستلزم عدم جواز ذلك، ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تملك بالإرث، وإن لم تملك بالبيع ونحوه، والوصية أخت الميراث. (ع)

(٣) قوله: "بالانتفاع الخ" قيد الإيضاء بالانتفاع بعين الشرب احترازاً عن الإيضاء ببيع الشرب، فإن ذلك باطل على ما ذكر فى الكتاب.

(٤) قوله: "والوصية بذلك" أى بخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته، فإن ذلك لا يصح، كما لا يصح بيعه وهبته. (ك)

(٥) قوله: "للجهالة [فإنه غير معلوم القدر]" فإنه لا يصير معلوماً إلا بالإشارة، أو بالكيل، أو الوزن، ولم يوجد شئ منها، فكان مجهولاً جهالة تفضى إلى المنازعة. (عينى)

(٦) فإنه لا يدري أن الماء يجرى، أو ينقطع. (زيلعى)

(٧) فإن الشرب عبارة عن النصيب من الماء، والماء لا يملك قبل الإحراز. (غن)

(٨) قوله: "حتى لا يضمن [رجل، ولو كان مملوكاً يضمن] إذا سقى الخ" أى من لا شرب له من هذا النهر، إذا سقى أرضه بشرب غيره لا يضمن، وهذا على رواية الأصل، واختار فخر الإسلام أنه يضمن، كذا فى "الكفاية" و"الكافى" و"الخلاصة". فلا يرد أن ما قال صاحب "الهداية" هنا: يناقض ما قال: سابقاً فى باب بيع القاسد، من أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً فى رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن اهد فإن كلاميه فى المقامين مبناه على الروايتين، تدبير. (مولانا محمد عبد الحلیم)

(٩) الشرب.

(١٠) أى مهراً.

(١١) قوله: "حتى يجب الخ" يعنى إذا تزوج الرجل امرأة على شرب بغير أرض فالنكاح جائز، وليس لها من الشرب شئ؛ لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التملك بعقد المعاوضة. (ك)

(١٢) لو جعل الشرب مهراً.

(١٣) قوله: "ولا فى الخلع [أى لا يصلح بدل الخلع] الخ" يعنى لو اختلعت امرأة من زوجها على شرب بغير

بدل الصلح عن الدعوى^(١)؛ لأنه^(٢) لا يملك بشيء من العقود^(٣).

ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته^(٤) بدون أرض، كما في حال حياته^(٥)، وكيف يصنع^(٦) الإمام، الأصح أن يضمه إلى أرض^(٧)، لا شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبها، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب بدونها، فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين^(٨)، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب، ثم يضم الشرب إليها^(٩) وباعهما، فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض، والفاضل^(١٠) إلى قضاء الدين. وإذا سقى الرجل أرضه، أو مخرها^(١١) ماءً أي ملاحها، فسأل من ماءها في أرض رجل، فغرقها^(١٢)، أو نزت أرض جاره من هذا الماء، لم يكن عليه صمانها؛ لأنه غير متعدّ فيه^(١٣)، والله أعلم.

أرض كان باطلا، لا يكون له من الشرب شيء، ولكن الخلع صحيح، وعليها أن ترد المهر الذي أخذت؛ لأنها اختلعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه، فتصير غارة بهذه التسمية، والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت، كما لو اختلعت على ما في بيتها من المتاع، فإذا ليس في بيتها شيء. (ك)

(١٤) كابين. (م)

(١٥) فالسمى مجهول المقدار، فإن الماء مما يزداد وينقص، وجهالة مقدار المسمى يتم صحة التسمية. (غن)

(١) قوله: "ولا يصلح [الشرب] إلخ" يعني إذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه، إذا لم يكن عن قصاص، فإن كان عن قصاص، فعلى القاتل الدية، وأرض الجراحة. (م)

(٢) الشرب.

(٣) قوله: "لأنه لا يملك إلخ" يعني إذا ادعى رجل قبل رجل دعوى في أرض، أو دار، أو كرم، فصالحه من دعواه على شرب بغير أرض، فإن الصلح باطل؛ لأن الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق كان فيه معنى البيع، وبيع الشرب بلا أرض لا يجوز، فكذلك لا يجوز الصلح على الشرب من غير أرض. (غن)

(٤) أي موت صاحب الشرب.

(٥) قوله: "كما في حال حياته" فإن بيع الشراب في حال حياته لا يجوز بقدر الدين، فكذلك لا يجوز بعد وفاته. (غن)

(٦) غنى أداء الدين.

(٧) قوله: "الأصح أن يضم إلخ" قيل: يتخذ حوضاً، ويجمع فيه ذلك الماء في كل نوبة، ثم يبيعا الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم، فيقضى به الدين. (ك)

(٨) قوله: "فيصرف إلخ" فإن كان تشتري مع الشرب بمائة وخمسين، وبدون الشرب تشتري بمائة، يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهماً، فيصرف الخمسون إلى الدين. (عيني)

(٩) أي إلى هذه الأرض المشتراة.

(١٠) أي يصرف الفاضل من ثمن الأرض.

(١١) مخر آب در زمين رها كردن. (م) قال في "الصحاح": يقال: مخرت الأرض إذا أرسلت فيها الماء. (غن)

(١٢) يا غمناك كردد بد زمين همناسيه. (ترجمة)

(١٣) قوله: "لأنه غير معتد فيه [أي في السقى والمخر. غن]" وهذا لأن كون الفعل علة للشئ إنما يعرف بالأثر اللازم له، والأثر اللازم بفعله اجتماع الماء في أرضه، وإنما صارت أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب، وهو أمر

كتاب الأشربة^(١)

سُمِّيَ بِهَا^(٢)، وهى^(٣) جمع شراب؛ لما فيه^(٤) من بيان حكمها^(٥).

قال^(٦): الأشربة المحرمة أربعة: الخمر وهى عصير العنب^(٧)، إذا غلا واشتد^(٨)، وقذف بالزبد^(٩). والعصير^(١٠) إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو الطلاء^(١١) المذكور فى "الجامع الصغير". ونقيع التمر^(١٢) وهو السكر، ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا. أما الخمر فالكلام فيها فى عشرة مواضع: أحدها: فى بيان مائيتها^(١٣)، وهى النى^(١٤) من ماء العنب إذا صار مسكراً، وهذا عندنا، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم^(١٥). وقال بعض الناس^(١٦): هو اسم لكل مسكر، لقوله

اتفاقى، قد يكون وقد لا يكون، فلا يضاف إلى فعله، إلا أنه لو لا فعله لما حصل هذا الفساد، فصار فعله فى حق هذا الأثر سبباً محضاً.

والمسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر، وفعله فى أرضه مباح، فلم يضمن، قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقىاً معتاداً، تتحمل أرضه عادة، أما إذا سقى لا تتحمل أرضه فيضمن؛ لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تقديراً. (ك)

(١) قوله: "كتاب الأشربة" ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبته بينهما فى الاشتقاق، وهو اشتراك اللفظين فى المعنى الأصلي، والحروف الأصول، ولكن قدم الشرب؛ لأنه حلال، والأشربة فيها حرام كالخمر. (غن)
(٢) قوله: "سُمِّيَ [أى سُمِّيَ بهذا الكتاب] بها" أى سُمِّيَ هذا الكتاب بالأشربة، أى أضيف إليها، والحال أن الأشربة جمع شراب، وهو اسم فى اللغة لكل ما يشرب من المائعات، سواء كان حراماً أو حلالاً، وفى استعمال أهل الشرع اسم؛ لما كان حراماً فيه؛ لما فيه الخمر. (نت)

(٣) الواو حالية.

(٤) كتاب.

(٥) كما سُمِّيَ كتاب البيوع والحدود، ولما فيه من بيان أحكامها.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٧) شيره أنگور وجز آن وهر چه افشرده باشد. (م)

(٨) قوله: "إذا غلا واشتد [بفتحين: غليان جوشيدن وجوش زدن]" والمراد بالاشتداد الصلاحية للإسكار. (ع)

(٩) زبد محركة كفك آب وشيره وجز آن. (من)

(١٠) أى عصير العنب.

(١١) بالكسر والمد.

(١٢) قوله: "ونقيع [نقيع آب ميوه كه تر كرده باشند]" يقال: أنقع الزبيب، أو التمر فى الجابية ألقاه فيها؛ لبيتل، ويخرج منه الحلاوة فى الماء، واسم الشراب نقيع. (غن)

(١٣) المائية هى الماهية، والماهية ما به الشىء هو هو كماهىة الإنسان، وهى حيوان ناطق. (غن)

(١٤) بالكسر وتشديد الياء: نا پخته وخام. (م)

(١٥) أى الفقه. (أعظمى)

(١٦) قيل: يريد به مالكاً والشافعى. (ع)

عليه السلام^(١): «كل مسكر خمر»*، وقوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين^(٢)»**، وأشار^(٣) إلى الكرمة^(٤) والنخلة؛ ولأنه مشتق^(٥) من مخامرة^(٦) العقل، وهو موجود في كل مسكر.

ولنا أنه^(٧) اسم خاص^(٨) بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه^(٩)، ولهذا^(١٠) اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره؛ ولأن حرمة الخمر قطعية^(١١)، وهي في غيرها ظنية، وإنما سمى^(١٢) خمرًا^(١٣) لتخمره^(١٤)، لا لمخامرته العقل، على أن ما ذكرتم^(١٥) لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه، فإن النجم مشتق من النجوم^(١٦)، وهو الظهور، ثم هو اسم

(١) قلت: أخرجه مسلم. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٥، والدراية ج ٢ ص ٢٤٧، الحديث ٩٨٨. (نعيم)

(٢) قوله: «الخمر من هاتين الخ» قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: قال ﷺ: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب؛ انتهى، وفي لفظ لمسلم الكرمة والنخلة. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٥، والدراية ج ٢ ص ٢٤٧، الحديث ٩٨٩. (نعيم)

(٣) عليه السلام.

(٤) درخت انگور. (م)

(٥) قوله: «ولأنه مشتق الخ» مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه أنه من المواجهة، واليم من اليم. (ك)

(٦) [يقال: خامره أى خالطه. (غن)]

(٧) لفظ الخمر.

(٨) قوله: «اسم خاص الخ» أقول: لما منع أن يمنع إطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنبي من ماء العنب إذا صار مسكراً، ألا ترى أنه قال في «قاموس اللغة»: الخمر ما اسكر من عصير العنب، أو عام، وقال: والعموم أصح؛ لأنها حرمت، وما بالمدينة خمر عنب، وما كان شرابهم، إلا البسر والتمر، انتهى. (نت)

(٩) أشار إلى النبي من ماء العنب الخ. (٤)

(١٠) قوله: «ولهذا [أى لكونه خاصاً فيه] الخ» إيضاح لكون الاسم خاصاً أى اشتهر استعمال الخمر في النبي من ماء العنب، إذا صار مسكراً، أو اشتهر في غير العنب غير اسم الخمر، كالنبيذ والنقيم والسكر. (غن)

(١١) قوله: «ولأن حرمة الخمر قطعية» يعني لا يصلح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبت الحرمة في تلك العين قطعاً، وغير النبي ليست بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه، (أى حلة وحرمة). (ك)

(١٢) قوله: «وإنما [جواب عن قولهما: لأنه مشتق الخ] سمى الخ» أى إنما سمى النبي من ماء العنب خمرًا؛ لتخمره أى لتغيره واشتداده، وهذا المعنى غير موجود في غيره، فلم يكن خمرًا، لا لمخامرته العقل، أى ليست التسمية لمخامرته العقل، أى ستره، حتى يوجد وجه التسمية في غير النبي من ماء العنب أيضاً، فيكون خمرًا. (نت)

(١٣) قوله: «خمرًا» ناميده شد شراب باسم خمر بسبب مخامرة أن عقل را، أى مخالطة أن يا بسبب خمر أن عقل را، أى پوشیدن آن عقل را. (تم)

(١٤) قوله: «لتخمره» أى لشدته وقوته ليست لغيرها، حتى سميت أم الخبائث. (ك)

(١٥) من أنه مشتق من مخامرة العقل.

(١٦) يقال: نجم أى ظهر. (ك)

خاص للنجم^(١) المعروف، لا لكل ما ظهر، وهذا كثير النظير^(٢).
والحديث الأول^(٣): طعن فيه يحيى بن معين^(٤)، والثاني^(٥): أريد به بيان الحكم^(٦)، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة، والثاني في حد^(٧) ثبوت هذا الاسم^(٨)، وهذا الذي ذكره في الكتاب^(٩) قول أبي حنيفة.
وعندهما إذا اشتد صار خمراً، ولا يشترط القذف بالزبد؛ لأن الاسم ثبت به^(١٠)، وكذا المعنى المحرم بالاشتداد، وهو المؤثر في الفساد.
ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة^(١١)، وكمالها بقذف الزبد، وسكونه إذ

(١) قوله: "هو اسم خاص للنجم المعروف" المراد أنه اسم خاص للظاهر المخصوص، وهو جنس الكواكب؛ لأنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكواكب، هو الثريا؛ لأن معنى الظهور إنما لوحظ في مرتبة كون النجم اسماً موضوعاً لجنس الكواكب، لا في مرتبة كونه علماً له. (ت)
(٢) قوله: "وهذا كثير النظير" كالقارورة مشتق من القرار، ولا يستعمل في الكوز، وإن وجد فيه القرار، وأنظاره كثيرة. (٤)

(٣) أراد به قوله عليه السلام: «كل مسكر خمرة». (غن)

(٤) قوله: "طعن فيه إلخ" [لم أجده في شيء من كتب الحديث. ت] روى عن يحيى بن معين، أنه قال: الأحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله ﷺ.
أحدها: قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، والثاني: «من مس ذكره فليتوضأ»، والثالث: «كل مسكر خمرة»، وكان يحيى بن معين إماماً حافظاً متقناً، حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله: "كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين، فليس بحديث". (٤)

(٥) قوله: "والثاني [وهو قوله عليه السلام: «الخمير من هاتين الشجرتين». غن] أريد به بيان الحكم" وهو الحرمة؛ لأن تقيع التمر حرام، لا بيان الحقيقة؛ لأن النبي عليه السلام مبعوث لبيان الأحكام، لا لبيان الحقائق، بأن يقول: هذا حجر، وهذا شجر؛ لأن كل واحد يعلم ذلك من آحاد الناس. (غن)

(٦) لا بيان اللغة والوضم.

(٧) أي مرتبة.

(٨) أي اسم الخمر.

(٩) هو ما ذكر في "القدوري" بقوله: وهو عصير العنب إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد.

(١٠) قوله: "لأن الاسم يثبت به [أي بالاشتداد]" أي يكونه مخامراً للعقل، وهو الاشتداد، فيكفي الاشتداد، وفيه أنه مصادرة على المطلوب؛ لأن مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد، ولا يقبله أبو حنيفة، بل يقول: باشتراط القذف بالزبد.

وكذا المعنى المحرم، وهو الإسكار يحصل بالاشتداد، وهو أي ذلك المعنى المحرم أي الاسكار المؤثر في الفساد أي في إيقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى، فأما الغليان والقذف بالزبد فيسرق ويصفو، ولا تأثير لهما في إحداث صفة السكر، وفيه أن هذا يشعر بكون جرمة الخمر معلولة، وهذا يتنافى ما صرح به فيما بعد من أن عينها حرام، غير معلول بالسكر، نعم! إنما يلام قول من قال: إنها معلولة بالسكر، كما ذكره المصنف فيما بعد، فتدبر. (مولانا عبد الحلیم)

(١١) قوله: "ولأبي حنيفة إلخ" أي لأبي حنيفة أن الخمر هي التي من ماء العنب إذا غلا، ومطلق الغليان ينصرف إلى الكامل، وكماله بأن يصير أعلاه أسفل، وذلك بقذف الزبد، فقبل ذلك يكون ناقصاً، والناقص موجود من وجه دون

به^(١) يتميز الصافي من الكدر^(٢)، وأحكام الشرع قطعية^(٣)، فتناط بالنهاية^(٤) كالحذ، وإكفار المستحل وحرمة البيع، وقيل^(٥): يؤخذ في حرمة الشرب^(٦) بمجرد الاشتداد احتياطاً.

والثالث: أن عينها حرام غير معلول^(٧) بالسكر^(٨)، ولا موقوف عليه، ومن الناس من أنكر حرمة عينها، وقال: إن السكر منها حرام^(٩)؛ لأن به يحصل الفساد، وهو الصد^(١٠) عن ذكر الله تعالى، وهذا^(١١) كفر؛ لأنه جحود الكتاب، فإنه سماه^(١٢) رجساً^(١٣)، والرجس ما هو محرم العين^(١٤)، وقد جاءت السنة متواترة^(١٥)، أن النبي عليه السلام حرم الخمر، وعليه انعقد الإجماع. ولأن قليله يدعو إلى كثيره، وهذا من خواص الخمر^(١٦)، ولهذا تزداد لشاربه

وجه، والإباحة كانت ثابتة بيقين، فلا يزول بالشك، وأحكام الخمر مقطوع بها، فلا يصح إثباتها بما فيه شبهة، والأصل في الحدود اعتبار الكمال في سببها، كحد الزنا والسرقة؛ لأن في النقصان شبهة العدم، والحدود تندرج بالشبهات. (غن)

(١) قوله: "إذ به" أي بقذف الزبد يتميز الصافي من الكدر؛ لأن أسفله يصير أعلاه، فيميز فاتمه من كدره. (ب)

(٢) بكسر دال: تيره.

(٣) أي الأحكام الثابتة في الخمر قطعية. (ك)

(٤) نوط - بالفتح - درأويختن. (م)

(٥) أي قال بعض المشائخ.

(٦) في وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد. (زيلعي)

(٧) أي ليس أن يكون حراماً لكونه مسكراً، ولهذا لا يتوقف على السكر، بل قطرة منها حرام. (ك)

(٨) ولا بالإسكار.

(٩) قوله: "وقال: إن السكر إلخ" السكر حرام في جميع الأديان، وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى، لئلا نغم في الخطر، ونحن مشهود لنا بالخيرية. (عناية)

(١٠) - بالقصم وتشديد دال - باز داشتن. (م)

(١١) إنكار حرمة العين.

(١٢) الله.

(١٣) قوله: "رجساً [يليدى. من]" قال الله تعالى: ﴿يأبها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان﴾. (ك)

(١٤) دليله قوله تعالى: ﴿ولحم خنزير﴾، فإنه رجس، ولحمه حرام نجس عيناً بلا شبهة، فكذا الخمر. (غن)

(١٥) قوله: "وقد جاءت السنة [أخرجها أصحاب الصحاح وغيرها] إلخ" معناه جاء عن النبي ﷺ في الخمر أحاديث، كلها تدل على حرمة الخمر، وكل واحد منها، وإن لم يبلغ حد التواتر، فالقدر المشترك بينها متواتر، كشجاعة على رضى الله تعالى عنه، وجود حاتم، ويسمى هذا تواتر المعنى. (٤)

(١٦) قوله: "وهذا" أي دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر، بخلاف غيرها من الأشربة، ففيها من الغلظ ما لا يدعو لقليلها إلى كثيرها، فقد قيل ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء تزيد على اللذة التي في الانتهاء إلا الخمر،

اللذة بالاستكثار منه ، بخلاف سائر المطعومات ^(١) ، ثم هو ^(٢) غير معلول عندنا ، حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات .

والشافعي يعديه إليها ^(٣) ، وهذا بعيد ؛ لأنه ^(٤) خلاف السنة المشهورة ^(٥) ، وتعليل لتعدية الاسم ^(٦) ، والتعليل في الأحكام ، لا في الأسماء .

والرابع : أنها نجسة نجاسة غليظة ، كالبول ؛ لثبوتها بالدلائل القطعية ^(٧) ، على ما بيناه ، والخامس : أنه يكفر مستحلها ^(٨) ؛ لإنكاره الدليل القطعي .

والسادس : سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ^(٩) ، ولا يجوز بيعها ؛ لأن الله تعالى ^(١٠) لما نجسها فقد أهانها ، والتقوم يشعر بعزتها ^(١١) .

وقال عليه السلام ^(١٢) : « إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها »* ،

ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب شيئاً ، وإذا كان قليلاً داعياً إلى الكثير كان محرماً كالكثير . (كف)

(١) قوله : " بخلاف سائر المطعومات " لو قال : سائر المسكرات ، أو قال : بخلاف سائر المشروبات ، لكان أولى ؛ لأنه يريد الفرق بين الخمر وسائر المسكرات ، لا بينها وبين سائر المطعومات ؛ لأنه ساق كلامه في جواب الشافعي ، وقد عدى الشافعي حكم الخمر إلى سائر المسكرات لا إلى سائر المطعومات . (غن)

(٢) أي حرمة الخمر . أي النص الوارد في الخمر . (ك)

(٣) قوله : " يعديه إليها " أي جعل الحرمة الثابتة في الخمر معلومة بالخامرة ، فعدى حكمها إلى غيرها من المسكرات ، حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياساً على الخمر . (ك)

(٤) قوله : " لأنه [أي لأن] تعليل الشافعي . غن] خلاف إلخ " الحق عندى أن تعليلها بالإسكار ينافي حرمة عينها ؛ لأن قليلاً ليس بسكر ، فيلزم أن لا يكون حراماً ؛ لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالإسكار ، وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم أيضاً كالخامرة ونحوها ، فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها . (نت)

(٥) فإنه قال عليه السلام : « حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب » . (كف)

(٦) قوله : " وتعليل لتعدية الاسم " فإنه ثبت اسم الخمر لسائر الأشربة بمعنى الخامرة ، ثم ثبت حكم الخمر في سائر الأشربة ، فهذا تعليل لتعدية الاسم ، والتعليل لتعدية الأحكام لا الأسماء ؛ لأن وضع اللغة ليس بقياس ، وإنه توقيفي . (ك)

(٧) قوله : " لثبوتها بالدلائل [من الكتاب والإجماع والسنة] إلخ " أقول : فيه شيء ، وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بيناه فيما مر آنفاً ، إنما هو حرمتها لا نجاستها نجاسة غليظة ، نعم واحد من تلك الدلائل ، وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة ، فإنه مسماه رجساً ، والرجس هو القدر على ما بيناه ، فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال : وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم ؛ لأنها سميت رجساً بالنص القطعي . (نت)

(٨) قوله : " يكفر مستحلها " وذلك لأنه أنكر الكتاب والسنة والإجماع ؛ لأن حرمتها تثبت قطعاً بهذه الأشياء . (غن)

(٩) هذا لا يدل على إباحتها إتلافها . (ع)

(١٠) قوله : " لأن الله تعالى إلخ " أقول : لقائل أن يقول : هذا التعليل ينتقض بالسرقين ، فإنه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا ، كما مر . (نت)

(١١) قوله : " والتقوم إلخ " معنى قولنا أن الشيء متقوم ، أنه مما يجب إبقاءه إما بعينه ، أو بماليته ، وهي القيمة القائمة مقامه ، فيكون ذلك إشعاراً بعزته . (ك)

(١٢) رواه في " كتاب الآثار " . (غن)

واختلفوا فى سقوط ماليتها^(١)، والأصح أنه مال^(٢)؛ لأن الطباع تميل إليها وتضن^(٣) بها، ومن كان له على مسلم دين، فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه، ولا لمديون أن يؤديه؛ لأنه ثمن بيع باطل، وهو غصب فى يده^(٤)، أو أمانة^(٥) على حسب ما اختلفوا فيه^(٦) كما فى بيع الميتة^(٧)، ولو كان الدين على ذمى فإنه يؤديه من ثمن الخمر، والمسلم الطالب يستوفيه؛ لأن بيعها فيما بينهم^(٨) جائز.

والسابع: حرمة الانتفاع بها^(٩)؛ لأن الانتفاع بالنجس حرام^(١٠)؛ ولأنه واجب الاجتناب، وفى الانتفاع به اقتراب.

والثامن: أن يحد شاربها، وإن لم يسكر منها؛ لقوله عليه السلام^(١٢): «من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه»*، إلا أن حكم القتل قد انتسخ^(١٣)، فبقى الجلد مشروعاً، وعليه انعقد اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم^(١٤)، وتقديره ما ذكرناه فى الحدود^(١٥).

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٤٨ تحت الحديث ٩٨٩. (نعيم)

(١) قوله: "فى سقوط الخ" ثم هل يباح إتلاف الخمر، نقل عن الإمام مجد الدين أنه قال: والصحيح أنه لا يباح الإتلاف إلا لغرض صحيح، كما إذا كانت عند فاسق يشربها غالباً لو تركت عنده، - لو كانت عند صالح لا يباح الإتلاف، فإنها مملوكة له، وفى بقاءها فائدة التخلييل. (غن)

(٢) قوله: "والأصح أنه مال" وذلك لأن المال ما يميل إليه الطبع، ويجرى فيه البذل والمنع والخمر بهذه المثابة، فيكون مالا، ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا. (غن)

(٣) ضن - بالكسر وتشديد نون - بخيلى كردن. (ن)

(٤) لأنه أخذ بغير إذن الشرع. (ك)

(٥) لأنه أخذ برضاء صاحبه. (ك)

(٦) قوله: "على حسب ما اختلفوا فيه" أى فى ثمن البيع الباطل، فمذهب الشيخ أبى سعيد البردعى أنه مضمون، وإليه مال شمس الأئمة السرخسى، وذهب الشيخ أبو نصر أحمد أنه أمانة، وقد مر تمام ذلك فى البيم الفاسد. (غن)

(٧) فإنه باطل.

(٨) أهل الذمة.

(٩) قوله: "الانتفاع بها" يريد به التداوى بالاحتقان، وسقى الدواب والإقطار فى الإحليل. (٤)

(١٠) قوله: "لأن الانتفاع الخ" أقول: انتقاض هذا التعليل بالسارقين أظهر مما مر. (نت)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) رواه ابوداود فى "سننه"، كذا قال ابن الهمام فى "فتح القدير" فى باب حد الشرب.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٢٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٤٨ تحت الحديث ٩٨٩. (نعيم)

(١٣) قوله: "قد انتسخ الخ" أى بقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث» الحديث. (ك)

(١٤) قوله: "وعليه [أى على الجلد. ت] انعقد الخ" وذلك لأن الصحابة رضى الله عنهم فى خلافة عمر رضى الله

والتاسع: أن الطبخ لا يؤثر فيها^(١)؛ لأنه للمنع من ثبوت الحرمة، لا لرفعها بعد ثبوتها^(٢)، إلا أنه لا يحد فيه^(٣) ما لم يسكر منه على ما قالوا^(٤)؛ لأن الحد بالقليل في النى خاصة لما ذكرناه^(٥)، وهذا قد طبخ.

والعاشر: جواز تخليلها، وفيه خلاف الشافعي، وسنذكره من بعد^(٦) إن شاء الله تعالى، هذا هو الكلام في الخمر.

وأما العصير^(٧) إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه، وهو المطبوخ أدنى طبخة، ويسمى الباذق^(٨)، والمنصف^(٩): وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، فكل ذلك حرام عندنا^(١٠) إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد، أو إذا اشتد على الاختلاف^(١١).

وقال الأوزاعي: إنه مباح، وهو قول بعض المعتزلة؛ لأنه مشروب طيب، وليس بخمر.

تعالى عنه أجمعوا على وجوب الحد على من شرب الخمر ثمانين، إذا كان حراً، وقد مر بيانه مستوفى في كتاب الحدود، فإن شربها إنسان خوف العطش المهلك لا بأس به، كما لو شرب البول. (غن)

(١٥) قوله: "ما ذكرناه" حيث قال في باب حد الشرب وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة رضی الله عنهم، وإن كان عبداً فحده أربعون؛ لأن الرق منصف.

(١) قوله: "لا يؤثر فيها" أي في الخمر بعد أن صار خمرًا، يعني أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثها لا يحل. (ب)

(٢) قوله: "لا لرفعها" لأن أثر الطبخ في إزالة صفة الإسكار، والخمر حرام وموجب للحد بعينها لا للإسكار. (عيني)

(٣) أي في المطبوخ.

(٤) قوله: "على ما قالوا" قال شيخ الإسلام خواهر زاده: لم يذكر محمد أنه إذا شرب بعد الطبخ، ولم يسكر هل يجب عليه الحد، ثم قال: يجب أن لا يجب عليه الحد؛ لأنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة هو التي من ماء العنب، وهذا ليس بنى. (عناية)

(٥) وهو ما ذكره أن قليله يدعو إلى كثيره. (ك)

(٦) في آخر الباب. (غن)

(٧) أي عصير العنب.

(٨) قوله: "ويسمى الباذق" قال في "القاموس": الباذق - بكسر الذال وفتحها - ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة، فصار شديداً، وقال في "المغرب" الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديداً. (نت)

(٩) قوله: "والمنصف" مرفوع لا غير معطوف على المطبوخ في قوله، وهو المطبوخ أدنى طبخة، والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين، أحدهما المطبوخ أدنى طبخة، وهو المسمى بالباذق، والآخر المنصف، وهو ما ذهب نصفه بالطبخ، وكل واحد منهما حرام عندنا، والطاء عام للباذق والمنصف. (نت)

(١٠) قوله: "حرام عندنا" عن داود بن أبي هند قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذي أحله عمر رضی الله تعالى عنه للناس ما هو؟ قال: هو الذي ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، وكتب إلى الأنصار، وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير تكبير، فدل ذلك على أن حد الإباحة ذهب ثلثيه، فما دون ذلك على التحريم. (غن)

(١١) الذي مر بين الإمام وصاحبيه، أي إذا غلا واشتد، وقذف بالزبد عند الإمام أبي حنيفة، وعندهما إذا اشتد. (ك)

ولنا أنه رقيق ملذ مطرب^(١)، ولهذا يجتمع عليه الفساق، فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به.

وأما نقيع التمر وهو السكر^(٢)، وهو النى^(٣) من ماء التمر^(٤) أى الرطب، فهو حرام مكروه^(٥).

وقال شريك بن عبد الله: إنه مباح؛ لقوله تعالى: ﴿تتخذون^(٦) منه سكراً ورزقاً حسناً﴾ امتن^(٧) علينا به، وهو^(٨) بالمحرم لا يتحقق.

ولنا إجماع الصحابة رضی الله تعالى عنهم^(٩)، ويدل عليه ما روينا من قبل^(١٠)، والآية محمولة على الابتداء^(١١)، وكانت الأشربة مباحة كلها.

وقيل: أراد به التوييخ^(١٢) معناه^(١٣) - والله أعلم - تتخذون منه سكراً وتدعون^(١٤) رزقاً حسناً.

(١) بنشاط در آرنده. (م)

(٢) السكر - بفتح تين - عصير الرطب إذا اشتد. (مغرب)

(٣) بالكسر وتشديد ياء: نأ يخته وخام. (م)

(٤) قوله: "أى الرطب" قال جمهور الشراح: إنما فسر التمر بالرطب؛ لأن المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر، وهو حلال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف على ما سيجىء، انتهى.

أقول فيه نظر، لأن الذى كان اسمه نبيذ التمر، وكان حلالاً عند أبى حنيفة وأبى يوسف إنما هو ما اتخذ من التمر، وطبخ أدنى طبخة، كما صرح به فى المعتبرات، وسيجىء فى الكتاب، والذى ذكره هنا إنما هو نقيع التمر إذا لم يطبخ، كما أفصح عنه بقوله، وهو الذى إلخ، ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلاً، فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب. (نت)

(٥) قوله: "فهو حرام مكروه" إشارة إلى أن حرمة نقيع التمر ليست كحرمة الخمر؛ لأن حرمة الخمر قطعية قوية، وهذه اجتهادية ضعيفة. (غن)

(٦) قوله: "تتخذون" قال الله تعالى: ﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب﴾ يعنى ولكم عبرة فيما نسقيكم ونرزقكم من ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً، والكناية فى منه، عائدة إلى محذوفة، أى ما تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً، كذا فى "معالم التنزيل".

(٧) الله تعالى.

(٨) امتنان.

(٩) يعنى على تحريم السكر وهو النى من ماء التمر. (ت)

(١٠) قوله: "عليه ما روينا" يعنى قوله عليه السلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»، وأشار إلى الكرم والنخلة. (ع)

(١١) قوله: "محمولة على الابتداء" لأنها مكية، وحرمة الخمر بالمدينة، هذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان، كما قال الخصم، وقيل: أراد به التوييخ، معناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكراً حراماً، وتدعون رزقاً حسناً. (ع)

(١٢) لا الامتنان.

(١٣) فى الآية إضمار.

(١٤) أى تتركون. (ك)

وأما نقيع الزبيب^(١)، وهو النى^(٢) من ماء الزبيب، فهو حراً إذا اشتد^(٣) وغلا^(٤)، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي، وقد بينا المعنى من قبل^(٥)، إلا أن حرمة هذه الأشربة^(٦) دون حرمة الخمر، حتى لا يكفر مستحلها^(٧)، ويكفر مستحل الخمر؛ لأن حرمتها اجتهادية، وحرمة الخمر قطعية، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر. ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية^(٨)، وغلظة في أخرى، ونجاسة الخمر غلظة رواية واحدة، ويجوز بيعها^(٩)، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة. خلافا لهما^(١٠) فيهما^(١١)؛ لأنه مال متقوم^(١٢) وما شهدت دلالة قطعية، بسقوط تقومها، بخلاف الخمر^(١٣)، غير أن عنده تجب قيمتها^(١٤) لا مثلها على ما عرف^(١٥)، ولا ينتفع بها^(١٦) بوجه من الوجوه؛ لأنها محرمة^(١٧).

(١) قوله: "وأما نقيع الزبيب إلخ" وإنما قيد بنقيع الزبيب؛ لأن نبيذ الزبيب، وهو الذى طبخ أدنى طبخة، يحل شربه إلى سكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، كالثلث العيني عندهما، وعند الأوزاعي وشريك يباح نبيذ الزبيب، وإنما يحرم القدر المسكر. (غن)

(٢) خام.

(٣) وقذف بالزبد. (زيلعى)

(٤) أى غلا بنفسه لا بالنار. (غن)

(٥) وهو قوله: ولنا أنه رقيق ملذ مطرب. (ك)

(٦) أى عصير العنب التى ذهب منها بالطبخ أقل من ثلثه، ونقيم التمر ونقيم الزبيب. (من)

(٧) قوله: "حتى لا يكفر إلخ" لقائل أن يقول: من هذه الأشربة نقيع التمر، وهو السكر، وقد قال المصنف سابقاً: إن حرمة تثبت بإجماع الصحابة وإجماع الأمة، سيما إجماع الصحابة دليل قطعى، فينبغى أن يكفر جاحده، ويمكن أن يجاب عنه: بأن نقل الإجماع قد لا يكون بالتواتر، فلا يفيد مثل ذلك الإجماع القطع، لعدم القطع فى طريق نقله إلينا، كما تقرر فى الأصول. (نت)

(٨) ففى رواية الغلظة تمنع ما زاد على الدرهم، وفى رواية الخفيفة لا تمنع إلا الكثير الفاحش. (غن)

(٩) لكنه يكره. (ن)

(١٠) أى أن أبى يوسف ومحمد لا يجوزان بيع هذه الأشربة، ولا بضمان متلفها. (غن)

(١١) أى فى البيع والضمان. (ك)

(١٢) قوله: "لأنه مال متقوم إلخ" فيه نظر أما أولاً، فلأنهم صرحوا بأن معنى تقوم المال إباحة الانتفاع به شرعاً، وسيجى التصريح عن قريب، بأن هذه الأشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه، فكيف يتصور التقوم فيها، وأما ثانياً فلأن الدلالة القطعية إنما تعتبر فى حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل، وما نحن فيه من العمليات، فينبغى أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن. (نت)

(١٣) فإنه لا يجوز بيع الخمر ولا يضمن متلفها. (غن)

(١٤) كما إن أتلف المسلم خمر الدمى. (٤)

(١٥) قوله: "على ما عرف" أى أن المسلم ممنوع عن التصرف فى الحرام، فلا يكون مأموراً بإعطاء المثل. (ك)

وعن أبي يوسف^(١) أنه يجوز بيعها إذا كان الذهاب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين.

وقال في "الجامع الصغير"^(٢): وما سوى ذلك من الأشربة، فلا بأس به، قالوا^(٣): هذا الجواب على هذا العموم^(٤) والبيان لا يوجد في غيره^(٥)، وهو نص على أن ما يتخذ من الخنطة^(٦) والشعير^(٧) والعسل والذرة^(٨) حلال عند أبي حنيفة، ولا يحد شاربه عنده، وإن^(٩) سكر منه، ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم. ومن ذهب عقله بالبنج^(١٠) ولبن الرماك^(١١)، وعن محمد أنه حرام^(١٢)، ويحد شاربه إذا سكر منه ويقع طلاقه^(١٣) إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة.

(١٦) كما في الخمر.

(١٧) قوله: "لأنها محرمة" أقول: في التعليل بحث، إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به، ألا يرى أن السارقين نجس العين محرمة تناول قطعاً، مع أنه مما ينتفع به حيث يلقي في الأراضي لاستكثار الربيع، ولهذا يجوز بيعه، كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية. (نت)

(١) قوله: "وعن أبي يوسف [والمشهور عن أبي يوسف أن يبيعه لا يجوز، كذا في "غاية البيان"] إلخ" أقول: لا يذهب عليك، أن حق هذه الرواية أن تذكر قبل قوله، ولا ينتفع به بوجه من الوجوه من شعب جواز بيع الأشربة، وقوله ولا ينتفع بها إلخ مسألة مستقلة، دخلت في البين. (نتائج)

(٢) قوله: "وقال في "الجامع الصغير" إلخ" أورد رواية "الجامع الصغير"، وهو قوله: وما سوى ذلك من الأشربة، أي ما سوى المذكور، وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء، وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في "الجامع الصغير"، لا يوجد في غيره. (عناية)

(٣) أي فخر الإسلام وغيره في خروج "الجامع الصغير". (٤)

(٤) أي هذا الحكم أي لا بأس.

(٥) أي في غير "الجامع الصغير".

(٦) گندم.

(٧) جو.

(٨) بالضم وفتح راء: غله ايست معروف كه أنرا جواری گویند. (م)

(٩) الروا متصله.

(١٠) قوله: "ومن ذهب عقله بالبنج [اجوائن خراسانی]" قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: أكل قليل سقمونيا والبنج مباح للتداوى، وما زاد على ذلك إذا يقتل، أو يذهب العقل، فهو حرام. (غن)

(١١) قوله: "ولبن الرماك [جمع رمكة: مادبان اسب]" قلت: الذي يفعله ترك مصر من لبن الرماك ينبغي أن يكون حراماً، لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة، ويتركون أياماً، حتى يشتد جدا، ويخلطون به السكر، ويشربونه للهو والطرب، ويسكرون منه كما يسكر أحدنا من غيره من السكرات، وربما يضيفون إليه أشياء آخر، ويسكرون منه كالخمر. (عيني)

(١٢) والفتوى على قول محمد، كذا ذكر الإمام المحبوبي. (ن)

(١٣) زجرأله.

وقال فيه أيضاً^(١): وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام^(٢) ولا يفسد^(٣)، فإنني أكرهه، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة^(٤)، وقوله الأول مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ إلا أنه تفرد^(٥) بهذا الشرط^(٦). ومعنى قوله: يبلغ يغلى ويشتد^(٧)، ومعنى قوله: ولا يفسد لا يحمض^(٨)، ووجهه^(٩) أن بقاء هذه المدة^(١٠) من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته، فكان آية حرمة، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما^(١١). وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه^(١٢) فيما يحرم أصل شربه، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة، فلم يحرم كل مسكر، ورجع عن هذا الشرط أيضاً^(١٣).

(١) أى فى "الجامع الصغير"

(٢) أى يغلى ويشتد.

(٣) أى لا يحمض.

(٤) قوله: "ثم رجع إلى قول أبي حنيفة" يعنى قال: مثل ما قال أبو حنيفة فى نبيذ التمر والزبيب: إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر. (غن)

(٥) قوله: "إلا أنه تفرد الخ" فالحاصل أن أبا يوسف كان يقول أولاً: مثل قول محمد: إن كل مسكر حرام؛ لكنه وحده شرط أن لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة أيام.

فهاتان مسألتان: إحداهما: أن كل مسكر حرام عند محمد وأبي يوسف أولاً، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة. والثانية: أن الأشربة نحو السكر، ونقيع الزبيب إذا غلا واشتد حرام عندهما، وعند أبي يوسف كذلك، ولكن بشرط أن يبقى بعد عشرة أيام، ولا يفسد أى لا يحمض، ثم رجع إلى قولهما. (كف)

(٦) أى بشرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

(٧) غليان - بفتحين - جوشيدن وجوش زدن. (م)

(٨) حمض حموضة: ترش مزه گردید.

(٩) أى وجه شرط عشرة أيام.

(١٠) أى عشرة أيام. (من)

(١١) قوله: "ومثل ذلك مروى [قلت: غريب] الخ" روى عن ابن عباس أنه قال: كل نبيذ يفسد بعد إبانة، فلا بأس به، وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك بعد إبانة، فلا خير فيه، فالإبانة عندهم عشرة، يريد أن كل نبيذ يفسد أى يحمض عند إبانة، فلا بأس بشربه؛ لأنه قبل إبانة كان حلواً، وعند إبانة صار خلطاً، ما إذا لم يحمض عند إبانة، ولكن غلا واشتد، وزاد مرارة لا يحل شربه عندهم. (غن)

(١٢) قوله: "على الحد الذى ذكرناه" وهو الغليان والشدة والقذف بالزبد فيما يحرم أصل شربه، وهو الخمر، وفيما يحرم السكر منه، وهو نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة، يعنى كما أن الخمر لا يثبت الأوان يثبت على هذا الحد من الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد، لا يثبت كون السكر من هذين الشرايين حراماً، إلا بثبوت هذا الحد فيهما، وهو الغليان والاشتداد، والقذف بالزبد. (كفاية)

(١٣) وهو شرط أن لا يفسد بعد عشرة أيام. (غن)

وقال في "المختصر"^(١): ونبيد التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن^(٢) اشتد^(٣) إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو ولا طرب^(٤)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد والشافعي حرام^(٥)، والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبى^(٦)، ونذكره إن شاء الله تعالى.

قال^(٧): ولا بأس بالخليطين^(٨)؛ لما روى عن ابن زياد أنه قال: سقاني ابن عمر^(٩) شربة ما كدت أهتدى إلى أهلى، فغدوت إليه من الغد، فأخبرته بذلك، فقال: ما زدناك على عجوة^(١٠) وزبيب، وهذا من الخليطين، وكان مطبوخاً؛ لأن المروى^(١١) عنه^(١٢) حرمة نقيع الزبيب، وهو النى منه.

وما روى: «أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب^(١٣) والزبيب والرطب والرطب والبسر» * محمول على حالة الشدة^(١٤)، وكان ذلك في

(١) قوله: "وقال في المختصر" أى مختصر القدورى: وهو عطف على قوله، فى أول كتاب الأشربة، قال: الأشربة المحرمة أربعة. (غن)

(٢) الواو وصلية.

(٣) وغلا وقذف بالزبد. (غن)

(٤) شادمانى.

(٥) قليله أو كثيره.

(٦) قوله: "والكلام فيه إلخ" أى حكم نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حكم العصير من ماء العنب، إذا طبخ وذهب ثلثاه، والكلام فى مثلث العنب يجرى بعد هذا، والجواب ههنا مثل الجواب ثمة. (غن)

(٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "ولا بأس بالخليطين" وهو عبارة عن نقيع التمر ونقيع الزبيب يخلطان، فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلى ويشتد. (غن)

(٩) قوله: "سقاني ابن عمر [رواه محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار". ت] إلخ" وابن عمر كان معروفاً بالزهد والفقه بين الصحابة، فلا يظن به أنه كان يسقى غيره ما لا يشربه، أو يشربه ما كان حراماً، وهذا يفيد أن المتخذ من العجوة والزبيب حلال وإن اشتد وصار مسكراً؛ لأن الذى سقاه كان مسكراً، ألا ترى إلى قوله: ما كدت أهتدى إلى أهلى. (ك)

(١٠) نوع من أجود التمر. (غن)

(١١) قلت: غريب. (ت)

(١٢) أى عن ابن عمر.

(١٣) قوله: "نهى عن الجمع إلخ" أخرجه البخارى ومسلم وباقى الستة عن جابر عن النبى ﷺ: «أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعاً ونهى أن ينبذ البسر والرطب جميعاً» انتهى، وفى لفظ فيه لمسلم أن النبى ﷺ قال: «لا تنبذوا الرطب والزبيب جميعاً ولكن انبذوا كل واحد على حدة»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٠٠، والدراية ج ٢ ص ٢٤٩، الحديث ٩٩٠. (نعيم)

الابتداء^(١).

قال^(٢): ونبيذ العسل والتين^(٣) ونبيذ الخنطة والذرة^(٤) والشعير^(٥) حلال وإن^(٦) لم يطبخ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إذا كان من غير لهو وطرب؛ لقوله عليه السلام: «الخمير من هاتين الشجرتين»^(٧)*، وأشار إلى الكرم والنخلة، خص^(٨) التحريم بهما.

والمراد بيان الحكم^(٩) ثم قيل: يشترط الطبخ فيه^(١٠)؛ لإباحته، وقيل: لا يشترط، وهو المذكور في الكتاب^(١١)؛ لأن قليله لا يدعو إلى كثيرة^(١٢) كيف ما

(١٤) قوله: "محمول على حالة الشدة" أى العسرة والقسط، حيث كره للأغنياء الجمع بين التمتين، بل يستحب أن يأكل أحدهما ويؤثر الآخر على جاره، حتى لا يشبع هو وجاره جائع، وما روينا من الإباحة محمول على حالة السعة بين الناس، حيث أباح الجمع بين التمتين، هكذا روى عن ابراهيم النخعي، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(١) قوله: "وكان ذلك [يعنى النهى عن الخليطين. ت] فى الابتداء" أى النهى عن الجمع بين التمر والزبيب كان فى الابتداء فى وقت كان للمسلمين ضيق وشدة. (٤)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) النجير.

(٤) قوله: والذرة [جوارى] "بالضم وتشديد راء: نام غله كه آترا ارزن گویند، وبمعنى غله زرت كه آن را بهندى جوار گویند. (غث)

(٥) وإن اشتد وغلا.

(٦) الواو وصلية.

(٧) قد مر هذا الحديث فى أول كتاب الأشربة.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٩٥، والدرأية ج ٢ ص ٢٤٧، الحديث ٩٨٩. (نعيم)

(٨) صلى الله عليه وسلم.

(٩) قوله: "والمراد بيان الحكم [لا بيان اللغة]" وهو حرمة ما يتخذ من ثمرها، فيكون ما وراءها مباحاً بالنصوص العامة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم قيل يشترط الطبخ فيه [أدنى طبخة]" أى فى كل واحد من هذه الأنبذة المتخذة من العسل والتين والخنطة هو الذرة والشعير؛ لأن الأشربة المتخذة من هذه الأشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب، والطبخ شرط فيهما للإباحة، فكذا ههنا. (غن)

(١١) قدورى.

(١٢) قوله: "لأن قليله الخ" أقول هذا التعليل منظور فيه، فإن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط فيه الطبخ للإباحة بلا خلاف، مع أن قليل ذلك أيضاً لا يدعو إلى كثيره، كيف ما كان، فإن دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمير، كما مر. فالظاهر فى التعليل ما فى "غاية البيان": وهو أن حال هذه الأشربة دون نقيع التمر والزبيب، فإن نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصله للخمر شرعاً، فإن أصل الخمير شرعاً التمر والعنب على ما قال عليه السلام: «الخمير من هاتين الشجرتين»، وقد شرط أدنى طبخة فى نقيع الزبيب والتمر، فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة فى هذه الأشربة؛ ليظهر نقصان هذه الأشربة عن نقيع التمر والزبيب. (نت)

كان^(١)، وهل يحد في المتخذ^(٢) من الحبوب^(٣) إذا سكر منه؟ قيل^(٤): لا يحد^(٥)، وقد ذكرنا الوجه^(٦) من قبل. قالوا: والأصح أنه يحد، فإنه روى عن محمد^(٧) فيمن سكر من الأشربة، أنه يحد من غير تفصيل، وهذا^(٨) لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الأشربة، بل فوق ذلك.

وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد، فهو على هذا^(٩)، وقيل: إن المتخذ من لبن الرماك^(١٠) لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه؛ إذ هو^(١١) متولد منه. قالوا: والأصح أنه يحل؛ لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه، فلا يتعدى إلى لبنه.

قال^(١٢): وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه، وبقي ثلثه حلال وإن^(١٣) اشتد^(١٤)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد ومالك والشافعي: حرام^(١٥)، وهذا الخلاف فيما إذا قصد به التقوى^(١٦)، أما إذا قصد به

(١) أي مطبوخاً كان أو غير مطبوخ.

(٢) عند الشيخين.

(٣) كالبز والشمع والذرة وغيرها.

(٤) القائل: الفقيه أبو جعفر.

(٥) عند الشيخين.

(٦) قوله: "وقد ذكرنا الوجه" إشارة إلى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم، ومن ذهب بعقله بالبنج ولبن الرماك، وهذا لأن النص ورد بالحد في الخمر، وهذا ليس في معناه، فلو وجب الحد فيه لكان بطريق القياس، وهذا لا يجوز. (ك)
(٧) قوله: "فإنه روى عن محمد إلخ" هذا لا يناسب، فإن الكلام على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف، والمذكور سابقاً قولهما، فالتفريع على قولهما.

وأما محمد: فيخالفهما في أصل المسألة، حيث لا يقول: بحد المتخذ من الحبوب، إذا اشتد وغلا، فيجوز أن يقول بالحد إذا سكر منه، وأما هما فيقولان يحل ذلك، فيكون المروي عن محمد حجة في حقهما، ولذا ترك صاحب "الكافي" هذا التعليل، واكتفى بما ذكره المصنف فيما بعد، بقوله: وهذا لأن الفساق إلخ. (نت)

(٨) أي الحد.

(٩) أي قيل: يحد، وقيل: لا يحد، يعني إذا سكر. (غن)

(١٠) ماديان اسب.

(١١) لبن.

(١٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٣) والواو وصلية.

(١٤) وغلا.

(١٥) قليله وكثيره. (غن)

(١٦) -توانا شدن- على الطاعة.

التلهي لا يحل بالاتفاق.

وعن محمد مثل قولهما^(١)، وعنه أنه كره ذلك^(٢)، وعنه أنه توقف فيه^(٣). لهم في إثبات الحرمة قوله عليه السلام: «كل مسكر خمر»^(٤)، وقوله عليه السلام: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»^(٥)، ويروى عنه عليه السلام^(٦): «ما أسكر الجرة»^(٧) منه فالجرعة^(٨) منه حرام***، ولأن المسكر يفسد العقل، فيكون حراماً قليلاً وكثيره كالخمر.

ولهما قوله عليه السلام****: «حرمت الخمر لعينها»^(٩) ويروى بعينها قليلاً وكثيرها والسكر من كل شراب، خص السكر بالتحريم^(١٠) في غير الخمر، إذ العطف

(١) الشيخين.

(٢) قوله: "وعنه أنه كره ذلك" أقول: فيه ضرب إشكال، وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد، وقوله ههنا: وعنه أنه كره ذلك، بعد أن صرح فيما قيل: إنه حرام عند محمد ومالك والشافعي، يقتضى المغايرة بين قول محمد بحرمة، وبين قوله بكراهته، فينافى ما تقرر في أول الكراهية.

ويمكن أن يقال: إن المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا، وعنه أنه كره ذلك، هو الكراهة التنزيهية، وهي مغايرة للحرمة على قول الكل، فيندفع التناهي بين المقامين. (ت)

(٣) قال: لا أحرمه ولا أبيحه. (غن)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٢٩٥، والدراية ج ٢ ص ٢٤٧، الحديث ٩٨٨. (نعيم)

(٤) «قليله وكثيره حرام»، تقدم في أول الباب. (ت)

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٠١، والدراية ج ٢ ص ٢٥٠، الحديث ٩٩١. (نعيم)

(٥) أخرجه النسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. (ت)

(٦) قوله: "ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الخ" هذه رواية غريبة، ولكن معناها في حديث عائشة: «ما أسكر»، الفرق فملء الكف منه حرام، أخرجه أبو داود والترمذى. (ت)

(٧) جرة: سبو. (من)

(٨) قوله: "فالجرعة" جرعة - بالضم - مقدار يك أشاميدن از آب و شراب و جز آن. (م)

*** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٠٥ تحت الحديث الثامن، والدراية ج ٢ ص ٢٥٠ تحت الحديث ٩٩١. (نعيم)

**** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٠٦، والدراية ج ٢ ص ٢٥١، الحديث ٩٩٢. (نعيم)

(٩) قوله: "حرمت الخمر الخ" أخرجه العقيلي عن عبد الرحمن بن بشر الغطفاني عن أبي اسحاق عن الحرب عن علي قال: سألت رسول الله ﷺ عن الأشربة عام حجة الوداع، فقال: «حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب»، انتهى. قال: وعبد الرحمن هذا مجهول في رواية، والنسب وحديثه غير محفوظ، إنما يروى هذا عن ابن عباس مرفوقاً، اهـ. (ت)

(١٠) قوله: "خص [ﷺ] السكر الخ" تقريره: أنه ﷺ أطلق الحرمة في الخمر حيث قال: حرمت الخمر لعينها، فافتضى أن يكون قليلاً وكثيراً حراماً، بخلاف غيرها من الأشربة، فإنه خص السكر بالتحريم فيها، حيث قال: والسكر من كل شراب بواو العطف، ولا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه، فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر، لا يكون حراماً إلا بالسكر. (عيني)

للمغايرة^(١)؛ ولأن المفسد هو القدح^(٢) المسكر^(٣)، وهو حرام عندنا^(٤)، وإنما يحرم القليل^(٥) منه^(٦)؛ لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير^(٧)، فأعطى^(٨) حكمه^(٩)، والمثلث لغلظه لا يدعو^(١٠)، وهو في نفسه غذاء، فبقي على الإباحة. والحديث الأول^(١١) غير ثابت^(١٢) على ما بيناه^(١٣)، ثم هو محمول على القدح الأخير^(١٤)، إذ هو المسكر حقيقة، والذي^(١٥) يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ، حتى يرق، ثم يطبخ طبخة، حكمه حكم المثلث؛ لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفاً. بخلاف ما إذا صب الماء على العصير^(١٦)، ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن

(١) قوله: "إذ العطف إلخ" هذا العطف للمغايرة بين الخمر وغيرها في حرمة العين، وإلا لم يحسن؛ إذ المناسب أن يقال: حرمت المسكرات بعينها، والمسكر منها. (أعظمي)

(٢) قوله: "ولأن المفسد أي للعقل هو القدح المسكر، وهو حرام عندنا فيما سوى الأشربة المحرمة لا ما قبله، فإن قلت: القدح الأخير ليس بمسكر على انفراده، بل بما تقدم، فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضاً. قلت: إن الحرام هو المسكر، وإطلاقه على ما تقدم مجاز، وعلى القدح الأخير حقيقة، وهو مراد فلا يكون المجاز مراداً. (مل)

(٣) المزيل للعقل. (نت)

(٤) قوله: "وهو [القدح المسكر] حرام عندنا" فيحمل عليه، إذا الحكم يضاف إلى الوصف الأخير من علة ذات أوجه، فيقتصر الحرمة عليه. (زيلعي)

(٥) قوله: "وإنما يحرم إلخ" جواب سؤال، هو أن يقال: لما كان المفسد هو القدح المسكر دون ما تقدم، وجب أن يكون في الخمر كذلك. (٤)

(٦) خمر.

(٧) قوله: "لأنه يدعو إلخ" أقول: فيه أنه يقتضى كون حرمة الخمر معللة، وقد صرح فيما سبق أن حرمة غير معلولة عندنا، ويمكن أن يقال: إن هذا الكلام ههنا على التنزل، والمعنى أنه إنما يحرم القليل منه لورود النص فيه، وهو قوله عليه السلام: «حرمت الخمر» الحديث على خلاف القياس، ولو سلم فلأنه يدعو إلخ، تدبر. (مولانا محمد عبد الحلِيم نورالله موقده.

(٨) الكثير.

(٩) القليل.

(١٠) إلى الكثير.

(١١) أي كل مسكر خمر.

(١٢) قوله: "غير ثابت" قال بعض الفضلاء: كان على المصنف أن يتعرض للحديثين الآخرين، ولم يفعل، كأنه يكتفي بمعارضة ما رواه لهما. (نت)

(١٣) إشارة إلى طعن يحيى بن معين. (غن)

(١٤) جواب بطريق التسليم، يعنى ولئن سلمنا أن الحديث صحيح، فجوابه هذا. (غن)

(١٥) قوله: "والذى" وهذا يسمى أبو يوسف ويعقوبى، فإن أبا يوسف كثيراً ما كان يستعمل هذا. (٤)

(١٦) أى لا يحل ذلك. (غن)

الماء يذهب أولاً للطافته، أو يذهب منهما، فلا يكون^(١) الذهب^(٢) ثلثي ماء العنب، ولو طبخ العنب^(٣) كما هو ثم يعصر، يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة^(٤). وفي رواية عنه^(٥): لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ، وهو الأصح؛ لأن العصير قائم فيه من غير تغير، فصار كما بعد العصر^(٦).

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر^(٧)، أو بين التمر والزبيب^(٨)، لا يحل حتى يذهب ثلثاه؛ لأن التمر إن^(٩) كان يكتفى فيه بأدنى طبخة، فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه، فيعتبر جانب العنب احتياطاً، وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر؛ لما قلنا^(١٠).

ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة، ثم أنقع فيه تمر أو زبيب، إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم

(١) قوله: "فلا يكون إلخ" يعنى تارة يذهب الماء للطافته أولاً، وتارة يذهب العصير والماء معاً، فلو ذهباً معاً يحل شره، كما يحل شرب المثلث؛ لأنهما لما ذهباً معاً، كان الذهب من العصير أيضاً ثلثين كالماء، وهناك يجوز شره، لكن لما لم يتيقن بذهابهما معاً، واحتمل ذهاب الماء أولاً للطافته.
قلنا: بحرمة شره احتياطاً؛ لأنه إذا ذهب الماء أولاً، كان الذهب أقل من ثلثي العصير، وهو حرام عندنا على ما مر، وهو الباذق. (ك)

(٢) أى على القطع والنبات. (ك)

(٣) قوله: "ولو طبخ العنب إلخ" هذه المسائل كلها ذكرت تفريعاً على مسألة المختصر، من قوله ولو طبخ العنب، كما هو. (غن)

(٤) وهى رواية الحسن عنه. (ع)

(٥) وهى رواية ابن أبى مالك عن أبى يوسف عن أبى حنيفة. (ع)

(٦) قوله: "فصار كما بعد العصر" يعنى إذا طبخ ماء العنب بعد عصر، العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، فكذا إذا طبخ العنب أولاً، ثم عصر ماءه لا يحل بالطبخ بعد ذلك، إلا إذا ذهب ثلثاه. (غن)
(٧) أى ماء العنب.

(٨) قوله: "أو بين التمر والزبيب" قال صاحب "غاية البيان": ولنا فى قوله أو بين التمر والزبيب نظراً؛ لأن ماء الزبيب كماء التمر، يكتفى فيهما بأدنى طبخة، وقد صرح بذلك القدورى قبل: هذا وهو قوله: نبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال، وإن اشتد انتهي، ولعله لهذا غير صاحب "الكافي" عبارته، فقال: ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر، أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه، انتهى.

ويحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنف: أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهواً من نفس المصنف، أو من النسخ الأول، إلا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل، الذى ذكره ههنا عن إفادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال، إذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط، ووجه تاج الشريعة هذه العبارة، بأن هذا على ما روى هشام فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف، أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ. (نت)

(٩) وصلية.

(١٠) إشارة إلى قوله: فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه. (غن)

يحل، كما إذا صب^(١) في المطبوخ قدح من النقيع، والمعنى^(٢) تغليب جهة الحرمة، ولا حد في شربه؛ لأن التحريم للاحتياط، وهو في الحد في درءه^(٣)، ولو طبخ الخمر أو غيره^(٤) بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل؛ لأن الحرمة قد تقرر، فلا ترتفع بالطبخ.

قال^(٥): ولا بأس بالانتباز في الدُّبَاءِ^(٦) والحتّم والمزقت^(٧)؛ لقوله عليه السلام في حديث فيه طول^(٨) بعد ذكر هذه الأوعية: «فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر»*، وقال^(٩): ذلك^(١٠) بعد ما أخبر عن النهي عنه^(١١)، فكان^(١٢) ناسخاً له^(١٣)، وإنما يتبذ فيه^(١٤) بعد^(١٥) تطهيره^(١٦).

(١) فلا يحل.

(٢) أى العلة.

(٣) حد.

(٤) قوله: «أو غيره [من الأشربة المحرمة]» أراد بقوله غيره سائر الأشربة المحرمة، كالعصير الذاهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر والزبيب، يعنى إذا اشتد أحد هذه الأشربة، ثم طبخ بعد الاشتداد، فذهب ثلثاه لا يحل؛ لأن النار أثرها في دفع الحرمة لا في رفعها، ولكن معن هذا لا يجب الحد في شربه قبل السكر؛ لأن الخمر هو النى من ماء العنب، وهذا مطبوخ، فلا يكون شارب الخمر، وقد مر ذلك. (غن)

(٥) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "فى الدباء الخ" الدباء القرع جمع دباءة، والحتّم جرار حمر، أو حضر، يحمل فيها الخمر إلى المدينة، والواحدة الحنتمة، والمزفت هو الظرف المطلى بالزفت وهو القير. (ع)

(٧) قير اندود.

(٨) قوله: "فى حديث فيه طول" روى محمد فى "كتاب الآثار" عن النبى ﷺ أنه قال: «نهيتكم عن زيارة القبور فزورها ولا تقولوا هجرأه»، فقد أذن محمد فى زيارة قبر أمه، وعن لحوم الأضاحى أن تمسكوها فوق ثلاثة أيام فامسكوها ما بدا لكم وتزودوا، فإنما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم، وعن التبيذ فى الدباء والحتّم والمزفت، فاشربوا فى كل ظرف، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه، ولا تشربوا المسكر، قال أبو عبيد عن الأصمعى: الهجر: الإفحاش فى المنطق. (غاية البيان)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٠٩، والدرأية ج ٢ ص ٢٥٣، الحديث ٩٩٤. (نعيم)

(٩) أى عليه السلام.

(١٠) الحديث.

(١١) قوله: "عن النبى عنه الخ" اعلم أن هذه الظروف كانت مختصة بالخمر، فإذا حرمت الخمر، حرم النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، إما لأن فى الاستعمال بها تشبها بشرب الخمر، وإما لأن هذه الظروف كانت فيها أثر الخمر، فلما مضت مدة، أباح النبى عليه السلام استعمال هذه الظروف، فإن أثر الخمر قد زال عنها، وأيضاً فى ابتداء تحريم شىء يبالغ ويشدد؛ ليعترك الناس مرة، فإذا ترك الناس واستقر الأمر يزول التشدد بعد حصول المقصود. (شرح وقاية)

(١٢) هذا الفعل.

(١٣) للنبى.

فإن كان الوعاء عتيقاً^(١) يغسل ثلاثاً فيطهر^(٢)، وإن كان جديداً لا يطهر^(٣) عند محمد؛ لتشرب الخمر فيه، بخلاف العتيق.

وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً^(٤)، ويجفف في كل مرة، وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر^(٥). وقيل: عند أبي يوسف يملاً مرة بعد أخرى، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير^(٦) يحكم بطهارته^(٧).

قال^(٨): وإذا تخللت الخمر حلت، سواء صارت خلا بنفسها، أو بشيء يطرح فيها^(٩)، ولا يكره تخليلها.

وقال الشافعي: يكره التخليل، ولا يحل الخل الحاصل به، إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه^(١٠) قولاً واحداً^(١١)، وإن كان بغير إلقاء شيء فيه^(١٢)، فله في الخل الحاصل به قولان^(١٣). له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول، والأمر بالاجتناب^(١٤) ينافية.

(١٤) أى فى ظرف من هذه الظروف.

(١٥) أى إن كان فيه خمر.

(١٦) قوله: "تطهيره" أى تطهير كل واحد من الدباء والحنتم والمزفت. (غاية البيان)

(١) قوله: "فإن كان الوعاء إلخ" إن انتبذ فى هذه الأوعية قبل استعمالها فى الخمر، لا إشكال فى حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر، ينظر فإن كان الوعاء عتيقاً إلخ. (زيلعى)

(٢) بالاتفاق بين الصحابين، سواء غسل متوالياً أو لا.

(٣) أبداً. (غن)

(٤) الجديد.

(٥) قوله: "وهى مسألة إلخ" أى مسألة تطهير الوعاء مسألة ما لا ينعصر بالعصر، والخلاف فيها مشهور فى

المختلف. (غاية البيان)

(٦) لوناً، أو طعماً، أو رائحةً. (زيلعى)

(٧) ولا حاجة إلى أن يجفف كل مرة.

(٨) القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) كالملح والخل. (زيلعى)

(١٠) كالملح وغيره. (٤)

(١١) قوله: "قولاً واحداً" لأن ما يلقى فى الخمر يتنجس بأول الملاقات، وما يكون نجساً لا يفيد الطهارة، بخلاف

ما إذا تخلت بنفسها؛ لأنه لم يوجد فيه شيء تنجس بالملاقاة. (زيلعى)

(١٢) بالنقل من ظل إلى شمس، أو إيقاد النار بالقرب منها. (زيلعى)

(١٣) فى قول: لا يحل، وفى قول: يحل. (غن)

(١٤) عن الخمر.

ولنا قوله عليه السلام* : «نعم الإدام الخل^(٢)» من غير فصل ، وقوله عليه الصلاة والسلام : «خير خلکم خل خمركم»** ، ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد^(٣) ، وثبتت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة ، والتغذى به ، والإصلاح مباح^(٤) ، وكذا الصالح للمصالح^(٥) اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالديباغ^(٦) ، والاقتراب^(٧) لإعدام الفساد^(٨) ، فأشبهه الإراقة^(٩) ، والتخليل أولى^(١٠) ، لما فيه^(١١) من إحراز مال يصير حلالاً في الثاني^(١٢) ، فيختاره^(١٣) من ابتلى^(٤) به . وإذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازها من الإناء ، فأما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر^(١٥) ، قيل : يطهر تبعاً ، وقيل : لا يطهر ؛ لأنه خمر يابس إلا إذا غسل^(١٦) بالخل ،

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٠ ، والدراية ج ٢ ص ٢٥٢ ، الحديث ٩٩٣ . (نعيم)

(٢) قوله: "نعم الإدام [نانخورش] الخل" روى جابر عن رسول الله ﷺ أنه سأل أهله الإدم، فقالوا ما عندنا إلا خل، فدعى به، فيجعل يأكل به، ويقول: «نعم الإدام الخل» رواه أحمد ومسلم، والحديث عام يتناول كل ما يطلق عليه اسم الخل. (غن)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١١ تحت الحديث الحادى عشر، والدراية ج ٢ ص ٢٥٢ تحت الحديث ٩٩٣ عن رواية جابر مرفوعاً. (نعيم)

(٣) أى إزالة العقل.

(٤) أى إصلاح المفسد.

(٥) قوله: "وكذا الصالح إلخ" أما قوله عليه السلام: «لا يتخذ الخمر خلا»، فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل، أى لا تضعه على الموائد، كما يوضع الخل. (كف)

قوله: "وكذا [أى مباح] الصالح [وهو الخل. ك] للمصالح" [كتسكين الصفراء، وكسر الشهوة والانتدام به. (غن) يجوز أن يكون معناه الخل صالح للمصالح، والصالح للمصالح مباح. (٤)

(٦) أى دباغ جلد الميتة.

(٧) قوله: "والاقتراب" جواب عن قوله أن فى التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول. (٤)

(٨) أى لإبطال صفة الخمرية. (ك)

(٩) قوله: "فأشبهه الإراقة [أى إراقة الخمر]" أى يجوز إراقة الخمر بالإجماع، وفى إراقتها اقترابها لا محالة، فلم أن ما قاله الخصم ضعيف، فإذا كانت الإراقة جائزة؛ لأنها إعدام المفسد، فالتخليل أولى؛ لأنه إعدام المفسد، وصيانة العين عن التلف. (غن)

(١٠) أى بأن يكون مباحاً من الإراقة. (ك)

(١١) بيان ما.

(١٢) أى المال، أى الزمان الثانى. (غن)

(١٣) قوله: "فيختاره" أى فيختار التخليل على الإراقة. (ك)

(١٤) أى من ابتلى بالخمر، كما إذا ورث الخمر مثلاً. (غن)

(١٥) قبل صيرورته خلا.

فيتخلل^(١) من ساعته فيطهر^(٢)، وكذا إذا صب منه^(٣) الخمر، ثم ملئ^(٤) خلا، يطهر في الحال على ما قالوا.

قال^(٥): ويكره شرب دُرْدِي^(٦) الخمر، والامتشاط به^(٧)، لأن فيه أجزاء الخمر^(٨)، والانتفاع بالمحرم حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به^(٩) جرحاً، أو دبرة دابة^(١٠)، ولا أن يسقى ذمياً، ولا أن يسقى صبيّاً للتداوى^(١١)، والوبال على من سقاه. وكذا لا يسقيها الدواب^(١٢)، وقيل^(١٣): لا تحمل^(١٤) الخمر إليها^(١٥)، أما إذا قيدت^(١٦) إلى الخمر فلا بأس به، كما في الكلب والميتة^(١٧)، ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به، لأنه يصير خلا^(١٨)، لكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه؛ لما قلنا^(١٩). قال^(٢٠): ولا يحد شاربه أى شارب الدردى، إن لم يسكر، وقال الشافعى:

(١٦) أعلاه.

(١) الخمر الذى هناك.

(٢) أعلاه.

(٣) إناء.

(٤) پر کرده شود.

(٥) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٦) قوله: "دُرْدِي [هو ما يبقى فى أسفله]" بالضم: آنچه بتگ نشیند از مائع همجو روغن زيت وغير آن خلاف

صافى. (من)

(٧) قوله: "والامتشاط [موى را شانه کردن. م] به" وإنما خص الامتشاط؛ لأن له تأثيراً فى تحسين الشعر. (غن)

(٨) وامتشاط المرأة به انتفاع.

(٩) خمر.

(١٠) قوله: "أو دبرة" الدبرة واحد الدبر، والدبر واحد أذبار الإبل، وهو عقر الرجل. (ديوان)

قوله: "أو دبرة" دبره -بفتحتين- ريش شدن ستور. (م)

(١١) قوله: "ولا أن يسقى صبيّاً" لأن فيه اقتراباً بالخمر، وهو مأثور بالاجتناب عنه. (عينى)

(١٢) لأنه انتفاع بالخمر، وهو حرام. (غن)

(١٣) القائل الفقيه أبو جعفر. (غن)

(١٤) كيلا يصير حاملاً للنجاسة من غير حاجة. (غن)

(١٥) دواب.

(١٦) الدواب، قود -بالفتح- از پیش کشیدن ستور وجز آن. (م)

(١٧) قوله: "كما فى الكلب والميتة" فلا تحمل الميتة إلى الكلب، ولو قيد الكلب إلى الميتة يجوز. (كف)

(١٨) لأن ما فيه من أجزاء الخمر يصير خلا، ولا بأس بتخليل الخمر. (غن)

(١٩) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله: كما فى الكلب والميتة. (كفاية)

(٢٠) فى "الجامع الصغير". (غن)

يحد؛ لأنه شرب جزءاً من الخمر^(١).

ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره؛ لما في الطباع من النبوة^(٢) عنه، فكان ناقصاً^(٣)، فأشبهه غير الخمر من الأشربة، ولا حد فيها إلا بالسكر، ولأن الغالب عليه الثقل^(٤)، فصار كما إذا غلب عليه الماء^(٥) بالامتزاج.

ويكره الاحتقان بالخمر^(٦)، وإقطارها^(٧) في الإحليل^(٨)؛ لأنه انتفاع بالمحرم، ولا يجب الحد^(٩) لعدم الشرب، وهو السبب^(١٠)، ولو جعل الخمر في مرقة^(١١)، لا تؤكل لتنجسها بها، ولا حد^(١٢) ما لم يسكر منه؛ لأنه أصابه الطبخ^(١٣)، ويكره أكل خبز^(١٤) عجن عجينه^(١٥) بالخمر؛ لقيام أجزاء الخمر^(١٦) فيه.

فصل في طبخ العصير^(١٧)

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار^(١٨)، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن، ويعتبر

(١) فيجب الحد. (٤)

(٢) دور شذن. (م)

(٣) والنقصان يورث الشبهة، والحدود تندرى بالشبهات. (غن)

(٤) قوله: "الثقل [هو ما بقي من أسفله]" بالضم: درديكه بته نشيند، كذا في "القاموس" وفي "الصراح": أنجه بنگ نشيند از هر چیز. (م)

(٥) قوله: "كما إذا غلب عليه [خمر] الماء إلخ" حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب. (عينى)

(٦) ذكره تقريباً على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

(٧) چكانيدن.

(٨) سوراخ ذكر.

(٩) بهذا العمل.

(١٠) للحد.

(١١) شوربا.

(١٢) إذا شرب من تلك المرقة.

(١٣) فليس بخمر، فإنه هو النى من ماء قذ العنب.

(١٤) ذكر المسألة أيضاً تقريباً. (غن)

(١٥) قوله: "عجن [عجين خمير. م]" بالفتح: خمير كردن، وسرشتن هر چیزی. (منتخب)

(١٦) قوله: "لقيام أجزاء الخمر [فهذا الخبز نجس كما لو عجن بالبول. غن]" والعجين النجس لا يظهر بالخبز فلا

يحل أكله. (ك)

(١٧) قوله: "فصل في طبخ العصير" لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه، شرع بذكر كيفية

طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه، ثم اعلم أن ما في هذا الفصل ليس بمذكور في "الجامع الصغير" و"مختصر القدورى"، وقد ذكر تقريباً على ما ذكر قبل هذا، وإنما هو مذكور في "المبسيط". (غن)

(١٨) قوله: "ما ذهب إلخ" أى ما خرج من القدر من شدة الغليان، وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن. (ك)

ذهاب ثلثي ما بقى ليحل الثلث الباقي، بيانه عشرة دوارق^(١) من عصير طبخ^(٢)،
 فذهب^(٣) دورق بالزبد، يطبخ الباقي، حتى يذهب ستة دوارق، ويبقى الثلث
 فيحل؛ لأن الذي يذهب زبدا هو العصير، أو ما يمازجه^(٤)، وأياً ما كان جعل^(٥) كان
 العصير تسعة دوارق، فيكون ثلثها ثلاثة.

وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ، ثم طبخ بماءه، إن كان الماء
 أسرع ذهاباً لرقته^(٦)، ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من
 الماء^(٧)، حتى يذهب ثلثاه؛ لأن الذاهب الأول هو الماء.

والثاني العصير، فلا بد من ذهاب ثلثي العصير، وإن كانا يذهبان معاً تغلى^(٨)
 الجملة، حتى يذهب ثلثها ويبقى ثلثها، فيحل؛ لأنه ذهب الثلثان ماءً وعصيراً،
 والثلث الباقي ماء وعصير، فصار كما إذا صب الماء فيه^(٩) بعد ما ذهب^(١٠) من
 العصير بالغلى ثلثاه.

بيانه عشرة دوارق من عصير، وعشرون دورقاً من ماء، ففي الوجه الأول
 يطبخ^(١١)، حتى يبقى تسع الجملة^(١٢)، لأنه ثلث العصير، وفي الوجه الثاني^(١٣) حتى

(١) قوله: "عشرة دوارق [دورق - بفتح دال - پیمانہ شراب. م] الدورق مكيال للشراب يسعه أربعة أمناء، وهو
 أعجمي. (ك)

(٢) قوله: "من عصير [في القدر] إلخ" أي عشرة دوارق عصير صب في قدر، فطبخ فتغلى، وتقذف بالزبد،
 فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى الزبد جعم من ذلك الزبد قدر دورق يطبخ الباقي. إلخ. (غن)

(٣) بالغليان والقذف بالزبد.

(٤) من الثقل والتراب والدردي. (عينى)

(٥) قوله: "وأياً ما كان إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن جعل العصير تسعة دوارق، على تقدير أن يكون الذاهب
 زبدا هو العصير، غير ظاهر، إذ لا يكون حيثشذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق، وبين الباقي منها في
 كونها عصيراً، فإذا جاز اعتبار بعض منها، وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا أمر يوجهه، فلم لا يجوز اعتبار بعض
 من التسعة الباقية منها أيضاً في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ.

والأظهر في تعليل هذا أن يقال: إن الذي يذهب بالزبد جعل كأن لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير، فصار كما لو
 صب فيه دورق من ماء، ولو كان كذلك لم يعتبر الماء، فكذلك هذا. (نت)

(٦) قوله: "إن كان الماء إلخ" قال في "النهاية": كان محمد علم أن العصير على نوعين: منه ما لو صب الماء فيه
 وطبخ يذهب الماء أولاً، ومنه ما إذا صب فيه يذهبان فيه معاً، ففصل الجواب فيه تفصيلاً. (عناية)

(٧) بيان ما.

(٨) إغلاء: جوشانیدن.

(٩) عصير.

(١٠) فهذا يحل، فكذا هذا.

(١١) قوله: "ففي الوجه الأول" وهو ما إذا كان الماء أسرع ذهاباً. (كف)

يذهب^(١) ثلثا الجملة^(٢)؛ لما قلنا^(٣).

والغلى^(٤) بدفعة ودفعات، سواء إذا حصل^(٥) قبل أن يصير محرماً^(٦)، ولو قطع عنه النار^(٧)، فغلى حتى ذهب الثلثان يحل؛ لأنه أثر النار، وأصل آخر^(٨) أن العصير إذا طبخ، فذهب^(٩) بعضه^(١٠)، ثم أهريق بعضه^(١١) كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان، فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب^(١٢)، ثم تقسمه^(١٣) على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء، فما يخرج بالقسمة، فهو حلال. بيانه عشرة أرطال عصير طبخ، حتى ذهب رطل، ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله^(١٤)، وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي

(١٢) وهو ثلاثة وثلث. (كف)

(١٣) قوله: "وفي الوجه الثاني" أي فيما إذا كان يذهب الماء والعصير معاً يطبخ حتى إلخ.

(١) ويبقى ثلثه أي عشر. (ك)

(٢) أي عشرون.

(٣) قوله: "لما قلنا" من أنه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء، والباقي ثلث العصير وثلث الماء، فهذا وما لو صب الماء في العصير بعد ما طبخه حتى يذهب ثلثا الماء. (كفاية)

(٤) بالفتح: جوشيدن ديگ وجز آن. (م) أي جوش دادن شيره. (ترجمه)

(٥) الغلى.

(٦) أي قبل أن يصير العصير محرماً. (غن)

(٧) قوله: "ولو قطع إلخ" مثاله لو طبخ الرجل عصيراً، حتى يذهب ثلاثة أخماسه، وبقي خمسه، ثم قطع عنه النار، فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين، فلا بأس بذلك؛ لأنه صار مثلثا بقوة النار، فإن الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو، وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء.

وهذا بخلاف ما برد قبل أن يصير مثلثاً، ثم غلا واشتد، حتى ذهب بالغليان منه شيء، فإنه لا يحل؛ لأن الغليان بعد ما انقطع عنه أثر النار لا يكون إلا بعد الشدة، وحين اشتد صار محرماً. (ع)

(٨) قوله: "وأصل آخر إلخ" الأصل الأول الذي ذكره في بيان أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر، والأصل الثاني فيما إذا صب فيه الماء، وبيان ذلك مر، وهذا الأصل في بيان معرفة قدر طبخ البقية بعد إراقة البعض بعد ما ذهب بعضه بالطبخ. (غن)

(٩) بالطبخ.

(١٠) معلوماً.

(١١) معلوماً.

(١٢) أي بعد ريختن بعض. (ترجمه)

(١٣) أي حاصل الضرب.

(١٤) قوله: "تأخذ إلخ" وذلك لأن الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذهاب حقيقة، بل هو قائم، ولكن تداخل أجزاءه في أجزاء الباقي، فيزاحمه، فيراجع أجزاء الرطل إلى أجزاء البقية، وهو تسعة أرطال، فيكون مع كل رطل تسع رطل، فإذا أنصب منه ثلاثة أرطال، فقد أنصب ثلاثة أرطال، وثلاثة أتمساع رطل، فيكون الباقي ستة أرطال، وستة أتمساع رطل، ولو كان هذا حقيقة يطبخ، حتى يبقى رطلان، وتسع أرطال، كذا ههنا. (ك)

بعد المنصب^(١)، وهو ستة، فيكون عشرين، ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء، وذلك تسعة، فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان، فعرفت أن الحلال ما بقى منه رطلان وتسعان^(٢)، وعلى هذا تخرج المسائل، ولها طريق آخر^(٣)، وفيما اكتفينا به كفايةً وهدايةً^(٤)، إلى تخريج غيرها من المسائل، والله أعلم بالصواب.

كتاب الصيد^(٥)

الصيد^(٦): الاصطياد، ويطلق على ما يصاد، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ^(٧) فَاصْطَادُوا^(٨)﴾، ولقوله عز وجل: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمَّتْ حَرَمًا^(٩)﴾.
وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضى الله تعالى عنه^(١٠): «إذا أرسلت

(١) أى بعد ريختن. (ترجمه)

(٢) لرطل.

(٣) قوله: "ولها طريق آخر" وهو أن الذى ذهب بالطبخ ذاهب من الحرم؛ لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه، ويبقى حلاله، فثلثا عشرة أرتال حرام، وهو ستة أرتال وثلثا رطل، فإذا أهرق ثلثه، فهذا من الحلال والحرام جميعاً؛ لأنه لا تعلق للذاهب حساً بالحلال، أو بالحرام، فكان الذاهب منهما على السواء، فذهب من الحلال ثلثه، وهو رطل وتسع رطل، فيبقى ثلثه رطلان وتسعاً رطل. (ك)

(٤) قوله: "كفايةً وهدايةً" قلت: فيه إيهام لطيف لكتابه المسمى أحدهما بـ "كفاية المتسبي"، والآخر بـ "الهداية". (نت)

(٥) قوله: "كتاب الصيد" مناسبة كتاب الصيد بكتاب الأشربة من حيث إن كل واحد من الأشربة والصيد مما يورث السرور، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها؛ اعتباراً بالاحتراز عنها، ومجانبة ومحاسن المكاسب. (عتاية)

قوله: "الصيد" هو لغةً: الاصطياد، وقد سمي الصيد صيداً، تسمية بالمصدر، والاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم، بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ أمر بالاصطياد، وأدنى درجات الأمر الإباحة. والسنة قوله عليه السلام: «الصيد لمن أخذه»، ففى هذا بيان أن الاصطياد مباح مشروع؛ لأن الملك حكم مشروع، فسببه يكون مشروعاً، ويستوى إن كان الصيد مأكول اللحم، أو غير مأكول اللحم، لما فى اصطياده من تحصيل منفعة جلده أو شعره أو دفع أذاه عن الناس. (ك)

(٦) قوله: "الصيد [هو] أخذ الصيد كالاحتطاب أخذ الحطب. [نت] إلخ" يعنى أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد؛ وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو أخذ الحطب، ثم يراد به ما يصاد مجازاً؛ إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول، وهو الممتع المتوحش عن آدمى بأصل الحلقة، مأكولاً كان أو غير مأكول. (غاية البيان)

(٧) أى خرجه من الإحرام.

(٨) الأمر للإباحة.

(٩) قوله: "ما دمت حراماً" التحريم إلى غاية، فافتضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية، كذا قالوا. (نت)

(١٠) قوله: "لعدي بن حاتم إلخ" قلت: أخرجه الأئمة الستة عنه قال: قلت: يا رسول الله! إني أرسل كلبى وأسمى، فقال: «إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه»، قلت: إني أرسل كلبى أجد معه كلباً آخر، لا أدري أيهما أخذه، فقال: «لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر»، اهـ. (غز)

كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لأنه إنما أمسكه على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك* . وعلى إباحته انعقد الإجماع، ولأنه^(١١) نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك^(١٢)، وفيه استبقاء المكلف^(١٣)، وتمكنه من إقامة التكليف^(١٤)، فكان مباحاً^(١٥) بمنزلة الاحتطاب .

ثم جملة ما يحويه الكتاب^(١٦) فصلان: أحدهما: في الصيد بالجوارح^(١٧)، والثاني: في الاصطياد بالرمي .

فصل في الجوارح^(٨)

قال^(٩): يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد^(١٠) والبازي^(١١)، وسائر الجوارح المعلمة^(١٢). وفي "الجامع الصغير"^(١٣): وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع، وذى مخلب من الطيور، فلا بأس بصيده^(١٤)، ولا خير فيما سوى ذلك^(١٥)، إلا أن

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٢، والدراية ج ٢ ص ٢٥٤، الحديث ٩٩٥. (نعيم)

(١) استدلال المعقول. (٦)

(٢) قوله: "بما هو مخلوق لذلك [أى بالصيد الذى هو مخلوق للانتفاع. ك] لأن ما سوى آدمى خلق لمصالح آدمى. (عيني)

(٣) قوله: "وفيه [أى فى الانتفاع بالشىء المخلوق للانتفاع. غن] استبقاء الخ" لأنه لو لم ينتفع بما فيه نفعة، لهلك، ولا يتمكن من إقامة التكليف. (عيني)

(٤) قوله: "وتمكنه من إقامة التكليف" كان ينبغى أن يكون واجباً كوجوب التكليف، لكن كونه غير متعين أوجب الإباحة، بخلاف الخروج من الصلاة، فإنه متعين؛ لأنه وسيلة لإقامة فرض آخر، فكان واجباً. (كفاية)

(٥) تفريع على كونه نوع اكتساب.

(٦) أى كتاب الاصطياد. (ك)

(٧) كالكلاب والفهود والصقور. (ك)

(٨) قوله: "فصل فى الجوارح" قدم فصل الجوارح على فصل الرمي؛ لما أن آلة الصيد ههنا حيوان، وفى الرمي جماد، والفاضل مقدم على المفضول. (٦)

(٩) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) يوز، المعلم. (م)

(١١) المعلم.

(١٢) قوله: "وسائر الجوارح المعلمة" كالشاهين والباشق والعقاب والصقر. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وفى الجامع الصغير الخ" إنما أورد رواية "الجامع الصغير"؛ لأن رواية القدرورى تدل على الإثبات لا غير، ورواية "الجامع الصغير" تدل على الإثبات والنفى جميعاً. (عناية)

(١٤) قوله: "فلا بأس بصيده" إنما ذكر بلفظة لا بأس؛ لأن قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ قد خص منه البعض، كالذب والخنزير وغير ذلك، والنص إذا خص منه البعض يكون الباقي منه دون خبر الواحد، فيكون ظنياً، فتمكن

تدرك ذكاته^(١١). والأصل فيه^(١٢) قوله تعالى: ﴿وما علمتم^(٣) من الجوارح مكليين^(٤)﴾، والجوارح الكواسب^(٥) في تأويل^(٦)، والمكليين المسلطين^(٧)، فيتناول الكل بعمومه^(٨)، دل عليه ما روينا^(٩) من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع^(١٠) حتى الأسد^(١١).
وعن أبي يوسف^(١٢) أنه استثنى من ذلك الأسد والذب^(١٣)؛ لأنهما لا يعملان لغيرهما، الأسد لعلو همته^(١٤)، والذب لحساسته^(١٥)، وألحق بهما بعضهم الحدأة^(١٦).

فيه الشبهة، فلذلك قال: لا بأس به.

واعلم أن حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط: منها أن يكون الصائد من أهل الذكاة، وإذا بأن يعقل الذبح والتمسية، حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتمسية، وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقاداً كالسليم، أو دعوى لا اعتقاداً كالكناني، كما مر في الذبائح، وأن يكون ما يصطاد به معلماً، أن يكون جارحاً. (ك)

(١٥) قوله: "ولا خير فيما سوى ذلك" أى لا خير فيما سوى المعلم من ذى ناب، والمعلم من ذى مخلب، يعنى إذا أخذ كلب غير معلم صيداً، فلا خير فيه، إلا أن تدرك إلخ. (عيني)

(١) فيذكيه. (ك)

(٢) أى فى جواز الاصطياد بالمذكورة. (٤)

(٣) قوله: "وما علمتم من الجوارح" أى وصيد ما علمتم من الجوارح، وهو عطف على الطيبات، أى أحل لكم الطيبات، وصيد ما علمتم من الجوارح، وفى معنى الجوارح قولان: أحدهما: أن يكون جارحاً حقيقة بنابه أو مخلبه، فيكون من الجرح بمعنى الجراحة. والثانى: الكواسب، كقوله تعالى: ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ أى كسبتم، ويمكن حمله عليهما، ويشترط أن يكون من الكواسب التى تجرح ليعمل بالجرح بيقين، والكلب مؤدب الكلاب ومعلمها، ثم عم فى كل من أدب جارحة، بهيمة كانت أو طائراً. (ك)

(٤) مؤدبين الكلاب.

(٥) قوله: "الكواسب [للصيد. (غن) من سباع البهائم والطيور. ع]" كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبيازى، سميت بذلك؛ لأنها كواسب بنفسها، يقال: جرح وأجرح إذا كسب. (عيني)

(٦) قوله: "فى تأويل" إنما قيد به؛ لأنها فى تأويل آخر هى التى تجرح من الجراحة. (غن)

(٧) للجوارح على الصيد. (غن)

(٨) قوله: "فيتناول [أى كل السباع] إلخ" لكن لما كان التاديب غالباً فى الكلاب اشتق من لفظه. (٤)

(٩) قوله: "دل عليه إلخ" المعنى دل على تناول الكل من روينا من حديث عدى، وبينه بقوله، واسم الكلب فى اللغة يعم على كل سبع حتى الأسد. (نت)

(١٠) قوله: "يقم إلخ" الكلب فى اللغة الحريص على الإهلاك والسيب أيضاً القوى المهلك. (عظمى)

(١١) قوله: "حتى الأسد" ألا ترى أن النبى ﷺ قال فى عتبة بن أبى لهب: «اللهم سلط عليه كلباً من كلابك»،

فسلط عليه الأسد فقتله. (غن)

(١٢) متعلق بقوله: فيتناول الكل بعمومه. (٤)

(١٣) خرس.

(١٤) فلا يعمل لغيره. (غن)

(١٥) قلما يعمل لغيره. (غن)

لخساسته، والخنزير مستثنى^(١)؛ لأنه نجس العين، فلا يجوز الانتفاع به^(٢)، ثم لا بد من التعليم؛ لأن ما تلونا من النص^(٣) ينطق باشتراط التعليم^(٤) والحديث به^(٥) وبالارسال؛ ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له^(٦)، فيترسل بإرساله، ويمسكه عليه^(٧).

قال^(٨): وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات^(٩)، وتعليم البازي أن يرجع^(١٠)، ويجيب إذا دعوته، وهو مأثور* عن ابن عباس رضی الله تعالى عنهما^(١١)، ولأن بدن البازي لا يحتمل الضرب، وبدن الكلب يحتمله، فيضرب ليتركه^(١٢)، ولأن آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة^(١٣)، والبازي^(١٤) متوحش^(١٥)

(١٦) بروزن عنية: غليواز.

(١) من عموم الآية.

(٢) كالاصطياد.

(٣) وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ﴾. (ك)

(٤) قوله: "ينطق إلخ" أقول: فيه شبهة؛ لأن كون ما تلاه من الآية ناطقاً بالتعليم، وما رواه من الحديث ناطقاً بالتعليم والإرسال مما لا كلام فيه، وأما كون ما تلاه من الآية ناطقاً باشتراط التعليم، وكون ما رواه من الحديث ناطقاً باشتراط التعليم، وباشتراط الأثر أيضاً، فليس بظاهر، وإنما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة، وهو ليس بحجة عندنا، في الأدلة الشرعية. (نت)

(٥) أى باشتراط التعليم وبالإرسال.

(٦) أى للمرسل.

(٧) أى يمسك الصيد على صاحبه، لا على نفسه.

(٨) أى القدورى فى "مختصره".

(٩) قوله: "ثلاث مرات" قال فى "كتاب الأصل": إذا أخذ الصيد فلم يأكل، وأخذ الآخر فلم يأكل، ثم صار الثالث فلم يأكل، فهو معلّم، والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات، كل مرة يقتل الصيد، ولم يأكل منه. (مختصر كرخى)

(١٠) والأكل منه عفو. (غن)

* انظر نصب الراية ج ٤ ص ٣١٤ فى "فصل فى الجوارح"، وراجع الدراية ج ٢ ص ٢٥٤ تحت الحديث ٩٩٥. (نعيم)

(١١) قوله: "وهو مأثور [قلت: غريب. ت] إلخ" وهو ما روى محمد فى "كتاب الآثار" وقال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس قال: «ما أمسك عليك كلبك إن كان عالماً فكل فإن أكل فلا تأكل منه فإنما أمسكه على نفسه وأما الصقر والبازي فكل وإن أكل فإن تعليمه إذا دعوته أن يجيبك، ولا تستطع ضربه حتى تدع الأكل، قال محمد: وبه نأخذ، وهو قول أبى حنيفة، إلى ههنا لفظ "كتاب الآثار". (غن)

(١٢) إذا أكل من الصيد. (نت)

(١٣) فإن حقيقة العلم والجهل فى هذه الحيوانات باطن، لا تقف عليه. (غن)

(١٤) قوله: "والبازي إلخ" قيل: فيه نظر؛ لأن هذا الفرق لا يتأى فى الفهد والنمر، فإنه متوحش كالبازي، ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء، فالمتعمد هو الأول، وليس بوارد، لأنه إنما ذكره فرقاً بين الكلب والبازي لا غير، وذلك صحيح، وإذا أريد الفرق عمومًا، فالمتعمد هو الأول. (ع)

متنفر^(١)، فكانت الإجابة آية تعليمه.

أما الكلب فهو أوف^(٢) يعتاد الانتهاب^(٣)، فكان آية تعليمه ترك مألوفه، وهو^(٤) الأكل والاستلاب^(٥)، ثم شرط^(٦) ترك الأكل ثلاثاً، وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى، لأن فيما دونه مزيد الاحتمال، فلعله^(٧) ترك مرة، أو مرتين شعباً^(٨)، فإذا تركه ثلاثاً دل على أنه^(٩) صار عادة له. وهذا^(١٠) لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار^(١١)، وإبلاء الأعذار^(١٢)، كما في مدة الخيار^(١٣)، وفي بعض قصص الأخيار، ولأن الكثير هو الذي يقع أمانة على العلم^(١٤) دون القليل، والجمع هو الكثير، وأدناه الثلاث، فقدّر^(١٥) بها^(١٦). وعند أبي حنيفة على ما ذكر في "الأصل"^(١٧)، لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلّم، ولا يقدر بالثلاث؛ لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً، بل نصّاً وسماعاً، ولا سمع، فيفوض إلى رأى المبتلى به، كما هو أصله في جنسها^(١٨).

(١٥) توحش: رميده شذن.

(١) تنفر: رميدن. (م)

(٢) بسيار الفت غيرنده.

(٣) غارت كردن، فإن عادةً أكل ما ظفر به، فإذا ترك الأكل، فقد ترك عادته. (غن)

(٤) مألوف.

(٥) استلبه: ربود آن را. (من)

(٦) القدورى

(٧) الفاء للتعليل.

(٨) بالفتح: سبرى وسير شذن از طعام. (م)

(٩) ترك.

(١٠) أى التقدير بالثلاث.

(١١) قوله: "لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار [اختبار: آزمودن] وفي "المبسوط": فقدّرنا ذلك بالثلاث؛ لأنه حسن للاختبار، والأصل فيه قصة موسى عليه السلام مع معلّمه حيث قال في الثالثة، هذا فراق بينى وبينك، وكذا الشرع قدر مدة الخيار بثلاثة أيام للاختبار، وقال عليه السلام: «إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن فليرجع»، وقال عمر رضى الله تعالى عنه: "إذا لم يربح أحدكم فى التجارات ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها". (ك)

(١٢) قوله: "وإبلاء" أبلاه عذراً: ظاهر كرد بروى عذر خود را واو قبول نمود آن را. (من)

(١٣) فى البيم.

(١٤) فيعلم منه أنه تعلم.

(١٥) لأنه المتيقن.

(١٦) ثلاث.

(١٧) أى المبسوط.

وعلى الرواية الأولى^(١) عنده يحل ما اصطاده ثالثاً^(٢)، وعندهما لا يحل^(٣)؛ لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث، وقبل التعليم غير معلّم، فكان الثالث صيد كلب جاهل، وصار كالتصرف المباشر^(٤) في سكوت المولى، وله أنه آية^(٥) تعليمه عنده^(٦)، فكان هذا^(٧) صيد جارحة معلّمة، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الإذن إعلام، ولا يتحقق دون علم العبد، وذلك^(٨) بعد المباشرة.

قال^(٩): وإذا أرسل كلبه المعلّم، أو بازيه^(١٠)، وذكر اسم الله تعالى عند إرساله، فأخذ الصيد، وجرحه، فمات حل أكله؛ لما روينا من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، ولأن الكلب أو البازي آلة، والذبح لا يحصل بمجرد الآلة^(١١) إلا بالاستعمال، وذلك^(١٢) فيهما بالإرسال^(١٣)، فنزل^(١٤) منزلة الرمي وإمرار السكين، فلا بد من التسمية عنده، ولو تركه^(١٥) ناسياً حل أيضاً على ما بيناه^(١٦).

(١٨) قوله: "كما هو أصله" أى أصل أبى حنيفة فى جنسها، أى جنس المقادير، نحو حبس الغريم وحد التقادم، وتقدير ما غلب فى نزح ماء البير المعينة. (ك)

(١) أى التى قدرها بالثلاث، أى رواية القدورى. (غن)

(٢) قوله: "يحل ما اصطاده" يعنى إذا أخذ صيداً فلم يأكل، ثم أخذ ثانياً فلم يأكل، ثم أخذ ثالثاً، فلم يأكل، يحل أكل الثالث عند أبى حنيفة. (عيني)

(٣) أى أكل الثالث، ويحل أكل ما بعده. (غن)

(٤) قوله: "وصار إلخ" فإنه لا ينفذ إلا أنه يحصل به الإذن. كفى أى صار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى، وهو ساكت، فإنه يصير مأذوناً له فى التجارة، فلا يلزم ذلك البيع، حتى كان للمولى أن ينقضه إن شاء. (ت)

(٥) قوله: "وله أنه [أى ترك الأكل عند الثلاث] إلخ" يعنى أن العلم يثبت بالمرّة الثالثة، فيكون الصيد الثالث صيد كلب معلّم فيؤكل، بخلاف مسألة المأذون؛ فإن الإذن إعلام للعبد، ولا يحصل له علم إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل: العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (غن)

(٦) أى عند الأخذ فى المرتبة الثالثة.

(٧) الثالث.

(٨) قوله: "وذلك" أى علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور، فلا ينفذ. (عيني)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) المعلّم. (ك)

(١١) قوله: "لا يحصل إلخ" ولهذا لو انقلب الصيد أو الشاة على السكين، وأصاب مذبحة لا يحل؛ لأن الاستعمال لم يوجد. (غن)

(١٢) استعمال.

(١٣) فالإرسال فيهما كاستعمال السكين فى الذبح. (غن)

(١٤) الإرسال.

وحرمة^(١) متروك التسمية عامداً في الذبائح، ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية^(٢)؛ ليتحقق الذكاة الاضطراري، وهو الجرح في أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد^(٣) من الآلة إليه^(٤) بالاستعمال^(٥)، وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ما يشير إلى اشتراط الجرح، إذا هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل^(٦)، فيحمل على الجراح الكاسب^(٧) بنابه ومخلبه ولا تنافى^(٨)، وفيه أخذ باليقين^(٩). وعن أبي يوسف^(١٠): أنه لا يشترط^(١١) رجوعاً إلى التأويل الأول^(١٢)، وجوابه ما قلنا^(١٣).

قال^(١٤): فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل، وإن أكل منه البازي أكل،

(١٥) تسمية.

(١٦) قوله: "على ما بيناه وحرمة الخ" أى بينا ترك التسمية في الذبائح ناسياً، وبيناً أيضاً حرمة متروك التسمية عامداً. (غن)

(١) روى منصوباً عطفاً على الضمير المنصوب.

(٢) قوله: "في ظاهر الرواية" يريد به رواية "الزيلات"، فإنه قال: لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل، وأشار في الأصل أنه يحل، والفتوى على ظاهر الرواية. (٤)

(٣) وهو الجرح. (ك)

(٤) أى إلى الصائد.

(٥) أى بسبب استعمال الصائد تلك الآلة.

(٦) قوله: "في تأويل" أى فى تأويل سوى التأويل الأول الذى ذكر قبل هذه الصفحة، بقوله والجوارح الكواسب فى تأويل. (ك)

(٧) قوله: "فيحمل الخ" فإن قيل: فيه جمع بين الحقيقة والمجاز، أو عموم المشترك؛ لأن الجوارح إما أن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازاً، قلنا: لا كذلك، بل الجوارح أخص من الكواسب، فلو كان المراد من الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك. (معراج الدراية)

(٨) أى بين التأويلين.

(٩) قوله: "وفيه أخذ باليقين" أى فى الجمع بين التأويلين أخذ باليقين، وذلك لأن النص إذا ورد فيه اختلاف المعانى، فإن كان بينهما تناف، يثبت أحدهما بذليل يوجب ترجيحه، وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجمع أخذاً باليقين، كذا ذكره فخر الإسلام فى الحيض فى قوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله تعالى فى أرحامهن﴾ قيل: أريد الحبل، وقيل: الحيض، والصحيح أنهما مرادان؛ لأنه لا تنافى بينهما، فكذا ههنا لا تنافى بين الكسب والجراحة. (ك)

(١٠) وعن أبى حنيفة، كذا فى "غاية البيان".

(١١) الجرح.

(١٢) قوله: "إلى التأويل الأول [يعنى ما سبق من الكواسب. ع]" وهو أن الرد من الجوارح الكواسب، فيحل صيده بأى وجه كان؛ لعموم النص. (عيني)

(١٣) قوله: "ما قلنا" أراد به قوله: "ولا تنافى وفيه أخذ باليقين". (ك)

(١٤) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

والفرق ما بيناه^(١) في دلالة التعليم، وهو مؤيد بما روينا^(٢) من حديث عدى رضى الله تعالى عنه، وهو حجة على مالك^(٣)، وعلى الشافعى في قوله القديم^(٤): في إباحة ما أكل الكلب منه^(٥).

ولو أنه^(٦) صَادُ صِيوداً^(٧)، ولم يأكل منها، ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد؛ لأنه^(٨) علامة الجهل^(٩)، ولا ما يصيده بعده^(١٠)، حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات، كما بيناها في الابتداء^(١١).

وأما الصيود التي أخذها من قبل، فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه؛ لانعدام المحلية^(١٢)، وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة^(١٣)، بأن لم يظفر صاحبه بعد، تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز^(١٤) في بيته^(١٥)، يحرم عنده، خلافاً لهما.

(١) قوله: "ما بيناه إلخ" يعني أن التعليم شرط فيما يصادبه من الجوارح؛ لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾، والتعليم في الكلب بترك الأكل، وفي البازي بالإجابة، وقد مر بيانه بأتم الوجوه. (غن)

(٢) قوله: "وهو مؤيد إلخ" الضمير راجع إلى مضمون قوله: "فإن أكل منه الكلب، أو الفهد لم يؤكل" ولا شك أنه مؤيد بحديث عدى، فإنه رضي الله عنه قال فيه: «وإن أكل منه فلا تأكله» كما قد مر، وكان الأولى على المصنف أن يذكر هذا الكلام عقيب قوله: فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل؛ لكن الأمر هين بعد وضوح المقصود، ولا يمكن إرجاع الضمير إلى الفرق؛ فإنه لا يستفاد من حديث عدى أصلاً، كما لا يخفى على من فتح عينيه. (مولانا محمد عبد الحلهم نور الله مرقدته)

(٣) قوله: "وهو حجة على مالك إلخ" فإن قيل: روى أبو ثعلبة الخشني رضى الله تعالى عنه أنه عليه السلم قال في صيد الكلب: «وإن أكل منه» وذلك دليل واضح لهما.

قلت: رواية أبي ثعلبة معارضة بحديث عدى، وحديث عدى مرجع على حديث أبي ثعلبة؛ لأنه حديث يحل ما أكل منه الكلب، وحديث عدى يحرم ما أكل الكلب منه، وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجع على المحل عند التعارض، فيجعل ناسخاً له، فوجب العمل بحديث عدى، دون حديث أبي ثعلبة. (نت)

(٤) وفي قوله الجديد - وهو مختار المزني -: إنه لا يباح. (غن)

(٥) صيد.

(٦) ذكرها تقريباً على مسألة المختصر، وهي من مسائل الأصل. (غن)

(٧) صيد - بالفتح - شكار كردن وشكار. (م)

(٨) أكل.

(٩) أى جهل الكلب.

(١٠) أى لا يؤكل.

(١١) قوله: "كما بيناها في الابتداء" أراد به قوله: وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات إلى أن قال: وهذا عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة إلى أن قال: وعلى الرواية الأولى يحل ما اصطاده ثالثاً إلى آخره. (ك)

(١٢) قوله: "لانعدام المحلية" لأن الحكم بالحرمة لا يتصور إلا في محل قائم، وقد فات المحل بالأكل. (ك)

(١٣) أى لم يأخذه الصائد بعد. (ك)

(١٤) قوله: "وما هو محرز إلخ" وأما ما باع المالك مما قدره عن صيوده، فلا شك أن على قولهما: لا ينقض

هما يقولان: إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم، لأن الحرفة^(١) قد تنسى^(٢)، ولأن فيما أحرزه^(٣) قد أمضى الحكم فيه^(٤) بالاجتهاد، فلا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود^(٥) قد حصل بالأول.

بخلاف غير المحرز؛ لأنه ما حصل المقصود من كل وجه، لبقاء صيداً من وجه؛ لعدم الإحراز، فحرمانه^(٦) احتياطاً، وله أنه^(٧) آية جهله من الابتداء؛ لأن الحرفة لا تنسى أصلها^(٨)، فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل^(٩) للشبع^(١٠)، لا للعلم، وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود^(١١)؛ لأنه^(١٢) بالأكل، فصار كتبدل اجتهاد

البيع فيه، وأما على قول أبي حنيفة: ينبغي أن ينقض البيع إذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلاً، والحاصل أن على قولهما: يحكم بجهله مقصوراً على وقت الأكل، وعند أبي حنيفة مستنداً. (ك)

(١٥) الصائد

(١) أو قد يشتد غلبة الجوع فيأكل مع علمه. (زبلى)

(٢) نسيان - بالكسر - فراموش كردن. (م)

(٣) الصائد.

(٤) قوله: "قد أمضى الحكم [أى الحل] إلخ" يعنى إنما حكمنا بإباحة المحرز من الصيد بالاجتهاد؛ لأن ترك الأكل يحتمل أن يكون للعلم، ويحتمل أن يكون للشبع، فصار إباحة المحرز بالاجتهاد، فلو نقض نقض بالاجتهاد، ولأن الأكل أيضاً يحتمل أن يكون عن جهل في الأصل، ويحتمل أن يكون لشدة الجوع، أو لأنه نسي الآن. والأصل أن ما أمضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن المقصود قد حصل الآن، ولكن يعمل به في المستقبل، كما في سائر المجتهدات، بخلاف ما لم يحزره؛ لأن الإباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه، لأننا إنما نحكم بها إذا خرج من الصيدية من كل وجه، وشيء من معناها باق فيه، وهو أنه في المفازة بعد.

أو نقول: إباحة الأكل إنما يثبت وقت الأكل لعدم الحاجة قبل ذلك، ووقت الأكل بعد الإحراز؛ لأن غير المحرز لا يؤكل، فإن قيل: الصيد اسم للمتوحش المنفرد، ولم يبق من هذا المعنى شيء، قلنا: بقى ما يلازمه، وهو عدم الإحراز على أنا نقول: التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد، فإن البيضة صيد باعتبار ماله مع انعدام هذا المعنى فيه، فلأن يكون هذا صيداً باعتبار ما كان بالطريق الأولى. (ك)

(٥) هو الإحراز.

(٦) غير المحرز.

(٧) أكل.

(٨) وترك الأكل أصل هذه الحرفة.

(٩) فى الصيد السابقة.

(١٠) سير شدن از طعام. (م)

(١١) قوله: "وتبدل الاجتهاد إلخ" تحقيقه أن حكم الإباحة فى المحرز إنما يثبت عند الأكل؛ لأنها مبنية على كون الكلب معلماً، وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالنا، فكان وهما واحتمالا، والموهوم يعتبر عند الضرورة، وذلك عند الأكل، فلم تكن الإباحة ثابتة قبله، فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يودى إلى إبطال حكم أمضى بالاجتهاد باجتهاد مثله، بل يودى إلى المنع، فصار كظهور اجتهاد آخر للقاضى قبل القضاء. (ك)

(١٢) أى لأن المقصود إنما يحصل بالأكل. (كف)

القاضي قبل القضاء .

ولو أن صقراً فرّ من صاحبه^(١)، فمكث حيناً^(٢)، ثم صاد^(٣) لا يؤكل صيده؛ لأنه ترك ما صار به عالماً^(٤)، فيحكم بجهله، كالكلب إذا أكل من الصيد^(٥).
ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل^(٦)؛ لأنه ممسك للصيد عليه^(٧)، وهذا من غاية علمه، حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له.

ولو أخذ^(٨) الصيد من المعلم^(٩)، ثم قطع منه قطعة، وألقاها إليه، فأكلها يؤكل ما بقي؛ لأنه لم يبق صيداً^(١٠)، فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره، وكذا إذا وثب^(١١) الكلب، فأخذه^(١٢) منه^(١٣)، وأكل منه؛ لأنه ما^(١٤) أكل من الصيد، والشرط ترك الأكل من الصيد، فصار كما إذا افترس^(١٥) شاته^(١٦)، بخلاف ما إذا فعل ذلك^(١٧) قبل أن يحزره^(١٨) المالك^(١٩)؛ لأنه بقيت^(٢٠) فيه جهة الصيدية.

(١) ذكرها تفريراً أيضاً، وهي من مسائل الأصول. (غن)

(٢) أي دعاه ولم يجب. (ك)

(٣) قوله: "ثم صاد" أي ثم عاد إلى صاحبه فصاد، لا يؤكل صيده، وما صاده قبل الرجوع إلى صاحبه، فلا شبهة في أنه لا يؤكل لعدم الإرسال. (كفاية)

(٤) وهو إجابته إلى صاحبه. (غن)

(٥) فيحكم بجهله. (غن)

(٦) ذكره تفريراً. (غن)

(٧) أي على الصائد.

(٨) الصائد.

(٩) هذه من مسائل الأصول ذكرها تفريراً. (غن)

(١٠) قوله: "لأنه [أي لأن القطعة على تأويل المقطوع] لم يبق صيداً" لأن الصيد اسم لتوحش غير محرز، وقد زال التوحش بالقتل، وزال عدم إحرازه بالإحراز، فالتحق بسائر أطعمته، وأكله من سائر أطعمته لا يدل على جهله، فهنا كذلك. (ك)

(١١) قوله: "وكذا [هذه أيضاً من مسائل الأصل ذكرها تفريراً. (غن) أي يؤكل ما بقي. (غن) إذا وثب [برجستن] أي أخذ الرجل الصيد من الكلب، ثم وثب عليه الكلب فأخذه إلخ" (كف)

(١٢) صيد.

(١٣) صائد.

(١٤) نافية.

(١٥) افتراس: استخوان گردن شكستن. (م)

(١٦) الصائد.

(١٧) أي الوثوب والأكل.

(١٨) صيد.

ولو^(١) نهس^(٢) الصيد، فقطع منه^(٣) بضعة^(٤) فأكلها^(٥)، ثم أدرك الصيد
 فقتله^(٦)، ولم يأكل منه لم يؤكل؛ لأنه صيد كلب جاهل^(٧)، حيث أكل من الصيد
 ولو ألقى ما نهسه^(٨)، واتبع الصيد فقتله، ولم يأكل منه، وأخذه صاحبه، ثم
 مر بتلك البضعة^(٩)، فأكلها يؤكل الصيد؛ لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه
 الحالة^(١٠) لم يضره، فإذا أكل ما بان^(١١) منه، وهو^(١٢) لا يحل لصاحبه أولى^(١٣).
 بخلاف الوجه الأول^(١٤)؛ لأنه أكل في حالة الاصطياد، فكان جاهلاً بمسكاً
 لنفسه، ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها، وقد يكون حيلة في الاصطياد؛
 ليضعف^(١٥) بقطع القطعة منه، فيدركه، فالأكل قبل الأخذ يدل^(١٦) على الوجه
 الأول^(١٧)، وبعده على الوجه الثاني^(١٨)، فلا يدل على جهله^(١٩).

(١٩) بأن لم يأخذه المالك منه.

(٢٠) باعتبار عدم الإحراز. (كف)

(١) هذه أيضاً من مسائل الأصل، ذكرها تفریباً. (غن)

(٢) الكلب، نهس - بالفتح - بدنان بيش گزیدن. (م) نهسته الحية لسعته. (ديوان)

(٣) في ابتاعه إياه. (كف)

(٤) پاره گوشت. (م)

(٥) بضعة.

(٦) أى ذلك الصيد.

(٧) قوله: "لأنه صيد كلب إلخ" لأنه لما أكل القطعة التي تمكن منها، علم أنه غير معلّم، وإن سعيه لنفسه لا

للإسك على صاحبه، وإنما ترك الأكل بما بقى؛ لأنه يشيم بتناول تلك القطعة. (كف)

(٨) قوله: "ولو ألقى [هذه من مسائل الأصل أيضاً ذكرها تفریباً] ما نهسه" قال في "الجمهرة": النهس: أخذ

الشيء من مقدم فيك، وهو من باب فعل بفتح العين في الماضى والمضارع جميعاً. (غن)

(٩) البضعة القطعة من اللحم المجتمعة. (ديوان)

(١٠) أى حالة أخذ صاحب الصيد، وهى بعد إحراز صاحبه وأخذه. (غن)

(١١) جدا شد. (من)

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أن لا يضره.

(١٤) أى ما أكل البضعة حين قطعها. (غن)

(١٥) الصيد.

(١٦) فدل على جهل الكلب. (غن)

(١٧) وهو أنه نهسها ليأكلها. (غن)

(١٨) قوله: "وبعده" أى أكله بعد أخذ صاحبه يدل على الوجه الثانى، وهو أنه نهس البضعة حيلة في الاصطياد؛

ليضعف الصيد، فكان من غاية حذاقته، فلم يدل على جهله، فيؤكل الصيد. (غن)

قال^(١): وإن أدرك المرسل الصيد حياً، وجب عليه أن يذكيه^(٢)، وإن ترك تذكيتها حتى مات لم يؤكل^(٣)، وكذا البازي^(٤) والسهم؛ لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ المقصود هو الإباحة^(٥)، ولم تثبت قبل موته^(٦)، فبطل حكم البدل، وهذا إذا تمكن من ذبحه^(٧).

أما إذا وقع^(٨) في يده، ولم يتمكن من ذبحه^(٩)، وفيه^(١٠) من الحياة فوق ما يكون في المذبوح، لم يؤكل في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يقدر على الأصل^(١١)، فصار كما إذا رأى الماء، ولم يقدر على الاستعمال^(١٢).
 ووجه الظاهر أنه قدر^(١٣) اعتباراً^(١٤)؛ لأنه ثبت يده^(١٥) على المذبوح^(١٦)، وهو قائم

(١٩) أى الأكل بعد الأخذ.

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى يذبحه.

(٣) سواء كان الحياة فيه بينة أو خفية. (غن)

(٤) قوله: "وكذا البازي الخ" اعلم أن قوله وإن أدرك المرسل، إلى قوله: "حتى مات لم يؤكل" عبارة القدورى فى "مختصره"، وقوله: وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف، فأقول: هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جداً عندى.

أما قوله وكذا البازي فظاهر؛ لأن قول القدورى وإن أدرك المرسل الخ يتناول صيد الكلب وصيد البازي، وليس فيه شيء يقتضى اختصاصه بالأول، فلا حاجة إلى ذكر قوله وكذا البازي، بل لا وجه له.

وأما قوله: والسهم، فلأن حكم مسألة السهم سيجىء فى باب الرمي مفصلاً، ألا ترى إلى قوله هناك، فإذا سمي الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات، وإن أدركه حياً ذكاه، انتهى، فلا حاجة إلى بيانه ههنا. (نت)
 قوله: "وكذا البازي الخ" يعنى إذا أرسل البازي على الصيد، فجرحه أو رماه بسهم، ثم أدركه حياً، ولم يذكه،

حتى مات، لا يؤكل. (غن)

(٥) أى إباحة الأكل.

(٦) صيد.

(٧) قوله: "وهذا إذا تمكن" أى الذى قلنا من عدم الأكل، فيما إذا أدركه، ولم يذكه فمات، إنما هو فيما إذا تمكن

من ذبحه، ولم يذبحه. (غن)

(٨) صيد.

(٩) قوله: "ولم يتمكن من ذبحه" إما لفقد الآلة، أو لضيق الوقت، وفقد الآلة أن لا يجد الآلة أصلاً، وضيق الوقت أن تكون الآلة موجودة، إلا أنه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاشتغال بتحصيل الآلة، والاستعداد للذبح. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أى لم يقدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ إذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح. (عناية)

(١٢) فلا يبطل تيممه.

(١٣) على الأصل.

مقام التمكن من الذبح^(١)، إذ لا يمكن اعتباره؛ لأنه لا بد له من مدة، والناس يتفاوتون فيها^(٢)، على حسب تفاوتهم في الكياسة^(٣) والهداية في أمر الذبح، فأدير الحكم على ما ذكرناه.

بخلاف ما إذا بقى فيه^(٤) من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح؛ لأنه ميت حكماً، ألا ترى أنه لو وقع^(٥) في الماء، وهو^(٦) بهذه الحالة لم يحرم^(٧)، كما إذا وقع وهو^(٨) ميت، والميت^(٩) ليس بمذبح^(١٠).

وفصل بعضهم فيه تفصيلاً^(١١)، وهو أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل^(١٢)، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا^(١٣)، خلافاً للشافعي؛ لأنه إذا وقع^(١٤) في يده لم يبق صيداً، فبطل حكم ذكاة الاضطرار، وهذا إذا كان يتوهم

(١٤) وإن لم يقدر حقيقة. (٤)

(١٥) قوله: "لأنه ثبت يده على الخ" يعني أن حكم القدرة على الأصل يدار على الوقوع في يده حياً؛ لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز؛ لتفاوت أحوال الناس في الهداية في أمر الذبح وعدمها، ولهذا قلنا: إن الحمل إذا سقط، وضاق الوقت عن الذبح في المذبح، فجرحه في غير المذبح، حتى مات لا يحل؛ لوجود ما يقوم مقام القدرة على ذكاة الاختيار، وهو حصوله في يده حياً. (ك)

(١٦) محل الذبح.

(١) أي ثبوت اليد على المذبح.

(٢) فمنهم من يتمكن في ساعة، ومنهم من لا يتمكن في أكثر. (٤)

(٣) كياسة - بالكسر - زيركي وزيركي شذن. (٣)

(٤) قوله: "بخلاف ما إذا بقى [بأن يقر بطنه ونحو ذلك. (زيلعي)] فإنه يحل وإن لم يذك حتى مات. [ع] الخ" وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع، وقيل: هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، عندهما غير معتبرة، كما سيحى. (زيلعي)

(٥) صيد.

(٦) الواو حالية.

(٧) أي فيه حياة كما في المذبوح. (٤)

(٨) الواو حالية.

(٩) فلا يحرم.

(١٠) أي ليس بمحل الذبح. (ك)

(١١) فيما إذا كانت الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح. (٤)

(١٢) قوله: "لم يؤكل" لأن التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه. (كف)

(١٣) قوله: "لم يؤكل عندنا" وقال الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل: يحل استحساناً، وهو قول الشافعي؛ لأنه لم

يقدر على الأصل لضيق الوقت، فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل، وبلا استحسان أخذ القاضي فخر الدين قاضى خان. (ك)

(١٤) حياً.

بقائه^(١).

أما إذا شق بطنه^(٢)، وأخرج ما فيه، ثم وقع في يد صاحبه^(٣) حل^(٤)؛ لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر، كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت، وقيل^(٥): هذا^(٦) قولهما.

أما عند أبي حنيفة لا يؤكل^(٧) أيضاً، لأنه وقع في يده حياً، فلا يحل، إلا بذكاة الاختيار رداً إلى المتردية^(٨) على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

هذا الذي ذكرناه^(٩) إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه^(١٠) حل أكله عند أبي حنيفة، وكذا المتردية^(١١) والنطيحة^(١٢) والموقوذة^(١٣)، والذي بقر^(١٤) الذئب بطنه، وفيه حياة خفية، أو بينة، وعليه^(١٥) الفتوى؛ لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناء مطلقاً من غير فصل^(١٦).

(١) قوله: "وهذا" أى عدم حل الأكل بدون الذكاة فيما لم يتمكن إما لفقد الآلة، وإما لضيق الوقت إذا كان يتوهم بقاءه أى حيا مع الجرح الذى جرحه الكلب. (مل)

(٢) الكلب المعلم.

(٣) وهو حى، فلم يذكه، فمات حل.

(٤) لأنه استقر فيه فعل الزكاة قبل وقوعه فى يده، وما بقى إلخ.

(٥) القائل: أبو بكر الرازى.

(٦) أى الحل.

(٧) أى مشقوق البطن.

(٨) قوله: "ردا إلى المتردية" أى قياساً عليه واعتباراً به، والمتردية التى تقع فى البئر، أو تسقط من الجبل ونحوه، والجامع عدم نوعى الذكاة الاضطرارية والاختيارية، وذلك فى المتردية ظاهر، وكذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لما وقع فى يده حيا بطل الذكاة الاضطرارية، ولم يوجد الذكاة الاختيارية، فصار نظير المتردية، فلا يؤكل. (ك)

(٩) أى أنه لا يؤكل عنده إذا شق بطنه، وأخرج فيه. (٤)

(١٠) قوله: "فلو أنه ذكاه إلخ" هذا ليس لبيان الخلاف، بل لبيان الإجماع؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح، وقد وجد، وعندهما حل بلا ذبح. (ك)

(١١) قوله: "المتردية [أى يحل عند أبي حنيفة بالذكاة. ك]" المتردية التى تتردى من مكان عال، أو فى بئر فتموت، والنطيحة هى التى تنطحها أخرى فتموت، والموقوذة هى مقتولة بالحشب، قال قتادة: كانوا يضربونها بالعصا، فإذا مات أكلوها. (معالم التنزيل)

(١٢) نطخ: شاخ زدن گاو وگوسپند، وأمثال آن. (كتر اللغات)

(١٣) شاة وقيذ گوسپند كشته بجوب. (من)

(١٤) أى شق. (٤)

(١٥) أى على قول أبي حنيفة. (ك)

وعند أبي يوسف ^(١) إذا كان ^(٢) بحال لا يعيش مثله لا يحل ^(٣)؛ لأنه لم يكن موته بالذبح. وقال محمد: إن كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل ^(٤)، وإلا فلا؛ لأنه لا معتبر بهذه الحياة، على ما قررناه ^(٥).

ولو أدركه ^(٦) ولم يأخذه ^(٧)، فإن كان ^(٨) في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل؛ لأنه صار في حكم المقدور عليه، وإن كان ^(٩) لا يمكنه ذبحه أكل؛ لأن اليد لم تثبت به ^(١٠)، والتمكن من الذبح لم يوجد، وإن أدركه فذكاه، حل له؛ لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة، فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع، وإن لم تكن فيه حياة مستقرة. فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح، على ما ذكرناه ^(١١)، وقد وجد، وعندهما لا يحتاج إلى الذبح.

وإذا ^(١٢) أرسل كلبه المعلم على صيد ^(١٣)، وأخذ غيره حل، وقال مالك: لا يحل، لأنه أخذه بغير إرسال؛ إذ الإرسال مختص بالمشار إليه. ولنا أنه ^(١٤) شرط غير مفيد ^(١٥)؛ لأن مقصوده حصول الصيد ^(١٦)؛ إذ لا يقدر

(١٦) قوله: "من غير فصل" أي بين أن يكون للمذبوح حياة خفية أو بيئة. (ك)

(١) قوله: "وعند أبي يوسف الخ" أي عند أبي يوسف لا يحل وإن ذكى المتردية والنطيحة والموقودة، والذي بقر الذئب بطنه، إذا كان الصيد بحال لا يعيش مثله؛ لأنه موته ليس بالذبح، وعند محمد يحل بالذكية إذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح؛ لأنه حينئذ يكون موته بالذبح، وإن لم يكن يعيش أكثر ما يعيش المذبوح لا يحل بالذبح؛ لأنه لا يعتبر تلك الحياة. (غن)

(٢) أي كل واحد من المتردية وغيرها.

(٣) وإذا لم يكن كذلك لا يحل، وإن ذكى.

(٤) بالذكاة.

(٥) إشارة إلى قوله: لأنه ميت حكماً. (غن)

(٦) قوله: "ولو أدركه [صائد] الخ" يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد، وههنا أدركه، ولم يأخذه. (ع)

(٧) فمات.

(٨) الإدراك.

(٩) أي إن كان الإدراك في وقت لا يمكنه الخ.

(١٠) إدراك.

(١١) قوله: "على ما ذكرناه" إشارة إلى قوله: لأنه وقع في يده حياً، فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رداً إلى المتردية، أي قياساً عليها. (غن)

(١٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها بسبيل التفريم. (غن)

(١٣) معين.

(١٤) أي أن أخذ ما عينه عند الإرسال.

على الوفاء به^(١)، إذ لا يمكنه تعليمه^(٢) على وجه يأخذ ما عينه، فسقط اعتباره^(٣).
ولو أرسله على صيد كثير^(٤)، وسمى مرة واحدة حالة الإرسال، فلو قتل
الكل يحل بهذه التسمية الواحدة؛ لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه^(٥).
ولهذا تشترط التسمية عنده، والفعل^(٦) واحد، فتكفيه تسمية واحدة، بخلاف
ذبح الشاتين^(٧) بتسمية واحدة؛ لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول، فلا بد من
تسمية أخرى، حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى، وذبحهما بمرة واحدة تحلان
بتسمية واحدة^(٨).

ومن أرسل^(٩) فهداً، فكمن^(١٠) حتى يستمكن، ثم أخذ الصيد، فقتله يؤكل؛
لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد^(١١) لا استراحة، فلا يقطع الإرسال^(١٢).
وكذا الكلب إذا اعتاد عادته^(١٣)، ولو أخذ الكلب^(١٤) صيداً فقتله، ثم أخذ
آخر فقتله، وقد أرسله صاحبه أكلاً جميعاً، لأن الإرسال قائم لم ينقطع، وهو

(١٥) في حقه ولا في حق الكلب. (زيلعي)

(١٦) قوله: "لأن مقصوده إلخ" والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء، فإن قيل: قد يكون مقصوده صيداً معيناً،
أجيب: بأنه متعذر، إذ لا يقدر إلخ. (٤)

(١) بأخذ المعين.

(٢) كلب.

(٣) قوله: "فسقط اعتباره [فكان الاعتبار الإرسال. غن]" لأن ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره، كما قلنا في
البازي: إنه سقط اعتبار ترك الأكل؛ لاستحالة تعليمه، ولا يقال: جاز أن يكون مقصوده المعين، نقول: لو كان مقصوده
المعين، كان باعتبار أنه صيد، لا باعتبار أنه هو. (ك)

(٤) هذه من مسائل الأصل أيضاً، ذكرها تفريراً. (غن)

(٥) قوله: "على ما بيناه" أي في أوائل كتاب الذبح حيث قال: وفي الصيد يشترط عند الإرسال والرمي. (ك)

(٦) إرسال.

(٧) أي على التعاقب.

(٨) لأن الفعل واحد.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تفريراً أيضاً. (غن)

(١٠) قوله: "فكمن [على حسب العادة]" كمن كمونا توارى واستخفى، ومنه الكمين، وأما تكمن في معنى
مكن، فغير مسموع إلا في السير. (مغرب)

(١١) أي الاصطياد.

(١٢) قوله: "فلا يقطع الإرسال" أي فوره كيف، وقصد صاحبه يتحقق بذلك، وعد ذلك من الخصال الحميدة. (ت)

(١٣) قوله: "إذا اعتاد [عادة الفهد] إلخ" أي صنع كما يصنع الفهد، والفهد إذا أرسل كمن، ولا يتبع الصيد، حتى
يستمكن. (غاية البيان)

(١٤) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تفريراً. (غن)

بمنزلة ما لورمى سهماً إلى صيد، فأصابه وأصاب آخر.

ولو قتل الأول فنجثم عليه^(١) طويلاً^(٢) من النهار، ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني؛ لانقطاع الإرسال بمكثه إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنما^(٣) كان استراحة، بخلاف ما تقدم^(٤).

ولو أرسل بازيه المعلم^(٥) على صيد، فوقع على شيء^(٦)، ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله، فإنه يؤكل، وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للكمين^(٧)؛ لما بينا في الكلب^(٨)، ولو أن بازياً^(٩) معلماً أخذ صيداً فقتله، ولا يدري أرسله إنسان أم لا، لا يؤكل؛ لوقوع الشك في الإرسال^(١٠)، ولا تثبت الإباحة بدونه.

قال^(١١): وإذا خنقه الكلب^(١٢)، ولم يجرحه^(١٣) لم يؤكل؛ لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه^(١٤)، وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر^(١٥).

(١) قوله: "فنجثم عليه" جثوم الطائر مثل جلوس الإنسان، من باب ضرب، قولهم: انجثم الليث خطاً. (مغرب)

(٢) أى زماناً طويلاً.

(٣) وإنما أخذ الثاني بلا إرسال، فلا يؤكل. (غن)

(٤) قوله: "بخلاف ما تقدم أى بخلاف ما إذا مكث للكمين. ك]" وهو قوله: فكمن حتى يتمكن. (ك)

(٥) قوله: "ولو أرسل بازيه إلخ" هذه من مسائل الأصل ذكرها تقريباً أيضاً، وقد مرت عند قوله: ولو أن صقراً فر من صاحبه. (غاية البيان)

(٦) قوله: "فوقع على شيء إلخ" من عادة البازي أنه يقع على شيء، وينظر إلى صيده، الثانية من الجانب الذي يتمكن من أخذه، وهو بمنزلة كمين الفهد، فلا ينقطع به فور الإرسال. (كفاية)

(٧) قوله: "وإنما مكث ساعة للكمين" حتى لا ينقطع فور الإرسال، فأما إذا مكث زماناً طويلاً حتى انقطع فور الإرسال، فإنه لا يؤكل، كذا في القلب. (غن)

قوله: "للكمين" كمنون - بالضم - پنهان شدن، وكمين بروزن امير در آمدن در كارى كه دانسته شود. (تاج اللغات)

(٨) من أن الإرسال قائم.

(٩) هذه من مسائل الأصل، ذكرها تقريباً. (غن)

(١٠) قوله: "لوقوع الشك في الإرسال" والإرسال شرط الإباحة بعد وجود التعليم، فإذا لم يعلم أنه كان مرسل أو لم يكن، لا يثبت الإباحة، فلا يؤكل؛ لأنه ميتة لا لأنه مال الغير، كذا في "غاية البيان"، ولعن علم أنه مرسل، فلا يؤكل إلا بإذن صاحبه، كذا قال الزيلعي. (من)

(١١) أى القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) خنق بالفتح خفه كردن.

(١٣) فمات.

(١٤) قوله: على ما ذكرناه أى عند قوله: ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية. (غاية البيان)

(١٥) أى لم يجرح ولم يخنق، ولكنه كسر عضواً.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا كسر عضواً فقتله، لا بأس بأكله؛ لأنه^(١) جراحة باطنة، فهي كالجراحة الظاهرة.

وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض^(٢) سبباً لإنهار الدم^(٣)، ولا يحصل ذلك بالكسر، فأشبهه التخنيق.

قال^(٤): وإن شاركه^(٥) كلب غير معلّم، أو كلب مجوسى، أو كلب لم يذكر عليه اسم الله، يريد به عمداً^(٦) لم يؤكل؛ لما روينا^(٧) فى حديث عدى رضى الله تعالى عنه؛ ولأنه اجتمع المبيح والمحرم، فيغلب جهة الحرمة نصاً^(٨)، أو احتياطاً^(٩).

ولورده عليه الكلب الثانى^(١٠)، ولم يجرحه معه^(١١)، ومات بجرح الأول يكره أكله؛ لوجود المشاركة^(١٢) فى الأخذ وفقدتها فى الجرح، وهذا بخلاف ما إذا رده^(١٣) المجوسى عليه^(١٤) بنفسه^(١٥)، حيث لا يكره؛ لأن فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب، فلا تتحقق المشاركة، وتتحقق بين فعلى الكلبين؛ لوجود المجانسة^(١٦).

(١) أى الكسر.

(٢) أى يقوم.

(٣) أى إنهار بالكسر: روان كردن آب وجزآن. (م)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (ك)

(٥) أى شارك الكلب المعلّم فى الأخذ والجرح. (ع)

(٦) قوله: "يريد به" أى بعدم ذكر اسم الله عليه عدم ذكره عمداً؛ لأنه إذا ترك ناسياً أكل. (غن)

(٧) فى أول هذا الكتاب.

(٨) قوله: "نصاً" كان يشير إلى حديث: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام» وهذا الحديث وجدته

موقوفاً على ابن مسعود. (ت)

(٩) قوله: "احتياطاً" لأن الحرام واجب الترك، والحلال جائز الترك، فكان الاحتياط فى الترك. (ك)

(١٠) قوله: "ولو رده عليه إلخ" أى لو رد الكلب الثانى الصيد على الكلب الأول، يعنى إذا كان الصيد يفر من

الكلب الأول، فاستقبله كلب آخر غير معلّم، فرده حتى أخذه الكلب الأول، يكره أكله، قيل: كراهة تنزيه، وقيل: كراهة

تحريم، وهو اختيار شمس الأئمة الحلوانى. (ك)

(١١) بل إنما جرحه الكلب المعلّم ومات بجرحه. (غن)

(١٢) قوله: "لوجود المشاركة إلخ" فغلب جانب الحل، فأوجب إعانة غير المعلّم الكراهة دون الحرمة؛ لعدم

المشاركة فى الأخذ والجرح. (ك)

(١٣) صيد.

(١٤) أى على الكلب الأول المعلّم.

(١٥) وأخذ الكلب الصيد وقتله. (غن)

(١٦) قوله: "لوجود المجانسة" يعنى أن المجانسة شرط الضم، فلا يضم أحد الفعلين إلى الآخر إذا لم

يتجانسا، حتى يصيرا علة واحدة. (أعظمى)

ولو لم يرده ^(١) الكلب الثاني ^(٢) على الأول، لكنه اشتد ^(٣) على الأول حتى اشتد ^(٤) على الصيد، فأخذه وقتله، لا بأس بأكله؛ لأن فعل الثاني ^(٥) أثر في الكلب المرسل دون الصيد ^(٦)، حيث ازداد به طلباً ^(٧)، فكان تبعاً لفعله؛ لأنه بناء عليه، فلا يضاف الأخذ إلى التبع ^(٨)، بخلاف ما إذا كان رده ^(٩) عليه؛ لأنه لم يصر تبعاً، فيضاف إليهما.

قال ^(١٠): وإذا أرسل المسلم كلبه، فزجره ^(١١) مجوسى، فانزجر بزجره فلا بأس بصيده ^(١٢)، والمراد بالزجر الإغراء ^(١٣) بالصياح ^(١٤) عليه، وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ^(١٥).

ووجهه ^(١٦) أن الفعل يرفع بما هو فوقه، أو مثله ^(١٧)، كما في نسخ الآي ^(١٨)، والزجر دون الإرسال؛ لكونه ^(١٩) بناء عليه.

(١) ذكرها تبعاً، وهى من مسائل الأصول. (غن)

(٢) أى غير المعلم.

(٣) أى عدا، كذا فى "ديوان الأدب". (غن) اشتداد دويدن. (م)

(٤) الأول.

(٥) أى غير المعلم.

(٦) لأنه لم يرد على الصيد.

(٧) لأن عدوه خلفه، صار مهيجاً له. (غن)

(٨) فلم يوجب الكراهة فى الصيد لعدم المشاركة، والإعانة فى الصيد. (ك)

(٩) الثانى.

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) يقال: زجر الكلب فانزجر أى هيجه فهاج. (غن) أى بانگ برزد تانيز رود.

(١٢) قوله: "فلا بأس بصيده" أى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الإرسال؛ لكون الزجر دون الإرسال، ونوقض

بالحرم إذا زجر كلب حلال، فإنه يجب عليه الجزاء. وأجيب: بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص، فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دوتة، وهو الدلالة، فوجب بالزجر بالطريق الأولى. (عتاية)

(١٣) إغراء بالكسر: برانگيختن وپرغلانیدن. (م)

(١٤) بالكسر: آواز بلند. (م)

(١٥) أى طلب الكلب للصيد. (ع)

(١٦) الحل.

(١٧) دون الأدنى. (ع)

(١٨) قوله: "كما فى نسخ الآي" فإن نسخ المحكم إنما يكون بالمحكم، ولا يكون نسخ المحكم بالمجمل. (ك)

(١٩) الزجر.

قال^(١١): "ولو أرسله مجوسى، فزجره^(٢) مسلم فانزجر^(٣) لم يؤكل؛ لأن الزجر دون الإرسال، ولهذا لم تثبت^(٤) به^(٥) شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت به الحل^(٦)، وكل من لا تجوز ذكاته كالمترد والمحرم، وتارك التسمية عامداً فى هذا بمنزلة المجوسى.

وإن لم يرسله^(٧) أحد، فزجره مسلم فانزجر، فأخذ الصيد^(٨)، فلا بأس بأكله؛ لأن الزجر مثل الانفلات^(٩)؛ لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه، فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف، فاستويا فصلح ناسخاً^(١٠).

ولو أسل المسلم^(١١) كلبه على صيد وسمى، فأدركه فضربه ووقذه^(١٢)، ثم ضربه^(١٣) فقتله أكل.

وكذا إذا أرسل كلبين^(١٤)، فوقذه أحدهما، ثم قتله الآخر أكل؛ لأن الامتناع عن الجرح^(١٥) بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً^(١٦).

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) أغراه.

(٣) فقتله. (غن)

(٤) قوله: "ولهذا [أى لكون الزجر دونه] لم تثبت إلخ" يعنى إذا أرسل المسلم، فزجر المجوسى لم يثبت شبهة الحرمة، فأولى أن لا يثبت الحل فيما إذا زجره المسلم بعد إرسال المجوسى؛ لأن الحرمة أسرع ثبوتاً؛ لأن مبنائها على الاحتياط، فلما لم يؤثر فيما هو أسرع ثبوتاً، فلأن لا يؤثر فيما هو أبطأ ثبوتاً، وهو الحل أولى. (كفاية)

(٥) الزجر.

(٦) يعنى بزجر المسلم.

(٧) بأن انقلت من صاحبه.

(٨) فقتله.

(٩) قوله: "مثل الانفلات [فى القوة والضعف (نت) انفلات برستن. تاج]" من حيث إن كل واحد منهما غير مشروط فى حل الصيد بخلاف الإرسال، والقياس أن لا يحل بزجر المسلم؛ لأن زجره ليس بإرسال، وبدون الإرسال لا يحل؛ لأنه شرطه، ووجه الاستحسان أنه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال. (ك)

(١٠) قوله: "فصلح ناسخاً" بخلاف الفصل الأول لأن الزجر لا يساوى الإرسال بوجه من الوجوه؛ لأن كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الإرسال، فكان دونه من كل وجه، فلا يرتفع. (زيلعى)

(١١) ذكرها وما بعدها إلى فصل الرمى تفریباً. (غن)

(١٢) وقد -بالفتح- سست گردانیدن. (م) أى أثنه وأخرجه حيز الامتناع. (غن)

(١٣) بعد الإثخان ثانياً. (غن)

(١٤) على الصيد.

(١٥) قوله: "لأن الامتناع إلخ" يعنى لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب، ألا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الأول، فما لم يمكن تعليمه سقط اعتباره، فكانه قتله بجرح واحد. (غاية البيان)

ولو أرسل^(١) رجلاً كل واحد منهما كلباً، فوقذه أحدهما، وقتله الآخر أكل؛ لما قلنا^(٢)، والملك للأول؛ لأن الأول أخرجه^(٣) عن حد الصيدية^(٤)، إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني^(٥)، بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل في الرمي^(٦)

ومن سمع حساً^(٧)، ظنه حس صيد^(٨) فرماه^(٩)، أو أرسل كلباً، أو بازيًا عليه، فأصاب صيداً^(١٠)، ثم تبين^(١١) أنه حس صيد^(١٢)، حل المصاب^(١٣) أى صيد

(١٦) قوله: "فجعل عفواً" يشير إلى الجواب عما قيل: الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد، إنما حصلت بعد الإثخان الذي أخرجه من الصيدية، فكان الواجب أن لا يحل أكله؛ لأن الصيد إنما هو بعد الإثخان ملحق بالدواجن، فيحل بالذب، لا بضرب الكلب، وجوابه أنه تعذر رفعه، وما تعذر رفعه يعتبر عفواً. (كفاية)

(١) على صيد. (غن)

(٢) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم، فجعل عفواً. (ك)

(٣) صيد.

(٤) وهو الامتناع.

(٥) قوله: "بخلاف ما إذا كان الإرسال [فجرحه الثاني ومات لا يحل. كف] إلخ" حيث لا يحل أكله؛ لأن الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد ذلك بالذب، فجرح الكلب في مثله موجب للحرمة، فلما اجتمع فيه الموجب للحرمة، والموجب للحل يغلب فيه الموجب للحرمة. (كفاية)

(٦) قوله: "فصل في الرمي" لما كانت آلة الاصطياد منقسماً على قسمين، حيوان وجماد، كما بينا في أول هذا الكتاب، قدم فصل الحيوان؛ لفضيلته على فضل الجماد؛ لأن الحيوان له روح وفعل اختياري، والجماد لا روح له، ولا فعل، والآلة ما يستعان به على تحصيل أمر. (غن)

(٧) قوله: "ومن سمع حساً [أى صوتاً خفياً. (ك) حس أواز نرم وبدين معنى أمده است حسيس. م] إلخ" هذه المسائل من أول هذا الفصل إلى قوله، وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ليست بمذكورة في البداية؛ لأنها لم تذكر في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وإنما ذكرها القدوري في شرحه لمختصر الكرخي، وذكرها صاحب الهداية فيها تكثيراً للفوائد. (غن)

(٨) أى ظن أن المسموع حس صيد. (ك)

(٩) أى رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد. (غن)

(١٠) قوله: "فأصاب صيداً [ظلياً مثلاً] أى غير الذى سمع صوته؛ لأن النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثاني غير الأول. (ك)

(١١) قوله: "ثم تبين إلخ" أى تبين أن المسموع حس صيد يحتاج فى أكله إلى الذبح أو الجرح ويحترز بهذا القيد عما إذا ظنه طير الماء فظهر أنه سمكة أو صيداً، فظهر أنه جراد، ولم يؤكل المصاب فى رواية، ويؤكل فى أخرى. (ك)

(١٢) قوله: "أنه حس صيد [أى لا حس آدمى أو شاة ونحو ذلك. غن] إلخ" أما إذا لم يعلم أن الحس حس صيد، أو غيره لم يؤكل ما أصابه؛ لأن الخطر والإباحة تساويان، فكان الحكم للخطر. (غن)

(١٣) إن كان مأكولاً.

كان^(١)؛ لأنه قصد الاضطهاد، وعن أبي يوسف^(٢) أنه خص من ذلك الخنزير، لتغلظ التحريم^(٣)، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع؛ لأنه يؤثر^(٤) في جلدها^(٥)، وزفر خص منها^(٦) ما لا يؤكل لحمه^(٧)؛ لأن الإرسال فيه ليس للإباحة^(٨).

ووجه الظاهر أن اسم الاضطهاد لا يختص بالمأكول، فوقع الفعل اضطهاداً، وهو فعل مباح في نفسه^(٩)، وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحماً وجلداً، وقد لا تثبت^(١٠)، إذا لم يقبله، وإذا وقع اضطهاداً، صار كأنه رمى إلى صيد، فأصاب غيره، وإن تبين أنه^(١١) حس آدمي، أو حيوان أهلي^(١٢) لا يحل المصاب^(١٣)؛ لأن الفعل ليس باضطهاد^(١٤)، والطير الداجن^(١٥) الذي يأوى البيوت^(١٦)

(١) قوله: "أى صيد كان" أى المسموع حسه أى صيد كان يؤكل لحمه أولاً. (ك)

(٢) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" أى عن أبي يوسف أن المسموع حسه إذا ظهر خنزيراً لا يحل أكل صيد المصاب. (٤)

(٣) قوله: "لتغلظ التحريم" أى لأن الخنزير مغلظ التحريم لا يجوز الانتفاع به بوجه، والسباع وإن كانت محرمة جاز الانتفاع بها، فإذا رمى إلى صيد، يجوز الانتفاع به، فأصاب المأكول، جاز أكله، وإذا رمى إلى صيد لا يحل الانتفاع به بوجه بحال لم يتعلق برمييه حكم الإباحة، فلم يحل ما أصاب به. (غن)

(٤) قوله: "لأنه يؤثر إلخ" أى لأن الاضطهاد يؤثر في طهارة جلدها، فإذا أثر الاضطهاد في طهارة جلدها جاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه. (عيني)

(٥) سباع.

(٦) أى من جملة المسموع حسه. (٤)

(٧) والسباع.

(٨) أى إباحة الأكل، فإذا أصاب غيره لا يحل، فكان هو والآدمي سواء. (٤)

(٩) قوله: "وهو فعل مباح" أى الاضطهاد فعل مباح في نفسه، لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ والاضطهاد أخذ الصيد، والصيد اسم لممتنع متوحش في الأصل، فكانت الآية دليلاً لعمومها على إباحة عموم الاضطهاد، ولأن الاضطهاد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الأكل، وإن كان فيما لا يحل أكله، كان الغرض منه الانتفاع بجلده، أو شعره، أو دفع أذيته.

وهذا معنى قوله: وإباحة التناول ترجع إلى المحل، فتثبت بقدر ما يقبله لحماً وجلداً، أى يثبت التناول بقدر ما يقبله المحل إن كان يقبل المحل من حيث اللحم يتناول اللحم، وإن كان يقبل الجلد لا اللحم يثبت ذلك، فينتفع بجلده، وإن لم يقبل تناولهما جميعاً، كما في الخنزير فحينئذ يكون الاضطهاد لدفع أذيته، فإذا كان الاضطهاد مباحاً حل المصاب إذا كان مأكول اللحم، وإن كان لا يحل أكله. (غن)

(١٠) كما إذا كان خنزيراً.

(١١) أى أن الحس المسموع.

(١٢) كالشاة والبقر.

(١٣) قوله: "لا يحل المصاب" لأنه أرسل إلى غير صيد، فلم يتعلق به حكم الإباحة، فصار كأنه رمى إلى آدمي

أهلى^(١)، والظبي الموثق^(٢) بمنزلته؛ لما بينا^(٣).

ولو رمى إلى طائر، فأصاب صيداً، ومر الطائر، ولا يدري وحشى هو أو غير وحشى؟ حل الصيد؛ لأن الظاهر فيه التوحش^(٤)، ولو رمى إلى بغير، فأصاب صيداً، ولا يدري ناد^(٥) هو أم لا؟ لا يحل الصيد؛ لأن الأصل فيه الاستئناس^(٦)، ولو رمى إلى سمكة، أو جرادة، فأصاب صيداً، يحل في رواية عن أبي يوسف؛ لأنه صيد، وفي أخرى عنه لا يحل؛ لأنه^(٧) لا ذكاة فيها. ولو رمى فأصاب المسموع حسه، وقد ظنه^(٨) آدمياً، فإذا هو صيد يحل^(٩)؛ لأنه لا معتبر بظنه مع تعيينه^(١٠).

علماً، فأصاب صيداً، فإنه لا يؤكل. (٦)

(١٤) إذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش. (٦)

(١٥) داجن يزد غير أن كه بجای الفت وانس گرفته باشد. (٨)

(١٦) أى يسكنها وينزل فيها. (عيني)

(١) قوله: "أهلى" أى لو أرسل كلبه على طير أهلى، فأصاب صيداً لم يؤكل؛ لأن الرمي إليه لا يجوز صيده بالكلب، وهو كالشاة. (غن)

(٢) قوله: "والظبي الموثق [المشدد بالوثاق، إيثاق بند كردن، يقال: أوثقه فيه أى شده. من] أى الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت. (غن)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن الفعل ليس باصطياد. (٦)

(٤) حتى يعلم الاستئناس. (غن)

(٥) قوله: "ناد [ند البعير ندا رميده وپراگنده رفت. من]" يقال: ند البعير ندا وندوداً إذ ذهب على وجهه شارداً، كذا فى "الجمهرة". (غن)

(٦) حتى يعلم عدم الاستئناس.

(٧) قوله: "لأنه لا ذكاة فيهما" يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حل أكله مشروطاً بالذبح، حتى لو سمع حساً، فظنه صيداً، فرماه فأصاب ظبياً، ثم تبين؛ أن المسموع حسه سمكة لا يؤكل الصيد. (٦)

(٨) الواو حالية.

(٩) قوله: "يحل" فإن قيل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين التى تقدمت، وهى أن من سمع حساً ظنه صيداً فرماه، فأصاب صيداً، ثم تبين أنه حس آدمى أو حيوان أهلى، لا يحل الصيد مع أنه لم يقصد به رمى آدمى، وفى هذه المسألة قصد رمى آدمى، ورمى آدمى ليس باصطياد، وقد حل المصاب. أجييب: بأن الفرق ما أشار إليه المصنف بقوله: لأنه لا معتبر للخ، وبيانه أن فى المسألة الأولى أصاب سهمه غير المسموع حسه، وكان قصده إلى المسموع حسه، والمسموع حسه ليس بصيد، فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد نظراً إلى فعله الذى توجه إلى المسموع حسه، وهو ليس بصيد، فلم يكن فعله اصطياداً، وحل الصيد إنما يحصل بوجود فعل الاصطياد، فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد.

وأما ههنا: فسهمة أصاب عين المسموع حسه، وعينه صيد، فكان الفعل واقعاً على الصيد، وهو الاصطياد بحقيقته، فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذى هو اصطياد، والظن إن وقع مخالفاً لحقيقة فعله كان الظن لغواً، فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد. (٦)

(١٠) أى مع تعيين كونه صيداً. (٦)

وإذا سمى الرجل ^(١) عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات ؛ لأنه ذابح بالرمي ، لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده ، وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ^(٢) ، ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه ^(٣) .
قال ^(٤) : فإن أدركه حياً ذكاه ^(٥) ، وقد بينها بوجوهها ، والاختلاف فيها ^(٦) في الفصل الأول ^(٧) ، فلا نعيده .

قال ^(٨) : وإذا وقع السهم بالصيد ، فتحامل ^(٩) حتى غاب عنه ^(١٠) ، ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً ^(١١) أكل ^(١٢) ، وإن قعد عن طلبه ، ثم أصابه ميتاً لم يؤكل ؛ لما روى ^(١٣) عن النبي عليه السلام ^(١٤) : «أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلتها» * .
ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم ، فما ^(١٥) ينبغي أن يحل أكله ؛ لأن الموهوم

(١) هذا لفظ القدوري في "مختصره" . (غن)

(٢) أى لذكاة الاضطرار . (غن)

(٣) قوله: "على ما بيناه" أى فى فصل الجوارح عند قوله: ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية . (غن)

(٤) أى القدورى فى "مختصره" . (غن)

(٥) قوله: "ذكاه" لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود من البدل ، فيبطل حكم البدل ، وذلك لأن ذكاة الاضطرار بدل من ذكاة الاختيار . (غن)

(٦) قوله: والاختلاف فيها" بالنصب عطفًا على الضمير فى قوله بينها ، وهو السماع ، ويجوز بالجر عطفًا على قوله: بوجوهها أى بوجوه المسألة . (غن)

(٧) أى فى فصل الجوارح . (غن)

(٨) أى القدورى فى "مختصره" . (غن)

(٩) قوله: "فتحامل [تحامل فى الأمر بخود گرفت كار را بمشقت . من]" التحامل فى المشى أن يتكلفه فى مشقة وأعياء ، يقال: تحاملت فى المشى ومنه ، ربما يتحامل الصيد ويتطير أى يتكلف الطيران ، والتحامل أيضاً الظلم ، يقال: تحامل على فلان إذا لم يعدل ، إلا أن الأول يحمل نفسه على تكلف المشى ، والثانى يحمل الظالم على الآخر .

(١٠) أى توارى عن بصره .

(١١) ووجد فيه جراحة سهم لا غير .

(١٢) قوله: "أكل" لأنه إذا لم يعقد عن طلبه ، ولم يشتغل بعمل آخر يجعل كأنه مات بمرمى عيننا الصائد دفعا للحرج ، وهو مدفوع شرعاً ؛ لأن الاصطياد يكون غالباً فى المشاجر والبرارى ، وتوارى الصيد فيها غالب ، فما لم يقعد عن طلبه حل أكله ، دفعا للضرورة ، ولا ضرورة فيما إذا اشتغل بعمل آخر ، فلا يؤكل . (غن)

(١٣) قوله: "لما روى إلخ" روى ابن أبى شيبه فى مصنفه عن أبى رزين عن النبى ﷺ فى الصيد يتوارى عن صاحبه ، قال: لعل هوام الأرض قتلتها . (غن)

(١٤) كذا رواه القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى .

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٤ ، والدراية ج ٢ ص ٢٥٥ ، الحديث ٩٩٦ . (نعيم)

في هذا كالمحقق؛ لما روينا^(١)، إلا أنا أسقطنا اعتباره^(٢)، ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى^(٣) الاصطياد عنه، ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه، لإمكان التحرز عن تواري^(٤) يكون بسبب عمله^(٥)، والذي روينا^(٦) حجة على مالك في قوله: إن ما تواري عنه^(٧) إذا لم يبت يحل^(٨)، فإذا بات ليلة لا يحل^(٩).

ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل^(١٠)؛ لأنه موهوم^(١١) يمكن الاحتراز عنه^(١٢)، فاعتبر محرماً، بخلاف وهم الهوام، والجواب^(١٣) في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه^(١٤).

(١٥) نافية.

(١) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «لعل هوام الأرض قتلت». (٤)

(٢) قوله: «إلا أنا أسقطنا إلخ» فإن قيل يكون في إسقاط اعتباره تخصيص العلة؛ إذ العلة منصوصة، وهو قوله عليه السلام: «لعل هوام الأرض قتلت»، وتخصيص العلة لا يجوز.

قلنا: هذا ليس بتخصيص العلة، بل هذا تخصيص النص، وإنه جائز، ولأننا نقول: العلة إما تكون علة عند تعريته عن الحرج العظيم، وفي اعتباره حرج عظيم، فلا يكون العلة متحققة، فلا يكون تخصيص العلة. (غن)

(٣) لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي. (نت)

(٤) تواري: پوشيده شدن أى تواري الصيد.

(٥) صائد.

(٦) من الحديث.

(٧) صائد.

(٨) قوله: «إذا لم يبت يحل» يعنى وان رأى فيه أثر سبع، واحتج مالك على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك، وكأنه بنى الأمر على الغالب؛ لأنه إذا بات عنه، فقد قعد عن طلبه غالباً. (٤)

(٩) ذكرها تفریباً، وهى من مسائل "الأصل". (غن)

(١٠) قوله "لا يحل" ترك الطلب، أو لم يتركه؛ لأنه ظهر لموته سببان أحدهما يوجب الحل، والآخر يوجب الحرمة، فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعى: يؤكل؛ لأنه ظهر لموته سبب، وهو ما كان معه من الرمي، والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال به عليه، قلنا: لما وجد فيه جرح غيره كان القتل موهوماً، والموهوم فى هذا كالمحقق. (٤)

(١١) قوله: «لأنه موهوم إلخ» لأن الصيد قد يخلو عن رمى الغير، فاعتبر محرماً، بخلاف وهم الهوام، فإن الاحتراز عنه غير ممكن؛ لأن الصيد لا بد أن يقع على الأرض، والأرض لا يخلو عنها، فلا يحل محرماً إذا لم يقعد عن الطلب. (عناية)

(١٢) قوله: «يمكن الاحتراز عنه» فإن احتمال قتل الهوام لا زم فى كل صيد يغيب عن عين الصائد، فسقط اعتبار ذلك ما دام فى طلبه كيلاً ينسد باب الاصطياد؛ لأنه لا يعرى الاصطياد عنه عادة، بخلاف ما إذا وجد به جراحة سوى جراحة السهم حيث لا يحل؛ لاحتمال الموت بها، وهذا الاحتمال ليس بلازم فى كل ما يغيب عن العين، فلا يسقط عبرته. (ك)

(١٣) أى الحكم.

(١٤) قوله: «كالجواب إلخ» أى إذا أرسل الكلب المعلم، أو الهازى المعلم، فجرحه فغاب، ثم وجد ميتاً، فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى لم يحل. (غن)

قال^(١): «وإذا رمي صيداً، فوقع في الماء^(٢)، أو وقع على سطح، أو جبل، ثم تردى^(٣) منه^(٤) إلى الأرض لم يؤكل^(٥)؛ لأنه المتردية، وهو حرام بالنص^(٦)؛ ولأنه احتمال الموت بغير الرمي؛ إذ الماء مهلك، وكذا السقوط من عل^(٧)، يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله تعالى عنه^(٨): «وإن وقعت رميتك^(٩) في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك»*.

وإن وقع^(١٠) على الأرض ابتداء أكل؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وفي اعتباره سد باب الاضطهاد، بخلاف ما تقدم^(١١)؛ لأنه يمكن التحرز عنه^(١٢)، فصار الأصل^(١٣): أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا، وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه، جرى وجوده^(١٤).

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) فمات.

(٣) تردى: از جاى بلند افتادن. (م)

(٤) أى من السطح، أو الجبل.

(٥) قوله: "لم يؤكل" هذا إذا لم يقع الجرح مهلكاً فى الحال، أما إذا وقع الجرح مهلكاً فى الحال، والحياة التى بقيت فى الصيد مثل الحياة فى المذبوح بعد الذبح، فوقع فى الماء، أو على السطح، أو على الجبل، ثم تردى على الأرض، لم يضر، بل يؤكل على ما قال فى هذا الفصل.

ولهذا لو وقع فى الماء، وبه هذا القدر من الحياة، أو تردى من جبل، أو سطح لا يحرم، وإنما قيد بقوله: ثم تردى منه إلى الأرض؛ لأنه إذا وقع على الجبل ابتداء، أو على السطح، فاستقر عليه، ولم يترد يؤكل. (ك)

(٦) القرآنى.

(٧) قوله: "من عل [بمعنى فوق، أنته من عل بكسر اللام أو ضمها، أى من فوق. ق]" من الظرف المقطوعة عن الإضافة، مبنى على الضم، فالظاهر أن المضاف إليه إذا حذف نسياً منسياً يعرب كقبل وبعد. (أعظمى)

(٨) قوله: "لعدي [ابن حاتم رضى الله تعالى عنه]" أخرج البخارى ومسلم عنه أن النبى ﷺ قال له: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى ماء»، زاد مسلم: «فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك». (ت)

(٩) رمية - بكسر ميم وتشديد ياء - هر صيد وهر دابه كه باو تيرانداخته شود. (م)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣١٦، والدراية ج ٢ ص ٢٥٥، الحديث ٩٩٧. (نعيم)

(١٠) هذا لفظ القدورى.

(١١) وهو ما إذا وقع على جبل ونحوه ثم تردى إلى الأرض. (عينى)

(١٢) قوله: "لأنه يمكن التحرز عنه" والمعنى فيه أنه اجتمع فيه سبب الإباحة وهو الجرح، وسبب الحرمة وهو الوقوع فى الماء لجواز أنه اختنق بالماء، فاجتمع السببان، فلا بد من اعتبار سبب الحرمة إذا كان مما يمكن الاحتراز عنه، والوقوع فى الماء مما يمكن الاحتراز عنه، فإنه قد لا يقع فى الماء، بخلاف السقوط على الأرض؛ لأنه مما لا يمكن الاحتراز عنه، فسقط اعتباره. (غن)

(١٣) أى الأمر الكلى.

مجري عدمه؛ لأن التكليف بسبب الوسع^(١).
 فمما يمكن التحرز عنه، إذا وقع على شجر، أو حائط، أو آجرة^(٢)، ثم وقع
 على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى من موضع إلى موضع^(٣)، حتى
 تردى إلى الأرض، أو رماه فوق على رمح^(٤) منصوب^(٥)، أو قصبه قائمة^(٦)، أو
 على حرف^(٧) آجرة^(٨)؛ لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله.
 ومما لا يمكن^(٩) الاحتراز عنه، إذا وقع على الأرض كما ذكرناه^(١٠)، أو على
 ما هو في معناه كجبل، أو ظهر بيت^(١١)، أو لبنة^(١٢) موضوعة، أو صخرة^(١٣)،
 فاستقر عليها؛ لأن وقوعه^(١٤) عليه^(١٥) وعلى الأرض سواء.
 وذكر في "المنتقى"^(١٦): لو وقع على صخرة فانشق بطنه^(١٧)، لم يؤكل لاحتمال
 الموت^(١٨) بسبب آخر^(١٩)، وصححه^(٢٠) الحاكم الشهيد^(٢١)، وحمل مطلق المروى في

(١٤) فيعفو.

(١) فيحرم.

(٢) خشت پخته.

(٣) قوله: "فتردى إلخ" قال الكرخي: المتردية التي لا تؤكل أن تقع فوق شيء من السماء، أو من موضع فوقه، ثم
 وقع من ذلك الموضع إلى موضع آخر، فهذا لا يؤكل وهو المتردد.
 وقال القدوري: وهذا صحيح؛ لأن المتردى هو المتردد وذلك؛ لأنه لما اجتمع الحرفان قلبوا أحدهما ياء، كقولهم:
 تقضى البازي، وإنما هو تقضض، والمتردد وهو أن يقع على شيء ثم على شيء. (غن)

(٤) نيزه.

(٥) نصب - بالفتح - برپا کردن. (م)

(٦) قوله: "أو قصبه قائمة" قصبته محركة كلك وفي دهر جيز كه میان كاداك باشد چون استخوان. (من)

(٧) بالفتح: کرانه و تیزی هر چیز. (م)

(٨) بالمد و ضم جیم: خشت پخته. (م)

(٩) فيحل.

(١٠) آنفاً.

(١١) پشت.

(١٢) خشت خام. (من)

(١٣) سنگ بزرگ. (م)

(١٤) أي الموضوع الذي وقع عليه بمنزلة الأرض. (كف)

(١٥) على كل واحد من الجبل وأخواته.

(١٦) قوله: "وذكر في المنتقى [تأليف أبي الفضل محمود بن أحمد الشهير بـ"الحاكم الشهيد". كشف الظنون]

يريد بيان ما وقع الاختلاف بين رواية الأصل، وهي قوله: أو صخرة، فاستقرر عليها، وبين رواية "المنتقى".

(١٧) إذا انفلق رأسه.

الأصل^(١) على غير حالة الانشقاق .

وحمله شمس الأئمة السرخسي^(٢) على ما أصابه حد الصخرة، فانشق بطنه^(٣) بذلك، وحمل المروى في الأصل^(٤)، على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها^(٥)، وذلك عفو^(٦)، وهذا^(٧) أصح، وإن كان الطير مائياً^(٨)، فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء^(٩)، أكل^(١٠)، وإن انغمست لا يؤكل^(١١)، كما إذا وقع في الماء^(١٢).

قال^(١٣): وما أصابه المعراض^(١٤) بعرضه لم يؤكل، وإن جرحه يؤكل؛ لقوله

(١٨) قوله: "لا احتمال إلخ" فإن حصول الموت بالانشقاق ظاهر، وبالرمي موهوم متردد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم، فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق؛ لأن موته بالرمي هو الظاهر. (زيلعي)

(١٩) غير الرمي.

(٢٠) أى ما ذكر في "المنتقى".

(٢١) أبو الفضل. (زيلعي)

(١) المبسوط.

(٢) أى ما ذكر في "المنتقى".

(٣) وهذا سبب لموته سوى الذكاة. (ك)

(٤) المبسوط.

(٥) أرض.

(٦) كما إذا وقع على الأرض وانشق بطنه. (٤)

(٧) قوله: "وهذا" أى ماحمله شمس الأئمة أصح؛ لأن المذكور في الأصل مطلق، فيجوز على إطلاقه، وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج إلى الفرق بين الجبل والأرض في الانشقاق، فإنه لو انشق بوقوعه على الأرض أكل، وقد ذكر أنه في معناه. (عناية)

(٨) يعيش في الماء ووقع في الماء بعد الجراحة ومات.

(٩) انغماس بآب فرو رفتن. (م) بأن كانت الجراحة فوق الماء.

(١٠) قوله: "أكل" لأنه علم أنه مات من الجراحة لا من الماء؛ لأنه يعيش في الماء، في "الدر المختار" لو الطير مائياً فوقع فيه، فإن انغمس جرحه فيه حرم، وإلا حل؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء. وذكر في "الخانية": إن وقع في الماء فمات لا يؤكل، لعل أن وقوعه في الماء قتله، ويستوى في ذلك طير الماء؛ لأن طير الماء إنما يعيش في الماء غير مجروح، وهكذا في "الفتاوى العالمگیریة" ونقله في "الذخيرة" عن السرخسي، كذا في "رد المختار". (مل)

(١١) لا احتمال موته بسبب الماء. (عالمگیریه)

(١٢) أى جانور غیر آبی زخمی شده در آب افتد. (ترجمه) أى غير المائي. (٤)

(١٣) أى القدرى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "المعراض [تير بى پر كه تير گز خوانند] إلخ" المعراض: السهم بلا ريش، يمضى عرضاً، فيصيب بعرضه لا بحدته، كذا في "المغرب". (كفاية)

عليه السلام فيه ^(١): «ما أصاب بحده فكل ^(٢) وما أصاب بعرضه فلا تأكل» *،
ولأنه لا بد من الجرح ^(٣)؛ ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه ^(٤).
قال ^(٥): «ولا يؤكل ما أصابه البندقة ^(٦)، فمات بها؛ لأنها ^(٧) تدق ^(٨) وتكسر ^(٩)
ولا تجرح، فصار كالمعراض ^(١٠) إذا لم يخرق ^(١١)، وكذلك ^(١٢) إن رماه بحجر،
وكذلك ^(١٣) إن جرحه ^(١٤).
قالوا: تأويله ^(١٥) إذا كان ثقيلاً وبه حدة؛ لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان
الحجر خفيفاً، وبه ^(١٦) حدة ^(١٧) يحل ^(١٨)؛ لتعين الموت بالحرج، ولو كان الحجر خفيفاً،
وجعله ^(١٩) طويلاً كالسهم، وبه ^(٢٠) حدة، فإنه يحل؛ لأنه يقتله بجرحه.

(١) في باب المعراض.

(٢) قوله: «ما أصاب الخ» روى في صحيح البخاري والسنن مسنداً إلى الشعبي قال: قال عدى بن حاتم: سألت
النبي ﷺ عن المعراض، فقال: «إذا أصاب بحده فكل وإذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيد». (غاية البيان)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٦، والدراية ج ٢ ص ٢٥٥، الحديث ٩٩٨. (نعيم)

(٣) قوله: «لا بد من الجرح» ودر صورت رسیدن تیر گز بعرض آن زخمی شدن صید یافته نمی شود. (ترجمه)

(٤) في فصل الجوارح.

(٥) أي القدوري في «مختصره». (غن)

(٦) بالضم: غلوه، گلین که اندازند. (م) طينة مدورة يرمى بها. (عناية).

(٧) قوله: «تدق [أي كوفته وشكسته می گرداند. (ترجمه)» دق - بالفتح وتشديد قاف - كوفتن. (منتخب)

(٨) كسر بالفتح شكستن. (م)

(٩) قوله: «فصار كالمعراض» إذا لم يخرق، أي المعراض إذا لم يخرق لا يؤكل، فكذا في البندقة، خرق المعراض

أي نفذ، وبالراء المهملة تصحيف. (ك)

(١٠) خرق - بالفتح - بهدف رسیدن تیر. (تج)

(١١) قوله: «وكذلك [أي لا يؤكل، هذه من مسائل الأصل ذكرها تقريباً. عن]» لأن الحجر مما يخرق، ولا

يجرح. (غن)

(١٢) أي لا يؤكل.

(١٣) أي رماه بحجر وجرحه. (ع)

(١٤) أي تأويل الحرمة حين الجرح.

(١٥) الواو حالية.

(١٦) الواو حالية.

(١٧) تیزی.

(١٨) إن جرحه.

(١٩) الواو حالية.

(٢٠) الواو حالية.

ولو رماه بمروة^(١) حديدة^(٢)، ولم تبضع بضعاً^(٣) لا يحل؛ لأنه قتله دقاً، وكذا^(٤) إذا رماه بها فأبان^(٥) رأسه أو قطع أوداجه^(٦)؛ لأن العروق تنقطع بثقل الحجر، كما تنقطع بالقطع، فوقع الشك، أو لعله مات قبل قطع الأوداج. ولو رماه بعصاً^(٧)، أو بعود^(٨)، حتى قتله لا يحل؛ لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً، اللهم إلا إذا كان^(٩) له^(١٠) حدة يبضع بضعاً، فحيثئذ لا بأس به؛ لأنه بمنزلة السيف والرمح، والأصل^(١١) في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين، كان الصيد حلالاً، وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً^(١٢)، وإن وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح، أو بالثقل، كان حراماً احتياطاً.

وإن رماه بسيف، أو بسكين، فأصابه بحدته، فجرحه حل، وإن أصابه بقفا السكين^(١٣)، أو بمقبض السيف^(١٤) لا يحل؛ لأنه^(١٥) قتله دقاً، والحديد وغيره فيه سواء^(١٦)، ولو رماه فجرحه، ومات بالجرح إن كان الجرح مدمياً^(١٧)، يحل بالاتفاق.

(١) قوله: "بمروة [بافتح سنگ سفید درخشنده]" المروة: حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به. (عناية)

(٢) أى حادة وهى صفة لمروة. (غن)

(٣) بضم - بالفتح - بريدن.

(٤) أى لا يحل.

(٥) جدا كرد.

(٦) قوله: "أوداجه" الودجان: ثنية ودج بفتحين عرقان عظيمان فى جانبى قدام العنق بينهما اللحقوم والمرئى، كذا فى "رد المختار" نقلاً عن القهستاني، وقد يقال: الأوداج تغلياً على عروق أربعة منها، هذان والثالث اللحقوم، وهو مجرى النفس على الصحيح، والرابع المرئى، وهو مجرى الطعام والشراب، كذا فى "الدر المختار"، وقيل: إن المرئى مجرى النفس واللحقوم مجرى العلف والماء، وأما الودجان فهما مجرى الدم، كذا قيل.

(٧) بالفتح: چوبيکه بدست گیرند.

(٨) بالضم: چوب. (م)

(٩) قوله: "اللهم إذا إلخ" اللهم كلمة يوتى بها قبل الاستثناء إذا كان المستثنى عزيزاً نادراً كان قصدهم بذلك الاستظهار بمشية الله تعالى فى إثبات كونه، ووجوده إيداناً بأنه بلغ من الندرة حد الشذوذ. (ك)

(١٠) أى للعصا أو العود.

(١١) أى القاعدة الكلية.

(١٢) حتماً. (زيلعى)

(١٣) ذكره تفريراً على مسألة القدورى. (غن)

(١٤) قوله: "أو بمقبض [مقبض - بالفتح - دسته چيزى. م] إلخ" المقبض من السيف - بفتح الميم وكسر الباء -

حيث يقبض عليه بمجمع الكف. (غن)

(١٥) أى لأنه يدق ولا يجرح. (غن)

(١٦) قوله: "سواء" أى فى شرح الجرح، يعنى أن الحديد إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل، وكذا غير

وإن لم يكن ^(١) مُدمياً فكذلك ^(٢) عند بعض المتأخرين، سواء كان الجراحة ^(٣) صغيرة أو كبيرة؛ لأن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ، أو غلظ ^(٤) الدم. وعند بعضهم يشترط ^(٥) الإدماء، لقوله عليه السلام: «ما أنهر الدم ^(٦) وأفرى الأوداج فكل*»، شرط ^(٧) الإنهار، وعند بعضهم إن كانت ^(٨) كبيرة حل ^(٩) بدون الإدماء، وإن كانت ^(١٠) صغيرة لا بد من الإدماء ^(١١)، ولو ذبح شاة ^(١٢)، ولم يسئل منه الدم، قيل: لا تحل ^(١٣)، وقيل: تحل ^(١٤). ووجه القولين دخل فيما ذكرناه ^(١٥)، وإذا أصاب السهم ^(١٦) ظلف ^(١٧) الصيد،

الحديد كالمعروض والعود إذا جرح أكل، وإذا لم يجرح لم يؤكل. (غاية البيان)

(١٧) إدماء: خون آلوده گردانیدن. (من)

(١) الجرح.

(٢) أى لا يحل، وهو الأصح عندي لأن أصل الجرح كاف فى ذكاة الاضطرار. (غن)

(٣) بالكسر: ريش وزخم. (م)

(٤) خلاف الرقة.

(٥) للحل.

(٦) قوله: «ما أنهر الدم» ملفق من حديثين فقد روى الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج قال: كنا مع النبي ﷺ فى سفر، فقلت: يا رسول الله! إنا نكون فى المغازى، فلا يكون معنا مدى، فقال: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنأ أو ظفراً»، وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحيشة. والثانى رواه ابن أبى شيبه فى «مصنفه» عن رافع بن خديج قال: سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالليطة، فقال: «كل ما أفرى الأوداج إلا سنأ أو ظفراً»، انتهى. (ت)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣١٦، والدرأية ج ٢ ص ٢٥٥ تحت الحديث ٩٩٨. (نعيم)

(٧) صلى الله عليه وسلم.

(٨) الجراحة.

(٩) قوله: «حل بدون الإدماء» لأن عدم خروج الدم لعدم الدم، فلا يكون مضراً. (كف)

(١٠) الجراحة.

(١١) قوله: «لا بد من الإدماء»؛ لأن عدم خروج الدم لضيق المنفذ لا لعدم الدم. (كف)

(١٢) ذكره تفرعاً. (غن)

(١٣) قوله: «قيل: لا تحل» وهو قول أبى القاسم الصغار لانعدام معنى الذكاة، وهو تسييل الدم النجس، وقد قال عليه السلام: «ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل». (ك)

(١٤) قوله: «وقيل: تحل» وهو قول أبى بكر الإسكاف، وكان يقول: لا بأس بأكله لوجو د فعل الذكاة على ما قال عليه السلام: «الذكاة بين اللبنة واللحين»، وقد يحتبس بعض الدم فى العروق بحابس يحبسه، كما إذا أكلت الشاة العناب، وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق، فهذا مثله، كذا فى «المبسوط». (كفاية)

(١٥) قوله: «دخل فيما ذكرنا» وهو قوله: وإن كان مُدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين، وعند بعضهم يشترط

الإدماء إلخ. (مل)

أو قرنه^(١)، فإن أدماه حل، وإلا فلا، وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه^(٢).
 قال^(٣): وإذ رمى صيداً، فقطع عضواً منه^(٤) أكل الصيد؛ لما
 بيناه^(٥)، ولا يؤكل العضو.

وقال الشافعي: أكلان مات الصيد منه^(٦)؛ لأنه^(٧) مبان بذكاة الاضطرار،
 فيحل المبان^(٨) والمبان منه، كما إذا أبين الرأس بذكاة الاختيار، بخلاف ما إذا لم
 يم^(٩)؛ لأنه^(١٠) ما^(١١) أبين بالذكاة.

ولنا قوله عليه السلام: «ما أبين من الحي فهو ميت^(١٢)»*، ذكر^(١٣) الحي
 مطلقاً، فينصرف^(١٤) إلى الحي حقيقةً وحكماً، والعضو المبان بهذه الصفة^(١٥)؛ لأن
 المبان منه حي حقيقة؛ لقيام الحياة^(١٦) فيه، وكذا^(١٧) حكماً؛ لأنه تنوهم سلامته بعد

(١٦) ذكرها تفرعاً أيضاً. (غن)

(١٧) بالكسر: سم شكافته چون سم اسب وگاو وگوسپند ومانند آن. (م)

(١) قرن بالفتح: شاخ. (م)

(٢) قوله: "بعض ما ذكرناه" يريد به قول أبي القاسم الصغار، فإنه شرط سيلان الدم. (ع)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) فمات.

(٥) قوله: "لما بيناه" من أن الرمي مع الجرح مبيح، فلما قطع العضو كان الجرح موجوداً لا محالة، فيحل. (ك)

(٦) أي من هذا القطع.

(٧) عضو.

(٨) قوله: "فيحل المبان إلخ" وذلك لأن قطع أي عضو كان في ذكاة الاضطرار كقطع الرأس في ذكاة الاختيار
 والرأس يؤكل في ذكاة الاختيار، فكذا البعض المبان في ذكاة الاضطرار. (غن)

(٩) قوله: "ما إذا لم يم إلخ" أي بخلاف ما إذا لم يم بالقطع الذي حصل به الإبانة، واحتيج إلى ذكاة أخرى،
 لأننا قلنا: مبان حصل بسبب الذكاة، وهذا المبان لم يحصل بسبب الذكاة؛ لأنه لم يحل المبان منه في هذا القطع حتى
 يكون الإبانة خاصة بسبب الذكاة، وما أبين من الحي لا يسبب الذكاة، فهو حرام. (غن)

(١٠) لأن العضو.

(١١) نافية.

(١٢) قوله: "ما أبين من إلخ" أخرج أبو داود والترمذي عن أبي واقد الليثي عن النبي ﷺ قال: «ما قطع من
 البهيمة وهي حية فهو ميتة». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٧، والدراية ج ٢ ص ٢٥٦، الحديث ٩٩٩. (نعيم)

(١٣) صلى الله عليه وسلم.

(١٤) بانصراف المطلق إلى الكامل.

(١٥) يعني أبين من الحي حقيقةً وحكماً. (ع)

(١٦) وقت الإبانة.

هذه الجراحة^(١)، ولهذا^(٢) اعتبره الشرع، حتى لو وقع فى الماء، وفيه^(٣) حياة بهذه الصفة يحرم^(٤).

وقوله: أيبن بالذكاة^(٥)، قلنا^(٦): حال وقوعه^(٧) لم تقع ذكاة؛ لبقاء الروح فى الباقي، وعند زواله^(٨) لا تظهر فى المبان؛ لعدم الحياة فيه، ولا تبعية لزوالها بالانفصال، فصار هذا الحرف^(٩) هو الأصل^(١٠)، أن المبان من الحي حقيقة^(١١) وحكمًا لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكمًا يحل، وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح، فإنه حياة صورة لا حكمًا، ولهذا لو وقع فى الماء، وبه^(١٢) هذا القدر^(١٣) من الحياة، أو تردى من جبل^(١٤)، أو سطح لا يحرم، فتخرج عليه^(١٥)

(١٧) أى حى حكمًا.

(١) أى بعد إبانة هذا العضو. (٦)

(٢) أى لكونه حيا حقيقة وحكمًا. (٦)

(٣) الواو حالية.

(٤) قوله: "يحرم" لجواز أن يكون موته بسبب وقوعه فى الماء. (عيني)

(٥) قوله: "وقوله: أيبن بالذكاة" ليجيب عنه بقوله قلنا، وتقديره: سلمنا أن ما أيبن بالذكاة يحل، ولكن لا ذكاة ههنا؛ لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقي على وجه يمكن الحياة بعده، إذ المفروض ذلك، والجرح اعتبر ذكاة إذا مات منه. أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده، ولهذا لو وجدته، وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لا بد من ذبحه، وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة إلى الصيد، لكنه ليس بذكاة بالنسبة إلى المبان؛ لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ.

فإن قيل: فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع، أجاب بقوله: ولا تبعية يعنى الأقل يتبع الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وههنا قد انفصل، فزالت التبعية. (٦)

(٦) قوله: "قلنا: حال إلخ" يعنى أن حكم الذكاة إنما يظهر فى المحل عند خروج الروح، فإذا أبين طرف منه، والباقي حى لم يقع الفعل ذكاة، فإذا خرج منه الروح، وصار ذكاة لم يظهر فى الجزء المنفصل؛ لأن ظهور حكم الذكاة فى الأجزاء على سبيل التبعية، وقد بطلت بالانفصال. (كف)

(٧) أى فعل الإبانة.

(٨) الروح.

(٩) قوله: "هذا الحرف" أى هذا الوجه العظيم مأخوذ من الحرف بمعنى الجبل العظيم، وأما الحرف بمعنى طرف الشئ، فلا يناسبه. (أعظمي)

(١٠) أى الأمر الكلى. وهو أن إلخ.

(١١) مرتبط بالحي.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) أى بقدر ما يكون فى المذبوح.

(١٤) وبه هذا القدر من الحياة.

(١٥) أصل.

المسائل .

فنعول : إذا قطع ^(١) يداً ، أو رجلاً ^(٢) ، أو فخذاً ، أو ثلثه ^(٣) مما يلي القوائم ^(٤) ، أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ، ويحل المبان منه ؛ لأنه يتوهم ^(٥) بقاء الحياة في الباقي ، ولو قده ^(٦) بنصفين ، أو قطعه أثلاثاً ، والأكثر ^(٧) مما يلي العجز ^(٨) ، أو قطع نصف رأسه ^(٩) ، أو أكثر منه يحل المبان ، والمبان منه ؛ لأن المبان منه حتى صورة لا حكماً ، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح ، والحديث ^(١٠) وإن ^(١١) تناول السمك ، وما أبين منه ^(١٢) ، فهو ميت ، إلا أن ميتته ^(١٣) حلال بالحديث الذي روينا ^(١٤) . ولو ضرب ^(١٥) عنق شاة ^(١٦) ، فأبان رأسها يحل لقطع الأوداج ، ويكره هذا

(١) قوله : "إذا قطع [الرامي]" لو رمى صيداً بسيف ، فأبان منه عضو ، أو مات ، أكل الصيد كله ، إلا ما بان ، وإن لم يكن بان ذلك العضو منه أكل ذلك العضو أيضاً ، وإن تعلق ذلك العضو منه بجلسده ، فإن كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج ، فهو والمبان سواء ، وإن كان بحيث يتوهم ذلك لم يكن ذلك إبانة فيؤكل كله .
 وإن قطعه بنصفين طولا يؤكل كله ؛ لأن لا يتوهم بقاء الصيد حيا بعد ذلك ، وكان ذلك بمنزلة الذبح ، وإن قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانته ، فإنه يؤكل الثلثان مما يلي الرأس ، ولا يؤكل الثلث الذي مما يلي العجز ، وإن قطع الثلث مما يلي الرأس ، فإنه يؤكل كله ؛ لأن ما بين النصف إلى العنق مذبح ؛ لأن الأوداج تكون من القلب إلى الدماغ .
 أما إذا أبان الثلث مما يلي العجز لم يتم الذكاة ؛ لأنه لم يقطع الأوداج ، بخلاف ما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس ؛ لأنه قطع الأوداج ، فيتم الذكاة ، فيؤكل ، ولهذا لو قده بنصفين يتم فعل الذكاة بقطع الأوداج ، فيؤكل كله ، كذا في "فتاوى قاضي خان" . (عالمگیریه) .

(٢) أى يد الصيد ، أو رجله إلخ .

(٣) صيد .

(٤) يعنى از جائیکه متصل بقوائم ست اعنى دست و پا . (ترجمه)

(٥) أى يتوهم سلامة الباقي بعد مثل هذا القطع . (غن)

(٦) القد : النظم المستاصل ، أو المستطيل . (قاموس) والضمير للصيد كما فى "البدائم" . (رد المحتار)

(٧) قوله : "والأكثر إلخ" احتراز عما إذا كان الأكثر مما يلي الرأس ، فإنه يؤكل الأكثر لا غير ، وهذا لأن الأوداج من القلب إلى الدماغ ، فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة ؛ لعدم قطع الأوداج ، وإنما وقعت بموته ، والجزء مبان عند ذلك ، وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس ، فقد وقع الذكاة بقطع الأوداج ، وحيث لم يكن الجزء مباناً . (عناية)

(٨) بالفتح وكسر جيم وضم آن : سرين وپس هر چیزی . (م)

(٩) طولا أو عوضاً . (بدائم ، رد المحتار) .

(١٠) أما ما أبين من الحى إلخ .

(١١) الواو وصلية .

(١٢) سمك .

(١٣) سمك .

(١٤) وهو : «أحلت لنا ميتتان ودمان» . (ك)

(١٥) وسمى . (غن)

الصنيع لإبلاغه^(١) النخاعة^(٢)، وإن ضربه^(٣) من قبل القفا، إن مات قبل قطع الأوداج لا يحل^(٤)، وإن لم يميت حتى قطع الأوداج حل.

ولو ضرب صيداً^(٥) فقطع يداً أو رجلاً، ولم بينه، إن كان يتوهم الالتئام^(٦) والاندمال^(٧)، فإذا مات حل أكله^(٨)؛ لأنه^(٩) بمنزلة سائر أجزاءه، وإن كان لا يتوهم^(١٠)، بأن بقي^(١١) متعلقاً بجلده حل ما سواه؛ لوجود الإبانة معنى^(١٢)، والعبرة للمعاني.

قال^(١٣): ولا يؤكل صيد المجوسى^(١٤) والمرتد والوثنى^(١٥)؛ لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح، ولا بد منها^(١٦) فى إباحة الصيد، بخلاف النصرانى واليهودى؛ لأنهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً.

قال^(١٧): ومن رمى صيداً فأصابه، ولم يشخه^(١٨) ولم يخرجه عن حيز

(١٦) بسيف من طرف الأسفل.

(١) قوله: "لإبلاغه" وقد نهى النبي ﷺ أن ينخم الشاة إذا ذبحت. (غن)

(٢) قوله: "النخاع" النخاع بالضم والفتح مغز مهره پشت كه آن را حرام مغز گویند. (منتخب)

قوله: "النخاع" النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب. (ن)

(٣) فأبان الرأس. (غن)

(٤) قوله: "لا يحل" لأن الذكاة إنما يحصل إذا قطع الأوداج. (غن)

(٥) ذكرها تفرعاً. (غن)

(٦) باهم ديگر بيوسته شدن وبهم آمدن. (م)

(٧) اندملت القرحة برأت وصلحت. (مغرب)

(٨) قوله: "حل أكله" لأنه لم يوجد الإبانة لا حقيقة ولا اعتباراً، فيحل كما يحل سائر الأجزاء. (غن)

(٩) فهذا جرح، وليس بإبانة. (كف)

(١٠) الالتئام والاندمال.

(١١) فمات.

(١٢) وإن اتصلت صورة.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "ولا يؤكل إلخ" وذلك لأن الجرح فى الصيد بمنزلة الذكاة، فمن لم يكن أهلاً للذكاة، كهؤلاء فلا

يحل صيده، ومن كان أهلاً لها حل صيده كالمسلم غير المحرم واليهودى والنصرانى، والولد الحادث بين اليهودى

والمجوسى حل ذبيحته؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين ديناً، والكتابى أقرب إلى الإسلام. (غن)

(١٥) وغيرهم من الكفار سوى أهل الكتاب، وفى بعض النسخ: والمحرم. (غن)

(١٦) أى من أهلية الذكاة.

(١٧) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٨) إثنان: سست كردن جراحت كسى را. (م) يقال: أنشخته الجراحة أى أوهنته. (غن)

الامتناع^(١)، فرماه آخر فقتله، فهو للثاني ويؤكل^(٢)؛ لأنه هو الآخذ^(٣)، وقد قال عليه السلام* : «الصيد لمن أخذ^(٤)»، وإن كان الأول^(٥) أثخنه^(٦) فرماه الثاني، فقتله فهو للأول^(٧)، ولم يؤكل؛ لاحتمال الموت بالثاني، وهو^(٨) ليس بذكاة^(٩)، للقدرة على ذكاة الاختيار.

بخلاف الوجه الأول^(١٠)، وهذا^(١١) إذا كان الرمي الأول بحال ينجو منه الصيد^(١٢)؛ لأنه حينئذ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني. أما إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح^(١٣)، كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني^(١٤)؛ لأن وجوده وعدمه بمنزلة. وإن كان الرمي الأول بحال، لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح^(١٥)، بأن كان يعيش يوماً أو دونه^(١٦).

- (١) قوله: "عن حيز [عن الآخذ]" حيز الحيز كل مكان، وقولهم في حيز التواتر أى فى جهته ومكانه، وهو مجاز. (مصنفى)
- (٢) قوله: "ويؤكل" لأن الثاني هو الذى صاده، فإن الثاني قتله قبل أن يخرج الصيد عن حيز الامتناع باصاىة الأول، ولم يوجد الحاضر. (غن)
- (٣) دليل لقوله: فهو للثاني.
- * راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣١٨، والدراية ج ٢ ص ٢٥٦ تحت الحديث ٩٩٩. (نعيم)
- (٤) قوله: "الصيد لمن أخذ" قال الزيلعى: غريب، وقد روى من سفيان عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال: «الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره»، كذا فى "التذكرة" لأبى عبد الله محمد ابن حمدون. (مل)
- (٥) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (٤)
- (٦) أى ضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع. (٦)
- (٧) قوله: "فهو للأول" وذلك لأن الأول أخرجه من أن يكون صيداً، فصار آخذاً له حكماً، والصيد لمن أخذ، ولا يؤكل؛ لأنه لما خرج عن حيز الامتناع صار أهلياً، فكان ذكاته كأنه ذكاة الاختيار لا ذكاة الاضطراب، ثم لما رماه الثاني صار كمن رمى شاة فقتلها، فلا يحل. (غن)
- (٨) أى الموت بالثاني.
- (٩) فإن الصيد خرج بالأول عن الصيدية.
- (١٠) فإنه لم يخرج بالأول عن الصيدية.
- (١١) أى عدم الأكل.
- (١٢) فإذا رماه الثاني فإنه لا يحل؛ لأنه إلخ.
- (١٣) بعد الذبح للاضطراب. (غن)
- (١٤) بل إلى الرمي الأول.

فعلى قول أبى يوسف: لا يحرم بالرمى الثانى؛ لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده.

وعند محمد يحرم؛ لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه، فصار الجواب فيه^(١)، والجواب فيما إذا كان الأول^(٢) بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل.

قال^(٣): والثانى ضامن لقيمته للأول^(٤)، غير ما نقصته جراحته^(٥)؛ لأنه بالرمى أتلّف صيداً مملوكاً له؛ لأنه ملكه بالرمى المشخن، وهو^(٦) منقوص بجراحته، وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف.

قال رضى الله تعالى عنه^(٧): تأويله إذا علم^(٨) أن القتل حصل بالثانى، بأن كان الأول^(٩) بحال يجوز أن يسلم الصيد منه^(١٠)، والثانى بحال لا يسلم الصيد منه؛ ليكون القتل كله مضافاً إلى الثانى، وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول^(١١) منقوصاً بالجراحة^(١٢)، فلا يضمه كملاً^(١٤)، كما إذا قتل^(١٥) عبداً مريضاً^(١٦).

(١٥) فى المذبوح للاضطراب.

(١٦) لولا الذكاة.

(١) قوله: "فصار إلخ" يعنى إذا كان معتبراً على مذهبه، كان الجواب فى هذه المسألة عنده كالجواب فيما إذا كانت الرمية الأولى أنثخته، وكان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منها، فمتى رماه الثانى لا يحل، فكذا هذا. (غن)

(٢) أى الرمي الأول.

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى لقيمته مجروحاً بالجراحة الأولى. (غن)

(٥) أى يستثنى من قيمته ما نقصته جراحته.

(٦) صيد.

(٧) أى المصنف.

(٨) قوله: "إذا علم إلخ" فإن علم أنه مات من الأول، فهو للأول، وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته؛ لأن الأول قد اصطاده، والفعل من الثانى نقص ملك الأول فيضمن. (ك)

(٩) أى الرمي الأول.

(١٠) بأن أبان الثانى رأسه مثلاً. (غن)

(١١) الواو حالية

(١٢) لأن الرمية الأولى لما أنثخته صار مملوكاً للأول. (غن)

(١٣) الأولى.

(١٤) قوله: "كملاً" محرّكة تمام، يقال: أعطاه الحال كملاً أى كاملاً. (من)

(١٥) فلا يضمن قيمته صحيحاً. (غن)

وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين، أو لا يدري، قال في "الزيادات" (١):
يضمن الثاني ما نقصته جراحته، ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين، ثم
يضمن نصف قيمة لحمه، أما الأول (٢): فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير، وقد نقصه،
فيضمن ما نقصه أولاً.

وأما الثاني (٣): فلأن الموت حصل بالجراحتين، فيكون هو متلفاً بنفسه،
وهو (٤) مملوك لغيره، فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين؛ لأن الأولى (٥)
ما (٦) كانت بصنعه (٧)، والثانية (٨) ضمنها مرة (٩)، فلا يضمنها ثانياً.
وأما الثالث (١٠): فلأن بالرمي الأول صار بحال يحل (١١) بذكاة الاختيار لولا
رمي الثاني، فهذا (١٢) بالرمي الثاني، أفسد عليه (١٣) نصف اللحم، فيضمنه (١٤)، ولا

(١٦) أو شاة مجروحة. (زيلي)

(١) قوله: قال في "الزيادات" إلخ "بيان لحكم الضمان، ولم يذكر حكم الأكل، وحكمه أنه لا يؤكل؛ لأن إحدى
الجراحتين تعلق بها الخطر والأخرى تعلق بها الإباحة، وإنما لم يذكره؛ لأنه يعلم بذلك، وإنما كان حكم صورة الجهالة،
وهو أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما، كصورة العلم بذلك؛ لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً، فيضاف
إليهما، قيل: كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة، وهو فاسد؛ لأن
ضمان نقصان الجراحة إنما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة، فكيف يدخل فيه؟ (٦)

(٢) وهو ضمان ما نقصته جراحته. (زيلي)

(٣) وهو ضمان نصف قيمته حياً. (زيلي)

(٤) الواو حالية.

(٥) الجراحة الأولى..

(٦) نافية.

(٧) فلا تكون مضموناً عليه.

(٨) أي الجراحة الثانية.

(٩) وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولاً. (زيلي)

(١٠) وهو ضمان نصف اللحم. (زيلي)

(١١) قوله: "صار بحال إلخ" لأن الأول لما أتخذه، وأخرجه من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا يحل
بذكاة الاضطرار، ويحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمي الثاني، فهو بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه.
فإن قيل: لم لا يدخل ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته، فإن من أ تلف شاة غيره يضمن قيمتها، ولا
يضمن لحمها ثانياً.

قلنا: لما مات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصاً بالجراحتين؛ لأنه يكون متلفاً بنفسه حيث أضيف الموت إلى
فعلهما، ولكن منقوصاً بالجراحتين؛ لأن أحدهما بفعل الغير والأخرى ضمنها مرة، ثم إنما يضمن قيمة لحم النصف الآخر
لا الذي ضمنه مرة؛ لأن كل الصيد كان منتفعاً في حق صاحبه بواسطة الذكاة، والثاني برمي، أخرجه عن أن يكون منتفعاً
به في حقه، فعلم أن تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد، بخلاف المستشهد، وإن لم يعلم بأي الجراحتين مات، فهو
كما إذا لو علم بأنه مات منهما، لأن كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً، فيضاف إليهما. (ك)

يضمن النصف الآخر؛ لأنه ضمنه مرة، فدخل ضمان اللحم فيه، وإن كان رماه الأول ثانياً^(١). فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره^(٢)، ويصير كما إذا رمى صيداً على قُلة^(٣) جبل، فأثخنه^(٤)، ثم رماه ثانياً، فأنزله^(٥) لا يحل؛ لأن الثاني^(٦) محرم، كذا هذا^(٧).

قال^(٨): ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل؛ لإطلاق ما تلونا^(٩). والصيد لا يختص بمأكل اللحم، قال قائلهم: شعر: صيد الملوك أرانب^(١٠) وثعالب^(١١) وإذا ركبت فصيدي الأبطال^(١٢) ولأن صيده^(١٣) سبب للانتفاع بجلده أو شعره، أو ريشه^(١٤)، أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع، والله أعلم بالصواب.

كتاب الرهن^(١٥)

الرهن^(١٦) لغة: حبس الشيء^(١٧) بأي سبب كان، وفي الشريعة: جعل الشيء

(١٢) أى الثانى.

(١٣) أى على الأول.

(١٤) الثانى.

(١) قوله: "وإن كان رماه إلخ" يعنى أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامى الثانى غير الرامى الأول، وهذا فيما إذا رماه الأول ثانياً، فالجواب فى حكم الإباحة إلخ يعنى لا فى حكم الضمان؛ لأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه بفعل نفسه. (٤)

(٢) الأول.

(٣) سر كوه. (م)

(٤) أى أوهنه.

(٥) فرود آورد

(٦) أى الرمى الثانى.

(٧) أى يكون الرمى الثانى محرماً.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) أى «إذا حللتهم فاصطادوا».

(١٠) أرنب - بالفتح - خرگوش. (م)

(١١) ثعلب: روباه. (م)

(١٢) بالفتح: دليران جمع بطل.

(١٣) أى اصطياد ما لا يؤكل لحمه. (غن)

(١٤) ريش بالكسر: پر مرغ. (م)

(١٥) قوله: "كتاب الرهن [بالفتح: گرو وگرو دادن. م]" مناسبة الرهن بالصيد من حيث إن كل واحد من الرهن

والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال. (غن)

محبوساً بحق^(١) يمكن استيفاءه^(٢) من الرهن^(٣) كالديون^(٤).
وهو مشروع لقوله تعالى^(٥): ﴿فرهان^(٦) مقبوضة﴾، ولما روى: «أنه عليه السلام اشترى^(٧) من يهودى طعاماً ورهنه بها^(٨) درعه*»، وقد انعقد على ذلك^(٩) الإجماع، ولأنه عقد وثيقة^(١٠) لجانب الاستيفاء، فيعتبر^(١١) بالوثيقة^(١٢) فى طرف الوجوب وهي الكفالة.
قال^(١٣): الرهن ينعقد^(١٤) بالإيجاب والقبول^(١٥)، ويتم بالقبض، قالوا^(١٦):

(١٦) قوله: الرهن إلخ" يقال: رهن الرجل الشيء، ورهنه عنده، واسترهننى كذا فرهنته عنده، وارتنه أخذته رهنًا، والرهن المرهون، والجمع رهون ورهان ورهن. (مغرب)

(١٧) قوله: "حبس الشيء [أى شيء كان]" قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي. (ك)

(١) قوله: "بحق" إنما قيدنا بالحق؛ لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضاً، والحق يشملهما. (غن)

(٢) احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص. (ع)

(٣) بمعنى المرهون. (ع)

(٤) قوله: "كالديون" حتى لا يصح الرهن إلا بدين واجب ظاهراً وباطناً، فأما بدين معدوم فلا يصح، إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. (ك)

(٥) ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان﴾ إلخ.

(٦) جمع الرهن، كالعباد جمع العبد. (غن)

(٧) قوله: "اشترى [بالمدينة] إلخ" أخرجه البخارى ومسلم عن عائشة رضى الله تعالى عنها: «أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد»، انتهى.

وفى لفظ للبخارى: «ثلاثين صاعاً من شعير»، وأخرج الترمذى عن ابن عباس قال: قبض النبي ﷺ وأن درعه مرهونة عند رجل من يهودى على ثلاثين صاعاً من شعير، أخذها رزقاً لعياله. (ت)

(٨) أى بقيمته. (ك)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣١٩، والدراية ج ٢ ص ٢٥٧، الحديث ١٠٠٠. (نعيم)

(٩) على جوازه.

(١٠) قوله: "لأنه عقد وثيقة [الوثيقة ما يوثق به الشيء، ويؤكد به. غن] إلخ" تقريره: أن للدين طرفين، طرف الوجوب وطرف الاستيفاء؛ لأنه يجب أولاً فى الذمة، ثم يستوفى المال بعد ذلك، ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة، وهى الكفالة جائزة، فكذلك الوثيقة التى تختص بالمال بالطريق الأولى؛ لأن الاستيفاء هو المقصود، والوجوب وسيلة إليه. (ع)

(١١) أى ققياس.

(١٢) لأن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين.

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) على ذلك عامة المشايخ.

(١٥) قوله: "بالإيجاب إلخ" الإيجاب هو قول الراهن: رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه، والقبول هو

الركن الإيجاب بمجرد^(١)؛ لأنه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة، والقبض شرط للزوم^(٢)، على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: يلزم بنفس العقد^(٣)؛ لأنه يختص بالمال من الجانبين، فصار كالبيع^(٤)؛ ولأنه عقد وثيقة^(٥)، فأشبه الكفالة. ولنا ما تلوناه^(٦)، والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء^(٧) يراد به الأمر^(٨)، ولأنه عقد تبرع^(٩)؛ لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهذا^(١٠) لا يجبر عليه، فلا بد^(١١) من إمضائه^(١٢)، كما في الوصية^(١٣)، وذلك^(١٤) بالقبض، ثم يكتفى فيه بالتخلية^(١٥) في

قول المرتهن قبلت. (عيني)

(١٦) قوله: "قالوا [أى قال بعض المشايخ. غن] الخ" أراد به شيخ الإسلام خواهر زاده، الركن الإيجاب بمجرد؛ لأنه عقد تبرع، وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع، فالرهن يتم بالتبرع، وأما إنه عقد تبرع؛ فلأن الراهن لا يستوجب إزاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيئاً، ولا نعى بالتبرع إلا كذلك، وأما إن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع كالهبة والصدقة. (٤)

(١) قوله: "الإيجاب بمجرد" فاختلفوا في القبول، قال بعضهم: إنه شرط، وظاهر ما ذكر في "المحيط" يشير إلى أنه ركن، فإنه قال في الأيمان، الإجارة بدون القبول ليست بإجارة، وكذا الرهن، حتى لا يحث من حلف لا يؤجر أولاً برهن بدون القبول، وهكذا ذكره في "المنتقى". (ك)

(٢) وقال بعض أصحابنا: شرط الجواز. (ك)

(٣) أى بالإيجاب والقبول.

(٤) فلا يشترط فيه القبض. (غن)

(٥) فيلزم بالقبول. (ك)

(٦) قوله: "ولنا ما تلوناه" أى قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وصف الرهن بكونها مقبوضة، والنكرة إذا وصفت عمت كقوله: والله لا أكلم إلا رجلاً كوفياً، فيقتضى أن يكون كل الرهن مشروعاً بهذه الصفة. (غن)

(٧) قوله: "والمصدر الخ" ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظراً؛ لأن الرهان جمع رهن كالنعل والنعال، وقوله مقبوضة بالتائيد دال على أنه جمع، وليس بمصدر، وإنما قال: والمصدر المقرون، لأنه تقديره -والله أعلم- فرهن رهان مقبوضة، ووصفها بأنها مقبوضة باعتبار المال. (ك)

(٨) قوله: "يراد به الأمر" نظيره قوله تعالى: ﴿فضرب الرقاب﴾ أى فاضربوها، وقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ أى فليحرر، فكان المصدر فيما تلوناه هنا أيضاً، وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ بمعنى الأمر، أى فارهتوا أو ارتهنوا. (نت)

(٩) دليل معقول على اشتراط القبض. (٤)

(١٠) أى لكونه تبرعاً.

(١١) يعنى لا بد لثبوت الاستحقاق من الإمضاء. (غن)

(١٢) أى إنفاذ الرهن.

(١٣) قوله: "كما في الوصية" لأنها عقد تبرع لا يستحق إلا بالإمضاء، ولكن إمضاءها بأن لا يرجع إلى الموت عنها صريحاً، أو دلالة. (عيني)

(١٤) أى الإمضاء.

(١٥) قوله: "بالتخلية" أراد بالتخلية رفع الموانع عن القبض، يعنى أن الراهن إذا خلا بين المرتهن، والمهون يعتبر

ظاهر الرواية؛ لأنه قبض بحكم عقد مشروع، فأشبهه قبض المبيع.
وعن أبي يوسف: أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل؛ لأنه^(١) قبض موجب للضمان^(٢) ابتداءً بمنزلة الغصب^(٣)، بخلاف الشراء^(٤)؛ لأنه ناقل للضمان^(٥) من البائع إلى المشتري، وليس بموجب ابتداء، والأول^(٦) أصح.
قال^(٧): فإذا قبضه المرتهن محوزاً^(٨) مفرغاً متميزاً تم العقد^(٩) فيه^(١٠)؛ لوجود القبض بكماله، فلزم العقد، وما لم يقبضه^(١١)، فالرهن بالخيار إن شاء سلمه^(١٢)، وإن شاء رجع عن الرهن؛ لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض؛ إذ المقصود لا يحصل قبله^(١٣).

قال^(١٤): وإذا سلمه إليه فقبضه، دخل في ضمانه، وقال الشافعي: هو^(١٥) أمانة

قابضاً، كما إذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري. (غن)

(١) أى قبض الرهن. (٤)

(٢) قوله: "موجب للضمان إلخ" أراد بابتداء الضمان أن لا يكون مضموناً قبل العقد، والرهن لم يكن مضموناً على الراهن، حتى يكون الرهن نقلاً للضمان، فكان وجوب الضمان على المرتهن ابتداءً، كما فى الغصب. (ك)

(٣) يعنى كما أن المغصوب لا يصير مضموناً بالتخلى بدون النقل، فكذا المرهون. (كف)

(٤) جواب عن قياس وجه الظاهر. (٤)

(٥) قوله: "لأنه [أى لأن القبض فى الشراء] ناقل إلخ" فإن المبيع قبل التسليم إلى المشتري كان مضموناً على البائع بالثمن، فانتقل المبيع منه إلى المشتري بذلك الضمان على المشتري بالتسليم إليه، فلم يكن مضموناً ابتداءً. (ك)

(٦) قوله: "والأول" أى ظاهر الرواية، وهو ثبوت القبض بمجرد التخلي بدون اشتراط النقل أصح؛ لأن الرهن إنما يقبض بجهة استيفاء الدين، ثم أن الراهن إذا خلا بين المرتهن ودينه يعتبر قابضاً، وذلك حقيقة الاستيفاء، فكذا يعتبر قابضاً إذا خلا بينه وبين الرهن، وهو جهة الاستيفاء. (غن)

(٧) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "محوزاً" أى مقسوماً، وهو احتراز عن رهن المشاع، فإنه لا يجوز عندنا، وقوله: مفرغاً أى عن ملك الراهن، وهو احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن، وقوله: متميزاً أى لم يكن الرهن متصلًا بغيره اتصال خلقه، كما لو رهن الثمر على رأس الشجر دون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقه، فصار كالشائم. (كف)

(٩) أى عقد الرهن. (غن)

(١٠) أى فى المرهون. (غن)

(١١) هذا لفظ القدرورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) مرهون.

(١٣) قوله: "لا يحصل قبله" أى قبل القبض؛ لأن الرهن استيفاء الدين حكماً، والاستيفاء حقيقة لا يكون بدون القبض، فكذا الاستيفاء حكماً؛ ولأن المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، وذلك إنما يكون بالقبض. (كفاية)

(١٤) أى القدرورى فى "مختصره".

(١٥) موهون.

فى يده، ولا يسقط شىء من الدين بهلاكه؛ لقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن»^(١)
 - قالها^(٢): ثلاثاً - لصاحبه غنمه^(٣) وعليه^(٤) غرمه^(٥) *، قال: ومعناه^(٦) لا
 يصير^(٧) مضموناً بالدين، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فبهلاكه لا يسقط الدين اعتباراً
 بهلاك الصك^(٨)، وهذا^(٩) لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة^(١٠).
 والسقوط^(١١) بالهلاك يضاد ما اقتضاه^(١٢) العقد^(١٣)، إذ الحق به يصير بعرض^(١٤)
 الهلاك، وهو ضد الصيانة، ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نقض^(١٥) فرس
 الرهن عنده: «ذهب حقتك»^(١٦) *، وقوله عليه السلام: «إذا عمى^(١٧) الرهن^(١٨)

(١) قوله: «لا يغلق الرهن [غلق - بفتحين - مستحق ومالك شذن گروستاينده گرو را. م] الخ» أخرجه ابن
 حبان فى «صحيحه» والحاكم فى «المستدرک» عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه عن النبى ﷺ قال: «لا يغلق
 الرهن» والرهن من رهنه له غنمه، وعليه غرمه، انتهى.
 وقال أبو داود: وقوله: له غنمه وعليه غرمه من كلام سعيد بن المسيب، نقله عنه الزهرى، وقال: هذا هو الصحيح،
 وقوله فى الكتاب: قالها: ثلاثاً، لم أجده فى شىء من طرق الحديث. (ت)
 قوله: «لا يغلق الخ» قال فى الفائق: يقال غلق الرهن غلوقاً، إذا بقى فى يد المرتهن لا يقدر على تخليصه كان من
 أفاعيل الجاهلية، أن الراهن إذا لم يرد ما عليه فى الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن. (غن)

(٢) أى قال النبى ﷺ هذه الألفاظ.

(٣) زوائد، پير دزى بجزى دست رنج. (من)

(٤) أى لو هلك لهلك على الراهن. (ك)

(٥) بالضم: تاوان. (م)

* راجع نصب الرابة ج ٤ ص ٣١٩، والدراية ج ٢ ص ٢٥٧، الحديث ١٠٠١. (نعيم)

(٦) أى معنى قوله: لا يغلق الرهن.

(٧) المرهون.

(٨) معرب چک نامہ وقباله.

(٩) أى عدم سقوط الدين.

(١٠) أى صيانة الدين.

(١١) أى سقوط الدين.

(١٢) وهو الصيانة.

(١٣) أى عقد الرهن.

(١٤) پيش آمدن. (ص)

(١٥) نقض - بفتحين - نیست شدن. (م) يقال: نفقت الدابة إذا هلكت فوقاً. (غن)

(١٦) قوله: «ذهب حقتك [أخرجه أبو داود فى «مراسيله» عن عطاء. ت]» وحقه الدين، فيكون ذاهباً، لا يقال:
 المراد به ذهب حقتك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر؛ لأن الأول مشاهد، فلا حاجة إلى الإخبار عنه، والثانى ليس
 بحق عنه، ولأنه ذكر الحق منكراً فى أول الحديث، وهو أن رجلاً رهن فرساً عند رجل بحق له عليه، فنقض عنده، فاختصما
 إلى النبى ﷺ، فقال للمرتهن «ذهب حقتك»، فذكر الحق منكراً، ثم أعاد عرفاً بالإضافة، وفى ذلك يكون الثانى عين

فهو بما فيه*، معناه: على ما قالوا: إذا اشتبهت^(٢) قيمة الرهن^(٣) بعد ما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضى الله تعالى عنهم على أن الرهن^(٤) مضمون مع اختلافهم^(٥) فى كفيته^(٦)، فالقول بالأمانة خرق له، والمراد بقوله عليه السلام^(٧): «لا يغلُق الرهن»** على ما قالوا: الاحتباس الكلى.

والتمكن بأن يصير^(٨) مملوكاً له، كذا ذكر الكرخى عن السلف، ولأن الثابت^(٩) للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس؛ لأن الرهن ينبىء^(١٠) عن

الأول، كذا فى "النهاية". فيه نظر؛ لأن أحدهما كلام الراوى، والآخر كلام النبى عليه السلام، ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة، إلا إذا علم أن المنكر كان واقعاً من المرتهن فى حضرة النبى عليه السلام، ولا يعلم ذلك. (٤)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٢١، والدراية ج ٢ ص ٢٥٧، الحديث ١٠٠٢. (نعيم)

(١٧) قوله: "إذا عمى [أى خفى، فى "منتهى الأرب" عمى پوشيده شدن كار بر كسى] إلخ" رواه أبو داود فى "مراسيله" عن الأوزاعى عن النبى ﷺ قال: «الرهن بما فيه» انتهى، قال ابن القطان: مرسل صحيح، وأخرج الطحاوى بسند صحيح عن أبى الزناد قال: أدركت من فقهاءنا الذين ينتمى إلى قولهم، منهم سعيد ابن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم أنهم قالوا: الرهن بما فيه، إذا كان هلك، وعميت قيمته، ويرفم ذلك، منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ. (ت)

(١٨) أى المرهون.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٢١، والدراية ج ٢ ص ٢٥٧، الحديث ١٠٠٣. (نعيم)

(٢) قوله: "إذا اشتبهت إلخ" يعنى إذا قال الراهن: لا أدرى كم كان قيمة الرهن، وقال المرتهن: كذلك، يكون الرهن بما فيه من الدين، حكى هذا التأويل عن أبى جعفر. (٤)

(٣) المرهون.

(٤) أى المرهون.

(٥) قوله: "مع اختلافهم" قال أبو بكر وعلى رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بالقيمة، وقال عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما: هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، وقال ابن عباس: هو مضمون بالدين، قلت قيمة أو كثر، وهو قول شريح. (كف)

(٦) ضمان.

(٧) قوله: "والمراد [جواب عما قال الشافعى] إلخ" يعنى أنه لم يفهم أحد من اللغة من قوله عليه السلام: «لا يغلُق الرهن» نفى الضمان عن المرتهن، وذكر الكرخى عن السلف، كطاوس وإبراهيم وغيرهما أنهم اتفقوا على أن المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباساً، لا يمكن فكاهه، بأن يكون مملوكاً للمرتهن.

والدليل عليه ما روى عن الزهرى، أن أهل الجاهلية كانوا يرتهنون، ويشترطون على الراهن أنه إن لم يقض الدين إلى وقت كذا، فالرهن مملوك للمرتهن، فأبطل رسول الله ﷺ ذلك بقوله «لا يغلُق الرهن» وقيل لسعيد ابن المسيب: أهو قول الرجل: إن لم يأت بالدين إلى وقت كذا، فالرهن يبيع بالدين، فقال: نعم.

وقوله: "لصاحبه غنمه" الصحاح يحتمل المرتهن، كما يقال للمضارب: صاحب المال، والحمل عليه أولى؛ لأن حقيقة الصحبة له، فيصير كأنه قال للمرتهن غنمه، أى الزوائد يصير رهنًا عنده، وعليه غرمه، أى هلاك الرهن على المرتهن، وإن كان المراد به الراهن، فالمراد من الغرم نفقة الرهن حال قيامه، والكفن حال موته. (ك)

** وقد تقدم فى كتاب الرهن. (نعيم)

(٨) الرهن.

الحبس الدائم، قال الله تعالى: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾^(١)، وقال قائلهم^(٢):
شعر:

وفارقتك^(٣) برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى^(٤) الرهن قد غلقا
والأحكام الشرعية تنعطف^(٥) على الألفاظ على وفق الإنشاء^(٦)؛ ولأن الرهن
وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه^(٧)، وذلك^(٨) ثابت بملك اليد
والحبس ليقع الأمن من الجحود^(٩) مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون^(١٠) عاجزاً
عن الانتفاع به^(١١)، فيتسارع^(١٢) إلى قضاء الدين لحاجته^(١٣)، أو لضجره^(١٤)، وإذا
كان كذلك^(١٥) يثبت الاستيفاء من وجه^(١٦)، وقد تقرر^(١٧) بالهلاك، فلو استوفاه

(٩) دليل معقول على المطلوب. (٤)

(١٠) لغة.

(١١) أى محبوسة (٤) بويال ما اكتسبت من المعاصي. (٤)

(١٢) أى زهير.

(٣) قوله: "وفارقتك [محبوبه، خطاب إلى نفسه]" أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع، فذهبت به فاحتبس قلبه
عندها على وجه لا فكاك له، وليس فيه ضمان ولا هلاك، فدل على أنه يوجب حبس الرهن بالدين، دائماً، قيل: الدوام إنما
فهم من قوله: لا فكاك له، لا من لفظ الرهن.

وأجيب: بأنه لما دام وتأبد بنفى الفكاك دل على أنه ينبنى عن الدوام، إذ لو لم يكن موجباً لذلك، لما دام بنفى ما
يعترضه، بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه، فثبت أن اللغة تدل على إنباء الرهن عن الحبس الدائم. (٤)

(٤) صار.

(٥) أى تميل، فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبثقاً عن الحبس الدائم. (٤)

(٦) خير دادن. (م) عن المعانى اللغوية.

(٧) استيفاء.

(٨) أى كونه موصلاً إليه. (٤)

(٩) قوله: "ليقع الأمن [أى جحود الراهن الدين] إلخ" معناه أن الحبس يفضى إلى أداء الحق؛ لأن الراهن يخشى
إن جحد الدين أن يحجد المرتهن الرهن؛ لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين، فيحتاج إلى إبقاء الأقل لتخليص الأكثر. (٤)

(١٠) الراهن.

(١١) بالمرهون.

(١٢) الراهن.

(١٣) إلى العين.

(١٤) ضجر بفتحين دل تنگى وبى آرامى از غم. (م) عن المطالبة، بكون الرهن فى يد المرتهن. (غن)

(١٥) أى لما كان موجب الرهن ملك اليد والحبس. (ك)

(١٦) قوله: "يثبت الاستيفاء من وجه" لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبة، وقد حصل بعضه. (٤)

(١٧) لانتهاء احتمال النقص. (٤)

ثانياً^(١)، يؤدي إلى الربا^(٢).

بخلاف حالة القيام^(٣)؛ لأنه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن، فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه^(٤)؛ لأنه لا يتصور^(٥)، والاستيفاء يقع بالمالية^(٦)، أما العين فأمانة^(٧)، حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته^(٨)، وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن^(٩) لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة، فلا ينوب^(١٠) عن قبض ضمان.

وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء^(١١)، وهذا يحقق الصيانة^(١٢)، وإن^(١٣) كان

(١) قوله: "فلو استوفاه إلخ" أي لو لم يسقط الدين واستوفاه ثانياً أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد، وهو ربا. (٤)
 (٢) قوله: "يؤدي [أي إلى تكرار الأداء مما يرجع إلى اليد، وهو معنى الربا. ك] إلى الربا" أقول: لقاتل أن يقول: نعم، لو استوفاه ثانياً أدى إلى الربا، ولكن إذا لم يستوفه ثانياً أصلاً يؤدي إلى ضياع بعض حقه، وهو استيفاء الرقبة، والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً، فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور إلى اختيار محذور الربا، فتأمل في الدفع. (نت)

(٣) قوله: "حالة القيام" أي بخلاف ما إذا كان الرهن قائماً؛ لأنه ينتقص هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن، فلا يتكرر الأداء. (٤)

(٤) قوله: "ولا وجه إلى استيفاء الباقي" أي الباقي بعد الاستيفاء يدا، وهو ملك الرقبة بدونه أي بدون الاستيفاء يدا، وهذا جواب إشكال، وهو أن يقال: يستوفى المرتهن الدين على وجه لا يؤدي إلى الربا، بأن يستوفيه رقبة لا يدا؛ لأن الاستيفاء يدا تقرر بالهلاك، فبقي من دينه ملك الرقبة، فإذا استوفاه استوفى حقه لا زيادة ولا نقصاناً.

فأجاب بأن استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد لا يتصور، فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد، وذلك ربا، فثبت المعجز من الاستيفاء، وهذا كما قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في رجل له على آخر: ألف جيات، فقضاه ألفاً زيوفاً، فانفقه رب الدين، ثم علم أنها زيوف، سقط اعتبار جودته؛ لأنها لا يمكن أخذها منفردة، ولا وجه إلى أخذها تبعاً؛ لأنه يصير ربا، فكذا ههنا. (ك)

(٥) فيسقط للضرورة. (زيلي)

(٦) قوله: "والاستيفاء إلخ" هذا جواب إشكال أيضاً، وهو أن يقال: وجب أن لا يسقط الدين؛ لأن المرتهن لم يستوف شيئاً من حقه أي الدين؛ لأن الاستيفاء يكون من جنس الحق، فأجاب بأنه استوفى من جنسه؛ لأنه يكون مستوفياً من مالية الرهن لا من عينه؛ لأن الاستيفاء بالعين يكون استبدالاً، والمرتهن مستوفٍ لا مستبدل، وباعتبار الاستيفاء من المالية يتجانس الأموال. أما العين أمانة في يده، وهو بمنزلة الكيس للمالية، فكان الراهن جعل مقدار الرهن في الكيس وسلمه إلى المرتهن؛ ليستوفى حقه، وعند الهلاك في يده يتم استيفاءه في مقدار حقه، إلا أنه لم يصير ملكاً له؛ لأن المالية صفة العين، والأوصاف لا تملك قصداً. (ك)

(٧) عند المرتهن من حيث الصورة.

(٨) على الراهن.

(٩) قوله: "وكذا قبض إلخ" عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن، وفيه بيان أن العين أمانة، حتى لا يصير المرتهن قابضاً بنفس الشراء، بل ينبغي أن يقبض ثانياً. (ك)

(١٠) أي قبض الأمانة.

(١١) قوله: "وموجب العقد إلخ" جواب عما قال الشافعي: الرهن وثيقة بالدين، وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة،

فراغ الذمة^(١) من ضروراته كما فى الحوالة^(٢).

فالحاصل^(٣) أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن^(٤) محتسباً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعند^(٥) تعلق الدين بالعين^(٦) استيفاء منه^(٧) عيناً بالبيع^(٨).
ويخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه^(٩)،
عدناها^(١٠) فى "كفاية المنتهى" جملةً.

منها أن الراهن ممنوع^(١١) عن الاسترداد^(١٢) للانتفاع؛ لأنه يفوت موجه^(١٣)، وهو الاحتباس^(١٤) على الدوام^(١٥)، وعند^(١٦) لا يمنع منه، لأنه لا ينافى^(١٧) موجه^(١٨)،

والسقوط بالهلاك بضاد ما اقتضاه العقد. (عناية)

(١٢) قوله: "وهذا يحقق الصيانة" فإنه لما تقرر استيفاء الدين بالهلاك لم يذهب الدين بلا شىء، حتى يفوت معنى الصيانة بل تتحقق معنى الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن، ولم يسقط مجاناً. (غن)
(١٣) الواو وصلية.

(١) أى فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن، وتام الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "كما فى الحوالة" فإنها توجب الدين فى ذمة المحتال عليه لصيانة حق الطالب، وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته، فلا يتعدم به مقتضى العقد؛ لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا اللوازم الضمنية. (ع)

(٣) قوله: "فالحاصل إلخ" أى حاصل الخلاف فى أن الرهن مضمون، أو أمانة بناء على الخلاف فى حكم الرهن، فمن قال: حكمه أن يكون محتسباً بالدين جعله مضموناً على ما قررناه، ومن قال: إنه ليس بمحتسب بالدين، بل حكمه تعلق الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع جعله أمانة. (غن)

(٤) أى المرهون.

(٥) الشافعى.

(٦) المرهون.

(٧) قوله: "استيفاء إلخ" أى لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيع. (عينى)

(٨) قوله: "عيناً [لا مالية] إلخ" أى استيفاء منه بعينه بالبيع لا بما يتولد منه؛ لأن تعيين عين المبيع لا يقتضى تعيين عين أخرى للبيع. (ك)

(٩) الشافعى.

(١٠) أى عده من المسائل التى ذكر تعدادها جملة فى "كفاية المنتهى". (غن)

(١١) قوله: "منها إلخ" ومنها أن رهن المشاع يجوز عنده؛ لأن المشاع قابل للبيع، واستيفاء الدين من ثمنه، وعندنا لا يجوز؛ لأن ملك الحبس يقتضى وجود الحبس، وحبس المشاع وحده لا يتحقق. (غن)

(١٢) أى استرداد المرهون، وكذا عن ركوبه وشرب لبنه. (ك)

(١٣) العقد.

(١٤) عند المرتهن.

(١٥) أى إلى أن يستوفى المرتهن حقه.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "لأنه لا ينافى إلخ" فإذا كان حكم الرهن صيرورة المرتهن أحق به بيعاً بدينه، وعند البيع هو أحق بثمنه،

وهو تعينه^(١) للبيع، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل، إن شاء الله تعالى .
 قال^(٢): ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون^(٣)؛ لأن حكمه^(٤) ثبوت يد
 الاستيفاء^(٥)، والاستيفاء يتلو الوجوب^(٦).
 قال رضى الله تعالى عنه^(٧): ويدخل على هذا اللفظ الرهن^(٨) بالأعيان
 المضمونة بأنفسها^(٩)، فإنه يصح الرهن بها، ولا دين^(١٠).

فإذا هلك لا يسقط الدين؛ لأنه أمانة عنده. (ك)

(١٨) عقد.

(١) المرهون.

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "إلا بدين مضمون [سواء كان الدين من الأثمان أو غيرها بأى جهة ثبت. غن]" قيد الدين بالمضمون على وجه التأكيد، وإلا فجميع الديون مضمونة، كذا قال فى "شرح الأقطع"، وقيل: أريد بالدين المضمون ما كان واجباً للحال، أى لا يصح إلا بدين واجب للحال، لا بدين سيجب، واحترز به عن الرهن بالدرك، فإنه لا يصح، وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق البيع.

وقيل احتراز عن بدل الكتابة، فإن الرهن به لا يصح؛ لأن المضمون هو الذى لا يسقط إلا بالأداء، أو الإبراء، وبدل الكتابة ليس كذلك؛ لأنه لسقط بتعجيز النفس، وفى الفتاوى يجوز الرهن ببديل الكتابة. (غن)

(٤) الرهن.

(٥) من الرهن.

(٦) قوله: "والاستيفاء يتلو [أى يتبع] الوجوب" فلا بد من وجوب سابق على الاستيفاء، ليكون الاستيفاء مبنياً عليه، فإن قيل: أليس أنه إذا دفع ثوباً إلى رجل على أن يقرضه عشرة دراهم، صار الثوب رهناً، وقد حصل الرهن قبل وجوب الدين، وقيل وجود سببه، فلا يكون تالياً للوجوب.

قلنا: لا بل بعد وجود سببه؛ لأن القرض يثبت من حيث الاعتبار سابقاً على الرهن، كما فى قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم، يثبت البيع سابقاً على العتق، فإذا ثبت القرض سابقاً على الرهن، حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار. (ك)

(٧) أى المصنف.

(٨) قوله: "ويدخل [أى يشكل. ع] على هذا اللفظ [أى الذى يدل على الحصر. ع]" أى يشكل على قوله: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون، الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها أى بمثلها أو بقيمتها، فهى مضمونة بأنفسها، باعتبار أن المثل أو القيمة قائمة مقامها، واحترز به عن الأعيان المضمونة بغيرها، وهى المبيع فى يد البائع، فإنه مضمون بغيره، وهو الثمن.

وفى "المسوط": الرهن بالأعيان على ثلث أوجه، أحدها الرهن بعين، هو أمانة، وهو باطل؛ لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن، وحق صاحب الأمانة فى العين مقصور عليه، فاستيفاء العين من عين آخر غير ممكن، والثانى الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع، وهو مضمون بالثمن، وهذا لا يجوز أيضاً.

والثالث الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب، وهو صحيح؛ لأن موجب العقد رد العين إن أمكن، ورد القيمة عند تعذر رد العين، وذلك دين يمكن استيفاءه من مالية الرهن. (كفاية للسيد جلال الدين رحمه الله تعالى عليه.

(٩) كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء. (ع)

(١٠) قوله: "ولا دين" قال فى "غاية البيان": إنه لا يرد على القدورى الاعتراض؛ لأنه لا ينفى صحة الرهن

ويمكن أن يقال ^(١): إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ، وهو ^(٢) دين، ولهذا تصح الكفالة ^(٣) بها ^(٤)، ولئن كان ^(٥) لا تجب ^(٦) إلا بعد الهلاك، ولكنه تجب ^(٧) عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر ^(٨) قيمته ^(٩) يوم القبض ^(١٠)، فيكون ^(١١) رهناً بعد وجود ^(١٢) سبب وجوبه، فيصح كما في الكفالة ^(١٣)، ولهذا لا تبطل الحوالة ^(١٤) المقيدة به ^(١٥) بهلاكه ^(١٦)، بخلاف

بالأعيان المضمونة بنفسها، بل صرح بصحتها في شرحه لمختصر الكرخي، وإنما اقتصر هنا على الدين؛ لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين، واكتفى به اعتماداً على ما ذكره في موضع آخر، انتهى.

أقول: إن القدرى ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها في مختصره يدل عليه صراحة قوله بأداة القصر "ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون نعم" ولو قال القدرى ويصح الرهن بالدين لا يفهم منه نفيها، وتصريح القدرى بصحتها في موضع آخر لا يجدى شيئاً في دفع الإشكال الوارد على لفظ القدرى في "مختصره" والاعتراض إنما هو عليه، كما يشعر به قول المصنف، ويدخل على هذا اللفظ إلخ، تأمل. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ).

(١) في الجواب.

(٢) قيمته.

(٣) قوله: "ولهذا إلخ" أي ولأن الموجب الأصلي هو القيمة تصح الكفالة بها مع أن الكفالة لا تصح إلا في

الديون. (ك)

(٤) أي بالأعيان المضمونة بنفسها. (ن)

(٥) قوله: "ولئن كان [جواب على ما اختاره بعض آخر من المشايخ. عناية] إلخ" يعني أن الموجب الأصلي عند

البعض رد العين، ورد القيمة مخلص، فلا يجب القيمة إلا بعد الهلاك، فلئن كان لا تجب القيمة إلا إلخ. (مل)

(٦) القيمة.

(٧) القيمة.

(٨) قوله: "ولهذا [أي لكون الوجوب بالقبض السابق] تعتبر إلخ" أقول: هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي

يوسف، فإن المعتبر عند أبي حنيفة يوم الخصومة، وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر بتفصيله في صدر كتاب

الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعاً، فلا يتم التقريب إلا على قول أبي يوسف. (نت)

(٩) المصوب.

(١٠) أي يوم قبض الغاصب المصوب. (ع)

(١١) أي الرهن.

(١٢) أي القبض.

(١٣) فإنها تصح بالأعيان المضمونة بنفسها لوجود سبب وجوبه.

(١٤) قوله: "ولهذا لا تبطل إلخ" يجوز أن يكون توضيحاً من الترخييين، أما على الأول فتقريره: ولكون الموجب

الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمونة بنفسه بهلاكه، فلو أحال على الغاصب، فهلك المصوب لم

يبطل الحوالة؛ لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة، كان هلاك العين كالإهلاك؛ لقيام القيمة في ذمته، ورد العين كان

مخلصاً، ولم يحصل. وأما على الثاني فتقريره: ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود، فهلاك العين لا

يبطل الحوالة، بخلاف الوديعة، فإن الحوالة عليها تبطل بهلاك الوديعة؛ لأنه لا وجوب هناك للقيمة، ولا سبب للوجوب. (ع)

(١٥) أي بالعين المضمونة. (ن)

الوديعة^(١).قال^(٢): وهو مضمون بالأقل^(٣) من قيمته ومن الدين^(٤)، فإذا هلك في يدالمرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر^(٥) فالفضل أمانة^(٦) في يده؛ لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء، وذلك بقدر الدين.

فإن كانت أقل، سقط^(٧) من الدين بقدره، ورجع المرتهن^(٨) بالفضل؛ لأن الاستيفاء بقدر المالية. وقال زفر: الرهن^(٩) مضمون بالقيمة^(١٠)، حتى لو هلك الرهن^(١١) وقيمته^(١٢) يوم الرهن ألف وخمس مائة، والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمس مائة. له حديث على رضى الله تعالى عنه^(١٣) قال: يترادان الفضل في الرهن^(١٤)، ولأن الزيادة على الدين مرهونة؛ لكونها محبوسة به^(١٥)، فتكون

(١٦) قوله: "بهلاكه" قد ذكرنا أن الحوالة المقيدة بالعين على نوعين: أحدهما عين هو وديعة، والثاني عين هو غضب، ففي الوديعة تبطل الحوالة بهلاكها، وعاد الدين إلى المحيل؛ لأن الوديعة هلكت لا إلى خلف، وفي الغضب لا يبطل الحوالة؛ لأن المنصوب هلك إلى خلف، وهو الضمان، والضمان يقوم مقام المضمون، فيجعل كان المنصوب قائم، فيبقى الحوالة لبقاء ما تقيدت به. (نهاية)

(١) أى تبطل الحوالة المقيدة بها بهلاكها؛ لأنها تقوت لا إلى خلف. (ك)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "بالأقل إلخ" الأقل بالالف واللام، وقوله من قيمته أى يوم القبض ومن الدين، بيان للأقل، أى أيهما كان أقل فهو مضمون به، وصورته: قوله فإن كان قيمة الرهن أكثر إلخ، وبيانه إذا رهن ثوبا، قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه، فإن كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسة عشر، فالفضل أمانة عندنا، وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة؛ لأن الرهن عنده مضمون بالقيمة. (ك)

(٤) قوله: "من قيمته إلخ" ليست من هذه هى التى تستعمل للتفضيل، بل هى لتبيين الأقل، وهو بالتعريف، فكانه قال: مضمون بأقلهما من الآخر. (غاية البيان)

(٥) من الدين.

(٦) عند المرتهن، لو هلك لا ضمان.

(٧) من الدين.

(٨) على الراهن.

(٩) المرهون.

(١٠) قل الدين أو أكثر.

(١١) المرهون.

(١٢) الواو حالية.

(١٣) قوله: "له حديث على إلخ" قلت: رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" عن على رضى الله تعالى عنه قال: يترادان

الفضل بينهما فى الرهن. (ت)

مضمونة، اعتباراً بقدر الدين.

ومذهبنا مروى^(١) عن عمر وعبد الله بن مسعود رضی الله تعالى عنهم*، ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء، فلا يوجب^(٢) الضمان إلا بالقدر المستوفى، كما في حقيقة الاستيفاء^(٣)، والزيادة مرهونة^(٤)، ضرورة امتناع^(٥) حبس الأصل^(٦) بدونها، ولا ضرورة في حق الضمان^(٧)، والمراد بالتراد^(٨) فيما روى حالة البيع^(٩)، فإنه روى عنه^(١٠) أنه قال: "المرتهن أمين في الفضل"**.

قال^(١١): وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به^(١٢)؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به^(١٣) المطالبة، والحبس جزاء الظلم، فإذا

(١٤) قوله: "يتراد أن الخ" التراد ما يكون بين اثنين، فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن، كما يرد الراهن فضل الدين. (ب)

(١٥) أي بالدين.

(١٦) قوله: "مروى الخ" قلت أخرج البيهقي عن عمر قال في الرجل يرتهن الرهن، فيضيع قال: إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه، وإن كان أكثر فهو أمين، والرواية عن ابن مسعود غريب. (ت)

* ذكر في نصب الراية ج ٤ ص ٣٢٣ تحت الحديث الرابع، وفي الدراية ج ٢ ص ٢٥٧ تحت الحديث ١٠٠٣. (نعيم)

(٢) على المرتهن.

(٣) قوله: "كما في حقيقة الاستيفاء" مثل ما إذا أوفاه ألفى درهم في الكيس، وحقه في ألف، فإنه يصير ضامناً قدر الدين، والزيادة على قدر الدين أمانة، فكذا هذا. (٤)

(٤) جواب عن الدليل العقلي لزفر.

(٥) قوله: "ضرورة الخ" والثابت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة، كما إذا رهن عبداً قيمته أكثر من الدين، حيث لا تتميز الزيادة من الأصل، فيثبت له حبس الكل. (ك)

(٦) لأنه لو لم يجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشيوء لعدم انفكاكها. (٤)

(٧) قوله: "ولا ضرورة الخ" لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن، بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن على ما يجيء إن شاء الله تعالى. (ك)

(٨) قوله: "والمراد [جواب عن حديث علي] بالتراد الخ" توفيقاً بين حديثي علي رضي الله تعالى عنه، فإنه روى عنه، المرتهن أمين في الفضل، فيجب حمل الأول على حالة البيع، يعني إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن، يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن، ولو كان الدين زائداً يرد الراهن زيادة الدين. (٤)

(٩) لا في حالة الهلاك. (ك)

(١٠) قوله: "فإنه روى عنه الخ" قلت رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن محمد ابن الحنفية عن علي قال: إذا كان الرهن أكثر مما رهن به، فهلك، فهو بما فيه؛ لأنه أمين في الفضل، وإذا كان أقل مما رهن به فهلك، رد الراهن الفضل، انتهى. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٢٣ تحت الحديث الرابع، والدراية ج ٢ ص ٢٥٧ تحت الحديث ١٠٠٣. (نعيم)

(١١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٢) إن امتنع.

ظهر مطله^(١) عند القاضى يحبسه، كما بيناه على التفصيل^(٢) فيما تقدم^(٣).
وإذا طلب المرتهن دينه^(٤) يؤمر^(٥) بإحضار الرهن^(٦)؛ لأن قبض الرهن قبض
استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يتكرر الاستيفاء على
اعتبار الهلاك^(٧) فى يد المرتهن، وهو محتمل.

وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولاً، ليتعين حقه، كما تعين حق الراهن
تحقيقاً للتسوية، كما فى تسليم المبيع والتمن، يحضر المبيع، ثم يسلم الثمن أولاً.
وإن طالبه بالدين فى غير البلد^(٨) الذى وقع العقد فيه، إن كان الرهن^(٩) مما لا
حمل له، ولا مؤونة^(١٠)، فكذلك الجواب^(١١)؛ لأن الأماكن كلها فى حق التسليم
كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤونة.

ولهذا^(١٢) لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه^(١٣) فى باب السلم بالإجماع، وإن كان
له حمل ومؤونة، يستوفى دينه، ولا يكلف إحضار الرهن^(١٤)؛ لأن هذا نقل^(١٥)،
والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية^(١٦)، لا النقل من مكان إلى مكان؛ لأنه يتضرر

(١٣) أى بالرهن.

(١) مطل - بفتحين - درنگ کردن در دادن دام. (م)

(٢) قوله: "كما بيناه على التفصيل إلخ" وهو ما فصل فى فصل الحبس من أدب القاضى بقوله: وهذا أى ترك
الحبس إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه مأملاً، وأما إذا ثبت بالبينة حبسه كما يثبت لظهور المطل بإنكاره. (ك)

(٣) أى فى فصل الحبس من كتاب أدب القاضى. (ك)

(٤) قوله: "وإذا طلب إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها من المسائل من مسائل "الزيادات" إلى قوله: قال: وإن كان
الرهن فى يده ذكرها تفرعاً على مسألة "مختصر القدورى". (غن)

(٥) أى أولاً ليعلم أنه باق. (زيلعى)

(٦) المرهون.

(٧) أى على تقدير الهلاك.

(٨) والرهن فى ذلك البلد.

(٩) المرهون.

(١٠) مشقت.

(١١) قوله: "فكذلك الجواب" أى يؤمر المرتهن بإحضار الرهن أولاً. (غن)

(١٢) أى لكون الأماكن كلها كمكان واحد.

(١٣) أى فيما ليس له حمل ومؤونة.

(١٤) قوله: "ولا يكلف إلخ" ذكر فى بعض الفوائد: ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك إن طلب الراهن ذلك؛
لأن الرهن غائب، فيحتمل هلاكه، وعلى اعتباره لا يجب قضاء الدين، فإذا حلف المرتهن فضى الدين. (ك)

(١٥) أى إحضار الرهن هناك.

به^(١) زيادة الضرر، ولم يلتزمه^(٢).

ولو سلط الراهن العدل^(٣) على بيع المرهون، فباعه بنقد^(٤) أو نسيئة جاز؛ لإطلاق الأمر^(٥)، فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن^(٦)؛ لأنه لا قدرة له^(٧) على الإحضار.

وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه^(٨)، فباعه ولم يقبض الثمن؛ لأنه^(٩) صار ديناً بالبيع بأمر الراهن، فصار كأن الراهن^(١٠) رهنه وهو دين^(١١).

ولو قبضه يكلف إحضاره؛ لقيام البديل مقام المبدل، إلا أن الذي^(١٢) يتولى قبض الثمن، هو المرتهن؛ لأنه هو العاقد، فترجع الحقوق إليه، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين، يكلف^(١٣) لاستيفاء نجم^(١٤) قد حل لاحتمال الهلاك^(١٥).

(١٦) أى رفع الممانعة.

(١) قوله: "لأنه يتضرر به [أى بالنقل] إلخ" ولم يعتبر هناك احتمال تكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك؛ لأنه موهوم، فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن، وهو تأخر حق المرتهن، بخلاف الفصل الأول. (٤)

(٢) أى لم يلتزم المرتهن الضرر فى العقد.

(٣) الثالث.

(٤) قوله: "فباعه بنقد أو نسيئة إلخ" قال القاضى الإمام أبو على النسفى رحمه الله تعالى: إذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد، بأن قال: إن المرتهن يطالبنى بدينه ويؤذنى، فبعه، حتى أنجز منه، فباعه بالنسيئة لا يجوز، بمنزلة ما لو قال لغيره: بعم عبدى، فإنى أحتاج إلى النفقة. (ك)

(٥) يشير إلى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعه نسيئة. (٤)

(٦) المرهون.

(٧) لأن الرهن يبيع بأمر الراهن. (٤)

(٨) يعنى لم يكلف إحضار الرهن. (٤)

(٩) أى لأن الرهن.

(١٠) قوله: "فصار إلخ" لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تقاسخا الرهن، وصار الثمن رهناً، بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لا يسقط شىء من دين المرتهن، فصار كأنه رهنه، ولم يسلم، بل وضعه على يدي عدل، كذا فى "زيادات قاضى خان".

فإن قيل: لو رهن الدين ابتداء لا يصح، قلنا نعم! ولكن يبقى حكم الرهن فى ثمن المرهون؛ لكونه بدلا عن المقبوض، وهو قد كان صالحاً لذلك، ثم يثبت هذا الحكم فى خلفه تبعاً لا مقصوداً. (ك)

(١١) أى والحال أن الرهن دين. (٤)

(١٢) قوله: "إلا أن الذى إلخ" هذا استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين، على تقدير إشكال، وهو أن يقال: لم يصير كأن الراهن رهنه، وهو دين، إذ لو كان كذلك، لما كان للمرتهن ولاية قبضة، كما لو كان الرهن فى يد العدل، وله ذلك، فأجاب وقال: ولاية القبض له باعتبار أنه عاقد. (ك)

(١٣) قوله: "يكلف إلخ" [أى المرتهن بإحضار الرهن عند كل نجم، يؤديه الراهن من الدين. ت] هذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن، وأما إذا لم يدع، فلا حاجة إلى إحضار الرهن، إذ لا فائدة فيه. (ك)

ثم إذا قبض الثمن^(١) يؤمر بإحضاره، لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين، وهذا بخلاف^(٢) ما إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ، حتى قضى بالقيمة^(٣) على عاقلته^(٤) في ثلاث سنين، لم يجبر الراهن على قضاء الدين، حتى يحضر كل القيمة؛ لأن القيمة خلف عن الرهن، فلا بد من إحضار^(٥) كلها^(٦)، كما لا بد من إحضار كل عين الرهن، وما صارت قيمة بفعله^(٧)، وفيما تقدم^(٨) صار^(٩) ديناً بفعل الراهن^(١٠)، فلهذا افتراقاً.

ولو وضع الرهن^(١١) على يد العدل، وأمر أن يودعه^(١٢) غيره، ففعل^(١٣) ثم جاء المرتهن يطلب دينه، لا يكلف إحضار الرهن^(١٤)؛ لأنه لم يؤتمن^(١٥) عليه حيث وضع

(١٤) وظيفه. (م)

(١٥) قوله: "لا احتمال الهلاك" ولا ضرره في الإحضار، وفيه فراغ قلب الراهن عن وهم الهلاك، ولكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين. (كف)

(١) قوله: "ثم إذا قبض الثمن إلخ" يعني إن باع الرهن وقبض الثمن، فإذا قبضه وجب إحضاره؛ لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين. (ع)

(٢) قوله: "وهذا [أى بيع العدل أو المرتهن الرهن بإذن الراهن بخلاف إلخ] بخلاف إلخ" إشارة إلى قوله: وكذا إذا أمر المرتهن ببيع إلخ، فإنه لا يجبر المرتهن على الإحضار، بل يجبر الراهن على الأداء بدون إحضار شيء، بخلاف ما إذا قتل رجل إلخ، فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين، حتى يحضر المرتهن كل القيمة. (عناية)

(٣) أى بقيمة العبد.

(٤) أى عاقلة القاتل.

(٥) إن كان قائماً. (غن)

(٦) قيمة.

(٧) قوله: "وما صارت [أى الرهن، أى لم يصر العبد المقتول خطأ قيمة بفعل الراهن واختياره، بل بفعل الأجنبي. غن] قيمة إلخ" يعني فإن قيل: لم لا يكون القيمة كالثمن ثمه، وهى ليست فى يد المرتهن، فيجبر الراهن على القضاء، كما ثمه، أجاب: بقوله ما صارت قيمة بفعله حتى ينتقل إليها رهينة، فتصير كالرهن فى يد العدل، بخلاف ما تقدم، فإن الرهن صار ديناً بفعله، فكأنهما تفاسخا، وجعلا الثمن رهناً ابتداءً، كما مر فافتراقاً. (ع)

(٨) أى فيما إذا باع العدل، أو المرتهن. (ك)

(٩) الرهن.

(١٠) واختياره.

(١١) قوله: ولو وضع الرهن إلخ" أى بعد التخلية ليحقق الرهن بقبض المرتهن بالتخلية، لكنه لم يوضع على يد المرتهن، بل وضع على يد العدل باتفاق من الراهن والمرتهن. (أعظمى)

(١٢) أى أذن بالإيداع.

(١٣) أى وضعه العدل عند غيره ودبعة.

(١٤) قوله: "لا يكلف إحضار الرهن" وأمر الراهن بتسليم الرهن؛ لأن الراهن لم يرضَ بيد المرتهن، فلا يلزمه إحضار ما ليس فى يده، ألا ترى أن المرتهن لو أخذه من العدل يكون غاصباً ضامناً، فكيف يلزمه إحضار شيء لو أخذه

على يد غيره، فلم يكن تسليمه في قدرته.

ولو وضعه العدل في يد من^(١) في عياله^(٢)، وغاب وطلب المرتهن دينه،

والذي في يده^(٣) يقول: أودعني فلان ولا أدري لمن هو، يجبر الراهن على قضاء

الدين؛ لأن إحصار الرهن ليس على المرتهن؛ لأنه لم يقبض شيئاً^(٤).

وكذلك^(٥) إذا غاب العدل بالرهن، ولا يدري أين هو؛ لما قلنا^(٦)، ولو أن

الذي أودعه العدل جحد الرهن، وقال: هو مالي، لم يرجع المرتهن على الراهن

بشيء، حتى يثبت كونه رهنًا؛ لأنه لما جحد فقد توى المال، والتوى^(٧) على المرتهن،

فيتحقق استيفاء الدين، فلا يملك المطالبة به.

قال^(٨): وإن كان^(٩) الرهن^(١٠) في يده، ليس عليه^(١١) أن يمكّنه^(١٢) من البيع،

حتى يقضيه الدين؛ لأن حكمه^(١٣) الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما

بيناه^(١٤). ولو قضاها البعض، فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفي البقية^(١٥)،

اعتباراً بحبس المبيع^(١٦)، فإذا قضاها الدين، قيل له: سلم الرهن إليه^(١٧)؛ لأنه زال

يصير غاصباً. (كف)

(١٥) اثمنه اعتماد كرد او را وامين گرفت، واؤتمن فلاناً مجهولاً معتمداً عليه شد. (من)

(١) كالزوجة.

(٢) قوله: "في عياله" عيال - بالكسر - أولاد وزن أنكه تكفل وتعهد حال ايشان ومؤنث ايشان بايد نمود ونفقته

بايد داد. (منتخب اللغات)

(٣) أي المودع.

(٤) من الرهن. (غن)

(٥) أي أجبر الراهن على قضاء الدين. (غن)

(٦) إشارة إلى قوله لأنه لم يقبض شيئاً. (ك)

(٧) توى كرحى: هلاكى. (من)

(٨) أي القدروري في "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا

يمكن؛ لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين، وذلك حقه، فله إسقاطه. (ع)

(١٠) المرهون.

(١١) قوله: "ليس عليه إلخ" أي لا يكلف مرتهن معه رهن أن يمكن الراهن من بيع الرهن. (شرح وقاية)

(١٢) الراهن.

(١٣) الرهن.

(١٤) سابقاً في أوائل كتاب الرهن.

(١٥) من الدين.

المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه.

فلو هلك^(١) قبل التسليم^(٢) استرد الراهن ما قضاه^(٣)؛ لأنه صار مستوفياً^(٤) عند الهلاك بالقبض السابق، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء، فيجب رده.

وكذلك^(٥) لو تفسخ الرهن، له^(٦) حبسه ما لم يقبض الدين، أو يبرئه^(٧)، ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ^(٨)؛ لأنه^(٩) يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين^(١٠).

ولو هلك^(١١) في يده سقط الدين، إذا كان به وفاء بالدين؛ لبقاء الرهن، وليس للمرتهن^(١٢) أن ينتفع بالرهن، لا باستخدام^(١٣)، ولا سكنى^(١٤)، ولا

(١٦) قوله: "اعتباراً بحبس الخ" فإن في البيع إذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئاً من المبيع، فكذا ههنا؛ لأن في ذلك تفريق الصفة على المرتهن في الحبس. (غن)
(١٧) راهن.

(١) الرهن بعد قضاء الدين. (غن)

(٢) إلى الراهن.

(٣) أى ما أداه إلى المرتهن. (غن)

(٤) قوله: "صار مستوفياً الخ" فإن الرهن حقيقة عقد استيفاء باليد والحبس، كما تقدم، وذلك الاستيفاء شيء يتقرر بالهلاك مستنداً إلى وقت القبض، فالقضاء بعد الهلاك استيفاء، فيجب الرد. (عناية)

(٥) ذكره تفرعاً. (غن)

(٦) أى لا يفسخ بالفسخ، فإن ضمان هذا العقد بالقبض، فيكون انتقاضه بنقض القبض. (غن)

(٧) أى ما لم يبرئ المرتهن الراهن عن الدين. (غن)

(٨) احتراز عما إذا رده على وجه العارية، فإنه لا يبطل الرهن. (٤)

(٩) قوله: "لأنه" أى الرهن يبقى مضموناً مادام القبض والدين باقياً، ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان، لفوات القبض، وإن كان الدين باقياً، وإن أبرأ عن الدين سقط الضمان، وإن كان القبض باقياً؛ لأن العلة إن كانت ذات وصفين ينعدم الحكم بعدم أحدهما.

فإن قيل: ينبغي أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم؛ لأن حكم الرهن لا يبقى، وليس كذلك، كما مر من الشارح، فكان الكلام متناقضاً، أجيب: بأنه بقي احتمال استحقاق الحبس؛ لاحتمال أن يستحق المؤدى، وحيث يظهر أنه ما استوفى حقه، فكان له استحقاق الحبس، فيوجب بقاء الضمان، وفيه نظر؛ لأن الاحتمال لا يوجب التحقق لا سيما إذا لم ينشأ عن دليل. (عناية)

(١٠) قوله: "يبقى مضموناً الخ" وإنما لا يبطل الرهن بمجرد القول بدون الرد؛ لأن حكمه قبل الهلاك ثبوت يد الاستيفاء في حق الحبس، فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والمالك، وحقيقة الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد؛ لأن فعلهما يخالف قولهما، والقول متى خالف الفعل لا يعتبر. (كفاية)

(١١) يعنى إذا حبسه بعد التفسخ فهلك. (٤)

(١٢) قوله: "وليس ذكره تفرعاً على مسألة المختصر. [غن] للمرتهن الخ" لأن المالك رضى بحبسه لا بانتفاعه، فإذا استعمله بوجه من هذه الوجوه كان غاصباً، وضمن قيمته بالغة ما بلغت، فإن كان ياذن المالك، فلا ضمان

ليس^(١)، إلا أن يأذن له المالك؛ لأن له حق الحبس دون الانتفاع.

وليس له أن يبيع^(٢) إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير؛ لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه، فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن فعل كان متعدياً، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي.

قال^(٣): وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله^(٤). قال رضى الله تعالى عنه^(٥): معناه أن يكون الولد فى عياله أيضاً؛ وهذا لأن عينه^(٦) أمانة فى يده، فصار^(٧) كالوديعه. وإن حفظه بغير من فى عياله^(٨)، أو أودعه ضمن^(٩)، وهل يضمن الثانى، فهو على الخلاف^(١٠)، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعه.

وإذا تعدى المرتهن^(١١) فى الرهن ضمنه^(١٢) ضمان الغصب بجميع قيمته؛ لأن

عليه؛ لأن الحجر لحقه، وقد رضى به. (غاية البيان)

(١٣) إذا كان عبداً، أو أمةً.

(١٤) إذا كان داراً ونحوها.

(١) إذا كان ثوباً ونحوه.

(٢) فى دينه. (غن)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "وخادمه" كأجيريه الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة لا مياومة، والمعتبر فيها المساكنة، ولا عبرة بالنفقة، حتى إن المرأة إذا أودعت وديعة، فدفعت الوديعه إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج فى نفقتها؛ لأنهما يسكنان معاً. (زيلعى)

(٥) أى المصنف.

(٦) الرهن.

(٧) الرهن.

(٨) والمراد بمن فى عياله أن يساكن معه، سواء كان فى نفقته أو لا. (غن)

(٩) قوله: "ضمن" وذلك الأيدى تختلف بالحفظ والأمانة، والمالك لم يأذن له فى ذلك فيضمن، فالرهن بمنزلة الوديعه فى يده، فما لا يجوز للوديعه من التصرف، فإنه لا يجوز فى الرهن، وما جاز فى الوديعه جاز فى الرهن. (غن)

(١٠) قوله: "فهو على الخلاف [المعروف]" يعنى إن فى تضمين المودع الثانى أى مودع المودع خلافاً، فعند أبى حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما عليه الضمان كالأول، وعند أبى ليلى لا ضمان على واحد منهما، وقد مرت المسألة مستوفى، بيانها فى الوديعه. (غن)

(١١) قوله: "وإذا تعدى [هذا لفظ القدورى فى "مختصره". غن] إلخ" قال الحاكم الشهيد فى "الكافى": وإن ركب المرتهن الدابة، أو كان الرهن عبداً فاستخدمه، أو ثوباً فلبسه، أو سيفاً، فتقلده بلا إذن الراهن، فهو له ضامن. (غن)

(١٢) قوله: "ضمنه إلخ" ثم إن قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يتقاصان بمجرد القضاء، إذا كان الدين حالاً، ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلاً يضمن المرتهن قيمته، ويكون رهناً عنده، لأنه بدل

الزيادة على مقدار الدين^(١) أمانة^(٢)، والأمانات تضمن بالتعدى، فلو رهنه خاتماً^(٣)، فجعله في خنصره^(٤) فهو ضامن؛ لأنه متعد بالاستعمال؛ لأنه غير مأذون فيه، وإنما الإذن بالحفظ، واليمنى واليسرى في ذلك سواء؛ لأن العادة فيه مختلفة.

ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه^(٥)؛ لأنه لا يلبس كذلك عادة، فكان من باب الحفظ، وكذا الطيلسان^(٦) إن لبسه لبساً معتاداً ضمن^(٧)، وإن وضعه على عاتقه^(٨) لم يضمن^(٩)، ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها^(١٠) لم يضمن في الثلاثة^(١١)، وضمن في السيفين؛ لأن العادة جرت بين الشجعان^(١٢) بتقلد سيفين في الحرب، ولم تجر بتقلد الثلاثة، وإن لبس خاتماً فوق خاتم، إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن، وإن كان لا يتجمل بذلك، فهو حافظ، فلا يضمن.

قال^(١٣): وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن، وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي، ونفقة الرهن على الراهن^(١٤).

الرهن؛ فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذ بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهناً عنده، إلا أن يقضيه دينه؛ لأنه بدل الرهن، فأخذ حكمه. (زيلعي)

- (١) أى دين المرتهن.
- (٢) فى يد المرتهن.
- (٣) ذكره بسبيل التفريم على مسألة القدورى. (غن)
- (٤) بالكسر وكسر صاد وفتح آن: أنكشت كوچك. (م)
- (٥) قوله: "كان رهناً بما فيه" ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به أى إصبع كان ضمنت؛ لأن النساء يتختمن لجميع أصابعهن. (غن)
- (٦) طيلسان بالفتح بثلاث اللام عن عياض وغيره: چادر عربست، أصله تالشان. (من)
- (٧) لأن هذا استعمال، وليس بحفظ. (غن)
- (٨) دوش. (م)
- (٩) لأنه ليس بلبس وإنما هو حفظ. (غن)
- (١٠) تقلد السيف حمائل شمشير بدوش كشيد. (نج)
- (١١) قوله: "لم يضمن [لأنه ليس بلبس] إلخ" ثم ينبغى أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظاً، لا استعمالاً لأن لا يضمن ضمان الغصب، لأنه لا يضمن أصلاً؛ لأن مضمون بالدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته ومن الدين، كالحاتم إذا جعله فى إصبع لا يتختم به فى العرف والعادة وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه، وبه صرح فى "شرح الطحاوى". (غن)

(١٢) بالضم والكسر: دليران، جمع شجاع. (م)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) قوله: "على الراهن" فإن أبى فالقاضى يأمر المرتهن بأن يتفق عليه، فإن قضى الدين فللمرتهن أن يحبس

والأصل^(١) أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن^(٢) وتبقيته، فهو على الراهن، سواء كان في الرهن فضل^(٣) أو لم يكن؛ لأن العين باق على ملكه، وكذلك منافعه مملوكة له^(٤)، فيكون إصلاحه وتبقيته عليه^(٥)؛ لما أنه^(٦) مؤنة^(٧) ملكه، كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه، وأجرة الراعى في معناه^(٨)؛ لأنه علف^(٩) الحيوان. ومن هذا الجنس^(١٠) كسوة الرقيق^(١١) وأجرة ظئر^(١٢) ولد الرهن^(١٣)، وسقى البستان^(١٤)، وكرى^(١٥) النهر وتلقيح^(١٦) نخيله وجذاه^(١٧)، والقيام بمصالحه، وكل ما

الرهن، حتى يستوفى النفقة، فإن هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن، في قول زفر، وقال أبو يوسف: النفقة دين على الراهن. (٤)

(١) أى القاعدة الكلية.

(٢) أى غير مصلحة الحفظ.

(٣) على الدين. (م)

(٤) قوله: "وكذلك منافعه مملوكة له" أى الأولاد والثمرات، وسائر ما ينمو، مثل الصوف والشعر وما ينبت من الأشجار فى الأرض المرهونة، وسائر منافعه، يريد به أن العين باق على ملكه حقيقةً، وكذا حكماً؛ لأن منافعه مملوكة، بخلاف المستعير، والموصى له بالخدمة، فإن النفقة عليهما؛ لأنهما نزلا بمنزلة المالك بملك المنفعة، والمرتهن لم يملكها مطلقاً؛ لأنه وإن ملك حبسها وفيه منفعة لإضجار الراهن، لیتسارع إلى قضاء الدين، إلا أن منفعة قضاء الدين مشترك بينهما، فلم ينزل منزلة المالك. (ك)

(٥) راهن.

(٦) أى أن الإصلاح.

(٧) بار ومشقت.

(٨) قوله: "وأجرة الراعى فى معناه" أى فى معنى الإنفاق فى الماكل والمشارب؛ لأنه علف الحيوان، أى الأجير سبب علف الحيوان؛ لأنه يوصل إليه به، فأطلق اسم السبب على المسبب، فإن قيل: كما أن الراعى يسوق الدابة إلى العلف، فكذلك يحفظها أيضاً، والحفظ على المرتهن وإن كان العلف على الراهن، ألا ترى أن أجر المرتهن الذى بأوى إليه الرهن على المرتهن، فيجب أن يكون الأجر عليهما نصفين.

قلنا: الراعى للإعلاف لا للحفظ، ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع، ومن المناخ يقطع؛ لأن الحفظ تبع، والأجر بإزاء الأصل كالثمن يقابل الرقبة دون الأطراف. (ك)

(٩) خورش.

(١٠) أى من جنس ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته. (ك)

(١١) المرهون.

(١٢) مرضعة.

(١٣) أى الأمة المرهونة.

(١٤) قوله: "وسقى البستان إلخ" أى إن كان الرهن بستاناً فيه شجر، ونخل وكرم، وليس فيه ثمر، وهو مما يشمر، فسقيه وتلقيح نخله وجذاه والقيام بمصالحه على الراهن. (غن)

(١٥) حفر.

(١٦) گشن دادن خرما بن را. (من)

كان لحفظه^(١)، أو لرده إلى يد المرتهن^(٢)، أو لرد جزء منه^(٣)، فهو على المرتهن مثل أجره الحافظ؛ لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه^(٤)، فيكون بدله^(٥) عليه، وكذلك أجره البيت^(٦) الذي يحفظ الرهن فيه، وهذا في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: أن كراء المأوى^(٧) على الراهن بمنزلة النفقة؛ لأنه سعى في تبقيته، ومن هذا القسم^(٨) جعل الأبق^(٩)، فإنه على المرتهن؛ لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده^(١٠)، فكانت^(١١) من مؤنة الرد فيلزمه^(١٢)، وهذا^(١٣) إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء، وإن كانت قيمة الرهن أكثر^(١٤)، فعليه بقدر المضمون، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه؛ لأنه أمانة في يده، والرد لإعادة اليد، ويده في الزيادة يد المالك، إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون^(١٥) على المالك. وهذا بخلاف أجره البيت^(١٦) الذي ذكرناه^(١٧)، فإن كلها تجب على المرتهن،

(١٧) يريدن خرما از خرما بن. (من)

(١) الرهن.

(٢) قوله: "أو لرده [الرهن] إلخ" ووجهه أنه أبق العبد المرهون، فرده إنسان إلى المرتهن، فالجعل عليه. (ك)

(٣) قوله: "أو لرد جزء منه" بأن يبيض عين الرهن أو يحدث به مرض آخر، فالمداواة على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب على المرتهن، فكذلك جزئه، وفي المداواة جفط الجزء للرد، فيكون على المرتهن، كما في الكل. (ك)

(٤) قوله: "والحفظ واجب عليه" ولهذا لو شرط الراهن شيئاً للمرتهن على الحفظ لا يصح، ولا يستحقه بخلاف الرديعة، فإن المودع إذا شرط شيئاً على الحفظ يصح. (ك)

(٥) حفظ.

(٦) قوله: "وكذلك [أى على المرتهن] أجره البيت" لأن الحفظ والإمساك حق له، فكان ما يلزم فيه من الغرم

عليه. (غن)

(٧) للبقر والغنم وغيرهما، جائيكه شب وروز يا شب دران كند. (من)

(٨) أى من القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن. (ك)

(٩) قوله: "جعل" الجعل ما يجب للعامل على عمله، أى لو أبق العبد المرهون فرد من مدة السفر، فالجعل على

المرتهن.

(١٠) الرهن إلى الراهن.

(١١) هذه الإعادة.

(١٢) الجعل.

(١٣) أى كون الجعل على المرتهن.

(١٤) من الدين.

(١٥) الجعل بقدر الزيادة.

(١٦) حال الجعل بخلاف إلخ.

(١٧) أى الذى يحفظ الرهن فيه.

وإن^(١) كان في قيمة الرهن فضل؛ لأن وجوب ذلك^(٢) بسبب الحبس، وحق الحبس في الكل ثابت له، فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان^(٣)، فيتقدر بقدر المضمون.

ومداواة الجراحة^(٤)، ومعالجة القروح^(٥)، ومعالجة الأمراض، والفداء من الجناية^(٦)، ينقسم على المضمون والأمانة^(٧)، والخراج^(٨) على الراهن خاصة؛ لأنه^(٩) من مؤن^(١٠) الملك. والعشر فيما يخرج^(١١) مقدم على حق المرتهن؛ لتعلقه بالعين^(١٢)، ولا يبطل الرهن في الباقي^(١٣)؛ لأن وجوبه لا ينافي ملكه^(١٤)، بخلاف

(١) الواو وصلية.

(٢) أى أجرة البيت.

(٣) قوله: إنما يلزمه لأجل الضمان "أى لأجل أن الرهن مضمون على المرتهن مالية، فيتقدر بقدر المضمون؛ لأن جعل الأبق لإعادة اليد، ويده في قدر الأمانة يد المالك، فكانت مؤنة إعادتها على المالك، فيتقدر الواجب عليه بقدر ما يكون مضموناً عليه، بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن؛ لأن ذلك مؤنة حفظ الرهن بحبسه، وإمساكه عن الأيدي المعترضة، وحبس الجميع وإمساك الجميع حق المرتهن، ولهذا كان له حبس الكل ما بقى جزء من الدين. (ك)

(٤) بالكسر: زخم. (م)

(٥) قرح ويضم: ريش، قرحة يكى قروح جمع. (من)

(٦) قوله: "والفداء من الجناية" وهو الدين الذى يلحق الرهن بالأموال التى يضمونها بالاستهلاك، وإذا وجب ذلك فى الرهن، فإن ذلك فى حق كل واحد من الرهن والمرتهن؛ لأن جناية المضمون فى يد الضامن تجرى مجرى جناية الضامن، فىكون من ماله، وأما جناية الأمانة، فإنها كجناية الوديعة، فىكون على الراهن. (غن)

(٧) قوله: "ينقسم الخ" فما كان من حصته المضمون فهو على المرتهن، وما كان من حصته الأمانة فهو على الراهن، وذلك لأن المرتهن مصلح بذلك حقه، ألا ترى أن ما يفوت من الرهن يذهب من دينه، فإذا عاد سلم له الدين بكماله، وإذا كان فى ذلك إصلاح حقه، كان عليه، وأما حصة الأمانة، فالمرتهن كالمودع فىكون على المالك. (غن)

(٨) أى خراج الأرض المهونة.

(٩) أى لأن الخراج مؤنة، تلزم المالك لأجل الملك. (غن)

(١٠) بالفتح: مؤنة.

(١١) من الزرع والثمر. (غن)

(١٢) قوله: "لتعلقه الخ" يعنى بخلاف حق المرتهن، فإن حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية، لأمن حيث العين، والعين مقدم على المالية، فكذلك ما يتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالمالية، فإن قيل: لما كان العشر متعلقاً بالعين، كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض، لكون كل واحد منهما عيناً ورد عليه عقد الرهن، فإن وضع المسألة فيما إذا ارتهن أرضاً عشرية مع شجر أو زرع فيها، فأخذ العشر والاستحقاق فى جزء من الأرض يبطل الرهن؛ لظهور الشيوخ فيه، فكذا على استحقاق العشر.

أجاب بقوله: ولا يبطل الرهن فى الباقي؛ لأن وجوبه أى وجوب العشر لا ينافى ملكه فى جميع ما رهنه، ألا ترى أنه لو باعه جاز، ولو أدى العشر من موضع آخر جاز، فصح الرهن فى الكل، ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوخ فى الرهن، لا مقارناً، ولا طارئاً، بخلاف الاستحقاق؛ لأن الاستحقاق ملك الغير، فلم يصح الرهن فيه، وكذا فيما وراءه؛ لأنه مشاع. (عناية)

(١٣) أى تسعة أعشار.

الاستحقاق^(١).

وما أذاه أحدهما^(٢) مما وجب على صاحبه، فهو متطوع^(٣)، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر^(٤) القاضى^(٥) رجع عليه، كأن صاحبه أمره به^(٦)؛ لأن ولاية القاضى عامة.

وعن أبى حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً^(٧)، وإن^(٨) كان^(٩) بأمر القاضى، وقال أبو يوسف: يرجع فى الوجهين^(١٠)، وهى فرع مسألة الحجر^(١١)، والله أعلم.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز^(١٢)

قال^(١٣): ولا يجوز رهن^(١٤) المشاع^(١٥)، وقال الشافعى: يجوز^(١٦). ولنا فيه وجهان: أحدهما: بيتنى على حكم الرهن، فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء^(١٧)،

(١٤) الراهن.

(١) أى بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعاً.

(٢) الراهن والمرتهن.

(٣) قوله: "فهو متطوع" لأنه قضى دين غيره بغير أمره، وهو غير مضطر فيه؛ لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضى، حتى يأمر صاحبه بالأداء أو الإنفاق إن كان حاضراً، أو إن كان غائباً، يأمر الحافظ بالإنفاق ليرجع عليه. (ك).

(٤) بالإنفاق.

(٥) وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضى فهو متطوع.

(٦) أى بالإنفاق.

(٧) راهناً أو مرتبناً.

(٨) الواو وصلية.

(٩) الإنفاق.

(١٠) أى الحضور والغيبة.

(١١) قوله: "وهى فرع مسألة الحجر" فمذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى على الحاضر، وعندهما يلى عليه، فعندهما لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته، وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضرته يصير محجوراً عليه، وهو لا يراه، بخلاف حال غيبته؛ لأن فيها ضرورة. (ع)

(١٢) قوله: "باب ما يجوز ارتهانه إلخ" لما ذكر مقدمات مسائل الرهن، ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به، وما لا يجوز، إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال. (نت)

(١٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٤) سواء رهن من شريكه أو غيره.

(١٥) قابلاً للقسمة كان أو غيره، كنصف أرض ونصف دار ونصف عبد.

(١٦) قوله: "يجوز" لأن موجب الرهن استحقاق المبيع فى الرهن والمشاع يجوز بيعه، فيجوز رهنه. (كف)

(١٧) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً إلى أن يقضى الراهن دينه. (غن)

وهذا^(١) لا يتصور فيما يتناوله العقد^(٢)، وهو المشاع، وعنده^(٣) المشاع يقبل ما هو الحكم عنده، وهو تعيينه^(٤) للبيع.

والثاني: أن موجب الرهن^(٥) هو الحبس الدائم^(٦)؛ لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص^(٧)، أو بالنظر إلى المقصود منه، وهو^(٨) الاستيثاق من الوجه الذى بيناه^(٩)، وكل ذلك يتعلق بالدوام^(١٠)، ولا يفضى إليه^(١١) إلا استحقاق الحبس، ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام؛ لأنه لا بد من المهايأة^(١٢)، فيصير^(١٣) كما إذا

(١) قوله: "وهذا" أى يد الاستيفاء فى الجزء الشائع لا يتحقق؛ لأن اليد حقيقة لا يثبت إلا على جزء معين، فإن قيل: كيف يستقيم هذا، والشيوخ لا يمنع الاستيفاء حقيقة، فإن كان له على غيره عشرة دفع إلى المدين كيسا فيه عشرون درهماً، ليستوفى حقه منه، يصير مستوفياً حقه من النصف شائعاً، وإذا لم يمنع الشيوخ حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء.

قلنا: موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى، والشيوخ لا يمنع الملك، وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط، وإذا لا يتحقق فى الجزء الشائع. (كف)

(٢) قوله: "لا يتصور الخ" لأن اليد يثبت على معين، والمرهن من المشاع غير معين، والمعين غير مرهون، فيكون اليد ثابتة على غير المرهون، وفيه فوات حكمه. (ع)

(٣) الشافعى.

(٤) المرهون.

(٥) أى موجب حكمه يعنى لازمه. (عناية)

(٦) قوله: "هو الحبس الدائم" أى من وقت العقد إلى وقت الفكاك؛ لقوله تعالى ﴿فرهان مقبوضة﴾، فهذا يقتضى أن لا يكون مرهوناً إلا فى حال يكون مقبوضاً فيه، ولأن المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الرهن؛ ليتسارع إلى قضاء الدين، وإنما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه، ونعنى به استحقاق دوام اليد لا وجود يد المرتهن حساً، وبالإعارة من الرهن أو الغصب لا يفوت الاستحقاق، فلهذا لا يبطل به الرهن، وذلك لا يتحقق من الشيوخ؛ لأنه يحتاج إلى المهايأة مع المالك فى الإمساك، فينتفع المالك يوماً بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يوماً بحكم الرهن، فهو بمنزلة قوله: رهنك يوماً ويوماً لا. (ك)

(٧) وهو قوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾. (ك)

(٨) مقصود.

(٩) وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الرهن؛ ليسارع إلى قضاء الدين. (ك)

(١٠) قوله: "وكل ذلك" أى كل ما مر من قوله: لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص، أو بالنظر إلى المقصود متعلق بالدوام، أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود، فظاهر، فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما حجد الرهن والدين جميعاً، فيفوت الاستيثاق، وأما بالنظر إلى النص فلأنه لما وجب القبض ابتداءً وجب بقاء؛ لأن ما تعلق بالحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة فى النكاح. (ع)

(١١) أى إلى دوام الحبس.

(١٢) قوله: "من المهايأة [قسمة المنافع على التعاقب والتناوب]" وهى لغة مفاعلة من الهيئة، وهى الحالة الظاهرة للمتعين للشيء، والتشهاؤ تفاعل منها، وهى أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، حقيقته أن كلا منهم رضى بهيئة واحدة ويختارها، وشرعاً قسمة المنافع. (در شرح غرر)

قال: رهنك^(١) يوماً ويوماً لا، ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة^(٢)، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة، حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن المانع في الهبة غرامة القسمة^(٣)، وهو فيما يقسم^(٤).

أما حكم الهبة الملك، والمشاع يقبله^(٥)، وههنا^(٦) الحكم ثبوت يد الاستيفاء، والمشاع لا يقبله، وإن^(٧) كان^(٨) لا يحتمل القسمة، ولا يجوز^(٩) من شريكه؛ لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثاني^(١٠) يسكن يوماً^(١١) بحكم الملك، ويوماً بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا، والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن^(١٢) في رواية الأصل^(١٣).
وعن أبي يوسف^(١٤) أنه^(١٥) لا يمنع^(١٦)، لأن حكم البقاء أسهل^(١٧) من حكم

(١٣) أى رهن المشاع.

(١) ولو صرح بذلك لا يصح الرهن، فكذا هذا. (غن)

(٢) قوله: "ولهذا" أى ولأن الدوام يفوت فى المشاع يتساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فى الرهن. (٤)

(٣) أى ضرر جبر الواهب على القسمة من غير التزام. (ك)

(٤) أى ذلك مخصوص بما يقبل القسمة. (ك)

(٥) قوله: "والمشاع إلخ" والقبض شرط تمام ذلك العقد فراعى وجوده فى كل محل بحسب الإمكان. (كف)

(٦) أى فى الرهن.

(٧) الواو وصلية.

(٨) المرهون.

(٩) أى لا يجوز رهنه من شريكه على الوجهين. (٤)

(١٠) قوله: "وعلى الوجه الثانى [أى قوله أن موجب الرهن هو الحبس الدائم. ع] إلخ" أى على وجه الثانى أيضاً لا يجوز من شريكه؛ لأنه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا، وقوله: يسكن يوماً إلخ أراد به الحبس بحكم الرهن لا أنه يسكن؛ لأنه ممنوع عن الانتفاع بالرهن. (ك)

(١١) فيفوت به دوام الحبس. (٤)

(١٢) قوله: "والشيوخ الطارئ" بأن رهن جميع العين، ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن يمنع بقاء الرهن أى فى النصف الثانى فى رواية الأصل، وهو الصحيح، حتى قالوا فى العدل: إذا سلط على بيع الرهن به كيف شاء فباع نصفه، يبطل الرهن فى النصف الباقى للشيوخ الطارئ. (ك)

(١٣) مبسوط.

(١٤) فى رواية ابن سماعة.

(١٥) أى أن الشيوخ الطارئ. (ك)

(١٦) بقاء الرهن.

(١٧) قوله: "أسهل إلخ" ألا ترى أن صيرورة المرهون ديناً فى ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن، ولا يمنع بقاءه حتى إذا اتلف المرهون إنسان، أو بيع المرهون بثمن، يكون القيمة، أو الثمن رهنًا فى ذمة من عليه، وابتداء عقد الرهن مضافاً إلى

الابتداء، فأشبه الهبة^(١)، وجه الأول^(٢): أن الامتناع^(٣) لعدم المحلية، وما يرجع إليه^(٤)، فالابتداء والبقاء سواء، كالمحرمة في باب النكاح^(٥)، بخلاف الهبة؛ لأن المشاع يقبل حكمها، وهو الملك، واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة^(٦)، على ما بيناه^(٧)، ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة^(٨)، ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن.

قال^(٩): ولا رهن ثمرة^(١٠) على رؤوس النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها؛ لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان في معنى الشائع.

وكذا^(١١) إذا رهن الأرض دون النخيل، أو دون الزرع، أو النخيل دون الثمر؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، فصار الأصل^(١٢) أن المرهون إذا كان متصلاً بما ليس بمرهون لم يجز؛ لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده^(١٣).

وعن أبي حنيفة^(١٤): أن رهن الأرض بدون الشجر جائز^(١٥)؛ لأن الشجر اسم

دين في الذمة لا يجوز. (كفاية)

(١) فإن الشيوخ الطارئ لا يمنع بقاء الهبة.

(٢) أى وجه رواية الأصل.

(٣) أى المشاع ليس بمحل للرهن.

(٤) أى إلى المحل.

(٥) فإنه لا يفرق فيه بين الابتداء والبقاء.

(٦) أى غرامة القسمة. (غن)

(٧) قوله: "على ما بيناه" أى في كتاب الهبة، وهو قوله: وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع

به، وهو التسليم. (ك)

(٨) قوله: "ولهذا" أى لأجل أن حكم الهبة لا ينافي المشاع، صح الرجوع في بعض الهبة، بخلاف الرهن، فإن

حكمه ملك الحبس الدائم، والإشاعة تنافيه، فلم يصح التفاسخ في بعض الرهن. (غن)

(٩) أى القدورى "في مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ولا رهن الخ" معطوف على قوله: ولا يجوز رهن المشاع، وعلته علته. (عناية)

(١١) أى لا يجوز

(١٢) أى القاعدة الكلية.

(١٣) لاختلاطه بغيره. (٤)

(١٤) فى رواية الحسن بن زياد.

(١٥) قوله: "إن رهن الخ" يعنى أن النخل عبارة عن البدن مع مكانه، والشجر عبارة عن الخشب بموضعه، ألا ترى

أنه فى غير موضعه جزء، وليس بنخل، فكأنه استثنى النخل مع مكانه من الأرض، فيصير رهنًا لما سواه، وذلك جائز،

للنابت^(١)، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها^(٢). بخلاف ما إذا رهن الدار^(٣) دون البناء؛ لأن البناء اسم للمبنى^(٤)، فيصير رهنًا لجميع الأرض، وهي مشغولة بملك الراهن^(٥).

ولو رهن النخيل بمواضعها^(٦)؛ لأن هذه مجاورة، وهي^(٧) لا تمنع الصحة. ولو كان فيه تمر يدخل في الرهن^(٨)؛ لأنه تابع لاتصاله به، فيدخل تبعا تصحيحا للعقد، بخلاف البيع؛ لأن بيع النخيل بدون التمر جائز^(٩)، ولا ضرورة إلى إدخاله^(١٠) من غير ذكره، وبخلاف المتاع في الدار^(١١)، حيث لا يدخل في رهن الدار^(١٢) من غير ذكر؛ لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الأرض^(١٣)، ولا يدخل في البيع؛ لما ذكرنا في الثمرة^(١٤).

وليس كذلك إذا استثنى البناء؛ لأن ذلك عبارة عن العمارة دون مكانها، فيدخل مكانها في الرهن، وهو مشغول بها فلا يصح. وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم جميعاً؛ لأنه رهن ما سواه، وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل، فيصح فيها الرهن. (غن)

(١) على الأرض ولهذا يسمى بعد القطع جدعاً لا شجراً. (كف)

(٢) قوله: "فيكون استثناء الخ" أى فيكون استثناء الشجر استثناء للمنت، فكان رهنًا لما سوى المنت من الأرض، وذلك جائز، بخلاف رهن الأرض دون البناء، إذ البناء اسم للموضوع على وجه الأرض، فكان ذلك رهنًا بجميع الأرض، وذلك مشغول بملك الراهن. (كفاية)

(٣) فإنه لا يصح.

(٤) بدون الأرض.

(٥) أى البناء.

(٦) ذكرها تفريراً على مسألة "المختصر". (غن)

(٧) أى المجاورة، لا تمنع الصحة فلا يكون فى معنى الشائم.

(٨) قوله: "ولو كان [ذكرها تفريراً أيضاً. غن]" أى لو كان فى النخل الذى رهنه بمواضعه تمر، دخل فى الرهن، لأن العقد لا يصح على النخل دون التمر، ودخوله فى العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه، وقد قصد إلى عقد صحيح، فدخل فيه ما لا يصح إلا به، وليس كذلك إذا باع النخل؛ لأن بيع النخل دون التمر صحيح، فلم يكن بنا حاجة إلى إدخال التمر بغير تسمية. (غن)

(٩) وفى الرهن ضرورة إلى إدخاله تصحيحاً لعقد الرهن.

(١٠) فى البيم.

(١١) قوله: "وبخلاف المتاع الخ" يعنى كما أن التمر لا يدخل من غير ذكر فى بيع النخل، فكذلك لا يدخل

المتاع فى رهن الدار من غير ذكر. (غن)

(١٢) قوله: "حيث لا يدخل الخ" يعنى إذا رهن داراً مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن؛ لأنها لما لم تكن

تابعة بالدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر، فانتفى القبض، ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها لم يدخل الأمتعة، بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها فإنه يدخل الثمار. (عناية)

(١٣) قوله: "والرطوبة رطبة سبت است تر. (من) وفى "البرهان القاطم": سبت غياهى باشد بغايت نرم واملس

ويدخل البناء والغرس^(١) في رهن الأرض والدار والقريبة؛ لما ذكرنا^(٢)، ولو رهن الدار بما فيها جاز^(٣)، ولو استحق بعضه^(٤)، إن كان الباقي يجوز^(٥)، ابتداء الرهن عليه وحده، بقى رهناً بحصته^(٦)، وإلا بطل كله^(٧)؛ لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي^(٨).

ويمنع التسليم كون الراهن^(٩)، أو متاعه في الدار المرهونة، وكذا متاعه في الوعاء المرهون^(١٠)، ويمنع التسليم^(١١) الدابة المرهونة الحمل عليها، فلا يتم^(١٢)، حتى يلقي الحمل؛ لأنه شاغل لها^(١٣).

كه چار پایه را خوردن آن فربه سازد.

(١٤) قوله: "لما ذكرنا في الثمرة" من أن الرهن لا يصح دون ذلك، ودخوله فيه لا يخرج منه من ملك الراهن، فلذلك دخل تصحيحاً للعقد. (غن)

(١) درخت.

(٢) إشارة إلى قوله: لأنه تابع. (غن)

(٣) قوله: "ولو رهن [ذكره تفريراً] الخ" أي لو رهنها وما فيها وخلقى بينه وبين ذلك، وهو خارج منها، ثم الرهن؛ لأن الكل مرهون، فتم القبض في الكل. (كف)

(٤) المرهون.

(٥) قوله: "إن كان الباقي [بعد ورود الاستحقاق بمحل] يجوز الخ" وهو فيما إذا بقى الباقي شيئاً معيناً غير شائم، بأن كان المستحق موضعاً معيناً، فرهنة ابتداء يجوز، فكذا بقاء. (مل)

(٦) قوله: "بقى رهناً بحصته" أي مضموناً بحصته، كما إذا هلك الباقي يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة المستحق، فما أصاب الباقي يهلك بحصته، وما أصاب المستحق يبقى ديناً في ذمته، وإن كان في قيمة الباقي وفاء بالدين، لا يذهب جميع الدين، بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء، وفيه وفاء بالدين. (ك)

(٧) قوله: "وإلا [أي وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه. غن]" أي وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه، بأن استحق جزء شائعاً، أو ما هو في معنى الشائع، كالتمر ونحوه، بقى الباقي مشاعاً، فبطل الرهن؛ لأن تبيين بالاستحقاق أن الرهن وقم باطلا. (زيلي)

(٨) قوله: "لأن الرهن [متعلق بقوله بقى وبطل] الخ" أي تبيين أن الرهن من الابتداء كان فيما بقى، وهو غير مشاع في الأول، فكان جائزاً، ومشاع في الثاني، فلم يجوز. (مل)

(٩) قوله: "ويمنع التسليم الخ" حتى لو أخرج الراهن متاعه، وكان هو مع المرتهن فيها قائلاً سلمت إليك لا يكون تسليمًا، حتى يخرج، ويقول سلمتها إليك. (ك)

(١٠) أي كذا يمنح التسليم كون متاع الراهن في الخ.

(١١) ذكرها تفريراً أيضاً.

(١٢) الرهن؛ لأنها مشغولة بالحمل كمشغل الدار بالمتاع. (كف)

(١٣) قوله: "لأنه [أي الحمل] شاغل الخ" فالحاصل أنه لا يتم تسليم المشغول بالراهن أو بملكه، إلا بإزالة الشواغل، بخلاف ما إذا كان الرهن شاغلاً لا مشغولاً حيث يتم تسليمه، كما إذا رهن الحمل على دابة، أو المتاع في دار، أو وعاء دون الدابة، والدار والوعاء، حيث يتم التسليم قبل إسقاط الحمل، وإخراج المتاع عن الوعاء والدار؛ لأن المرهون فيها شاغل لا مشغول. (كف)

بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها، حيث يكون رهناً تاماً^(١) إذا دفعها إليه؛ لأن الدابة مشغولة به، فصار كما إذا رهن متاعاً في دار، أو وعاء دون الدار والوعاء. بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة، أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً، حتى ينزعه منها، ثم يسلمه إليه؛ لأنه من توابع الدابة^(٢)، بمنزلة الثمرة للنخيل، حتى قالوا: يدخل^(٣) فيه^(٤) من غير ذكر. قال^(٥): ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات، قال: ومال الشركة؛ لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون^(٦)، فلا بد من ضمان ثابت، ليقع القبض مضموناً، ويتحقق استيفاء الدين منه^(٧).

قال: وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها، كالمبيع في يد البائع^(٨)؛ لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً، لكنه يسقط الثمن، وهو حق البائع^(٩)، فلا يصح الرهن^(١٠). فأما الأعيان المضمونة بعينها، وهي أن يكون^(١١) مضموناً بالمثل، أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب، وبديل الخلع والمهر وبديل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها؛ لأن الضمان متقرر، فإنه^(١٢) إن كان قائماً وجب تسليمه، وإن كان هالكاً تجب قيمته، فكان رهناً بما هو مضمون،

(١) في الحمل. غن؛ لأن الرهن ليس مشغول بغيره ولا هو تابع له. (كف)

(٢) فلا يصح إفراده عنها بالرهن. (غن)

(٣) قوله: "حتى قالوا: إلخ" أي قال المشايخ: إذا رهن دابة عليها سرج، أو لجام، دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً. (عناية)

(٤) أي في الرهن.

(٥) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) قوله: "قبض مضمون" أي قبض يصير به المقبوض مضموناً على القايض بقدر الدين، فلا بد من ضمان على الرهن، حتى يصير المرهون مضموناً على المرتهن بقدر ذلك الضمان، وليس في الأمانات ضمان، فإن حق صاحب الأمانة مقصور على العين. (ك)

(٧) مرهون.

(٨) قوله: "كالمبيع" بأن اشترى عيناً، ثم إن المشتري أخذ رهناً من البائع بالمبيع، فإن الرهن باطل؛ لأن المبيع ليس بمضمون، ألا ترى أنه إذا هلك المبيع لم يضمن إلخ، وإتم سماه مضموناً بغيره باعتبار سقوط الضمان إن لم يقبض، وردّه إذا قبض، وإلا فهو ليس بمضمون؛ لأنه إذا هلك يهلك ملك البائع، فلا يجب عليه شيء، كما إذا هلكت الوديعة. (كفاية)

(٩) لأنه لا اعتبار للباطل. (كف)

(١٠) به فلو هلك يهلك بغير شيء.

(١١) العين.

(١٢) أي فإن كل واحد من المنصوب وغيره.

فيصح^(١).

قال^(٢): والرهن بالدرك باطل^(٣)، والكفالة بالدرك^(٤) جائزة، والفرق^(٥) أن الرهن للاستيفاء، ولا استيفاء قبل الوجوب^(٦)، وإضافة التملك^(٧) إلى زمان في المستقبل لا تجوز^(٨)، أما الكفالة فلا التزام المطالبة^(٩)، والتزام الأفعال يصح مضافاً إلى المآل، كما في الصوم^(١٠) والصلاة^(١١)، ولهذا^(١٢) تصح الكفالة بما ذاب له^(١٣) على فلان، ولا يصح الرهن^(١٤)، فلو قبضه قبل الوجوب^(١٥)، فهلك عنده^(١٦) يهلك أمانة؛ لأنه لا عقد حيث وقع^(١٧) باطلاً.

بخلاف الرهن^(١٨) بالدين الموعود، وهو أن يقول: رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم، وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته^(١٩)؛ لأن الموعود

(١) الرهن.

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "والرهن بالدرك إلخ" صورته: أن يبيع شيئاً ويسلمه إلى المشتري، فيخالف المشتري أن يستحقه أحد، فيأخذ من البائع رهناً بالثمن، لو استحقه أحد، وهو باطل، حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب، استحق المبيع أولاً. (عناية)

(٤) هو في اللغة عبارة عن التبعة في كل شيء ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع. (غن)

(٥) بين الرهن والكفالة.

(٦) قوله: "ولا استيفاء إلخ" فإن الواجب هو الذي يستوفى، وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق. (كف)

(٧) قوله: "وإضافة إلخ" أي لا يصح الرهن مضافاً إلى حال وجود الدين؛ لأن الاستيفاء معاوضة، فلا تحمل الإضافة، لأن إضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا تجوز. (كف)

(٨) قوله: "لا تجوز" بيانه أن الرهن فيه معنى التملك؛ لأن الارتهان استيفاء، والرهن إيفاء، فكان فيه معنى المبادلة، والتمليك لا يصح تعليقه بالأخطار. (عيني)

(٩) لا لالتزام أصل الدين. (ك)

(١٠) بالنذر. (كف)

(١١) فإنها تحمل التعليق بالخطر والإضافة. (غن)

(١٢) إيضاح لقوله: والتزام المال يصح مضافاً إلى المال. (غن)

(١٣) ثبت وتقرر.

(١٤) بما يذوب له على فلان.

(١٥) قوله: "فلو قبضه" أي لو قبض المشتري الرهن بالدرك قبل حلول الدرك، فهلك إلخ. (عيني)

(١٦) المشتري.

(١٧) الرهن.

(١٨) متصل بقوله يهلك أمانة يعني أنه لا يهلك أمانة، بل يهلك مضموناً. (غن)

جعل^(١) كالموجود^(٢) باعتبار الحاجة^(٣)، ولأنه مقبوض بجهة الرهن^(٤) الذى يصح على اعتبار وجوده^(٥)، فيعطى له حكمه، كالمقبوض على سوم الشراء^(٦) فيضمنه^(٧).

قال^(٨): ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه، وقال زفر: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء^(٩)، وهذا^(١٠) استبدال لعدم المجانسة، وباب الاستبدال^(١١) فيها^(١٢) مسدود.

(١٩) قوله: "يهلك بما سمى إلخ" هذا إذا ساوى قيمة الرهن وما سُمى له من القرض، أو كانت قيمته أكثر من ذلك، وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن، إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، ولكن المصنف ذكر ههنا قوله: حيث يهلك بما سُمى له من القرض فى صورة الإطلاق جرياً على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين، أو أكثر من ذلك. (نت)

(١) قوله: "لأن الموعود جعل إلخ" فإن الرجل يحتاج إلى استخراج شىء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن، فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالياً؛ للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض. (عيني)

(٢) حالة الرهن.

(٣) قوله: "باعتبار الحاجة" فإن قيل: فليجعل المعلوم فى الدرك موجوداً بلا شركة فى الحاجة، أجيب: بأن المعلوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود، والظاهر من حال المسلم إنجاز وعده، والدرك ليس كذلك؛ لأن الظاهر عدم الاستحقاق، فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره. (٤)

(٤) قوله: "ولأنه [المال المرهون] مقبوض إلخ" والمقبوض بجهة الشىء له حكم ذلك الشىء، فيعطى له أى للذى قبض بجهة الرهن حكم الرهن، حتى يهلك بما سُمى من المال بمقابلته، فإن قيل: قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح؛ لأن الواجب فيه القيمة، وفيما نحن فيه الموعود.

فالجزاب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه فى جميع الوجوه ليس بلازم، واعتباره به من حيث إنه يهلك مضموناً، لا أمانة، وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود، فاعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين حيث جعل الدين موجوداً فيقدر بقدره، وضمن المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد، إذ ليس للبائع على المشتري شىء قبل البيع، فيجعل مضموناً بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمان الغصب. (٤)

(٥) أى الدين.

(٦) قوله: "كالمقبوض على سوم الشراء" فإنه مضمون على القابض؛ لأنه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته فى إيجاب الضمان. (ك)

(٧) قوله: "فيضمنه [أى الأقل من قيمة الرهن، وما سُمى. ك]" أى المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود. (عيني)

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "لأن حكمه [رهن] إلخ" أى لأن الرهن إذا هلك كان المرتهن مستوفياً لدينه من الرهن، واستيفاء غير رأس المال، وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز؛ لأن استبدال هذه الأشياء من غير جنسه لا يجوز. (غن)

(١٠) أى أخذ الرهن عن هذه الأشياء استبدالاً، وليس باستيفاء. (٤)

(١١) فإن قبض هذه الأشياء شرط، وبلاستبدال يفوت ذلك.

(١٢) فى هذه المذكورات.

ولنا^(١) أن المجانسة ثابتة في المالية، فيتحقق الاستيفاء من حيث المال، وهو المضمون^(٢) على ما مر^(٣).

قال: والرهن بالمبيع باطل^(٤)؛ لما بينا أنه^(٥) غير مضمون بنفسه، فإن هلك^(٦) ذهب بغير شيء^(٧)؛ لأنه لا اعتبار للباطل، فبقي قبضاً بإذنه^(٨)، وإن هلك الرهن^(٩) بثمن الصرف، ورأس مال السلم في مجلس العقد، تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً؛ لتحقق القبض حكماً، وإن افترقا^(١٠) قبل هلاك الرهن بطلا؛ لفوات القبض حقيقةً وحكماً^(١١).

وإن هلك^(١٢) الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه، ومعناه: أنه^(١٣) يصير^(١٤) مستوفياً للمسلم فيه، فلم يبقى السلم، ولو تفاسخا السلم، وبالمسلم^(١٥) فيه رهن،

(١) قوله: "ولنا أن إلخ" أى لنا أن الرهن للاستيفاء، وكل دين يمكن استيفاءه من الرهن جاز الرهن به، كما في الرهن بسائر الديون، وهذه الديون يمكن استيفاءها من الرهن، فيصح الرهن بها، والرهن وإن لم يكن من جنس حقه صورة، فهو من جنس حقه معنى، وهو المالية، والمضمون من الرهن معناه لا صورته؛ لأن صورته أمانة، فإذا هلك الرهن تم العقد، وصار مستوفياً لحقه. (غن)

(٢) قوله: "وهو المضمون" أى المالية هي المضمون في عقد الرهن؛ لأن العين أمانة في يده، فإذا كان مضموناً من حيث المالية، والأموال كلها جنس واحد من حيث المالية، فيتحقق المجانسة. (ك)

(٣) قوله: "ما مر" إشارة إلى ما ذكر في أوائل كتاب الرهن، والاستيفاء يقع بالمالية، أما العين أمانة. (غن)

(٤) لأنه ليس في مقابلة حق مضمون بنفسه. (غن)

(٥) مبيع.

(٦) المرهون عند المشتري المرتهن.

(٧) والبيع على حاله. (غن)

(٨) أى البائتم الراهن.

(٩) في يد المرتهن.

(١٠) العاقدان في الصرف والسلم. (غن)

(١١) قوله: "لفوات القبض [المستحق في المجلس. غن] حقيقةً وحكماً" أما حقيقةً فظاهر، وأما حكماً فلأنه يكون بالهلاك، فلا يثبت قبله. (كف)

(١٢) في يد رب السلم

(١٣) قوله: "أنه يصير مستوفياً إلخ" هذا ليس على إطلاقه؛ لأنه إنما يصير مستوفياً للمسلم فيه، إذا كان في الرهن وفاء به، أما إذا كان الرهن أقل منه فلا.

ألا ترى إلي ما قال في باب السلم من شرح الطحاوى: فإن هلك الرهن في يده صار مستوفياً للمسلم فيه، وفي الزيادة يكون أميناً، وإن كان قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفياً لذلك القدر، ويرجع عليه بالباقي. (غاية البيان)

(١٤) رب السلم.

(١٥) الواو حالية.

يكون ذلك رهناً برأس المال حتى^(١) يحبسه^(٢)؛ لأنه بدله^(٣)، فصار كالمغصوب إذا هلك^(٤)، وبه^(٥) رهن، يكون^(٦) رهناً بقيمته.

ولو هلك^(٧) الرهن^(٨) بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه^(٩)؛ لأنه رهن به، وإن^(١٠) كان محبوساً بغيره^(١١)، كمن باع عبداً وسلم المبيع، وأخذ بالثمن رهناً، ثم تقايلا البيع، له^(١٢) أن يحبسه^(١٣)؛ لأخذ المبيع^(١٤)؛ لأن الثمن بدله^(١٥)، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن؛ لما بينا^(١٦)، وكذا لو اشترى عبداً شراءً فاسداً^(١٧)، وأدى ثمنه، له أن يحبسه ليستوفى الثمن، ثم لو هلك^(١٨) المشتري في يد المشتري يهلك^(١٩)

(١) بالرغم لكون حتى بمعنى الفاء. (٦)

(٢) قوله: "حتى يحبسه [أى رب المسلم]" أى لاستيفاء رأس المال، وإن لم يكن رهناً به؛ لأن فى الرهن بالمسلم فيه استيفاء له من وجه، فصار كما لو استوفاه حقيقة، ولو استوفاه حقيقة، ثم تقايلا كان له أن يحبسه لاستيفاء ما يقابله تحقيقاً للمساواة فى الإقالة التى هو فى معنى العقد، فكذا إذا صار مستوفياً من وجه. (غن)

(٣) وبدل الشىء يقوم مقامه.

(٤) قوله: "إذا هلك" أى ارتهن بالمغصوب، فهلك له أن يحبس الرهن بقيمته؛ لأن الواجب بالغصب استرداد

الغصب عند قيامه، والقيمة عند هلاكه. (ك)

(٥) الواو حالية.

(٦) الرهن.

(٧) فى يد رب السلم.

(٨) بالمسلم فيه.

(٩) قرأ: "يهلك بالطعام [حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم إليه بالطعام. عناية] إلخ" فعلى المرتهن أن يعطى مثل الطعام الذى كان له على المسلم إليه ويأخذ رأس ماله؛ لأنه بقبض المال صارت مالهية مضمونة بطعام السلم، وقد بقى حكم الرهن إلى أن هلك، فصار بهلاك الرهن مستوفياً طعام السلم، ولو استوفاه حقيقة قبل الإقالة ثم تقايلا يلزمه رد المستوفى لاسترداد رأس المال، فكذلك ههنا؛ لأن الإقالة فى باب السلم لا تحمل الفسخ بعد ثبوتها، فهلاك الرهن لا يبطل الإقالة، وإنما جعله هالكاً بالطعام، لا برأس المال؛ لأنه ليس برهن به؛ لكونه محبوس به؛ لما قلنا، ويجوز أن يكون الشىء محبوساً بالشىء ولا يكون مضموناً به. (غن)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) وهو رأس المال. (غن)

(١٢) بائم.

(١٣) رهن.

(١٤) من المشتري.

(١٥) مبيع.

(١٦) قوله: "لما بينا" مراده الإشارة إلى قوله: لأنه رهنه به، وإن كان محبوساً بغيره يعنى أن هلاك المرهون بما هو بالأصل حين انعقاد الرهن، وإن كان المرهون محبوساً قبل الهلاك بغيره أيضاً؛ لقيامه مقامه. (نت)

(١٧) قوله: "وكذا لو اشترى عبداً شراءً فاسداً" وأدى ثمنه، ثم أراد فسخه للفساد له أى للمشتري أن يحبس

العبد ليستوفى الثمن؛ لأن العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري؛ لاستيفاء الثمن من البائى فى البيع الفاسد. (ك)

بقيمته^(١) فكذا هذا.

قال^(٢): ولا يجوز رهن الحر والمدير، والمكاتب وأم الولد؛ لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق^(٣) الاستيفاء من هؤلاء؛ لعدم المالية في الحر، وقيام المانع في الباقي^(٤).

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس^(٥)، وكذا^(٦) بالقصاص في النفس وما دونها، لتعذر الاستيفاء، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ^(٧)؛ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن.

ولا يجوز الرهن بالشفعة^(٨)؛ لأن المبيع غير مضمون على المشتري^(٩)، ولا بالعبد الجاني^(١٠) والعبد المديون المأذون؛ لأنه^(١١) غير مضمون على المولى^(١٢)، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء^(١٣)، ولا بأجرة النائحة والمغنية^(١٤)،

(١٨) بعد الحبس. (٤)

(١٩) لأنه ليس برهن بالثمن، ولكنه مقابل بالثمن. (غن)

(١) لا بالثمن.

(٢) أى المصنف، وليس فى كثير من النسخ: قال. (عيني)

(٣) لأنه لا يجوز بيعها. (غن)

(٤) قوله: "قيام المانع" يعنى حق الحرية فى الباقي، ولهذا لو طرئت هذه التصرفات أبطلته، وإذا كان مقارنة

منعته. (٤)

(٥) قوله: "ولا يجوز [ذكره بسبيل التفريع . من] إلخ" لمعنيين: أحدهما: أن استيفاء المكفول به واستيفاء

القصاص من الرهن غير ممكن.

والثانى: أن المكفول به غير مضمون فى نفسه، فإنه لو هلك لم يجب شىء، وإنما ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص فى النفس وما دونه؛ لأنه لو رهن ببدل الصلح عن دم العمى يصح؛ لأن البدل مضمون بنفسه، وهذا بخلاف ما إذا كان القتل خطأً، فصالحه على عين، ثم رهن به رهناً لم يصح؛ لأنه غير مضمون، فإنه إذا هلك يفسخ الصلح، فصار كالبيع، كذا فى "الإيضاح" فى آخر ما يجوز به الارتهان. (كفاية)

(٦) أى لا يجوز.

(٧) فالرهن بالدية والأرش صحيح.

(٨) قوله: "ولا يجوز [ذكرها على سبيل التفريع. غن] الرهن بالشفعة" صورته: أن يطالب الشفيع، ويقضى

القاضى بذلك، فيقول للمشتري: أعطنى رهناً بالدار المشفوعة. (عناية)

(٩) إذ لو هلك لم يلزم المشتري ضمان. (ك)

(١٠) ذكرها أيضاً تفريعاً. (غن)

(١١) عبد.

(١٢) من طرف رب الجناية وأرباب الديون.

(١٣) قوله: "لا يجب عليه [مولى] شىء" فإن العبد الجاني إذا مات بطل حق المجنى عليه، ولا يلزم المولى شىء من

حتى لو ضاع^(١) لم يكن مضموناً^(٢)؛ لأنه لا يقابله شيء مضمون^(٣).

ولا يجوز للمسلم^(٤) أن يرهن خمرًا^(٥)، أو يرتنه من مسلم، أو ذمي؛ لتعذر الإيفاء والاستيفاء^(٦) في حق المسلم، ثم الراهن إذا كان ذمياً^(٧)، فالخمر مضمون عليه^(٨) للذمي^(٩)، كما إذا غصبه^(١٠)، وإن كان المرتهن ذمياً^(١١)، لم يضمها^(١٢) للمسلم، كما لا يضمها^(١٣) بالغصب منه^(١٤).
بخلاف ما إذا جرى ذلك^(١٥) فيما بينهم^(١٦)؛ لأنها مال في حقهم، أما الميتة^(١٧) فليست بمال عندهم، فلا يجوز^(١٨) رهنها وارتهانها فيما بينهم^(١٩)، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال.

ولو اشترى عبداً، ورهن بثمانه عبداً، أو خلا^(٢٠)، أو شاة مذبوحة، ثم ظهر

ذلك، وكذلك العبد المديون إذا مات لم يجب بموته على أحد شيء. (غن)

(١٤) ذكرها تفريراً أيضاً. (غن)

(١١) أى الرهن فى يد النائحة والمغنية. (ك)

(٢) قوله: "لم يكن مضموناً" لأن الرهن حصل بما ليس بواجب أصلاً، ألا ترى أنهما لو ترافعا الأمر إلى القاضى قبل الرهن، فالقاضى لا يأمر المستأجر بتسليم الأجر، كذا فى "الذخيرة". (نهاية)

(٣) فإن أجزتها ليست بمضمونة.

(٤) ذكرها تفريراً أيضاً. (غن)

(٥) أو خنزيراً.

(٦) قوله: "لتعذر الإيفاء والاستيفاء" أى لأن الرهن للإيفاء والاستيفاء، والمسلم لا يملك الإيفاء، إذا كان هو الراهن، ولا يمكن الاستيفاء إذا كان هو المرتهن. (غن)

(٧) المرتهن مسلماً.

(٨) لحد الذمي. (غن)

(٩) أى على المرتهن.

(١٠) أى غصب المسلم خمر الذمي، فله الضمان.

(١١) والراهن مسلماً.

(١٢) الراهن.

(١٣) الذمي.

(١٤) المسلم.

(١٥) رهن الخمر.

(١٦) أهل الذمة.

(١٧) وكذا الدم.

(١٨) أى يبطل.

(١٩) أهل الذمة.

العبد^(١) حرّاً، والخل^(٢) خمراً، والشاة^(٣) ميتة، فالرهن مضمون^(٤)، لأنه رهنه بدين^(٥) واجب ظاهراً^(٦).

وكذا إذا قتل عبداً^(٧)، ورهن بقيمته رهناً، ثم ظهر أنه^(٨) حر، وهذا كله على ظاهر الرواية. وكذا^(٩) إذا صالح^(١٠) على إنكار^(١١)، ورهن بما صالح عليه رهناً، ثم تصادقا^(١٢) أن لا دين، فالرهن مضمون، وعن أبي يوسف^(١٣) خلافة^(١٤)، وكذا قياسه^(١٥) فيما تقدم من جنسه^(١٦).

قال^(١٧): ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه^(١٨) عبداً لابنه^(١٩) الصغير؛ لأنه يملك

(٢٠) أى أو اشترى.

(١) المبيع.

(٢) المبيع.

(٣) المبيعة.

(٤) بأقل من قيمته وقيمة الرهن.

(٥) والأحكام الشرعية تنبئ على الظاهر.

(٦) قوله: "بدين والجملة [وهو الثمن] ظاهراً [وهو كاف؛ لأنه أكد من الدين الموعود. ك] "ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختلفا إلى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق، فالقاضي يقضى بالثمن، ووجوب الدين ظاهراً يكفى لصحة الرهن، ولصيورته مضموناً. (٤)

(٧) قوله: "وكذا إذا قتل إلخ" [أى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته وقيمة الرهن. غن] أى ضمن المرتهن الأقل من القيمة، ومن قيمة الرهن وذلك؛ لأنه قبضه على مال مضمون فى الظاهر. (غن)

(٨) أى أن العبد المقتول. (٤)

(٩) ذكرها بسبيل التفریم، وكذا ما تقدمها.

(١٠) المدعى عليه من المدعى من دعواه. (غن)

(١١) قوله: "وكذا إذا صالح إلخ" لأن الارتهان حصل بدين مضمون على الراهن من حيث الظاهر. (غن)

(١٢) أى لم يكن للمدعى على المدعى عليه شيء.

(١٣) فى رواية بغير.

(١٤) قوله: "خلافة [أى خلاف هذا الحكم. غن]" لأنهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان، وتصادقهما حجة فى حقهما، والاستيفاء بدون الدين لا يتصور. (عناية)

(١٥) قوله: "وكذا قياسه إلخ" الرواية المحفوظة عن أبي يوسف فى مسألة الصلح عن الإنكار أن المرتهن لا يضمن إذا تصادقا أن لا دين ولم يحفظوا روايته فى مسألة من اشترى عبداً، ورهن بثمانه، ثم ظهر العبد حرّاً وأخواتها، ولكن وجدوا تلك المسائل كمسألة الصلح على الإنكار فقالوا: قياس قول أبي يوسف فى هذه المسائل يقتضى أن لا يكون الرهن مضموناً؛ لأنه قبضه، وليس هناك ضمان فى الحقيقة. (ك)

(١٦) وهو ما إذا ظهر العبد حرّاً والخل خمراً والمذبوح ميتة.

(١٧) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٨) أى على الأب.

الإيداع^(١)، وهذا^(٢) أنظر في حق الصبي منه؛ لأن قيام المرتهن بحفظه^(٣) أبلغ خيفة الغرامة^(٤)، ولو هلك^(٥) يهلك مضموناً والوديعة تهلك أمانة، والوصى^(٦) بمنزلة الأب في هذا الباب؛ لما بينا^(٧). وعن أبي يوسف وزفر: أنه لا يجوز ذلك منهما^(٨)، وهو القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء^(٩).

ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان، أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي هذا^(١٠) نصب حافظ لماله^(١١) ناجزاً^(١٢) مع ملكه، فوضح الفرق، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه لو هلك^(١٣) في يده^(١٤)، ويصير الأب أو الوصى موفياً له، ويضمنه للصبي^(١٥)؛ لأنه قضى دينه^(١٦) بماله، وكذا لو سلط المرتهن^(١٧) على بيعه^(١٨)؛ لأنه^(١٩) توكيل بالبيع، وهما^(٢٠)

- (١٩) قوله: "لابنه الصغير" احتراز عن الابن الكبير، فإنه لا يجوز للأب أن يرهن عبده بدين نفسه إلا بالإذن. (ع)
- (١) قوله: "لأنه [أب] يملك الإيداع" أى على وجه لا يكون مضموناً على المودع، فلأن يكون بسبيل من الإيداع على وجه يكون مضموناً على المودع أولى. (كف)
- (٢) أى الرهن بدين الأب.
- (٣) مرهون.
- (٤) من حفظ المودع.
- (٥) هذا المرهون.
- (٦) هذا قول صاحب "الهداية". (غن)
- (٧) قوله: "لما بينا" وهو قوله: لأنه يملك الإيداع، وهذا أنظر في حق الصبي منه. (ك)
- (٨) أى الأب والوصى.
- (٩) قوله: "اعتباراً [لأن الرهن إيفاء حكماً، فلا يملكه كالإيفاء حقيقة. زيلعى] إلخ" أى أنه قضى دين نفسه من مال ابنه، وليس له ذلك، بيانه: أن الأب ليس له حقيقة الإيفاء، بأن يوفى دينه من مال الصغير، فليس له أن يؤتى ماله بجهة الإيفاء؛ لأن الرهن محبوس بجهة الاستيفاء. (غن)
- (١٠) أى الرهن.
- (١١) صغير.
- (١٢) ناجز: حاضر وآماده. (من)
- (١٣) الرهن.
- (١٤) مرتهن.
- (١٥) قوله: "ويضمنه [الأب والوصى] للصبي" أى يضمن الأب والوصى للصغير قيمة الرهن، إذا كانت القيمة مثل الدين، وإن كانت القيمة أكثر من الدين، يضمن مقدار الدين، ولا يضمن الزيادة؛ لأن الأب والوصى فيما زاد مودع مال الصغير. (ك)
- (١٦) صبي.
- (١٧) قوله: "وكذا لو سلط [الأب والوصى] إلخ" أى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبداً للصغير، كذلك

يملكه. قالوا: أصل هذه المسألة البيع^(١)، فإن الأب أو الوصى إذا باع مال الصبي من غريم^(٢) نفسه جاز، وتقع المقاصة^(٣) ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة^(٤)، وكذا^(٥) وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظراً إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان^(٦).

وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه^(٧)، أو من ابن له صغير^(٨)، أو عبد له تاجر^(٩)، لا دين عليه^(١٠) جاز؛ لأن الأب لو فور شفقتة أنزل منزلة شخصيين، وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد، كما في بيعه مال الصغير من نفسه^(١١)،

يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد. (نت)

(١٨) مرهون.

(١٩) تسليط.

(٢٠) الأب والوصى.

(١) قوله: "قالوا: إلخ" أى قال المشايخ: أصل مسألة رهن الأب، والوصى بدين نفسه متاع الصغير البيع، فإن إلخ، فإذا ثبت الاختلاف فى البيع، ثبت فى الرهن أيضاً؛ لأن الرهن بعاقبته بالنظر إلى كونه مضموناً نظير البيع. (غن)

(٢) قرض خواه.

(٣) بين الدين والضمن. (غن)

(٤) قوله: "لا تقع المقاصة" بل يبقى دين الغريم على الأب كما كان، ويصير للصغير الثمن على المشتري. (عناية)

(٥) قوله: "وكذا وكيل البائع إلخ" يعنى إذا كان للمشتري على وكيل البائع دين، كان على هذا الخلاف يقع

المقاصة عندهما، خلافاً لأبى يوسف. (ك)

(٦) قوله: "من حيث وجوب إلخ" أى من حيث إنه يصير قاضياً دينه عند هلاك الرهن ضامناً مثله للصبي، وفى

البيع كذلك، فإنه يصير قاضياً دينه من الثمن الواجب للصغير ضامناً له مثله. (ك)

(٧) قوله: "وإذا رهن [هذه المسائل من ههنا إلى قوله: "ويجوز رهن الدراهم والدنانير" من مسائل الأصل ذكرها

تفريعاً على مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" يريد بيان جواز أن يكون الأب رهنًا ومرتهناً بالنسبة إلى مال واحد، وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير، ويأخذ شيئاً رهنًا من متاعه، فيكون رهنًا من جهة ابنه ومرتهناً لذاته. (ع)

قوله: "وإذا رهن الأب من نفسه" أى متاع الصغير بدين له على الصغير، فكان الأب رهنًا بطريق النيابة عن ابنه

الصغير ومرتهناً أيضاً بالنظر إلى أنه يأخذ متاع ابنه الصغير رهنًا لنفسه بدين له على الصغير. (ك)

(٨) قوله: "أو من ابن له" أى رهن الأب متاع ابنه الصغير من ابن له آخر صغير، بأن يكون لرجل ابنان صغيران،

فصار لأحدهما دين على آخر يوجه من الوجوه، فرهن الأب متاع ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير الذى هو رب الدين. (ك)

(٩) قوله: "أو عبد له إلخ" أى رهن الأب متاع الصغير من عبد تاجر للأب، ولا دين عليه بأن اشترى الأب متاع

عبده التاجر الذى لا دين عليه لأجل ابنه الصغير، فصار للعبد دين على الصغير، فرهن بهذا الدين. (غن)

(١٠) قوله: "لا دين عليه [أى على العبد. ك]" إنما قيد به لأن الشبهة إنما ترد فيما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه

حيث يكون بمنزلة أن يرهنه من نفسه؛ لأن كسب عبده الذى لا دين عليه له، ولكن غير مانع لما ذكرنا أنه لو رهن متاع ابن الصغير من نفسه يجوز، فكذلك ههنا، وأما إذا كان على العبد دين، فلا شك فى جواز الرهن، حتى أن الوصى

يشارك الأب فى جواز الرهن فى هذه الصورة. (ك)

(١١) قوله: "كما فى بيعه [فإنه يجوز] إلخ" أى هذا بناء على أن بيع الأب مال ولده من نفسه جائز، وإن لم يكن

فتولى^(١) طرفي العقد^(٢).

ولو ارتهنه الوصي من نفسه^(٣)، أو من هذين^(٤)، أو رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز؛ لأنه وكيل محض، والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن، كما لا يتولاهما في البيع، وهو^(٥) قاصر الشفقة^(٦)، فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب^(٧)، والرهن^(٨) من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه^(٩)، بخلاف ابنه الكبير وأبيه، وعبده الذي عليه دين؛ لأنه لا ولاية له عليهم^(١٠)، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع^(١١) من هؤلاء^(١٢)؛ لأنه متهم^(١٣) فيه^(١٤)، ولا تهمة في الرهن؛ لأن له حكماً واحداً^(١٥).

وإن استدان الوصي^(١٦) لليتيم في كسوته وطعامه، فرهن به^(١٧) متاعاً لليتيم

في ذلك منفعة ظاهرة، بأن باع بمثل القيمة من نفسه، فكذا جاز رهنه، وإن كان الرهن يصير مضموناً بالقيمة، وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعاً بمثل قيمته، فكذا رهنه من نفسه؛ (عناية)

(١) الأب.

(٢) الإيجاب والقبول.

(٣) قوله: "ولو ارتهنه [مال الصغير] إلخ" أي ارتهن الوصي متاع الصغير بدين الموصى على الصغير، أو من هذين، أي ارتهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم، أو ارتهن الوصي متاع الصغير اليتيم بدين عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه على اليتيم، أو رهن الوصي عيناً للوصي بدين اليتيم على الوصي، وذلك كله لا يجوز. (غن)

(٤) أي من صغير الوصي وعبد الوصي. (كف)

(٥) الوصي. أي ليس الوصي كأب، فإنه قاصر إلخ.

(٦) والأب كامل الشفقة.

(٧) قلت: قوله: إلحاقاً له بالأب علة للمنفى دون النفي. (نت)

(٨) أي رهن الوصي. (غن)

(٩) فلا يصح كما لو رهن من نفسه. (غن)

(١٠) وهم في كسبهم بمنزلة الأجنبي.

(١١) حيث لا يجوز. (عيني)

(١٢) أي ابنه الكبير، وأبيه، وعبد المديون.

(١٣) اتهام: تهتم نهادن. (م)

(١٤) أي في البيع متهم.

(١٥) قوله: "لأن له [أي للرهن] حكماً واحداً" وهو أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي، فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم. (كف)

(١٦) قوله: "وإن الاستدان [استدان دام گرفت. من]" أي اشترى بدين كسوة لليتيم، أو طعاماً. (ك)

(١٧) أي بهذا الدين.

جاز؛ لأن الاستدانة جائزة^(١) للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق^(٢)، فيجوز^(٣)، وكذلك لو اتجر لليتم^(٤)، فارتهن أو رهن؛ لأن الأولى^(٥) له التجارة^(٦) تمييزاً^(٧) لمال اليتيم، فلا يجد^(٨) بدأ من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء.

وإذا رهن الأب متاع الصغير^(٩)، فأدرك^(١٠) الابن ومات الأب^(١١)، ليس للابن أن يرده^(١٢) حتى يقضى الدين؛ لوقوعه^(١٣) لازماً من جانبه، إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه^(١٤) مقامه.

ولو كان الأب رهنه^(١٥) لنفسه^(١٦)، فقضاه الابن^(١٧)، رجع^(١٨) به^(١٩) في مال

(١) للوصى.

(٢) وللوصى أن يوفى الحق على الصغير من مال الصغير. (غن)

(٣) قوله: "فيجوز" لأن الرهن وثيقة للاستيفاء، فيملكه من يملك حقيقة الاستيفاء. (كافئ)

(٤) قوله: "لو اتجر [الوصى، اتجار بازرگانی کردن. من] الخ" أى إذا اتجر الوصى لأجل اليتيم، فباع متاعه فأخذ رهناً، أو اشترى لأجل اليتيم، فوهن متاع اليتيم جاز ذلك. (غاية البيان)

(٥) أى أولى التصرفات.

(٦) أى الأفضل.

(٧) ثمر الرجل ماله: بسيار كرد مال را. (غن)

(٨) الوصى.

(٩) قوله: "وإذا رهن الأب الخ" أطلق رهن الأب متاع الصغير، فأدرك ولم يذكر أنه رهن لدين الصغير أو لدين نفسه؛ لأن هذا الحكم الذى ذكره لا يختلف بين أن يكون الدين دين الصغير أو دين الأب، وقوله: ومات الأب، قيد اتفاقى، وكذلك ذكر الأب ليس بقيد؛ لأن هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد الصغير قبل أداء الدين إذا بلغ لا يختلف بين أن يكون الراهن أباً، أو وصياً للصغير.

ذكر شيخ الإسلام فى "مبسوطه" وإذا رهن الأب مالا لولده، وهو صغير فأدرك، فأراد رد الرهن، ليس له ذلك؛ لأن الوصى لو رهن مال الصغير إما بدينه أو بدين الصغير، ثم بلغ الصغير، فأراد أن يرد ذلك، لم يكن له ذلك، فإذا فعله الأب، وأنه أعم ولاية أولى. (كفاية للسيد جلال الدين)

(١٠) أى بلغ، إدراك: در رسیدن كودك ببلوغ. (م)

(١١) قيد اتفاقى؛ لأنه لو كان حياً كان الحكم كذلك.

(١٢) رهن.

(١٣) رهن.

(١٤) أب.

(١٥) أى مال الصغير، أى رهن مال الصبى من شخص بدين كان له على الأب.

(١٦) أى فى دين نفسه، لا فى دين الصغير. (غن)

(١٧) قوله: "فقضاه [دين الأب] الخ" أى إذا قضى الابن دين المرتهن، فإن كان الرهن لنفسه فذلك، وإن كان

للأب فله أن يرجع فى مال والده، لأنه مضطر فيه. (ع)

(١٨) الابن.

الأب؛ لأنه^(١) مضطر فيه^(٢) لحاجته إلى إحياء ملكه، فأشبهه^(٣) معير الرهن.
وكذا^(٤) إذا هلك^(٥) قبل أن يفتكه^(٦)؛ لأن الأب يصير قاضياً دينه^(٧) بماله^(٨)،
فله^(٩) أن يرجع عليه^(١٠)، ولو رهنه^(١١) بدين على نفسه، وبدين على الصغير جاز؛
لاشتماله^(١٢) على أمرين جائزين^(١٣)، فإن هلك^(١٤) ضمن الأب حصته^(١٥) من ذلك^(١٦)
للولد؛ لإيفاءه^(١٧) دينه من ماله^(١٨) بهذا المقدار^(١٩)، وكذلك الوصي^(٢٠)، وكذلك الجد
أب الأب إذا لم يكن الأب، أو وصى الأب.

ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه^(٢١) عليه وقبض المرتهن، ثم
استعاره الوصي لحاجة اليتيم، فضع^(٢٢) في يد الوصي، فإنه^(٢٣) خرج من الرهن

(١٩) أى بما قضى.

(١) ابن.

(٢) أى فى الأداء.

(٣) الابن.

(٤) الرهن.

(٥) يعنى له أن يرجع فى مال الأب. (ك)

(٦) الابن.

(٧) أى دين نفسه.

(٨) ابن.

(٩) ابن.

(١٠) الأب.

(١١) الأب أى مال الصغير.

(١٢) قوله: "لاشتماله الخ" يريد أنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد، ملك بدينهما؛ لأن كل
ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب، جاز أن يثبت للكلى، دون العكس. (عناية)

(١٣) أى رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه، وبدين الصغير. (غن)

(١٤) المرهون.

(١٥) أى حصة نفسه، أى بمال أخذه لنفسه ولولده الصغير. (غن)

(١٦) أى الرهن.

(١٧) الأب.

(١٨) الصبى.

(١٩) أى بمقدار حصته.

(٢٠) قوله: "وكذلك الوصى" أى إذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضى الدين بعد البلوغ. (غن)

(٢١) فى كسوته ولباسه.

(٢٢) الرهن.

وهلك من مال اليتيم؛ لأن فعل الوصى كفعله بنفسه^(١) بعد البلوغ؛ لأنه استعاره
 لحاجة الصبي والحكم فيه^(٢)، هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى^(٣).
 والمال دين^(٤) على الوصى^(٥)، معناه هو المطالب به^(٦)، ثم يرجع بذلك على
 الصبي؛ لأنه غير معتد^(٧) في هذه الاستعارة، إذ هي^(٨) لحاجة الصبي، ولو استعاره
 لحاجة نفسه، ضمنه للصبي^(٩)؛ لأنه متعد، إذ ليس له ولاية الاستعمال^(١٠) في حاجة
 نفسه.

ولو غصبه^(١١) الوصى بعد ما رهنه، فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده^(١٢)،
 فالوصى ضامن لقيمته؛ لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال، وفي حق
 الصبي بالاستعمال^(١٣) في حاجة نفسه، فيقضى به الدين^(١٤) إن كان قد حل^(١٥)، فإن
 كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن، ولا يرجع^(١٦) على اليتيم؛ لأنه وجب لليتيم

(٢٣) مرهون.

(١) كفعل اليتيم. (ك)

(٢) قوله: "والحكم فيه هذا" يعنى لو كان اليتيم بالغاً، فرهن متاعه بنفسه، ثم استعاره من المرتهن، فهلك في يده،
 لم يسقط الدين؛ لأن عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفياً، ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفياً دينه باعتبار يد
 المديون. (كفاية)

قوله: "والحكم فيه هذا" أى الحكم فى فعل اليتيم بعد البلوغ هذا، وهو أنه يهلك من ماله إذا رهنه، فاستعاره،
 فهلك فى يده. (غن)

(٣) قوله: "على ما نبينه" أى فى باب التصرف فى الرهن عند قوله: وإذا أعار المرتهن الرهن حيث قال: فإن هلك
 فى يد الراهن هلك بغير شىء لقوات القبض المضمون. (غن)

(٤) أى دين المرتهن.

(٥) أى لم يسقط.

(٦) أى رجع المرتهن على الوصى بالدين، كما يرجع به قبل الرهن. (ك)

(٧) فإنه له ولاية هذه الاستعارة.

(٨) استعارة.

(٩) إذا هلك فى يده.

(١٠) أى استعمال مال الصغير.

(١١) مرهون.

(١٢) المرهون.

(١٣) لا بالأخذ؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم.

(١٤) بما فى ذمة الوصى

(١٥) أى وجب لحلول الأجل، حلول - بالضم - رسيدن وعده چیزى. (م)

(١٦) المرتهن.

عليه مثل ما وجب له على اليتيم، فالتقيا قصاصاً^(١).

وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن، وأدى الزيادة من مال اليتيم؛ لأن المضمون عليه^(٢) قدر القيمة لا غير.

وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين^(٣)، أدى قدر الدين من القيمة إلى المرتهن^(٤)، والفضل لليتيم^(٥)، وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن^(٦)؛ لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم، فتكون^(٧) رهناً عنده^(٨)، ثم إذا حل الأجل^(٩) كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه^(١٠).

ولو أنه^(١١) غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده^(١٢) يضمه^(١٣) لحق المرتهن، ولا يضمه^(١٤) لحق الصغير؛ لأن استعماله^(١٥) لحاجة الصغير ليس بتعداً، وكذا^(١٦) الأخذ^(١٧)؛ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا قال^(١٨) في كتاب الإقرار:

(١) أي المرتهن والوصى.

(٢) أي بغصب الرهن. (غن)

(٣) قوله: "وإن كانت قيمة الرهن" أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن، وقد وقع في بعض النسخ أدى قدر القيمة، وذلك ليس بشيء؛ لأن حق المرتهن ليس إلا في قدر الدين، فكيف يؤدي إليه قدر القيمة، وهي أكثر من الدين. (غن)

(٤) قوله: "أدى [من القيمة. غن] قدر الدين" وهذا هو الصواب، وفي عامة النسخ قدر القيمة إلى المرتهن، وهذا سهو وقع من الكاتب، وهذا ظاهر، لا إخفاء فيه لأحد. (ك)

(٥) لأنه بدل ملكه. (غن)

(٦) قوله: "وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن [لقيامها مقام الرهن. كافي]" أي إن كان لم يحل الدين، حتى لو هلك الرهن بعد الغصب يكون القيمة رهناً عند المرتهن إلى أن يحل الأجل؛ لأنها بدل الرهن، فيكون مقامه. (غاية البيان)

(٧) القيمة.

(٨) مرتهن.

(٩) بعد ذلك.

(١٠) فيما إذا كانت القيمة مثل الدين، أو أقل منه، أو أكثر منه. (غن)

(١١) الوصى.

(١٢) الوصى.

(١٣) قوله: يضمه إلخ" يعني أن الوصى يضمه قدر الدين، وهو حق المرتهن؛ لأنه غصب حقه واستعمله، ولا يضمه الزيادة على قدر الدين، وهي حق الصغير؛ لأنه لم يوجد التعدى من الوصى في حق الصغير؛ لأنه استعمل مال الصغير في حاجة الصغير غاية ما في الباب أنه أخذ مال اليتيم من يد المرتهن، وله ولاية الأخذ، بدليل ما قال في كتاب الإقرار: إذا أقر إلخ. (غن)

(١٤) وهو الزيادة على قدر الدين. (ك)

(١٥) الوصى.

(١٦) ليس بتعد.

(١٧) من المرتهن.

(١٨) محمد.

إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء، لأنه لا يتصور غصبه؛ لما أن له ولاية الأخذ، فإذا هلك في يده^(١) يضمنه للمرتهن، يأخذه بدينه^(٢)، إن كان قد حل^(٣)، ويرجع الوصي على الصغير^(٤)؛ لأنه ليس بممتد^(٥)، بل هو عامل له، وإن كان^(٦) لم يحل يكون^(٧) رهناً عند المرتهن، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه^(٨)، ويرجع الوصي على الصبي بذلك^(٩)؛ لما ذكرنا^(١٠).

قال^(١١): ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون^(١٢)؛ لأنه يتحقق الاستيفاء منه، فكان محلاً للرهن. فإن رهنت بجنسها فهلكت^(١٣)، هلكت بمثلها^(١٤) من الدين، وإن اختلفا في الجودة؛ لأنه لا معتبر بالجودة^(١٥) عند المقابلة بجنسها. وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن عنده^(١٦) يصير^(١٧) مستوفياً^(١٨)، باعتبار الوزن دون القيمة، وعندهما يضمن^(١٩) القيمة من خلاف جنسه^(٢٠)، وتكون رهناً مكانه^(٢١).

(١) الوصي.

(٢) قوله: "يأخذه بدينه" أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستيفاء. (عناية)

(٣) الدين.

(٤) أي بما أخذه المرتهن. (غن)

(٥) قوله: "لأنه ليس ممتد" أي لأنه قضى دين الصغير، ولم يوجد منه التعدي في حق الصغير؛ لأن عمله وقع

لأجل الصغير. (غن)

(٦) الدين.

(٧) الضمان. أي قيمة الرهن. (غن)

(٨) أي يأخذ المرتهن دينه من القيمة. (غن)

(٩) أي بما أخذ المرتهن على الصغير. (غن)

(١٠) إشارة إلى قوله: "لأنه ليس بممتد بل هو عامل له. (غن)

(١١) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "ويجوز الخ" قد عرفت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون، والدراهم والدنانير

على هذه الصفة، فيجوز رهنهما. (عناية)

(١٣) عند المرتهن.

(١٤) قدرأ.

(١٥) لأن الجودة لا قيمة لها إذا لاقت جنسها فيما يجرى فيه الربا. (غن)

(١٦) أي عند أبي حنيفة.

(١٧) المرتهن.

(١٨) بالهلاك.

(١٩) المرتهن.

(٢٠) أي إن كان درهماً فبالذهب، وإن كان ديناراً فبالفضة.

وفي "الجامع الصغير"^(١): فإن رهن إبريق فضة^(٢)، ووزنه عشرة بعشرة فضاء^(٣)، فهو بما فيه^(٤). قال رضى الله تعالى عنه^(٥): معناه أن تكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر هذا الجواب فى الوجهين بالاتفاق^(٦)؛ لأن الاستيفاء عنده^(٧) باعتبار الوزن^(٨)، وعندهما^(٩) باعتبار القيمة^(١٠)، وهى مثل الدين فى الأول^(١١)، وزيادة عليه فى الثانى^(١٢)، فيصير^(١٣) بقدر الدين مستوفياً، فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور^(١٤). لهما لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن؛ لما فيه من الضرر بالمرتهن^(١٥)، ولا إلى اعتبار القيمة^(١٦)؛ لأنه يؤدى إلى الربا^(١٧)، فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس؛ لانتقضى القبض^(١٨)، ويجعل مكانه^(١٩) ثم يتملكه^(٢٠).

(٢١) قوله: "وتكون رهناً الخ" لأنه لو صار مستوفياً يتضرر المرتهن، فأصل عنده أن حالة الهلاك حالة الاستهلاك والاستيفاء، إنما يكون بالوزن، وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء إذا لم يفض إلى الضرر. (كف)

(١) أتى برواية "الجامع الصغير" لاحتياجها إلى تفصيل ذكره. (٤)

(٢) قوله: "إبريق إبريق: كوزه" بالوله با دسته، وابن معرب آبريزست، أبريق جمع. (م)

(٣) أى فذلك الرهن ضاع بمقابلة ذلك الدين كله. (٤)

(٤) قوله: "فهو بما فيه" الهاء فى فيه راجعة إلى الرهن، أى يهلك الرهن بالدين الذى فى الرهن، وصار كأن الدين فى الرهن من حيث المالية. (حميدية)

(٥) أى المصنف.

(٦) أى ما يكون قيمته مثل وزنه، أو أكثر. (٤)

(٧) الإمام.

(٨) ولا اعتبار للجودة.

(٩) وهو مثل الدين، وقضاء الدين بما هو أجود منه حسن. (غن)

(١٠) قوله "باعتبار" فإن فى قيمته وفاء وزيادة، فبعضه يهلك بالدين، وبعضه أمانة، فلا بد من صحة الاستيفاء. (غن)

(١١) هو ما إذا كانت قيمة الرهن مثل وزن الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "فى الثانى" وهو ما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من وزنه. (غن)

(١٣) المرتهن.

(١٤) قوله: "فهو على الخلاف" أى عند أبى حنيفة يصير مستوفياً بالوزن؛ لأن استيفاء الجيد بالردى صحيح اتفاقاً، فأما عندهما فإنه يضمن قيمته، وتكون رهناً مكانه، ويرجم بالدين. (غن)

(١٥) لأنه يبطل حق المرتهن فى الجودة، فيتضرر به. (ك)

(١٦) أى لا وجه إلى الاستيفاء باعتبار الخ.

(١٧) قوله: "لأنه يؤدى إلى الربا" لأنه لو صار مستوفياً من دينه ثمانية اعتباراً للقيمة لصار مستوفياً ثمانية بعشرة من حيث الوزن، فيكون ربا. (ك)

(١٨) قوله: "لينتقض القبض [أى قبض المرتهن فى الهالك. ك]" لا يقال: بأن القبض قد انتقض لفوات المحل، وهو فعل حسى، فلا يتصور بدون المحل، لأننا نقول: القبض لا ينتقض إلا بالرد أو بالاستيفاء، ولم يوجد أحدهما، فيكون القبض باقياً حكماً، وإن فات المحل، فيصار إلى التضمين، بخلاف الجنس؛ لئتم القبض صورة ومعنى، فيكون معنى قوله فى

وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها، واستيفاء الجيد بالردىء جائز^(١) كما إذا تجوز به^(٢)، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع^(٣)، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه^(٤)، وبتعذر التضمن يتعذر النقض.

وقيل: هذه فريضة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت، ثم علم بالزيافة، وهو معروف^(٥)، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور؛ لأن محمداً فيها^(٦) مع أبي حنيفة، وفي هذا^(٧) مع أبي يوسف.

والفرق لمحمد^(٨) أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها، والزيافة لا تمنع

الكتاب: لينتقض القبض؛ ليكمل ويتم القبض. (ك)

(١٩) قوله: "ويجعل [الضمان] مكانه [القيمة]."

(٢٠) قوله: "ثم يملكه" أي ثم يفتكه الراهن بقضاء الدين فيملكه، أي ذلك الضمان الذي جعل مكان الأول. (ك)

(١) قوله: "واستيفاء الجيد إلخ" أي استيفاء شخص جيده بواسطة استيفاء الردىء مكانه. (أعظمي)

(٢) قوله: "كما إذا تجوز [في] بدل الصرف والسلم. (ن) التجوز: هو المسامحة في الاستيفاء. غن] به" إنما يستعمل فيما إذا أخذ الردىء مكان الجيد، ووضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشرة قيمة إبريق، هي أقل من العشرة لرداءته. (ن)

قوله: "تجوز" تجوز في هذا، آسان فرا گرفت آنرا وچشم پوشی کرد، وتجاوز الدرهم قبول كرد درمها را بآنکه مشوش بودند. (من)

(٣) قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لما عرف أن بقبض الرهن ثبت الاستيفاء، ولا ينتقض إلا بالرد، والفرض عدمه، ولا يمكن إلخ. (عناية)

قوله: "وقد حصل الاستيفاء إلخ" لأنه من جنس حقه، وقد قبضه على وجه الاستيفاء، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان؛ لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، ولا مطالب ههنا؛ لأنه لو كان إما أن يكون هو الراهن أو المرتهن، ولا يجوز أن يكون الراهن هو المطالب للنقض بعد قضاء دينه بالردىء؛ لأن ذلك يضره ولا ينفعه، ولا يجوز أن يكون هو المرتهن؛ لأن المرتهن مطالب، فلا يصح أن يكون مطالباً للتدافع. (ك)

(٤) قوله: "وكذا الإنسان إلخ" يعني لا يمكن أن يقال أيضاً: إن المرتهن يضمن؛ لأنه صار مستوفياً بالهلاك، فصار المستوفى ملكاً له، ومن المحال أن يضمن الإنسان ملك نفسه، ولما تعذر التضمن تعذر النقض. (ك)

(٥) قوله: "وهو [أي حكم هذه المسألة المتفرعة عليها] معروف" فإنه يسقط دينه، ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يضمن مثل ما قبض، ويأخذ مثل حقه.

وقول محمد أولاً كقول أبي حنيفة، وآخر كقول أبي يوسف، كذا ذكره عيسى بن أبان، والأصح أن هذه المسألة مبتدأ؛ لأن محمداً مع أبي حنيفة في تلك المسألة في المشهور، ومع أبي يوسف في هذه المسألة. (ك)

(٦) أي في المسألة المتفرعة عليها.

(٧) أي في المتفرع، وهو مسألة الرهن.

(٨) قوله: "والفرق محمد" أي على تقدير أن تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، وهي مسألة "الجامع"، أنه أي رب الدين قبض الزيوف؛ ليستوفى دينه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين، والزيافة لا تمنع الاستيفاء. وقد تم بالهلاك، والمرتهن قبض الرهن؛ ليستوفى دينه من محل آخر، فكان قابلاً لرده بالضمان مثل حقه،

الاستيفاء^(١)، وقد تم بالهلاك، وقبض الرهن؛ ليستوفى من محل آخر^(٢)، فلا بد من نقض القبض، وقد أمكن عنده^(٣) بالتضمن^(٤).

ولو انكسر الإبريق^(٥)، ففي الوجه الأول، وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر^(٦) على الفكك^(٧)؛ لأنه لا وجه^(٨) إلى أن يذهب شيء من الدين^(٩)؛ لأنه^(١٠) يصير قاضياً دينه^(١١) بالجودة^(١٢) على الانفراد، ولا^(١٣) إلى أن يفتكّه مع النقصان^(١٤)؛ لما فيه^(١٥) من الضرر^(١٦)، فخيرناه^(١٧) إن شاء افتكّه بما فيه^(١٨)، وإن شاء ضمنه^(١٩) قيمته^(٢٠) من جنسه، أو خلاف جنسه، وتكون^(٢١)

فينتقض القبض. ووجه البناء ما قيل: إن الزیوف مقبوضة للاستيفاء، فتكون بمنزلة المقبوض بحقيقة الاستيفاء، وهناك المستوفى إذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه، ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة لمكان الجودة، فكذا في الرهن.

وعندهما هناك يضمن مثل المستوفى، ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة، فكذلك في الرهن. (ع) قوله: "والفرق لحمد" أي على تقدير أن لا تكون هذه المسألة بناءً على تلك المسألة، هو مقتضى الرواية المشهورة فيها، بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الأصح على ما ذكره شيخ الإسلام في "مبسوطه"، ونقل عنه عامة المشايخ ههنا. (نت)

(١) فإن الزیوف من جنس الحق. (غن)

(٢) لا من عين الرهن.

(٣) محمد.

(٤) أي بتضمن المرتهن قيمته. (غن)

(٥) قوله: "ولو انكسر الإبريق إلخ" كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن، وههنا من حيث انكساره. (ع)

(٦) الراهن. (عناية)

(٧) قوله: "على الفكك [أي على فك الرهن بأداء الدين إلى المرتهن. غن]" الفكك - بالفتح - كسحاب وبكسر:

أنجه گرو را بوی بیرون آرند. (من)

(٨) قوله: "لأنه لا وجه إلخ" أي لأنه لو أجبر عليه، فيما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين، أو مع كماله، وهو نقصان من جهة الرهن، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه أي المرتهن يصير قابضاً دينه بالجودة على الانفراد، فإنه لم ينقص من الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر، وذلك رباء، ولا إلى الثاني لما فيه من الضرر بالراهن؛ لأن المرتهن قبض الرهن سليماً عن العيب، وبالانكسار صار معيباً، فيصل إليه حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه، وذلك ضرر لا محالة، فخيرناه إلخ. (عناية)

(٩) أي دين المرتهن.

(١٠) أي لأن الراهن.

(١١) مرتهن.

(١٢) أي بالصياغة (ك)، والجودة لا قيمة لها عند الانفراد. (غن)

(١٣) أي لا وجه إلى أن إلخ.

(١٤) أي مع نقصان الإبريق، وبقاء كل الدين.

(١٥) قوله: "لما فيه" أي في الانكسار مع النقصان من الضرر بالراهن؛ لأنه يفوت حقه بالجودة. (غن)

(١٦) أي بالراهن. (ك)

(١٧) راهن.

(١٨) قوله: "إن شاء افتكّه [الراهن ناقصاً] بما [أي بالدين الذي في المكسورة، وهو جميع الدين] فيه" أي افتكّه

رهنًا عند المرتهن، والمكسور للمرتهن بالضمان.

وعند محمد إن شاء افتكّه^(١) ناقصًا، وإن شاء جعله بالدين^(٢) اعتباراً^(٣) لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر^(٤) الفكك مجاناً^(٥)، صار^(٦) بمنزلة الهلاك^(٧)، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه. قلنا: الاستيفاء عند الهلاك بالمالية^(٨)، وطريقه^(٩) أن يكون^(١٠) مضموناً بالقيمة، ثم تقع المقاصة^(١١)، وفي جعله بالدين إغلاق الرهن^(١٢)، وهو حكم جاهلي^(١٣)، فكان التضمين بالقيمة^(١٤). وفي الوجه الثالث^(١٥): وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية^(١٦)،

الرهن الإبريق المنكسر ناقصاً كما هو بالدين الذي هو مرهون فيه، يعني بجميع الدين، معناه: أن الراهن يفك رهنه أن يخلصه بأداء جميع الدين إلى المرتهن. (غن)

(١٩) مرتهن.

(٢٠) أى قيمة الإبريق المنكسرة. (غن)

(٢١) قيمته.

(١) راهن.

(٢) فيصير ملكاً للمرتهن، ويذهب الدين. (غن)

(٣) أى قياساً.

(٤) قوله: "لما تعذر" لما تقدم أنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين، ولا إلى أن يفتكّه مع النقصان، بقى أن يفتكّه مجاناً، وهو متعذر، فصار بمنزلة إلخ. (٤)

(٥) رائيگان.

(٦) فى تعذر الانفكك. (٤)

(٧) أى هلاك الراهن.

(٨) أى هلاك الراهن. (عناية)

(٩) قوله: "وطريقه إلخ" أى طريق صيرورته مضموناً بالدين أن يجعل مضموناً بالقيمة بقدر الدين؛ لأنه عقد استيفاء، وسقوط الدين فى الاستيفاء الحقيقى باعتبار أن يجعل مضموناً بالقيمة عليه، ثم يقع المقاصة بين ما له وما عليه، فكذا فى الاستيفاء الحكيمى، وجعله مضموناً بالدين فى حال قيام الرهن يؤدى إلى إغلاق الرهن، وأنه حكم جاهلي مردود فى الشرع، فصرنا إلى التضمين بالقيمة؛ لأنه لا يؤدى إلى الإغلاق لانتقال حكم الرهن إلى مثله. (ك)

(١٠) الرهن لقوات عينه. (٤)

(١١) وهو مشروء، بين الدينين. (عناية)

(١٢) قوله: "إغلاق الرهن [هو أن يبقى فى يد المرتهن، ولم يقدر على تخليصه. غن]" وهو الاحتباس الكلى، بأن

يصير الرهن مملوكاً للمرتهن. (عناية)

(١٣) مردود شرعاً.

(١٤) فى عبارته تسامح، والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً، أو صواباً. (٤)

(١٥) قوله: "وفى الوجه الثالث إلخ" إنما قدم الوجه الثالث على الوجه الثانى لاحتياج الثانى إلى زيادة، فيه طول. (٤)

يضمن^(١) قيمته جيداً من خلاف جنسه^(٢)، أو رديئاً من جنسه، وتكون^(٣) رهناً عنده^(٤)، وهذا بالاتفاق. أما عندهما فظاهر^(٥)، وكذلك عند محمد؛ لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، والهلاك عنده بالقيمة^(٦).

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه^(٧) اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن^(٨) جميع قيمته، وتكون^(٩) رهناً عنده؛ لأن العبرة^(١٠) للوزن عنده^(١١) لا للجودة والرداءة، فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً^(١٢)، يُجعل كله مضموناً، وإن كان بعضه^(١٣) فبعضه^(١٤)، وهذا لأن الجودة تابعة للذات، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة^(١٥). وعند أبي يوسف: يضمن^(١٦) خمسة^(١٧) أسداس

(١٦) قوله: "أقل من وزنه" بأن يكون الوزن عشرة كالدين، وقيمه ثمانية لوجود غش فيه. (عناية)

(١) مرتين.

(٢) تخرجاً عن الربا. (كف)

(٣) القيمة.

(٤) مرتين.

(٥) قوله: "فظاهر" كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار. [ع] لأن حالة الانكسار حالة التضمين بالقيمة بكل حال. (كف)

(٦) قوله: "والهالك" فيما إذا كانت قيمته أقل من وزنه. [ك] عنده [محمد] إلخ" فعنده في هذا الوجه لو هلك يضمن المرتين قيمته، ولا يصير مستوفياً لمكان الربا، أو للضرر، فكذا إذا انكسر. (كف)

(٧) بأن كان وزنه عشرة كالدين، وقيمه أكثر من وزنه اثنا عشر لجودة وصناعة فيه. (عناية)

(٨) مرتين.

(٩) القيمة.

(١٠) في الأموال الربوية.

(١١) إمام.

(١٢) قوله: "فإن كان إلخ" أي فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً، كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين، جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة. (عناية)

(١٣) قوله: "وإن كان بعضه إلخ" يعني إن كان بعض الرهن مضموناً، لا الزائد عليه، وهو فيما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين، فحينئذ ينقسم الجودة على المضمون والأمانة، فما كان بمقابلة المضمون يكون مضموناً، وما كان بمقابلة الأمانة يكون أمانة، وفي مسألتنا: كان كله مضموناً؛ لأن وزن الرهن مثل وزن الدين، فكان كله مضموناً؛ لئلا يكون حكم التابع مخالفاً لحكم الأصل. (ن)

(١٤) أي فبعضه مضمون، وهو مقدار الدين لا الزائد عليه. (عناية)

(١٥) قوله: "استحال" لأن التابع لا يخالف الأصل. [ع] إلخ" والفرق بين حالة الهلاك وحالة الانكسار، إن حالة الهلاك حالة الاستيفاء، فيقع الفضل أمانة، وهذه الحالة ليست كذلك عنده، بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضاء الرهن، فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب، لكن بخلاف جنسه. (عناية)

(١٦) قوله: "يضمن [المرتئين] إلخ" يصير خمسة أسداس الإبريق مضموناً لجودته وصنعتة، وسدسه أمانة، فالتغير

قيمته^(١)، وتكون خمسة أسداس^(٢) الإبريق^(٣) له^(٤) بالضمان وسدسه يفرز^(٥)، حتى لا يبقى الرهن شائعاً^(٦)، ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهناً، فعنده^(٧) تعتبر الجودة والرداءة، وتجعل زيادة^(٨) القيمة كزيادة الوزن، كأن وزنه اثني عشر. وهذا^(٩) لأن الجودة^(١٠) متقومة في ذاتها^(١١)، حتى تعتبر عند المقابلة، بخلاف جنسها، وفي تصرف المريض^(١٢)، وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعاً^(١٣)، فأمكن اعتبارها. وفي بيان قول محمد^(١٤): نوع طول^(١٥)، يعرف في موضعه من

بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر، وفيما هو مضمون يعتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده، فيضمن قيمته خمسة الأسداس من خلاف جنسه. (عناية)

(١٧) أى عشرة.

(١) إبريق.

(٢) قوله: "وتكون خمسة إلخ" طريق معرفة خمسة أسداس الإبريق أن ينقص من الوزن الذى هو عشرة سدسه، وهو درهم وثلاثا درهم، فيبقى خمسة أسداسه، وهو ثمانية دراهم وثلاث درهم، وذلك العشرة ستة أسداس. (غن)

(٣) المنكسر. (غن)

(٤) مرتين.

(٥) أى يقطع.

(٦) قوله: "حتى لا يبقى [فإن الطارئ منه كالمقارن كما تقدم. ع] إلخ" لأن الشيوخ الطارئ فى ظاهر الرواية كالشيوخ المقارن لما مر، وعن أبى يوسف أن الشيو ع الطارئ لا بمنع، فلا يحتاج إلى التمييز. (ك)

(٧) أبى يوسف.

(٨) بالجودة. (عناية)

(٩) أى اعتبار الجودة.

(١٠) فالجودة والصناعة كعين مال قائم. (ك)

(١١) فإنه عبارة عن كمال المالية.

(١٢) قوله: "وفي تصرف المريض" فإنه لو باع مائة من الجيد بمائة من الرديء الذى قيمته خمسون لا يعتبر من جميع المال، بل من الثلث، ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر من الجميع، كما فى البيع الخالى من المحاباة. (ك)

(١٣) فإن الشار ع جعل المساواة فى الذات شرطاً، وأهدر الجودة والرداءة.

(١٤) قوله: "وفي بيان قول محمد إلخ" عند محمد أن النقص بالانكسار إن كان درهماً أو درهمن، يجبر الراهن على الفكك بقضاء جميع الدين، وإن كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتين يدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين، وهذا لأن الوزن مضمون، والجودة أمانة للمناسبة؛ لأن الجودة تابعة للوزن لا تفصل عنه، وصفة الأمانة فى المرهون كذلك، فيجعل الأصل فى مقابلة الأصل، والتبع فى مقابلة التبع، وإذا ظهر ذلك، فإن زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون، وهو العشرة بالانكسار، والانكسار عنده كالهلاك، وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضموناً بالدين، ويخبر الراهن كما ذكرنا.

وإن لم يزد على الدرهمين، وقع النقصان فى الأمانة، فالرهن المضمون باق على حالة الرهن، فيجبر الراهن على الفكك، كأنه لم ينقص منه شيء. واعلم أن الدرهم، أو الدرهمين ليس بحد فاصل فى ذلك، وإنما الفاصل النقصان بقدر الصياغة كائناً ما كان، وإنما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة فى المسألة المفروضة كذلك. (ع)

"المبسوط" و "الزيادات" مع جميع شعبها^(١).

قال^(٢): "ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري^(٣) شيئاً بعينه جاز استحساناً^(٤)، والقياس أن لا يجوز.

وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئاً على أن يعطيه^(٥) كفيلاً^(٦) معيناً حاضراً في المجلس فقبل^(٧)، وجه القياس أنه صفقة في صفقة، وهو منهي عنه*، ولأنه^(٨) شرط لا يقتضيه العقد^(٩)، وفيه منفعة لأحدهما^(١٠)، ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد؛ لأن الكفالة والرهن للاستيثاق^(١١)، وإنه يلائم الوجوب^(١٢)، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معيناً، اعتبرنا فيه المعنى^(١٣)، وهو ملائم، فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن^(١٤)، ولا الكفيل معيناً، أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا، لم يبق معنى الكفالة، والرهن

(١٥) قوله: "نوع طول إلخ" إنما لم يذكر صاحب "الهداية" بيان قول محمد مع ما ذكر أن فيه طولاً، يعرف في "المبسوط" و "الزيادات" هضماً لنفسه، واعترافه بأن كتابه لم يحو جميع البيان، وفوق بيانه بيان آخر، يعرف ذلك في كتب المتقدمين. (غن)

(١) شعبة شاخ. (من). وشعبها ستة وعشرون فصلاً ذكرت مفصلة في "غاية البيان".

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) بالثمن.

(٤) ولو لم يكن معيناً كان العقد فاسداً قياساً واستحساناً. (ك)

(٥) المشتري.

(٦) بالثمن.

(٧) أي الكفيل الكفالة. (ك)

* انظر في نصب الرأية ج ٤ ص ٣٢٣ تحت "باب ما يجوز ارتهانه"، وراجع الدراية ج ٢ ص ٢٥٩ تحت،

الحديث ١٠٠٣. (نعيم)

(٨) أي لأن رهن شيء بعينه، وكذا الكفالة.

(٩) قوله: "لا يقتضيه إلخ" لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط، كتسليم المبيع على البائع، أو تسليم

الثمن على المشتري. (ك)

(١٠) أي البائع. (ك) عاقدين.

(١١) قوله: "لأن الكفالة إلخ" أي لأن المقصود بالكفالة والرهن التوثيق بالثمن، فاشتراطها في معنى اشتراط زيادة

وصف الجودة في الثمن. (ك)

(١٢) أي وجوب الثمن.

(١٣) قوله: "اعتبرنا فيه المعنى [أي معنى الشرط]" أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق، وهو أي هذا المعنى الذي

هو الاستيثاق ملائم أي ملائم للعقد؛ لكونه مؤكداً موجب العقد، فصح العقد. (نت)

(١٤) المرهون.

للجهالة^(١)، فبقى الاعتبار لعينه^(٢) فيفسد^(٣)، ولو كان^(٤) غائباً^(٥)، فحضر في المجلس وقبل صح.

ولو امتنع المشتري^(٦) عن تسليم الرهن لم يجبر عليه، وقال زفر: يجبر؛ لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقاً من حقوقه^(٧)، كالوكالة المشروطة في الرهن^(٨)، فيلزمه^(٩) بلزومه، ونحن نقول: الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه.

ولا جبر على التبرعات^(١٠)، ولكن البائع بالخيار، إن شاء رضى بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع؛ لأنه^(١١) وصف مرغوب فيه، وما^(١٢) رضى^(١٣) إلا به^(١٤)، فيتخير^(١٥) بفواته، إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً^(١٦)؛ لحصول المقصود^(١٧)، أو يدفع

(١) قوله: "للجهالة" أقول: فيه شيء، وهو أن التعليل بقوله: للجهالة لا يفيد تمام المدعى، فإنه إنما يتمشى فيما إذا لم يكن الرهن والكفيل معيناً، لا فيما إذا كان الكفيل غائباً، إذا الغيبة لا تقتضى الجهالة؛ لجواز أن يكون معلوماً معيناً، ولا يكون حاضراً في المجلس، فالحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائباً أن يقال: لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره، ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله، ولو كان غائباً فحضر في المجلس، وقبل صح. (نت)

(٢) قوله: "فبقى الاعتبار لعينه [أى لعين الشرط لا لمعناه]" لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة؛ لأنه لما كان مجهولاً، يكون المشتري بسبيل من أن يرهن شيئاً يساوى عشر حقه، أو يعطى كفيلاً غير المعين، وليس فيه من التوثيق شيء، فبقيت العبرة لعينه، وإنه إدخال صفقة في صفقة، فيفسد به العقد. (ك)

(٣) العقد.

(٤) الكفيل.

(٥) وقت العقد.

(٦) بعد الشرط.

(٧) أى الرهن ثبت في ضمن عقد لازم، وهو البيع، فيصير الوفاء به مستحقاً. (ك)

(٨) قوله: "كالوكالة المشروطة" أى كما إذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع المرهون عند حلول الدين، فالوكالة لازمة، ولا يملك الراهن عزله عنها. (ك)

(٩) رهن.

(١٠) قوله: "ولا جبر على التبرعات" وإنما صار حقاً من حقوقه إذا وجد، ولم يوجد بعد، والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن، ولو رهنه لا يلزم مالم يسلم، فلأن لا يصير لازماً بالوعد أولى. (كف)

(١١) رهن.

(١٢) نافية.

(١٣) البائع.

(١٤) رهن.

(١٥) البائع.

(١٦) فحيث لا خيار للبائع.

(١٧) وهو استيفاء الحق.

قيمة الرهن رهناً^(١)؛ لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى، وهو القيمة.

قال^(٢): ومن اشترى ثوباً بدراهم، فقال للبائع: أمسك هذا الثوب^(٣) حتى

أعطيك الثمن، فالثوب رهن؛ لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن، وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة في العقود للمعاني، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل

حوالة، والحوالة في ضد ذلك كفالة^(٤). وقال زفر: لا يكون رهناً، ومثله عن أبي

يوسف؛ لأن قوله: أمسك يحتمل الرهن، ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما^(٥)،

فيقضى^(٦) بثبوت^(٧). بخلاف ما إذا قال^(٨): أمسكه بدينك، أو بمالك؛ لأنه لما قابله

بالدين، فقد عين جهة الرهن، قلنا: لما مدّه^(٩) إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل^(١٠)

ومن رهن عبدين بألف^(١١)، فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى

يؤدى باقى الدين، وحصة كل واحد منهما^(١٢) ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما،

وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين، فيكون^(١٣) محبوساً بكل جزء من أجزاءه^(١٤)

مبالغة في حمله^(١٥) على قضاء الدين، وصار كالمبيع في يد البائع^(١٦)، فإن سمي لكل

(١) قوله: "أو يدفع [المشترى] إلخ" وفي بعض الفوائد، المراد بالقيمة الدراهم والدنانير؛ لأن قيمة الشيء ما يقوم

مقامه، وكأنها هو، أما إذا أراد أن يرهن مكانه عيناً آخر، فحينئذ يحتاج إلى رضا المرتهن. (ك)

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) قوله: "هذا الثوب" لا تفاوت بين أن يشير لقوله هذا الثوب إلى ثوب آخر، أو ثوب اشتراه وقبضه؛ لأن

الثوب لما اشتراه، وقبضه، كان هو وسائر الأعيان المملوكة سواء فى صحة الرهن. (ك)

(٤) أى بشرط مطالبة الأصيل. (ك)

(٥) لأنه غير مضمون.

(٦) ما لم يقم الدليل على إرادة الأكثر. (غن)

(٧) الأقل.

(٨) حيث يكون رهناً بالإجماع. (كف)

(٩) قوله: "لما مدّه" أى مد إمساك الثوب إلى وقت إعطاء الثمن، علم أن مراده الرهن؛ لأن حكم الرهن هو الحبس

الدائم إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن، وذلك؛ لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بلفظه،

فكانه قيل: رهنك بالثمن، ألا ترى أنه لو قال: ملكتك هذا الثوب بعشرة، كان هذا وقوله: بعثك بالعشرة سواء. (ك)

(١٠) قوله: "فصل" لما ذكر حكم رهن الواحد شرع فى بيان الرهن، أو الراهن، أو المرتهن إذا كان اثنين؛ لأن

الواحد قبل الاثنين. (غن)

(١١) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غاية البيان)

(١٢) هذا قول صاحب "الهداية".

(١٣) الرهن.

(١٤) دين.

واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذى رهنه به^(١)، فكذا الجواب فى رواية الأصل^(٢)، وفى "الزيادات" له^(٣) أن يقبضه^(٤) إذا أدى ما سمى له. وجه الأول^(٥): أن العقد متحد^(٦)، لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع. وجه الثانى^(٧): أنه لا حاجة إلى الاتحاد^(٨)؛ لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً فى الآخر، ألا يرى^(٩) أنه لو قبل^(١٠) الرهن فى أحدهما جاز.

قال^(١١): فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين، لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن^(١٢) عند كل واحد منهما؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين فى صفقة

(١٥) قوله: "مبالغة فى حمله [رهن]" فإن قصد المرتهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين، فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ ما يحتاج إليه، ويتكاسل فى قضاء الباقي، فلا يحصل المقصود. (عناية)

(١٦) قوله: "وصار كالمبيع إلخ" أى إذا نقد المشتري بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك، فكذا ههنا، والجامع أن كل واحد من المبيع والمهون محبوس بكل الدين والثمن، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزاءهما؛ ليكون حاملاً على قضاءهما. (كف)

(١) قوله: "فإن سمى إلخ" بأن قال رهنتك هذين العبدين، وكل واحد منهما بخمس مائة، وسلمهما إليه، ثم نقد خمس مائة، وقال أدبت عن هذا العبد، وأراد أن يأخذ ذلك العبد، فكذا الجواب فى رواية الأصل، أى لم يكن له ذلك. (ك)

(٢) مبسوط.

(٣) وهو الأصح. (ك)

(٤) أى أحدهما.

(٥) أى رواية الأصل. (غن)

(٦) قوله: "أن العقد متحد" يعنى أنه عقد واحد، وليس بعقدين؛ لاتحاد الإيجاب والقبول، والتفصيل فى الدين لا يجعله فى معنى عقدين كالمبيع المضاف إلى المخلين لا يكون بيعين عند تفصيل الثمن، حتى لو أراد المشتري أن يقبل العقد فى أحدهما دون الآخر لم يصح، فكذا فى الرهن؛ لأن الدين فى الرهن كالثمن فى البيع؛ لتعلق الرهن به. (غن)

(٧) أى رواية "الزيادات". (غاية البيان)

(٨) قوله: "لا حاجة إلخ" يعنى أن البيع لا يتفرق بتفرق التسمية عند اتحاد العاقدين، والرهن يتفرق؛ ولهذا لو قبل المشتري البيع فى أحدهما دون الآخر لا يصح، ولو قبل المرتهن العقد فى أحدهما عند تفرق التسمية صح، وإنما افتراقاً؛ لأن ضم الردى إلى الجيد متعارف فى البيع، فلو تفرق البيع بتفرق التسمية صح، وكان للمشتري أن يقبل فى أحدهما، فيقبل الجيد، فيتضرر به البائع. ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لا يتضرر به الراهن؛ لأن الحكم لا يتفاوت فى ذلك، إذ هو مضمون بما قابله من الدين، سواء كان وحده أو مع غيره، ولأن فى البيع إذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطاً فى الأولى، وهو شرط فاسد، والبيع يفسد به، أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد؛ لأنه تبرع كالهبة. (كفاية)

(٩) قوله: "ألا يرى إلخ" توضيح لذلك، فإنه لما يتمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء. (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(١٠) المرتهن.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) قوله: "وجميعها [عين] رهن إلخ" فإن أدى الراهن إلى أحد المرتهين ماله عليه، وأراد أن يقبض بعض الرهن، فليس له ذلك، وللمرتهن الآخر أن يمسك جميع الرهن، حتى يستوفى ماله عن الراهن. (مختصر كرخي)

واحدة، ولا شيوع فيه^(١)، وموجبه صيرورته محتسباً بالدين، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئ، فصار^(٢) محبوساً^(٣) بكل واحد منهما، وهذا بخلاف الهبة من رجلين^(٤)، حيث لا تجوز عند أبي حنيفة^(٥).

فإن تهايتا^(٦)، فكل واحد منهما في نوبته كالعدل^(٧) في حق الآخر، قال^(٨):

والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين؛ لأن عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته، إذ الاستيفاء مما يتجزأ.

قال^(٩): فإن أعطى^(١٠) أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر^(١١)؛ لأن جميع

العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق، وعلى هذا حبس المبيع^(١٢) إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن.

قال: وإن رهن رجلان^(١٣) بدين عليهما^(١٤) رجلاً رهناً واحداً^(١٥)، فهو جائز،

(١) أي لا شيوع في المحل باعتبار تعدد المستحق. (كف)

(٢) قوله: "فصار إلخ" أي فصار محبوساً بدين كل واحد منهما، وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقاً واحداً

من غير انقسام بينهما. (ك)

(٣) بالكمال.

(٤) قوله: "وهذا بخلاف الهبة إلخ" لأن موجب الهبة ثبوت الملك، والشئ الواحد يستحيل أن يكون كله مملوكاً لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد، فدخل فيه الشيوع ضرورة، فأما حكم الرهن هو الحبس، والعين الواحدة يجوز أن تكون محبوسة بحق كل واحد منهما على الكمال، إذ لا تضايق في استحقاق الحبس لهما استحقاقاً واحداً من غير انقسام بينهما. ألا ترى أن الرهن الواحد لا ينقسم على أجزاء الدين، بل يكون محبوساً كله بكله، وبكل جزء منه، فكذا ههنا يكون العين محبوسة بحقوقهما، وبحق كل واحد منهما، فلا يدخل فيه الشيوع. (ك)

(٥) وقالوا: يصح؛ لأن هذه هبة الجملة منهما، إذا التملك واحد، فلا يتحقق الشيوع. (نت)

(٦) فأمسك هذا يوماً، وآخر يوماً. (غن)

(٧) العدل اسم لمن رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده. (كف)، يشير إلى أن ارتهان كل واحد منهما

باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن. (٦)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) الراهن.

(١١) قوله: "كان كله رهناً إلخ" قال في الشامل: ولو قضى دين أحدهما، ليس له أخذ شيء منه؛ لما عرف أنه رهن

عند كل واحد بتمامه، فإن هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه، كما لو كان واحداً. (غن)

(١٢) قوله: "وعلى هذا حبس إلخ" إذا اشترى رجلان من رجل، فأدى أحدهما حصته، لم يكن له أن يقبض شيئاً،

فكان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما على الآخر. (ك)

(١٣) قوله: "وإن رهن" هذه المسألة ليست مذكورة في "الجامع الصغير" و"مختصر القدوري"، وإنما ذكرها

الكرخي في "مختصره". (غاية البيان)

(١٤) في صفقة واحدة، أو كان على كل واحد منهما دين على حدة. (غن)

والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسه حتى يستوفى جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع.

فإن أقام الرجلان^(١) كل واحد منهما البينة على رجل، أنه رهنه عبده الذي في يده^(٢)، وقبضه، فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت بيئته أنه رهنه كل العبد، ولا وجه إلى القضاء؛ لكل واحد منهما بالكل؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة، ولا إلى القضاء^(٣) ب كله لو واحد بعينه؛ لعدم الأولوية، ولا إلى القضاء^(٤) لكل واحد منهما بالنصف؛ لأنه يؤدي إلى الشيع، فتعذر العمل بهما^(٥)، وتعين التهاثر^(٦)، ولا يقال أنه يكون رهناً لهما^(٧)، كأنهما ارتهانه معاً، إذ جهل التاريخ بينهما^(٨).

وجعل في كتاب الشهادات^(٩)، هذا وجه الاستحسان؛ لأننا نقول: هذا^(١٠) عمل على خلاف ما اقتضته الحجة^(١١)؛ لأن كلا منهما أثبت^(١٢) بيئته حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء، وبهذا^(١٣) القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره

(١٥) وهو عبد مثلاً.

(١) قوله: "فإن أقام [هذه مسألة "الجامع الصغير". غن] إلخ" صورة المسألة رجل في يده عبد، فأدعاه رجلان، كل واحد منهما يقول لذي اليد: قد رهنتي بألف درهم، وقبضته منك، ثم أخذت مني بطريق العارية، أو الغصب، وأقاما البينة على ما ادعيا، فهو باطل. (ك)

(٢) قوله: "الذي في يده" وجملة الوجوه أن العبد إما أن يكون في أيديهما، أو في يد أحدهما، أو لا في يد أحدهما، فإن كان في يد أحدهما، فهو أولى به؛ لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده، كما في الشراء، وقد تقدم، إلا أن يقيم الآخر بيئته أنه الأول، فإنه صريح في سبق، وهو يفوق الدلالة، فإن لم يكن في يد واحد منهما، فهو المذكور في الكتاب، وإن كان في أيديهما، فإن علم الأول منهما، فهو أولى، وإن لم يعلم فقيه التهاثر. (مل)

(٣) أى لا وجه إلى إلخ.

(٤) أى لا وجه إلى إلخ.

(٥) أى بيئتهما.

(٦) قوله: "التهاثر" تهاثر يك ديكر را تكذيب كردن، منه التهاثر للشهادات التي يكذب بعضها بعضاً. (من)

(٧) قوله: "أنه [عبد] يكون رهناً لهما إلخ" أى أنه يجوز أن يكون الشيء رهناً عند رجلين، فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه. (غن)

(٨) وأصله الفرقي والحرقي والهدمي. (ك)

(٩) قوله: "وجعل إلخ" قال الفقيه ابو الليث في "شرح الجامع الصغير": قال في كتاب الشهادات: إن الرهن في القياس باطل، وفي الاستحسان جائز، بالقياس تأخذ. (غن)

(١٠) أى كونه رهناً لهما.

(١١) أى البينة.

(١٢) لنفسه. (ك)

فى الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وفق الحجة، وما ذكرناه وإن^(١) كان قياساً، لكن محمداً أخذ به^(٢) لقوته^(٣)، وإذا وقع^(٤) باطلاً، فلو هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

قال^(٥): ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما، فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا^(٦)، كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً، وهو قول أبى حنيفة ومحمد.

وفى القياس هذا باطل، وهو قول أبى يوسف؛ لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلى^(٧)؛ لعقد الرهن، فيكون القضاء به^(٨) قضاء بعقد الرهن، وإنه باطل للشيوع، كما فى حالة الحياة.

وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته^(٩)، وإنما يراد لحكمه، وحكمه فى حالة الحياة الحبس، والشيوع يضره، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين، والشيوع لا يضره، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة^(١٠)، أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة، تهاترت^(١١) فى حالة الحياة، ويقضى^(١٢) بالميراث بينهم بعد

(١٣) قوله: "وبهذا [أى بالقضاء بجعله مرهوناً من اثنين. غن] القضاء إلخ" أى لو جعلناه كالرهن من اثنين، لقضيته بكل واحد منهما بحسب هو طريق إلى شطره، والحكم بخلاف الحجة باطل. (كف)

(١) الروا وصلية.

(٢) فى الأصل.

(٣) قوله: "لقوته" ووجه الاستحسان ضعيف؛ لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت به البينة. (ك)

(٤) قوله: "وإذا وقع [الرهن]" هذا إذا كان الرهن فى أيديهما فهلك، فالمنصف وإن وضع المسألة فيما إذا كان الرهن فى يد الراهن، لكن لما كان حكم ما إذا كان الرهن فى أيديهما مثله، ذكر هذا الفرع بناء عليه، هكذا فى بعض الحواشى.

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٦) أى يكون نصف العبد رهناً لهذا، ونصفه رهناً لهذا. (غن)

(٧) مقصود. (غن)

(٨) أى بالحسب للاستيفاء. (غن)

(٩) قوله: "أن العقد [أى عقد الرهن] إلخ" يعنى أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص، وهو كونه أحق به من سائر الغرماء دون الحبس، وكل واحد منهما أثبت لنفسه الاختصاص بالعين، حتى يباع له فى دينه، وهذا مما يحتمل الشركة، فيقضى لكل واحد منهما بالنصف، فأما فى حالة الحياة، فالمقصود هو الحبس، وإذا مما لا يحتمل الشركة فى العين، إذ الشائم لا يدوم حبسه. (ك)

(١٠) قوله: "كما إذا ادعى الرجلان إلخ" أى أن الرجلين لو أقام كل واحد منهما على امرأة أنه تزوجها، ولم تكن المرأة فى بيت واحد منهما، لا يقبل شهادته، ولو أقاما البينة بعد موتها قبلت بينهما، وكذلك إذا ادعت أختان، كل واحدة منهما نكاحاً من رجل واحد، وأقاما البينة، إن كان فى حال الحياة، لا يقضى لهما، وبعد الممات يقبل البينة؛ لأن المقصود فى حال الحياة الحل، وهو لا يحتمل الشركة، وبعد الموت المقصود الميراث، وهو مال يحتمل الشركة. (غن)

المات؛ لأنه^(١) يقبل الانقسام، والله أعلم.

باب الرهن^(٢) الذي يوضع على يد العدل^(٣)

قال^(٤): وإذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز، وقال مالك: لا يجوز^(٥)، ذكر قوله في بعض النسخ^(٦): لأن يد العدل يد المالك، ولهذا^(٧) يرجع العدل عليه^(٨) عند الاستحقاق، فانعدم القبض^(٩).

ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ^(١٠)؛ إذ العين أمانة^(١١)، وفي حق المالية يد المرتهن؛ لأن يده يد ضمان^(١٢)، والمضمون هو المالية، فنزل منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه^(١٣) من الرهن، وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق؛ لأنه نائب عنه^(١٤) في حفظ العين كالمودع^(١٥).

(١١) البيئات.

(١٢) قوله: "ويقضى" فيقضى لكل واحد من الرجلين بنصف ميراث الزوج، ولكل واحد من الأختين بنصف ميراث النساء. (ك)
(١) الميراث.

(٢) قوله: "باب الرهن إلخ" لما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن، ذكر حكمه إذا كان في يد العدل، وهو الذي يثق الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده، فإنه نائب عن المرتهن، والنائب يقفو المتوب. (غاية البيان)
(٣) قوله: "العدل" وليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه؛ لأنه مأمور بالحفظ فحسب. (حاكم شهيد)
(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "لا يجوز" صاحب "الهداية" قال في أول الكتاب: وقال مالك: يلزم بنفس العقد، فإذا كان كذلك ينبغي أن لا يشترط قبض العدل أصلاً، ويجوز أن يكون عن مالك روايتان في اشتراط القبض في الرهن. (غاية البيان)
(٦) قوله: "ذكر قوله في بعض النسخ" الظاهر أن معناه أنه ذكر قول مالك في بعض نسخ السلف دون البعض، كالمبسوطين وشرح الأقطع، فإنه ذكر فيها ابن أبي ليلى بدل مالك أو معناه، ذكر القدوري قوله في بعض نسخه. (أعظمي)

قوله: "في بعض النسخ" إشارة إلى أن في بعضها ليس كذلك، فإنه ذكر في "المبسوط"، وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك. (٤)

(٧) قوله: "ولهذا يرجع العدل إلخ" يعني إذا هلك الرهن في يد العدل، ثم استحق وضمن العدل قيمته، يرجع على الراهن بما ضمن، ولو لم يكن يده يد الراهن لم يرجع. (٤)

(٨) أي على الراهن دون المرتهن. (ك)

(٩) أي قبض المرتهن.

(١٠) قوله: "أن يده إلخ" يعني أن قبض العدل كقبض المرتهن، فيتم به الرهن؛ وهذا لأن اليد في باب الرهن على الصورة أمانة، وعلى المعنى مضمون، فكانت يده إلخ. (كفاية)

(١١) في يد العدل.

(١٢) فإن قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته، وضمائه بالدين إذا هلك. (غن)

(١٣) العاقدان.

قال^(١): وليس للمرتهن، ولا للراهن أن يأخذه منه؛ لتعلق حق الراهن في الحفظ^(٢) بيده وأمانته، وتعلق حق المرتهن به^(٣) استيفاءً، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر، فلو هلك في يده هلك^(٤) في ضمان المرتهن؛ لأن يده في حق المالية المرتهن، وهي المضمونة^(٥).

ولو دفع العدل^(٦) إلى الراهن أو المرتهن ضمن^(٧)؛ لأنه مودع الراهن في حق العين، ومودع المرتهن في حق المالية، وأحدهما أجنبى عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى.

وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما^(٨)، وقد^(٩) استهلكه المدفوع إليه^(١٠)، أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده؛ لأنه يصير قاضياً ومقتضياً^(١١)، وبينهما تنافٍ، لكن يتفقان^(١٢) على أن يأخذها^(١٣) منه، ويجعلها^(١٤) رهناً عنده، أو عند غيره.

وإن تعذر اجتماعهما^(١٥)، يرفع أحدهما إلى القاضى^(١٦)؛ ليفعل^(١٧) كذلك^(١٨).

(١٤) قوله: "لأنه نائب عنه [المالك] إلخ" أى العدل فى حق العين نائب عن الراهن، وفى حق المالية نائب عن المرتهن، فكانت العبرة للعين؛ لأن العين هو الأصل، فلذلك رجع بضمان الاستحقاق على الراهن دون المرتهن. (ك)

(١٥) قوله: "كالمدفع" إذا ضمن قيمة الودعة بعد الهلاك بالاستحقاق يرجع إلى المودع؛ لأن يد المودع يد المودع. (ع)

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) أى فى حفظ الرهن.

(٣) أى بالرهن.

(٤) فكأنه فى يد المرتهن. (غن)

(٥) أى يد المرتهن، بالأقل من قيمة الرهن ومن الدين. (غن)

(٦) وهذه من مسائل الأصل. (غن)

(٧) بالقيمة.

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) الواو حالية.

(١٠) أى الراهن أو المرتهن.

(١١) قوله: "لأنه يصير قاضياً [لما وجب عليه بالضمان. غن إلخ]" أى لأن القيمة وجبت ديناً فى ذمته، ولو جعلها رهناً فى يده، صار الواحد قاضياً ومقتضياً ما عليه، وبينهما تناف. (ك)

(١٢) عاقدان.

(١٣) قيمة.

(١٤) قيمة.

(١٥) راهن ومرتهن.

ولو فعل ذلك ^(١) ثم قضى الراهن بالدين، وقد ^(٢) ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن ^(٣)، فالقيمة سالمة له؛ لو وصول المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ^(٤).

وإن كان ^(٥) ضمنها ^(٦) بالدفع ^(٧) إلى المرتهن ^(٨)، فالراهن يأخذ القيمة منه ^(٩)؛ لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها ^(١٠) إذا أدى الدين، فكذلك يأخذ ^(١١) ما قام مقامها ^(١٢)، ولا جمع فيه بين البدل والمبدل ^(١٣).

قال ^(١٤): وإذا وكل الراهن المرتهن، أو العدل، أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول

(١٦) قوله: "يرفع أحدهما" - برفع الدال - أي يرفع الأمر إلى القاضى أحد هذين المذكورين، وهما الراهن والمرتهن، حتى يأخذ القيمة من العدل، ويضعها رهناً عنده، وظن بعضهم أن أحدهما منصوب على معنى أن العدل يرفع أحدهما، وذلك ليس بشيء؛ لأن العدل هو الضامن للقيمة، فبعد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضى. (غن) (١٧) القاضى.

(١٨) أي يأخذ القيمة من يد العدل بالضمان منه، ثم يضعه رهناً عنده. (غن)

(١) أي جعل القيمة في يد العدل. (عناية)

(٢) الواو حالية.

(٣) أي يدفع المرهون.

(٤) قوله: "فلا يجتمع البدل إلخ" فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد، فإن القيمة بدل الراهن من حيث العين في حق الراهن، وبدله من حيث المالية في حق المرتهن. (عناية)

(٥) العدل.

(٦) القيمة.

(٧) أي يدفع المرهون.

(٨) وقد أدى الراهن الدين إلى المرتهن.

(٩) قوله: "يأخذ إلخ" وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر إن كان العدل دفعه على وجه العارية، أو الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع، وإن استهلك يرجع عليه، فإن العدل بأداء الضمان ملكه، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه، فإن هلك في يده لم يضمن، وإن استهلك ضمن، وإن كان العدل دفع إلى المرتهن رهناً، بأن قال: هذا رهنك، خذه بحقك، وأحبسه بدينك، رجع العدل عليه بقيمته، استهلكه المرتهن، أو هلك عنده؛ لأنه دفع على وجه الضمان. (عناية)

(١٠) الراهن.

(١١) الراهن.

(١٢) عين.

(١٣) قوله: "ولا جمع فيه إلخ" بهذا اللفظ تحرز عن المسألة الأولى، وهي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن إلى الراهن، وهناك لو قضى الراهن دينه إلى المرتهن، ثم أراد أخذ القيمة من العدل، كان جامعاً بين البدل والمبدل؛ لأنه وصل إليه عين حقه، وهو الرهن أولاً، ثم لو أخذ منه قيمته كان جامعاً بين البدل والمبدل، فلذلك لا يأخذ القيمة هناك، وأما ههنا فلا جمع. (ك)

الدين، فالوكالة جائزة؛ لأنه توكيل ببيع ماله^(١).

وإن شرطت^(٢) في عقد الرهن، فليس للراهن أن يعزل الوكيل^(٣)، وإن عزله لم ينعزل؛ لأنها^(٤) لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه، وحقاً من حقوقه، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة^(٥)، فيلزم^(٦) بلزوم أصله^(٧)، ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إتواء^(٨) حقه، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى^(٩).

ولو وكله^(١٠) بالبيع مطلقاً، حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة، ثم نهاه^(١١) عن البيع نسيئة لم يعمل نهيته؛ لأنه لازم بأصله^(١٢)، فكذا بوصفه^(١٣)؛ لما ذكرنا^(١٤)، وكذا إذا عزله^(١٥) المرتهن لا ينعزل؛ لأنه لم يؤكده، وإنما وكله غيره^(١٦).

وإن مات الراهن^(١٧) لم ينعزل؛ لأن الرهن لا يبطل بموته^(١٨)، ولأنه لو بطل إنما

(١٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١) قوله: "لأنه توكيل إلخ" وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء، وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء أوثق، فكان بالجواز أحق، نعم فيه تعليق الوكالة بالشرط، لكنها إسقاط، والإسقاطات تقبل التعليق، وهذا لأنه كان ممنوعاً عن التصرف فى هذه العين لحق المالك، فإذا وكله فقد أسقط حقه. (ك)

(٢) الوكالة.

(٣) يعنى بدون رضى المرتهن. (عناية)

(٤) الوكالة.

(٥) قوله: "ألا ترى أنه [أى أن عقد الوكالة. غن] لزيادة الوثيقة" أى التوكيل لزيادة الوثيقة، والرهن وثيقة، فيكون التوكيل وصفاً من أوصاف الرهن، فيلزم بلزوم الرهن. (كفاية)

(٦) أى عقد الوكالة. (غن)

(٧) هو الرهن. (غن)

(٨) إتواء - بالكسر - هلاك كردن. (م)

(٩) قوله: "كالوكيل بالخصومة إلخ" إذا وكل المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعى، لا يملك عزله بغير محضر من الخصم؛ لأنه تعلق به حق المدعى. (ك)

(١٠) أى المرتهن أو العدل أو غيرهما.

(١١) راهن.

(١٢) قوله: "لأنه لازم إلخ" أى لأن عقد الوكالة صار لازماً بلزوم أصله؛ لكونه مشروطاً فى عقد الرهن، فلزم أصله، فكذا لزم وصفه، وهو الإطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة. (غن)

(١٣) وهو الإطلاق. (عناية)

(١٤) من أنه صار حقاً من حقوقه.

(١٥) الوكيل.

(١٦) راهن.

(١٧) هذا لفظ القدورى فى "مختصره". (غاية البيان)

يبطل لحق الورثة^(١)، وحق المرتهن مقدم^(٢).

قال^(٣): وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة^(٤)، كما يبيعه في حال حياته^(٥) بغير محضر منه^(٦)، وإن مات المرتهن، فالوكيل على وكالته؛ لأن العقد^(٧) لا يبطل بموتها، ولا بموت أحدهما، فيبقى بحقوقه وأوصافه^(٨).

وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة^(٩)، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه؛ لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأن الموكل رضى برأيه، لا برأى غيره. وعن أبي يوسف^(١٠) أن وصى الوكيل يملك يبعه^(١١)؛ لأن الوكالة لازمة^(١٢)، فيملكه الوصى كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعياناً، يملك وصى المضارب بيعها؛ لما أنه لازم^(١٣) بعد ما صار أعياناً^(١٤). قلنا: التوكيل حق لازم لكن عليه، والإرث يجرى فيما له^(١٥)، بخلاف المضاربة، لأنها حق المضارب.

وليس للمرتهن^(١٦) أن يبيعه^(١٧) إلا برضا الراهن؛ لأنه^(١٨) ملكه^(١٩)، وما^(٢٠)

(١٨) راهن.

(١) قوله: "إنما يبطل لحق الورثة" كما في سائر الوكالات تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة. (غن)

(٢) على حق الورثة.

(٣) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(٤) أى ورثة الراهن.

(٥) راهن.

(٦) راهن.

(٧) أى عقد الرهن. (ك)

(٨) قوله: "فيبقى [العقد] بحقوقه إلخ" الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة، والأوصاف للزوم وجبر الوكيل،

وحق بيم ولد الرهن، وحق صرف الدراهم بالدنانير. (ك)

(٩) قوله: "انتقضت الوكالة" والرهن باق كما كان؛ لأن الرهن لو كان فى يد المرتهن، فمات لم يبطل العقد به،

فلأن لا يبطل بموت العدل أولى. (٤)

(١٠) فى رواية الحسن بن مالك. (غن)

(١١) أى بيم الرهن عند حلول الدين. (غن)

(١٢) بحيث لا يجوز فسخها. (غن)

(١٣) أى عقد المضاربة.

(١٤) رأس المال.

(١٥) قوله: "فيماله" أى لا فيما عليه، ألا ترى أن الميت إذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاءه، وإن

كان له دين على غيره ورثوه. (عناية)

رضى ببيعه، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن؛ لأن المرتهن أحق بماليته^(١) من الراهن، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع.

قال^(٢): فإن حل الأجل، وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه^(٣)، والراهن غائب أجبر على بيعه^(٤)؛ لما ذكرنا^(٥) من الوجهين فى لزومه، وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة^(٦)، وغاب الموكل، فأبى^(٧) أن يخاصم أجبر على الخصومة؛ للوجه الثانى، وهو أن فيه إتواء الحق، بخلاف الوكيل بالبيع^(٨)؛ لأن الموكل يبيع بنفسه، فلا يتوى حقه.

أما المدعى لا يقدر على الدعوى، والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه، فلو لم يكن التوكيل مشروطاً فى عقد الرهن، وإنما شرط بعده، قيل: لا يجبر^(٩) اعتباراً

(١٦) أى إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه. (غن)

(١٧) قوله: "أن يبيعه [أى الرهن. غن] إلخ" وإن باعه بغير إذنه، توقف على إجازة صاحبه، فإن أجازته جاز، ويكون الثمن رهناً، وإن لم يخبره لا يجوز البيع، وله أن يبطله ويعيده رهناً. (غن)

(١٨) رهن.

(١٩) رهن.

(٢٠) نافية.

(١) رهن.

(٢) فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) الرهن.

(٤) قوله: "أجبر [الوكيل] على بيعه" وكيفية الإيجاب أن يحبس القاضى أياما لبيع، فإن لم يبع بعد الحبس أياما، فالقاضى يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل أبى حنيفة فكذلك عند البعض؛ لأنه تعين جهة البيع لقضاء الدين ههنا، وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ولا يفسد البيع بهذا الإيجاب؛ لأنه إيجاب بحق، فصار كالاختيار. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا من الوجهين" أحدهما: أنه لما شرط فى عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه.

والثانى: أنه تعلق به حق المرتهن، وفى العزل إتواء حقه، لا يقال: بأنه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الأول، فإنه لا يلزم من كون الوكالة وصفاً من أوصاف الرهن، وكونها لازمة أن يكون الجبر مستحقاً عليه؛ لأنه لا تأثير له فيه، لأننا نقول: إنما ثبت وصف اللزوم فى الوكالة حقاً للمرتهن، فلو لم يجبر على البيع، لم تتحقق فائدة اللزوم. (ك)

(٦) قوله: "وكذلك الرجل إلخ" أى رجلان بينهما خصومة، فوكل المدعى عليه رجلاً بخصومة بطلب المدعى، فغاب الموكل، وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر. (كف)

(٧) الوكيل.

(٨) قوله: "بخلاف الوكيل [أى الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن. ك] بالبيع" فإنه لا يجبر لو امتنع عن البيع؛ لأن الوكيل بالبيع إذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل؛ لأنه يتمكن من البيع بنفسه، وأما العدل إذا امتنع عن البيع يتضرر به المرتهن؛ لأنه لا يتمكن من البيع بنفسه. (كف)

(٩) قوله: "لا يجبر [الوكيل] إلخ" ذكر فى "الميسوط" وهو ظاهر الرواية؛ لأن الوكالة إنما تلزم بسرابة اللزوم من

للوجه الأول^(١)، وقيل: يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني^(٢)، وهذا أصح. وعن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد^(٣)، ويؤيده إطلاق الجواب في "الجامع الصغير"^(٤).

وفي "الأصل"^(٥): وإذا باع العدل الرهن^(٦)، فقد خرج من الرهن^(٧)، والثلث قائم مقامه، فكان^(٨) رهناً، وإن^(٩) لم يقبض بعد؛ لقيامه مقام ما كان مقبوضاً^(١٠)، وإذا توى^(١١) كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون. وكذا إذا قتل العبد الرهن^(١٢)، وغرم القاتل قيمته؛ لأن المالك يستحقه^(١٣) من حيث المالية، وإن كان بدل الدم^(١٤)، فأخذ^(١٥) حكم ضمان المال في حق المستحق^(١٦)،

الرهن إليها، فإذا ثبت قصداً، يعطى له حكم بنفسه، وهي في نفسها إعانة، والمعين لا يجبر على الإعانة، وقيل: يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني، وهو تعلق حق المرتهن، وهذا أصح. وعند أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحد، أي في المشروط في عقد الرهن، وفي المستأنف بعد عقد الرهن، يعني يجبر فيهما. (ك)

(١) وهو أنه من حقوق الرهن بالشرطية.

(٢) وهو أن فيه إتواء الحق.

(٣) أي كونه مشروطاً في العقد، وكونه غير مشروط به.

(٤) قوله: "إطلاق الجواب في "الجامع" إلخ" حيث قال فيه إذا أبيع الوكيل، يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطاً في العقد أوله يكن، وكذا ذكر في الأصل مطلقاً. (عناية)

(٥) مبسوط.

(٦) ذكرها تفريراً. (غن)

(٧) لأنه صار ملكاً للمشتري، وملكه لا يكون رهناً. (ع)

(٨) الثمن.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) فزوال القبض فيه لا يخرج منه أن يكون رهناً، كما لو استعار الراهن الرهن. (غاية البيان)

(١١) الثمن، عند العدل أو المرتهن.

(١٢) أي المرهون.

(١٣) أي هذا الضمان.

(١٤) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان [هذا الضمان] إلخ" جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: إن قيمة العبد ضمان الدم، بدليل أنه ينقص منه عن دية الحر، فإذا كان ضمان الدم، والدم ليس بمملوك له، ولا يصح رهنه، فكذلك بدله، واستحقاق المالك إياه لا يدل على أنه ضمان المال كالدية، فالجواب أنه وإن كان بدل الدم، فإن المالك يستحقه باعتبار أنه ضمان ماليته، فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق، وهو المولى.

بخلاف الدية؛ لأن الضمان فيه لا يستحق باعتبار المالية، إذا ليس فيه ثبوت المالية، وههنا المالية متحققة، وهي حق المالك، فبالقتل يلف حق، فأخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال، وإن كان بدل الدم. (ك)

(١٥) هذا الضمان.

(١٦) أي الراهن.

فبقى عقد الرهن، وكذلك لو قتله عبد فدفعت به؛ لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً.

قال^(١): وإن باع العدل الرهن، فأوفى المرتهن الثمن، ثم استحق الرهن،

فضمنه العدل، كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه، وليس له أن يضمنه غيره^(٢)، وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق، إما أن يكون هالكاً، أو قائماً.

ففي الوجه الأول^(٣) المستحق بالخيار، إن شاء ضمن الراهن قيمته؛ لأنه^(٤) غاصب في حقه، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه^(٥) متعد في حقه بالبيع والتسليم.

فإن ضمن الراهن نفذ البيع^(٦)، وصح الاقتضاء^(٧)؛ لأنه^(٨) ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه^(٩) أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن البائع^(١٠) ينفذ البيع أيضاً؛ لأنه^(١١) ملكه بأداء الضمان. فتبين أنه باع ملك نفسه، وإذا ضمن العدل، فالعدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته^(١٢) عامل له^(١٣)، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، ونفذ البيع^(١٤)، وصح الاقتضاء^(١٥)، فلا يرجع المرتهن عليه^(١٦) بشيء من دينه. وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن^(١٧)؛ لأنه تبين

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(٢) قوله: "وليس له" أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أداه إليه. (غن)

(٣) قوله: "ففي الوجه الأول" أي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكاً. (غن)

(٤) راهن.

(٥) عدل.

(٦) أي يبيع العدل الرهن.

(٧) قوله: "وصح الاقتضاء" أي قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) أي العدل. (عناية)

(١١) بائع عدل.

(١٢) راهن.

(١٣) راهن.

(١٤) أي يبيع العدل الرهن.

(١٥) قوله: "وصح الاقتضاء" أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه. (ك)

(١٦) أي على الراهن. (ك)

(١٧) الذي أعطاه. (غن)

أنه^(١) أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان، ونفذ بيعه عليه، فصار الثمن له، وإنما أداه^(٢) إليه^(٣) على حسب^(٤) أنه ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه^(٥)، لم يكن راضياً به، فله^(٦) أن يرجع به^(٧) عليه^(٨)، وإذا رجع^(٩) بطل الاقتضاء^(١٠)، فيرجع^(١١) المرتهن على الراهن بدينه.

وفي الوجه الثاني: وهو أن يكون^(١٢) قائماً في يد المشتري، فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا^(١٣) من حقوقه^(١٤)، حيث وجب بالبيع، وإنما أداه ليسلم له المبيع^(١٥) ولم يسلم.

ثم العدل بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة^(١٦)؛ لأنه هو الذي أدخله في العهدة^(١٧)، فيجب عليه^(١٨) تخليصه، وإذا رجع^(١٩) عليه^(٢٠)، صح قبض^(٢١)

(١) مرتهن.

(٢) ثمن.

(٣) مرتهن.

(٤) بالكسر: بنداشتن. (م)

(٥) قوله: "فإذا تبين أنه ملكه" أي ملك العدل لم يكن راضياً، أي لم يكن العدل راضياً بأداء الثمن إلى المرتهن. (ك)

(٦) قوله: "فله" أي فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن. (غن)

(٧) ثمن.

(٨) مرتهن.

(٩) أي العدل على المرتهن بالثمن.

(١٠) أي اقتضاء المرتهن الثمن بدينه.

(١١) بحقه في الدين. (غن)

(١٢) المبيع المرهون.

(١٣) الرجوع.

(١٤) عقد.

(١٥) قوله: "وإنما أداه إلخ" أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم. (ع)

(١٦) أي بالثمن. (ع)

(١٧) قوله: "لأنه [راهن] هو الذي إلخ" أي لأن الراهن هو الذي أدخله في يده الورطة، فإذا ضمن بفعل باشره

لأجله، كان له أي يرجع عليه بما ضمن. (غاية البيان)

(١٨) راهن.

(١٩) العدل.

(٢٠) راهن.

المرتهن؛ لأن المقبوض^(١) سلم له، وإن شاء رجع^(٢) على المرتهن؛ لأنه إذا انتقض العقد^(٣)، بطل الثمن، وقد قبضه ثمنًا، فيجب نقض قبضه ضرورة، وإذا رجع^(٤) عليه وانتقض قبضه، عاد حقه في الدين كما كان، فيرجع به^(٥) على الراهن. ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن، لم يرجع^(٦) على العدل؛ لأنه^(٧) في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه^(٨) إذا قبض، ولم يقبض فبقى الضمان^(٩) على الموكل، وإن كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد، فما لحق العدل من العهدة يرجع^(١٠) به على الراهن، قبض الثمن المرتهن أم لا؛ لأنه لم يتعلق^(١١) بهذا التوكيل^(١٢) حق المرتهن، فلا رجوع^(١٣)، كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل، ودفع الثمن إلى من أمره الموكل، ثم لحقه عهدة، لا يرجع به على المقتضى^(١٤). بخلاف الوكالة المشروطة في العقد، لأنه تعلق به حق المرتهن، فيكون البيع لحقه^(١٥).

(٢١) الثمن.

(١) أى الثمن المقبوض من العدل. (٤)

(٢) العدل، أى بالثمن الذى أداه إليه. (٤)

(٣) أى يبيع العدل المرهون.

(٤) العدل.

(٥) أى بالدين.

(٦) المشتري.

(٧) عدل.

(٨) عدل.

(٩) قوله: "فبقى الضمان على الموكل" والمراد بالموكل المرتهن، وسماه موكلًا؛ لأن البيع وقع لأجله، وبالضمان

الثمن، أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين. (ك)

(١٠) العدل.

(١١) قوله: "لأنه لم يتعلق إلخ" أى لأن التوكيل بعد العقد إنما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن، ألا ترى

أن المرتهن لا يملك مطالبة هذا الوكيل بالبيع، ولا يمنع الراهن من عزله، وإذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن، لم يثبت

الرجوع على غيره، وصار كمن وكل رجلاً ببيع شيء، وأن يقضى عنه دينه، ففعل ثم لزمه ضمان، لم يرجع على

المقتضى، وليس كذلك الوكالة المشروطة في الرهن؛ لأنها لحق المرتهن بدلالة أنه يملك المطالبة بالبيع، وينع الرهن من

العزل، فإذا وقع البيع فى حقه، وسلم له غرضه، جاز أن يلزمه الضمان، كذا ذكره القدرى فى "شرحه". (غن)

(١٢) الذى بعد العقد (غن)

(١٣) أى على المرتهن.

(١٤) أى القابض. (ك)

(١٥) قوله: "فيكون إلخ" وإذا وقع البيع لحقه، وقد سلم له ذلك، جاز أن يلزمه بالضمان. (كفاية)

قال رضى الله تعالى عنه^(١): هكذا ذكره الكرخي^(٢)، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع^(٣).

قال^(٤): وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن، ثم استحقه رجل، فله الخيار، إن شاء ضمن^(٥) الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدي في حقه^(٦) بالتسليم أو بالقبض.

فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين^(٧)؛ لأنه ملكه^(٨) بأداء الضمان، فصح الإيفاء. وإن ضمن^(٩) المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من^(١٠) القيمة^(١١) وبدينه، أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن^(١٢)، وأما بالدين فلأنه انتقض^(١٣) اقتضاه^(١٤)، فيعود حقه كما كان.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه^(١٥)، والمملك في المضمون، يثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين^(١٦) أنه رهن ملك نفسه، فصار كما إذا

(١) أى المصنف.

(٢) فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وهذا [أى ما ذكر الكرخي. غن] يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع" أى الوكيل الذى لم يكن وكالته مشروطة فى العقد، حيث فرق بين الوكالة المشروطة فى العقد، وبين الوكالة التى بعد العقد، فقال فى الوكيل الذى كانت وكالته بعد عقد الرهن، يرجع الوكيل بالعهد على الراهن، لا على المرتهن؛ لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن. (٤)

(٤) فى "الجامع الصغير".

(٥) القيمة.

(٦) قوله: "متعدي فى حقه" أى متعدي فى حق المستحق، أما الراهن فيتسليم الرهن إلى المرتهن، وأما المرتهن فبالقبض، فصار الراهن كالفاسد، والمرتهن كغاصب الغاصب، فله أن يضمّن أيهما شاء. (غن)

(٧) أى ذهب بالدين. (غن)

(٨) مرهون من وقت القبض. (غن)

(٩) بالقيمة.

(١٠) بيان ما.

(١١) التى ضمنه. (غن)

(١٢) قوله: "فلأنه [مرتتهن] مغرور [أى الراهن غره حيث رهن ملك الغير، فصار كأنه هو الذى أوجب عليه الضمان. غن] إلخ" والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان، كما يرجع المستأجر على المجر، والمودع على المودع. (ك)

(١٣) قوله: "فلأنه انتقض إلخ" أى أما الرجوع بالدين، فلأن المرتهن لم يصير مستوفياً لدينه بهلاك الرهن؛ لأن الرهن لم يكن ملك الراهن. (غن)

(١٤) مرتتهن أى قبضه. (٤)

(١٥) بضمان القيمة. (كفاية)

ضمن المستحق الراهن ابتداء، قلنا: هذا^(١) طعن^(٢) أبي خازم^(٣) القاضي .
والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور^(٤)، والغرور بالتسليم كما
ذكرناه^(٥)، أو بالانتقال من المرتهن إليه، كأنه^(٦) وكيل منه^(٧)، والملك بكل ذلك^(٨)
متأخر عن عقد الرهن^(٩).
بخلاف الوجه الأول^(١٠)؛ لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على
الرهن، فيستند الملك إليه، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وقد طولنا الكلام في "كفاية
المتنهي"^(١١)، والله أعلم .

(١٦) فينبغي أن يحكم ههنا أيضاً بأنه مات بالدين، ولا يرجع المرتهن على الراهن بدينه.

(١) أي هذا السؤال.

(٢) على محمد بن الحسن.

(٣) بالخاء المعجمة، وهو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد القاضي . (ك)

(٤) قوله: "يرجع [مرتهن] عليه [بالضمان. ك] إلخ" أي يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور، والغرور إنما
يحصل بالتسليم إلى المرتهن فإنما يملك العين من هذا الوقت، وعقد الرهن سابق عليه، فلا يكون رهنًا ملك نفسه، فأما
المستحق فإنما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا لتسليمه، فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده، أو بالانتقال
من المرتهن إليه كما في الوكيل بالشراء كأنه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن.

وهذا لأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة، ولكن لما كان قرار الضمان على
الراهن، ينتقل إليه من جهة المرتهن، والمرتهن يملكه من وقت القبض؛ لأنه بالقبض صار غاصبًا، فيملكه الراهن بعده من
جهته، فيكون ملك الراهن متأخرًا عن عقد الرهن. (ك)

(٥) قوله: "كما ذكرناه" يعني قوله: لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم. (٤)

(٦) مرتهن.

(٧) قوله: "وكيل منه" من حيث انتقال الملك من المرتهن إلى الراهن كانتقال الملك من الوكيل إلى الموكل. (غن)

(٨) قوله: "والملك بكل إلخ" هي الملك بكل واحد من التسليم والانتقال متأخر من عقد الرهن، أما بالتسليم
فظاهر؛ لأن التسليم كان بعد العقد، فتبين أنه رهن غير ملكه، وأما بالانتقال، فلأن المرتهن غاصب في حق المستحق، فإذا
ضمن ملك المضمون، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن، انتقل ملكه إليه، فيملكه من جهة المرتهن، والمرتهن يملكه
من حين القبض؛ لأنه صار غاصبًا به، فيملك الراهن بعد ذلك من جهته، فيكون ملك الراهن متأخرًا عن عقد الرهن،
فكأنه رهن غير ملكه. (٤)

(٩) قوله: "متأخر [ألا ترى أن التسليم متأخر عن العقد، وكذا الانتقال من المرتهن إليه] إلخ" ولا يشكل أن رأس
مال المضاربة إذا استحق، وضمنه المضارب، فإنه يرجع على رب المال، والمضاربة نافذة، وإن كان الملك متأخرًا عن عقد
المضاربة؛ لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور، والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن إليه، وكل ذلك متأخر عن العقد؛ لأن
المضاربة عقد غير لازم، وكل ما هو كذلك، فلدوامه حكم الابتداء، وقد تقدم، فصار كأنه إنشاء العقد بعد الرجوع،
فنفذت بخلاف الرهن، فإنه عقد لازم، ليس لدوامه حكم الابتداء. (٤)

(١٠) قوله: "بخلاف الوجه الأول" يعني ما إذا ضمن المستحق الراهن. (عناية)

(١١) قوله "وقد طولنا الكلام إلخ" قيل: مراده مسألة المضاربة، والفرق بينها وبين مسألة الرهن. (عناية)

باب التصرف في الرهن والحماية عليه وجنائه على غيره^(١)

قال^(٢): "وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن^(٣)، فالبيع موقوف^(٤)؛ لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته^(٥)، وإن كان الراهن يتصرف في ملكه^(٦)، كمن أوصى بجميع ماله، تقف^(٧) على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث؛ لتعلق حقهم به^(٨)."

فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضى بسقوطه، وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً؛ لأنه زال المانع من النفوذ^(٩)، والمقتضى موجود^(١٠)، وهو التصرف الصادر من الأهل^(١١) في المحل^(١٢).

وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله^(١٣)، هو الصحيح^(١٤)؛ لأن

(١) قوله: "باب التصرف إلخ" لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الحماية على الرهن، وجناية الرهن على غيره، ذكره عقيب مسائل الرهن؛ لأن كل ترتيب يجب طبعاً، يجب وضعاً للمناسبة. (غن)

(٢) القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) سواء علم بالبيع ولم يأذن، أو لم يعلم به. (٤)

(٤) قوله: "فالبيع موقوف" اختلف لفظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع، قال: باطل، وفي بعضها قال: فاسد، ومعناها سيطله، وسيفسده القاضي إذا طلب المشتري التسليم إلى المرتهن، وفي بعض المواضع قال: موقوف، وهو الصحيح. (غن)

(٥) قوله: "فيتوقف إلخ" وروى عن أبي أيوب يوسف في "الأمالي": "أن البيع نافذ، حتى إن المشتري لو أعتقه قبل القبض ينفذ عتقه، وإذا لم يعتقه المشتري بقى رهناً عند المرتهن، فيستوفى المرتهن دينه، قال: وهذا قول أبي يوسف الأول، وقوله الآخر مثل ما ذكر في الكتاب، أي في "الجامع".

وروجه ما روى عن أبي يوسف أن الراهن يتصرف في خالص ملكه؛ لأن البيع تصرف موضوع لنقل الملك، والملك له، ولهذا لو أعتقه نفذ عتقه، فكان البيع نافذاً؛ لأن حق المرتهن يفوت إلى خلف، وهو الثمن. (غن)

(٦) قوله: "وإن [الواو وصلية] كان إلخ" أقول: في إتمام هذا القدر من التعليل نظر، فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن، فإنه ينفذ عتقه كما سيأتى في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً، فالوجه في التعليل ههنا أن يقال: لانعدام قدرة التسليم لتعلق حق الغير به، وهو المرتهن، فيتوقف على إجازته. (نت)

(٧) الوصية.

(٨) أي بما زاد على الثلث.

(٩) أي نفوذ البيع.

(١٠) لنفاذ البيع.

(١١) أي العاقل البالغ.

(١٢) أي المملوك.

(١٣) يعني يكون بدل المرهون، وهو الثمن رهناً مكان البيع، وهو المرهون. (غن)

(١٤) قوله: "هو الصحيح" احتراز عما روى عن أبي يوسف، أن المرتهن إذا اشترط عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً، فهو رهن، وإلا لا يكون رهناً؛ لأنه إذا أجاز بهذا الشرط، فما رضى ببطلان حقه عن العين، إلا وأن يكون متعلقاً

حقه تعلق بالمالية، والبدل له حكم المبدل، فصار كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء، ينتقل حقهم إلى البدل؛ لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً^(١)، فكذا هذا.

وإن لم يجز المرتهن البيع، وفسخه انفسخ^(٢) في رواية^(٣)، حتى لو افتك^(٤) الراهن^(٥) الرهن لا سبيل للمشتري عليه؛ لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك^(٥)، فصار كالمالك، له أن يجيز، وله أن يفسخ.

وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه؛ لأنه لو ثبت حق الفسخ له، إنما يثبت ضرورة صيانة حقه.

وحقه في الحبس لا يبطل^(٦) بانعقاد هذا العقد، فبقي^(٧) موقوفاً، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك^(٨) الراهن الرهن، إذ العجز^(٨) على شرف^(٩) الزوال^(١٠)، وإن شاء^(١١) رفع الأمر إلى القاضى، وللقاضى أن يفسخ؛ لفوات القدرة على التسليم، وولاية الفسخ إلى القاضى لا إليه^(١٢)، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض، فإنه يتخير المشتري^(١٣)؛ لما ذكرنا^(١٤)، كذلك هذا.

بالبدل، فأما إذا لم يشترط سقط حقه عن المرهون، والثمن ليس بمرهون، فلا يتعلق حقه، ووجه الظاهر أن خروجه بالبيع، والبيع أو جب الزوال إلى بدل، فيتعلق حقه بالبدل سواء شرط أولاً، كما لو استهلكه إنسان، فإنه يتعلق حقه بالقيمة. (كف)

(١) بالكلية.

(٢) البيع.

(٣) وهو رواية ابن سماعه. (ك)

(٤) افتكاك: از گيرو بيرون كردن گروى را. (من)

(٥) قوله: "بمنزلة الملك" لأنه حق قوى، ألا ترى أن الراهن حاجر عن التصرف فيه، ويضمن القيمة، أو المثل

كالأجنبي، ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة، وهى بكر، وهذه إمارات المالكية. (ك)

(٦) بل يحصل بمنع النفاذ.

(٧) العقد.

(٨) أى عجز البائم عن التسليم.

(٩) شرف بر امر بزرگ رسيدن از چيز يا از شر. (من)

(١٠) أى در معرض زوال است. (ترجمه)

(١١) المشتري.

(١٢) قوله: "لا إليه" أى لا إلى المرتهن؛ لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة، وهو إلى القاضى.

(١٣) قوله: "فإنه يتخير" فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع الأبق، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى؛

ليفسخ بحكم العجز عن التسليم. (كف)

(١٤) أى لفوات القدرة على التسليم. (ع)

ولو باعه الراهن من رجل^(١)، ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره^(٢)، قبل أن يجيزه^(٣) المرتهن.

فالثاني موقوف أيضاً على إجازته^(٤)؛ لأن الأول لم ينفذ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني^(٥)، جاز الثاني^(٦).

ولو باع الراهن^(٧) ثم أجر، أو وهب^(٨)، أو رهن من غيره، وأجاز المرتهن هذه العقود^(٩)، جاز البيع الأول^(١٠).

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني؛ لأنه يتعلق^(١١) حقه^(١٢) ببذله^(١٣)، فيصح تعيينه^(١٤)؛ لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود؛ لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين، وحقه^(١٥) في مالية العين لا في المنفعة، فكانت إجازته^(١٦) إسقاطاً لحقه، فزال المانع^(١٧)، فنفذ البيع الأول،

(١) هذه من مسائل "الجامع الكبير"، ذكرها تفريعاً. (غن)

(٢) رجل.

(٣) بيع أول.

(٤) كأول. (٤)

(٥) قوله: "والباع الثاني الخ" وإنما خص إجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة، فإنه بإجازتها يصح العقد الأول، وهو البيع، ولم تصح هي، وإجازة البيع الثاني لا يصح البيع الأول وإن كان سابقاً، ويصح هو. (٤)

(٦) ولو أجاز الأول جاز الأول.

(٧) هذه من مسائل "الجامع الصغير"، ذكرها تفريعاً. (غن)

(٨) وسكت المصنف عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة؛ اعتماداً على كونه معلوماً. (٤)

(٩) قوله: "هذه العقود" أي الإجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع، والأصل أن تصرف الراهن في الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن، وإذا أجاز المرتهن تصرفه ينظر فيه، فإن كان تصرفاً يصلح حقاً للمرتهن ينفذ بإجازة المرتهن التصرف الذي لحقته الإجازة، وإن كان تصرفاً لا يصلح حقاً للمرتهن، فبالإجازة يبطل حق المرتهن، والنفاذ يكون من جهة الراهن، فينفذ السابق من تصرفات الراهن، وإن كان المرتهن أجاز اللاحق. (ك)

(١٠) قوله: "البيع الأول" سماه أولاً، وإن لم يكن بيعاً بالنسبة إلى هذه العقود؛ لأن هذه العقود متأخرة عن البيع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه يتعلق الخ" أي لأنه يتحول حقه إلى الثمن، وإن الثمن يصير رهناً عنده، ويكون المرتهن أحص بشمنه من الغرماء إذا مات الراهن، فيصح تعيينه الخ. (ك)

(١٢) أي الثمن.

(١٣) مرهون.

(١٤) أي تعيين المرتهن البيع الثاني بالإجازة.

(١٥) مرتهن.

(١٦) مرتهن.

(١٧) من النفاذ. (ك)

فوضح الفرق .

قال^(١) : ولو أعتق الراهن عبد الرهن^(٢) نفذ عتقه ، وفي بعض أقوال الشافعي : لا ينفذ^(٣) إذا كان المعتق معسراً^(٤) ؛ لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن^(٥) ، فأشبهه البيع ، بخلاف ما إذا كان^(٦) موسراً^(٧) ، حيث ينفذ على بعض أقواله^(٨) ؛ لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين^(٩) ، وبخلاف إعتاق المستاجر^(١٠) ؛ لأن الإجارة^(١١) تبقى^(١٢) مدتها^(١٣) إذ الحر يقبلها^(١٤) ، أما لا يقبل^(١٥) الرهن فلا يبقى^(١٦) .

ولنا أنه مخاطب^(١٧) أعتق ملك نفسه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن ، كما إذا أعتق^(١٨) العبد المشتري قبل القبض ، أو أعتق^(١٩) الآبق^(٢٠) ، أو المغصوب ، ولا

(١) أى القدورى فى "مختصره" . (ك)

(٢) موسراً كان أو معسراً .

(٣) قوله: "وفى بعض أقوال الشافعي [وفى قول: لا ينفذ موسراً كان أو معسراً. غن] إلخ" ذكر أقواله بلفظ الجمم؛ لأن له أقوالاً ثلاثة ههنا، واحد أقواله كقولنا، وفى قول آخر: لا ينفذ إلخ. (ك)

(٤) إعسار - بالكسر - درويش شدن. (م)

(٥) قوله: "لأن في تنفيذه إلخ" أى لأنه تصرف يلاقى حق المرتهن بالإبطال، فكان مردوداً كالبيع، بل أولى، لأن البيع أسرع نفاذاً من العتق، حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق، وإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن، فلأن لا ينفذ إعتاقه أولى. (ك)

(٦) المعتق.

(٧) إيسار: تونگر شدن. (م)

(٨) ويضمن قيمته للمرتهن. (ك)

(٩) قوله: "حقه [مرتهن]" أى حق المرتهن، أمكن استدراكه بإيجاب الضمان عليه. (ك)

(١٠) أى أعتق الموجر العبد المستاجر.

(١١) قوله: "الإجارة إلخ" لأن المنافع عنده ملحقة بالأعيان فى حق قبول العقد والضمان، والمولى بالإجارة باع منافع العبد مدة معلومة، ثم أعتقه فيبقى الإجارة، كما إذا باع نصف العبد ثم أعتق الباقي، أما الحر فلا يقبل الرهن، فلا يبقى بعد العتق، فافترقا. (كفاية)

(١٢) بعد العتق. (كف)

(١٣) بالنصب أى يبقى الإجارة فى مدة الإجارة. (غن)

(١٤) إجارة.

(١٥) الحر.

(١٦) الرهن.

(١٧) عاقل بالغ.

(١٨) المشتري.

(١٩) المالك.

خفاء في قيام ملك الرقبة^(١) لقيام المقتضى^(٢)، وعارض الرهن لا يبنى عن زواله^(٣)، ثم إذا زال ملكه^(٤) في الرقبة بإعتاقه، يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد^(٥) المشترك، بل أولى^(٦)؛ لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد^(٧)، فلما لم يمنع^(٨) الأعلى^(٩)، لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى^(١٠). وامتناع النفاذ في البيع والهبة^(١١) لانعدام القدرة على التسليم^(١٢)، وإعتاق الوارث^(١٣) العبد الموصى برقبته لا يبلغو^(١٤)، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة^(١٥)، وإذا نفذ الإعتاق^(١٦)، بطل

(٢٠) والجامع بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك. (ك)

(١) للراهن.

(٢) قوله: "لقيام المقتضى [وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن]" وهو سبب الملك كالشراء والإرث، ونحوها، فكان الملك ثابتاً للراهن رقبة ويدها، وزوال الملك يدا لضرورة عارض الرهن، والضرورة تدفع بإزالة ملك اليد، فيكون ملك الرقبة باقياً كما كان، وملك الرقبة كافٍ لصحة الإعتاق، كما في الآبق والمغصوب وغيره.

وقوله: تصرف يلاقى حق المرتهن بالإبطال، قلنا: الثابت للراهن حقيقة الملك، والثابت للمرتهن حق، فقضيته الحقيقة تستدعي النفاذ، وقضيته الحق تستدعي عدم النفاذ، فرجحنا جانب الحقيقة على جانب الحق؛ لأنها أقوى. (ك)

(٣) قوله: "لا يبنى عن زواله" لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا، أو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ما تقدم، وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين، فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن، فإذا كان باقياً على ملكه، وقد أزاله بالإعتاق صح. (عناية)

(٤) راهن.

(٥) فإنه ينفذ، ولا يمنع نفاذه ملك الشريك الآخر.

(٦) أى من إعتاق العبد المشترك.

(٧) قوله: "لأن ملك الرقبة أقوى" أى من حق المرتهن؛ لأن له ملك اليد والرقبة، ولهذا ملك اليد فقط، فإذا لم يمنع الأقوى الإعتاق؛ فلأن لا يمنع الأدنى أولى. (ك)

(٨) عن صحة العتق. (٤)

(٩) وهو حقيقة الملك للشريك. (٤)

(١٠) وهو يد المرتهن. (٤)

(١١) قوله: "وامتناع النفاذ إلخ" دفع دخل، تقريره: أن مجرد تعلق حق المرتهن لم لا يكون مانعاً من نفاذ العتق، كما يمنع نفاذ البيع والهبة. (مل)

(١٢) قوله: "لانعدام القدرة إلخ" لأن يده مانعة عن التسليم والبيع، كما يفترق إلى الملك مفتقر إلى القدرة على التسليم، ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر، والإعتاق لا يفترق إليها، بدليل نفاذ إعتاق الآبق. (كف)

(١٣) قوله: "وإعتاق [جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع، وادعى أن إعتاقه لغو. عناية] إلخ" جواب سؤال مقدر، بأن يقال إذا أعتق الوارث العبد الموصى برقبته يبلغو مع أنه ملكه؛ لتعلق حق الغير به، فقال: لا نسلم أنه يبلغو، بل يؤخر ذلك إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة. (غن)

(١٤) قوله: "العبد الموصى إلخ" صورته مريض أو صبي برقبة عبده لشخص، ولا مال له غيره، ثم مات، وأعتق الوارث العبد، لم ينفذ لحق الموصى له. (٤)

(١٥) وأما عندهما فلا إشكال؛ لأنه يعتق في الحال. (٤)

الرهن؛ لفوات محله .

ثم بعد ذلك ^(١) إن كان الراهن ^(٢) موسراً، والدين حالاً، طوّل بأداء الدين؛ لأنه لو طوّل بأداء القيمة، تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه ^(٣).

وإن كان الدين مؤجلاً ^(٤)، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهنًا مكانه، حتى

يحل الدين؛ لأن سبب الضمان متحقق، وفي التضمين فائدة ^(٥)، فإذا حل الدين

اقتضاه ^(٦) بحقه، إذا كان ^(٧) من جنس حقه ^(٨)، وردّ الفضل ^(٩). وإن كان معسراً،

سعى العبد في قيمته ^(١٠)، وقضى به الدين، إلا إذا كان ^(١١) بخلاف جنس حقه ^(١٢)؛

لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه ^(١٣) من جهة المعتق، يرجع ^(١٤) إلى من ينتفع

بعقه ^(١٥)، وهو العبد؛ لأن الخراج بالضمان ^(١٦).

(١٦) قوله: "وإذا نفذ الخ" راجع إلى أول الكلام، يعني إذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع، نفذ الإعناق، فإذا نفذ

الإعناق بطل الرهن. (٤)

(١) أي نفاذ الإعناق. (غن)

(٢) المعتق.

(٣) إلا إذا كان الدين من خلاف جنس القيمة. (كف)

(٤) والراهن موسر.

(٥) أي حصول الاستيثاق.

(٦) المرتهن.

(٧) الضمان.

(٨) مرتهن.

(٩) قوله: "وردّ الفضل" أي على الراهن إن كان في قيمته فضل عن الدين، وإن كانت القيمة أقل من الدين رجع

بالفضل. (غن)

(١٠) قوله: "سعى العبد الخ" أي للمرتهن أن يستسعى العبد، سواء كان دينه حالاً أو مؤجلاً، وينظر إلى قيمة العبد

وقت الرهن، وإلى قيمته وقت العناق، وإلى الدين الذي رهن به، فيستسعى العبد بالأقل من هذه الأشياء الثلاثة. (غن)

(١١) قوله: "إلا إذا كان الخ" أي إلا إذا كان ما حصل من سعاية العبد، بخلاف جنس حق المرتهن، فلا يقضى

به الدين، بل يطالبه بالدين، حاسباً للكسب إلى أن يوفيه الدين. (ك)

(١٢) مرتهن.

(١٣) مرتهن.

(١٤) المرتهن.

(١٥) راهن.

(١٦) قوله: "لأن الخراج" أي الخراج والنفع للعبد، فعليه الضمان، فيرجع عليه. [بالضمان] في "المغرب":

الخراج ما يخرج من غلة الأرض، أو الغلام، ومنه الخراج بالضمان، أي الغلة بسبب الضمان، ثم يسمى ما يأخذه السلطان

خراجاً، فيقال: أدى خراج أرضه، وأدى أهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية، وعبد مخارج قد خارجه سيد، وإذا اتفقا

قال رضى الله تعالى عنه ^(١): وتأويله ^(٢): إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل ^(٣)، نذكره ^(٤) إن شاء الله تعالى، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر ^(٥)؛ لأنه قضى دينه ^(٦)، وهو ^(٧) مضطر فيه بحكم الشرع، فيرجع عليه ^(٨) بما تحمل عنه، بخلاف المستسعى فى الإعتاق ^(٩)؛ لأنه يؤدى ضماناً عليه ^(١٠)؛ لأنه إنما يسعى ^(١١)؛ لتحصيل العتق عنده ^(١٢)، وعندهما لتكميله ^(١٣)، وهنا يسعى فى ضمان

على ضريبه يردھا عليه عند انقضاء كل شهر. (ك)

قوله: "الخراج بالضمان" حديث صحيح، رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان رضى الله تعالى عنهم من حديث عائشة رضى الله تعالى عنها، وفى بعض طرقه ذكر السبب، وهو أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقوم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبى ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله! قد استعمل غلامى، فقال: «الخراج بالضمان».

قال أبو عبيدة الخراج فى هذا الحديث غلة العبيد يشتره الرجل فيستعمله زماناً، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع، فيرده ويأخذ جميع الثمن، ويفوز بغلته كلها؛ لأنه كان فى ضمانه، ولو هلك هلك من ماله، انتهى، وفى "الفائق": كل ما خرج من شىء فهو خراجه، فخراج الشجرة ثمرها، وخراج الحيوان دره ونسله، انتهى. (الأشباه النظائر)

(١) أى المصنف.

(٢) أى تأويل سعى العبد فى قيمته.

(٣) فحينئذ يسعى فى الدين.

(٤) قوله: "نذكره" فى هذا الباب فى مسألة استيلاء الأمة المرهونة، وهو قوله: بخلاف المعتق حيث يسعى فى الأقل من الدين ومن القيمة. (ك)

(٥) المولى، إيسار: توانگر شدن. (م)

(٦) مولى.

(٧) الواو حالية.

(٨) مولى.

(٩) قوله: "بخلاف المستسعى إلخ" يعنى أن المرهون المعتق إذا استسعى، يرجع بما سعى على مولاه، والعبد المشترك بين اثنين، إذا أعتق أحدهما نصيبه، فاستساعه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق، والفرق أن العبد المرهون يسعى فى رقبته تخلصت، ويقضى ديناً على الراهن، فلهذا يرجع عليه، والمستسعى يسعى فى تخلص رقبته عن الرق، وهو منفعة خالصة، فلهذا لا يرجع. (غاية البيان)

(١٠) لأنه أصل فى الضمان، ولم يأخذ ضماناً عن غيره. (كف)

(١١) قوله: "إنما يسعى إلخ" عند أبى حنيفة إعتاق البعض، لا يكون إعتاق الكل، فيكون السعاية لتحصيل الباقي، والعبد بما يسعى يملك عوض ما أدى، فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بإزاء مال واحد، وعندهما إعتاق البعض إعتاق الكل، فيكون السعاية لتكميله، وهذا لأن الكل وإن أعتق على المعتق، وصار ملكاً له، إلا أن الثابت ملك لا قرار له، فيصير ثابتاً فى حق نفاذ العتق، وأما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتاً للساكت، ومنقلاً إلى العبد. (ك)

(١٢) أى عند أبى حنيفة. (غن)

(١٣) قوله: "لتكميله" يعنى وإن أعتق عندهما، لكن فى عتقه نقصان؛ لكونه مطلوباً بالسعاية، فإذا أداها كمل

العتق. (٤)

على غيره بعد تمام إعتاقه، فصار كمعير الرهن^(١).

ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون شرط الإعسار^(٢)؛ لأن الثابت للمرتهن حق الملك^(٣)، وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت، فوجب السعاية هنا في حالة^(٤) واحدة؛ إظهاراً لنقصان رتبته. بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى^(٥) للبائع^(٦)، إلا رواية عن أبي يوسف^(٧)، والمرهون يسعى^(٨)؛ لأن حق البائع في الحبس أضعف^(٩)؛ لأن البائع لا يملكه^(١٠) في الآخرة^(١١)، ولا يستوفى من عينه. وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري، والمرتهن ينقلب حقه ملكاً^(١٢)، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن، حتى يمكنه الاسترداد^(١٣)، فلو أوجبنا السعاية فيهما^(١٤)، لسوينا بين الحقين، وذلك لا يجوز.

(١) قوله: "فصار كمعير الرهن" يعني أن الراهن بالاستعارة إذا عجز عن فكك الرهن فافتكّه المعير، رجع بذلك على الراهن المستعير؛ لأنه قضى دينه مضطراً. (غن)

(٢) أي إعسار الراهن المعتق.

(٣) قوله: "لأن الثابت إلخ" أي الثابت للمرتهن في الرهن حق الملك لا حقيقة الملك، وذلك بثبوت يد الاستيفاء، والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً إلى أن يقضى الراهن دينه، وحق الملك أدنى حالا من حقيقة الملك الذي هو ثابت للشريك الساكت، فلما كان كذلك، أوجب أبو حنيفة السعاية ههنا، أي في إعتاق الراهن في حالة واحدة، وهي حالة الإعسار إظهاراً لنقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت، فإن للساكت حقيقة الملك في العبد، ولذلك وجب السعاية في الحالين. (غن)

(٤) أي حالة الإعسار وهي حالة الضرورة.

(٥) مع أن للبائع حق الحبس.

(٦) قوله: "حيث لا يسعى إلخ" أي ليس للبائع ولاية استعساء العبد بقدر الثمن، وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن، كما أن المرهون محبوس عند المرتهن بالدين. (غن)

(٧) قوله: "إلا رواية عن أبي يوسف إلخ" وعن أبي يوسف أنه يسعى في قيمته للبائع، ثم يرجع بها على المشتري كالمرهون إذا أعتقه الراهن. (كف)

(٨) في حالة إعسار الراهن.

(٩) من حق المرتهن.

(١٠) بل له مجرد حق الحبس. (غن)

(١١) أي في المال.

(١٢) قوله: "ينقلب حقه إلخ" كما إذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين، فيكون المرتهن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن، وأما حق البائع لا يصير ملكاً له من جهة المشتري أصلاً. (غن)

(١٣) من الراهن.

(١٤) قوله: "أوجبنا السعاية فيهما" أي في المبيع المعتق قبل القبض، وفي المرهون المعتق، فسوينا بين الحقين أي بين

ولو أقر^(١) المولى^(٢) برهن عبده، بأن قال له: رهنتك عند فلان، وكذبه العبد، ثم أعتقه، تجب^(٣) السعاية عندنا، خلافاً لزفر، هو يعتبره بإقراره^(٤) بعد العتق. ونحن نقول: أقر بتعلق الحق^(٥) في حال يملك التعليق فيه^(٦)؛ لقيام ملكه، فيصح^(٧)، بخلاف ما بعد العتق؛ لأنه حال انقطاع الولاية^(٨). قال: ولو^(٩) دبره^(١٠) الراهن صح تدبيره بالاتفاق^(١١)، أما عندنا فظاهر^(١٢)، وكذا عنده^(١٣)؛ لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله^(١٤).

ولو كانت^(١٥) أمة فاستولدها الراهن، صح الاستيلاء بالاتفاق؛ لأنه يصح بأدنى الحقين، وهو^(١٦) ما للأب في جارية الابن، فيصح بالأعلى، وإذا صحا^(١٧) خرجا من الرهن^(١٨)؛ لبطلان المحلية، إذا لا يصح استيفاء الدين منهما^(١٩).

حق البائم، وهو ضعيف، وبين حق المرتهن وهو قوى، والتسوية مع وجود الفارق لا يجوز. (غن)

(١) ذكرها تقريباً على مسألة "المختصر". (غن)

(٢) وهو معسر.

(٣) للمرتهن.

(٤) بأن العبد رهن، أى أعتقه ثم أقر أنه كان رهنه. (غن)

(٥) قوله: "أقر بتعلق الحق [أى حق المرتهن] إلخ" وهذا لأنه لما ملك إنشاء الرهن قبل العتق، يكون مالكاً لتعليق عتقه بأداء السعاية، فيصح إقراره بما يملك إنشاءه، إذ الولاية باعتبار الملك قائم، فلم يعتبر تكذيب العبد. (ك)

(٦) أى حال بقاء الملك.

(٧) الإقرار.

(٨) قوله: "لأنه حال إلخ" أى لأنه أقر عليه فى حال لا يملك رقبته، ولا يملك تعلق السدين بها، فلم ينفذ. (غن)

(٩) ذكره تقريباً على مسألة المختصر. (غن)

(١٠) العبد الموهون.

(١١) وخرج العبد من الرهن. (غن)

(١٢) قوله: "فظاهر" لأن العتق صحيح، وبالتدبير يحصل حق العتق، فأولى أن يصح. (حميدية)

(١٣) شافعى.

(١٤) فلا ضرر للمرتهن فإنه قادر على بيعه.

(١٥) الموهونة.

(١٦) أو فى الحقين.

(١٧) أى التدبير والاستيلاء. (غن)

(١٨) قوله: "خرجوا [أى المدبر وأم الولد. غن] من الرهن" وهذا عندنا، وأما عند الشافعى فالمدبر لا يخرج؛ لأنه قابل لما هو حكم الرهن عنده، وأم الولد تخرج؛ لأنها لا تقبل حكم الرهن، فإنه لا يجوز بيعها بالاتفاق، والفرق له بين الاستيلاء والإعتاق، أن الأمومية إنما تثبت بالنسب، وإنه لا يتوقف عنده على الدعوة، بل يثبت بنفس الوطى، وأنه ليس بمنوع عنه، فإنه الراهن عنده لا يتمتع من الانتفاع بالمرهون، ولا يصح الحجر عن الوطى لحق المرتهن؛ لأنه عسى أن لا

فإن كان الراهن موسراً، ضمن قيمتهما^(١) على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق^(٢)، وإن كان^(٣) معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين؛ لأن كسبهما مال المولى، بخلاف المعتق^(٤) حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة؛ لأن كسبه حقه، والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة، فلا يزداد عليه^(٥)، وحق المرتهن بقدر الدين، فلا تلزمه الزيادة^(٦).

ولا يرجعان^(٧) بما يؤديان على المولى بعد يساره؛ لأنهما أدياه من مال المولى، والمعتق يرجع^(٨)؛ لأنه أدى ملكه عنه^(٩)، وهو^(١٠) مضطر على ما مر، وقيل: الدين إذا كان موجلاً يسعى المدبر في قيمته؛ لأنه^(١١) عوض الرهن، حتى تحبس مكانه^(١٢)، فيتقدر بقدر المعوض^(١٣)، بخلاف ما إذا كان^(١٤) حالاً؛ لأنه يقضى به الدين.

ولو أعتق الراهن المدبر^(١٥)، وقد قضى عليه بالسعاية، أو لم يقض لم يسع،

تعلق، فصح الاستيلاء، فلا يتوقف على إذن المرتهن، بخلاف الإعتاق؛ فإنه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة، فيمنع منه بدون إذنه. (ك)

(١٩) أى المدبر وأم الولد.

(١) مدبر وأم الولد.

(٢) قوله: "على التفصيل الذي ذكرناه إلخ" أى إذا كان الدين حالاً، طوبى بأداء الدين، وإن كان موجلاً أخذت القيمة، وجعلت رهناً مكانها، حتى يحل الدين، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه، إذا كان جنس حقه، ورد الفضل. (ك)

(٣) راهن.

(٤) قوله: "بخلاف المعتق" هذا هو الذى وعده بقوله: أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى. (ك)

(٥) قيمة.

(٦) على دين المرتهن.

(٧) أى المدبر وأم الولد.

(٨) لأن الاستيفاء يقع من ملك المعتق. (كف)

(٩) أى عن المولى.

(١٠) الواو حالية.

(١١) قيمة.

(١٢) رهن.

(١٣) قوله: "فيتقدر إلخ" لأن الدين المؤجل لا يجب قضاءه، وإنما يجب رد عوض الرهن إلى يد المرتهن، فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من المعوض، فأما إذا كان الدين حالاً، فالقضاء واجب من مال الراهن، وكسبه ملكه، فيستسعى فى كله. (ك)

(١٤) الدين حالاً.

(١٥) ذكره تفرعاً أيضاً. (غن)

إلا بقدر القيمة؛ لأن كسبه بعد العتق ملكه، وما أداه^(١) قبل العتق، لا يرجع به على مولاه؛ لأنه أداه من مال المولى.

قال: وكذلك لو استهلك الراهن الرهن^(٢)؛ لأنه^(٣) حق محترم^(٤) مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهن في يد المرتهن؛ لقيامه مقام العين.

فإن استهلكه أجنبي^(٥)، فالمرتهن هو الخصم في تضمينه^(٦)، فيأخذ القيمة، وتكون^(٧) رهناً في يده؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه^(٨)، فكذا في استرداد ما قام مقامه.

والواجب^(٩) على هذا المستهلك^(١٠) قيمته^(١١) يوم^(١٢) هلك^(١٣)، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمس مائة ويوم رهن ألفاً، غرم خمس مائة، وكانت^(١٤) رهناً، وسقط من الدين^(١٥) خمس مائة، فصار الحكم في الخمس مائة الزيادة،^(١٦) كأنها هلكت

(١) إلى المرتهن.

(٢) قوله: "وكذلك [هذا لفظ القدوري. عيني] إلخ" أي الجواب في الاستهلاك كالجواب في الإعتاق، يعني إذا كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً، أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين. (نهاية)

قوله: "وكذلك إلخ" معطوف على قوله فيما مر، فإن كان الدين حالاً إلخ، وترتيب عبارة "مختصر القدوري" والبدية هكذا" وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، فإن كان الدين حالاً، طولب بأداء الدين، وإن كان مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد، وجعلت رهناً مكانه، حتى يحل الدين، وإن كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين، وكذلك لو استهلك الراهن الرهن. انتهى. (نت)

(٣) لأن حق المرتهن.

(٤) احترام: حرمت داشتن. (م)

(٥) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٦) أجنبي.

(٧) قيمة.

(٨) قوله: "حال قيامه إلخ" يعني أنه لو كانت العين باقية، كان المرتهن هو الخصم في ردها إلى يده، كذلك هو الخصم في إعادة ما قام مقام العين إلى يده. (غن)

(٩) من الضمان.

(١٠) قوله: "على هذا المستهلك [يعني الأجنبي. عناية]" احتراز عن استهلاك المرتهن، فإن عليه قيمة يوم قبض على ما سيجيء، وكذلك في الهلاك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم قبض، لا يوم هلك. (ك)

(١١) رهن.

(١٢) لا يوم قبض الرهن. (غن)

(١٣) أي استهلك. (ك)

(١٤) قيمة.

بآفة^(١)، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكك^(٢)؛ لأن القبض السابق مضمون عليه^(٣)؛ لأنه قبض استيفاء، إلا أنه يتقرر عند الهلاك^(٤).

ولو استهلكه المرتهن، والدين مؤجل غرم القيمة؛ لأنه أتلف ملك الغير، وكانت^(٥) رهناً في يده حتى يحل الدين؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، وإذا حل الدين و^(٦) هو^(٧) على صفة القيمة^(٨)، استوفى المرتهن منها^(٩) قدر حقه؛ لأنه جنس حقه.

ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن؛ لأنه بدل ملكه^(١٠)، وقد^(١١) فرغ عن حق المرتهن، وإذا نقصت^(١٢) عن الدين بتراجع السعر^(١٣) إلى خمس مائة، وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً، وجب بالاستهلاك خمس مائة، وسقط من الدين خمس مائة؛

(١٥) أي دين المرتهن.

(١٦) أي الزيادة على ما غرمه لمستهلك، فلا يضمن المستهلك تلك الزيادة. (غن)

(١) قوله: "كأنها هلكت بآفة [بدون الاستهلاك]" أي سماوية، يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن. (عناية)
قوله: "كأنها هلكت إلخ" لا يقال أن الرهن لو كان باقياً كما كان، وقد تراجع السعر، وانتقصت قيمته، فإنه لا يسقط من الدين شيء، قلنا: لأن ثمة العين باقٍ كما كان، وإنما حصل التغير بالتراجع والعين بحال يمكن أن يصير ماليته بالتراجع كما كان يوم القبض، فلم يعتبر التغير، وههنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك، ولم يبق على حال يعود ماليته، فاعتبر التغير. (ك)

(٢) قوله: "والمعتبر [جملة معللة لقوله وسقط من الدين إلخ] إلخ" جملة معللة، والواو قد تدخل عليها تقريراً لتعليل أن المعتبر في ضمان الرهن قيمة الرهن يوم القبض لا يوم الفكك، حتى إذا كان قيمته يوم القبض ألفاً، ويوم الفكك خمس مائة، سقط من الدين خمس مائة، ويفتك الرهن بقيمته يوم الفكك. (أعظمي)

(٣) أي على المرتهن.

(٤) قوله: "إلا أنه يتقرر [الضمان] إلخ" جواب سؤال، وهو أنه إذا كان مضموناً بقيمته يوم القبض، فإذا نقصت قيمته بتراجع السعر، ينبغى أن يسقط الدين بقدر نقصان القيمة، وليس كذلك، فأجاب بأن النقصان يتقرر عند الهلاك، فإذا عادت قيمته كاملة قبل الهلاك، لم يعتبر النقصان. (أعظمي)

(٥) قيمة.

(٦) الواو حالية.

(٧) دين.

(٨) جنس.

(٩) قيمت.

(١٠) راهن.

(١١) الواو حالية.

(١٢) قيمته.

(١٣) نرخ.

لأن ما انتقص كالهالك، وسقط الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض، وهو مضمون بالقبض السابق^(١)، لا بتراجع السعر^(٢)، ووجب عليه^(٣) الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم أتلف.

قال^(٤): "وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه^(٥)، أو ليعمل له عملاً،

فقبضه خرج من ضمان المرتهن؛ لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن^(٦)، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء^(٧)؛ لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه^(٨) إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في الحال.

ألا ترى^(٩) أنه لو هلك^(١٠) الراهن قبل أن يرده على المرتهن، كان المرتهن أحق^(١١) به^(١٢) من سائر الغرماء، وهذا^(١٣) لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان

(١) قوله: "وهو [رهن] مضمون [على المرتهن] إلخ" جواب إشكال وهو أن يقال: لو سقط الدين بقدر ما انتقص، كان الرهن مضموناً على المرتهن بتراجع السعر، وليس لتراجع السعر تأثير في إسقاط شيء من الدين، كما إذا رده إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر، فأجاب بأنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر. (ك)

(٢) قوله: "لا بتراجع السعر" إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه؛ لأنه قبض استيفاء، فبالهلاك يتقرر الضمان، ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض، وقد كانت قيمته يوم القبض ألفاً، انتقصت منها خمس مائة بتراجع السعر، سقط من الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمس مائة منه بإتلافه، وخمس مائة منه بقبضه السابق، حيث كانت قيمته وقت القبض ألفاً، أما لا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلاً. (نت)

(٣) مرتهن.

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا أعار" فيه تسامح؛ لأن الإعارة تملك المنافع بغير عوض، والمرتهن لا يملكها، فكيف يملكها غيره، ولكن لما عومل معاملة الإعارة من عدم الضمان، وتمكن الاسترداد، أطلق الإعارة. (ع)

(٦) قوله: "لمنافاة [لأن قبض الرهن يوجب الضمان، وقبض العارية لا يوجب] إلخ" لأن الضمان لو كان باقياً، إنما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن، وبقاء يد المرتهن إنما يتحقق أن لو كان يد الراهن يد المرتهن، وهذا غير ممكن؛ لأن قبض المرتهن قبض مضمون، وقبض الراهن غير مضمون، وبين كونه مضموناً وغير مضمون منافاة، فلا ينوب غير المضمون عن المضمون. (ك)

(٧) قوله: "بغير شيء [على المرتهن]" لا يقال: بأن يد الراهن بالاستعارة يجعل يد أمانة في حقه، ويد ضمان في حق المرتهن، كما في فصل العدل، فإن يد العدل يد أمانة في حق نفسه في المالية، ويد ضمان في حق المرتهن، فكذا هذا، لأننا نقول: لا يمكن هنا إبقاء ضمان الرهن باعتبار القبض؛ لأن القبض قد انتقض، وإنما يجعل باقياً حكماً باعتبار اليد حكماً إذا أمكن جعل يد الراهن يد المرتهن، وذلك غير ممكن لمنافاة بين الدين؛ لأن يد المرتهن يد الحبس عن المالك، ويد العارية يد الاستعمال للملك، وبين الحبس عن المالك، وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف، ولا يتحقق هذه المنافاة في فصل العدل؛ لأن يد العدل يد حبس عن المالك، كما أن يد المرتهن يد حبس عن المالك، فلذلك افترقا. (ك)

(٨) من الراهن.

(٩) توضيح لبقاء عقد الرهن.

(١٠) مات.

ليس من لوازم الرهن على كل حال^(١).

ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن، وإن^(٢) لم يكن مضموناً^(٣) بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن، فإذا أخذه عاد الضمان؛ لأنه عاد القبض في عقد الرهن، فيعود بصفته^(٤).

وكذلك لو أعاره أحدهما^(٥) أجنبياً بإذن الآخر، سقط حكم الضمان؛ لما قلنا^(٦)، ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان؛ لأن لكل واحد حقاً محترماً فيه، وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة^(٧) من أجنبى^(٨) إذا باشر أحدهما^(٩) بإذن الآخر، حيث يخرج عن الرهن^(١٠)، فلا يعود^(١١) إلا بعقد مبتدأ.

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن، يكون المرتهن^(١٢) أسوة للغرماء؛ لأنه تعلق بالرهن^(١٣) حق لازم بهذه^(١٤) التصرفات^(١٥)، فيبطل به^(١٦) حكم الرهن، أما

(١١) فعلم أن الرهن باق.

(١٢) رهن.

(١٣) أى الاسترجاع.

(١) قوله: "والضمان إلخ" دغم دخل، وهو أن عقد الرهن كيف يبقى، وقد ارتفع حكم الضمان عن المرتهن. (مل)

(٢) الواو وصلية.

(٣) على المرتهن.

(٤) وهو الضمان.

(٥) راهن ومرتهن.

(٦) أى من المناقاة بين يد العارية ويد الرهن. (ك)

(٧) قوله: "وهذا [الإعارة] بخلاف الإجارة إلخ" قال الشراح: وحكم الوديعة كحكم العارية، وحكم الرهن

كحكم الإجارة، انتهى. (ت)

(٨) قوله: "من أجنبى" قيد بقوله: من أجنبى؛ لأنه لو أعار المرتهن الرهن من الراهن، أو أجره منه، أو أودعه

عنده، كان للمرتهن أن يسترده، والإجارة باطلة، كذا في "فتاوى قاضى خان" وغيره. (ك)

(٩) راهن ومرتهن.

(١٠) والأجرة فى الإجارة للراهن.

(١١) الرهن.

(١٢) أى مرتهن مانند واينان ديگر است. (ترجمه)

(١٣) أى بالرهون.

(١٤) الباء للسببية.

(١٥) أى الإجارة والبيع والهبة.

(١٦) أى بهذا الحق اللازم.

بالعارية لم يتعلق به^(١) حق لازم فافترقا.

وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به، فهلك قبل أن يأخذ في العمل، هلك على ضمان الرهن؛ لبقاء يد الرهن، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل؛ لارتفاع يد العارية، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان؛ لثبوت يد العارية بالاستعمال، وهي مخالفة ليد الرهن^(٢)، فانتفى الضمان، وكذا إذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال؛ لما بيناه^(٣).

ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه^(٤)، فمارهنه به من قليل أو كثير، فهو جائز^(٥)؛ لأنه^(٦) متبرع بإثبات ملك اليد^(٧)، فيعتبر بالتبرع^(٨) بإثبات ملك العين واليد^(٩)، وهو قضاء الدين^(١٠)، ويجوز أن يفصل ملك اليد^(١١) عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن^(١٢)، كما يفصل زوالاً في حق البائع^(١٣). والإطلاق واجب الاعتبار^(١٤)، خصوصاً في الإعارة^(١٥)؛ لأن الجهالة فيها لا

(١) أى بالرهون.

(٢) قوله: "وهي [أى يد العارية] مخالفة ليد الرهن" لأن يد العارية غير مضمونة، وقبض الرهن مضمون، فإذا ثبت يد العارية بالاستعمال أنتفى الضمان. (ك)

(٣) قوله: "لما بيناه" يعنى فى صورة العارية، ثم إنهما إن اختلفا فى وقت الهلاك، فالقول للمرتهن، والبينة على الراهن. (٤)

(٤) هذه المسألة إلى قوله وجناية الرهن من مسائل "الأصل"، ذكرها على سبيل التفریم. (عینى)

(٥) عملاً بإطلاقه.

(٦) المعير.

(٧) للمرتهن.

(٨) قوله: "فيعتبر إلخ" أى فيقاس إثبات ملك اليد منفرداً عن إثبات ملك العين بإثباتها مع إثبات ملك العين قياساً بعدم الفارق، يعنى بالغا خصوصية الاقتران بإثبات ملك العين، وقوله يجوز أن يفصل إلخ، بيان للإلغاء. (أعظمى)

(٩) جميعاً. (٤)

(١٠) قوله: "وهو قضاء الدين إلخ" فإنه لو استأذن أن يقضى ديناً عليه بما له كان صحيحاً، وكذا إذا تبرع إنسان بقضاء دين غيره، فإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والعين بإيفاء غير المديون من ماله بطريق التبرع، يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضاً. (ك)

(١١) قوله: "ويجوز إلخ" يعنى أن قيل: إن الاعتبار غير صحيح، لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه، فالجواب أن الاقتران غير مانع؛ لعدم استلزام أحدهما للآخر، فإنه يجوز أن يفصل إلخ. (٤)

(١٢) أى يجوز أن يثبت له ملك اليد دون ملك العين. (٤)

(١٣) قوله: "كما يفصل إلخ" أى كما يجوز أن يزول ملك اليد عن البائع دون ملك العين، بأن باع بشرط الخيار، وسلم إلى المشتري، فزال يده لا ملكه. (ك)

(١٤) قول: "والإطلاق واجب إلخ" يعنى إذا أطلق الإعارة فى الرهن، ولم يسم ما يرهنه به بعشرة، أو تسعة، أو

تفضي إلى المنازعة^(١).

ولو عين^(٢) قدرًا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه، ولا بأقل منه؛ لأن التقييد مفيد، وهو ينفي الزيادة^(٣)؛ لأن غرضه^(٤) الاحتباس^(٥) بما تيسر^(٦) أداءه^(٧)، وينفي النقصان أيضًا؛ لأن غرضه^(٨) أن يصير^(٩) مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع^(١٠) عليه.

وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد؛ لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض^(١١)، وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ.

وإذا خالف^(١٢) كان ضامناً، ثم إن شاء المعير ضمن المستعير، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن شاء^(١٣) ضمن المرتهن، ويرجع المرتهن بما ضمن، وبالدين على الراهن، وقد بيناه في الاستحقاق^(١٤).

وإن وافق^(١٥) بأن رهنه بمقدار ما أمره به، إن كانت قيمته مثل الدين^(١٦)، أو

بدراهم، أو بدنانير، أو يرهنه من زيد، أو عمرو، كان للمستعير أن يعمل بموجب الإطلاق. (ك)

(١٥) قوله: "خصوصاً في الإعارة" لأن مبناه على المسامحة، فلا يجري فيها المضايقة، والجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة، فإن من استعار دابة، له أن يركب بنفسه، وله أن يركب غيره، وله أن يحمل عليه ما شاء. (ك)

(١) قوله: "إلى المنازعة" يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، فإنها هي المفسدة للعقد. (٤)

(٢) المعير.

(٣) أي تعين المعير بأن يرهن المستعير بقدر من المال. (ك)

(٤) معير.

(٥) أي احتباس الشيء المستعار.

(٦) على المعير، أو على المستعير.

(٧) إن احتاج إلى فكأكه. (٤)

(٨) قوله: "لأن غرضه [معير] الخ" أي لأنه ربما يرضى المعير، بأن يصير المرتهن عند الهلاك مستوفياً للأكثر،

ليرجع هو على المستعير بذلك، فإذا رهنه بأقل، فعند الهلاك إنما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر، فلم يحصل غرضه. (ك)

(٩) المرتهن.

(١٠) معير.

(١١) قوله: "لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض" يرجع إلى القيد بالجنس، أي قد يتيسر على المعير، أو على المستعير

أداء جنس دون جنس، وتفاوت الأشخاص في الأمانة يرجع إلى التقييد بالمرتهن، وقوله: والحفظ إلى القيد بالبلد. (ك)

(١٢) المستعير.

(١٣) المعير.

(١٤) قوله: "وقد بيناه في الاستحقاق" أي في استحقاق الرهن قبل هذا الباب. (ك)

أكثر، فهلك عند المرتهن، يبطل المال عن الراهن^(١)؛ لتمام الاستيفاء^(٢) بالهلاك، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن^(٣)؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله^(٤) بهذا القدر، وهو^(٥) الموجب للرجوع دون القبض^(٦) بذاته؛ لأنه^(٧) برضاه^(٨).

وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه^(٩)، وإن كانت قيمته أقل من الدين، ذهب^(١٠) بقدر القيمة وعلى الراهن^(١١) بقية دينه للمرتهن؛ لأنه لم يقع الاستيفاء^(١٢) بالزيادة على قيمته، وعلى الراهن^(١٣) لصاحب الثوب^(١٤) ما صار به^(١٥) موفياً^(١٦)؛ لما بيناه^(١٧).

ولو كانت قيمته مثل الدين، فأراد المعير أن يفتكه^(١٨) جبراً عن الراهن^(١٩)، لم

(١٥) المستعير.

(١٦) أى دين المرتهن.

(١) أى سقط دين المرتهن.

(٢) أى استيفاء المرتهن.

(٣) قوله: "ووجب مثله" أى مثل ما سقط عن الراهن بهلاك الثوب. (ك)

قوله: "ووجب مثله" أى مثل ما تم الاستيفاء بالهلاك، وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب إن كان أكثر؛ لأن الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه، وهو ما إذا وافق المستعير المعير، فيما شرط. (عناية)

(٤) معير.

(٥) أى كونه قاضياً دينه بماله.

(٦) أى قبض المستعير عن المعير.

(٧) قبض.

(٨) معير.

(٩) قوله: "على ما بيناه" أى لأنه صار قاضياً هذا القدر من الدين بماله، والجزء معتبر بالكل. (كافى)

(١٠) الدين.

(١١) المستعير.

(١٢) أى استيفاء المرتهن.

(١٣) المستعير.

(١٤) أى المعير.

(١٥) أى قدر القيمة.

(١٦) أى دينه.

(١٧) قوله: "لما بيناه" وهو قوله؛ لأنه صار قاضياً دينه بماله. (ك)

(١٨) قوله: "فأراد المعير الخ" أى أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً على المرتهن. (ك)

(١٩) قوله: "جبراً عن الراهن [بغير رضا الراهن. كف]" قيل: معناه من غير رضاه، وليس بظاهر، وقيل: نيابة،

ولعله من الجبران يعنى جبراً؛ لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه. (عناية)

يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع؛ لأنه غير متبرع^(١)، حيث^(٢) يخلص ملكه، ولهذا^(٣) يرجع على الراهن بما أدى المعير^(٤)، فأجبر المرتهن على الدفع.

بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين^(٥)؛ لأنه^(٦) متبرع، إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه، ولا في تفرغ ذمته، فكان للطالب^(٧) أن لا يقبله^(٨).

ولو هلك الثوب العارية عند الراهن^(٩) قبل أن يرهنه، أو بعد ما افتكّه، فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يصير قاضياً^(١٠) بهذا^(١١)، وهو الموجب^(١٢) على ما بيناه^(١٣).

ولو اختلفا في ذلك^(١٤)، فالقول^(١٥) للراهن^(١٦)؛ لأنه ينكر^(١٧) الإيفاء بدعواه

(١) في الفكك، بل له حق وملك في المرهون.

(٢) تعليلية.

(٣) أي لكونه غير متبرع.

(٤) قوله: "يرجع على الراهن بما أدى المعير" وههنا قيد لا زم ذكره، فإن قوله: يرجع إلى الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه، بل معناه يرجع على الراهن بما أدى، إذا كان ما آداه بقدر الدين لا ما أكثر منه من قيمة الثوب؛ لأنه ذكر في "الإيضاح" و"فتاوى قاضي خان": فإن عجز الراهن عن الانفكك، وافتكّه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به، ولا يرجع بأكثر من ذلك. بيانه أنه إذا كانت قيمة الرهن ألفاً، فرهنه بألفين، فافتكّه المالك بألفين، رجع بقدر ما يهلك الدين، وهو الألف، ولا يرجع بأكثر من ألف؛ لأنه لو يهلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك، فكذلك إذا افتكّه كان متبرعاً بالزيادة. فإن قيل: هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين، فلم يكن متبرعاً، قلنا: الضمان إنما وجب على المعير باعتبار إيفاء الدين عن ملكه، فكان الرجوع إليه بقدر ما يتحقق به الإيفاء. (ن)

(٥) أي دين المرتهن.

(٦) أجنبي.

(٧) أي رب الدين. (ك)

(٨) أي المرتهن.

(٩) المستعير.

(١٠) دينه.

(١١) الثوب.

(١٢) للرجوع والضمان.

(١٣) وهو أنه صار قاضياً دينه بماله.

(١٤) قوله: "ولو اختلفا [أي المعير والمستعير. ك] في ذلك" أي في كون الهلاك حال الرهن، أو غيره، فقال المعير: هلك حال الرهن، وقال المستعير: هلك قبل الرهن، أو بعد الافتكك، فالقول قول الراهن؛ لما ذكر، والبينة للمعير؛ لأنه يدعى عليه الضمان، فإن قيل: إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكك، فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه، ثم ادعى ما ينسخه، وهو الفكك، فلا بد له من حجة، كما إذا ادعى الغاصب رد المغصوب، أوجب: بأن موجب الضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن، ولم يقر بذلك. (ع)

(١٥) مع يمينه. (ك)

(١٦) المستعير.

الهلاك في هاتين الحالتين^(١).

كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به^(٢)، فالقول للمعير؛ لأن القول قوله في إنكار أصله^(٣)، فكذا في إنكار وصفه.

ولو رهنه المستعير بدين موعود، وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا، فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى^(٤)، والقيمة سواء يضمن^(٥) قدر الموعود المسمى؛ لما بينا^(٦) أنه كالموجود، ويرجع المعير على الراهن بمثله؛ لأن سلامة مالية الرهن^(٧) باستيفاءه^(٨) من المرتهن، كسلامته ببراءة ذمته^(٩) عنه^(١٠).

ولو كانت العارية عبداً، فأعتقه المعير^(١١)، جاز؛ لقيام ملك الرقبة^(١٢)، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن^(١٣)؛ لأنه لم يستوفه.

وإن شاء ضمن المعير قيمته؛ لأن الحق^(١٤) قد تعلق برقبته برضاه^(١٥)، وقد

(١٧) والضمان إنما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه. (ك)

(١) أي قبل الرهن وبعد الفكك.

(٢) قوله: "كما لو اختلفا [المعير والمستعير. ك] إلخ" هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب لو اختلفا في مقدار ما أمره مكان كما؛ لأنه في لفظ كما يختلف الغرض، إذ في الأول القول للراهن، وهو المستعير، وفي الثاني القول قول المعير، فكيف يصح التشبيه، إلا أن يقال: التشبيه في الإنكار من غير نظر إلى كون المنكر معيراً، أو مستعيراً. (ك)

(٣) أي العارية بتأويل عقد العارية. (ك)

(٤) أي القرض المسمى.

(٥) المرتهن للراهن.

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله: لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة. (ك)

(٧) قوله: "لأن سلامة إلخ" بيانه أن الدين الموعود كالموجود، فلو كان الدين موجوداً، وهلك الرهن في ضمان المرتهن، يسلم للراهن مالية الرهن بسبب براءة ذمته عن الدين وفي الموعود، إذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن المسمى من الدين، فإذا استوفاه من المرتهن، وهو ومالية الرهن، سواء يصير الراهن مستوفياً مالية الرهن بواسطة الاستيفاء، وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على الراهن، فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء. (ك)

(٨) راهن.

(٩) راهن.

(١٠) دين.

(١١) فرهنه المستعير.

(١٢) في العبد بعد الرهن. (كف)

(١٣) المستعير.

(١٤) قوله: "لأن الحق إلخ" أي حق المرتهن تعلق بمالية الرهن برضا المعير، وقد استهلكه بالإعتاق، فصار كما استهلكه بالإتلاف، وهو في هذا الحكم كأجنبي آخر، فيضمن قيمته، ثم يرده على المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين، ولو أخذ المعير الرهن من المرتهن، ثم استرده المرتهن، كان رهنًا عنده إلى أن يقبض دينه، فإذا قبض يرده على المعير،

أُتلفه^(١) بالإعتاق، وتكون^(٢) رهناً عنده إلى أن يقبض دينه، فيردها إلى المعير؛ لأن استرداد القيمة كاسترداد العين^(٣).

ولو استعار عبداً، أو دابة ليرهنه، فاستخدم العبد، أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما، ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما، ثم قضى المال^(٤)، فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن، فلا ضمان على الراهن؛ لأنه قد برئ من الضمان حين رهنهما^(٥)، فإنه كان أميناً^(٦) خالف^(٧)، ثم عاد^(٨) إلى الوفاق.

وكذا إذا أفتك الرهن، ثم ركب الدابة، أو استخدم العبد فلم يعطب^(٩)، ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن؛ لأنه^(١٠) بعد الفكك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير؛ لانتهاء حكم الاستعارة بالفكك، وقد عاد إلى الوفاق، فيبرأ عن الضمان^(١١).

كذا هذا. (كفاية)

(١٥) قوله: "برقبته" أقول: كان الحق في التعليل أن يقال: لأن الحق تعلق بماليته، وقد أتلّفها بالإعتاق، إذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل إنما هو حق المرتهن، وحقه متعلق بماليته الرهن دون برقبته. (نت)

(١) المعير.

(٢) القيمة.

(٣) قوله: "لأن استرداد القيمة إلخ" يعني أن 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. (٤)

(٤) إلى المرتهن.

(٥) قوله: "لأنه قد برئ من الضمان" أي ضمان التعدي بالاستخدام والركوب، لا ضمان قضاء الدين، فإن المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين؛ لأن الراهن بعد ما قضى الدين لما ملك الرهن في يد المرتهن، فيرجع بما أدى إليه من الدين؛ لأن الرهن لما هلك في يد المرتهن، يصير مستوفياً حقه من ماليته الرهن، فيرد إلى الراهن ما اقتضاه من الدين، كيلا يتكرر الاستيفاء، فإذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن، يرجع المعير على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع به الإيفاء. (ك)

(٦) قوله: "فإنه كان أميناً إلخ" فإن قيل: أليس أن المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان، ما لم يصل العين إلى المالك، وهذا مستعير قد خالف، فكيف يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه، قلنا ثمة يد المستعير يد نفسه، فيالعود إلى المكان المشروط لا يصير راداً للعين على المالك لا حقيقة، ولا حكماً.

بخلاف المودع؛ لأن يده كيد المالك، فيالعود إلى الوفاق يصير راداً عليه حكماً، وما نحن بصدده نظير مسألة الردية؛ لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير، حتى لو هلك بعد ذلك، يصير دينه مقضياً، فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكماً، فلهذا برئ به من الضمان. (ك)

(٧) بأن أخذ منهما نفعاً غير الرهن.

(٨) بأرهنهما.

(٩) عطوب - بضمين - هلاك شدن. (م)

(١٠) مستعير.

(١١) قوله: "فيبرأ عن الضمان" لأن الرد إلى نائب المعير، وهو المستعير نفسه قد وجد؛ لأن الراهن الذي هو

وهذا بخلاف المستعير^(١)؛ لأن يده يد نفسه^(٢)، فلا بد من الوصول إلى يد المالك، أما المستعير في الرهن، فيحصل مقصود الأمر^(٣)، وهو الرجوع عليه عند الهلاك^(٤) وتحقق الاستيفاء.

قال^(٥): وجناية الراهن على الرهن مضمونة؛ لأن تفويت حق لازم محترم^(٦)، وتعلق مثله بالمال يجعل المالك، كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه^(٧) فيما وراء الثلث، والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته؛ ليشترى بها عبداً يقوم مقامه.

قال^(٨): وجناية المرتهن عليه^(٩) تسقط من دينه بقدرها^(١٠)، ومعناه^(١١): أن يكون الضمان على صفة الدين^(١٢)، وهذا لأن العين ملك المالك، وقد تعدى عليه المرتهن، فيضمنه للملكه.

قال: وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر، وهذا^(١٣) عند أبي حنيفة، وقالوا: جنابته على المرتهن معتبرة. والمراد بالجناية على النفس^(١٤) ما يوجب المال^(١٥)، أما الوفاقية^(١٦)؛ فلأنها جنابة

المستعير بعد الفكك مودع، والمودع يبرأ بالرد إلى الوفاق. (عناية)

(١) قوله: "وهذا بخلاف المستعير" أي إذا استعار عيناً ليتنفع بها، فخالف، ثم عاد إلى الوفاق، لم يبرأ عن الضمان. (ك)

(٢) لا يد المالك.

(٣) قوله: "فيحصل مقصود الأمر" يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن، فينبغي أن يجعل المستعير في الرهن بمعنى المودع، ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة رده إلى صاحبه، فيبرأ عن الضمان، وهو صحيح ظاهر، إذا كان الاستعمال قبل الرهن. (٤)

(٤) عند المرتهن.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) قوله: "حق لازم [أي حق المرتهن] محترم" وعنى باللازم أن لا يقدر على إسقاطه بانفراده، وبالمحترم أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله. (٤)

(٧) المريض.

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) رهن.

(١٠) جنابة.

(١١) أي معنى قول القدوري. (عيني)

(١٢) بأن يكون الدين دراهم ودينانير، أما إذا كان الدين مكيلاً فلا يسقط. (ك)

(١٣) أي كونها هدرًا.

المملوك على المالك، ألا ترى^(١) أنه لو مات^(٢)، كان الكفن عليه^(٣).
بخلاف جنایة المغصوب على المغصوب منه^(٤)؛ لأن الملك عند أداء الضمان
يثبت للغاصب مستنداً، حتى يكون الكفن عليه، فكانت جنایة على غير المالك^(٥)
فاعتبرت.

ولهما في الخلافية^(٦)، أن الجنایة حصلت على غير مالكة^(٧)، وفي الاعتبار
فائدة^(٨)، وهو دفع العبد إليه بالجنایة فتعتبر، ثم إن شاء الرهن والمرتهن أبطلا

(١٤) أى نفس الرهن أو نفس المرتهن.

(١٥) قوله: "ما يوجب المال" وهي ما إذا كانت الجنایة خطأ في نفس أو فيما دونها، أما الجنایة الموجبة للقصاص
فمعتبرة، أما على المرتهن فلا يشكل، وأما على الرهن؛ فلأن المستحق به دمه، والمولى من دمه كأجنبي آخر، ألا ترى أن
إقرار المولى عليه بالجنایة الموجبة للقصاص لا يصح، وبالجنایة الموجبة للمال يصح، وإقراره على نفسه بالجنایة الموجبة
للقصاص صحيح، وبالموجبة للمال باطل. (ك)

(١٦) قوله: "أما الوفاقية إلخ" يعنى أما وجه المسألة التي اتفقوا على حكمها، وهي أن جنایة الرهن على الرهن
هدر؛ لأنها جنایة المملوك على المالك فيما يوجب المال، بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه، وكل ما كان
كذلك، فهو هدر؛ لأن لو جنى على غيره، وجب على مولاه من ماله، فإذا وجب عليه شيء، وكان واجباً عليه له، وذلك
باطل، ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مالكة المغصوب منه، فإنها توجب الضمان، وأجاب عنه المصنف بما في الكتاب
بقوله: بخلاف إلخ. (عناية)

(١) توضيح لكون العبد مملوكاً وإن كان مرهوناً.

(٢) العبد المرهون.

(٣) رهن.

(٤) قوله: "بخلاف جنایة المغصوب" فإنها تعتبر عند أبي حنيفة، مع أن المغصوب مضمون على الغاصب، كما
أن المرهون مضمون على المرتهن؛ لأن الملك إلخ. (كف)

(٥) قوله: "فكانت [أى جنایة المغصوب على الغاصب] إلخ" أى فتبين أن العبد جنى على غير مالكة فاعتبرت،
وأما ضمان الرهن وإن تقرر على المرتهن، فلا يوجب الملك له في العين، ولهذا لو مات كان الكفن على الرهن، فلا يتبين
به أن جنایته كانت على غير مالكة، فلهذا كانت هدرًا، فالخاصل أن المرهون من حيث إنه مضمون المالية كالمغصوب،
ومن حيث إن عينه أمانة كالوديعة، فباعتبار أنه كالأمانة من وجه يجعل جنایته على المالك هدرًا، وباعتبار أنه كالمغصوب
يجعل جنایته على الضامن هدرًا. (ك)

(٦) أى جنایة الرهن على المرتهن. (ك)

(٧) قوله: "حصلت على غير مالكة [مرتهن]" إذ المرتهن غير مالك للعين، وحصولها على غير المالك يوجب
الضمان، كما إذا حصلت على أجنبي، فإن قيل: ماليته محتبسة بدینه، فلا فائدة في إيجاب الضمان، أجاب عنه بقوله:
وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجنایة، فيعتبر وإن كان يسقط حقه في الدين، فإن أبقاه رهنًا، وجعله بالدين لا
يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض صحيح في ملك العين، فيحصل له باعتبار الجنایة، وإن لم يكن له غرض في
ذلك، يترك لطلب الجنایة، ويبقيه رهنًا كما كان. (عناية)

(٨) قوله: "فائدة" لأن موجب اعتبار الجنایة الدفع إلى الجنى عليه، وللمرتهن غرض صحيح في تملك العبد، وإن
سقط دينه، فوجب أن يعتبر، وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه. (ك)

الرهن، ودفعاها بالجناية إلى المرتهن^(١)، وإن قال المرتهن: لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله.

وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية^(٢)؛ لأنها^(٣) حصلت في ضمانه، فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وجنائه على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها^(٤)؛ لأنه لا يملك العبد، وهو الفائدة^(٥).

وإن كانت القيمة^(٦) أكثر من الدين^(٧)، فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة^(٨)؛ لأن الفضل ليس في ضمانه، فأشبهه جناية العبد^(٩) الودیعة على المستودع، وعنه أنها لا تعتبر؛ لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه^(١٠) ثابت، فصار كالمضمون، وهذا^(١١) بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن، أو ابن المرتهن؛ لأن الأملاك^(١٢) حقيقة متباينة، فصار كالجناية على الأجنبي.

(١) قوله: "ودفعاها [فإن قبله المرتهن صار عبداً له، وبطل الدين. كف] الخ" فيه تسامح؛ لأن المرتهن يدفع العبد إلى نفسه، فلعله سماه دافعاً تغليياً. (عناية)

(٢) قوله: "كان عليه الخ" لأنه مخاطب هو أيضاً بالدفع، أو بالفداء كالراهن، فحينئذ كان حكم الدفع أو الفداء له، وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية واحدة، والقول به اشتغال بما لا يفيد، وذلك أن المرتهن في الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنائبه، ألا ترى أنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا، فكذا في الجناية عليه نجعل كالمالك، فلا يعتبر جنائبه عليه. (كفاية)

(٣) جناية.

(٤) قوله: "لأنه لا فائدة الخ" أي لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد يباع فيه، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة في اعتبار جنائبه على ماله، فلهذا لا يعتبر. (ك)

(٥) أي تملك العبد.

(٦) أي قيمة الرهن.

(٧) أي دين المرتهن.

(٨) قوله: "أنه يعتبر [أي جناية الرهن على مال المرتهن] الخ" فلو كان قيمته ألفين، والدين ألف، فالنصف منه أمانة ههنا، وجناية الودیعة على المودع معتبرة، فيقال للراهن ادفعه أو أفضأه، فإن دفعه وقبل المرتهن، صار عبداً للمرتهن، فيسقط الدين؛ لأنه يكون كالهالك في يده في حكم سقوط الدين، كما لو جنى على أجنبي ودفعاها به، وإن فداها كان على الراهن نصف الفداء حصاة الأمانة، وعلى المرتهن نصف الفداء حصاة المضمون، فتسقط حصته؛ لأنه لا يستوجب على نفسه ديناً، ويستوفى من الراهن حصته من الفداء، ويكون الفداء رهناً على حاله. (رد المحتار)

(٩) فإنها تعتبر.

(١٠) أي في الفضل.

(١١) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا. (٤)

(١٢) بين الأب والابن. (٤)

قال^(١): ومن رهن عبداً يساوى ألفاً بألف إلى أجل^(٢)، فنقص في السعر^(٣)، فرجعت قيمته إلى مائة، ثم قتله رجل، وغرم قيمته مائة، ثم حل الأجل، فإن المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء.

وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا^(٤)، خلافاً لزر، هو يقول: أن المالية قد انتقصت^(٥)، فأشبهه انتقاص العين^(٦).

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك لا يعتبر في البيع، حتى لا يثبت به الخيار^(٧)، ولا في الغصب^(٨) حتى لا يجب الضمان، بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه^(٩) يتقرر الاستيفاء^(١٠) فيه^(١١)، إذ اليد^(١٢) يد الاستيفاء.

وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر، بقى مرهوناً بكل الدين، فإذا قتله حر، غرم قيمته مائة؛ لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الإتلاف؛ لأن الجابر بقدر الفاتئ، وأخذ المرتهن؛ لأنه بدل^(١٣) المالية^(١٤) في حق المستحق، وإن^(١٥) كان مقابلاً بالدم على أصلنا، حتى^(١٦) لا يزداد^(١٧) على دية الحر؛ لأن المولى^(١٨) استحقه

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) كذا في "الجامع الصغير".

(٣) نرخ.

(٤) قوله: "لا يوجب إلخ" نقصان القيمة بتراجع السعر بعد ما قبض الرهن ليس بمعتبر، فلا يوجب سقوط الدين، ولهذا لو نقص به، وهو باق على حاله، فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن إلى الراهن. (عناية)

(٥) في يد المرتهن.

(٦) في يد المرتهن.

(٧) قوله: "لا يثبت به الخيار" يعني إذا تغير سعر المشتري قبل القبض، لا يثبت الخيار. (كفاية)

(٨) يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب. (كف)

(٩) مرهون.

(١٠) أى استيفاء المرتهن.

(١١) رهن.

(١٢) أى يد المرتهن.

(١٣) أى قيمة العبد المقتول.

(١٤) أى مالية العبد.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) تفريم على كون قيمة العبد المقتول مقابلاً بالدم.

(١٧) القيمة.

بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قام مقامه.
ثم لا يرجع^(١) على الراهن بشيء؛ لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر^(٢)، وقيمته كانت في الابتداء ألفاً، فيصير^(٣) مستوفياً للكل من الابتداء، أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً^(٤) الألف بمائة؛ لأنه يؤدي إلى الربا^(٥)، فيصير^(٦) مستوفياً المائة، وبقي تسع مائة في العين، فإذا هلك^(٧) يصير^(٨) مستوفياً تسع مائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفياً الكل بالبعد؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا.

قال^(٩): وإن كان أمره^(١٠) الراهن أن يبيعه^(١١)، فباعه بمائة، وقبض^(١٢) المائة

(١٨) دليل لقوله لأنه بدل المالية إلخ . (ك)

(١) المرتهن.

(٢) الاستيفاء.

(٣) المرتهن.

(٤) قوله: "أو نقول إلخ" دليل آخر، لئى لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفياً للألف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن، وجعلت رهنًا مكانه؛ لأنه يؤدي إلى الربا، فيصير مستوفياً المائة، بقي تسع مائة في العين، فإذا هلك يصير مستوفياً تسع مائة بالهلاك، والباقي ظاهر.

واعلم أن صورة المسألة ههنا ثلاث، تراجع قيمة الرهن من ألف إلى مائة مع قيام عينه بحاله، وقتل الحر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع، وضمنان قيمته مائة، وقتل عبد العبد المرهون فدفعه رهنًا به، وأقوال العلماء فيها أيضاً: ثلاثة، أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فحكم الصورة الأولى والثالثة واحد، وهو أن الراهن يفتكها لجميع الدين بلا خيار. وقول محمد في الأولى كقولهما: وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى، وبين أن يسلمه إلى المرتهن بماله كالثانية على ما يذكره. وقول زفر: إن حكم الصورة الأولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها المائة، ويسقط عنه التسع مائة قياساً على الصورة الثانية، فإن حكمها أن التسع مائة ساقط عن الراهن بالاتفاق، وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الأجل، ووجه هذه الأقوال مذكورة في الكتاب. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه يؤدي إلى الربا" لأن المائة يجوز أن يكون بمقابلتها أكثر من مائة، فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة، فلماذا لو كان القاتل عبداً قيمته مائة، فدفع مكانه، يكون رهنًا بألف درهم، كأول عندنا على ما يجيء؛ لأن ذلك يجوز أن يكون بمقابلة ألف درهم شراءً، فكذلك حبساً بالدين، ويتوهم استيفاء جميع الدين من ماليته، بأن يزداد قيمته، حتى إن الحر القاتل لو غرم قيمته عشرة دنانير، فإنه يبقى جميع الدين باعتباره؛ لأنه يتوهم استيفاء جميع الدين منه، بأن يغر الدنانير حتى يبلغ قيمة هذه الدنانير ألف درهم. (ك)

(٦) المرتهن.

(٧) المرهون.

(٨) المرتهن.

(٩) كذا في "الجمع الصغير". (عيني)

(١٠) المرتهن.

(١١) أى العبد المرهون الذي تراجع قيمته إلى النقصان.

قضاء من حقه، فيرجع بتسع مائة؛ لأنه^(١) لما باعه بإذن الراهن صار^(٢) كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، ولو كان كذلك يبطل الرهن، ويبقى الدين، إلا بقدر ما استوفى^(٣)، كذا هذا.

قال^(٤): وإن قتل عبد^(٥) قيمته مائة، فدفعت مكانه افتكته^(٦) بجميع الدين، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: هو^(٧) بالخيار، إن شاء افتكته بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله^(٨).

وقال زفر: يصير رهناً بمائة، له أن يد الرهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك، إلا أنه^(٩) أخلف^(١٠) بدلا بقدر العشر، فيبقى الدين بقدره.

ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً^(١١)، ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر، لا يسقط شيء من الدين عندنا؛ لما ذكرنا^(١٢)،

(١٢) مرتهن.

(١) مرتهن.

(٢) فصار المرتهن وكيل الراهن. (ك)

(٣) مرتهن.

(٤) كذا في "الجامع الصغير".

(٥) قوله: "وإن قتلته [أي قتل العبد الذي يساوى ألفاً وهو رهن بألف ولم يراجع سعره. ك] إلخ" عطف على قوله: ثم قتلته رجل، والظاهر المتبادر أن ضمير قتلته في المعطوف راجع إلى ما رجع إليه ضمير قتلته في المعطوف عليه، ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع إلى العبد المرهون الذي نقص في السعر، فكذلك الضمير الذي في المعطوف، كما ذهب إليه أصحاب "النهاية" و"معراج الدراية" و"غاية البيان". وإن أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه إلى ما رجع إليه ضمير المعطوف عليه، فلا أقل من إرجاعه إلى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه، وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله، ولو كان تراجع سعره إلخ، عن شائبة التكرار. وأما إرجاع الضمير في المعطوف إلى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر، فما لا يساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العبرية. (نت)

(٦) الراهن.

(٧) راهن.

(٨) أي بديته، ولا شيء عليه.

(٩) مرتهن.

(١٠) قوله: "أخلف" الإخلاف بدل گرفتن از چیزی، كذا في "تاج البيهقي"، وفي "منتهى الأرب" أخلف فلان لنفسه. رفت از فلان چیزی، پس بجای آن چیزی دیگر گرفت.

(١١) قوله: "لحماً ودماً" يعني صورة ومعنى، أما صورة فظاهر، وأما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية، والشرع يعتبره حراً من حيث الآدمية دون المالية، ألا ترى إلى استواءهما في حق القصاص، فكذا في حق الدفع. (ع)

فكذلك إذا قام المدفوع^(١) مكانه .

ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن ، فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض^(٢) ، والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب ، يخير المشتري والمغصوب منه ، كذا هذا .

ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لقيام الثاني مقام الأول^(٣) لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر ، وعين الرهن أمانة^(٤) عندنا ، فلا يجوز تمليك^(٥) منه^(٦) بغير رضاه^(٧) ، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي ، وإنه منسوخ^(٨) .

بخلاف البيع ؛ لأن الخيار فيه^(٩) حكمه الفسخ ، وهو مشروع ، وبخلاف الغصب ؛ لأن تملكه^(١٠) بأداء الضمان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره^(١١) ، حتى صار يساوي مائة ، ثم قتله عبد يساوي مائة ، فدفع به ، فهو على هذا الخلاف .

_____ وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ ، فضمن الجناية على المرتهن^(١٢) ، وليس له أن يدفع ؛ لأنه لا يملك التمليك .

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" إشارة إلى قوله: ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلخ. (٤)

(١) أي الثاني.

(٢) قوله: "كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب" أي قتلها عبد ودفع مكانهما، وإنما قيد فيهما بالقتل؛ لأن سعرهما لو نقص مما كان عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري والمغصوب منه، بل يأخذهما من غير خيار، أما لو قتلها عبد فدفع مكانهما يتخير المشتري بين أن يأخذ المدفوع بكل الثمن، وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع، وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع، وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المغصوب. (ك)

(٣) ولذا افتكّه بجميع الدين لا بالمائة.

(٤) عند المرتهن.

(٥) فلذا لا خيار للراهن.

(٦) أي من المرتهن.

(٧) مرتهن.

(٨) يعني بقوله عليه السلام: «لا يقلت الرهن».

(٩) أي حكم الخيار فيه الفسخ. (كف)

(١٠) غاصب.

(١١) قوله: "ولو كان إلخ" هذا تكرر لا محالة؛ لأن وضع المسألة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة، فقتله عبد قيمته مائة، فدفع به، وقد ذكر الخلاف فيه، فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه، فهو على هذا الخلاف. (نت)

(١٢) قوله: "فضمن الجناية [لأن العبد في ضمانه، فيقال للمرتهن أفد العبد من الجناية. ك] على المرتهن" يعني إذا كانت القيمة والدين سواء، أما إذا كانت القيمة أكثر فيأتي، وإنما كانت الجناية عليه؛ لأن العبد في ضمانه. (ع)

قوله: "على المرتهن" وإنما بدى بالمرتهن؛ لأننا لو خاطبنا الراهن من الجائر أن يختار الدفع، فيمنعه المرتهن من ذلك؛ لأن له أن يقول: أنا أفدى حتى أصلح رهنى. (ك)

ولو فدى طهر المحل^(١)، فبقى الدين^(٢) على حاله، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء؛ لأن الجنایة حصلت في ضمانه، فكان عليه إصلاحها.

ولو أبى المرتهن أن يفدى^(٣)، قيل للراهن إ دفع العبد^(٤)، أو أفده بالدية؛ لأن الملك في الرقبة قائم له، وإنما إلى المرتهن الفداء؛ لقيام حقه، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجنایة، ومن حكمها^(٥) التخيير بين الدفع^(٦) والفداء.

فإن اختار الدفع، سقط الدين^(٧)؛ لأنه^(٨) استحق لمعنى^(٩) في ضمان المرتهن، فصار كالهلاك^(١٠)، وكذلك إن فدى؛ لأن العبد كالحاصل له^(١١) بعوض كان على المرتهن^(١٢)، وهو الفداء.

بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً، أو استهلك ما لا حيث يخاطب الراهن بالدفع^(١٣)، أو الفداء في الابتداء؛ لأنه غير مضمون على المرتهن^(١٤)، فإن دفع^(١٥) خرج من الرهن، ولم يسقط شيء من الدين، كما لو هلك^(١٦) في الابتداء، وإن فدى فهو رهن^(١٧) مع أمه على حالهما^(١٨).

(١) مرهون.

(٢) أى دين المرتهن.

(٣) الفداء: سر بها دادن درستن.

(٤) إلى ورثة المقتول.

(٥) جنایة.

(٦) أى دفع العبد.

(٧) أى دين المرتهن.

(٨) عبد.

(٩) قتل.

(١٠) قوله: "فصار كالهلاك" والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن. (ك)

(١١) فكأنه اشترى من ولى الجنایة. (كف)

(١٢) قوله: "بعوض كان على المرتهن" وإذا كان على المرتهن، فقد آداه الراهن، فيجب للراهن على المرتهن مثل ما

أدى إلى ولى الجنایة، وللمرتهن على الراهن دين، فالتقيا قصاصاً، فيسلم الرهن للراهن، ولا يكون الراهن متبرعاً في أداء الفداء؛ لأنه يسعى في تخليص ملكه كمعير الراهن. (ك)

(١٣) أى ذى حق.

(١٤) فإنه ما ورد عليه العقد قصداً.

(١٥) أى المولى. (كف) ولد الرهن إلى ذى حق.

(١٦) ولد الرهن.

(١٧) ولد الرهن.

ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته، فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد، فدينه على حاله، كما في الفداء^(١)، وإن أبي قيل للراهن: بعه في الدين، إلا أن يختار أن يؤدي عنه، فإن أدى بطل دين المرتهن، كما ذكرنا في الفداء، وإن لم يؤد، وبيع العبد فيه، يأخذ صاحب دين العبد دينه؛ لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وحق ولي الجنایة^(٢)؛ لتقدمه على حق المولى^(٣).

فإن فضل شيء^(٤)، ودين^(٥) غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر، فالفضل للراهن، وبطل دين المرتهن؛ لأن الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن، فأشبهه الهلاك^(٦)، وإن كان دين العبد أقل^(٧)، سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد، وما فضل من دين العبد^(٨)، يبقى رهناً كما كان.

ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل، وإن كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ^(٩) الثمن، ولم يرجع^(١٠) بما بقى على أحد، حتى يعتق العبد؛ لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق

(١٨) كما كانا.

(١) في باب الجنایة. (كف)

(٢) قوله: "وحق ولي الجنایة" بالجر عطف على دين المرتهن، یعنی أن دين العبد مقدم على دين المرتهن، وعلى حق ولي الجنایة أيضاً، حتى لو جنى العبد المديون، دفع إلى ولي الجنایة، ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات، كذا في "العناية" تبعاً للنهابة، وقال في "الكفاية" ومقدم على ولي الجنایة، لأنه وإن دفع على ولي الجنایة أولاً، لكن إذا بيع لم يبق للدفع أثر. (مل)

(٣) قوله: "لتقدمه على حق المولى [وهو رقبة العبد]" أي لتقدم دين العبد على حق المولى، فإذا كان مقدماً على حق المولى كان مقدماً على حق من يقوم مقامه، وهو المرتهن، وولي الجنایة، فإن المرتهن يقوم مقام المولى في المالية، وولي الجنایة في ملك العين. (٤)

(٤) قوله: "فإن فضل شيء إلخ" أقول: فيه شيء، وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله: فإن فضل شيء إلخ، من متفرعات المسألة السابقة، وهى قوله: ولو استهلك العبد المرهون مالا إلخ، ولا يذهب على ذى مسكة أن المال المستهلك إذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذى يبيع، اللهم إلا أن يكون قوله فإن فضل شيء إلخ، مسألة مبينة للمسألة الأولى مقابلة، لا أنها متفرعة عليها، ويكون الفاء في قوله فإن فضل إلخ مجرد الترتيب الذكري، كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضاً على ما عرف في علم الأدب. (مشايخ الأفكار)

(٥) الواو حالية.

(٦) عند المرتهن.

(٧) من دين المرتهن.

(٨) أى بعد أداء دين العبد.

(٩) غريم.

(١٠) غريم.

برقبته، وقد استوفيت^(١)، فيتأخر^(٢) إلى ما بعد العتق.

ثم إذا أدى^(٣) بعده^(٤) لا يرجع على أحد؛ لأنه وجب عليه^(٥) بفعله، وإن كانت قيمة العبد ألفين، وهو رهن بألف، وقد جنى العبد، يقال لهما^(٦): افدياه؛ لأن النصف منه مضمون، والنصف أمانة، والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن، فإن أجمعا على الدفع دفعاه، وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن^(٧)؛ لما بيناه^(٨)، وإنما منه الرضى به^(٩)، فإن^(١٠) تشاحا^(١١)، فالقول لمن قال: أنا أفدى، راهنا كان أو مرتها. أما المرتهن فلا أنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن^(١٢)، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن، وكذا في جنابة ولد الرهن إذا قال المرتهن: أنا أفدى له ذلك، وإن^(١٣) كان المالك يختار الدفع؛ لأنه إن لم يكن مضمونا، فهو محبوس بدينه^(١٤)، وله في الفداء غرض صحيح^(١٥)، ولا ضرر على الراهن، فكان له أن يفدى.

(١) أى الرقبة؛ فإنها قد بيعت.

(٢) الحق.

(٣) العبد.

(٤) عتق.

(٥) عبد.

(٦) رهن ومرتهن.

(٧) قوله: "والدفع [أى دفع العبد] لا يجوز إلخ" لأن الدفع تمليك، وهو لا يملك التملك، والمراد به أن الراهن دفع، ورضى به المرتهن. (كف)

(٨) وهو قوله: لأنه لا يملك التملك.

(٩) دفع.

(١٠)

(١١) قوله: "فإن تشاحا [أى تحالفا]" بأن قال المرتهن: أنا أفدى، وقال الراهن: أنا أدفع، أو على العكس. (ك) قوله: "تشاحا" تشاحا على الأمر از باب تفاعل بخيلي كردند بكارى، يعنى نخواستند كه فوت شود آن امر، تشاح القوم فى الأمر: بخيلي كردند قوم بعضى از انها بر بعضى از خوف فوت آن كار. (تج)

(١٢) قوله: "فلا أنه ليس إلخ" أى لأن الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن، والمرتهن لا يسقط حق الراهن، بل يحفظ حق نفسه من غير ضرر بالراهن، فكان اختياره الفداء أولى. (كف)

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) حتى لو مات لا يسقط من دين المرتهن شيء.

(١٥) قوله: "وله في الفداء غرض صحيح" وهو زيادة التوثيق لاستيفاء دينه. (ك)

وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع^(١)؛ لما بينا^(٢)، فكيف يختاره، ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن؛ لأنه يمكنه^(٣) أن لا يختاره^(٤)، فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً^(٥)، وهذا على ما روى عن أبي حنيفة^(٦)، أنه لا يرجع مع الحضور، وسنين القولين إن شاء الله تعالى^(٧).

ولو أبي المرتهن أن يفدى، وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه؛ لأن سقوط الدين أمر لازم فدى^(٨)، أو دفع، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين، أو أكثر، بطل الدين، وإن كان أقل^(٩) سقط من الدين بقدر نصف الفداء، وكان العبد رهناً بما بقي؛ لأن الفداء

(١) قوله: "وأما الراهن إلخ" أى لو قال الراهن أنا أفدى، وقال المرتهن أنا أدفع، فليس الدفع إلى المرتهن، ولا فائدة أيضاً في اختيار المرتهن الدفع؛ لأنه يسقط دينه بالدفع، كما يسقط بالفداء، وفي الدفع أسقاط حق الراهن في الرقبة، وله غرض صحيح في استبقاء الرقبة بالفداء، فكان في اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض الآخر من غير فائدة، فلا يعتبر. (ك)

(٢) من أنه لا يملك التملك.

(٣) قوله: "لأنه يمكنه إلخ" أى لأنه كان يقدر أن لا يلتزم الفداء، حتى يخاطب الراهن، فلما التزمه والحال هذه صار متبرعاً. (كف)

(٤) فداء.

(٥) أى يمكن أن يخاطب الراهن.

(٦) قوله: "وهذا على ما روى إلخ" فى "المبسوط" أبو حنيفة يقول: المرتهن أحد من يطالب بالفداء في هذه الحالة، فلا يكون متبرعاً فيه كالراهن، وهذه النقطة تقتضى أن لا يكون متبرعاً حالة الحضور أيضاً، وروى عنه على عكس هذا، أنه لا يصير متبرعاً حالة الحضر، ويكون متبرعاً حالة الغيبة؛ لأن المرتهن لا يخاطب بالدفع حال غيبة الراهن، ولا يمكنهم الأخذ منه، فيكون متبرعاً في الفداء وحالة الحضرة، فالجنى عليه يخاطبها بالدفع أو الفداء، فلا يتوصل إلى الحبس إلا بالفداء، فلا يكون متبرعاً كصاحب العلو إذا بنى السفلى، ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعاً، فهذا مثله. (ك)

(٧) قوله: "وسنين القولين" أى قول أبي حنيفة وقول مخالفه، وهو ما ذكر بعد هذا بخطوط في قوله: ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائباً، لم يكن متطوعاً، وهو قول أبي حنيفة إلخ. (ك)

(٨) قوله: "لأن سقوط الدين أمر لازم [يعنى أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما، وأيهما كان سقط الدين. عناية]" لأن موجب الحماية الدفع أو الفداء، وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر فى الكتاب، أنه إن اختار الدفع سقط الدين؛ لأنه استحق معنى فى ضمان المرتهن، فصار كالهلاك، وكذلك إذا فدى؛ لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن، وهو الفداء، فيكون سقوط الدين من اللوازم، فلم يتمكن الراهن من الخروج عن موجب الحماية. إلا وسقوط دين المرتهن يلازمه، فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعاً؛ لأنه قصد به تطهير ملكه عن الحماية، وهو محتاج إلى ذلك، فلا يكون متبرعاً فى نصيب المرتهن، كعمير الرهن إذا قضى الدين، ثم إن رد عليه المرتهن نصف الفداء، بقى مرهوناً، كما لو فدياه، وإن أبى ذلك، ونصف الفداء مثل الدين أو أكثر فقد خرج من الرهن؛ لأن المرتهن حين أبى الفداء رضى بإتواءه، فيجعل فى حقه كأنه هلك. (ك)

(٩) من الدين.

فی النصف كان علیه، فإذا أذاه الراهن، وهو^(١) ليس بمتطوع كان له الرجوع علیه، فیصير قصاصاً بدينه^(٢)، كأنه^(٣) أوفى نصفه^(٤)، فبقي^(٥) العبد رهناً بما بقي.

ولو كان المرتهن فدى، والراهن حاضر، فهو متطوع، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً^(٦)، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر: المرتهن متطوع فى الوجهين؛ لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، فأشبهه الأجنبى.

وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن، فقد تبرع كالاجنبى، فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك^(٧) إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعاً.

قال^(٨): وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن، وقضى الدين^(٩)؛ لأن الوصى قائم مقامه، ولو تولى الوصى^(١٠) حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن، فكذا لو وصيه.

وإن لم يكن له وصى نصب القاضى له وصياً، وأمره ببيعه؛ لأن القاضى نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم، والنظر فى نصب الوصى، ليوذى^(١١) ما عليه لغيره، ويستوفى^(١٢) ماله من غيره.

وإن كان على الميت دين، فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرماءه، لم يجز، وللآخرين أن يردوه؛ لأنه^(١٣) أثر^(١٤) بعض الغرماء بالإيفاء الحكمى^(١٥)، فأشبهه

(١) الواو حالية.

(٢) مرتهن.

(٣) مرتهن.

(٤) بعضه. (كف) أى نصف دينه.

(٥) أى نصف دينه.

(٦) قوله: "وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً" ذكر الغيبة مطلقاً، وكذا فى "الإيضاح" و"المبسوط"، وشرط فى "الأسرار": أن يكون الغيبة منقطعة. (كفاية)

(٧) أى إصلاح المضمون.

(٨) أى القلدورى. (عينى)

(٩) الذى على الراهن.

(١٠) تصرف.

(١١) الوصى.

(١٢) الوصى.

الإيثار^(١) بالإيفاء الحقيقي.

فإن قضى^(٢) دينهم قبل أن يردوه جاز^(٣)؛ لزوال المانع لوصول حقهم إليهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن، اعتباراً بالإيفاء الحقيقي، وبيع في دينه^(٤)؛ لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده.

وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز^(٥)؛ لأنه^(٦) استيفاء، وهو^(٧) يملكه.

قال رضى الله تعالى عنه^(٨): وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا، إن شاء الله تعالى.

فصل^(٩)

قال^(١٠): ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة، فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة^(١١)، فهو رهن بعشرة^(١٢)؛ لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن^(١٣)، إذ

(١٣) (وصى)

(١٤) إيثار: بر كزيدن. (م)

(١٥) قوله: "بالإيفاء الحكيمى" لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حكماً. (ك)

(١) أى إيثار بعض الغرماء.

(٢) الوصى.

(٣) الرهن.

(٤) غريم.

(٥) قوله: "جاز" أى عقد الرهن، وهذا كالراهن إذا باع لا ينفذ يبعه لحق المرتهن، وإن قضى الراهن دينه، ينفذ البيم. (ك)

(٦) ارتهان.

(٧) الوصى.

(٨) أى المصنف.

(٩) قوله: "فصل" هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة فى أواخر الكتب، فلهذا أخره استدراكاً؛ لما فات

فيما سبق. (نت)

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) قوله: "ثم صار خلا يساوى عشرة" ولم ينقص مقداره، وإن نقص سقط من الدين بقدره، ولا يعتبر بنقصان

القيمة؛ لأن الفئات مجرد الوصف، وبفواته فى المكيل والموزون لا يسقط شىء من الدين عندهم. (ع)

(١٢) قوله: "فهو رهن بعشرة" ذكر صاحب "المحيط": هذا إذا لم ينقص من الوزن شىء، فأما إذا نقص سقط من

الدين بقدر النقصان، ويكون هو رهناً بما بقى من الدين، وقوله: "ثم صار خلا يساوى عشرة، هذا القيد وقع اتفاقاً؛ لأن

انتقاص القيمة لا يوجب سقوط شىء من الدين إذا بقى القدر على حاله، كما لو انكسر القلب وبقى الوزن على حاله. (ك)

(١٣) قوله: "يكون محلاً إلخ" اعلم أن العصير المرهون إذا تخمر، فإما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين، أو

كافرين، أو يكون الراهن وحده مسلماً أو بالعكس، فإن كانا كافرين، فالرهن بحاله تخلل، أو لم يتخلل، وفى الأقسام

المحلية بالمالية فيهما، والخمر وإن^(١) لم يكن محلاً للبيع ابتداءً، فهو محل له بقاء^(٢)، حتى إن من اشترى عصيراً، فتخمر قبل القبض، يبقى العقد^(٣)، إلا أنه^(٤) يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب^(٥).

ولو رهن شاة، قيمتها عشرة عشرة فمات، فدبغ^(٦) جلدها، فصار يساوي درهماً، فهو رهن بدرهم^(٧)، لأن الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا حيى بعض المحل يعود

الباقية إن تخلل فكذلك، وإليه يلوح إطلاق المصنف، حيث قال: ثم صار خلا أى بنفسه، وإن لم يتخلل بنفسه، فهل للمرتهن أن يخلله أولاً ففيه تفصيل، إن كان الراهن مسلماً جاز تخليله؛ لأن المالية وإن تلفت بالتخمير بحيث لا يضمن، وذلك يسقط الدين، لكن إعادتها ممكنة بالتخليل، فصار كتخليص الراهن من الجنابة.

وإذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمال بالنسبة إليهم، فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى؛ لأنها مال بالنسبة إليه، وإذا كان الراهن كافراً، فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله، وليس للمرتهن المسلم تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خللها؛ لأنه صار غاصباً بما صنع، كما لو غصب خمر ذمى، فخللها، فالحل له، ويقع المقاصة إن كان دينه من جنس القيمة، ويرجع بالزيادة إن نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه. (٤٦)

(١) الواو وصلية.

(٢) قوله: "فهو محل له إلخ" لقائل أن يقول: ما يرجع إلى المحل، فالابتداء والبقاء فيه سواء، فما بال هذا تخلف عن ذلك الأصل، ويمكن أن يجاب عنه، بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً، وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف، فذلك تخلف عن هذا الأصل. (٤٦)

(٣) قوله: "يبقى العقد إلخ" وذلك لأن الخمر مال، إلا أنه ليس بمتقوم، فبالنظر إلى جهة المالية يقتضى المحلية، والنظر إلى أنه ليس بمتقوم يقتضى انعدام المحلية، فعملنا بالشبهين، فقلنا: بأنه ليس بمحل ابتداءً، وأنه محل بقاء، ولم يقل بالعكس؛ لأن ما يكون محلاً للابتداء، فهو محل للبقاء، فإن البقاء أسهل من الابتداء، فلا يمكن اعتبار الشبهين. (ك)

(٤) مشترى.

(٥) بعد البيع قبل القبض، فللمشترى الخيار.

(٦) المرتهن.

(٧) قوله: "فهو رهن بدرهم" هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وأما إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهمن، كان الجلد رهناً بدرهمن، وإنما يعرف هذا، فيما إذا نظر إلى قيمة الجلد، وإلى قيمة اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمة اللحم تسعة، وقيمة الجلد درهماً، كان الجلد رهناً بدرهم، وإنما يعرف إذا نظر إلى قيمة الشاة حية وإلى قيمتها مسلوخة، فإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة تسعة، علم أن قيمة الجلد درهم يوم الرهن؛ لأنه بإزاء كل درهم من الشاة درهم من الدين، فيسقط من الدين تسعة، ويبقى الجلد رهناً بدرهم.

وإن كانت قيمتها حية عشرة، وقيمتها مسلوخة ثمانية، علم أن قيمة الجلد درهمان، فيكون الجلد رهناً بدرهمن، وإنما وجب النظر إلى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة؛ لأن الأصل أن قيمة الرهن، إنما تعتبر يوم الارتهان، هذا الذى ذكرنا فيما إذا كانت قيمة الشاة مثل الدين، أما إذا كانت قيمة الشاة أكثر من الدين، بأن كانت قيمة الشاة عشرين، وقد دبغ الجلد، فإنه ينظر إلى قيمة الجلد وإلى اللحم يوم الارتهان، فإن كانت قيمته يوم الارتهان درهماً، بأن كانت قيمتها حية عشرين، ومسلوخة تسعة عشر، علم أن قيمة الجلد كانت درهماً، فتكون رهناً بنصف درهم؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين، فيكون الجلد رهناً بنصف درهم، ويسقط بإزاء اللحم تسعة ونصف.

وإن كانت قيمة الشاة أقل من الدين، بأن كانت قيمتها خمسة، وقد دبغ الجلد، وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهماً، فقد ذهب من الدين أربعة، والجلد رهن بستة؛ لأن الخمسة من الدين كانت باقية، وبمقابلة الخمسة الأخرى كانت

حكمه^(١) بقدره، بخلاف ما إذا ماتت^(٢) الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع؛ لأن البيع يتقضى بالهلاك قبل القبض والمتقضى لا يعود، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه، ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع، ويقول: يعود البيع.

قال^(٣): ونماء الرهن للراهن، وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف؛ لأنه متولد من ملكه، ويكون رهناً^(٤) مع الأصل؛ لأنه تبع له، والرهن حق لازم^(٥)، فيسرى إليه. فإن هلك يهلك بغير شيء؛ لأن الأتباع لا قسط^(٦) لها مما يقابل بالأصل؛ لأنها^(٧) لم تدخل^(٨) تحت العقد^(٩) مقصوداً؛ إذ اللفظ^(١٠) لا يتناولها.

وإن هلك الأصل، وبقي النماء افتكّه الراهن بحصته^(١١)، يقسم الدين على قيمة

الشاة مرهونة، فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهب، وهو الخمسة، وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة، وهو درهم، وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين، فلهذا كان الجلد مرهوناً بما بقي من الدين وهو ستة، ولم يعد أربعة؛ لأنها كانت بإزاء اللحم، ولم يزل التسوى عن اللحم، وقد كان بقي عليه من الدين خمسة، فكان الباقي من الدين ستة، فصار الجلد رهناً بستة مضموناً بإزاء درهم، فإذا هلك الجلد بعد ذلك، هلك بدرهم واحد، فيرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين. ثم هذا الذي ذكره محمد: أن الجلد يصير رهناً بما يخصه من الدين، لا يشكل إذا حصل دبغ الجلد من المرتهن بشيء لا قيمة له، بأن تربه أو شمسه؛ لأنه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئاً، حتى يستحق حبس الجلد، فأما إذا حصل الدبغ بماله قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه، كما لو غصب جلد ميتة، ودبغه بشيء له قيمة. (ك)

(١) راهن.

(٢) عند البائت.

(٣) أى القدرى. (عيني)

(٤) على معنى أنه يحبس كما يحبس الرهن. (ك)

(٥) قوله: "حق لازم [أى متأكد بحيث لا اختيار فيه. ك]" ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله، بخلاف ولد الجارية الجنانية، حيث لا يسرى حكم الجنابة إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء. (مل)

(٦) بهره.

(٧) أتباع.

(٨) فلا يكون لها قسط مما يقابل بالأصل. (ك)

(٩) أى العقد الوارد على الأصل مقصوداً. (ك)

(١٠) أى لفظ الجارية، أو الشاة. (حميدية)

(١١) قوله: "حصته" أى بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصوداً بالفكك، والتبع إذا صار مقصوداً يكون له قسط، كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصوداً بالقبض، صار له حصته، حتى إذا هلكت الأم قبل القبض، وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذ الولد بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن. (زيلعي)

الرهن يوم القبض، وقيمة النماء يوم الفكك؛ لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير^(١) مقصودة^(٢) بالفكك، إذا بقى إلى وقته، والتبع يقابله شيء^(٣)، إذا صار مقصوداً، كولد المبيع^(٤)، فما أصاب الأصل يسقط من الدين؛ لأنه يقابله الأصل مقصوداً، وما أصاب النماء افتكّه الراهن؛ لما ذكرنا^(٥)، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج^(٦)، وقد ذكرنا بعضها في "كفاية المنتهى" وتامه في "الجامع" و"الزيادات"^(٧).

ولو رهن شاة بعشرة، وقيمتها عشرة، وقال الراهن للمرتهن: أحلب الشاة، فما حلبت فهو لك حلال، فحلب وشرب، فلا ضمان عليه في شيء من ذلك.

أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر^(٨)؛ لأنها إطلاق، وليس بتملك^(٩)، فتصح مع الخطر، ولا يسقط شيء من الدين؛ لأنه أتلفه بإذن المالك^(١٠).

فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت^(١١) في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي

شرب وعلى قيمة الشاة، فما أصاب الشاة سقط، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن^(١٢)؛ لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن، والفعل حصل بتسليط

(١) قوله: "تصير" وذلك لأن الزيادة لا تصير مقصودة إلا بفعل حسي، كما ذكرنا، ولا فعل ههنا سوى الفكك، فيصير مقصوداً به. (ك)

(٢) لأنه إنما صار مضموناً به، إذ لو هلك قبله هلك مجاناً. (ع)

(٣) والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكك، فيخصه شيء من الدين. (عناية)

(٤) فإنه لا حصه له من الثمن إلا إذا صار مقصوداً بالقبض. (ك)

(٥) قوله: "لما ذكرنا" أي لكونه مقصوداً بالفكك، وتفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفاً، والولد يساوي ألفاً، فالدين نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء، ويبقى الدين بإزاء الأم، وإن ماتت الأم، وبقي الولد، فإن افتكّه افتكّه بنصف الدين، وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء، وذهب كل الدين بموت الأم. (ك)

(٦) يعني قسمة الدين على قيمتها يوم القبض، وقيمتها يوم الفكك. (ع)

(٧) وفيه كثرة وتطويل، أعرض عنه المصنف. (عيني)

(٨) قوله: "فيصح تعليقها بالشرط" يريد بأنه قوله: فما حلبت فإن كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخل الفاء في خبرها. (عناية)

(٩) ولو كان تملكاً لما تعلق بالشرط.

(١٠) قوله: "لأنه أتلفه إلخ" ولو فعل ذلك بغير إذن الراهن وجب عليه الضمان، فيكون رهناً عند المرتهن ومحسوباً بالدين مع الشاة، وكذلك لو فعل الراهن ذلك بنفسه بغير إذن المرتهن، ضمن قيمته، ويكون القيمة رهناً عند المرتهن مع الشاة، ثم التقييد بالشاة إنما يظهر فائدته في جانب الضمان فيما إذا حلبها بغير إذنه، حتى إن المرهون لو كان أمة، فأرضعت صبي المرتهن بغير إذن الراهن، لم يحتسب به، لأن لبن الأدمى لا ثمن له. (ك)

من قبله، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه، فكان مضموناً عليه، فيكون له حصته من الدين، فبقي^(١) بحصته، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس.

قال^(٢): "وتجوز الزيادة في الرهن"^(٣)، ولا تجوز في الدين"^(٤) عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يصير الرهن رهناً بها^(٥)، وقال أبو يوسف: تجوز الزيادة في الدين أيضاً.

وقال زفر والشافعي: لا تجوز فيهما^(٦)، والخلاف معهما في الرهن^(٧) والثلث والثلثين والمهر والمنكوحة سواء^(٨)، وقد ذكرناه في البيوع^(٩).

ولأبي يوسف في الخلافية^(١٠) الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثلثين في البيع^(١١)، والرهن كالثلثين، فتجوز الزيادة فيهما^(١٢)، كما في البيع^(١٣)، والجامع بينهما

(١٢) قوله: "أخذه المرتهن إلخ" لأن إتلاف المرتهن انتقل إلى الراهن لما كان بإذنه، وصار الراهن مسترداً؛ لما أتلفه المرتهن. (كافي)

(١) الدين.

(٢) أي القدرى. (عيني)

(٣) قوله: "وتجوز الزيادة إلخ" مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة، ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بعشرة، جاز عند علماءنا. (عناية)

(٤) قوله: "ولا تجوز في الدين" صورة الزيادة في الدين هو أن يزيد ديناً على الدين الأول على أن يكون الرهن الأول رهناً بالدينين، وهو غير جائز. (زبلي)

(٥) قوله: "ولا يصير الرهن إلخ" يعني أن المراد بقولهم أن الزيادة في الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهناً بالزيادة، بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق، وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجمالاً. (زبلي)

(٦) قوله: "لا تجوز فيهما [أي في الرهن والدين]" لأنه يؤدي إلى الشروع؛ لأنه لا بد للرهن الثاني من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون رهناً أو مضموناً، وذلك شائع، والشروع يفسد الرهن. (زبلي)

(٧) أي في زيادة الرهن. (ك)

(٨) قوله: "والمنكوحة" أي في زيادة المنكوحة، بأن زوج المولى أمته من رجل بمهر مقدر، ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح، وينقسم الألف عليهما. (ك)

(٩) أي في الفصل الذي ذكره في باب المراجعة والتولية. (ك)

(١٠) وهو قوله: وقال أبو يوسف: يجوز الزيادة في الدين أيضاً. (ك)

(١١) قوله: "كالثلثين إلخ" حتى يكون الرهن محبوساً بالدين مضموناً به، كالبيع بالثلثين، ثم الزيادة في الرهن ملحقة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثلثين. (ك)

(١٢) أي الدين والرهن.

(١٣) فإنه يجوز الزيادة في الثلث والثلثين.

الالتحاق بأصل العقد للحاجة^(١) والإمكان^(٢).

ولهما^(٣) وهو القياس، أن الزيادة في الدين توجب الشئوع في الرهن^(٤)، وهو غير مشروع عندنا، والزيادة في الرهن توجب الشئوع في الدين، وهو غير مانع من صحة الرهن.

ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسة مائة من الدين جاز، وإن^(٥) كان الدين ألفاً، وهذا شئوع في الدين.

والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين^(٦)؛ لأنه غير معقود عليه ولا معقود به، بل وجوبه سابق على الرهن، وكذا يبقى بعد انفساخه^(٧)، والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد^(٨) بخلاف البيع؛ لأن الثمن بدل يجب بالعقد.

ثم إذا صححت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية^(٩)، يقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، حتى لو كانت قيمة الزيادة

(١) قوله: "الالتحاق إلخ" ففي الثمن إنما يصح بالتحاقها بأصل العقد، فإنه لو لا هلك، لما صححت الزيادة ثمناً، فكذا الزيادة في المبيع تصح لهذا الوصف أيضاً، والدين مع الرهن كالثمن مع المبيع، ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة بأصل العقد، فكذا الزيادة في الدين بجامع الاحتياج والإمكان، فإن الحاجة تمس إلى الزيادة في الدين، كما تمس إلى الزيادة في الرهن، بأن يكون في مالية الرهن فضل على الدين، ويحتاج الراهن إلى مال آخر، فيجعلانه رهناً بهما. وأما الإمكان فلأن العقد بعد الالتحاق يتغير من وصف مشروع إلى وصف مشروع، بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، وأنه مشروع في الابتداء، فكذا في الانتهاء. (ك)

(٢) أى إمكان الزيادة. (ك)

(٣) طرفين.

(٤) قوله: "توجب الشئوع في الرهن" لأن بعض الرهن يفرغ من الدين الأول؛ ليثبت فيه ضمان الدين الثاني، فبقى حكم الأول في البعض مشاعاً، والشئوع في الرهن يمنع صحة الرهن، فأما الزيادة في الرهن فيؤدى إلى الشئوع في الدين، لأن بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثاني، والشئوع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهناً. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "والالتحاق [للساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف ع.] إلخ" يعنى أن الالتحاق بأصل العقد فى المعقود عليه، أو المعقود به، والدين ليس بمعقود عليه، وهو ظاهر، ولا معقود به؛ لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجباً قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فلا يمكن إثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد، وأما الرهن فمعقود عليه؛ لأنه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن، ولا يبقى محبوساً بعد عقد الرهن، فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه، فيلتحق بأصل العقد، والثمن يجب بالعقد، فيكون معقوداً به، فوضح الفرق. (ك)

(٧) رهن.

(٨) معقود عليه وبه.

(٩) قوله: "وتسمى هذه" أى الزيادة في الرهن زيادة قصدية، بخلاف ثمن الرهن، فإن ذلك زيادة في الرهن، وليست بقصدية، بل هى زيادة ضمنية، ويختلفان حكماً أيضاً، فإن الدين يقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض، وقيمة الثمن يوم الفكك. (ك)

يوم قبضها خمس مائة، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً، والدين ألفاً، يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين، وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتيهما في وقتي الاعتبار^(١).

وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض، وإذا ولدت المرهونة ولدًا^(٢)، ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً، وقيمة كل واحد^(٣) ألف، فالعبد رهن مع الولد خاصة، يقسم ما في الولد عليه، وعلى العبد الزيادة؛ لأنه^(٤) جعله زيادة مع الولد دون الأم.

ولو كانت الزيادة مع الأم^(٥)، يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، فما أصاب الأم، قسم عليها، وعلى ولدها^(٦)؛ لأن الزيادة دخلت على الأم.

قال^(٧): فإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف، ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول، فالأول رهن حتى يردّه^(٨) إلى الراهن، والمرتهن في الآخر أمين، حتى يجعله^(٩) مكان الأول؛ لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً^(١٠)، وإذا بقى

(١) أي وقتي قبضهما.

(٢) قوله: "وإذا ولدت إلخ" يعني إذا رهن جاريتَه بألف تساوي ألفاً، فولدت ولداً يساوي ألفاً، ثم زاد عبداً فقال الراهن: زدتك هذا العبد مع الولد رهناً، وهو أيضاً يساوي ألفاً جاز العقد، ويكون العبد رهناً مع الولد دون الأم، فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكك وإلى قيمة الأم يوم العقد، فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكك، وقيمة العبد يوم قبضه؛ لأن العبد دخل في ضمانه يوم القبض، فإن مات الولد بعد الزيادة، بطلت؛ لأنه إذا هلك خرج من العقد، وصار كأن لم يكن، فبطل الحكم في الزيادة؛ لأنها ملحقة بالولد في الحكم. (٤)

(٣) من العبد والولد والحارية.

(٤) راهن.

(٥) بأن قال الراهن: زدتك هذا العبد مع الأم. (٤)

(٦) قوله: "قسم عليها إلخ" لأن الزيادة إذا دخلت على الأم، فكأنها كانت في أصل العقد، فيكون الولد داخلاً في حصة الأم خاصة، فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها، وبقي الولد والزيادة بما فيها؛ لأن بهلاك الأم يتقرر الضمان، فلا يبطل الحكم في الزيادة، بخلاف الزيادة في الولد، ولو مات الولد بعد الزيادة، ذهب بغير شيء، فكأن العبد زيد في الأم ولا ولد معها. (كفاية)

(٧) أي محمد في "الجامع". (عيني)

(٨) المرتهن.

(٩) مرتين.

(١٠) قوله: "ما دام الدين باقياً" هذا احتراز عن الإبراء على ما سيجيء، فإن بالإبراء يرتفع الضمان، وإن لم ينقض

الأول في ضمانه، لا يدخل الثاني في ضمانه؛ لأنهما^(١) رضياً بدخول أحدهما فيه^(٢)، لا بدخولهما، فإذا رد الأول، دخل الثاني في ضمانه.
ثم قيل: يشترط تجديد^(٣) القبض^(٤)؛ لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة، ويد المرتهن يد استيفاء وضمنان، فلا ينوب^(٥) عنه^(٦)، كمن له على آخر جياذ، فاستوفى زيوفاً ظنها جياذاً، ثم علم بالزيافة، وطالبه بالجياذ وأخذها، فإن الجياذ أمانة في يده ما لم يرد الزيوف^(٧)، ويجدد القبض^(٨)، وقيل: لا يشترط؛ لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل^(٩).

وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة، ولأن الرهن عينه أمانة، والقبض يرد على العين، فينوب قبض الأمانة عن قبض العين، ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين، أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً.
خلافاً لزفر^(١٠)؛ لأن الرهن مضمون بالدين^(١١)، أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعد^(١٢)، ولم يبق الدين بالإبراء، أو الهبة، ولا جهته^(١٣)

القبض بالرد إلى الراهن حتى لو هلك بغير شيء. (ك)

(١) راهن ومرتهن.

(٢) أي في الضمان.

(٣) أي بعد رد الأول.

(٤) للثاني.

(٥) يد الأمانة.

(٦) أي عن يد الضمان.

(٧) قوله: "فإن الجياذ أمانة في يده إلخ" لا يقال: بأن حقه في الجياذ دون الزيوف، فينبغي أن يكون الزيوف أمانة دون الجياذ؛ لأننا نقول: لما قبض الزيوف أولاً، وقع الاستيفاء لأصل حقه، ولكن فات الوصف، ولهذا لو تجوز به يتم الاستيفاء، فإذا حصل قبض الزيوف أصل الاستيفاء يكون الجياذ أمانة ضرورة، كيلا يتكرر الاستيفاء. (ك)
(٨) في الجياذ.

(٩) قوله: "على ما بيناه من قبل" يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل أن تمام الرهن بالقبض. (عناية)

(١٠) قوله: "خلافاً لزفر" قال زفر: إن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض، وهو قائم، فكان بعد الإبراء وقبله سواء، ولهذا كان مضموناً بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده. (عناية)

(١١) قوله: "لأن الرهن [دليل لنا] إلخ" هذا تعليل جواب الاستحسان، وبيان هذا أن ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعاً؛ لأنه ضمان استيفاء، فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار بقاء الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين، وهو الدين، والحكم الثابت بعلّة ذات وصفين ينعدم باعتماد أحدهما، ألا ترى أنه لو رد، سقط الضمان؛ لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان؛ لانعدام الدين مع بقاء القبض، ولما لم يبق الدين بالإبراء أو الهبة، ولا جهة الدين، لم يبق الضمان. (كفاية)

(١٢) على ما مر صورته.

لسقوطه، إلا إذا أحدث^(١) منعاً^(٢)؛ لأنه يصير به^(٣) غاصباً إذ لم تبق له ولاية المنع.

وكذا إذا ارتهنت^(٤) المرأة رهناً بالصداق^(٥) فأبرأته، أو وهبته، أو ارتدت

-والعياذ بالله- قبل الدخول، أو اختلعت منه على صداقها، ثم هلك الرهن في

يدها يهلك بغير شيء في هذا كله، ولم تضمن شيئاً؛ لسقوط الدين كما في الإبراء.

ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن، أو بإيفاء متطوع، ثم هلك الرهن في

يده يهلك بالدين، ويجب عليه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه، وهو من عليه، أو

المتطوع بخلاف الإبراء، ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً، كما ذكرنا^(٦)،

وبالاستيفاء لا يسقط؛ لقيام الموجب^(٧)، إلا أنه يتعذر الاستيفاء^(٨) لعدم الفائدة؛

لأنه^(٩) يعقب^(١٠) مطالبة^(١١) مثله، فأما هو في نفسه^(١٢) فقائم، فإذا هلك^(١٣) يتقرر

الاستيفاء الأول^(١٤)، فانتقض الاستيفاء الثاني^(١٥).

وكذا^(١٦) إذا اشترى^(١٧) بالدين عيناً أو صالح عنه على عين؛ لأنه^(١٨) استيفاء،

(١٣) أى ولا يبقى جهة الدين.

(١) قوله: "إلا إذا أحدث [فحيتئذ لو هلك هلك مضموناً] إلخ" يعنى فإن قيل: سقوط الدين لا يوجب سقوط

الضمان، فإنه إذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء، فإنه يضمن، وقد سقط الدين، أجاب عنه بقوله: إلا إذا أحدث إلخ. (٤)

(٢) أى عن قبض الراهن.

(٣) بالمنع.

(٤) من الزوج.

(٥) كإبراء زن. (ص)

(٦) آنفاً.

(٧) قوله: "لقيام الموجب [وهو العقد الذى لزم الدين به. (عناية) وهو إما القرض أو المداينة أو الإجارة وغير ذلك. (ك)]" وهو للاستدانة أو غيرها، أما فى الإبراء لا ينعدم الموجب أيضاً، ولكن وجد المنافى، وهو الإبراء، وفى الإيفاء وإن بقى الموجب، لكن لم يوجد المنافى؛ لأن الديون تقضى بأمثالها؛ لأن الدين بعد أداءه باق على ذمة المدين، ولهذا لو أبرأ رب الدين المدين عن الدين بعد الأداء، يتمكن من استرداد، أو ما أدى من الدين، كذا فى "مبسوط خواهر زاده". (حميديه)

(٨) من الراهن المدين.

(٩) [استيفاء.

(١٠) فيفضى إلى الدور. (٤)

(١١) من المرتهن المستوفى.

(١٢) هذا تكرير للتوكيد. (٤)

(١٣) الرهن.

(١٤) قوله: "الاستيفاء [أى الاستيفاء الحكيمى. ك]" أى الاستيفاء الذى كان ثبت للمرتهن بقبض المرهون. (نت)

(١٥) أى الاستيفاء الحقيقى، ولا يتكرر الاستيفاء. (ك)

(١٦) معطوف على قوله: ولو استوفى المرتهن الدين إلخ.

وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره، ثم هلك الرهن بطلت الحوالة^(١)، ويهلك بالدين^(٢)؛ لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء^(٣)؛ لأنه يزول^(٤) به^(٥) عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه، أو ما يرجع عليه به^(٦)، إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين؛ لأنه بمنزلة الوكيل^(٧).

وكذا لو تصادقا^(٨) على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين^(٩)؛ لتوهم وجوب الدين^(١٠) بالتصادق على قيامه^(١١)، فتكون الجهة باقية، بخلاف الإبراء^(١٢)، والله أعلم.

(١٧) المرتهن.

(١٨) قوله: "لأنه [أى الشراء، أو الصلح]" أى لأن كل واحد من الشرى والصلح على عين استيفاء، فيجب عليه رد الرهن إن كان باقياً، أو قيمته إن هلك فى يده قبل الرد. (٤)

(١) لأنه لم يبق المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء. (ك)

(٢) قوله: "ويهلك بالدين" لأنه بالحوالة لا يسقط الدين، ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل، ولهذا يعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلساً. (كف)

(٣) قوله: "لأنه فى معنى إلخ" إشارة إلى الجواب عما يقال: ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عليه، فكان ينبغي أن يكون بمعنى الإبراء، فيهلك أمانة، ووجه ذلك ما أشار إليه من أن الحوالة وإن كانت إبراء، لكنها بطريق الأداء دون الإسقاط، فإنه يزول به إلخ. (٤)

(٤) إن كان للمحيل على المحتال عليه دين.

(٥) أى بعقد الحوالة.

(٦) قوله: "أو ما يرجع إلخ" معطوف على قوله: ما كان له إلخ، أى يزول بعقد الحوالة عن ملك المحيل مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل. (مل)

(٧) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" تعليل لقوله يرجع عليه، أى المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين عن المحيل. (ك)

(٨) راهن ومرتهن.

(٩) قوله: "يهلك بالدين [هذا اختيار بعض المشايخ، ومنهم المصنف. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسى فى "المبسوط"، وإذا تصادقا على أن لا دين، بقى ضمان الرهن، إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن؛ لأن الدين كان واجباً ظاهراً حين هلك الرهن، ووجوب الدين ظاهراً يكفى لضمان الرهن، فصار مستوفياً، فأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم، ثم هلك الرهن، فإن هناك يهلك أمانة؛ لأن تصادقهما ينتفى الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين. (ك)

(١٠) قوله: "لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه" يعنى بعد التصادق على عدمه؛ لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفاءه، فيكون الجهة باقية، وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب. (٤)

(١١) فى الآتى.

(١٢) راجع إلى قوله: فتكون الجهة باقية، فإنه لم يبق الدين فى الإبراء، ولا جهته.

فهرس المحتويات

٣	كتاب الشفعة
١٣	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٢٢	فصل فى الاختلاف
٢٥	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٣٠	فصل
٣٤	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٤٥	باب ما تبطل به الشفعة
٥١	فصل
٥٣	مسائل متفرقة
٥٨	كتاب القسمة
٦٧	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٧٣	فصل فى كيفية القسمة
٨٢	باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها
٨٤	فصل
٨٨	فصل فى المهايأة
٩٤	كتاب المزارعة
١١٠	كتاب المساقاة
١١٨	كتاب الذبائح
١٣٧	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
١٤٦	كتاب الأضحية

١٧٠	كتاب الكراهية
١٧٠	فصل فى الأكل والشرب
١٧٨	فصل فى اللبس
١٨٧	فصل فى الوطى والنظر والمس
٢٠٥	فصل فى الاستبراء وغيره
٢١٧	فصل فى البيع
٢٣١	مسائل متفرقة
٢٤٤	كتاب إحياء الموات
٢٦٢	فصول فى مسائل الشرب
٢٦٢	فصل فى المياه
٢٦٩	فصل فى كزى الأنهار
٢٧٥	فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه
٢٨٤	كتاب الأشربة
٣٠٥	فصل فى طبخ العصير
٣٠٨	كتاب الصيد
٣٠٩	فصل فى الجوارح
٣٢٨	فصل فى الرمى
٣٤٦	كتاب الرهن
٣٦٩	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
٣٩٩	فصل
٤٠٤	باب الرهن الذى يوضع على يد العدل
٤١٦	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره
٤٤٨	فصل

المهملة

شَح

بَيَّاتِ الْمَبْتَدَى

لِلْإِمَامِ بَرْهَانَ الدِّينِ أَبِي الْحَسَنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الرَّغِيثَانِي

رَحِمَهُ اللهُ تَمَّالِي الْمَتَوَفَى ٤٥٩٣

مَعَ شَرْحِ اللَّكْنَوِيِّ

الْعَلَّامَةِ أَبِي الْحَسَنِ مُحَمَّدَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ اللَّكْنَوِيِّ

رَحِمَهُ اللهُ تَمَّالِي الْمَتَوَفَى ١٣٠٣



اعتنى بإخراجه وتنسيقه وتخرجه آحاديثه من نصب اللاتية والتراية

نعيم اشرف نور احمد

من منشورين

الإسلام والعقائد الإسلامية

٤٣٧- دى • كارون ايسٽ • راشي ر • باكستان

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

الطبعة الأولى: ١٤١٧ هـ
الصف والطبع والإخراج: بإدارة القرآن كراتشي
أشرف على طباعته: فهيم أشرف نور

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

٤٣٧/D غاردن ايست كراتشي ٥ - باكستان

الهاتف: ٧٢١٦٤٨٨ فاكس: ٧٢٢٣٦٨٨ - ٠٠٩٢٢١

E. Mail: quran@biruni.erum.com.pk

ويطلب أيضا من:

المكتبة الإمدادية باب العمرة مكة المكرمة - السعودية

مكتبة الإيمان السمانية، المدينة المنورة - السعودية

مكتبة الرشد الرياض - السعودية

إدارة إسلاميات انار كلي لاهور - باكستان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنایات (١)

قال (٢): القتل على خمسة أوجه (٣): عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجرى مجرى الخطأ، والقتل بسبب، والمراد ببيان قتل (٤) تتعلق به الأحكام (٥).

قال (٦): فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح (٧) أو ما أجرى مجرى السلاح (٨) كالمحدد من الخشب، وليطة (٩) القصب والمروة المحددة (١٠) والنار (١١)؛ لأن العمد هو القصد (١٢)، ولا يوقف عليه إلا بدليله، وهو استعمال الآلة القاتلة، فكان متعمداً فيه عند ذلك. وموجب ذلك المأثم؛ لقوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاءه جهنم﴾ (١٤) الآية، وقد نطق به (١٥) غير واحد (١٦) من السنة*، وعليه انعقد إجماع

(١) قوله: "كتاب الجنایات" ذكر الجنایات عتیب الرهن؛ لأن الرهن لصيانة المال، وحكم الجنایة لصيانة الأنفس، والمال وسيلة النفس، فكان مقدماً عليها، والجنایة في اللغة اسم لما يجنيه أي يكتسبه من الشر، تسمية للمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام، إلا أنه في الشرع خص بفعل يحرم شرعاً، حل بالنفوس والأطراف، والأول: يسمى قتلاً، وهو فعل من العبد يرزق الحياة، والثاني: يسمى قطعاً، وجرحاً، وسببها سبب الحدود، وشرطها كون المحل حيواناً. (٤)

(٢) أي القدورى. (عينى)

(٣) حصراً استقراءياً.

(٤) قوله: "المراد إلخ" الظاهر أن شيئاً من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب، والأنواع المباحة من القتل، كقتل الحربى، والقتل قصاصاً، والقتل صلماً لقطع الطريق خارجة من الأحكام المذكورة للأوجه الخمسة لا من نفس الأوجه الخمسة. فمراد المصنف بقوله: والمراد ببيان إلخ، هو التنبیه على أن المقصود بالبيان فى تلك الجنایات إنما هو أحوال القتل بغير حق، إذ هو الذى يكون من الجنایات، ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل، وإن كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك. (نت)

(٥) من قصاص ودية وكفارة وحرمان الميراث. (٤)

(٦) أي القدورى. (عينى)

(٧) متخذ من الحديد نحو السيف والسكين.

(٨) أى فى البضم وتفریق الأجزاء. (ك)

(٩) قشر. پوست نى. (ص)

(١٠) هى حجرة بيضاء براقه. (ص)

(١١) قوله: "والنار" فإنها تعمل عمل الحديد فى الذكاه، حتى إنها إذا وضعت فى المذبح، فقطعت ما يجب قطعه فى الذكاه، وسال بها الدم حل، فإن انحسم ولم يسال الدم لا يحل. (ك)

(١٢) قوله: "لأن العمد إلخ" أى أما اشتراط السلاح أو ما يجرى مجرى السلاح، فلأن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف عليه، إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً، كما أقيم السفر مقام المشقة. (ت)

(١٣) قوله: "ومن يقتل إلخ" الآية المذكورة وإن أفادت المأثم فى قتل المؤمن عمداً فقط بعبارتها، إلا أنها تفيد المأثم فى قتل الذمى عمداً أيضاً، بدلالته بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظراً إلى التكليف، أو الدية. (نت)

(١٤) خالداً فيها أى ماكتناً فيها مكنثاً طويلاً.

الأمة. قال: والقود^(١) لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾^(٢) إلا أنه^(٣) تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام: «العمد^(٤) قود^(٥)» * أى موجب، ولأن الجناية بها تتكامل، وحكمة الزجر^(٦) عليها تتوفر، والعقوبة^(٧) المتناهية لا شرع لها دون ذلك.

قال^(٨): إلا أن يعفوا الأولياء، أو يصالحوا؛ لأن الحق لهم، ثم هو^(٩) واجب عيناً، وليس للولى أخذ الدية إلا برضا القاتل، وهو أحد قولى الشافعى^(١٠)، إلا أن له حق العدول^(١١) إلى المال من غير مرضاة القاتل؛ لأنه تعين مدفعاً للهلاك^(١٢)، فيجوز

(١٥) أى بالإثم فى القتل العمد. (ت)

(١٦) أى كثير من السنة. (ن)

* انظر فى نصب الرأية ج ٤ ص ٣٢٣ تحت "كتاب الجنائيات"، وفى الدراية ج ٢ ص ٢٥٩، الحديث ١٠٠٤. (نعيم)

(١) قوله: "والقود" يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم، أى موجب القتل العمد الإثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا؛ لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطأ، لكنه تقيد بوصف العمدية؛ لقوله عليه السلام... إلخ (٤)

(٢) جمع قتيل.

(٣) أى قوله تعالى.

(٤) قوله: "العمد [وهذا يدل على نفسى ما عداه؛ لأنه وقع فى مقام البيان]" قلت: روى من حديث ابن عباس، رواه ابن أبى شيبه. (ت)

(٥) هذا الحديث مشهور.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٢٧، والدراية ج ٢ ص ٢٦٠، الحديث ١٠٠٥. (نعيم)

(٦) إضافة بيانية.

(٧) قوله: "والعقوبة [القصاص] المتناهية لا شرع لها دون ذلك" من تنمة ما قبله، والمجموع حجة واحدة، ولفظ ذلك فى قوله دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب إليه كثير من الشراح، أو إلى تعرف حكمة الزجر، كما هو الأظهر والأقرب، فيفيد مجموع المقدمات أن العقوبة التى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد.

ثم أقول: بقى فى كلام المصنف شىء، وهو أن قول المصنف، ولأن الجناية تتكامل إلخ، راجع إلى القياس، وتقيد الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس، وهو غير جائز، كما عرف فى علم الأصول. (نت)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) أى القود.

(١٠) قوله: "وهو [أى تعين القود] أحد قولى الشافعى إلخ" فعلى هذا إذا عفى الولى عن القصاص يسقط حق الولى، وكذا إذا مات القاتل يسقط حق الولى، وفى قوله الآخر: الواجب أحدهما لا بعينه، ويتعين باختياره، فعلى هذا لو عفا الولى عن القصاص كان له المطالبة بالدية، وكذلك إذا مات كان له حق استيفاء الدية؛ لكونها موجباً أصلياً. (ك)

(١١) عند الشافعى.

(١٢) قوله: "للهلاك" كمن أصابته مخمصة، فبذل له إنسان طعاماً بثمن المثل لزمه الشراء؛ لأنه ملك ما يجىء به

نفسه بعموض يعد له. (ك)

بدون رضاه^(١)، وفي قول الواجب أحدهما^(٢) لا بعينه، ويتعين باختياره؛ لأن حق العبد شرعاً جابراً^(٣)، وفي كل واحد نوع جبر^(٤)، فيتخير.

ولنا ما تلونا^(٥) من الكتاب وروينا من السنة، ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة^(٦)، والقصاص يصلح للتماثل، وفيه مصلحة الأحياء زجراً وجبراً^(٧) فيتعين. وفي الخطأ^(٨) وجوب المال^(٩) ضرورة صون الدم عن الإهدار، ولا يتيقن^(١٠) بعدم قصد الولي بعد أخذ المال^(١١)، فلا يتعين مدفوعاً للهلاك، ولا كفارة فيه عندنا^(١٢).

(١) لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن.

(٢) القود والدية.

(٣) لحاجة العبد إلى الجبر حين تحقق نقصان في حقه. (ك)

(٤) قوله: "نوع جبر" أى لحق المقتول فيما فات عليه، فإن المقتول منتفع بالدية من حيث قضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه أو لحق الولي؛ لأنه ينتفع به الولي الذى قام مقامه، وفي القصاص نوع جبر أيضاً على ما سيأتى. (مل)

(٥) قوله: "ولنا ما تلونا" من قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، ووجه التمسك أن الله تعالى ذكر في الخطأ الدية، فتعين أن يكون القصاص المذكور فيما هو ضد الخطأ، وهو العمد متعيناً للعمد، لا يعدل عنه لئلا يلزم الزيادة على النص بالرائى. ووجه التمسك بالسنة أن اللام في قوله: العمد للجنس، إذ لا معهود ينصرف إليه، ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك، فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص. (عناية)

(٦) قوله: "ولأن المال لا يصلح" هذا لأنه لا مماثلة بين آدمي والمال لا صورة، ولا معنى، فالآدمي خلق لتحمل أمانة الله تعالى والاشتغال بعبادته، والمال خلق لإقامة مصالحه هو مملوك آدمي، والآدمي مالكة، فأني يتشابهان، وإنما التماثل في القصاص فالنفس بالنفس والقتل بالقتل. (كفاية)

(٧) قوله: "زجراً للغير عن وقوعه فيه" وجبراً [للورثة] "فأما زجراً فإن من قصد قتل عدوه، فإذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتل قتل به انزجر عن قتله، فكان حياة لهما، أى إبقاء لهما على الحياة، وأما جبراً فلأنه إذا قتل به سلم حياة الأولياء، فإن القاتل يصير حرباً على أولياء القاتل خوفاً على نفسه منهم، فهو يقصد أفعالهم لإزالة الخوف عن نفسه، فالشرع مكنهم من قتله قصاصاً دفعاً لشره عن أنفسهم، وإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه، ولما كان فيه حياة من الوجه الذى قلنا صلح جابراً؛ لأن الفائت بالقتل حياة، والحاصل بالقصاص حياة مثل الأول. (ك)

(٨) قوله: "وفي الخطأ الخ" أى إنما وجبت الدية في الخطأ، بخلاف القياس؛ لأن القتل أعظم العقوبات، والخطأى معذور، فيتعذر إيجاب المال عليه، ونفس المقتول محرمة لا يسقط حرمتها بعذر الخطأ، فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منه على القاتل، بأن سلمت له نفسه، وللقاتل بأن لم يهدر دمه، وشرع المال عند عدم الإمكان لا يدل على شرعه عند الإمكان. (ك)

(٩) أى الدية.

(١٠) قوله: "ولا يتيقن الخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأنه تعين مدفوعاً للهلاك، يعنى لا يتيقن بأن لا يقصد الولي قتل القاتل بعد ما أخذ الدية، يعنى يجوز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه، ثم يقتله. قيل: هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً، وقد جاز، وأجيب: بأن في الصلح المراداة، والقتل بعده ظاهر العدم. (مل)

(١١) الدية.

(١٢) أى فى العمد سواء كان عمداً يجب فيه القصاص أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه. (٤)

وعند الشافعي تجب؛ لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس^(١) منها^(٢) إليه^(٣) في الخطأ، فكان^(٤) أدعى إلى إيجابها^(٥). ولنا أنه كبيرة محضة^(٦)، وفي الكفارة معنى العبادة، فلا تناط^(٧) بمثلها^(٨)، ولأن الكفارة^(٩) من المقادير^(١٠)، وتعينها في الشرع لدفع الأذنى^(١١) لا يعينها لدفع الأعلى^(١٢)، ومن حكمه حرمان الميراث؛ لقوله عليه السلام^(١٣): «لا ميراث لقاتل»*.

قال^(١٤): وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب^(١٥) بما ليس بسلاح^(١٦)،

(١) قوله: "أمس" وذلك لأن الكفارة شرعت ماحية للإثم، والإثم في العمد أكبر، فكان أدعى إلى إيجاب الكفارة. (ك)

(٢) حاجة.

(٣) أي إلى التكفير.

(٤) العمد.

(٥) الكفارة.

(٦) قوله: "ولنا أنه [العمد] كبيرة محضة [أي حرام ليس فيه شبهة الإباحة]" وما هو كذلك لا يكون سبباً لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك. (٦)

(٧) قوله: "فلا تناط [الكفارة، نوط بالفتح: درآويختن. م] إلخ" لأن الحكم نتيجة السبب، فيراعى التناسب بينهما، فلا يجب إلا بسبب دائر بين الخطر والإباحة كالخطأ، فإنه بالنظر إلى أصل الفعل مباح.

وبالنظر إلى المحل الذي أصابه محذور، والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة، فتجب بمثله، ولا تجب بالقتل العمد لأنه محذور محض كما لا تجب بالمباح المحض، وهو القتل بحق كالقصاص، وإنما يجب بسبب دائر بين العبادة والعقوبة لتنسب العقوبة إلى جانب الخطر والعبادة إلى جانب الإباحة. (ك)

(٨) أي يمثل هذه الكبيرة.

(٩) قوله: "ولأن الكفارة إلخ" جواب عن قياس الشافعي حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب الكفارة في الخطأ. (ن)

(١٠) أي مقادير الشرع.

(١١) في الخطأ، أي الذنب الأدنى.

(١٢) أي الذنب الأعلى، في العمد.

(١٣) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" قلت: أخرجه الترمذى في الفرائض عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث».

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٢٨، والدرية ج ٢ ص ٢٦٠، الحديث ١٠٠٦. (نعيم)

(١٤) أي القدوري. (عينى)

(١٥) قوله: "وشبه العمد" سمي به؛ لأن في هذا الفعل معنيين معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر إلى الآلة التي استعمالها، إذ هي آلة الضرب للتأديب دون القتل، وإنما يقصد إلى كل فعل بآلته، فكان ذلك خطأ يشبه العمد صورة من حيث إنه كان قاصداً إلى الضرب، وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه. (ك)

(١٦) قوله: "بما ليس بسلاح [أي بما ليس بموضوع للقتل كحجر الرجم ومثله. ك] إلخ" سواء كان الهلاك به

ولا ما أجرى مجرى السلاح^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قول الشافعي: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة، فهو عمد، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً^(٢)؛ لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً؛ لما أنه يقصد بها^(٣) غيره^(٤) كالتأديب ونحوه، فكان^(٥) شبه العمد، ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث؛ لأنه لا يقصد به^(٦) إلا القتل كالسيف، فكان^(٧) عمداً موجباً للقود

وله قوله عليه السلام^(٨): «ألا إن قتيلاً^(٩) خطأ^(١٠) العمد قتيلاً السوط والعصا وفيه مائة من الإبل*»، ولأن الآلة غير موضوعة للقتل^(١١)، ولا مستعملة فيه^(١٢)، إذ لا يمكن^(١٣) استعمالها على غرة^(١٤) من المقصود^(١٥) قتله، وبه يحصل القتل

غالباً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقه القصار، أو لم يكن كالعصا الصغير. (٤)

(١) في تفريق الأجزاء.

(٢) قوله: "بما لا يقتل به غالباً" كالعصا الصغيرة، إذا لم يوال في الضربات، فأما إذا والى فهو عمد. (٤)

(٣) أي بالآلة الصغيرة.

(٤) قتل.

(٥) أي القتل بالآلة الصغيرة.

(٦) أي باستعمال آلة لا تلبث.

(٧) أي القتل بآلة لا تلبث.

(٨) قوله: "وله قوله عليه السلام: «ألا إن... إلخ» رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه" في الدييات عن الحسن قال:

قال رسول الله ﷺ: «قتيل السوط والعصا شبه عمد فيه مائة من الإبل». (ت)

(٩) قوله: "ألا إن قتيلاً إلخ" وجه الاستدلال أنه عليه السلام جعل قتيلاً السوط والعصا مطلقاً شبه عمد،

فتخصيصه بالصغيرة بإبطال الإطلاق، وهو لا يجوز. (عناية)

(١٠) شبه العميد.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٣١، والدراية ج ٢ ص ٢٦١، الحديث ١٠٠٧. (نعيم)

(١١) قوله: "ولأن الآلة إلخ" أي لأن العصا الصغيرة والكبيرة تساوي في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا

مستعملتين له، إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبلا استعمال على غرته يحصل القتل غالباً، وإذا تساوى والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة. (عناية)

(١٢) لأن خزائن أسلحة الملوك إنما يكون من الحديد. (كافي)

(١٣) قوله: "لا يمكن" يعني أن استعمال آلة القتل غالباً إنما يكون إذا كان المقتول غافلاً عن أنه يقتل كاستعمال

السكين والسيف، وههنا لا يمكن استعمال هذه الآلة على غفلة من المقتول؛ لاحتياج القتل ههنا إلى نوالى الضربات، فلم يكن هذا الاستعمال استعمالاً في القتل.

(١٤) غفلت، غرة - بالكسر وتشديد راء - فريفتگی. (م)

(١٥) أي من الذي قصد قتله.

غالباً^(١)، فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة، فكان شبه العمد^(٢) كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة.

قال^(٣): وموجب ذلك ^(٤) على القولين ^(٥) الإثم؛ لأنه قتل وهو ^(٦) قاصد في الضرب والكفارة؛ لشبهه بالخطأ ^(٧)، والدية مغلظة على العاقلة، والأصل^(٨) أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى^(٩) يحدث من بعد^(١٠)، فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ، وتجب^(١١) في ثلاث سنين؛ لقضية عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه^(١٢)، وتجب^(١٣) مغلظة، وسنين^(١٤) صفة التخليط من بعد إن شاء الله تعالى. ويتعلق به^(١٥) حرمان الميراث؛ لأنه جزاء القتل^(١٦)، والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد^(١٧)، فالحجة عليه ما أسلفناه^(١٨).

- (١) قوله: "وبه يحصل القتل غالباً" أى بالاستعمال على غرة من المقصود بالقتل، يحصل القتل غالباً، ولا يحصل ذلك إلا بآلة موضوعة للقتل كالسيف والسكين. (ك)
- (٢) أى القتل بالحجر العظيم والخشبة العظيمة.
- (٣) أى القدورى. (عينى)
- (٤) أى شبه العمد.
- (٥) يعنى قول أبى حنيفة وقولهما.
- (٦) الواو حالية.
- (٧) قوله: "لشبهه بالخطأ" أى نظراً للآلة، فدخل تحت قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً خطأ﴾ الآية. (ك)
- (٨) أى الأمر الكلى.
- (٩) قوله: "ابتداء لا بمعنى إلخ" احتراز بقوله ابتداء عن دية وجبت بالصلح فى القتل العمد وعن دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمداً؛ لأنهما لم تجب ابتداء؛ لأن الواجب فيه ابتداء القصاص، إلا أنه يسقط بعلة الأبوة، فوجبت الدية صيانة للدم عن الهدر. (ك)
- (١٠) أى من بعد القتل.
- (١١) الدية.
- (١٢) قوله: "لقضية عمر بن الخطاب [رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه". ت] فإنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين، والمروى عنه كالمروى عنه رضي الله عنه؛ لأنه مما لا يعرف بالرأى. (٤)
- (١٣) الدية.
- (١٤) فى كتاب الديات.
- (١٥) أى بشبه العمد.
- (١٦) إذا كان القتل مباشرة وقد وجد.
- (١٧) قوله: "ومالك وإن [الواو وصلية] أنكر إلخ" قال مالك: لا أدرى ما شبه العمد، وإنما القتل نوعان: عمد وخطأ، إذ لا واسطة بينهما فى سائر الأفعال، كذا فى هذا الفعل. (ك)

قال^(١): والخطأ على نوعين^(٢): خطأ في القصد^(٣): وهو أن يرمى شخصاً يظنه صيداً، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً، فإذا هو مسلم، وخطأ في الفعل^(٤): وهو أن يرمى غرضاً^(٥)، فيصيب آدمياً، وموجب ذلك^(٦) الكفارة والدية على العاقلة؛ لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ الآية، وهي^(٧) على عاقلته في ثلاث سنين؛ لما بيناه^(٨). ولا إثم فيه^(٩)، يعني في الوجهين^(١٠)، قالوا: المراد إثم القتل^(١١)، فأما في نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبيت^(١٢) في حال الرمي، إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى^(١٣).

ويحرم عن الميراث؛ لأن فيه^(١٤) إثمًا، فيصح^(١٥) تعليق الحرمان به، بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده^(١٦) فأخطأ، فأصاب موضعاً آخر^(١٧)، فمات

(١٨) قوله: "فالحجة عليه ما أسلفناه" قيل: أراد قوله عليه السلام: «ألا إن قتيل خطأ العمدة قتيل السوط والعصا» الحديث، ولكن المجهود من المصنف في مثله أنه يقول ما روينا، والحق أن يقال: إنما قال: ما أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى العقول. (عناية)

(١) أى القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "والخطأ على نوعين" إنما انحصر على هذين النوعين؛ لأن رميه السهم إلى شيء معين بالقصد إليه مشتمل على فعلين، فعل القلب، وهو القصد، وفعل الجارحة، وهو الرمي، فلو اتصل بالخطأ بالفعل الأول كان هو النوع الأول، ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني، فلما انحصر فعل الرمي على هذين الفعلين، انحصر الخطأ المتصل بفعل الرمي أيضاً على هذين النوعين ضرورة. (ك)

(٣) أى فى قصد الفاعل وظنه.

(٤) أى فى نفس الفعل لا فى ظنه.

(٥) قوله: "غرضاً [نشانه]" بمعجمتين بينهما راء متحركة: وهو الهدف الذى يرمى إليه. (رد المحتار)

(٦) الخطأ.

(٧) دية.

(٨) أى من قضية عمر رضى الله تعالى عنه. (ك)

(٩) لقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان». (٤)

(١٠) أى فى النوعين. (٤)

(١١) قوله: "المراد إثم القتل" أى إثم قصد القتل، فيما فى نفسه، أى فأما القتل فى نفسه، فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبيت، وهذا الإثم إثم القتل؛ لأن نفس ترك المبالغة فى التثبيت ليس بإثم، وإنما يصير به إثمًا إذا اتصل به القتل، فيصير الكفارة لذنوب القتل، وإن لم يكن فيه إثم قصد القتل. (ك)

(١٢) احتياط.

(١٣) أى ترك العزيمة إلخ.

(١٤) أى فى الخطأ.

(١٥) فإن الحرمان يجب من أنواع القتل فيما هو جنابة على المورث، بدليل وجوب الكفارة. (٤)

(١٦) قوله: "بخلاف ما إذا تعمد إلخ" متصل بقوله، وموجب ذلك الكفارة والدية، وصورة ذلك: رجل تعمد أن

حيث يجب القصاص؛ لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه، وجميع البدن كالمحل الواحد.

قال^(١): وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل^(٢) فيقتله^(٣)،

فحكمه حكم الخطأ في الشرع^(٤)، وأما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه، وموجبه^(٥) إذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة؛ لأنه سبب التلف، وهو^(٦) متعدّد فيه، فأثول موقعاً^(٧) دافعاً^(٨)، فوجبت الدية.

ولا كفارة فيه^(٩)، ولا يتعلق به حرمان الميراث، وقال الشافعي: يلحق^(١٠)

بالخطأ في أحكامه؛ لأن الشرع أنزله قاتلاً^(١١). ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة^(١٢)،

فألحق^(١٣) به في حق الضمان، فبقى في حق غيره على الأصل^(١٤)، وهو إن كان يَأْتُم بالحفر^(١٥) في غير ملكه، لا يَأْتُم بالموت^(١٦) على ما قالوا، وهذه^(١٧) كفارة ذنب

يضرب يد رجل فأخطأ، فأصاب عنقه فقتله، فهو عمد فيه القود، ولو أَرَادَ يد رجل، فأصاب عنق غيره وأبانه، فهو خطأ. (٤)

(١٧) من ذلك الرجل، لا من غيره.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) قوله: "مثل النائم الخ" لأن هذا ليس بخطأ حقيقة؛ لعدم قصد النائم إلى شيء حتى يصير مخطئاً لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقةً وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل، فيجعل كالخطأ؛ لأنه معذور كالخطئ. (زيلعي)

(٣) بقتله.

(٤) قوله: "فحكمه حكم الخطأ في الشرع" لكنه دون الخطأ حقيقةً، فإنه ليس من أهل القصد أصلاً، وإنما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً، والكفارة في قتل الخطأ إنما يجب لترك التحرز أيضاً، وحرمان الميراث لمباشرته القتل، ويتوهم أن يكون متنادماً، ولم يكن نائماً قصداً منه إلى استعجال الإرث. (ك)

(٥) أي موجب القتل بسبب.

(٦) أي الحافر والواضع.

(٧) هذا بالنسبة إلى حافر البير.

(٨) هذا بالنسبة إلى واضع الحجر.

(٩) لعدم الإثم ههنا.

(١٠) أي القتل بالسبب.

(١١) أي جعل المسبب كالمباشر في حق الضمان، فكذا في الكفارة والحرمان.

(١٢) قوله: "معدوم منه حقيقةً" لأن مباشرة القتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول، ولم يوجد، وإنما اتصل فعله بالأرض. (ك)

(١٣) التسبب، صيانة للدم عن الهدر.

(١٤) أي في حق الكفارة وحرمان الميراث.

(١٥) قوله: "وهو [سبب] إن كان الخ" يعني فإن قيل: الحافر في غير ملكه يَأْتُم من القتل، فيصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ، أجاب بقوله: وهو إن كان يَأْتُم الخ، يعني إن الإثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به، وما

القتل، وكذا الحرمان بسببه.

وما يكون شبه عمد في النفس، فهو عمد فيما سواها^(١)؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة^(٢) وما دونها^(٣) لا يختص إتلافه بآلة دون آلة^(٤)، والله أعلم.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه^(٥)

قال^(٦): القصاص واجب بقتل كل محقون الدم^(٧) على التأييد^(٨) إذا قتل عمداً، أما العمدية فلما بيناه^(٩).

وأما حقن الدم على التأييد، فلتنتفى^(١٠) شبهة الإباحة^(١١)، وتتحقق المساواة^(١٢)، قال^(١٣): ويقتل الحر بالحر، والحر بالعبد للعمومات^(١٤).

ذكرتم ليس كذلك، فإن إثمه إثم الحفر، لا الموت. (٤)

(١٦) أي يموت الرجل.

(١٧) أي كفارة القتل.

(١) قوله: "فهو عمد فيما سواها [فيوجب القصاص]" يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد، إنما هو عمد، أو خطأ. (٤)

(٢) قوله: "يختلف فإن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح أو ما أجرى مجراها. [ع] إلخ" وذلك لأن القتل إزهاق الروح، وهي غير محسوسة، ليقصد أخذها، فيستدل عليه بالآلة، فيختلف باختلاف الآلة، فأما ما دون النفس، فإنلافه بالجرح، وهو فعل محسوس، فلا يحتاج في تحققه إلى الاستدلال بالآلة، فلا يختلف باختلاف الآلة. (ك)

(٣) نفس.

(٤) ألا ترى أن فقهاء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة. (٤)

(٥) قوله: "باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه" لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملتها العمد، وهو قد يوجب القصاص، وقد لا يوجبه، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة. (٤)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) محفوظ، ذمى أو مسلم.

(٨) قوله: "على التأييد" احتراز عن المستأمن، فإن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزيلة للمساواة

المنية عنها القصاص. (٤)

(٩) أي من الكتاب ومن السنة والمعقول في مبدأ كتاب الجنائيات. (ك)

(١٠) قوله: "فلتنتفى إلخ" فإن عدم التأييد يورث شبهة الإباحة، كما في الحربى المستأمن، ولا يقال: بأن من أسلم في دار الحرب، فقد صار محقون الدم على التأييد، ومع هذا لا يقتصر من قاتله؛ لأن كمال الحقن لم يوجد في حقه؛ لأن كماله بالعصمة المقومة والمؤثمة، وبالإسلام حصلت له المؤثمة دون المقومة؛ إذ المقومة تحصل بدار الإسلام. (ك)

(١١) أي إباحة الدم.

(١٢) قوله: "وتتحقق المساواة" يعني يجب أن يكون الذى قتل أولاً محقون الدم على التأييد، حتى يقتل بمقابلته القاتل الذى هو محقون الدم على التأييد؛ ليتحقق المساواة. (نهاية)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

(١٤) قوله: "للعومات" يريد به مثل قوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾، وقوله تعالى: ﴿وكتبتنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، وقوله عليه السلام: «القود العمدة».

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد؛ لقوله تعالى: ﴿الحر بالحر والعبد بالعبد﴾، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد^(١)؛ ولأن مبنى القصاص على المساواة^(٢)، وهى منتفية بين المالك^(٣) والمملوك^(٤)، ولهذا^(٥) لا يقطع طرف الحر بطرفه^(٦)، بخلاف العبد بالعبد؛ لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر^(٧)؛ لأنه تفاوت^(٨) إلى نقصان.

ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة^(٩)، وهى بالدين^(١٠)، أو بالدار^(١١)، ويستويان^(١٢) فيهما^(١٣)، وجريان القصاص^(١٤) بين العبدین يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة^(١٥)، والنص تخصيص بالذكر^(١٦)، فلا ينفي ما عداه^(١٧).

(١) قوله: "أن لا يقتل إلخ" لأن قوله الحر بالحر وقع تفسيراً لقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص فى القتلى﴾ والمعتبر هو التفسير؛ ولأن هذا يقتضى مقابلة جنس الأحرار بجنس الأحرار فى حكم القصاص، فمن قال يقتل الحر بالعبد، لا يكون جنس الأحرار مقابلاً بجنس الأحرار قصاصاً، بل يكون بعضهم مقابلاً بالعض. (ك)

(٢) قوله: "ولأن مبنى إلخ" يعنى أن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بين الحر والعبد؛ لأن العبد مملوك، والحر مالك، والمالكية أمانة القدرة، والمملوكية سمة العجز، ولا مساواة بين القادر والعاجز. (ك)

(٣) الحر.

(٤) العبد.

(٥) أى لعدم المساواة.

(٦) قوله: "لا يقطع إلخ" أى لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع أن حرمة الطرف دون حرمة النفس، والأطراف تابعة للنفس، فلأن لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس أولى. (كفاية)

(٧) قوله: "حيث يقتل [بدلالة قوله الحر بالحر؛ لأنه لما اقتصر الكامل بالكامل يقتصر القاصر بالكامل بالطريق الأولى]" أى العبد بالحر؛ لأن ذلك إنما يثبت بدلالة نص قوله تعالى: ﴿والعبد بالعبد﴾ فإن العبد إذا قتل بالعبد، فأولى أن يقتل بالحر؛ لأن الحر أقوى حالاً، وأعلى رتبة من العبد. (ك)

(٨) من المساواة.

(٩) أى عصمة الدم، أى لا غير، ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل. (ك)

(١٠) يعنى عنده.

(١١) أى عندنا.

(١٢) الحر والعبد، فيجرى القصاص بينهما. (عناية)

(١٣) أى فى الدين والدار.

(١٤) قوله: "وجريان القصاص إلخ" فإن قيل: جاز أن يكون شبهة الإباحة مانعة، وهى ثابتة؛ لأن الرق أثر الكفر، وحقيقة الكفر تمنع من القصاص، كما بين المسلم والمستأمن، فكذا أثره، أجاب بقوله: وجريان القصاص، ومعناه أنه لا يصلح ذلك مانعاً؛ إذ لو صلح لما جرى بين العبدین، كما لا يجرى بين المستأمنين، وليس كذلك. (عناية)

(١٥) أى إباحة الدم.

(١٦) قوله: "والنص [جواب عما استدلل به من المقابلة فى الآية] تخصيص إلخ" يعنى أنه ليس فى مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد؛ لأن فيه ذكر بعض ما يشمل العموم على موافقة حكمه، فلا يوجب تخصيص ما بقى. (كفاية)

قال^(١): «والمسلم بالذمي، خلافاً للشافعي، له قوله عليه السلام^(٢): «لا يقتل مؤمن بكافر»*، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية^(٣)، وكذا الكفر مبيح^(٤) فيورث الشبهة^(٥). ولنا ما روى^(٦) أن النبي عليه الصلاة والسلام قتل مسلماً بذمي**، ولأن المساواة في العصمة ثابتة^(٧) نظراً إلى التكليف أو الدار، والمبيح كفر المحارب^(٨) دون المسالم^(٩)، والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة^(١٠)، والمراد بما روى^(١١) الحربي لسياقه^(١٢)، ولا ذو عهد في عهده، والعطف للمغايرة^(١٣).

قال: ولا يقتل^(١٤) بالمستأمن؛ لأنه غير محقون الدم على التأيد، وكذلك كفره

(١٧) قوله: «فلا ينفي ما عده» ولم يذكر الجواب عن الأطراف، وقد أجيب: بأن القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان، فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلل، ولا مساواة بينهما في ذلك؛ لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم، بخلاف النفوس فإن القصاص فيها يعتمد ما في العصمة، وقد تساوى فيها على ما مر. (٤)

(١) أي القدوري. (عينية)

(٢) أخرجه أبو داود عن علي. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٣٤، والدراية ج ٢ ص ٢٦٢، الحديث ١٠٠٨. (نعيم)

(٣) قوله: «لأنه لا مساواة إلخ» يعني أن اقصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية، ولا مساواة بينهما فيه، وإنما قيد بوقت الجناية؛ لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل، ثم أسلم، فإنه يقتض منه بالإجماع. (٤)

(٤) قوله: «وكذا الكفر مبيح» أي لدمه؛ لقوله تعالى: ﴿قاتلوهم حتى لا تكون فتنة﴾ أي فتنة الكفر. (عناية)

(٥) أي شبهة عدم المساواة.

(٦) أخرجه الدار قطنى في «سننه» عن ابن عمر. (ت)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٣٥، والدراية ج ٢ ص ٢٦٢، الحديث ١٠٠٩. (نعيم)

(٧) قوله: «ولأن المساواة إلخ» يعني أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي ثابتة نظراً إلى التكليف يعني عنده، أو الدار يعني عندنا. (عناية)

(٨) قوله: «والمبيح إلخ» جواب عن قوله: وكذا الكفر مبيح، وتقريره: إنا لا نسلم أن مطلق الكفر مبيح، بل المبيح كفر المحارب، قال الله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾. (عناية)

(٩) الذمي.

(١٠) قوله: «والقتل بمثله» أي قتل الذمي بالذمي دليل على أن كفر الذمي لا يورث شبهة إباحة القتل، إذ لو أورث شبهة، لما جرى القصاص بين الذميين، كما لا يجرى بين الحربيين. (كفاية)

(١١) قوله: «والمعاد بما روى [الشافعي] إلخ» أي قوله عليه السلام: «لا يقتل المؤمن بكافر» المراد منه الكافر الحربي المستأمن، بدليل قوله ولا ذو عهد في عهده، وهذا معطوف على المسلم، أي ولا يقتل ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربي، فلو كان المراد به الذمي، لما صح عدم جريان القصاص بين الذميين، فإن قيل: جاز أن يراد بذي العهد المسلم، قلنا: العطف يقتضى المغايرة. (ك)

(١٢) حديث.

(١٣) لأن المعطوف تكون مغايراً للمعطوف عليه.

(١٤) المسلم.

باعث على الحراب؛ لأنه على قصد الرجوع^(١) ولا يقتل الذمي بالمستأمن؛ لما بينا^(٢).
ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة، ولا يقتل استحساناً لقيام الميخ^(٣)،
ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن^(٤) وبناقص
الأطراف وبالمجنون للعمومات، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة^(٥) امتناع
القصاص^(٦)، وظهور التقاتل والتفاني.

قال^(٧): ولا يقتل الرجل بابنه^(٨)؛ لقوله عليه السلام^(٩): «لا يقاد الوالد
بولده»*، وهو بإطلاقه حجة على مالك في قوله: يقاد إذا ذبحه ذبحاً^(١٠)،
ولأنه^(١١) سبب لإحيائه^(١٢)، فمن المحال أن يستحق له^(١٣) إفناؤه^(١٤)، ولهذا لا يجوز
له^(١٥) قتله^(١٦)، وإن^(١٧) وجدته^(١٨) في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً^(١٩)، وهو^(٢٠)

(١) إلى داره.

(٢) إشارة إلى أنه ليس بمحقون الدم على التأيد. (٤)

(٣) أي كفر المحارب.

(٤) هو من طال مرضه زماناً. (رد المحتار)

(٥) أي عصمة الدم.

(٦) فإنه لا بد بين كل اثنين من تفاوت، فلا يتحقق التساوي.

(٧) أي القدوري. (عيني)

(٨) وإذا زنى بينته، وهو محصن فإنه يرحم؛ لأن الرجم حق الله تعالى على الخلوص، بخلاف القصاص. (٤)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام: «لا يقاد...» [أخرجه الترمذي وابن ماجه في الدييات عن عمر ابن الخطاب. شرح نقاية] إلخ" خص به عموم الكتاب؛ لأن الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص بعبد، ولا بعبد ولده، فيخص به أيضاً، وذكر الإمام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول، فيصلح مخصصاً أو ناسخاً لحكم الكتاب. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٣٩، والدراية ج ٢ ص ٢٦٤، الحديث ١٠١٠. (نعميم)

(١٠) قوله: "يقاد [الرجل بابنه] إذا ذبحه [ابن] ذبحاً" لانتفاء شبهة الخطأ من كل وجه، بخلاف ما إذا رماه بسيف أو سكين، فإن فيه توهم التأديب؛ لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك، فتمكنت فيه نوع شبهة. (٤)

(١١) أب.

(١٢) ابن.

(١٣) ابن.

(١٤) أب.

(١٥) ابن.

(١٦) أب.

(١٧) الواو وصلية.

(١٨) أب.

محضن . والقصاص يستحقه ^(١) المقتول، ثم يخلفه وارثه، والجد من قبل الرجال أو النساء، وإن ^(٢) علا في هذا بمنزلة الأب، وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب، أو الأم، قربت أم بعدت؛ لما بينا ^(٣)، ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ^(٤).

قال: ولا يقتل الرجل بعبد، ولا مدبره ولا مكاتبه، ولا بعبد ولده؛ لأنه لا يستوجب ^(٥) لنفسه على نفسه القصاص، ولا ولده ^(٦) عليه، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه؛ لأن القصاص لا يتجزأ ^(٧).

قال ^(٨): ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط ^(٩)؛ لحرمة الأبوة، قال: ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف ^(١٠). وقال الشافعي: يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ^(١١)، فإن مات ^(١٢) وإلا تحز ^(١٣) رقبته؛ لأن مبنى القصاص على المساواة. ولنا قوله عليه السلام ^(١٤): «لا قود إلا بالسيف ^(١٥)»، والمراد به

(١٩) أو وجده زانياً.

(٢٠) أب، والواو حالية.

(١) قوله: "والقصاص إلخ" هذا جواب سؤال من أن القصاص لو استوفى منه لا يكون هذا استيفاء من الوالد للولد، بل لوارث الولد، فقال: إنه يجب للمقتول أولاً، ولهذا يصح عفو المجرم. (شاهان)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله لأنه سبب إلخ، فإنهم أسباب لإحيائه، فلا يجوز أن يكون سبباً لإفناءهم. (٤)

(٤) فإن الولد ما كان سبباً لإحياء الوالد.

(٥) أى لا يستحق.

(٦) قوله: "ولا ولده" عطف على الضمير المستكن فى يستوجب، وجاز للفواصل أى لا يستوجب ولد على ابنه

إذا قتل أبوه عبد ولده. (ن)

(٧) فإذا سقط فى البعض سقط فى الكل.

(٨) أى لا يوجب.

(٩) قوله: "ومن ورث قصاصاً إلخ" بأن قتل الأب أم ابنه مثلاً، وورث الابن قصاص أمه على أبيه. (ك)

(١٠) يعنى إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى إلا بالسيف. (٤)

(١١) قوله: "إن كان فعلاً مشروعاً" كما إذا قطع يد إنسان عمداً، فمات منه يقطع يد القاتل، ويمهل مثل تلك المدة، فإن مات، وإلا فيحز رقبته، وإن حصل بطريق غير مشروع بأن سقاه خمراً حتى فس، أو وطئ صغيرة، أو لاط بصبي، فمات من ذلك. اختلف أصحاب الشافعي فيه، قال بعضهم: يحز رقبته، ولا يفعل به مثل ما فعل، وقال بعضهم: يتخذ آلة من خشب مثل آلة الرجل، فيفعل به مثل ما فعل، وفى الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقاً للمساواة. (ك)

(١٢) بذلك الفعل المشروع. (ك)

(١٣) جز - بالفتح وتشديد زاء - بريدن. (م)

(١٤) قوله: "ولنا قوله" أخرجه ابن ماجه فى "سننه" عن أبى بكر عن النبى ﷺ. (شرح نقاية)

(١٥) أى لا قود يستوفى إلا بالسيف. (ك)

السلاح^(١)، ولأن فیما ذهب إليه استیفاء الزیادة^(٢) لو لم یحصل المقصود بمثل ما فعل فیحز^(٣)، فیجب التحرز عنه^(٤)، كما فی كسر العظم^(٥).

قال^(٦): وإذا قتل المكاتب عمداً، وليس له وارث إلا المولى، وترك وفاءً، فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا أرى فی هذا قصاصاً؛ لأنه اشتبه سبب الاستیفاء^(٧)، فإنه الولاء إن مات حرّاً، والملک إن مات عبداً، وصار كمن قال لغيره: بعتنی هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوجتها منك لا یحل له وطئها لاختلاف السبب كذا هذا. ولهما أن حق الاستیفاء للمولى بیقین علی التقديرین^(٨)، وهو^(٩) معلوم، والحكم متحد^(١٠)، واختلاف السبب لا یفضی إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا یبالی به^(١١)، بخلاف تلك المسألة^(١٢)؛ لأن حكم ملك الیمین یغایر حكم النكاح^(١٣).

* راجع نصب الرایة ج ٤ ص ٣٤١، والدرایة ج ٢ ص ٢٦٥، الحدیث ١٠١١. (نعیم)

(١) هكذا فهمت الصحابة. (ك)

(٢) قوله: "ولأن فیما ذهب [الشافعی] إليه إلخ" دلیل معقول یتضمن الجواب عن قوله: لأن مبنى القصاص علی المساواة، ووجه لا نسلم وجود المساواة فیما ذهب إليه؛ لأن فیما إلخ. (عناية ٩)

(٣) الرقبة.

(٤) زیادة.

(٥) قوله: "كما فی كسر العظم" أى عمداً، فإنه لا یجب القصاص أصلاً إلا فی السن لتوهم الزیادة، فلأن یسقط

البعض منه أولى. (ك)

(٦) أى القدوری. (عینی)

(٧) أى استیفاء القصاص، واختلاف السبب فیما لا یتثبت بالشبهات بمنزلة اختلاف المستحق.

(٨) أى الموت حرّاً والموت عبداً.

(٩) مولى.

(١٠) وهو استیفاء القصاص. (ك)

(١١) قوله: "فلا یبالی به [أى باختلاف السبب]" كما إذا قال المقر: لك علی ألف من ثمن بیع، وقال المقر له: لا،

بل قرض یجب الألف علی المقر. (ك)

(١٢) أى المستشهد بها. (ك)

(١٣) قوله: "یغایر حكم النكاح" لأن حكم ملك الیمین كون الرقبة مملوكة، وحل الاستمتاع تبع، والتبع بمنزلة

المدوم والنكاح یتثبت الحل مقصوداً، فلم یكن الاتفاق فیما هو المقصود، والحكم بالحل من غیر تعین السبب یفضی إلى المنازعة؛ لأن الحل بملك الیمین یتلزم غرامة الثمن، والحل بالنكاح یتلزم غرامة المهر، ولا كذلك ههنا؛ لأن استیفاء

القصاص علی التقديرین واحد. (ك)

ولو ترك وفاءً، وله وارث غير المولى فلا قصاص، وإن^(١) اجتمعوا^(٢) مع المولى؛ لأنه اشتبه من له الحق^(٣)؛ لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً، إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى موته^(٤) على نعت الحرية أو الرق، بخلاف الأولى^(٥)؛ لأن المولى متعين فيها.

وإن لم يترك وفاءً، وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعاً؛ لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة^(٦)، بخلاف معتق البعض^(٧)، إذا مات^(٨) ولم يترك وفاءً؛ لأن العتق فى البعض لا يفسخ^(٩) بالعجز^(١٠).

وإذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن؛ لأن المرتهن لا ملك له، فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين، فيشترط اجتماعهما؛ ليسقط حق المرتهن برضاه^(١١). قال^(١٢): وإذا قتل ولى المعتوه^(١٣)، فلا يبيه أن يقتل؛ لأنه^(١٤) من الولاية على النفس^(١٥)، شرع لأمر راجع

(١) الواو وصلية.

(٢) فى الدعوى.

(٣) أى حق الاستيفاء.

(٤) قوله: "إذ ظهر الاختلاف إلخ" فإن على قول على وعبد الله بن مسعود رضى الله تعالى عنهم: يموت حراً، إذا أدت كتابته، فيكون استيفاء القصاص لورثته، وعلى قول زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه: يموت عبداً، واستيفاء القصاص للمولى. (ك)

(٥) أى فيما ليس له وارث إلا المولى.

(٦) بالموت عاجزاً.

(٧) قوله: "بخلاف معتق" يعنى لا يجب القصاص. [ع] البعض "حيث لا قصاص؛ لأن بعجز المكاتب يفسخ الكتابة، وموت المعتق لا يوجب انفساخ عتقه، فلم يثبت الملك للمولى فى الكل بموته عاجزاً. (ك)

(٨) أى عاجزاً.

(٩) فملك المولى لا يعود بموته (٤)

(١٠) أى بموته عاجزاً. (زيلعى)

(١١) قوله: "ليسقط حق المرتهن برضاه" فيه نوع إشكال، وهو أن الاستيفاء قد تم بالهلاك، فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه؟ والجواب عنه: أن الاستيفاء وإن تم بالهلاك، لكنه غير مقرر لاحتمال العود إما بالصلح، أو بدعوى الشبهة فى القتل، فيصير خطأ. (ك)

(١٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(١٣) قوله: "وإذا قتل ولى [قريبه. ك] المعتوه [هو من اختلط عقله] إلخ" إذا قتل ابن المعتوه، فأب المعتوه، وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص، وولاية الصلح. (ك)

(١٤) أى لأن استيفاء القصاص. (ك)

(١٥) أى نفس من له القصاص.

إليها^(١)، وهو تشفى الصدر، فإليه كالإنكاح^(٢).
وله أن يصلح^(٣)؛ لأنه^(٤) أنظر في حق المعتوه، وليس له^(٥) أن يعفو؛ لأن فيه^(٦) إبطال حقه^(٧)، وكذلك^(٨) إن قطعت يد المعتوه عمداً؛ لما ذكرنا^(٩).

والوصى بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل^(١٠)؛ لأنه ليس له ولاية على نفسه^(١١)، وهذا من قبيله^(١٢)، ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس^(١٣) واستيفاء القصاص في الطرف، فإنه لم يستثن^(١٤) إلا القتل.
وفي كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح^(١٥)؛ لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه، فينزل منزلة الاستيفاء^(١٦).
ووجه المذكور ههنا^(١٧) أن المقصود من الصلح المال، وأنه^(١٨) يجب بعقده^(١٩)،

(١) نفس.

(٢) قوله: "فإليه كالإنكاح" ولكن كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح، ولا يملك استيفاء القصاص، وذلك لأن القصاص شرع لتشفي الصدر، وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه، فلذلك جعل التشفي الحاصل للأب كالحاصل للابن، بخلاف الأخ. (ك)

(٣) قوله: "وله [أب] أن يصلح" لكن هذا فيما إذا صلح على قدر الدية، أما إذا صلح على أقل من الدية، لم يجز الحط وإن قل، ويجب كمال الدية. (ك)

(٤) أب.

(٥) أب.

(٦) عفو.

(٧) معتوه.

(٨) أى الأمر إلى أبيه.

(٩) قوله: "لما ذكرنا" أراد به قوله؛ لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها، وهو تشفى الصدر. (ك)

(١٠) أى القاتل.

(١١) معتوه.

(١٢) قوله: "وهذا من قبيله" أى استيفاء القصاص من قبيل الولاية على النفس. (ك)

(١٣) قوله: "تحت هذا الإطلاق" يريد به قوله والوصى بمنزلة الأب فى جميع ذلك. (عناية)

(١٤) محمد فى "الجامع الصغير".

(١٥) قوله: "أن الوصى لا يملك الصلح" أى عن النفس على المال، أما يملك الوصى الصلح عما دون النفس على المال؛ لأنه يملك استيفاءه، فيملك صلحه على المال. (ك)

(١٦) أى استيفاء القصاص.

(١٧) أى فى "الجامع الصغير".

(١٨) أى أن المال.

(١٩) الوصى.

كما يجب بعقد الأب، بخلاف القصاص؛ لأن المقصود التشفي، وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو؛ لأن الأب لا يملكه^(١)؛ لما فيه من الإبطال^(٢)، فهو أولى. وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف، كما لا يملكه في النفس؛ لأن المقصود متحد، وهو التشفي.

وفي الاستحسان يملكه^(٣)؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فانها^(٤) خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف، فكان استيفاءه^(٥) بمنزلة التصرف في المال، والصبى بمنزلة المعتوه في هذا^(٦)، والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له، يستوفيه^(٧) السلطان، والقاضي بمنزلته^(٨) فيه^(٩).

قال^(١٠): ومن قُتل وله أولياء صغار وكبار^(١١)، فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة. وقالوا: ليس لهم ذلك حتى يدرك^(١٢) الصغار؛ لأن القصاص مشترك بينهم^(١٣)، ولا يمكن استيفاء البعض^(١٤)؛ لعدم التجزئ^(١٥)، وفي استيفاءهم الكل^(١٦) إبطال حق الصغار، فيؤخر إلى إدراكهم، كما إذا كان^(١٧) بين الكبيرين وأحدهما

(١) عفو.

(٢) قوله: "لما فيه [عفو] من الإبطال" أي إبطال حق المعتوه من القصاص والمال. (ك)

(٣) أي الاستيفاء في الطرف.

(٤) أطراف.

(٥) أي استيفاء النصاص في الأطراف.

(٦) قوله: "بمنزلة [أي للأب أن يستوفى القصاص الواجب للصغير في النفس أو ما دونها] المعتوه" أي إذا قتل قريب الصغير فلا يبيح أن يقتص، وله أن يصلح، وليس للوصي أن يقتص، وذكر الإمام التمرتاشي ولو قتل عبد اليتيم لم يكن للوصي أن يقتص، ولو كان الأب حياً، له أن يقتص وله أن يصلح. (ك)

(٧) قصاص.

(٨) سلطان.

(٩) أي في استيفاء القصاص.

(١٠) أي محمد في "الجامع الصغير".

(١١) قوله: "وله أولياء صغار وكبار" بأن كان للمقتول أخوان: أحدهما صغير، والآخر كبير. (كفاية)

(١٢) يبلغ.

(١٣) أي بين الكبير والصغار.

(١٤) أي بعض القصاص.

(١٥) قوله: "لعدم التجزئ" وذلك لأنه تصرف في الروح؛ وإذا لا يقبل الوصف بالتجزئ. (ك)

(١٦) أي كل القصاص.

(١٧) فينتظر.

غائب، أو كان بين المولين^(١). وله أنه حق^(٢) لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ، وهو القرابة، واحتمال العفو من الصغير منقطع^(٣)، فيثبت لكل واحد كمالاً في ولاية الإنكاح^(٤)، بخلاف الكبيرين؛ لأن احتمال العفو من الغائب ثابت^(٥)، ومسألة المولين ممنوعة^(٦).

قال^(٧): "ومن ضرب رجلاً بمر^(٨) فقتله، فإن أصابه بالحديد قتل به، وإن أصابه بالعود^(٩)، فعليه الدية قال رضى الله تعالى عنه^(١٠): وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب، وإن أصابه بظهر الحديد^(١١)، فعندهما يجب^(١٢)، وهو رواية عن أبى حنيفة اعتباراً منه للآلة^(١٣)، وهو الحديد^(١٤). وعنه إنما يجب إذا جرح^(١٥)، وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضرب^(١٦)

(١) قوله: "أو كان بين المولين" صورتها فيما إذا كان العبد مشتركاً بين الكبير والصغير، فقتل العبد، ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق. (نهاية)
(٢) أى أن حق القصاص.

(٣) قوله: "منقطع" أى فى حال استيفاء القصاص؛ لأن الصغير ليس من أهل العفو، وإنما يتوهم عفو بعد بلوغه وشبهة عفو بتوهم أعراضه لا يمنع استيفاء القصاص. بخلاف الكبيرين، وأحدهما غائب؛ لأن هناك شبهة العفو موجودة؛ لجواز أن يكون الغائب عفاً، والحاضر لا يشعر به، وعفو الغائب صحيح. (مل)
(٤) فإن لكل واحد كمالاً.

(٥) فلو استوفى لكان استيفاء منه مع الشبهة، وإذا لا يجوز.

(٦) قوله: "ممنوعة" فى فوائد مولانا حميد الدين عبد بين مولين، وأحدهما صغير، قتل عمداً، قال بعض مشايخنا: عند أبى حنيفة له ولاية استيفاء القصاص. (ك)

(٧) أى محمد فى "الجامع". (عينى)

(٨) قوله: "بمر [كلند وبيل. من]" فى "الدر المختار": المر - بفتح الميم - ما يعمل به فى الطين، وقال العينى: المر - بفتح الميم وتشديد الراء - وهو خشبة طويلة فى رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة، يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض. (مل)

(٩) دسسته كلند.

(١٠) أى المصنف.

(١١) أى ولم يجرح. (ن)

(١٢) القصاص.

(١٣) قوله: "اعتباراً منه للآلة وهو الحديد" لأن الحديد معدّ لذلك فى الدنيا والآخرة، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾، وهو القتل، وقوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ مَقَامِعٌ مِنْ حَدِيدٍ﴾. (ك)

(١٤) لأن الحديد سلاح كله.

(١٥) قوله: "إنما يجب إذا جرح" لأن بدون الجرح لا يتكامل إفساد الظاهر، فلا يستدعى العقوبة المتناهية. (مل)

(١٦) أى على هذا الخلاف.

بسنجات^(١) الميزان^(٢)، وأما إذا ضربه بالعود^(٣)، فإنما تجب الدية؛ لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص، حتى لا يهدر الدم.
ثم قيل: هو بمنزلة العصا الكبيرة، فيكون قتلاً بالمثل^(٤)، وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نيين، وقيل: هو بمنزلة السوط، وفيه خلاف الشافعي، وهي مسألة الموالاتة^(٥). له^(٦) أن الموالاتة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية، فيتحقق الموجب^(٧).

ولنا ما روينا^(٨)، «ألا إن قتيل خطأ العمد»*، ويروى: «شبه العمد» الحديث، ولأن فيه^(٩) شبهة عدم العمدية؛ لأن الموالاتة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه^(١٠) القصد^(١١) في خلال الضربات، فيعبري أول الفعل^(١٢) عنه، وعساه أصاب المقتل^(١٣) والشبهة دارئة للقوطد، فوجبت الدية.
قال^(١٤): ومن غرق صبياً، أو بالغاً في البحر^(١٥)، فلا قصاص عند أبي حنيفة.

(١) سنجة الميزان: سنگ ترازو. (من)

(٢) من الحديد. (كافي)

(٣) يعود المر.

(٤) يكون شبه عمد. (رد المحتار)

(٥) قوله: "وهي إلخ" إذا تعمد الضرب بما لم يكن الهلاك منه غالباً كالسوط الصغير، فإن لم يوال في الضربات، فهو شبه العمد عندهما بلا خلاف، وإن كان والي في الضربات، فقد اختلف المشايخ فيه على قولهما، بعضهم قالوا: إنه عمد محض، وبعضهم قالوا: شبه العمد. (نهاية)

قوله: "وهي [أي المسألة الخلافية] مسألة الموالاتة" قلت: هو مرفوع، رواه البيهقي في "سننه"، وفي "المعرفة" من حديث البراء بن عازب رضی اللہ تعالیٰ عنہ عن النبی ﷺ قال: «من أغرض غرضين أحرق أحرقناه ومن غرق غرقناه» قال صاحب "التفقيح": في هذا الإسناد من يجهل حاله. (عيني)

(٦) أي للشافعي.

(٧) للقصاص.

(٨) قوله: "ولنا ما روينا [في أول كتاب الجنائيات]: «ألا إن... إلخ» لا يقال: إنه محمول على عدم الموالاتة؛ لأننا نقول: إن إجراء على إطلاقه أولى؛ إذ فيه درء القصاص، وهو مندوب إليه. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٣، وانظر في الدراية ج ٢ ص ٢٦٦ تحت الحديث ١٠١١. (نعيم)

(٩) أي في الموالاتة.

(١٠) أي عرضه.

(١١) أي قصد القتل.

(١٢) أي أول الضرب.

(١٣) قوله: "وعساه أصاب [بغير قصد] المقتل" أي زمان القتل، أي الموت، وإن لم يكن قاصداً للقتل. (أعظمي)

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير".

وقالا: يقتص منه، وهو قول الشافعي، غير أن عندهما يستوفى^(١) حزاً^(٢)،
وعنده^(٣) يغرق^(٤)، كما بيناه من قبل^(٥)، لهم قوله عليه السلام^(٦): «من غرق
غرقناه^(٧)»*، ولأن الآلة^(٨) قاتلة، فاستعمالها أمانة العمدية؛ ولا مرأ^(٩) في
العصمة^(١٠).

وله قوله عليه السلام^(١١): «ألا إن قتييل خطأ العمد^(١٢) قتييل السوط
والعصا^(١٣)»**، وفيه^(١٤) وفي كل خطأ أرش^(١٥)، ولأن الآلة غير معدة للقتل، ولا
مستعملة فيه؛ لتعذر استعماله، فتمكنت شبهة عدم العمدية؛ ولأن القصاص ينبيء
عن المماثلة، ومنه يقال: اقتص^(١٦) أثره^(١٧)، ومنه المقصة للجلمين^(١٨)، ولا تماثل بين

(١٥) قوله: «ومن غرق إلخ» ذكر محمد التفريق بالماء مطلقاً، وهو على ثلاثة أوجه، إن كان الماء قليلاً، لا يقتل به
غالباً لا يجب القصاص بالاتفاق، وإن كان الماء كثيراً إلا أنه يمكنه النجاة بالسباحة، فهو شبه العمد عندنا، وإن كان الماء
كثيراً، ولا يمكنه النجاة بالسباحة كالبحر، فهذا مسألة الكتاب، كذا في بعض الفوائد. (ك)

(١) القصاص.

(٢) حز - بالفتح وتشديد زاء - بريدن. (م)

(٣) شافعي.

(٤) اعتباراً للمماثلة.

(٥) قوله: «كما بيناه [في أوائل هذا الباب]» إشارة إلى قوله: يفعل به كما فعل إن كان فعلاً مشروعاً. (ع)

(٦) قوله: «لهم قوله إلخ» أي للشافعي ولهما، لكن للشافعي الاستدلال بالحديث، ولهما الاستدلال بالمعقول، أو
للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص والاستيفاء. ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص، وفي
الاستيفاء لم يعمل بهذا الحديث؛ لقوله عليه السلام: «لا قود إلا بالسيف». (كفاية)

(٧) قوله: «من غرق» قوله عليه السلام: «من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه» لم يثبت مرفوعاً، وإنما هو من كلام
زياد. (كافي)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٣، والذراية ج ٢ ص ٢٦٦، الحديث ١٠١٢. (نعيم)

(٨) أي ماء البحر.

(٩) شك، مرأ - بالكسر - جدال أي لا جدال في العصمة، فإنه ثابت بلا منازع.

(١٠) أي عصمة المقتول.

(١١) أخرج معناه ابن حبان في «صحيحه».

(١٢) أي شبه العمد.

(١٣) وهذا في معناه؛ لأن الماء غير جارح كالسوط والعصا.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٤، والذراية ج ٢ ص ٢٦٦، الحديث ١٠١٣. (نعيم)

(١٤) أي في الحديث: «وفي كل خطأ أرش»، وهذا من تمة الحديث، وبعده فيه مائة من الإبل.

(١٥) وهذا المذكور من شبه العمد.

(١٦) أي أتبع وذهب، كما ذهب هو.

الجرح والدق^(١١) لقصور الثانی عن تخريب الظاهر، وكذا لا يتمثلان في حكمة الزجر؛ لأن القتل بالسلاح غالب، وبالتالي نادر^(١٢).
وما رواه^(١٣) غير مرفوع^(١٤)، أو هو محمول على السياسة، وقد أومت إليه^(١٥) إضافته إلى نفسه فيه^(١٦)، وإذا امتنع القصاص، وجبت الدية، وهي على العاقلة، وقد ذكرناه^(١٧)، واختلاف الروايتين^(١٨) في الكفارة^(١٩).

قال^(١٠): ومن جرح رجلاً عمداً، فلم يزل^(١١) صاحب فراش، حتى مات فعليه القصاص؛ لوجود السب^(١٢) وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر، فأضيف^(١٣) إليه.

قال^(١٤): وإذا التقى الصفتان من المسلمين والمشركين، فقتل مسلم مسلماً، ظن أنه مشرك، فلا قود عليه، وعليه الكفارة؛ لأن هذا أحد نوعي الخطأ^(١٥) على ما بيناه^(١٦)، والخطأ بنوعيه لا يوجب القود، ويوجب الكفارة، وكذا^(١٧) الدية على ما

(١٧) إثر - بالكسر - نشان.

(١٨) الجلم الذي يعجز به، وهما جلمان، جلم - بفتحين - مقراض كه بدان چیزها بردند. (م)

(١) وكذا الفرق.

(٢) والفرق ملحق بالمتنقل.

(٣) الشافعي وهو: «من غرق غرقناه».

(٤) قوله: «غير مرفوع [أي غير متصل إليه عليه السلام] فلا يكون حجة عنده؛ لأنه لا يرى العمل بالموقوف. (أعظمي)

(٥) قوله: «وقد أومت [أشارت] إليه» أي إلى الحمل على السياسة، إضافة النبي عليه السلام فعل التخريق إلى

نفسه، حيث قال: غرقناه، ولم يقل من غرق يغرق. (ك)

(٦) أي في الحديث.

(٧) في أول كتاب الجنائيات.

(٨) قوله: «واختلاف [مبتدأ] الروايتين» أي عن أبي حنيفة إنما كان في الكفارة، فإنه روى أن لا كفارة في شبه

العمد، وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده، وأما الدية، فإنها واجبة عنده من غير تردد. (عناية)

(٩) خبير، لا في الدية.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) أي صار.

(١٢) جرح.

(١٣) الحكم.

(١٤) أي محمد في «الجامع الصغير». (عيني)

(١٥) وهو الخطأ في القصد. (ك)

(١٦) قبيل باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب.

(١٧) أي كذا يوجب الدية.

نطق به نص الكتاب^(١).

ولما اختلف سيوف المسلمين^(٢) على اليمان^(٣) أبى حذيفة قضى رسول الله عليه
والصلاة والسلام بالدية^{(٤)*}، قالوا: إنما تجب الدية إذا كانوا^(٥) مختلطين، فإن
كان في صف المشركين^(٦)، لا تجب^(٧) لسقوط عصمته بتكثير سوادهم، قال عليه
السلام^(٨): «من كثر سواد^(٩) قوم فهو منهم»**.

قال^(١٠): «ومن شج نفسه^(١١)، وشججه رجل وعقره أسد^(١٢)، وأصابته حية،
فمات من ذلك كله، فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد؛
لكونه هدرًا في الدين والأخرة، وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة، حتى
يؤثم عليه^(١٣).

وفي "النوادر"^(١٤): أن عند أبى حذيفة ومحمد يغسل، ويصلى عليه، وعند أبى

(١) قوله: "على ما نطق به نص الكتاب" وهو قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. (ك)

(٢) قوله: "ولما اختلفت [في حرب أحد] سيوف المسلمين" أى توالت، روى أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبى حذيفة في بعض الليالي في غزوة خندق، فقتلوه على ظن أنه مشرك، فقضى رسول الله ﷺ بالدية، فوهبها لهم حذيفة. (ع)

(٣) وظنه المسلمون حربياً. (ك)

(٤) رواه الشافعي في "مسنده" عن عروة. (شرح نهاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٤، والدراية ج ٢ ص ٢٦٦، الحديث ١٠١٤. (نعيم)

(٥) كفار ومسلمين.

(٦) قوله: "فإن كان الخ" أى فإن لم يكونوا مختلطين، بل كانوا مسلمين في صف المشركين، وإن لم يكن

قصدهم تقوية الكفار، لا تجب الدية. (أعظمي)

(٧) الدية.

(٨) أسنده أبو يعلى الموصلي في "مسنده" عن عمر بن الحارث عن ابن مسعود.

(٩) جماعة.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٦، والدراية ج ٢ ص ٢٦٧، الحديث ١٠١٥. (نعيم)

(١٠) أى محمد. (عيني)

(١١) شج - بالفتح وتشديد جيم - سر شكستن. (م)

(١٢) عقر - بالفتح - خسته كردن، ومنه في الشتم جدعاً له وعقرأ. (من)

(١٣) إجماعاً، تأثيم: گناه نسبت كردن. (م)

(١٤) قوله: "وفي "النوادر": أن عند أبى حذيفة الخ" هذا أثر كون فعله غير معتبر؛ لأنه لما كان يغسل ويصلى عليه

صار كأنه مات حتف أنفه بمرضه من غير فعله على نفسه عندهما. أما عند أبى يوسف فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه، وصار بمنزلة الباغي، ولو كان فعله هدرًا أصلاً كنهش الحية، ولم يكن جناية مع كونه مقتولاً حقيقة، لكان

يوسف يغسل ، ولا يصلى عليه^(١) .

وفى "شرح السير الكبير" : ذكر فى الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى "كتاب التجنيس والمزيد" ، فلم يكن هدرًا مطلقاً^(٢) ، وكان جنساً آخر^(٣) ، وفعل الأجنبى معتبره فى الدنيا والآخرة ، فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه ، فيجب عليه ثلث الدية ، والله أعلم .

فصل^(٤)

قال^(٥) : ومن شهر على المسلمين^(٦) سيفاً ، فعليهم أن يقتلوه ؛ لقوله عليه السلام : «من شهر^(٧) على المسلمين سيفاً فقد أطل دمه^(٨)» * ، ولأنه باغ ، فتسقط عصمته ببغيه ، ولأنه^(٩) تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه ، فله قتله .
وقوله : فعليهم^(١٠) ، وقول محمد فى "الجامع الصغير" : فحق على المسلمين أن يقتلوه ، إشارة إلى الوجوب ، والمعنى وجوب دفع الضرر^(١١) .

شهيداً ، ويسقط غسله ، فلم يكن فعله هدرًا مطلقاً ، فكان جنساً آخر ، وفعل الأسد والحية هدر فى الدنيا والآخرة ، وفعل الأجنبى معتبره فى الدنيا والآخرة ، فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه ، فيجب عليه ثلث الدية . (ك)
(١) إهانة له كالباغى .

(٢) متعلق بقوله هدر فى الدنيا معتبر فى الآخرة . (٦) أى فعله بنفسه .

(٣) من حيث إنه هدر من وجه دون وجه .

(٤) قوله : "فصل" لما فرغ من بيان المسائل التى توجب القصاص ألحق بها فصلاً ، يشتمل على المسائل التى لها عرضة إيجاب القصاص . (عناية)

(٥) أى محمد فى "الجامع الصغير" .

(٦) ليلاً أو نهاراً فى مصر أو غيره . (در مختار) شهر - بالفتح - شمشير بر كشيدين از نيام . (م)

(٧) قوله : "من شهر" رواه النسائى من حديث ابن أبى الزبير والحاكم فى المسند عن معمر مرفوعاً من شهر سيفه ، فدمه هدر . (شرح نقاية)

(٨) قوله : "فقد أطل [أى أهدر] دمه" فإن قيل قوله فى الحديث ، فقد أطل دمه يدل على الإباحة فقط ، فكيف يتمسك به على الوجوب ، قلنا : لما أهدر دمه صار ملحقاً بالكافر الحربى المحارب ، فيكون قتله واجباً ، لكن لا لعين القتل ، بل لدفع الضرر ، حتى لو أمكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله ، والدليل على أن قتله واجب أن المباح ما استوى طرفاه ، ولا يأتى التارك بتركه ، وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع إمكانه يكون أثماً ، فدل على أنه واجب . (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٧ ، والدراية ج ٢ ص ٢٦٧ ، الحديث ١٠١٦ . (نعيم)

(٩) قتل .

(١٠) قوله : "وقوله : فعليهم" قال الكاكي : أى قول صاحب "المختصر" ، قلت : إن أراد صاحب "مختصر القدورى" ، فهذه المسألة لم يذكر فيها ، وإنما هى فى "الجامع الصغير" . والصواب ما ذكره تاج الشريعة ، أى قول محمد فى "المبسوط" : فعليهم ، وقول محمد فى "الجامع الصغير" : فحق على المسلمين أن يقتلوه . (عينى)

(١١) قوله : "والمعنى [أى إنما] وجب القتل ، لأن دفع الضرر واجب . ك[أى معنى الوجوب دفع الضرر ؛ لأن

وفي سرقة "الجامع الصغير"^(١): "ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً، أو نهاراً، أو شهر عليه عصا ليلاً في مصر، أو نهاراً في طريق في غير مصر، فقتله المشهور عليه عمداً، فلا شيء عليه؛ لما بينا"^(٢).

وهذا لأن السلاح لا يلبث، فيحتاج^(٣) إلى دفعه بالقتل، والعصا الصغيرة وإن^(٤) كان يلبث، ولكن في الليل لا يلحقه الغوث^(٥)، فيضطر^(٦) إلى دفعه بالقتل، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث، فإذا قتله^(٧) كان دمه هدرًا، قالوا: فإن كان عصا لا تلبث^(٨) يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما^(٩).

قال^(١٠): "وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً، فقتله المشهور عليه عمداً، فعليه الدية في ماله. وقال الشافعي: لا شيء عليه، وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة"^(١١).
وعن أبي يوسف: أنه يجب الضمان^(١٢) في الدابة، ولا يجب في الصبي والمجنون. للشافعي أنه قتله دافعاً عن نفسه، فيعتبر^(١٣) بالبالغ^(١٤) الشاهر، ولأنه يصير محمولاً على قتله بفعله، فأشبهه المكره^(١٥).

الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لا عين القتل. (٤)

(١) قوله: "وفي سرقة الجامع الصغير" وإنما ذكر هذه لزيادة بيان فيها ما ليس في قوله: "ومن شهر على المشهور على المشهور سيفاً، فعليه أن يقتلوه، وهو قوله: فلا شيء عليه، وإنما ذكر هذه لفائدة، وهو أن من الجائر أن يجوز قتله، وعليه الضمان، كما في قتل الجمل الصائل، وأكل مال الغير حال المحمصة، فقال: فلا شيء عليه لدفع هذا الوهم. (ك)

(٢) إشارة إلى ما ذكر من الحديث والمعقول. (ك)

(٣) المشهور عليه.

(٤) الواو وصلية.

(٥) بالفتح: فرياد رس. (م)

(٦) المشهور عليه.

(٧) الشاهر.

(٨) بسبب العظم.

(٩) أى يستوى فيه أن يشهر ليلاً أو نهاراً في مصر أو غير مصر.

(١٠) أى محمد في "الجامع الصغير". (عينى)

(١١) قوله: "وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة" يعنى إذا صال على إنسان، فقتله الموصول عليه عمداً يضمن الدية والقيمة. (عناية)

(١٢) أى القيمة.

(١٣) الصبي والمجنون والدابة.

(١٤) العاقل.

ولأبى يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلاً، حتى لو تحقق^(١) لا یوجب الضمان^(٢). أما فعلهما معتبر فى الجملة، حتى لو حققاه^(٣) یجب علیهما الضمان، وكذا عصمتها لحقهما، وعصمة الدابة لحق مالكها، فكان فعلهما مسقطاً للعصمة^(٤) دون فعل الدابة.

ولنا أنه قتل شخصاً معصوماً^(٥)، أو أتلف مالاً^(٦) معصوماً حقاً للمالك، وفعل الدابة لا یصلح مسقطاً^(٧)، وكذا فعلهما^(٨)، وإن كانت عصمتها حقهما لعدم اختيار صحيح، ولهذا لا یجب القصاص^(٩) بتحقيق الفعل منهما. بخلاف العاقل البالغ^(١١)؛ لأن له اختياراً صحيحاً، وإنما لا یجب القصاص لوجود المبیح، وهو دفع الشر، فتجب الدية.

قال^(١٢): ومن شهير على غيره سلاحاً فى المصر، فضربه^(١٣)، ثم قتله الآخر^(١٤)،

(١٥) قوله: "فأشبه المکره" صورته أن رجلاً أكرهه بالسلح على أن یقتله، وتحقق عند المکره أنه لو لم یقتله، لقتله هو فقتله، فلا شيء علیه، ولا یقال: بأن عند الشافعى یجب القصاص على المکره، فكيف یصح الاستدلال به؛ لأننا نقول: إنما یجب القصاص عنده على المکره، إذا كان المقتول غير المکره، فأما إذا أكرهه المکره على قتل المکره، فقتله فلا رواية فيه، ویحتمل أن لا یجب القصاص عنده هنا؛ لأن المکره أسقط عصمة نفسه بالإكراه، فلا یجب القصاص بقتله، بخلاف ما إذا كان المقتول غير المکره؛ لأن المقتول ثمة معصوم فافترقا. (ك)

(١) أى فعل الدابة.

(٢) على الدابة.

(٣) أى فعلهما.

(٤) أى لعصمتها.

(٥) وهو الصبى والمجنون.

(٦) دابة.

(٧) أى للعصمة.

(٨) أى فعل الصبى والمجنون لا یصلح مسقطاً للعصمة.

(٩) الواو وصلية.

(١٠) قوله: "ولهذا [أى لعدم الاختيار الصحيح] لا یجب القصاص بتحقيق الفعل منهما" أى على الشاهر، وهو

الصبى والمجنون. (ك)

(١١) الشاهر.

(١٢) أى محمد. (عینی)

(١٣) قوله: "فضربه" فضربه الشاهر، فانصرف، ثم قتله المشهور علیه، فعلى القاتل القصاص، هذا إذا ضربه الأول، وكف عن الضرب على وجه لا یرید ضربه ثانياً؛ لأنه لما شهر حل دمه، دفعاً لشره، فلما لم یقتله، وكف عنه اندفع شره، وعادت عصمته، فإذا قتله، فقد قتل شخصاً معصوماً من غير دفع ضرر، فلزمه القصاص. (ك)

(١٤) أى المشهور علیه، أو غيره. (در مختار)

فعلى القاتل القصاص ، معناه إذا ضربه فانصرف ؛ لأنه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف ، فعادت عصمته .

قال ^(١) : ومن دخل عليه غيره ليلاً ، وأخرج السرقة ، فاتبعه ^(٢) وقتله ، فلا شيء عليه ^(٣) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : «قاتل دون مالك ^(٤)» * ، ولأنه يباح له القتل دفعاً في الابتداء ، فكذا استرداداً في الانتهاء ^(٥) ، وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد ^(٦) إلا بالقتل ، والله أعلم .

باب ^(٧) القصاص فيما دون النفس

قال ^(٨) : «ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل ، قطعت يده ، وإن ^(٩) كانت يده أكبر من اليد المقطوعة ؛ لقوله تعالى : ﴿والجروح قصاص ^(١٠)﴾ ، وهو ينبىء عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه ، يجب فيه القصاص ، وما لا فلا ، وقد أمكن ^(١١) في القطع من المفصل فاعتبر ، ولا معتبر بكبر اليد وصغرهما ؛ لأن منفعة اليد ^(١٢) لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ، ومارن ^(١٣) الأنف ، والأذن ؛ لإمكان رعاية المماثلة .

قال ^(١٤) : «ومن ضرب عين رجل ، فقلعها ^(١٥) لا قصاص عليه ؛ لامتناع المماثلة

(١) أى محمد . (عيني)

(٢) المسروق منه .

(٣) أى القاتل المسروق منه .

(٤) قوله : «قاتل دون مالك [أى لأجل مالك . ع.]» رواه فى مسند إسحاق بن راهويه عن فائوس بن أبى المخارق عن أبيه . (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٤٨ ، والدراية ج ٢ ص ٢٦٨ ، الحديث ١٠١٧ . (نعيم)

(٥) لأنه أسهل من الابتداء . (٤)

(٦) قوله : «إذا كان لا يتمكن» أما إذا أمكنه بطريق آخر كالتهديد والصيحاح عليه ، يكون القتل مضموناً . (ك)

(٧) قوله : «باب» لما فرغ من بيان القصاص فى النفس ، أتبعه بما هو بمنزلة التبع ، وهو القصاص فى الطرف . (٤)

(٨) أى القدورى . (عيني)

(٩) الواو وصلية .

(١٠) قوله : «والجروح قصاص» أى ذات قصاص ، فى شرح الأقطع ، فاقترضت الآية ثبوت القصاص فيما دون النفس ، وفى الإيضاح فصار القصاص فيما دون النفس مشروعاً بهذه الآية ، والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الأجزاء ، ولفظ القصاص ينبىء عن هذا . (كفاية)

(١١) رعاية المماثلة .

(١٢) وهو البطش .

(١٣) نرمه بينى ، وهو ما لان من الأنف ، واحترز به عن القصة . (رد المحتار)

(١٤) أى القدورى . (عيني)

فى القلع^(١)، وإن كانت^(٢) قائمة^(٣)، فذهب ضوؤها، فعليه القصاص؛ لإمكان المماثلة على ما قال فى الكتاب^(٤): تحمى له المرأة^(٥)، ويجعل^(٦) على وجهه قطن رطب، وتقابل عينه بالمرأة، فيذهب ضوؤها، وهو مأثور* عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم^(٧).

قال^(٨): وفى السن القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾، وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر؛ لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر.

قال^(٩): وفى كل شجرة^(١٠) تتحقق فيها المماثلة^(١١) القصاص؛ لما تلوناه^(١٢).

قال^(١٣): ولا قصاص فى عظم^(١٤) إلا فى السن^(١٥)، وهذا اللفظ مروى عن عمر

(١٥) قلعه قلماً - بالفتح - از بيخ بر کند آن را. (من)

(١) قوله: "لامتناع المماثلة فى القلع" لأنها إذا قورت، فقد تعذر اعتبار المماثلة؛ لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثانى زائدا. (ك)

(٢) العين.

(٣) ثابتة.

(٤) يعنى القدرى .

(٥) قوله: "تحمى له المرأة" بكسر الميم ومد الهمزة: آلة الرؤية، ورأيت بخط بعض العلماء، أن المراد بها ههنا فولاد صقيل يرى به الوجه، لا المرأة المعروفة من الزناج. (رد المختار)

(٦) ويشد عينه الأخرى. (زيلعى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٠ تحت "باب القصاص فيما دون النفس، والدراية ج ٢ ص ٢٦٨، تحت الحديث ١٠١٧ فى باب القصاص فيما دون النفس. (نعيم)

(٧) قوله: "وهو مأثور إلخ" كانت هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله تعالى عنه، فشاور الصحابة فقال على رضى الله تعالى عنه: يجب القصاص، فبين إمكانه بالطريق الذى ذكرناه. (زيلعى)

(٨) أى القدرى. (عينى)

(٩) أى القدرى. (عينى)

(١٠) قوله: "وفى كل شجرة [بالفتح وتشديد جيم: جراحت وشكستگى]" تختص الشجرة بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فجراحة. (درمختار)

(١١) كما فى الموضحة، كما سيجىء فى فصل الشجاج.

(١٢) قوله: "لما تلوناه" إشارة إلى قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وفى بعض النسخ لما ذكرنا، وهو إشارة إلى قوله يبنى عن المماثلة. (عناية)

(١٣) أى القدرى. (عينى)

(١٤) قوله: "ولا قصاص" قال عمر: إنا لا نقيد من العظام، وقال ابن عباس: ليس فى العظام قصاص، ونحوه عن الشعبى والحسن، رواه ابن أبى شيبه فى "مصنفه". (شرح نقاية)

رضى الله تعالى عنه وابن مسعود رضى الله تعالى عنه، وقال عليه الصلاة والسلام:
 «لا قصاص في العظم»*، والمراد غير السن^(٢).

ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر؛ لاحتمال الزيادة والنقصان، بخلاف السن؛ لأنه يبرد بالمبرد،^(٣) ولو قلع من أصله يقلع الثاني^(٤)، فيتمثالان.

قال^(٥): وليس فيما دون النفس شبه عمد^(٦)، إنما هو عمد، أو خطأ؛ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة، والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون ما دون النفس^(٧)؛ لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة، فلم يبق إلا العمد والخطأ.

ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس، ولا بين الحر والعبد^(٨)، ولا بين العبدتين؛ خلافاً للشافعى^(٩) فى جميع ذلك إلا فى الحر^(١٠) يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس؛ لكونها تابعة لها^(١١).

(١٥) قوله: "إلا فى السن" فإن كان السن عظماً، فلاستثناء متصل، ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام، وهو إمكان القصاص فيها، بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها، أو إلى أصلها إن قلعها، ولا يقلع؛ لتعذر المماثلة، وربما يفسد به الثانية، كذا فى "المسوط"، وإن كان غير عظم، فلاستثناء منقطع.

وقد اختلف الأطباء فى ذلك، فمنهم من قال: هو طرف عصب يابس؛ لأنه يحدث، وينمو بعد تمام الحلقة، ومنهم من قال هو طرف عظم، وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم، حتى قال: والمراد منه غير السن. (٦)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٠، والدراية ج ٢ ص ٢٦٩ تحت الحديث ١٠١٧ فى "باب القصاص فيما دون النفس". (نعيم)

(٢) قوله: "المراد غير السن" بدليل قوله تعالى: ﴿والسن بالنسن﴾ يؤخذ الثانية بالثنية والنايب بالنايب والضررس بالضررس والأعلى بالأعلى والأسفل للأسفل؛ لما فى خلاف ذلك من الإخلال بالمماثلة. (ك)

(٣) برد - بالفتح - بسوهان سائدين. (م)

(٤) قوله: "يقلع [وقيل: يبرد إلى موضع أصل السن. در مختار] الثاني" ويخالفه ما قال فى الكفاية، إذا قلع السن، فإنه لا يقلع سنة قصاصاً؛ لتعذر اعتبار المماثلة فيه، وربما يفسد به الثانية، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أسفل السن. (مل)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "وليس فيما دون الخ" قد ذكره مرة، لكنه ذكر هناك أنه عمد، وههنا أنه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص، وذلك لأن شبه العمد إن حصل فيما دون النفس، وأمكن القصاص جعل عمداً، روى أن الربيع عمه أنس بن مالك كسرت ثنية جارية من الأنصار بالطعمة، فأمر النبي عليه السلام بالقصاص واللطمة إن كانت على النفس، لا توجب القود، وإن لم يكن القصاص جعل خطأ، ووجب الأرش. (٦)

(٧) قوله: "والقتل هو الذى يختلف الخ" لأنه عبارة عن إزهاق الروح، وهو غير محسوس، فأقيمت الآلة الصالحة لتفريق الأجزاء مقام الإزهاق، بخلاف الأطراف؛ لأنها محسوسة، فلا حاجة إلى ذلك. (مل)

(٨) أى فيما دون النفس. (ك)

(٩) فإن عنده يقتص.

(١٠) يعنى لا يجب القصاص فيه عنده أيضاً. (٦)

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال^(١)، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة^(٢)، وهو معلوم قطعاً^(٣) بتقويم الشرع، فأمكن اعتباره. بخلاف التفاوت^(٤) في البطش^(٥)؛ لأنه لا ضابط له، فاعتبر أصله، وبخلاف الأنفس؛ لأن المتلف إزهاق الروح^(٦) ولا تفاوت فيه، ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر؛ للتساوى بينهما في الأرض.

قال^(٧): ومن قطع يد رجل من نصف الساعد^(٨) أو جرحه جائفة^(٩)، فبرأ منها^(١٠)، فلا قصاص عليه؛ لأنه لا يمكن^(١١) اعتبار المماثلة فيه، إذ الأول كسر العظم ولا ضابطة فيه^(١٢)، وكذا البرء نادر، فيفرض الثاني إلى الهلاك ظاهراً. قال^(١٣): وإذا كانت يد المقطوع صحيحة، ويد القاطع شلاء^(١٤)، أو ناقصة

(١١) قوله: "لكونها [أطراف] تابعة لها [أنفس]" يعني أن الأطراف تابعة للنفس، فكما يجرى القصاص بين الرجال والنساء في النفوس، فكذلك في الأطراف؛ لكونها تابعة لها. (ع)
(١) قوله: "يسلك بها مسلك الأموال" لأن الأطراف خلقت وقاية للإنس كالمال، فإن قيل: قوله تعالى: ﴿والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن﴾ مطلق، يتناول مواضع النزاع، فيكون حجة عليكم. قلنا: قد خص منه الحربى والمستأمن، والنص العام إذا خص منه شيء، يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد، فخصصناه بما روينا. (ك)

(٢) قوله: "فينعدم التماثل" بالتفاوت [فإن قيمة يد الرجل خمس مائة دينار، وقيمة يد المرأة نصفها] إلخ "الأصل في جريان القصاص فيما دون النفس اعتبار المماثلة في الفعل والمحل المأخوذ بالفعل؛ لأن المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه، فيجب اعتبارها، فإن قيل: يشكل بما إذا قطع عيب يد عيب، وقيمتها سواء، ومع ذلك لا يجرى القصاص عندكم، قلنا: لأن طريق معرفة القيمة بالخرز، والظن والمماثلة المشروطة لا يثبت بطريق الظن والخرز. (ك)
(٣) قوله: "وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع إلخ" فإن الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس مائة دينار قطعاً ويقيناً، ولا يبلغ قيمة العبد إلى ذلك، ولو بلغت إنما تبلغ بالخرز والظن، فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً، فينعدم التماثل. (ك)
(٤) في الكبير والصغير، أى إذا كان يد كبيرة ويد صغيرة.

(٥) بالفتح: سخت گرفتن.

(٦) هلاك كردن. (م)

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) بازو مردم. (م)

(٩) قوله: "أو جرحه جائفة" الجائفة: هى التى تصل إلى الجوف من الصدر، أو الظهر، أو البطن، فلا قصاص؛ لانتفاء شرطه بل يجب ثلث الدية، ولا تكون الجائفة فى الرقبة والحلق واليدين والرجلين، ولو فى الأثنين والدبر، فهى جائفة اتفاقاً. (رد المحتار)

(١٠) قوله: "فبرأ منها [أى من الجائفة]" فلو لم تبرأ، فإن سارية يقتصر، وإلا ينتظر البرء، أو السراية. (ابن كمال)

(١١) قوله: "لا يمكن" لأنه ليس له حد معلوم، ومن الجائز أن يكون الثاني زائداً. (ك)

(١٢) فإنه لا ينكسر من الموضع الذى يراد كسره.

(١٣) أى القدورى. (عيني)

الأصابع، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة، ولا شيء له غيرها^(١)، وإن شاء أخذ الأرش كاملاً؛ لأن استيفاء الحق كملاً متعذر، فله أن يتجاوز^(٢) بدون حقه^(٣)، وله أن يعدل إلى العوض^(٤) كالمثلى^(٥) إذا انصرم^(٦) عن أيدي الناس بعد الإتلاف^(٧)، ثم إذا استوفاه ناقصاً، فقد رضى به^(٨)، فيسقط حقه كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد.

ولو سقطت المؤوفة^(٩) قبل اختيار المجنى عليه، أو قطعت ظلماً، فلا شيء له عندنا^(١٠)؛ لأن حقه متعين في القصاص^(١١) وإنما ينتقل إلى المال باختياره، فيسقط^(١٢) بفواته.

بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه^(١٣) من قصاص، أو سرقة حيث يجب عليه الأرش؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً، فصارت سالمة له معني^(١٤).
قال^(١٥): ومن شج رجلاً، فاستوعبت الشجة^(١٦) ما بين قرنيه، وهي^(١٧) لا

(١٤) بالفتح وتشديد لام: دست خشك شده. (م)

(١) أى غير اليد المعيبة.

(٢) تجوز: عفو كردن. (م)

(٣) أى بما هو دون حقه، وهو قطع اليد الشلاء.

(٤) أرش.

(٥) قوله: "كالمثلى" يعنى لم يبق منه إلا ناقص الصفة، كان المالك بالخيار، إن شاء أخذه ناقصاً، وإن شاء عدل إلى القيمة، كذا ههنا، فيسقط حقه، كما إذا رضى بالردىء مكان الجيد. (ك)

(٦) انقطع.

(٧) أى أتلّف المثلى ثم انصرم هو.

(٨) قوله: "فقد رضى به" يعنى أنه رضى باستيفاء الحق ناقصاً، والفائت كالوصف، والوصف منفرد عن الأصل غير مضمون، فسقط حقه فى الوصف. (ك)

(٩) أى اليد الشلاء.

(١٠) قوله: "عندنا" وعند الشافعى: له الأرش؛ لأن عنده المال ضمان أصلى كالقود، فإذا تعذر استيفاء القود، تعين الآخر. (ك)

(١١) فإنه لو زال الشلل قبل أخذ الأرش يكون له القصاص.

(١٢) قصاص؛ لأن اختياره حين وجود المعيبة.

(١٣) من آخر.

(١٤) قوله: "فصارت [يده المعيبة] سالمة له معني" فإن قيل: يشكل بما إذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه، فلا يسقط حق المقطوع، وإن لم يسلم يد القاطع له معني. قلنا: إنما لم يسقط ثمه، وإن لم يوجد السلامة لمعني آخر، وهو أنه اتلف محلاً تعلق به حق الغير، فصارت ضامناً، كما فى العبد الرهن إذا أتلّفه الرهن، ونصاب الزكاة إذا أتلّفه المالك بعد وجوب الزكاة، فلا يكون قادحاً، لما ذكرنا من المعنى. (ك)

تستوعب ما بين قرني الشاج^(١)، فالمشجوج بالخيار، إن شاء اقتص^(٢) بمقدار شجته
يبتدئ من أى الجانبين شاء، وإن شاء أخذ الأرش؛ لأن الشجة موجبة^(٣)؛ لكونها
مشينة^(٤) فقط، فيزداد الشين^(٥) بزيادتها، وفي استيفاءه^(٦) ما بين قرني الشاج زيادة
على ما فعل^(٧).

ولا يلحقه^(٨) من^(٩) الشين باستيفاءه^(١٠) قدر حقه ما يلحق المشجوج،
فيتنقص^(١١) فيخير^(١٢)، كما في الشلاء^(١٣) والصحيحة، وفي عكسه يخير أيضاً^(١٤)؛
لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدى إلى غير حقه^(١٥)، وكذا^(١٦) إذا كانت الشجة في

(١٥) أى القدورى. (عيني)

(١٦) لصنر رأسه.

(١٧) شجة.

(١) قوله: "وهى لا تستوعب [لكبر رأسه] ما بين قرني الشاج" لكون رأس الشاج أكبر من رأس المشجوج، فإذا
شج ما بين قرني الشاج مقدار شجة، يبقى قطعة مما بين قرنيه لا شجة فيه. (ك)

(٢) فى المساحة.

(٣) للقصاص.

(٤) شيناً: عيب كرد او را. (من)

(٥) عيب.

(٦) مشجوج.

(٧) الشاج.

(٨) شاج.

(٩) بيان ما.

(١٠) مشجوج، أى إن اقتص بمقدار شجته.

(١١) حق المشجوج.

(١٢) قوله: "فيخير [المشجوج]" وحكى الطحاوى عن محمد بن العباس الدارمى، أن له أن يستوفى ما بين
قرني الشاج، وإن كان أوسع اعتباراً باليد، فإن الكبير تقطع بالصغيرة.

والجواب أن القصاص فى الشجة إنما يثبت لأجل الشين الذى يتعلق بها، لا لأجل المنفعة، ولهذا لو برأت وعادت
كما كان سقط الضمان، والشين يزداد بزيادة الشجة، والقصاص فى اليد؛ لتفويت المنفعة، والصغيرة كالكبيرة. (ك)

(١٣) شلت يده شلاً - بالفتح - وشلاً محرّكة تباه شد دست او وشكست گردید. (من)

(١٤) قوله: "وفى عكسه" لو كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج يخير أيضاً؛ لأنه لو استوفى المشجوج مثل
حقه فى المساحة مما بين قرني الشاج، كان هذا أزيد فى الشين من الأول؛ لأن تلك المساحة لم تأخذ ما بين قرني
المشجوج لكبر رأسه، وهى تأخذ ما بين قرني الشاج لصغر رأسه، فيزداد فى الشين، وإن اقتصر على ما يكون مثل الأول
فى الشين، وكان دون حقه فى المساحة، فيخير إن شاء، أخذ الأرش، وإن شاء اقتصر على ما يكون مثل الأول فى
الشين، وإن كان دونه فى المساحة. (ك)

(١٥) قوله: "للتعدى إلى غير حقه [مشجوج]" أى فى مقدار الشين لا فى قدر الشجة. (كفاية)

طول الرأس، وهى^(١١) تأخذ من جبهته إلى قفاه، ولا تبلغ^(١٢) إلى قفا الشاج، فهو بالخيار؛ لأن المعنى^(١٣) لا يختلف.

قال^(١٤): ولا قصاص فى اللسان ولا فى الذكر، وعن أبى يوسف^(١٥) أنه إذا قطع^(١٦) من أصله يجب^(١٧)؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط^(١٨)، فلا يمكن اعتبار المساواة، إلا أن تقطع الحشفة؛ لأن موضع القطع معلوم كالمفصل. ولو قطع بعض الحشفة، أو بعض الذكر، فلا قصاص فيه؛ لأن البعض لا يعلم مقداره، بخلاف الأذن إذا قطع كله، أو بعضه؛ لأنه لا ينقبض، ولا ينبسط، وله حد يعرف، فيمكن اعتبار المساواة، والشفة إذا استقصاها^(١٩) بالقطع يجب القصاص؛ لإمكان اعتبار المساواة، بخلاف ما إذا قطع بعضها؛ لأنه يتعذر اعتبارها^(٢٠).

فصل^(٢١)

قال^(٢٢): وإذا اصطح القاتل^(٢٣)، وأولياء القتيل على مال، سقط القصاص، ووجب المال^(٢٤)، قليلا كان أو كثيراً^(٢٥)؛ لقوله تعالى: ﴿فمن عفى له من أخيه

(١٦) أى المشجوج بالخيار.

(١) الشجة.

(٢) الشجة.

(٣) وجه.

(٤) أى القدورى. (عنى).

(٥) قوله: "وعن أبى يوسف أنه إلخ" قاضى خان حكى فى شرحه على "الجامع الصغير" رواية أبى يوسف فى الذكر اللسان. (رد المحتار)

(٦) أى اللسان أو الذكر.

(٧) قصاص.

(٨) أى أن اللسان أو الذكر.

(٩) استقصاء: تمام كردن ونهايت چیزے رسیدن. (م) أى بلغ أقصاها أى نهايتها.

(١٠) مساواة.

(١١) قوله: "فصل" لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية، وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة. (٦)

(١٢) أى القدورى. (عنى).

(١٣) عن القصاص. (عناية)

(١٤) المسمى.

(١٥) أزيد على مقدار الدية. (٦)

شيء ﴿ الآية، على ما قيل: نزلت الآية في الصلح ^(١)، وقوله عليه الصلاة والسلام ^(٢): «من قتل له قتيل» * الحديث ^(٣)، والمراد ^(٤) - والله أعلم - الأخذ بالرضا ^(٥)، على ما بيناه ^(٦)، وهو ^(٧) الصلح بعينه.

ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الإسقاط عفواً، فكذا تعويضاً لاشتماله ^(٨) على إحسان الأولياء وإحياء القتيل، فيجوز بالتراضي، والقليل والكثير ^(٩) فيه سواء؛ لأنه ليس فيه نص مقدر، فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره ^(١٠)، وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً، فهو حال؛ لأنه مال واجب بالعقد ^(١١)، والأصل في أمثاله الحلول ^(١٢) نحو المهر والتمن، بخلاف الدية ^(١٣)؛ لأنها ما وجبت ^(١٤) بالعقد.

(١) قوله: "نزلت الآية إلخ" تقدير الآية على قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد رضى الله تعالى عنهم، فمن أعطى له على سهولة، وأريد به ولي القتل يقال: خذ ما أتاك عفواً، أى سهلاً من أخيه أى من جهة أخيه المقتول شىء، أى شىء من المال بطريق الصلح ويكره؛ لأنه مجهول القدر، فإنه مقدر بما تراضيا عليه، فاتباع بالمعروف، أى فله اتباع أى فلولى القتل اتباع المصالح بالمعروف أى مطالبته بيد الصلح على حسن معاملة، وأداء إليه باحسان، أى وعلى المصالح أداء إلى ولي القتل بإحسان فى الأداء.

وقال جماعة: وهو مروى عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضى الله تعالى عنهم الآية فى عفو بعض الأولياء، ويدل عليه قوله شىء، فإنه يراد به البعض، وتقديره: فمن عفى له وهو القتال من أخيه فى الدين، وهو المقتول شىء من القصاص، بأن كان للقتيل أولياء، فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالا، وهو الدية على حصصهم من الميراث، فاتباع أى فالبيع الذين لم يعفوا القتال يطلب حصصهم بالمعروف، أى بقدر حقوقهم من غير زيادة، وأداء إليه باحسان أى وليؤد القتال إلى غير العافى حقه وأفياً، غير ناقص، وأريد بالمصدر فى قوله فاتباع وأداء إليه الأمر بهذا الفعل، كما فى قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾. (ك)

(٢) رواه ابو داود والترمذى.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٠، والدراية ج ٢ ص ٢٦٩، الحديث ١٠١٨. (نعيم)

(٣) قوله: "الحديث" تمامه فأهله بين خيرتين إن شاءوا أقادوا، وإن شاءوا أخذوا الدية، كذا فى "الأسرار". (ك)

(٤) قوله: "والمراد [فى الحديث] والله أعلم إلخ" إنما يحتاج إلى قوله، والمراد لأن ظاهر الحديث يشهد للشافعى فى أحد قوليه لولى القتل الاختيار بين أن يقتل، وبين أن يأخذ المال بغير رضاه. (مل)

(٥) أى رضى القتال.

(٦) قوله: "على ما بيناه" من أنه ليس لولى القتل العدول عن القصاص إلا برضاء القتال. (كفاية)

(٧) الأخذ بالرضا.

(٨) تعويض.

(٩) من المال.

(١٠) يعنى كالإعتاق على مال.

(١١) بالتراضى.

(١٢) أى الواجب بالعقد.

(١٣) فإنها تكون مؤجلة.

قال^(١): وإن كان القاتل حراً وعبداً، فأمر الحر ومولى العبد رجلاً، بأن يصلح عن دمهما^(٢) على ألف درهم، ففعل، فالألف على الحر، والمولى نصفان؛ لأن عقد الصلح أضيف إليهما^(٣).

وإذا عفا أحد الشركاء من الدم، أو صلح من نصيبه على عوض، سقط حق الباقي عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية.

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة، وكذا الدية، خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين^(٤). إلهما أن الوراثة خلافة^(٥)، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر* بتوريث امرأة أشيم الضبابي^(٦) من

(١٤) الدية.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٢) أي حرم دم عليهما.

(٣) قوله: "أضيف [لأن ذلك الرجل سفير محض لاحتياجه إلى الإضافة عليهما] إليهما" لأن الواجب بدل عن القصاص، والقصاص عليهما على السواء، فيقسم البديل عليهما على السواء، كرجلين اشتريا عبداً كان الثمن عليهما على السواء؛ لأن الثمن بدل العبد، وقد ملكاه على السواء، فبدله كذلك.

فإن قيل: يجب أن يكون الألف عليهما على قدر قيمتهما؛ لأنه بالصلح اشترى كل واحد منهما دمه المستحق لولي القاتل، كمن خالغ امرأته على ألف درهم، يقسم الألف عليهما على قدر قيمة بضعهما، قلنا: الألف بدل دم المقتول، وهما في إتلافه على السواء، والجامع بدل بضعهما، فيقسم على قيمة بضعهما. (ك)

(٤) قوله: "خلاقاً إلخ" هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما، وفي "المبسوط" ولكل وارث في دم العمد نصيب بميراثه عندهما.

وقال مالك: لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً، وكذا في عامة الكتب التخصيص بالدية، ثم قال في "المبسوط": وكذلك ثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندهما.

وعلى قول ابن أبي ليلى: لا يثبت حقهما في القصاص، والتخصيص يقول ابن أبي ليلى في الخلاف: يؤذن بأن لا خلاف لمالك في القصاص، وفي بعض الفوائد: التخصيص على خلاف مالك في الدية لا ينافي خلافه في القصاص، بل ينبغي أن يكون له فيه خلاف بالطريق الأولى؛ لأن الدية مال، والمال مما لا خلاف فيه أن الزوج والزوجة يرثان، فلما لم ير مالك فيه الإرث، فلأن لا يرى في القصاص لهما بالطريق الأولى. (ك)

(٥) قوله: "لهما أن الوراثة [من المورث، يعني أن وجوبهما بعد الموت بطريق الخلافة، فيثبت بالنسب دون الزوجية؛ لأنها تنقطع بالسبب إلخ]" هذا يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً، وهو باطل، ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة، وهي بالنسب دون السبب؛ لانقطاعه بالموت، والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت. وقلنا: إنه فاسد بالنقل والعقل، أما الأول فحديث امرأة أشيم، وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق، فيجب أن يكون في حق الزوجين كذلك، لأن وجوبهما أولاً للميت، ثم يثبت للورثة، ولا يقع للميت الإبان يستند الوجوب إلى سببه، وهو الجرح، فكان كسائر الأموال في ثبوتها قبل الموت، ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله، دخلت ديته فيها ويقتض منه ديونه. (٦)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٢، والدراية ج ٢ ص ٢٦٩، الحديث ١٠١٩. (نعيم)

(٦) بكسر الضاد المعجمة. (ك) ضباب: قومي ابنت از عرب. (من)

عقل^(١)، زوجها أشيم^(٢)، ولأنه^(٣) حق يجرى فيه الإرث، حتى إن من قتل وله ابنان، فمات أحدهما عن ابن، كان القصاص بين الصلبي وابن الابن، فيثبت^(٤) لسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث، أو يثبت^(٥) بعد الموت مستنداً إلى سببه^(٦)، وهو الجرح.

وإذا ثبت^(٧) للجميع، فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفواً وصلاحاً، ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه؛ لأنه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا^(٨) أحد الوليين^(٩)؛ لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة؛ لاختلاف القتل والمقتول، وههنا^(١٠) واحد لآتجاههما.

وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا؛ لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل^(١١)، وليس للعاقبى شيء من المال؛ لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين. وقال زفر: يجب^(١٢) في سنتين فيما إذا كان^(١٣) بين الشريكين، وعفا أحدهما؛ لأن الواجب نصف الدية^(١٤)، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ. ولنا أن هذا^(١٥) بعض بدل الدم^(١٦)، وكله^(١٧) مؤجل إلى ثلاث سنين، فكذلك

(١) دية.

(٢) قال السيد السند ناقلاً عن الزهرى: إن قتل أشيم كان خطأ. (قمر الأعمار)

(٣) قصاص ودية.

(٤) القصاص والدية.

(٥) القصاص والدية.

(٦) والزوجية في تلك الحالة ثابتة.

(٧) أى حق القصاص.

(٨) فلآخر القصاص.

(٩) للمقتولين.

(١٠) أى فيما نحن فيه.

(١١) قوله: "بمعنى [هو مراعاة الحرمة لبيض نفسه] راجع إلى القاتل" وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض من القصاص، فيجب المال كما في الخطأ، فإن العجز عن القصاص ثمة لمعنى فى القاتل، وهو كونه خاطئاً. (ك)

(١٢) الثلث فى سنة والسدس فى سنة. (ك)

(١٣) قصاص.

(١٤) قوله: "لأن الواجب نصف الدية" يعنى بالعفو، فيكون فى السنة الأولى الثلث، وفى الثانية السدس، كما إذا قطع يد إنسان خطأً. (عناية)

(١٥) نصف.

(١٦) دية.

بعضه^(١)، والواجب^(٢) في اليد^(٣) كل بدل^(٤) الطرف، وهو^(٥) في سنتين في الشرع^(٦)، ويجب^(٧) في ماله^(٨)؛ لأنه عمد.

قال^(٩): وإذا قتل جماعة واحداً عمداً^(١٠)، اقتص من جميعهم^(١١)؛ لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه^(١٢): "لو تمالأ عليه^(١٣) أهل صنعاء^(١٤) لقتلتهم"، ولأن القتل بطريق التغالب غالب^(١٥)، والقصاص مزجرة للسفهاء^(١٦)، فيجب تحقيقاً لحكمة الإحياء. وإذا قتل واحد جماعة، فحضر أولياء المقتولين، قتل لجماعتهم، ولا شيء لهم غير ذلك، فإن حضر واحد منهم قتل له، وسقط حق الباقيين. وقال الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم^(١٧)، ويجب للباقيين المال، وإن

(١٧) أى كل بدل الدم.

(١) قوله: "فكذلك بعضه" هذا كالألف إذا كانت مؤجلة إلى ثلث سنين، كان كل درهم منها مؤجلاً إلى ثلاث سنين. (ك)

(٢) جواب عن اعتبار زفر.

(٣) المقطوعة خطأ.

(٤) لا بعضه، فلا يقاس عليه.

(٥) أى ما هو الواجب في اليد المقطوعة خطأ.

(٦) قوله: "في سنتين إلخ" إذا كان الواجب ثلث الدية، أو أقل منه، يجب في سنة واحدة، وإذا كان أكثر من الثلث إلى تمام الثلثين يجب في سنتين، وإذا كان أكثر من الثلثين إلى تمام الدية، يجب في ثلاث سنين. (شرح نقاية)

(٧) أى ما يجب من المال.

(٨) أى في مال القاتل، لا على عاقلته.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) المسألة فيما إذا جرح كل واحد منهم جرحاً مزهقاً للروح. (ك)

(١١) قوله: "اقتص من جميعهم" والقياس لا يقتضيه؛ لانتفاء المساواة، لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، فقضى عمر رضي الله تعالى عنه بالقصاص عليهم، وقال: "لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم"، والتماؤ: التعاون. (عناية)

(١٢) قوله: "لقول عمر رضي الله تعالى عنه إلخ" روى محمد بن الحسن في "موطئه"، والشافعي في "مسنده"، وكلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نقرأ خمسة، أو سبعة برجل قتلوه غيلة، أى خفية، وقالوا: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم. (شرح نقاية)

(١٣) تعاون. (ك)، تمالأ: فراهم آمدن وانبوهى كردن، يقال: تمالأ عليه. (من)

(١٤) من اليمن.

(١٥) قوله: "ولأن القتل بطريق التغالب غالب" فإن القتل بغير حق لا يتحقق غالباً إلا باجتماع؛ لأن الواحد يقادم الواحد، وما غلب وقوعه من الفساد يوجب مزجرة، فيجب القصاص تحقيقاً لحكمة الإحياء، فإنه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله، ويقتل لعلمه أن لا قصاص، فيؤدى إلى سد باب القصاص. (عناية)

(١٦) زجره زجراً: باز داشتن او را. (من)

اجتمعوا ولم يعرف الأول، قتل لهم وقسمت الديات بينهم، وقيل: يقرع بينهم، فيقتل لمن خرجت قرعته.

له^(١) أن الموجود من الواحد قتلات، والذي تحقق في حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول^(٢)، إلا أنه عرف بالشرع^(٣). ولنا أن كل واحد منهم^(٤) قاتل^(٥) بوصف الكمال، فجاء التماثل أصله^(٦) الفصل الأول، إذ لو لم يكن كذلك^(٧) لما وجب القصاص، ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح^(٨)؛ للإزهاق، فيضاف^(٩) إلى كل واحد منهم، إذ هو لا يتجزأ؛ ولأن القصاص شرع^(١٠) مع المنافي^(١١)؛ لتحقيق الإحياء، وقد حصل بقتله^(١٢)، فاكتمى به^(١٣).

قال^(١٤): ومن وجب عليه القصاص إذا مات، سقط القصاص^(١٥)؛ لفوات

(١٧) قوله: "يقتل بالأول منهم" يعني أن قتلهم على التعاقب، وأن قتلهم جملة، أو جهل الأول قتل لهم، وقسم الديات بينهم، أو يقرع. (عناية)

(١) شافعي.

(٢) هو ما إذا قتل جماعة واحداً. (٤)

(٣) يريد قضية عمر رضي الله تعالى عنه. (٤)

(٤) من أولياء القتل. (ك)

(٥) أي قصاصاً. (ك)

(٦) قوله: "أصله" أي أصل ثبوت التماثل الفصل الأول، وهو ما إذا قتل جماعة واحداً، فالجماعة يقتلون بالواحد إجماعاً، يعني أن الجماعة إذا قتلوا واحداً اعتبر كل واحد منهم قاتلاً على الكمال، ولو لا هذا لما وجب القصاص، فكذا إذا وقع القتل جزاء، جعل كل واحد منهم مستوفياً حقه على الكمال. (ك)

(٧) قوله: "إذ لو لم يكن كذلك" أي لو لم يكن بين الجمع والواحد مماثلة لما جاز ذلك، وإذا كانت الجماعة مثل الواحد كان العكس كذلك؛ لأن المماثلة بين الشيعين إنما تكون من الجانبين. (٤)

(٨) قوله: "وجد من كل واحد منهم جرح" أي من كل واحد من الأولياء، وذلك؛ لأنهم لما حضروا وقضى القاضي، إما أن يستوفوا بأنفسهم جميعاً، أو يوكل بعضهم بعضاً في حقه، أو يوكلوا غيرهم، فيكون فعل الوكيل كفعل الموكل، فيكون الجرح الصالح للإزهاق موجوداً من كل واحد. (ك)

(٩) الإزهاق، بحيث إنه لو انفرد عن الباقيين كان قاتلاً بوصف الكمال. (عناية)

(١٠) لقوله عليه السلام: «الآدمي بنيان الرب ملعون من هدمها». (٤)

(١١) وهو الحرمة.

(١٢) القاتل.

(١٣) ولا شيء لهم غير ذلك. (عناية)

(١٤) أي القدوري. (عيني)

(١٥) ولا يجب للولي شيء من التركة. (جامع الرموز)

محل الاستيفاء، فأشبهه موت العبد الجاني، ويتأتى فيه خلاف الشافعي؛ إذ الواجب أحدهما عنده^(١).

قال^(٢): وإذا قطع رجلان يد رجل واحد، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية.

وقال الشافعي: يقطع يدهما، والمفروض^(٣) إذا أخذنا سكيناً، وأمره على يده حتى انقطعت^(٤)، له الاعتبار بالأنفس^(٥)، والأيدى تابعة لها^(٦)، فأخذت حكمها، أو يجمع بينهما بجامع الزجر^(٧).

ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد^(٨)؛ لأن الانقطاع حصل باعتماديهما^(٩)، والمحل متجزئ^(١٠)، فيضاف إلى كل واحد منهما البعض، فلا مماثلة بخلاف النفس؛ لأن الانزهاق لا يتجزأ، ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار

(١) أى القصاص، أو الدية.

(٢) أى القُدورى (عنى)

(٣) قوله: "والمفروض: [أى محل فرض المسألة]" أى صورة المسألة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي فيما إذا أخذنا سكيناً واحداً، ووضعناه في جانب واحد من يده، وأمره على مفصل يده حتى أبانا يده، أما لو وضع أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمره حتى التقى السكّينان، لا يجب القصاص عنده أيضاً؛ لأن كلا منهما لم يقطع إلا بعض يده، فلا يقطع به كل يده. وهذا بخلاف النفس، فإنه إذا وضع أحدهما السكين على حلقه، والآخر على قفاه، وأمره حتى التقى السكّينان يجب القصاص عليهما؛ لأن القتل إزهاق للحياة، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، فيضاف إلى كل واحد منهما كاملاً. (ك)

(٤) اليد.

(٥) قوله: "الاعتبار بالأنفس" أى اعتباراً بالأنفس، إما لكونها تابعة لها أو أن يجمع بينهما بجامع الزجر. (ع)

(٦) فإن الأطراف تابعة للنفس.

(٧) أى بين الأيدى والأنفس.

(٨) قوله: "قاطع بعض اليد" لأن القطع هو الفصل بين المتصلين، ونحن نتيقن أن الفصل ههنا بقوة كل واحد منهما، وأن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر، ولا معتبر بإمرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو؛ لأن إمرار السكين من غير قطع به وجوده كعدمه، فيكون كل واحد منهما قاطعاً بعض اليد، فلا يقطع جميع يده بقطعه بعض اليد لا اشتراط التماثل، والقياس فى النفس هكذا، وإنما تركناه بالأثر والإجماع.

وهذا ليس فى معناها، حتى يلحق بها؛ لأن الفعل فى النفس لا يوصف بالتجزئ؛ لأنه تصرف فى الروح، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض، فأضيف إلى كل واحد كاملاً ضرورة عدم التجزئ، أما الفعل فى الطرف فيوصف بالتجزئ، ألا ترى أنه يتحقق أن يقطع بعض اليد ويترك ما بقى، فيجعل كل واحد منهما قاطعاً للبعض. (ك)

(٩) وثقلهما.

(١٠) قوله: "والمحل [اليد] متجزئ" فإن قطع بعض وترك بعض متصور، فلا يمكن أن يجعل كل واحد

قاتلاً كاملاً. (عناية)

الغوث^(١)، والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة^(٢)، فيلحقه الغوث^(٣).

قال: وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، وهما قطعاهما، وإن قطع واحد يميني رجلين^(٤) فحضرًا، فلهما أن يقطعا يده^(٥)، ويأخذا منه نصف الدية، يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معاً، أو على التعاقب.

وقال الشافعي: في التعاقب يقطع بالأول^(٦)، وفي القران يقرع؛ لان اليد^(٧) استحقها الأول، فلا يثبت الاستحقاق فيها^(٨) للثاني كالرهن بعد الرهن^(٩)، وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين، فترجح بالقرعة.

ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق^(١٠)، فيستويان في حكمه^(١١) كالغريمين في التركة^(١٢)، والقصاص ملك الفعل^(١٣) يثبت مع المنافي^(١٤)، فلا يظهر إلا في حق

(١) فرياد رس، والغوث فيه نادر لسرعة وقوعه.

(٢) كشد اليد وإمرار السكين.

(٣) فلا نفع في الاجتماع.

(٤) قوله: "وإن قطع واحد يميني رجلين" قيد بذلك؛ لأنه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر، قطعت يده، ولا يقال: يتتفي المائلة حينئذ؛ لأنه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة، وهما فوتاه عليه؛ لأن المعبر في حق كل واحد ما استوفاه، وليس في ذلك تقويت جنس المنفعة، ولا زيادة على حقه. (ع)

(٥) اليمنى.

(٦) يد القاطع، والثاني يأخذ الدية.

(٧) أى يد القاطع.

(٨) أى استحقاق القطع.

(٩) قوله: "كالرهن بعد الرهن" رهن شيئاً من إنسان، وسلمه إليه، ثم رهنه من آخر لم يصح الثاني. (ك)

(١٠) قوله: "ولنا أنهما استويا في سبب [قطع] الاستحقاق" وهو القطع المحسوس، وكونه مشغولاً بحق الأول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني، فلا يمنع ثبوت حكمه، ألا ترى أن ملك المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه، إذا تقرر سببه، والحق دون الملك. (ك)

(١١) سبب.

(١٢) فإنهما متساويان.

(١٣) قوله: "والقصاص [جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول] ملك الفعل إلخ" يعنى أن القصاص عبارة عن إطلاق الفعل والإطلاق في الفعل، لا يقتضى حقاً في المحل، كما في الاصطيد والاحتشاش، فإن الفعل مملوك، والمحل خلو عنه، فلا يمنع ثبوت الثاني، بخلاف الرهن؛ لأنه لثبوت يد الاستيفاء حكماً، فإذا ثبت للأول استحلال ثبوته للثاني، كما في الاستيفاء الحقيقي. (ك)

الاستيفاء، أما المحل فخلو^(١) عنه، فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن؛ لأن الحق ثابت في المحل^(٢)، وصار كما إذا قطع العبد يمينهما على التعاقب، فتستحق رقبته لهما^(٣).

وإن حضر واحد منهما، فقطع يده، فلآخر عليه نصف الدية؛ لأن للحاضر أن يستوفى؛ لثبوت حقه^(٤)، وتردد حق الغائب وإذا استوفى^(٥) لم يبق محل الاستيفاء، فيتعين حق الآخر في الدية؛ لأنه أوفى به حقاً مستحقاً^(٦).

قال^(٧): وإذا أقر العبد بقتل العمد^(٨) لزمه القود، وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يلاقى حق المولى بالابطال، فصار كما^(٩) إذا أقر^(١٠) بالمال. ولنا أنه غير متهم فيه؛ لأنه مضر به^(١١)، فيقبل، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالأدمية، حتى لا يصح^(١٢) إقرار المولى عليه بالحدود

(١٤) وهو حرمة النفس.

(١) بالكسر: خالي. (م)

(٢) أى حق الاستيفاء للمرتهن.

(٣) أى للمقتوعين يداهما.

(٤) قوله: "لثبوت حقه وتردد حق إلخ" يعنى أن حق الحاضر ثابت في اليد ومزاحمة الآخر، له في الاستيفاء موهومة، عسى أن يعفو أو لا يحضر، فلا يؤخر المعلوم للموهم كأحد الشفيعين إذا ادعى الشفعة، والآخر غائب يقضى بالجميع له لذلك. (عناية)

(٥) الحاضر.

(٦) قوله: "لأنه [جانى] أوفى به إلخ" يعنى أنه قضى بجميع طرفه حقاً مستحقاً عليه، فيقضى للآخر بالأرش، بخلاف النفس، فإن هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر، لا يقضى له بشيء، لأن حقه في الاستيفاء فات بغيبته، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفياً على الكمال، فلا يجب معه الدية، وليس في الطرف الواحد وفاء بحقهما، وإنما تعذر على الثاني الاستيفاء بقضاءه بطرفه حقاً مستحقاً عليه. (ك)

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "بقتل العمد" إنما قيد بالعمد؛ لأنه لو أقر بالخطأ لا يجوز سواء كان مأذوناً أو محجوراً، أما المحجور فظاهر، وأما المأذون فلأنه ليس من التجارة. (عناية)

(٩) فلا يصح.

(١٠) العبد.

(١١) فإن المستحق بالقصاص دمه. (ك)

(١٢) قوله: "حتى لا يصح إقرار إلخ" توضيح لبقاءه على الحرية، وكل ما لا يصح إقرار المولى عليه على العبد فيه بمنزلة الحر، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالإيقاع، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ فيه. (ع)

والقصاص ، وبطلان حق المولى ^(١) بطريق الضمن ، فلا يبالي به .

ومن رمى رجلاً عمداً ، فنفذ الشهم منه إلى آخر ، فماتا ، فعليه القصاص للأول ، والدية للثاني على عاقلته ؛ لأن الأول عمد ، والثاني أحد نوعي الخطأ ، كأنه رمى إلى صيد ^(٢) ، فأصاب آدمياً ، والفعل يتعدد بتعدد الأثر ^(٣) .

فصل ^(٤)

ومن قطع يد رجل خطأ ^(٥) ، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، أو قطع يده عمداً ، ثم قتله خطأ ^(٦) ، أو قطع يده خطأ ، فبرأت يده ، ثم قتلته خطأ ، أو قطع يده عمداً ، فبرأت ثم قتله عمداً ، فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً ، والأصل فيه ^(٧) أن الجمع بين الجراحات واجب ^(٨) ما أمكن تسميماً للأول ؛ لأن القتل في الأعم ^(٩) يقع بضربات متعاقبة .

(١) جواب عن قول زفر .

(٢) يظن صيداً .

(٣) قوله : " والفعل يتعدد بتعدد الأثر " لأن الرمي الواحد جاز أن يتعدد بتعدد آثاره ، فإن الإنسان إذا أرسل سهمًا يسمى رمياً ، وإذا مزق جلد حيوان ولم يمت يسمى جرحاً ، وإذا أصاب ومات يسمى قتلاً ، وإذا أصاب كوزاً ، وفرق تركيبه ، يسمى كسراً ، وإذا نفذ السهم إلى غير الرمي إليه ، صار بمنزلة فعل آخر ، وهو فيه مخطئ ، فيجب الدية . (ك)

(٤) قوله : " فصل " ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد في فصل على حدة اعتباراً للتناسب . (ع)

(٥) قوله : " ومن قطع يد رجل إلخ " اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولاً ، فإن تخلل بينهما برء ، يعتبر كل فعل ، ويؤخذ بموجب الفعلين ؛ لأن موجب الأول قد تقرر بالبرء ، فلا يدخل أحدهما في الآخر ، حتى لو كانا عمدين ، فللولى القطع والقتل ، وإن كانا خطأين يجب دية ونصف دية ، وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأً ، فإن كان القطع عمداً ، والقتل خطأً ، يجب في اليد نصف الدية ، وفي النفس القود ، وإن كان القطع خطأً والقتل عمداً ، يجب في اليد نصف الدية ، وفي النفس القود .

وإن لم يتخلل بينهما برء ، فإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأً ، يعتبر كل فعل على حدة ، فيجب في الخطأ الدية ، وفي العمد القود ، وإن كانا خطأين ، يعتبر الكل جنائية واحدة اتفاقاً ، فيجب دية واحدة اتفاقاً ، وإن كانا عمدين ، فعند أبي يوسف ومحمد يقتل ، ولا تقطع .

وعند أبي حنيفة للولى الخيار إن شاء قطع وقتل ، وإن شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس ، وهو الظاهر ، وروى عن نضر بن سلام أنه كان يقول : الخلاف فيما إذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر ، أما إذا وجد في مجلس واحد ، يقتل ولا تقطع يده عندهم ، ويجعل الجنائتان بسبب اتحاد المجلس جنائية واحدة . (كفاية)

(٦) بعد البرء ، أو قبله .

(٧) أى القاعدة الكلية .

(٨) يعنى الاكتفاء بموجب أحد الجراحات . (عناية)

(٩) أى فى غالب الأوقات . (عناية)

وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج^(١)، إلا أن لا يمكن الجمع، فيعطي كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الأولين لاختلاف حكم الفعلين، وفى الآخرين لتخلل البرء، وهو قاطع للسراية^(٢)، حتى لو لم يتخلل^(٣)، وقد تجانسا^(٤) بأن كانا خطأين، يجمع بالإجماع لإمكان الجمع^(٥)، واكتفى بدية واحدة. وإن كان قطع يده عمداً، ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده، فإن شاء الإمام قال: اقطعه^(٦)، ثم اقتلوه، وإن شاء قال: اقتلوه، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: يقتل، ولا تقطع يده؛ لأن الجمع ممكن؛ لتجانس الفعلين^(٧) وعدم تخلل البرء، فيجمع بينهما. وله أن الجمع متعذر، أما للاختلاف بين الفعلين هذين^(٨)؛ لأن الموجب القود^(٩)، وهو يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، وهو متعذر^(١٠)، أو لأن الحز^(١١) يقطع إضافة السراية إلى القطع^(١٢) حتى لو صدر^(١٣) من شخصين يجب القود على الحاز^(١٤)، فصار

(١) قوله: "بعض الحرج" فيجعل الثانى متمماً للأول، ويجعل الكل واحداً، إلا أن لا يمكن الجمع إما باختلاف الفعلين وصفاً أو موجباً أو تخلل البرء، فحينئذ يعطى كل واحد منهما حكم نفسه. (ع)
(٢) قوله: "وهو قاطع للسراية" فلا جمع أصلاً؛ لأن الفعل الأول قد انتهى، فيكون القتل بعده ابتداءً، فلا بد من اعتبار كل واحد منهما. (عناية)

(٣) البرء.

(٤) فعلان.

(٥) قوله: "لإمكان الجمع" بانتفاع المانع، وهو تخلل البرء والاختلاف. (عناية)

(٦) قوله: "فإن شاء الإمام إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى: يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبى حنيفة، وليس كذلك، بل الخيار للمولى، فعلى هذا يكون قوله: "فإن شاء الإمام معناه بين لهم، أن لهم الخيار. (ع)
(٧) فإنهما عمدان.

(٨) إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال، بخلاف النفس (ك) فإن أحدهما قتل والآخر قطع.

(٩) أى للقطع عمداً، أو القتل عمداً.

(١٠) قوله: "وهو متعذر [أى حصول المساواة متعذر فى الجمع لحلو القطع، إذ ذاك عن الجزاء. مل]"
زيراً چه در تداخل كشته مى شود، و قطع يد خالى مى ماند از جزاء. (ترجمه)

(١١) قوله: "أو لأن الحز" أى حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء، حتى لو صدرا من شخصين وجب على كل واحد منهما القصاص، فكذا إذا كانا من شخص واحد، فيقطع الأولياء يده، ثم يقتلونه إن شاءوا، وإن شاءوا قتلوه من غير قطع؛ لأن القصاص يعتمد المساواة فى الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل، والقطع بالقطع، واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقةً وحكمًا، ولأن الماثلة صورة ومعنى يكون لاستيفاءهما، وبالاكتفاء بالقتل لم يوجد الماثلة إلا معنى، فلا يصار إليه مع القدرة على الماثلة صورة، فيخير الولي. (زيلعى)

(١٢) قوله: "يقطع إضافة السراية إلخ" لأن المحل يفوت به، ولا يتصور السراية بعد فوت المحل، حتى لو

كتخلل البرء^(١)، بخلاف ما إذا قطع^(٢) وسرى؛ لأن الفعل واحد.
وبخلاف^(٣) ما إذا كانا^(٤) خطأين؛ لأن الموجب^(٥) الدية، وهي بدل النفس
من غير اعتبار المساواة^(٦)، ولأن أرش اليد^(٧) إنما يجب عند استحكام أثر الفعل^(٨)،
وذلك بالحز^(٩). القاطع للسراية، فيجتمع ضمان الكل، وضمان الجزء في حالة
واحدة، ولا يجتمعان، أما القاطع والقتل قصاصاً يجتمعان^(١٠).

قال^(١١): "ومن ضرب^(١٢) رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين^(١٣)، ومات من

صدر القاطع والحز من شخصين، يجب القود على الحاز دون القاطع، ولو لم يكن الحز قاطعاً لسراية القاطع،
لوجب القود عليهما، فصار كتخلل البرء. (كفاية)

(١٣) أى القاطع والقتل عمدين.

(١٤) ولو كان يعتبر لسراية الطع لما يجب القود على الحاز.

(١) قوله: "فصار إلخ" أى إذا انقطع إضافة السراية إليه صار كتخلل البرء، ولا جمع فيه بالاتفاق. (ع)

(٢) حيث يكفى بالقتل.

(٣) حيث يجمع إجمالاً.

(٤) قطع وقتل.

(٥) للخطأ.

(٦) قوله: "من غير اعتبار المساواة" بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلاً خطأ، يجب عليهم دية واحدة، وإن
تعدد الفعل لاتحاد المحل، وإن قتلوا رجلاً عمداً قتلوا جميعاً به؛ لأن القصاص جزاء الفعل، فيتعدد بتعدد الفعل. (ك)

(٧) قوله: "ولأن أرش إلخ" أرش الجناية لا يتقرر إلا عند تقرر حالها بالبرء، وههنا إنما يتقرر حال القاطع
بالحز؛ لأنه قاطع بالسراية، وعند الحز لو وجب دية العبد يجتمع ضمان الكل والجزء في حالة واحدة، ولا
يجتمعان إجمالاً في حالة واحدة. (ك)

(٨) قوله: "إنما يجب إلخ" وتقريره: أن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل، يعنى القاطع 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. (عناية)

(٩) أى فيما نحن فيه.

(١٠) قوله: "أما القاطع [أى فى العمدين] والقتل إلخ" يعنى فإن قيل: قصاص اليد إنما يجب عند استحكام
أثر الفعل، وذلك بالحز القاطع، فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة، فلا يجتمعان، قلنا: بل يجتمعان
لأن مبنى القصاص المساواة، وهي إنما تتحقق باجتماعهما. (عناية)

(١١) أى محمد. (عيني)

(١٢) بغير حق.

(١٣) قوله: "فبرأ من إلخ" معناه ضربه تسعين فى موضع، وعشرة فى موضع آخر، فبرأ موضع التسعين،
وسرى العشرة. (ك)

عشرة، ففيه دية واحدة^(١)، لأنه لما برئ منها^(٢) لا تبقى معتبرة في حق الأرش، وإن^(٣) بقيت معتبرة في حق التعزير، فبقي الاعتبار للعشرة، وكذلك كل جراحة اندملت^(٤)، ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة.

وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل^(٥)، وعن محمد أنه تجب أجره الطبيب.

وإن ضرب رجلاً مائة سوط^(٦)، وجرحته، وبقي له أثر تجب حكومة العدل^(٧)؛ لبقاء الأثر والأرش^(٨) إنما يجب باعتبار الأثر في النفس.

قال^(٩): ومن قطع^(١٠) يد رجل فعفا المقتوعة يده عن القطع ثم مات من

ذلك^(١١)، فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع^(١٢)، وما يحدث منه، ثم

مات من ذلك، فهو عفو عن النفس، ثم إن كان^(١٣) خطأ، فهو^(١٤) من الثلث، وإن

كان^(١٥) عمدًا، فهو من جميع المال، وهذا عند أبي حنيفة^(١٦).

(١) قوله: "ففيه دية واحدة" قالوا: هذا إذا برأ من تسعين، ولم يبق لها أثر أصلاً، فإن بقي لها أثر، ينبغي أن يجب عليه حكومة العدل للأسواط، ودية للقتل. (ك)

(٢) تسعين.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "وكذلك كل جراحة إلخ" يعني مثل إن كانت شجرة، فالتحمت ونبت الشعر، فإنها لا تبقى معتبرة لا في حق الأرش ولا في حق حكومة عدل، وإنما تبقى في حق التعزير. (ع)

(٥) قوله: "حكومة عدل" تفسير حكومة العدل أنه لو كان عبداً مجروحاً يقوم كم قيمته، وبدون الجراحة كم قيمته، فيضمن التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية، وفي العبد من القيمة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الصغير". (عيني)

(٧) قوله: "تجب حكومة العدل دون الأرش" لأن حكومة العدل إنما تكون لبقاء الأثر، وهو موجود، والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس، بأن لم يبرأ، وليس بوجود، وهذا يشير إلى أنه إن لم يكن يجرح في الابتداء، لا يجب شيء بالاتفاق، وإن جرح واندمل، ولم يبق لها أثر، فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة، لأنه لم يكن إلا مجرد الألم، وهو لا يوجب شيئاً، كما لو ضرب ضرباً مؤلماً. (ع)

(٨) جواب سؤال.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) عمدًا أو خطأ.

(١١) قطع.

(١٢) المقتوعة يده.

(١٣) قطع.

(١٤) عفو.

وقالوا: إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً، وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة^(١)، ثم سرى إلى النفس ومات.

لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجه^(٢)، وموجه القطع لو اقتصر، والقتل إذا سرى فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجهيه أيهما كان، ولأن اسم القطع يتناول السارى^(٣)، والمقتصر، فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه^(٤)، وصار كما إذا عفا عن الجناية، فإنه يتناول الجناية السارية، والمقتصرة كذا هذا.

وله أن سبب الضمان قد تحقق^(٥)، وهو قتل نفس معصومة متقومة، والعفو لم يتناوله^(٦) بصريحه؛ لأنه عفا عن القطع، وهو غير القتل، وبالسرارية تبين أن الواقع قتل، وحقه فيه^(٧)، ونحن نوجب ضمانه، وكان ينبغي أن يجب القصاص، وهو القصاص؛ لأنه^(٨) هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية؛ لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهي^(٩) دارئة للقود.

(١٥) قطع.

(١٦) قوله: "وهذا [التفصيل] عند أبي حنيفة" اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو مما يحدث منه عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. (ع)

(١) فهو عفو عن الشجة لا عن النفس عنده، وأما عندهما هو عفو عن النفس أيضاً.

(٢) قوله: "عفو [لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه. ع] عن موجهه" لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو؛ لأنه عرض كما وجد يتلاشى؛ فيكون المراد موجهه، وموجه نوعان، القطع إذا اقتصر، والقتل إذا سرى، فيكون عفواً عنهما، كما لو قال: أبرأتك عن الغضب يكون ذلك إبراء عن الضمان الواجب، وهو رد العين عند قيامه، ورد القيمة بعد هلاكه، وكذلك المشتري إذا أبرأ البائع عن العيب يكون إبراء عن موجهه، وهو الرد عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند التعذر. (ك)

(٣) قوله: "يتناول السارى والمقتصر" ألا ترى أن الإذن بالقطع إذن به، وبما يحدث منه، حتى إن من قال لآخر: اقطع يدي فقطعها، ثم سرى إلى النفس لم يضمن، فإذا جعل الإذن بالقطع إذناً له، وبما يحدث منه، فكذا العفو عن القطع؛ لأن العفو في الانتهاء كالإذن في الابتداء. (ك)

(٤) السارى والمقتصر.

(٥) والمانع منتف.

(٦) كما لو قال: لا قطع لي قبل فلان، فإنه لا يوجب البراءة عن النفس. (ك)

(٧) قوله: "وحقه فيه [قتل]" فما هو حقه لم يعف عنه، وما عفى عنه، فليس بحقه، فلا يكون معتبراً، ألا ترى أن الولي لو قال بعد السارية: عفوتك عن اليد، لم يكن عفواً، أو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل، واقتصر القطع لم يكن عفواً، فكذا إذا عفا عن اليد، ثم سرى، وإذا لم يكن العفو معتبراً أوجب الضمان. (ع)

(٨) قصاص.

(٩) شبهة.

ولا نسلم^(١) أن السارى نوع من القطع، وأن السراية صفة له، بل السارى^(٢) قتل من الابتداء^(٣)، وكذا لا موجب له^(٤) من حيث^(٥) كونه قطعاً، فلا يتناوله العفو، بخلاف العفو عن الجنایة لأنه اسم جنس^(٦)، وبخلاف العفو^(٧) عن الشجة وما يحدث منها؛ لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل.

ولو كان القطع خطأ، فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً^(٨) وخلافاً، أذن^(٩) بذلك إطلاقه^(١٠)، إلا أنه إن كان^(١١) خطأ، فهو من الثلث، وإن كان عمداً، فهو من جميع المال^(١٢)؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة^(١٣)؛ لما أنه ليس بمال^(١٤)، فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه^(١٥)، أما الخطأ

(١) قوله: "ولا نسلم إلخ" جواب عن قولهما: فيكون العفو عفواً عن نوعيه، وفيه نظر؛ لأنه منع كون السراية صفة له، ويقال: سرى القطع، وقطع سار، فكيف يصح منه منع ذلك. والجواب أن المراد صفة منوعة، وهي ليست كذلك، بل هي مخرجة عن حقيقتها، كما يقال: عصير مسكر. (عناية)

(٢) إضراب عن قوله: نوع من القطع. (ع)

(٣) قوله: "قتل من الابتداء" وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح، ولما انزهق الروح، عرفنا أنه كان قتلاً. (ع)

(٤) قوله: "وكذا لا موجب له إلخ" جواب عن قوله: والقتل إذا سرى، يريد أن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعاً؛ لأنه إذا سرى ومات، تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً، إنما الثابت موجب القتل، وهو الدية، فكان العفو المضاف إلى القطع مضافاً إلى غير محله، فلا يصح، وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل، وهو معنى قوله: فلا يتناوله العفو. (عناية)

(٥) بل له موجب من حيث الاقتصار، أو من حيث السراية.

(٦) فيتناول السارية والمقتصرة.

(٧) فإنه يصح.

(٨) قوله: "وفاقاً" أى إذا قال: عفوت عن الجنایة، أو عن القطع، وما يحدث منه، وخلافاً إذا قال: عفوت

عن القطع. (ك)

(٩) أعلم.

(١٠) قوله: "إطلاقه" أى إطلاق لفظ "الجامع الصغير"، وهو قوله ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده إلخ، غير متعرض للعمد والخطأ، ومنع الإطلاق بأن قوله: فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد؛ لأن الدية في الخطأ على العاقلة، وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة، والجواب إنما هو لأحد نوعيه، وتقديره: فعلى القاتل الدية في ماله إن كان القطع عمداً. (ع)

(١١) قطع.

(١٢) قوله: "فهو من جميع المال" أى يسقطه القصاص من جميع المال في العمد حتى لو كانت الدية

زائدة على الثلث لا ينقلب شيء من القصاص مالا؛ لأن المنحصر في الثلث التبرع بالمال، والقصاص ليس بمال. (ك)

(١٣) قوله: "ولم يتعلق به [قبيل الموت] إلخ" لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلاف، وحكم الخلف لا

يثبت مع وجود الأصل، والقياس في المال أيضاً لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا بعد موت المورث، لكن ثبت

فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به، فيعتبر من الثلث^(١).

قال^(٢): وإذا قطعت المرأة يد رجل، فتزوجها على يده^(٣)، ثم

مات^(٤)، فلها مهر مثلها، وعلى عاقلتها الدية إن كان^(٥) خطأ، وإن كان عمداً، ففي مالها، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه^(٦) عنده^(٧)، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه.

ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف^(٨)، وهو ليس بمال^(٩)، فلا يصلح مهراً إلا سيما على تقدير السقوط^(١٠)، فيجب مهر المثل،

ذلك شرعاً؛ لقوله عليه السلام: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس»، وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى، وهو المال، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه، ويتركهم عالة يتكفون الناس، والقصاص ليس بمال، فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الإرث خلافة. (ع)

(١٤) قوله: "لما أنه ليس بمال" لأنه ليس إلا بمجرد انتقام، وتشفى صدور، فلا يتعلق حقهم به. (ك)

(١٥) قوله: "كما إذا أوصى [أى تبرع. ع] بإعارة أرضه [كان ذلك من جميع المال؛ لأن المنافع ليست بأموال. ع]" كما إذا أوصى بإعارة أرضه، أى كما لو أعار أرضه في مرض موته، وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير كان ذلك من كل المال، ولا يصح إرادة حقيقة الوصية بإعارة أرضه؛ لأن الرواية محفوظة أنه إذا أوصى بإعارة أرضه، ولم يخرج من الثلث، فالحكم فيها التهايو، يسكن الموصى له يوماً، والورثة يومين، وإن كان قابلاً للقسمة يقسم ويسكن الموصى له في الثلث والورثة في الثلثين. (ك)

(١) قوله: "فيعتبر من الثلث" فإن قيل: القاتل واحد من العاقلة، فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا، حتى صح في نصيب القاتل أيضاً مع أن الوصية لا تصح للقاتل، قلنا: إنما جوز ذلك؛ لأن المجروح لم يقل أو صيت لك بثلث الدية، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً متبداً، وذلك جائز للقاتل، ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً، وسلم جاز، وقال بعضهم: لا يسقط قدر نصيب القاتل. (ك)

(٢) أى محمد. (عيني)

(٣) أى على موجب يده. (ك)

(٤) قوله: "ثم مات" قيد بالموت في وجوب مهر المثل؛ لأنه لو لم يمت، فتزوجها على اليد، صحت التسمية، ويصير أرش ذلك، وهو خمسة آلاف درهم مهراً لها بالإجماع، سواء كان القطع عمداً أو خطأ، فتزوجها على القطع أو على القطع، وما يحدث عنه، أو على الجنابة؛ لأنه لما برأ، تبين أن موجبها الأرض دون القصاص؛ لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة، والأرض يصلح صداقاً، كذا ذكره الإمام قاضى خان والمجربى. (ك)

(٥) قطع.

(٦) عن موجب قطع اليد.

(٧) إمام.

(٨) قوله: "يكون هذا [تزوج] تزوجاً إلخ" فإن قيل: القصاص لا يجري في الطرف بين الرجل والمرأة، فكيف يكون تزوجاً على القصاص في الطرف، قلنا: القصاص هو الواجب الأصلي نظراً إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالْمُجْرِمُونَ﴾ إلا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع، وهو التفاوت بين طرفيها. (ك)

وعليها الدية في مالها؛ لأن التزوج وإن^(١) كان يتضمن العفو على ما نيين^(٢) إن شاء الله تعالى، لكن عن القصاص^(٣) في الطرف في هذه الصورة^(٤)، وإذا سرى^(٥) تبين أنه قتل النفس^(٦)، ولم يتناوله العفو، فتجب الدية، وتجب في مالها؛ لأنه عمد^(٧)، والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه^(٨).

وإذا وجب لها مهر المثل، وعليها الدية، تقع المقاصة^(٩) إن كانا على السواء، وإن كان في الدية فضل، ترده^(١٠) على الورثة^(١١)، وإن كان^(١٢) في المهر فضل ترده الورثة عليها^(١٣)، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا^(١٤) تزوجاً على أرش اليد، وإذا سرى^(١٥) إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل كما

(٩) قوله: "وهو ليس بمال إلخ" فإن قيل: القصاص متقوم في حق من عليه، ولهذا لِر صالح القتال في مرض موته يصح من جميع المال، فيصلح مهراً كالمنافع، فإنها غير متقومة في ذاتها، ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها، صلحت مهراً، قلنا: القصاص ليس بمتقوم في حق من له، والمهر لا بد أن يتقوم في حق الرجل على الإطلاق، قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ (كفاية)

(١٠) قوله: "لا سيما على تقدير السقوط [أي سقوط القصاص]" فإنه إن لم يصلح مهراً على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بالطريق الأولى، والقصاص يسقط ههنا، إما بقبولها التزوج؛ لأن سقوطه متعلق بالقبول، فلما قبلت سقط، وأما باعتبار تعذر الاستيفاء، فإنه لما جعل مهراً كأنه استوفى. (عناية)

(١) الواو وصلية.

(٢) عن قريب ذيل بيان القول الآتي من أن القصاص لما جعل مهراً فقد رضى بسقوطه بجهة المهر.

(٣) أي لكنه عفو إلخ.

(٤) أي العمد.

(٥) القطع.

(٦) لا قطع اليد.

(٧) فلا يتحملها العاقلة.

(٨) من أنه هو الموجب للعمد. (ع)

(٩) قوله: "تقع المقاصة [بين دية الزوج ومهر المرأة]" أي إذا حلت الدية لا في الحال؛ لتأجيل الدية، وحلول مهر المثل. (ك)

(١٠) المرأة

(١١) ورثة الزوج.

(١٢) فضل.

(١٣) مرأة.

(١٤) تزوج.

(١٥) قطع.

إذا تزوجها^(١) على ما فى اليد، ولا شىء فيها، ولا يتقاصان؛ لأن الدية تجب على العاقلة فى الخطأ^(٢)، والمهر لها^(٣).

قال^(٤): ولو تزوجها على اليد، وما يحدث منها، أو على الجنایة، ثم مات من ذلك، والقطع^(٥) عمد، فلها مهر مثلها؛ لأن هذا تزوج على القصاص، وهو لا يصلح مهراً، فيجب مهر المثل على ما بيناه^(٦)، وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير، ولا شىء له عليها^(٧)؛ لأنه لما جعل القصاص مهراً، فقد رضى بسقوطه بجهة المهر، فيسقط أصلاً، كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا^(٨)، فإنه يسقط أصلاً.

وإن كان^(٩) خطأ^(١٠)، يرفع^(١١) عن العاقلة مهر مثلها^(١٢)، ولهم ثلث ما ترك^(١٣)

(١) فيجب مهر المثل.

(٢) قوله: "تجب على العاقلة" لا يقال: بأن الصحيح أنه تجب على القاتل، ثم يتحمل العاقلة، فيكون أصل الوجوب على القاتل، واعتبار هذا يوجب جواز المقاصة، لأننا نقول: عند بعض المشايخ تجب على العاقلة ابتداءً، وعند بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة، والحوالة توجب البراءة، فلا تقع المقاصة. (ك)

(٣) فاختلف ذمة من له وذمة من عليه، وشرط القصاص اتحادهما. (ع)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) الواو حالية.

(٦) من أنه ليس بمال.

(٧) أى لا دية، ولا قصاص.

(٨) قوله: "كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا" بأن قال: أسقطت عنك القصاص بشرط أن

يصير مالا، فإنه يسقط أصلاً. (ك)

(٩) قطع

(١٠) فيجب الدية له على عاقلتها.

(١١) أى يسقط.

(١٢) أى قدر مهر المثل.

(١٣) قوله: "ولهم ثلث [أى ثلث ما زاد، أو إلى تمام الدية يكون وصيته. ع] ما ترك" أى وللعاقلة الزيادة على مهر المثل إذا خرج من الثلث، وتبشراً العاقلة عن ذلك، وإن كانت الزيادة على مهر المثل إلى تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله، فيقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة، ويعتبر ذلك وصيته لهم، ويؤدون الباقي إلى ورثة الزوج، وفى الأصح هذا الجواب فيما إذا كانت تخرج من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المرأة واحدة من العاقلة. وأما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة، قال بعضهم: يجب أن لا يصح؛ لأنه لا بد، أن يبطل الوصية فى قدر حصتها إذا لا وصية للقاتل، والصحيح أنه يصح؛ لأنه لو لم يصح الوصية فى قدر حصتها لها، يصح فى الكل لغيرها، كما إذا أوصى بثلث ماله لحي وميت، يصح الوصية بكل الثلث للحي، فكان إسقاط

وصية^(١)؛ لأن هذا^(٢) تزوج على الدية^(٣)، وهى تصلح مهراً^(٤)، إلا أنه^(٥) يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال؛ لأنه مريض مرض الموت، والتزوج من الحوائج الأصلية، ولا يصح^(٦) فى حق الزيادة على مهر المثل؛ لأنه محاباة^(٧)، فتكون وصية، ويرفع^(٨) عن العاقلة؛ لأنهم يتحملون عنها^(٩)، فمن المحال أن ترجع^(١٠) عليهم بموجب جنائيتها. وهذه الزيادة وصية لهم^(١١)؛ لأنهم من أهل الوصية؛ لما أنهم ليسوا بقتلة، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط^(١٢)، وإن لم تخرج يسقط ثلثه.

وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد؛ لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما، فاتفق جوابهما فى الفصلين^(١٣).

قال^(١٤): ومن قطعت يده^(١٥)، فاقتص له من اليد، ثم مات^(١٦) فإنه يقتل المقتص

كل الدية لا زماً، وإن بطلت الوصية فى حصتها فلا معنى للإبطال. (ك)

(١) قوله: "وصية" يعنى أن الزائد على مهر مثلها يكون وصية فى حق العاقلة، فينظر بعد إسقاط مهر المثل، إن كان للميت، وهو الزوج مال سوى الزائد على مهر المثل، والزائد يخرج من الثلث يكون للعاقلة، وإن لم يكن مال يأخذ العاقلة ثلث الزائد على مهر المثل، والثلاثان لورثة الزوج. (حميدية)

(٢) تزوج.

(٣) وهو يتضمن العفو، وهو فى مرض الموت وصيته.

(٤) لأنها مال.

(٥) عفو.

(٦) عفو.

(٧) محاباة: فروغذاشت كردن. (من)

(٨) مهر المثل.

(٩) قوله: "لأنهم يتحملون عنها [امرأة]" بسبب جنائيتها، فإذا صار ذلك ملكاً لها، سقط عنه، فلا

يغرمون لها. (زيلعى)

(١٠) المرأة.

(١١) قوله: "وهذه الزيادة إلخ" ذكر التمرتاشى وإن كان مهر مثلها مثل الدية، أو أكثر، فلا شىء على

العاقلة؛ لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنائيتها، فلا يغرمون لها. (ك)

(١٢) قوله: "فإن كانت تخرج إلخ" أى تخرج لهم حال كونه من ثلث ماله، وإن قرئ الثلث بالمصدر

فمن متعلق بتخرج. (أعظمى)

(١٣) قوله: "فى الفصلين" يعنى التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ، وفى التزوج على اليد، وما

يحدث منها، أو على الجنابة، وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق، وإلا فالفصول ثلاثة. (عناية)

(١٤) أى محمد. (عينى)

(١٥) عمداً.

منه^(١)؛ لأنه تبين^(٢) أن الجنایة كانت قتل عمد، وحق المقتص له القود، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود، كمن له القود^(٣) إذا استوفى طرف من عليه القصاص. وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص؛ لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه^(٤) عما وراءه^(٥).

ونحن نقول: إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه^(٦)، وبعد السراية تبين أنه^(٧) في القود، فلم يكن مبرئاً عنه^(٨) بدون العلم به، قال^(٩): ومن قتل وليه عمداً، فقطع^(١٠) يده قاتله، ثم عفا^(١١)، وقد قضى له بالقصاص^(١٢) أو لم يقض، فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة، وقالوا: لا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه فلا يضمه. وهذا^(١٣) لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزاءها، ولهذا لو لم يعف^(١٤) لا يضمه، وكذا^(١٥) إذا سرى^(١٦) وما برأ^(١٧) أو ما عفا وما

(١٦) بالسراية.

(١) قوله: "فإنه يقتل إلخ" ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع، وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه، على ما سيجيء. (ع)

(٢) بالموت بالسراية.

(٣) فلا يسقط القود.

(٤) أى المقتص منه.

(٥) أى عما وراء القطع، وهو القتل.

(٦) أى فى القطع.

(٧) أى أن حقه.

(٨) أى عن القود.

(٩) أى محمد. (عينى)

(١٠) عمداً.

(١١) أى أبرأ القاطع القائل عن القصاص.

(١٢) قوله: "وقد [الواو حالية] قضى له بالقصاص إلخ" وترديد القضاء، وغير القضاء مقدم على العفو. (ك)

(١٣) أى استيفاء الحق.

(١٤) قوله: "ولهذا لو لم يعف [وسرى]" هذه المسألة على أربعة أوجه، قطع ثم عفا وبرأ، ولم يسر، أو لم يعف وسرى، أو عفا وسرى أو لم يعف ولم يسر، والمختلف هو الأول، وكذا الثالث أيضاً على الخلاف فى الصحيح من الرواية. (ك)

(١٥) أى قطع اليد.

(١٦) وعفا.

سرى^(١)، أو قطع ثم حز^(٢) رقبته قبل البرء أو بعده، وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه، ثم عفا لا يضمن الأصابع، وله أنه استوفى غير حقه^(٣)؛ لأن حقه في القتل، وهذا قطع وإيابة، وكان القياس أن يجب^(٤) القصاص^(٥)، إلا أنه سقط للشبهة، فإن له أن يتلفه تبعاً^(٦)، وإذا سقط^(٧) وجب المال.

وإنما لا يجب في الحال؛^(٨) لأنه يحتمل أن يصير^(٩) قتلاً بالسراية، فيكون مستوفياً حقه، ومملك القصاص في النفس^(١٠) ضروري^(١١) لا يظهر إلا عند الاستيفاء، أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه^(١٢)، فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة^(١٣)، بخلاف ما إذا سرى^(١٤)؛ لأنه استيفاء، وأما إذا لم يعف^(١٥)، وما

(١٧) تأكيد لقوله: سرى. (ك)

(١) القطع، أى لم يظهر حاله بعد.

(٢) حز - بالفتح وتشديد راء - بريدن. (م)

(٣) قوله: "وله أنه استوفى غير حقه" لأن استيفاء الطرف قطع، وقد بينا أن حقه في القتل، والقطع غير القتل، وقد استوفاه من نفس متقومة، فإن نفس من عليه القصاص متقومة في حق سائر الناس، فكذلك في حق من له القصاص. (ك)

(٤) على القاطع.

(٥) لأن القطع عمد.

(٦) أى بتبعية إتلاف النفس.

(٧) القصاص.

(٨) قوله: "وإنما لا يجب [المال] في الحال [بل عند البرء]" جواب إشكال، وهو أن يقال: إذا كان القطع غير حقه، وقد استوفاه، وأنه مضمون عليه، فلم لا يجب عليه الضمان في الحال. (ك)

(٩) القطع.

(١٠) قوله: "وملك القصاص إلخ" جواب عن قولهما: إنه استوفى حقه، يعنى لما كان ملك القصاص ضرورياً لثبوت مع المنافى، وهو الحرية، كما مر بحيث لا يظهر إلا في هذه الأحوال الثلاث، وهى استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض، لا يصح التصرف في القاتل بغيرها، والقطع مقصوداً غيرها، فيكون تصرفاً فيه في غير موضع الضرورة، ولا حق له فيه، فيجب الضمان. (ع)

(١١) قوله: "ضروري" لأنه ثابت على منافاة الدليل؛ لأن القاتل حر، والحرية تنافى المملوكية، ولكن يثبت لصيانة الدم المعصوم، وحصول الزجر المقصود بشرعيته، فيقدر بقدر ما تدفع به الضرورة، والضرورة تدفع بظهوره عند الاستيفاء، أو العفو، أو الاعتياض بالصلح؛ لأن هذه الأشياء تصرف فيه، أى في القاتل أو في القصاص، أما كون الاستيفاء تصرفاً فيه فظاهر، وكذلك العفو؛ لأنه إسقاط، وإسقاط الشيء تصرف فيه، وكذا الاعتياض، فأما قبل الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض فلا ضرورة، فلا يظهر الملك، فيجب الضمان بإتلافه. (ك)

(١٢) أى أن كل واحد من الاستيفاء، والعفو، والاعتياض.

سرى .

قلنا : إنما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء ، حتى لو قطع وما عفا وبرا الصحيح أنه على هذا الخلاف ^(١) ، وإذا قطع ثم حزر قبته قبل البرء ، فهو استيفاء ، ولو حزر بعد البرء ، فهو على هذا الخلاف ^(٢) ، هو الصحيح ، والأصابع ^(٣) وإن ^(٤) كانت تابعة قياماً بالكف ^(٥) ، فالكف تابعة لها غرضاً ^(٦) ، بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس من كل وجه .

قال ^(٧) : ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ، ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة .

وقالا : لا يضمن ، لأنه استوفى حقه وهو القطع ، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة ؛ لما فيه من سد باب القصاص ، إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه ، فصار كالإمام ^(٨) والبراع ^(٩) والحجام ^(١٠) والمأمور بقطع اليد .

(١٣) قوله : "فأما قبل ذلك" يعني قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة ، يريد به القطع ، فلم يظهر معنى ملك القصاص لعدم الضرورة . (ع)

(١٤) جواب عن قولهما : وكذا إذا سرى ، وما برأ .

(١٥) قوله : "وأما إذا لم يعف" [جواب عن قولهما : أو ما عفا ، وما سرى . ع] إلخ "أى وقتيكة عفو نكند وبه شدن زخم ظاهر نشود ديت واجب نمى شود بجهت آنكه احتمال ست كه سرايت نمايد ومستوفى حق خود گردد .

(١) معنى فلا يكون مستشهداً به ، وكذلك قوله هو الصحيح . (ع)

(٢) فلا يكون مستشهداً به .

(٣) قوله : "والأصابع إلخ" جواب عن قولهما وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف ، فقطع أصابعه ، ثم عفا ، وهو أن الأصابع وإن كانت تابعة للكف قياماً به ، فالكف تابعة لها غرضاً ؛ لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع ، وأنها أصل في الضمان أيضاً ، ولكل إصبع أرش مقدر ، بخلاف الكف ، فلما صارت أصلاً كان للمقطوع حق الاستيفاء قصداً ، ويكون استيفاءها كاستيفاءها الكف ، بخلاف الطرف ؛ لأنها تابعة للنفس من كل وجه . (ك)

(٤) الواو وصلية .

(٥) تحصيلاً .

(٦) وهو البطش .

(٧) لم يقع ههنا قال : موقعه (عيني) ، أى فى "الأصل" ، ذكره تفريراً وليست بمذكورة فى البداية . (ب)

(٨) قوله : "فصار كالإمام" أى إذا قطع يد السارق فسرى ، ومات لا شىء عليه ، والبراع والحجام إذا فعلا فعلاً معتاداً ، والمأمور بقطع اليد ، كما إذا قال لرجل : اقطع يدى ، فقطع يده فمات المقطوع من القطع ، لا شىء عليه ، وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية ، فلم يجوز أن يكون ابتداء الجناية مباحاً ، وسرايتها مضمونة . (ك)

وله أنه قتل بغير حق؛ لأن حقه في القطع، وهذا وقع قتلاً، ولهذا لو وقع ظلماً^(١) كان قتلاً، ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة^(٢)، وهو مسمى القتل^(٣)، إلا أن القصاص سقط للشبهة، فوجب المال.

بخلاف ما إذا استشهدا به من المسائل؛ لأنه^(٤) مكلف فيها بالفعل، إما تقلدًا كالإمام أو عقداً كما في غيره منها^(٥)، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة^(٦) كالرمي^(٧) إلى الحربى، وفيما نحن فيه لا التزام^(٨) ولا وجوب، إذ هو مندوب إلى العفو، فيكون من باب الإطلاق، فأشبهه الاصطياد^(٩).

باب الشهادة في القتل^(١٠)

قال^(١١): «ومن قتل^(١٢)، وله ابنان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب^(١٣)، فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة.

(٩) بزوغ: نشر زدن.

(١٠) خون كشنده. (م)

(١) أى قطع اليد ثم السراية.

(٢) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة. (ك)

(٣) أى الجرح المفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة.

(٤) أى لأن الفاعل.

(٥) قوله: «كما في غيره [فيه أنه ليس في الأمور بقطع اليد عقداً] منها» أى من المسائل، يعنى البزاع والحجام، فإن الفعل يجب عليهما بعقد الإجارة والواجبات إلخ. (ع)

(٦) لئلا يكون تكليف ما ليس فى الوسع. (كافى)

(٧) قوله: «كالرمي» أى أنه ما قصد قتله، وإنما قصد استيفاء حقه، فيكون كما لو رمى إلى صيد فأصاب إنساناً، أو إلى حربى فأصاب مسلماً، فيكون بمنزلة الخطأ. (تاج الشريعة)

(٨) قوله: «لا التزام ولا وجوب» لأن العفو مندوب إليه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى﴾ فيكون من باب الإطلاق، أى الإباحة، فأشبهه الاصطياد، ولو رمى إلى الصيد فأصاب إنساناً ضمن، كذا ههنا. (ع)

(٩) أى فى الإباحة، والإباحة تتقيد بوصف السلامة. (ك)

(١٠) قوله: «باب الشهادة إلخ» لما كان القتل بعد تحققه ربما يجحد، فيحتاج من له القصاص إلى إثباته بالبينة، فبين الشهادة فيه فى باب على حدة. (ع)

(١١) أى محمد. (عينى)

(١٢) عمداً.

(١٣) قوله: «ثم قدم الغائب إلخ» واجمعوا على أن القاتل يحبس إلى أن يحضر الغائب؛ لأنه صار متهماً بالقتل، والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص لم يحضر الغائب؛ لأن المقصود من القضاء الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع. (ك)

وقالا: لا يعيد، وإن كان^(١) خطأ لم يعدها بالإجماع، وكذلك الدين^(٢) يكون لأبيهما على آخر.

لهما في الخلافة أن القصاص^(٣) طريقه طريق الوراثة^(٤) كالدين، وهذا لأنه عوض عن نفسه^(٥)، فيكون الملك فيه لمن له الملك^(٦) في المعوض^(٧)، كما في الدية، ولهذا لو انقلب ما لا يكون^(٨) للميت.

ولهذا يسقط بعفوه^(٩) بعد الجرح قبل الموت، فينتصب أحد الورثة^(١٠) خصماً عن الباقيين، وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة^(١١).

ألا ترى أن ملك القصاص^(١٢) يثبت بعد الموت، والميت ليس من أهله، بخلاف الدين والدية^(١٣)؛ لأنه من أهل الملك في الأموال^(١٤)، كما إذا نصب شبكة^(١٥)،

(١) القتل.

(٢) أى لم يعد البينة بالإجماع. (كافى)

(٣) قوله: "أن القصاص إلخ" الحاصل أن استيفاء القصاص حق الوارث عنده، وحق المورث عندهما، وليس لأبى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحساناً، كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجرى استحساناً للتدافع، والقياس عدم الجواز، أما من جهة المورث فلأن القتل لم يوجد بعد، وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه. ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما، وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك، كان حكمه حكم الدين، وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين واستدلالاً على أن طريقه طريق الوراثة بقوله، وهذا لأنه عوض نفسه قال الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾، فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية، ولهذا لو انقلب ما لا يكون للميت يقضى به ديونه، وينفذ منه وصاياه. (٤)

(٤) بأن يثبت الملك للمورث ثم للوارث. (حميدية)

(٥) مقتول.

(٦) هو المورث.

(٧) وهو النفس.

(٨) المال.

(٩) الميت.

(١٠) مرتبط بقوله: طريقه طريق الوراثة.

(١١) قوله: "وله" أى لأبى حنيفة أن طريقه طريق الخلافة، وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد إذا قبل الهبة، فإنه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة؛ لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص، لكونه ملك الفعل، ولا يتصور الفعل من الميت، والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء، ثم للورثة. (عناية)

(١٢) وهو ملك الفعل. (ك)

(١٣) جواب عن قولهما: كالدين، وكما في الدية.

(١٤) ولهذا يكف من ماله، ويقضى ديونه من ماله. (ك)

(١٥) أى للاصطياد. (ك)

وتعقل^(١) بها صيد بعد موته، فإنه يملكه^(٢)، وإذا كان طريقه^(٣) الإثبات ابتداء^(٤) لا يتصب إحداهم خصما عن الباقي، فيعيد البينة^(٥) بعد حضوره.

فإن كان أقام القاتل البينة، أن الغائب قد عفا، فالشاهد^(٦) خصم^(٧)، ويسقط القصاص؛ لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال، ولا يمكنه إثباته^(٨) إلا بإثبات العفو من الغائب، فيتصب الحاضر خصما عن الغائب، وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً، وأحد الرجلين غائب، فهو على هذا؛ لما بيناه^(٩).

قال^(١٠): فإن كانت الأولياء ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا^(١١)، فشهادتهما باطلة، وهو عفو منهما^(١٢)؛ لأنهما يجران^(١٣) بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً^(١٤)، وهو انقلاب القود مالا، فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً، معناه إذا صدقهما وحده^(١٥)؛ لأنه لما صدقهما، فقد أقر بثلى الدية لهما، فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه، وهو ينكر^(١٦)، فلا يصدق ويغرم نصيبه^(١٧)، وإن كذبهما^(١٨) فلا شيء لهما، وللآخر ثلث الدية.

(١) أى نشب وعلق مصنوع غير مسموع. (مغرب)

(٢) صيد.

(٣) قصاص.

(٤) للورثة.

(٥) الغائب.

(٦) أى الحاضر.

(٧) فيقبل بينة القاتل بحضور الشاهد.

(٨) دعوى.

(٩) أى على هذا الخلاف.

(١٠) أى محمد. (عينى)

(١١) عن القصاص.

(١٢) قوله: "وهو عفو منهما" لأنهما بالشهادة زعما أن القود قد سقط، وزعمهما يعتبر فى حقهما. (ك)

(١٣) تعليق لقوله: فشهادتهما باطلة. (ع)

(١٤) نفعاً.

(١٥) قوله: "إذا صدقهما وحده" أى صدقهما القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه فى شهادتهما بعفو الثالث، وإنما قيد بهذا لأنه إذا صدقهما القاتل، والمشهود عليه يضمن القاتل ثلثى الدية للشاهدين لا غير؛ لأنهما ادعىا على القاتل المال، وصدقهما القاتل فيه، ولا يضمن للمشهود عليه شيئاً؛ لأنه أقر بالعفو حيث صدق الشاهدين. (ك)

(١٦) أى المشهود عليه.

(١٧) أى نصيب المشهود عليه.

معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً^(١)، وهذا لأنهما أقرّا على أنفسهما بسقوط القصاص، فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا، فلا يقبل إلا بحجة، وينقلب نصيب المشهود عليه مالا؛ لأن دعواهما العفو عليه^(٢)، وهو منكر^(٣) بمنزلة ابتداء العفو منهما^(٤) في حق المشهود عليه؛ لأن سقوط القود مضاف إليهما، وإن صدقهما المشهود عليه وحده^(٥)، غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه^(٦) لإقراره له بذلك^(٧).

قال^(٨): وإذا شهد الشهود أنه ضربه، فلم يزل صاحب فراش، حتى مات فعليه القود، إذا كان عمداً^(٩)؛ لأن الثابت بالشهادة^(١٠) كالثابت معاينة^(١١)، وفي ذلك^(١٢) القصاص على^(١٣) ما بيناه، والشهادة على قتل العمدة تتحقق على هذا الوجه؛ لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش، حتى مات،

(١٨) قوله: "وإن كذبهما" أي المشهود عليه، معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً، وإنما قيد بهذا؛ لأنه إذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثاً، وذلك لأنهما بالشهادة أقرّا بسقوط القصاص وانقلاب نصيبهما مالا، وقد أقر القاتل بذلك على تقدير تصديق القاتل، فلزمه ثلثا الدية لهما، وثلث الدية للمشهود عليه؛ لأنه ما أقر بسقوط القصاص وإنما سقط القصاص بإقراره غيره. (ك)

(١) أي لا وحده، بل مع المشهود عليه. (أعظمي)

(٢) أي على المشهود عليه.

(٣) بغير، والواو حالية.

(٤) قوله: "وإن صدقهما [بأن قال: عفوت عليه والقاتل يقول: ما عفا عني. حميدية] المشهود عليه وحده" يعني وكذبهما القاتل غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية لإقراره بذلك، وفي بعض النسخ ولكن يصرف ذلك إلى الشاهدين، وهذا استحسان، والقياس أن لا يلزمه شيء؛ لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه، وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه للشاهدين، أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه مالا. والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا، فصار مقراً لهما بما أقر به، له القاتل فيجوز لإقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل بألف درهم، وقال المقر له: هذه الألف ليست لي، ولكنها لفلان جاز، وصارت لفلان كذا هذا. (عناية)

(٥) قوله: "غرم القاتل إلخ" لأنه أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالا بشهادة صاحبه. (ك)

(٦) قاتل.

(٧) أي للمشهود عليه.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) احترز به عن الخطأ.

(١٠) أي لأن العمدة الثابت بالشهادة كالعمدة الثابت معاينة.

(١١) في تحقق اليقين.

(١٢) عمد.

(١٣) في أوائل كتاب الجنایات.

وتأويله إذا شهدوا^(١) أنه ضربه بشيء جارح^(٢).

قال^(٣): وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام^(٤)، أو في البلد^(٥)، أو في الذي كان به القتل^(٦)، فهو باطل؛ لأن القتل لا يعاد، ولا يكرر، والقتل في زمان، أو في مكان غير القتل في زمان، أو مكان آخر، والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح؛ لأن الثاني عمد والأول شبه العمد، ويختلف أحكامهما، فكان على كل قتل شهادة فرد.

وكذا إذا قال أحدهما: قتله بعضاً، وقال الآخر: لا أدري بأى شيء قتله، فهو باطل؛ لأن المطلق يغير المقيد^(٧).

قال^(٨): وإن شهدا أنه قتله، وقالوا: لا ندري بأى شيء قتله، ففيه الدية استحساناً، والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به.

وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل^(٩)، فيجب أقل موجبيه، وهو الدية، ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة^(١٠) على إجمالهم

(١) قوله: "وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح" لأنه إذا لم يكن كذلك، لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم، قيل: الشهود وإن شهدوا على الضرب بشيء جارح، ولكن قد يكون خطأ، فكيف يثبت القود. وأجيب: بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه؛ لأنه لو كان مخطئاً لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه، وإنما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه، وأقول: هذا ليس بوارد على صاحب "الهداية"؛ لأنه أشار إليه بقوله إذا كان عمداً، نعم! يرد على عبارة "الجامع الصغير"، ولهذا احترز عنه المصنف. (عناية)

(٢) كالسيف وما يجري مجراه، وإنما أول بالجارح؛ ليكون المسألة مجمعة عليها. (ك)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "في الأيام" بأن شهد أحدهما أن القتل كان في يوم الخميس، وشهد الآخر أنه كان في يوم الجمعة. (ك)

(٥) قوله: "أو في البلد" بأن شهد أحدهما أن القتل في بلد كذا، وشهد الآخر أنه كان في بلد آخر. (ك)

(٦) أي في الآلة. (ك)

(٧) قوله: "يغير المقيد [فإن المطلق يوجب الدية في ماله، والمقيد بالعصا على العاقلة. ع]" لأنه يحتمل أن يكون عمداً، ويحتمل أن يكون شبه عمد، ويحتمل أن يكون خطأ، والقتل بالعصا شبه عمد، فلم يثبت الاتفاق في المشهود به، والاتفاق شرط. (ك)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "والمطلق ليس بمجمل [فإن المطلق ما يدل على ذات مبهمة، والمجمل ما ازدحمت فيه المعاني]" فإن المطلق يمكن العمل، ألا ترى أن الله تعالى أوجب الكفارة بتحرير رقبة مطلقاً، ووجب العمل به، ولو كان مجملاً لما وجب العمل به، كذا ذكره الإمام الكسائي. (ك)

(١٠) قوله: "ولأنه يحمل إجمالهم [شهود] إلخ" فيه صنعة التجنيس التام، فإن الأول بمعنى الإبهام، والثاني بمعنى الصنع، وهو الإحسان، وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان، وهو أن يقال الشهود في قولهم: لا ندري بأى شيء قتله، أما صادقون، أو كاذبون لعدم الوساطة بين الصدق والكذب، وعلى كلا التقديرين يجب أن لا يقبل

بالمشهود عليه^(١) ستر عليه، وأولوا كذبهم في نفى العلم^(٢) بظاهر ما ورد* بإطلاقه^(٣) في إصلاح ذات البين^(٤)، وهذا في معناه^(٥)، فلا يثبت الاختلاف بالشك^(٦)، وتجب الدية في ماله؛ لأن الأصل في الفعل العمد، فلا يلزم^(٧) العاقلة.

قال^(٨): وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الولي: قتلتماه جميعاً^(٩)، فله أن يقتلتهما. وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله، وقال الولي: قتلتماه جميعاً، بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل^(١٠)، ووجوب القصاص، وقد حصل التكذيب في الأول من المقر له^(١١). وفي الثاني من المشهود له^(١٢)، غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به^(١٣) لا يبطل إقراره في الباقي^(١٤)، وتكذيب المشهود له

شهادتهم؛ لأنهم إن صدقوا يمتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا، وإن كذبوا فكذلك؛ لأنهم صاروا فسقة، ووجه ذلك أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف، ويحمل إجمالهم إلخ. (٤)

(١) أي إحسنهم في حقه بالستر عليه. (ك)

(٢) قوله: "وأولوا [فلا يكونون فسقة] إلخ" أي الشهود أولوا قولهم: لا ندري، مع أنهم يعلمون بظاهر ما ورد من الحديث بإطلاق الكذب بإطلاقه، أي بتجويز الكذب في إصلاح ذات البين، وهو قوله عليه السلام: «ليس بكذاب من يصلح بين اثنين». (كفاية)

* راجع نصب الرعية ج ٤ ص ٣٥٤، والدراية ج ٢ ص ٢٧٠ تحت الحديث ١٠١٩. (نعيم)

(٣) قوله: "بإطلاقه [أي بإباحته]" يحتمل أن يرجع الضمير إلى ما هو الحديث الوارد في حل الكذب في إصلاح ذات البين، والأصح أن يرجع إلى الكذب. (حميدية)

(٤) قوله: "في إصلاح إلخ" ذات الشيء نفسه وحقيقته، والمراد ما أضيف إليه، ومنه إصلاح ذات البين أي إصلاح أحوال بينكم، حتى لا تكون أحوال ألفة ومجبة. (من)

(٥) قوله: "وهذا في معناه" أي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين بجماع أن العفو مندوب ههنا، كما أن الإصلاح مندوب هناك، فكان ورود الإطلاق والتجويز هناك وروداً ههنا. (كفاية)

(٦) قوله: "فلا يثبت الاختلاف [أي اختلاف الفعل والآلة] إلخ" يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين، وأجملوا، واحتمل أن لا يكونوا كذلك، وقم الشك، والاختلاف لا يثبت بالشك. (عناية)

(٧) العمد.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "فقال الولي: قتلتماه إلخ" ولو قال الولي: صدقتما بدل قوله: قتلتماه، لم يكن له أن يقتل واحداً منهما؛ لأن معنى قوله صدقتما تصديق كل واحد بانفراده، وفيه تكذيب الآخر في الجميع، فهو تكذيب لهما. (مل)

(١٠) من كل منهما.

(١١) أي الولي.

(١٢) أي الولي.

(١٣) قوله: "في بعض ما أقر به" قيد بالعض؛ لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر به رد لإقراره، فيبطل به. (ك)

الشاهد في بعض ما شهد^(١) به، يبطل شهادته أصلاً؛ لأن التأكيد تفسيق، وفسق الشاهد يمنع القبول^(٢)، أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار^(٣).

باب^(٤) في اعتبار حالة القتل

قال^(٥): ومن رمى مسلماً، فارتد المرمى إليه - والعياذ بالله - ثم وقع به السهم^(٦)، فعلى الرامي الدية^(٧) عند أبي حنيفة.

وقالا: لا شيء عليه؛ لأنه بالارتداد سقط تقويم نفسه، فيكون مبرئاً^(٨) للرامي عن موجهه^(٩)، كما إذا أبرأه^(١٠) بعد الجرح قبل الموت.

وله أن الضمان يجب بفعله^(١١)، وهو الرمي إذ لا فعل منه^(١٢) بعده^(١٣)، فيعتبر حالة الرمي والرمي إليه فيها^(١٤) متقوم^(١٥)، ولهذا^(١٦) يعتبر حالة الرمي في حق الحل^(١٧)، حتى لا يحرم^(١٨) بردة الرامي بعد الرمي، وكذا في حق التكفير^(١٩)، حتى

(١٤) قوله: "لا يبطل إقراره في الباقي" فإن من أقر بألف درهم، وصدقه المقر له في النصف، صح الإقرار فيما صدقه. (٤)

(١) الشاهد.

(٢) فلا يقبل شهادتهما.

(٣) فيصح إقرارهما.

(٤) قوله: "باب" لما كانت الأحوال صفات لذواتها، ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به. (٤)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) بعد الارتداد.

(٧) لورثة المرتد. (٤)

(٨) قوله: "فيكون مبرئاً إلخ" لأن من له الحق متى أخرج المتقوم عن التقويم يصير مبرئاً للضامن عن الضمان،

كالمغضوب منه إذا أعتق المغضوب يصير مبرئاً للغاصب عن الضمان. (ك)

(٩) رمى.

(١٠) قوله: "كما إذا أبرأه [فيحصل البراءة]" أي أبرأ الرامي عن الجنابة أو حقه بعد الجرح أي انعقاد سببه، وهو الرمي. (٤)

(١١) رامي.

(١٢) رامي.

(١٣) رمى.

(١٤) أي في حالة الرمي.

(١٥) لإسلامه.

(١٦) إيضاح لاعتبار وقت الرمي.

جاز بعد الجرح قبل الموت .

والفعل^(١) وإن^(٢) كان عمداً، فالقود سقط للشبهة^(٣)، ووجب الدية^(٤)، ولو

رمى إليه، وهو^(٥) مرتد، فأسلم ثم وقع به السهم، فلا شيء عليه في قولهم جميعاً.
وكذا إذا رمى حربياً^(٦)، فأسلم^(٧)؛ لأن الرمي ما انعقد موجباً للضمان لعدم
تقوم المحل، فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك .

قال^(٨): وإن رمى عبداً، فأعتقه مولاه، ثم وقع^(٩) السهم به، فعليه قيمته^(١٠)

للمولى عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فضل^(١١) ما بين قيمته^(١٢) مرمياً إلى غير
مرمى، وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة .

له^(١٣) أن العتق قاطع للسراية^(١٤)، وإذا انقطعت^(١٥) بقي مجرد الرمي، وهو^(١٦)

(١٧) قوله: "يعتبر حالة الرمي إلخ" أي إذا رمى صيداً، ثم ارتد-والعياذ بالله- ثم أصاب، فإن رده بعد الرمي لا
تحرم؛ لأن فعله ذكاة شرعاً، وقد تم موجباً للحل بشرط، وهو التسمية. (٤)

(١٨) الصيد.

(١٩) قوله: "وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت" والجرح سبب الموت، فصار كأنه قتله حين
جرحه، والرمي سبب الجرح، فيصح التكفير قبل الإصابة أيضاً. وفي "الجامع الصغير" لقاضي خان: فيصير قاتلاً من وقت
الرمي، ولهذا لو كانت الجنابة خطأً، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، صح تكفيره. (ك)

قوله: "وكذا في حق إلخ" أي إذا كانت الجنابة خطأً، فكفر بعد الرمي قبل الإصابة، فإنه صحيح، وهذه العبارة
أنسب مما قاله المصنف: حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لإمكان اعتبار وقت الإصابة هناك. (٤)

(١) قوله: "والفعل إلخ" أي فإن قيل: إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته، والفعل عمد، فالواجب
القصاص، أجاب بقوله: والفعل وإن كان إلخ. (٤)

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "للسبهة" أي الشبهة الثابتة من اعتبار حالة الإصابة. (عناية)

(٤) في ماله.

(٥) الواو حالية.

(٦) قوله: "وكذا [أي لا شيء عليه] إذا رمى إلخ" ونوقض بما إذا رمى إلى صيد في الحل، فدخل الحرم، ثم
أصابه السهم، فمات وجب الجزاء على الرامي، وأجيب: بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل، ولهذا يجب بدلالة الحرم
وإشارته، وهذا لا يكون أقل من ذلك. (عناية)

(٧) ثم وقع به السهم.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) فمات.

(١٠) عبد.

(١١) قوله: "عليه فضل إلخ" حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم، وبعده ثمان مائة لزمه مأتان. (ت)

(١٢) عبد.

جناية ينتقص بها قيمة المرمى إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي، فيجب ذلك^(١).
 ولهما أنه^(٢) يصير قاتلاً من وقت الرمي^(٣)؛ لأن فعله الرمي، وهو^(٤)
 مملوك^(٥) في تلك الحالة^(٦)، فتجب قيمته^(٧).
 بخلاف القطع والجرح^(٨)؛ لأنه إتلاف بعض المحل^(٩)، وأنه يوجب الضمان
 للمولى^(١٠)، وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد، فتصير النهاية مخالفة

(١٣) قوله: "له" أي لمحمد أن العتق قاطع إلخ، كما إذا قطع يد عبد، أو جرحه ثم أعتقه المولى، ثم سرى،
 فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق شيء، أي لا يضمن دية ولا قيمة، وإنما يضمن التقصان فكذلك
 ههنا، وهذا لأن توجه السهم عليه أوجب إشرافه على الهلاك، فصار ذلك كالجرح الواقع به. (ك)
 (١٤) قوله: "قاطع للسراية" لاشتباه من له الحق؛ لأن المستحق حالة ابتداء الجناية للمولى، وحال الإصابة العبد
 لحرية، فصار العتق بمنزلة البرء. (ع)

(١٥) السراية. (ع)

(١٦) رمى.

(١) فضل.

(٢) رامى.

(٣) قوله: "يصير قاتلاً إلخ" وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة، فإنه يعتبر وقت الرمي، وأما أبو يوسف
 فيحتاج إلى الفرق بين هذه وبين ما إذا رمى مسلماً، فارتد - والعياذ بالله - قبل الإصابة حيث اعتبر هناك حالة الإصابة،
 وههناك حالة الرمي، وهو أن المرمى إليه خرج بالارتداد عن أن يكون معصوماً، والضمان يعتمد صفة العصمة، فلا يجب
 الضمان بالمنافى، وأما الإعتاق فإنه لا ينافى العصمة، فيجب عليه ضمان قيمته للمولى، ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر
 وقت الرمي، إلا في صورة الارتداد. (ع)

(٤) عبد.

(٥) فيعتبر قيمته يومئذ. (ك)

(٦) أي حالة الرمي.

(٧) قوله: "فتجب قيمته [عبد]" لأن الفعل انعقد من الابتداء موجباً للقيمة، فلا تتغير باعتراض الحرية. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف القطع والجرح إلخ" جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهاداً على قطع
 السراية، وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها، فإن ذلك بمنزلة تبدل المحل، ولا نسلم
 تحققه في المتنازع فيه؛ لأن الرمي قبل الإصابة إلخ. (ع)

(٩) قوله: "لأنه إتلاف إلخ" لأنه اتصل الفعل بالمحل، وتأثر به المحل، وأنه يوجب الضمان للمولى، وبعد السراية لو
 وجب شيء لوجب للعبد، فيلزم مخالفة نهاية الفعل بدائته، فلا بد من أن يجعل العتق قاطعاً للسراية بهذه الضرورة، ولا
 ضرورة في الرمي؛ لأنه لا أثر له في المحل قبل الوصول، وإنما يقل الرغبات فيه، فلا يجب به ضمان، فلا يلزم المخالفة في
 البداية والنهاية في استحقاق الضمان، فيجب القيمة للمولى.

ومحمد يحتاج إلى الفرق أيضاً، فإنه لم يعتبر ههنا، لا حالة الرمي، ولا حالة الإصابة، وفيما تقدم مع أبي يوسف.
 ومحمد أن نهاية الجناية مخالفة لابتدائها، فلا يمكن اعتبارهما معاً؛ لأن ذلك يوجب أن يكون الواجب مشتركاً بين
 المولى والعبد، والفعل لم ينعقد موجباً لهذا، ولا اعتبار أحدهما دون الآخر، فيصار إلى ما ذكر من اعتبار الفصل، بخلاف
 الأول، فإنه بالارتداد يكون مبرئاً، فيسقط الضمان. (ك)

للبدائية. أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء؛ لأنه لا أثر له^(١) في المحل، وإنما قلت الرغبات فيه^(٢)، فلا يجب به ضمان، فلا تتخالف النهاية والبدائية، فيجب قيمته^(٣) للمولى، وزفر وإن^(٤) كان يخالفنا في وجوب القيمة^(٥) نظراً إلى حالة الإصابة^(٦)، فالحجة عليه ما حققناه^(٧).

قال^(٨): ومن قضى عليه بالرجم، فرماه رجل، ثم رجع أحد الشهود، ثم وقع به السهم، فلا شيء على الرامي^(٩)؛ لأن المعتبر حالة الرمي، وهو مباح الدم فيها.

وإذا رمى المجوسي صيداً، ثم أسلم، ثم وقعت الرمية بالصيد، لم يؤكل، وإن رماه وهو^(١٠) مسلم، ثم تمجس^(١١) - والعياذ بالله - أكل؛ لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرم؛ إذ الرمي هو الذكاة، فتعتبر الأهلية، وانسلاها عنده^(١٢).

ولو رمى المحرم صيداً، ثم حل^(١٣) فوقعت الرمية بالصيد، فعليه الجزاء، وإن رمى حلال^(١٤) صيداً، ثم أحرم، فلا شيء عليه؛ لأن الضمان إنما يجب بالتعدى، وهو رميه في حالة الإحرام، وفي الأول هو محرم وقت الرمي، وفي الثاني حلال، فلهذا افترقا، والله أعلم بالصواب.

(١٠) لأنه ورد على محل مملوك له. (زيلعي)

(١) رمي.

(٢) عبد.

(٣) عبد.

(٤) الواو وصلية.

(٥) أي يجب الدية عنده نظراً إلى حالة الإصابة. (ك)

(٦) فإنه حر في حالة الإصابة.

(٧) أنفاً من أنه يصير قاتلاً من وقت الرمي.

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) قوله: "فلا شيء على الرامي" ففي هذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالإجماع، فظهر من هذا أن المعتبر حالة الرمي عندهما أيضاً، إلا أن المرمى إليه فيما إذا رمى مسلماً فارتد، ثم أصابه صار ميراثاً للرامي عن ضمان الجناية، فلم يجب شيء، بخلاف هذه المسائل. (ك)

(١٠) الواو حالية.

(١١) أي صار مجوسياً.

(١٢) أي عند الرمي.

(١٣) أي خرج من الإحرام.

(١٤) غير محرم.

كتاب الدييات^(١)

قال^(٢): وفي شبه العمد دية^(٣) مغلظة على العاقلة، وكفارة على القاتل، وقد بيناه في أول الجنائيات^(٤).

قال^(٥): وكفارته^(٦) عتق رقبة مؤمنة؛ لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾^(٧)

الآية، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص، ولا يجزئ فيه الإطعام؛ لأنه لم يرد به نص، والمقادير تعرف بالتوقيف^(٨)، ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء^(٩)، أو لكونه كل المذكور على ما عرف^(١٠).

ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم؛ لأنه مسلم به^(١١)، والظاهر سلامة أطرافه، ولا يجزئ ما في البطن؛ لأنه لم تعرف حياته^(١٢) وسلامته^(١٣).

قال^(١٤): وهو الكفارة^(١٥) في الخطأ؛ لما تلوناه^(١٦)، وديته^(١٧) عند أبي حنيفة

(١) قوله: "كتاب الدييات" قدم القصاص لأنه الأصل، وصيانة الحياة والأنفس فيه أقوى، والدية كالحلف له، ولهذا تجب بالعوارض كالخطأ، وما في معناه. (رد المحتار)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "دية" الدية لغة: مصدر من ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل للمال الذي هو بدل النفس: الدية تسمية بالمصدر، والأرض اسم للواجب على ما دون النفس. (ك)

(٤) أي بينا شبه العمد. (ك)

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) شبه عمد.

(٧) ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾.

(٨) أي بتوقيف الشارع.

(٩) قوله: "ولأنه جعل المذكور" استدلال من الآية بوجهين: أحدهما: بالنظر إلى الفاء، وذلك لأن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء، إذ لو لم يكن كذلك لالتبس، فلا يعلم أنه هو الجزاء، أو يبقى شيء، ومثله مخل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وفي نيتي أن يقول: وعبد حر، ولكنه لم يقل: لا يكون الجزاء إلا المذكور؛ لتلا يختل الفهم، والآخر بالنظر إلى المذكور يعني لو كان الغير مراداً لذكره؛ لأنه موضع الحاجة إلى البيان. (ع)

(١٠) في أصول الفقه. (ع)

(١١) قوله: "لأنه مسلم به" [أي بأحد أبويه] أي لأن شرط هذا الإعتاق الإسلام، وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين، والثاني بالظهور، إذ الظاهر سلامة أطرافه. (ع)

قوله: "لأنه مسلم به" لا يقال: بأن الإيمان منصوص عليه، فيعتبر الكمال، كما قلنا في قبض الهبة، لأننا نقول: ذلك فعل حسي، وهذا وصف. (ك)

(١٢) نفساً.

(١٣) أطرافاً.

(١٤) أي المصنف. (عيني)

وأبى يوسف مائة من الإبل أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاص^(١)، وخمس وعشرون بنت لبون^(٢) وخمس وعشرون حقة^(٣) وخمس وعشرون جذعة^(٤)، وقال محمد والشافعي: أثلاثاً، ثلاثون جذعةً وثلاثون حقةً وأربعون ثنية^(٥) كلها^(٦) خَلَفَاتٌ^(٧) فى بطونها^(٨) أولادها؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن^(٩) قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها فى بطونها أولادها»*، وعن عمر وزيد رضى الله تعالى عنهما^(١٠) ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، ولأن دية شبه العمد أغلظ^(١١)، وذلك فيما قلنا.

ولهما قوله عليه الصلاة والسلام^(١٢): «فى نفس المؤمن مائة من

(١٥) قوله: "وهو الكفارة" أى عتق رقبة مؤمنة الذى ذكرناه فى شبه العمد، هو الكفارة فى الخطأ. (ك)

(١٦) يعنى قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾.

(١٧) دية شبه العمد. (٤)

(١) قوله: "بنت مخاص" إنما سميت بها لعنى فى أمها؛ لأن أمها صارت مخاصاً بأخرى، أى حاملاً، وهى التى استكملت سنة، ودخلت فى الثانية. (جلبى)

(٢) قوله: "بنت لبون" سميت بنت لبون لعنى فى أمها، فإنها لبون لولادة أخرى، وهى التى دخلت فى السنة الثالثة. (جلبى)

(٣) قوله: "حقة" سميت حقة - بكسر الحاء المهملة والقاف المشددة - لعنى فيها، وهو أنه حق لها أن يركب، ويحمل عليها، وهى التى دخلت فى السنة الرابعة. (جلبى)

(٤) قوله: "جذعة" سميت جذعة - بفتح الجيم، والذال المعجمة - وهى التى دخلت فى السنة الخامسة لعنى فى أسنانها معروف عند أرباب الإبل، وهى على الأسنان التى تؤخذ فى الزكاة. (جلبى)

(٥) هى التى دخلت فى السنة السادسة.

(٦) أى كل الثنية.

(٧) الخلفة الحامل من النوق. (ك)، خلفت الناقة: أبستن گشت شتر ماده. (من)

(٨) صفة كاشفة.

(٩) قوله: "ألا إن" أخرج ابن حبان فى "صحيحه" من حديث عبد الله بن عمرو أن النبى ﷺ قال: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون فى بطونها أولادها». (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٦، والدراية ج ٢ ص ٢٧١، الحديث ٢٠٠٢٠. (نعيم)

(١٠) ابن ثابت. (كافى)

(١١) قوله: "أغلظ [أشد]" يعنى من دية الخطأ المحض، فإن الإبل فيه يجب أحماساً، وذلك أى كونه أغلظ فيما قلنا؛ لأننا نقول: أثلاثاً، وأنتم تقولون: أرباعاً. (عناية)

(١٢) قوله: "قوله عليه السلام" وجه الاستدلال أن الثابت منه عليه السلام هذا، وليس فيه دلالة على صفة من التغلظ، ولا بد منه بالإجماع، وما رويها غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله تعالى عنهم فى صفة التغلظ، فإن عمر وزيداً وغيرهما قالوا: مثل ما قال محمد والشافعي. وقال: على يجب أثلاثاً، ثلاثة وثلاثون حقة، وثلاث وثلاثون جذعة، وأربعة وثلاثون خلفه، وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه: مثل ما قلنا، ولم تجر الحاجة بما روى محمد والشافعي بينهم،

الإبل*، وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، وابن مسعود قال: بالتغليظ أربعاً^(٢)، كما ذكرنا، وهو كالمرفوع^(٣)، فيعارض به. قال^(٤): ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة^(٥)؛ لأن التوقيف فيه^(٦)، فإن قضى بالدية في غير الإبل لم يتغلظ؛ لما قلنا،^(٧).

قال^(٨): وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة، والكفارة على العاقلة؛ لما بينا من قبل^(٩). قال^(١٠): والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً^(١١)، عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة، وهذا قول ابن مسعود^(١٢)، وإنما أخذنا نحن، والشافعي به لروايته أن النبي ﷺ قضى

ولو كان ما رويها صحيحاً، لجزت. وأوقع الاتفاق بينهم، فعلم أن ما روياه غير ثابت، وابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال بالتغليظ مثل ما قلنا، ولا مدخل للرأى في تقديرات الشرع، فلا بد من أن يكون ما قال ابن مسعود مسموعاً له، فصار ما قال ابن مسعود: كالمرفوع، فيعارض ما رواه محمد والشافعي لقول ابن مسعود، وإذا تعارض الخبران كان الأخذ بالمتيقن أولى وهو الأدنى، وهو ما قلنا، فتدبر. (مل)

قوله: "قوله عليه السلام" أخرج ابن حبان في "صحيحه" في كتابه ﷺ إلى عمرو بن حزم أن في نفس المؤمن مائة من الإبل. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٧، والدراية ج ٢ ص ٢٧١ تحت الحديث ١٠٢٠. (نعيم)

(٢) قوله: "قال إلخ" أخرج أبو داود وسكت عنه، ثم المنذرى بعده عن علقمة والأسود، قالوا: قال عبد الله في شبه العمدة: خمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون بنت مخاض. (شرح نقاية)

(٣) وإن كان موقوفاً، لأن المقادير لا تعرف بالرأى. (شرح نقاية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "إلا في الإبل خاصة" يعني لا يزداد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار، وقال سفیان الثوري: يغلظ في النوعين الأخيرين أي الدراهم والدنانير، بأن ينظر إلى قيمة أسنان الإبل في دية الخطأ، وإلى قيمة أسنان الإبل في شبه العمدة، فما زاد على أسنان الإبل من دية الخطأ، يزداد على عشرة آلاف درهم، إن كان الرجل من أهل اللورق، ويزاد على ألف دينار إن كان من أهل الذهب؛ لأن التغليظ في شبه العمدة شرع في الإبل لزيادة جنانية وجدت فيه، ولم توجد في الخطأ، وهذا المعنى موجود في الحجرين، فيجب التغليظ فيهما. (٤)

(٦) قوله: "لأن التوقيف [من الشارع] فيه [إبل]" يعني أن التغليظ في الإبل ثبت توقيفاً، فلا يثبت في غيره قياساً؛ كي لا يبطل القدر الثابت بصريح النص بالدلالة. (٤)

(٧) إشارة إلى قوله: لأن التوقيف فيه. (٤)

(٨) أي القدوري. (عيني)

(٩) يعني في أول كتاب الجنائيات. (٤)

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قيل: منصوب بإضمار كان. (٤)

(١٢) قوله: "وهذا قول ابن مسعود" وأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله مسعود قال: قال رسول الله ﷺ:

في قتييل قتل خطأ أحماساً* على نحو ما قال (٢).

ولأن ما قلناه أخف، فكان أليق بحالة الخطأ؛ لأن الخاطيء معذور، غير أن عند الشافعي (٣) يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاص، والحجة عليه ما رويناها (٤).

قال (٥): ومن العين (٦) ألف دينار، ومن الورق (٧) عشرة آلاف درهم (٨).

وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما (٩) أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك (١٠)***.

ولنا ما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه (١١): «أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتييل (١٢) بعشرة آلاف درهم»***، وتأويل ما روى (١٣) أنه

«في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور» قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وقد روى عن عبد الله موقراً. (نفاية)
* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٥٧، والدراية ج ٢ ص ٢٧١، الحديث ١٠٢١. (نعيم)

(٢) قوله: «على نحو ما قال» أى ابن مسعود، وعن على رضى الله تعالى عنه أنه أوجب أربعاً خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرين بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة، والمقادير لا تعرف إلا سماعاً، لكن ما قلناه أخف، فكان أولى بحالة إلخ. (عناية)

(٣) مرتبط بقوله: وإنما أخذنا نحن والشافعي إلخ.

(٤) قوله: «والحجة عليه ما رويناها» وهو رواية ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى في قتييل قتل خطأ أحماساً على نحو ما قال بإقامة ابن مخاص مكان ابن لبون. (ك)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) يعنى الذهب. (٦)

(٧) أى الفضة.

(٨) يعنى وزن سبعة.

(٩) أخرج أصحاب السنن الأربعة، كذا فى «شرح النفاية لعلى القارى»

(١٠) فى رجل من بنى عدى قتل.

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦١، والدراية ج ٢ ص ٢٧٢، الحديث ١٠٢٢. (نعيم)

(١١) قوله: «ولنا ما روى» روى البيهقى من طريق الشافعي قال: قال محمد بن الحسن: بلغنا عن عمر أنه فرض على أهل الذهب فى الدية ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم.

قال محمد بن الحسن: وأخبرنى الثورى عن مغيرة الضبى عن إبراهيم قال: كانت الدية الإبل، فجعلت الإبل كل بعير بمائة وعشرين درهماً وزن ستة، فكذلك عشرة آلاف درهم. (شرح نفاية لعلى القارى)

(١٢) قوله: «قضى بالدية إلخ» فتعارضاً فيحتاج إلى تأويل، وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة، وقد كانت الدراهم، كذلك إلى عهد عمر رضى الله عنه، فأبطل عمر ذلك الوزن. (عناية)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٢، والدراية ج ٢ ص ٢٧٣، الحديث ١٠٢٣. (نعيم)

(١٣) ابن عباس.

قضى من دراهم^(١) كان وزنها وزن ستة^(٢)، وقد كانت كذلك^(٣).

قال^(٤): ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة^(٥) عند أبي حنيفة.

وقالا: منها ومن البقر مائتا بقرة^(٦)، ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان^(٧)؛ لأن عمر رضى الله تعالى عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها^(٨)*. وله^(٩) أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية، وهذه الأشياء مجهولة المالية^(١٠)، ولهذا لا يقدر بها ضمان^(١١)، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة، عدمناها في غيرها^(١٢)، وذكر في المعامل^(١٣) أنه لو صالح على الزيادة على

(١) قوله: "أنه قضى من دراهم إلخ" فإن قيل: اثنا عشر بوزن ستة يكون أكثر من عشرة آلاف أيضاً، فكيف يفيد هذا التأويل، قلنا: قال الشيخ الإمام المعروف بـ"خواهر زاده": يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة إلا شيئاً، إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة بما كان قريباً منه، كما يقال فلان: يملك مائتى درهم إذا كان يملك قريباً من ذلك. (ك)

(٢) أى عشرة دراهم تساوى ستة مثاقيل لا وزن سبعة.

(٣) قوله: "وقد كانت كذلك" فيه بحث، وهو أنه قال: روى عمر أن النبي ﷺ قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال: وقد كانت الدراهم كذلك، يعنى إلى عهد عمر رضى الله تعالى عنه فأبطل عمر ذلك الوزن، وذلك تناقض، والجواب أن المنقول كان فى ابتداء عهد رسول الله ﷺ، وكان يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضاً، ولا تناقض حينئذ. (ح)

(٤) أى القدورى. (عينى)

(٥) يعنى الإبل والذهب والفضة.

(٦) قوله: "وقالا: منها ومن البقر إلخ" قيل فى تفسير ذلك: قيمة كل بقرة خمسون درهماً، وقيمة كل شاة خمسة دراهم، قيمة كل حلة خمسون درهماً، وفائدة هذا الاختلاف إنما يظهر فيما إذا صالح القاتل مع ولى القتيل على أكثر من مائتى بقر، فعنده يجوز وعلى قولهما: لا يجوز، كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل. (ح)

(٧) قوله: "كل حلة ثوبان" إزار ورداء، وهو المختار، وفى "النهاية": قيل: فى زماننا قميص وسراويل. (ت)

(٨) قوله: "هكذا جعل [كذا رواه محمد بن الحسن فى "الآثار"] إلخ" قال أبو يوسف: حدثنا ابن أبى ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني أنه وضع عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتى بقرة، وعلى أهل الشاة ألفى شاة، وعلى أهل الحلة مائتى حلة. (ح)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٢ تحت الحديث الخامس، والدراية ج ٢ ص ٢٧٣، الحديث ١٠٢٤. (نعيم)

(٩) أى لأبى حنيفة.

(١٠) البقر والغنم والحلة.

(١١) قوله: "ولهذا لا يقدر بها [أى بهذه الأشياء] ضمان" أى ضمان شيء مما وجب ضمانه بإتلاف، أو غيره، فإن قيل فالإبل كذلك أجاب بقوله: والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة كما رويتها، وعدمناها فى غيرها، فإن قيل: فليحق بها دلالة، قلنا: حتى يثبت أنها فى معناها من كل وجه. (ح)

(١٢) إبل.

(١٣) قوله: "وذكر [أى محمد] فى المعامل" أى فى كتاب المعامل من "المبسوط": أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة إلى قوله: لا يجوز، أورد هذا على طريق الشبهة على قول أبى حنيفة، أى ما ذكر فى كتاب المعامل دليل على أن هذه الأصناف فى الدية أصول مقدره عنده، كما هى عندهما، إذ لو كان بدلاً، لحاز الصلح كما لو صالح على بدل

مائتي حلة، أو مائتي بقرة لا يجوز، وهذا آية التقدير بذلك^(١)، ثم قيل: هو قول الكل^(٢)، فيرتفع الخلاف، وقيل: هو قولهما.

قال^(٣): ودية المرأة على النصف^(٤) من دية الرجل، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً^(٥) على على رضى الله تعالى عنه، ومرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام*. وقال الشافعي: ما دون الثلث^(٦) لا يتنصف، وأمامه فيه زيد ابن ثابت رضى الله تعالى عنه^(٧)، والحجة عليه ما رويناه بعمومه، ولأن حالها^(٨) أنقص من حال الرجل^(٩)، ومنفعتها أقل^(١٠)، وقد ظهر أثر النقصان فى التنصيف فى النفس، فكذا فى أطرافها^(١١)، وأجزاءها اعتباراً بها، وبالثلث وما فوقه.

قال^(١٢): ودية المسلم والذمي^(١٣) سواء^(١٤)، وقال الشافعي: دية اليهودى

آخر، فأجاب عن الشبهة بوجهين: أحدهما: أنه صحيح رواية كتاب المعامل، وقال: لا خلاف بينهم، وإن هذه الأصناف من الأصول المقدره عنده أيضاً. والثانى: أنه لم يصحح الشبهة، وقال: الخلاف فيها ثابت كما هو المذكور فى الكتاب، وما ذكر فى المعامل محمول على قولهما. والجواب عن قضاء عمر رضى الله تعالى عنه أنه يحتمل أن عمر رضى الله تعالى عنه إنما قضى بذلك بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم أو الدنانير؛ إذ الصلح من الدية على مال آخر جائز. (ك)

(١) فإن ما هو المقدر شرعاً لا يصح الصلح على الزيادة عليه.

(٢) أى عدم الجواز.

(٣) أى محمد فى "الأصل" لا فى "الجامع". (عنى)

(٤) فى النفس وفيما دون النفس. (٤)

(٥) قوله: "وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً [والموقوف فى مثله كالمرفوع؛ إلا مدخل للرأى فى التقدير. ع]" أخرج البيهقى عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»، وأخرج إبراهيم عن على رضى الله تعالى عنه قال: «عقل المرأة على النصف من عقل الرجل». (شرح نقاية)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٦٣، والدراية ج ٢ ص ٢٧٣، الحديث ١٠٢٥. (نعيم)

(٦) قوله: "ما دون الثلث [أى ما دون ثلث دية الرجل. (ك) وللشافعى فى الثلث روايتان. ك] إلخ" فمن قطع إصبع امرأة عليه عشرة من الإبل، ومن قطع إصبعين عليه عشرون من الإبل، ومن قطع ثلاثة أصابع عليه ثلاثون من الإبل، ومن قطع أربعة أصابع عليه أربعون من الإبل. (مل)

(٧) قوله: "زيد بن ثابت" وكان زيد بن ثابت يقول: إنها تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها، يعنى إذا كان الأرش بقدر ثلث الدية، أو دون ذلك، فالرجل والمرأة فيه سواء، فإن زاد على الثلث، فحيث حالها فيه على النصف من حال الرجال. (ك)

(٨) امرأة.

(٩) قال الله تعالى: ﴿واللرجال عليهن درجة﴾. (٤)

(١٠) فإنها لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج. (٤)

(١١) أى ينتقص؛ لئلا يلزم مخالفة التبع الأصل. (٤)

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) والمستأمن. (كافى)

(١٤) قوله: "سواء" رجالهم كرجالهم، ونساءهم كنساءهم فى النفس وما دونها. (عناية)

والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسى ثمان مائة درهم.
وقال مالك: دية اليهودى والنصراني ستة آلاف درهم؛ لقوله عليه الصلاة
والسلام: «عَقْلُ^(١) الكافر^(٢) نصف عقل^(٣) المسلم*»، والكل عنده اثنا عشر
ألفاً، وللشافعى ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام^(٤) جعل دية النصراني
واليهودى أربعة آلاف درهم**، ودية المجوسى ثمان مائة درهم^(٥).
ولنا قوله عليه عليه الصلاة والسلام^(٦): «دية كل ذى عهد فى عهده ألف
دينار***»، وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما^(٧)، وما رواه
الشافعى لم يعرف راويه، ولم يذكر فى كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما
رواه مالك، فإنه ظهر به عمل الصحابة رضى الله تعالى عنهم^(٨).

فصل فيما دون النفس^(٩)

قال^(١٠): وفى النفس الدية^(١١)، وقد ذكرناه^(١٢)، قال^(١٣): وفى المارن^(١٤) الدية،

(١) دية.

(٢) هذا لفظ الترمذى رواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، كذا فى "شرح النقاية".

(٣) دية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٤، والدراية ج ٢ ص ٢٧٤، الحديث ١٠٢٦. (نعيم)

(٤) قوله: "ما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام" روى عبد الرزاق فى "مصنفه" فى كتاب العقول عن
ابن جريج عن عمرو بن شعيب: «أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف
درهم». (شرح نقاية)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٥، والدراية ج ٢ ص ٢٧٤، الحديث ١٠٢٧. (نعيم)

(٥) قوله: "ثمان مائة درهم" روى الشافعى فى "مسنده" عن فضيل بن عياض عن منصور عن ثابت عن سعيد
ابن المسيب عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى اليهودى والنصراني أربعة آلاف درهم، وفى المجوسى ثمانمائة درهم. (على قارى)

(٦) أخرجه أبو داود فى "مراسيله" عن سعيد بن المسيب. (شرح نقاية)

*** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٦، والدراية ج ٢ ص ٢٧٥، الحديث ١٠٢٨. (نعيم)

(٧) أورده محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار".

(٨) قوله: "فإنه ظهر به عمل الصحابة" وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس أن النبى ﷺ ودى العاهدين الذين
كان لهما عهد من رسول الله ﷺ، وقتلها عمرو بن أمية بمائة من الإبل. وعن الزهرى أن أبها بكر وعمر رضى الله
تعالى عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه دية الذمى مثل دية المسلم.
وعن الزهرى أيضاً كانت دية الذمى مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر، وعمر، وعثمان رضى الله
تعالى عنهم، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف، وعن على رضى الله تعالى عنه، إنما بذلوا الجزية؛ ليكون دماءهم
كدماءنا، وأموالهم كأموالنا، وما يروى بخلاف هذا! من الصحابة لا يعارض هذه المشاهير من الآثار. (ك)

(٩) عقب ذكر النفس ذكر ما هو تبع لها، وهو ما دونها. (ع)

(١٠) أى القدورى. (عنى)

وفى اللسان الدية^(١)، وفى الذكر الدية.

والأصل^(٢) فيه ما روى سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه^(٣) أن النبى عليه الصلاة والسلام قال: «فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية»*، وهكذا^(٤) هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه الصلاة والسلام لعمر وبن حزم رضى الله تعالى عنه.

والأصل فى الأطراف^(٥) أنه إذا فوت جنس منفعته على الكمال^(٦)، أو أزال جمالا مقصوداً فى الآدمى على الكمال، يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه، وهو^(٧) ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمى أصله^(٨) قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها فى اللسان والأنف، وعلى هذا ينسحب^(٩) فروع

(١١) قوله: "فى النفس الدية [أى بسبب إتلافها. (ع)] إنما ذكر هذا تبركاً بالابتداء بالحديث، وهذا لفظ الحديث. ك]" أعماد ذكر النفس فى فصل ما دون النفس تمهيداً لما يذكر ما بعده. (عناية)

(١٢) أى فى أوائل الجنايات. (ك)

(١٣) أى القدورى. (عينى)

(١٤) المارن ما لان من الأنف، والقصة ما صلب منه. (ك) نرمة بينى. (م)

(١) قوله: "وفى اللسان إلخ" فالحاصل أن ما لا تانى له فى البدن من أعضاء أو معانى مقصودة فى إتلافها يجب كمال الدية. (ك)

(٢) دليل

(٣) قوله: "ما روى سعيد بن المسيب" هو من التابعين، وما روى عن رسول الله ﷺ فهو مرسل، وهو حجة بالإجماع. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٦٩، والدراية ج ٢ ص ٢٧٦، الحديث ١٠٢٩. (نعيم)

(٤) قوله: "وهكذا" فى سنن النسائى، ومراسيل أبى داود عن سليمان بن أرقم عن الزهرى عن أبى بكر ابن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض، والسنن والديات، وبعث به مع عمرو بن حزم، فقرأ على أهل اليمن، وفيه أن فى النفس الدية مائة من الإبل وفى الأنف إذا استوعب مارنه الدية، وفى اللسان الدية. (شرح نقاية)

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) قوله: "على الكمال" قيد المنفعة والجمال بالكمال؛ لأن غير الكمال لا يجب فيه كل الدية، وإن كان فيه تفويت عضو مقصود، كما إذا قطع لسان الأخرس، أو آلة الخصى، أو العين، أو اليد الشلاء، أو الرجل العرجاء، أو العين العوراء، أو السن السوداء لا يجب القصاص فى العمد، ولا الدية فى الخطأ؛ لأنه لم يفوت جنس منفعته، ولا فوت جمالا على الكمال، وإنما فيه حكومة عدل. (عناية)

(٧) أى إتلاف النفس من وجه.

(٨) دليل.

(٩) انسحاب: كشيدته شذن. (من)

كثيرة، فنقول: في الأنف الدية؛ لأنه أزال الجمال على الكمال^(١)، وهو مقصود.
وكذا إذا قطع المارن^(٢) أو الأرنبة^(٣)؛ لما ذكرنا^(٤).

ولو قطع المارن^(٥) مع القصبة^(٦) لا يزداد على دية واحدة؛ لأنه عضو واحد،
وكذا اللسان^(٧) لفوات منفعة مقصودة، وهو النطق، وكذا في قطع بعضه إذا منع
الكلام لتفويت منفعة مقصودة، وإن كانت الآلة قائمة.

ولو قدر على التكلم ببعض الحروف، قيل يقسم على عدد الحروف^(٨)، وقيل:
على عدد حروف تتعلق باللسان^(٩)، فيقدر ما لا يقدر يجب وقيل: إن قدر على أداء
أكثرها^(١٠)، يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء
الأكثر يجب كل الدية؛ لأن الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام. وكذا الذكر؛ لأنه
يفوت به منفعة الوطئ والإيلاد واستمساك البول والرمي^(١١) به، ودفق الماء^(١٢)،
والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة^(١٣)، وكذا في الحشفة الدية كاملة؛ لأن
الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له^(١٤).

(١) قوله: "لأنه أزال الجمال إلخ" يعني أن في قطع الأنف تفويت جمال كامل، ثم كما يجب الدية بقطع جميع
الأنف يجب بقطع المارن؛ لأن تفويت الجمال به يحصل. (ك)

(٢) نرمة بينى.

(٣) طرف بينى. (من)

(٤) من إزالة الجمال.

(٥) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)

(٦) وهى عظمة واحدة. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "وكذا اللسان" لأنه أزال بقطع الأرنبة، وهى طرف الأنف جمالا على الكمال مقصوداً، وبقطع المارن
منفعة مقصودة؛ لأن منفعة الأنف أن يجتمع الروائح فى قصبة؛ لتعلو إلى الدماغ، وذلك يفوت بقطع المارن. (شرح نقاية)
(٨) أى جملة الحروف تتعلق باللسان أولاً. (٤)

(٩) قوله: "على عدد حروف تتعلق باللسان إلخ" الحروف التى تتعلق باللسان، هى الألف والتاء والثاء والجيم
والدال والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون، فما لم يمكنه إيتان حرف منها
يلزمه بحصته من الدية، فأما الهوائية والحلقية والشفوية، فلا تدخل فى القسمة، فالشفوية الميم والباء، والحلقية الحاء والحاء
والعين والغين والقاف، والأصل فى هذا ما روى أن رجلاً قطع طرف لسان رجل فى زمان على رضى الله تعالى عنه، فأمره
من أن يقرأ اب ت ث، فكل ما قرأ حرفاً أسقط من ديته بقدر ذلك، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحساب ذلك، هذا ما
فى الكفاية، وفى العناية أن فى كون الألف من ذلك نظراً؛ لأنه من أقصى الحلق. (مل)

(١٠) حروف.

(١١) أى رمى البول.

(١٢) المنى.

(١٣) قوله: "عادة" وإنما قيد بالعادة؛ لأنه يتصور الإعلاق بالسحق، إلا أنه فى العادة إنما يتحقق بالإيلاج. (ك)

(١٤) أى للحشفة.

قال^(١): وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية؛ لفوات منفعة الإدراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه^(٢) ومعاده^(٣)، وكذا إذا ذهب سمعه، أو بصره، أو شمه، أو ذوقه^(٤)؛ لأن كل واحد منها منفعة مقصودة^(٥). وقد روى^(٦) أن عمر رضى الله تعالى عنه قضى^(٧) بأربع ديات في ضربة واحدة، ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر.

قال^(٨): وفي اللحية إذا حلقت فلم تثبت الدية^(٩)؛ لأنه يفوت به منفعة الجمال، قال^(١٠): وفي شعر الرأس الدية^(١١)؛ لما قلنا^(١٢).

(١) أى القدورى. (عيني)

(٢) أى دنياه.

(٣) أى آخرته.

(٤) قوله: "وكذا إذا ذهب الخ" أى يجب الدية بمقابلة فوات كل وحدة من هذه المنافع، فإن قيل: بما ذا يعرف فوات هذه المعاني، فإن قول المجنى عليه لا يقبل، قلنا: إذا صدقه الجاني أو استحلف، فنكل تثبت فواتها، وذكر فى "الذخيرة" طريق معرفة ذهاب السمع أن يتغافل فينادى، فإن أجاب لذلك علم أن سمعه لم يذهب، وأما طريق معرفة ذهاب البصر، فقال محمد بن مقاتل الرازى: طريقه أن يستقبل الشمس مفتوح العين، فإن دمت عينه علم أن الضوء باق، وإن لم يدمع علم أن الضوء ذاهب، وذكر الطحاوى أنه يلقي بين يديه حية، فإن هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره. وفى "المسوط": أنه ينظر إليه رجلان عدلان من الأطباء، ويكون قولهما فى ذلك حجة، وإن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار، والقول قول الجاني مع يمينه على البتات، أما اليمين فلأن المجنى عليه يدعى موجب الجنائية، والجاني ينكره، وأما على البتات؛ فلأن هذا اليمين على فعل نفسه، وهو إذهاب بصر غيره، وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة، فإن تفر عن ذلك عرف أنه لم يذهب شمه. (مل)

(٥) قوله: "منفعة مقصودة" أى ليس فيها استتباع كل منها للأخرى، بخلاف قتل النفس حيث لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الأطراف تبع للنفس إما الطرف، فليس يتبع للطرف الآخر، فبعتبر كل واحدة منها بنفسها. (ك)

(٦) قوله: "وتد روى" روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن أبى خالد عن عوف الأعرابي أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأسه فى زمان عمر بن الخطاب، فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره، فلم يقرب النساء، فقضى عمر فيها بأربع ديات، وهو حى. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "قضى" روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات، بضربة واحدة على الرأس، ذهب بها عقله، وسمعه، وبصره، ومنفعة ذوقه. (كافى)

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) قوله: "الدية" ويؤجل سنة، فإن مات فيها برئ. (در مختار)

(١٠) أى القدورى. (عيني)

(١١) قوله: "وفى شعر الرأس الدية" وذكر الإمام التمرتاشى قالوا: لو حلق رأس إنسان ولم يبت، تجب الدية، الرجل والمرأة، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يطالب بالدية حال الحلق، بل يؤجل سنة لتصور النبات، وكذا حلق اللحية، فإن مات المخلوق رأسه، أو لحيته قبل مضى السنة، ولم يبت لا شىء فيه، وقالوا: حكومة عدل. (ك)

(١٢) من أنه يفوت به الجمال.

وقال مالك وهو قول الشافعي: تجب فيهما حكومة عدل؛ لأن ذلك^(١) زيادة في الآدمي، ولهذا يحلق شعر الرأس كله، واللحية بعضها في بعض البلاد، وصار كشعر الصدر والساق، ولهذا يجب في شعر العبد^(٢) نقصان القيمة. ولنا أن اللحية في وقتها جمال^(٣)، وفي حلقها تفويتها على الكمال، فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين^(٤)، وكذا شعر الرأس جمال، ألا ترى أن من عدمه حلقة يتكلف في ستره^(٥)، بخلاف شعر الصدر والساق؛ لأنه لا يتعلق به جمال.

وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة^(٦) أنه يجب فيها كمال القيمة، والتخريج على الظاهر^(٧) أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال^(٨) دون الجمال بخلاف الحر. قال: ^(٩) وفي الشارب حكومة عدل، وهو الأصح^(١٠)؛ لأنه^(١١) تابع للحية، فصار كـبعض أطرافها^(١٢)، ولحية الكوسج إن كان على ذقنه^(١٣) شعرات معدودة، فلا شيء في حلقه؛ لأن وجوده يشينه^(١٤) ولا يزينه.

وإن كان أكثر من ذلك، وكان^(١٥) على الخد والذقن جميعاً^(١٦)، لكنه غير متصل

(١) أي شعر الرأس واللحية.

(٢) كلحية العبد، ولو كان في الشعر جمال للزم في شعر العبد كمال القيمة.

(٣) قوله: "ولنا أن اللحية في وقتها جمال" والدليل على أنه جمال قوله عليه السلام: «إن لله ملائكة تسبيحهم سيحان من زين الرجال باللحاء والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق؛ لأنه لا يتعلق به الجمال. (ت)

(٤) أي المرتفعين وصفهما لدفع إرادة السم. (٤)

(٥) رأس.

(٦) قوله: "فعن أبي حنيفة أنه إلخ" وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتباراً بالدية في الحرفوات الجمال. (٤)

(٧) أي الوجه على ظاهر الرواية، وهو أنه يجب نقصان القيمة.

(٨) أي الاستخدام.

(٩) أي المصنف. (عيني)

(١٠) قوله: "وهو الأصح" احتراز عما قال بعض مشايخنا: إنه يجب فيه كمال الدية؛ لأنه عضو على حدة،

ويفوت به الجمال. (عناية)

(١١) شارب

(١٢) لحية.

(١٣) ذقن - بالتحريك - زنج. (من)

(١٤) شين - بالفتح - عيب كردن ضد زين.

(١٥) شعر.

(١٦) خد - بالفتح - رخسار وأن دو باشد. (من)

به ، ففيه حكومة عدل ؛ لأن فيه بعض الجمال .

وإن كان متصلاً ، ففيه كمال الدية ؛ لأنه ليس بكوسج ، وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبتت ^(١) حتى استوفى كما كان لا يجب شيء ؛ لأنه لم يبق أثر الجنائية ، ويؤدب ^(٢) على ارتكابه ما لا يحل ، وإن نبتت ^(٣) بيضاء .

فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحر ؛ لأنه يزيد جمالا ، وفي العبد تجب حكومة عدل ؛ لأنه ينقص قميته ، وعندهما تجب ^(٤) حكومة عدل ؛ لأنه ^(٥) في غير أوانه يشينه ، ولا يزينه ، ويستوى العمد والخطأ ^(٦) على هذا الجمهور .

وفي الحاجبين ^(٧) الدية ، وفي أحدهما نصف الدية ، وعند مالك والشافعي رحمهما الله تعالى تجب ^(٨) حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية ^(٩) .

قال ^(١٠) : وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنين الدية ، وفي الأثنين ^(١١) الدية ، كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام * .

قال ^(١٢) : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية ، وفيما كتبه النبي عليه

(١) لحيته .

(٢) الخالق .

(٣) اللحية بعد الخلق .

(٤) في الحر .

(٥) بياض .

(٦) قوله : " ويستوى إلخ " أى كما تجب الدية فى حلق الرأس واللحية خطأ ، فكذا إذا حلقهما عمداً ، تجب الدية لا القصاص ؛ لأن القصاص لا يجب فى شيء من الشعور ؛ لأنه عقوبة ، فلا يثبت قياساً ، وإنما يثبت نصاً أو دلالة ، والنص إنما ورد فى الجراحات قال الله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ ، وهذا ليس فى معناها ؛ لأنه لا يحتاج فى حلقها إلى إيلام ولا يتوهم فيه السراية كما فى الجراحات ، ثم قيل : صورة حلقها خطأ ، أى أن يظنه مباح الدم ، فحلق الوالى لحيته ، ثم ظهر أنه غير مباح الدم . (كفاية للسيد جلال الدين)

(٧) ابرو .

(٨) فى الحاجبين .

(٩) أى دليلنا ودليل الشافعى .

(١٠) أى القدورى . (عبنى)

(١١) أى الخصيتين .

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧١ ، والدراية ج ٢ ص ٢٧٧ ، الحديث ١٠٣٠ . (نعيم)

(١٢) أى القدورى . (عبنى)

الصلاة والسلام^(١) لعمر بن حزم: «وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية»*، ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة، أو كمال الجمال، فيجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت النصف، فيجب نصف الدية.

قال^(٢): «وفي ثديي المرأة الدية؛ لما فيه من تفويت جنس المنفعة، وفي إحداهما نصف دية المرأة؛ لما بينا^(٣)».

بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال، وفي حلمتي^(٤) المرأة الدية كاملة؛ لفوات^(٥) جنس منفعة الإرضاع، وإمساك اللبن، وفي إحداهما نصفها؛ لما بيناه^(٦).

قال^(٧): «وفي أشفار^(٨) العينين الدية^(٩)، وفي إحداهما ربع الدية، قال رضى الله تعالى عنه^(١٠): «يحتمل أن مراده^(١١) الأهداب^(١٢) مجازاً، كما ذكر محمد في "الأصل"^(١٣) للمجاورة^(١٤)، كالراوية للقربة^(١٥)، وهى حقيقة فى البعير، وهذا لأنه

(١) قوله: «وفيما كتبه النبي إلخ» أخرج النسائي في "سننه" وأبو داود في "مراسيله" عن أبي بكر ابن محمد ابن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والدييات، وبعث به مع عمرو ابن حزم، فكان فيه وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي العينين الدية، وفي العين الواحدة نصف الدية، وفي اليد الواحدة نصف الدية، وفي الرجل الواحدة نصف الدية. (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٢، والدراية ج ٢ ص ٢٧٧ تحت الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٤) حلمة - بفتحتين - سر پستان. (م)

(٥) قوله: "لفوات" لأنه إذا لم يكن لها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع. (زيلعى)

(٦) من أن فيه تفويت نصف جنس المنفعة.

(٧) أى القدورى. (عينى)

(٨) قوله: "أشفار" جمع شفر - بالضم - محل برآمدن موى مژه. (م)

(٩) إذا قلعها ولم ينبت. (زيلعى)

(١٠) أى المصنف.

(١١) قوله: «يحتمل أن مراده إلخ» هذا دفع لتخطئة من خطأ محمد في إطلاق الأشفار على الأهداب، قالوا: الأشفار منابت الشعر، وهى حروف العينين وأطرافها والشعور التى عليها تسمى الهدب، فقال المصنف: يحتمل أن المراد الأهداب، فيكون مجازاً للمجاورة ذكرها للمحل، وإرادة للحال. (٤)

(١٢) جمع هدب بالضم، وبضمين: موى مژه.

(١٣) قوله: «كما ذكر محمد فى الأصل» قال محمد: فى أشفار العينين الدية كاملة إذا لم ينبت، فأراد به الشعر؛

يفوت به الجمال على الكمال، وجنس المنفعة، وهي منفعة دفع الأذى^(١) والقذى^(٢) عن العين، إذ هو يندفع بالهدب.

وإذا كان الواجب في الكل^(٣) كل الدية، وهي أربعة كان في إحداها ربع الدية، وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها، ويحتمل أن يكون مراده^(٤) منبت الشعر، والحكم فيه هكذا^(٥)، ولو قطع الجفون^(٦) بأهدابها، ففيه دية واحدة؛ لأن الكل كشيء واحد، وصار كالمارن^(٧) مع القصبة.

قال^(٨): وفي كل إصبع من أصابع اليدين، والرجلين عشر الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام^(٩): «في كل إصبع عشر من الإبل»*؛ ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة، وفيه دية كاملة، وهي^(١٠) عشر^(١١)، فتنقسم الدية عليها.

لأن الشعر هو الذي ينبت دون الجلد. (زلمي)

(١٤) قوله: "للمجاورة" ذكر في "مبسوط شيخ الإسلام" جعل محمد الأشفار أسماء للشعور التي تنبت على حروف العين وأطرافها، وقد خطأه أهل اللغة في هذا، وقالوا الأشفار منابت الشعر، وهي حروف العينين وأطرافهما والشعور التي عليها تسمى الهدب، قالوا: وكأنه أخذ من شفر الوادي، وهو جانبه وحده، فسميت منابت الشعور أشفاراً؛ لأنها حدود الأجفان، ولكن مشايخنا قالوا: بأن الأمر كما قالوا: إن الأشفار اسم لمنابت الشعور واسم الشعور الهدب، إلا أنه كنى بالأشفار عن الهدب، لاتصال ومجاورة بينهما، كما سموا القرية راوية، وهي البعير الذي يستقى عليه الماء لاتصال بين القرية والسيور كما قيل للمطر: سماء. (كفاية)

(١٥) قرية بالكسر: مشك. (م)

(١) جيزي كه آزار دهد. (م)

(٢) خاشاك.

(٣) أي في كل الأشفار.

(٤) على الحقيقة.

(٥) قوله: "والحكم فيه هكذا" أي تجب في الكل الدية، وتجب في كل شفر ربع الدية، ويستوى أن ينتف الأهداب وأفسد المنبت، أو قطع الجفون كلها بالأهداب. (ك)

(٦) جفن - بالفتح - بلك چشم. (م)

(٧) المارن: ما لان من الأنف، والقصبة: ما صلب منه. (ك)

(٨) أي القدوري. (عينى)

(٩) قوله: "لقوله عليه السلام إلخ" أخرج الترمذى وقال: حسن صحيح، وابن حبان في "صحيحه"، وقال ابن القطنان في "كتابه": رجال إسناده كلهم ثقات عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل إصبع». (شرح نقاية ملا على القارى رحمه الله تعالى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٢، والدراية ج ٢ ص ٢٧٧، الحديث ١٠٣١. (نعيم)

(١٠) أصابع.

(١١) ففى كل عشر الدية.

قال^(١): والأصابع كلها سواء؛ لإطلاق الحديث^(٢)، ولأنها سواء في أصل المنفعة، فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال^(٣)، وكذا أصابع الرجلين؛ لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشى، فتجب الدية كاملة، ثم فيهما عشر أصابع، فتنقسم الدية عليها^(٤) أعشاراً.

قال^(٥): وفي كل إصبع فيها ثلاثة مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الإصبع^(٦)، وما فيها^(٧) مفصلان، ففي أحدهما نصف دية الإصبع، وهو^(٨) نظير انقسام دية اليد على الأصابع.

قال: وفي كل سن خمس من الإبل؛ لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى الأشعري رضى الله تعالى عنه^(٩): «وفي كل سن خمس من الإبل»*، والأسنان والأضراس سواء^(١٠)؛ لإطلاق ما روينا^(١١)؛ ولما روى في بعض الروايات^(١٢): «والأسنان كلها سواء^(١٣)»؛ ولأن كلها^(١٤) في أصل المنفعة

(١) أى القدورى. (عينى)

(٢) الذى مر آنفاً.

(٣) فإن اليمين مساو فى الدية مع الشمال.

(٤) أى على الأصابع العشر.

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) قوله: "ففى أحدها الخ" يعنى أن عشر الدية الواجب بإزاء كل إصبع، إنما هو بمقابلة مفاصلها، فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل واحد منها ثلثه، وما فيه مفصلان، كان لكل منهما نصفه. (٤)

(٧) كالإبهام ^(يزيلعى)

(٨) أى هذا الانقسام.

(٩) رواه بهذا اللفظ أبو داود.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٧٣، والدرابة ج٢ ص ٢٧٨، الحديث ١٠٣٢. (نميم)

(١٠) قوله: "والأسنان والأضراس الخ" قالوا: فيه نظر، والصواب أن يقال: والأسنان كلها سواء، أو يقال: والأنياب والأضراس كلها سواء؛ لأن السن اسم الجنس يدخل تحته اثنان وثلاثون: أربع منها ثنانيا، وهى الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل، ومثلها ربايعيات، وهى ما يلى الثنانيا، ومثلها أنياب تلى الرباعيات، ومثلها ضواحك تلى الأنياب واثنان عشرة أسنان طواحن، وأربع نواجذ، وتسمى ضررس الحلم؛ لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل، فلا يصح أن يقال: الأسنان والأضراس سواء؛ لعوده إلى معنى الأسنان، وبعضها سواء. (٤)

(١١) آنفاً.

(١٢) رواه أبو داود عن ابن عباس مرفوعاً.

(١٣) قوله: "والأسنان كلها سواء" وإذا قلع جميع أسنانه، فعليه ستة عشر ألفاً من الدراهم؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون، فإذا وجب فى كل سن نصف عشر الدية، وهى خمس مائة بلغت الجملة ستة عشر ألفاً، وليس فى البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الأسنان، وإذا قلع جميع أسنان الكوسج، فعليه أربعة عشر ألفاً؛ لأن

سواء، فلا يعتبر التفاضل^(١) كالأيدى والأصابع^(٢)، وهذا إذا كان^(٣) خطأً، فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مر في الجنايات^(٤).

قال^(٥): ومن ضرب عضواً، فأذهب منفعته، ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت^(٦)، والعين إذا ذهب ضوءها؛ لأن المتعلق^(٧) تفويت جنس المنفعة، لا فوات الصورة^(٨).

ومن ضرب صلب^(٩) غيره، فانقطع ماءه^(١٠) يجب الدية؛ لتفويت جنس المنفعة^(١١)، وكذا لو أحده^(١٢)؛ لأنه فوت جمالا على الكمال، وهو استواء القامة^(١٣)، فلو زالت الحدوبة^(١٤)، لا شيء عليه لزوالها، لا عن أثر.

أسنانه تكون ثمانية وعشرين؛ لما حكى أن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج! فقال: إن كنت كوسجاً، فأنت طالق، فسئل أبو حنيفة عن ذلك، فقال: يعد أسنانه، فإن كانت لثنتين وثلاثين، فليس بكوسج، وإن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج. (ك)

(١٤) أسنان.

(١) قوله: "فلا يعتبر التفاضل" ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك؛ لما فيه من زيادة المنفعة، وهو خلاف النص. (عناية)

(٢) فإن حكمها سواء، وإن كانت بعض الأيدى والأصابع أكبر من بعض.

(٣) قلم.

(٤) في باب القصاص فيما دون النفس.

(٥) أي القدوري. (عيني)

(٦) شلل: تباه وخشك شدن دست. (م)

(٧) أي الذي يتعلق به وجوب كل الدية. (ك)

(٨) قوله: "لا فوات الصورة" فإن قلت: لا نسلم أن فوات الصورة ليس يتعلق به وجوب كل الدية، بل الجمال أيضاً مقصود، كما تقدم في حلق الحاجبين واللحية، وليس أحدهما أولى باتباعه للآخر، فيكون الحصر في غير موقعه، قلت: أن الجمال مقصود في عضو لا يكون المقصود منه المنفعة، وأما إذا كان الجمال تابع، ألا ترى أنه إذا قطع اليد الشلاء، يجب حكومة عدل لا الدية؛ لأن المقصود باليد لما كان المنفعة لم تتكامل الجناية من حيث تفويت الجمال، فإن اجتماع جعل الجمال تابعاً أيضاً، لأنه إذا كان تابعاً عند الانفراد، فلأن يكون تابعاً عند الاجتماع أولى. (عناية)

(٩) بالضم: استخوان پشت. (م)

(١٠) منيه.

(١١) أي منفعة النسل. (ع)

(١٢) كوزه پشت گردانیدن.

(١٣) قوله: "وهو استواء القامة" قيل في تفسير قوله تعالى: ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾ أي

منتصب القامة، وهي تزول بالحدوبة. (ع)

(١٤) كوزه پشتی.

فصل (١) فى الشجاج (٢)

قال (٣) : الشجاج عشرة : الحارصة (٤) : وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه (٥) ، ولا تخرج الدم .

والدامعة : وهى التى تظهر الدم ، ولا تسيله (٦) كالدمع (٧) فى العين ، والدامية : وهى التى تسيل الدم ، والباضعة (٨) : وهى التى تبضع الجلد (٩) أى تقطعه ، والمتلاحمة (١٠) : وهى التى تأخذ فى اللحم .

والسمحاق : وهى التى تصل إلى السمحاق (١١) ، وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس ، والموضحة : وهى التى توضح العظم أى تبينه ، والهاشمة : وهى التى تكسر العظم (١٢) . والمنقلة (١٣) : وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله ، والآمة (١٤) : وهى التى تصل إلى أم الرأس (١٥) ، وهو الذى فيه الدماغ .

(١) قوله : "فصل فى الشجاج" هى جمع شجة ، ولما كانت نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله ، ذكره فى فصل على حدة . (منج ، رد المحتار)

(٢) قوله : "فى الشجاج" وتخص الشجة بما يكون بالوجه والرأس لغة ، وما يكون بغيرهما فجراحة . (در مختار)

(٣) أى القدرى . (عنى)

(٤) قوله : "الحارصة" مأخوذ من حرص القصار الثوب أى شقه من الدق . (زيلعى)

(٥) قوله : "تخدشه [خدش - بالفتح - خراشيدن وبوست باز كردن ومانند آن . (م) من باب ضرب . مختار]" قال ابن الشحنة عن قاضى خان : هى التى تخدش البشرة ولا يخرج منها دم ، وتسمى خادشة . (رد المحتار)

(٦) إسالة : روان كردن . (م)

(٧) سرشك . (م)

(٨) بضم - بالفتح - بريدن . (م)

(٩) قوله : "وهى التى إلخ" رده الطورى بأن الزيلعى صرح بتحقيق قطع الجلد فى الأنواع العشرة ، فالظاهر فى تفسيرها ما فى "الحيط" و "البدائع" : أنها التى تبضع اللحم ، ومثله فى كتب اللغة ، وعلى هذا فيزداد فى المتلاحمة قيد آخر ، فيقال كما فى "البدائم" وغيرها : هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة . (رد المحتار)

(١٠) قوله : "والمتلاحمة" فى المغرب هى الشجة التى تشق اللحم دون العظم ، ثم يتلاحم بعد شقها أى يتلاءم ويتلاصق ، قال الأزهرى : الأوجه أن يقال : اللاحمة أى القاطعة للحم ، وإنما سميت بذلك على ما يؤول إليه ، أو على التفاضل . (كفاية)

(١١) سمحاق كقراطس : پوست تنك سر . (من)

(١٢) كسر - بالفتح - شكستن . (م)

(١٣) بتشديد القاف مفتوحة ، أو مكسورة . (شرح وهبانية ، رد المحتار)

(١٤) قوله : "الآمة" هى العاشرة ، ولم يذكر ما بعدها ، وهى الدامعة بالغين المعجمة ، وهى التى تخرج الدماغ ؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة ، فكان ذلك قتلاً ، لا شجة . (عناية)

(١٥) قوله : "وهى التى تصل" أى تبلغ إلى أم الدماغ ، حتى يبقى بينها ، وبين الدماغ جلد رقيق ، وأم الدماغ

قال: ففى الموضحة القصاص إن كانت عمداً؛ لما روى* : «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص^(٢) فى الموضحة»، ولأنه يمكن أن ينتهى السكين إلى العظم، فيتساويان، فيتحقق القصاص.

قال^(٣): ولا قصاص فى بقية الشجاج؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساوات فيها؛ لأنه لا حد ينتهى السكين إليه^(٤)، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم^(٥)، ولا قصاص فيه، وهذه رواية عن أبى حنيفة. وقال محمد فى "الأصل"^(٦): وهو ظاهر الرواية، يجب القصاص فيما قبل الموضحة^(٧)؛ لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف هلاك غالب، فيسبر^(٨) غورها^(٩) بمسبار^(١٠)، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك، فيقطع بها^(١١) مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص.

قال^(١٢): وفيما دون الموضحة^(١٣) حكومة العدل^(١٤)؛ لأنه ليس فيها أرش مقدر^(١٥)، ولا يمكن إهداره، فوجب اعتباره بحكم العدل، وهو مأثور^(١٦) عن

الجلد التى تجعم الدماغ، كذا فى "الصحاح".

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٤، والدراية ج ٢ ص ٢٧٨، الحديث ١٠٣٣. (نعيم)

(٢) قوله: "قضى بالقصاص" أخرجه البيهقى مرسلًا عن طاوس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تطلق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات». (شرح نقاية لملا على القارى رحمه الله تعالى)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى إلى ذلك الحد.

(٥) قوله: "ولأن فيما فوق الموضحة" أى فيما هو أكثر شجة من الموضحة، وهو ما ذكره بعد الموضحة، وهو ثلاثة: الهاشمة والمنقلة والأمة. (ك)

(٦) أى المبسوط.

(٧) قوله: "فيما قبل الموضحة" أى قبلها ذكرًا، ودونها أثرًا وشجًا، وهى ستة من الحارصة إلى السمحاق. (نهاية)

(٨) سبر - بالفتح - ميل بجراحت وجز آن فرو بردن تا غور آن معلوم شود وآزمودن. (منتخب)

(٩) غور - بالفتح - قعر وتنگ هر چیزى. (م)

(١٠) مسبار - بالكسر - ميلى كه بجراحت فرو برند تا غور آن معلوم شود. (م)

(١١) أى بتلك الحديدة.

(١٢) أى القدورى. (عينى)

(١٣) قوله: "وفيما دون الموضحة" أى دونها أثرًا وشجًا، ولكن قبلها من حيث الذكر، وهو الحارصة إلى السمحاق، فلذلك ذكر مرة بما قبل الموضحة، ومرة بما دون الموضحة. (نهاية)

(١٤) قوله: "حكومة العدل" وجوب حكومة عدل فيها إما هو على رواية غير الأصل، وأما على رواية، فقد قال:

يجب القصاص فيما قبل الموضحة. (ن)

(١٥) من الشارح.

النخعى^(١) وعمر بن عبد العزيز .

قال^(٢) : وفى الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفى الهاشمة

عشر الدية ، وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفى الأمة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية^(٣) ، فإن نفذت^(٤) فهما جائفتان ، ففيهما ثلثا الدية ؛ لما روى^(٥) فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله تعالى عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال : «وفى الموضحة خمس من الإبل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الأمة ، ويروى المأمومة ثلث الدية»* ، وقال عليه الصلاة والسلام^(٦) : «فى الجائفة ثلث الدية»** .

وعن أبى بكر رضى الله تعالى عنه^(٧) أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية ، ولأنها^(٨) إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين ، أحدهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر ، وفى كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية .

وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة ، وقال : هى التى يتلاحم^(٩) فيها

(١٦) كذا قال العينى فى "شرح الكنز" .

(١) إبراهيم .

(٢) أى القدورى (عينى)

(٣) إلى الجانب الآخر .

(٤) قوله : «وفى الجائفة» قال فى "الإيضاح" : الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه ، قال فى "النساية" : فعلى هذا ذكر الجائفة هناك فى مسائل الشجاج حيثئذ وقع اتفاقاً ، وذلك لأن الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن . (٤)

(٥) قوله : «لما روى» أى لقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم الذى أخرجه النسائى وابو داود : وفى المأمومة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية ، وفى المنقلة خمس عشر من الإبل ، وفى الموضحة خمس من الإبل ، وليس فيه ذكر الهاشمة ، لكن أخرج عبد الرزاق فى "مصنفه" عن زيد بن ثابت قال : فى الموضحة خمس ، وفى الهاشمة عشر ، وفى المنقلة خمس عشرة ، وفى المأمومة ثلث الدية . (شرح نقاية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٤ ، والدراية ج ٢ ص ٢٧٨ ، الحديث ١٠٣٤ . (نعيم)

(٦) فى ذلك الكتاب .

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٥ ، والدراية ج ٢ ص ٢٧٩ تحت الحديث ١٠٣٤ . (نعيم)

(٧) قوله : «وعن أبى بكر» رواه عبد الرزاق فى "مصنفه" عن الثورى عن محمد بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب عن أبىه عن ابن المسيب . (شرح نقاية)

(٨) جائفة .

(٩) قوله : «يتلاحم [بأهم بيوسسته شود ، ولا تبضع اللحم . مغرب] قال الزيلعى : المتلاحمة مأخوذة من قولهم :

الدم، ويسود^(١)، وما ذكرناه بدء^(٢)، مروى عن أبى يوسف، وهذا اختلاف عبارة^(٣) لا يعود^(٤) إلى معنى وحكم، وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة^(٥)، وهى التى تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها^(٦)؛ لأنها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة.

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغةً، وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة^(٧) فى الصحيح، حتى لو تحققت^(٨) فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير^(٩) بالتوقيف^(١٠)، وهو إنما ورد فيما يختص بهما.

ولأنه إنما ورد الحكم فيها^(١١) لمعنى الشين^(١٢) الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب، وهو العضوان هذان^(١٣)، لا سواهما.

وأما اللحيان^(١٤) فقد قيل: ليسا من الوجه^(١٥)، وهو قول مالك: حتى لو وجد

التحم الشيطان، إذا التصق أحدهما بالآخر، فالتلاحمة ما يظهر اللحم، ولا يقطعه، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه، وفى "منتهى الأرب": التهام كفشير غرفتن جراحت وسراستوار كردن آن.

(١) الدم.

(٢) أو لا.

(٣) قوله: "وهذا اختلاف [أى اختلاف فى مأخذ الكلمة. ك] عبارة" يعنى يرجع إلى مأخذ الاشتقاق، فمحمد ذهب إلى أن التلاحمة مشتقة من التحم الساقان إذا اتصل أحدهما بالآخر، فالتلاحمة ما يظهر اللحم ولا يقطع، والباضعة بعدها؛ لأنها تقطعه. (عناية)

(٤) قوله: "لا يعود" أى لا يعود إلى معنى موثر يبتنى عليه الاختلاف فى الأحكام. (كفاية)

(٥) قوله: "وبعد هذا" أى بعد الأمة شجة تسمى الدامغة، بالغين المعجمة، وهى التى تصل إلى الدماغ، ولم يذكرها محمد؛ لأن النفس لا تبقى بعدها عادةً، فيكون قتلا، ولا يكون من الشجاج، والكلام فى الشجاج، وكذا لم يذكر الحارصة؛ لأنه لا يبتنى لها أثر فى الغالب. (تخريج زيلعى)

(٦) محمد.

(٧) اللغوية.

(٨) الشجة.

(٩) أى تقدير الأرش.

(١٠) بالسماع.

(١١) أى فى الشجاج.

(١٢) عيب كردن.

(١٣) أى الوجه والرأس.

(١٤) قوله: "وأما اللحيان [لحى - بالفتح - جأى ريش از مردم وجز آن وهما لحيان. (من) يريد به العظم الذى تحت الذقن. [ع] اللحي العظم الذى عليه الأسنان، ومنه رماه بلحى جمل. (مغرب)

فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر .

وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة، ولا مواجهة للناظر فيهما، إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به^(١) من غير فاصلة، وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً . وقالوا^(٢): الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس، أو جوف البطن، وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى: أن يقوم مملوكاً^(٣) بدون هذا الأثر، ويقوم وبه^(٤) هذا الأثر.

ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان ربع عشر، فربع عشر . وقال الكرخى: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة^(٥)، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه .

فصل^(٦)

قال: وفى^(٧) أصابع اليد^(٨) نصف الدية؛ لأن فى كل إصبع عشر الدية على ما

(١٥) قوله: "فقد قيل إلخ" وفى الذخيرة والذقن من الوجه بلاخلاف، والعظم الذى تحت الذقن، وهو اللحيان، فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث فى اللحين كان لها أرش مقدر عندنا، خلافاً لمالك، وفى "مبسوط شيخ الإسلام" ويجب أن يفرض غسل اللحين فى الطهارة؛ لأنهما من الوجه على الحقيقة، إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع، ولا إجماع ههنا، فقيت العبرة للحقيقة. (ك)

(١) أى بالوجه.

(٢) قوله: "وقالوا: الجائفة إلخ" وعليه فذكرها مع الشجاج له وجه من حيث إنها قد تكون فى الرأس؛ لكن نظر فيه الاتقانى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر، والظهر والبطن والجنبين، وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة إلخ، قال العينى: ولا تدخل الجائفة فى العشرة إذ لا يطلق عليها الشجة، وإنما ذكرت مع الأمة لاستواءهما فى الحكم. (رد المختار)

(٣) قوله: "أن يقوم إلخ" فإن كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ قيمته تسع مائة، علمت أن الجراحة أو جبت نقصان عشر قيمته، فأوجب عشر الدية؛ لأن قيمة الحر دية، وبه أخذ شمس الأئمة الحلوانى رحمه الله تعالى فى "فتاوى قاضى خان" الفتوى على هذا. (كفاية)

(٤) الواو للحال.

(٥) قوله: "ينظر كم إلخ" بيان هذا أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً، فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة، وجب ثلث أرش الموضحة، وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة، وإن كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة، قال شيخ الإسلام: هذا هو الأصح، كذا فى "الذخيرة". (ك)

(٦) قوله: "فصل" لما كانت الأطراف دون الرأس، ولها حكم على حدة، ذكرها فى فصل على حدة. (٤)

(٧) هذا قول القدورى. (عينى)

(٨) أى اليد الواحدة. (زيلعى)

روينا^(١)، فكان فى الخمس نصف الدية، ولأن فى قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش^(٢)، وهو الموجب^(٣) على ما مر^(٤)

فإن قطعها مع الكف، ففيه أيضاً نصف الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفى اليدين الدية وفى إحداهما^(٥) نصف الدية»*، ولأن الكف تبع للأصابع؛ لأن البطش بها^(٦)، وإن قطعها مع نصف الساعد^(٧)، ففي الأصابع والكف نصف الدية، وفى الزيادة حكومة عدل، وهو^(٨) رواية عن أبى يوسف.

وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل، فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ^(٩)؛ لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية، واليد اسم^(١٠) لهذه الجارحة^(١١) إلى المنكب^(١٢)، فلا يزداد على تقدير الشرع.

ولهما^(١٣) أن اليد آلة باطشة، والبطش يتعلق بالكف، والأصابع دون الذراع، فلم يجعل الذراع تبعاً فى حق التضمين، ولأنه لا وجه إلى أن يكون^(١٤) تبعاً للأصابع؛ لأن بينهما^(١٥) عضواً^(١٦) كاملاً^(١٧)، ولا إلى أن يكون تبعاً للكف^(١٨)؛ لأنه

(١) قوله: «على ما روينا» وهو ما ذكر فى فصل ما دون النفس، قوله عليه السلام: «فى كل إصبع عشر من الإبل». (ك)

(٢) سخت گرفتن.

(٣) للدية.

(٤) قوله: «على ما مر» وهو قوله: ولأن فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة إلخ. (ك)

(٥) قوله: «وفى إحداهما» قال على القارى فى «شرح النقاية»: إن النبى ﷺ قضى على قاطع اليد بنصف الدية، وكتب النبى ﷺ كتاباً إلى اليمن، وفيه وفى اليد الواحدة نصف الدية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٦، والدراية ج ٢ ص ٢٧٩ تحت الحديث ١٠٣٤. (نعيم)

(٦) أى بالأصابع.

(٧) هو من اليد ما بين المرفق والكف. (مغرب)

(٨) وهو مختار الطرفين.

(٩) لف ونشر مرتب.

(١٠) قوله: «واليد إلخ» وأجيب من قوله: واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع، فإن اليد إذا ذكرت فى موضع القطع، فالمراد به من مفصل الزند، كما فى آية السرقة. (٤)

(١١) من رؤوس الأصابع إلى الإبط. (ك)

(١٢) دوش آدمى. (م)

(١٣) أى للطرفين.

(١٤) الساعد.

(١٥) أى بين الساعد والأصابع.

تابع^(١)، ولا تبع للتبع.

قال^(٢): وإن قطع الكف من المفصل وفيها إصبع واحدة، ففيه عشر الدية، وإن كان إصبعان فالخمس، ولا شيء فى الكف، وهذا عند أبى حنيفة. وقالوا: ينظر إلى أرش الكف والإصبع^(٣)، فيكون عليه الأكثر، ويدخل القليل فى الكثير؛ لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين^(٤)؛ لأن الكل شيء واحد^(٥)، ولا^(٦) إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل واحد منهما أصل من وجه^(٧)، فرجحنا بالكثرة. وله أن الأصابع أصل، والكف تابع حقيقة وشرعاً^(٨)؛ لأن البطش يقوم بها، وأوجب الشرع فى إصبع واحدة عشرًا من الإبل، والترجيح من حيث الذات^(٩)،

(١٦) أى الكف.

(١٧) كما لم يجعل إحدى اليدين تابعة للأخرى. (ك)

(١٨) قوله: "ولا إلى أن يكون إلخ" أى لا وجه إلى أن يكون تبعًا للكف؛ لأن الكف تابع للأصابع، ولا تبع للتبع؛ لأنه من حيث التبع لا يجب للكف شيء، ومن حيث إنه أصل الساعد يجب أن يجب له شيء، فيؤدى إلى الجمع بين الوجوب وعدمه، ولما لم يكن الساعد تبعًا لا إلى الأصابع، ولا إلى الكف، وجب اعتباره أصلاً، إذ لا وجه إلى إهداره، ولم يرد من الشارع فيه شيء مقدر، فوجب فيه حكومة عدل. (ك)

(١) للأصابع.

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) قوله: "ينظر إلى أرش الكف [أى حكومة العدل]" اعلم أنه إذا قطع الكف، ولا أصابع فيها قال أبو يوسف: فيها حكومة عدل لا يبلغ بها أرش إصبع؛ لأن الإصبع الواحدة يتبعها الكف على قول أبى حنيفة، فلا تبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع، كذا فى "الإيضاح". (ك)

(٤) أى أرش الأصابع وأرش الكف. (ن)

(٥) قوله: "لأن الكل شيء واحد" فإن ضمان الكف هو عين ضمان الأصابع، وضمن الأصابع هو عين ضمان الكف، فهو شيء واحد، فوجب الترجيح بالكثرة كما قلنا: فيمن شج رأسه، وتناثر بعض شعره حيث يدخل هنالك الأقل فى الأكثر، كذا ههنا. (ن)

(٦) أى لا وجه.

(٧) قوله: "أصل من وجه" أما الكف فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع فلأنها أصل فى منفعة البطش. (ت)

(٨) قوله: "تابع حقيقة وشرعاً" إما من حيث الحقيقة، فلأن البطش بالأصابع، وإما من حيث الحكم فلأن الإصبع له أرش مقدر، والكف ليس له أرش مقدر، وما ثبت فيه التقدير شرعاً، فهو ثابت بالنص، وما لا تقدير فيه من الشارع، فهو ثابت بالرأى، والرأى لا يعارض النص، فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص أولى، وهذا لأن المصير إلى الرأى للضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقق عند إمكان إيجاب المقدر بالنص. (ك)

(٩) قوله: "والترجيح من حيث الذات [أى من حيث الحقيقة والشرع] والحكم" أى من حيث الحقيقة، والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب؛ لأن المصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة فى القوة، ولا مساواة بين الرأى والنص، فلا يصار إلى الترجيح، هذا إذا بقى إصبع واحدة، وأما إذا لم يبق من الإصبع إلا مفصل واحد، ففى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة يجب فيه أرش ذلك المفصل، ويجعل الكف تبعاً له؛ لأن أرش ذلك المفصل مقدر، وما بقى شيء

والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب^(١)، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع، ولا شيء في الكف بالإجماع؛ لأن الأصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل، فاستتبع الكف، كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها^(٢). قال: وفي الإصبع الزائدة حكومة عدل^(٣) تشریفاً للأدمى؛ لأنه جزء من يده^(٤)؛ لكن لا منفعة فيه ولا زينة، وكذلك السن الشاغية^(٥)؛ لما قلنا^(٦).

وفي عين الصبى^(٧) وذكره ولسانه إذا لم تعلم صحته حكومة عدل، وقال الشافعي: تجب فيه دية كاملة؛ لأن الغالب فيه الصحة، فأشبهه قطع المارن^(٨) والإذن^(٩). ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء^(١٠) المنفعة، فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة للإلزام^(١١)، بخلاف المارن^(١٢)، والأذن الشاغية^(١٣)؛ لأن المقصود هو الجمال، وقد فوته على

من الأصل وإن قل، فلا حكم للتع، كما إذا بقي واحد من أصحاب الخطة في المحلة، لا يعتبر السكان، وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا كان الباقي دون إصبع، فإنه يعتبر فيه الأقل والأكثر، فيدخل الأقل في الأكثر؛ لأن أرش الإصبع منصوص عليه، فأما أرش كل مفصل غير منصوص عليه، وإنما اعتبرنا ذلك المنصوص بنوع رأى، وكونه أصلاً باعتبار النص، فإذا لم يرد النص في أرش مفصل واحد، اعتبرنا فيه الأقل والأكثر، ولكن الأول أصح، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١) كثرة وقلة.

(٢) فتكون الكف تابعة.

(٣) قوله: "حكومة عدل" أى سواء كان في العمد أو في الخطأ، وسواء فيما إذا كان للقاطع إصبع زائدة أم لا، هكذا ذكر في الذخيرة، ولا يقال: بأن قوله عليه السلام: «في كل إصبع كذا» مطلق، وهذا إصبع؛ لأننا نقول: إنما يفهم من خطابات الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس، والإصبع الزائدة ليست بهذه المثابة، فلا يتناوله النص. (ك)

(٤) قوله: "لأنه [إصبع زائد] جزء من يده" قيل عليه: إنه منقوض بما إذا كان في ذقن رجل شعرات معدودة، وأزالها رجل، ولم ينبت مثلها، فإنه لم يجب فيه حكومة عدل، وقد كان الشعر جزءً من الأدمى، بدليل أنه لا يحل الانتفاع به، وأجيب: بأن الوجوب إذا بقي من أثره ما يشينه، كما في قطع الأصبع الزائدة، وإزالة الشعرات برأسه، لا تشينه فلا يوجبها، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه. (عناية)

(٥) قوله: "الشاغية [أى الزائدة، أى التى يخالف، نبتها نبت غيرها من الأسنان]" الشاغية شغناً هموارى دندان، ونا هموار برآمدن آن، يقال: شغت أسنانه شغواً وشغواً أى اختلفت في نبتها بالطول والقصر والدخول والخروج، سن شاغية دندان زائد. (من)

(٦) قوله: "لما قلنا" إشارة إلى قوله لأنه جزء من يده، والسن الشاغية أيضاً جزء من فمه. (ك)

(٧) هذا لفظ القدورى.

(٨) هو ما لان من الأنف، أى مارن الصبى وأذنه.

(٩) الشاغية.

(١٠) أى العين والذكر واللسان.

(١١) لا الزينة.

(١٢) قوله: "لا يصلح حجة للإلزام" إنما قيد بالإلزام؛ لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام، حتى إنه لو

الكمال .

وكذلك لو استهل الصبى^(١)؛ لأنه^(٢) ليس بكلام، وإنما هو مجرد صوت، ومعرفة الصحة فيه^(٣) بالكلام، وفى الذكر بالحركة^(٤)، وفى العين بما يستدل به على النظر، فيكون بعد ذلك^(٥) حكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ.

قال^(٦) : ومن شج^(٧) رجلاً، فذهب عقله أو شعر رأسه، دخل أرش الموضحة فى الدية؛ لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء^(٨)، فصار كما إذا أوضحه^(٩) فمات، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر، حتى لو نبت^(١٠) يسقط، والدية^(١١) بفوات كل الشعر، وقد تعلقا^(١٢) بسبب واحد^(١٣)، فدخل الجزء فى الجملة^(١٤)، كما إذا قطع إصبع رجل فشلت^(١٥) يده.

أعتقد صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً، يخرج عن عهدة الكفارة؛ لأن الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل فى قوله: يجزئه رضيع. (عناية)

(١٣) بلند.

(١) استهلال: بانگ کردن كودك در وقت زادن. (م)

(٢) استهلال.

(٣) أى فى اللسان.

(٤) قوله: "بالحركة" أى بالحركة عند البول، كذا فى "الذخيرة". (حميدية)

(٥) معرفة.

(٦) أى القدرى. (عينية)

(٧) أى موضحة. (ك)

(٨) فدخل الجزء فى الكل.

(٩) قوله: "فصار كما إذا أوضحه [أى شجه موضحة] فمات" يعنى من حيث إن إذهاب العقل فى معنى تبديل

النفس والحاقه بالبهائم أو من حيث إن العقل ليس فى موضع يشار إليه، فصار كالروح. (عناية)

(١٠) والتأمت الشجة. (ك)

(١١) تجب.

(١٢) قوله: "وقد تعلقا" يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد، هو فوات الشعر، لكن الموضحة للبعض، وسبب

الدية الكل، فدخل الجزء فى الجملة. (عناية)

(١٣) وهو فوات الشعر بالشج.

(١٤) قوله: "فدخل الجزء فى الجملة [أى فى الكل]" يعنى أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر، وكذلك

وجوب الدية أيضاً بفوات الشعر كله، فعلم بهذا أن سببهما شىء واحد، وهو فوات الشعر، ولما كان كذلك، فدخل

الأقل فى الأكثر، كما إذا قطع الكف مع الأصابع حيث يدخل موجب الكف، وهو حكومة العدل فى أرش الأصابع. (ك)

(١٥) شلل: تباه وخشك شدن دست. (م) يجب أرش اليد ويدخل أرش الإصبع فيه.

وقال زفر: لا يدخل^(١)؛ لأن كل واحد^(٢) جناية فيما دون النفس، فلا يتداخلان كسائر الجنایات، وجوابه ما ذكرنا^(٣).

قال: وإن ذهب^(٤) سمعه، أو بصره، أو كلامه، فعليه أرش الموضحة مع الدية،^(٥) قالوا^(٦): هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى^(٧).

وعن أبى يوسف^(٨) أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام، ولا تدخل فى دية البصر. وجه الأول^(٩): أن كلا منها^(١٠) جناية فيما دون النفس، والمنفعة^(١١) مختصة به، فأشبهه الأعضاء المختلفة^(١٢)، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء، على ما بينا^(١٣). وجه الثانى^(١٤): أن السمع^(١٥) والكلام مبطن^(١٦)، فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر^(١٧)، فلا يلحق به^(١٨).

(١) أرش الموضحة فى الدية.

(٢) من الموضحة، وذهاب العقل، أو شعر الرأس.

(٣) قوله: "ما ذكرنا" قيل: يعنى به قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، وقيل: قوله: وقد تعلقاً بسبب واحد، وهو أشمل من الأول. (عناية)

(٤) بسبب الشجة الموضحة.

(٥) أى لا تدخل أرش الموضحة فى دية السمع والبصر والكلام. (زيلعى)

(٦) المشايخ.

(٧) قوله: "وأبى يوسف" ذكر أبى يوسف مع أبى حنيفة وقع سهواً مخالف للكتب المتداولة، والأصح ذكر محمد مع أبى حنيفة. (ن)

(٨) قوله: "وعن أبى يوسف إلخ" هذا الذى ذكره إذا كان خطأ، أما إذا كان عمداً يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبى حنيفة، وعندهما يجب القصاص فى الشجة والدية فى السمع والبصر والكلام. (عناية)

(٩) قوله: "وجه الأول" وهو أن أرش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام. (٤)

(١٠) أى من الموضحة وذهاب السمع والبصر والكلام.

(١١) أى منفعة كلى.

(١٢) والجنایة متى وقعت على الأعضاء لا يدخل أرش واحد فى الآخر.

(١٣) قوله: "على ما بينا" يعنى قوله: لأن بفوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء. (٤)

(١٤) يعنى قوله: وعن أبى يوسف إلخ.

(١٥) قوله: "أن السمع والكلام إلخ" قيل: يراد به الكلام النفسى بحيث لا يرتسم فيها المعانى، ولا يقدر على نظم التكلم، فإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيراً جداً، وإن كان المراد به التكلم بالحروف والأصوات، ففى جعله مبطناً نظر. (٤)

(١٦) قوله: "مبطن" يعنى قوة السمع والكلام لا يعرف بالحس غالباً، حتى لا يفرق بين الأصم والسميع والمتكلم والأخرس فى بادية الرأى غالباً، كما لا يعرف بين العاقل وغيره فى بادية الرأى، بخلاف الأعمى والبصر. (أعظمى)

(١٧) قوله: "فيعتبر بالعقل" فيدخل أرش الشجة الموضحة فى دية السمع والكلام، كما تدخل فى دية العقل... (مل)

قال: وفي "الجامع الصغير": ومن شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة، قالوا: وينبغي أن تجب الدية فيهما^(١).

وقالا: في الموضحة القصاص، قالوا^(٢): وينبغي أن تجب الدية^(٣) في العينين.

قال^(٤): وإن قطع إصبع رجل من المفصل الأعلى، فשל^(٥) ما بقى من الإصبع أو اليد كلها، لا قصاص عليه في شيء من ذلك.

وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى، وفيما بقى^(٦) حكومة عدل، وكذلك^(٧) لو كسر بعض سن رجل، فاسود ما بقى، ولم يحك^(٨) خلافاً، وينبغي أن تجب الدية في السن كله.

ولو قال^(٩): أقطع المفصل^(١٠)، وأترك ما بيس، وأكسر القدر المكسور، وأترك الباقي لم يكن له ذلك؛ لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود^(١١)، فصار كما لو شجته منقلة، فقال: أشجته موضحة^(١٢) وأترك الزيادة.

لهما في الخلافة^(١٣) أن الفعل في محلين، فيكون جنائتين مبتدأتين، فالشبهة في

(١٨) قوله: "فلا يلحق به" أي بذهاب العقل، فلذلك لا يدخل أرش الشجة في دية البصر، وقال في "الإيضاح": وهذا الفرق لا يتضح، وذكر في "الميسوط" بعد ما ذكر تعليل أبي يوسف، ولكننا نقول: محل السمع غير محل الشجة، وكذلك محل البصر، وبتفويتهما لا يتبدل النفس، وإنما يجب الدية لتفويت منفعة مقصودة، فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة. (ك)

(١) قوله: "قالوا: وينبغي إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب الدية في العينين، والأرث في الموضحة. (ك)

(٢) مشايخ.

(٣) قوله: "ينبغي أن تجب إلخ" أي قال المشايخ: على قول أبي يوسف ومحمد يجب القصاص في الموضحة، والدية في العينين. (ك)

(٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٥) تباه وخشك غرديد.

(٦) قوله: وفي ما بقى أي من الإصبع حكومة عدل لا كل اليد، فإن فيها تجب الدية، كما مر في قوله: كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده. (مل)

(٧) أي لا قصاص.

(٨) محمد في "الجامع الصغير".

(٩) المظلوم.

(١٠) الأعلى.

(١١) فليس له استيفاء القود.

(١٢) فلا يسم إلى قوله: لأن الشجة المنقلة لا يوجب القود في نفسها.

(١٣) قوله: "لهما في الخلافة" أي فيما إذا شج رجلا موضحة، فذهبت عيناه، قالوا: في الموضحة القصاص، والدية

أحدهما^(١) لا تتعدى إلى الأخرى^(٢)، كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه، ونفذ منه إلى غيره فقتله، يجب القود فى الأول^(٣)، والدية فى الثانى.
وله أن الجراحة الأولى سارية^(٤)، والجزاء بالمثل، وليس فى وسعه السارى^(٥) فيجب المال.

ولأن الفعل واحد حقيقة، وهو الحركة القائمة^(٦)، وكذا المحل^(٧) متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر، فأورثت نهايته شبهة الخطأ فى البداية^(٨)، بخلاف النفسين^(٩)؛ لأن أحدهما ليس من سراية صاحبه، وبخلاف ما إذا وقع السكين على الإصبع^(١٠)؛ لأنه^(١١) ليس فعلاً مقصوداً.

قال^(١٢): وإن قطع إصبعاً، فشلت^(١٣) إلى جنبها أخرى، فلا قصاص فى شىء

فى العينين. (ك)

(١) أى فى ذهاب العينين.

(٢) فالقصاص فى الشجة والدية فى العينين..

(٣) لا فى الثانى للشبهة.

(٤) قوله: "وله أن الجراحة إلخ" أبو حنيفة يقول: هذه جناية وسرايتها، وقد تعذر إيجاب القصاص باعتبار سرايتها، فلا يجب القصاص باعتبار أصلها، كما إذا قطع إصبعاً، فشلت الإصبع، وهذا لأن السراية أثر الجناية، وهى مع أصل الجناية فى حكم فعل واحد. (ك)

(٥) قوله: "وليس فى وسعه السارى" أى الجراحة التى تعمل قصاصاً، قد لا تكون سارية، إذ ليس فى وسعه فعل

ذلك، فلا يكون مثلاً للأولى، ولا قصاص بدون المماثلة. (٦)

(٦) أى الثابتة وقت الشج.

(٧) أى محل الجنائيتين. (٦)

(٨) قوله: "فأورثت نهايته إلخ" أى نهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق، فيورث الشبهة فى البداية نظراً إلى

اتحادهما، فإذا صار لا يوجب القود بعاقبة أثر ذلك فى البداية. (مل)

(٩) قوله: "بخلاف النفسين" جواب عن قولهما، كمن رمى إلى رجل عمداً، فأصابه إلخ، ووجه ذلك إنا جعلنا

الفعل واحداً من حيث إن الثانى حصل من سراية الأول، وههنا ليس كذلك، فإن السراية إنما تكون تبعاً، وهو إنما يتحقق فى شخص واحد، فالفعل فى النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجنائية الأولى، إذ لا يتصور السراية من نفس إلى نفس، فلا بد من أن يجعل ذلك فى حكم فعل على حدة، وهو خطأ. (مل)

(١٠) قوله: "بخلاف ما إذا وقع إلخ" جواب عما يقال: إذا قطع إصبع رجل عمداً، فاضطرب السكين، ووقع على

إصبع أخرى، فقطعها خطأ يقتصر للأولى دون الثانية، فما بال مسألتنا لم يكن كذلك. (٦)

(١١) قوله: "لأنه" أى لأن قطع الإصبع الأخرى ليس فعلاً مقصوداً، أى من الأول، أى ليس قطع الأخرى من أثر

الفعل الأول، فإن الخطأ لا يقصد من العمد، فلا يمكن أن يجعل الثانى تنمة للأول، ونهاية له، فلا يورث الشبهة فى الأول؛ لكونهما فعلين متغايرين، منفصلاً أحدهما عن الآخر من كل وجه، فينفرد الثانى بحكمه، بخلاف السراية، فإنها قد تقصد من الأول، فيمكن أن تجعل تنمة للأول ونهاية له، فيورث السراية شبهة فى أولها. (مل)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

من ذلك عند أبى حنيفة . وقال^(١) وزفر والحسن : يقتص من الأولى وفى الثانية أرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه^(٢) .

وروى ابن سماعة عن محمد فى المسألة الأولى ، وهو ما إذا شج موضحة ، فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما^(٣) ؛ لأن الحاصل بالسراية مباشرة ، كما فى النفس^(٤) . والبصر يجرى فيه القصاص ، بخلاف الخلافة الأخيرة^(٥) ؛ لأن الشلل لا قصاص فيه ، فصار الأصل^(٦) عند محمد على هذه الرواية^(٧) أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت^(٨) إلى النفس ، وقد^(٩) وقع الأول ظلماً^(١٠) .

ووجه المشهور^(١١) أن ذهاب البصر بطريق التسبب ، ألا ترى أن الشجة بقيت^(١٢) موجبة فى نفسها^(١٣) ، ولا قود فى التسبب ، بخلاف السراية إلى النفس ؛ لأنه لا تبقى الأولى ، فانقلبت الثانية مباشرة .

(١٣) أى فشلت أخرى منضمة إلى جنبها .

(١) قوله : "وقالا وزفر الخ" هذا التركيب غير جائز ، ولو قال : وقالوا هما وزفر كان صواباً . (عناية)

(٢) قوله : "قد ذكرناه آنفاً" فى قوله : ومن شج رجلاً موضحة ، فذهبت عيناه الخ . (ك)

(٣) قوله : "قوله : أنه يجب القصاص فيهما [أى فى الشجة وذهاب البصر]" وفرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من شجة وبين ذهاب السمع منها ، فأوجب القصاص فيها فى الأول دون الثانى ؛ لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه ، حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص ؛ لتعذر اعتبار المساواة ، بخلاف البصر ، فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص ، فكذلك بسراية الموضحة . (٤)

(٤) فإن قتلها بالسراية مباشرة .

(٥) يعنى قوله : وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى . (٤)

(٦) أى القاعدة الكلية .

(٧) أى رواية ابن سماعة .

(٨) قوله : "كما لو آلت" أى آلت الجراحة وسرت إلى النفس ، أى قطع إصبع رجل عمداً ، فسرى ومات يجب

القصاص . (ك)

(٩) الواو حالية .

(١٠) أى عمداً . (ك)

(١١) أى الرواية المشهورة عن محمد .

(١٢) قوله : "ألا ترى الخ" إيضاح لما أن ذهاب العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة ، إذ لو كان بطريق المباشرة ، لكان المعتبر ذهاب العينين فى إثبات موجبه ، دون الشجة ، كما إذا سرى الموضحة إلى النفس ، لا يبقى الموضحة معتبرة ، حتى لا يجب موجبها ، بل المعتبر هو الجناية على النفس . (ك)

(١٣) قوله : "بقيت موجبة فى نفسها" حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبى حنيفة ، والقصاص فى الموضحة والأرش فى العينين عندهما . (٤)

قال^(١): ولو كسر بعض السن^(٢)، فسقطت^(٣)، فلا قصاص^(٤) إلا على رواية ابن سماعة^(٥)، ولو أوضحه موضحتين فتأكلتا^(٦)، فهو على الروایتين هاتين^(٧).

قال^(٨): ولو قلع سن رجل^(٩)، فنبتت مكانها أخرى، سقط الأرش فى قول أبى حنيفة. وقالوا: عليه الأرش كاملاً؛ لأن الجناية قد تحققت، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى^(١٠). وله أن الجناية انعدمت معنى^(١١)، فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع؛ لأنه لم يفت عليه منفعة، ولا زينة، وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة عدل^(١٢)؛ لمكان الألم الحاصل.

ولو قلع سن غيره، فردها صاحبها فى مكانها، ونبت عليه اللحم، فعلى القالع الأرش بكامله^(١٣)؛ لأن هذا^(١٤) مما لا يعتد به؛ إذ العروق لا تعود، وكذا^(١٥) إذا

(١) أى المصنف. (عینی)

(٢) قوله: "ولو كسر" ولو كسر سن إنسان من الأصل عمداً، أو نزع من الأصل، يجب القصاص، قال بعض العلماء: يؤخذ سنه بالمبرد إلى أن ينتهى إلى اللحم، ويسقط ما سواه، وإن كسر بعض السن، ولم يسود الباقي، يجب القصاص بقطع قدر ما كسر بالمبرد. (قاضى خان)

(٣) السن.

(٤) على الجاني.

(٥) عن محمد.

(٦) أى صارتا واحدة بالأكمل. (٤)

(٧) قوله: "فهو [أى حكم هذه المسألة] على الروایتين هاتين" أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد، يعنى لا قصاص على المشهورة، وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة. (٤)

(٨) أى القدورى (عینی)

(٩) بالغ.

(١٠) فإن نبت سن البالغ ثانياً نادر.

(١١) بالنبات.

(١٢) قوله: "أنه تجب إلخ" أى فيما إذا قلع سن رجل ثم نبت مكانها أخرى، تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل، أى يقوم، وليس به هذا الألم، ويقوم، وبه هذا الألم، فيجب ما انتقص منه بسبب الألم من القيمة، كذا نقل عن ركن الأئمة الصناعى. (ك)

(١٣) قوله: "فعلى القالع إلخ" قال شيخ الإسلام: وهذا إذا لم يعد إلى حالها الأولى بعد النبات فى المنفعة، والجمال والغالب أن لا يعود إلى تلك الحالة؛ لأن المقلوع لا يلزق بالعصب والعروق فى الغالب، فيكون وجود هذا النبات والعدم بمنزلة، وأما لو تصور عود الجمال، والمنفعة بالإنبات لم يكن على القالع شيء، كما لو نبت السن المقلوع، كما فى "الذخيرة". (ك)

(١٤) أى النبات.

(١٥) أى ثبوت الأرش.

قطع إذنه، فألصقتها^(١) فانتحست^(٢)؛ لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه.

ومن^(٣) نزع سن رجل^(٤)، فانتزع المنزوعة سنه سن النازع، فنبتت سن الأول^(٥)، فعلى الأول لصاحبه^(٦) خمس مائة درهم؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبتت مكانها^(٧) أخرى، فانعدمت الجناية، ولهذا يستأنى حولا بالإجماع^(٨).

وكان ينبغى أن ينتظر الياس فى ذلك^(٩) للقصاص، إلا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق، فاكتفينا بالحول؛ لأنه نتبت^(١٠) فيه ظاهراً، فإذا مضى الحول ولم نتبت^(١١) قضينا بالقصاص، وإذا نتبت^(١٢) تبين أننا أخطأنا فيه^(١٣)، والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص؛ للشبهة^(١٤) فيجب المال.

قال^(١٥): ولو ضرب إنسان سن إنسان، فتحركت يستأنى^(١٦) حولا؛ ليظهر أثر

(١) صاحبها.

(٢) التحام به شدة جراحت. (م)

(٣) زيد.

(٤) عمرو.

(٥) قوله: "نبتت سن [أى المنزوع الأول وهو عمرو] الأول [عمرو]" يعنى بغير اعوجاج، وإن نبت معوجاً

يجب حكومة عدل. (ع)

(٦) زيد.

(٧) سن منزوعه.

(٨) قوله: "ولهذا يستأنى [استأنى: درنگ كرد] حولا" أى يؤجل سنة بالإجماع، ثم هذه الرواية تخالف رواية

التممة، وفيها أن فى سن البالغ إذا سقط ينتظر، حتى يبرأ موضع السن لا الحول، وهو الصحيح؛ لأن نبات سن البالغ نادر، فلا يفيد التأجيل، إلا أنه قبل البرء لا يقتض ولا يؤخذ الأرش؛ لأنه لا يدرى عاقبته. وفى "الذخيرة": وبعض مشايخنا قالوا: الاستثناء حولا فى فصل البالغ، والصغير جميعاً؛ لقوله عليه السلام: «فى الجراحات كلها يستأنى حولا»، وفى المجرى عن أبى حنيفة أنه إذا نزع سن إنسان، ينبغى للقاضى أن يأخذ ضميناً من القالع، ثم يؤجله سنة من يوم النزع، فإذا مضت السنة، ولم ينبت، اقتض منه، قال هشام: قلت لمحمد: فى من ضرب سن رجل، فسقط أينتظر بها حولا، لعلها نبتت، قال: لا، فقلت: أقال واحد من إخوانك ينتظر، قال: لا، إنما ذلك إذا تحركت. (كفاية)

(٩) أى فى البرء.

(١٠) السن.

(١١) السن.

(١٢) السن.

(١٣) أى فى النزع.

(١٤) فإنه نزع ظاناً أنه بدل للنزع السابق.

(١٥) أى المصنف، وهذا كله إلى قوله: ومن شج من مسائل "الأصل". (عنى)

فعله، فلو أجمله القاضى سنة، ثم جاء المضروب، وقد^(١) سقطت سنة، فاختلفا قبل السنة^(٢) فيما سقط بضربه، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل^(٣) مفيداً. وهذا بخلاف ما إذا شججه موضحة، فجاء، وقد^(٤) صارت^(٥) منقلة، فاختلفا^(٦)، حيث يكون القول قول الضارب؛ لأن الموضحة لا تورث المنقلة^(٧)، أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا.

وإن اختلفا^(٨) فى ذلك^(٩) بعد السنة، فالقول للضارب؛ لأنه ينكر^(١٠)، أثر فعله، وقد مضى الأجل الذى وقته القاضى؛ لظهور الأثر، فكان القول للمنكر، ولو لم تسقط^(١١)، لا شىء على الضارب. وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة الألم^(١٢)، وسنين الوجهين^(١٣) بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ولو لم تسقط، ولكنها اسودت، يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة^(١٤)، وفى

(١٦) أى يؤجل.

(١) الواو حالية.

(٢) قوله: "فاختلفا قبل إلخ" أى قال المضروب سقطت سننى من ضربك، فقال الضارب: لا، بل من ضرب رجل آخر، فالقول للمضروب؛ ليكون التأجيل مفيداً؛ لأن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله فى تلك المدة، فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب، إذ لو لم يعتبر، لم يكن مفيداً، وأما بعد مضى الحول فقد انتهى وقت ظهور الأثر، فالمضروب يدعى على الضارب أن السقوط من أثر فعله، وهو مضمون عليه، وهو ينكر، فكان القول قوله. (ك)

(٣) قوله: "التأجيل" يعنى أن التأجيل إنما كان ليظهر عاقبة الأمر، فلو لم يقبل قوله، كان التأجيل وعدمه سواء. (٤)

(٤) الواو حالية.

(٥) الشججة.

(٦) قوله: "فاختلفا حيث إلخ" فقال المشجوج: إن الموضحة صارت منقلة، وقال الشاج: لا، بل هذه المنقلة شججة رجل آخر.

(٧) فالظاهر شاهد للضارب.

(٨) الضارب والمضروب.

(٩) أى فى سقوط السن. (٤)

(١٠) والمضروب يدعى على الضارب أن السقوط من أثر فعله.

(١١) بعد التأجيل.

(١٢) وهو حكومة العدل. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وسنين الوجهين" أى وجه قوله: لا شىء على الضارب ووجه حكومة الألم، والموعود بعد هذا هو قوله: سقط الأرش عند أبى حنيفة؛ لزوال الشين الموجب، وقال أبو يوسف: أرش الألم؛ لأن الشين وإن زال، فالألم الحاصل ما زال. (ك)

(١٤) قوله: "يجب الأرش" وفى "الذخيرة": ثم إن محمداً أوجب كمال الأرش باسوداد السن، ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التى لا ترى أو من الأسنان التى ترى، قالوا: ويحب أن يكون الجواب فيها على التفصيل

العمد فى ماله ، ولا يجب القصاص ؛ لأنه لا يمكنه ^(١) أن يضربه ضرباً يسود ^(٢) منه ، وكذا إذا كسر بعضه ^(٣) ، واسود الباقي لا قصاص ^(٤) ؛ لما ذكرنا ^(٥) ، وكذا لو أحمر ، أو أخضر ^(٦) ، ولو اصفر فيه روايتان .

قال ^(٧) : ومن شج رجلاً فالتحمت ^(٨) ، ولم يبق لها أثر ، ونبت الشعر سقط الأرش ، عند أبى حنيفة ؛ لزوال الشين ^(٩) الموجب .

وقال أبو يوسف : يجب عليه أرش الألم ، وهو حكومة عدل ؛ لأن الشين إن زال ، فالألم الحاصل ما زال ، فيجب تقويمه ^(١٠) . وقال محمد : عليه أجره الطبيب وثمن الدواء ؛ لأنه إنما لزمه أجره الطبيب وثمن الدواء بفعله ^(١١) ، فصار ^(١٢) كأنه ^(١٣) أخذ ذلك ^(١٤) من ماله . إلا أن أبى حنيفة يقول ^(١٥) : إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا

إن كان السن من الأضراس التى لا ترى ، فإن فات منفعة المضغ بالاسوداد ، يجب الأرش كاملاً ، وإن لم يفت منفعة المضغ ، يجب فيه حكومة العدل ؛ لأن منفعته قائمة ، وجماله ليس بظاهر ، فيجب فيه حكومة عدل ، وإن كان من الأسنان التى ترى يجب كمال الأرش ، وإن لم يفت منفعته ؛ لأنه فوت جمالا ظاهراً على الكمال . (كفاية)

(١) مضروب .

(٢) السن .

(٣) سن .

(٤) قوله : " لا قصاص " بل كل دية السن إذا فات منفعة المضغ ، وإلا فلو مما يرى حال التكلم ، فالدية أيضاً ، وإلا فحكومة عدل . (زيلعى)

(٥) قوله : " لما ذكرنا " وهو قوله : لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود منه . (ك)

(٦) قوله : " وكذا لو أحمر إلخ " أى لا قصاص بل يجب الأرش فى الخطأ على العاقلة وفى العمد فى ماله ، ولم يذكر الاصفرار ، وهو كالاسوداد ، وعند بعض المشايخ : يجب كمال الأرش ، وعند آخرين حكومة عدل ؛ لأنه لم يفت جنس منفعة السن ، ولا فوت الجمال على الكمال ؛ لأن الصفرة قد تكون لون الأسنان فى بعض الإنسان ، وإنما يكون فيه نوع نقص ، فيجب الحكومة ، بخلاف الحمرة والخضرة والسواد ؛ لأنها لا تكون لون الأسنان بحال ، فكان مفوتاً للجمال على الكمال ، إذا كانت بادية . (مل)

(٧) أى القدورى . (عنى)

(٨) التحام به شدة جراحت . (م)

(٩) عيب .

(١٠) قوله : " فيجب تقويمه " أى تقويم الفائت بالألم ، وهو الصحة ، وهو ما زال ؛ لأن زوال الفائت بحصول البديل ، ولم يحصل ، لكن حصل صحة أخرى فى زمان آخر غير قائمة مقام الفائت . (أعظمى)

(١١) شاج .

(١٢) فيرجع عليه . (ك)

(١٣) شاج .

(١٤) الأجرة والثمن .

(١٥) قوله : " إلا أن أبى حنيفة إلخ " جواب عن قول أبى يوسف ، فالألم الحاصل ما زال ، وعن قول محمد : إنما لزمه

بعقد، أو بشبهة^(١)، ولم يوجد^(٢) فى حق الجانى، فلا يغرم شيئاً^(٣).

قال^(٤): ومن ضرب رجلاً مائة سوط، فجرحه^(٥) قبرا منها، فعليه أرش الضرب، معناه إذا بقى أثر الضرب، فأما إذا لم يبق أثره، فهو على اختلاف^(٦) قد مضى فى الشجة الملتحمة.

قال^(٧): ومن قطع يد رجل خطأ، ثم قتله^(٨) قبل البرء، فعليه الدية وسقط أرش اليد؛ لأن الجناية من جنس واحد^(٩)، والموجب واحد، وهو الدية، وإنها بدل النفس بجميع أجزاءها، فدخل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء.

قال^(١٠): ومن جرح رجلاً جراحة، لم يقتص^(١١) منه حتى يبرأ، وقال الشافعى: يقتص منه فى الحال اعتباراً بالقصاص فى النفس، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «يستأنى فى الجراحات سنة»*، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها؛ لأن حكمها فى الحال غير معلوم، فلعلها تسرى إلى النفس، فيظهر أنه قتل، وإنما يستقر الأمر بالبرء.

قال^(١٢): وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة^(١٣)، فالدية فى مال القاتل^(١٤)،

أجرة الطبيب، ووجهه أن تحمل الأثم من المنافع والمعالجة كذلك، والمنافع على أصلنا لا تقوم. (٤)

(١) قوله: «إلا بعقد» كالإجارة الصحيحة، والمضاربة الصحيحة، أو بشبهة كالإجارة الفاسدة، والمضاربة الفاسدة. (٤)

(٢) أى العقد، أو شبهته.

(٣) قوله: «فلا يغرم [الجانى] شيئاً» ولا قيمة لمجرد الأثم، ألا ترى أنه لو ضربه ضربة تألم بها، ولم يؤثر فيه لا يجب شيء، أرأيت لو شتمه شتمة لكان عليه أرش باعتبار إيلاام حل بقلبه. (ك)

(٤) أى محمد. (عينى)

(٥) وإن لم يجرحه، فلا شيء عليه بالاتفاق. (٤)

(٦) قوله: «فهو على اختلاف قد مضى إلخ» هو سقوط الأثم عند أبى حنيفة، ووجوب أرش الأثم عند أبى يوسف، ووجوب أجرة الطبيب عند محمد. (٤)

(٧) أى القدورى (عينى)

(٨) أى خطأ. (ك)

(٩) قوله: «لأن الجناية من جنس واحد» لكون كل واحد منهما خطأ، وقد تقدم أقسام هذه المسألة. (٤)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) فى الحال.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٧٦، والدراية ج ٢ ص ٢٧٩، الحديث ٣٥ - ١. (نعيم)

(١٢) أى القدورى. (عينى)

وكل أرش وجب بالصلح ، فهو فى مال القتال^(١) ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام^(٢) :
 « لا تعقل العواقل عمداً » * الحديث^(٣) ، وهذا عمد غير أن الأول يجب فى ثلاث
 سنين ؛ لأنه مال وجب بالقتل ابتداء^(٤) ، فأشبهه شبه العمد ، والثانى : يجب حالا ؛
 لأنه مال وجب بالعقد^(٥) ، فأشبهه الثمن فى البيع .

قال^(٦) : وإذا قتل الأب ابنه عمداً^(٧) ، فالدية فى ماله فى ثلاث سنين^(٨) .

وقال الشافعى : تجب حالة ؛ لأن الأصل^(٩) أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا ،
 والتأجيل للتخفيف فى الخطأ^(١٠) ، وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً
 لحقه^(١١) ، وحقه^(١٢) فى نفسه^(١٣) حال ، فلا ينجر بالمؤجل^(١٤) .

(١٣) كقتل الأب ابنه عمداً. (زيلعى)

(١٤) لا على العاقلة.

(١) قوله : " فهو فى مال القتال " فإن الذى يجب بالصلح إنما وجب بعقد ، والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد ،
 وإنما تتحمل ما وجب بالقتل. (زيلعى)

(٢) رواه البيهقى عن الشعبى ، كذا فى " شرح النقاية " .

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٧٩ ، والدراية ج ٢ ص ٢٨٠ ، الحديث ١٠٣٦ . (نعيم)

(٣) قوله : " الحديث " ولا عبداً ، ولا صلحاً ، ولا اعترافاً ، ولا ما دون أرش الموضحة ، وقوله : ولا عبداً أى ولا
 تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس ؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال ، والعاقلة لا تقبل
 الجنایات المالية ، حتى لو قتل عبد إنسان خطأ ، فالقيمة على العاقلة ؛ لأنها بدل الدم ، ودم العبد لا يسلك بها مسلك
 الأموال ، وقد قيل : إن المراد منه أن العبد إذا جنى جنایة ، فالمولى هو الذى يلزمه الدفع ، أو الفداء دون عاقلة المولى ،
 كذا فى الأوضح . (ك)

(٤) أى لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح على مال . (٤)

(٥) أى بعقد الصلح .

(٦) أى القدورى . (عينى)

(٧) قوله : " وإذا قتل الأب إلخ " كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية ، لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعى . (٤)

(٨) قوله : " فالدية فى ماله " فإن قيل : لما وجب المال يجب غسله ؛ لأن وجوب المال يمنع الشهادة ، قيل : وجب
 القصاص ههنا ؛ لأنه عمد إلا أنه تعذر استيفاءه لشرف الأبوة ، فوجب البدل كيلاً يهدر الدم وللبدل حكم البدل ، وقال
 القاضى الإمام أبو زيد : يجب القصاص على الصبى ، كما يجب عليه أرش الجنایات وضمن المثلفات ، إلا أنه سقط لكونه
 مظنة للمرحمة . (ك)

(٩) أى القاعدة الكلية .

(١٠) فإنه معذور .

(١١) ابن .

(١٢) ابن .

(١٣) ابن .

(١٤) أى الحق فى النفس .

ولنا أنه مال واجب بالقتل، فيكون مؤجلاً كدية الخطأ وشبه العمد، وهذا لأن القياس يأبى تقوم الآدمى بالمال؛ لعدم التماثل^(١)، والتقويم ثبت بالشرع، وقد ورد^(٢) به مؤجلاً لا معجلاً، فلا يعدل عنه^(٣)، لا سيما إلى زيادة^(٤)، ولما لم يجز التخليط باعتبار العمدية^(٥) قدرأ لا يجوز وصفاً.

وكل جناية اعترف بها الجانى، فهى فى ماله، ولا يصدق على عاقلته؛ لما روينا^(٦)، ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره، فلا يظهر^(٧) فى حق العاقلة.

قال: ^(٨) وعمد الصبى والمجنون خطأ، وفيه الدية على العاقلة، وكذلك^(٩) كل جناية موجبها^(١٠) خمس مائة فصاعداً، والمعتوه^(١١) كالمجنون.

وقال الشافعى: عمده^(١٢) عمد، حتى تجب الدية فى ماله؛ لأنه عمد حقيقة، إذ العمد هو القصد^(١٣)، غير أنه تخلف عنه أحد حكميه، وهو القصاص، فينسحب^(١٤)

(١) قوله: "لعدم التماثل [بين المال والآدمى]" لأن الآدمى مالك ميتدل، والمال مملوك ميتدل، فلا يتمثالان. (ك)

(٢) الشرع.

(٣) أى عن الشرع.

(٤) قوله: "لا سيما إلى زيادة" فإن المعجل زائد على المؤجل من حيث الوصف فى المالية، ألا ترى أن فى العرف يشتري الشيء بالنسيئة أكثر مما يشتري بالنقد، فيوجب المال بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع معنى، كذا فى "الميسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولما لم يجز إلخ" أى لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفاً؛ لأن الوصف تبم للقدر. (ك)

(٦) يعنى قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمداً ولا اعترافاً». (ع)

(٧) الإقرار.

(٨) أى القدرى. (عينى)

(٩) أى فهو على العاقلة.

(١٠) وما موجه الأقل فهو فى ماله؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال.

(١١) أى مختلط الكلام.

(١٢) أى عمد كل واحد منهم. (ك)

(١٣) قوله: "إذ العمد هو القصد" فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد، ولهذا يؤدب ويفرر، والتعزير إنما يكون على فعل يتبع عمداً لا خطأ، إلا أنه يتنى على هذا القصد حكماً أن القود والدية فى ماله حالا، والصبى ليس من أهل أحد الحكمين، وهو العقوبة؛ لأنها تتنى على الخطاب، وهو غير مخاطب، وهو من أهل الحكم الآخر، وهو وجوب الضمان فى ماله، كما فى غرامات الأموال، فيلزمه، وذلك بمنزلة السرقة، فإنه يتعلق به حكمان انقطع وهو عقوبة، وهو ليس من أهله، والضمان وهو من أهله، فيلزمه ذلك. (كافى)

(١٤) انسحاب: كشيده شدن.

عليه حكمه الآخر، وهو الوجوب فى ماله، ولهذا^(١) تجب الكفارة به^(٢)، ويحرم عن الميراث على أصله^(٣)؛ لأنهما يتعلقان بالقتل.

ولنا ما روى عن على رضى الله تعالى عنه^(٤) أنه جعل عقل^(٥) المجنون على عاقلته، وقال^(٦): عمدته وخطأه سواء، ولأن الصبى مظنة الرحمة، والعاقل الخاطى لما استحق التخفيف، حتى وجبت الدية على العاقلة، فالصبى وهو أعذر^(٧) أولى بهذا التخفيف.

ولا نسلم تحقق العمدية، فإنها تترتب على العلم، والعلم بالعقل، والمجنون عديم العقل، والصبى قاصر العقل، فأنى^(٨) يتحقق منهما القصد، وصار^(٩) كالنائم^(١٠)، وحرمان الميراث عقوبة، وهما^(١١) ليسا من أهل العقوبة، والكفارة كاسمها ستارة^(١٢)، ولا ذنب تستره؛ لأنهما^(١٣) مرفوعاً القلم.

فصل فى الجنين^(١٤)

قال^(١٥): وإذا ضرب بطن امرأة^(١٦)، فألقت جنيناً ميتاً، ففيه غرة^(١٧)، وهى

(١) أى لكونه عمداً.

(٢) أى بهذا القتل. (ك)

(٣) قوله: "على أصله" أى ثبت الحكمان، وهما وجوب الكفارة، وحرمان الميراث على أصل الشافعى؛ لأنهما يتعلقان بالقتل. (ك)

(٤) قوله: "ما روى" أن مجنوناً سعى على رجل بالسيف، فضربه، فرفع ذلك إلى على رضى الله تعالى عنه، فجعل عقله على عاقلته. (كافى)

(٥) دية.

(٦) قوله: "وقال" أخرج البيهقى عن على رضى الله تعالى عنه أن عمد الصبى والمجنون خطأ، ولكن قال فى "المعرفة": إسناده ضعيف. (على قارى)

(٧) من العاقل الخاطى.

(٨) صبى ومجنون.

(٩) كل واحد.

(١٠) فإنه عديم القصد حال النوم.

(١١) الصبى والمجنون.

(١٢) قوله: "والكفارة إلخ" أى حكم الكفارة مثل مدلول اسمها، فإن الكفر الستر. (مل)

(١٣) الصبى والمجنون.

(١٤) قوله: "فصل فى الجنين" لما أنهى الكلام على أحكام الأجزاء الحقيقية، عقبه بأحكام الجزء الحكى، وهو الجنين؛ لكونه فى حكم الجزء من الأم، وهو فعيل بمعنى مفعول من جنه إذا ستره من باب طلب، وهو الولد ما دام فى الرحم، ملخصاً، وكفى استبانة بعض خلقه كظفر وشعر. (رد المحتار)

(١٥) أى القدورى. (عينى)

نصف عشر الدية، قال رضى الله تعالى عنه^(١): معناه^(٢) دية الرجل، وهذا^(٣) فى الذكر، وفى الأثني عشر دية المرأة، وكل منهما خمس مائة درهم^(٤). والقياس أن لا يجب شىء؛ لأنه لم يتيقن بحياته^(٥)، والظاهر^(٦) لا يصلح حجة للاستحقاق.

وجه الاستحسان ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام^(٧) أنه قال: «فى الجنين غرة عبد^(٨) أو أمة قيمته خمس مائة^(٩)»، ويروى: «أو خمس مائة»، فتركنا القياس بالأثر^(١٠)، وهو^(١١) حجة على من قدرها^(١٢) بست مائة نحو مالك

(١٦) قوله: «وإذا ضرب بطن امرأة» وكذا لو ضرب ظهرها، أو جنبها، أو رأسها، أو عضواً من أعضائها، فتأمل رملى ونحوه فى أبى السعود عن النحريرى. (رد المحتار)

(١٧) قوله: «ففيه غرة» غرة المال خياره كالفرس والبعير والبخت والعبد والأمة الفارهة، كذا فى «المغرب»، وفى «ميسوط شيخ الإسلام»: سمي بدل الجنين غرة؛ لأن الواجب عبد، والعبد يسمى غرة، وقيل: لأنه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشىء أوله، كما سمي أول الشهر غرة، وسمي وجه الإنسان غرة؛ لأن أول شىء يظهر منه الوجه. (ك)

(١) أى المصنف. (عينى)

(٢) أى معنى قوله نصف عشر الدية. (٤)

(٣) أى نصف العشر.

(٤) قوله: «وكل منهما خمس مائة درهم [أى من عشر دية المرأة ونصف عشر دية الرجل]» لأن نصف العشر

من عشرة آلاف هو العشر من خمسة آلاف. (٤)

(٥) فى البطن.

(٦) دفع دخل، أى الظاهر أن يكون حياً.

(٧) قوله: «ما روى عن النبي عليه السلام» فى «الصححين»: عن أبى هريرة أن النبي ﷺ قضى فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبداً أو أمة، وروى ابن أبى شيبه فى «مصنفه» عن إسماعيل بن عياش عن زيد ابن أسلم أن عمر بن الخطاب قوم الغرة خمسين ديناراً، وكل دينار بعشرة دراهم، وأخرج الزوار فى «مسنده» عن عبد الله بن بريدة عن أبيه أن امرأة حذفت امرأة، فقضى رسول الله ﷺ فى ولدها بخمس مائة، ونهى عن الحذف، وأخرج أبو داود فى «سننه» عن إبراهيم النخعى قال: الغرة خمس مائة يعنى درهماً. (شرح نقاية)

(٨) بدل من غرة.

(٩) قوله: «قيمته خمس مائة» قيل: وإنما بين الشارع القيمة إشارة إلى أن الحيوان لا يثبت فى الذمة ثبوتاً صحيحاً،

إلا من حيث اعتبار صفة المالية. (عناية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨١، والدراية ج ٢ ص ٢٨٠، الحديث ١٠٣٧. (نعيم)

(١٠) قوله: «فتركنا القياس بالأثر» روى الإمام المحببى أن زفر سئل عن هذه المسألة فقال: فيه غرة عبد، أو أمة، فقال السائل: ولم؟ والحال لا يخلو من أنه مات بضربة، أو لم ينفخ فيه الروح، فإن مات بضربة يجب دية كاملة، وإن لم ينفخ فيه الروح، لا يجب شىء، فسكت زفر، فقال له السائل اعتقتك سائبة، فجاء زفر إلى أبى يوسف، فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر، فحاجه بمثل ما حاجه السائل، فقال: التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل. (٤)

(١١) أى هذا الحديث.

والشافعى .

وهى على العاقلة عندنا إذا كانت خمس مائة درهم^(١)، وقال مالك: فى ماله^(٢)؛ لأنه بدل الجزء^(٣). ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغيرة على العاقلة^(٤)*، ولأنه بدل النفس^(٥)، ولهذا سماه عليه الصلاة والسلام دية، حيث قال^(٦): «دُوه وقالوا أئدى من لا صاح ولا استهل»** الحديث، إلا أن العواقل^(٧) لا تعقل^(٨) ما دون خمس مائة.

وتجب فى سنة، وقال الشافعى: فى ثلاث سنين؛ لأنه بدل النفس، ولهذا

(١٢) غرة.

(١) قوله: "إذا كانت خمس مائة إلخ" هذا ليس فى محله، فإن الغرة هى نصف عشر دية الرجل، وهو خمس مائة، فلا معنى للشرط، واضطربوا فى تأويل هذه العبارة، فقيل: إنه وقع سهواً من قلم الناسخ، وكان فى "الأصل": إذا كان خمس مائة تعليلاً؛ لكونها على العاقلة، وقيل: إن معناه لما كانت خمس مائة درهم، وقيل: إن هذا احتراز عن جنين الأمة إذا كانت قيمته لا تبلغ خمس مائة درهم، ورد بأن ما يجب فى جنين الأمة هو فى مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ إلى خمس مائة درهم، كذا فى "الإيضاح"، فلا يفيد القيد حينئذ هذه الفائدة، وقال الأعظمى: إن هذا احتراز عما إذا كانت الغرة عبداً، أو أمة قيمته أقل من خمس مائة؛ لأن القيمة تعرف بالتخمين، فلا يعلم بلوغها خمس مائة، فلا يجب على العاقلة، بخلاف ما إذا كانت خمس مائة درهم، بأن حكم القاضى بها، فيجب على العاقلة. (مولانا محمد عبد الحكيم أدخله الله دار النعيم)

(٢) أى فى مال الضارب. (٤)

(٣) قوله: "لأنه بدل الجزء [والعاقلة لا تتحمل إلا بدل النفس، فصار كقطع إصبع من أصابعه. ع.] أى جزء الأم، ولهذا لا يصلى عليه، ولا يسمى ولا يرث. (كفاية)

(٤) رواه أبو داود فى "سننه" عن المغيرة بن شعبه. (على القارى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٢، والدراية ج ٢ ص ٢٨١، الحديث ١٠٣٨. (نعيم)

(٥) أى نفس الجنين.

(٦) قوله: "حيث قال [فيه التنصيص على إيجاب الدية على العاقلة. ع.]: دوه [رواه الطبرانى فى "معجمه" على القارى]" أى أدوا ديته، أمر مخاطب من الودى سمي الواجب فى بدله دية، وهو اسم لبذل النفس، وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء والميم المفتوحين، قال كنت بين جاريتين لى، فضربت أحدهما بطن صاحبها بعود فسطاط، أو بمسطح خيمة، فألقت جنينها ميتاً، فاخصم أولياءها إلى رسول الله ﷺ فقال عليه السلام لأولياء: «الضاربة دوه» فقال أخوها: أئدى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل، ودم مثله يطل، فقال عليه السلام: «السجع سجع الكهان قوموا فدوه»، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٢، والدراية ج ٢ ص ٢٨١، الحديث ١٠٣٩. (نعيم)

(٧) قوله: "أن العواقل إلخ" يعنى أنه عليه السلام لما سماها دية، وهى بدل النفس، كان ينبى أن يتحملها العاقلة، وإن كان دون خمس مائة، لأن بدل النفس يتحملة العاقلة أقل، أو أكثر، إلا أن العزة بدل الجزء من وجه، فهذا لم يتحملة العاقلة إذا لم يبلغ خمس مائة. (ك)

(٨) عقل القتيل: ديت داد كشته را. (من)

يكون موروثاً بين ورثته^(١)، ولنا ما روى عن محمد بن الحسن^(٢) أنه قال: بلغنا أن رسول الله عليه الصلاة والسلام جعل^(٣) على العاقلة فى سنة*. ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه^(٤) نفس على حدة، فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم، فعملنا بالشبه الأول^(٥) فى حق التوريث، وبالثانى فى حق التأجيل إلى سنة؛ لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية^(٦) أو أقل أكثر من نصف العشر^(٧)، يجب فى سنة، بخلاف أجزاء الدية؛ لأن كل جزء منها على من وجب^(٨) يجب فى ثلاث سنين.

ويستوى فيه الذكر والأنثى^(٩)؛ لإطلاق ما روينا^(١٠)، ولأن فى الحين^(١١) إنما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الأدمية^(١٢)، ولا تفاوت فى الجنين، فيقدر^(١٣) بمقدار واحد، وهو خمس مائة، فإن ألفت حياً، ثم مات، ففيه دية كاملة؛ لأنه^(١٤) أتلف حياً

(١) جنين، لا ورثة المرأة. (أعظمي)

(٢) أورده على القارى فى "شرح النقاية".

(٣) الغرة.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٣، والدراية ج ٢ ص ٢٨٢ تحت الحديث ١٠٣٩. (نعيم)

(٤) جنين.

(٥) أى اعتبرنا الشبه الأول.

(٦) قوله: "لأن بدل العضو إلخ" التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً فى سنة؛ لأن الغرة مقدرة بنصف العشر، ولم يتعرض له، إلا أنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً سنة، فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها. (ك)

(٧) قوله: "أو أقل أكثر [بالنصب على البدل من أقل ع] من نصف العشر" هو الصحيح من النسخ، وفى بعضها: أو أكثر، وفى بعضها: وأكثر، قال الشارحون: كلاهما غير صحيح؛ لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر، وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل، أو بدلا منه، ولعل العطف بالواو، يفيد ذلك أيضاً، وفى بعض الشروح: أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد؛ لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك. (ع)

(٨) قوله: "لأن كل جزء إلخ" كما لو اشترك عشرون رجلاً فى قتل رجل خطأ، يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية فى ثلاث سنين. (ك)

(٩) قوله: "ويستوى فيه" أى فى وجوب قدر الغرة بأنه عبد، أو أمة قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١٠) قوله: "لإطلاق ما روينا" وهو قوله عليه السلام فى الجنين: غرة عبد، أو أمة، قيمته خمس مائة درهم. (ع)

(١١) قوله: "ولأن فى الحين إلخ" دليل معقول على التساوى بين الذكر والأنثى، وأراد بالحين تشبيه الحى الولدين المنفصلين الذكر والأنثى، ومعناه إنما ظهر التفاوت بين الذكر والأنثى فى الولدين المنفصلين فى الدية؛ لتفاوت معانى الأدمية فى المالكية، فإن الذكر مالك مالا ونكاحاً، والأنثى مالكة مالا لا نكاحاً، فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الأدمية، وهو معدوم فى الجنين، فيقدر بمقدار واحد، وهو خمس مائة. (عناية)

(١٢) أى فى المالكية. (ك)

(١٣) ديبته.

(١٤) ضارب.

بالضرب السابق^(١)، وإن أُلقت^(٢) ميتاً ثم ماتت الأم، فعليه دية بقتل الأم، وغرة بإلقاءها، وقد صح^(٣) أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى هذا^(٤) بالدية والغرة*.

وإن ماتت الأم من الضربة^(٥)، ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً، ثم مات، فعليه دية فى الأم ودية فى الجنين؛ لأنه قاتل شخصين، وإن ماتت^(٦) ثم أُلقت ميتاً، فعليه دية فى الأم، ولا شىء فى الجنين.

وقال الشافعى: تجب الغرة فى الجنين؛ لأن الظاهر موته بالضرب، فصار كما إذا أُلقت ميتاً، وهى^(٧) حية.

ولنا أن موت الأم أحد سببى موته؛ لأنه يخنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها، فلا يجب الضمان بالشك^(٨).

قال^(٩): وما يجب فى الجنين موروث عنه؛ لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته، ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه^(١٠) ميتاً، فعلى عاقلة الأب

غرة، ولا يرث^(١١) منها؛ لأنه قاتل بغير حق مباشرة، ولا ميراث للقاتل.

قال^(١٢): وفى جنين الأمة^(١٣) إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته^(١٤)، لو كان

(١) على الأم.

(٢) وهى حية.

(٣) رواه الطبرانى فى "معجمه"، كذا قال على القارى.

(٤) أى فى هذه الصورة.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٣، والدراية ج ٢ ص ٢٨٢، الحديث ١٠٤٠. (نعيم)

(٥) هذا من مسائل القدورى. (عبنى)

(٦) الأم.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فلا يجب الضمان بالشك" اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا أُلقت جنيناً ميتاً؛ لاحتمال أن يكون الموت من الضرب، واحتمال أن لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان، وهو أول ما ذكره فى هذا الفصل. وأجيب: بأن الغرة فى تلك الصورة تثبت بالنص على خلاف القياس، كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه فى معناه؛ لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه، وهى احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم، فلا يلحق بذلك، لا قياساً ولا دلالة، فيبقى على أصل القياس، وهو عدم وجوب الضمان. (عناية)

(٩) أى القدورى. (عبنى)

(١٠) ضارب.

(١١) الأب.

(١٢) أى القدورى. (عبنى)

(١٣) قوله: "وفى جنين الأمة" أى الذى لا تحمله من مولاها، ولا من المغرور؛ لأن الحمل من أحدهما حر فتجب

حيًا^(١)، وعشر قيمته لو كان أنثى.

وقال الشافعي: فيه عشر قمية الأم؛ لأنه جزء^(٢) من وجهه، وضان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل.

ولنا أنه بدل نفسه^(٣)؛ لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل^(٤)، ولا معتبر به في ضمان الجنين^(٥)، فكان^(٦) بدل نفسه، فيقدر بها^(٧).

وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان^(٨) لو انتقصت الأم، اعتباراً بجنين البهائم^(٩)، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده^(١٠)، على ما نذكر إن شاء الله تعالى^(١١)، فصح الاعتبار على أصله^(١٢).

الغرة، ذكر أركان أو أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "نصف عشر الخ" بيان هذا أنه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه، وهيئته لو كان حياً، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهر قيمة الكل بعد هذا إن كان ذكراً، فوجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته، ولو ضاع الجنين ولم يكن تقويمه باعتبار لونه وهيئته على تقدير أنه حي، ووقع التنازع في قيمته بين الضارب، وبين مولى الأمة المضروبة، كان القول قول الضارب؛ لإنكاره الزيادة، فإن قيل: ربما لا يمكن الوقوف على ذكورة الجنين وأنوثته، فماذا يجب، قلنا: نأخذ بالمتيقن، كمن قتل عبداً خطأ، والمقتول حنثي مشكل، فإنه يجب المتيقن، كذا ههنا، كذا في "الذخيرة". (ك)

(١) قوله: "لو كان حياً" راجع إلى قيمته، أي قيمته لو فرض. (رد المحتار)

(٢) من الأم.

(٣) جنين.

(٤) قوله: "لا يجب إلا عند الخ" حتى إنه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب، كما لو قلع سناً فنبت مكانه آخر، لم يجب شيء، وههنا يجب بدل الجنين، وإن لم يكن في الأم نقصان، فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية. (ك)

(٥) قوله: "ولا معتبر به" أي بظهور النقصان في ضمان الجنين، بدليل أنه يجب ضمان الجنين، وإن لم يظهر في الأم نقصان. (ك)

(٦) طيمان الجنين.

(٧) أي بنفس الجنين. أي بقيمة نفس الجنين، لا بقيمة الأم. (٦)

(٨) قوله: "يجب [هذا غير ظاهر الرواية. ع] ضمان الخ" أي لا يجب إلا ضمان نقصان الأم إن تمكن فيه نقص، فإن لم يتمكن لا يجب شيء، كما في جنين البهيمة؛ لأن الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال، حتى يجب قيمته بالغة ما بلغت. (ك)

(٩) قوله: "اعتباراً بجنين البهائم" ويجب في جنين البهيمة ما نقصت الأم إن نقصت، وإن لم تنقص الأم لا

يجب فيه شيء. (سراجية، رد المحتار)

(١٠) أبي يوسف.

(١١) في فصل أحكام الجنانية على العبد.

(١٢) أبي يوسف.

قال^(١): فإن ضربت، فأعتق المولى ما فى بطنها، ثم ألقته حياً، ثم مات فيه قيمته^(٢) حياً^(٣)، ولا تجب الدية، وإن^(٤) مات بعد العتق؛ لأنه قتله بالضرب السابق^(٥)، وقد^(٦) كان فى حالة الرق، فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حياً؛ لأنه صار قاتلاً إياه، وهو^(٧) حى، فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف^(٨)، وقيل: هذا عندهما. وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً^(٩) إلى كونه غير مضروب؛ لأن الإعتاق قاطع للسراية^(١٠) على ما يأتى من بعد إن شاء الله تعالى^(١١).

قال^(١٢): ولا كفارة فى الجنين^(١٣)، وعند الشافعى تجب^(١٤)؛ لأنه نفس من وجه، فتجب الكفارة احتياطاً.

ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة^(١٥)، وقد عرفت فى النفوس المطلقة^(١٦)، فلا

(١) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عنى)

(٢) ولد.

(٣) أى قيمته لو فرض حياً.

(٤) الواو وصلية.

(٥) على العتق.

(٦) الواو حالية.

(٧) الواو حالية.

(٨) قوله: "فنظرنا إلى حالتى السبب والتلف" يعنى أوجبنا القيمة دون الدية اعتباراً بحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لا مشكوكاً فى حياته اعتباراً بحالة التلف، ولا يقال: إن هذا اعتبار بحالة الضرب فقط؛ لأن الواجب فى تلك الحالة قيمته حياً أيضاً، لأننا نقول: جاز أن لا يكون حياً، فلا تجب قيمته حياً هناك، بل تجب الغرة. (ك)

(٩) قوله: "ما بين كونه إلخ" يعنى تفاوت ما بينهما، حتى لو كانت قيمة غير المضروب ألف درهم، وقيمته مضروباً ثمانمائة درهم، يجب على الضارب مائتا درهم. (عناية)

(١٠) أى لسراية الضرب السابق، فلا تجب قيمته، بل يجب التفاوت.

(١١) قوله: "على ما يأتى من بعد" يعنى فى جنابة المملوك والجنابة عليه فى مسألة، ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات من ذلك. (عناية)

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) على الضارب.

(١٤) الكفارة.

(١٥) قوله: "فيها معنى العقوبة" لأنها شرعت زاجرة، والزجر إنما يكون بشيء فيه عقوبة، حتى إنها تأدى بالمال، والمال شقيق الروح، فكان إزالة المال منه بمنزلة الروح، ومن وجه عبادة لتأديته بالصوم. (ك)

(١٦) قوله: "وقد عرفت فى النفوس المطلقة" أى الكاملة بالنص، فلا يتعداها إلى غير المطلقة، وهو الجنين؛ لأن القياس لا يجرى فى العقوبات، وليس غير المطلقة نظير المطلقة، حتى يلحق بها دلالة، ألا ترى أنه لم يجب كل البدل. (٤)

تتعداها، ولهذا لم يجب^(١) كل البدل؛ قالوا: إلا أن يشاء^(٢) ذلك؛ لأنه^(٣) ارتكب محظوراً^(٤)، فإذا تقرب^(٥) إلى الله تعالى كان أفضل له، ويستغفر مما صنع.

والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الأحكام^(٦)؛ لإطلاق ما روينا^(٧)؛ ولأنه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة^(٨) والنفاس وغير ذلك، فكذا فى حق هذا الحكم^(٩)؛ ولأن بهذا القدر^(١٠) يتميز عن العلقة^(١١) والدم، فكان نفساً، والله أعلم.

باب ما يحدثه الرجل فى الطريق^(١٢)

قال^(١٣): ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً^(١٤)، أو ميزاباً^(١٥)، أو جرسناً^(١٦)، أو بنى دكائناً، فلرجل^(١٧) من عرض الناس^(١٨) أن ينزعه^(١٩)؛ لأن كل

(١) أى لعدم كمال النفس، بل يجب الغرة.

(٢) الضارب.

(٣) ضارب.

(٤) ممنوعاً.

(٥) بالكفارة.

(٦) قوله: "بمنزلة الجنين التام" والمرأة إذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء؛ لتطرح الولد، متعمدة، أو عاجت فرجها حتى أسقطت الولد، ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بغير إذن الزوج، وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء، كذا فى الصغرى. (ك)

(٧) وهو قوله عليه السلام: «فى الجنين غرة عبد أو أمة».

(٨) للأم.

(٩) وهو وجوب الغرة. (ك)

(١٠) من الخلق.

(١١) ياره أز خون بسته. العلق الدم الجامد الغليظ لتعلق بعضه بعضاً، والقطعة منه علقه. (مغرب)

(١٢) قوله: "باب ما يحدثه الرجل إلخ" لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة، ذكر أحكام القتل تسبيهاً، والأول أولى بالتقدم، إما لأنه قتل بلا واسطة، وإما لكثرة وقوعه. (ع)

(١٣) أى محمد. (عينى)

(١٤) الكنيف المستراح هو بيت الخلاء. (در مختار)

(١٥) أى مجرى الماء. (على القارى)

(١٦) قوله: "أو جرسناً" هو دخيل، أى ليس بعربى أصلى، فقد اختلف فيه، فقيل: البرج، وقيل: مجرى ماء يركب فى الحائط، وعن الإمام البردوى جذع يخرج الإنسان من الحائط؛ ليني عليه. (مغرب)

قال العينى: وقيل: هو المر على العلو، وهو مثل الرف، وقيل: هو الخشبة الموضوعة على جدارى السطحين، ليتمكن من المرور، وقيل: هو الذى يعمل قدام الطاقة؛ لتوضع عليه كيزان ونحوها. (رد المختار)

(١٧) مسلماً كان أو ذمياً. (ع)

واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوا به، فكان له حق النقض، كما في الملك المشترك، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه^(١) شيئاً، فكذا في الحق المشترك. قال: ويسع للذي عمله أن ينتفع به^(٢) ما لم يضر بالمسلمين؛ لأن له حق المرور، ولا ضرر فيه، فيلحق ما في معناه به؛ إذ المانع متعنت^(٣)، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك^(٤)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام^(٥): «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٦).*

قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ^(٧) أن يشرع^(٨) كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنه^(٩)؛ لأنها مملوكة لهم^(١٠)، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال^(١١)، فلا يجوز التصرف أضر بهم، أو لم يضر إلا بإذنه.

(١٨) قوله: "من عرض الناس" العرض - بالضم - الجانب، وفلان من عرض العشيرة أى من شقها لا من ضميها، ومراد الفقهاء بعد العصبات، وقيل: المراد بالعرض ههنا ابعاد الناس منزلة، أى أضعفهم وأرذلهم. (ك)

(١٩) قوله: "أن ينزعه" أى يكلفه الرفع بعد الوضع، وأن يمنعه من الوضع، سواء كان فيه ضرر أو لم يكن، إذا وضع بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون حقاً للعامة إلى الإمام لتسكين الفتنة، فالذى يضع بغير إذن الإمام يفتات على رأى الإمام فيه، فلعل واحد أن ينكره عليه، وهذا إذا بنى على طريق العامة بناء لنفسه، فإن بنى شيئاً للعامة كالمسجد ونحوه، ولا يضر بالمسلمين لا ينقض، كذا روى عن محمد. (ك)

(١) أى فى الملك المشترك.

(٢) أى بما عمله.

(٣) المتعنت هو الذى يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه، ولا لغيره. (ك)

(٤) عمل ونفع.

(٥) رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط". (على القارى)

(٦) قوله: "لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام" أى لا يضر الرجل أخاه ابتداءً، ولا جزاءً؛ لأن الضرر يكون بمعنى الضر، وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارة، وهو أن تضر من ضرك، كذا فى "المغرب"، والضرر فى الجزاء، هو أن يتعدى المجازى على قدر حقه فى القصاص، أو غيره.. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٤ فى بدء "باب ما يحدثه الرجل فى الطريق"، وانظر فى الدراية ج ٢ ص ٢٨٢، الحديث ١٠٤١. (نعيم)

(٧) قوله: "من أهل الدرب" الدرب الباب الواسع على السكة، والمراد به السكة ههنا. (عناية)

(٨) أى أظهر يقال: شرع لهم شرعاً پیدا كرد برأى ایشان راه را.

(٩) أى بإذن أصحاب ذلك الدرب.

(١٠) قوله: "لأنها مملوكة لهم" أى الغالب أنها مملوكة، وذكر فخر الإسلام المراد بغير النافذة المملوكة، وليس ذلك بيلة الملك، فقد ينفذ وهى مملوكة، وقد يسد منفذها، وهى للعامة، ولكن ذلك دليل على الملك غالباً، فأقيم مقامه، ووجب العمل به، حتى يدل الدليل على خلافه. (ك)

(١١) أى قريباً بالدار المبيعة، أو بعيداً.

وفى الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر؛ لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل، فجعل فى حق كل واحد، كأنه هو المالك وحده حكماً، كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع، ولا كذلك غير النافذ؛ لأن الوصول إلى إرضاءهم ممكن^(١)، فبقى على الشركة حقيقةً وحكماً.

قال^(٢): وإذا أشرع^(٣) فى الطريق روشناً^(٤)، أو ميزاباً، أو نحوه، فسقط على إنسان فعطب^(٥)، فالدية على عاقلته^(٦)؛ لأنه^(٧) مسبب لتلفه متعدياً بشغله هواء الطريق، وهذا من أسباب الضمان، وهو الأصل^(٨)، وكذلك إذا سقط شيء^(٩) مما ذكرنا^(١٠) فى أول الباب.

وكذا إذا تعثر^(١١) بنقضه^(١٢) إنسان^(١٣) أو عطبت به^(١٤) دابة، وإن عثر بذلك رجل^(١٥)، فوقع على آخر فماتا، فالضمان على الذى أحدثه فيهما^(١٦)؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه.

وإن سقط الميزاب نظر، فإن أصاب ما كان منه فى الحائط رجلاً، فقتله، فلا ضمان عليه؛ لأنه غير متعدياً فيه؛ لما أنه وضعه فى ملكه.

(١) أى إرضاء أصحاب الغير النافذ.

(٢) أى القدورى. (عنى).

(٣) أى أخرج. (مجمع الأنهر) أشرع باباً إلى الطريق: كشاد در را بسوى راه. (من)

(٤) قوله: "روشناً" الروشن: المر على العلو وهو مثل الرف، كذا فى "المغرب"، وقيل: الروشن الخشبية الموضوعة على جدارى السطحين ليتمكن من المرور. (ك)

(٥) هلك الإنسان.

(٦) مشرع.

(٧) مشرع.

(٨) أى القاعدة الكلية.

(٩) أى الدية على عاقلته.

(١٠) يعنى الكنيف والميزاب والجرصن. (عناية)

(١١) عثر عثراً: شكوخيد ويسرور افتاد. (من)

(١٢) نقض - بالضم - بناء شكسته باز گردید.

(١٣) أى فعطب. (ك)

(١٤) أى بالنقض.

(١٥) أى بالنقض. (ك)

(١٦) قوله: "فالضمان [أى فزمانهما على من أشرع الروشن أو غيره. ك] إلخ" يعنى ضمانهما على المحدث، ولا ضمان على الذى عثر به؛ لأنه مدفوع فى هذه الحالة، والمدفوع كالألة. (عناية)

وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط، فالضمان على الذى وضعه؛ لكونه متعدياً فيه، ولا ضرورة؛ لأنه يمكنه أن يركبه فى الحائط، ولا كفارة عليه، ولا يحرم عن الميراث؛ لأنه ليس بقاتل حقيقة^(١).

ولو أصابه الطرفان جميعاً^(٢)، وعلم ذلك وجب النصف^(٣)، وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان، ولو لم يعلم أى طرف أصابه، يضمن النصف؛ اعتباراً للأحوال^(٤).

ولو أشرع جناحاً إلى الطريق^(٥)، ثم باع الدار، فأصاب الجناح رجلاً فقتله، أو وضع خشبة فى الطريق، ثم باع الخشبة، وبرئ إليه منها^(٦)، فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان، فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم يفسخ^(٧) بزوال ملكه، وهو^(٨) الموجب.

ولو وضع فى الطريق جمرأ^(٩)، فأحرق شيئاً يضمنه؛ لأنه متعدٍ فيه، ولو حركته^(١٠) الريح إلى موضع آخر، ثم أحرق شيئاً لم يضمنه؛ لفسخ الريح فعله.

(١) قوله: "لأنه ليس بقاتل حقيقة [بل حكماً]" يعنى أن الكفارة وحرمان الميراث إنما يجبان بالقتل حقيقة، وهذا ليس بقتل حقيقة، قيل: إن كان قتلاً حقيقة، فالقياس شمول الوجوب فى الضمان والكفارة والحرمان، وإن لم يكن فالقياس عدمه فيها. والجواب أن الضمان يعتمد الإلتاف بطريق التعدى؛ صيانة للدماء عن الهدر، وقد يتحقق بإحداثه فى الطريق ما ليس له ذلك، وأما الكفارة والحرمان فيعتمد أن القتل عمداً، أو خطأ، ولم يوجد شيء منهما. (٤)

(٢) أى الخارج والداخل.

(٣) أى نصف الدية.

(٤) قوله: "اعتباراً للأحوال" يعنى يعلم بيقين أنه قتل الجراحة، ولا يعلم أنه بأى الطرفين إن كان بالطرف الداخل، فلا ضمان، وإن كان بالخارج فعليه ضمان، فيجعل كأنه حصل بالطرفين. (٤)

(٥) قوله: "ولو أشرع جناحاً [قال صاحب القاموس: الجناح الروشن، ثم قال: الروشن الكوة. مجمع الأنهر]" أن بنائست كه بر سر چوبهايكه از ديوار بر آمده باشند بنا مى کنند. (ترجمه)

(٦) قوله: "وبرئ إليه [أى إلى المشتري] منها" أى برئ مما يحدث منه، وهذا التبرى لا ينفعه؛ لأنه يبرأ من ضمان يجب عليه، وتبرء الإنسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل، وإن كان بعد سبب الوجوب. (ك)

(٧) قوله: "لم يفسخ" وكذلك فى الجناح وجدت الجناية من البائع لشغل هواء المسلمين بالجناح، وبالبيع لم يزل هذا الشغل، فبقيت جنائية على حالها، فإن قيل: المشتري جان أيضاً بالامتناع من الرفع مع تمكنه منه شرعاً. قلنا: المشتري غير مباشرة، ولا مسبب لانعدام الفعل، وإنما صار تاركاً معروفاً، فلا يضمن كمن رأى أعمى يقع فى البئر، فلم يمنعه من الوقوع حتى مات. (ك)

(٨) أى فعله.

(٩) جمر - بالفتح - اخگرهاى آتش جمره واحد. (م)

(١٠) قوله: "ولو حركته" أى لو حركت الريح عين الجمر، وإنما قيد به؛ لأن عند بعض أصحابنا أن الريح إذا ذهبت بشررها، فأحرقت شيئاً، فالضمان عليه فى ذلك؛ لأن الريح إنما ذهبت بشرارها، ولم يذهب بعينها، فالعين باق فى مكانه،

وقيل: إذا كان اليوم ريحاً^(١) يضمنه^(٢)؛ لأنه فعله مع علمه بعاقبته، وقد أفضى إليها^(٣)، فجعل^(٤) كمباشرتة.

ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج الجناح^(٥)، أو الظلة^(٦)، فوقع، فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل، فالضمان عليهم؛ لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا، لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار، وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلاً، حتى وجبت عليهم الكفارة، والقتل غير داخل في عقده^(٧)، فلم ينتقل فعلهم إليه، فاقصر عليهم.

وإن سقط بعد فراغهم، فالضمان على رب الدار استحساناً^(٨)؛ لأنه صح الاستتجار^(٩)، حتى استحقوا الأجر، ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً، فانتقل فعلهم إليه، فكأنه فعل بنفسه^(١٠)، فلهذا يضمنه.

وكذا إذا صب الماء^(١١) في الطريق، فعطب به إنسان أو دابة، وكذا إذا رش^(١٢) الماء، أو توضأ؛ لأنه متعدّ فيه بالحاق الضرر بالمارة. بخلاف^(١٣) ما إذا فعل ذلك^(١٤)

فكانت الجناية باقية، فكان ضمان ذلك عليه. (ك)

(١) أى صاحب الريح.

(٢) قوله: "يضمنه" هذا اختيار الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسى، وكان شمس الأئمة الحلوانى لا يقول: بالضمان من غير تفصيل. (ك)

(٣) قوله: "وقد أفضى [أى فعله] إليها" أى إلى عاقبته، وهو الحرق بواسطة الريح، فلا يفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع إلى موضع؛ لأنه كان عالماً به بمنزلة الدابة التى جالت فى رباطها، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٤) الإفضاء.

(٥) قوله: "لإخراج الجناح" أى قال المستأجر: للإجراء أشرعوا لى جناحاً على فناء دارى، واخبرهم بأنه ليس له حق إشراء الجناح، أو لم يخبرهم، حتى بنوا جناحاً بأمره، ثم سقط قتل إنساناً. إلخ.

(٦) ظلة - بالضم - سايه پوش وسايان تنگ غير فراخ. (من)

(٧) أى فى عقد من استأجر.

(٨) قوله: "استحساناً" وفى القياس هذا كالأول؛ لأنهم باشروا إحداث ذلك فى الطريق، وصاحب الدار ممنوع من إحداثه، وإنما يعتبر أمره فيما له أن يفعل بنفسه. (ك)

(٩) قوله: "لأنه صح الاستتجار" يعنى بالنظر إلى أنه ينتفع بفناء داره، وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل، فبالنظر إلى هذا كان أمره معتبراً. (مل)

(١٠) قوله: "فكأنه فعل بنفسه" وفعله بنفسه مقيد بشرط السلامة؛ لكونه غير مملوك له، فكذا الأمر به. (ع)

(١١) أى يجب الضمان.

(١٢) فى الطريق، رش - بالفتح وتشديد شين - أب زدن چیزى را. (م)

(١٣) أى لا يضمن.

(١٤) يعنى الصب والرش والوضوء. (ع)

في سكة غير نافذة، وهو من أهلها، أو قعد، أو وضع متاعه^(١)؛ لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها؛ لكونه من ضرورات السكنى، كما في الدار المشتركة^(٢). قالوا^(٣): هذا^(٤) إذا رش ماءً كثيراً بحيث يزلق^(٥) به عادة، أما إذا رش ماءً قليلاً، كما هو المعتاد، والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن.

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء، فسقط^(٦) لا يضمن الراش؛ لأنه صاحب علة^(٧)، وقيل: هذا^(٨) إذا رش بعض الطريق؛ لأنه^(٩) يجد موضعاً للمرور، ولا^(١٠) أثر للماء فيه، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك، لم يكن على الراش شيء، وإن رش جميع الطريق يضمن^(١١)؛ لأنه^(١٢) مضطر في المرور.

وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه، أو بعضه، ولو رش فناء حانوت^(١٣) بإذن صاحبه، فضمن ما عطب على الأمر استحساناً.

وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حانوته، فتعقل به إنسان^(١٤) بعد فراغه من العمل، فمات يجب الضمان على الأمر استحساناً^(١٥)، ولو كان أمره^(١٦) بالبناء في

(١) فعتب به إنسان. (ك)

(٢) قوله: "كما في الدار المشتركة" يعني أن له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى، وهو اعتبار لحق الملك الحقيقي. (عناية)

(٣) مشايخ.

(٤) أي الضمان.

(٥) زلق - بفتحين - لغزیدن. (م)

(٦) المار.

(٧) قوله: "لأنه [أي لأن المار] صاحب علة" والعلة إذا صلحت لإضافة الحكم إليها بطل غيرها. (عناية)

(٨) أي عدم الضمان.

(٩) أي لأن المار.

(١٠) الواو حالية.

(١١) الراش.

(١٢) أي لأن المار.

(١٣) قوله: "فناء حانوت [دكان شراب فروش وهر دكان كه باشد. م]" الفناء سعة أمام البيوت، وقيل: ما امتد من جوانبها، كذا في "المغرب"، وذكر الإمام التمرتاشي: الفناء ما أعد لحوائج الدار، كربط الدابة وكسر الحطب. (ك) قوله: "فناء" بالكسر: ببش خانه كه فراخ و كشاده باشد وگردا گرد خانه. (م)

(١٤) أي نشب وتعلق بالبناء. (ع)

(١٥) قوله: يجب الضمان على الأمر استحساناً" هذا إذا لم يكن الفناء مملوكاً للمستأجر. (ك)

وسط الطريق ، فالضمان على الأجير ؛ لفساد الأمر^(١) .

قال^(٢) : ومن حفر بئراً في طريق المسلمين^(٣) ، أو وضع حجراً ، فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة ، فضمانها في ماله ؛ لأنه متعدي فيه ، فيضمن ما يتولد منه^(٤) ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في ماله ، وإلقاء التراب ، واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة ؛ لما ذكرنا^(٥) . بخلاف ما إذا كنس^(٦) الطريق فعطب^(٧) بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ؛ لأنه ليس بمتعدي ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه^(٨) ، إنما قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناس^(٩) في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامناً ؛ لتعديه بشغله^(١٠) .

ولو وضع حجراً فنحاه غيره^(١١) عن موضعه ، فعطب به إنسان ، فالضمان على الذي نحاه ؛ لأن حكم فعله قد انتسخ^(١٢) ؛ لفراغ ما شغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر .

وفي "الجامع الصغير"^(١٣) : في البالوعة^(١٤) يحفرها الرجل في الطريق ، فإن

(١٦) أجير .

(١) قوله : "فالضمان على الأجير لفساد الأمر" بخلاف الفناء ؛ لأنه مباح له فيما بينه وبين ربه إحداث مثل ذلك في فناءه إذا كان لا يتضرر به غيره ، وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين ، فاعتبر أمره في ذلك ؛ ولكن لما كان الفناء غير مملوك له بتقيد بشرط السلامة . (كفاية)

(٢) أي القدوري . (عينى)

(٣) قوله : "في طريق المسلمين" المراد بالطريق فى الكتب الطريق فى الأمصار دون الفيافي والصحارى ؛ لأنه لا يمكن العدول عنه فى الأمصار غالباً دون الصحارى . (در مختار)

(٤) أى من تعديه .

(٥) من أنه متعدي فيه .

(٦) كنس - بالفتح - خانه روفتن . (م)

(٧) هلك .

(٨) أى فى الطريق .

(٩) كناسة - بالضم - آنچه بجاروب روفته باشند . (م) ما يحصل من الكنس .

(١٠) طريق .

(١١) قوله : "فنحاه" [تنحية بحاء مهملة : دور كردن . م] غيره "أى حوله عن موضعه إلى موضع آخر . (رد المختار)

(١٢) أى فعل الواضع الأول .

(١٣) قوله : "وفى "الجامع الصغير" إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لاشتمالها على بيان إذن الإمام . (عناية)

(١٤) قوله : "فى البالوعة [البالوعة ثقب فى وسط البيت ، وكذلك البلوعة ، ذكرها فى "الصحاح"] "بالوعة : جاه

أمره السلطان بذلك ، أو أجبره عليه لم يضمن ؛ لأنه غير متعدّد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة .

وإن كان بغير أمره ، فهو متعدّد ، إما بالتصرف^(١) في حق غيره ، أو بالافتيات^(٢) على رأى الإمام ، أو هو مباح مقيد^(٣) بشرط السلامة ، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل^(٤) في طريق العامة مما ذكرناه^(٥) وغيره^(٦) ؛ لأن المعنى لا يختلف .

وكذا إن حفر في ملكه لم يضمن^(٧) ؛ لأنه غير متعدّد ، وكذا^(٨) إذا حفر في فناء داره^(٩) ؛ لأن له ذلك^(١٠) لمصلحة داره ، والفناء في تصرفه ، وقيل : هذا^(١١) إذا كان الفناء مملوكاً له ، أو كان له حق الحفر فيه^(١٢) ؛ لأنه غير متعدّد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً ، بأن كان في سكة غير نافذة ، فإنه يضمنه ؛ لأنه مسبب متعدّد ، وهذا^(١٣) صحيح .

سر تنگ در خانه که دران آب باران و جز آن جمع شود، و جای دست درد شستن. (من)

(١) فإن الطريق مشترك.

(٢) الافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت بمعنى السبق. (ك) افتيات: بي فرمانده کردن كارى را. (من)

(٣) قوله: "أو هو مباح إلخ" لأن الانتفاع بطريق العامة إنما يباح بشرط السلامة، وفي "شرح الأقطع"، وقد قالوا: لو قعد في الطريق ليستريح، أو لمرض أضعفه، فعشر به إنسان ضمن؛ لأن المشى في الطريق مباح بشرط السلامة، كما أن الله تعالى أباح الرمى إلى الصيد، ولو رمى إلى صيد، فأصاب آدمياً، أو شاة ضمن، فاعتبر فيه السلامة، فكذلك ههنا. (ك)
(٤) قوله: "على هذا التفصيل" يعنى أنه لو فعل بأمر من له الولاية في الأمر، لم يضمن، ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه. (٤)

(٥) قوله: "مما ذكرناه" يعنى من أول الباب إلى ههنا من إخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان وإشراع الروشن وحفر البير. (عناية)

(٦) قوله: " وغيره " يعنى ما لم يذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع. (عناية)

(٧) قوله: " وكذا إن حفر [بئراً] إلخ " يعنى كما إذا أمره الإمام، فحفر في طريق المسلمين، لم يضمن ما تلف به كذلك إذا حفره في ملكه، وإن لم يأذن له الإمام. (٤)

(٨) أى لا يضمن.

(٩) يعنى وإن لم يكن الفناء مملوكاً له. (٤)

(١٠) حفر.

(١١) أى عدم الضمان.

(١٢) قوله: "أو كان له حق الحفر" بأن أذن له الإمام، أو كان لا يضر بأحد. (زيلعى)

(١٣) قوله: "وهذا" أى هذا الجواب صحيح، وهو أن تضمينه إذا كان الفناء لجماعة المسلمين، أو كان مشتركاً كما إذا كان في سكة غير نافذة. (٤)

ولو حفر^(١) في الطريق، ومات الواقع فيه جوعاً، أو غمماً^(٢)، لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة؛ لأنه مات لمعنى في نفسه^(٣)، فلا يضاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع. وقال أبو يوسف: إن مات جوعاً كذلك^(٤)، وإن مات غمماً فالحافر ضامن له؛ لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع^(٥)، أما الجوع لا يختص بالبئر. وقال محمد: هو ضامن في الوجوه^(٦) كلها؛ لأنه إنما حدث^(٧) بسبب الوقوع^(٨)، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه.

قال^(٩): وإن استأجر أجراً^(١٠)، فحفرها له^(١١) في غير فناءه، فذلك^(١٢) على المستأجر، ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فناءه؛ لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا، فنقل^(١٣) فعلهم إليه؛ لأنهم^(١٤) كانوا مغرورين^(١٥)، فصار^(١٦) كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها، ثم ظهر^(١٧) أن الشاة لغيره.

(١) بئراً.

(٢) أى اختناقاً بالعفونة، قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر. (٤)

(٣) قوله: "لأنه مات لمعنى الخ" أى صار كأنه مات حتف أنفه لا بسبب الوقوع في البئر، وفي "المبسوط" وأبو حنيفة يقول: إنما يصير هلاكه مضافاً إلى الحفر إذا هلك بسبب الوقوع؛ ليجعل الحافر كالدافع، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر، هو سبب لهلاكه كالجوع الذى هاج من طبعه، أو الغم الذى أثر في قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافاً إلى هذا السبب، ولا صنع للحافر فيه. (ك)

(٤) أى لا ضمان على الحافر.

(٥) قوله: "لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع" لأنه أثر جعل الأرض عميقاً، وهو من آثار حفره، فإن البئر ينبعث منها العفونة، فلا يكون للغم سبب سوى الوقوع في البئر، وأما الجوع فإنه سبب آخر سوى الوقوع، وهو بعد الطعام عنه، واحتراق معدته حين لم يبق فيها من مواد الطعام. (ك)

(٦) أى مات جوعاً أو غمماً.

(٧) الجوع.

(٨) والحافر متعمد في ذلك السبب. (ك)

(٩) أى المصنف، وليس في غالب النسخ ههنا قال. (عيني)

(١٠) أجير ككريم: مزدور. (من)

(١١) قوله: "فحفرها [بئر] له في غير فناءه" يعنى بأن كان الفناء للغير، أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور. (عناية)

(١٢) ضمان.

(١٣) هذا دليل كون الضمان على المستأجر. (عناية)

(١٤) هذا دليل قوله: ولا شيء على الأجراء.

(١٥) من المستأجر.

(١٦) قوله: "فصار" أى صار ههنا الأمر في صحته ظاهراً، وكون المأمور مغروراً كالأمر بذبح. (٤)

إلا أن هناك^(١) يضمن المأمور^(٢)، ويرجع على الأمر؛ لأن الذابح مباشر، والأمر مسبب، والترجيح للمباشرة^(٣)، فيضمن^(٤) المأمور ويرجع^(٥) للغرور، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء؛ لأن كل واحد منهما^(٦) مسبب^(٧)، والأجير غير متعدّد، والمستأجر متعدّد، فترجح جانبه.

وإن علموا ذلك، فالضمان على الأجراء؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له^(٨)، ولا غرور^(٩)، فبقى الفعل مضافاً إليهم.

وإن قال لهم^(١٠): هذا فنائي، وليس لى فيه حق الحفر، فحفروا فمات فيه إنسان، فالضمان على الأجراء قياساً؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم. وفى الاستحسان الضمان على المستأجر؛ لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له؛ لانطلاق^(١١) يده فى التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب، وربط الدابة والركوب، وبناء الدكان، فكان الأمر بالحفر فى ملكه^(١٢) ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك؛ لنقل الفعل إليه^(١٣).

(١٧) فالضمان يتقرر على الأمر.

(١) أى فى مسألة الذبح.

(٢) المغرور، الذابح.

(٣) وفى نسخة: للمباشر.

(٤) الذابح.

(٥) على الأمر.

(٦) أى من المستأجر والأجير.

(٧) لا مباشر.

(٨) قوله: "لأنه لم يصح أمره [فلا ينتقل فعلهم إليه] بما ليس إلخ" وفى عبارته تسامح؛ لأن صحة الأمر فيما نحن فيه لا يحتاج إلى كون المأمور به فى ملكه، حتى يصح التعليل بقوله؛ لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له، بل المناسب أن يقال: لأن الأمر لم يصح ظاهراً حيث علموا، وطولب بالفرق بين هذه المسألة وبين الأمر بإشراع الجناح، فلأن الإجراء هناك إذا لم يعلموا ضمنوا، ورجعوا على الأمر، وههنا لم يضمنوا أصلاً، والجواب ما أشار إليه المصنف فى ذبح شاة غيره، أن الذابح مباشر، والأمر مسبب، وقد تقدم أن إشراع الجناح كذب الشاة إذا ظهر استحقاقها. (عناية)

(٩) لعلمهم.

(١٠) للأجراء.

(١١) رفتن.

(١٢) قوله: "فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا" يعنى قوله: لانطلاق يده فى التصرف فيه إلخ، فإن قيل: قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر، وهو صريح، فلا يعتبر الدلالة بمقابلته.

أجيب: بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم، وهكذا لفظ "المبسوط"، فيكون الصريح مشتركة الدلالة، فلا يعارض الدلالة. (عناية)

(١٣) من الأجراء.

قال (١): ومن جعل قنطرة (٢) بغير إذن الإمام، فتعمد رجل المرور عليها
 فعطب، فلا ضمان على الذى جعل قنطرة، وكذلك إن وضع خشبة فى الطريق
 فتعمد رجل المرور عليها؛ لأن الأول تعد (٣) هو تسيب.
 والثانى تعد (٤) هو مباشرة، فكانت الإضافة إلى المباشر أولى، ولأن تخلل فعل
 فاعل مختار يقطع النسبة (٥)، كما فى الحافر مع الملقى (٦).
 قال (٧): ومن حمل (٨) شيئاً فى الطريق فسقط على إنسان، فعطب به
 إنسان (٩)، فهو ضامن (١٠)، وكذا إذا سقط فتعثر (١١) به إنسان (١٢)، وإن كان رداء (١٣) قد
 لبسه (١٤)، فسقط (١٥) فعطب به إنسان لم يضمن، وهذا اللفظ يشمل الوجهين (١٦).

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "قنطرة [بل]" القنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، ويكون موضوعاً ثابتاً لا مرفوعاً.

(٣) قوله: "لأن الأول [أى جعل القنطرة ووضع الخشبة بغير إذن الإمام] تعد" إنما سمي بناء القنطرة تعدياً؛ لأن
 الذى جعل القنطرة فوت حقاً على غيره، فإن التدبير فى موضع القناطر على الإنهار العظام من حيث تعيين المكان
 والضيق والسعة للإمام، فكأنه جناية بهذا الاعتبار، والجناية تعد، كذا فى "مبسوط شيخ الإسلام". (ك)

(٤) قوله: "والثانى [أى المرور بالتعمد] تعد" هو مباشرة؛ لأنه إذا تعد المرور بأن كان يصير أو يجد موضعاً آخر
 للمرور، صار متعدياً، فينسب التلف إليه دون المسبب، وصار كأنه أتلف نفسه، فأما إذا لم يتعمد بأن كان أعمى، أو مر
 ليلاً يضمن، إذا وضعه بغير إذن الإمام، فأما إذا وضعه بإذن الإمام فلا يضمن. (ك)

(٥) إلى السبب.

(٦) فالنسبة إلى الملقى.

(٧) أى محمد. (عينى)

(٨) أى مى برد.

(٩) بسقوطه عليه.

(١٠) قوله: "فهو ضامن" لأن حمل المتاع فى الطريق على رأسه، أو على ظهره مباح؛ لكنه مقيد بشرط السلامة
 بمنزلة الرمي إلى الهدف، أو الصيد. (زيلعى، رد المحتار)

(١١) قوله: "فتعثر [أى يابند شد]" عثر عثراً شكواخيد وبسر درافتاد. (من)

(١٢) ومات.

(١٣) قوله: "وإن كان رداء" قيد باللبس؛ لأنه إن كان حاملاً له، فسقط على إنسان، فعطب به، أو سقط، فتعثر به

إنسان، ضمن. (درر الأحكام)

(١٤) غرر الأحكام.

(١٥) على إنسان.

(١٦) قوله: "وهذا اللفظ" يعنى قوله: فعطب به، فهو ضامن يشتمل الوجهين، وهما تلف الإنسان بوقوع الشئء
 المحمول عليه، وتلقه بالتعثر به، وفى بعض الشروح جعل قوله: وهذا اللفظ إشارة إلى قوله، فعطب به إنسان لم يضمن،
 وهو بالنسبة إلى الرداء فاسد؛ لأن موت الإنسان بسقوط الرداء عليه غير متصور. (٤)

والفرق^(١) أن حامل الشيء قاصد حفظه، فلا حرج^(٢) فى التقييد^(٣) بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه، فيحرج بالتقييد^(٤) بما ذكرناه، فجعلناه^(٥) مباحاً مطلقاً^(٦).

وعن محمد: أنه إذا لبس ما لا يلبس^(٧)، فهو كالحامل^(٨)؛ لأن الحاجة لاتدعو الى لبسه.

قال^(٩): وإذا كان المسجد للعشيرة^(١٠)، فعلق رجل منهم فيه قنديلا، أو جعل

فيه بوارى أو حصاه^(١١)، فعطب به رجل، لم يضمن، وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن^(١٢)، قالوا: هذا عند أبى حنيفة.

وقال^(١٣): لا يضمن فى الوجهين^(١٤)؛ لأن هذه^(١٥) من القرب، وكل أحد مأذون فى إقامتها، فلا يتقيد بشرط السلامة، كما إذا فعله^(١٦) بإذن واحد من أهل المسجد. ولأبى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولى، وفتح بابه، وإغلاقه، وتكرار الجماعة إذا سبقهم بها

(١) أى بين المحمول والملبوس.

(٢) تنگى.

(٣) فإذا انتفى السلامة بأن عطب به إنسان لزم الضمان.

(٤) حرج تنگ شدن يقال: حرج صدره. (من)

(٥) لبس.

(٦) أى غير مقيد بوصف السلامة.

(٧) قوله: "إذا لبس ما لا يلبس" أى عادة، يعنى مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب فى غير موضع الحرب. (٤)

(٨) قوله: "فهو كالحامل [أى عليه الضمان]" أى لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة يضمن إذا سقط منه، وعطب

به إنسان؛ لأنه لا يعم به البلوى. (ك)

(٩) أى محمد. (عيني)

(١٠) يعنى أهل المسجد. (٤) عشيرة أى قبيلة، وتبار خویشان. (م)

(١١) قوله: "أو حصاه" الظاهر أنه حصاه فعل ماضٍ مشدد الصاد، معطوف على جعل، ويدل على ذلك تفسير ابن

كمال وأما جعله مفرداً بقاء الوحدة، فبعيد، وكذا إرادة الظرف أبعد، وفى منبهوات ابن كمال، ومن وهم أن المراد الظرف الذى فيه الحصاة، فقد وهم. (رد المحتار)

(١٢) إذا فعل ذلك بغير إذن أحد من العشيرة. (٤)

(١٣) وقال الحلواني: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما: وعليه الفتوى. (زيلعى)

(١٤) أى فعله رجل منهم أو غيرهم.

(١٥) الأفعال.

(١٦) أى من هو غير العشيرة.

غير أهله^(١)، فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة، وفعل غيرهم تعدياً، أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصد القرية^(٢) لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزناء^(٣)، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله^(٤).

قال^(٥): وإن جلس فيه^(٦) رجل منهم^(٧)، فعطب^(٨) به رجل، لم يضمن إن كان في الصلاة^(٩)، وإن كان في غير الصلاة ضمن^(١٠)، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن، أو للتعليم^(١١)، أو للصلاة^(١٢)، أو نام فيه^(١٣) أثناء الصلاة، أو نام في غير الصلاة أو مر فيه مار أو قعد فيه لحديث^(١٤)، فهو^(١٥) على هذا الاختلاف.

(١) قوله: "إذا سبقهم بها غير أهله [مسجد]" فحيث لم يكرر الجماعة، بخلاف ما إذا سبقوا بها؛ لأنه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة. (٤)

(٢) جواب عن قولهما: لأن هذه من القرب.

(٣) قوله: "كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا" فإن شهادته من حيث إنه شهادة في حقوق الله تعالى قرينة، ولكن من شرط قبول الشهادة في الزنا أن يكون الشهود أربعة ممن يسمع شهادته، فإذا نقصت تلك الشهادة من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفاً، فيجب حد القذف على الشاهد. (ك)

(٤) مسجد.

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) مسجد.

(٧) أي من العشيرة.

(٨) بأن عثر به.

(٩) فرضاً كانت أو نقلاً. (٤)

(١٠) أي إن لم يكن في الصلاة، بل كان قاعداً لغيرها. (٤)

(١١) أي تعليم الفقه والحديث.

(١٢) قوله: "أو للصلاة [أي ينتظر إليها. ع]" وذكر شمس الأئمة السرخسي في "الجامع الصغير"، والصحيح من الجواب على قول أبي حنيفة: إنه إذا كان الجالس منتظراً للصلاة، فإنه لا يكون ضامناً؛ لما يعطب به لقوله عليه السلام: «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها»، وإنما الخلاف فيما إذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه، أو الحديث، أو قراءة القرآن. (ك)

(١٣) مسجد.

(١٤) قوله: "أو قعد فيه لحديث" وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد في "الجامع الصغير": إن جلس للحديث فعطب به رجل ضمن بالإجماع؛ لأنه غير مباح، وإن جلس رجل من غير العشيرة في الصلاة، فتعقل به إنسان لا يضمن في الصحيح؛ لأن المساجد أعدت لصلاة العامة من غير خصوص، فكان لكل واحد أن يصلي فيه وحده، وإنما المفروض إلى أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة. (ك)

(١٥) أي إذا عثر به إنسان فمات.

وأما المعتكف فقد قيل: على هذا الاختلاف^(١)، وقيل: لا يضمن بالاتفاق، لهما أن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر^(٢)، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، فكان الجلوس فيه^(٣) مباحاً؛ لأنه من ضرورات الصلاة، أو لأن المنتظر للصلاة فى الصلاة حكماً بالحديث، فلا يضمن كما إذا كان فى الصلاة.

وله أن المسجد بنى للصلاة^(٤)، وهذه الأشياء ملحقة بها، فلا بد من إظهار التفاوت^(٥)، فجعلنا الجلوس للأصل^(٦) مباحاً مطلقاً، والجلوس لما يلحق به مباحاً مقيداً بشرط السلامة، ولا غرو^(٧) أن يكون الفعل مباحاً، أو مندوباً إليه، وهو^(٨) مقيد بشرط السلامة كالرمى إلى الكافر، أو إلى الصيد، والمشى فى الطريق، والمشى فى المسجد إذا وطئ^(٩) غيره، والنوم فيه إذا انقلب على غيره.

وإن جلس رجل من غير العشييرة فيه للصلاة، فتعقل به^(١٠) إنسان ينبغى أن لا يضمن؛ لأن المسجد بنى للصلاة، وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد، فلكل واحد من المسلمين أن يصلى^(١١) فيه وحده.

(١) قوله: "فهو على هذا الاختلاف [بين الإمام وصاحبيه]" ولقائل أن يقول: فى عبارة الكتاب تكرار؛ لأنه قال وإن كان فى غير الصلاة ضمن، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله، والجواب أن قوله: وإن كان فى غير الصلاة ضمن لفظ "الجامع الصغير" وقوله: ولو كان جالساً لقراءة الخ، من لفظ المصنف بيان لذلك. (عناية)

(٢) قوله: "إنما بنى للصلاة والذكر" قال الله تعالى: ﴿فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال﴾ وقوله: ﴿وأنتم عاكفون فى المساجد﴾. (٤)

(٣) أى فى المسجد.

(٤) قوله: "وله أن المسجد الخ" يعنى أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع لها بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له أن يزعم القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه، وإن كان القاعد مشتغلاً بذكر الله تعالى وبقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفاً، وليس لأحد أن يزعم المصلى عن مكانه الذى سبق إليه؛ لما أنه بنى لها، واسمه يدل عليه؛ لأن المسجد اسم لموضع السجود، وفى العبادة أيضاً لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة، فإذا كان كذلك فلا بد من إظهار التفاوت بينهما، فكان الكون فيه فى حق الصلاة مباحاً مطلقاً من غير تقييد بشرط السلامة، وفى حق غيرها مقيداً بشرط السلامة؛ ليظهر التفاوت بين الأصل والتبع. (زيلعى)

(٥) بين الملحق به والملحق، بين الموضوع الأصلي وما لحق به. (٤)

(٦) أى الصلاة.

(٧) أى لا عجب. (من)

(٨) الواو حالية.

(٩) وطئه وطء - بالفتح - سبرد آن رازير پاى. (من)

(١٠) أى نشب وعلق مصنوع غير مسموع. (مغرب)

(١١) فهو غير متعد.

فصل في الحائط المائل^(١)

قال^(٢): وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين، فطولب صاحبه بنقضه^(٣)،
وأشهد عليه^(٤)، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط^(٥)، ضمن ما تلف به
من نفس، أو مال.

والقياس أن لا يضمن^(٦)؛ لأنه^(٧) لا صنع منه مباشرة، ولا مباشرة شرط هو
متعد فيه؛ لأن أصل البناء كان في ملكه، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله، فصار
كما قبل الإشهاد.

وجه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق، فقد اشتغل هواء طريق
المسلمين بملكه، ورفع^(٨) في يده، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغ، يجب عليه^(٩)،
فإذا امتنع^(١٠) صار متعدياً بمنزلة ما لو وقع ثوب إنسان في حجره، يصير متعدياً
بالامتناع^(١١) عن التسليم إذا طولب به، كذا هذا.
بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة هلاك الثوب^(١٢) قبل الطلب، ولأننا لو لم

(١) قوله: "فصل في الحائط المائل" لما كان الحائط المائل يناسب الجرحصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها،
الحق مسائله بها في فصل على حدة. (٤)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "فطولب إلخ" صورة الطلب أن يقول: إن حائطك هذا مائل، فاهدمه، وفي "المنتقى": رجل له حائط
مائل، فقال له آخر: اهدم هذا الحائط؛ فإنه مائل، فهذا إشهاد عليه، ولو قال له: ينبغي لكسان تهدمه، فهذا ليس بإشهاد
عليه بل هو مشورة، ويشترط لصحة التقدم والطلب أن يكون التقدم والطلب إلى من له ولاية التفريغ؛ لأن الفعل إنما يطلب
من القادر حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة، أو إعارة، فلم ينقض الحائط، حتى سقط على إنسان، لا ضمان على أحد.
أما على السكان، فلأن التقدم إليهم لم يصح، وأما على المالك فإنه لم يتقدم إليه، وكذلك يشترط أن يكون التقدم
والطلب من صاحب الحق، والحق في طريق العامة للعامة، فيكتفي بطلب واحد من العامة، وفي السكة الخاصة الحق
لأصحاب السكة، فيكتفي بطلب واحد منهم أيضاً، وفي الدار شرط طلب المالك، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه،
وبعد صحة الطلب يشترط لوجوب الضمان دوام القدرة على التفريغ إلى وقت السقوط. (كفاية)

(٤) قوله: "وأشهد عليه [أي على الطلب]" لا حاجة إلى الإشهاد، وذكره في الكتب؛ ليمكن في الإثبات عند
الإنكار. (درر الحكام)

(٥) جدار.

(٦) وبه أخذ الشافعي. (٤)

(٧) قوله: "لأنه" أي لأنه لم يباشر التلف ولم يباشر ما هو شرط التلف، وهو متعد فيه. (ك)

(٨) أي رفع الشغل.

(٩) أي التفريغ.

(١٠) عن التفريغ.

(١١) حتى يضمن إذا هلك في يده.

توجب عليه الضمان يمتنع عن التفرغ، فينقطع المارة حذرا على أنفسهم، فيتضررون به، ودفع الضرر العام من الواجب، وله^(١) تعلق بالحائض فيتعين^(٢) لدفع هذا الضرر، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه^(٣).

ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية، وتتحملها العاقلة^(٤)؛ لأنه في كونه جناية دون الخطأ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى^(٥) كيلا يؤدي إلى استئصاله^(٦) والإحجاف به^(٧)، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله؛ لأن العواقل لا تعقل المال^(٨)، والشرط التقدم إليه^(٩)، وطلب النقض منه دون الإشهاد.

وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند إنكاره، فكان من باب الاحتياط^(١٠)، وصورة الإشهاد أن يقول الرجل: أشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي^(١١) الحائض لانعدام التعدي^(١٢).

قال: ولو بنى الحائض مائلا في الابتداء قالوا: يضمن ما تلف بسقوطه من غير

(١٢) الواقع في حجره.

(١) قوله: "وله تعلق إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الهواة حق العامة، وقد اشتغل بهذا الحائض، فينبغي أن يكون تفرغه عليهم، فأجاب بأن له تعلقا بالحائض نقضا، فكان النقض إليه. (شاهان)

(٢) أي رب الحائض.

(٣) قوله: "يتحمل إلخ" كما في الرمي إلى الكفار وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى، وقطع العضو للأكلة عند خوف هلاك النفس. (ك)

(٤) قوله: "وتتحملها العاقلة" قال محمد: إن العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء، على التقدم إليه في النقض، وعلى أنه مات من السقوط عليه وعلى أن الدار له؛ لأن كون الدار في يده ظاهر، والظاهر لا يستحق به على غيره. (٤)

(٥) قوله: "بالطريق الأولى" أي هو أحق بذلك؛ لأن الجناية دون الخطأ، فيكون أدعى إلى التخفيف. (ت)

(٦) استئصال: از بيخ بر كندن.

(٧) إحجاف: كار بر كسى تنگ كردن يعنى بإتلاف ماله بأداء الدية.

(٨) بل تعقل دية النفس.

(٩) قوله: "والشرط التقدم إليه [أي إلى صاحب الحائض]" وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائض: إن حائطك هذا مخوف، أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط، ولا يتلف شيئا، ولو قال: ينبغي أن تهدمه، فذلك مشورة، ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق مسلما كان أو ذميا، أو صبيا أو امرأة. (عناية)

(١٠) قوله: "فكان من باب الاحتياط" حتى لو اعترف صاحب الحائض أنه طولب بنقضه، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه. (٤)

(١١) وهى نزدیک گردیدن دیوار بافتادن. (من)

(١٢) ابتداء وانتها.

إشهاد؛ لأن البناء تعد ابتداء كما في إشراع^(١) الجناح^(٢).

قال: وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم؛ لأن هذه ليست بشهادة على القتل^(٣)، وشرط^(٤) الترك في مدة يقدر على نقضه فيها؛ لأنه لا بد من إمكان النقض ليصير بتركه جانياً، ويستوى أن يطالبه بنقضه^(٥) مسلم أو ذمي؛ لأن الناس كلهم شركاء في المرور، فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم، رجلاً كان أو امرأة، حراً كان أو مكاتباً، ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره؛ لأنه مطالبة بالتفريع، فيتفرد كل صاحب حق به.

وإن مال إلى دار رجل^(٦)، فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة؛ لأن الحق له على الخصوص، وإن كان فيها سكان لهم أن يطالبوه؛ لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار، فكذا بإزالة ما شغل هواءها.

ولو أجله صاحب الدار، أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها، فذلك جائز، ولا ضمان عليه^(٧) فيما تلف بالحائض؛ لأن الحق لهم.

بخلاف ما إذا مال إلى الطريق، فأجله القاضي، أو من شهد عليه^(٨) حيث لا يصح^(٩)؛ لأن الحق لجماعة المسلمين، وليس إليهما^(١٠) إبطال حقهم.

(١) إخراج فإنه تعد بشغله هواء الطريق.

(٢) بنائي ست كه بر سر چوبهائیکه از دیوار بر آمده باشند بنا کنند.

(٣) قوله: "ليست [حتى يشترط الذكور] بشهادة إلخ" لأن الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة، وهو المال لا القتل. (كفاية)

(٤) أي القدوري. (عيني)

(٥) قوله: "ويستوى أن يطالبه إلخ" وفي "شرح الأقطع": وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو رجل غريب من بلد آخر؛ لأن جميع هؤلاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم.

وفي "شرح الطحاوي": لو كان الحائض مائلاً إلى الطريق العام، فإن خصومة إلى الناس مسلماً كان أو ذمياً بعد أن كان حراً بالتمام عاقلاً كان أو صغيراً، أذن له وليه بالخصومة فيه، أو كان عبداً أذن له مولاه في الخصومة فيه. (ك)

(٦) ههنا في نسخة العيني وجد قال أي القدوري.

(٧) أي على صاحب الحائض.

(٨) أي على صاحب الحائض.

(٩) قوله: "حيث لا يصح" فإن قيل في الطريق ينبغي أن يصح التأجيل، والإسقاط من واحد في حقه، حتى إذا سقط الحائض على هذا المؤجل أو ولي له أو مال له كان ينبغي أن لا يجب الضمان؛ لأنه له ولاية إسقاط. حق نفسه، قلنا حقه في الطريق الأعظم غير معلوم، ولا يحتمل الإسقاط، وهو لا يحتمل الوصف بالتجزئ، حتى يسقط في حق البعض دون البعض، وحقه في الطريق المرور فيه، وهو لا يحتمل الإسقاط، حتى لو قال: أسقطت حقي، فلا أمر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل إسقاطه، ولأن هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف، ألا ترى أن تصرف واحد من المسلمين

ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه، وقبضها المشتري برئ^(١) من ضمانه؛ لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه، قد زال تمكنه بالبيع بخلاف إشراع^(٢) الجناح؛ لأنه^(٣) كان جانياً بالوضع، ولم يفسخ بالبيع، فلا يبرأ على ما ذكرنا^(٤).

ولا ضمان على المشتري؛ لأنه لم يشهد عليه، ولو أشهد عليه بعد شراؤه، فهو ضامن؛ لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوّل به، والأصل^(٥) أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائض وتفريغ الهواء، ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم إليه، كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار.

ويصح التقدم إلى الراهن؛ لقدرته على ذلك^(٦) بواسطة الفكك، وإلى الوصى وإلى أب اليتيم^(٧)، أو أمه في حائض الصبي؛ لقيام الولاية، وذكر الإمام في "الزيادات": والضمنان في مال اليتيم^(٨)؛ لأن فعل هؤلاء كفعله^(٩)، وإلى المكاتب؛ لأن الولاية له، وإلى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأن ولاية النقص له. ثم التالف بالسقوط^(١٠) إن كان مالا، فهو في عتق العبد^(١١)، وإن كان نفساً، فهو

في مال بيت المال، لا ينفذ في حقه، ولا في حق غيره؛ لكون الشركة عامة كذا ههنا، وإنما يصح من الواحد طلب التفريغ والإشهاد باعتبار أن الواحد يقوم مقام جميع المسلمين فيما لهم فيه منفعة، ولهم في الإشهاد منفعة، إما في التأخير ضرر، فلا يقوم الواحد فيه مقامهم. (كفاية)

(١٠) أى إلى القاضى ومن أشهد.

(١) البائتم.

(٢) أى أشرع جناحاً إلى الطريق، ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً قتلته.

(٣) أى لأن مالك الدار.

(٤) فى باب ما يحدث الرجل فى الطريق.

(٥) أى القاعدة الكلية.

(٦) أى نقض الحائض.

(٧) أى جده لأن اليتيم لا أب له.

(٨) قوله: "والضمنان في مال اليتيم" فإن قيل الوصى إذا ترك النقص بعد التقدم إليه الحق ضرراً بمال اليتيم، فكان الواجب أن يكون الضمان عليه، أجيب: بأن فى ترك النقص دفع مضرة متحققة، وهى مضرة مؤونة النقص، وفى النقص دفع مضرة موهومة؛ لجواز أن لا يسقط، ولا يهلك به شىء، فكان تركه أنظر للصبي، فلا يلزم الموصى ضمان. (٤)

(٩) قوله: "لأن فعل هؤلاء كفعله" أى فعل الوصى والأب والأم كفعل الصبي، وفى "المبسوط": إذا تقدم إلى أب الصبي، أو الوصى فى نقض الحائض، فلم ينقضه حتى سقط، فأصاب شيئاً، فضمنه على الصبي؛ لأن الأب والوصى يقومان مقامه، ويملكان هدم الحائض، فصح التقدم إليهما فيه، ويكون ذلك كالتقدم إلى الصبي بعد بلوغه، ثم هما فى ترك الهدم يعملان للصبي، وينظران له، فلذلك كان الضمان عليه دونهما، كذا فى "المبسوط". (ك)

(١٠) فيما إذا تقدم إلى العبد.

(١١) قوله: "فهو فى عتق العبد [أى فى رقبته]" حتى يباع العبد فيه، كما يباع فى ديون تجارته، وكان القياس أن

على عاقلة المولى؛ لأن الإشهاد من وجه على المولى^(١)، وضمن المال أليق بالعبد، وضمن النفس بالمولى، ويصح التقدم إلى أحد الورثة^(٢) في نصيبه، وإن^(٣) كان لا يتمكن من نقض الحائظ وحده؛ لتمكّنه من إصلاح نصيبه بطريقه^(٤)، وهو^(٥) المرافعة إلى القاضي. ولو سقط الحائظ المائل على إنسان بعد الإشهاد فقتله، فتعثر^(٦) بالقتيل غيره، فعطب لا يضمه^(٧)؛ لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه^(٨)، وإن عطب بالنقض^(٩) ضمنه؛ لأن التفريغ إليه، إذ النقض ملكه، والإشهاد على الحائظ إشهاد على النقض؛ لأن المقصود امتناع الشغل.

يكون ذلك على المولى كضمان النفس، ولكن استحسننا الفرق بينهما، فقلنا: العبد في ضمان التزام المال كالحجر، فإنه ينفك الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك، وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو كالحجور عليه؛ لأن فك الحجر بالإذن لم يتناول ذلك، فكان الضمان على عاقلة المولى، كذا في "المبسوط". (ك)

(١) قوله: "لأن الإشهاد من وجه" أما إذا لم يكن على العبد دين، فظاهر؛ لأن الملك في الدار للمولى رقبية وتصرفاً، والعبد خصم من جهته، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان حقاً في دار بيد مأذون له، ينتصب خصماً، فكان الإشهاد عليه إشهاداً على المولى من وجه، وأما إذا كان عليه دين، فظاهر عندهما، وأما عند أبي حنيفة فللدللي أن يستخلصه بقضاء الدين، فكان هذا تقدماً إلى المولى من وجه، وتقدماً إلى العبد من وجه، فاعتبر في ضمان الأنفس تقدماً إلى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالإذن لم يتناول، وفي ضمان الأموال تقدماً إلى العبد؛ لأنه كالحجر فيه كما مر. (٤)

(٢) قوله: "ويصح التقدم" يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك، ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه. (٤)

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لتمكّنه من إلخ" هذا جواب الاستحسان، وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن واحد من الورثة، أما الذي تقدم إليه، فلعدم تمكّنه من النقض، فلم يفد التقدم فائدة في حقه، فإن واحداً منهم، كما لا يتمكن من بناءه لا يتمكن من النقض أيضاً، وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم إليهم، فلم يكن واحد منهم متعدداً في ترك التفريغ.

فأما جواب الاستحسان، فإنه يضمن هذا الذي أشهد عليه بحصته فيما أصابه؛ لأنه كان متمكناً من أن يطلب شركاءه؛ ليجمعوا على هدمه، وهذا لأن الإشهاد على جماعتهم متعذر عادة، فلو لم يصح الإشهاد على بعضهم في نصيبه أدى إلى الضرر، والضرر مدفوع، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) إصلاح.

(٦) تعثر: شكوا خيدين وبسر در آمدن. (من)

(٧) أى لا يضمن صاحب الحائظ القاتل الثاني. (٤)

(٨) قوله: "لأن التفريغ عنه" أى عن القاتل الأول برفعه مفوض إلى أولياءه؛ لأنهم الذين يتولون رفعه، وطولب بالفرق بينها وبين ما إذا وقع الجناح في الطريق، وتعثر إنسان بنقضه، ومات، ثم تعثر رجل من القاتل ومات، فإن دية القاتلين جميعاً على صاحب الجناح، وأجيب: بأن إشراع الجناح في نفسه جناية، وهو فعله، فصار كأنه ألقاه بيده عليه، فكان حصول القاتل في الطريق مضافاً إلى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق، ومن ألقى شيئاً في الطريق كان ضامناً؛ لما عطب به، ولم يملك تفريغ الطريق عنه، بخلاف مسألة الحائظ، فإن نفس البناء ليس بجناية، وبعد ذلك لم يوجد منه فعل، يصير به جانياً؛ لكن جعل كالفاعل بترك النقض في الطريق مع الضرورة على التفريغ، والترك مع القدرة وجد في حق النقض لا في حق القاتل، فلذلك جعل فاعلاً في حق القاتل الأول، لا في حق القاتل الثاني. (٤)

(٩) قوله: بالنقض ضمنه [بناء شكسته باز گردیده]. (من)

ولو عطب بجرة^(١) كانت على الحائظ، فسقطت^(٢) بسقوطه^(٣)، وهى ملكه ضمنه^(٤) لأن التفرغ إليه، وإن كان ملك غيره لا يضمه؛ لأن التفرغ إلى مالكها.

قال^(٥): وإذا كان الحائظ بين خمسة رجال أشهد على أحدهم، فقتل إنساناً ضمن خمس الدية^(٦)، ويكون ذلك على عاقلته، وإن كانت دار بين ثلاثة نفر، فحفر أحدهم فيها بئراً، والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب به إنسان، فعليه ثلثا الدية على عاقلته^(٧)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين^(٨)، لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر^(٩)، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، فكانا قسمين، فانقسم^(١٠) نصفين، كما مر^(١١) فى عقر^(١٢) الأسد، ونهس^(١٣) الحية وجرح الرجل.

(١) سبو. (من)

(٢) قوله: "فسقطت إلخ" يشير إلى أنه لو وقعت الجرة وحدها، فأصاب إنساناً فلا ضمان عليه؛ لأنه وضعها على ملكه، وهو لا يكون متعدداً فيما يحدثه فى ملكه، سواء كان الحائظ مائلاً أو غير مائل، كذا فى "المبسوط". (عيني)

(٣) الحائظ.

(٤) قوله: "ضمنه" حائط مائل أشهد عليه، فوضع صاحب الحائظ أو غيره عليه جرة، فسقط الحائظ، ورمى بالجرة على إنسان قتله، فالضمان على صاحب الحائظ، ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد إن كانت الجرة لغير صاحب الحائظ فلا يضمن أحد، أما صاحب الحائظ، فلأن الإشهاد على الحائظ لا يكون إشهاداً على الجرة، وأما صاحب الجرة فلأنه لم يوجد الإشهاد عليه، حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائظ يضمن لقدترته على رفعها. (ك)

(٥) أى محمد. (عيني)

(٦) قوله: "ضمن خمس الدية" ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعاً، ثم سقط على إنسان كان على كل واحد منهم خمس الدية، فترك الإشهاد فى حق الباقي لا يزداد الواجب على من أشهد عليه. (٦)

(٧) قوله: "فعليه ثلثا الدية [أى على كل واحد من حافر البئر وبانى الحائظ. ع]" لكونه ظالماً فى ثلثي نصيب شريكه، فيضمن ثلثي الدية، ولا يلزم ثلث الدية فى نصيبه لكونه غير متعد فيه. (أعظمي)

(٨) قوله: "فى الفصلين" أى فصل الحائظ المائل المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر، وقيل: جواب أبى حنيفة فيما إذا مات القاتل بثقل الحائظ وأبو يوسف ومحمد لا يخالفانه فى ذلك، وجوابهما فيما إذا مات بسبب الجرح، بأن جرحه الحائظ، وأبو حنيفة يوافقهما فى ذلك. (ك)

(٩) قوله: "أن التلف إلخ" ويمثله يقال فى مسألة البئر: إنه اجتمع فى حقه معنيان: أحدهما: موجب للضمان، وهو التعدى بالحفر فى ملك غيره، والآخر: مانع عنه، وهو عدم التعدى من حيث الحفر فى ملكه، فيجعل المعتبر جنساً، والهدر جنساً، فيلزمه نصف الضمان. (عناية)

(١٠) الضمان.

(١١) فى باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه، فالواجب انقسم على ذى العقل وغيره.

(١٢) عقر - بالفتح - خسته كردن. (من)

(١٣) نهس: گزیدن مار. (م)

وله أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدر^(١) والعمق المقدر^(٢)؛ لأن أصل ذلك ليس بعلة^(٣)، وهو القليل، حتى يعتبر كل جزء علة، فيجتمع العلل، وإذا كان كذلك^(٤) يضاف^(٥) إلى العلة الواحدة، ثم تقسم على أرباعها بقدر الملك.

بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة^(٦) علة التلف بنفسها، صغرت أو كبرت على ما عرف، إلا أن عند المزاحمة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية.

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها^(٧)

قال^(٨): الراكب ضامن^(٩)؛ لما أوطأت^(١٠) الدابة ما أصابت بيدها^(١١)، أو

(١) أى فى الحائط. (٤)

(٢) أى فى البئر. (٤)

(٣) قوله: "لأن أصل [أى أصل الثقل والعمق. ع] ذلك ليس بعلة" أى القليل من الثقل والعمق لا يوجب التلف بحال، حتى يعتبر كل جزء علة، فيعتبر الكل علة واحدة، فيضاف الحكم إليها، ثم يقسم على أرباعها بقدر الملك، بخلاف الجراحات، فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت إلا عند المزاحمة، أضيف إلى الكل؛ لعدم رجحان البعض على بعضها، فلما أضيف التلف إلى الكل، وبعض الجراحات معتبر في إضافة الضمان إليه، وبعضها غير معتبر، فجعل الذى هو غير معتبر شيئاً واحداً، وإن تعدد، فلذلك صار الضمان نصفين، فاعتبر أحد النصفين وأهدر الآخر، وهذا لأنه إذا لم يصلح البعض لإضافة الحكم إليه، وصلح لقطع النسبة من المزاحمة، ظهرت المزاحمة فى قطع النسبة، وإن لم يظهر فى حق استحقاق الحكم. (ك)

(٤) أى إذا ثبت أن العلة واحدة.

(٥) الموت.

(٦) أى جراحة عقر الأسد ونهس الحية وجرح الرجل.

(٧) قوله: "باب جنابة الخ" ذكره عقيب جنابة الإنسان والجنابة عليه، ومما لا يحتاج إلى بيان ذلك، ولكن لما كانت البهيمة ملحقه بالجمادات من حيث عدم العقل، ذكره بعد ما يحدثه الرجل فى الطريق قبل جنابة الرقيق، ونسبة الجنابة إليها لمشاكلتها الجنابة عليها. (رد المحتار)

(٨) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٩) قوله: "الراكب ضامن لما أوطأت الدابة" الصحيح وطقت؛ لأنك تقول: أو طأت فلاناً الدابة، فوطقت، والكدم: العض بمقدم الأسنان كما يكدم الحمار، والخبط: الضرب باليد والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسديك، ومنه اصطدم الفارسان إذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه، يقال: نفخت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها، كذا فى "الصحاح" و"المغرب".

وقوله: الراكب ضامن إلى قوله: أو كدمت أو خبطت، وكذا إذا صدمت يريد به إذا كان الراكب يسير فى طريق المسلمين؛ لأنه إذا كان يسير فى ملكه إن وطقت بيدها، أو برجلها يضمن، وإن كدمت أو نفخت بيدها، أو برجلها، أو ضربت بيدها، فلا ضمان؛ لأن فى الوجه الأول صاحب الدابة مباشر للإتلاف؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالتلف، فكأنهما وطاقهما جميعاً، ولهذا يجب على الراكب الكفارة إذا وطقت الدابة برجلها أو بيدها، ويحرم عن الميراث، والمباشر ضامن، سواء كان متعمداً أو لا. (ك)

(١٠) وطى - بالفتح - بإيمال كردن. (م)

رجلها، أو رأسها، أو كدمت^(١)، أو خبطت، وكذا إذا صدمت^(٢)، ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها^(٣).

والأصل^(٤) أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف في حقه من وجه^(٥)، وفي حق غيره من وجه؛ لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا: بالإباحة^(٦) مقيداً بما ذكرنا^(٧)، ليعتدل النظر من الجانبين.

ثم إننا يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه؛ لما فيه من المنع^(٨) عن التصرف وسدّ باب^(٩)، وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيذاء، وما يضاهيه^(١٠) ممكن^(١١)، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيدناه^(١٢) بشرط السلامة عنه، والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة^(١٣)، فلم يتقيد به^(١٤).

(١١) بدل من قوله: ما أوطأت الدابة. (٤)

(١) كدم - بالفتح - كزیدن. (٥)

(٢) صدم - بالفتح - کوفتن. (٥)

(٣) قوله: "مانفحت [لت زد]" نفح: پای زدن ناقه وجز آن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها. (من)

(٤) أى الأمر الكلى.

(٥) قوله: "لأنه يتصرف إلخ" جواب لسؤال ذكره في "الذخيرة" وغيره مع هذا الجواب، وهو فإن قيل: هو غير متعد في هذا التسيير، فإن له أن يمر في طريق المسلمين، كما في ملكه، ولو مر عليها في ملكه فأتلف شيئاً بهذه الوجوه، لم يضمن بها، فيجب أن لا يضمن ههنا أيضاً، قلنا: الطريق يشبه ملكه من حيث إن المرور مباح له فيه، ويشبه ملك الغير من حيث إنه ليس له في طريق المسلمين ملك يطلق له التصرف، فوفرنا على الشبهين حظهما. (ك)

(٦) قوله: "فقلنا بالإباحة إلخ" أى فالنظر إلى حقه يستدعى الإباحة مطلقاً، والنظر إلى غيره يستدعى الحجر مطلقاً، فقلنا إلخ. (عناية)

(٧) أى بالسلامة.

(٨) قوله: "لما فيه [أى] في التقييد بشرط السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه" إلخ" يعنى إنا لو شرطنا عليه السلامة فيما لا يمكن التحرز عنه تعذر عليه استيفاء حقه؛ لأنه يتمتع من المشى والسير على الدابة مخافة أن يتلى بما لا يمكن التحرز عنه، فأما ما يستطاع الامتناع منه لو شرط عليه صفة السلامة من ذلك، لا يمنع عليه استيفاء حقه، وإنما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء، كذا في "المبسوط". (كفاية)

(٩) تصرف.

(١٠) من الكدم والحبط وغيرهما.

(١١) لأن ذلك يكون بين عينيه. (ك)

(١٢) تسيير.

(١٣) لأن ذلك يكون وراء الراكب. (ك)

(١٤) أى بالسلامة عن النفحة بالرجل والذنب.

فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً؛ لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف، وإن^(١) لم يمكنه عن النفحة، فصار متعدداً في الإيقاف، وشغل الطريق به^(٢)، فيضمنه.

قال^(٣): وإن أصابت بيدها، أو برجلها حصاة^(٤)، أو نواة^(٥)، أو ثارت^(٦) غباراً، أو حجراً صغيراً، ففقأ^(٧) عين إنسان، أو أفسد ثوبه، لم يضمن، وإن كان حجراً كبيراً ضمن؛ لأنه في الوجه الأول؛ لا يمكن التحرز عنه، إذ سير الدواب لا يعرى عنه. وفي الثاني ممكن؛ لأنه ينفك عن السير عادة، إنما ذلك بتعنيف^(٨) الراكب والمرتد^(٩) فيما ذكرنا^(١٠) كالراكب؛ لأن المعنى^(١١) لا يختلف.

قال^(١٢): فإن راثت^(١٣) أو بالت في الطريق، وهي تسير فعطب^(١٤) به^(١٥) إنسان، لم يضمن؛ لأنه من ضرورات السير، فلا يمكن الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك^(١٦)؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك^(١٧) فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن^(١٨)؛ لأنه متعدداً في هذا الإيقاف؛ لأنه ليس من

(١) الواو وصلية.

(٢) أى بالإيقاف.

(٣) أى محمد. (عيني).

(٤) سنكريزه. (من)

(٥) بالفتح: دانه خرما. (من)

(٦) إثارة - بالكسر - گرد برانگيختن وبرخيژانیدن. (م)

(٧) فقأ: كور كردن. (من)

(٨) تعنيف: سرزنش كردن ودرشتى نمودن. (م)

(٩) ارتداف: در پس كسى سوار شدن. (م)

(١٠) أى فى موجب الجنابة.

(١١) قوله: "لأن المعنى" أى المعنى الموجب، وهو المباشرة، والتصرف فى الدابة فى التسيير على ما أراد لا يختلف؛ لأنها فى أيديهما وتحت تصرفهما. (عناية)

(١٢) أى القدورى. (عيني)

(١٣) روث - بالفتح - سرگين انداختن.

(١٤) هلك.

(١٥) أى بروثها، أو بولها.

(١٦) أى للروث والبول.

(١٧) روث وبول.

(١٨) قوله: "ضمن" قال الرحمتى: فلو أوقفها للازدحام، أو لضرورة أخرى، ينبغى أنه إن أمكنه العود أو التخلص

ضرورات السير؛ ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير^(١)؛ لما أنه^(٢) أدوم منه^(٣)، فلا يلحق به.

والسائق^(٤) ضامن^(٥)؛ لما أصابت ييدها أو رجلها، والقائد^(٦) ضامن لما أصابت ييدها دون رجلها، والمراد^(٧) النفحة، قال رضى الله تعالى عنه^(٨): هكذا ذكره القدورى فى "مختصره"، وإليه مال بعض المشايخ^(٩).
وجهه أن النفحة بمرأى عين السائق، فيمكنه الاحتراز عنه^(١٠)، وغائب عن بصر القائد، فلا يمكنه التحرز عنه.

وقال أكثر المشايخ^(١١): إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً^(١٢)، وإن^(١٣) كان يراها، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به^(١٤)، فلا يمكنه التحرز عنه، بخلاف الكدم؛ لا مكانه كبجها^(١٥) بلجامها، وبهذا ينطق أكثر النسخ، وهو الأصح.
وقال الشافعى: يضمنون^(١٦) النفحة كلهم؛ لأن فعلها مضاف إليهم، والحجة

يضمن وإلا لا. (رد المختار)

(١) قوله: "ثم هو إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن الإيقاف ليس من ضرورات السير، لكنه مثله فى كونه تصرفاً فى الدابة، فيلحق به، ووجه أنه أضر منه؛ لما أن الإيقاف أدوم من السير، فلا يلحق به. (٤)

(٢) قوله: "لما أنه" أى لأن الإيقاف أدوم من التسيير، وربما يكون مانعاً لغيره من المرور، فيكون فوق المرور، فلا يلحق به بدلالة النص. (ك)

(٣) قوله: "أدوم منه" يعنى إذا أوقفها فرائت، يقع الروث فى محل، فيكون أدوم من الروث عند السير؛ لأنه فى محال، ففى كل محل محل أقل.

(٤) سوق: راندن.

(٥) قوله: "والسائق إلخ" لما فرغ عن بيان أحكام الراكب، بين أحكام السائق والقائد. (٤)

(٦) قود - بالفتح - از پیش کشیدن ستور و جز آن. (م)

(٧) قوله: "والمراد" أى من قوله: لما أصابت ييدها أو برجلها، وإنما قيد التفسير بهذا؛ لأنه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصاب ييدها، أو رجلها الوطنى، ولا خلاف لأحد أنه يضمن فيه، السائق والقائد، وإنما الاختلاف فى النفحة، ولو لم يفسره بهذا لكان للمؤول أن يؤول ذلك بالوطنى، ويثبت الاختلاف فيه، وليست الرواية كذلك. (ك)

(٨) أى المصنف.

(٩) أى مشايخ العراق. (ك)

(١٠) قوله: "فيمكنه الاحتراز عنه" أى يبعد الدابة عن المتلف، أو يبعاده عن الدابة. (٤)

(١١) يريد مشايخ ما وراء النهر. (٤)

(١٢) وهو الصحيح.

(١٣) الواو وصلية.

(١٤) أقول: ليس على يدها أيضاً ما يمنعها.

(١٥) كبح: عنان باز کشیدن ستور را تا از رفتن باز بستد و باز گردانیدن كسى را از كارى. (م)

عليه ما ذكرناه^(١).

وقوله عليه السلام: «الرجل جبار^(٢)» *، معناه النفحة بالرجل^(٣) وانتقال الفعل^(٤) بتخويف القتل^(٥)، كما في المكره، وهذا تخويف بالضرب.

قال: وفي «الجامع الصغير^(٦)»: وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد؛ لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف، وهو تقريب الدابة إلى مكان

الجنابة، فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب، إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها، أو برجلها، ولا كفارة عليهما^(٧)، ولا على الراكب^(٨) فيما وراء الإبطاء؛ لأن الراكب مباشر^(٩) فيه^(١٠)؛ لأن التلف بثقله.

وثقل الدابة تبع له؛ لأن سير الدابة مضاف إليه، وهي^(١١) آلة له، وهما مسببان^(١٢)؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء^(١٣)، وكذا الراكب^(١٤) في غير

(١٦) السائق والقائد والراكب.

(١) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: وغائب عن بصر القائد، فلا يمكنه التحرز عنه. (ك)

(٢) أى هدر.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٧، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣، الحديث ١٠٤٣. (نعيم)

(٣) لأن الرطوي مضمون بالإجماع. (٤)

(٤) قوله: "وانتقال الفعل إلخ" جواب عن قول الشافعي؛ لأن فعلها مضاف إليهم، يعنى أن ذلك لا يكون إلا بالقياس على الإكراه، ولا يصح؛ لأن هناك الانتقال بتخويف القتل، وههنا تخويف بالضرب، فلا يلحق به، قيل وفيه ضعف؛ لأنه لم يقل بذلك قياساً على الإكراه، وإنما قال: بناء على أصل آخر، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راجعها، ولا كلام فيه، وإنما الكلام فى النفحة، ومع ذلك لا يخلو عن ضعف، والجواب القوي ما ذكره بقوله: والحجة عليه ما ذكرنا، وقوله عليه السلام: «الرجل جبار». (٤)

(٥) قوله: "بتخويف القتل" يعنى أن الإضافة والانتقال إنما يكون فى الإكراه الكامل، وهو التخويف بالقتل أو القطم لا فى الإكراه القاصر، وهو التخويف بالضرب، وهذا الإكراه قاصر، فلا ينتقل إليهم. (ك)

(٦) أى برواية الجامع لاشتمالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة. (٤)

(٧) أى مطلقاً.

(٨) وأما فى الإبطاء فعلى الراكب كفارة لا عليهما.

(٩) قوله: "لأن الراكب مباشر" والدليل على أنه مباشر من حيث حكم الشرع أن من سار على دابة فى ملكه، فأوطأت إنساناً بيدها أو رجلها، فقتله فعليه الدية والكفارة؛ لأن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت دابته، والمباشرة فى ملكه وغير ملكه سواء فى إيجاب الضمان عليه كالرمى، فإن من رمى فى ملكه، فأصاب إنساناً كان عليه ضمانه، كذا فى "المبسوط". (كفاية)

(١٠) أى فى الإبطاء.

(١١) دابة.

(١٢) أى السائق والقائد.

الإيطاء، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة.

ولو كان راكب وسائق، قيل: لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة؛ لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا^(١)، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى، وقيل: الضمان عليهما؛ لأن كل ذلك^(٢) سبب الضمان^(٣).

قال^(٤): وإذا اصطدم فارسان^(٥)، فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما^(٦) دية الآخر^(٧).

وقال زفر والشافعي: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر؛ لما روى عن علي رضي الله تعالى عنه*، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه؛ لأنه بصدمته ألم^(٨) نفسه وصاحبه، فيهدر نصفه ويعتبر نصفه، كما إذا كان الاصطدام عمداً^(٩)، أو جرح كل واحد^(١٠) منهما نفسه وصاحبه جراحة، أو حفرراً

(١٣) أى محل الجنابة.

(١٤) أى مسبب.

(١) إشارة إلى قوله: لأن التلف بثقله. (٤)

(٢) قوله: "لأن كل ذلك إلخ" ذكر محمد في الأصل أن الراكب إذا أمر آخر بنخس الدابة، فأوطأت إنساناً، كان الضمان عليهما، وعلل فقال: لأن الناخس سائق، والأمر راكبه، فقد تبين ما ذكر أن الراكب والسائق في ضمان ما وطأت الدابة يشتركان، ولا يختص به الراكب. (ك)

(٣) قوله: "سبب الضمان" لأن كل واحد منهما بانفراده عامل بالإتلاف، فإن السوق لو انفرد عن الركوب أو جب ضمان ما أتلف بالطوي، وكذلك الركوب، فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الإتلاف إلى الركوب، بل كان التلف مضافاً إليهما نصفين، والمسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان سبباً لا يعمل في التلف عند انفراده كالحقر، فإنه لا يوجب التلف منفرداً عن الدفع الذي هو مباشرة. (عناية)

(٤) أى القدورى. (عيني)

(٥) قوله: "وإذا اصطدم [بأهم صدمه خورزند، أى تصادما بالجسد. رد المختار] فارسان [أو ماشيان وهما حران خطأ. (على قارى) اصطدام: بأهم كوفتن، وبرهم زدن، تقول: اصطدم الفحلان إذا صدم بعضها بعضاً. (من)

(٦) قوله: "فعلى عاقلة [لو كان الاصطدام خطأ، كذا في "الفرر" إلخ" وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا لما في الاختيار سار رجل على دابة، فجاء راكب من خلفه، فصدمه، فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا في سقيتين. (ط عن أبي السعود)

(٧) قوله: "دية الآخر" وذكر الفارس ليس بقيد، فالحكم في اصطدام الماشيين وموتهما به كذلك ذكره في "المبسوط". (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٦ تحت "باب جنابة البهيمة والجنابة عليها"، والدراية ج ٢ ص ٢٨٢ تحت الحديث ١٠٤١. (نعيم)

(٨) والم سبب موت ست.

على قارعة الطريق بيرا، فانهار^(١) عليهما، يجب على كل واحد منهما النصف، فكذا هذا.

ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشى في الطريق، فلا يصلح^(٢) مستنداً للإضافة في حق الضمان كالمشى إذا لم يعلم بالبئر^(٣)، ووقع فيها، لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه، وإن^(٤) كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره^(٥) سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره. وروى^(٦) عن علي رضي الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية، فتعارضت روايته، فرجحنا^(٧) بما ذكرنا^(٨).

وفيما ذكر من المسائل^(٩) الفعلان محظوران، فوضح الفرق، هذا الذي

(٩) قوله: "كما إذا كان الاصطدام أى هر واحد صدمه زند ديگری را عمدًا. (ترجمه) الخ" لو كان الاصطدام عمدًا، فالواجب نصف الدية اتفاقاً؛ لأن كلا منهما مات بفعله، وفعل الآخر، فيعتبر نصف الدية، ويهدر النصف، كما إذا جرح كل منهما صاحبه، ولم يذكر في "الهداية" و"الكافي"، صورة العمد صريحاً، بل في ضمن دليل الخصم، ولهذا قال في "الكفاية": أى يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد، وفي الخطأ تجب الدية الكاملة على ما ذكر في الكتب، خلا أنه ذكر الخطأ في وضع المسألة، والعمد في بيان قول الخصم. (در شرح غرر) (١٠) وماتا.

(١) انهار: فرو دريد بنا. (من)

(٢) أى فعله في نفسه.

(٣) قوله: "كالمشى الخ" يعنى إذا مات بالوقوع في البئر مع أن البئر بنفسها في قارعة الطريق ليست بسبب لموته، بل البئر مع المشى إليها سبب للموت، والمعنى فيه أيضاً هو أن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه، فكأنه أوقعه من الدابة بيده، وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة معتبرة لإتلافه في الحكم، فأما قوة المصدوم، فلا يصلح أن يكون علة معارضة لدفع الصادم، فهو بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق، يجب الضمان على الحافر، وإن كان لولا مشيه وثقله في نفسه، لما هوى في البئر. (ك)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى الآخر.

(٦) قوله: "وروى" وروى عن عبد الرزاق في مصنفه في القسامة عن أشعث عن الحكيم عن علي أن رجلين صدم أحدهما صاحبه، فضمن كل واحد منهما لصاحبه الدية. (شرح نقاية)

(٧) قوله: "فرجحنا الخ" فإن قيل: القياس لا يصلح مرجحاً؛ لأنه علة يثبت به الحكم، والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة، قلنا: معناه فتعارضت روايته فتساقطت، فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل، أو نقول: القياس إنما يكون علة عند عدم النص، فأما عند وجود النص، فلا يصير علة، وههنا النص موجود، فإذا لم يصير علة يصح الترجيح به، أو نقول: ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً. (ك)

(٨) أى لأن فعله مباح، وهو المشى في الطريق. (٤)

(٩) قوله: "وفيما ذكر الخ" جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما، وذلك لأن الفعل لما كان محظوراً كان

ذكرنا^(١) إذا كانا حرين في العمد والخطأ، ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطأ^(٢)؛ لأن الجناية تعلقت برقبته^(٣) دفعاً^(٤) وفداء، وقد فاتت^(٥) لا إلى خلف من غير فعل المولى، فهدر ضرورة، وكذا في العمد^(٦)؛ لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى، ولم يخلف بدلا.

ولو كان أحدهما حراً والآخر عبداً، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر^(٧) المقتول قيمة العبد، فيأخذها^(٨) ورثة المقتول الحر، ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة^(٩)؛ لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة^(١٠) على العاقلة^(١١)؛ لأنه ضمان الآدمي^(١٢)، فقد أخلف^(١٣) بدلا بهذا القدر^(١٤)، فيأخذه ورثة الحر المقتول، ويبطل^(١٥) ما زاد عليه؛ لعدم الخلف.

وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد؛ لأن المضمون هو النصف

موجبا للضمان، ولكن لم يظهر في حق نفسه؛ لعدم الفائدة، فسقط إيجاب الضمان في حق نفسه، واعتبر في حق غيره، فذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية، وأما فيما نحن فيه، فالمشى مباح محض، فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه أصلاً، فكان صاحبه قاتلاً له من غير معارضة أحد له في قتله، فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر، كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر، وإن كان السقوط بالحفر والمشى جميعاً، لكن لما كان المشى مباحاً لم يعتبر. (ك)

(١) قوله: "هذا الذي ذكرنا" أي وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما، وفي الخطأ الدية الكاملة. (عناية)

(٢) أي في الاصطدام خطأ.

(٣) أي برقبة العبد.

(٤) أي أما أن يدفع العبد إلى ولي الجناية أو يفدى عنه له مولاه.

(٥) الرقبة.

(٦) لأن العمد ههنا بمنزلة الخطأ. (ك)

(٧) قوله: "تجب [باعتبار كون الحر قاتلاً. ك] على إلخ" لأن كل واحد منهما صار قاتلاً لصاحبه، فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد، ثم قد تلف العبد الجاني، وأخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجنى عليه، وهو الحر؛ لأن القيمة التي دفعها عاقلة الحر صار بدلا عن العبد، فيأخذها ورثة الحر بجهة كونه مقتولا، لا بجهة كون الحر قاتلاً. (ك)

(٨) بجهة كون الحر مقتولا. (ك) أي قيمة العبد. (٤)

(٩) أي قيمة العبد.

(١٠) أي قيمة العبد.

(١١) أي عاقلة الحر.

(١٢) وهو على العاقلة.

(١٣) العبد.

(١٤) أي قدر القيمة.

(١٥) من حق الحر المقتول.

فى العمد، وهذا القدر يأخذه ولى المقتول^(١)، وما على العبد فى رقبته، وهو نصف دية الحر، يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل، وهو نصف القيمة.

قال^(٢): ومن ساق دابة، فوقع السرج^(٣) على رجل، فقتله ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها؛ لأنه^(٤) متعدّد فى هذا التسبب؛ لأن الوقوع بتقصير منه، وهو ترك الشد، أو الأحكام فيه. بخلاف الرداء^(٥)؛ لأنه لا يشد فى العادة، ولأنه قاصد^(٦) لحفظ هذه الأشياء^(٧)، كما فى المحمول على عاتقه^(٨) دون اللباس على ما مر من قبل^(٩)، فيقيد بشرط السلامة.

قال^(١٠): ومن قاد^(١١) قطاراً^(١٢)، فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بغير إنساناً ضمن به القائد، والدية على العاقلة؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق، وقد أمكنه ذلك^(١٣)، وقد صار متعدّياً بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدى سبب الضمان، إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه^(١٤)، وضمن المال فى ماله. وإن كان معه سائق، فالضمان عليهما؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه^(١٥) لاتصال اللازمة، وهذا إذا كان السائق فى جانب من الإبل^(١٦)، أما إذا كان

(١) العبد.

(٢) أى - عمد. (عينية)

(٣) سرج - بالفتح - زين. (م)

(٤) سائق.

(٥) قوله: "بخلاف الرداء" يعنى إذا كان لباساً رداءً، فسقط عنه، وعطب به إنسان أو غيره؛ لا ضمان عليه؛ لأن الإنسان لا يقصد حفظ اللباس، ولا يمكنه أن يمشى عرياناً وما لا يستطيع الامتناع عنه يجعل عفواً. (ك)

(٦) قوله: "ولأنه قاصد إلخ" ولأن اللباس تبع للباس، وهو لو وقع فى الطريق، وعثر به إنسان لا يلزمه الضمان، فكذا إذا عثر بلباسه. (زيلعى)

(٧) يعنى السرج وسائر أدواته. (٦)

(٨) قوله: "كما فى المحمول على عاتقه [عاتق دوش. م]" فإنه إذا وقع على شىء، فأثلفه، فإنه يجب الضمان، بخلاف اللباس، فإنه لا يقصد حفظه. (٦)

(٩) أى فى باب ما يحدثه الرجل فى الطريق. (٦)

(١٠) أى القدورى. (عينية)

(١١) كشيد.

(١٢) بالكسر: قطار الإبل تقطر على نسيق واحد، والجمع قطر ككتب، كذا فى "المغرب".

(١٣) أى حفظ القطار.

(١٤) أى التسبب.

توسطها^(١)، وأخذ بزمام^(٢) واحد، يضمن ما عطب بما هو خلفه، ويضمنان^(٣) ما تلف بما بين يديه؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام^(٤) الزمام، والسائق يسوق ما يكون قدامه.

وإن ربط رجل بغيراً إلى القطار والقائد لا يعلم^(٥)، فوطئ المربوط إنساناً، فقتله، فعلى عاقلة القائد الدية؛ لأنه يمكنه^(٦) صيانة القطار عن ربط غيره، فإذا ترك الصيانة صار متعدياً، وفي التسيب الدية على العاقلة، كما في القتل الخطأ^(٧).

ثم يرجعون بها^(٨) على عاقلة الرابط؛ لأنه^(٩) هو الذي أوقعهم في هذه العهدة، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء^(١٠)، وكل^(١١) منهما مسبب؛ لأن الربط من القود بمنزلة التسيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط.

قالوا^(١٢): هذا إذا ربط^(١٣) والقطار تسيير؛ لأنه^(١٤) أمر بالقود دلالةً، فإذا لم

(١٥) أى سائق الواحد سائق الكل.

(١٦) أى يمشى فى جانب من القطار لا يتقدم ولا يتأخر، ولا يأخذ بزمام بغير. (ك)

(١) قوله: "أما إذا كان [سائق] توسطها [قطار] إلخ" قيد التوسط بأخذ الزمام؛ لأنه إذا لم يأخذ الزمام، فهو سائق للكل أو قائد؛ لأنه إن كان يكون أحياناً وسطها، وأحياناً يتقدم وأحياناً يتأخر، ولو كان رجل راكباً وسط القطار على بغير ولا يسوق منها شيئاً، لم يضمن فيما يصيب الإبل التى بين يديه؛ لأنه ليس بسائق لما بين يديه، ولكن هو معهم فى الضمان فيما أصاب البعير الذى هو عليه وما خلفه، أما فى البعير الذى هو عليه؛ لأنه راكب، وأما فيما خلفه فلأنه قائد لما خلفه، لأن زمام ما خلفه مربوط ببعيره.

وقال بعض المتأخرين: هذا إذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده، وأما إذا كان هو نائماً على بعيده، أو قاعداً لا يفعل شيئاً، يكون به قائداً لما خلفه، فلا ضمان عليه فى ذلك، وهو فى حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بغير، كذا فى "المبسوط". (ك)

(٢) قوله: "بزمام" زمام - بالكسر - رسنى ومهار كه در چوب بينى شتر كند. (م)

(٣) السائق والقائد.

(٤) بريده شدن. (م)

(٥) قوله: "والقائد لا يعلم [بالربط]" قيد به ليبتنى عليه قوله، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه إذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط. (ك)

(٦) قائد.

(٧) فإن الدية فيه على العاقلة.

(٨) أى بالدية.

(٩) رابط.

(١٠) قوله: "وإنما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء" أى القائد والرابط بطريق الشركة، وكل منهما مسبب أى مع أن كلا منهما مسبب، وهذا يوجب الاشتراك فى الضمان. (ك)

(١١) الواو حالية.

يعلم^(١) به^(٢)، لا يمكنه التحفظ من ذلك، فيكون قرار الضمان على الرابط، أما إذا ربط، والإبل قيام، ثم قادها ضمنها^(٣) القائد؛ لأنه^(٤) قاد بغير غيره بغير إذنه لا صريحاً، ولا دلالة، فلا يرجع^(٥) بما لحقه عليه^(٦).

قال^(٧): ومن أرسل بهيمة^(٨)، وكان لها سائقاً^(٩)، فأصاب في فورها يضمنه؛ لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق، قال^(١٠): ولو أرسل طيراً^(١١) وساقه، فأصاب في فورهِ^(١٢)، لم يضمن^(١٣).

والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق، فاعتبر سوقه، والطير لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة^(١٤)، وكذا لو أرسل كلباً، ولم يكن له سائقاً لم يضمن^(١٥)، ولو أرسله إلى صيد، ولم يكن له سائقاً، فأخذ الصيد وقتله حل.

(١٢) قوله: "قالوا: هذا إلخ" يعني أن لفظ "الجامع الصغير" غير متعرض للسير والوقوف، والمشايخ قالوا: هذا أى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط إذا ربط إلخ. (٤)

(١٣) الجمل.

(١٤) رابط.

(١) قائد.

(٢) ربط.

(٣) قوله: "ضمنها [بلا رجوع على أحد. ع.] إلخ" لأن ربط الجمل بالقطار جناية، وإنها واقفة في الطريق، وحين سار بها القائد فقد زالت هذه الجناية بقود القائد، فبرأ عن موجبتها، كمن وضع حجراً على قارعة الطريق، ثم جاء إنسان، وحول الحجر من ذلك الموضع إلى موضع آخر، لم يكن على الواضع الأول شيء، أن تعقل به إنسان؛ لأن وضعه الحجر جناية، ولكن لما حوله غيره عن مكانه زالت جنابته بفعل الواضع الثاني، فبرأ الأول. (ك)

(٤) قائد.

(٥) قائد.

(٦) رابط.

(٧) أى محمد. (عيني).

(٨) قوله: "ومن أرسل بهيمة" يريد كلباً لقوله بعده، وكذا لو أرسل كلباً. (عناية)

(٩) والمراد بالسوق أن يمشى خلفه. (زيلعى)

(١٠) أى محمد. (عيني).

(١١) أى بازياء. (٤)

(١٢) بأن قتل صيداً مملوكاً. (٤)

(١٣) أى المرسل السائق. (٤)

(١٤) قوله: "بمنزلة" ومن ثمة قالوا: لو أرسل بازياء فى الحرم فقتل صيد الحرم، لا يضمن المرسل. (زيلعى)

(١٥) قوله: "لم يضمن [لعدم وجود السوق]" يعنى وإن أصاب الكلب شيئاً فى فور الإرسال لا يضمن المرسل. (ك)

ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها^(١)، ولا تصلح نائبة عن المرسل، فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مست في الاصطياد، فأضيف إلى المرسل؛ لأن الاصطياد مشروع، ولا طريق له سواه، ولا حاجة^(٢) في حق الضمان العدوان.

وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً؛ صيانة لأموال الناس.

قال رضى الله تعالى عنه^(٣): وذكر في "المبسوط" إذا أرسل دابة^(٤) في طريق المسلمين، فأصاب^(٥) في فورها، فالمرسل ضامن^(٦)؛ لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تنسير على سننها^(٧)، ولو انعطفت^(٨) يميناً أو يسرة انقطع حكم الإرسال، إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه^(٩)، وكذا^(١٠) إذا وقفت^(١١)، ثم سارت. بخلاف ما إذا وقفت^(١٢) بعد الإرسال في الاصطياد، ثم سارت، فأخذت الصيد^(١٣)؛ لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل^(١٤)؛ لأنه لتمكنه من الصيد،

(١) قوله: "مختارة إلخ" الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا يجوز إضافته إلى غيره، إلا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق، بخلاف ما إذا أرسل الكلب إلى صيد، حيث يؤكل ما أصابه، وإن لم يكن سائماً؛ لأن الحاجة مست إلى الاصطياد، فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة. (زبلى)

(٢) أى إلى إضافة فعل البهيمة سوى الاصطياد إلى المرسل.

(٣) أى المصنف.

(٤) فرساً أو بعيراً، أو أمثالها.

(٥) شيئاً.

(٦) قوله: "فالمرسل ضامن" قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى، وفي "النهاية": وإن كان أصاب الكلب شيئاً في فور الإرسال، لا يضمن المرسل، بخلاف الدابة حتى قالوا: إذا أرسل كلباً، أو دابة، فأصاب في فورهِ شيئاً، يضمن في الدابة دون الكلب والطيور. (ك)

(٧) سنن: روش وطريق. (م)

(٨) انعطف: خم غرفتن وبرگرديدن. (م)

(٩) قوله: "إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه" أى سوى طريق اليمين أو اليسرة، بأن كان على الجادة ماء أو وحل، فحينئذ لا ينقطع حكم الإرسال أيضاً، كما لو لم ينقطع يميناً أو يسرة. (ك)

(١٠) أى ينقطع حكم الإرسال

(١١) أى الدابة.

(١٢) أى الكلب المعلم وأمثاله. (ك)

(١٣) فلا ينقطع الإرسال، بل يحل الصيد.

(١٤) قوله: "لأن تلك الوقفة إلخ" يعنى أن هناك بوقوفه لا ينقطع حكم الإرسال، حتى حل ما قتله من الصيد، ولو انقطع حكم الإرسال لما حل، كما لو قتله هو بنفسه من غير إرسال، فلما كانت وقفة الكلب تحقق مقصود المرسل

وهذه ^(١) تنافى مقصود المرسل، وهو السير، فينقطع حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد ^(٢)، فأصاب نفساً أو ما لا فى فوره، لا يضمه من أرسله، وفى الإرسال فى الطريق يضمه؛ لأن شغل الطريق تعد، فيضمن ما تولد منه، أما الإرسال للاصطياد فمباح، ولا تسبب إلا بوصف التعدى.

قال ^(٣): ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ^(٤)، ضمن المرسل، وإن مالت يميناً أو شمالاً، وله طريق آخر لا يضمن؛ لما مر ^(٥)، ولو انفلتت ^(٦) الدابة، فأصابت مالا، أو آدمياً ليلاً أو نهاراً، لا ضمان على صاحبها؛ لقوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار» ^(٧).*

وقال محمد: هى المنفلتة ^(٨)، ولأن الفعل غير مضاف إليه، لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته ^(٩).

قال: شاة لقصاب ^(١٠) فقئت عينها ^(١١)، ففيها ما نقصها؛ لأن المقصود منها هو

الذى هو أخذ الصيد كان لهذه الوقفة حكم السير، فلم ينقطع حكم الإرسال كذلك. (ك)

(١) قوله: "وهذه" أى هذه الوقفة التى هى وقفة الدابة، والمراد بها الفرس، أو البعير وأمثالهما ينافى مقصود المرسل الذى هو السير. (ك)

(٢) قوله: "وبخلاف إلخ" معطوف على قوله: بخلاف ما إذا وقتت؛ لأن حكمها مخالف لحكم أصل المسألة، ثم فى قوله وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد إلى آخره، ذكر الفرق بين الإرسالين، كما أنه فى قوله، بخلاف ما إذا وقتت ذكر الفرق بين الوقتين. (ك)

(٣) أى المصنف. (عينى) ليس فى أكثر النسخ: قال. (عينى)

(٤) أى على فور الإرسال، وهو أن لا يميل يميناً وشمالاً. (ك)

(٥) إشارة إلى قوله: انقطع حكم الإرسال. (٤)

(٦) قوله: "انفلتت" فلت - بالتحريك - رهائى، يقال: ما لك منه فلت، أى لا تنفلت منه. (من)

(٧) قوله: "جرح العجماء إلخ" روى البخارى عن أبى هريرة رضى الله تعالى عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «العجماء جرحها جبار» العجماء بفتح العين المهملة وسكون الجيم بالمد: مؤنث أعجم، هو الذى لا يقدر على الكلام، والمراد ههنا البهيمة، والجبار - بضم الجيم وتخفيف الباء الموحدة - الهدر، أى لا شىء فيه. (قمر الأعمار)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٧، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣، الحديث ١٠٤٢. (نعيم)

(٨) قوله: "هى المنفلتة" أى العجماء التى أهدر النبى عليه السلام فعلها هى المنفلتة لا التى أرسلت، فإن إفسادها إذا كان فى فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفاً، فكان تفسيراً احترازاً عن الإجراء على عمومته. (عناية)

(٩) يعنى السوق والقود والركوب. (٤)

(١٠) قوله: "شاة لقصاب إلخ" هذا هو الحكم فى كل شاة، والقصاب ليس بقيد، وكذلك الجزار أيضاً ليس بقيد، والحكم فى كل بقرة وبعير كالحكم فى بقرة الجزار وجزوره، وإنما وضع المسألة فى بقرة الجزار، وجزوره لثلاثتهم إنهما معدان للحم، فيكون حكمها حكم الشاة. (ك)

(١١) فقاً: كور كردن. (من)

اللحم، فلا يعتبر إلا النقصان^(١)، وفي عين بقرة الجزار وجزوره^(٢) ربع القيمة، وكذا في عين الحمار^(٣) والبغل والفرس، وقال الشافعي: فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة. ولنا ما روى^(٤) أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القمية*، وهكذا^(٥) قضى عمر رضی الله تعالى عنه**، ولأن فيها^(٦) مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل، فمن هذا الوجه تشبه آدمي، وقد تمسك للأكل، فمن هذا الوجه تشبه الملوكات، فعملنا بالشبهين فبشبه آدمي في إيجاب الربع^(٧)، وبالشبه الآخر في نفي النصف.

ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها^(٨) بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل، فكأنها ذات أعين أربعة، فيجب الربع بفوات أحدهما.

قال^(٩): "ومن سار على دابة في الطريق، فضربها رجل، أو نخسها^(١٠)، فنفخت^(١١) رجلا، أو ضربته بيدها، أو نفرت فصدمته^(١٢) فقتلته، كان

(١) أى نقصان المالية.

(٢) قوله: "وجزوره [الجزور ما أعد من الإبل للخير يقع على الذكر والأنثى. ع] جزر: شتر كشتن وبوست باز كردن از وی، يقال: جزرت الجزور وبريدن. (من)

(٣) وكذا كل ما يؤكل لحمه.

(٤) رواه الطبراني في "معجمه" عن زيد بن ثابت. (على قارى)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٨، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣، الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٥) كذا أورده العيني في "شرح الكنز".

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٨، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٦) قوله: "ولأن فيها [أى في البقر والجزور والفرس وغيرها] إلخ" دليل معقول، وفيه إشارة إلى الجواب عن

القياس على الشاة، فإن المقصود فيها اللحم، وفقاً العين لا يفوته، بل هو عيب، فيلزمه نقصان المالية. (٤)

(٧) قوله: "فبشبه آدمي في إيجاب الربع" من حيث إننا أوجبنا المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في

نفي النصف، فوجب نصف التقدير الواجب عملاً بهما، وذكر الإمام التمرتاشي، وقيل: لو فقاً الأخرى أو فقاً هما معاً، يجب القيمة إن سلم الجنة، وفي "جامع أبي بكر" فقاً عيني الدابة فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقى وضمنه القيمة، وإن شاء أمسكها وضمن النقصان، وهذا لأن المعمول به في هذا الباب النص، والنص ورد في عين واحدة، فيقتصر عليه. (ك)

(٨) قوله: "ولأنه إنما يمكن إلخ" دليل آخر لكن الاعتماد على الأول، ألا يرى أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة،

كذا قاله فخر الإسلام. (عناية)

(٩) قوله: "قال" أى المصنف، وإنما قلنا: كذلك؛ لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في "البداية"، بل هي

من مسائل "الأصل". (عيني)

(١٠) قوله: "أو نخسها [يعنى بغير إذن الراكب والنخس، هو الطعن، ولو نخس وهو مأذون كان سائقاً]" نخس -

بالفتح - سر چوب یا سر انگشت بکسی زدن. (م)

ذلك على الناخس دون الراكب^(١)، هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما*.

ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، فأضيف فعل الدابة إليه، كأنه فعله بيده، ولأن الناخس متعدٍّ في تسببه، والراكب في فعله غير متعدٍّ^(٢)، فيترجح جانبه في التفرغيم للتعدّي^(٣)، حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ في الإيقاف أيضاً.

قال: وإن نفحت الناخس كان دمه هدراً؛ لأنه بمنزلة الجاني على نفسه، وإن ألت^(٤) الراكب فقتلته، كان ديته على عاقلة الناخس؛ لأنه متعدٍّ في تسببه، وفيه الدية على العاقلة.

قال: ولو وثبت^(٥) بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته، كان ذلك على الناخس دون الراكب؛ لما بيناه^(٦)، والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء^(٧).
وعن أبي يوسف^(٨) أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين؛ لأن

(١١) قوله: "نفحت" يقال: نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحد حافرها، كذا نقل في "الكفاية"، وفي "منتهى الأرب": "نعم باي زدن ناقة وجزآن، يقال: نفحت الدابة إذا رمت بحافرها.
(١٢) الصدم أن تضرب الشيء بجسده. (ك)

(١) قوله: "دون الراكب" فإن قيل: القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب؛ لكونه مباشراً، وإن لم يكن متعدياً؛ لأن التعدى ليس من شرطه، فإن لم يختص به، فلا أقل من الشركة، فالجواب أن القياس ترك بالأثر، وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما، وقد أشار المصنف أيضاً إلى الجواب بقوله: ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس، والمدفوع 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 التعدى، وهو مفقود. (٤)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٨، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٢) قوله: "والراكب في فعله الخ" يعنى أن الراكب مباشر فيما إذا ألتفت بالوطي؛ لأنه يحصل التلف بالثقل كما تقدم، وليس الكلام هنا في ذلك، وإنما هو في التفح بالرجل، والضرب باليد والصدمة، فكانا سبيين، وترجح الناخس في التفرغيم للتعدى. (٤)

(٣) أى فاعتبرنا مرجحاً في التفرغيم؛ لأن الترجيح بسبب الاعتبار. (٤)

(٤) بالناخس.

(٥) وثوب: بر جستن. (م)

(٦) قوله: "لما بيناه" إشارة إلى قوله: لأن الراكب والمركوب مدفوعان، وفي "النهاية": هو قوله؛ لأنه متعدٍّ في تسببه، وليس بشيء، فتأمل. (عناية)

(٧) قوله: "سواء" أى يجب الضمان على الناخس في كل حال؛ لأن الوقوف في ملكه ليس بتعدٍّ كالسير فيه، بخلاف الوقوف في الطريق، فإنه تعد، ولهذا يكون الضمان على الراكب، والناخس نصفين؛ لأنه متعدٍّ في الإيقاف أيضاً. (ك)

(٨) في رواية ابن سماعة.

التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة، والثاني^(١) مضاف إلى الناحس، فيجب الضمان عليهما.

وإن نخسها بإذن الراكب، كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها، ولا ضمان^(٢) عليه في نفحتها؛ لأنه أمره بما يملكه، إذ النخس في معنى السوق، فصح أمره به وانتقل إليه لمعنى الأمر.

قال: ولو وطئت رجلا في سيرها، وقد نخسها الناحس بإذن الراكب، فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها؛ لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما^(٣)، والإذن يتناول فعله السوق، ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف^(٤)، فمن هذا الوجه يقتصر عليه^(٥).

والركوب وإن كان علة للوطئ^(٦)، فالنخس ليس بشرط لهذه العلة، بل هو شرط أو علة للسير، والسير علة للوطئ، وبهذا لا يترجح صاحب العلة، كمن جرح إنساناً، فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق، ومات فالدية عليهما^(٧)؛ لما أن الحفر شرط علة أخرى^(٨)، دون علة الجرح، كذا هذا.

ثم قيل: يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الإيطاء؛ لأنه^(٩) فعل بأمره^(١٠)، وقيل: لا يرجع وهو الأصح فيما أراه؛ لأنه^(١١) لم يأمره بالإيطاء،

(١) قوله: "والثاني" أي الوطئ مضاف إلى الناحس؛ لأنه كالسائق مع الراكب، فيضمنان ما وطئته الدابة. (عناية)

(٢) أي في صورة الإذن.

(٣) أي إلى الراكب والناحس. (٤)

(٤) قوله: "ولا يتناوله من حيث إنه إتلاف" لوجود انفصال السوق عن الإتلاف، فليس عينه، ولا من ضروراته، فمن هذا الوجه يقتصر عليه أي على الناحس؛ لأن الراكب إذن له بالسوق لا بالإيطاء. (عناية)

(٥) أي من وجه الإتلاف يقتصر على الناحس لا يتعدى إلى الأمر، بأن يقال: إنه أمره، فكأنه أتلفه فيبرأ الناحس.

(٦) قوله: "والركوب إلخ" جواب سؤال، تقريره: أن الراكب صاحب علة للوطئ على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والدفع، فكان ذلك بمنزلة فعل رجل حقيقة، ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناحس، فإنه صاحب شرط في حق فعل الوطئ، والإضافة إلى العلة أولى، ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطئ، ولكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب، بل هو شرط، أو علة للسير، والسير علة للوطئ، فكان الوطئ ثابتاً بعلمتين، فيجب الضمان عليهما. (عناية)

(٧) أي على الجراح والحافر.

(٨) وقو ع.

(٩) ناخس.

(١٠) راكب.

(١١) راكب.

والنخس ينفصل عنه^(١)، وصار كما إذا أمر صبيّاً يستمسك على الدابة بتسييرها^(٢)، فوطئت إنساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي، فإنهم لا يرجعون على الأمر؛ لأنه أمره^(٣) بالتسيير، والإيطاء ينفصل عنه^(٤)، وكذا إذا ناوله^(٥) سلاحاً، فقتل به آخر، حتى ضمن لا يرجع على الأمر.

ثم الناحس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس، حتى يكون السوق مضافاً إليه^(٦)، وإذا لم يكن^(٧) في فور ذلك^(٨)، فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس، فبقى السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال.

ومن قاد دابةً فنخسها رجل، فانفلتت من يد القائد، فأصابته في فورها، فهو على الناحس، وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره؛ لأنه مضاف إليه^(٩)، والناخس إذا كان عبداً^(١٠) فالضمان في رقبته، وإن كان صبيّاً ففي ماله^(١١)؛ لأنهما^(١٢) مؤاخذان بأفعالهما.

ولو نخسها شيء منصوب في الطريق، فنفحت إنساناً فقتلته، فالضمان على من نصب ذلك الشيء؛ لأنه متعمدٌ بشغل الطريق، فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله، والله أعلم.

(١) فإن الإيطاء لا يلزم النخس.

(٢) قوله: "صبيّاً يستمسك [صفة صبيّاً] إلخ" إنما قيد بذلك؛ لأنه إذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد، أما على الصبي فلأن مثله بمنزلة الحمل على الدابة، فلا يضاف السير إليه، وأما على الرجل، فلأنه لم يسيرها، وإذا لم يضيف سيرها إلى أحد، كانت منفلة، وفعلها جبار. (ع)
قوله: "يستمسك" أي يقدر على الركوب على الدابة، وفي "التاج": الاستمسك چنگ در زدن.

(٣) صبي.

(٤) أي عن التسيير.

(٥) صبي.

(٦) ناخس.

(٧) إيطاء.

(٨) نخس.

(٩) أي لأن فعل الدابة حيثئذ مضاف إلى الناحس.

(١٠) قوله: "والناخس إذا كان عبداً" يعني ونخس بغير إذن الراكب، فالضمان في رقبته يدفع بها، أو يفدى. (ع)

(١١) قوله: "وإن كان صبيّاً ففي ماله" قال العلامة النسفي في "الكافي": "يحتمل أن يراد به إذا كانت الجنابة على المال، أو فيما دون أرش الموضحة، قلت: ويحتمل أن يراد به أن الصبي إذا كان من العجم؛ لأنه لا عاقلة للعجم. (ك)

(١٢) أي العبد والصبي.

باب جناية المملوك والجناية عليه^(١)

قال^(٢): وإذا جنى العبد جنايةً خطأ^(٣)، قيل لمولاه: إما أن تدفعه بها، أو تفيده*.

وقال الشافعي: جنايته في رقبته، يباع فيها، إلا أن يقضى المولى الأرش، وفائدة الاختلاف في أتباع الجاني^(٤) بعد العتق، والمسألة مختلفة^(٥) بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم.

له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف؛ لأنه هو الجاني، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد؛ لأن العقل عندي^(٦) بالقرابة، ولا قرابة بين العبد ومولاه، فتجب في ذمته^(٧)، كما في الدين^(٨)، ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال.

ولنا أن الأصل في الجناية^(٩) على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله^(١٠)، والإحجاف^(١١) به، إذ هو معذور فيه^(١٢)، حيث لم يتعمد الجناية،

(١) قوله: "باب جناية المملوك إلخ" لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك، وهو الحر، شرع في بيان أحكام جناية المملوك، وهو العبد، وأخره لانحطاط رقبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة، فكيف آخر باب جناية المملوك عن باب جناية البهيمة؛ لأن جنايته كانت باعتبار الراكب، أو السائق، أو القائد، وهم ملاك. (٤)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "جنايةً خطأً" خطأً التقييد بالخطأ ههنا إما يفيد في النفس؛ لأن بعده يقتصر، وأما فيما دونها فلا يفيد لاستواء خطئه وعمده فيما دونها، ثم إما يثبت الخطأ بالبينة أو إقرار مولاه أو علم القاضي لا بإقراره أصلاً. (بدائع) قلت: لكن قوله: أو علم القاضي غير المفتى به، فإنه لا يعمل بعلم القاضي في زماننا. (شربلالية عن الأشباه، در مختار)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٤) قوله: "في أتباع الجاني" فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق، وعندنا الوجوب على المولى دون العبد، فلا يتبعه بعد العتق؛ لأنه بالعتق صار مختاراً للفداء. (٤)

(٥) فعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه مثل مذهبنا، وعن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما مثل مذهبه. (ك)

(٦) وفي نسخة: عنده أي عند الشافعي.

(٧) قوله: "فتجب [دية] في ذمته" أي في ذمة العبد؛ لأن ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال، فيكون واجباً في ذمته، ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلاً للمالية رقبته، فباع فيه إلا أن يقضى المولى دينه. (ك)

(٨) قوله: "كما في الدين" يعني إذا قتل الذمي رجلاً خطأً، يجب دية في رقبته لا على عاقلته، كما في إتلاف

المال. (٤)

(٩) قوله: "ولنا أن الأصل إلخ" فيه بحث، وهو أن الحكم في المسألة مختلف، فإن حكمها عندنا الوجوب على المولى، وعنده الوجوب على العبد، كما ذكرنا، وبناءه على أصل، ونحن على أصل، فمن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر؟ ويمكن أن يقال: أن قوله: الأصل في موجب الجناية أن يجب على المتلف باطل، فإن الأصل ذلك في موجب جناية العمد، أو الخطأ الأول مسلم، ولا يفيد إذ الكلام في الخطأ، والثاني عين النزاع. (مل)

وتجب على عاقلة الجاني، إذا كان له عاقلة، والمولى عاقلته^(١)؛ لأن العبد يستنصر به^(٢).

والأصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب^(٣) على أهل الديوان^(٤)، بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم، فلا عاقلة، فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجنابة على المالم؛ لأن العواقل لا تعقل المالم، إلا أنه يخير^(٥) بين الدفع^(٦) والفداء؛ لأنه^(٧) واحد.

وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه؛ كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع^(٨) في الصحيح^(٩)، ولهذا يسقط الموجب^(١٠) بموت العبد لفوات محل الواجب، وإن^(١١) كان^(١٢) له حق النقل إلى الفداء، كما في مال الزكاة^(١٣)، بخلاف

(١٠) استئصال: از بن بر كندن. (م)

(١١) إحجاف: كار بر كسى تنگ گرفتن. (م)

(١٢) لكون الخطأ مرفوعاً شرعاً. (زيلعى)

(١) عبد.

(٢) المولى.

(٣) دية.

(٤) قوله: "الديوان" ديوان كتاب كه در آن لشكر يان واهل عطيه مكتوب باشند، وأول من وضعه فى الإسلام عمر رضى الله عنه. (من)

(٥) قوله: "إلا أنه [أى أن المولى] يخير إلخ" استثناء من قوله: والمولى عاقلته، جواب عما يقال: لو كان المولى عاقلته، لما كان مخيراً، كما فى سائر العواقل، ووجه ذلك مذکور فى الكتاب، وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف، ولما كان فى سائر العواقل كثرة ظهر التخفيف فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يورث الإحجاف، وأما ههنا فالمولى واحد، فأظهرناه فيه يائبات الخيار. (ع)

قوله: "يخير" أى فى أصل المسألة، وهو ما إذا جنى العبد جنابة خطأ. (ك)

(٦) إلى ولى الجنابة.

(٧) مولى

(٨) قوله: "غير أن إلخ" جواب عما يقال: لو وجب الجنابة فى ذمة المولى حتى وجب التخيير، لما سقط بموت العبد، كما فى الجنابة الحر إذا مات، فإن العقل لا يسقط عن عاقلته. (ع)

(٩) قوله: "فى الصحيح" احتراز عن رواية أخرى، ذكرها التمرتاشى أن الدية هو الأصل، لكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني، وإنما كان ذلك صحيحاً؛ لما ذكر فى "الإسرار": أن مشايخنا ذكروا أن الواجب الأصلي هو الأرض على المولى، والمخلص بالدفع، ثم قال: والرواية بخلاف هذا فى غير موضع، وقد نص محمد بن الحسن أن الواجب هو العبد. (عناية)

(١٠) قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى لكون الموجب الأصلي هو الدفع. (ع)

قوله: "ولهذا يسقط إلخ" أى إذا هلك العبد قبل الاختيار برئ المولى من مطالبة المجنى عليه حقه من الدفع أو الفداء، وهذا يدل على أن الموجب الأصلي هو الدفع. (ك)

موت الجاني الحر^(١)؛ لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاءً، فصار كالعبد في صدقة الفطر^(٢).

قال^(٣): فإن دفعه^(٤) ملكه ولى الجنابة، وإن فداه بأرشها^(٥)، وكل ذلك يلزمه^(٦) حالاً، أما الدفع فلأن التاجيل فى الأعيان باطل^(٧)، وعند اختياره^(٨) الواجب عين، وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد فى الشرع^(٩)، وإن^(١٠) كان مقدراً بالمتلف، ولهذا سمي فداءً، فيقوم مقامه^(١١)، ويأخذ حكمه^(١٢)، فهذا واجب حالاً كالمبدل.

وأيهما اختاره^(١٣) وفعله لا شىء لولى الجنابة غيره^(١٤)، أما الدفع فلأن حقه

(١١) الواو وصلية.

(١٢) مولى.

(١٣) قوله: "كما فى مال الزكاة" فإن موجب مال الزكاة هو إيتاء جزء من النصاب يسقط بهلاك النصاب بعد الحول؛ لأن الواجب جزء من النصاب، فيسقط بهلاكه، وإن كان لصاحبه حق، نقل أداء الزكاة من مال إلى آخر، بخلاف جنابة الحر، حيث لا يتعلق الواجب بذمته استيفاءً؛ لأنه ليس بمال، فلم يسقط بموت الجاني كالعبد فى صدقة الفطر، لما لم يتعلق صدقة الفطر برقبة العبد استيفاءً لا يسقط صدقة الفطر بموته. (ك)

(١) جواب عما يذكر ههنا مستشهداً به، كما ذكرنا آنفاً. (٤)

(٢) فإنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد. (٤)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) أى المولى العبد الجاني. (٤)

(٥) جنابة.

(٦) مولى.

(٧) لأن التاجيل شرعاً للتحصيل ترفيهاً، وتحصيل الحاصل باطل.

(٨) أى عند اختيار المولى الدفع.

(٩) قوله: "فلأنه جعل بدلا إلخ" قيل: كون الشىء بدلا عن غيره لا يستلزم الاتحاد فى الحكم، ألا ترى أن المال

قد يقع بدلا عن القصاص، ولم يتحد فى الحكم، فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له، وإذا صار مالا تعلق به، وكذلك التيمم بدل عن الوضوء، والنية من شرطه دون الأصل، ويجوز أن يقال: الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل، إلا بأمور ضرورية، والمسائل المذكورة تغيرت بذلك، وهو أن القصاص غير صالح، فإن تعلق حق الموصى له بالمال، فلا يتعلق حقه به، والتراب غير مطهر بطبعه، فلم يكن بد من إلحاق النية به؛ ليكون مطهراً شرعاً، بخلاف الماء، وفيما نحن فيه ليس أمر ضرورى يمنع عن الحلول الذى هو أصل الحكم، فيكون ملحقاً به. (عناية)

(١٠) الواو وصلية.

(١١) عبد.

(١٢) عبد.

(١٣) المولى.

(١٤) وفى نسخة: سواء.

متعلق به^(١)، فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط^(٢).

وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش، فإذا أوفاه حقه، سلم العبد له، فإن لم يختر^(٣) شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه؛ لفوات محل حقه على ما بيناه^(٤)، وإن مات^(٥) بعد ما اختار^(٦) الفداء لم يبرأ لتحويل الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى.

قال^(٧): فإن عاد^(٨) فجنى^(٩)، كان حكم الجنابة الثانية كحكم الجنابة الأولى^(١٠)، معناه بعد الفداء^(١١)؛ لأنه^(١٢) لما طهر عن الجنابة بالفداء، جعل كأن لم تكن^(١٣)، وهذا ابتداء جنابة.

قال^(١٤): وإن جنى جنائتين، قيل للمولى: إما أن تدفعه إلى ولي الجنائتين يقتسمانه على قدر حقيهما، وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما؛ لأن تعلق الأولى^(١٥) برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها^(١٦) كالديون المتلاحقة.

(١) العبد.

(٢) حق المطالبة.

(٣) المولى.

(٤) إشارة إلى قوله: غير أن الواجب الأصلي هو الدفع. (٤)

(٥) العبد.

(٦) المولى قولاً أو فعلاً. (٤)

(٧) أى القدورى. (عيني)

(٨) العبد.

(٩) ثانياً.

(١٠) قوله: "كحكم الجنابة الأولى" أى يقال للمولى: ادفعه بالجنابة الثانية أو افده، كما هو الحكم فى الجنابة الأولى. (كفاية)

(١١) قوله: "معناه بعد الفداء" إنما فسر المسألة بهذا؛ لأنه إذا لم يفده عن الجنابة الأولى، ثم جنى أخرى، كان المسألة عين المسألة الثانية، وهو قوله: وإن جنى جنائتين قيل للمولى: إما أن تدفعه إلخ. (كفاية)

(١٢) العبد.

(١٣) الجنابة.

(١٤) أى القدورى. (عيني)

(١٥) الجنابة الأولى.

(١٦) قوله: "لا يمنع إلخ" وهذا بخلاف الرهن، فإن تعلق حق المرتهن بالرهن يمنع تعلق حق الثانى به، حتى إن الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون، لحقته قبل الرهن، أو بعده، لا يتعلق سائر الديون به؛ لأن الرهن إيفاء حكماً، والارتهان استيفاء حكماً، فيعتبران بالإيفاء والاستيفاء الحقيقين، ففى الحقيقى لا يبقى تعلق، فكذا فى الحكمى. (ك)

ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية^(١)، فحق المجنى عليه الأول أولى
أن لا يمنع، ومعنى قوله: على قدر حقيهما على قدر ارش جنائيتيهما^(٢).

وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم، وإن فداه فداه
بجميع أروشهم؛ لما ذكرنا^(٣)، ولو قتل واحداً وفقاً عين آخر يقتسمانه أثلاثاً؛ لأن
أرش العين^(٤) على النصف من أرش النفس، وعلى هذا حكم الشجّات^(٥).

وللمولى أن يفدى من بعضهم، ويدفع^(٦) إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه
من العبد؛ لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها^(٧)، وهى الجنائيات المختلفة،
بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان، لم يكن له^(٨) أن يفدى من أحدهما، ويدفع
إلى الآخر؛ لأن الحق متحد لاتحاد سببه، وهى الجناية المتحدة، والحق يجب
للمقتول^(٩)، ثم للوارث خلافةً عنه^(١٠)، فلا يملك^(١١) التفريق فى موجبها.

قال^(١٢): فإن أعتقه المولى^(١٣)، وهو لا يعلم بالجناية، ضمن الأقل من قيمته ومن

(١) الأولى.

(٢) قوله: "على قدر أرش جنائيتيهما" لأن المستحق إنما يستحقه عوضاً عما فات عليه، فلا بد من أن تقسم على
قدر المعوض، كذا فى "الإيضاح". (كفاية)

(٣) معنى قوله: لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانى به. (٤)

(٤) أى العين الواحدة. (ك)

(٥) قوله: "وعلى هذا حكم الشجّات" يعنى لو شج رجلا موضحة، وآخر هاشمة، وآخر منقلة، ثم اختار
المولى الدفع، يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد؛ لأن له خمس مائة، وإلى صاحب الهاشمة ثلثه؛ لأن له ألفاً، وإلى
صاحب المنقلة نصفه؛ لأن له ألفاً وخمس مائة، فيقتسمون الرقبة هكذا. (عناية)

(٦) العبد.

(٧) قوله: "لأن الحقوق مختلفة" يعنى فجاز أن يختار فى أحدهم خلاف ما يختار فى حق الآخر، كما لو انفرد
كل واحد منهم. (عناية)

(٨) مولى.

(٩) قوله: "والحق يجب إلخ" هذا جواب إشكال، وهو أن يقال: الحق وإن كان متحداً بالنظر إلى السبب، فهو
متعدد بالنظر إلى المستحقين، فينبغى أن يتمكن المولى من أن يفدى من أحدهما، وأن يدفع إلى الآخر كما فى الجنائيات
المختلفة. (ك)

(١٠) قوله: "ثم للوارث خلافةً عنه" لا يقال: الملك يثبت للوارث حقيقةً وحكماً، وللميت حكماً فقط؛ لأنه ليس
من أهل الملك حقيقةً، وجب ترجيح جانب الوارث؛ لأن ملك الميت أصل، وملك الوارث متفرع عليه، واعتبار الأصل
أولى. (عناية)

(١١) المولى.

(١٢) أى القدورى. (عنى)

(١٣) قوله: "فإن أعتقه إلخ" الأصل فى جنس هذه المسائل، أن المولى متى أحدث فى العبد تصرفاً يعجزه عن الدفع،

أرشيها^(١)، وإن أعتقه بعد العلم بالجناية، وجب عليه الأرش؛ لأن في الأول فوت حقه، فيضمنه، وحقه في أقلهما^(٢)، ولا يصير مختاراً للفداء؛ لأنه لا اختيار بدون العلم.

وفي الثاني صار مختاراً^(٣)؛ لأن الإعتاق يمنعه من الدفع، فالإقدام عليه^(٤) اختيار منه للآخر^(٥).

وعلى هذين الوجهين^(٦) البيع والهبة والتدبير والاستيلاء؛ لأن كل ذلك مما يمنع الدفع؛ لزوال الملك به^(٧)، بخلاف الإقرار^(٨) على رواية الأصل^(٩)؛ لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه، وليس فيه نقل الملك؛ لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر^(١٠).

وألحقه الكرخى بالبيع^(١١) وأخواته؛ لأنه^(١٢) ملكه^(١٣) في الظاهر، فيستحقه المقر له بإقراره، فأشبهه البيع^(١٤)، وإطلاق الجواب^(١٥) في الكتاب^(١٦) ينتظم النفس وما

وهو عالم بالجناية، يصير مختاراً للفداء، وإذا أحدث تصرفاً لا يعجزه عن الدفع، لا يصير مختاراً، وإن كان عالماً بالجناية. (ك)

(١) جناية.
(٢) قوله: "وحقه في أقلهما [إذ لا فائدة في التخيير بين الأقل والأكثر]" الدليل على أن حقه في أقلهما أنه ليس له ولاية المطالبة بالأكثر. (ك)

(٣) بالعتق.

(٤) أى على العتق.

(٥) أى الفداء.

(٦) يعنى قبل العلم أو بعده. (٦)

(٧) حقيقة كما فى البيع والهبة، أو حكماً، كما فى التدبير والاستيلاء.

(٨) قوله: "بخلاف الإقرار إلخ" يعنى إذا جنى العبد جناية، فقال وليها: هو عبدك، فادفعه أو افده، فقال: هو لفلان الغائب وديعة عندى، أو عارية، أو إجارة، أو رهن، لا يصير مختاراً للفداء؛ لما ذكر فى الكتاب، ولا يتدفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فإن أقامها، أخرج الأمر إلى قدوم الغائب، وإن لم يقمها خوطب بالدفع، أو الفداء، ولا يصير مختاراً بالدية مع تمكنه من الدفع. (٦)

(٩) ميسوط.

(١٠) قوله: "لجواز أن يكون الأمر، كما قاله المقر" أى لجواز أن يكون العبد عبد المقر له، فيخاطب المقر له بالدفع إلى ولي الجناية. (كفاية)

(١١) قوله: "وألحقه [فى صيرورته مختاراً. ع] الكرخى إلخ" وفى "الإيضاح": وقد أطلق أبو الحسن أنه يصير مختاراً، وهو رواية خارجة عن الأصول. (ك)

(١٢) المقر.

(١٣) العبد.

(١٤) فى نقل الملك.

دونها، وكذا المعنى ^(١) لا يختلف ^(٢).

وإطلاق البيع يتنظم بشرط الخيار للمشتري ^(٣)؛ لأنه يزيل الملك ^(٤)، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه.

وبخلاف العرض على البيع؛ لأن الملك ما زال ^(٥)، ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسمله؛ لأن الزوال به ^(٦)، بخلاف الكتابة الفاسدة ^(٧)؛ لأن موجبها يثبت قبل قبض البدل، فيصير بنفسها مختاراً.

ولو باعه مولاه من المجنى عليه، فهو ^(٨) مختار، بخلاف ما إذا وهبه منه؛ لأن المستحق له أخذه ^(٩) بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيع، وإعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه ^(١٠)؛ لأن فعل المأمور مضاف إليه ^(١١). ولو ضربته فنقصه ^(١٢)، فهو مختار إذا كان عالماً بالجنایة؛ لأنه حبس جزء

(١٥) قوله: "وإطلاق الجواب" يريد به قوله: ضمن الأقل من قيمته، ومن أرشها، وقيل: يريد به قوله: في أول الباب، وإذا جنى العبد جنایة خطأ، فإنه ينتظم النفس وما دونه. (٤)

(١٦) أى القدورى. (عینی)

(١) أى الوجه.

(٢) لأن كل واحد مال. (٤)

(٣) قوله: "يتنظم إلخ" يعنى إذا باع مولى العبد الجانى العبد بشرط الخيار للمشتري، كان ذلك اختياراً منه للفداء، وفى "الإيضاح": أما على قولهما فلأن الملك يثبت للمشتري، وأما على قول أبى حنيفة: فملك البائع يزول، وإن لم يثبت للمشتري، وفوات الدفع يكون بزوال ملك البائع. (ك)

(٤) من البائع.

(٥) أى بخيار البائع، وبالعرض على البيع، فلا يصير المولى مختاراً بهما.

(٦) قوله: "الزوال به" أى زوال الملك فى البيع الفاسد بالتسليم.

(٧) قوله: "بخلاف الكتابة الفاسدة" أى يصير مختاراً للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة، بخلاف البيع الفاسد، فإن هناك لا يكون مختاراً للفداء قبل التسليم إلى المشتري، وفى "الإيضاح": أن موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد، وهو تعليق العتق بالأداء، فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض. (ك)

قوله: "الفاسدة" بأن كاتب المسلم عبده الجانى على خمر ومخنزير، فإنه يصير مختاراً للفداء. (٤)

(٨) أى المولى مختاراً للفداء.

(٩) عبد.

(١٠) قيل: يعنى فى اختياره الفداء، وقيل: فى العلم بالجنایة وعدمه. (٤)

(١١) تمهم.

(١٢) قوله: "ولو ضربته فنقصه" بأن أثر فيه حتى صار مهزولاً، وقلت: قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار إذا كان عالماً بالجنایة؛ لأنه حبس جزء منه، وأما إذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، إلا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصاً، ولا ضمان على المولى؛ لأنه لما رضى به ناقصاً، صار كان النقصان حصل بأقصة سماوية. (٤)

منه^(١)، وكذا^(٢) إذا كانت بكرًا، فوطئها، وإن لم يكن مُعَلَّقًا^(٣)؛ لما قلنا^(٤).
 بخلاف الترويح^(٥)؛ لأنه عيب من حيث^(٦) الحكم^(٧)، وبخلاف وطئ
 الثيب^(٨) على ظاهر الرواية^(٩)؛ لأنه لا ينقص من غير إعلاق.
 وبخلاف الاستخدام^(١٠)؛ لأنه لا يختص بالملك، ولهذا لا يسقط^(١١) به خيار
 الشرط، ولا يصير^(١٢) مختارًا بالإجارة والرهن في الأظهر^(١٣) من الروايات،
 وكذا^(١٤) بالإذن في التجارة، وإن ركبه دين؛ لأن الإذن لا يفوت الدفع، ولا

(١) قوله: "لأنه حبس [فهو عيب حقيقة] إلخ" ولو ضرب المولى عنه، فأبضت وهو عالم به، ثم ذهب
 البياض قبل أن يخاصم فيه، لا يكون مختارًا للفداء، بل يدفع أو يفدى؛ لأن النقصان لما زال جعل كأن لم يكن، ولو
 خوصم في حالة البياض، فضمنه القاضى الدية، ثم زال البياض، فالقضاء نافذ لا يرد؛ لأن الخيار قد استحکم بانضمام
 القضاء إليه. (ك)

(٢) يعنى يصير مختارًا للفداء. (٦)

(٣) قوله: "وإن لم يكن مُعَلَّقًا" وإنما قيد به لاثبات الفرق بين وطئ البكر والثيب؛ لأن بوطئ الثيب لا يكون
 مختارًا للفداء ما لم يكن الوطئ معلقًا في ظاهر الرواية، وروى عن أبى يوسف أن مطلق الوطئ يكون اختيارًا؛ لأن الحل
 يختص بالملك، فيكون دليلًا على إمساك العين. (ك)

(٤) إشارة إلى قوله: "لأنه حبس جزء منه. (ك)

(٥) قوله: "بخلاف الترويح" أى لا يصير به مختارًا للفداء؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع،
 وعلل المصنف بقوله؛ لأنه عيب من حيث الحكم، وذلك لا يثبت به اختيار الفداء، كما لو أقر عليها بالسرقة عالمًا
 بالجنابة، فإن بهذا الإقرار يدخلها نوع عيب، ولكن لما كان حكمًا، لم يثبت به اختيار الفداء. (٦)

(٦) لا حقيقة.

(٧) الشرعى.

(٨) فإنه لا يصير المولى مختارًا للفداء ما لم يكن معلقًا.

(٩) قوله: "على ظاهر الرواية" فإن قيل: ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار، فإن الوطئ
 هناك فسخ للبيع، وإن لم يكن معلقًا، وههنا لا يكون اختيارًا، إلا إذا كان معلقًا. أجب: بأنه لو لم يجعل فسخًا للبيع، وقع
 الوطئ حرامًا؛ لأنه إذا اختار الفداء بعد ذلك، ملكها المشتري من حين العقد، ولهذا يستحق زوائدها، فتبين أن الوطئ
 حصل فى غير ملكه، فلتحرز عن ذلك جعلناه فسخًا، وههنا إذا دفعها بالجنابة لا يملكها ولى الجنابة إلا من وقت الدفع،
 ولهذا لا يسلم له شىء من زوائدها، فلا يتبين أن الوطئ كان فى غير ملكه. (عناية)

(١٠) قوله: "وبخلاف الاستخدام إلخ" يعنى لو استخدم العبد الجانى بعد العلم بالجنابة، لا يكون مختارًا للفداء،
 حتى لو عطب فى الخدمة لا ضمان عليه؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلم يدل على الاختيار. (عناية)

(١١) أى إذا اشترى عبدًا بالخيار واستخدمه.

(١٢) المولى.

(١٣) قوله: "فى الأظهر" هذا احتراز عما ذكر فى بعض نسخ الأصل أنه يكون مختارًا للفداء بالرهن والإجارة،
 لأنه أثبت عليهما يدًا مستحقة، فصار كالبيع، ووجه ظاهر الرواية أن الإجارة ينقض بالعذر، فيكون حق ولى الجنابة
 فيها عذرا فى نقض الإجارة، والراهن يتمكن من قضاء الدين، واسترداد الرهن متى شاء، فلم يتحقق عجزه عن الدفع
 بهذين الفعلين، فلا يجعل ذلك اختيارًا. (ك)

ينقص الرقبة، إلا أن لولى الجناية أن يمتنع من قبوله؛ لأن الدين لحقه من جهة المولى^(١)، فيلزم المولى قيمته.

قال^(٢): ومن قال لعبد: إن قتلت فلاناً، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، فهو مختار للفداء^(٣) إن فعل^(٤) ذلك.

وقال زفر: لا يصير مختاراً للفداء^(٥)؛ لأن وقت تكلمه لا جناية، ولا علم له بوجوده، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً.

ألا ترى أنه لو علق الطلاق، أو العتاق بالشرط، ثم حلف أن لا يطلق، أو لا يعتق، ثم وجد الشرط، وثبت العتق والطلاق لا يحث في يمينه تلك^(٦)، كذا هذا.

ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية، والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية.

ألا يرى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت، فأنت طالق ثلاثاً، فمرض حتى طلقت، ومات من ذلك المرض، يصير فاراً؛ لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض.

بخلاف ما أورد؛ لأن غرضه^(٧) طلاق، أو عتق يمكنه الامتناع عنه؛ إذ اليمين للمنع، فلا يدخل تحته^(٨) ما لا يمكنه الامتناع عنه^(٩)، ولأنه حرصه^(١٠) على مباشرة

(١٤) يعنى لا يكون به مختاراً للفداء. (٤)

(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "لأن الدين لحقه من جهة المولى" وجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد؛ لأن الغراء يتبعون ولى الجناية إذا دفع العبد إليه، فيتبعونه بديونهم؛ لكن ذلك بسبب من جهة المولى، وهو الإذن، فكان له أن يمتنع من قبوله ناقصاً. (ك)

(٢) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) قوله: "فهو مختار للخ" وفى "المبسوط": فإن كانت جناية العبد مما يتعلق به القصاص، فلا شىء على المولى؛ لأن الواجب هو القصاص على العبد، وذلك لا يختلف بالرق والحرية، فلا يصير المولى بالعتق مفوّتاً حق ولى الجناية، فلذلك لا يلزمه شىء. (ك)

(٤) العبد. (ك)

(٥) وعليه قيمة العبد. (ك)

(٦) لعدم وجود فعل يخالف يمينه.

(٧) أى غرض الخالف.

الشرط بتعليق أقوى الدواعى إليه^(١)، والظاهر أنه يفعله^(٢)، فهذا دلالة الاختيار^(٣).

قال^(٤): وإذا قطع العبد يد رجل عمدا، فدفع إليه بقضاء، أو بغير قضاء، فأعتقه، ثم مات من قطع اليد، فالعبد صلح^(٥) بالجناية^(٦)، وإن لم يعتقه، رد^(٧) على المولى، وقيل للأولياء: اقتلوه، أو اعفوا عنه. ووجه ذلك^(٨) وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى^(٩)، تبين أن الصلح وقع باطلا^(١٠)؛ لأن الصلح كان عن المال؛ لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر.

فإذا سرى^(١١) تبين أن المال غير واجب، وإنما الواجب هو القود، فكان الصلح واقعا بغير بدل^(١٢)، فبطل، والباطل لا يورث الشبهة^(١٣)، كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه^(١٤)، فوجب القصاص.

(٨) أى تحت الحلف.

(٩) وهو المعلق قبل الحلف.

(١٠) قوله: "ولأنه حرضه إلخ" معناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط، وهو القتل والرمى والشج بتعليق إلخ. (٤)

(١) وهو الحرية. (٤)

(٢) رغبة منه فى الحرية. (٤)

(٣) أى اختيار الفداء.

(٤) أى محمد. (عيني)

(٥) أى بدل الصلح.

(٦) وما يحدث منها.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "وجه ذلك إلخ" يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق. (٤)

(٩) القطم.

(١٠) قوله: "تبين أن الصلح" أى الدفع، وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من أن الموجب الأصلي هو

الفداء، فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية. (٤)

(١١) القطم.

(١٢) قوله: "فكان الصلح واقعا بغير بدل" يعنى المصالح عنه؛ لأن الذى كان الصلح وقع عنه، وهو المال قد زال

والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل. (٤)

(١٣) حتى يسقط القود.

(١٤) قوله: "كما إذا وطئ إلخ" أى كما إذا طلق امرأته ثلاثا، ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه، فإنه

لا يصير شبهة لدرأ الحد. (٤)

بخلاف ما إذا أعتقه؛ لأن أقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح؛ لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه، ولا صحة له، إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية^(١)، وما يحدث منها.

ولهذا لو نص^(٢) عليه^(٣) رضى المولى به يصح، وقد رضى^(٤) المولى به؛ لأنه لما رضى بكون العبد عوضاً عن القليل يكون أَرْضَى بكونه عوضاً عن الكثير، فإذا أعتق يصح الصلح^(٥) فى ضمن الإعتاق ابتداء^(٦)، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء^(٧)، والصلح الأول وقع باطلاً، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء على خيرتهم فى العفو والقتل.

وذكر فى بعض النسخ^(٨): رجل قطع يد رجل عمداً، فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد، ودفعه^(٩) إليه، فأعتقه المقطوعة يده، ثم مات من ذلك. قال^(١٠): العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية^(١١)، وهذا الوضع يرد إشكالا^(١٢) فيما إذا عفا عن اليد، ثم سرى إلى النفس ومات، حيث لا يجب القصاص هنالك^(١٣)، وههنا قال: يجب^(١٤).

(١) قوله: "إلا وأن يجعل صلحاً إلخ" فيجعل مصالِحاً عن ذلك مقتضى للإقدام على الإعتاق، ويجعل المولى أيضاً كذلك دلالة، وشرط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود، ولهذا لو نص إلخ. (٤)

(٢) حين دفع العبد.

(٣) أى على كون الصلح صلحاً عن الجناية وما يحدث منها.

(٤) أى ههنا.

(٥) لوجود الدلالة.

(٦) جديداً.

(٧) لأنه لم يوجد دلالة.

(٨) قوله: "وذكر فى بعض النسخ" قال فخر الإسلام: وذكر فى بعض نسخ هذا الكتاب، أى كتاب "الجامع الصغير" هذه المسألة على خلاف هذا الوضع، وساق الكلام مثل ما ذكر فى "الهداية"، وبعض الشارحين عبر عن النسخة الأولى بالنسخة المعروفة، وعن الثانية بغير المعروفة. (عناية)

(٩) العبد.

(١٠) محمد.

(١١) قوله: "إلى آخر ما ذكرنا" يعنى وإن لم يعتقه رد على المولى ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو. (٤)

(١٢) قوله: "وهذا الوضع" أى الوضع الثانى، وإنما خص هذا النوع بوروده إشكالا؛ لأن دفع العبد فى هذا الموضع بطريق الصلح، والصلح متضمن للعفو؛ لأنه ينبئ عن الخطيئة، فيكون هذا نظير العفو، ولا كذلك الوضع الأول؛ لأن الدفع ثمة ليس بطريق الصلح؛ لأنه ليس فيه حط شئ، بل العبد موجب جنايته بتمامه، وإذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه معنى العفو، فلا يرد إشكالا على مسألة العفو. (ك)

قيل: ما ذكر ههنا جواب القياس^(١)، فيكون الوضعان^(٢) جميعاً على القياس والاستحسان، وقيل: بينهما فرق.

ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً؛ لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر؛ فيصح^(٣) الفعو ظاهراً، فبعد ذلك وإن بطل^(٤) حكماً، يبقى موجوداً حقيقة، فكفى ذلك^(٥) لمنع وجوب القصاص، أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية^(٦)، بل يقررها حيث صالح عنها على مال، فإذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة، هذا^(٧) إذا لم يعتقه، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه^(٨) من قبل.

قال^(٩): وإذا جنى العبد المأذون له جناية^(١٠)، وعليه ألف درهم، فأعتقه المولى، ولم يعلم بالجناية^(١١)، فعليه قيمتان^(١٢)، قيمة لصاحب الدين، وقيمة لأولياء الجناية؛ لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع

(١٣) أي في مسألة العفو عن اليد.

(١٤) قوله: "وههنا [أي مسألة الصلح] قال [محمد]: يجب"، فإنه قال: وقيل للأولياء: اقتلوه. (ك)

(١) قوله: "قيل: ما ذكر إلخ" يعني اختلف المشايخ في الجواب عن ذلك، قال بعضهم: ما ذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس، فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان، يعني وجب القصاص في هذه المسألة على النسختين جواب القياس، وفي الاستحسان يجب الدية، وفي مسألة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان، وفي القياس يجب القصاص، فكان الوضع في هذه المسألة على القياس والاستحسان، فاندفع التدافع وحصل التوافق. (عناية)

(٢) أي العفو والصلح.

(٣) ويبطل الجناية.

(٤) أي العفو بالسراية.

(٥) عفو.

(٦) قوله: "لا يبطل الجناية" لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى؛ لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية يتوفر

عليها عقوبتها، وهو القصاص. (زيلعي)

(٧) أي عدم امتناع العقوبة.

(٨) قوله: "ما ذكرناه" وهو قوله: لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصد تصحيح الصلح إلخ. (ك)

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) قوله: "وإذا جنى إلخ" أي الأصل أنه إذا جنى، وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، وإذا اختار الدفع إلى ولي الجناية ثم بيع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجناية، لأنه بدل ملكه، وإلا فلا شيء له، وإنما بدأ بالدفع جمعاً بين الحقين؛ لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية؛ لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية. (زيلعي)

(١١) قوله: "ولم يعلم بالجناية" قيد به ليبنى عليه قوله فعليه قيمتان؛ لأنه لو أعتقه وهو أعلم بجنائته كان عليه الدية

إذا كانت الجناية في النفس لأولياء الجناية، وقيمة العبد لصاحب الدين. (ك)

(١٢) يعني إذا كانت القيمة أقل من الأرش. (٤)

للاولياء، والبيع للغرماء، فكذا عند الاجتماع.

ويمكن الجمع بين الحقين^(١) إيفاء من الرقبة الواحدة، بأن يدفع إلى ولي الجنابة، ثم يباع للغرماء^(٢)، فيضمنهما بالإتلاف^(٣).

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي، حيث تجب^(٤) قيمة واحدة للمولى، ويدفعها المولى إلى الغرماء؛ لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك، فلا يظهر في مقابلته الحق^(٥)؛ لأنه^(٦) دونه، وههنا يجب لكل واحد منهما^(٧) بإتلاف الحق فلا ترجيح، فيظهران^(٨) فيضمنهما.

قال^(٩): وإذا استدان الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها، ثم ولدت، فإنه يباع الولد معها في الدين^(١٠)، وإن جنت^(١١) جنابة لم يدفع الولد معها.

(١) قوله: "يمكن إلخ" جواب عما يقال: لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع، لجواز أن يكونا متافين، فلا يجتمعان. (٤)

(٢) قوله: "بأن يدفع إلى ولي الجنابة، ثم يباع للغرماء" وفائدة الدفع أن يثبت له حق الاستخلاص بالفداء، فإن للناس أغراضاً في الأعيان، وإنما لم يبطل الدين بحدوث الجنابة؛ لأن موجب الجنابة صيرورته حرراً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعه مشغولاً، ثم إذ بيع، وفضل من ثمنه شيء، صرف إلى أولياء الجنابة؛ لأنه يبيع على ملكهم، وإن لم يف بالدين تأخر إلى حال الحرية، كما لو بيع على ملك المولى. (ك)

(٣) لأن الإتلاف وارد عليهما.

(٤) على الأجنبي.

(٥) قوله: "فلا يظهر في مقابلة [الملك] الحق" أى حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك؛ لأنه دون الملك، فصار كأنه ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة؛ لأن القيمة مالية العبد، والغريم مقدم على المولى فيها؛ لأن الواجب أن يدفع إليه، ثم يباع له، فكان مقدماً معنى، والقيمة هي المعنى، فيسلم إليه، وفي الفصل الأول التعارض بين الحقين، والحقان مستويان، فيظهران فيضمنهما. (ك)

(٦) أى لأن الحق دون الملك، فيكون الحق مع الملك مرجوحاً. (٤)

(٧) أى من ولي الجنابة والغرماء.

(٨) الحقان.

(٩) أى محمد. (عيني)

(١٠) قوله: فإنه يباع الولد معها" هذا إذا ولدت بعد الاستدانة، أما إذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرماءها بولدها، وأما الأموال التي حصلت لها بطريق الهبة، أو الصدقة، أو التجارة، فهي أحق بها من مولاها في أداء دينها بها، ويستوى في ذلك إن كانت اكتسبت قبل لحوق الدين أو بعده؛ لأن يدها في الكسب يد معتبرة، حتى لو نازعها فيه إنسان كانت خصماً له، فإعتبار بقاء يدها يبقى حاجتها فيه مقدماً، بخلاف ما إذا أخذ المولى منها قبل أن يلحقها الدين، وهذا بخلاف ما إذا ولدت قبل أن يلحقها الدين؛ لأن ولدها ليس من كسبها؛ لكنه جزء متولد من عينها، فكما أن نفسها لا يكون من كسبها، فكذلك ولدها إلا أن نفسها يباع في الدين لالتزام المولى ذلك بالإذن لها في التجارة، وذلك لا يوجد في حق الولد، ولو تعلق به حق الغرماء، إنما يكون بطريق السرية، ولا سراية بعد الانفصال؛ لأن الولد بعد الانفصال نفس على حدة. (كفاية)

والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيتها استيفاء^(١)، فيسرى إلى الولد كولد المرهونة^(٢)، بخلاف الجناية؛ لأن وجوب الدفع^(٣) في ذمة المولى لا في ذمتها^(٤)، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي^(٥)، وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية^(٦).

قال^(٧): وإذا كان العبد لرجل زعم^(٨) رجل آخر أن مولاه أعتقه، فقتل العبد ولياً لذلك الرجل^(٩) خطأ، فلا شيء له؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه، فقد ادعى الدية على العاقلة، وأبرأ العبد والمولى^(١٠)، إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.

قال^(١١): وإذا أعتق العبد^(١٢)، فقال لرجل: قتل أخاك خطأ، وأنا عبد، وقال الآخر^(١٣): قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد^(١٤)؛ لأنه^(١٥) منكر للضمان لما أنه أسنده^(١٦) إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه، والوجوب

(١١) ثم ولدت.

(١) قوله: "متعلق برقيتها" حتى صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقيتها ببيع، أو هبة، أو غيرها. (عناية)

(٢) فإن رهن الأم المرهونة يسرى إلى ولدها الذي تولد بعد الرهن.

(٣) بالجناية.

(٤) قوله: "لا في ذمتها" حتى لا يصير المولى ممنوعاً من التصرف في رقيتها ببيع أو هبة أو غيرها. (٤)

(٥) الحسى.

(٦) قوله: "دون الأوصاف الحقيقية" بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره، وأما

الوصف الشرعي فهو اعتباري يتحول بتحوله. (عناية)

(٧) أى محمد. (عنى)

(٨) قال.

(٩) الزاعم.

(١٠) قوله: "وأبرأ العبد" أى من كل الدية لا من قسطه في الدية والمولى؛ لأنه لم يدع على المولى بعد الجناية إعتاقاً حتى يصير المولى به مختاراً للقاء، مستهلكاً حتى المجنى عليه بالإعتاق. (ك)

(١١) أى محمد. (عنى)

(١٢) أى العبد المعروف بالرق.

(١٣) أى ذلك الرجل.

(١٤) قوله: "فالقول قول العبد" فإن قلت: إن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره، والمقر له منكر لذلك التاريخ، فينبغي أن يكون القول قوله.

أجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل لإقراره، وههنا هو منكر الأصل، فصار كمن يقول العبد: أعتقتك قبل أن تخلق، أو أخلق. (٤)

(١٥) عبد.

فى جنابة العبد على المولى دفعاً، أو فداءً.
وصار كما إذا قال البالغ^(١) العاقل: طلقت امرأتى وأنا صبى، أو بعت دارى
وأنا صبى، أو قال: طلقت امرأتى وأنا مجنون، أو بعت دارى وأنا مجنون،
وقد^(٢) كان جنونه معروفاً، كان القول قوله^(٣)؛ لما ذكرنا^(٤).

قال^(٥): ومن أعتق جارية^(٦)، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتى، وقالت:
قطعتها وأنا حرة، فالقول قولها، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة^(٧)
استحساناً، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى.

وقال محمد: لا يضمن^(٨) شيئاً قائماً بعينه^(٩)، يؤمر برده عليها؛ لأنه^(١٠) منكر
وجوب الضمان؛ لإسناده الفعل إلى حالة معهودة^(١١) منافية له^(١٢)، كما فى المسألة
الأولى^(١٣)، وكما فى الوطى والغلة.
وفى الشيء القائم أقر^(١٤) بيدها حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التملك
عليها، وهى منكرة، والقول قول المنكر، فلهذا يؤمر^(١٥) بالرد إليها.

(١٦) أى القتل.

(١) فإن الصبأ حالة معهودة فى كل أحد. (ك)

(٢) الواو للحال.

(٣) يعنى مع يمينه.

(٤) أراد به قوله: لأنه منكر للضمان. (ك)

(٥) أى محمد. (عينى)

(٦) قوله: "ومن أعتق إلخ" هذه المسألة أيضاً بناءها على إسناد الإقرار إلى حالة منافية للضمان. (ك)

(٧) قوله: "إلا الجماع والغلة" بأن قال: جامعك وأنت أمتى، أو أخذت منك غلة وأنت أمتى، فقالت: بل كان

ذلك بعد العتق، فإن القول قول المولى. (ك)

قوله: "والغلة [الغلة: كل ما يحصل من ريع أرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. مغرب]" غلة

-بالتقم- در آمد هر چیزی از حبوب ونقود وجز آن وآمد كرايه مكان ومزد غلام. (من)

(٨) المولى.

(٩) قوله: "الأشياء إلخ" يعنى لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه، والمأخوذ قائم بيده، واختلفا فيه على هذا الوجه،

فإن الرد مجمع عليه، بنى هذه المسألة محمد^ع على الأصل المذكور، وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه، بأنه أقر بيدها إلخ. (ع)

(١٠) المولى.

(١١) أى الرق.

(١٢) ضمان.

(١٣) مرت أنفاً.

(١٤) المولى.

ولهما أنه أقر^(١) بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه^(٢)، فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره^(٣): فقأت عينك اليمنى^(٤)، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت^(٥)، وقال المقر له: لا، بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة، فإن القول قول المقر له^(٦). وهذا لأنه ما أسنده^(٧) إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها لو قطعها، وهي مديونة، وكذا يضمن^(٨) مال الحربى إذا أخذه^(٩)، وهو مستأمن.

بخلاف الوطئ والغلة^(١٠)؛ لأن وطئ المولى أمته المديونة لا يوجب العقر^(١١)، وكذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد

(١٥) المولى.

(١) المولى.

(٢) من الضمان.

(٣) قوله: "كما إذا قال الخ" أى قال لغيره. فقأت عينك اليمنى، وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقأت يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وأرشاً، فقال المقر له: بل فقأتها، وعينك اليمنى مفقوءة يريد به وجوب نصف الدية عليه، وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إذا كان صحيحاً حال الإتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا أن موجب العمد القود على سبيل التعيين، وله العدول إلى المال، فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق. (عناية)

(٤) قوله: "فقأت" ليس المراد من الفقأ القلع؛ لأنه لا قصاص فى القلع، ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاد العين، وفيه القصاص. (ك)

(٥) قوله: "ثم فقأت" أى ذهبت عيني اليمنى وسقط القود. (كافى)

(٦) قوله: "فإن القول قول المقر له" أى واجب مى شود بر كور كنده چشم ارش چشم مقر له زيرانكه مقر اقرار کرده است بسبب ضمان كه كور كردن چشم راست. (ترجمه)

(٧) فإن محض الرق ليس حالة متنافية للضمان.

(٨) قوله: "وكذا يضمن" لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن مال الحربى إذا كان مستأماً. (حميدية)

(٩) قوله: "إذا أخذه الخ" صورته مسلم دخل دار الحرب بأمان، وأخذ مال حربى، ثم أسلم الحربى، ثم خرج إلينا، فقال المسلم: أخذت منك مالا وأنت حربى، فقال: بل أخذت منى، وأنا مسلم. (عناية)

(١٠) قوله: "بخلاف الوطئ والغلة" واختاصل أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه: فى وجه يكون القول قول المولى، وهو ما إذا أخذ الغلة، أو وطئها، وفى وجه يكون القول قول الجارية، وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا، وهو قائم فى يده، وفى وجه اختلفوا وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين، أحدهما أن الإسناد إلى حالة مفهودة منافية للضمان، يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، لا يسمع منه إلا بحجة، فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول.

والوجه الثانى مخرج على الأصل الثانى بالاتفاق، والوجه الثالث أخرجه محمد على الأول، وهما على الثانى. (٤)

(١١) قوله: "لا يوجب العقر [وهو صداق المرأة إذا وطئت بشبهة. مغرب]" لأن حق الغرماء لا يتعلق بمنافع يضعها؛ لأنها ليست بمال، وكذا خذ الغلة، فإن المولى إذا ضرب على عبده غلة، وهو مديون يصح، ولو أخذ لا يكون مضموناً على المولى، فكان منكراً لا مقراً، كذا ذكره الإمام الكسائى. (ك)

إلى حالة معهودة منافية للضمان .

قال^(١) : وإذا أمر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل^(٢) ، فقتله ، فعلى عاقلة الصبي الدية ؛ لأنه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطأه سواء على ما بينا من قبل^(٣) ، ولا شيء على الأمر ، وكذا إذا كان الأمر صبياً ؛ لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ؛ لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر أبداً ، ويرجعون على العبد الأمر بعد الإعتاق ؛ لأن عدم الاعتبار لحق المولى ، وقد زال لانتقص أهلية العبد ، بخلاف الصبي ؛ لأنه قاصر الأهلية .

قال^(٤) : وكذلك إن أمر عبداً ، معناه أن يكون الأمر عبداً ، والمأمور عبداً محجوراً عليهما ، يخاطب مولى القاتل بالدفع ، أو الفداء^(٥) ؛ ولا رجوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ؛ لأنه غير مضطر^(٦) في دفع الزيادة .

وهذا إذا كان القتل خطأ ، وكذا إذا كان عمداً ، والعبد^(٧) القاتل صغيراً ؛ لأن عمده^(٨) خطأ أما إذا كان^(٩) كبيراً يجب القصاص ؛ لجريانه بين الحر والعبد .

(١) أى محمد . (عيني)

(٢) قوله : " وإذا أمر العبد إلخ " قيد بالعبد ؛ لأنه لو كان الأمر حراً بالغاً يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الأمر ، وقيد بالمحجور عليه ؛ لأنه لو كان مكاتباً بالغاً يرجع عاقلة الصبي عليه بأقل من قيمته ، ومن الدية ، بخلاف ما إذا كان الأمر عبداً مأذوناً ، حيث لا يرجعون عليه إلا بعد العتق ، وقوله : صبياً حراً ، قيد بالحر لأنه لو كان عبداً لا يجب الدية ، بل يدفع أو يفدى . (كفاية)

(٣) إشارة إلى ما ذكر قبيل فصل الجنين .

(٤) أى محمد . (عيني)

(٥) قوله : " يخاطب إلخ " هذا الحكم لا يقتضى أن يكون الأمر والمأمور كلاهما محجوراً عليهما لا محالة ، بل يقتضى بأن يكون الأمر محجوراً عليه ؛ لأنه إذا أمر العبد المحجور العبد المأذون ، وباقى المسألة بحالها ، فالحكم كذلك ، أما لو كان الأمر عبداً مأذوناً ، والمأمور عبداً محجوراً أو مأذوناً يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والفداء على رقبة العبد الأمر في الحال بقيمة عبده ؛ لأن الأمر بأمره صار غاصباً للمأمور ، فصار كإقراره بالغصب ، والعبد المأذون لو أقر بالغصب يؤاخذ به في حال رقه ، بخلاف المحجور على ما ذكرنا . (كفاية)

(٦) قوله : " لأنه غير مضطر إلخ " فإن القيمة إذا كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة ، بل يدفع العبد . (شرح وقاية)

قوله : " غير مضطر " أى لا ضرورة له في إعطاء الزيادة ؛ لأنه يتخلص عن عهدة الضمان بإعطاء الأقل من الفداء وقيمة العبد . (عناية للشيخ أكمل الدين رحمه الله تعالى)

(٧) الواو حالية .

(٨) صغير .

قال^(١): وإذا قتل العبد رجلين عمداً، ولكل واحد منهما وليان، فعفا أحد وليي كل واحد منهما، فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين، أو يفديه بعشرة آلاف درهم؛ لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا، فصار كما لو وجب المال من الابتداء، وهذا لأن حقهم^(٢) في الرقبة، أو في عشرين ألفاً، وقد سقط نصيب العاقين، وهو النصف وبقي النصف.

فإن كان قتل^(٣) أحدهما عمداً، والآخر خطأ، فعفا أحد وليي العمد، فإن فداه المولى، فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ؛ لأنه لما انقلب^(٤) العمد مالا، كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف، وحق أحد وليي العمد^(٥) في نصفها خمسة آلاف، ولا تضايق في الفداء، فتجب خمسة عشر ألفاً.

وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً ثلثاه لوليي الخطأ، وثلثه لغير العاقى من وليي العمد عند أبي حنيفة.

وقالوا: يدفعه أرباعاً ثلاثاً أرباعه لولي الخطأ، وربعه لولي العمد، فالقسمة عندهما بطريق المنازعة^(٦)، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعة

(٩) العبد القاتل.

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) أولياء.

(٣) العبد.

(٤) بعفو الولي.

(٥) أي إلى ولي الخطأ، وولي العمد.

(٦) قوله: "في القسمة عندهما إلخ" أصل هذا ما اتفقوا عليه، أن قسمة العين، إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها، كانت القسمة بطريق العول والمضاربة؛ لعدم التضايق في الذمة، فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال، فيضرب بجميع حقه، أما إذا وجبت قسمة العين ابتداءً، لا بسبب دين في الذمة كمسألة بيع الفضولي، وهي أن فضولياً لو باع عبداً إنسان كله، وفضولياً آخر باع نصفه، وأجاز المولى البيعين، كان العبدان المشترين أرباعاً، فكانت القسمة بطريق المنازعة؛ لأن الحق الثابت في العين ابتداءً لا يثبت بصفة الكمال، وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد: في هذه المسألة ثلاثة أرباع: العبد المدفوع لولي الخطأ، وربعه للساكت من ولي العمد؛ لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة، فإذا عفا أحدهما بطل حقه، وفرغ النصف، فيتعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة، وبقي النصف الآخر، واستوت منازعة ولي الخطأ، والساكت من ولي العمد في هذا النصف، فصار هذا النصف بينهما نصفين، فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً، كما في مسألة الفضولين، ولأبي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد، بل في الأرض الذي هو بدل المثلث، والقسمة بينهما في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة، وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف، وحق شريك العاقى في خمسة، ويضرب كل واحد منهما بحصته، كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم، ألفان لرجل وألف لآخر، مات وترك ألف درهم، كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة،

الفريقين^(١) في النصف الآخر فيتنصف^(٢)، فهذا يقسم أرباعاً، وعنده يقسم بطريق العول^(٣)، والمضاربة أثلاثاً؛ لأن الحق تعلق بالرقبة، أصله التركة المستغرقة بالديون، فيضرب^(٤) هذا بالكل، وذلك بالنصف، ولهذه السألة نظائر وأضداد، ذكرناها في "الزيادات"^(٥).

قال^(٦): وإذا كان عبد بين رجلين، فقتل مولى لهما أى قريباً لهما^(٧)، فعفا أحدهما بطل الجميع^(٨) عند أبي حنيفة^(٩). وقالوا^(١٠): يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر، أو يفديه بربع الدية، وذكر فى بعض النسخ قتل ولياً لهما، والمراد^(١١) القريب أيضاً.

وذكر فى بعض النسخ^(١٢) قول محمد مع أبى حنيفة^(١٣)، وذكر فى "الزيادات" عبد قتل مولاه، وله ابنتان، فعفا أحد الابنتين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد،

ثانها لصاحب الألفين، وثالثها لصاحب الألف، كذا هذا بخلاف بيم الفضولى؛ لأن الملك يثبت للمشتري ابتداءً. (٤)

(١) أى ولي الخطأ، وأحد ولي العمد.

(٢) النصف الآخر.

(٣) قوله: "العول" أصل العول هو زيادة سهام الورثة إذا كثرت الفروض على مخرج سهام المفروضة الذى يقال له أصل المسألة.

(٤) قوله: "فيضرب" قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئاً يحكم ماله من الثلث؛ (مغرب)

(٥) قوله: "فى الزيادات" لصاحب "المحيط" والقاضى خان أيضاً ولأبى القاسم أحمد بن محمد بن عمر العتابى ولأبى عبد الله محمد بن عيسى الضرير وللناج ولصاحب "الهداية"، ونقل الأكملى فى "العناية" منها فى باب الاستثناء. (كشف الظنون)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) كأبيهما وأخيها. (زيلعى)

(٨) أى بطل حق الآخر فى النفس والمال جميعاً. (٤)

(٩) قوله: "عند أبى حنيفة إلخ" لئلا أن القصاص وجب حقاً لهما، أى لكل واحد منهما فى النصف من غير تعيين، فاحتمل أنه وجب لكل منهما فى كل العبد أو فى النصف متردداً بين نصفه ونصف صاحبه، أو فيهما شائعاً، وكل ذلك لا يمنع وجوب القود؛ لأن أجزاء العبد فى شئ القود ليس بعضها أولى من بعض، والعاقبة لما عفا سقط نصيبه، وانقلب نصيب الآخر مالا، وذلك النصيب هو النصف، فاحتمل وجوب هذا المال كله من كل وجه، بأن يعتبر متعلقاً بنصيب صاحبه، واحتمل السقوط من كل وجه، بأن يعتبر متعلقاً بنصيب نفسه، واحتمل وجوب النصف، بأن يعتبر متعلقاً بهما شائعاً، فوقم الشك، والمال لا يجب بالشك. (مل)

(١٠) قوله: "وقالوا: يدفع إلخ" يعنى أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالا يعفو صاحبه، صيار نصفه فى ملكه، ونصفه فى ملك صاحبه، فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربم، وما أصاب ملك نفسه سقط. (كفاية)

(١١) بالولى.

(١٢) أى نسخ "الجامع الصغير".

(١٣) والأشهر أنه مع أبى يوسف. (٤)

وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب، ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف، أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيع (١).
 لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما، انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا، غير أنه شائع في الكل (٢)، فيكون نصفه في نصيبه (٣)، والنصف في نصيب (٤) صاحبه (٥)، فما يكون في نصيبه، سقط ضرورة، أن المولى لا يستوجب على عبده مالا (٦)، وما (٧) كان في نصيب صاحبه (٨) بقى، ونصف النصف هو الربع، فلهذا يقال (٩): ادفع (١٠) نصف نصيبك، أو افتده بربع الدية. ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول؛ لأنه بدل دمه (١١)، ولهذا تقضى منه ديونه (١٢)، وتنفذ به وصاياه (١٣)، ثم الورثة يخلفونه (١٤) فيه عند الفراغ من حاجته، المولى لا يستوجب على عبده ديناً، فلا تخلفه الورثة فيه.

فصل (١٥)

ومن قتل عبداً خطأ، فعليه قيمته، لا تزداد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت

(١) قوله: "ثبت في العبد إلخ" يعنى أن حق واحد من الموليين فى نصف القصاص شائئاً؛ لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له؛ لأن العبد فى حق الدم بقى على أصل الحرية، والمولى من دمه كأجنى، فيستحق دمه بالقصاص، فإذا وجب، وجب لكل منهما نصف القود شائئاً، نصفه فى ملكه، ونصفه فى ملك صاحبه، فإذا انقلب نصيب أحدهما مالا بغير الآخر، انقلب شائئاً، فما صادف ملكه سقط، وبقى ما صادف ملك صاحبه، وهو الربع. (ملخصات الحواشى)

(٢) لعدم الانقسام.

(٣) آخر.

(٤) آخر.

(٥) العافى.

(٦) ودينياً.

(٧) وهو نصف النصف.

(٨) العافى.

(٩) للعافى.

(١٠) إلى الآخر.

(١١) مقتول.

(١٢) مقتول.

(١٣) مقتول.

(١٤) مقتول.

(١٥) قوله: "فصل" لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد، شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد، فقدم الأول

ترجيحاً لجانب الفاعلية. (٦)

قيمته عشرة آلاف درهم، أو أكثر، قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة*، وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة^(٢)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى^(٣): تجب قيمته بالغة ما بلغت، ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً، فهلك في يده، تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع.

لهما أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى^(٤)؛ وهو^(٥) لا يملك العبد إلا من حيث المالية، ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد^(٦)، وبقائه^(٧) ببقاء المالية أصلاً^(٨)، أو بدلاً^(٩)، وصار كقليل القيمة^(١٠) وكالغصب^(١١). ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ أوجبها^(١٢) مطلقاً^(١٣)، وهي اسم للواجب بمقابلة الأدمية، ولأن فيه معنى الأدمية حتى كان

* راجع نصب الرابية ج ٤ ص ٣٨٩، والدرية ج ٢ ص ٢٨٣ تحت الحديث ١٠٤٤ (نعيم)

(٢) قوله: "خمسة آلاف إلا عشرة" هذا أظهر الروايتين، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة. (ك)

(٣) قوله: "وقال أبو يوسف والشافعي: إلخ" هذا القول من أبي يوسف قوله الآخر، وكان يقول أولاً: مثل قولهما، وهذا الاختلاف بناء على أن الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال، أم ضمان النفس. فأبو يوسف والشافعي رجحا جانب المالية؛ لأن ضمان المال بالمال أصل، وضمنان ما ليس بمال بالمال، بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه، بخلاف القياس. (ك)

(٤) قوله: "ولهذا يجب [الضمان] للمولى إلخ" يعني لو كان بدل الدم لكان للعبد؛ إذ هو في حق الدية مبقى على أصل الحرية، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى بالقصاص على عبده، فإن قيل: وجوب الدية للمولى لا يدل على كونه بدل المالية، ألا ترى أن القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمداً، وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق، قلنا: استيفاء القصاص مبنى على الولاية، قال عليه السلام: «السلطان ولي من لا ولي له»، والمولى ولي العبد، فيجب القصاص له، فأما استحقاق المال لا يبتنى على الولاية، بل على الإرث إذا وجد سببه، ولا يجرى الإرث بين المولى وعبده، فعلم أنه إنما يستحقه ليجبر فوات ملكه، كما في سائر الأموال، وكما في الغصب. (ك)

(٥) مولى.

(٦) قوله: "يبقى العقد" أي لو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقى العقد باعتباره؛ لأن البيع يتناول المالية. (ك)

(٧) عقد.

(٨) إن بقى العين.

(٩) إن هلكت العين.

(١٠) أي كالعبد الذي قتل، وقيمته أقل من عشرة آلاف درهم تجب قيمته أية كانت، فكذا هذا.

(١١) فإنه يجب قيمة المغضوب بالغة ما بلغت.

(١٢) في الخطأ.

(١٣) من غير تفصيل بين الحر والعبد.

مكلفاً^(١)، وفيه معنى المالية^(٢)، والادمية أعلاهما، فيجب اعتبارها بأهدار الأدنى^(٣) عند تعذر الجمع بينهما^(٤).

وضمن الغصب^(٥) بمقابلة المالية؛ إذ الغصب لا يرد إلا على المال^(٦)، وبقاء العقد يتبع الفائدة^(٧)، حتى يبقى^(٨) بعد قتله^(٩) عمداً، وإن^(١٠) لم يكن القصاص بدلا عن المالية، فكذلك أمر الدية، وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية^(١١)، إلا أنه لا سمع فيه، فقد رناه بقيمته رأياً.

بخلاف كثير القيمة؛ لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته، وتعين العشرة بأثر^(١٢) عبد الله بن عباس رضی الله تعالى عنهما.

قال^(١٣): وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف^(١٤) إلا خمسة؛

(١) بلا خلاف. (٤)

(٢) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف. (٤)

(٣) هي المالية. (زيلعي)

(٤) قوله: "عند تعذر الجمع بينهما" ودليل التعذر أنه لا يضمن الدية مع كمال القيمة في الخطأ، ولا يستوفي القصاص مع كمال القيمة في العمد. (كفاية)

(٥) جواب عن قولهما: وكالغصب. (٤)

(٦) قوله: "لا يرد إلا على المال" وليس القتل بمنزلة استهلاك سائر الأموال؛ لأن ضمان الأموال يشبه ضمان التجارة، ألا ترى أن العبد المأذون لو أقر بقتل دابة إنسان جاز إقراره، وبقتل عبده لم يحز إقراره، وكذا تجب الكفارة بقتل العبد دون قتل الدابة على أن ضمان قتل العبد ضمان الجنائية، فيكون سبيله سبيل الجنایات دون سبيل ضمان الأموال. (ك)

(٧) قوله: "وبقاء العقد إلخ" هذا جواب عما قالوا: إن العقد باق بعد ما قتل المبيع في يد البائع، وبقاءه بقاء المالية أصلاً، أو بدلا، فأجاب أن بقاء العقد في تلك الصورة لاشتمال البقاء على الفائدة، لا يكون القيمة بدلا عن المالية بدليل أن القتل لو كان عمداً يبقى العقد أيضاً لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ البيع، واستيفاء القصاص، فكما أن القصاص ليس يبدل المالية إجماعاً، فكذا أمر الدية. (ك)

(٨) العقد.

(٩) عبد.

(١٠) الواو وصلية.

(١١) قوله: "وفي قليل القيمة إلخ" جواب عن قولهما: وصار كقليل القيمة. (٤)

(١٢) قوله: "بأثر عبد الله بن عباس" وفي عامة الكتب بأثر عبد الله بن مسعود رضی الله عنهم، وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم، رواه القدوري في "شرح مختصر الكرخي"، وبه قال النخعي والشعبي.

ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبه، كذا قال على القاري: وهذا كالمروي عن رسول الله ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها بالسما ع من صاحب الوحي. (مل)

(١٣) أي القدوري. (عيني)

لأن اليد من الآدمي نصفه، فتعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته^(١)، وكل ما يقدر من دية الحر، فهو مقدر من قيمة العبد^(٢)؛ لأن القيمة في العبد كالدية في الحر، إذ هو^(٣) بدل الدم على ما قررنا^(٤)، وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً، فماتت في يده، فعليه تمام قيمتها؛ لما بينا، أن ضمان الغصب ضمان المالية.

قال^(٥): ومن قطع يد عبد، فأعتقه المولى، ثم مات^(٦) من ذلك، فإن كان له ورثة غير المولى، فلا قصاص فيه، وإلا اقتص منه، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوسف.

وقال محمد: لا قصاص في ذلك، وعلى القاطع أرش اليد، وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه، ويبطل الفضل.

وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول^(٧) لاشتباهه من له الحق^(٨)؛ لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى^(٩)، وعلى اعتبار الحالة الثانية^(١٠) يكون^(١١) للورثة^(١٢)، فتحقق

(١٤) قوله: "لا يزداد [على هذا المقدار. ع] إلخ" هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، وفي "المبسوط": يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب إلا في رواية عن محمد أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة، وهذا لأن العبد في حكم الجنابة على أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجب القصاص بحال، ولا يتحملها العاقلة. إلا أن محمداً قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله، كما لو قطع يد عبد، والعبد يساوي ثلاثين ألفاً، ضمن خمسة عشر ألفاً. (ك)

(١) عبد.

(٢) قوله: "فهو مقدر إلخ" يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد؛ لأنه يجب في الحر نصف عشر الدية. (٤)

(٣) أي الدية.

(٤) قوله: "على ما قررنا" إشارة إلى قوله: ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مَسْلُومَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾. (٤)

(٥) أي محمد. (عيني)

(٦) العبد.

(٧) يعني فيما إذا كان له ورثة غير المولى. (٤)

(٨) يعني المستوفى وجهاته تمتم القصاص. (٤)

(٩) لأنه عبد في تلك الحالة.

(١٠) أي الموت.

(١١) الحق.

(١٢) لأنه حر عند الموت.

الاشتباه، وتعذر الاستيفاء، فلا يجب على وجه يستوفى، وفيه الكلام^(١).
واجتماعهما لا يزيل الاشتباه^(٢)؛ لأن المملكين فى الحالين، بخلاف العبد
الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل؛ لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من
وقت الجرح إلى وقت الموت، فإذا اجتمعا زال الاشتباه.

ولمحمد فى الخلافية، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى، أن سبب
الولاية قد اختلف؛ لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين^(٣)، والوراثة بالولاء على
اعتبار الأخرى^(٤)، فنزل^(٥) منزلة اختلاف المستحق^(٦) فيما يحتاط فيه^(٧)، كما إذا
قال لآخر: بعتنى هذه الجارية بكذا، فقال المولى: زوجتها منك، لا يحل^(٨) له
وطئها.

ولأن الإعتاق^(٩) قاطع للسراية^(١٠)، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا
سراية^(١١)، والسراية بلا قطع، فيمتنع القصاص^(١٢).

(١) قوله: "وفيه الكلام" أى فى وجوب على وجه يستوفى، ولا كلام فى أصل الوجوب؛ لأن الوجوب لإفادة
الاستيفاء، فإذا فات المطلوب منه، سقط اعتباره. (ك)

(٢) قوله: "واجتماعهما إلخ" جواب عما يقال: سلمنا أن من له الحق مشتبهها لكن يزول باجتماعهما، ووجهه أن
اجتماعهما لا يزيله؛ لأن الملك فى الحالين مختلف، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت، وللورثة بالعكس، وعند
الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام، فلا يكون الاجتماع مفيداً، بخلاف العبد الموصى لخدمته لرجل،
وبرقبته لآخر؛ فإن كل واحد منهما لم ينفرد للقصاص؛ لأن الموصى له بالخدمة، لا ملك له فى الرقبة، والموصى له بالرقبة
إذا استوفى للقصاص سقط حق الموصى له بالخدمة؛ لأن الرقبة قاتة، لا إلى بدل، فلا يملك إبطال حقه عليه، ولكن إذا
اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه، فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه. (عناية)

(٣) أى حالة الجرح قبل العتق. (٤)

(٤) أى حالة الموت بعد العتق. (٥)

(٥) أى اختلاف الأسباب.

(٦) أى الدماء والفروج. (٧)

(٧) قوله: "فيما يحتاط فيه" أى فيما لا يثبت بالشبهات، احترز بهذا عن قال لآخر: لك على ألف درهم من
قرض، فقال المقر له: لا، بل من ثمن مبيع، فإنه يقضى بالمال، وإن اختلف السبب؛ لأن ذلك من الأموال، ويجرى البذل
والإباحة فيها، ولا يبالي باختلاف السبب. (ك)

(٨) لاجتماع السبب.

(٩) ألا ترى أن من جرح عبد إنسان، ثم أعتقه مولاه، ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص، ولا القيمة.

(١٠) وذلك لأن الإعتاق يعتبر النهاية مخالفاً للبدية. (١١)

(١١) يبقى الجرح بلا سراية" فإن قيل: ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحاً بلا سراية، أوجب بأنه
لا يجب نظراً إلى حقيقة الجنابة، وهو القتل؛ لأنه إذا سرى تبين أن الجنابة قتل لا قطع. (١٢)

(١٢) كأنه تلف بأفة سماوية. (٤)

ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية^(١) للمولى، فيستوفيه^(٢)، وهذا لأن المقضى له^(٣) معلوم، والحكم^(٤) متحد، فوجب القول بالاستيفاء.

بخلاف الفصل الأول^(٥)؛ لأن المقضى له مجهول^(٦)، ولا معتبر باختلاف السبب ههنا^(٧)؛ لأن الحكم لا يختلف، بخلاف تلك المسألة^(٨)؛ لأن ملك اليمين يغير ملك النكاح حكماً.

والإعتاق^(٩) لا يقطع السراية لذاته، بل لاشتباهاً من له الحق، وذلك في الخطأ^(١٠) دون العمد؛ لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى^(١١)، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت؛ لحرية، فيقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فجاء الاشتباه. أما العمد فموجبه القصاص، والعبد مبقى على أصل الحرية فيه^(١٢)، وعلى اعتبار أن يكون الحق له^(١٣)، فالمولى هو الذى يتولاه^(١٤)، إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فى من له الحق، وإذا امتنع القصاص فى

(١) قوله: "ثبوت الولاية" أى ثبوت ولاية استيفاء القصاص فى العمد للمولى. (كفاية)

(٢) القصاص.

(٣) هو المولى. (٤)

(٤) وهو استيفاء القصاص. (٤)

(٥) قوله: "الفصل الأول" يعنى ما إذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص بالاتفاق؛ لأن المقضى له مجهول. (عناية)

(٦) قوله: "لأن المقضى له مجهول" لأننا لو اعتبرنا حالة الجرح، فالمقضى له المولى، ولو اعتبرنا حالة الموت، فالمقضى له الورثة. (ك)

(٧) قوله: "ولا معتبر باختلاف السبب ههنا" أى فى الفصل الثانى، وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك فى العمد، واختلاف السبب هو أننا لو اعتبرنا حالة الجرح كان السبب هو الملك، ولو اعتبرنا حالة الموت كان السبب هو الولاء، ولا اعتبار له؛ لأن المقصود، وهو الحكم الذى هو استيفاء القصاص متحد. (ك)

(٨) قوله: "بخلاف تلك المسألة [أى مسألة الجارية]" يعنى المستشهد بها بقوله: كما إذا قال لآخر: يعنى هذه الجارية إلخ، فإن الحكم فيها مختلف؛ لأن ملك العين يغير ملك النكاح حكماً؛ لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً، وملك اليمين قد لا يثبت مقصوداً، فاختلف السبب. (عناية)

(٩) جواب عن قوله: لأن الإعتاق قاطع للسراية. (٤)

(١٠) قوله: "وذلك فى الخطأ" حتى إن من جرح عبد إنسان خطأ، ثم أعتقه مولاه، ثم مات من تلك الجراحة ينقطع السراية، فلا يلزمه الدية، ولا القيمة. (ك)

(١١) لكونه قبل العتق. (٤)

(١٢) قصاص.

(١٣) عبد.

(١٤) بطريق الخلافة عنه. (٤)

الفصلين عند محمد يجب ارش اليد، وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا^(١)؛ لأنه حصل على ملكه^(٢)، ويطل الفضل، وعندهما الجواب في الفصل الأول^(٣) كالجواب عند محمد في الثاني^(٤).

قال^(٥): ومن قال لعبيده: أحدكما حر، ثم شجاً، فأوقع العتق^(٦) على أحدهما، فأرشهما للمولى؛ لأن العتق غير نازل في المعين^(٧)، والشجة تصادف المعين، فبقيا^(٨) مملوكين في حق الشجة.

ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد^(٩)، والفرق أن البيان إنشاء من وجه^(١٠)، وإظهار من وجه^(١١) على ما عرّف^(١٢)، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان^(١٣)، فاعتبر إنشاء في حقهما، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان، فاعتبرناه إظهاراً محضاً

(١) عن قريب.

(٢) مولى.

(٣) هو ما إذا كان له وارث غير المولى. (ك)

(٤) هو ما إذا لم يكن له وارث. (ك)

(٥) أي محمد. (عيني).

(٦) قوله: "فأوقع العتق" أي بين ذلك الميهم بالتعين في أحدهما، وإنما ذكر بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الأرش معيناً، وإن كان وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل، فإنه إذا قتل: أحدكما حر، فمات أحدهما، أو قتل تعين العتق في الآخر. (عناية)

(٧) للإبهام.

(٨) فيكون أرشهما للمالك. (٤)

(٩) قوله: "تجب دية حر، وقيمة عبد" هذا إذا كان القاتل واحداً، وقتلها معاً، واستوت قيمتهما أما إذا كان القاتل اثنين فيجىء بعده.

وأما إذا قتلها الواحد على التعاقب، فعليه قيمة الأول للمولى، ودية الآخر لورثته؛ لأن بقتل أحدهما تعين الآخر للعتق، فبين أنه قتله، وهو حر، وأما لو قتلها معاً كان عليه قيمة، ودية حر إن استوت القيمتان.

وإن اختلف فعليه نصف قيمة كل واحد منهما، ودية حر؛ لأننا نتيقن أنه قتل عبداً وحرًا، وقتل الحر يوجب الدية، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما، ونصف دية كل واحد منهما، ولأن البيان فات حين قتلا، وعند فوت البيان يشيع العتق فيهما. (ك)

(١٠) قوله: "إنشاء [للعق] من وجه" حتى يشترط صلاحية المحل للإنشاء، فلو مات أحدهما، فبين العتق فيه

لا يصح. (٤)

(١١) قوله: "وإظهار من وجه" حتى يجبر عليه، ولو كان إنشاء من كل وجه؛ لما أجبر عليه؛ لأنه لا يجبر على

إنشاء العتق. (٤)

(١٢) في أصول الفقه.

(١٣) قوله: "لم يبق محلاً للبيان" أي البيان الذي هو إنشاء من وجه؛ لأنه ليس محلاً للإنشاء، فلا يكون محلاً لهذا

البيان، وأما البيان المحض الذي هو الإظهار فقط؛ فالمرت محله. (أعظمي)

وأحدهما حر بيقين، فتجب قيمة عبد ودية حر.

بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين^(١)؛ لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً، وكل منهما ينكر ذلك. ولأن القياس^(٢) يأبى ثبوت العتق في المجهول؛ لأنه لا يفيد فائدة^(٣)، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم^(٤)، فيتقدر بقدر الضرورة، وهي في النفس^(٥) دون الأطراف^(٦)، فبقى مملوكاً في حقهما^(٧).

قال^(٨): ومن فقاً عيني عبد، فإن شاء المولى دفع عبده، وأخذ قيمته، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته. وقال الشافعي: يضمه^(٩) كل القيمة ويمسك^(١٠) الجثة؛ لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفئات، فبقى الباقي على ملكه، كما إذا قطع إحدى يديه^(١١)، أو فقاً إحدى عينيه.

ونحن نقول: إن المالية قائمة في الذات، وهي معتبرة في حق الأطراف؛ لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه^(١٢)، وإذا كانت^(١٣) معتبرة^(١٤)، وقد وجد

(١) قوله: "حيث تجب قيمة المملوكين" هذا إذا قتلها معاً، ولا يدري أيهما قتل أولاً، أما إذا قتلها رجلان، فإن كان قتلها على التعاقب، فعلى القاتل الأول قيمة الأول لمولاه، وعلى القاتل الثاني دية لورثته؛ لأن العتق تعين، وأما لو قتلها معاً، فعلى كل واحد منها قيمة عبد؛ لأن كل واحد من القاتلين إنما قتل أحدهما بعينه، والعتق في حق المعين، كأنه غير نازل، فكان كل واحد منهما مملوكاً عيناً، وإنما نزل العتق في المنكر، ولا نتيقن أن كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر، وإنما يجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به، وهو القيمة. (ك)

(٢) فرق آخر بين الشجة والقتل.

(٣) قوله: "لأنه لا يفيد فائدة" [وفي نسخة: فائدته] أي فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة، وما هو كذلك، فلا يعتبر به في الشرع. (عناية)

(٤) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه. (٤)

(٥) لأنها محل العتق. (٤)

(٦) لأنها انحلت حل تبعاً.

(٧) أي فبقى العبد مملوكاً في حق الأطراف على أصل القياس. (٤)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) المولى

(١٠) المولى.

(١١) وكما إذا قطع إحدى حر أو مدبر.

إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة، والضمان يتقدر بقيمة الكل، فوجب أن يتملك^(١) الجثة؛ دفعاً للضرر، ورعاية للمماثلة.

بخلاف ما إذا فقأ عيني حر؛ لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر؛ لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين، وفقاً لإحدى العينين^(٢) لم يوجد تفويت جنس المنفعة.

ولهما^(٣) أن معنى المالية لما كان معتبراً ووجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه^(٤)، كما في سائر الأموال، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه، وضمنه قيمته، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان.

وله أن المالية وإن^(٥) كانت معتبرة في الذات، فالآدمية غير مهددة فيه وفي الأطراف أيضاً، ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبتة فيها، ثم من أحكام الأولى^(٦) أن لا ينقسم^(٧) على الأجزاء^(٨)، ولا يتملك^(٩) الجثة، ومن

(١٢) قوله: "لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرأ عليه [أى على الذات]" أى لأن اعتبار المالية في حق الذات، قصرأ عليه ساقط أى لم يقتصر اعتبار المالية في حق الذات فحسب، بل اعتبرت في حق الأطراف أيضاً. (ك)
(١٣) قوله: "وإذا كانت إلخ" أى أن اعتبارها في حق الذات أى جميع البدن وحده مقتصرأ عليه ساقط بالإجماع، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الأطراف، ولأنها أولى باعتبار المالية فيها؛ لأنها تسلك مسلك الأموال، وإذا كانت معتبرة في الأطراف كان قيامها كقيامها في الذات وفواتها كفواتها في الذات، وكان إتلاف الأطراف كإتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة، وقد وجد الإتلاف من وجه بتفويت جنس المنفعة، فيجب الضمان، والضمان يتقدر بقيمة الكل، وأداء قيمة الكل يقتضى تملك الجثة؛ دفعا للضرر ورعاية للمماثلة. (٤)

(١٤) في الأطراف.

(١) أى من فقأ.

(٢) حتى يصير بمنزلة إتلاف الجنس. (٤)

(٣) أى لأبى يوسف ومحمد. (٤)

(٤) قوله: "على الوجه الذى قلنا" أى إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد، وأخذ قيمته. (ك)

(٥) الواو وصلية.

(٦) أى الآدمية. (٤)

(٧) قوله: "أن لا ينقسم [موجب الجناية، وهو الضمان، أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس، والطرف الفاتئ. ك] إلخ" ولهذا لا يتوزع كمال الدية على الفاتئ والباقي، بل يكون كله بإزاء الفاتئ، بأن فقأ عيني حر يجب كمال الدية، ولا يسقط من الفاتئ شىء لحصة الجثة. (حميدية)

(٨) الجثة. (٤)

(٩) الفاتئ.

أحكام الثانية^(١) أن ينقسم^(٢) ويتملك^(٣) الجثة، فوَقَرْنَا على الشبهين حظهما من الحكم.

فصل في جناية المدبر وأم الولد^(٤)

قال^(٥): وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى^(٦) الأقل من قيمته^(٧)، ومن أرشها؛ لما روى عن أبي عبيدة رضى الله تعالى عنه^(٨) أنه قضى بجناية المدبر على مولاه*؛ ولأنه صار مانعاً عن تسليمه فى الجناية بالتدبير، أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء، فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية^(٩)، وهو لا يعلم. وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الأرش، ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة^(١٠)، ولا تخيير بين الأقل والأكثر؛ لأنه

(١) أى المالية. (ك)

(٢) قوله: "أن ينقسم إلخ" كما إذا خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً، وضمنه المالك قيمة الثوب، فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم، فقلنا: يحكم أنه. وجب بجناية على الآدمى لا يجب موزعاً، وبحكم أنه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين، بل قيل له: من شرط استيفاءك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك؛ ليكون قولاً بالشبهين، وفيما قال: إلغاء لجانب الآدمية أصلاً، واعتبار لجانب المالية؛ لأن من حكم المال أن المالك بالخيار إن شاء، سلم النفس، وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها، ورجع بالنقصان، كما فى تخريق الثوب، وفيما قال الشافعى: إلغاء لجانب المالية أصلاً، واعتبار لجانب الآدمية لا غير، والقول الوسط الأعدل ما قاله أبو حنيفة؛ لأن فيما تحاذى الشبهان كان القول بتوفير الشبهين أولى. (ك)

(٣) الفاقئ.

(٤) قوله: "فصل فى جناية إلخ" لما ذكر باب جناية المملوك، والجناية عليه قدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية، وهو العبد، ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة فى اسم المملوكية، وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أخط رتبة أيضاً من المدبر فى ذلك الاسم حتى إن القاضى لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ، بخلاف المدبر وهى أنثى أيضاً، فالأنوثة والانحطاط فى اسم أوجباً تأخير ذكرها عن المدبر. (عناية)

(٥) أى القدورى. (عينى).

(٦) جناية المدبر على سيده فى ماله دون عاقلته. (ع)

(٧) أى قيمة كل منهما.

(٨) قوله: "لما روى [أخرجه ابن أبى شيبه فى "مصنفه"، كذا فى "شرح النقاية"] عن أبى عبيدة" ابن الجراح رضى الله عنه، وكان أميراً بالشام، وقضاياه تظهر بين الصحابة، وكان حكمه بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فحل محل الإجماع. (عناية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٤ تحت الحديث ١٠٤٤. (نعيم)

(٩) قوله: "فصار كما إذا فعل ذلك إلخ" أى قد عرفنا فى صورة عدم العلم بالجناية أن التدبير مانع التسليم فى حال وجود سبب وجوب التسليم، وهو الجنابة، ولا دخل لوجود السبب فى كون المانع، فيكون هذا المانع مانعاً قبل وجود السبب أيضاً لا شترهما فى كونهما مانعين من غير اختيار الفداء، فيجب الأقل من الأرش والقيمة، كما فى وجود التدبير بعد السبب مع عدم العلم به. (أعظمى)

لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة، بخلاف القن؛ لأن الرغبات صادقة^(١) في الأعيان، يفيد التخيير^(٢) بين الدفع والفداء.

وجنایات المدبر وإن^(٣) توالى لا توجب إلا قيمة واحدة؛ لأنه لا منع منه^(٤) إلا في رقبة واحدة؛ ولأن دفع القيمة كدفع العبد، وذلك لا يتكرر، فهذا كذلك، ويتضاربون^(٥) بالحصص فيها^(٦)، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه؛ لأن المنع في هذا الوقت يتحقق.

قال^(٧): فإن جنى جناية أخرى وقد^(٨) دفع المولى القيمة إلى ولى الأولى بقضاء، فلا شيء عليه^(٩)؛ لأنه مجبور على الدفع.

قال^(١٠): وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى^(١١) بالخيار إن شاء أتبع المولى^(١٢)، وإن شاء أتبع ولى الجناية، وهذا عند أبي حنيفة.

(١٠) قوله: "ولا منع من المولى في أكثر من القيمة" إذا كان الأرش أكثر من القيمة. (أعظمي)

(١) كاملة.

(٢) لاختلاف الجنس.

(٣) الواو وصلية.

(٤) مولى.

(٥) قوله: "ويتضاربون" قال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث أى يأخذ شيئاً بحكم ماله من الثلث. (مغرب)
قوله: "يتضاربون بالحصص إلخ" حتى لو قتل إنساناً خطأ، وقيمه ألف درهم، فزادت قيمته حتى صارت ألفين، وقتل آخر بعد ذلك خطأ، ثم أصابه عيب، فرجعت قيمته إلى خمس مائة، ثم قتل آخر خطأ، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنه جنى على الثاني، وقيمه ألفان، ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمة ألفين، ثم ألف من هذين الألفين لولى القتل الأوسط خاصة؛ لأن ولى الأول إنما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه، وهى ألف درهم، ولا حق له فى الألف الثانية، فيسلم ذلك لولى القتل الأوسط خاصة، وخمس مائة من الألف الأولى بين ولى القتل الأول وبين الأوسط؛ لأنه لا حق فى هذه الخمس مائة لولى القتل الثالث، وإنما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه، فيقسم هذه الخمس مائة بين الأوسط، والأول يضرب فيها للأول بعشرة آلاف، وللأوسط بتسعة آلاف؛ لأنه وصل إليه من حقه ألف، الخمس مائة الباقية بينهم جميعاً يضرب فيها للأول بعشرة آلاف؛ لأنه ما وصل إليه شيء من حقه، وتضرب فيها للأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ؛ لأنه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ، وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين، وإنما يضرب بما بقى من حقه، فيقسم الخمس مائة بينهم على ذلك. (ك)

(٦) أى فى القيمة.

(٧) أى القدرى. (عينى)

(٨) والواو للحال.

(٩) قوله: "فلا شيء عليه [مولى]" أى على المولى؛ لأنه ما التزم أكثر من قيمة واحدة بجنایات، وهو مجبور على

الدفع، فلم يبق عليه شيء. (٤)

(١٠) أى القدرى. (عينى)

(١١) أى ولى الجناية الثانية. (٤)

وقالا: لا شىء على المولى؛ لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء^(١).
ولأبى حنيفة أن المولى جانٍ بدفع^(٢) حق ولى الجناية الثانية طوعاً، وولى الأولى ضامن بقبض حقه ظلماً، فيتخير.
وهذا لأن الثانية مقارنة^(٣) حكماً من وجه، ولهذا يشارك ولى الجناية الأولى، ومتأخرة^(٤) حكماً من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها، فجعلت كالمقارنة فى حق التضمنين لابطاله^(٥) ما تعلق به من حق ولى الثانية عملاً بالشبهين^(٦).

وإذا أعتق المولى المدبر وقد^(٧) جنى جنايات، لم تلزمه إلا قيمة واحدة؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع^(٨)، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة، وأم الولد بمنزلة المدبر فى جميع ما وصفنا؛ لأن الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير.

وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره، ولا يلزمه به شىء عتق، أو لم يعتق؛ لأن موجب جناية الخطأ على سيده، وإقراره به^(٩) لا ينفذ على السيد، والله أعلم.

(١٢) قوله: "إن شاء اتبع المولى" أى بنصف القيمة فى ذمته، ثم رجع المولى على الأول؛ لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه. (عناية)

(١) لأن الدفع فعل نفسه، فصار القضاء وغير القضاء فيه سواءً. (٤)

(٢) إلى ولى الجناية الأولى.

(٣) مع الأولى.

(٤) عن الأولى.

(٥) قوله: "لإبطاله الخ" دليل وجوب الضمان على اعتبار المقارنة، فإنه إذا كان مقارناً يكون مبطلاً حق ولى الجناية الثانية بالدفع إلى الأول. (ك)

(٦) قوله: "عملاً بالشبهين" يعنى لما عملنا بشبه التأخير فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها، وجب أن يعمل بشبهه المقارنة فى حق تضمنين نصف المدفوع.

وقيل: جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمنين إذا دفع بغير قضاء؛ لأنه أبطل ما تعلق به حق الثانى، ولم يجعل كالمقارنة فى حق التضمنين إذا دفع بقضاء؛ لأنه مجبور بالدفع بقضاء عملاً بشبهى المقارنة والتأخير. (عناية)

(٧) الواو للحال.

(٨) بسبب التدبير.

(٩) المدبر.

باب غضب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك^(١)

قال^(٢): "ومن قطع يد عبده، ثم غضبه رجلٌ، ومات في يده من القطع، فعليه قيمته أقطع، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب، فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه. والفرق أن الغضب قاطعٌ للسراية^(٣)؛ لأنه سبب الملك^(٤) كالبيع^(٥)، فيصير كأنه هلك^(٦) بأفة سماوية، فتجب قيمته أقطع، ولم يوجد القاطع^(٧) في الفصل الثاني، فكانت السراية مضافةً إلى البداية، فصار المولى متلفاً، فيصير مسترداً^(٨) كيف؟ وأنه^(٩) استولى عليه^(١٠)، وهو^(١١) استرداد فيبراً الغاصب عن الضمان.

(١) قوله: "باب غضب العبد والمدبر والصبي، والجنابة في ذلك" لما ذكر حكم المدبر في الجنابة، ذكر في هذا الباب ما يرد عليه، وما يرد منه، وذكر حكم من يلحق به. (٤)

(٢) أى محمد في "الجامع الصغير". (عينى)

(٣) قوله: "أن الغضب إلخ" يعنى أن الغضب من أسباب الملك لما عرف من مذهبنا أن المضمونات تملك عند أداء الضمان، فإذا تخلل الغضب بين الجنابة والسراية ينقطع السراية، كما لو تخلل بينهما بيع، وإذا نقطعت السراية، صار كأنه غضب عبداً أقطع، ومات عنده، لا من القطع، وأما إذا قطع المولى يده عند الغاصب صار مسترداً للعبد ضرورة الاستيلاء عليه عند القطع. ألا ترى أن المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض يصير قابضاً، وبعد الاسترداد لم يوجد ما يقطع السراية، فيبراً الغاصب عن الضمان. (كفاية)

(٤) قوله: "لأنه سبب الملك إلخ" يخالف مذهبنا، فإن الغضب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء، أو رضاء؛ لأن السراية إنما ينقطع به باعتبار تبدل الملك، وإنما يتبدل الملك به إذا ملك البدل على الغاصب، أما قبله فلا نص عليه في آخر رهن "الجامع"، والباب الثانى من جناباته. إلا أنه إنما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد أقطع؛ لأن السراية، وإن لم ينقطع، فالغضب ورد على مال متقوم، فانهقد سبب الضمان، فلا يبرأ عنه الغاصب إلا إذا ارتفع الغضب، ولم يرتفع؛ لأن الشيء إنما يرتفع بما فوقه، أو مثله، ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة، ويد المولى باعتبار السراية يثبت عليه حكماً، لا حقيقة؛ لأن بعد الغضب لم يثبت يده على العبد حقيقة، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً، ولم يرتفع الغضب باتصال السراية إلى فعل المولى، فتقرر الضمان، بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغضب. (ك)

(٥) قوله: "كالبيع" والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا في العتق أن بداية الجنابة مخالفة لنهايتها، فاعتبار بداية الجنابة يوجب أن يكون الأرش للبائع، واعتبار نهايتها يوجب أن يكون للمشتري، فيصير المستحق مجهولاً، فلهذا قلنا: بأن البيع قاطع للسراية، والغضب سبب الملك كالبيع، ويتأتى فيه ما ذكرنا من الجهالة، فإن العبد لما مات في يد الغاصب، ووجب عليه الضمان صار العبد ملكاً له من وقت الغضب، فيكون ابتداء الجنابة في ملك المغصوب منه، وانتهاءها في ملك الغاصب. (ك)

(٦) العبد.

(٧) للسراية. (ن)

(٨) من الغاصب.

(٩) مولى.

(١٠) عبد.

(١١) أى الاستيلاء.

قال^(١): وإذا غضب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه، فمات في يده، فهو ضامن؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله^(٢).

قال^(٣): ومن غضب مدبراً، فجنى^(٤) عنده جنابةً، ثم رده^(٥) على المولى، فجنى عنده^(٦) جنابة أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما^(٧) نصفان؛ لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفتاء^(٨)، فيصير^(٩) مبطلاً حق أولياء الجنابة؛ إذ حقهم فيه، ولم يمنع^(١٠) إلا رقبة واحدة، فلا يزداد على قيمتها، وتكون^(١١) بين وليي الجنابتين نصفين لاستواءهما في الموجب.

قال^(١٢): ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب؛ لأنه استحق نصف البدل بسبب^(١٣) كان في يد الغاصب، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب^(١٤).

قال^(١٥): ويدفعه^(١٦) إلى ولي الجنابة الأولى، ثم يرجع بذلك^(١٧) على الغاصب، وهذا^(١٨) عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

(١) أى محمد. (عينى)

(٢) قوله: "مؤاخذ بأفعاله" وإن كان غير مؤاخذ بأقواله، وأعنى بالأقوال التى توجب المال، لا التى توجب القصاص والحدود، فإن العبد فيها بمنزلة الحر. (نهاية)

(٣) أى محمد. (عينى)

(٤) المدبر.

(٥) الغاصب.

(٦) مولى.

(٧) أى بين وليي الجنابتين. (كافى)

(٨) قوله: "من غير أن يصير الخ" فإن المولى لم يعلم وقت التدبير بجنابة تحدث من المدبر فى المستقبل، فصار هذا بمنزلة إعتاق العبد الجانى من غير علم الجنابة، فإن فيه الأقل من قيمته، ومن الأرش، فكذا هذا. (عناية)

(٩) المولى.

(١٠) المولى.

(١١) قيمة.

(١٢) أى محمد. (عينى)

(١٣) قوله: "بسبب الخ" فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد. (ت)

(١٤) أى بسبب كان فى يد الغاصب.

(١٥) أى محمد. (عينى)

(١٦) مولى، أى النصف المأخوذ من الغاصب. (٤)

(١٧) أى بالدفع إلى ولي الجنابة الأولى. (٤)

(١٨) أى هذا الدفع الثانى، والرجوع الثانى. (٤)

وقال محمد: يرجع ^(١) بنصف قيمته فيسلم له ^(٢)؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوضاً ما سلم ^(٣) لولى الجنابة الأولى، فلا يدفعه ^(٤) إليه كى لا يؤدى إلى اجتماع البدل، والمبدل فى ملك رجل واحد وكى لا يتكرر الاستحقاق ^(٥). ولهما ^(٦) أن حق الأول فى جميع القيمة ^(٧)؛ لأنه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد، وإنما انتقص ^(٨) باعتبار مزاحمة الثانى، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد فى يد المالك ^(٩) فارغاً ^(١٠) يأخذه لىتم حقه، فإذا أخذه منه ^(١١)، يرجع المولى بما أخذه على الغاصب؛ لأنه استحق من يده ^(١٢) بسبب كان فى يد الغاصب.

قال: وإن كان ^(١٣) جنى ^(١٤) عند المولى، فغضبه رجل، فجنى عنده جنابة أخرى، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب؛ لما بينا ^(١٥) فى الفصل الأول غير أن استحقاق النصف ^(١٦) حصل بالجنابة الثانية؛ إذ كانت ^(١٧) هى فى

(١) المولى على الغاصب.

(٢) قوله: "فيسلم له [أى لا يدفع إلى ولى الجنابة الأولى. ع]" أى للمولى فلما سلم للمولى نصف القيمة الذى أخذه من الغاصب فى المرة الأولى لا يرجع ثانياً على الغاصب. (ن)

(٣) المولى.

(٤) المولى.

(٥) أى استحقاق ولى الجنابة الأولى على المولى.

(٦) قوله: "ولهما أن إلخ" والجواب عن قول محمد: إن المولى ملك ما قبضه من الغاصب، ودفعه إلى ولى الجنابة الأولى عوضاً عما أخذه، ولى الجنابة الثانية دون الأولى، فلا يجتمع البدل، والمبدل فى ملك شخص واحد. (ع)

(٧) قوله: "فى جميع القيمة" واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى، فكيف يكون حق الأولى فى جميع القيمة، والجواب أن المقارنة جعلت حكماً فى حق التضمين لا غير، والأولى متقدمة حقيقة، وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم، وما أمكن توفير موجبها، فلا يمنع بلا مانع. (عناية)

(٨) حق الأول.

(٩) المولى.

(١٠) عن الحق. (زيلى) من مزاحمة ولى الجنابة الثانية. (ن)

(١١) مولى.

(١٢) مولى.

(١٣) هذه المسألة عكس المسألة السابقة من حيث الوضم. (ع)

(١٤) المدبر.

(١٥) من أن استحق عليه بسبب كان فى يد الغاصب.

(١٦) قوله: "غير أن إلخ" ذكر هذا لبيان الفرق، فإنه يدفع هذا النصف الذى أخذه من الغاصب إلى ولى الجنابة الأولى بالاتفاق، وكان لا يدفعه إليه عند محمد فى المسألة الأولى لأدائه إلى الجمع بين البدل والمبدل، وأما ههنا لو دفع إلى ولى الجنابة الأولى لا يؤدى إلى الجمع بين البدل والمبدل؛ لأنه لما كانت الجنابة الأولى عند المولى كان ما أخذه المولى

يد الغاصب، فيدفعه إلى ولي الجنابة الأولى، ولا يرجع به على الغاصب، وهذا بالإجماع^(١).

ثم وضع^(٢) المسألة في العبد، فقال^(٣): ومن غضب عبداً، فجنى في يده، ثم رده، فجنى جنابة أخرى، فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنابتين، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة، فيدفعه إلى الأول، ويرجع به^(٤) على الغاصب، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بنصف القيمة، فيسلم له^(٥)، وإن جنى عند المولى، ثم غصبه، فجنى في يده دفعه المولى نصفين، ويرجع بنصف قيمته^(٦)، فيدفعه إلى الأول، ولا يرجع به^(٧)، والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا^(٨) إلا أن في هذه الفصل يدفع المولى العبد، وفي الأول يدفع القيمة.

قال^(٩): ومن غضب مدبراً، فجنى عنده جنابة، ثم رده على المولى، ثم غصبه، ثم جنى عنده جنابة، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان؛ لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير، فتجب عليه قيمة واحدة. ثم يرجع بقيمته^(١٠) على الغاصب؛ لأن الجنابتين كانتا في يد الغاصب، فيدفع نصفها^(١١) إلى الأول؛ لأنه استحق^(١٢) كل القيمة؛ لأن عند وجود

من الغاصب بدلا عما دفع إلى ولي الجنابة الثانية؛ لأن الموجود عند الغاصب الجنابة الثانية دون الأولى، فلو دفع ذلك إلى ولي الجنابة الأولى لا يؤدي إلى الجمع بين البديل والمبدل، فيدفع؛ لأن حق ولي الجنابة الأولى كان في كل قيمة المدبر؛ لأن المدبر كان فارغاً وقت الجنابة الأولى عن مزاحمة الثانية. (ك)

(١٧) أي الجنابة الثانية.

(١) قوله: "وهذا بالإجماع" أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد فلأنه امتنع الدفع إلى ولي الجنابة الأولى في المسألة الأولى كى لا يجتمع البديل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وههنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجنابة الثانية، فإذا دفعه إلى الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد. وفي الأول يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع. (زبلى)

(٢) ثم وضع أي محمد هذه المسألة في "الجامع الصغير" في العبد بعد ما وضعها في حق المدبر؛ لأن كلتا المسألتين مذكورتان في "الجامع الصغير". (كافى)

(٣) محمد. (عيني)

(٤) قوله: "ويرجع [ثانياً] به" أي بذلك النصف الذي أعطى إلى ولي الجنابة الأولى. (ن)

(٥) أي لا يرجع ثانياً.

(٦) على الغاصب.

(٧) ثانياً.

(٨) آنفاً.

(٩) أي محمد. (عيني)

(١٠) لا بنصف قيمته.

(١١) قوله: "فيدفع نصفها [قيمتها]" أي يدفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانياً إلى ولي الجنابة الأولى. (ت)

الجنابة عليه^(١) لا حق لغيره، وإنما انتقص^(٢) بحكم المزاحمة من بعد.
قال^(٣): ويرجع به^(٤) على الغاصب؛ لأن الاستحقاق^(٥) بسبب كان في يده^(٦)،
ويسلم له^(٧)، ولا يدفعه^(٨) إلى ولي الجنابة الأولى، ولا إلى ولي الجنابة الثانية؛
لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول، وقد وصل ذلك^(٩) إليه، ثم
قيل^(١٠): هذه المسألة^(١١) على الاختلاف كأولى^(١٢)، وقيل: على الاتفاق.
والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به^(١٣) عوض عما سلم لولي الجنابة
الأولى؛ لأن الجنابة الثانية كانت في يد المالك، فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق.
أما في هذه المسألة، فيمكن أن يجعل^(١٤) عوضاً عن الجنابة الثانية لحصولها^(١٥) في

(١٢) أول.

(١) الأول.

(٢) حق الأول.

(٣) أي محمد. (عيني).

(٤) قوله: "ويرجع به [أي بالنصف]" أي بالنصف الذي دفعه ثانياً إلى ولي الجنابة الأولى. (زلمي).

(٥) قوله: "لأن الاستحقاق" إذ استحقاق الأول هذا النصف ثانياً بسبب كان في يد الغاصب. (ت)

(٦) الغاصب.

(٧) المولى.

(٨) أي ما يؤخذ من الغاصب ثانياً.

(٩) النصف.

(١٠) قوله: "ثم قيل: إلخ" يعني قال بعض المشايخ في هذه المسألة: خلاف محمد أيضاً، كما في المسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما يرجع به من القيمة على الغاصب، ولا يؤخذ ولي الجنابة الأولى ما بقي من حقه، وقيل على الاتفاق: ويأخذ ولي الجنابة الأولى تمام حقه، وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب، قيل: هذا هو الصحيح؛ لأن محمداً ذكر هذه المسألة في "الجامع الصغير" بلا خلاف، كذا ذكره فخر الإسلام في "شرح الجامع الصغير"، فعلي هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين، وقد ذكره في الكتاب، لكن في قوله: وأما في هذه المسألة، فيمكن إلخ نظراً، فإن الجنابة الثانية، وإن حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة، ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه. (ع)

(١١) أي الدفع إلى ولي الجنابة الأولى. (ك)

(١٢) أي كالمسألة الأولى.

(١٣) المولى على الغاصب.

(١٤) قوله: "فيمكن أن يجعل إلخ" يعني ما يدفع المولى ثانياً إلى ولي الجنابة الأولى من النصف الذي يرجع به المولى ثانياً على الغاصب يمكن أن يجعل عوضاً عما سلم ولي الجنابة الثانية، وما بقي في يده من ذلك عوض ما سلم لولي الجنابة الأولى، فلا يلزم اجتماع البديل والمبدل في ملك واحد، كذا في "الكفاية"، فحق ولي الجنابة الثانية في النصف، وأخذه هو من المولى، وهو أخذه عوضاً من الغاصب، وحق ولي الجنابة الأولى كل القيمة، وأخذه هو من المولى، وأخذه المولى من الغاصب. (مل)

يد الغاصب، فلا يؤدي إلى ما ذكرناه^(١).

قال^(٢): "ومن غضب^(٣) صبياً^(٤) حراً، فمات في يده فجأة، أو بحمى،

فليس عليه شيء، وإن مات من صاعقة^(٥)، أو نهسة^(٦) حية، فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان. والقياس أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الغصب في الحر لا يتحقق.

ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حرّ يداً، فإذا كان الصغير حرّاً رقبته ويداً أولى^(٧).

وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالإتلاف، وهذا إتلاف تسبياً؛ لأنه^(٨) نقله إلى أرض مسبعة، أو إلى مكان الصواعق، وهذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان^(٩)، فإذا نقله إليه، وهو^(١٠) متعدّد فيه^(١١)، وقد أزال حفظ الولي^(١٢)، فيضاف إليه^(١٣)؛ لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان^(١٤)

(١٥) أى الجنابة الثانية.

(١) قوله: "فلا يؤدي إلخ" أى إذا أمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد؛ لأن عوض الجنابة الثانية غير عوض عن الجنابة الأولى، فلا يؤدي إلى الاجتماع، فافتراقاً من هذا الوجه؛ لأن الجنابتين ههنا، وجدتا في يد الغاصب، وفي المسألة الأولى وجدت الجنابة الأولى في يد المالك، فلا يمكن أن يجعل عوضاً عن الجنابة الثانية. (ن)

(٢) أى محمد. (عيني)

(٣) قوله: "ومن غضب صبياً" فذكر الغصب في حق الحر وقع مجازاً؛ لأن الغصب إنما يتحقق في الأموال، لا في الأحرار، وأراد به إذهاب الصبي بغير إذن وليه. (نهيية)

(٤) قوله: "صبياً" يريد به صبياً لا يعبر به عن نفسه؛ لأنه إذا كان يعبر عن نفسه يعارضه بلسانه، فلا يثبت يده حكماً، وههنا قد صار في يده، فلا يعارضه بيده ولسانه، كذا في "الأسرار". (كفاية)

(٥) أتشى كه أسمان مى افتد. (م)

(٦) نهس بالفتح گزیدن را. (م)

(٧) بأن لا يضمن.

(٨) الغاصب.

(٩) فأمكن حفظه عنه. (زيلعي)

(١٠) غاصب ناقل.

(١١) النقل.

(١٢) قوله: "وقد [الواو للحال] أزال حفظ إلخ" إشارة إلى الجواب عن المكاتب الصغير، فإن الكتابة إذا صحت تثبت للمكاتب يد، فيكون في يد نفسه، صغيراً كان أو كبيراً، بخلاف الصغير الحر، فإنه في يد الولي. ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد، والصغير الحر يزوجه وليه، ففرقنا أن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير، وفيه لا يضمن، فكذا ههنا، وأما حكم الحر الكبير، فإنه إذا غضبه إنسان، ونقله إلى مكان، فأصابه شيء من هذه العوارض ينظر إن قيده

تعدياً كالحفر في الطريق^(١).

بخلاف الموت فجأة، أو بحمى؛ لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول: بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة؛ لكونه قتلاً تسبياً^(٢).

قال^(٣): وإذا أودع صبي عبداً فقتله، فعلى عاقلته الدية^(٤)، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن في الوجهين جميعاً، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا، فاستهلكه^(٥) لا يؤاخذ بالضمنان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويؤاخذ به^(٦) بعد العتق. وعند أبي يوسف والشافعي: يؤاخذ به في الحال، وعلى هذا الخلاف^(٧) الإقراض^(٨)، والإعارة في العبد والصبي.

وقال محمد في أصل "الجامع الصغير": صبي قد عقل، وفي "الجامع الكبير": وَضَع^(٩) المسألة في صبي ابن اثني عشرة سنة، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق^(١٠)؛ لأن التسليط^(١١) غير معتبر، وفعله^(١٢) معتبر.

الغاصب حتى أصابه، ولم يمكن التحرز عنه يضمن؛ لأن المغصوب حجر عن حفظ نفسه بما صنع فيه، فيجب الضمان على الغاصب، وإن لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن؛ لأن البالغ العاقل إذا لم يحفظ نفسه مع إمكانه كان التلف مضاعفاً إلى تقصيره، لا إلى الغاصب، فلا يضمن كالمأشئ إذا علم بالبر، ومشئ كذلك حتى وقع في البئر لم يضمن الحافر شيئاً، بخلاف الصغير، فإنه عاجز عن حفظ نفسه عن أسباب التلف كالمأشئ على البئر إذا لم يعلم البئر، كذا ذكره الإمام المحبوبي. (ك)

(١٣) للغاصب.

(١٤) الشرط.

(١) يضاف سقوط رجل فيه إلى الحافر، وإن كان علة السقوط ثقله؛ لأن الحفر في الطريق شرط وتعد.

(٢) لا مباشرة.

(٣) أي محمد. (عيني).

(٤) قوله: "فعلى عاقلته الدية [أراد به القيمة]" أراد القيمة، وإنما آثر لفظ الدية؛ لأنها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية، والواجب في العبد بإزاء الآدمية عند أبي حنيفة وأبي يوسف. (كافي)

(٥) العبد.

(٦) أي بالضمنان.

(٧) أي بين الطرفين وأبي يوسف.

(٨) أي إقراض المال، وإعارته للعبد والصبي، أي الإقراض والإعارة كالإيداع فيهما أي في العبد والصبي.

(مجمع الأنهر)

(٩) محمد.

(١٠) قوله: "يضمن بالاتفاق" ساعده فيه فخر الإسلام حيث ذكره في "شرح الجامع الصغير" هكذا، وأما في

غيره من "شرح الجامع الصغير" لصدر الإسلام، وقاضي خان والتمرتاشي، فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا: هبنا

لهما أنه أتلف مالا متقومًا معصومًا حقًا للمالكه، فيجب عليه الضمان، كما إذا كانت الوديعة^(١) عبدًا، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع^(٢).
 ولأبي حنيفة ومحمد: أنه أتلف مالا غير معصوم، فلا يجب الضمان، كما إذا أتلفه بإذنه^(٣)، ورضاه، وهذا^(٤) لأن العصمة تثبت حقًا له^(٥)، وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال^(٦) في يد مانعة^(٧)، فلا يبقى^(٨) مستحقًا للنظر^(٩) إلا^(١٠) إذا أقام^(١١) غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة ههنا؛ لأنه لا ولاية له^(١٢) على الصبي، ولا للصبي^(١٣) على نفسه، بخلاف البالغ والمأذون له^(١٤)؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، وبخلاف^(١٥) ما إذا كانت الوديعة عبدًا؛ لأن عصمته^(١٦) لحقه^(١٧)؛ إذ

الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلا، وإن لم يكن عاقلا، فلا يضمن في قولهم جميعًا. (٤)

(١١) من المودع.

(١٢) الصبي.

(١) عند الصبي.

(٢) قوله: "وكما إذا أتلفه إلخ" يعني أنه يضمن المتلف، ولو كان التسليط على الاستهلاك ثابتًا في حق الصبي المودع، ويثبت في حق غيره أيضًا؛ لأن المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح، وكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه، ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه. (عناية)

(٣) أي بإذن صاحب المال.

(٤) أي كونه غير معصوم.

(٥) قوله: "تثبت حقًا له [أي للمالك]" يعني أن المال غير العبد ليس بمعصوم لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه؛ إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، فلهذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (مجمع الأنهر)

(٦) قوله: "حيث وضع المال إلخ" وعادة الصبيان إتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور، فهو لما مكنته من ذلك مع علمه بحاله، صار كالإذن له في الإتلاف. (كافي)

(٧) أي من الإيداع والإعارة. (ك)

(٨) المالك.

(٩) الشفقة.

(١٠) لكن.

(١١) مالك.

(١٢) حتى يلزمه. (زيلعي)

(١٣) حتى يلتزمه. (زيلعي)

(١٤) قوله: "بخلاف البالغ والمأذون له [أي العبد المأذون له في التجارة]" يعني لو أتلفا بضمان بالإجماع؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيصح الإيداع عندهما، وبعد صحة الإيداع لو أتلف المودع الوديعة يضمن. (ك)

(١٥) حيث يضمن الصبي المودع. (ك)

(١٦) فإثبات اليد على دمه باطل. (كافي)

هو مَبْقَى على أصل الحرية في حق الدم .

وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ؛ لأنه سقطت العصمة بالإضافة^(١) إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره .

قال^(٢) : وإن استهلك^(٣) ما لا ضمن يريد به من غير إيداع ؛ لأن الصبي يُؤخذ بأفعاله ، وصحة القصد^(٤) لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب .

باب القسامة^(٥)

قال^(٦) : وإذا وجد القتل في محلة ، ولا يُعلم من قتله ، أُستحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم^(٧) الولي بالله ما قتلناه^(٨) ، ولا علمنا له قاتلاً .

(١٧) قوله: "لحقه" أى لحق العبد، لا باعتبار أن المالك يعصمه؛ لأن عصمة المالك إنما يعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليست للمولى ولاية استهلاك عبده، فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك، فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك، سواء كان المستهلك صغيراً أو كبيراً، بخلاف سائر الأموال، فإن للمالك أن يستهلكها، فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط. (ك)

(١) قوله: "لأنه سقطت العصمة [أى عصمة المال] إلخ" أى المالك بالإيداع عند الصبي إنما سقط عصمة ماله عن الصبي، لا عن غيره، وماله معصوم في حق غيره، كما كان؛ لأن التسليط إنما وجد في حق الصبي، لا في حق غيره، فصار مال الوديعه ههنا بمنزلة من وجب عليه القصاص في حق دمه، فإنه غير معصوم الدم في حق من له القصاص، ومعصوم الدم في حق غيره كما كان، فإن قيل: لو كان الإيداع من الصبي تسليطاً له على الإلتاف يضمن الأب مال الوديعه بتسليمه إلى ابنه الصغير؛ ليحفظها؛ لأن التسليم إليه تضييع على هذا التقدير، والمودع يضمن بالتضييع، ومع ذلك لا يضمن ههنا، فمننا أنه ليس بتسليط على الإلتاف، وكذا الأب إذا دفع مال الصبي إليه لا يضمن إذا تلف في يده، ولو كان تضييعاً لذلك بالتسليط يضمن، قلنا: إنما لم يضمن الأب فيهما؛ لأن يد من في عيال المودع إذا كان أهلاً لحفظ الوديعه كيد المودع، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيد مثله، فكذلك يحفظ مال غيره بيده، فكانت يد الصبي كيد الأب من هذا الوجه. (ك)

(٢) أى محمد. (عينى)

(٣) صبي.

(٤) دفع دخل وهو أن الصبي ليس له قصد صحيح.

(٥) قوله: "باب القسامة" لما كان أمر القتل في بعض الأحوال يؤول إلى القسامة، ذكره في آخر الديات في باب على حدة، وهى فى اللغة: اسم وضع موضع الأقسام، وفى الشرع: أيمان تقسم بها أهل محلة، أو دار وجد فيها قتل به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق، ولا يعلم من قتله، يقسم خمسون رجلاً من أهل المحلة، يقول كل واحد منهم: بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلاً، وسببها: وجود القتل كما ذكرنا، وركننا: إجراء اليمين على لسان كل واحد من الخمسين بالله ما قتلته، ولا علمت له قاتلاً، كما سيحىء، وشرطها: بلوغ المقسم، وعقله، وحرية، وإن يكون الميت الموجود على الكيفية المذكورة، وتكميل اليمين خمسين، فإن لم يبلغ المقسمون هذا العدد يكرر عليهم اليمين حتى يبلغ الخمسين، وحكمها: القضاء بوجوب الدية بعد الحلف، والحبس إلى الحلف إن أبوا إذا ادعى الولي العمد، والحكم بالدية عند النكول إن ادعى الولي الخطأ، ومن محاسنها خطر الدماء، وصيانتها عن الإهدار، وخلص من يتهم بالقتل عن القصاص، وتعيين الخمسين ثبت بالأحاديث المشهورة. (منجم الأئمة)

(٦) أى القدورى. (عينى)

وقال الشافعي: إذا كان هناك لوث^(١) استحلف^(٢) الأولياء^(٣) خمسين يمينا، ويُقضى لهم بالدية على المدعى عليه^(٤)، عمداً كانت الدعوى أو خطأ.

وقال مالك: يقضى بالقيود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي.

واللوثُ عندهما أن يكون هناك علامة^(٥) القتل^(٦) على واحد بعينه، أو ظاهرٌ يشهد^(٧) للمدعى من عداوةٍ ظاهرة، أو شهادة عدل، أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه، وإن لم يكن الظاهر شاهداً له^(٨)، فمذهبه^(٩) مثل مذهبنا^(١٠) غير أنه لا يكرر اليمين، بل يردّها على الولي.

فإن حلفوا^(١١) لا دية عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي^(١٢)، قوله عليه

(٧) أي يختار من القوم من يحلفهم. (٤)

(٨) قوله: "بالله ما قتلناه إلخ" هذا على طريق الحكاية عن الجمع، وأما عند الحلف: فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتل، ولا يحلف بالله ما قتلنا؛ لجواز أن يكون باشر القتل بنفسه، فيجوز على يمينه بالله ما قتلنا، فإن قيل: يجوز أنه قتل مع غيره، فيجوز على يمينه بالله ما قتل، كما في عكسه، قلنا: لا، كذلك؛ لأنه إذا حلف بالله ما قتل، وكان قتل مع غيره كان كاذباً في يمينه، فإن الجماعة متى قتلوا واحداً يكون كل واحد منهم قاتلاً، ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد، والكفارة في الخطأ. (كفاية)

(١) من لوث الماء كدره.

(٢) هو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعى.

(٣) أي أولياء المقتول.

(٤) أي إن حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه. (كافي)

(٥) كالدّم.

(٦) كه شمشير أن خود آلوده باشد. (ترجمة)

(٧) قوله: "أو ظاهر يشهد إلخ" أي ظاهر حال شاهد مدعى را باين طور كه عداوت ظاهر باشد درميان

مقتول واهل محله. (ترجمة)

(٨) للمدعى.

(٩) أي مذهب الشافعي.

(١٠) قوله: "مذهبنا" أي في بداية يمين المدعى عليه غير أنه إن لم يكمل أهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم، بل يرد على الأولياء، كما في النكول عنده، فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعى أولاً، وفي براءة أهل المحلة باليمين، فالحاصل أنه إذا وجد ظاهر يشهد للمدعى عند الشافعي يحلف المدعى، فإن حلف أنهم قتلوه خطأ، فله الدية، وإن حلف أنهم قتلوه عمداً، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، فإن نكل المدعى عن اليمين حلف المدعى عليهم، فإن حلفوا برثوا، ولا شيء عليهم، وإن نكلوا، فعليهم القصاص في قول، والدية في قول، وإن لم يكن الظاهر شاهداً للمدعى حلف أهل المحلة على ما قلنا. (كفاية)

(١١) أهل محلة.

(١٢) إذا كان الظاهر شاهداً له.

السلام^(١): «للأولياء^(٢) فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»^(٣)، ولأن اليمين تجب^(٤) على من يشهده له الظاهر، ولهذا تجب على صاحب اليد، فإذا كان الظاهر شاهداً للولى يبدأ بيمينه، ورد اليمين على المدعى أصل له^(٥)، كما فى النكول غير أن هذه^(٦) دلالة فيها نوع شبهة، والقصاص لا يجمعها، والمال يجب معها، فلهذا وجبت الدية^(٧).

ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم^(٨): «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»**، وفى رواية: «على المدعى عليه». وروى سعيد بن المسيب***: «أن النبى عليه السلام بدأ^(٩) باليهود^(١٠) بالقسامة وجعل الدية عليهم»^(١١)؛ لوجود القتل بين أظهرهم^(١٢)، ولأن اليمين حجة للدفع

(١) قوله: "قوله عليه السلام: إلخ" أصله ما روى أنه وجد قتيل من المسلمين فى قلب من قلب خبير، فرفع إلى النبى عليه السلام، ففضى استحلاف خمسين من أهل القلب، فلم يرض الأولياء بأيمانهم بسبب كفرهم، فقال لهم رسول الله عليه السلام: «يقسم منكم خمسون أنهم قتلوه»، فقالوا: كيف نقسم على ما لا علم لنا قطعاً، فودى النبى عليه السلام من ماله، فأول الحديث حجتنا، وتأويل قوله: «يقسم منكم» أى أيقسم منكم استفهاماً على سبيل الإنكار، وكأنه عليه السلام رأى منهم الرغبة فى حكم الجاهلية حين أبوا إيمان اليهود، ويقولهم: "لا نرضى بيمين قوم كفار" فقال: ذلك على سبيل الزجر، فلما عرفوا كراهية رسول الله ﷺ بذلك رغبوا عنه بقولهم: "كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد". (ك)

(٢) أى أولياء المقتول.

(٣) كذا فى الكتب الستة.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٨٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٤، الحديث ١٠٤٥. (نعيم)

(٤) قوله: "تجب" كما فى سائر الدعوى، فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه؛ لأن الأصل براءة ذمة، فأما فى القسامة، فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث، فىكون اليمين حجة له. (٤)

(٥) أى للشافعى.

(٦) اليمين.

(٧) دون القصاص.

(٨) قوله: "صلى الله عليه وآله وسلم" روى الترمذى فى "سننه" أن النبى ﷺ قال فى خطبته: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه». (على قارى)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٠، والدراية ج ٢ ص ٢٨٤، الحديث ١٠٤٦. (نعيم)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩١، والدراية ج ٢ ص ٢٨٤، الحديث ١٠٤٧. (نعيم)

(٩) وكلفهم قسامة خمسين. (على القارى)

(١٠) وهم أهل القلب.

(١١) أورده فى "مسند البزار". (على قارى)

(١٢) لفظ أظهرهم مقحم، والمقصود بينهم.

دون الاستحقاق، وحاجة الولي إلى الاستحقاق.

ولهذا لا يستحق يمينه^(١) المال المتذلل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة^(٢).

وقوله: "يتخيرهم الولي" إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي؛ لأن اليمين حقه. والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل، أو صالحى أهل المحلة؛ لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل.

وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون^(٣) يفيد يمين الصالح على العلم^(٤) بأبلغ مما يفيد يمين الطالح^(٥)، ولو اختاروا^(٦) أعمى، أو محدوداً في قذف جاز؛ لأنه يمين، وليس بشهادة^(٧).

قال^(٨): فإذا حلفوا قضى على أهل المحلة^(٩) بالدية، ولا يستحلف الولي.

وقال الشافعي: لا تجب الدية^(١٠)؛ لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضى الله عنه^(١١): «تبرئكم اليهود^(١٢) بأيمانها»^(١٣)، ولأن اليمين عهدت في

(١) المدعى.

(٢) قوله: "فأولى أن لا يستحق إلخ" جواب عن أحد قولى الشافعي، وهو قول مالك: إنه يجب القصاص بيمينه، وكذلك على قوله الآخر؛ فإنه يقول: يستحق بيمينه النفس إلا أن القصاص يسقط باعتبار الشبهة، فيصار إلى الدية بدلا عن القصاص. (ك)

(٣) القاتل.

(٤) قوله: "يفيد يمين الصالح على العلم" لأن صالحى أهل المحلة إذا علموا القاتل منهم أظهروه ولم يحلفوا. (ك)

(٥) طالع بدكار خلاف صالح. (م)

(٦) أولياء.

(٧) قوله: "لأنه يمين، وليس بشهادة" يحترز بهذا التعليل عن اللعان؛ لأنه شهادة، والأعمى والمحدود في القذف ليسا من أهل الشهادة. (ك)

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "على أهل المحلة" أى على عاقلة أهل المحلة، وفى "المبسوط": إنما يقضى بالدية على عاقلة أهل المحلة فى ثلاث سنين؛ لأن حالهم هذا دون حال من باشر القتل خطأ، وإذا كانت الدية هناك على عاقلته فى ثلاث سنين، فهنا أولى. (ن)

(١٠) بعد الحلف.

(١١) قوله: "فى حديث عبد الله إلخ" قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا فى التجارة إلى خيبر، وتفرقوا بحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قلب من قلب خيبر يتشطح فى دمه، فجاءوا إلى رسول الله ﷺ ليخبروا، فأراد عبد الرحمن وهو أخ القاتل أن يتكلم، فقال عليه السلام: «الكبير الكبير» فتكلم أحد عميه حويصة ومحبيصة، وهو الأكبر منهما، وأخبره بذلك.

الشرع مبرئاً للمدعى عليه، لا ملزماً، كما في سائر الدعاوى .
ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة^(١) في حديث سهل^(٢)، وفي حديث زياد ابن أبي مريم^{(٣)*}، وكذا جمع عمر رضى الله عنه^(٤) بينهما على وادعة^(٥). وقوله عليه السلام: «تبرئكم اليهود» محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، وكذا اليمين مبرئة عما^(٦) وجب له اليمين.

والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا، بل شرعت ليظهر القصاص بتحزهم عن اليمين الكاذبة، فيُقروا بالقتل، فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص، ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتل بين أظهرهم، لا بنكولهم، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة، كما في القتل الخطأ^(٧).

ومن أبي منهم^(٨) اليمين حبس حتى يحلف؛ لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها

قال عليه السلام: «ومن قتله»، قالوا: ومن يقتله سوى اليهود؟ قال عليه السلام: «تبرئكم اليهود بأيمانهم»، فقالوا: لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه، قال عليه السلام: «أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم»، فقالوا: كيف نحلف على ما لم نعاين ولم نشاهد؟ فكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه، فواده بمائة من إبل الصدقة. (٤)

(١٢) قوله: «تبرئكم اليهود» أى جعلكم اليهود بريئاً بأيمانهم كأنهم إذا حلفوا حصل لهم البراءة منكم، فكأنهم جعلوكم قائلين: برئت إليكم. (أعظمى)

(١٣) رواه البيهقى. (على قارى)

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٩٣، والدراية ج٢ ص ٢٨٥، الحديث ١٠٤٨. (نعيم)

(١) رواه ابن أبى شيبة. (على قارى)

(٢) قوله: «فى حديث سهل [فى حديث سهل أى فى حديث رواه سهل بن أبى حشمة فى قصة قتل عبد الله بن سهل، كذا أورد العلى القارى فى «شرح النقاية»] فحديث سهل ما ذكر، وأما حديث ابن زياد فما روى خصيف عن زياد ابن أبى مريم أنه قال: جاء رجل إلى النبي عليه السلام، وقال: إني وجدت أختي قتيلا فى بنى فلان، فقال: اختر من شيوخهم خمسين رجلاً، فيحلفون بالله ما علمنا له قاتلاً، ولا قاتلاً، فقال الرجل: وليس لى من أختي إلا هذا، قال: نعم، ومائة من الإبل. (كفاية)

(٣) كذا أورد الذيلى فى تخريجه.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٩٣، والدراية ج٢ ص ٢٨٥، الحديث ١٠٤٩. (نعيم)

(٤) قوله: «وكذا جمع عمر» روى أن قتيلاً وجد بين وادعة وأرحب، وكان إلى وادعة أقرب، ففضى عليهم عمر بالقسامة والدية، فقال: وادعى يا أمير المؤمنين! لا أيماننا يدفع عن أموالنا، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال: إنما حققتم دماءكم بأيمانكم، وإنما أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم. (كفاية)

(٥) اسم قبيلة همدان.

(٦) وهو القصاص.

(٧) فإنه يجب الدية فى القتل خطأ بالتقصير فى المحافظة.

(٨) أى من أهل الحلة.

تعظيمًا لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية.

بخلاف النكول في الأموال^(١)؛ لأن اليمين بدلٌ عن أصل حقه، ولهذا يسقط^(٢) ببذل المدعى، وفيما^(٣) نحن فيه لا يسقط^(٤) ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلّة. وكذا إذا ادعى على البعض، لا بأعيانهم، والدعوى في العمد، أو الخطأ؛ لأنهم لا يتميزون عن الباقي.

ولو ادعى على البعض بأعيانهم^(٥) أنه قتل وليه عمداً، أو خطأً، فكذلك الجواب يدلّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب^(٦)، وهكذا الجواب في "المبسوط"^(٧).

وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أن في القياس تسقط القسامة، والدية عن الباقيين من أهل المحلّة، ويقال للولي: ألك بيّنة، فإن قال: لا، يستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحدة.

ووجهه^(٨) أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص^(٩) فيما إذا كان^(١٠) في مكان ينسب إلى المدعى عليهم، والمدعى يدعى القتل عليهم، وفيما وراءه بقي على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم.

وفي الاستحسان: تجب القسامة، والدية على أهل المحلّة؛ لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى، فتوجهه بالنص، لا بالقياس.

(١) حيث لا يحبس فيها.

(٢) اليمين.

(٣) أى في القتل الذى وجد في المحلّة.

(٤) اليمين.

(٥) قوله: "ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه" إلى آخر قوله: فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى، هكذا في بعض النسخ، واختاره صاحب "العناية"، وفي بعض النسخ: ولو ادعى على البعض بأعيانهم سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، انتهى. واختاره صاحب "الكفاية"، وقال: إن هذه نسخة متفقة، ولكن يرد عليه أنه وعد بيانه ههنا، ثم في الموضوع الذى وعد بيانه فيه، قال: وقد ذكرنا فيه القياس، والاستحسان، فتدبر. (مل)

(٦) قوله: "يدلّ عليه إطلاق الجواب في الكتاب" أى في كتاب القدورى إشارة إلى ما ذكره بقوله: وإذا وجد القتل في محلّة لا يعلم من قتله، استحلف خمسون رجلاً منهم إلى آخره. (عناية)

(٧) قوله: "وهكذا الجواب في "المبسوط": يعنى أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه. (٤)

(٨) أى وجه أن القسامة والدية تسقط عن أهل المحلّة.

(٩) أى القسامة والدية.

(١٠) القتل.

بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ؛ لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجباهما لأوجباهما بالقياس ، وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك أن يُثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة ؛ لأنه ليس بقسامة ؛ لانعدام النص ، وامتناع القياس .

ثم إن حلف برئ ، وإن نكل والدعوى فى المال ثبت به ^(١) ، وإن كان ^(٢) فى القصاص ، فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى ^(٣) .

قال ^(٤) : وإن لم تكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم ^(٥) حتى يتم خمسين ؛ لما روى ^(٦) أن عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة ^(٧) وفى إليه تسعة وأربعون رجلاً ، فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ، ثم قضى بالدية . وعن شريح والنخعي رضى الله عنهما مثل ذلك ^(٨) ، ولأن الخمسين واجب بالسنة ، فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يُطلب فيه ^(٩) الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ^(١٠) ، فإن كان العدد كاملاً ، فأراد الولي أن يكرر ^(١١)

(١) المال .

(٢) الدعوى .

(٣) قوله : " فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى " بين أبى حنيفة وصاحبيه حيث قال : ومن ادعى قصاصاً على غيره ، فجدد ، استحلف بالإجماع إلى آخره . (٤)

(٤) أى القدورى . (عنى)

(٥) قوله : " كررت الأيمان عليهم " لأن تكرار اليمين مشروع ، كما فى كلمات اللعان . (ك)

(٦) قوله : " لما روى أن عمر إلخ " روى ابن أبى شيبه فى " مصنفه " عن أبى مريح أن عمر بن الخطاب رد عليهم " الأيمان حتى وفوا " ، وروى عبد الرزاق فى " مصنفه " عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب استحلف امرأة خمسين يميناً على مولى لها أصيب ، ثم جعل عليها دية . (ت)

(٧) قوله : " لما قضى فى القسامة " أى لما أراد القضاء فى القسامة وفى اليمين إليه تسعة وأربعون رجلاً ، قوله : وفى جواب لما من الموافقة بمعنى الوفاء ، وجعله معطوفاً على قضى ، وجعل أفى من الفى بمعنى الرجوع يستلزم دخول الفاء فى جواب لما ، وهو غير صحيح . (أعظمى)

(٨) قوله : " وعن شريح والنخعي إلخ " قلت : حديث شريح رواه ابن أبى شيبه فى " مصنفه " : حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح قال : جاءت قسامة ، فلم يوافقوا خمسين ، فرد عليهم القسامة حتى أوفوا ، انتهى ، وحديث النخعي رواه عبد الرزاق فى " مصنفه " : أخبرنا الثورى عن مغيرة عن إبراهيم قال : إذا لم يبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يميناً . (ف)

(٩) أى لا يشتغل بطلب الفائدة فى التكرار .

(١٠) قوله : " ثم فيه استعظام إلخ " وإن سلم لزوم بيان الفائدة فى التكرار ، فالفائدة فى التكرار ، فالفائدة فيه استعظام

أمر الدم . (أعظمى)

(١١) اليمين .

على أحدهم، فليس له ذلك؛ لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال^(١): ولا قسامة على صبي، ولا مجنون؛ لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح، واليمين قول صحيح.

قال^(٢): ولا امرأة، ولا عبد؛ لأنهما ليسا من أهل النصرة، واليمين على أهلها. قال: وإن وجد ميتاً لا أثر به، فلا قسامة، ولا دية؛ لأنه ليس بقتيل؛ إذ القتل في العرف من فاته حياته بسبب يباشره حتى، وهذا ميت حتف أنفه^(٣)، والغرامة تتبع فعل العبد، والقسامة تتبع احتمال القتل. ثم يجب عليهم القسم، فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلاً، وذلك بأن يكون به جراحة، أو أثر ضرب، أو خنق. وكذا كان خرج الدم من عينه^(٤)، أو أذنه؛ لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحيّ عادة. بخلاف ما إذا خرج من فيه، أو دبره، أو ذكره^(٥)؛ لأن الدم يخرج من هذه المخارق^(٦) عادةً بغير فعل أحد، وقد ذكرناه في الشهيد^(٧).

ولو وجد بدن القتيل، أو أكثر من نصف البدن، أو النصف، ومعه الرأس في محلة، فعلى أهلها القسامة والدية. وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول، أو وجد أقل من النصف^(٨)، ومعه الرأس، أو وجد يده، أو رجله، أو رأسه، فلا شيء عليهم؛ لأن هذا^(٩) حكم عرفناه بالنص، وقد ورد به في البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي.

(١) أي القدوري. (عيني)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) قوله: "حتف أنفه" حتف بالفتح مرگ، ومات فلان حتف أنفه مرد بر فراش بدون قتل، وضرب، وغرق، وحرق. (من)

(٤) قوله: "من عينه" قال الإنزاري: صاحب "الهداية" لم يذكر الأنف، والغالب أنه سبق قلم؛ لأنه ذكر في البداية، كما ذكر القدوري، قلت: لا سهو هناك؛ لأن الدم يخرج من الأنف غالباً من الرعاف، وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل، كما إذا خرج من فمه، أو أنفه. (عيني)

(٥) قوله: "أو دبره، أو ذكره" لم يذكر الأنف، وحكمه حكم دبره، وذكره، وذكر الفم مطلقاً، وقد قيل: إذا صعد من جوفه إلى فيه، فهو دليل، وأما إن نزل من رأسه إلى فيه، فليس يصلح دليلاً على القتل، ذكره فخر الإسلام في "الزيادات". (عناية)

(٦) أي هذه المنافذ.

(٧) من أن خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها دليل القتل.

(٨) أي إذا ولو كان الأقل معه الرأس. (مجمع الأنهر)

(٩) أي القسامة.

بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن، ولا ملحق به، فلا تجرى فيه القسامة، ولأننا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان^(١) بمقابلة نفس واحدة، ولا تتواليان. والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجرى^(٢) فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي، لا تجرى فيه^(٣) القسامة تجب^(٤)، والمعنى^(٥) ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة في هذا تنسحب^(٦) على هذا الأصل؛ لأنها لا تتكرر.

ولو وجد فيهم جنين، أو سقط^(٧) ليس به أثر الضرب، فلا شيء على أهل المحلة؛ لأنه لا يفوق^(٨) الكبير حالاً.

وإن كان به أثر الضرب، وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأن الظاهر^(٩) أن تام الخلق ينفصل حياً، وإن كان ناقص الخلق، فلا شيء عليهم؛ لأنه ينفصل ميتاً، لا حياً.

قال^(١٠): وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل، فالدية على عاقلته^(١١) دون أهل المحلة؛ لأنه في يده^(١٢)، فصار كما إذا كان^(١٣) في داره^(١٤)، وكذا إذا كان

(١) قوله: "تتكرر القسامتان والديتان [وذلك لا يجوز. ع] قيل: كان ينبغي أن يقول: تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التشية؛ لأن غرضه ثبوت القسامة مكرراً، أو ثبوت الدية مكرراً، وعبارة الشارح تستلزم أن تكون أكثر من القسامتين والديتين، ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين تتكرران في خمسين نفساً. (٤)

(٢) لكونه أكثر.

(٣) لكونه أقل.

(٤) القسامة في الأول.

(٥) قوله: "والمعنى ما أشرنا إليه" وهو أن تكرار القسامة والدية في قتل واحد غير مشروع. (ك)

(٦) تنفر، انسحاب: كشيده شدن. (من)

(٧) مثلثة: بجهه" نا تمام او فتاده. (من)

(٨) أى لأن الجنين أو السقط، فإذا وجد الكبير ميتاً، لا أثر به، فلا شيء فيه، كذا هذا.

(٩) قوله: "لأن الظاهر أن الخ" إن قيل: الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ولهذا قلنا: في عين الصبي ولسانه، وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا، وإن كان الظاهر سلامتها، قلنا: اعتبار الظاهر ههنا؛ لأنه نفس من وجه، ولا كذلك الأطراف؛ لأنها يسلك بها مسلك الأموال، ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها، وأما الجنين: فنفس من وجه، وعضو من وجه، فإذا انفصل تام الخلق، وبه أثر الضرب، فالظاهر أنه ينفصل حياً اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود في المحلة، وبه أثر الجراحة يحكم أنه مقتول، وتجب القسامة والدية اعتباراً للظاهر، وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه تعظيماً للدم، وإذا انفصل ناقصاً اعتبرنا فيه جهة العضو، ولم توجب الدية التي لها خطر؛ إذ لا يتيقن بانفصاله حياً، ولا ظاهر يشهد بذلك. (ك)

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "على عاقلته" أى عاقلة السائق، سواء كان السائق مالكا للدابة، أو غير ذلك. (ن)

قائدها، أو راکبها، فإن اجتمعوا^(١١) فعليهم؛ لأن القتل في أيديهم، فصار كما إذا وجد في دارهم.

قال^(٢): وإن مرّت دابة بين قريتين، وعليها قتيل، فهو على أقربهما^(٣)؛ لما روى: «أن النبي عليه السلام^(٤) أتى بقتيل وجُد بين قريتين فأمر أن يذرع*». وعن عمر رضی الله عنه^(٥) أنه لما كتب إليه^(٦) في القتل الذي وجد بين وادعة وأرحب^(٧)، كتب بأن يقيس بين قريتين، فوجد القتل إلى وادعة أقرب، فقضی عليهم بالقسامة*». قيل: هذا^(٨) محمول على ما إذا كان^(٩) بحيث يبلغ أهله الصوت^(١٠)؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه^(١١) الغوث، فتمكنهم النصرة، وقد قصرّوا. قال^(١٢): وإن وجد القتل في دار إنسان، فالقسامة عليه^(١٣)؛ لأن الدار في

(١٢) قوله: "لأنه في يده" وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه كان يفصل الجواب، ويقول: إن هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشماً مختفياً سراً؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل. فأما إذا كان يسوقها غير محتشم نهاراً جهاراً، فلا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه، أو جده، أو أحداً من أقرباءه ميتاً، وينقله إلى بلده. (ن)

(١٣) القتل.

(١٤) أي في دار رجل.

(١) أي القائد، والراكب، والسائق.

(٢) أي محمد. (عيني)

(٣) أي ديته على أهل أقربهما.

(٤) قوله: "لما روى إلخ" قلت: رواه أبو داود الطيالسي وإسحاق بن راهويه والبخاري في "مسانيدهم"، والبيهقي في "سننه".

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٦، والدراية ج ٢ ص ٢٨٦، الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٥) قوله: "وعن عمر إلخ" قلت: رواه ابن أبي شيبة في "مصنفه". (ت)

(٦) والكاتب هو عامل عمر رضی الله عنه.

(٧) قبيلتان من همدان.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٧، والدراية ج ٢ ص ٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) أي القضاء على أقربهما. (ك)

(٩) القتل.

(١٠) أي أهل الأقرب.

(١١) ميت.

(١٢) أي القدوري. (عيني)

(١٣) قوله: "فالقسامة عليه" لأن الدار في يده، فصار صاحب الدار مع أهل المحلة بمنزلة أهل المحلة مع أهل المصر، فلما لم يدخل أهل المصر مع أهل المحلة، كذلك لا يدخل أهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة، كذا في "شرح الأقطم". (ك)

يده^(١)، والدية على عاقلته؛ لأن نصرته منهم، وقوته بهم.

قال^(٢): "ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك"^(٣) عند أبي حنيفة، وهو قول محمد. وقال أبو يوسف^(٤): هو عليهم^(٥) جميعاً؛ لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك، تكون بالسكنى. ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة^(٦)، والدية على اليهود، وإن^(٧) كانوا سُكَّانًا بخيبر*. ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان^(٨)؛ لأن سكنى الملاك ألزم، وقرارهم أدوم، فكانت ولاية التدبير إليهم، فيتحقق التقصير منهم. وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم^(٩) على أملاكهم، وكان يأخذ منهم على وجه الخراج^(١٠)***.

قال^(١١): وهو^(١٢) على أهل الخطة^(١٣) دون المشترين^(١٤)، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: الكل مشتركون؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ من

(١) قوله: "لأن الدار في يده" وهذا إذا كان العاقلة غيباً توفيقاً بينه وبين ما يجيء من قوله: فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه إلى آخره، أو هذا جواب القياس، وذلك جواب الاستحسان. (حميدية)

(٢) أي القدوري. (عينية)

(٣) قوله: "ولا تدخل السكان [بإجارة، أو بإعارة] في القسامة مع الملاك" يعني إذا كان في المحلة سكان وملاك. (ك)

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف" وهذا قوله الآخر، وكان قوله الأول كقولهما، ثم رجع إلى هذا القول، وهو قول ابن أبي ليلى. (ن)

(٥) أي على السكان والملاك.

(٦) قوله: "جعل" روى في "المبسوط" عن أبي أيوب مولى أبي قلاب عن أبي قلاب أنه قضى رسول الله ﷺ بالقسامة والدية على أهل خيبر في قتل وجد بين أظهرهم، كذا قال على القارى في "شرح النقاية".

(٧) الواو وصلية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٧، والدراية ج ٢ ص ٢٨٧ تحت الحديث ١٠٥٠. (نعيم)

(٨) قوله: "دون السكان" لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. (ن)

(٩) فهم كانوا ملاكاً.

(١٠) أي خراج المقاسمة.

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٧، والدراية ج ٢ ص ٢٨٧، الحديث ١٠٥١. (نعيم)

(١١) أي القدوري. (عينية)

(١٢) قوله: "وهو [أي وجوب القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم. ع] على أهل الخطة" أي أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلدة، وقسمها بين الغانمين بخط ليميز أنصاءهم. (ك)

(١٣) قوله: "الخطة [خطه] زمن كه دران فرود آيند وپيش ازان كسى فرود نيامده باشد. من" هو المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات. (ن)

(١٤) من أهل الخطة.

له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يُجعل جانباً مقصراً، والولاية^(١) باعتبار الملك، وقد استووا فيه^(٢).

ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف^(٣)، ولأنه أصيل، والمشتري دخيل، وولاية التدبير إلى الأصيل، وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة^(٤).

قال^(٥): وإن بقى واحد منهم فكذلك، يعنى من أهل الخطة؛ لما بينا^(٦)، وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم، فهو على المشتريين؛ لأن الولاية انتقلت إليهم^(٧)، أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم، أو يزاحمهم.

وإذا وجد^(٨) قتيل في دار، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه^(٩)، وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً، فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا قسامة على العاقلة؛ لأن رب الدار أخص به من غيره، فلا

(١) أى ولاية الحفظ. (ك)

(٢) أى أهل الخطة والمذنبون.

(٣) قوله: "هو المتعارف" فإن قلت: ما الفرق لهما بين المحلة والدار، لو كان مشترياً، وصاحب خط، ووجد القتيل فيها، فهما متساويان في القسامة والدية، ولا فرق بينهما بالإجماع، وفي حق المحلة فرق بينهما. قلت: الفارق بينهما العرف، فإن في العرف أن المشتريين قلما يزاحمون أصحاب الخطة في التدبير، والقيام بحفظ المحلة، وليس حق الدار كذلك. (ن)

(٤) قوله: "على ما شاهد بالكوفة" أى شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه، وهو أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة، ولا يشار إليهم المشترون في ذلك، فبنى الجواب على ما شاهد. (ن)

(٥) أى القدورى. (عيني)

(٦) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: صاحب الخطة هو المختص، أو هو قوله: لأنه أصيل، والمشتري دخيل. (٤)

(٧) قوله: "لأن الولاية انتقلت إليهم" أى على قول أبي حنيفة ومحمد؛ لزوال من يتقدمهم، أو خلصت لهم أى على قول أبي يوسف؛ لما أن الولاية عنده كانت لصاحب الخطة وللمشتريين، فالآن خلصت للمشتريين لزوال من يزاحمهم. (ك)

(٨) قوله: "وإذا وجد إلخ" يعنى إذا وجد القتيل في دار، فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات، وفي القسامة روايتان، ففي إحدهما تجب على صاحب الدار، وفي الأخرى على عاقلته، وبهذا يندفع ما يترأى من التدافع بين قوله: قبل هذا، وإن وجد القتيل في دار إنسان، فالقسامة عليه، وبين قوله: ههنا، فالقسامة على رب الدار، وعلى قومه، فيحمل هذا على رواية، وذلك على رواية أخرى، وحكى عن الكرخى أنه كان يوفق بينهما، ويقول: الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما إذا كان قومه غيباً، والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً، كذا في "الذخيرة"، والمذكور في الكتاب يدل على أنها عليهما جميعاً إذا كانوا حضوراً، ويوافقه رواية فتاوى العتاي. (٤)

(٩) أى العاقلة.

يشاركه غيره فيها^(١) كأهل المحلة لا يشاركهم فيها^(٢) عواقلهم .
ولهما أن الحضور لزمتهن نصره البقعة، كما تلزم^(٣) صاحب الدار،
فيشاركونه^(٤) في القسامة .

قال : فإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل ، وعشرها لرجل ، ولآخر ما
بقي ، فهو على رؤوس الرجال ؛ لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في
التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة
الشفعة^(٥) .

قال^(٦) : ومن اشترى داراً ، ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل ، فهو على عاقلة
البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما ، فهو^(٧) على عاقلة الذي في يده ، وهذا
عند أبي حنيفة .

وقال^(٨) : إن لم يكن فيه خيار ، فهو على عاقلة المشتري^(٩) ، وإن كان فيه خيار ،
فسو على عاقلة الذي تصير له ؛ لأنه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا
يجب إلا على من له ولاية الحفظ ، والولاية^(١٠) تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية^(١١)
على عاقلة صاحب الدار دون المودع .

والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي الشروط فيه الخيار يعتبر قرار

(١) القسامة .

(٢) قسامة .

(٣) النصره .

(٤) عواقل حاضرين .

(٥) قوله : " بمنزلة الشفعة " فإنها على عدد الرؤوس ، لا على قدر الأنصباء عندنا . (ك)

(٦) أي محمد . (عينى)

(٧) أي المذكور هو الدية .

(٨) قوله : " وقالوا : إلخ " حاصل الاختلاف أن أبا حنيفة اعتبر اليد ، وهما اعتبارا الملك ، وهذا الاختلاف بيننا وبينهم
بعد ما أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل بولاية الحفظ ؛ لأنه ضمان ترك الحفظ ، فبعد ذلك قال أبو
يوسف ومحمد : ولاية الحفظ تستفاد بالملك ، فيعتبر الملك ، وأبو حنيفة يقول : حقيقة القدرة تثبت باليد إلا أن الملك سبب
اليد ، فإذا كان الملك لأحدهما ، واليد لآخر كان اعتبار اليد أولى . (ن)

(٩) قوله : " فهو على إلخ " الحاصل أن أبا حنيفة اعتبر اليد ، وهما اعتبارا الملك إن وجد ، وإلا فيتوقف على قرار

الملك . (ك)

(١٠) أي ولاية الحفظ .

(١١) قوله : " ولهذا كانت الدية " أي لكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك كانت الدية في هذا الموضع على عاقلة

صاحب الدار دون المودع لعدم ملكه ، وإن كان له يد . (ع)

الملك، كما فى صدقة الفطر^(١)، وله أن القدرة^(٢) على الحفظ باليد^(٣)، لا بالملك. ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقتدر بالملك بدون اليد، وفى البات اليد^(٤) للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما قبل القبض؛ لأنه دون البات، ولو كان المبيع فى يد المشتري، والخيار^(٥) له، فهو أخص الناس به تصرفاً، ولو كان الخيار للبائع^(٦)، فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب، فتعتبر يده؛ إذ بها يقدر على الحفظ.

قال^(٧): ومن كان فى يده دار، فوجد فيها قتيلٌ لم تعقله العاقلة^(٨) حتى تشهد الشهود^(٩) أنها^(١٠) للذى فى يده؛ لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه، واليد وإن^(١١) كانت دليلاً على الملك، ولكنها محتملة، فلا تكفى لإيجاب الدية على العاقلة، كما لا تكفى^(١٢) لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة، فلا بد من إقامة البينة.

قال^(١٣): وإن وجد قتيل فى سفينة، فالقسامة على من فيها من الركاب

(١) قوله: "كما فى صدقة الفطر" بأن باع العبد بالخيار، فصدقة الفطر على من تقرر له الملك. (مل)

(٢) قوله: "وله أن القدرة إلخ" ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد بها؛ لأنه قد اندرج فى دليله، وذلك لأنه قال: إن القدرة على الحفظ باليد أطلق اليد، والمطلق ينصرف إلى الكامل فى اليد أى أصالة، ويد المودع ليست كذلك، وكذلك المستعير والمستأجر، قيل: ما الفرق لأبى حنيفة بين الجنابة وصدقة الفطر، فإنه يعتبر فيه الملك فى الثانية دون الأولى، فالجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك، فكانت على المالك، والجنابة موجبة للضمان بترك الحفظ، والحفظ إنما يتحقق باليد؛ لما ذكر من الدليل. (عناية)

(٣) أى يملك اليد، لا بمجرد اليد احترازاً عن المودع.

(٤) أى أصالة؛ لأنه لم يخرج عن ملك البائع يداً، بخلاف المودع، فإن يده يد نيابة.

(٥) الواو حالية.

(٦) والمبيع فى يد المشتري.

(٧) أى محمد. (عيني)

(٨) أى عاقلة الذى هى فى يده.

(٩) قوله: "حتى تشهد الشهود إلخ" يعنى إذا أنكرت العاقلة أن يكون الدار له، وقالوا: هى وديعة فى يده، وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع، لا للاستحقاق، وقد احتجنا إلى الاستحقاق ههنا، فوجب إثباته بالبينة، ولا يلزم أن أبا حنيفة يعتبر اليد فى استحقاق الدية، كما ذكرنا آنفاً؛ لأنه يعتبر يد الملك، لا مجرد اليد، ولم يثبت ههنا يد الملك إلا بالبينة. (ك)

(١٠) دار.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) قوله: "كما لا تكفى [اليد] إلخ" أى كمن طلب شفعة بالجوار فى دار بيعت، فأنكر المشتري أن تكون الدار التى فى يد الشفيع ملكاً له، فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك. (كفاية)

والملاحين؛ لأنها^(١) فى أيديهم، واللفظ يشمل أربابها^(٢) حتى تجب على الأرباب الذين فيها، وعلى السكان^(٣).

وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك، وغير المالك سواء، وكذا العجلة^(٤)، وهذا^(٥) على ما روى عن أبى يوسف ظاهر^(٦). والفرق لهما أن السفينة تُنقل وتحول، فيُعتبر فيها اليد دون الملك^(٧)، كما فى الدابة، بخلاف المحلّة والدار؛ لأنها لا تُنقل.

قال^(٨): وإن وجد^(٩) فى مسجد محلة، فالقسامة على أهلها^(١٠)؛ لأن التدبير فيه^(١١) إليهم، وإن وجد فى المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم^(١٢)، فلا قسامة^(١٣) فيه، والدية على بيت المال؛ لأنه^(١٤) للعامّة لا يختص به واحدٌ منهم، وكذا الجسور^(١٥) للعامّة، ومال بيت المال مال عامّة المسلمين.

(١٣) أى القدورى. (عيني)

(١) سفينة.

(٢) قوله: "يشمل أربابها [أى لفظ القدورى، وهو من فيها]" أى يشمل ملاكها وغير ملاكها. (نهاية)

(٣) قوله: "وعلى السكان" وذكر شيخ الإسلام قال بعض المشايخ: إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة

مالك معروف، فإن كان فالقسامة عليه. (ك)

(٤) أراه، گردون كه بدان بار كنده.

(٥) قوله: "وهذا" أى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة على ما روى عن أبى يوسف أن السكان تدخل فى

القسامة مع الملاك ظاهر، وأما على قول أبى حنيفة ومحمد، فلا بد من الفرق وهو ما ذكره فى الكتاب. (٦)

(٦) قوله: "ظاهر" لأنه يجعل السكان والملاك فى القتل الموجود فى المحلّة سواء، فكذا فى القتل الموجود فى

السفينة، وأما عندهما ففي المحلّة السكان لا يشاركون الملاك؛ لأن التدبير فى المحلّة إلى الملاك دون السكان، وفى السفينة

أنهم فى تدبيرها سواء إذا حدثهم أمر. (كافى)

(٧) قوله: "فيُعتبر فيها اليد دون الملك" فإنها مركب كالذابة، فكما أن المعتبر فى القتل الموجود على الدابة هو

اليد دون الملك، فكذا فى القتل الموجود فى السفينة، وهم فى اليد عليها سواء. (ك)

(٨) أى القدورى. (عيني)

(٩) قتل.

(١٠) محلّة.

(١١) المسجد.

(١٢) قوله: "أو الشارع الأعظم [شارع راه بزرگ. م]" فى "المغرب": الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس

عامّة على الإسناد المجازى، أو هو من قولهم: شرع الطريق أى تبين. (ك)

(١٣) قوله: "فلا قسامة" لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق فى حق جماعة المسلمين. (ك)

(١٤) أى لأن المسجد الجامع، أو الشارع الأعظم.

(١٥) قوله: "الجسور [پل]" الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الحشب والألواح. (ك)

ولو وجد في السوق إن كان مملوكًا، فعند أبي يوسف تجب على السكان^(١)،
وعندهما على المالك، وإن لم يكن مملوكًا كالشوارع العامة التي بنيت^(٢) فيها، فعلى
بيت المال^(٣)؛ لأنه^(٤) لجماعة المسلمين.

ولو وجد في السجن، فالدية على بيت المال، وعلى قول أبي يوسف: الدية
والقسامة على أهل السجن؛ لأنهم سكان، وولاية التدبير إليهم، والظاهر أن القتل
حصل منهم. وهما يقولان: إن أهل السجن مقهورون، فلا يتناصرون، فلا يتعلّق
بهم ما يجب^(٥) لأجل النصره^(٦)، ولأنه^(٧) بنى لاستيفاء حقوق المسلمين، فإذا كان
غنمه^(٨) يعود إليهم، فغرمه يرجع عليهم^(٩)، قالوا: وهذه فريضة المالك والساكن،
وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال^(١٠): وإن وجد^(١١) في برية ليس بقربها عمارة، فهو هدر، وتفسير القرب ما
ذكرنا من استماع الصوت؛ لأنه^(١٢) إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره، فلا
يوصف أحدٌ بالتقصير، وهذا إذا لم تكن^(١٣) مملوكة لأحد، أما إذا كانت^(١٤)، فالدية

(١) سواء كان السكان ملاكًا أو غير ملاك. (٤)

(٢) السوق.

(٣) قوله: "فعلى بيت المال" قال في "النهاية": وإنما أراد به أن يكون نائبًا عن المحال، أما الأسواق التي تكون في
المحال، فهي محفوظة بحفظ أهل المحلة، فيكون القسامة والدية على أهل المحلة.وكذا في السوق النائي إذا كان من يسكنها في الليالي، أو كان لأحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه؛ إذ
يلزمه صيانة ذلك الموضوع، فيوصف بالتقصير، فيجب عليه موجب التقصير. (٤)

(٤) السوق.

(٥) أي الدية والقسامة.

(٦) أي لأجل ترك النصره.

(٧) أي لأن السجن.

(٨) السجن.

(٩) فيكون من بيت المال.

(١٠) أي القدوري. (عيني)

(١١) قتل.

(١٢) القتل.

(١٣) قوله: "إذا لم تكن" ولا يكون لأحد يد فيها، وأما إذا كانت تلك البرية في أيدي المسلمين، بأن كان مثلاً
فيها منفعة المسلمين بالاحتطاب والاحتشاش وغيرهما، كذا في "محيط السرخسي"، فالدية حينئذٍ في بيت المال، قال
قاضي خان: إن وجد القتل في موضع مباح نحو الفلاة إلا أنه في أيدي المسلمين، كانت الدية في بيت المال، انتهى. (مل)

(١٤) مملوكة لأحد.

والقسامة على عاقلته^(١).

وإن وجد^(٢) بين قريتين كان على أقربهما، وقد بيناه^(٣)، وإن وُجد في وسط الفرات^(٤) يمر به الماء، فهو هدر؛ لأنه^(٥) ليس في يد أحد، ولا في ملكه.

وإن كان محتسباً بالشاطيء^(٦)، فهو على أقرب القرى^(٧) من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم^(٨)؛ لأنه أخص بنصرة هذا الموضع، فهو^(٩) كالموضوع على الشط، والشطر في يد من هو بقرب منه. ألا ترى أنهم^(١٠) يستقون منه الماء، ويوردون بهائمهم فيها، بخلاف النهر الذي يستحق^(١١) به الشفعة لاختصاص أهلها به^(١٢) لقيام يدهم عليه^(١٣)، فتكون القسامة والدية عليهم.

قال^(١٤): وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة

(١) المالك.

(٢) قتيل.

(٣) قوله: "وقد بيناه" يعنى فى مسألة وإن مرت دابة بين قريتين، وعليها قتيل. (عناية)

(٤) قوله: "فى وسط الفرات [نهر الكوفة]" يريد به الفرات، وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك، وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص، بل الماء ما دام جارياً بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط، قالوا: هذا إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الحرب؛ لأنه إذا كان كذلك، فقد يكون هذا قتيل دار الشرك، وأما إذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الإسلام، فيجب الدية فى بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء فى يد المسلمين، فسواء كان قتيل مكان الانبعاث، أو مكان آخر دون ذلك، فهو قتيل المسلمين، فيجب الدية فى بيت المال. (٤)

(٥) الفرات.

(٦) شاطيء - بكسر طاء وهمزه در آخر - كثار دريا ووجوى. (٥)

(٧) قوله: "فهو على أقرب القرى" وهذا إذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع، ونادى بأعلى صوته، وإن كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه، هكذا فسره الكرخى، وفى "الذخيرة": "وأما إذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت، لا يجب عليهم الشيء، وإنما يجب فى بيت المال؛ لأنه تحت يد عامة المسلمين. (كفاية)

(٨) قوله: "على التفسير الذى تقدم" أراد به قوله: قيل: هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت. (٤)

(٩) قتيل.

(١٠) أهل أقرب القرى.

(١١) قوله: "يستحق" استحقاق الشفعة يكون فى الشركة فى الشرب الخاص، والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجرى فيه السفن، وما تجرى فيه، فهو عام، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد. وعن أبى يوسف: أن الشرب الخاص أن يكون نهراً يستقى منه قراخان، أو ثلاثة، وما زاد على ذلك، فهو عام، كذا قال المصنف فى كتاب الشفعة.

(١٢) نهر.

(١٣) نهر.

(١٤) أى القدورى. (عنى)

عنهم^(١) وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس والاستحسان^(٢).

قال: وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم^(٣)، ووجه الفرق قد بيناه من قبل^(٤)، وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعيينه واحداً منهم لا ينافي^(٥) ابتداء الأمر؛ لأنه منهم.

بخلاف ما إذا عين من غيرهم؛ لأن ذلك^(٦) بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم؛ لكونهم قتلةً تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القاتل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي، فإذا ادعى القاتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم^(٧)، وسقط^(٨) لفقد شرطه^(٩).

قال^(١٠): وإذا التقى قوم بالسيف، فأجلوا^(١١) عن قتيل، فهو على أهل المحلة^(١٢)؛ لأن القاتل^(١٣) بين أظهرهم^(١٤)، والحفظ عليهم.

(١) ولا الدية عن عواقلمهم. (٤)

(٢) قوله: "وقد ذكرناه، وذكرنا فيه القياس إلخ" هذا هو الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله: وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى، وههنا قال: وقد ذكرناه، فلعله رحمه الله تعالى توهم أنه ذكره، وقيل: في بعض النسخ ذكره، ثم فعلى هذا يستقيم قوله: وقد ذكرناه. (ك)

(٣) قوله: "سقطت عنهم" أي سقطت القسامة والدية، ويحلف المدعى عليه يميناً واحداً. (ن)

(٤) قوله: "قد بيناه من قبل" يريد به قوله: هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة. (٤)

(٥) قوله: "لا ينافي إلخ" فإن الشارع أوجب القسامة ابتداء على أهل المحلة، فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ما شرعه الشارع ابتداءً، وفي "المبسوط": وإن ادعى أهل القاتل على بعض أهل المحلة الذين وجد القاتل بين أظهرهم، فقالوا: قتله فلان عمداً، أو خطأً لم يبطئ بهذا حقه، وفيه القسامة والدية، لأنهم ذكروا ما كان معلوماً، لنا بطريق الظاهر، وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة لكننا لا نعلم ذلك حقيقةً، وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوماً، لنا حقيقة أنه هو القاتل، فإذا لم يسقط بهذه الدعوى شيئاً لا يتغير الحكم به، فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة. (ك)

(٦) تعيين غير.

(٧) قوله: "امتنع دعواه عليهم" للتناقض؛ لأنه لما ادعى على غير أهل المحلة، فقد أبرأ أهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على أهل المحلة للتناقض، كذا في "المبسوط". (ك)

(٨) الغرامة.

(٩) دعوى الولي.

(١٠) أي محمد. (عيني).

(١١) أي انكشفوا عنه وانفجروا.

(١٢) قوله: "فهو على أهل المحلة" قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله في "كشف الغوامض": وهذا إذا كان الفريقان مسلمين اقتتلوا غضبة، فإن كانوا مشركين، أو خوارج، فلا شيء فيه، ويجعل ذلك من إصابة العدد. (ك)

(١٣) قوله: "لأن القاتل إلخ" فإن قيل: إن الظاهر أن قاتله غير أهل المحلة، فإنه من خصماءه، وأجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة، فيتعلق بالسبب الظاهر، وهو وجود قتيل في محلته. (٤)

إلا أن يدعى الأولياء على أولئك، أو على رجل منهم بعينه، فلم يكن على أهل المحلة شيء؛ لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة.

قال^(١): ولا على أولئك حتى يقيموا البينة؛ لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق^(٢) للحديث الذي رويناه^(٣)، أما يسقط به الحق عن أهل المحلة^(٤)؛ لأن قوله^(٥) حجة على نفسه.

ولو وجد قتيل في معسكر^(٦) أقاموا بفلاة^(٧) من الأرض، لا ملك لأحد فيها، فإن وجد في خباء^(٨)، أو فسطاط^(٩)، فعلى من يسكنها الدية والقسامة، وإن كان^(١٠) خارجاً من الفسطاط، فعلى أقرب الأحيية^(١١)؛ اعتباراً لليد عند انعدام الملك.

وإن كان القوم^(١٢) لقوا قتالا^(١٣)، ووجد قتيل بين أظهرهم، فلا قسامة، ولا دية؛ لأن الظاهر أن العدو قتلته^(١٤)، فكان هدرًا، وإن لم يلقوا عدوًا، فعلى ما بيناه^(١٥)،

(١٤) قوله: "بين أظهرهم [يعنى بينهم. ع]" الأظهر والظهر يجيئان مقحمين، كما في قوله ﷺ: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» أى صادرة عن غنى. (٤)

(١) أى محمد. (عيني)

(٢) أى الاستحقاق عند إنكار المدعى عليه. (ن)

(٣) قوله: "للحديث الذى رويناه" أى فى أوائل باب القسامة وأوله قوله عليه السلام: «لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، لا يقال: الظاهر أنهم قتلوه لما علمت بخير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق. (٤)

(٤) أى بالدعوى على أولئك، أو على رجل منهم.

(٥) المدعى.

(٦) لشكر گاه.

(٧) بالفتح: بيابان خالى از آب گياه كذا صحراء فراخ. (٤)

(٨) بالكسر ومد همزة: الخيمة من الصوف. (٤)

(٩) قوله: "أو فسطاط [الخيمة العظيمة، فكان أعظم من الخباء. ع]" فسطاط خيمه وخرگاه بزرگ وسرا پرده جماعة انبوه از اهل شهر. (م)

(١٠) قتل.

(١١) قوله: "فعلى أقرب الأحيية" قيل: هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، أما إذا نزلوا مختلطين، فالدية والقسامة عليهم. (٤)

(١٢) العسكر.

(١٣) مع العدو، يجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً؛ لأن لقوا فى معنى المقاتلة، وأن يكون حالاً أى القتال. (عناية)

(١٤) قوله: "لأن الظاهر أن العدو قتلته" ولهذا كان شهيداً؛ إذ الظاهر أن الإنسان بعد الالتقاء إنما يقتل من يعاديه، لا من يؤازره، وإنما أوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر، وقد عدم ههنا.

بخلاف ما إذا اقتتل الفريقان من المسلمين غضبة كالكلاباذى والدرواز كى ببخارا إذ ليس فى إضافة القتل إلى العدو حمل أمر المسلمين على الصلاح؛ إذ الفريقان مسلمان، فبقى حال القتل مشكلاً، فيجب القسامة والدية على أهل المكان،

وإن كان للأرض^(١) مالك، فالعسكر كالسكان، فيجب على المالك عند أبي حنيفة، خلافاً لأبي يوسف، وقد ذكرناه^(٢).

قال^(٣): وإذا قال المستحلف: قتله فلان أستحلف بالله ما قتلت، ولا عرفت له قاتلاً غير فلان؛ لأنه يريد إسقاط الخصومة عن نفسه^(٤) بقوله^(٥)، فلا يقبل^(٦)، فيحلف على ما ذكرنا؛ لأنه لما أقر بالقتل على واحد صارت مستثنى عن اليمين^(٧)، فبقى حكم من سواه، فيحلف عليه^(٨).

قال^(٩): وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه^(١٠) قتل لم تقبل شهادتهما، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: تقبل؛ لأنهم كانوا يعرضة^(١١) أن يصيروا خصماء، وقد بطلت العرضة بدعوى الولى القتل على غيرهم، فتقبل شهادتهم كالوكيل^(١٢) بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم، فلا تقبل شهادتهم وإن^(١٣) خرجوا من جملة الخصوم كالوصى إذا خرج^(١٤) من الوصاية بعد ما قبلها، ثم شهد^(١٥) قال رضى الله عنه^(١٦): وعلى

كذا في "المبسوط". (كفاية)

(١٥) قوله: "فعلى ما بيناه" يعنى إذا لم يقاتلوا عدواً، فإن وجد في خباء، أو فسطاط، فعلى من يسكنها، وإن كان خارجاً، فعلى أقرب الأحمية؛ لأن ذلك الموضع فى يد أقرب أهل أحمية. (ك)

(١) التى أقام فيها العسكر.

(٢) قوله: "وقد ذكرناه" إشارة إلى ما ذكر عند قوله: ولا يدخل السكان مع الملاك فى القسامة عند أبى حنيفة،

وهو قول محمد، فقال أبو يوسف: هو عليهم. (عناية)

(٣) أى القدورى. (عينى)

(٤) يعنى لا يسقط اليمين عنه بقوله: قتله فلان. (٤)

(٥) يعنى قتله فلان.

(٦) قوله.

(٧) قوله: "صار إلخ" أى غاية ما فى الباب أنه صار مستثنى عن يمينه حيث قال: قتله فلان، فيحلف على أنه ما

قتله، ولا أعرف له قاتلاً غير فلان. (٤)

(٨) مستحلف.

(٩) أى القدورى. (عينى)

(١٠) الرجل.

(١١) قوله: "عرضة" جعلته عرضة لكذا يعنى آماده وبريا كردم آن را براى كارى، وجاء العرضة بمعنى الاعتراض

فى الخير والشر، كذا فى "منتهى الألب".

(١٢) فتقبل شهادته فى تلك الحادثة.

(١٣) الواو وصلية.

الأصلين^(١) هذين يتخرج كثيرٌ من المسائل من هذا الجنس^(٢).

قال: ولو ادعى^(٣) على واحد من أهل المحلة بعينه، فشهد شاهدان من أهلها^(٤) عليه لم تقبل الشهادة؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه^(٥)، والشاهد يقطعها عن نفسه، فكان متهماً.

وعن أبي يوسف أن الشهود يحلّفون بالله^(٦) ما قتلناه، ولا يزدادون على ذلك^(٧)؛ لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل.

قال: ومن جرح^(٨) في قبيلة، فنقل إلى أهله، فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش^(٩) حتى مات، فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة.

(١٤) بأن بلغ الغلام، أو عزله القاضي. (ك)

(١٥) لا تقبل شهادته.

(١٦) أى المصنف.

(١) قوله: "وعلى الأصلين" يعنى الأصلين المجمع عليهما، أحدهما: إن كل من انتصب خصماً في حادثة، ثم خرج من كونه خصماً لم يقبل شهادته في تلك الحادثة بالإجماع كالوكيل إذا خاصم، ثم عزل، والثانى: إذا كانت لرجل عرضة أن يصير خصماً، ثم بطلت تلك العرضة، فشهد، قبلت شهادته بالإجماع، وأبو حنيفة جعل ما نحن فيه من الأصل الأول؛ لأنهم صاروا خصماء في هذه الحادثة؛ لوجود القتل بين أظهرهم، فإنه السبب الموجب للقسامة والدية، وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لما تبين أن هذا السبب لم يكن، لكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماً، وهما جعلاه من الأصل الثانى؛ لأنهم إنما يكونون خصماء لو ادعى الولي القتل عليهم، فإذا ادعى على غيرهم زالت العرضة فتقبل شهادتهم. (٦)

(٢) قوله: "يتخرج إلخ" أما على الأصل الأول: فمسألة الوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم، ثم عزل، كما مر، والوصى في حقوق اليتيم خاصم، أو لم يخاصم.

وأما على الثانى: فمسألة الشفيعين إذا شهدا على المشتري بالشراء، وهما لا يطلبان الشفاعة تقبل؛ لأنهما ما صاروا خصمين، بل صاروا بعرضة ذلك، ولا تقبل شهادتهما بعد الطلب بصيرورتها خصمين. (مل)

(٣) الولي.

(٤) محلة.

(٥) قوله: "على ما بيناه" إشارة إلى ما ذكر في مسألة، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه في بيان الفرق بقوله: وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم، فتعيينه واحداً منهم لا ينافى ابتداء الأمر. (عناية)

(٦) يحلف القسامة.

(٧) بأن يقولوا: ما عرفنا له قاتل.

(٨) قوله: "ومن جرح" يعنى ولم يعلم الجرح؛ لأنه لو علم سقط القسامة، بل فيه القصاص على الجرح إن كان

عمداً، والدية على العاقلة إذا كان خطأ. (٦)

(٩) قوله: "فإن كان صاحب إلخ" أى لو كان الجروح صاحب فراش حتى جرح في تلك القبيلة، ثم نقل

إلى أهله، فمات، وإنما قيد به؛ لأنه لو كان صحيحاً يجيء ويذهب حين جرح، ثم مات في أهله، فلا شيء فيه، كذا في "المبسوط". (كفاية)

وقال أبو يوسف: لا قسامة، ولا دية؛ لأن الذي حصل في القبيلة، أو المحلّة ما دون النفس، ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش. وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش أضيف^(١) إليه، وإن لم يكن احتمال أن يكون الموت من غير الجرح، فلا يلزم بالشك^(٢).

ولو أن رجلاً معه جرح^٣ به رمق^(٣) حمله إنسان إلى أهله، فمكث يوماً، أو يومين، ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف، وفي قياس قول أبي حنيفة: يضمن؛ لأن يده بمنزلة المحلّة، فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة^(٤).

ولو وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه، فديته على عاقلته لورثته^(٥) عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: لا شيء فيه؛ لأن الدار في يده حين وجد الجرح، فيجعل كأنه قتل نفسه، فيكون هدرًا. وله أن القسامة^(٦) إنما تجب بناء على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في الدية من

(١) القتل.

(٢) القسامة والدية.

(٣) بقيه جان.

(٤) قوله: "فيما قبله من مسألة القبيلة" وهو من جرح في قبيلة، وفي "الميسوط": بعد ما ذكر مسألة القبيلة، وعلى هذا التخريج إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته، فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات، فهو على الذي يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء، فلا شيء على من حمله، وفي قول أبي يوسف: لا شيء في الوجهين. (ك)

(٥) قوله: "فديته على عاقلته لورثته" اعلم أن المصنف قال: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة، ثم قال في دليله: وحال ظهور القتل الدار للورثة، فيجب على عاقلتهم، وفيه تناقض ظاهر، ومخالفة بين الدليل والمدلول، ودفع ذلك بأن يقال: عاقلة الميت، أما أن تكون عاقلة الورثة، أو غيرهم، فإن كان الأول كان الدية على عاقلة الميت، وهم عاقلة الورثة، فلا تنافي بينهم، وإن كان الثاني: كان الدية على عاقلة الورثة، ولما كان كل واحد منهما ممكناً أشار إلى الأول في حكم المسألة، وإلى الثاني في دليها، وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله: فديته على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته. (ع)

قوله: "لورثته" فإن قيل: إذا قلت: إن الدية تجب على عاقلة الورثة، فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم، قلنا: إن الدية تجب للمقتول حتى يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، ثم يخلف الوارث فيه، وهو نظير الصبي والمعتوه، إذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته، ويكون ميراثاً له. (ن)

(٦) قوله: "وله أن القسامة إلخ" اعلم أنه رحمه الله وضع قبل ذلك 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 القتل،

مات^(١) قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة، فتجب^(٢) على عاقلتهم^(٣).
بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه؛ لأن حال ظهور قتله بقيت^(٤) الدار
على حكم ملكه، فيصير كأنه قتل نفسه، فيهدر دمه.

ولو أن رجلين كانا في بيت، وليس معهما ثالث، فوجد أحدهما مذبوحا، قال
أبو يوسف: يضمن الآخر الدية. وقال محمد: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أنه قتل نفسه،
ويحتمل أنه قتله الآخر، فلا يضمنه^(٥) بالشك. ولأبي يوسف: أن الظاهر أن الإنسان
لا يقتل نفسه، فكان التوهم ساقطا، كما إذا وجد قتيلا في محلة^(٦).

ولو وجد قتيلا في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر^(٧)
عليها الأيمان، والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب. وقال أبو يوسف:
القسامة على العاقلة أيضا^(٨)؛ لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة،
والمرأة ليست من أهلها^(٩)، فأشبهت الصبي.

ولهما أن القسامة لنفى التهمة، وتهمة القتل من المرأة متحقة^(١٠)، قال
المتأخرون^(١١): إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل^(١٢) في هذه المسألة؛ لأننا
أنزلناها قاتلة^(١٣)، والقاتل يشارك العاقلة^(١٤).

وليس ههنا من يعلمه، فلا يلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب؛ لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله، فقتلوه في داره،
فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية؛ لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية. (٤)

(١) من العاقلة.

(٢) الدية.

(٣) ورثة.

(٤) بقاء عقد الكتابة بعد ما وجد، هو قتيلا فيه. (كافي)

(٥) الآخر.

(٦) قوله: "كما إذا وجد قتيلا في محلة" يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود، ولم يعتبر ههنا، فكذلك ههنا. (٤)

(٧) هذا إذا لم يكن من عشيرة المرأة أحد أما إذا كانت عشيرتها حضوراً يدخل معها في القسامة. (ك)

(٨) أي كالدية. (مجمع الأنهر)

(٩) النصرة.

(١٠) وملكها في القرية أيضا متحقة.

(١١) أي من مشايخنا. (٤)

(١٢) أي في تحمل الدية.

(١٣) قوله: "لأننا أنزلناها إلخ" أي أنها نزلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة، فكما دخلت فيها دخلت في

الدية أيضا، بخلاف غيرها من الصور، فإنها لا تدخل في القسامة، بل تجب على الرجال، فلا تدخل في العقل أيضا. (٤)

(١٤) قوله: "يشارك العاقلة" لأنه حيث وجبت الدية على غير المباشر أولى أن يجب جزء منها. (مجمع الأنهر)

ولو وُجد رجل قتيلاً في أرض رجل، إلى جانب قرية^(١)، ليس صاحب الأرض^(٢) من أهلها قال^(٣): هو على صاحب الأرض؛ لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية^(٤).

كتاب المعامل^(٥)

المعامل جمع معقلة^(٦)، وهى الدية، وتسمى الدية عقلاً؛ لأنها^(٧) تعقل الدماء من أن تُسْفك^(٨) أى تُمسك^(٩).

قال^(١٠): والدية في شبه العمد والخطأ، وكل دية^(١١) تجب بنفس القتل^(١٢) على العاقلة^(١٣)، والعاقلة الذين يعقلون يعنى يؤدون العقل^(١٤)، وهو الدية، وقد ذكرناه في الديات^(١٥). والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث^(١٦)

(١) صفة أرض.

(٢) صفة قرية.

(٣) محمد.

(٤) قوله: "لأنه أحق إلخ" لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض، لا إلى أهل القرية. (ع)

(٥) قوله: "كتاب المعامل" المعامل جمع معقلة كالمفاخر جمع مفخرة من عقل يعقل عقلاً وعقلاً، ولما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة فلم يكن بد من معرفتها وبيان أحكامها في هذا الكتاب. (مجمع الأنهر)
قوله: "المعامل" ما مر كان بياناً للديات، وهذا بيان لمن تجب عليه الديات بأنواعهم وأحكامهم، وهم العواقل، كذا في "الشرىلية"، فالكلام هنا على حذف المضاف، والتقدير كتاب أهل المعامل، وهم العواقل وهذه المسامحة قد ابتلى بها أكثر من.

(٦) بفتح الميم وضم الكاف.

(٧) الدية.

(٨) ريخته شونند.

(٩) تفسير تعقل.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) مبتدأ.

(١٢) قوله: "تجب بنفس القتل" أى ابتداء، وقولنا: ابتداء احتراز عما يجب الدية على القاتل فى القتل العمد بسبب الصلح، وبسبب الأبوة، فهى فى مال القاتل، لا على العاقلة. (ن)

(١٣) خير. (ع)

(١٤) قوله: "يعنى يؤدون العقل" يقال: عقلت القتيل أى أعطيت دينه، وعقلت عن القاتل أى ادبت عنه ما لزمه من الدية. (زيلعى)

(١٥) يعنى الدية بتأويل العقل. (ع)

(١٦) قوله: "فى حديث [رواه الطبرانى فى "معجمه". على قارى] حمل إلخ" كانت له ضربتان، فضربت أحدهما الأخرى بمسطح خيمة، فألقت جنيماً ميتاً، قال النبى عليه السلام لأولياء الضاربة: «قوموا فدوه»، فقال أخوها عمران بن عويم الأسلمى أندى من لا صاح، ولا استهل، ولا شرب، ولا أكل، ومثل دمه يظل، فقال عليه السلام: «اسجع كسجم الكهان قوموا فدوه». (ك)

حمل بن مالك رضى الله عنه للأولياء^(١): «قوموا فدوه»*، ولأن النفس محترمة، لا وجه إلى الإهدار، والخطأ معذور. وكذا الذى تولّى شبه العمدة^(٢)؛ نظراً إلى الآلة^(٣)، فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه^(٤)، وفى إيجاب مالٍ عظيم إحجافه^(٥) واستئصاله^(٦)، فيصير عقوبة، فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما خصّوا بالضم؛ لأنه إنما قصر^(٧) لقوة فيه^(٨)، وتلك بأنصاره، وهم العاقلة، فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته، فخصّوا به^(٩).

قال^(١٠): والعاقلة أهل الديوان^(١١) إن كان القاتل من أهل الديوان^(١٢) يؤخذ من عطاياهم^(١٣) فى ثلاث سنين، وأهل الديوان أهل الرايات^(١٤)، وهم الجيش الذين كتبت أساميتهم فى الديوان، وهذا عندنا. وقال الشافعى: الدية على أهل العشيرة^(١٥)؛ لأنه كان كذلك^(١٦) على عهد

(١) أى الأولياء الجانى.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٨، وانظر فى الدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥١ فى "كتاب المعامل". (نعيم)

(٢) قوله: "وكذا [أى معذور] الذى تولّى شبه العمدة" وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله. (٤)

(٣) قوله: "نظراً إلى الآلة" أى باعتبار أن الآلة للتأديب لم يكن فعله محظوراً. (كافى)

(٤) أى على كل واحد من الخطأ، والقاتل بشبه العمدة.

(٥) إحجاف: كار بر كسى تنگ كردن.

(٦) استئصال: از بيخ بر كنندن.

(٧) قوله: "لأنه إنما قصر [أى فى التحرز عن مثل هذا التعدى والظلم] إلخ" لأن مثل هذا الفعل لا يكون إلا بقلة مبالاة، وتقصير فى التحرز، وذا إنما يكون بقوة يجدها المرء فى نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره، وإنما ينصره عاقلته، فخصّوا به. (ك)

(٨) قوله: "لقوة فيه [قاتل]" أى قصر الضارب فى ترك الثبوت والتوقف باعتبار أنه يتعزّر بالعاقلة، فلأجل ذلك ترك المبالغة فى النظر وقت الرمي، فيجب على العاقلة. (حميدية)

(٩) الضم.

(١٠) أى القدورى. (عينى)

(١١) قوله: "أهل الديوان إلخ" الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة، ويروى أن عمر أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة، ويقال: فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة. (٤)

(١٢) بالكسر: مجتمعت الصحف والكتاب يكتب فيه أهل العطية والجيش، كذا فى القاموس.

(١٣) قوله: "من عطاياهم [أى من ثلث عطاياهم]" العطاء: اسم ما يعطى، والجمع عطية، والعطايا جمع عطية، وهو بمعنى العطاء. (عناية)

(١٤) راية: علم. (من)

رسول الله ﷺ*، ولا نسخ بعده^(٢)، ولأنه^(٣) صلة^(٤)، والأولى بها^(٥) الأقباب^(٦).

ولنا قضية عمر رضى الله عنه، فإنه لما دون الدواوين^(٧) جعل العقل على أهل الديوان، وكان ذلك بمحضير من الصحابة من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ^(٨)، بل هو تقرير معنى^(٩)؛ لأن العقل كان على أهل النصر، وقد كانت بأنواع القرابة، والحلف^(١٠)، والولاء^(١١)، والعد^(١٢). وفي عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان، فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى، ولهذا قالوا: لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف، فعاقلتهم أهل الحرفة^(١٣)، وإن كان^(١٤) بالحلف فأهله^(١٥).

(١٥) قبيلة.

(١٦) قوله: "لأنه كان كذلك إلخ" حدثنا وكيع حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي قال: «جعل رسول الله ﷺ عقل قريش على قريش وعقل الأنصار على الأنصار»، انتهى.

* راجع نصب الراية ج٤ ص ٣٩٨، والدرية ج٢ ص ٢٨٨، الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٢) لأنه يكون على لسان نبي، ولا نبي بعده. (مجمع الأنهر)

(٣) الدية.

(٤) الصلة عبارة عن مال يجب ابتداء، لا بمقابلة العوض، صلة: عطا دادن. (م)

(٥) صلة.

(٦) قبيلة وتبار خویشان (م)

(٧) قوله: "فإنه لما دون إلخ" حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي، وعن الحكم عن إبراهيم قال: أول من فرض العطاء عمر بن الخطاب، وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين، وروى عبد الرزاق في "مصنفه" عن عمر: أنه جعل الدية في الأعطية في ثلاث سنين، وفي لفظ: أنه قضى بالدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلث على أهل الديوان في عطياتهم. (ت)

(٨) جواب عن قوله: ولا نسخ بعده.

(٩) قوله: "بل هو تقرير معنى [وإن كان نسخاً ضرورة]" فإن قيل: كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى به رسول الله ﷺ، قلنا: هذا إجماع على وفاق ما قضى به رسول الله ﷺ، معنى، فإنهم علموا أن رسول الله ﷺ قضى على العشيرة باعتبار النصر، فقد كان قوة المرء ونصرته يومئذٍ بعشيرته، فلما دون عمر الدواوين، صارت القوة والنصرة بالديوان، فلهاذا قضوا بالدية على أهل الديوان. (ك)

(١٠) قوله: "والحلف" بكسر الحاء: العهد بين القوم، ومن قولهم: تحالفوا على التناصر، والمراد به ولاء الموالات. (ع)

(١١) أى ولاء العتاقة. (ك)

(١٢) قوله: "والعد" وهو أن يعد فيهم يقال: فلان عديد بنى فلان أى يعد منهم، كمن سكن فى دار قوم يعد فيهم، وإن لم يكن له قرابة فيهم كإبليس النلعين كان يشتغل بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم، وإن لم يكن من جنسهم. (ك)

(١٣) بيته. (م)

(١٤) التناصر.

والدية صلةٌ كما قال ^(١)، لكن إيجابها فيما هو صلة، وهو العطاء أولى منه ^(٢) في أصول أموالهم، والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ^(٣)، ومحكى عن عمر رضى الله عنه*، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ^(٤)، والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة.

فإن خرجت العطايا في أكثر ^(٥) من ثلاثة، أو أقل، أخذ منها؛ لحصول المقصود ^(٦)، وتأويله ^(٧) إذا كانت العطايا للسنين المستقبلية بعد القضاء، حتى لو اجتمعت ^(٨) في السنين الماضية قبل القضاء، ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ ^(٩) منها؛ لأن الوجوب بالقضاء ^(١٠) على ما نبين إن شاء الله تعالى ^(١١). ولو خرج ^(١٢) للقاتل ^(١٣) ثلاث عطايا في سنة واحدة، معناه في المستقبل ^(١٤)

(١٥) أى فأهل الحلف.

(١) الشافعى.

(٢) أى من إيجابها.

(٣) رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"، كذا قال الزيلعى.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٤) قوله: "ولأن الأخذ إلخ" تفسيره أن الدية فرضت فى عطية فى كل عطية يخرج له ثلث الدية، فىكون جميع الدية مفروضها فى ثلث عطيات مؤجلا بثلاث سنين، فتأجلت الدية بثلاث سنين ضرورة. (مل)

(٥) قوله: "فى أكثر" مثل أن يخرج عطاياهم الثلاث فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية. (٦)

(٦) قوله: "لحصول المقصود [وهو التفريق على العطيات. ك] "يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم، سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين، أو فى أقل منها. (٦)

(٧) قوله: "وتأويله" أى تأويل كلام القدورى، فإنه أطلق ذكر السنين، وإنما يؤخذ منهم فى ثلاث سنين بعد القضاء، فىكون المراد ثلاث سنين بعد القضاء فى المستقبل، فلا بد من التأويل. (٦)

(٨) الدية.

(٩) الدية.

(١٠) قوله: "لأن الوجوب بالقضاء" لأن من عليه غير معلوم؛ لأن فى العاقلة كلاماً، فلا يتعين إلا بالقضاء، فلهذا لم يؤخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء، وإن خرجت بعد القضاء. (ك)

(١١) قوله: "على ما نبين إن شاء الله تعالى" إشارة إلى قوله: وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية؛ لأن الواجب الأصلى المثل، والتحويل إلى القيمة بالقضاء، فىعتبر ابتداءها من وقته. (ك)

(١٢) قوله: "ولو خرج إلخ" حاصله أنه إذا خرجت للعاقلة ثلث عطايا فى سنة واحدة يؤخذ منهما كل الدية لوجود محل أداء الدية، فلا فائدة فى التأخير، وإذا خرجت فى ست سنين، يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية؛ إذ المقصود أن يكون المأخوذ من الأعطية، لا من أصول أموالهم، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين، أو أقل منها، أو أكثر. (مجمع الأنهر)

(١٣) أى مع عواقله، لا للقاتل فقط.

يؤخذ منها كل الدية ^(١١)؛ لما ذكرنا ^(١٢)، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين؛ فكلُّ ثلث منها في سنة. وإن كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس؛ أو أقل ^(١٣) فكان في سنة واحدة، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية؛ وما زاد على ذلك ^(١٤) إلى تمام الدية في السنة الثالثة، وما ^(١٥) وجب على العاقلة من الدية، أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً، فهو في ماله ^(١٦) في ثلاث سنين ^(١٧).

وقال الشافعي: ما وجب على القاتل في ماله، فهو حال؛ لأن التأجيل للتخفيف؛ لتحمل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض.

ولنا أن القياس بأباه ^(٨)، والشرع ورد به مؤجلاً؛ فلا يتعداه، ولو قتل عشرة رجلاً خطأ، فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين؛ اعتباراً للجزء بالكل؛ إذ هو بدل النفس، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ^(٩)؛ لأن الواجب الأصلي المثل ^(١٠)، والتحول إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها ^(١١) من وقته، كما في

(١٤) أى بعد القضاء.

(١) إشارة إلى قوله: لحصول المقصود. (نتائج)

(٢) إشارة إلى قوله: لأن الوجوب بالقضاء. (٤)

(٣) من ثلث دية النفس.

(٤) الثلثين.

(٥) مبتدأ.

(٦) خبر أى الدية.

(٧) قوله: "في ثلاث الخ" أى الواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين، وذلك مثل الأب إذا قتله ابنه عمداً، أو انقلب القصاص بالشبهة مالا. (زيلي)

(٨) قوله: "أن القياس بأباه" أى القياس بأبى إيجاب المال بمقابلة النفس يعنى لا يقتضيه؛ لأن القياس من حجج الشرع، وهى لا تتناقض، والشرع ورد به أى بإيجاب المال مؤجلاً في الخطأ، فلا يتعداه، فإن قيل: هذا ليس في معنى الخطأ، فلا يلحق به، قلنا: هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء، والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة، وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها. (٤)

(٩) لا من وقت القتل.

(١٠) قوله: "لأن الواجب الأصلي المثل" لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص، ومثل النفس نفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضى، وتحقق العجز عن استيفاء النفس؛ لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق إلى القيمة بالقضاء، فيعتبر ابتداءها من وقته أى من وقت القضاء كما في ولد المغرور، فإن قيمته إنما تجب بقضاء القاضى.

وإن كان رد عينه قبل القضاء متعذراً، لكن في الحكم جعل الواجب رد العين، وتحول إلى القيمة بالقضاء؛ لما تحقق العجز عن رد العين، ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيئاً، وهذا هو الموعود من قبل بقوله: لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين. (عناية)

(١١) دية.

ولد المغرور:

قال^(١): **ومن لم يكن من أهل الديوان، فعاقلته قبيلته؛ لأن نصرته بهم، وهي^(٢) المعتبرة في التعاقل.**

قال^(٣): **وتقسم عليهم^(٤) في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها، قال رضى الله عنه^(٥): كذا ذكره القدورى في "مختصره"، وهذا^(٦) إشارة إلى أنه يزداد على أربعة من جميع الدية، وقد نص محمد على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة، أو أربعة^(٧)، فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهماً، أو درهماً، وثلاث درهم، وهو الأصح.**

قال^(٨): **وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل^(٩)، معناه نسباً كل ذلك لمعنى التخفيف، ويضم الأقرب، فالأقرب على ترتيب العصابات الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم^(١٠). وأما الآباء^(١١) والأبناء، فقليل: يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون؛ لأن الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة، أو أربعة.**

(١) أى القدورى. (عبنى)

(٢) النصرة.

(٣) أى القدورى. (عبنى)

(٤) قبيلة.

(٥) أى المصنف.

(٦) قوله: "وهذا" أى قول القدورى؛ لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، وينقص منها إشارة إلى أنه يجوز أن يزداد على أربعة من جميع الدية، فإذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة، أو أربعة دراهم، كان من جميع الدية تسعة، أو اثني عشر، وليس كذلك، فإن محمداً نص على أنه إلخ. (٦)

(٧) دراهم.

(٨) أى القدورى. (عبنى)

(٩) قوله: "ضم إليهم إلخ" ثم إنهم قالوا: إن هذا الجواب إنما يستقيم في حق العرب المحفوظ أنسابهم، فأمكن إيجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب؛ وأما العجم فلا يستقيم هذا الجواب فيهم؛ لتضييعهم أنسابهم، فلا يمكن إيجاب الدية على أقرب القبائل إليهم نسياً وإذا لم يمكن، فقد اختلفوا في هذه المسألة، فقال بعضهم: يعتبر المحال، والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني. (مجمع الأنهر)

(١٠) قوله: "ثم بنوهم" صورته: إذا جنى واحد من أولاد حسين مثلاً يكون موجب الجناية عليهم وإن لم تتسع هذه القبيلة لذلك ضم إليها قبيلة الحسن، ثم بنوهم، فإن لم تتسع هاتان القبيلتان لذلك تضم إليهما قبيلة عقيل، ثم بنوهم. (ك)

(١١) أى آباء القبائل وأبناءه.

وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون^(١)، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعنى أقربهم نُصرةً؛ إذ حَزَبهم^(٢) أمر الأقرب فالأقرب، ويفوض ذلك إلى الإمام؛ لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا.

وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار^(٣)، فيسوى بين الكل^(٤)؛ لأنه صلة^(٥)، فيعتبر بالزكاة^(٦)، وأدناها ذلك^(٧)؛ إذ خمسة دراهم^(٨) عندهم^(٩) نصف دينار، ولكننا نقول^(١٠): هي^(١١) أحط رتبة منها^(١٢)، ألا ترى أنه لا تؤخذ^(١٣) من أصل المال، فينتقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف.

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق^(١٤) يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث؛ لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه؛ إذ كل منهما^(١٥) صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كان أرزاقهم تخرج في كل سنة، فكما

(١) قوله: "والأبناء لا يكثرون [أى بالنسبة إلى الأقارب والقبائل الإخوة ونظائرهم]" أقول: فيه كلام، وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم، وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة، فممنوع كيف؟ وإخوته أبناء أبيه، فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه، فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه. (نت)

(٢) حزب - بالفتح - رسيدن چیزی بكسی وسخت: دشوار چیزی بر کسی. (م)

(٣) قوله: "يجب على كل واحد إلخ" أى عند الشافعي ما يقضى به على كل واحد منهم لا يكون أقل من نصف دينار، أو خمسة دراهم؛ لأنها صلة واجبة شرعاً، فيعتبر بالزكاة، وأدنى ما يجب في الزكاة نصف دينار، أو خمسة دراهم. (ك)

(٤) قوله: "فيسوى بين الكل" يعنى الآباء والأبناء وغيرهم؛ لأنه صلة؛ لأن يجب على العاقلة على سبيل المؤاساة. (ع)

(٥) وهى ما يجب من غير عوض.

(٦) فإن الزكاة صلة.

(٧) نصف دينار.

(٨) وهى تجب فى مائتى درهم.

(٩) الصحابة. (حميدية)

(١٠) قوله: "ولكننا نقول إلخ" أى لنا أن الإيجاب عليهم للتخفيف على القاتل، وذا فى القليل دون الكثير، وهذه صلة واجبة، أمروا بأدائها على وجه التبرع، فلا يبلغ مقدارها مقدار الواجب من الزكاة، بل ينقص من ذلك، ألا ترى أنها لا تجب فى أصول أموالهم، وإنما تجب فيما هو صلة، وهو العطاء تحقيقاً للتخفيف. (ك)

(١١) الدية.

(١٢) الزكاة.

(١٣) الدية.

(١٤) قوله: "أصحاب الرزق إلخ" قيل: الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتل، والرزق يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة. (عناية)

يخرج رزق^(١) يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان^(٢) يخرج في كل ستة أشهر،
 وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ^(٣) من
 كل رزقٍ بحصته^(٤) من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث.
 وإن خرج^(٥) بعد القضاء بيوم، أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة
 الشهر^(٦)، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر، وأعطية^(٧) في كل سنة فرضت الدية
 في الأعطية دون الأرزاق؛ لأنه أيسر، أما لأن الأعطية أكثر^(٨)، أو لأن الرزق لكفاية
 الوقت^(٩)، فيتعسر الأداء منه، والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة،
 فيتيسر عليهم.

قال^(١٠): وأدخل القاتل مع العاقلة^(١١)، فيكون^(١٢) فيما يؤدي كأحدهم؛ لأنه هو
 الفاعل، فلا معنى لإخراجه، ومؤاخذه غيره.
 وقال الشافعي: لا يجب على القاتل شيء من الدية؛ اعتباراً للجزء بالكل^(١٣)
 في النفي عنه، والجامع كونه معذوراً.
 قلنا: إيجاب الكل^(١٤) إحجاف به، ولا كذلك إيجاب الجزء، ولو كان الخاطيء

(١٥) أى من الرزق والعطاء.

(١) عطاء.

(٢) الرزق.

(٣) أى يؤخذ الدية بحصتها من الشهر من كل رزق.

(٤) أى سدس من السدس. (ك)

(٥) الرزق.

(٦) أى بحصة يوم، أو أكثر من الشهر.

(٧) قوله: "وأعطية" العطاء ما فرض لإنسان في بيت المال كل سنة، لا بقدر الحاجة، بل بصبره وعناؤه، والرزق
 ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة، والكفاية مشاهرة أو مياومة، كذا في "الدر المختار" وغيره، وفي "نتائج الأفكار"
 ناقلاً من "المغرب" أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة، أو مرتين، والرزق ما يخرج له كل شهر.

(٨) من الأرزاق.

(٩) والأخذ منه يؤدي إلى الإضرار بهم.

(١٠) أى القدرى. (عينى)

(١١) قوله: "وأدخل القاتل إلخ" أى إذا كان من أهل العطاء في الديوان، وأما إذا لم يكن من أهل العطاء، فلا يجب
 عليه شيء من الدية عندنا أيضاً. (ك)

(١٢) القاتل.

(١٣) قوله: "اعتباراً [قياساً] للجزء بالكل" لأن الكل لا يجب عليه، فكذا البعض؛ إذ الجزء لا يخالف

البعض. (زيلعى)

مَعْدُورًا، فالبريء عنه ^(١) أولى ^(٢)، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ ^(٣).

وليس على النساء والذرية من كان له حظ في الديوان عقل ^(٤)؛ لقول عمر رضي: "لا يعقل مع العاقلة صبي*، ولا امرأة" ^(٥)، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصره لتركهم مراقبته، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم ^(٦) ما هو خلف عن النصره، وهو الجزية، وعلى هذا لو كان القاتل صبيًا، أو امرأة لا شيء عليهما من الدية ^(٧).

بخلاف الرجل ^(٨)؛ لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل؛ لأنه ينصر نفسه، وهذا لا يوجد فيهما، والفرض لهما من العطاء ^(٩) للمعونة ^(١٠)، لا للنصره كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضى الله عنهن.

ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر، يريد به أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة؛ لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى، فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر.

ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم ^(١١)؛ لأنهم أتباع لأهل المصر، فإنهم إذا

(١٤) على القاتل.

(١) يعنى العاقلة.

(٢) بأن يكون معدورًا.

(٣) أى لا تحمل نفس حامله حمل أخرى، وقال الأخفش: أى لا تأثم آئمة ياتم أخرى. (من)

(٤) دية.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٥) قلت: غريب.

(٦) أى على الصبيان والنساء.

(٧) قوله: "لا شيء عليهما" هذا يخالف ما ذكر قبيل المعامل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية، وإنما هو اختيار بعض المتأخرين، وما ذكره هنا هو اختيار الطحاوى، وهو الأصح، وهو أصل رواية محمد. (ك)

(٨) القاتل، فإنه شريك للعاقلة فى الدية.

(٩) قوله: "والفرض لهما إلخ" جواب عما يقال: فرض الإمام لنساء الغزاة، وذرياتهم من العطاء، والعطاء إنما يدفع لنصره أهل الإسلام، كما فى حق الغزاة، ثم الغزاة عواقل لغيرهم، فكذا النساء. (عناية)

(١٠) قوله: "للمعونة إلخ" أى العطاء إنما يدفع للنساء والصبيان فى الديوان باعتبار المعونة، لا باعتبار النصره أى باعتبار معونة الإمام للصبي والمرأة. (ك)

قوله: "للمعونة إلخ" أى معونة الإمام لهما، لا باعتبار نصرتهما غيرهما.

حزبهم^(١) أمر استنصروا بهم، فيعقلهم أهل المصر، باعتبار معنى القرب والنصرة. ومن كان منزله بالبصرة، وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة؛ لأنه يستنصر بأهل ديوانه، لا بجيرانه.

والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر، فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة، والنسب، والولاء، وقرب السكنى وغيره^(٢)، وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه^(٣)، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعامل.

ومن جنى جنابة من أهل المصر، وليس له في الديوان عطاءً، وأهل البادية أقرب^(٤) إليه، ومسكنه المصر، عقل عنه أهل الديوان من^(٥) ذلك المصر، ولم يشترط^(٦) أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة، قيل^(٧): هو صحيح؛ لأن الذين يذبون^(٨) عن أهل المصر، ويقومون بنصرتهم، ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر^(٩)، ولا يخصصون به^(١٠) أهل العطاء.

وقيل: تأويله^(١١) إذا كان قريباً^(١٢) لهم^(١٣)، وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال: وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر، وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة، وأهل المصر أقرب منهم^(١٤) مكاناً، فكانت القدرة على النصره لهم، وصار نظير

(١١) قريباً.

(١) أ، نابهم.

(٢) وهو العد والحلف. (ك)

(٣) بقوله: ويضم الأقرب فالأقرب.

(٤) أي نسباً. (ك)

(٥) بيانية.

(٦) محمد.

(٧) قوله: "وقيل: هو صحيح" الضمير راجع إلى قوله: لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة. (٤)

(٨) أي يدفعون الخلل، ذب: دور كردن وباز داشتن. (م)

(٩) قوله: "من أهل المصر" بيان لقوله: أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل النصره. (٤)

(١٠) قوله: "ولا يخصصون به [أي بالدفع] إلخ" أي لا يخصصون بالنصرة أهل العطاء فقط، بل ينصرون أهل المصر

كلهم، وقيل: إذا لم يكن ذا قريباً لهم لا يعقلونه، وإنما يعقلونه إذا كان قريباً لهم. (زيلعي)

(١١) أي تأويل قوله: عقل عنه أهل إلخ.

(١٢) ذا قرابة. (ك)

(١٣) أي لأهل الديوان.

(١٤) أي من أهل البادية.

مسألة الغيبة المنقطعة^(١).

ولو كان البدوي نازلا في المصر، لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر؛ لأن أهل العطاء^(٢) لا ينصرون من لا مسكن له فيه، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم^(٣)؛ لأنه لا يستنصر بهم.

وإن كان لأهل الذمة عواقل^٤ معروفة يتعاقلون بها، فقتل أحدهم^(٤) قتيلا، فديته على عاقلته بمنزلة المسلم؛ لأنهم^(٥) التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار^(٦)، ومعنى التناصر موجود في حقهم.

وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة، فالدية في ماله^(٧) في ثلاث سنين من يوم يقضى بها^(٨) عليه، كما في حق المسلم^(٩)؛ لما بينا أن الوجوب على القاتل.

وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت^(١٠)، فإذا لم توجد بقيت^(١١) عليه في ماله بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه^(١٢) في ماله؛ لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، وتمكنه من هذا القتل ليس^(١٣)

(١) قوله: "صار نظير إلخ" أي صار كصغيرة لها وليان، أحدهما أقرب، وهو غائب غيبة منقطعة، فإن ولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر؛ لأنه أقدر على إقامة مصالحها، وههنا أهل المصر أقرب مكاناً، فكانوا أقدر على النصرة من أهل البادية، وإن كانوا أقرب نسباً. (عناية)

(٢) من أهل المصر.

(٣) أي في أهل البادية.

(٤) أي أحد من أهل الذمة.

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار" كحد السرقة، والقذف، والقصاص، ووجوب الدية. (نهاية)

(٧) قوله: "فالدية في ماله" أي لا على بيت المال؛ لأن النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلمين؛

لانقطاع الولاية بينهما، بخلاف المسلم، فإن ديته على بيت المال إن لم يوجد عاقلة. (عناية)

(٨) دية.

(٩) قوله: "كما في حق المسلم" أي تجب الدية في مال المسلم إذا لم يكن له عاقلة، وهذه رواية عن أبي حنيفة،

وفي ظاهر الرواية تجب في بيت المال، وفي "المبسوط": فرق بين المسلم والذمي، فإن الجاني إذا كان مسلماً، ولا عاقلة له، فعقله في بيت المال في ظاهر الرواية، ولا يجب في مال الجاني، والفرق أن القتل إنما يجب على غير الجاني باعتبار النصرة، ومتى لم يكن للمسلم ديوان، ولا قرابة بأن كان لقيطاً، فجماعة المسلمين أهل نصرته، فأمكننا إيجاب عقله في بيت مال المسلمين باعتبار النصرة، بخلاف الذمي، فإن جماعة المسلمين ليس من أهل نصرته، فالولاية بيننا وبينهم منقطعة، فتعذر إيجاب العقل في بيت المال باعتبار النصرة، فوجب في ماله. (ك)

(١٠) العاقلة.

(١١) الدية.

(١٢) أي على القاتل.

بنصرتهم^(١).

ولا يعقل كافر عن مسلم، ولا مسلم عن كافر؛ لعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم^(٢) وإن^(٣) اختلفت مللهم؛ لأن الكفر كله ملة واحدة^(٤)، قالوا: هذا^(٥) إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة. أما إذا كانت^(٦) ظاهرة كاليهود والنصارى^(٧) ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض.

وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر^(٨)، ولو كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها^(٩) عطاء^(١٠)، فحول^(١١) ديوانه إلى البصرة، ثم رفع^(١٢) إلى القاضي، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة.

وقال زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن الموجب هو الجنائية، وقد تحققت، وعاقلته أهل الكوفة^(١٣)، وصار كما إذا حول^(١٤) بعد القضاء.

ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء؛ لما ذكرنا أن الواجب هو المثل، وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل^(١٥)، وتتحمل عنه^(١٦) عاقلته، وإذا كان

(١٣) أى ليس بسبب نصرتهم إياه. (٤)

(١) أى بنصرة أهل دار الإسلام.

(٢) هذا بيان الجواز أى يجوز أن يقع التعاقل فيما بينهم.

(٣) الواو وصلية.

(٤) قوله: "لأن الكفر كله ملة واحدة" أى فى أنه إعراض عن الحق واتباع الرسول، وهذا إذا كان من ديانتهم أن

العاقل يتحملون عن القاتل، أما إذا لم يدينوا بذلك يكون فى مال القاتل. (كفاية)

(٥) أى تعاقل الكفار فيما بينهم.

(٦) المعادة بينهم.

(٧) فإن العداوة فيهما ظاهرة. (مجمع الأنهر)

(٨) قوله: "لانقطاع التناصر" لأن التعاقل يبتنى على الموااة، وذلك بعدم عند اختلاف الملة. (عناية)

(٩) أى بالكوفة.

(١٠) فى الديوان.

(١١) أى بعد القتل. (ك)

(١٢) أمر القتل.

(١٣) قوله: "وقد تحققت، وعاقلته [الواو للحال] أهل الكوفة" أى فى هذه الحالة. (كفاية)

(١٤) ديوانه إلى البصرة، فديته على عاقلته من أهل الكوفة، لا من أهل البصرة.

(١٥) قوله: "وكذا الوجوب على القاتل" النكته الأولى إنما هى من حيث النظر إلى الواجب، والثانية باعتبار النظر

إلى محل الوجوب، والحاصل أن النظر إلى الوجوب، أو إلى محل الوجوب يقتضى أن يكون المتحمل عنهم هم

كذلك يتحمل عنه من ^(١) يكون عاقلته عند القضاء .

بخلاف ما بعد القضاء ؛ لأن الواجب قد تقرر ^(٢) بالقضاء ، فلا ينتقل ^(٣) بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ ^(٤) من عطاءه بالبصرة ؛ لأنها تؤخذ من العطاء ، وعطاءه بالبصرة . بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم ^(٥) ؛ حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ؛ لأن في النقل إبطال حكم الأول ، فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير المتحمّلين ؛ لما قضى به عليهم ، فكان فيه ^(٦) تقرير الحكم الأول ، لا إبطاله ، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة ، وليس له عطاء ^(٧) ، فلم يُقضَ عليه حتى استوطن البصرة ، قضى بالدية على أهل البصرة ، ولو كان قضى بها ^(٨) على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم ^(٩) .

وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم ^(١٠) .

وهذا ^(١١) بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية ، قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ، ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطياتهم وإن ^(١٢) كان قضى بها أول مرة في أموالهم ؛ لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ؛ لأنه قضى بها

العاقلة الثانية. (ك)

(١٦) أى عن القاتل.

(١) هم من أهل البصرة.

(٢) على أهل الكوفة.

(٣) إلى أهل البصرة.

(٤) يعنى وإن كان بعد القضاء. (٤)

(٥) قوله: " بخلاف ما إذا قلت [بأن مات بعضهم. ك] إلخ " يتعلق بقوله: بخلاف ما بعد القضاء أى لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، إذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب، وإن كان بعد القضاء مع أنه فيه نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل، فأجاب عنه بقوله: إن فى ضم أقرب القبائل إليهم تقريراً للحكم الأول، لا إبطاله. (نهاية)

(٦) أى فى الضم.

(٧) فى ديوان الكوفة.

(٨) دية.

(٩) إلى أهل البصرة.

(١٠) أى عن عاقلته بالبادية.

(١١) أى عدم التحول.

(١٢) الواو وصلية.

فى أموالهم وعطيائهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه، بأن كان القضاء بالإبل، والعطاء دراهم، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً؛ لما فيه من إبطال القضاء الأول، لكن يقضى ذلك^(١) من مال العطاء؛ لأنه أيسر.

قال^(٢): وعاقلة المعتق قبيلة مولاه؛ لأن النصرة بهم، ويؤيد ذلك قوله عليه السلام^(٣): «مولى^(٤) القوم منهم»*.

قال^(٥): ومولى الموالاة^(٦) يعقل عنه مولاه وقبيلته؛ لأنه ولاء يتناصر به، فأشبهه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعى، وقد مر فى الولاء^(٧).

قال^(٨): ولا تعقل العاقلة^(٩) أقل من نصف عشر الدية^(١٠)، وتتحمل نصف العشر فصاعداً. والأصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنه موقوفاً عليه، ومرفوعاً^(١١) إلى رسول الله ﷺ: «لا تعقل العواقل عمداً^(١٢) ولا عبداً^(١٣) ولا صلحاً

(١) قوله: "لكن يقضى ذلك" أى الإبل من مال العطاء، بأن يشتري الإبل من مال العطاء. (ك)

(٢) أى القدورى. (عينى)

(٣) قوله: "قوله عليه السلام" رواه أبو داود والترمذى والنسائى عن ابن أبى رافع مولى رسول الله ﷺ قال: «مولى القوم من أنفسهم». (على قارى)

(٤) معتق.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٥) أى القدورى. (عينى)

(٦) لقوله: "ومولى الموالاة إلخ" ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته، ومولى الموالاة هو الخليف، فيعقل عنه مولاه الذى عاقده ومخالته، وهو المراد بقوله: وقبيلته أى قبيلة مولاه الذى عاقده؛ لأن العرب يتناصر به فأشبهه ولاء العتاقة.

(٧) من أن الشافعى يقول: إن الموالاة ليس بشيء؛ لأن فيه إبطال حق بيت المال.

(٨) أى القدورى. (عينى)

(٩) قوله: "ولا تعقل العاقلة إلخ" فيه إشكال، وهو أن من قتل عبد غيره خطأ، وقيمه أقل من أرش الموضحة، فإن العاقلة تتحمل إلا أن الجواب عنه أن المراد منه فيما دون النفس، فأما فى النفس، فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة، وهذا دية؛ لأن القيمة فى العبد قائمة مقام الدية فى الحر. (كفاية)

(١٠) قوله: "أقل إلخ" لأن القصاص لا يجب فى عمده، ولا يتقدر أرشه، فصار كضمان الأموال. (٤)

(١١) قوله: "موقوفاً عليه ومرفوعاً" فالموقوف من رواية محمد بن الحسن، والمرفوع غريب، وليس فى الحديث أرش الموضحة، ولكن أخرج ابن أبى شيبه فى "مصنفه" عن النخعى قال: «لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة ولا تعقل العمد ولا الصلح ولا الاعتراف»، انتهى. (ت)

(١٢) كما إذا قتل الأب ابنه عمداً، فالدية فى ماله.

(١٣) قوله: "ولا عبداً" اختلفوا فى تأويل قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً»، فقال محمد ابن

ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة*، وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس، ولأن التحمل^(٢) للتحرز عن الإحجاف، ولا إحجاف^(٣) في القليل، وإنما هو في الكثير، والتقدير الفاصل^(٤) عرف بالسمع.

قال^(٥): وما نقص من ذلك^(٦) يكون في مال الجاني، والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير، فيجب الكل على العاقلة، كما ذهب إليه الشافعي، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أن أتركناه بما روينا^(٧)، وبما روى^(٨) أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة^(٩)**، وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات، فما دونه^(١٠) يسلك به مسلك الأموال؛ لأنه يجب بالتحكيم^(١١)، كما يجب ضمان المال بالتقويم، فلهذا كان في مال الجاني أخذاً بالقياس.

قال^(١٢): ولا تعقل العاقلة جناية العبد، لا ما لزم بالصلح، أو باعتراف الجاني؛ لما روينا^(١٣)، ولأنه لا تناصر بالعبد، والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة^(١٤)؛ لقصور

الحسن: إنما معناه يقتل العبد حرّاً، فليس على عاقلة مولاة شيء من جناية عبده، إنما جنايته في رقبته أي بدفعه إلى الجنين عليه، أو يفديه، ثم قال: هذا قول أبي حنيفة، وقال ابن أبي ليلى: إنما معناه أن يكون العبد مجنياً عليه يقتله حرّاً، فليس على عاقلة الجاني شيء إنما ثمنه في ماله خاصة، وصوبه الأصمعي، وقال: لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة، لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده، ولم يكن ولا تعقل عبداً، وقيل: إن ما قال أبو حنيفة: مناسب لسباق الحديث، وهو قوله: «عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً»، فإن معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف تدبر. (مل)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(٢) أي تحمل العاقلة.

(٣) إحجاف: كار بر كسى تنگ كردن. (م)

(٤) بين القليل والكثير.

(٥) أي القدرى. (عيني)

(٦) أي نصف عشر الدية.

(٧) آنفاً.

(٨) أخرجه الأئمة الستة. (ت)

(٩) أي غرة عبد أو أمة قيمته خمس مائة درهم.

** راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٨ تحت الحديث ١٠٥٢. (نعيم)

(١٠) أي فما دون نصف عشر الدية.

(١١) أي تحكيم العدل.

(١٢) أي القدرى. (عيني)

(١٣) من قوله عليه السلام: «لا تعقل العواقل» إلخ.

(١٤) قوله: «لا يلزمان العاقلة إلخ» إلا أن في الإقرار تجب الدية في ثلاث سنين، وفي الصلح عن العمد يجب المال

الولاية عنهم .
قال ^(١) : "إلا أن يصدقوه" ^(٢) ؛ لأنه ثبت بتصادقهم ، والامتناع كان لحقهم ، ولهم ولاية على أنفسهم .

ومن أقرّ بقتل خطأ ، ولم يرفعوا إلى القاضى إلا بعد سنين ، قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى ؛ لأن التأجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبيّنة ، وفى الثابت بالإقرار أولى ^(٣) .

ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضى بلد كذا ، قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيّنة ، وكذبهما ^(٤) العاقلة ، فلا شيء على العاقلة ؛ لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم . ولم يكن عليه شيء ^(٥) فى ماله ؛ لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء ، وتصادقهما حجة فى حقهما ^(٦) ، بخلاف الأول ^(٧) .
إلا أن يكون له ^(٨) عطاء معهم ^(٩) ، فحينئذ يلزمه بقدر حصته ؛ لأنه فى حق حصته مقرّ على نفسه ، وفى حق العاقلة مقرّ عليهم .

قال ^(١٠) : "وإذا جنى الحر على العبد ، فقتله خطأ ، كان على عاقلته قيمته ؛ لأنه

حالا ، إلا إذا شرط الأجل فى الصلح ، فيكون مؤجلا . (عناية)

(١) أى القدورى . (عنى)

(٢) العاقلة فى الإقرار .

(٣) قوله : "أولى" يريد أن الثابت بالبيّنة أقوى منه بالإقرار ؛ لأن الثابت بها كالثابت معاينة ، وفى القتل معاينة الدية إنما تجب بقضاء القاضى ، فهذا أولى . (عناية)

(٤) أى القاتل وولى الجناية .

(٥) قوله : "ولم يكن عليه شيء" فإن قيل : لما كان أصل الوجوب عليه ، وقد تحول بزعمه إلى العاقلة بقضاء القاضى ، فإذا توى على العاقلة بجحودهم ، عاد الدين إلى ذمة المحيل ، أوجب بأن هذا يستقيم فيما إذا كان أصله ديناً لدفع التوى عن مال المسلم ، وهذا ليس كذلك ، فإنه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر ، فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضى لا يتحول عنه بحال ، سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف . (عناية)

(٦) قوله : "حجة فى حقهما" لأن أحد المتصادقين ولى القتل ، ومن زعمه أن الدية إنما وجبت ، لا على المقر ، فإقراره حجة على نفسه . (٦)

(٧) قوله : "بخلاف الأول" أراد به قوله : والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة ، فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الإقرار فى مال المقر ، وإنما وجب الدية هناك فى مال المقر ؛ لأن هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة ، فيجب فى مال المقر ضرورة ، وفى "المبسوط" فى قوله : ولم يكن عليه شيء أى على المقر شيء فى ماله ؛ لأنهما تصادقا أن الواجب بقضاء القاضى ، تقرر على العاقلة ، وبد ما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه ، وتصادقهما حجة فى حقهما ، بخلاف الأول فهناك السبب الموجب للدية على العاقلة ، وهو قضاء القاضى لم يوجد أصلا ، فيقضى بها فى مال المقر . (ك)

(٨) قوله : "إلا أن يكون إلخ" وبهذا تبين أن القاتل إنما يكون أحد العوائل عندنا إذا كان له عطاء فى الديوان . (ك)

(٩) العاقلة .

بدل النفس على ما عُرِف من أصلنا^(١).

وفي أحد قولى الشافعى: تجب^(٢) فى ماله^(٣)؛ لأنه بدل المال عنده، ولهذا يوجب^(٤) قيمته بالغة ما بلغت^(٥).

وما دون النفس من العبد لا تتحملة العاقلة؛ لأنه يُسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف^(٦)، وفى أحد قوليه^(٧) تتحملة العاقلة، كما فى الحرّ، وقد مر^(٨) من قبل^(٩).

قال أصحابنا: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة، فالدية فى بيت المال^(١٠)؛ لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وليس بعضهم أخص من بعض بذلك^(١١)، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال، فكذا ما يلزمه من الغرامة، يلزم بيت المال. وعن أبى حنيفة رواية شاذة أن الدية فى ماله^(١٢)، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل؛ لأنه بدل مُتَلَف، والإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر^(١٣)، فإذا لم يكن عاقلة، عاد الحكم إلى الأصل.

وابن الملاعة^(١٤) تعقله عاقلة أمه؛ لأن نسبه ثابت منها دون الأب، فإن عقلوا

(١٠) أى القدورى. (عنى)

(١) فى فصل أحكام الجناية على العبد.

(٢) القيمة.

(٣) حر.

(٤) الشافعى.

(٥) وعندنا ينقص من دية الحر عشرة دراهم.

(٦) فى باب القصاص فيما دون النفس، كذا فى "العناية".

(٧) الشافعى.

(٨) قوله: "وقد مر" قال صاحب "العناية": أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك، أقول: إن هذه الحوالة غير صحيحة، فإنه لم يذكر فى هذا الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس، ولا تحملها دية النفس، لا عند الشافعى، ولا عندنا، كذا فى "نتائج الأفكار".

(٩) أى فى أول فصل بعد باب جناية المملوك. (٤)

(١٠) قوله: "فى بيت المال" هنا إذا كان القاتل مسلماً، أما إذا كان ذمياً، ولا عاقلة له، فالدية فى ماله، لا فى بيت المال. (ك)

(١١) نصرة.

(١٢) قوله: "أن الدية فى ماله" وفى "فتاوى قاضى خان" روى محمد عن أبى يوسف: أن من لا عاقلة له إذا قتل رجلاً خطأ، فإن دية القتل تكون فى مال الجانى. (ك)

(١٣) فى كتاب المعامل.

عنه، ثم ادعاه الأب، رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم؛ لأن عند الإكذاب^(١) ظهر أن النسب لم يزل^(٢)، كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر من الأصل^(٣)، فقوم الأم تحمّلوا ما كان واجباً على قوم الأب، فيرجعون عليهم؛ لأنهم مضطرون في ذلك^(٤).

وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء^(٥)، وله ولد حر^(٦)، فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه، وعقل عنه^(٧) قوم أمه، ثم أدت الكتابة^(٨)؛ لأنه عند الأداء يتحوّل ولاءه^(٩) إلى قوم أبيه من وقت حرّية الأب، وهو^(١٠) آخر جزء من أجزاء حياته، فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم^(١١)، فيرجعون^(١٢) عليهم^(١٣). وكذلك رجلٌ أمر صبياً بقتل رجل فقتله^(١٤)، فضمنت عاقلة الصبي الدية، رجعت^(١٥) بها^(١٦) على عاقلة الأمر^(١٧) إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الأمر إن

(١٤) أى إذا قتل هو رجلاً، فالدية على عاقلة الأم.

(١) أى إكذاب الأب نفسه. (ك)، فإنه نفى الولد عن نفسه أولاً حتى تحقق اللعان بينهما، ثم أكذب نفسه، وقال: إن هذا الولد منى.

(٢) قوله: "ظهر أن النسب إلخ" لأن النسب يثبت منه وقت العلوق، لا من وقت الدعوة، فتبين به أن عقل جنائته كان على عاقلة أبيه، وأن قوم الأم تحمّلوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك بإلزام القاضى، فيرجعون عليهم، فصار حالهم مع عاقلة الأب كحال ولي الجناية، وقد مر أن التأجيل ثمة من وقت القضاء، لا من وقت الجناية، فكذا هذا، وإنما يرجعون في ثلاث سنين؛ لأنهم أدوا هكذا. (ك)

(٣) قوله: "ومتى ظهر من الأصل" أى متى ظهر أن النسب كان ثابتاً منه من الأصل. (زيلعى)

(٤) قوله: "لأنهم مضطرون في ذلك" حيث تحمّلوا بإلزام القاضى، وهذا نفى لجهة التبرع. (كفاية)

(٥) أى بترك مال واف، لأداء بدل الكتابة.

(٦) من امرأة حرة. (٤)

(٧) أى عن ذلك الابن الجانى.

(٨) أى فإنه ح يرجع قوم الأم على قوم الأب. (٤)

(٩) أى ولاء عبد المكاتب.

(١٠) أى ذلك الوقت.

(١١) أى عن قوم الأب.

(١٢) قوله: "فيرجعون" أى أن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب؛ لأن عتق المكاتب عند أداء البديل يستند إلى حال حياته، فتبين أنه كان للولد الولاء من جانب الأب حين جنى، وإن موجب جنائته على موالى أبيه، فلذلك

يرجعون على موالى الأب. (٤)

(١٣) أى قوم الأم.

(١٤) الصبى.

(١٥) عاقلة الصبى.

كان ثبت^(١) بإقراره^(٢) في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الأمر، أو على عاقلته؛ لأن الدييات تجب مؤجلة^(٣) بطريق التيسير.

قال رضى الله عنه^(٤): ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة، والأصل الذى تخرج عليه أن يقال: حال القتال إذا تبدل حكماً، فانتقل ولاءه^(٥) إلى ولاء بسبب أمرٍ حادث^(٦) لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها، أو لم يقض، وإن ظهرت^(٧) حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حوكت الجناية^(٨) إلى الأخرى وقع القضاء بها، أو لم يقع، ولو لم يختلف حال الجاني، ولكن العاقلة^(٩) تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء، فإن كان قضى بها^(١٠) على الأولى لم تنتقل^(١١) إلى الثانية، وإن لم يكن قضى بها على الأولى، فإنه يقضى بها على الثانية، وإذا كانت العاقلة واحدة، فلحقها^(١٢) زيادة^(١٣)، أو نقصان^(١٤) اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده، إلا

(١٦) الدية.

(١٧) دية.

(١) الأمر.

(٢) الأمر.

(٣) فى ثلاث سنين.

(٤) أى المصنف.

(٥) قوله: "فانتقل [بيان التبدل] إلخ" صورته إذا تزوج عبد بمعتقة قوم، فولدت منه أولاد، يكون ولاء الأولاد لموالى الأم، فإذا جنى الولد، فالجناية على عاقلة الأم، فإذا تحملوا عنه، ثم عتق الأب جر ولاء الولد إلى نفسه بسبب حادث، وهو العتق، فلا ينتقل جنايته. (ك)

(٦) كعتق الأب.

(٧) أى وإن لم يتبدل حال القتال بسبب حادث، بل ظهرت إلخ.

(٨) قوله: "حوكت الجناية إلخ" يعنى إذا قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ، فعقلت عنه عاقلة الأم، ثم ادعاه الأب يثبت منه نسبه، ورجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب. (ك)

(٩) قوله: "ولكن العاقلة إلخ" نظيره ما إذا كان القتال من أهل الكوفة، وله بها عطاء، ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة، فإنه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وعلى قول زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية عن أبى يوسف أيضاً. (كفاية)

(١٠) دية.

(١١) الدية.

(١٢) قوله: "فلحقها إلخ" نظير الزيادة ما حول ديوانه إلى العاقلة بعد القضاء عليهم يشاركهم المضموم إليهم، فيما يؤدون بعد التحويل، ونظير النقصان ما إذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل فى خطئه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وقد كان يصيبه قبل النقصان أقل من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وإن قلت العاقلة حتى يصيب الرجل أكثر من ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، ضم إليهم أقرب القبائل فى النسب حتى يصيبه فى عطاءه ثلاثة دراهم، أو أربعة دراهم، وهذا فى إيجاب الزيادة عليهم إيجاباً بهم، ولأنه متى حزبهم أمر، ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بأنفسهم، فإنما يستعينون بأقرب

فيما سبق أداءه^(١)، فمن أحكم هذا الأصل متأملاً يمكنه الترخير فيما ورد عليه من النظائر والأضداد، والله أعلم بالصواب.

كتاب الوصايا^(٢)

باب في صفة الوصية^(٣) ما يجوز من ذلك
وما يستحب منه، وما يكون رجوعاً عنه

قال^(٤): الوصية غير واجبة^(٥)، وهي مستحبة، والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تملك^(٦) مضاف إلى حال زوال مالكيته^(٧).

القبائل إليهم، فكانوا في بعض الأحوال يستصرون بهم عند الحاجة، فلذلك يضمنون إليهم في تحمل العقل عند الحاجة. (ك)

(١٣) كما إذا بلغ صبي من العاقلة.

(١٤) كما إذا مات بعضهم.

(١) قوله: "إلا فيما سبق أداءه" استثناء من قوله: اشتركوا يعني لا يشتركون فيه، بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل

ضم أقرب القبائل إليهم. (ع)

(٢) قوله: "كتاب الوصايا" لا يخفى ظهور مناسبة إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب؛ لأن آخر أحوال

الآدمي في الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، وله اختصاص بكتاب الجنايات والديات؛ إذ الجناية قد تقضى إلى الموت الذي وقته وقت الوصية. (مجمع الأنهر)

قوله: "الوصايا [وسببها أن يذكر بالخير في الدنيا، ونيل الدرجات العلى بالعقبى. مجمع الأنهر]" الوصية اسم

بمعنى المصدر، ثم سمي الموصى به وصية، وهي في الشريعة: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. (٤) (٤)

(٣) قوله: "باب في صفة الوصية" وشرائطها كون الموصى أهلاً للتبرع، وأن لا يكون مديوناً، وكون

الموصى له حياً وقت الوصية، وإن لم يولد، وأجنبياً عن الميراث، وأن لا يكون قاتلاً، وكون الموصى به بعد موت الموصى

شيئاً قابلاً للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى، سواء كان موجوداً في الحال، أو معدوماً، وأن

يكون بمقدار الثلث، وركنهما أن يقول: أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه عن الألفاظ المستعملة فيها، وأما حكم

الوصية، ففي حق الموصى له أن يكون الموصى به ملكاً جديداً، كما بالهبة، وفي حق الموصى إقامة الموصى له فيما أوصى

به مقام نفسه كالوارث. (٤)

(٤) أى القدرى. (عينى)

(٥) قوله: "غير واجبة إلخ" إنما ذكر قوله: وهي مستحبة بعد قوله: غير واجبة لنفى قول بعض الناس: الوصية

لوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض، وعند بعضهم الوصية واجبة على كل واحد ممن له ثروة ويسار، واستدلوا

بظاهر قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾، والمكتوب علينا

يكون فرضاً، وقال عليه السلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين إلا

ووصيته مكتوبة عند رأسه»، ولنا أنها مشروعة لنا لا علينا، وما شرع لنا يكون مندوباً، وهي تبرع بعد الوفاة، فيعتبر

بالتبرع في حال الحياة، وما تلوه منسوخة بآية الموارث، وما رواء، فهو شاذ فيما يعم به البلوى، والوجوب لا يثبت بمثله. (ك)

(٦) قوله: "لأنه إلخ" ولأنها لو جازت، فأسماً أن يزول عن ملك الموصى، ويدخل في ملك الموصى له قبل

القبول كالإرث، وهو باطل؛ لأنه لا قدرة له على إزالة ملكه إلى غيره إلا برضاه، أو يزول عن ملك الموصى، ولا يدخل

في ملك الموصى له ما لم يقبل، وفيه جعل كونه مملوكاً بلا مالك، أو لا يزول عن ملك الموصى، بل يبقى على حكم

ملكه إلى أن يقبل، وهو باطل أيضاً؛ لأن الميت ليس بأهل للملك. (ك)

(٧) الموصى.

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل: ملكتكم غداً كان باطلاً، فهذا أولى، إلا أنا استحسناه^(١) لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله^(٢) مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف البيات^(٣) يحتاج إلى تلافى^(٤) بعض ما فرط^(٥) منه من التفريط^(٦) بماله على وجه لو مضى^(٧) فيه^(٨) يتحقق مقصده المالى، ولو أنهضه^(٩) البرء يصرفه^(١٠) إلى مطلبه الحالى، وفي شرع الوصية ذلك^(١١) فشرعناه، ومثله في الإجارة بيناه^(١٢).

وقد تبقى المالكية^(١٣) بعد الموت باعتبار الحاجة، كما في قدر التجهيز والدين، وقد نطق به الكتاب، وهو قول الله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾. والسنة وهو قول النبي عليه السلام^(١٤): «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم*، أو قال: «حيث أحببتهم»، وعليه إجماع الأمة. ثم تصح^(١٥) للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة؛ لما روينا^(١٦)، وسنين ما

(١) قوله: "استحسناه" بالكتاب: وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، والسنة: وهو قوله عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم» الحديث، وإجماع الأمة ولحاجة الناس إليها. (ك)

(٢) أمل: امید داشتن، و امید. (م)

(٣) قوله: "وخاف البيات [الموت]" أراد بالبيات الهلاك والموت، والبيات اسم بمعنى التبييت، وهو أن يأتي العدو ليلاً. (عن)

(٤) تدارك: دریافتن چیزی يقال: تلافيته إذا تداركته. (من)

(٥) سبق.

(٦) تقصير.

(٧) ومات.

(٨) أى التلافى.

(٩) الإنهاض: بر خیزانیدن. (م)

(١٠) مال.

(١١) أى حصول المقصد المالى أو الحالى.

(١٢) قوله: "ومثله في الإجارة بيناه" يعنى كما أن الوصية لا تجوز في القياس، وتجاوز في الاستحسان، وكذلك الإجارة لا تجوز في القياس؛ لأنها تملك منفعة معدومة، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس. (عن)

(١٣) جواب عن وجه القياس. (ع)

(١٤) قوله: "وهو قول النبي إلخ" أخرج ابن ماجة في "سننه" عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٣٩٩، والدراية ج ٢ ص ٢٨٩، الحديث ١٠٥٣. (نعيم)

هو الأفضل فيه^(١)، إن شاء الله تعالى.

قال^(٢): ولا تجوز بما زاد على الثلث؛ لقول النبي عليه السلام^(٣) في حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه: «الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف»*، ولأنه^(٤) حق الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال^(٥) إليهم، وهو استغناءه^(٦) عن المال، فأوجب تسبق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجنب بقدر الثلث ليتدارك^(٧) تقصيره على ما بيناه^(٨). وأظهره^(٩) في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق به^(١٠) عليهم تحرزاً^(١١) عما يتفق^(١٢) من الإيثار على ما نبينه^(١٣)، وقد جاء في الحديث^(١٤): «الحيف^(١٥) في

(١٥) الوصية.

(١٦) قوله: «لما روينا» إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «بثلث أموالكم من غير تقييد بإجازة». (عناية)

(١) قوله: «وسنين ما هو الأفضل [أى على جواز الوصية] فيه» أى فى الوصية، أو فى قدر الوصية، وأشار بذلك

إلى ما بعد ورقة بقوله، ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث. (عن)

(٢) أى القدرورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: «لقول النبي ﷺ إلخ» روى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار" قال: أخبرنا أبو حنيفة، قال:

حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص، قال: «دخل النبي ﷺ يعودنى قال: فقلت: يا رسول الله!

أوصى بمالى كله، قال: لا، فقلت: فبالنصف، قال: لا، فقلت: فبالثلث، قال: الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكفون

الناس»، وفى رواية "صحيح البخارى": «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس»، والعالة

جمع عائل، وهو الفقير تكفف السائل، واستكف إذا بسط كفيه للسؤال، وسأل الناس كفاً من طعام، أو ما يكف

الجوعة، كذا فى "الفائق". (غن)

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٤٠١، والدرأية ج ٢ ص ٢٨٩، الحديث ١٠٥٤. (نعيم)

(٤) مال.

(٥) أى زوال الملك عن الموصى إليهم.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) أنفاً.

(٩) فلم يصح إيصاءه له أصلاً.

(١٠) الثلث.

(١١) قوله: «تحرزاً إلخ» أى تحرزاً عما يتفق من إيثار الموصى بعض الورثة على البعض فى الوصية؛ لأنه حينئذ

يتأذى البعض الآخر، فيفضى ذلك إلى قطع الرحم، وهو حرام بالنص. (عن)

(١٢) أى عما يقع اتفاقاً. (عن)

(١٣) قوله: «على ما نبينه» يعنى عند قوله: بعد هذا، ولا يجوز لوأرثه. (٤)

(١٤) قوله: «وقد جاء فى الحديث إلخ» أخرج الدارقطنى فى "سننه" عن عمر ابن المغيرة عن داود ابن أبى

هند عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الإضرار فى الوصية من الكبائر»، انتهى.

الوصية من أكبر الكبائر وفسرّوه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث* .
قال^(٢): إلا أن يجيزها الورثة بعد موته^(٣)، وهم^(٤) كبار؛ لأن الامتناع
لحقهم، وهم أسقطوه، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته؛ لأنها^(٥) قبل ثبوت
الحق؛ إذ الحق يثبت^(٦) عند الموت، فكان لهم^(٧) أن يردوه^(٨) بعد وفاته .
بخلاف ما بعد الموت؛ لأنه بعد ثبوت الحق، فليس لهم أن يرجعوا عنه؛ لأن
الساقط^(٩) متلاشي غاية الأمر^(١٠) أنه يستند^(١١) عند الإجازة، لكن الاستناد يظهر في
حق القائم .

ورواه ابن مردويه في تفسيره بلفظ الخيف في الوصية من الكبائر، ورواه العقيلي في ضعفاءه بلفظ الدارقطني، وقال:
لا نعرف أحدا رفعه غير عمر بن المغيرة المصيبي، انتهى، وأخرجه النسائي في التفسير عن علي بن مسهر عن داود ابن
أبي هند موقوفاً. (ت)

(١٥) قوله: "الخيف" روى بالحاء المهملة وسكون الياء، وهو الظلم، وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحين، وهو
الميل. (عناية)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠١، والدراية ج ٢ ص ٢٨٩، الحديث ١٠٥٥. (نعيم)

(٢) أي القدرى في "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "إلا أن يجيزها الخ" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيجاني في "شرح الكافي": ولو أوصى بأكثر
من الثلث لم يجز الفضل على الثلث إلا أن يجيز الورثة بعد موته، وهم كبار. (عن)

(٤) الواو حالية.

(٥) إجازة حال الحياة.

(٦) قوله: "يثبت" لأنه إنما يحكم بكون المرض مرض الموت عند الموت. (غن)

(٧) قوله: "فكان لهم" أي للورثة أن يردوا ما أجازوا من الوصية الزائدة على الثلث بعد موت الموصي إن كانت
إجازتهم في حياته، بخلاف ما إذا كانت الإجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد بعد ذلك؛ لأنهم أسقطوا حقهم بعد
ثبوته. (غن)

(٨) بعد الإجازة في حياته.

(٩) قوله: "لأن الساقط الخ" متعلق بقوله: فكان لهم أن يردوه يعني إنما كان للورثة رد ما أجازوه في حال حياة
الموصي؛ لأن إجازتهم كانت ساقطة حينئذ لعدم مصادفتها محلها؛ لأن الحق لم يثبت لهم إلا عند الموت، فلما كانت تلك
الإجازة ساقطة كان لهم ردها؛ لأنها لم تكن معتبرة. (غن)

(١٠) قوله: "غاية الأمر الخ" يعني فإن قيل: لا نسلم عدم مصادفة المحل، فإن حق الورثة يثبت في مال المورث من
أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين، فلما مات ظهر أنها صادفت محلها، فصارت كإجازتهم بعد موت المورث
بسبب الاستناد، أجب بقوله: غاية الأمر يعني أن حقهم، وإن استند إلى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم
يعنى كما في العقود الموقوفة إذا لحقها الإجازة كثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان، فإن الملك يثبت فيها مستندا
إلى أول العقد والغصب، وهذا يعني ما نحن فيه من الإجازة قد مضى وتلاشى حين وقع إذا لم يصادف محله، فلا يلحقه
الاستناد. (عناية)

(١١) أي يثبت حقهم عند الإجازة استناداً.

وهذا^(١) قد مضى وتلاشى، ولأن الحقيقة تثبت عند الموت^(٢)، وقبله^(٣) يثبت مجرد الحق، فلو استند من كل وجه^(٤) ينقلب^(٥) حقيقة قبله^(٦)، والرضا ببطلان الحق^(٧) لا يكون رضا ببطلان الحقيقة، وكذلك إن كانت الوصية للوارث، وأجازت البقية، فحكمه ما ذكرناه^(٨).

وكل ما جاز بإجازة الوارث^(٩) يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا، وعند الشافعي^(١٠) من قبل الوارث. والصحيح قولنا؛ لأن السبب^(١١) صدر من الموصى، والإجازة رفع المانع^(١٢)، وليس من شرطه القبض^(١٣)، وصار كالمترتهن^(١٤) إذا أجاز بيع الراهن.

(١) أى الإجازة قبل الموت. (تاج الشريعة)

(٢) قوله: "ولأن الحقيقة إلخ" دليل آخر، وتقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت، لا قبله، وإنما يثبت قبله مجرد حق الملك، فلو استند ملكه إلى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة، وذلك باطل؛ لوقوع الحكم قبل السبب، وهو مرض الموت. (٤)

(٣) الموت.

(٤) قوله: "من كل وجه" إنما قيد بقوله: من كل وجه دفعا لوهم من يقول: حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين، فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق فى حق إسقاطهم بالإجازة أيضاً، ووجه ذلك أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق فى ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه، وهو لا يجوز؛ لما مر (٤)

(٥) الحق.

(٦) الموت.

(٧) قوله: "والرضا إلخ" جواب عما يقال: إن الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضا، فصار كسائر الإسقاطات، وفيها لا رجوع، فكذلك فيه، ووجهه أنه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة، وإنما رضى ببطلان الحق، لا ببطلان الحقيقة؛ لأن الرضا ببطلانها تستلزم وجودها، ولا وجود لها قبل السبب. (عناية)

(٨) أى تعتبر الإجازة بعد الموت، لا قبله. (ك)

(٩) قوله: "وكل ما جاز إلخ" ذكره تفریعا قال فى "مختصر الأسرار": إذا وصى بجمع ماله، فإجازة الورثة كان تملیكا من الميت، وكذلك الوصية للوارث واحد قولی الشافعی: إنه يكون هبة من الورثة إن قبضت صحت، وإلا بطلت، وفائدة تملك المجاز له، وهو الموصى له من قبل الموصى صحة الإجازة فى المشاع، وكونه ملكا له قبل التسليم، وكون الوارث مجبوراً بالتسليم بعد الإجازة، ولو كانت هبة مبتدأة من الوارث، انعكست الأحكام، فعلى ما قال الشافعی: لا جبر على التسليم، ولا مللته قبل التسليم. (غن)

(١٠) قوله: "وعند الشافعي" وجه قول الشافعي: إن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث، فيثبت الملك للوارث بغير قبوله، ولا يرتد برده، فإجازته يكون إخراجا عن ملكه بغير عوض، وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض، ولنا أن الموصى صدر منه السبب، وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك، وكل ذلك ظاهر، فالموصى له يتملك من الموصى. (٤)

(١١) أى سبب ملك الموصى له.

(١٢) قوله: "والإجازة رفع المانع" جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك يعنى أن الإجازة ليست سبب

الخروج عن الملك، وإنما هو رفع المانع. (٤)

قال^(١): ولا تجوز^(٢) للقاتل^(٣)، عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً^(٤)؛ لقوله عليه السلام* : «لا وصية للقاتل»^(٥)، ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى، فيحرم الوصية كما يحرم الميراث^(٦). وقال الشافعي: تجوز للقاتل^(٧)، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل، ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل، والحجة عليه في الفصلين^(٨) ما قلناه.

ولو^(٩) أجازتها^(١٠) الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تجوز؛ لأن جانيته باقية، والامتناع^(١١) لأجلها.

(١٣) قوله: "وليس من شرطه القبض" كأنه يقول: لو كان هبة لكان القبض شرطاً، وهو ممنوع. (٤)

(١٤) قوله: "وصار كالمرتهن الخ" أي صار ما نحن فيه كالمرتهن إن أجاز بيع الراهن في كون السبب صدر من الراهن، والملك للمشتري يثبت من قبله، فإجازة المرتهن رفع المانع. (عناية)

(١) أي القدرى في "مختصره". (عن)

(٢) الوصية.

... (٣) أي لمن جرح، فأوصى له، ثم مات الموصى من ذلك الجرح.

(٤) قوله: "بعد أن كان مباشراً [لا سبباً]" وإنما قيد بالمباشر؛ لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث، وبطلان الوصية، كما في حافر البئر، وواضع الحجر في غير ملكه. (عن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٢، والدراية ج ٢ ص ٢٩٠، الحديث ١٠٥٦. (نعيم)

(٥) قوله: "لا وصية للقاتل" قلت: أخرجه الدارقطني في الأقضية عن مبشر بن عبيد عن الحجاج ابن أرطاة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي ابن أبي طالب قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس لقاتل وصية»، قال الدارقطني: "مبشر متروك، يضمن الحديث"، انتهى. (ت)

(٦) قوله: "كما يحرم الميراث" ورد بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية، كما في الرق، واختلاف الدين، وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته، والموصى له يشاركه في هذا المعنى، فجاز القياس عليه، والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم. (عناية)

(٧) لأنه أجنبي منه، فصحت له كما صحت لغيره. (عناية)

(٨) قوله: "والحجة عليه [الشافعي] في الفصلين" يعني فيما إذا كان القتل قبل الوصية، أو بعدها ما بيناه يعني من الحديث، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية، وتأخره عنها، ومن المعقول الذي ذكره، اعترض عليه بأن ذلك صحيح، إذا كان القتل بعد الوصية، وأما إذا كان الجرح قبلها، فلا استعجال ثمه، وأجيب يجعل الجراح مستعجلاً، وإن تقدم جرحه على الوصية؛ لما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً، أو غير قاتل لجواز الوصية، وفسادها يوم الموت، لا يوم الوصية، فبالنظر إلى وقت الموت، كان القتل مؤخراً عن الوصية، واعترض بنقض إجمالي، بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر، إذا قتل مولاة؛ لأن التدبير وصية، وهو لا يصح للقاتل، وأجيب بأن عتقه من حيث إن موته جعل شرطاً لعتقه، وقد وجد، ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته؛ لأنه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية. (٤)

(٩) ذكره على سبيل التفریم.

(١٠) الوصية للقاتل.

(١١) أي حرمانه كان بطريق العقوبة. (ك)

ولهما أن الامتناع لحق الورثة؛ لأن نفع بطلانها^(١) يعود إليهم كنفع بطلان الميراث^(٢)، ولأنهم^(٣) لا يرضونها^(٤) للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم^(٥).

قال^(٦): «ولا تجوز لوارثه^(٧)؛ لقوله عليه السلام* : «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية للوارث»^(٨)، ولأنه يتأذى البعض^(٩) بإيثار البعض، ففي تجويزه قطيعة^(١٠) الرحم^(١١)، ولأنه حيفٌ بالحديث الذي رويناه^(١٢).

ويعتبر كونه وارثاً، أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية^(١٣)؛ لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت^(١٤)، وحكمه يثبت بعد الموت، والهبة من المريض^(١٥) للوارث في هذا^(١٦) نظير الوصية؛ لأنها وصيةٌ حكماً، حتى تنفذ من الثلث^(١٧)،

(١) الوصية.

(٢) قوله: «كنفيع [التشبيه من حيث مجرد النفع العائد إليهم عند بطلانها لا غير. ك] بطلان الميراث أى ميراث القاتل إلا أن الوصية لو لحقها الإجازة تصح، والميراث لا يصح، وإن أجازوا؛ لأن إجازة العبد ورده إنما تعمل فيما إذا كان من جهة العبد كالوصية، فإنه تبرع وتمليك من جهته، ولا كذلك الميراث؛ لأنه من جهة الشرع، لا صنع للعبد فيه. (مل)

(٣) قوله: «ولأنهم إلخ» هذا التعليل لبيان امتناع وصية القاتل لحق الورثة باعتبار أنهم لا يرضونها للقاتل، كما لا يرضونها لأحدهم، والورثة لو رضوا بالوصية لأحدهم يجوز، فكذا للقاتل، وما قاله أبو يوسف: إن حرمانه كان بطريق العقوبة، قلنا: لا نسلم ألا ترى أنه يستوى فيه الخاطئ والعامد، والخاطئ لا يستحق العقوبة. (مل)

(٤) الوصية.

(٥) الورثة.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٧) الموصى.

* راجع نصب الرأية ج ٤ ص ٤٠٣، والدراية ج ٢ ص ٢٩٠، الحديث ١٠٥٧. (نعيم)

(٨) رواه ابن ماجة فى "سننه" عن أنس. (ت)

(٩) الذى حرم الوصية. (غن)

(١٠) جدائى، وقطم الرحم حرام، فكذا ما كان سبباً لحصوله. (غن)

(١١) خويشى.

(١٢) قوله: «بالحديث الذى رويناه» إشارة إلى ما تقدم فى كتاب الهبة فىمن خصص بعض أولاده فى العطية. (ع)

(١٣) قوله: «لا وقت الوصية» حتى لو أوصى لأخيه، وهو وارث، ثم ولد له ابن، صحت الوصية للأخ، وعكسه لو أوصى لأخيه، وله ابن، ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للأخ. (زيلعى)

(١٤) فيعتبر زمان التمليك، لا قبله. (عن)

(١٥) مرض الموت. (غن)

(١٦) أى فى اعتبار كونه وارثاً وقت الموت.

(١٧) أى بدليل أنها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي كالوصية للأجنبي تنفذ من الثلث. (غن)

وإقرار المريض للوارث على عكسه^(١)؛ لأنه تصرف في الحال، فيعتبر ذلك وقت الإقرار.

قال^(٢): إلا^(٣) أن يجيزها الورثة، ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه^(٤)، ولأن الامتناع لحقهم^(٥)، فتجوز بإجازتهم، ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المميز بقدر حصته؛ لولايته عليه، وبطل في حق الراد.

قال^(٦): ويجوز^(٧) أن يوصى المسلم للكافر^(٨)، والكافر للمسلم، فالأول؛ لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين﴾^(٩) الآية.

والثاني؛ لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع من الجانين^(١٠) في حالة الحياة، فكذا بعد الممات.

وفي "الجامع الصغير"^(١١): الوصية لأهل الحرب باطلة؛ لقوله تعالى: ﴿لا

(١) قوله: "وإقرار المريض للوارث على عكسه" أي على عكس الحكم في الهبة حتى يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار، لا عند الموت؛ لأن الإقرار تملك، وتصرف في الحال من غير نظر إلى ما بعد الموت، ولهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي يدين صح من جميع المال، وفائدة هذا أنه إذا لم يكن وارثاً عند الإقرار، ثم صار وارثاً، فمات المقر لا يبطل إقراره، ولكن هذا إذا صار وارثاً بسبب حادث؛ لأن الاستحقاق مضاف إلى السبب الحادث، لا إلى القرابة.

فأما إذا صار وارثاً بسبب القرابة لكن امتنع عملها مانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت، ولهذا لو أقر لأجنبي، ثم قال: هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل إقراره، فإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها لم يبطل إقراره. (غن)

(٢) أي القدوري. (عيني)

(٣) استثناء من قوله: ولا تجوز لوارثه.

(٤) قوله: "ويروى إلخ" أخرج الدارقطني في "سننه" في الفرائض عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشار الورثة، انتهى.

(٥) قوله: "ولأن الامتناع لحقهم" أي لحقهم الذي هو تأذيتهم بإيثار البعض دون البعض، وبالتقييد على هذا الوجه يندفع ما قيل: لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلثين أجازوا، أو لم يجيزوا؛ لأنه لا حق لهم في الثلث، كما في الوصية لأجنبي. (عناية)

(٦) أي القدوري. (عيني)

(٧) قوله: "ويجوز إلخ" وافترق الوصية والإرث حيث لا يجرى التوارث بين المسلم والذمي، ويجرى الوصية بينهما، وذلك لأن الإرث ولاية بطريق الخلافة؛ لأن ما كان للمورث كان للوارث، ولا ولاية مع اختلاف الدين، وأما الوصية، فملك مبتدأ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يصير مفروراً مما اشتراه الموصى، بخلاف الوارث. (غن)

(٨) الذمي. (خ)

(٩) ﴿ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾.

(١٠) المسلم والكافر الذمي.

(١١) قوله: "وفي "الجامع الصغير" إلخ" قالوا في شروح "الجامع الصغير": وفي "السير الكبير": ما يدل على الجواز، فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل، وإن فعل جاز؛ لأنه أهل للتملك، أما وصية الحربى لمسلم، أو ذمي بماله كله، فذلك جائز. (غن)

ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴿^(١) الآية .

قال ^(٢): وقبول الوصية بعد الموت ^(٣)، فإن قبلها الموصى له في حال حياته ^(٤)، أو ردها، فذلك باطل؛ لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ^(٥)، فلا يعتبر ^(٦) قبله، كما لا يعتبر قبل العقد ^(٧).

قال ^(٨): ويستحب ^(٩) أن يوصى الإنسان بدون الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء، أو فقراء؛ لأن في التقيص ^(١٠) صلة ^(١١) القريب بترك ماله عليهم. بخلاف استكمال الثلث؛ لأنه استيفاء تمام حقه ^(١٢)، فلا صلة، ولا منة، ثم الوصية بأقل من الثلث أولى، أم تركها قالوا: إن كانت الورثة فقراء، ولا يستغنون بما يرثون ^(١٣)، فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب، وقد قال عليه السلام ^(١٤): «أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ^(١٥)» *، ولأن فيه رعاية حق الفقراء ^(١٦)،

(١) ﴿وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم﴾.

(٢) أى القدورى فى "مختصره".

(٣) قوله: "وقبول الخ" القبول ليس بشرط لصحة الوصية، وإنما هو شرط لثبوت الملك للموصى له، وللوصية شبه بالميراث من حيث إنها تملك بالموت، وشبه بالهبة من حيث إنها تملك الغير، فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول ما دام ممكننا من الموصى له، فقلنا: لا يملك قبل القبول، واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول، فقلنا: إنه يملكها بعده من غير قبض عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، وإن مات الموصى له من غير رد وقبول، فقد ذكر فى الكتاب أن الوصية تبطل قياساً، ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا، أو قبلوا فى الاستحسان. (عناية)

(٤) الموصى.

(٥) لأن الوصية تملك يتعلق بالموت. (غن)

(٦) القبول أو الرد.

(٧) أى عقد الوصية.

(٨) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "ويستحب الخ" روى عن أبى بكر وعمر أنهما قالوا: لأن يوصى بالخمس أحب إلينا من أن يوصى

بالربع، ولأن يوصى بالربع أحب إلينا من أن يوصى بالثلث. (ك)

(١٠) من الثلث.

(١١) إحسان.

(١٢) الموصى.

(١٣) من نصيبهم.

(١٤) رواه أحمد فى "مسنده" عن أبى أيوب الأنصارى. (ت)

(١٥) قوله: "على ذى الرحم الكاشح" هو العدو الذى أعرض كشحه، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع،

وقيل: الكاشح العدو الذى أضمر العداوة فى كشحه، وإنما جعل هذا التصرف أفضل؛ لأن التصديق على المحب الصديق مما يميل إليه النفس لمحبهه وصداقته، وفى القريب الكاشح المنظور إليه هو معنى القرابة لا غير مع مخالفة نفسه؛ لأن نفسه

والقرابة جميعاً، وإن كانوا أغنياء، أو يستغنون بنصيبهم.
 فالوصية أولى^(١)؛ لأنه يكون صدقةً على الأجنبي، والتركة هبةً من القريب،
 والأولى^(٢) أولى؛ لأنه يُبتغى بها وجه الله تعالى، وقيل: في هذا الوجه يُخَيَّر^(٣)؛
 لاشتمال كل منهما على فضيلة، وهو الصدقة، أو الصلة، فيخَيَّر بين الخيَّرين.
 قال^(٤): والموصى به يملك بالقبول^(٥)، خلافاً لزفر، وهو أحد قولي الشافعي
 هو يقول: الوصية أخت الميراث؛ إذ كلٌّ منهما خلافة لما أنه^(٦) انتقال، ثم الإرثُ
 يثبت من غير قبول^(٧)، فكذلك الوصية.
 ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد^(٨)، ولهذا لا يُردّ الموصى له بالعيب^(٩)، ولا
 يردّ عليه بالعيب، ولا يملك^(١٠) أحدُ إثبات الملك لغيره إلا بقبوله، أما الورثة خلافة
 حتى يثبت فيها هذه الأحكام^(١١)، فيثبت^(١٢) جبراً من الشرع من غير قبول.

لا تدعوه إلى التصديق عليه، فكان ترجيح معنى القرابة في الإحسان أولى من ترجيح جانب المحبة خصوصاً ما إذا كان
 ذلك متضمناً مخالفة النفس وقهرها، فكان هو أولى لا محالة. (ك)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٥، والدراية ج ٢ ص ٢٩٠، الحديث ١٠٥٨. (نميم)

(١٦) وذلك لأن الوارث فقيراً أيضاً. (غن)

(١) قوله: "فالوصية أولى" لأنه يحصل له تدارك ما قصر في حياته، والتدارك إنما يقع بالصدقة، ومعنى الصدقة
 بالوضع عند الأجانب أكمل. (غن)

(٢) الصدقة على الأجنبي.

(٣) الموصى.

(٤) أي القُدوري في "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "يملك بالقبول" أي بالقبول بعد موت الموصى، وبعد القبول يلزمه، ولا يصح رده على ورثته بلا
 رضاهم؛ لأنه بالرد يملك لهم. (ك)

(٦) أي انتقال الملك من المورث.

(٧) من الوارث.

(٨) لا بطريق الخلافة.

(٩) قوله: "لا يرد إلخ" صورته أن يشتري المريض شيئاً يوصى به لرجل، ثم الموصى له يجده معيباً، فإنه لا يرد
 على بائعه.

وقوله: ولا يرد عليه بالعيب، صورته: أن يوصى بجميع ماله لإنسان، ثم باع شيئاً من التركة، ووجد المشتري عيباً لا
 يردّه على الموصى له، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين. (عتاية)

(١٠) قوله: "ولا يملك إلخ" لئلا يعود على موضوعه بالنقض، وذلك لأن تنفيذ الوصية منفعة للموصى له، ولو أثبتنا
 الملك له قبل قبوله لربما تضرر، فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب نفقته بلا منفعة تعود إليه، وأمثال ذلك كثيرة. (٤)

(١١) من رد العيب إلى بائع المورث، ورد المشتري على الوارث.

(١٢) الملك للوارث.

قال^(١): إلا في مسألة واحدة^(٢)، وهو أن يموت الموصى، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً. والقياس أن تبطل الوصية^(٣)؛ لما بينا أن الملك موقوف، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قدمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توفقت لحق الموصى له^(٤)، فإذا مات دخل^(٥) في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات^(٦) قبل الإجازة.

قال^(٧): ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية؛ لأن الدين مقدم على الوصية^(٨)؛ لأنه أهم الحاجتين، فإنه فرض، والوصية تبرع، وأبدأ بالأهم، فالأهم إلا أن تبرئه^(٩) الغرماء؛ لأنه لم يبق الدين، فتنفذ الوصية على الحد المشروع^(١٠) لحاجته^(١١) إليها. قال^(١٢): ولا تصح وصيته الصبي^(١٣)، وقال الشافعي: تصح إذا كان في وجوه

(١) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "إلا في الخ" استثناء من قوله: والموصى به يملك بالقبول يعنى في المسألة المستثناة يملك بدون القبول.

(غن)

(٣) قوله: "والقياس أن تبطل الخ" وفي بعض المواضع القياس أن يكون ورثته بمنزلته في الرد والقبول، وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا أو قبلوا.

(٤) إن شاء، وإن شاء وأجاز.

(٥) الموصى به.

(٦) المشتري في الثلث، فيتم البيع، ويكون المبيع لورثة المشتري.

(٧) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "لأن الدين مقدم على الوصية" بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى:

﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾، فإن قلت: لم قدمت الوصية على الدين، والدين مقدم عليها في الشرعية، قلت: لما كان الوصية شبيهة لل ميراث في كونها مأخوذة من غير عوض، كان إخراجها مما يشق على الورثة، ويتعاضمهم ولا تطيب أنفسهم، فكان أداءها مظنة للتفريط، بخلاف الدين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أداءه، فلذلك قدمت على الدين بعثاً على وجوبها، والمسارة على إخراجها مع الدين، فلذلك جئء بكلمة أو للتسوية بينهما في الوجوب. (غاية البيان)

(٩) الموصى من الدين. (عن)

(١٠) قوله: "على الحد المشروع" أي في الثلث، أو في أكثر منه على تقدير إجازة الورثة، أو عدمهم لعدم المانع، وهو الدين. (غن)

(١١) الموصى.

(١٢) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(١٣) سواء مات قبل الإدراك، أو بعده. (ك)

الخير؛ لأن عمر رضى الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع^(١)، وهو^(٢) الذى راهق الحلم^(٣)، ولأنه^(٤) نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى^(٥)، ولو لم تنفذ^(٦)، يبقى^(٧) على غيره. ولنا أنه^(٨) تبرع، والصبى ليس من أهله^(٩)، ولأن قوله غير ملزم، وفى تصحيح وصيته قول بإلزام قوله.

والأثر محمول^(١٠) على أنه^(١١) كان قريب العهد^(١٢) بالحلم مجازاً^(١٣)، أو كانت وصيته فى تجهيزه، وأمر دفنه، وذلك^(١٤) جائز عندنا، وهو يحرز الثواب^(١٥) بالترك

(١) قوله: "وصية لابنة عم له، وكان وارثه بالشام، كذا فى "الموطأ" [يفاع أو يافع] هذا تشكيك الراوى، وهو عمرو بن سليم شك أن شيخه ذكر يفاع أو يافع. (حميدية)
قوله: "يفاع" يفاع - بفتح التحتية والفاء - مراهق، كذا فى "المحلى"، وفى "الموطأ" أنه كان ذلك الصبى ابن عشر سنين، أو اثنتا عشرة سنة.

(٢) ويفاع.

(٣) أى قارب البلوغ، مراهقة: نزدك ببلوغ رسيدين زن يا مرد.

(٤) صحة وصية الصبى.

(٥) أى القرب عند الله تعالى.

(٦) قوله: "ولو لم تنفذ إلخ" يعنى إذا نفذت الوصية كان ماله باقياً على نفسه، فإنه يحصل لها بسببها نيل الزلفى، والدرجة العليا، ولم لم تنفذ يبقى ماله على غيره، فكانت الوصية أولى. (عناية)

(٧) الوصية.

(٨) الوصية.

(٩) قوله: "ليس من أهله [التبرع]" ولهذا لا يملك التبرع بماله فى حال الحياة بالإجماع بالهبة، أو الصدقة، فكذا لا يملك بطريق الوصية أيضاً. (غن)

(١٠) قوله: "والأثر إلخ" جواب عن تمسك الخصم بالحديث بجوابين فيهما نظر عندى؛ لأنه صرح الراوى أنه أوصى لابنة عم له بمال، فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه؟ وكيف يقال: يحتمل أنه كان أدرك لكن يسمى غلاماً مجازاً؛ لأنه صح فى رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم؟ والجواب الصحيح أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعید بن المسيب والحسن والشعبى والنخعى يعتد، بخلافه فى إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسى، ثم روى أصحابنا فى كتبهم عن الشعبى والنخعى والحسن أنهم قالوا: لا يجوز وصية المراهق، فبطل الاحتجاج بالإجماع؛ لأنه لا إجماع للصحابة مع اختلافهم، فبقى تقليد الصحابى، وهو ليس بواجب عند الخصم، فكيف يحتج به على غيرهم، وعندنا لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس على ما ذهب إليه الشيخ أبو الحسن الكرخى، وما نحن فيه يدرك بالقياس، فلا نقلده، والله أعلم. (غن)

(١١) أى أن ذلك الصبى.

(١٢) قوله: "كان قريب العهد إلخ" يعنى كان هو يافعا لكن لم يمض على بلوغه زمان كثير، ومثله يسمى غلاماً مجازاً تسمية للشئ باسم ما كان عليه. (ن)

(١٣) أى سمي ذلك الصبى يفاعاً مجازاً، وما كان يفاعاً حقيقة.

(١٤) الوصية فى تجهيزه، وأمر دفنه.

(١٥) قوله: "وهو يحرز الثواب إلخ" جواب عن قوله: ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه فى نيل الزلفى عندنا.

على ورثته، كما بيناه^(١).

والمعتبر في النفع والضرر^(٢)، النظر^(٣) إلى أوضاع التصرفات، لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتباره بالطلاق، فإنه لا يملكه، ولا وصية، وإن^(٤) كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال^(٥)، وكذا إذا أوصى^(٦)، ثم مات بعد الإدراك^(٧)؛ لعدم الأهلية وقت المباشرة^(٨).

وكذا^(٩) إذا قال: إذا أدركت، فثلث مالي لفلان وصية؛ لقصور أهليته، فلا يملكه تنجيذاً وتعليقاً، كما في الطلاق والعتاق^(١٠).
بخلاف العبد والمكاتب^(١١)؛ لأن أهليتهما مستتمة^(١٢)، والمانع حق المولى، فتصح إضافته إلى حال سقوطه.

قال^(١٣): ولا تصح وصية المكاتب^(١٤)، وإن^(١٥) ترك وفاءً؛ لأن ماله لا يقبل التبرع^(١٦)، وقيل على قول أبي حنيفة: لا تصح.

(١) إشارة إلى قوله: فالترك أولى؛ لما فيه من الصدقة على القريب.

(٢) قوله: "والمعتبر في النفع والضرر إلخ" تنزل في الجواب كأنه يقول: سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها، لكن المعتبر في النفع والضرر أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة، ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه، وإن أمكن أن يكون نافعاً بأن يطلق امرأة معسرة شوهاً، ويتزوجها بأختها الموسرة الحسنة؛ لكون ذلك من العوارض، والوصية في الأصل تبرع، والوصي ليس من أهله. (عناية)

(٣) قوله: "والنظر إلخ" يعني أن الوصية في وضعها ضرر لزوال الملك عن الموصي، وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي، ألا ترى أن الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبي؛ لأنه ضرر لزوال الملك، وإن كانا قد يقعان بحسب اتفاق الحال. (غن)

(٤) الواو متصلة.

(٥) بأن يطلق زوجته المعسرة، ويتكلم مع أختها الموسرة.

(٦) أي لا يصح وصيته.

(٧) بلوغ.

(٨) أي مباشرة عقد الوصية.

(٩) أي لا يصح.

(١٠) فإن الصبي لا يملكها لا تنجيذاً، ولا تعليقاً.

(١١) يعني إذا قال: العبد والمكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية تصح.

(١٢) استتمه: تمام كرد آن را. (من)

(١٣) أي القدروري في "مختصره". (غن)

(١٤) يعني تنجيذاً؛ لأن الإضافة إلى العتق صحيحة، كما مر آنفاً. (عناية)

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) قوله: "لأن ماله لا يقبل التبرع" ولهذا لا يصح عتقه وهبته، فإذا لم يحتمل ماله التبرع لم يصح وصيته؛ لأنها

وعندهما تصح ردّها لها^(١) إلى مكاتب يقول: كل مملوك أملكه فيما استقبل^(٢)، فهو حرّ، ثم عتق فملك، والخلاف فيها معروف، عرف في موضعه^(٣).

قال^(٤): وتجاوز الوصية للحمل^(٥)، وبالحمل^(٦) إذا وضع^(٧) لأقل^(٨) من ستة أشهر من وقت الوصية.

أما الأول^(٩): فلأن الوصية استخلاف^(١٠) من وجه؛ لأنه يجعله^(١١) خليفة في بعض ماله، والجنين صلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية؛ إذ هي أخته^(١٢) إلا أنه يرتد بالرد؛ لما فيه^(١٣) من معنى التملك. بخلاف الهبة^(١٤)؛ لأنها تملك محض، ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً.

تبرع لزوال الملك بلا عوض. (غن)

(١) قوله: "ردّها لها إلى مكاتب إلخ" يعني كما يصح إعتاق المكاتب عندهما في تلك المسألة تصح وصية المكاتب أيضاً عندهما، إذا ترك وفاء؛ لأنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته، وعند أبي حنيفة لا يعتق ما ملكه بعد العتق في تلك المسألة، فكذلك ههنا لا ينفذ وصيته، وإن ترك وفاء. (غن)

(٢) مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالي عما في بطن فلانة. (خ)

(٣) قوله: "عرف في موضعه" يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان "الجامع الكبير"، وما عرف ثمة هو أن المكاتب، إذا قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل، فهو حر، فعتق، فملك لم يعتق عند أبي حنيفة، وعتق عندهما، لهما أن ذكر الملك ينصرف إلى ملك قابل للإعتاق، وهو ما بعد الحرية، ولأبي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك: أحدهما: ظاهر، وهو ما قبل الإعتاق، والثاني: غير ظاهر، وهو ما بعد الإعتاق، فينصرف اليمين إلى الظاهر دون غير الظاهر. (عناية)

(٤) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٥) قوله: "للحمل [مثل أن يقول: أوصيت بثلث مالي؛ لما في بطن فلانة. ع]" فإن قيل: الوصية تحتاج إلى القبول، وهو ليس من أهل القبول، قلنا: الوصية تشبه الميراث، وتشبه الهبة؛ لما بينا، فلشبهها بالهبة إذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول، ولشبهها بالإرث، لا يشترط القبول؛ إذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملاً بالشبهين. (ك)

(٦) كما إذا أوصى بما في بطن جاريتيه، ولم يكن من المولى.

(٧) قوله: "إذا وضع إلخ" أي إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له، أو به، ومعرفة ذلك إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي، ومن وقت موت الموصى على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث. (ع)

(٨) قوله: "لأقل" أما إذا ولدت لستة أشهر، أو لأكثر، فلا وصية لاحتمال الوجود، والعدم حيثئذ. (غن)

(٩) وهو الوصية للحمل.

(١٠) لا أنه يملكه في الحال. (ع)

(١١) الموصى.

(١٢) قوله: "إذ هي أخته" فإن قيل: لو كانا أختين لما جاز ردها، كما لم يجز رده، أجاب بقوله: إلا أنه إلخ. (ع)

(١٣) دون الميراث لعدم ذلك فيه. (ع)

وأما الثاني^(١) : فلأنه بعرض الوجود^(٢) ؛ إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية، وبابها أوسع^(٣) لحاجة الميت وعجزه، ولهذا تصح^(٤) في غير الموجود كالثمرة^(٥)، فلأن تصح في الموجود أولى.

قال^(٦) : ومن أوصى بجارية^(٧) إلا حملها صحت الوصية والاستثناء^(٨) ؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً، ولكنه يستحق بالإطلاق^(٩) تبعاً، فإذا أفرد الأم بالوصية صح أفرادها، ولأنه يصح أفراد الحمل بالوصية، فجاز استثناءه، وهذا هو الأصل أن^(١٠) ما يصح أفراده بالعقد يصح استثناءه منه؛ إذ لا فرق بينهما^(١١)، وما لا

(١٤) قوله: "بخلاف الهبة" متصل بقوله: تجوز الوصية للحمل يعني أن الهبة لا تصح؛ لأنه تملك محض، والجنين ليس بصالح لذلك؛ لأن الملك بالهبة إنما يثبت بالقبض، ولا قدرة لأحد عليه ليملكه شيئاً يحصل الملك فيه للقبض.

(٤)

(١) وهو الوصية.

(٢) قوله: "فلأنه بعرض [بيش آمدن] إلخ" ولقائل أن يقول: إن في كلام المصنف تناقضاً ظاهراً لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير موجوداً، وإذا كان موجوداً، لا يكون بعرض الوجود، والجواب أن معنى قوله: بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه، ومعنى قوله: إذا علم وجوده تحققه، وكونه في بطن الأم، فاندفع التناقض. (عناية)

(٣) وصية.

(٤) الوصية.

(٥) قوله: "كالثمرة" رجل أوصى له بثمرة بستان، وهو يخرج من ثلثه، ثم مات، فإن أبا حنيفة قال: في ذلك إن كان فيه ثمرة، فليس له إلا تلك الثمرة، وإن لم يكن، فله ثمرته أبداً من الثلث. (مخ)

(٦) أي القدرى. (عيني)

(٧) قوله: "ومن أوصى إلخ" يعني قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها صحت الوصية، والاستثناء جميعاً؛ لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً؛ لأنه ليس بموضوع له، ولا هو داخل في الموضوع له، وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقميصها، أو سراويلها مما ليس بها، فإن قيل: كيف صح الاستثناء، وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول، فالجواب أن صحته باعتبار تقرير الملك للموصى له، كما كان قبل الوصية، كما لو قال: أوصيت لفلان ألف درهم، إلا فرساً، فإن الوصية في الألف صحيحة، والاستثناء أيضاً صحيح في تقرير ملكه في الفرس باعتبار خروجه من المستثنى منه، فإن قيل: لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل، فإنه لو لم يستثن استحقه الموصى له، ولو لم يتناوله لما استحقه كثيره من أمواله، أجاب بقوله: ولكنه يستحق إلخ يعني أنه لم يتناوله بالعموم، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الأفراد، فإذا أفرد الأم لم يستثن مطلقاً، بل تقيدت الأم بالأفراد، فصحت الوصية بها مفردة. (٤)

(٨) فالجارية للموصى له بها، والحمل للورثة. (غن)

(٩) أي إذا أطلق اسم الجارية، ولم يستثن.

(١٠) بيان أصل.

(١١) قوله: "إذ لا فرق بينهما [أي بين أفراد العقد، وصحة الاستثناء. حميدية]" إذ يعتمد كل واحد منهما على أن يكون الحمل معلوماً، فكما لا يصح إيراد العقد على المجهول لا يصح استثناء المجهول منه، وهذا لأن الاستثناء هو المنع، فما يصح إثبات الحكم فيه على الأفراد يصح منع الحكم عنه، والاستثناء ههنا موجود؛ لأن باب الوصية أوسع، فالحمل وإن

يصح إفراده بالعقد، لا يصح استثناءه منه، وقد مر^(١) في البيوع^(٢).

قال^(٣): ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرع لم يتم^(٤)، فجاز الرجوع عنه كالهبة، وقد حققناه في كتاب الهبة، ولأن القبول^(٥) يتوقف^(٦) على الموت^(٧)، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول، كما في البيع^(٨).

قال^(٩): وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع، كان رجوعاً، أما الصريح^(١٠): فظاهر^(١١)، وكذا الدلالة؛ لأنها تعمل عمل الصريح، فقام مقام قوله قد أبطلت، وصار كالبيع بشرط الخيار^(١٢)، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة^(١٣)، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير، ينقطع به حق المالك^(١٤)، فإذا فعله الموصى^(١٥) كان رجوعاً^(١٦)، وقد عددنا هذه الأفعال في كتاب الغصب.

كان يدخل في الجارية بطريق التبعية يجعله بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب الوصية، كما يجعل المعلوم فيه موجوداً لهذا المعنى. (ك)

(١) هذا الأصل.

(٢) في باب البيع الفاسد. (غن)

(٣) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "لأنه تبرع الخ" يعني أن الوصية تبرع، فيجوز الرجوع فيه كما في الهبة، بل بالطريق الأولى؛ لأن الهبة تمت بالقبض، والوصية لا تتم إلا بالقبول بعد موت الموصى، فإذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها؛ لكونها تبرعاً، فلأن يجوز الرجوع في الوصية قبل تمامها بالطريق الأولى؛ لأنه لا إزام فيه على المتبرع. (عن)

(٥) قوله: "ولأن القبول [أي قبول الموصى له الوصية]" يمكن أن يقرر هذا الدليل بأن الملك موقوف على القبول، والقبول موقوف على الموت، فالملك موقوف على الموت، فقبل الموت لا يحصل الملك، فيصح للموصى الرجوع عن الوصية، وقوله: والإيجاب الخ دفع دخل مقدر، تقريره أن الموصى أوجب الوصية، فكيف يرجع؟ فإن فيه إبطال الإيجاب.

(٦) فقبل الموت ما تحقق القبول، فبقي الإيجاب الصرف والإيجاب الخ.

(٧) أي موت الموصى.

(٨) قوله: "كما في البيع" أي الإيجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات، كما في البيع، ففي التبرع أولى. (٤)

(٩) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(١٠) وهو أن يقول: رجعت عما أوصيت به لفلان.

(١١) قوله: "فظاهر" لما قلنا: إن الوصية تبرع، والقبول فيها موقوف على الموت. (غن)

(١٢) للمشتري.

(١٣) أي إذا فعل المشتري ما يدل على إبطال خياره.

(١٤) كمن غصب حنطة فطحنها، أو حديداً فاتخذه سيفاً، أو صغراً فعمله آنية. (ك)

(١٥) في الموصى به بعد الوصية.

(١٦) قوله: "كان رجوعاً" حتى إن من أوصى لإنسان بشوب، فقطعه وخاطه قيمصاً، أو أوصى بقطن، فخرله، أو بغزلة، فنسجه، أو أوصى بحديدة فاتخذه سيفاً، فهذه التصرفات دلالة الرجوع؛ لأنها استهلاك العين حكماً، ألا ترى أنه

وكلّ فعل^(١) يوجب زيادة في الموصى به، ولا يمكن تسليم العين إلا بها، فهو رجوع إذا فعله^(٢) مثل السويق يلبّته^(٣) بالسمن، والدار بينى فيها الموصى، والقطن^(٤) يحشّو به^(٥)، والبطانة يُبطن^(٦) بها، والظهاره^(٧) يظهر بها؛ لأنه لا يمكنه^(٨) تسليمه بدون الزيادة، ولا يمكن نقضها؛ لأنه حصل في ملك الموصى من جهته.

بخلاف تخصيص^(٩) الدار الموصى بها، وهدم بناءها؛ لأنه تصرف في التابع، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى، فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى به، ثم اشتراه، أو وهبه، ثم رجع فيه؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه، فإذا أزاله كان رجوعاً، وذبح الشاة الموصى بها رجوع^(١٠)؛ لأنه للتصرف إلى حاجته عادة، فصار هذا^(١١) المعنى أصلاً^(١٢) أيضاً، وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً؛ لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله^(١٣) عادة، فكان^(١٤) تقريراً^(١٥).

ينقطع ملك المغضوب منه بهذه التصرفات. (ك)

(١) قوله: "وكل فعل الخ" أى كل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها، أو لا يستحق عليه نقضها، كان رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليم العين الموصى به إلا بتسليم تلك الزيادة، ولا يجب ذلك عليه، فيدل على الرجوع، كما إذا لت السويق الموصى به بسمن، أو بنى بناء في الدار الموصى بها، وكذا إذا أوصى بقطن، ثم حشّا بها، أو بثوب، ففعله ظهاره، أو بطانة؛ لأنه لا يجب عليه نقض ذلك؛ لكونه تصرفاً في ملكه، وهذا بخلاف تخصيص الدار، وهدم بناءها، حيث لا يكون رجوعاً؛ لأن البناء تبم، والتجصيص زينة. (غن)

(٢) الموصى.

(٣) أى يخلطه.

(٤) بنيه.

(٥) قوله: "يحشّو به" حشو - بالفتح - آكندن وچيزيكه بالش وجز آن بدان آگنده كنند. (م)

(٦) تبطين: - حامه را استر كردن.

(٧) ابره وردى جامه. (م)

(٨) الموصى.

(٩) جصص البناء گچ اندود آن را. (من)

(١٠) قوله: "رجوع" وكان ينبغي أن لا يبطل الوصية؛ لأنه نقصان كما إذا قطع ثوبه، ولم يخطه، أو هدم بناء دار، ولكن نقول: يبطل الوصية؛ لأن الذبح دليل على استبقائه على ملكه، فكان دليل الرجوع؛ لأنه تصرف لا يبقيه عادة إلى وقت الموت؛ لأن اللحم قلما يبقى عادة إلى وقت الموت، فصار من هذا الوجه دلالة للرجوع. (غن)

(١١) أى الصرف إلى حاجته.

(١٢) أى قاعدة كلية.

(١٣) لإزالة الوسخ.

(١٤) الغسل.

(١٥) للوصية. (غن)

قال^(١): وإن جحد الوصية^(٢) لم يكن رجوعاً، كذا ذكره محمد^(٣)، وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً؛ لأن الرجوع نفى^(٤) في الحال، والجحود نفى في الماضي والحال، فأولى أن يكون رجوعاً^(٥).

ولمحمد أن الجحود نفى في الماضي^(٦)، والانتفاء في الحال ضرورة^(٧) ذلك^(٨)، وإذا كان ثابتاً في الحال^(٩)، كان الجحود لغواً، أو لأن الرجوع^(١٠) إثبات في الماضي، ونفى في الحال، والجحود نفى في الماضي والحال، فلا يكون رجوعاً حقيقة، ولهذا لا يكون^(١١) جحود النكاح فرقة.

ولو قال^(١٢): كل وصية أوصيتُ بها لفلان، فهو حرام، وربما لا يكون رجوعاً؛ لأن الوصف^(١٣) يستدعي بقاء الأصل، بخلاف ما إذا قال: فهي^(١٤) باطلة؛ لأنه

(١) أى القدرى في "مختصره". (من)

(٢) بأن قال: لم أوص لفلان، أو ما أوصيت له. (٤)

(٣) قوله: "كذا ذكره محمد" أى في "الجامع الكبير" وذكر في "المبسوط" أنه رجوع، قيل: ما ذكره في "الجامع الكبير" محمول على أن الجحود كان عند غيبة الموصى له، وهذا لا يكون رجوعاً على الروايات كلها، وما ذكر في "المبسوط" محمول على أن الجحود كان عند حضرة الموصى له، وعند حضرته يكون رجوعاً، وقيل: في المسألة روايتان، وقيل: ما ذكر في "الجامع" قول محمد، وما ذكر في "المبسوط" قول أبى يوسف، وهو الأصح. (ك)

(٤) أى نفى الوصية. (ك)

(٥) قوله: "فأولى [ألا ترى أن جحود التوكيل عزل، وجحود المتبايعين إقالة. ك] إلخ" فإنه لما كان نفى الحال وحده رجوعاً، فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً. (٤)

(٦) قوله: "أن الجحود إلخ" أى لأن جحود الوصية نفى لها فيما مضى على معنى أن الوصية لم تكن واجبة، وانتفاء الوصية في الحال لزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمناً، وما ثبت في ضمن شيء إنما يصح إذا ثبت المتضمن، ولا يثبت المتضمن؛ لأنه كذب، فلا يثبت ما فى ضمنه أيضاً، وهو الانتفاء في الحال؛ لأنه بناء على ذلك، فكانت الوصية ثابتة في الحال؛ فلغا الجحود. (غن)

(٧) يعنى ضرورة النفي في الماضي.

(٨) لاستمرار ذلك إن ثبت ما لم يغير. (٤)

(٩) قوله: "وإذا كان ثابتاً إلخ" أى إذا كان الكذب ثابتاً في الحال؛ لكونه كاذباً في جحوده؛ إذ الغرض أنه أوصى، ثم جحد كان النفي في الماضي باطلاً، فبطل ما هو من ضرورته، وهو الانتفاء في الحال، فكان الجحود لغواً. (٤)

(١٠) قوله: "أو لأن إلخ" أى أن الرجوع عن الوصية عبارة عن إثباتها في الماضي، وإبطالها في الحال، والجحود عبارة عن نفيها في الماضي والحال جميعاً، فلما كان الرجوع إثباتاً في الماضي، والجحود نفياً في الماضي لا يكون الجحود رجوعاً للمنافاة بين الإثبات والنفي. (عن)

(١١) قوله: "ولهذا لا يكون إلخ" فلا يستعار للطلاق؛ لأن الجحود يقتضى عدم النكاح في الماضي، والطلاق يقتضى وجوده، فكانا متقابلين، فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر. (عناية)

(١٢) قوله: "ولو قال: كل وصية إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل "الجامع الكبير" إلا مسألة تأخير الوصية، وكلها مذكورة في "مختصر الكرخي"، وقد ذكرناها صاحب "الهداية" ههنا على سبيل التفریم. (غن)

الذاهب المتلاشى .

ولو قال: أخرت^(١)ها لا يكون رجوعاً؛ لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين^(٢)، بخلاف ما إذا قال: تركت؛ لأنه إسقاط .

ولو قال: العبد الذى أوصيت به لفلان، فهو لفلان، كان رجوعاً؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة^(٣)، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل^(٤)، ثم أوصى به لآخر؛ لأن المحل^(٥) يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها^(٦).

وكذا إذا قال^(٧): فهو لفلان وارثى يكون رجوعاً عن الأول؛ لما بينا، ويكون وصية للوارث، وقد ذكرنا حكمه^(٨).

ولو كان^(٩) فلان الآخر ميتاً حين أوصى، فالوصية الأولى على حالها؛ لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني، ولم يتحقق، فبقي^(١٠) للأول، ولو كان فلان^(١١) حين قال ذلك حياً، ثم مات قبل موت الموصى، فهي للورثة^(١٢)؛

(١٣) قوله: "لأن الوصف إلخ" يعنى أن وصف الوصية بأنها حرام، أو ربا يقتضى كون أصل الوصية باقياً، فإنه لا وجود لصفة بدون قيامها بالوصوف، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة، أو الربا دليل الرجوع، بخلاف قوله: فهي باطلة؛ لأن الباطل هو المضمحل المتلاشى، فكان قوله: فهي باطلة دليل الرجوع . (غن)

(١٤) أى كل وصية أوصيت بها لفلان، فهي باطلة. (غن)

(١) وصية.

(٢) قوله: "كتأخير الدين" ألا ترى أنك لو قلت لرجل: لك عليه دين قد تركت عليك ديني، كان تركاً، ولو قال: قد أخرت عنك لم يكن تركاً. (كرخى)

(٣) قوله: "يدل على قطع إلخ" قيل: لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره. (عناية)

قوله: "يدل على قطع الشركة" لأن هذا اللفظ يقطع شركة الأول عن الأول؛ لأن العبد الواحد لا يكون بتمامه موصى به مع كونه بتمامه لفلان. (مل)

(٤) فالعبد بين الموصى لهما نصفين. (غن)

(٥) عبد.

(٦) قوله: "واللفظ صالح لها" لأن هذا اللفظ لا يقتضى قطع الشركة، ولهذا لو جمع بينهما، بأن قال: هو لفلان، ولفلان لا يقطع شركة الأول. (كفاية)

(٧) أى قال: كل وصية أوصيت بها لفلان، فهو لفلان وارثى. (غن)

(٨) قوله: "وقد ذكرنا حكمه" وهو أن الورثة بالخيار إن شاءوا أجازوا، وإن شاءوا ردوا. (كفاية)

(٩) قوله: "ولو كان إلخ" يعنى لو قال: كل وصية أوصيت بها، فهي لفلان الآخر، وكان فلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع، فإنه لم يصح النقل عن الوصية الأولى؛ لأن الوصية للميت باطلة، فصار كأنه لم يوص لأحد بعد الوصية الأولى. (غن)

(١٠) الوصية.

لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع، والثانية بالموت، والله أعلم.

باب الوصية بثلث المال^(١)

قال^(٢): ومن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة^(٣)، فالثلث بينهما؛ لأنه يضيق الثلث عن حقهما؛ إذ لا تزداد^(٤) عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم^(٥)، وقد تساويا في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، فيكون بينهما.

وإن أوصى لأحدهما بالثلث^(٦)، والآخر بالسدس، فالثلث بينهما أثلاثاً؛ لأن كل واحد منهما يُدلى^(٧) بسبب صحيح^(٨)، وضاق الثلث^(٩) عن حقيهما، فيقسمانه على قدر حقيهما، كما في أصحاب الديون^(١٠)، فيجعل الأقلّ سهماً، والأكثر سهمين، فصار ثلاثة أسهم، سهم لصاحب الأقل^(١١)، وسهمان لصاحب الأكثر^(١٢).

(١١) قوله: "ولو كان فلان إلخ" يعني إذا كان الفلان الآخر حياً حين أوصى له يصح النقل عن الوصية الأولى، ثم إذا مات الموصى له الثاني قبل موت الموصى يبطل الوصية الثانية أيضاً بموته قبل الموصى، فبطلت الوصيتان جميعاً الأولى بـرجوع الموصى عنها، والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصى. (غاية البيان)

(١٢) أي لورثة الموصى، لا لفلان ولا لورثته. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان أقصى ما يدل عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الباب. (عناية)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ولم تجز الورثة" إنما قيد بقوله: ولم تجز الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يضرب كل واحد من الموصى لهما بوصيته، فيكون لهما الثلثان، والثلث للورثة، فإذا انعدمت الإجازة كان الثلث بينهما نصفين، والثلثان للورثة؛ لأنهما تساويا في سبب الاستحقاق؛ لأنه ليس واحد منهما أحق بثلث المال من الآخر، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق؛ لأن ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة، فيكون ثلث المال بينهما نصفين؛ لأنه هو محل الوصية، وهو قابل للشركة. (غن)

(٤) الوصية.

(٥) أي في أول كتاب الوصايا.

(٦) هذا أيضاً لفظ القدوري. (غن)

(٧) إدلاء بالكسر: كشيدن. (م)

(٨) قوله: "بسبب صحيح" الفرق بين السبب الصحيح، وغير الصحيح على قول أبي حنيفة: إن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه، فهو سبب صحيح، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بصحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر، أما إقرار، أو بينة، أو حكم حاكم. (غن)

(٩) لأن حقهما يزيد على الثلث بسدس. (غن)

(١٠) أي غرماء الميت إذا ضاقت التركة عن ديونه. (غن)

(١١) سدس.

وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله^(١)، ولآخر بثلث ماله، ولم تُجزِ الورثة^(٢)، فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما^(٣).

وقال أبو حنيفة: الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة^(٤) للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة^(٥)، والسعاية^(٦) والدراهم المرسلة^(٧).

لهما في الخلافية^(٨) أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق^(٩) والتفضيل^(١٠)،

(١٢) ثلث.

(١) هذا أيضاً لفظ القدوري في "مختصره".

(٢) قوله: "ولم تجزِ الورثة" إنما قيد بعدم إجازة الورثة؛ لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد: لصاحب الجميع ثلث أرباعه، ولصاحب الثلث رבעه. (غن)

(٣) سه حصه موصى له بجميع المال را ويك حصه موصى له بثلث را. (ترجمه)

(٤) قوله: "ولا يضرب [أى لا يعطى أبو حنيفة له شيئاً زائداً] إلخ" يقال: ضرب له في ماله سهماً أى جعل، فعلى هذا يكون ما فى "المختصر" على حذف المفعول أى لا يجعل له شيئاً فيه، ولا يعطيه، كذا فى "المغرب"، وذكر فيه أيضاً ضرب فى الجزور بسهم إذا شرك فيها، وأخذ منها نصيباً، وقال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث. (غن)

(٥) قوله: "إلا فى المحاباة" صورة المحاباة أن يكون له عبدان قيمة أحدهما مائة وألف، وقيمة الآخر ست مائة، وأوصى بأن يباع أحدهما بفلان مائة، والآخر بفلان آخر بمائة، فحصل المحاباة ههنا لأحدهما بالألف، والآخر بخمس مائة، وذلك كله وصيته؛ لأنه فى حال المرض، فإن لم يكن له مال غير هذين العبدين، ولم تجزِ الورثة، جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثاً يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته، وهى الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته هى خمس مائة، فماله محاباة الألف يأخذ ثلثي الثلث، وماله محاباة خمس مائة يأخذ ثلث الثلث، فإن الألف ثلثان من ألف وخمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبى حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث. (مل)

(٦) قوله: "والسعاية" صورة السعاية أن يوصى بعق عبدان قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة يعتقان جميعاً، وإن لم يجزوا يعتقان من الثلث، وثلث ماله ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان، ويسعى فى الباقي، والثلث للذى قيمته ألف، ويسعى فى الباقي. (٤)

(٧) قوله: "والدراهم المرسلة [أى المطلقة، وهى ما كانت وصيته بشيء غير عينه، ولم ينسب إلى جزء من المال. ك] صورة الدراهم المرسلة هى أن يوصى لرجل بألفين، ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم، ولم تجزِ الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته؛ لأن الوصية فى مخرجها صحيحة؛ لجواز أن يكون له مال آخر، فيخرج هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله، أو بجميع ماله؛ لأن اللفظ فى مخرجه لم يصح؛ لأن ماله لو كثر، أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية، ولا يخرج من الثلث. (٤)

(٨) وهو ما إذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، والآخر بثلثه.

(٩) قوله: "قصد إلخ" أى قصد بوصيته بجميع ماله أن يكون الموصى له مستحقاً لجميع ماله، وأن يكون سهمه فاضلاً عن سهم الموصى له بالثلث، وامتنع الأول لتعلق حق الورثة بما زاد على الثلث، وبثبت الباقي لعدم المانع، فيضرب الموصى له بالكل بجميع وصيته، فيكون الثلث بينهما أرباعاً، ويكون سهم الموصى له بالكل فاضلاً عن سهم الموصى له بالثلث، فيحصل مقصود الميت بقدر الإمكان. (مل)

(١٠) أى تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض. (٤)

وامتنع الاستحقاق لحقّ الورثة، ولا مانع من التفضيل، فيثبت كما في المحاباة وأختيها^(١).

وله أن الوصية^(٢) وقعت بغير المشروع^(٣) عند عدم الإجازة من الورثة؛ إذ لا نفاذ لها^(٤) بحال، فبطل أصلاً.

والتفضيل يُثبت في ضمن الاستحقاق، فبطل بطلانه^(٥) كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع^(٦).

بخلاف مواضع الإجماع^(٧)؛ لأن لها نفاذاً في الجملة^(٨) بدون إجازة الورثة، بأن كان في المال سعة، فتعتبر في التفاضل؛ لكونه مشروعاً في الجملة، بخلاف ما نحن فيه. وهذا^(٩) بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته، وقيمتُهُ تزيد على الثلث، فإنه^(١٠) يضرب بالثلث، وإن^(١١) احتمل أن يزيد المال، فيخرج من الثلث؛ لأن هناك

(١) أي السعاية والدراهم المرسلة.

(٢) قوله: "أن الوصية إلخ" يعني أن وصية الموصى بما زاد على الثلث وصيته بغير المشروع؛ لأنه لا يملك ذلك إذا لم تجز الورثة، فإذا لم يثبت الاستحقاق في الزائد على الثلث لا يثبت بالفضل أيضاً؛ لأنه بناء على الاستحقاق، وثابت في ضمنه، فإذا انتفى المتضمن انتفى ما في ضمنه. (غرن)

(٣) أي الزيادة على الثلث.

(٤) أي لهذه الوصية.

(٥) والزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى بالثلث، وفي ذلك يتساويان، فكذلك ههنا. (ك)

(٦) أي يبطل المحاباة ببطلان البيع، ويصح بصحته. (ك)

(٧) أي المسائل الثلاث المذكورة، يعني المحاباة وأختيها.

(٨) قوله: "لأن لها [أي للوصية في هذه المواضع] نفاذاً إلخ" أي لأن الوصية ثمه صحيحة في مخرجها؛ لأن لها نفاذاً في الجملة من غير إجازة الورثة؛ لأنه يجوز أن يكتسب مالا قبل الموت، فيخرج الوصايا من الثلث، وليس كذلك إذا أوصى بجميع المال لواحد، ولآخر بالثلث؛ لأن ماله، وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجها. (غرن)

(٩) قوله: "وهذا [أي الوصية بالدرهم المرسلة] بخلاف إلخ" أي لا يقال: يرد على ما قلتم في الوصية المرسلة الوصية بعين من التركة مثل عبد، أو فرس مثلاً قيمته تزيد على الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له بأكثر من الثلث، وإن كان يحتمل أن يخرج من الثلث أيضاً بأن يتسع ماله بالاكْتِسَاب؛ لأن ثمه تعلق حق الورثة بعين التركة؛ لأنه لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث من ذلك العين، فكانت الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهراً قبل أن يظهر زيادة في المال، فلم يصح، ولهذا لم يضرب إلا في الثلث.

ألا ترى أن ذلك العين إذا هلكت بطلت الوصية، وفي الدراهم المرسلة ونحوها لم تلاق الوصية حق الورثة ظاهراً؛ لأنه وقع بمال مرسل، لا بمحل بعينه، ولهذا إذا هلكت، ينفذ الوصية فيما يستفاد بعد ذلك، فلم يكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة، فكانت الوصية في مخرجها صحيحة. (غاية البيان)

(١٠) أي فإن الموصى به بذلك العين.

(١١) الواو وصلية.

الحق^(١) تعلق^(٢) بعين التركة بدليل أنه لو هلك^(٣)، واستفاد ما لا آخر تبطل الوصية، وفي الألف المرسله لو هلكت التركة تنفذ فيما استفاد، فلم يكن^(٤) متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة.

قال^(٥): وإذا أوصى بنصيب ابنه^(٦)، فالوصية باطلة، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز^(٧)؛ لأن الأول وصيةٌ بمال الغير^(٨)؛ لأن نصيب الابن ما يصيبه^(٩) بعد الموت، والثاني^(١٠) وصيةٌ بمثل نصيب الابن، ومثل الشيء غيره، وإن كان يتقدر به فيجوز.

وقال زفر: تجوز في الأول^(١١) أيضاً، فنظر^(١٢) إلى الحال^(١٣)، والكل^(١٤) ماله^(١٥) فيه، وجوابه ما قلنا^(١٦).

قال^(١٧): ومن أوصى بسهم من ماله، فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له^(١٨) السدس، ولا يزداد عليه، وهذا عند أبي حنيفة^(١٩).

(١) أي حق الموصى له. (ك)

(٢) قوله: "تعلق" وحق الورثة متعلق بعين التركة أيضاً فيما زاد على الثلث، فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين. (كفاية)

(٣) العين.

(٤) الحق.

(٥) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(٦) والابن موجود، وإن لم يكن الابن موجوداً، صحت الوصية، كذا في "العناية".

(٧) قوله: "جاز" كان له ابن أو لم يكن. [ع] ويكون ذلك وصية بنصف المال إذا كان له ابن واحد، فإن أجازته

جاز، وإلا كان له الثلث. (غن)

(٨) والوصية بمال الغير لا تجوز. (٤)

(٩) بنص الكتاب. (٤)

(١٠) وذكر نصيب الابن للتقدير. (ك)

(١١) أي إذا أوصى بنصيب ابنه.

(١٢) أي زفر. (ك)

(١٣) لا المال.

(١٤) أي كل المال.

(١٥) أي مال الميت في الحال، فلم يكن وصيته بمال الغير. (غن)

(١٦) وهو قوله: لأن الأول وصية بمال الغير. (٤)

(١٧) أي القدرى في "مختصره". (غن)

(١٨) أي للموصى له.

وقالوا: له مثل^(١) نصيب^(٢) أحد الورثة، ولا يزداد على الثلث إلا أن تجبىز الورثة؛ لأن السهم^(٣) يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية^(٤)، والأقل متيقن به، فيُصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث، فيرد عليه^(٥)؛ لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة.

وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه^(٦)، وقد رفعه^(٧) إلى النبي عليه السلام فيما يروى*، ولأنه^(٨) يذكر، ويراد به السدس، فإن إياساً^(٩) قال: السهم في اللغة عبارة عن السدس، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة، فيُعطى ما ذكرنا^(١٠)، قالوا^(١١): هذا كان في عرفهم^(١٢)، وفي عرفنا

(١٩) قوله: "وهذا عند أبي حنيفة" فهذه الرواية تفيد أنه لا ينقص عن السدس، ولا يزداد عليه، وفي "المبسوط": إذا أوصى لرجل بسهم من ماله، فله مثل أخس سهام ورثته إلا أن يكون أخس سهام الورثة أكثر من السدس، فلا يزداد عليه في قول أبي حنيفة، وقال في "الجامع الصغير": له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس، فحينئذ يعطى له السدس، 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 "الهداية" تخالفهما حيث لم يجوز الزيادة، ولا النقصان، وقيل: عن هذا الحق بهذا الموضع الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله: وفي رواية إلا أن يزيد على السدس، فيكون له السدس. (كفاية)

(١) قوله: "له مثل إلخ" أى له أقل الأنصاء لكن ذلك الأقل لو زاد على السدس يزداد عندهما، ولكن لا يزداد على الثلث صورة هذه المسألة إذا أوصت المرأة بسهم من ماله، ثم ماتت وتركت زوجاً وبناتاً، يعطى له السدس في قول أبي حنيفة، وعندهما يعطى له الربع. (كفاية)

(٢) الذى له أقل الأنصاء.

(٣) قوله: "لأن السهم إلخ" أى الوصية أخت الميراث، ثم الميراث مخصوص بسهام الموارث، فكذا الوصية تنصرف إلى السهم المعروف في الميراث، لكن الأقل يتيقن مراداً لكونه يقيناً إلا أن يزيد أقل الأنصاء على الثلث مثل رجل هلك، وترك أختاً وعماً، ومثل امرأة تركت زوجاً وأختاً، وأوصى أحدهما لرجل بسهم من ماله، فيكون موصياً بالنصف، فلا يسلم الفضل على الثلث إلا بالإجازة. (غن)

(٤) لأنها أخت الميراث.

(٥) الثلث.

(٦) قوله: "هو المروى إلخ" روى محمد في "الأصل" عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: له السدس. (عن)

(٧) قوله: "وقد رفعه إلخ" قلت: أخرجه البزار في "مسنده" عن ابن مسعود أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله، فجعل له النبي ﷺ السدس، انتهى. (ت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٧، والدراية ج ٢ ص ٢٩١، الحديث ١٠٥٩. (نعيم)

(٨) السهم.

(٩) ابن معاوية بن قرة، قاضى بصره.

(١٠) قوله: "فيُعطى [أى قوله: فله أخس سهام إلخ] ما ذكرنا" أى الأقل من سهام الورثة، ومن السدس للتيقن به،

السهم كالجزاء .

قال^(١): "ولو أوصى بجزء من ماله^(٢)، قيل للورثة: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية^(٣)، والورثة قائمون مقام الموصى، فإليهم البيان .

قال: ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في مجلس آخر: له ثلث مالي، وأجازت الورثة، فله ثلث المال^(٤)، ويدخل السدس^(٥) فيه،

ومن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال في ذلك المجلس، أو في غيره: سدس مالي لفلان^(٦)، فله سدس واحد^(٧)؛ لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المال، والمعرفة إذا عيدت يراد بالثاني عين الأول هو المعهود في اللغة^(٨).

قال^(٩): "ومن أوصى بثلث دراهمه^(١٠)، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك^(١١)،

أو الأكثر منهما كي لا ينقص من السدس على حسب اختلاف الروايتين، ورواية هذا الكتاب إلا أن ينقص عن السدس، فيتم له السدس، ولا يزداد عليه لا يوافقها قوله: فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير. (كفاية)

(١١) أى مشايخنا. (٤)

(١٢) أهل كوفة.

(١) أى القدورى فى "مختصره".

(٢) ولو أوصى ببعض من ماله، أو بطائفة، أو بنصيب، أو بشيء، فالحكم كذلك.

(٣) لأن باب الوصية أوسع.

(٤) معناه أن حقه الثلث، وإن أجازت الورثة. (٤)

(٥) قوله: "ويدخل السدس" من حيث إنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الأول حتى يتم له الثلث، ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس، فيجعل السدس داخلاً فى الثلث؛ لأنه متيقن، وحملًا للكلام على ما يمكنه، وهو الإيصاء بالثلث. (عناية)

(٦) ذلك لفلان.

(٧) قوله: "فله سدس واحد" وهذا لا يشكك إذا قال: فى مجلس واحد؛ لأن الكلام الثانى خرج مخرج التكرار، فأما إذا أقر بالسدس فى مجلسين مختلفين لا يكون إلا سدس واحد؛ لأن الوصية وجوبها بعد الموت، ألا ترى أن قبول الرصية وردّها لا يعتبر حال حياة الموصى، وإنما يعتبران بعد الموت، وإذا ثبت أن وجوب الوصية بعد الموت يستوى فيه المجلس وغير المجلس. (غن)

(٨) قوله: "هو المعهود فى اللغة" أى الأعم الأغلب، أما إذا دل الدليل على أنه أريد بالثانى غير الأول لم يكن عينه إذا، كما فى قوله تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب﴾. (ك)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "ومن أوصى بالـخ" قال محمد فى "الجامع": محمد بن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يوصى لرجل بثلث ثلاثة دراهم، فهلك درهمان من تلك الدراهم، وبقي درهم، وذلك يخرج من الثلث يكون له الدرهم كله، وكذلك إذا أوصى بثلث ثياب له من صنف واحد، فهلك ثلثاها، فله الثلث الباقى كله، وإن أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه، فهلك الثمان، وبقي واحد لم يكن له إلا ثلثه، وكذلك الدور المختلفة، إلى ههنا لفظ أصل "الجامع الصغير"، وقال زفر: للموصى

وبقى ثلثه، وهو يخرج^(١) من ثلث ما بقى من ماله^(٢)، فله^(٣) جميع ما بقى^(٤).
وقال زفر: له ثلث ما بقى^(٥)؛ لأن كل واحد^(٦) منها مشترك بينهم^(٧)، والمال^٨
المشترك يتوى^(٨) ما توى^(٩) منه على الشركة، ويبقى ما بقى عليها، وصار كما إذا
كانت التركة أجناساً مختلفة^(١٠).

ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم^(١١) فى الواحد، ولهذا
يجرى فيه الجبر على القسمة^(١٢)، وفيه^(١٣) جمع^(١٤)، والوصية مقدمة، فجمعناها فى
الواحد الباقى^(١٥)، وصارت الدراهم كالدراهم^(١٦)، بخلاف الأجناس المختلفة^(١٧)؛

له ثلث الدرهم الباقى لا غير، وعلى هذا الخلاف كل ما كان من جنس واحد، كما لو كان ثلاثة أثواب من جنس واحد،
فأوصى لرجل بثلاث هذه الأثواب الثلاثة، أو كان له شياه، فأوصى بثلاثها لرجل، فهلك اثنان، وبقي واحد، فعندنا
للموصى له جميع الثوب الباقى، وجميع الشاة الباقية، وعنده له ثلث الثوب الباقى، وثلث الشاة الباقية، وكذلك المكيل،
وكذلك الموزون. (غن)

(١١) أى الدراهم أو الغنم.

(١) قوله: "وهو يخرج" أى الثلث الباقى بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصى. (غن)

(٢) سوى الدراهم، أو الغنم.

(٣) أى للموصى له.

(٤) أى جميع الثلث الباقى من الدراهم، أو الغنم.

(٥) من الدراهم أو الغنم.

(٦) أى من الهالك والباقى. (٦)

(٧) أى بين الورثة والموصى له. (٦)

(٨) أى يهلك.

(٩) كذلك ههنا الذى هلك أثنائاً، والذى بقى بقى أثنائاً. (غن)

(١٠) قوله: "أجناساً مختلفة" بأن كان له إبل وبقر وغنم، فأوصى بثلاث هذه الأصناف لرجل، فهلك صنفان، وبقي
صنف واحد أعنى بقى الإبل، أو بقى البقر، أو بقى الغنم، فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعاً. (غن)

(١١) قوله: "يمكن جمع الخ" أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد، ولهذا يجرى فيه الجبر على
القسمة مع ما فيه من الجمع، وإذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقى تقديماً للوصية على الإرث؛ لأن الموصى
له جعل حاجته فى هذا الميعن مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به، فكان حق الورثة كالتابع، وحق الموصى له
كالأصل، والأصل فى مال اشتمل على أصل، وتبع؛ إذ هلك شيء منه أن يجعل الهالك من التبع دون الأصل كمال
المضاربة إذا كان فيه ربح، وهلك بعضه يصرف الهالك إلى الربح، لا إلى رأس المال. (٦)

(١٢) إذا كانت الأشياء المشتركة من جنس واحد طلب واحد من الشركاء القسمة.

(١٣) الواو حالية.

(١٤) أى جمع حق شائع لكل واحد فى فرد واحد.

(١٥) من الثلث.

(١٦) قوله: "وصارت الدراهم الخ" أى صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد، ولو أوصى

لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً^(١)، فكذا تقديماً.

قال^(٢): ولو أوصى بثلاث ثيابه، فهلك ثلثها، وبقي ثلثها، وهو^(٣) يخرج من

ثلاث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب.

قالوا^(٤): هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، ولو كانت من جنس

واحد، فهو بمنزلة الدراهم^(٥)، وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها^(٦)؛ لأنه يجري

فيه^(٧) الجمع جبراً بالقسمة.

ولو أوصى بثلاث ثلاثة من رقيقه، فمات اثنان لم يكن له^(٨) إلا ثلث الباقي،

وكذا الدور المختلفة.

وقيل^(٩): هذا على قول أبي حنيفة^(١٠) وحده؛ لأنه لا يرى الجبر على القسمة

فيها^(١١)، وقيل: هو قول الكل؛ لأن عندهما للقاضي أن يجتهد^(١٢)، ويجمع، وبدون

ذلك^(١٣) يتعذر الجمع^(١٤)، والأول أشبه^(١٥) للفقهاء المذكور.

بدرهم، وله ثلاثة دراهم، فهلك درهمان، وبقي درهم، وهو يخرج من الثلث، كان له الدرهم، فكذا هذا. (عناية)

(١٧) قوله: "بخلاف الأجناس إلخ" جواب عن قول زفر: كما إذا كانت التركة أجناساً، ووجه أن الجمع فيها

غير ممكن، فإنه إذا تركها، وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقيون، فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة؛ لأن الغرض

من القسمة الانتفاع، فلا بد من المعادلة، وهي فيها متعذرة، وإذا تعذر الجمع تعذر التقديم؛ لأن فيه الجمع، فبقي الكل

مشتركا بين الورثة، والموصى له أثلاثاً، فما هلك على الشركة، وما بقي بقي عليها أثلاثاً. (٤)

(١) على القسمة.

(٢) أي القدوري في "مختصره".

(٣) أي الثلث الباقي.

(٤) المشايخ.

(٥) أي له الثوب الباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدراهم الباقي. (غن)

(٦) فيكون له جميع الباقي. (غن)

(٧) أي في المكيل والموزون.

(٨) أي للموصى له لكثرة التفاوت.

(٩) قوله: "وقيل: هذا" أي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد لا يكون له إلا ثلث الباقي هو

قول أبي حنيفة وحده، وعندهما جميع الباقي، وقيل: هو قولهم جميعاً. (غن)

(١٠) قوله: "على قول أبي حنيفة" أما على قولهما: فالدور جنس واحد، وكذلك الرقيق، فيكون للموصى له العبد

الباقي، والدار الباقية؛ لأنه يجوز للقاضي أن يقسم قسمة واحدة، فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار القيمة

لاتحاد الجنس، وإلى هذا مال الفقيه أبو الليث، والإمام فخر الإسلام. (٤)

(١١) أي في الدور المختلفة والعبيد.

(١٢) أي يجوز للقاضي أن يجتهد إلخ، إذا مصلحة في ذلك ولا يجب.

(١٣) قوله: "وبدون ذلك" أي بدون اجتهاد القاضي يتعذر جمع نصيب أحدهما في العبد الواحد، والدار

قال^(١): ومن أوصى لرجل بألف درهم، وله مالٌ عَيْنٌ^(٢)، ودينٌ^(٣)، فإن خرج الألف من ثلث العين دُفِعَ^(٤) إلى الموصى له؛ لأنه أمكن إيفاء كل ذي حقِّه من غير بخس^(٥)، فيصار إليه، وإن لم يخرج^(٦) دفع إليه ثلث العين. وكل ما خرج شيء من الدين، أخذ ثلثه^(٧) حتى يستوفى^(٨) الألف؛ لأن الموصى له شريك الوارث، وفي تخصيصه^(٩) بالعين بخسٌ في حقِّ الورثة؛ لأن للعين فضلاً على الدين، ولأن الدين^(١٠) ليس بمال في مطلق الحال، وإنما يصير^(١١) مالا عند الاستيفاء، وإنما يعتدل النظر^(١٢) بما ذكرناه.

الواحدة، فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك. (مل)

(١٤) قوله: "يتعذر الجمع" يعني الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما، فلا يتحقق الجمع بدونه، بل يتعذر، ولا قضاء فيما نحن فيه، فلم يتحقق الجمع إجماعاً، ولكن الأول أشبه للفقهاء المذكور، وهو ما سبق أنه متى أمكن الجمع جبراً أمكن جمعه تقديمياً. (ك)

(١٥) قوله: "والأول [وهو أن يكون في المسألة خلاف] أشبه" أي الذي قيل: إن هذا قول أبي حنيفة وحده أشبه بمذهب أبي حنيفة، فيكون عنده للموصى له ثلث الباقي، وعندهما له جميع الباقي؛ لأنهما يجعلان جنساً واحداً. (غن)

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) أي نقد غير دين.

(٣) على الآخر.

(٤) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقداً. (ع)

(٥) الألف من العين.

(٦) كم كردن حق کسی را. (م)

(٧) الألف من ثلث العين، بأن كان له ألفاً درهم نقداً.

(٨) قوله: "أخذ [الموصى] ثلثه إلخ" فإن قيل: الموصى به ألف من المال، والدين ليس بمال، فإن من حلف أنه لا مال له لم يحث بمديون له ديون على الناس سلمناه، ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقاً، فإن من أوصى لرجل بشيء معين هو يخرج من الثلث، فهلك، فلا ضمان على الوارث، ولو كان شريكاً له يوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال، والجواب عن الأول: أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال، أو في المال؛ لأن الوصية متعلقة بالتركة، وكلاهما تركة، وعن الثاني: بأنه شريك الوارث إذا كانت في غير معين، وأما في العين، فإن الوارث كالمودع لا يضمن إذا لم يتعد. (ع)

(٩) الموصى له.

(١٠) الموصى له.

(١١) قوله: "ولأن الدين إلخ" أي الدين ليس بمال في الحال وإنما يصير مالا في المال عند الاستيفاء، والعين مال مطلقاً في جميع الأحوال. (كفاية)

(١٢) الدين.

(١٣) قوله: "فإنما يعتدل النظر [إلى الورثة والموصى له] إلخ" أي النظر في حق الموصى له، والورثة بإيفاء كل ذي حقِّه من غير بخس في حق الآخر، وهو أن لا يتخصص الموصى له بالعين، إذالم يخرج الثلث من العين. (غن)

قال^(١): ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، فإذا عمرو وميت^(٢)، فالثلث كله لزيد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها، كما إذا أوصى لزيد وجدار.

وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم بموته^(٣)، فله^(٤) نصف الثلث؛ لأن الوصية عنده^(٥) صحيحة لعمرو، فلم يرض للحي إلا نصف الثلث.

بخلاف ما إذا علم^(٦) بموته، لأن الوصية للميت لغو، فكان^(٧) راضياً بكل الثلث للحي، وإن قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو، وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث؛ لأن قضية هذا اللفظ^(٨) أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث، بخلاف ما تقدم^(٩).

ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لزيد، وسكت كان له كل الثلث، ولو قال: ثلث مالي بين فلان، وسكت لم يستحق الثلث.

قال^(١٠): ومن أوصى بثلث ماله، ولا مال له، واكتسب مالا، استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية^(١١) عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، لا قبله، وكذلك^(١٢) إذا كان له مال، فهلك، ثم اكتسب مالا؛ لما بينا^(١٣).

(١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٢) قوله: "فإذا عمرو وميت" أى وقت الوصية أما إذا كان حياً، ثم مات، فلزيد نصف الثلث، والنصف الآخر لورثة الموصى إن مات عمرو قبل الموصى، وإن مات بعده، فنصيبه من الثلث لورثته. (كفاية)

(٣) قوله: "أنه إذا لم يعلم [الموصى] إلخ" ولم يفرق بين علم الموصى بحياته، وعدمه فى ظاهر الرواية؛ لأن استحقاق الحي منهما لجميع الثلث؛ لعدم المزاحمة عند إيجاب الموصى، وفى هذا لا فرق بين العلم وعدمه. (٤)

(٤) زيد.

(٥) الموصى.

(٦) الموصى.

(٧) الموصى.

(٨) أى بين إلخ.

(٩) أى ثلث مالي لزيد وعمرو. (م)

(١٠) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١١) قوله: "لأن الوصية إلخ" أى لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت؛ لأنه تمليك بعد الموت، ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت، وكان وجود المال عند الموت شرطاً، لا قبله، والمضاف إلى الشرط كالموجود عنده، فصار كأنه قال: عند الموت ثلث مالي لفلان يستحق ثلث ما يملكه فى ملك الحال، ولا يعتبر ما قبله. (عن)

(١٢) أى استحق الثلث.

ولو أوصى^(١) له بثلث غنمه، فهلك الغنم قبل موته^(٢)، أو لم يكن له^(٣) غنم في الأصل، فالوصية باطلة؛ لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت، فيعتبر قيامه^(٤) حينئذ، وهذه الوصية تعلقت بالعين، فتبطل^(٥) بفواتها عند الموت، وإن لم يكن له^(٦) غنم فاستفاده، ثم مات.

فالصحيح أن الوصية تصح^(٧)؛ لأنها لو كانت بلفظ المال تصح^(٨)، فكذا إذا كانت باسم نوعه^(٩)، وهذا لأن وجوده^(١٠) قبل الموت فضل، والمعتبر قيامه عند الموت، ولو^(١١) قال^(١٢) له: شاة من مالى، وليس له غنم يعطى قيمة شاة؛ لأنه^(١٣) لما أضافه^(١٤) إلى المال، علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة^(١٥)؛ إذ مآليتها توجد في مطلق المال.

ولو أوصى بشاة، ولم يضيفه إلى ماله، ولا غنم له، قيل: لا يصح؛ لأن المصحح إضافته إلى المال، وبدونها^(١٦) تعتبر صورة الشاة، ومعناه، وقيل: تصح؛

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن الوصية استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(١) هذه من مسائل "الأصل" ذكرنا تفرعاً على مسألة "مختصره". (غن)

(٢) الموصى.

(٣) أى للموصى.

(٤) أى قيام ما أوصى به حين الموت.

(٥) العين.

(٦) الموصى.

(٧) قوله: "فالصحيح أن إلخ" احتراز عن قول بعض المشايخ: إن الوصية باطلة؛ لأنه أضاف إلى مال خاص، فصار بمنزلة العين، كما لو أوصى بهذه الشاة، ولم تكن فى ملكه، ثم ملك فإنها غير صحيحة، قال الفقيه أبو الليث: هذا القول ليس بصحيح عندنا؛ لأنه أضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال. (٦)

(٨) قوله: "لأنها إلخ" يعنى لو أوصى بثلث ماله لرجل، فهلك ذلك المال، واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له، والمال اسم الجنس، والغنم اسم النوع، ففيما ذكر باسم الجنس يعتبر الموجود وقت الموت، فكذا فيما ذكر باسم النوع؛ لأن الوصية وجوبها وقت الموت. (غن)

(٩) المال، غنم.

(١٠) أى وجود ما أوصى به.

(١١) ذكره تفرعاً.

(١٢) الموصى.

(١٣) الموصى.

(١٤) أى أضاف ما أوصى به، وعينه لا توجد فى المال. (غن)

(١٥) لا بعين الشاة.

(١٦) الإضافة.

لأنه لما ذكر الشاة، وليس في ملكه شاة، علم أن مراده المَالِيَّةُ^(١).
ولو قال^(٢): شاة من غنمي، ولا غنم له، فالوصية باطلة؛ لأنه لما أضافه إلى
الغنم، علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم^(٣)، بخلاف ما إذا
أضافها^(٤) إلى المال، وعلى هذا يُخَرَّجُ كثير من المسائل^(٥).

قال^(٦): ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أو أولاده، وهن^(٧) ثلاث، وللفقراء
والمساكين، فلهن^(٨) ثلاثة أسهم من خمسة أسهم، قال رضى الله عنه^(٩): وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعن محمد^(١٠): أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة، ولكل فريق^(١١)
سهمان.

وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة^(١٢)، والفقراء والمساكين جنسان،
وفسّرناهما في الزكاة^(١٣).

(١) فيعطى له قيمة الشاة.

(٢) هذه من مسائل "الأصل"، ذكرها تقريباً أيضاً. (غن)

(٣) قوله: "حيث جعلها [شاة] جزءاً من الغنم" وإنه يصلح جزء من الغنم بصورته، ومعناه: فصارت الوصية
بشيء معدوم، ولا وجود له عند الموت أيضاً، فلا يصح. (غن)

(٤) الشاة.

(٥) قوله: "كثير من المسائل" منها ما ذكر في "المبسوط": لو قال: بفقير حنطة من مالي، أو بثوب من مالي، فإنه
يصح الإيجاب، وإن لم يكن ذلك في ملكه، بخلاف ما إذا قال: من حنطتي، أو من ثيابي، فإنه إذا لم يوجد ذلك في
ماله، أو هلك قبل موته، فلا شيء للموصى له. (ك)

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (غن)

(٧) الواو حالية.

(٨) أى لأمهات أولاده ثلاثة أسهم، وللفقراء سهم، وللمساكين سهم.

(٩) أى المصنف.

(١٠) أى روى عن محمد فى غير الجامع الصغير.

(١١) من الفقراء والمساكين.

(١٢) قوله: "جائزة" وهذا استحسان، وكان القياس أن لا تصح الوصية لأم الولد؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى
ما بعد الموت، وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها، والعتق يحلها، وهى أمة، فتستحق الوصية، وهى أمة أيضاً،
فيكون وصيته للأمة، وهى باطلة، ووجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها، لا حال حلول العتق بها بدلالة
حال الموصى؛ لأن الظاهر من حال الموصى أنه يقصد بالإيضاء وصية صحيحة، لا باطلة، والوصية إنما تصح إن لو
كانت مضافة إلى ما بعد عتقها، وكذا المدبرة إلا أنه ينظر إن خرجت الوصية، ورتبتها من الثلث كان لها ذلك، وإلا
يصرف الوصية إلى الرقبة، فإن فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث، والوصية لعبده بعين لم تجز؛ لأنه وصية لمولاه، وهو
وارث، وبثلث ماله يصح، ويكون وصيته بالعتق. (ك)

لمحمد أن المذكور لفظ الجمع^(١)، وأدناه في الميراث^(٢) اثنان نجد ذلك في القرآن^(٣)، فكان من كل فريق^(٤) اثنان، وأمهات الأولاد^(٥) ثلاث، فلهذا يقسم على سبعة.

ولهما أن الجمع^(٦) المحلّي بالألف واللام يراد به الجنس^(٧)، وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكلّ لا سيّما عند تعذر صرفه إلى الكل^(٨)، فيعتبر من كل فريق^(٩) واحد، فبلغ الحساب خمسة، والثلاثة^(١٠) للثلاث^(١١).

قال^(١٢): ولو أوصى بثلثه^(١٣) لفلان وللمساكين، فنصفه لفلان، ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد ثلثه^(١٤) لفلان، وثلثاه للمساكين، ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده^(١٥) لا يصرف إلا إلى مسكينين

(١٣) قوله: "في الزكاة" أي في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة إليه، ومن لا يجوز حيث قال: هناك الفقير من له أدنى شيء، والمسكين من لا شيء له، وهذا مروى عن أبي حنيفة، وقد قيل: على العكس.

(١) قوله: "أن المذكور لفظ الجمع [أي لفظ الفقراء والمساكين] إلخ" فإن قيل: الجمع المحلّي بالألف واللام يبطل فيه معنى الجمع، ويصير للجنس، قيل له: تخلف الحكم عن ذلك الأصل، ههنا معنى آخر، وهو أن الوصية أخت الميراث، وأقل الجمع في باب الإرث اثنان، فكذا في أخته، فإن قيل: إنما يتأتى هذا الجواب أن لو بقي جمعا، قيل له: إنما تبطل الجمعية لئلا يلزم التنكير، والنكارة والجهالة في الوصية متحملة. (ك)

(٢) قوله: "وأدناه في الميراث" قيد بذلك احترازاً عن فصل الزكاة، فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بإجماع بين أصحابنا، ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصروحاً إلى اثنين، والوصية في معناه من حيث إن كلا منهما تملك المال بعد الموت، كان الجمع هناك أيضاً منصرفاً إلى اثنين. (٤)

(٣) قوله: "نجد ذلك في القرآن" يريد به قوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾، والمراد بها الاثنان فصاعداً، وقد عرف في موضعه. (٤)

(٤) من الفقراء والمساكين.

(٥) فيعتبر فيهن عدد رؤوسهن، فإن عددن محصور. (غن)

(٦) أي الفقراء والمساكين.

(٧) إذا لم يكن ثمة معهود. (غن)

(٨) ألا ترى أن من حلف لا يتزوج النساء، حنث بنكاح امرأة واحدة.

(٩) من الفقراء والمساكين.

(١٠) والاثنان للاتنين.

(١١) أي لأمهات الأولاد الثلث.

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) أي بثلث ماله.

(١٤) قوله: "ثلثه [أي ثلث الثلث] إلخ" بناء على ما قلنا في المسألة المتقدمة: وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين، فيكون للمساكين ثلثا المال عند محمد، وثلث الثلث لفلان، وعندهما للام للجنس لعدم العهد، وأدناها الواحد، فيكون النصف من الثلث للمساكين. (غن)

على ما بيناه^(١).

قال^(٢): ومن أوصى لرجل بمائة درهم، ولآخر بمائة، ثم قال لآخر^(٣): قد أشركتك معهما^(٤)، فله ثلث كل مائة؛ لأن الشركة^(٥) للمساواة لغةً، وقد أمكن إثباته^(٦) بين الكلِّ بما قلناه^(٧) لاتحاد المال؛ لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة.

بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربع مائة، ولآخر بمائتين، ثم كان الإشارك^(٨)؛ لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكلِّ لتفاوت المالكين، فحملناه على مساواته^(٩) كل واحد^(١٠) بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ^(١١) بقدر الإمكان.

قال^(١٢): ومن قال: لفلان على دين فصدَّقوه^(١٣)، معناه قال: ذلك لورثته، فإن يُصدَّق إلى الثلث^(١٤)، وهذا استحسان.

وفي القياس لا يصدَّق؛ لأن الإقرار بالمجهول، وإن^(١٥) كان صحيحاً لكنه لا يحكم به^(١٦) إلا بالبيان^(١٧).

(١٥) محمد.

(١) آنفاً في القول السابق.

(٢) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أي الثالث.

(٤) فيما أوصيت لهما به.

(٥) قوله: "لأن الشركة إلخ" أن الشركة تقتضي المساواة؛ لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾، فيستوى في الثلث الذكور والإناث جميعاً، فكذا ههنا لما أضاف الشركة إليهما وجب أن يساوى كل واحد منهما، وذلك لا يكون إلا بأن يجعل له ثلث ما في يد كل واحد منهما؛ ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما. (غن)

(٦) المساواة.

(٧) أي الثلاثة.

(٨) قوله: "ثم كان الإشارك [أي وجد الإشارك]" أي ثم قال لآخر: أشركتك معهما، وإن له نصف ما لكل منهما؛ لأن تحقيق المساواة بينهم، ليس بممكن لتفاوت المالكين، ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الإشارك، فحملناه على مساواته لكل واحد منهما، كما هو وجه القياس عملاً باللفظ بقدر الإمكان. (عناية)

(٩) أي مساواة الثالث.

(١٠) من الأولين.

(١١) أي بقوله: أشركتك. (عن)

(١٢) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) فيما قال. (غن)

(١٤) أي يصدَّق فيما بينه وبين الثلث أي ثلث مال الموصى.

(١٥) الواو وصلية.

(١٦) أي بالإقرار بالمجهول.

وقوله: فصدقوه صدر مخالفاً للشرع^(١)؛ لأن المدعى^(٢) لا يصدق إلا بحجة، فتعذر إثباته^(٣) إقراراً مطلقاً^(٤)، فلا يعتبر.

وجه الاستحسان: أننا نعلم^(٥) أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه^(٦) من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفريغ ذمته، فيجعلها وصيةً جعل التقدير^(٧) فيها إلى الموصى له، كأنه قال^(٨): إذا جاءكم فلان، وادعى^(٩) شيئاً، فأعطوه من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة.

قال^(١٠): وإن أوصى بوصايا غير ذلك^(١١) يعزل الثلث لأصحاب الوصايا، والثلثان للورثة؛ لأن ميراثهم معلوم^(١٢)، وكذا الوصايا معلومة، وهذا^(١٣) مجهول،

(١٧) وهو مفقود؛ لأنه مات.

(١) فلا يصلح بياناً لإقراره.

(٢) فالأمر بتصديق المدعى من غير حجة مخالف للشرع.

(٣) أى إثبات هذا الإقرار.

(٤) يعنى من جميع الوجوه.

(٥) قوله: "أنا نعلم الخ" يعنى أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة، وهو مالك لذلك فى الثلث، وأمکن تنفيذه بطريق الوصية فتتفد، فإن قيل: لو كان قصده الوصية يصرح بها، أجاب بقوله: وقد يحتاج أى المقر إلى مثل هذا الكلام بعلمه بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه فى تفريغ ذمته، فيجعلها أى هذه الوصية وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال الخ (غ)

(٦) أى إلى هذا الإقرار.

(٧) يقدر بما شاء لكن لا خيار له فوق الثلث.

(٨) قوله: "كأنه قال الخ" فيصح هذا الكلام، ويكون إنفاذه من الثلث لا غير، فكذا هذا؛ لأنه وصية، ولا وصية جوازها فوق الثلث. (غن)

(٩) من مالى.

(١٠) فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) أى غير هذا الإقرار المجهول.

(١٢) قوله: "لأن ميراثهم الخ" يعنى أن حق أصحاب الوصايا معلوم، وهو الثلث، وحق الورثة أيضاً معلوم، وهو الثلثان، فأما حق هذا الرجل، فليس له دين معلوم، ولا وصية معلومة، لكنه دين فى حق المستحق، وصية فى حق التنفيذ، فإذا أفرزنا الثلث والثلثين، قلنا: إن فى التركة ديناً شائعاً فى النصيبين فى نصيب الموصى له، وفى نصيب الورثة، فيؤمر كل فريق بالبيان، ثم يؤخذ أصحاب الوصايا بثلاث ما أقروه؛ لأن ما يأخذه الرجل وصيته فى حقهم، وما فضل من الثلث يكون لهم، ويؤخذ الورثة بثلاثى ما أقروا، وما فضل من الثلثين يكون للورثة؛ لأن الدين المقر به صار مقضياً، فلم يبق للمقر له حق فى الوصية والميراث. (غن)

(١٣) أى قوله: على دين فصدقوه.

فلا يزاحم المعلوم، فيقدم عزل المعلوم.

وفي الإفراز^(١) فائدة أخرى، وهو أن أحد الفريقين^(٢) قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق^(٣)، وأبصر به، والآخر ألد^(٤) خصاماً^(٥)، وعساهم يختلفون في الفضل، إذا ادعاه الخصم^(٦)، وبعد الإفراز يصح إقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة،

وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا: صدقوه^(٧) فيما شئتم، ويقال للورثة: صدقوه فيما شئتم؛ لأن هذا دين^(٨) في حق المستحق وصية في حق التنفيذ.

فإذا أقر كل فريق^(٩) بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين^(١٠)، فيؤخذ أصحاب الثلث^(١١) بثلث ما أقروا، والورثة بثلثي ما أقروا؛ تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه، وعلى كل فريق منهما^(١٢) اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك؛ لأنه يحلف^(١٣) على ما جرى بينه^(١٤)، وبين غيره^(١٥).

(١) جدا كردن.

(٢) أى الورثة والموصى لهم.

(٣) أى الذى أقر به الموصى.

(٤) مرد سخت خصومت. (م)

(٥) جدل كردن.

(٦) أى صاحب الدين.

(٧) أى المقر له.

(٨) قوله: "لأن هذا إلخ" حاصله أنه يشبه الإقرار لفظاً، ويشبه الوصية تنفيذاً، فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث، وباعتبار شبه الإقرار يجعل شائعاً في الأثلاث، ولا يخصص بالثلث الذى لأصحاب الوصايا عملاً بالشبهين. (عناية)

(٩) من الورثة والموصى لهم.

(١٠) قوله: "ديناً شائعاً إلخ" وهذا لأنه دين في حق المستحق، فكان شائعاً في النصيبين باعتباره، ووصية في حق التنفيذ؛ لأننا صححناه بجعل ذلك منه وصية، وباعتبار الوصية ينفذ في ثلث التركة، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا؛ لأن ثلث التركة في أيديهم، والورثة بثلثي ما أقروا لكون الثلثين في أيديهم تنفيذاً لإقرار كل فريق في حقه، فإن أقر المريض مع ذلك بدين مسمى، فالمسمى أولى؛ لأنه أثبت الإقرار. (ك)

(١١) قوله: "فيؤخذ [أى الموصى لهم] إلخ" حتى إذا قال الموصى له: إن الدين مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له، فإن فضل شيء يكون له، وإلا فلا، وإن قال الورثة: الدين ثلث مائة يعطى المقر له بدين مجهول ثلثا ذلك، وهو مائتان مما في أيدي الورثة، فإن فضل شيء يكون لهم، وإلا فلا. (غن)

اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه ولوالديهم أجمعين برحمتك يا أرحم الراحمين

(١٢) أى من الورثة، والموصى لهم.

(١٣) فلهمذا يحلف على العلم، لا على البتات.

(١٤) لا على فعل نفسه. (غن)

قال^(١): ومن أوصى لأجنبي ولوارثه، فللأجنبي نصف الوصية، وتبطل وصية الوارث؛ لأنه أوصى بما يملك الإيضاء به، وبما لا يملك، فصح في الأول، وبطل في الثاني.

بخلاف^(٢) ما إذا أوصى لحي وميت؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية^(٣)، فلا يصلح مزاحماً^(٤)، فيكون الكل للحي، والوارث^(٥) من أهلها^(٦)، ولهذا تصح^(٧) بإجازة الورثة فافترقا.

وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي^(٨)، وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين^(٩)، أو دين لوارثه، وللأجنبي حيث لا يصح^(١٠) في حق الأجنبي أيضاً^(١١)؛ لأن الوصية^(١٢) إنشاء^(١٣) تصرف، والشركة^(١٤) تثبت حكماً له، فتصح في حق من يستحقه منهما^(١٥).

(١٥) الميت.

(١) أي محمد في "الجامع الصغير".

(٢) حيث يكون كل الوصية للحي.

(٣) لأنه لا يصلح مالكاً. (غن)

(٤) للحي.

(٥) حيث يكون كل الوصية للحي.

(٦) الوصية.

(٧) أي الوصية للوارث.

(٨) فللأجنبي نصف الوصية، وتبطل الوصية للقاتل.

(٩) قوله: "وهذا بخلاف ما إذا أقر [المريض. غن] إلخ" أي الإيضاء لوارثه والأجنبي يخالف الإقرار لهما، هذا إذا تصادقا، أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث، أو الوارث شركة الأجنبي، فالإقرار باطل أيضاً، وقال محمد: يصح في حصة الأجنبي؛ لأن الوارث مقر ببطلان حقه ببطلان حق شريكه، فيبطل في نصيبه، ويثبت في نصيب الآخر، ولهما أن حق الوارث لم يفرز من حق الأجنبي، وإنما أوجبه مشتركاً بينهما، فلا يمكن إثباته بدون هذا الوصف. (ك)

(١٠) هذا الإقرار.

(١١) أي كما لا يصح في حق الوارث.

(١٢) قوله: "لأن الوصية إلخ" أي لأن الوصية إنشاء تصرف أي إثبات أمر لم يكن، والشركة تثبت حكم له، وحكم الشيء هو الأثر الثابت به، فالشركة تثبت بواسطة صحة تصرفه، ولم يصح تصرفه في حق الورثة، فلم توجد علة ثبوت الشركة، فإذا لم تثبت الشركة، صح تصرفه في حق من يستحقه، وهو الأجنبي، وبطل في حق الوارث. (ك)

(١٣) وابتداء إيجاب.

(١٤) بين الموصى لهما أي الأجنبي والوارث.

(١٥) قوله: "فتصح في حق من يستحقه [أي الأجنبي] منهما [أي من الوارث والأجنبي]" ولا يبطل حق أحدهما ببطلان حق الآخر؛ لأن الشركة بينهما من حكم الإيجاب، وقد تعدد الإيجاب في حق أحدهما، فلا يلزم من ذلك

وأما الإقرار بإخبار عن كائن^(١)، وقد أخبر^(٢) بوصف الشركة^(٣) في الماضي، ولا وجه إلى إثباته^(٤) بدون هذا الوصف^(٥)؛ لأنه خلاف ما أخبر^(٦) به، ولا إلى إثبات الوصف^(٧)؛ لأنه يصير الوارث فيه شريكاً، ولأنه لو قبض الأجنبي^(٨) شيئاً، كان للوارث^(٩) أن يشاركه^(١٠)، فيبطل^(١١) في ذلك القدر، ثم لا يزال بقبض، ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل، فلا يكون مفيداً، وفي الإنشاء حصّة أحدهما ممتازة عن حصّة الأخرى بقاء^(١٢) وبطلاناً^(١٣).

قال^(١٤): ومن كان له ثلاثة أثواب: جيد ووسط ووديء، فأوصى^(١٥) بكل واحد

أن يتعذر الإيجاب في حق الآخر؛ لأنه ابتداء تصرف. (غن)

(١) قوله: "أما الإقرار بإخبار إلخ" يعني أن الوصية إنشاء تصرف أي ابتداء تملك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها، والشركة إنما تثبت حكماً له عقبيه، فحيث لم يقع التملك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه، وهو الشركة، وكان نصيب كل منهما مفرزاً عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها، وأما في الإقرار، فسبب الشركة غيره، وهو ما كان سبباً قبل الإقرار، فإن الإقرار يقتضى سبق الخبر به، وهو المال المشترك بينهما، وفي ذلك أي في الإقرار بالمال المشترك إقرار للوارث، وهو لا يجوز. (٤)

(٢) المقر.

(٣) بين الأجنبي والوارث في العين، أو الدين.

(٤) أي إثبات هذا الإقرار في حق الأجنبي.

(٥) أي الشركة.

(٦) المقر.

(٧) أي الاشتراك.

(٨) قوله: "ولأنه لو قبض [بحكم الشركة السابقة] إلخ" أي لأن الصحة في حق الأجنبي يؤدي إلى الفساد؛ لأنه لو صح في حق الأجنبي لشاركه الوارث، فيتبطل حصته، فلا يزال هكذا إلى أن يبطل كله.

وأما في الإيصاء، وهو الإنشاء لا يتأتى هذا؛ لأن حصّة أحدهما ممتازة عن الآخر بقاء وبطلاناً أعنى يبقى الوصية صحيحة في حق الأجنبي، وتبطل في حق الوارث. (غن)

(٩) قوله: "كان للوارث إلخ" لأن حصّة كل منهما غير ممتازة عن غيرها، ففي كل جزء فرضته يشتركان. (٤)

(١٠) فيه.

(١١) قوله: "فيبطل [قبضه]" هذا الدليل مأخوذ من "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان، وتوضيحه: أنه لو صح إقرار المقر لأجنبي، وقبض الأجنبي شيئاً بحسب هذا الإقرار، فيثبت به المخبر به، وما هو إلا الدين المشترك، وإقراره كان إقراراً بعقد سابق بينهما، فلو لغا بعضه لغا باقيه ضرورة، فبالضرورة يثبت كمالاً على وصف الشركة، فما من شيء يأخذه الأجنبي إلا كان للوارث أن يشاركه، فيبطل قبضه في هذا القدر.

ثم لا يزال يقبض لصحة الإقرار له، ويشاركه الوارث للضرورة المذكورة حتى يبطل قبض الكل بالنسبة إلى الأجنبي، فلا يكون صحة الإقرار للأجنبي مفيداً، بل يلزم أن يصير إقراراً للوارث، أما الوصية: فتتمليك مبتدأ لهما، فبطلان التملك لأحدهما لا يبطل التملك الآخر، وهكذا قال الزيلعي.

(١٢) أي في حق الأجنبي.

(١٣) أي في حق الورثة.

لرجل^(١)، فضاع ثوب^٢، ولا يدري أيها هو^(٢)، والورثة تجحد ذلك، فالوصية باطلة، ومعنى جحودهم أن يقول الوارث^(٣) لكل واحد منهم^(٤) بعينه: الثوب الذي هو حقك^(٥) قد هلك، فكان المستحق^(٦) مجهولاً^(٧)، وجهالته تمنع صحة القضاء، وتحصيل المقصود^(٨) فبطل.

قال^(٩): إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين، فإن سلّموا أزال المانع، وهو الجحود، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود^(١٠)، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون^(١١)، ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون^(١٢)؛ لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء^(١٣) بيقين^(١٤)؛ لأنه إما أن يكون^(١٥) وسطاً، أو رديئاً. ولا حق له فيهما^(١٦)، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي^(١٧) بيقين^(١٨)؛

(١٤) أي محمد في "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) قوله: "فأوصى إلخ" فقال: لفلان هذا الثوب الجيد، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الوسط، ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء، ثم مات الموصى، ثم هلك أحد الأتواب الثلاثة، ولا يدري أيهما هلك. (جامع صغير)

(١) أي لرجل رجل.

(٢) ضائم.

(٣) قوله: "أن يقول الوارث إلخ" يريد بهذا أن الورثة يجحدون بقاء حق كل واحد منهم بعينه، ويقولون: حق واحد منكم باطل، ولا ندري من بطل حقه، ومن بقي حقه، فلا نسلم إليكم شيئاً، فالوصية باطلة؛ لأنه إذا لم يعلم بقاء حق واحد منهم بعينه، لا فائدة في بقاءها فبطل، كذا ذكره الصدر الشهيد. (ك)

(٤) أي من الموصى لهم.

(٥) أي لعل الثوب الذي هو حقك، قد هلك.

(٦) أي الموصى له.

(٧) كوصيته لأحد هذين الرجلين. (در مختار)

(٨) أي مقصود الموصى، وهو إتمام غرضه. (عن)

(٩) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(١٠) من الثوبين.

(١١) من الثوبين.

(١٢) من الثوبين.

(١٣) الموجود.

(١٤) فله ثلثا الجيد.

(١٥) في الواقع. (غن)

(١٦) أي في الوسط والرديء.

(١٧) الموجود.

(١٨) فله ثلثا الرديء.

لأنه إما أن يكون جيداً، أو وسطاً، ولا حق له فيهما^(١).
ويحتمل أن يكون الرديء^(٢) هو الرديء الأصلي، فيعطى من محل
الاحتمال^(٣)، وإذا ذهب ثلثا الجيد^(٤)، وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث
الرديء، فيتعين حق صاحب الوسط^(٥) فيه بعينه ضرورة.

قال^(٦): وإذا كانت الدار بين رجلين، فأوصى أحدهما^(٧) ببيت بعينه لرجل،
فإنها^(٨) تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصى، فهو^(٩) للموصى له عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد نصفه^(١٠) للموصى له.

وإن وقع^(١١) في نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي
حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: مثل ذرع نصف البيت.

له أنه أوصى بملكه^(١٢)، وبملك غيره؛ لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة، فنفذ
الأول، وتوقف الثاني^(١٣)، وهو^(١٤) إن ملكه^(١٥) بعد ذلك^(١٦) بالقسمة التي هي^(١٧)

(١) أى فى الجيد والوسط.

(٢) الموجود.

(٣) أى الرديء الموجود.

(٤) قوله: "وإذا ذهب إلخ" هذا واضح إذا ابتدئ بتعليل جانب صاحب الجيد، وصاحب الرديء، وإن ابتدئ
بتعليل جانب صاحب الوسط، فله وجه آخر، وهو أن يقال: الهالك إن كان أرفع من الباقيين، فحق صاحب الوسط فى
الجيد منهما، وإن كان الهالك أودأ من الباقيين، فحق الوسط فى الرديء منهما، فحقه يتعلق بهذا مرة، وبذلك أخرى،
وإن كان الهالك هو الوسط، فلا حق له فى الباقيين، فإذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين فى حال، ولا يتعلق فى
حالين، فيأخذ ثلث كل واحد، فيبقى صاحب الجيد والرديء، فصاحب الجيد يدعى الجيد، ولا يدعى الرديء؛ لأنه لا حق
له فيه قطعاً، وصاحب الرديء يدعى الرديء دون الجيد، فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد، وثلثا الرديء لصاحب الرديء. (٤)
(٥) أى فى ثلث الجيد، وثلث الرديء.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عيني).

(٧) ثم مات. (غن).

(٨) دار.

(٩) البيت.

(١٠) البيت.

(١١) البيت.

(١٢) قوله: "أنه [الموصى] أوصى إلخ" أى أنه أوصى بما يملكه، وبما لا يملكه، لأن البيت مشترك بينه، وبين
صاحبه، فتنفذ الوصية فيما يملكه، وهو نصيبه، ولا ينفذ فيما لا يملكه، وهو نصيب صاحبه غاية ما فى الباب أنه يملك
البيت بعد القسمة، إذا وقع البيت فى ملكه، ولكن القسمة مبادلة؛ لأنه أخذ البيت مبادلة عن نصيبه مما فى يد صاحبه، فلا
ينفذ الوصية السابقة بالملك الحادث بعد الوصية فى الموصى به، كما إذا أوصى بملك الغير، ثم ملكه يوجه من الوجوه
حيث لا يصح الوصية، فكذلك ههنا. (عن)

مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة، كما إذا أوصى^(١) بملك الغير، ثم اشتراه، ثم إذا اقتسموها^(٢)، ووقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به، وهو نصف البيت.

وإن وقع^(٣) في نصيب صاحبه له^(٤) مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته^(٥) كالجارية الموصى بها، إذا قُتلت خطأً تنفذ الوصية في بدلها^(٦).

بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه؛ لأن الوصية تبطل بالإقدام^(٧) على البيع على ما بيناه^(٨)، ولا تبطل^(٩) بالقسمة. ولهما أنه أوصى^(١٠) بما يستقر ملكه فيه بالقسمة؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيضاء

(١٣) على إجازة صاحبه. (زيلي)

(١٤) قوله: "وهو [أى الموصى]" دفع دخل مقدر، تقريره الدخول من جانب الشيخين: أنه بعد القسمة لو وقع البيت في نصيبه وملكه، فلم لا تنفذ الوصية السابقة، والدفع منشأ توصيف القسمة. وحاصله: أنه وإن ملكه بعد الوصية بالقسمة لا تنفذ الوصية السابقة، فإن القسمة موصوفة بكونها مبادلة، فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية، فكيف تنفذ الوصية السابقة في كل البيت؟

(١٥) بيت.

(١٦) وصية.

(١٧) فصار كأنه اشترى بعض البيت بعد الوصية.

(١) حيث لا يصح الوصية. (غن)

(٢) الدار.

(٣) البيت.

(٤) أى للموصى له.

(٥) أى فوات الموصى به.

(٦) جارية.

(٧) لأن البيع دليل الرجوع. (غن)

(٨) قوله: "على ما بيناه [في مسائل الرجوع عن الوصية]" إشارة إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله: وإذا صرح بالرجوع، أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً. (غن)

(٩) لأن القسمة ليس بدليل الرجوع. (غن)

(١٠) قوله: "أنه أوصى إلخ" يعني أن إيجاب الوصية في البيت يتناول ملك الموصى على الاحتمال؛ لأن الحال متردد وقت الإيضاء بين أن يقع هذا البيت في نصيبه، وبين أن يقع في نصيب شريكه، فيتوقف حكم الوصية على القسمة، فيكون ذلك وصيته بما يستقر ملكه بالقسمة؛ لأن ملك الموصى على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل المنتفع به؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، والظاهر أن الموصى قصد الإيضاء بالملك الكامل انتفاعه، فصار كان الموصى، قال: هذا البيت لفلان إن وقع في قسمي، فإن لم يقع في قسمي، فله مثل ذلك، ولو أنه أفصح بذلك، فله مثل ذلك إذا لم يقع في قسمته، فكذا ههنا. (غن)

بملكٍ منتفع به من كل وجه، وذلك^(١) يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت، إذا وقع^(٢) في نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة^(٣) في هذه القسمة تابع.

وإنما المقصود^(٤) الإفراز تكميلاً للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه^(٥)، وعلى اعتبار الإفراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء، وإن وقع^(٦) في نصيب الآخر تنفذ^(٧) في قدر ذرعان جميعه^(٨) مما وقع في نصيبه^(٩). إما لأنه عوضه^(١٠) كما ذكرناه^(١١)، أو لأن مراد الموصي^(١٢) من ذكر البيت التقدير

(١) أى الانتفاع بكل وجه.

(٢) جميع البيت.

(٣) قوله: "ومعنى المبادلة إلخ" قيد بقوله في هذه القسمة: لأن الدار جنس واحد، فيكون الإفراز في قسمة الدار الواحدة راجحاً، ولهذا لا يجرى الجبر فيها بالإجماع، أو لأن معنى المبادلة، وإن كان راجحاً في العقار إلا أن في هذه القسمة معنى المعاوضة تابع تصحيحاً لتصرف الموصي، وباب الوصية أوسع، ولهذا يصح بالمعدوم على خطر الوجود كالتمر والغلة. (ك)

(٤) قوله: "وإنما المقصود الإفراز إلخ" وفيه بحث، وهو أنه قال في كتاب القسمة: والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض، وما نحن فيه من العروض، فكيف كانت المبادلة فيه تابعة، وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله: ومعنى المبادلة ظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وما نحن فيه كذلك، فكان معنى المبادلة فيه تابعاً؛ لما ذكرنا هنا؛ لأن الجبر لا يجرى في المبادلة، ويكون معنى قوله هناك: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن عن جنس واحد، وإلى هذا أشار بقوله: وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة، ولهذا يجبر على القسمة، والباقي ظاهر. (ع)

(٥) قوله: "ولهذا يجبر إلخ" ولا يبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصي له. (زيلي)

(٦) البيت.

(٧) الوصية.

(٨) البيت.

(٩) الموصي.

(١٠) قوله: "عوضه [البيت]" هذا الدليل مخدوش؛ لأنه أقر هنا بالعوضيَّة والمبادلة، وقال سابقاً: إن معنى المبادلة في هذه القسمة تابعه، فإن قلت: إنه لا منافاة؛ لأنه ما قال سابقاً: يشعر بوجود المبادلة، وإن كانت بالتبعية، وما قال هنا: إقرار بوجودها، قلت: إن منظور نظر الشارع، ومقصوده إن كان مبادلة، فما قال سابقاً: لا يستقيم، وإلا فما قال هنا: لا يستقيم، فتدبر.

(١١) يعنى في الجارية الموصى بها. (ع) إشارة إلى قوله: تنفذ الوصية في بدلها. (غن)

(١٢) قوله: "أو لأن مراد إلخ" أى لأن مراد الموصى من الوصية بالبيت المشترك بينه وبين صاحبه التقدير بذرعانه على أن يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر تحميلاً للمقصود، وهو تنفيذ الوصية؛ لأن مقصوده لا يحصل إذا أريد به التملك بعينه؛ لأنه ربما يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه، ولكن إذا وقع البيت في نصيب الموصى يتعين البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتملك بعينه. (غن)

به^(١) تحصيلاً لمقصوده^(٢) ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك^(٣)، وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير. أو لأنه أراد^(٤) التقدير على اعتبار أحد الوجهين^(٥)، والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر^(٦)، كما إذا علق^(٧) عتق^(٨) الولد^(٩)، وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته^(١٠).

فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد، وفي العتق ولدٌ حيٌّ، ثم إذا وقع البيت^(١١) في نصيب غير الموصى، والدار مائة ذراع، والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه^(١٢) بين الموصى له، وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة، وسهم للموصى له، وهذا عند محمد^(١٣)، فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت، وهم^(١٤) بنصف الدار سوى البيت، وهو خمسة وأربعون^(١٥)، فيجعل كل خمسة^(١٦) سهماً، فيصير عشرة.

وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً^(١٧)؛ لأن الموصى له يضرب بالعشرة،

(١) البيت.

(٢) الموصى.

(٣) بعينه.

(٤) بذكر البيت. (غن)

(٥) يعنى في وقوع البيت في نصيب الشريك. (ع)

(٦) يعنى في وقوعه في نصيبه. (ع)

(٧) قوله: "كما إذا علق إلخ" فقال: إذا ولدت أمتى أول ولد، فهو حر، وأنت طالق، يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق الولد، حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً أو ميتاً؟ لأن مطلق الولد يصلح جزاء للطلاق، وفي جزاء العتق يكون المراد ولدًا حياً؛ لأن الميت ليس محلاً للعتق. (غن)

(٨) الموصى.

(٩) المولود.

(١٠) الموصى.

(١١) أى إذا قسم ووقم إلخ.

(١٢) وهو خمسون ذراعاً. (غن)

(١٣) قال الفقهاء: فلأن يضرب فيه بالثلث أى يأخذ منه شيئاً بحكم ماله من الثلث. (مغرب)

(١٤) أى الورثة.

(١٥) ذراعاً.

(١٦) أذرع.

(١٧) قوله: "يقسم [نصيب الموصى] على أحد عشر إلخ" فإن قيل: ينبغى أن يقسم نصيب الموصى بين الورثة،

وهم^(١) بخمسة وأربعين، فتصير السهام^(٢) أحد عشر للموصى له سهمان، ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار^(٣)، قيل: هو على الخلاف، وقيل^(٤): لا خلاف فيه لمحمد^(٥).

والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره، ثم ملكه^(٦) يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصية^(٧) بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه^(٨) بوجه من الوجوه، ثم مات لا تصح وصيته، ولا تنفذ.

قال^(٩): ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى^(١٠)، فإن دفعه^(١١)، فهو جائز^(١٢).

وله^(١٣) أن يمنع^(١٤)؛ لأن هذا تبرع بمال الغير، فيتوقف^(١٥) على إجازته^(١٦)، وإذا

الموصى له على خمسة أسهم، سهم للموصى له، وأربعة للورثة؛ لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقى حق الورثة في أربعين، قلنا: زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين، وحق الموصى له في خمسة تمسكاً بمذهب محمد، وزعم الموصى له أن حقه في عشرة، وحق الورثة في أربعين، فيعتبر زعم كل فريق في حصته، فجعلنا كل خمسة سهماً، فصار الكل أحد عشر. (ك)

(١) ورثة.

(٢) قوله: "فتصير السهام إلخ" بيانه أن الإيجاب لما صح، وهو متناول للبيت، وهو عشرة أذرع من الدار، فإذا رفعت العشرة من المائة، بقى تسعون بين الشريكين لكل واحد منهما خمسة وأربعون، فيكون خمسة وأربعون لورثة الموصى، وعشرة للموصى له إذا ضمت إلى خمسة وأربعين يصير خمسة وخمسون، فيجعل كل خمسة سهماً، فيصير أحد عشر سهماً. (عن)

(٣) قوله: "ولو كان مكان الوصية إلخ" أى إقرار البيت من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع البيت في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله، وعند محمد يؤمر بتسليم النصف، أو قدر النصف، وقيل: محمد معهما في الإقرار، والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير إلخ. (ت)

(٤) وهو الأصح. (غن)

(٥) بل قول محمد كقولهما في الوصية. (٤)

(٦) بوجه من الوجوه.

(٧) لرجل.

(٨) الموصى به.

(٩) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(١٠) وإن لم يجز بطلت.

(١١) أى إلى الموصى له. (٤) أى سلمه الغير.

(١٢) قوله: "فهو جائز" وذلك لأن العقد الموقوف إذا لحقه الإجازة صار مضافاً إلى المجيز، فإذا أضيف إليه صار ذلك هبة منه، والهبة لا تتم إلا بالتسليم، فإن منعه بعد الإجازة، كان له ذلك؛ لأنه تبرع. (٤)

(١٣) غير.

(١٤) أى له أن يمنع من التسليم بعد الإجازة. (زيلعى)

أجاز^(١) يكون^(٢) تبرعاً منه أيضاً، فله أن يمتنع من التسليم.
بخلاف^(٣) ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، وأجازات الورثة؛ لأن الوصية في
مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه، والامتناع^(٤) لحق الورثة، فإذا أجازوها
سقط حقهم، فنفذ^(٥) من جهة الموصي.

قال^(٦): وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفاً، ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب
أوصى له بثلث ماله، فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده، وهذا استحسان.
والقياس أن يعطيه نصف ما في يده، وهو قول زفر؛ لأن إقراره بالثلث^(٧)
له^(٨) تضمن إقراره بمساواته^(٩) إياه، والتسوية في إعطاء النصف ليقبى له النصف.
وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة^(١٠)، وهي في أيديهما، فيكون
مقرراً بثلث ما في يده.
بخلاف^(١١) ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره؛ لأن الدين مقدم على الميراث،
فيكون مقرراً بتقدمه^(١٢)، فيقدم عليه^(١٣).

(١٥) هذا التبرع.

(١٦) غير.

(١) الغير.

(٢) هذه الإجازة.

(٣) حيث يجوز بغير التسليم. (غن)

(٤) أي امتناع النفاذ في الزيادة على الثلث. (غن)

(٥) إن نفذت وصيته في ماله. (غن)

(٦) في "الجامع الصغير". (غن)

(٧) قوله: "لأن إقراره إلخ" يعني أن في زعم المقر أن المال يقسم أثلاثاً، ونصيب الموصي له، ونصيب كل واحد
من الابنين سواء، فلما أنكر أحدهما، أو غاب، جعل كان نصيبه لم يكن، فيقسم الباقي عليهما نصفين؛ لأن نصيبهما
سواء. (غاية البيان)

(٨) أي للموصي له.

(٩) أي بمساواة الموصي له.

(١٠) أي نصفه فيما في يده، ونصفه فيما في يد الآخر. (غن)

(١١) قوله: "بخلاف إلخ" أي بخلاف ما لو أقر أحد الابنين بدين، فإنه يقضى للمقر له بكل الدين من نصيب
المقر؛ لأن الدين ليس بجزء شائع، بل مقدم على الميراث، ألا ترى أن نصيب الغائب يجعل كالهالك، ولو كان هالكاً،
كان حق الموصي له في ثلث الباقي، وحق الغريم في كله، فكذلك في مسألتنا. (غاية البيان)

(١٢) قوله: "فيكون مقرراً إلخ" فإن كان الدين مستغرقاً جميع نصيبه، دفعه إليه. (عناية)

(١٣) الميراث.

أما الموصى له بالثالث شريك الوارث، فلا يسلم له^(١) شيء إلا أن يسلم للورثة
ثلاثه، ولأنه^(٢) لو أخذ^(٣) منه نصف ما في يده، فربما^(٤) يقر الابن الآخر به أيضاً،
فيأخذ نصف ما في يده^(٥)، فيصير نصف التركة، فيزاد على الثلث.

قال^(٦): ومن أوصى لرجل بجارية، فولدت^(٧) بعد موت الموصى ولدًا،
وكلاهما^(٨) يخرجان من الثلث، فهما للموصى له؛ لأن الأم دخلت في الوصية
أصالة^(٩)، والولد تبعًا حين كان^(١٠) متصلًا بالأم^(١١)، فإذا ولدت قبل القسمة،
والتركة قبلها^(١٢) مبقاةً على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل^(١٣) في الوصية،
فيكونان للموصى له وإن لم يخرججا^(١٤) من الثلث ضرب بالثالث^(١٥)، وأخذ^(١٦) ما
يخصه منهما^(١٧) جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: يأخذ^(١٨) ذلك^(١٩) من الأم، فإن فضل^(٢٠) شيء أخذه^(٢١) من

(١) أى للموصى له.

(٢) الموصى له.

(٣) من المقر.

(٤) أى ربما أقر الابن الآخر لرجل بمثل هذا. (غن)

(٥) آخر.

(٦) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٧) أى قبل القبول وقبل القسمة. (ك)

(٨) أى الجارية والولد.

(٩) قوله: "لأن الأم إلخ" أى إنما كان الولد والأم جميعاً للموصى له إذا خرجا من الثلث؛ لأن ما يحدث من
النماء قبل القسمة، يحدث على حكم ملك الميت بدليل أنه يقضى منه ديونه، وينفذ وصاياه، فينفذ الوصية بالثالث فيهما
جميعاً فى الأم أصالة، وفى الولد تبعاً لاتصاله بالأم. (غن)

(١٠) ولد.

(١١) الولد.

(١٢) القسمة.

(١٣) الولد.

(١٤) أى الجارية والولد.

(١٥) الموصى له.

(١٦) الموصى له.

(١٧) من كل واحد منهما نصف الثلث. (غن)

(١٨) الموصى له.

(١٩) الثلث.

(٢٠) من الثلث. (عن)

الولد.

وفى "الجامع الصغير: عيّن صورة، وقال رجل: له ست مائة درهم، وأمة تساوى ثلث مائة درهم، فأوصى بالجارية لرجل، ثم مات فولدت ولدًا يساوى ثلث مائة درهم قبل القسمة^(١)، فللموصى له الأم، وثلث الولد عنده، وعندهما له ثلثا كل واحد^(٢) منهما^(٣).

لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية^(٤) تبعاً حالة الاتصال^(٥)، فلا يخرج^(٦) عنها^(٧) بالانفصال، كما فى البيع^(٨)، والعتق، فتنفذ الوصية^(٩) فيهما على السواء من غير تقديم الأم.

وله أن الأم أصل^(١٠)، والولد تبع فيه^(١١)، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية فى بعض الأصل، وذلك لا يجوز^(١٢). بخلاف البيع^(١٣)؛ لأن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدي إلى نقضه^(١٤) فى الأصل،

(٢١) موسى له.

(١) قوله: "قبل القسمة" وإن كانوا اقتسموا، وأخذ الورثة ست مائة، والموصى له الجارية، ثم ولدت وولداً، فالولد للموصى له. (جامع صغير)

(٢) أى للموصى له.

(٣) أى من الجارية والولد.

(٤) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع.

(٥) بالأم.

(٦) الولد.

(٧) الوصية.

(٨) قوله: "كما فى البيع إلخ" يعنى تسرى الوصية إلى الولد الحادث قبل القسمة، كما يسرى البيع إلى الولد الحادث قبل القبض، وإذا عتق جارية حاملة عتق ولدها تبعاً، فإذا ولدت يبقى الولد، كذلك عتقاً، أو نقول: إذا أوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة، فإن العتق ينفذ فيهما، وإن لم يخرج من الثلث يوزع بينهما. (ك)

(٩) لأن الوصية تسرى إلى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالإجماع. (غن)

(١٠) قوله: "أن الأم أصل [أى فى الوصية. ع] إلخ" وإنما كانت وصية الأم أصلاً؛ لأن الإيجاب يتناولها، ثم يسرى حكم الإيجاب إلى الولد، ولا مساواة بين الأصل والتبع، فتنفذ الوصية بالأم، ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث، وتنفذ الوصية فى جميع الأم كان مستحقاً قبل الولادة، فلا يتغير بزيادة المال؛ لأنه يؤدي إلى نقضها فى الأصل. (ع)

(١١) أى فى الوصية على تأويل الإيصاء. (غ)

(١٢) قوله: "وذلك لا يجوز [لأن فيه إبطال الأصل بالتبع. ع]" أى لا يجوز انتقاض الوصية فى بعض الأصل

لمزاحمة التبع. (غن)

(١٣) قوله: "بخلاف البيع" أى ليس كذلك البيع؛ لأن القول بالشركة لا ينقض شيئاً من الأصل؛ لأن البيع نافذ فى الأم كما كان، وإنما انحط بعض الثمن عن الأصل، والثمن فى البيع تابع، فصار بمنزلة حط بعض الثمن، بخلاف الوصية،

بل يبقى ^(١) تاماً صحيحاً فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ^(٢) ضرورة مقابله بالولد، إذا اتصل به ^(٣) القبض ^(٤)، ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن ^(٥) كان فاسداً ^(٦)، هذا إذا ولدت قبل القسمة ^(٧)، فإن ولدت بعد القسمة، فهو ^(٨) للموصى له؛ لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة.

فصل في اعتبار حالة الوصية ^(٩)

قال ^(١٠): وإذا أقر المريضُ لامرأةٍ بدين، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها، ثم تزوجها، ثم مات جاز الإقرار ^(١١)، وبطلت الوصية والهبة؛ لأن الإقرار ملزم

فإنهما عند مزاحمة الولد يخرج بعض الأصل عن الوصية، فلا يبقى الوصية في الأم، كما كانت، فلا يجوز أن يكون التيم ناقضاً للأصل. (غن)

(١٤) البيم.

(١) البيم.

(٢) قوله: "إلا أنه لا يقابله [أى لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد. غن] إلخ" جواب عما يقال: لا، نسلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل، فإن بعض الثمن لا يقابله في ذلك، وفيه نقض له بحصته، ووجهه أنه إنما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد إذا اتصل به القبض، فإن العوض الواحد لا يقابل بعوضين، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيم؛ لأن الثمن تابع. (٤)

(٣) أى بالولد.

(٤) قوله: "إذا اتصل به القبض" إنما قيد بذلك؛ لأن مقابلة بعض الثمن بالولد، إنما يكون أن لو كان مقبوضاً بالأصل حتى لو هلك قبل القبض بأفة سماوية لا يقابله شيء من الثمن، بل يأخذ الأم بجميع الثمن. (٤)

(٥) الواو وصلية.

(٦) هذا البيم.

(٧) قوله: "قبل القسمة" أى قبل القبول أيضاً، فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة، فهو للموصى له؛ لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت، فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له، وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة، ذكر القدورى أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث، وكان للموصى له من جميع المال، كما لو ولدت بعد القسمة، ومشايخنا قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث، كما لو ولدت قبل القبول، وإن ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية، وبقي على حكم ملك الميت؛ لأنه لم يدخل تحت الوصية قصداً، ولا سرية، والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا. (ك)

(٨) ولد.

(٩) قوله: "فصل في اعتبار إلخ" لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال، لا غير عند عدم الإجازة، ذكر في هذا الفصل أن الوصية بشيء تعتبر حال إيجاب الوصية أم حال الموت، فشرع في بيان ذلك، وآخر هذا الفصل ذكراً؛ لأن حال الوصية وصف لها يتيم الموصوف لا محالة. (غن)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "جاز الإقرار إلخ" مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً، وغير وارث يوم الموت، لا يوم الوصية، والمعتبر في فساد الإقرار، وجوازه كون المقر له وارثاً في الحال، فإن الإقرار تملك في الحال. (٤)

بنفسه^(١)، وهي أجنبية عند صدوره، ولهذا يعتبر من جميع المال.
ولا يبطل بالدين^(٢) إذا كان في حالة الصحة، أو في حالة المرض، إلا أن الثاني
يؤخر عنه، بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت^(٤)، وهي^(٥) وارثة عند
ذلك^(٦)، ولا وصية للوارث^(٧) والهبة، وإن كانت منجزةً صورةً، فهي كالمضاف^(٨)
إلى ما بعد الموت حكماً؛ لأن حكمها يتقرر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين
المستغرق^(٩)، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث.

قال^(١٠): وإذا أقر المريض لابنه بدين، وابنه نصراني، أو وهب له^(١١)، أو أوصى
له، فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله.

أما الهبة والوصية، فلما قلنا^(١٢): إنه^(١٣) وارث عند الموت^(١٤)، وهما إيجابان

(١) قوله: "ملزم بنفسه" فيه تلويح إلى رد قول زفر، وهو أن الإقرار باطلاً؛ لأن إقرار المريض بمنزلة التملك،
ولهذا لا يصح للوارث، ووجه ذلك أن الإقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية.
(٤)

(٢) امرأة.

(٣) قوله: "ولا يبطل بالدين" أي لا يبطل الإقرار بسبب الدين يعني أن الدين لا يمنع صحة الإقرار، سواء كان
الإقرار في الصحة، أو في المرض إلا أن الثاني، وهو الإقرار الواقع في المرض مؤخر عندنا عن الإقرار الواقع في الصحة
حتى إن المال يصرف إلى ما أقر به في حالة الصحة، فإن فضل منه شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض، وإلا فلا،
وعند أبي ليلى الإقراران يستويان، وهو مذهب الشافعي. (غن)

(٤) فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت. (غن)

(٥) امرأة.

(٦) الموت.

(٧) بالحديث. (غن)

(٨) قوله: "فهي كالمضاف إلخ" فإن قيل: يشكل بها إذا وهب المريض في مرض موته جاريتة لرجل، فإنه يحل
للموهوب له وطبها، ولا يحل للموصي له ذلك، قلنا: حل الوطئ مبنی على الملك، والملك يثبت للموهوب له بالقبض،
ولكن على عرضة الانتقاض لظهور الدين عند الموت، وذلك لا يمنع حل الوطئ، كما في الاستحقاق، والرد بالعب. (ك)

(٩) قوله: "ألا ترى أنها تبطل إلخ" فإن من وهب عبداً في مرض موته لأجنبي، وهو جميع ماله، وسلمه له صح
ذلك، وصار ملكاً للموهوب له، ثم إذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقاً للورثة في الكل حقاً للغرماء،
وصارت الهبة كالمعلق بالموت، فصار حكمها حكم الوصية. (غن)

(١٠) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(١١) فقبضه. (غن)

(١٢) في المسألة الأولى.

(١٣) ابن.

(١٤) لإسلامه.

عنده^(١)، أو بعده^(٢)، والإقرار وإن^(٣) كان ملزماً بنفسه، ولكن سبب الإرث، وهو البتة قائم وقت الإقرار، فيعتبر في إرث تهمة الإيثار^(٤). بخلاف ما تقدم^(٥)؛ لأن سبب الإرث الزوجية، وهي طارئة^(٦) حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار^(٧)، وهي نصرانية، ثم أسلمت قبل موته^(٩) لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره^(١٠)، وكذا لو كان الابن عبداً^(١١)، أو مكاتباً فأعتق؛ لما ذكرنا^(١٢).
وذكر في كتاب الإقرار^(١٣) إن لم يكن عليه^(١٤) دين يصح^(١٥)؛ لأنه^(١٦) أقر لمولاه وهو^(١٧) أجنبي، وإن كان عليه دين^(١٨) لا يصح؛ لأنه إقرار له، وهو ابنه، والوصية

(١) قوله: "وهما إيجابان عنده [موت]" هذا بالنظر إلى أن الإيصاء تملك مضاف إلى زمان زوال الأهلية، وهو زمان الموت على ما روى عن الشافعي، أو بعده هذا بالنظر إلى أن التركة مبقاة على ملك الميت بعد الموت، فالإيصاء تملك على سبيل الاستخلاف، فلا بد من بطلان أهلية الأصل، كما هو مذهبنا. (مل)

(٢) موت.

(٣) الواو وصلية.

(٤) أي إيثار هذا الابن على الورثة الآخر.

(٥) أي ما إذا أقر لأجنبية، ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار. (غن)

(٦) لم تكن وقت الإقرار.

(٧) أي إقرار المريض لها بدين.

(٨) الواو حالية.

(٩) المقر.

(١٠) أي صدور الإقرار.

(١١) قوله: "وكذا لو كان الابن إلخ" أي يبطل الإقرار والوصية والهبة، كما لو كان نصرانياً، فأسلم قبل موت

الأب. (ك)

(١٢) قوله: "لما ذكرنا" مراد المصنف بقوله: وكذا لو كان الابن عبداً، أو مكاتباً، فأعتق؛ لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسائل أيضاً لدليل ذكرنا في المسألة السابقة، ومراد بقوله: وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله: قال: والمقصد إلخ بيان أن في صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً، وكذا في صورة الهبة، وأما في صورة الوصية، فلا رواية للصحة أصلاً. (نتائج الأفكار)

(١٣) من "المبسوط".

(١٤) العبد.

(١٥) الإقرار.

(١٦) المقر.

(١٧) المولى.

(١٨) قوله: "وإن كان عليه [العبد] إلخ" أي إن كان على العبد دين لم يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون للعبد، وهو

ابنه، فلا يصح الإقرار؛ لأن المولى لا يملك ما في يده، وإن لم يكن على العبد دين يصح الإقرار؛ لأن الإقرار يكون لمولاه، ومولاه أجنبي، فيصح الإقرار له، وهذا لأن المولى ملك ما في يده. (غن)

باطلة؛ لما ذكرنا^(١) أن المعتبر فيها وقت الموت .

وأما الهبة، فيروى أنها تصح؛ لأنها تمليك في الحال، وهو رقيق^(٢)، وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية، فلا تصح .

قال^(٣): **والمُقْعَد^(٤) والمفلوج^(٥) والأشل والمسلول إذا تناول ذلك^(٦)**،

ولم يخف منه الموت^(٧)، فهبته من جميع المال؛ لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه^(٨)، ولهذا لا يشتغل بالتداوى، ولو صار صاحب فراش بعد ذلك، فهو^(٩) كمرض حادث .

وإن وهب عند ما أصابه ذلك، ومات^(١٠) من أيامه، فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش^(١١)؛ لأنه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون مرض الموت، والله أعلم .

(١) قوله: "لما ذكرنا أن إلخ" فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والابن ح، وارث، ولا وصية للوارث. (٤)

(٢) في الحال، أي في وقت الهبة.

(٣) أي في "الجامع الصغير". (غن)

(٤) قوله: "والمقعد [هو من لا يقدر على القيام. غن]" مقعد قعاد زده وبر جائئ مانده وقعاد بيماريست كه صاحب خود را فروشاند. (من)

(٥) قوله: "والمفلوج إلخ" الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقي البدن، وسلامة الشق الآخر، والشلل فساد في اليد يقال: شلت يده فشل، ورجل أشل، والسل عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها، كذا ذكروا في كتب الطب، وتفسير المطرزي أن المسلول الذي سَلَّتْ أثنياءه أي نزعته خصيته، لا يناسب هذا الموضع؛ لأن الكلام فيما إذا تناول المرض، ولم يخف منه الموت، والذي نزعته خصيته بعد تناول الزمان لا يسمى مريضاً أصلاً. (غن)

(٦) قوله: "إذا تناول ذلك إلخ" ومدة التناول مقدرة بالسنة، والمراد من الخوف الغالب منه، لا نفس الخوف. (ك)

(٧) أي صار بحال لا يخاف منه الموت.

(٨) قوله: "صار [يعنى يخرج من أن يكون مرض الموت] طبعاً [فحكّمه حكم الأصحاء، فيعتبر تصرفه من ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. غن] إلخ" لأن المغير لحكم التصرف مرض الموت، وهو ما يكون سبباً للموت غالباً، وإنما يكون كذلك إذا كان بحال يزداد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت، فأما إذا استحكّم وصار بحيث لا يزداد، ولا يخاف منه الموت، فلا يكون سبباً للموت كالعمى ونحوه، وإنما يكون في حكم المرض في أول ما أصابه ذلك إذا صار صاحب فراش، وصاحب الدق والسل قبل أن يصير صاحب فراش لا يكون في حكم المريض؛ لأن الإنسان قلما يخلو عن قليل مرض، فما دام يخرج في حوائجه بنفسه، ولم يصير صاحب فراش لا يعد مريضاً عند الناس، كذا ذكره الإمام قاضي خان. (ك)

(٩) فيعتبر تصرفه لثلث. (٤)

(١٠) أي الفالج والسل وأمثالهما.

(١١) قوله: "إذا صار إلخ" أي إن صار صاحب فراش في أول ما حدثت تلك العلة، ومات في أيامه ذلك، فحكّمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال، ولا يصح إقراره للوارث. (غن)

باب العتق في مرض الموت^(١)

قال^(٢): "ومن أعتق في مرضه عبداً، أو باع، أو حابي، أو ذهب، فذلك كله جائز، وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا^(٣)."

وفي بعض النسخ^(٤): "فهو وصية مكان قوله: جائز، والمراد الاعتبار من الثلث^(٥)، والضرب مع أصحاب الوصايا، لا حقيقة الوصية؛ لأنها إيجاب^(٦) بعد الموت، وهذا منجز غير مضاف^(٧)، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة^(٨)."

وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان^(٩)، والكفالة في حكم الوصية^(١٠)؛ لأنه يُتَّهم فيه^(١١) كما في الهبة، وكل ما أوجبه^(١٢) بعد الموت، فهو من الثلث^(١٣) وإن^(١٤) أوجبه^(١٥) في حال صحته؛ اعتباراً بحالة الإضافة دون حالة العقد،

(١) قوله: "باب العتق إلخ" لما كان الإعتاق في المرض في معنى الوصية؛ لوقوعه تبرعاً في زمان تعلق حق الورثة، ذكره في كتاب الوصايا، ولكن أخر ذكره عما هو صريح في الوصية؛ لكون الصريح، هو الأصل في الدلالة. (غن)

(٢) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "ويضرب به إلخ" أي يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثة، وهو العبد المعتق في مرض الموت، والمشتري من المريض الذي باع بالمحاباة، والموهوب له مع أصحاب الوصايا، والمراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا يستحقون الثلث لا غير، وليس المراد أنهم يتساوون أصحاب الوصايا؛ لأن العتق المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث. (غن)

(٤) أي نسخ "مختصر القدوري".

(٥) قوله: "والمراد إلخ" أي المراد من قوله: وصية اعتباراً للعتق الواقع في المرض، أو بيع المحاباة الواقع فيه، أو الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من الثلث، وليس مراده أن كل واحد من الأشياء المذكورة وقع وصية حقيقة؛ لأن حقيقة الوصية إيجاب تملك مضاف إلى ما بعد الموت، وليس كل واحد منها بهذه المثابة، بل وقع منجزاً، ولكن لما كان حكم كل واحد منها حكم الوصية باعتبار الثلث سماه وصية. (غن)

(٦) تطوعاً.

(٧) إلى الموت.

(٨) بالمال.

(٩) قوله: "كالضمان والكفالة" غير بينهما بعطف؛ لأن الضمان أعم من الكفالة، فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لأجنبي: خال امرأتك على ألف على أي ضامن، وكذلك لو قال: بع هذا العبد بألف على أي ضامن لك بخمس مائة من الثمن سوى الألف، فإن بدل الخلع يكون على الأجنبي، لا على المرأة، والخمس مائة على الضامن دون المشتري. (٤)

(١٠) فيعتبر من الثلث. (غن)

(١١) قوله: "لأنه يُتَّهم فيه" أي لأنه متهم في إيجابه على نفسه في ذمته، كما بينهم في الهبة. (غن)

(١٢) أي أضافه إلى الموت.

(١٣) قوله: "فهو من الثلث" لأنه علقه بحال تعلق الورثة فيه بالمال، فكان المعتبر فيه حال الإضافة، لا حال

الإيجاب. (غن)

وما نَفَّذَه من التصرف^(١).

فالمعتبر فيه حالة العقد^(٢)، فإن كان صحيحاً^(٣)، فهو من جميع المال^(٤) وإن^(٥) كان مريضاً، فمن الثلث، وكل مرض^(٦) صح منه، فهو كحال الصحة؛ لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله.

قال^(٧): وإن حابى^(٨)، ثم أعتق، وضاق الثلث عنهما، فالمحاباة أولى^(٩) عند

أبي حنيفة، وإن أعتق، ثم حابى، فهما^(١٠) سواء، وقال^(١١): العتق أولى في المسألتين.

والأصل^(١٢) فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث^(١٣)، فكل من

(١٤) الواو وصلية.

(١٥) أى وإن كان الإيجاب واقعا في الصحة. (عن)

(١) كالإعتاق والهبة، أى لم يصفه إلى بعد الموت (غن)

(٢) أى حالة عقد التصرف. (غن)

(٣) حال العقد.

(٤) أى يعتبر تصرفه من جميع المال.

(٥) الواو وصلية.

(٦) قوله: "وكل مرض إلخ" أى كل مرض صح منه، وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف الأصحاء؛ لأنه لما برئ

من مرضه تبين أنه لم يكن مرضه سبب الحجر عن تصرفه حيث لم يكن حق أحد متعلقا بماله. (غن)

(٧) القدورى فى "مختصره". (غن)

(٨) قوله: "وإن حابى [أى باع بعين فاحش] إلخ" صورته رجل باع فى مرضه عبداً يساوى ألفين من رجل بألف،

وأعتق عبداً يساوى ألفاً، ولا مال له سواهما، فالمحاباة أولى، وإن ابتداء بالعتق تحاصفاً فيه عند أبي حنيفة، ففى الأول

يسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شىء إلا أن العتق لا يمكن رده، فيسعى العبد فى قيمته للورثة، وفى الثانية:

يتحصان فى مقدار الثلث، وقال: العتق أولى سواء قدم المحاباة أو أخره، فيعتق العبد مجاناً؛ لأن قيمته بقدر الثلث، ويخير

المشتري إن شاء نقض البيع، ورد العبد؛ لما لزمه من الزيادة فى الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد، وأدى كمال

قيمة العبد ألفى درهم. (٤)

(٩) قوله: "فالمحاباة أولى إلخ" إن كانت المحاباة قبل العتق بدئاً بالمحاباة قبل العتق، وإن كان العتق قبل المحاباة تحاصفاً

جميعاً صاحب المحاباة والعتق، فإن لم يبق شىء بعدهما بطل ما بقى من الوصايا، وإن بقى من الثلث شىء فصاروا فيه

على قدر وصاياهم. (مختصر كرخى)

(١٠) أى تحاصفاً. (عن)

(١١) قوله: "وقال: إلخ" قال أبو يوسف ومحمد: يبدأ بالعتق قبل المحاباة، قدم العتق أو أخره، فإن لم يبق شىء من

الثلث، بطلت الوصية الباقية، وإن بقى من الثلث شىء تضارب أهل الوصايا الباقية على قدر وصاياهم، وكان لكل منهم

قدر ما يخص وصية من ذلك. (غن)

(١٢) أى الأمر الكلى.

(١٣) مثل أن يوصى بالريم والسدس. (غن)

أصحابها يضرب بجميع وصيته^(١) في الثلث^(٢) لا يقدم البعض على البعض إلا العتق^(٣) الموقع في المرض^(٤)، والعتق المعلق بموت الموصى^(٥) كالتدبير الصحيح^(٦).
 والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض؛ لأن الوصايا قد تساوت، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق.
 وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً^(٧)؛ لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى، وغيره يلحقه^(٨)، وكذلك المحابة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى.
 وإذا قدم ذلك^(٩)، فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيه^(١٠) من سواهما^(١١) من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض.
 لهما في الخلافية^(١٢) أن العتق أقوى^(١٣)؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، والمحابة

(١) أى بقدر نصيبه.

(٢) فيكون الثلث بينهم. (غن)

(٣) قوله: "إلا [مستثنى من قوله: لا يقدم. ع] العتق [أى العتق المنفذ. ك] إلخ" فإنه يبدأ بكل ذلك قبل كل

وصية، ثم يتضارب أهل الوصايا بعد ذلك، فما بقي من الثلث يكون بينهم على قدر وصاياهم. (غن)

(٤) قوله: "الموقع في المرض" أى المنجز لا المفوض إلى إعتاق الورثة مثل أن يقول: أعتقوا، ويوصى بعتقه بعد

موته. (ع)

(٥) قوله: "والعتق المعلق إلخ" والوجه فيه أن ما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ، فهو في

المعنى أسبق مما يحتاج إلى التنفيذ، والترجيح يقع بالسبق، وتوضيحه أن العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق الديون، فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وههنا بنفس الموت يصير مستوفياً حقه، والدين مقدم، فكذا ما فى

معناه. (ك)

(٦) قوله: "كالتدبير الصحيح" إنما قيد التدبير بالصحيح؛ لأنه إذا لم يكن صحيحاً كما إذا قال مثلاً: هو حر بعد

موتى بيوم، أو شهر لا يكون مقدماً على سائر الوصايا، بل هو، وسائر الوصايا سواء، والتدبير الصحيح مثل أن يقول الرجل لمملوكه: أنت حر بعد موتى، أو أنت حر إذا مت، أو إن مت، أو إن حدث بي حدث، فهذا كله واحد، وهو

مدبر. (غن)

(٧) أى العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصى.

(٨) قوله: "وغيره يلحقه" أى غير العتق الذى ذكرناه يلحقه الفسخ، والذى ذكره هو العتق الموقع في المرض،

والعتق المعلق بموت الموصى، وهو التدبير الصحيح، وأراد بغير ذلك سائر الوصايا بمال. (غن)

(٩) أى العتق المذكور والمحابة.

(١٠) أى فى ما بقى من الثلث. (عن)

(١١) أى من سوى العتق المذكور، والذى حابى له. (عن)

(١٢) قوله: "فى الخلافية [وهى الذى قدم فيه المحابة على العتق. ع]" قال صاحب "العناية" فى بيان الخلافية:

وهى التى قدم فيها المحابة على العتق، وتبعه العيني، أقول: هذا شرح فاسد، فإن الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسألتين المذكورتين، والدليل المذكور من قبلهما، والدليل المذكور من قبله متمشيان فى تينك المسألتين، فالصواب فى

بيانها أن يقال: وهى التى اجتمع فيها العتق، والمحابة سواء قدم العتق على المحابة، أو قدمت المحابة على العتق. (نتائج)

يلحقها^(١)، ولا معتبر^(٢) بالتقديم في الذكر؛ لأنه^(٣) لا يوجب التقدم في الثبوت^(٤).

وله أن المحاباة أقوى^(٥)؛ لأنها تثبت في ضمن عقد^(٦) المعاوضة^(٧)، فكان تبرعا بمعناه، لا بصيغته^(٨)، والإعتاق تبرع^(٩) صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة^(١٠) أولا دفع الأضعف^(١١)، وإذا وجد العتق أولا وثبت، وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة^(١٢).

وعلى هذا^(١٣) قال أبو حنيفة: إذا حابى، ثم أعتق، ثم حابى قسم الثلث^(١٤) بين المحاباتين نصفين لتساويهما^(١٥)، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة^(١٦) قسم بينها وبين

(١٣) من المحاباة.

(١) الفسخ من جهة المشتري.

(٢) أى لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر. (غن)

(٣) أى لأن التقديم في الذكر.

(٤) قوله: "لأنه لا يوجب التقدم إلخ" لأن زمان التقرر بعد الموت، والكل يتقرر معا. (كف)

قوله: "لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت" ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل، ولا عبرة للبداية، فكذلك ههنا. (٤)

(٥) من العتق، فكان بالتقديم أولى. (غن)

(٦) بيع.

(٧) وبالحجر لا يلحقه الحجر عن المعاوضة. (٤)

(٨) قوله: "لا بصيغته إلخ" يعنى أن صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع، ولكن التبرع حصل من حيث المعنى من حيث إيثار بعض المال حيث باع بغن فاحش، بخلاف الإعتاق، فإنه تبرع صيغة ومعنى؛ لأنه إيثار محض ليس في مقابلته إيثار المال، فكان المحاباة أقوى. (غن)

(٩) لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة، وبالمرض يلحقه الحجر عنه. (٤)

(١٠) قوله: "فإذا وجدت إلخ" فإن قيل: العتق لا يلحقه الفسخ، والمحاباة يلحقها الفسخ، فكان العتق أولى، قيل: المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت، ومن جهة الورثة، فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها، وإنما يصح فسخها من جهة المشتري، فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تأكدها، فأما وقوع الفسخ من جهة المشتري، فلا اعتبار؛ لأن المحاباة ما وقعت عن قبل المشتري، وهو الموصلة، بل من قبل الموصى، وليس له الفسخ. (غن)

(١١) أى العتق.

(١٢) فهما سواء.

(١٣) أى على الأصل الذى ذكر من جهة أبى حنيفة.

(١٤) قوله: "قسم الثلث إلخ" فإن قيل: ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى عنده؛ لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق، والمحاباة الأولى راجحة على العتق، والمساوى للمرجوح مرجوح، وكذا في المسألة الثانية ينبغي أن لا يشارك العتق الثانى العتق الأول عنده؛ لأن العتق الأول يساوى المحاباة، وهى راجحة على العتق الثانى، والمساوى للراجع راجح، ترجح العتق على العتق، والمحاباة على المحاباة لا يجوز بالإجماع إذا لم يكن الغير متخللا، وكذا إذا تخلل الغير. (ك)

العتق^(١)؛ لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق، ثم حابى، ثم أعتق قسم الثلث^(٢) بين العتق الأول والمحابة نصفين، وما أصاب^(٣) العتق^(٤) قسم بينه وبين العتق الثاني^(٥)، وعندهما العتق أولى بكل حال.

قال^(٦): ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة^(٧) عبد، فهلك منها درهم لم يعتق^(٨) عنه بما بقى عند أبي حنيفة، وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ، وإن لم يهلك منها^(٩)، وبقي^(١٠) شيء من الحجة يرد على الورثة^(١١). وقالوا: يعتق عنه بما بقى؛ لأنه وصية بنوع قرية^(١٢)، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية^(١٣) بالحج.

وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه^(١٤) تنفيذ

(١٥) في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة. (٤)

(١٦) قوله: "ثم ما أصاب إلخ" أى ما أصاب المحابة الأخيرة من نصف الثلث، قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها؛ لأنه حصل له الاستواء مع المحابة لتقدمه عليها. (غاية البيان)

(١) قوله: "قسم بينها إلخ" فيه بحث، وهو أن يقال: المحابة مساوية للمحابة، المحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عنها، فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها، وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة، والجواب أن شرط الإنتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته، وقياس المساواة ليس كذلك على ما عرف في موضعه. (٤)

(٢) قوله: "قسم الثلث [أى نصفين؛ لأن العتق لما تقدمها زاحمها. عن] إلخ" فإن قلت: لم لم يقسم بين العتق والعتق، ثم ما أصاب العتق الثاني يقسم بين العتق الثاني والمحابة.

قلت: لا؛ لأن المحابة متقدمة على العتق الثاني، فلا يكون مساوياً لها، والعتق الأول مقدم على المحابة، فيزاحمها في الثلث، ثم ما أصاب العتق الأول يشاركه فيه العتق الآخر للمجانسة، والمساواة بينهما. (عناية)

(٣) أى نصف الثلث. (غن)

(٤) الأول.

(٥) لتجانسهما. (غن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٧) قوله: "بهذه المائة [أى يشتري بهذه المائة عبد، ويعتق ذلك العبد عن الموصى]" وكان المائة ثلث المال، أو أقل من الثلث، وأما إذا كان ثلث ماله أقل من مائة، فإنه لا يشتري، وبطلت الوصية فى قول أبي حنيفة، وفى قولهما: يشتري عبد بثلث ماله ويعتق. (مل)

(٨) العبد.

(٩) مائة.

(١٠) أى فضل شيء.

(١١) قوله: "يرد [الباقى أى الفضل] على الورثة" إلا أن يكون الموصى جعل الفضل للذى حج عنه، فيكون له. (٤)

(١٢) أى التقرب إلى الله تعالى.

(١٣) قوله: "بالوصية" أى ما إذا أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة، فهلك درهم يحج عنه بما بقى. (غن)

لغير الموصى له^(١)، وذلك لا يجوز.

بخلاف الوصية بالحج؛ لأنها قريبة محضة هي حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار^(٢) كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يدفع الباقي إليه. وقيل^(٣): هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى، فلم يتبدل المستحق^(٤). وعندة حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق، وهذا أشبه^(٥).

قال^(٦): ومن ترك ابنين ومائة درهم، وعبدًا قيمته مائة درهم، وقد كان أعتقه في مرضه، فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء؛ لأن العتق^(٧) في مرض الموت وإن^(٨) كان في حكم الوصية، وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها^(٩) تجوز بإجازة الورثة؛ لأن الامتناع لحقهم، وقد أسقطوه.

قال^(١٠): ومن أوصى بعتق عبده، ثم مات، فجنى جناية^(١١)، ودفع بها^(١٢)

(١٤) أى من المائة.

(١) قوله: "لغير الموصى [فتبدل المستحق] له [وفى نسخة: به]" أى لغير من أوصى له الموصى، فإن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة. (غن)

(٢) أى الوصية بالحج.

(٣) القائل فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الجامع الصغير".

(٤) فلم يكن العبد موصى له، بل الموصى له صاحب الشرع وهو لم يتبدل. (غن)

(٥) قوله: "وهذا أشبه" يعنى إلى الصواب؛ لأنه يثبت بالدليل أنه حق العبد عنده، فيختلف المستحق إذا هلك منه شيء، ويظل الوصية، ويرد المائة إلى الورثة. (عناية)

قوله: "وهذا أشبه" أى كون هذا الخلاف فى عتق النسمة بناء على أن العتق حق الله تعالى، أو حق المملوك هو أشبه بالصواب. (غن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٧) أى الإعتاق.

(٨) الواو وصلية.

(٩) أى أن الوصية بأكثر من الثلث.

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١١) قوله: "فجنى جناية" اعلم أن العبد إذا جنى جناية خطأ، فحكمه الدفع أو الفداء، ثم هذا العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جناية بعد موت الموصى كانت الورثة بالخيار إن شاعوا دفعوه بالجناية، وإشاعوا فدوه، فإن ودفعوا بطلت الوصية؛ لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيًا، فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته، وهو الموصى له. (غاية البيان)

(١٢) أى بالجناية.

بطلت الوصية؛ لأن الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى،
فكذلك^(١) على حق الموصى له؛ لأنه يتلقى الملك من جهته^(٢) إلا^(٣) أن ملكه^(٤) فيه
باقٍ.

وإنما يزول^(٥) بالدفع، فإذا خرج به^(٦) عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه
الموصى، أو وارثه^(٧) بعد موته، فإن فداه الورثة كان الفداء فى مالهم^(٨)؛ لأنهم
هم^(٩) الذين التزموه، وجازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم
يجن، فتنفذ الوصية.

قال^(١٠): ومن أوصى بثلث ماله لآخر، فأقر الموصى له، والوارث أن الميت
أعتق هذا العبد، فقال الموصى له: أعتقه فى الصحة^(١١)، وقال الوارث: أعتقه فى
المرض^(١٢)، فالقول قول الوارث، ولا شىء^(١٣) للموصى له إلا أن يفضل من
الثلث^(١٤) شىء^(١٥)، أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة؛ لأن الموصى له يدعى
استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق؛ لأن العتق فى الصحة ليس بوصية.

(١) فيكون ولى الجناية مقدماً عليه أيضاً.

(٢) الموصى.

(٣) قوله: "إلا" استثناء من قوله: لما أن حق ولى الجناية مقدم. (غن)

قوله: "إلا أن ملكه" أى ملك الموصى فيه باقى لحاجته حتى لو كمال العبد ذا رحم محرم من الورثة لا يعتق؛ لما بينا أن
ملك الميت فى حاجته، وهذا لأن ملك الورثة ملك خلافة، فلا يثبت ما لم يستغن الأصل منه، وهذا جواب إشكال، وهو
أن يقال: لما كان حق ولى الجناية مقدماً على حق الموصى، والموصى له ينبغى أن تبطل الوصية قبل الدفع، والجواب عنه أن
ملك الموصى فيه باقى ما لم يدفع به، وبقاء الوصية باعتبار بقاء ملك الموصى، فإذا دفع زال ملكه، فيبطل الوصية. (ك)

(٤) الموصى.

(٥) الملك.

(٦) أى بالدفع. (٤)

(٧) أى بسبب الدين. (٤)

(٨) أى فى مال الورثة.

(٩) أى كانوا متبرعين فيما فداوا به. (٤)

(١٠) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١١) فلنا ثلث ما بقى من التركة بعد العتق.

(١٢) ففأذ العتق مقدم على وصيتك.

(١٣) بثلث المال.

(١٤) أى على قيمة العبد.

(١٥) فللموصى له الفاضل.

ولهذا ينفذ^(١) من جميع المال، والوارث ينكره؛ لأن مدعاه العتق في المرض، وهو وصية، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال^(٢)، فكان منكراً^(٣)، والقول قول المنكر مع اليمين^(٤)، ولأن العتق حادث، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات^(٥) للتيقن بها، فكان الظاهر شاهداً للوارث، فيكون القول قوله مع اليمين. إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد؛ لأنه لا مزاحم له فيه^(٦)، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة^(٧)؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة، وهو خصم^(٨) في إقامتها لإثبات حقه.

قال^(٩): ومن ترك عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصحة، وقال رجل: لي على أبيك ألف درهم، فقال^(١٠): صدقتما، فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة.

وقالا: يعتق ولا يسعى في شيء؛ لأن الدين، والعتق في الصحة ظهرا^(١١) معاً بتصديق الوارث في كلام واحد^(١٢)، فصاراً^(١٣) كأنهما كانا معاً، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية^(١٤) وإن^(١٥) كان على المعتق دين.

(١) أى العتق في الصحة.

(٢) لقوته؛ لأنه لا يتحمل الرد والنقض. (غن)

(٣) ففرضه أن لا شيء للموصى له. (غن)

(٤) قوله: "والقول قول الخ" فإذا كان القول قول الورثة، كان الثلث مستحقاً بالعتق، فإن فضل شيء منه إلى تمام

الثلث، فهو للموصى له، وإن لم يفضل، فلا شيء للموصى له. (غن)

(٥) قوله: "والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات" إذا جهل التاريخ، وأقرب الأوقات حال المرض، فيضاف العتق

الحادث إليه لتيقن الأقرب ما لم يتبين أنه من قبل. (غن)

(٦) أى فى الفاضل.

(٧) قوله: "أن العتق فى الصحة" أى لم يكن وصية، فحيث ثلث المال للموصى له. (غن)

(٨) قوله: "وهو خصم الخ" جواب عن إشكال على قول أبى حنيفة، فإن العتق عنده حق العبد، فلا بد من

الخصومة والدعوى حتى يقبل البينة، ولم يوجد الدعوى من العبد، فينبغي أن لا تقبل البينة على العتق، والجواب عنه أن

البينة إنما وجدت من الخصم، فإن الموصى له بهذه البينة يثبت لنفسه حقاً، فيكون خصماً، والبينة مقبولة من الخصم. (ك)

(٩) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١٠) الوارث.

(١١) فاستويا. (غن)

(١٢) أى قول الوارث: صدقتما. (ع)

(١٣) أى العتق فى الصحة والدين.

(١٤) قوله: "لا يوجب السعاية الخ" لأن من أعتق عبداً فى صحته، ثم مات، وعليه دين لم يسم العبد له فى شيء،

وله أن الإقرار^(١) بالدين أقوى؛ لأنه يعتبر من جميع المال، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى، فقضيته^(٢) أن يبطل العتق أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان، فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية.
ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع له من الإسناد، فيسند إلى حالة الصحة^(٣)، ولا يمكن إسناد العتق^(٤) إلى تلك الحالة^(٥)؛ لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً، فتجب السعاية.

وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل، وترك ألف درهم، فقال رجل: لى على الميت ألف درهم دين، وقال الآخر: كان لى عنده ألف درهم وديعة^(٦)، فعنده^(٧) الوديعة أقوى^(٨)، وعندهما^(٩) هما سواء^(١٠).

فهذا مثله، وهذا لأن الإقرار بهذين الأمرين في حالة المرض إنما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخراً عن الآخر، فيمنع المتقدم المتأخر، وههنا لما حصل ما تصديق واحد يجعل كان الأمرين كانا ثبتا بالبينة، فيثبتان معاً كذلك. (ك)
(١٥) الواو وصلية.

(١) قوله: "وله أن إلخ" أى لأبى حنيفة وجهان: أحدهما: أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، فدفع الأقوى الأضعف، والدليل على ذلك أن إقرار الدين يصح من رأس المال، لا من الثلث فحسب، وإنه لا يعتبر وصية من المريض، والإقرار بالعتق من المريض يصح من الثلث لا غير، وإسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يكن المانع من الإسناد، وقد وجد المانع، وهو شغل الدين، فإنه منع الإسناد إلى حال الصحة، فاقتصر العتق إلى حالة المرض، فعلى هذا كان ينبغي أن يبطل العتق أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ، فيفسخ من حيث المعنى بإيجاب السعاية على العبد، ويقضى به الدين، ولا يفسخ من حيث الصورة، ولأن الدين أسبق؛ لأنه لا مانع من إسناد الدين إلى حالة الصحة؛ لأن الإقرار يصح من رأس المال من الصحيح والمريض جميعاً، وإسناد العتق إلى حالة الصحة لا يمكن؛ لأن الدين يمنع أن يقع العتق مجاناً، فلا جرم وجبت السعاية عليه، وإقرار الوارث بمنزلة إقرار المريض، ولو أن المريض أقر في مرضه أنه أعتق هذا العبد في صحته، وأقر بدين كان الدين أولى، فكذا إذا أقر الوارث. (غن)
(٢) الدفع.

(٣) قوله: "فيسند إلخ" فذلك يثبت الدين من كل وجه، ويثبت العتق من حيث الصورة، لا من حيث المعنى، وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت، ولو قال العبد لمولاه المريض: أعتقتى فى صحبتك، وقال رجل آخر: لى عليك ألف درهم دين، فقال المريض: صدقتما، عتق العبد، ويسعى فى قيمته للغريم، كذلك ههنا. (٤)

(٤) قوله: "ولا يمكن إسناد إلخ" وهذا لأن العتق لم يظهر إلا ومعه الدين، وأنه يمنع ظهور العتق مجاناً فى المرض، وإسناد العتق إلى حالة الصحة يكون بعد ثبوته، فصار الدين مانعاً إسناد العتق إلى الصحة، فبقى العتق مقصوراً. (ك)
(٥) أى حالة الصحة.

(٦) فقال الوارث: صدقتما.

(٧) قوله: "فعنده إلخ" هذا من المسامحات، فإن الكبار القدماء ذكروا الخلاف على العكس، فالحاكم فى "مختصر الكافى"، والفقهاء أبو الليث السمرقندى فى "كتاب مختلف الرواية"، والقدرورى فى "كتاب التقريب"، وفخر الإسلام فى "شرح الجامع الصغير"، والصدر الشهيد فى "شرح الجامع الصغير"، والإمام نجم الدين أبو جعفر عمر النسفى فى "كتاب الحصر" وغيرهم قالوا: إن عندهما الوديعة أقوى، وعنده هما سواء، والتفصيل فى "غاية البيان".
(مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقد)

فصل (١)

قال (٢): "ومن أوصى (٣) بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض (٤) منها قدمها الموصى، أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات؛ لأن الفريضة أهم من النافلة، والظاهر منه (٥) البداية بما هو الأهم.

فإن تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث؛ لأن الظاهر أنه يتبدى بالأهم.

وذكر الطحاوي أنه يتبدى بالزكاة، ويقدمها على الحج، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وفي رواية عنه أنه يقدم الحج (٦)، وهو قول محمد (٧) وجه الأولى أنهما (٨) وإن (٩) استويا في الفريضة، فالزكاة تعلق بها حق العباد (١٠)، فكان أولى.

(٨) قوله: "أقوى" فإن صاحب الدين يدعى حقاً في الذمة انتقل إلى العين، وصاحب الوديعة يدعى العين، فإذا قال: صدقتما، فقد سبق حق صاحب الوديعة إلى العين قبل ثبوت حق صاحب الدين فيه، فكان أولى به. (غن)

(٩) فالألف بينهما نصفان. (غن)

(١٠) قوله: "هما [وديعة ودين] سواء" فإن صاحب الدين لما ادعى الدين، فقد ادعى حقاً في الذمة منقولاً إلى العين، وصار مدعيها للعين، وصاحب الوديعة يدعى العين أيضاً، فإذا كان كذلك، فكل واحد منهما يدعى العين، وصدقهما الوارث فيه، فصارا مستويين في الحق في ذلك العين، فكان بينهما. (غن)

(١) قوله: "فصل" قيل: قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوته؛ لأن العتق لا يلحقه الفسخ. (غن)

(٢) أي القدوري. (عنى)

(٣) قوله: "ومن أوصى إلخ" اعلم أن من مات وعليه حق الله تعالى من صلاة، أو صيام، أو زكاة، أو حج، أو كفارة، أو نذر، أو صدقة فطر، فيما أن يوصى بها، أو لا، فإن كان الثاني لم يؤخذ من تركته، ويخير الورثة على إخراجها لكن لهم أن يترعوا بذلك، وإن كان الأول ينفذ من ثلث ماله عندنا. (ع)

(٤) قوله: "قدمت الفرائض إلخ" الوصايا لا تخلو إما أن يكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد، وما كان لله تعالى، فلا يخلو إما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة، أو كله واجبات كالكفارات والنذر وصدقة الفطر، أو كله تطوعاً كالوصية بحج التطوع، والصدقة على الفقراء، وما أشبهها، فإن جمع بين هذه الوصايا كلها، فإن كان ثلث ماله يحتمل جميع ما أوصى به، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل ذلك إن أجازت الورثة الوصية، فكذلك وإن لم تجز الورثة، فإنه ينظر إن كان كلها فرائض، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت، وإن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات، وبعضها تطوعات، فإنه يبدأ بالفرائض، أو لا، وإن آخرها، ثم بالواجبات، ثم بالتطوع. (ك)

(٥) الموصى.

(٦) على الزكاة.

(٧) قوله: "وهو قول محمد" لعل المصنف وجد رواية، وإلا فالقدوري في "شرح مختصر الكرخي"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وشمس الأئمة البيهقي في "الكفاية"، وصاحب "التحفة"، والشیخ أبو نصر في "شرح الأقطم" جعلوا قول محمد تقديم الزكاة على الحج، كذا في "غاية البيان". (مولانا محمد عبد الحليم نور الله مرقدته)

(٨) الزكاة والحج.

وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال والنفس، والزكاة^(١) بالمال قصرًا عليه، فكان الحج أقوى، ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة؛ إذ قد جاء فيهما من الوعيد^(٢) ما لم يأت في الكفارة*، والكفارة في القتل^(٣) والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأنه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر^(٤)، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها، والاختلاف في الأضحية^(٥)، وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض^(٦).

قال: وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي^(٧)؛ لما بينا^(٨)، وصار كما إذا صرح بذلك^(٩)، قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا^(١٠) ما كان لله تعالى، وما

(٩) الواو وصليّة.

(١٠) فإن الفقير حقه في القبض ثابت، فكان ممتزجًا بحقين.

(١) تقام.

(٢) قوله: "من الوعيد إلخ" كقوله تعالى: ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباب آليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾، وقال الله تعالى: ﴿والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ومن كفر فإن الله غنى عن العالمين﴾ أي من لم يحج، وروى عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه قال: «من مات ولم يحج فيميت يهودياً أو نصرانياً». (غن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٨، والدراية ج ٢ ص ٢٩١ تحت الحديث ١٠٥٩. (نعيم)

(٣) خطأ.

(٤) فإن وجوبها بالسنة.

(٥) فإنها واجبة على قول أبي حنيفة، وسنة على قولهما والشافعي.

(٦) قوله: "يقدم بعض إلخ" فمن ذلك أن صدقة الفطر مقدمة على النذر؛ لأن صدقة الفطر وجبت بإيجاب الله تعالى، فيقدم على الواجب بإيجاب العبد، والنذر والكفارات كلها مقدمة على الأضحية؛ لأن الأضحية اختلفوا في وجوبها، ولم يختلفوا في وجوب النذر، والأضحية مقدمة على النوافل، ثم كفارة القتل مقدمة على غيرها؛ لأن كفارة القتل أقوى، ألا ترى أن الإسلام شرط في ذلك، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار؛ لأن كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه، فكانت كفارة اليمين أقوى. (ك)

(٧) قوله: "قدم منه إلخ" بأن أوصى بأن يحج عنه تطوعاً، أو أوصى بأن يعتق عنه نسمة تطوعاً، ولم يعينها، وأوصى بأن يتصدق عنه بمائة على الفقراء، لا بأعيانهم، فإنه يبدأ بما بدا به الميت، وإنما كان كذلك؛ لأن الموصي له في هذه الصورة واحد، وهو الله تعالى؛ لأن الوصية بالحج صحت، وكذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى، لا للعبد؛ لأن العبد إذا لم يكن بعينه كان مجهولاً، والوصية للمجهول لا تصح، فثبت أن الموصي له واحد، والمقصود واحد، وهو التقرب إلى الله تعالى. (ك)

(٨) إشارة إلى قوله: لأن الظاهر أنه يتندى بالأهم.

(٩) قوله: "كما إذا صرح بذلك [أي بالتقديم. غن]" وهو أن يقول: أبدأ بما بدأت، هذا هو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالأفضل، فالأفضل يبدأ بالصدقة، ثم بالحج، ثم بالعتق، سواء بدأ بالصدقة أم غيرها. (ك)

كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه^(١)، ويقسم على عدد القرب^(٢)، ولا يجعل الجميع كوصية واحدة؛ لأنه إن كان المقصود بجمعها رضا الله تعالى، فكل واحد في نفسها مقصود، فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين^(٣).

قال^(٤): ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج ركباً؛ لأن الواجب^(٥) لله تعالى الحج من بلده، ولهذا يعتبر^(٦) فيه^(٧) من المال ما يكفيه من بلده، والوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما قال: ركباً؛ لأنه لا يلزمه^(٨) أن يحج ماشياً، فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه، قال^(٩): فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ^(١٠).

. وفي القياس لا يحج عنه؛ لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أننا جوزناه؛ لأننا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية^(١١)، فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه^(١٢)، وهو أولى من إبطالها^(١٣) رأساً، وقد فرقنا^(١٤) بين هذا،

(١٠) قوله: "يقسم إلخ" أي إذا مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى حق الآدمي، فالموصى له يضرب مع الوصايا في القرب. (غن)
(١) آنفاً.

(٢) قوله: "ويقسم على إلخ" فيجعل كل جهة من جهات القرية مفردة، ولا يجعل جهة واحدة نحو أن يقول: ثلث مالي في الحج، والزكاة، والكفارات، ولزيد يقسم على أربعة أسهم؛ لأن كل جهة من هذه غير أخرى، والمقصود وإن كان متحداً، وهو القرابة، ولكن تعتبر الجهة المسماة؛ لأن الجهة هي المنصوص عليها، وهو كما إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، يصرف لكل جهة سهم وإن كان المقصود من الجميم القرية. (ك)

(٣) قوله: "كما ينفرد وصايا إلخ" فإن الجميع منها، وإن كان المقصود به القرية إذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل، لكن يجعل لكل واحد سهم على حدة، فكذا هذا. (ع)

(٤) أي القدر في "مختصرة". (غن).

(٥) على الموصى.

(٦) لأنه يشترط من الزاد والراحلة ما يكفيه من بلده.

(٧) أي في وجوب الحج.

(٨) وإنما وجب عليه إذا قدر على الراحلة. (غن)

(٩) أي القدر في "مختصرة".

(١٠) الوصية.

(١١) للثواب.

(١٢) أي من حيث تبلغ النفقة.

(١٣) الوصية.

وبين الوصية بالعتق من قبل .

قال ^(١) : "ومن خرج من بلده حاجاً ^(٢) ، فمات في الطريق ، وأوصى أن يحج عنه ^(٣) يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر .

وقال أبو يوسف ومحمد ^(٤) : يحج عنه من حيث ^(٥) بلغ استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق .

لهما أن السفر ^(٦) بنية الحج وقع قربة ، وسقط فرض قطع المسافة بقدره ^(٧) ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدأ من ذلك المكان ^(٨) كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ^(٩) ؛ لأنه لم يقع قربة ، فيحج عنه من بلده .

وله أن الوصية تنصرف إلى الحج ^(١٠) من بلده على ما قررناه ^(١١) أداءً للواجب

(١٤) قوله: "وقد فرقنا بين هذا إلخ" والفرق وقع على قول أبي حنيفة، وهو ما ذكر قبل هذا الفصل في قوله: وله أنه وصية بعنق عبد يشتري بمائة، وتنفيذها في من يشتري بأقل منه تنفيذاً لغير الموصى له إلى آخره. (ك)

(١) أي القدوري في "مختصره". (غن)

(٢) قيد بقوله: حاجاً؛ لأنه لو خرج للتجارة، فإنه يحج عنه من بلده بالاتفاق.

(٣) قياساً.

(٤) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن، فأما إذا لم يكن له وطن، فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق. (٤)

(٥) أي من مكان بلغ فيه، ومات هناك.

(٦) قوله: "لهما أن السفر إلخ" مدفوع بقوله عليه السلام: كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا بثلاثة، فإن الخروج ليس منه، ورد بأن المكفر إذا أطعم بعض المساكين، ومات فأوصى وجب الإكمال بما بقى بالاتفاق، ولم ينقطع ما أطعمه بالموت، ذكره في "الأسرار"، فما جواب أبي حنيفة عن ذلك، فهو جوابنا عن الحج، وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الأول لو بدا له في أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى في بعض الطريق، وفوض الأمر إلى غيره برضا الموصى لم يجز، ولزمه رد ما أنفق، وأما الإطعام، فإنه يقبل التجزئ حتى إن المأمور بالإطعام إذا أطعم البعض، ثم ترك، وأمر به غيره، فإنه يجزيه، كذا في "الأسرار"، وهذا ليس بدافع؛ لأن الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع إلا أن يقال: التجزئ في الإطعام مستند إلى الكتاب، فإنه لم يشترط فيه التسابع أصلاً، والكتاب أقوى، وإن كان دلالة، فعمل به، والحج لم يكن فيه دليل أقوى. (٤)

(٧) أي بقدر سفره.

(٨) أي من مكان مات.

(٩) بيان لفائدة قيد حاجاً.

(١٠) قوله: "تنصرف إلخ" فإنه لما مات قبل إتمام العمل، صار خروجه بغير الحج، ولو أنه خرج لغير الحج كما إذا خرج تاجراً، فمات في بعض الطريق، يحج من منزله، فكذلك ههنا، وهذا لأن الخروج بعد الموت قبل أداء الحج انقطع، فالفسخ بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا عن ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته»، والخروج للحج ليس من الثلاث. (غن)

(١١) قوله: "ما قررناه" أراد به قوله قبل هذا: ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج ركباً؛

على الوجه الذى وجب، والله أعلم.

باب الوصية للأقارب وغيرهم^(١)

قال^(٢): "ومن أوصى لجيرانه^(٣)، فهم الملاصقون^(٤) عند أبي حنيفة، وقالوا:

هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى، ويجمعهم مسجد المحلة. وهذا استحسان، وقوله: قياس؛ لأن الجار من المجاورة، وهى الملاصقة حقيقة، ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه^(٥) إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق.

وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم^(٦) يسمون جيراناً عرفاً، وقد تأيد بقوله ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد»^(٧)، وفسره بكل من سمع النداء^(٨)، ولأن المقصد^(٩) بر الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره، إلا أنه لا بد من الاختلاط، وذلك عند اتحاد المسجد^(١٠).

وما قاله الشافعى: الجوار إلى أربعين داراً^(١١) بعيداً، وما يروى فيه^(١٢)

لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده إلخ. (ك)

(١) قوله: "باب الوصية إلخ" لما كان هذا الباب مشتملاً على الوصايا بالقوم المخصوصين، أخره ذكراً عن الأبواب المقدمة لقلة فائدته؛ لأن ما تقدم لا يختص قوماً دون قوم، فكان لعموم فائدة تقديمه ذكراً أولى. (غاية البيان)

(٢) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٣) قوله: "ومن أوصى لجيرانه إلخ" كان حق الكلام أن يقدم وصية الأقارب نظراً إلى ترجمة الباب، ويجوز أن يقال: الواو لا تدل على الترتيب. (عناية)

(٤) من داره (عن)، قربت الأبواب أو بعدت. (غن)

(٥) قوله: "لما تعذر صرفه إلخ" يعنى لعدم دخول جار المحلة، وجار القرية، وجار الأرض صرف إلى أخص الخصوص، وهو الملاصق. (٤)

(٦) قوله: "أن هؤلاء [أى من يجمعهم المسجد] إلخ" يعنى أن الموصى قصد به من يخالطه ويقرب منه، وفى هذا المعنى يستوى الملاصق وغيره؛ لأن كل واحد ممن جمعهم مسجد واحد يسمى صاحبه جاراً عرفاً، فوجب حمل الاسم عليه. (غن)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤١٢، والدراية ج ٢ ص ٢٩٣، الحديث ١٠٦٠. (نعيم)

(٧) رواه الدارقطنى عن أبى هريرة. (ت)

(٨) قوله: "وفسره إلخ" [أى على رضى الله عنه. تاج الشريعة] روى البيهقى فى "المعرفة" عن على أنه قال: "لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد، قيل: ومن جار المسجد قال: من أسمعه المنادى". (ت)

(٩) أى مقصد الموصى من الوصية لهم.

(١٠) قوله: "عند اتحاد المسجد" قيل: حتى لو كان فى المحلة مسجداً صغيران متقاربان، فالجميع جيران. (٤)

(١١) من الجوانب الأربع.

ضعيف^(١).*

قالوا: ويستوى فيه^(٢) الساكن والمالك، والذكور والأنثى، والمسلم والذمي^(٣)؛ لأن اسم الجار يتناولهم، ويدخل فيه^(٤) العبد الساكن عنده^(٥) لإطلاقه^(٦)، ولا يدخل عندهما^(٧)؛ لأن الوصية له وصية لمولاه، وهو^(٨) غير ساكن.

قال^(٩): ومن أوصى لأصهاره، فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته؛ لما روى أن النبي عليه السلام لما تزوج صفية^(١٠) أعتق كل من ملك من ذى رحم محرم منها إكراماً لها، وكانوا يُسمون أصهار النبي عليه السلام^(١١)، وهذا التفسير^(١٢)

(١٢) قوله: "وما يروى فيه إلخ" أخرج البيهقي عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «أوصاني جبرئيل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من ههنا وعشرة من ههنا وعشرة من ههنا» انتهى، وقال: فى إسناده ضعف. (ت) (١) قد طعن فى روايته.

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤١٣، والدراية ج ٢ ص ٢٩٣ تحت الحديث ١٠٦٠. (نعيم)

(٢) الجار.

(٣) قوله: "والذمي" أقول: ينبغى على قول محمد: أن لا يدخل الذمي؛ لأن المسجد لا يجمعه إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماع الأذان. (٤)

(٤) أى فى الجار.

(٥) الإمام.

(٦) قوله: "لإطلاقه [الجار]" أى لإطلاق اسم الجار على المملوك وغيره. (غن)

(٧) قوله: "ولا يدخل عندهما إلخ" وفى "الزيادات" و"المحيط": ولا يدخل فيه العبيد، والإماء، والمدبرون، وأسماء الأولاد؛ لأنهم لا جوار لهم؛ لأنهم أتباع فى السكنى من غير ذكر خلاف، والأرملة تدخل؛ لأن سكنائها مضاف إليها، والتى هى ذات بعل لا تدخل؛ لأن سكنائها غير مضاف إليها، فلم تكن جاراً حقيقة. (ك)

(٨) المولى.

(٩) أى القدرى فى "مختصره". (غن)

(١٠) قوله: "لما تزوج صفية إلخ" هذا من مسامحات صاحب "الهداية"، والصواب جويرية، وكان اسمها برة، فسماها عليه السلام جويرية؛ لأنه يكره أن يقال: خرج من بيت برة، وقصتها إن جويرة بنت الحارث من بنى المصطلق وقعت فى سهم ثابت بن قيس، فكاتبها على ما لا طاقة لها به، فأدى رسول الله ﷺ لما جاءت سائلة فى كتابتها، وتزوجها فتسامع الناس أنه ﷺ قد تزوج جويرية، فأرسلوا ما بأيديهم يعنى من السبي، فأعتقوهم، وقالوا: أصهار رسول الله، قالت عائشة: فما رأينا امرأة كانت أعظم بركة على قومها من جويرية أعتق فى سببها مائة أهل بيت من بنى المصطلق، كذا رواه أبو داود فى "سننه" عن عائشة وغيره. (مولانا محمد عبد الحلیم نوره الله مرقده)

(١١) قوله: "وكانوا يُسمون إلخ" قال فى "الصحاح": الأصهار أهل بيت المرأة، وقال فى "مجمل اللغة": قال الخليل: لا يقال: لأهل بيت المرأة إلا الأصهار، وقال فخر الإسلام البيزدوى فى "شرح الزيادات": أما الصهر فقد يطلق على الختن، لكن الغالب ما ذكره محمد. (غن)

** راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤١٤، والدراية ج ٢ ص ٢٩٤، الحديث ١٠٦١. (نعيم)

اختيار محمد وأبى عبيدة .

وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه، وزوجة ابنه، وزوجة كل ذى رحم محرم منه؛ لأن الكل أصهار .

ولو مات الموصى^(١) والمرأة فى نكاحه، أو فى عدته من طلاق رجعى، فالصهر يستحق الوصية، وإن كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها^(٢)؛ لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح، وهو شرط عند الموت .

قال^(٣): ومن أوصى لأختانه، فالوصية^(٤) لزوج كل ذات رحم محرم منه^(٥)، وكذا محارم الأزواج؛ لأن الكل يسمى ختنًا .

قيل: هذا فى عرفهم^(٦)، وفى عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم^(٧)، ويستوى فيه الحر والعبد، والأقرب والأبعد؛ لأن اللفظ يتناول الكل .

قال^(٨): ومن أوصى لأقاربه^(٩)، فهى للأقرب، فالأقرب^(١٠) من كل ذى رحم

(١٢) قوله: "وهذا التفسير إلخ" إنما قيد بهذا التفسير؛ لأن الصهر يعنى فى اللغة بمعنى الختن أيضاً، وقول محمد حجة فى اللغة المستشهد بقوله: أبو عبيد القاسم بن سلام - بتشديد اللام - فى "غريب الحديث". (غن)

(١) قوله: "ولو مات الموصى إلخ" قال فخر الإسلام: ومن شرط بقاء هذا الاسم أن يموت الموصى، وهن نساء، أو فى عدة منه من طلاق رجعى، فأما بعد البيونة، فينقطع المصاهرة، وإنما يعتبر يوم الموت يعنى أن المرأة إذا كانت معتدة منه من طلاق رجعى يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر، وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها لانقطاع المصاهرة بالإبانة، وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة. (غن)

(٢) مهر، الوصية يعنى وإن ورثت منه بأن يكون الطلاق فى المرض. (٤)

(٣) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فالوصية لزوج إلخ" يعنى أن الأختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والأخت والعمة والحالة، وعلى غيرها، وعلى محارم الأزواج، فيكون كل ذى رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والأنثى، ومحارم الأزواج كلهم فى قسمة الثلث بينهم سواء. (٤)

(٥) قوله: "كل ذات إلخ" كل امرأة ذات رحم محرم للموصى، فزوجها من أختانه، وكل ذى رحم محرم من زوجها من ذكر، أو أنثى، فهو أيضاً من أختانه، وقال محمد فى "إملاءه": إذا قال: قد أوصيت لأختانى بثلاث مالى، فأختانه أزواج كل ذات رحم محرم منه، وكل ذى رحم محرم من الزوج، فهؤلاء أختانه، فإن كانت له بنت، وبنت أخت، وخالة، ولكل واحد منهن زوج، ولزوج كل واحدة منهن أرحام، فكلهم جميعاً أختانه. (مختصر كرخى)

(٦) أهل الكوفة.

(٧) لا محارم الأزواج.

(٨) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

(٩) قوله: "ومن أوصى إلخ" حاصله أن عبيد أبى حنيفة فى هذه المسألة ستة أشياء: أحدهما: أن يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم من الموصى، والثانى: أن ذلك لا يتفاوت من قبل الآباء والأمهات، والثالث: يجب أن يكون ممن لا يرثه، والرابع: أن يقدم الأقرب فالأقرب، والخامس: أن يكون المستحق اثنين فصاعداً، والسادس: أن لا يدخل فيه الوالد

محرم منه، ولا يدخل فيه الولدان والولد^(١)، ويكون ذلك للثنتين^(٢) فصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال صاحباها: الوصية لكل من ينسب^(٣) إلى أقصى أب له في الإسلام، وهو أول أب أسلم، أو أول أب أدرك الإسلام، وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ.

وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب^(٤)، فإنه أدرك الإسلام، ولم يسلم.

لهما أن القريب مشتق من القرابة، فيكون^(٥) اسماً لمن قامت به، فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف^(٦).

وله أن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث يعتبر^(٧) الأقرب فالأقرب، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان، فكذا في الوصية، والمقصد من هذه الوصية^(٨) تلافى ما فرط^(٩) في إقامة واجب الصلة، وهو يختص بذى الرحم المحرم منه.

ولا يدخل فيه قرابة الولاد^(١٠)، فإنهم لا يسمون أقرباء، ومن سمى والده^(١١)

والولد، ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية، روى الحسن عن أبي حنيفة وهلال عن أبي يوسف أنه لا يدخل. (ك)

(١٠) من جهة الأب أو الأم. (٤)

(١) ذكر أو أنثى. (غن)

(٢) والذكر والأنثى سواء.

(٣) قوله: "لكل من ينسب إلخ" أى لجميع أهل قرابته من قبل الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام من الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم، والأبعد والذكر والأنثى فيه سواء. (غن)

(٤) قول: "تظهر في أولاد إلخ" يعنى أن الموصى إذا كان علويًا، فعلى القول الأول: أقصى الأب على رضى الله عنه، فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر، وعلى القول الثانى: أقصى الأب أبو طالب؛ لأنه أدرك الإسلام وإن لم يسلم، فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر. (٤)

(٥) القريب.

(٦) أى غير ذوى المحارم، وهى ذوى الرحم غير المحرم والرحم الأبعد. (غن)

(٧) كما فى العصباء وذوى الأرحام. (غن)

(٨) قوله: "والمقصد من إلخ" وإنما اعتبر أبو حنيفة كل ذى رحم محرم؛ لأن الله تعالى أمر بصلة الرحم، ونهى عن قطعها، والحق الوعيد الشديد لمن سعى فى قطعيتها، وهو قوله تعالى: ﴿إِن تَفْسَدُوا فِي الْأَرْضِ نَقُطِعُوا أَرْحَامَكُمْ وَأُولَئِكَ الَّذِينَ لَعَنَهُمُ اللَّهُ﴾، فإذا كان مأموراً بصلة الرحم، فالظاهر أنه قصد بالوصية صلة الرحم، فانصرفت الرصية إلى من وجب عليه صلته، وإنما يجب عليه صلة الرحم المحرم، ولا يجب عليه صلة غيرهم، ألا ترى أنه لا يجب نفقتهم إذا كانوا معسرين، ويجب عليه نفقة ذى الرحم المحرم، قلت: إن الوصية انصرفت إليهم. (غن)

(٩) أى قصر.

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيه إلخ" قال محمد: قال الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى

قريباً كان^(١) منه عقوقاً، وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره، وتقرب الوالد، والولد بنفسه لا بغيره، ولا معتبر بظاهر اللفظ^(٢) بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعنده يقيد بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام^(٣)، وعند الشافعي بالأب الأدنى.

قال^(٤): وإذا أوصى لأقاربه، وله عمان وخالان، فالوصية لعميه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث، وعندهما بينهم^(٥) أرباعاً؛ إذ هما لا يعتبران الأقرب.

ولو ترك عمًا وخالين^(٦)، فللعم نصف الوصية، والنصف للخالين^(٧)؛ لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع^(٨)، وهو الاثنان في الوصية، كما في الميراث.

المقتنين، فأخرج الوالدين من القرابة، فكما يخرج الوالدان بين القرابة، فكذلك يخرج الولد من قرابة الوالد، فلا يسمى قريباً. (غن)

(١١) قوله: "سَمَى إلخ" فإذا لم يكن الوالد قريباً لا يكون الولد قريباً أيضاً؛ لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه. (غن)

(١) أى هذه التسمية.

(٢) قوله: "ولا معتبر إلخ" جواب إشكال على قولهما: وهو أن يقال: إنهم تساوا في سبب الاستحقاق، وهو اسم القرابة، فوجب التساوى في الاستحقاق أصله إذا أوصى لبنى فلان، فأجاب أنه لا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه، فعند أبي حنيفة يقيد بالأقرب فالأقرب من كل ذى رحم محرم منه، وعندهما بأقصى الأب في الإسلام، وعند الشافعي بالأب الأدنى أى يدخل من قرابة الموصى من قبل أبيه وأمه من يجمعه إلى أدنى أب منسوب إليه، ولا يدخل ما وراء الأدنى من قرابته عنده. (ك)

(٣) قوله: "وعندهما بأقصى إلخ" وفى "الميسوط" كان هذا فى زمن محمد؛ لأن فى زمنه ما كان فى أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له كثرة، وأما فى زماننا ففيهم كثرة، ولا يمكن إحصاءهم، فتصرف الوصية إلى أولاد ابنه ووجهه، وجد أبيه وأولاد أمه وجدته ووجهة أمه، ولا يصرف إلى أكثر من ذلك. (ك)

(٤) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٥) عمين وخالين.

(٦) فى قولهما: الثلث بينهم أثلاثاً. (ع)

(٧) قوله: "والنصف للخالين" لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار الجمع فيه، وهو الاثنان فى الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعا، فيأخذ النصف؛ لأنه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليه. (زيلعى)

(٨) قوله: "لأنه لا بد إلخ" يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف، وكذا إذا انفرد كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف أيضاً، واعترض بأن فى هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة وجود المزاحم حيث قيل: إذا كان معه عم آخر كان له النصف، فكذا إذا لم يكن معه عم آخر كان له النصف، فكان للقائل أن يقول: إذا كان عم واحد كان له الثلث؛ لأنه إذا كان معه عمان كان له الثلث، فكذا إذا لم يكن معه غيره، وعلى هذا يقال: يجب له الربع، أو الخمس عند انفراده قياساً على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام، أو أربعة أعمام آخر، وأجيب بأن ذلك غير لازم؛ لأن اعتبار الجمع كلها ساقطة لتعذر، فتعين أدنى ما يستعمل فيه، وهو الاثنان لتيقنه، والعم الواحد نصف الاثنتين،

بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته^(١) حيث يكون للعم كل الوصية؛ لأن اللفظ للفرد، فيُحرز الواحد كلها؛ إذ هو الأقرب، ولو كان^(٢) له عم واحد، فله نصف الثلث^(٣)؛ لما بيناه^(٤).

ولو ترك^(٥) عمًا وعمّةً، وخالا وخالةً، فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما، وهي أقوى^(٦).

والعمة^(٧) وإن^(٨) لم تكن وارثة، فهي مستحقة للوصية، كما كان القريب رقيقا أو كافرًا.

وكذا إذا أوصى لذوي قرابته، أو لأقرباءه، أو لأنسابه^(٩) في جميع ما ذكرنا^(١٠)؛ لأن كل ذلك لفظ جمع، ولو انعدم المحرم^(١١) بطلت الوصية؛ لأنها مقيدة بهذا الوصف^(١٢).

قال^(١٣): ومن أوصى لأهل فلان، فهي على زوجته عند أبي حنيفة، وقالوا:

فيكون له نصف مالهما، فإذا أخذ العم النصف صار كان لم يكن، فيكون الباقي من الثلث للخالين. (عناية)

(١) وكان عم وخالان.

(٢) أي فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٣) قوله: "فله نصف الثلث" ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه في الوصية اثنان، فيكون لكل واحد منهما النصف، فلهذا يعطى له النصف، والنصف الآخر يرد إلى الورثة. (زيلعي)

(٤) إنه لا بد من اعتبار معنى الجمع.

(٥) فيما إذا أوصى لأقاربه.

(٦) من قرابة الخال والخالة. (٤)

(٧) قوله: "والعمة إلخ" جواب عما يقال: العمة لا تستحق العسوبة، فلم تكن قرابتها أقرب، ووجهها أنها مستحقة للوصية، ومساواتها للعم لا تستحق العسوبة، وعدم استحقاقها العسوبة بوصف قام بها، وهي الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق؛ أو الكافر لما أن حرمان الميراث بوصف قام بها، لا يضعف القرابة. (مل)

(٨) الواو وصلية.

(٩) أي أقرباءه، جمع النسيب كالأنصباء جمع النصيب. (غن)

(١٠) قوله: "في جميع ما ذكرنا" يعني يشترط فيه شرائط عند أبي حنيفة، وقد مر ذلك، وعندهما لا يشترط الرحم المحرم، ولا الأقرب فالأقرب. (٤)

(١١) قوله: "ولو انعدم المحرم إلخ" يعني إن لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم في هذه المسائل، فالوصية باطلة عند أبي حنيفة؛ لأن عنده لذي الرحم المحرم، فإذا لم يكن للموصى ذو الرحم المحرم كانت الوصية للمعدوم، والوصية للمعدوم باطلة. (تاج الشريعة)

(١٢) قوله: "لأنها مقيدة بهذا الوصف" لأن غرضه الصلة لأقرباءه، وما كان بطريق الصلة يختص بذى الرحم

المحرم كالنفقة. (ك)

يتناول كل من ^(١) يعولهم ^(٢)، وتضمهم نفقته اعتباراً للعرف، وهو مؤيد بالنص، قال الله تعالى ^(٣): ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾.

وله أن اسم الأهل حقيقة ^(٤) في الزوجة يشهد بذلك ^(٥) قوله تعالى: ﴿وسار بأهله﴾، ومنه قولهم: تأهل ^(٦) ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة.

ولو أوصى لآل فلان، فهو لأهل بيته؛ لأن الآل القبيلة ^(٧) التي ينسب إليها، ولو أوصى لأهل بيت فلان، يدخل فيه أبوه وجدته ^(٨)؛ لأن الأب أصل البيت.

ولو أوصى لأهل نسبه، أو لجنسه، فالنسب عبارة عمن ينسب إليه، والنسب

(١٣) قوله: "قال [أى المصنف. عني]" هذا لم يقع مناسبا؛ لأن عادة المصنف أن يذكر لفظ قال، إذا كان المسألة مسألة القدوري، أو الجامع الصغير، أو كانت مذكورة في "البداية"، وهذه مع ما بعدها إلى قوله: ومن أوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة في "مختصر الكرخي". (عن)

(١) قوله: "يتناول [لكن لا يدخل تحت هذه الوصية مماليكه، وإن كان يضمهم بنفقته] كل من [من الأحرار. غن] إلخ" الزوجة واليتيم في حجره، والولد إذا كان يعوله، وأما إذا كان كبيراً، وقد اعتزل عنه، أو كانت بنتاً قد تزوجت، فليس من أهله إنما أهله من ضمته نفقة، وهى فى عياله إلا أن المالك لا يدخلون؛ لأنهم خدام الأهل تبع لهم، ولا يقال: للممالك أهل المولى أيضاً، ولو كان له أهل ببلدتين دخلوا جميعاً. (غن)

(٢) عول: نفقة دادن عيال را. (م)

(٣) قوله: "قال الله تعالى" أى فى قصة يوسف ﴿وَأَتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾، ولم يرد الزوجة خاصة، فيحمل على الكل. (غاية البيان)

(٤) فلا يصار إلى غيرها مع إمكان العمل بها. (٤)

(٥) قوله: "يشهد بذلك إلخ" فيه نظر؛ لأنه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة؛ لأنه تعالى قال: ﴿فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله أنس من جانب الطور نارا﴾ ﴿قال لأهله امكثوا﴾، ألا ترى أنه مخاطبهم بخطاب الجمع، والآية فى سورة القصص، وكذلك خطبه فى سورة طه، فقال: ﴿هل أتاك حديث موسى إذ رأى نارا فقال لأهله امكثوا﴾ الآية، والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقرباءه وأقاربها من يضمهم نفقته على أن الحقائق لا يستدل عليها؛ لأن طريق معرفتها السماع، كما عرف فى الأصول، وإنما استشهد بالآية تبرعاً، فإن ثبت أن ما فى الآية ليس على معنى الحقيقة، فلا ينافى مطلوبه، كذا فى "العناية" وغيرها. (مل)

(٦) أى تزوج. (غن)

(٧) قوله: "لأن الآل القبيلة إلخ" فيدخل فيه كل من ينسب إليه من أبيه إلى أقصى أب له فى الإسلام الأقرب والأبعد، والذكر والأنثى، والمسلم والذمي، والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات، ولا أحد من قرابة أمه؛ لأنهم لا ينسبون إلى أمهم، وإنما ينسبون إلى آباءهم، فكانوا من جنس آخر من أهل بيت آخر؛ لأن البيت يعتبر من الآباء. (زيلعي)

(٨) قوله: "يدخل فيه إلخ" قال شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافي": "إذا أوصى لأهل بيته، فإن كان الموصى من أولاد العباس، فكل من كانت نسبته إلى العباس من قبل الأب دخل فيه، سواء كان ذكراً أو أنثى بعد أن يكونوا منسوبين إليه من قبل الآباء، ومن كانت نسبته من قبل الأم لا يدخل فيه؛ لأنه لا يسمى من أهل بيته، وإنما يسمى من أهل بيت آخرين، وكذا الوصية لجنس فلان، أو محتاجى جنسه؛ لأن الجنس وأهل البيت سواء، قال فخر الإسلام فى "شرح الزيادات": "وكذلك المرأة توصى بجنسها، وأهل بيتها لم يدخل فيه ولدها إلا أن يكونوا من بنى أعمامها. (غن)

يكون من جهة الآباء، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه؛ لأن الإنسان يتجنس بأبيه^(١)، بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الأم والأب.

ولو أوصى لأيتام بنى فلان^(٢)، أو لعميانهم، أو لزمناهم، أو لأراملهم^(٣) إن كانوا قومًا يحصون^(٤)، دخل في الوصية فقراءهم^(٥) وأغنياءهم، ذكورهم وإناثهم؛ لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم.

والوصية تملك وإن كانوا لا يحصون، فالوصية في الفقراء منهم؛ لأن المقصود من الوصية القرية، وهي في سد الخلة^(٦)، وردّ الجوع، وهذه الأسمى تشعر بتحقيق الحاجة^(٧)، فجاز حمله على الفقراء.

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان^(٨) وهم لا يحصون، أو لأيامى بنى فلان^(٩) وهم لا يحصون^(١٠) حيث تبطل الوصية؛ لأنه ليس في اللفظ ما ينبىء عن

(١) قوله: "لأن الإنسان يتجنس بأبيه" لأن الجنس عبارة عن النسب، والنسب إلى الآباء، ألا ترى أن إبراهيم ابن النبي ﷺ كان هاشمياً وإن كان ولد من مارية، وكذلك الخلفاء ولدوا من الإماء جميعاً، إلا ما شذ، وكانوا عباسيين صالحين للخلافة. (عن)

(٢) قوله: "لأيتام إلخ" اليتيم اسم لصغير مات أبوه لقول النبي عليه السلام: «لا يتم بعد الحلم»، ولأن اليتيم عبارة عن الانفراد، يقال: درة يتيمة أى لا نظير لها منفردة، فمن انفرد عن يريه في حال حاجته إلى التربية كان يتيماً، وبعد البلوغ قد استغنى عن يريه لقدترته على القيام بمصالح فيه، فلا يسمى يتيماً. (ك)

(٣) قوله: "أو لأراملهم" فى "التنذيب": يقال: للفقير الذى لا يقدر على شىء من رجل، أو امرأة أرمل، ولا يقال للثى لا زوج لها وعى موسرة: أرملة، وقال الشعبي: الأنوثة ليست بشرط، بل يدخل فيه الذكر والأنثى إلا أن الصحيح ما فسره محمد أن الأرملة هى المرأة البالغة التى كان لها زوج فارقها، أو مات عنها، دخل معها، أو لم يدخل، وقوله: حجة فى اللغة، وقال بعضهم: الأرملة التى لا زوج لها، ولا يشترط أنه كان لها زوج. (ك)

(٤) قوله: "إن كانوا قومًا يحصون إلخ" تفسيره عند أبى يوسف أن يحصوا بغير كتاب وحساب، وقال محمد: إذا كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وقال بعضهم: مفوض إلى رأى القاضى، وعليه الفتوى، والأيسر ما قاله محمد، كذا فى "فتاوى قاضى خان". (ك)

(٥) فالثلث بينهم بالسوية. (عن)

(٦) حاجت. (م)

(٧) قوله: "تشعر بتحقيق إلخ" أما اليتيم والعمى والزمانة فظاهر، وكذا الأرامل؛ لأنها جمع أرملة، وهى المرأة التى مات زوجها، أو فارقها وهى فقيرة. (ك)

(٨) قوله: "لشبان [جمع شاب. م] إلخ" فى "الكفاية" ناقلاً عن "الإيضاح" أن الشبان من خمسة عشر إلى خمسين سنة، والكهل من ثلاثين سنة إلى آخر عمره، والشيوخ ما زاد على خمسين، وفى "العناية" قال محمد: الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل إذا بلغ أربعين، فزاد عليه، وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب يكون شيخاً. (مل)

(٩) قوله: "أو لأيامى" الأيامى التى لا زوج لها، بكرا كانت أو ثيباً، ورجل أيم أيضاً، والفقير فيه ليس بلازم، فلذلك صار اسم الأيامى بمنزلة اسم الشبان فى أنه لا ينبىء عن الحاجة، وفى "الجامع الكبير": "والأيم اسم لكل امرأة جومت

الحاجة، فلا يمكن صرفه إلى الفقراء، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة، وتعذر الصرف إليهم.

وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر^(١).

ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيه الإناث^(٢) في قول أبي حنيفة أول قوله، وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع، وقال: يتناول الذكور خاصة؛ لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز، والكلام لحقيقته.

بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة، أو فخذ^(٣) حيث يتناول الذكور والإناث^(٤)؛ لأنه ليس يراد بها أعيانهم؛ إذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم، ولهذا يدخل فيه^(٥) مولى العتاقة والمؤالات وحلفاءهم.

قال^(٦): ومن أوصى لولد فلان، فالوصية بينهم، والذكور والأنثى فيه

بنكاح جائز، أو فاسد، أو لعجز لا زوج لها، غنية كانت أو فقيرة، صغيرة كانت أو بالغة، كذا فسرهم محمد، وقيل: إن الأنوثة ليست بشرط، والجماع ليس بشرط، والصحيح ما فسرهم محمد، كما ذكرنا. (ك)

(١٠) قوله: "وهم لا يحصون إلخ" فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون، كان الحكم كما تقدم في دخول الغنى والفقير، هل يدخل الذكر والأنثى في الأيامي دخوله في الأرامل أم لا؟ قال الكرخي: يدخل؛ لأن الأيم هي التي لا زوج لها، بكرًا كانت أو ثيبًا، ويقال: رجل أيم أيضًا، وقال محمد: الأيم هي البنت خاصة، وقول المصنف: محتمل، والظاهر دخوله؛ لأنه ترك اعتماداً على ما ذكره في الأرامل. (٦)

(١) عن قريب في هذا الباب.

(٢) قوله: "يدخل [الذكر والأنثى فيه سواء. غن] فيه إلخ" وإنما يدخل الإناث تحت هذه الوصية فيما إذا اختلط الذكور والإناث، وأما إذا انفرد الإناث، فلا شيء لهن بالاتفاق. (ك)

(٣) قوله: "أو فخذ [فخذ گروه برادران وتبار مرد كه كم از بطن باشد. عن]" الفخذ من العشائر أقل من البطن، وبيانه فيما قال صاحب "الكشاف": الشعب الطبقة الأولى من الطبقات الست التي عليها العرب، وهي الشعب، والقبيلة، والعمارة، والبطن، والفخذ، والفصيلة، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمارة، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأخاذ، والفخذ يجمع الفصائل خزيمه شعب، كنانة قبيلة، قريش عمارة، وقصى بطن، وهاشم فخذ، والعباس فصيلة، وسميت الشعوب؛ لأن القبائل تشعب منها. (غن)

(٤) قوله: "حيث يتناول إلخ" هذا إذا كانوا يحصون، أما إذا كانوا لا يحصون، فالوصية باطلّة، كذا في "المبسوط". (ك)

(٥) قوله: "ولهذا يدخل فيه إلخ" ذكر في "الجامع الكبير" شمس الأئمة: وإن كان في بنى فلان موالى عتاقة، وموالى أسلموا على أيديهم، ووالهم وفقراء موالى موالى وحليف لهم وعديدهم يدخلون جميعاً في الوصية يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقراءهم، والحليف اسم من يأتي قبيلة، فيحلف لهم ويحلفون لهم على التناصر، والعديد من يعد نفسه منهم، وهم عدواً ذلك له من غير حلف، وإنما دخل الكل، لكن الإيجاب ههنا تعلق بالنسبة إلى القبيلة، وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم بهذه الأسباب. (كفاية)

(٦) أى القدرى في "مختصره".

سواء^(١)؛ لأن اسم الولد ينتظم الكل^(٢) انتظاماً واحداً^(٣).

ومن أوصى لورثة فلان^(٤)، فالوصية^(٥) بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما نصّ على لفظ الورثة أذن ذلك بأن قصده التفضيل، كما في الميراث.
ومن أوصى^(٦) لمواليه^(٧)، وله موالٍ أعتقهم، وموالٍ أعتقوه، فالوصية باطلة^(٨).

وقال الشافعي في بعض كتبه: إن الوصية لهم جميعاً، وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى تصالحوا^(٩).

(١) قوله: "سواء" أي في القسمة والاستحقاق حتى لو كانوا ذكورا أو إناثا يقسم بينهم بالسوية، ولو كان الكل إناثاً دخل تحت الوصية؛ لأن الوصية حصلت باسم الولد، واسم الولد يطلق على الإناث حالة الانفراد، كما يطلق على الذكور، ثم في مسألتنا إن لم يكن لفلان إلا ولد واحد، كان الثلث كله له، بخلاف ما لو أوصى لأولاد فلان، وله ولد واحد، فيانه يستحق النصف، ووجه الفرق بينهما أن الأولاد جمع، وأقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، فكان للواحد النصف، كما لو أوصى لأقرباءه، ولو عم واحد كان له النصف، وأما الولد، فليس باسم جمع، وإنما هو اسم جنس، ومطلق اسم الجنس يطلق على أدنى ما يطلق عليه الاسم، كما لو حلف لا يشرب الماء، ولا يتزوج النساء حيث يحث بشرب قطرة، ونكاح واحدة، وإذا أوصى لأولاد فلان، وليس لفلان أولاد صلبية، يدخل في الوصية أولاد البنين، وهل يدخل أولاد البنات فيه روايتان. (كفاية)

(٢) أي كل واحد من الذكر والأنثى. (غن)

(٣) أي بطريق الحقيقة. (٤)

(٤) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (نت)

(٥) قوله: "فالوصية بينهم للذكر الخ" هذا إذا مات الموصى لورثته، ثم مات الموصى، أما إذا مات الموصى قبل أن يموت الموصى لورثته، فالوصية باطلة. (ك)

(٦) هذه من مسائل "الجامع الكبير" ذكرها تفريغاً على مسألة القدوري. (غن)

(٧) أي لموالي نفسه.

(٨) قوله: "فالوصية باطلة [حتى يبين لأي الفريقين أوصى، ولو مات قبل البيان لا ينفذ وصيته. عن]" وقال الشافعي: مبناه على جواز عموم المشترك، وعدم جوازه، والشافعي يجوز ذلك، فأجاز هذا، وأصحابنا ما جوزوه، وكذلك ههنا، فإن قيل: سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف، فلم قال: الوصية باطلة، أوجب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى 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، وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه، فمندوب، والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب، كما هو المروي عن أبي يوسف لهذا المعنى، أوجب بأنها معارضته بجهة أخرى، وهو أن العرف جار بوصيته ثلث المال للقراء، والغالب في المولى الأسفل الفقير، وفي الأعلى الغناء، والمعروف كالمشروط شرعاً. (٤)

(٩) قوله: "حتى تصالحوا" أي حتى يصطلحوا على أن الثلث بينهما، فإذا اصطلحا على ذلك جازت الوصية، وكان الثلث بين الفريقين، فإن بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان الجهالة؛ إذ لا يدري من المستحق للثلث، فقد زالت الجهالة بالاصطلاح؛ لأن بعضه يصل إلى المستحق، وبعضه إلى غير المستحق برضاء المستحق، فيصح الوصية، وجوابه أن الإيصاء ابتداءً تملك من المجهول، فيلغو، فلا يصير ملكاً لأحد الفريقين، فيسقى الملك على ملك الموصى، وانتقل بموته إلى ورثته، فلا يكون للموالي عليه سبيل وإن اصطلحوا. (غن)

له أن الاسم يتناولهم ؛ لأن كلا منهم يسمى مولى ، فصار كالأخوة^(١) .
ولنا أن الجهة مختلفة^(٢) ؛ لأن أحدهما^(٣) يسمى مولى النعمة ، والآخر^(٤)
منعم عليه ، فصار^(٥) مشتركا^(٦) ، فلا ينتظمهما^(٧) لفظ واحد في موضع
الإثبات^(٨) ، بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالى فلان ، حيث يتناول الأعلى^(٩)
والأسفل^(١٠) ؛ لأنه مقام النفي^(١١) ، ولا تنافى فيه .
ويدخل في هذه الوصية^(١٢) من أعتقه في الصحة والمرض ، ولا يدخل مدبروه
وأمهات أولاده ؛ لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت^(١٣) ، والوصية تضاف إلى حالة
الموت ، فلا بد من تحقق الاسم قبله^(١٤) .
وعن أبي يوسف^(١٥) أنهم يدخلون^(١٦) ؛ لأن سبب^(١٧) الاستحقاق^(١٨) لازم^(١٩) ،

(١) قوله: "فصار كالأخوة" يعني إذا أوصى لإخوة فلان، فإنه يصح، ويدخل فيه الأخ لأب وأم، والأخ لأم والأخ لأب؛ لأن الكل يسمى أبا فلان، فكذا ينبغي أن يدخل ههنا المولى الأعلى والمولى الأسفل؛ لأن كلا منهما يسمى مولى، وهذه رواية عن أبي حنيفة. (ك)

(٢) قوله: "أن الجهة مختلفة" لأن المولى الأعلى منعم، والمولى الأسفل منعم عليه، بخلاف الإخوة لأن اسم الأخ يطلق على كل واحد بمعنى واحد، وهو المتفرع من أصله، فصار الاسم عاما، لا مشتركا. (ك)

(٣) أى المعتق.

(٤) المعتق.

(٥) لفظ المولى.

(٦) إذ لا عموم للمشترك.

(٧) ولا ترجيح للبعض على البعض، فبقى مجهول المراد لا يدري أن المراد أيهما. (غن)

(٨) وأما فى موضع النفي، فللمشترك عموم.

(٩) المعتق.

(١٠) المعتق.

(١١) وللمشترك عموم فى موضع النفي. (عن)

(١٢) أى فيما إذا أوصى لمواليه. (غن)

(١٣) قوله: "لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت" لأن المتوقف على الشيء يعقبه وجودا، والوصية تضاف إلى حالة الموت؛ لأنها أخت الميراث، والميراث كذلك، فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت، ولم يوجد فيهما. (ع)

(١٤) الموت.

(١٥) قوله: "وعن أبي يوسف إلخ" والأصح الأول؛ لأنهم لا ينسبون إليه بالولاء بنفس الاستحقاق، بل بالإحياء

الحاصل بالمعتق، وذلك إما يكون بعد الموت. (ع)

(١٦) أى المدبرون وأمّهات الأولاد.

(١٧) أى التدبير والاستيلاء.

(١٨) أى استحقاق العتق.

ويدخل^(١) فيه^(٢) عبد، قال له مولاه: إن لم أضربك، فأنت حر^(٣)؛ لأن العتق يثبت قبيل الموت^(٤) عند تحقق عجزه^(٥)، ولو كان له موالٍ، وأولاد موالٍ، وموالى موالاة^(٦) يدخل فيها معتقوه وأولادهم^(٧) دون موالى الموالاة. وعن أبى يوسف أنهم يدخلون أيضاً، والكل شركاء؛ لأن الاسم^(٨) يتناولهم على السواء.

ومحمد يقول: الجهة مختلفة فى المعتق الإنعام، وفى الموالى عقد الالتزام، والإعتاق لازم^(٩)، فكان الاسم له أحق، ولا يدخل فيهم موالى الموالى^(١٠)؛ لأنهم موالى غيره حقيقة، بخلاف مواليه^(١١) وأولادهم^(١٢)؛ لأنهم^(١٣) ينسبون إليه^(١٤)

(١٩) أى ثابت مستقر.

(١) بالإجماع.

(٢) أى فى الإيضاء لمواليه. (غن)

(٣) فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته. (غن)

(٤) أى فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقيق عدم الضرب.

(٥) من الضرب.

(٦) أسملوا على يديه ووالوه. (غن)

(٧) قوله: "وأولادهم" وإنما دخلت أولاد الموالى فى الوصية؛ لأنهم مواليه أيضاً بطريق الحقيقة؛ لأن ولاءهم يثبت بإعتاق أوصى إياهم، فكانوا مواليه حقيقة، وولاء أولاد الموالى يثبت أيضاً بعين ذلك الإعتاق، لا بسبب آخر، فكانوا مواليه أيضاً حقيقة، ولهذا لا يجوز نفي أولاد الموالى، ولا يصح أن يقال: ليس هؤلاء موالى له، بخلاف ما إذا أوصى لبنى فلان، ولفلان بنون، وأولادهم تكون الوصية لهم دون أولادهم؛ لأنهم أولاد بطريق المجاز، ولهذا يصح النفي، بأن يقال: ليس هؤلاء ولده. (غن)

(٨) أى المولى.

(٩) قوله: "والإعتاق لازم" هذا جواب إشكال مقدر بأن يقال: لما كان الجهة مختلفة فى العتق، ومولى الموالاة فى أحدهما الإنعام، وفى الآخر عقد التزام كان ينبغى أن يبطل الوصية، فأجاب عنه بذلك يعنى إنما يبطل الوصية إذا لم يوجد الترجيح لأحد الجهتين، وقد وجد؛ لأن الإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ، وولاء الموالاة يحتمل الفسخ، فكان اسم المولى للمعتق أولى من مولى الموالاة. (غن)

(١٠) قوله: "ولا يدخل فيهم إلخ" أى لا يدخل موالى الموالى فى الوصية للموالى؛ لأن موالى الموالى ليسوا موالى الموصى حقيقة، وهو الذى باشر إعتاقه، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسبيب مجازاً؛ لأنه باشر سبب ما هو سبب ولاءهم، وهو إعتاقه للموالى الأولين، ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بأن يقال: هؤلاء ليسوا بمواليه، وإنما هم موالى مواليه، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز. (غن)

(١١) أوصى.

(١٢) أموالى.

(١٣) أى لأن موالى الموصى وأولادهم.

(١٤) أى إلى الموصى.

باعتقاق وجد منه .

وبخلاف ما إذا لم يكن^(١) له موالٍ^(٢)، ولا أولاد الموالى^(٣)؛ لأن اللفظ^(٤) لهم^(٥) مجاز، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة، ولو كان له معتق واحد^(٦) وموالى الموالى، فالنصف لمعتقه، والباقي للورثة^(٧) لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز.

ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه^(٨)؛ لأنهم ليسوا بمواليه^(٩)، لا حقيقة ولا مجاز، وإنما يحرز ميراثهم^(١٠) بالعصوبة، بخلاف^(١١) معتق العبد؛ لأنه ينسب إليه بالولاء، والله أعلم بالصواب.

(١) فتكون الوصية لموالى الموالى.

(٢) أى مولى العتاقة. (ك)

(٣) أى أولاد موالى العتاقة.

(٤) أى لفظ المولى.

(٥) أى لمولى الموالى.

(٦) فيما إذا أوصى لمواليه.

(٧) لا لموالى الموالى.

(٨) قوله: "ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه، أو أبوه" هكذا وجدت في بعض النسخ الصحاح التي يعتمد عليها، ووجد صاحب "غاية البيان" هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم ابنه؛ لأنهم الخ، وأما صاحب "الغاية" و"الكفاية"، فلم يجدا هذه النسخة، ولا تلك، بل وجدا هكذا: ولا يدخل فيه موالٍ أعتقهم؛ لأنهم ليسوا الخ، ثم تعقبا، وقال: هكذا وقع في النسخ، ولكن الصواب: أعتقهم أبوه، أو ابنه، فإن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب، كما لا يخفى، فتدبر. (مولانا محمد عبد الحلیم نور الله مرقدہ)

(٩) قوله: "لأنهم الخ" أى لأن موالى الأب أو الابن لا ينسبون إليه بطريق الحقيقة، ولا بطريق المجاز؛ لأنه لا يباشر ولاءهم، ولا سبب لذلك؛ لأنه لم يعتق من أعتقهم، فلم يكونوا موالى له، لا حقيقة ولا مجازاً، فلم يدخلوا تحت اللفظ. (غن)

(١٠) قوله: "وإنما يحرز الخ" جواب إشكال، وهو أن يقال: الموصى يرث من موالى أبيه، أو ابنه، والإرث بحكم الولاء، وإليه أشار الحديث: «الولاء لحمه كالحمة النسب»، فأجاب بقوله: وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة، لا لانتقال الولاء إليه. (تاج الشريعة)

(١١) قوله: "بخلاف الخ" يرتبط بقوله: ولا يدخل فيه موالٍ قد أعتقهم ابنه يعنى أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالى؛ لأنه مولاة حقيقة، بخلاف موالى الابن؛ لأنهم ليسوا بمواليه أصلاً، ولكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما؛ لأن معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب، والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للموالى، فكذا معتق البعض، فعن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب، وقال: بخلاف معتق المعتق يعنى أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالى إذا لم يكن للموالى ولاء أولادهم؛ لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصى مجازاً، بخلاف معتق الابن، فإنه لا ينسب إليه لا حقيقة، ولا مجازاً. (غن)

قوله: "بخلاف" هكذا وقع في النسخ، لكن ليس هو بصواب وإنما الصواب أن يقال: بخلاف معتق المعتق؛ لأنه ينسب إليه بالولاء. (ك)

باب الوصية بالسكنى^(١) والخدمة والثمره

قال^(٢): وتجاوز الوصية^(٣) بخدمه عبده، وسكنى داره سنين معلومه، وتجاوز بذلك أبدأ؛ لأن المنافع يصح تملكها فى حالة الحياه ببذل^(٤)، وغير بديل^(٥)، فكذا بعد الممات لحاجته^(٦)، كما فى الأعيان.

ويكون^(٧) محبوساً على ملكه فى حق المنفعة^(٨)، حتى يملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وتجاوز^(٩) موقتاً ومؤبداً، كما فى العارية، فإنها^(١٠) تملك على أصلنا. بخلاف الميراث؛ لأنه خلافه^(١١) فيما يملكه المورث، وذلك فى عين تبقى^(١٢)، والمنفعة عرض لا يبقى، وكذا الوصية^(١٣) بغلة^(١٤) العبد والدار؛ لأنه بدل المنفعة،

(١) قوله: "باب الوصية الخ" لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان، شرع فى بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع، وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجوداً، فأخرها عنها وضعاً. (٦)

(٢) أى التدورى فى "مختصره". (غن)

(٣) قوله: "وتجاوز الوصية الخ" وعند ابن أبى ليلى لا يجوز شىء من ذلك موقتاً، ولا غير موقت؛ لأن المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة، فلا يصح تملكها لغيره، ولكننا نقول: إن المنافع تحتل التملك ببذل كما فى الإجارة، وبغير بديل كما فى الإعارة فى حالة الحياه، فكذا بعد الممات لحاجته، كما فى الأعيان، فإن الأعيان يصح تملكها فى حالة الحياه ببذل، وبغير بديل كالبيع والهبة، فكذا بعد الممات يصح تملكها ببذل، بأن أوصى بأن يباع عبده، أو بغير بديل بأن أوصى بعبده لفلان، وهذا لأن الموصى يبقى العين على ملكه حيث يجعله مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته، فإتاما يحدث المنفعة على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف. (ك)

(٤) كما فى الإجارة.

(٥) كما فى العارية.

(٦) الموصى.

(٧) العبد أو الدار.

(٨) لا فى حق الرقبة، فإنها ملك الورثة.

(٩) هذه الوصية.

(١٠) قوله: "فإنها" أى العارية تملك المنافع على أصلنا، وعند الشافعى أباحة المنافع. (ك)

(١١) قوله: "لأنه خلافه الخ" فالإرث لا يجرى فى الخدمة بدون الرقبة؛ لأن الوراثه خلافه، وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث، وهذا يتصور فيما يبقى بوقتين، والمنفعة لا تبقى وقتين، فأما الوصية، فإنها يجب ملك بالمقد كالإجارة والإعارة. (ك)

(١٢) قوله: "وذلك الخ" أى الخلافه تتصور فى عين تبقى، بخلاف إيجاب الملك وإحداثه، فإنه يتصور فيما

لا يبقى. (أعظمى)

(١٣) أى تجوز.

(١٤) "بغلة [محاصل]" الغلة كل ما يجعل من ريع الأرض، أو كراءها، أو أجرة غلام، أو نحو ذلك. (مغرب)

فأخذ حكمها، والمعنى ^(١) يشملهما ^(٢).

قال ^(٣): فإن خرجت ^(٤) رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ^(٥) ليعلمه؛ لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة.

وإن كان لا مال له ^(٦) غيره خدم الورثة يومين ^(٧)، والموصى له يوماً؛ لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين، كما في الوصية في العين، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء؛ لأنه لا يتجزأ، فصرنا إلى المهايأة ^(٨) إيفاء للحقين.

بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث ^(٩) حيث تقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع؛ لأنه يمكن القسمة بالأجزاء، وهو أعدل للتسوية ^(١٠) بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً.

ولو اقتسموا ^(١١) الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً؛ لأن ^(١٢) الحق لهم إلا

(١) وهي حاجة الموصى.

(٢) أى المنفعة والغلة. (٤)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(٤) قوله: "فإن خرجت [أو لم تخرج، ولكن أجازت الورثة] رقبة إلخ" فى "الإيضاح": ينظر إلى الأعيان التى أوصى بها، فإن كان رقبها مقدار الثلث جاز، ولا يعتبر قيمة الخدمة والخدمة والسكنى، وإنما اعتبر الأعيان دون المنافع؛ لأن المقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت، وبقي العين على ملك الوارث صار بمنزلة العين التى لا منفعة لها، فلهدا يعتبر قيمة الرقبة كان الوصية وقعت بالرقبة. (ك)

(٥) أى إلى الموصى له.

(٦) أى للموصى.

(٧) قوله: "خدم الورثة يومين إلخ" أى ابدأ إذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقته، وأما إذا أوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة، وليس له مال غير العبد، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين إلى ثلاث سنين، فإذا مضى ثلاث سنين، تم وصية الموصى له بالخدمة، وإن كان الوصية بخدمة سنة بعينها، ومات قبل دخول تلك السنة إن كان العبد يخرج من ثلث ماله، أو لا يخرج، ولكن أجازت الورثة، فإنه يسلم العبد إلى الموصى له حتى يستوفى وصيته، وإن كان لا يخرج، ولم تجز الورثة، فإن العبد يخدم الموصى له يوماً، والورثة يومين حتى مضى السنة التى عليها، فإذا مضت يسلم العبد للورثة. (ك)

(٨) أى المناوبة من حيث الزمان.

(٩) بأن لا مال له غيرها.

(١٠) قوله: "وهو أعدل إلخ" أى هذا النوع من القسمة أقرب إلى المعادلة؛ لأنه يحصل التسوية بين الموصى له والورثة زماناً وذاتاً، وفي المهايأة يلزم تقدم أحدهما على الآخر زماناً، فلا يصار إليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء، ولكن مع هذا لو تهايتوا فى القسمة من حيث الزمان تجوز أيضاً إلخ. (غن)

(١١) أى الورثة والموصى له.

(١٢) أى لأن المعادلة فى الزمان حقهم، فإذا أسقطوها جاز. (غن)

أن الأول^(١)، وهو الأعدل أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من^(٢) ثلثي الدار، وعن أبي يوسف أن لهم ذلك^(٣)؛ لأنه^(٤) خالص ملكهم^(٥).
وجه الظاهر أن حق الموصى له^(٦) ثابت في سكنى جميع الدار، بأن ظهر للميت مال آخر، وتخرج الدار من الثلث، وكذال له حق المزاحمة فيما في أيديهم^(٧) إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك^(٨)، فَمُنْعُوا^(٩) عنه^(١٠).
قال^(١١): فإن كان مات الموصى له^(١٢)، عاد^(١٣) إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه^(١٤)، فلو انتقل^(١٥) إلى وارث الموصى له استحقها^(١٦) ابتداء^(١٧) من ذلك الموصى من غير مرضاته، وذلك^(١٨) لا يجوز.

ولو مات الموصى له في حياة الموصى بطلت؛ لأن إيجابها^(١٩) تعلق بالموت على

(١) أى قسمة الدار أجزاء. (غن)

(٢) بيان ما.

(٣) البيع.

(٤) أى لأن ما في أيديهم.

(٥) فينفذ بيعهم فيه. (عن)

(٦) بالسكنى. (غن)

(٧) الورثة.

(٨) الحق.

(٩) ورثة.

(١٠) بيع.

(١١) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٢) بعد موت الموصى. (غن)

(١٣) قوله: "عاد" أى الموصى به، وهو خدمة العبد وغلته، وسكنى الدار وغلتها إلى ورثة الموصى، لا إلى ورثة

الموصى له. (غن)

(١٤) الموصى.

(١٥) الحق.

(١٦) المنافع.

(١٧) لما تقدم أن الميراث خلافة. (ع)

(١٨) أى استحقاق الملك من غير مرضاة المالك.

(١٩) قوله: "لأن إيجابها إلخ" أى لأن إيجاب الوصية يكون بعد الموت؛ لأنه متعلق بوجود الموت، فإذا مات

الموصى له لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته. (غن)

ما بيناه من قبل^(١).

ولو أوصى بغلة عبده^(٢)، أو داره، فاستخدمه^(٣) بنفسه، أو سكنها^(٤) بنفسه، قيل^(٥): يجوز ذلك؛ لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود^(٦).
والأصح أنه لا يجوز؛ لأن الغلة دراهم أو دنانير، وقد وجبت الوصية بها^(٧)، وهذا^(٨) استيفاء المنافع، وهما^(٩) متغايران ومتفاوتان في حق الورثة، فإنه لو ظهر^(١٠) دين^(١١) يمكنهم أداءه من الغلة بالاسترداد منه^(١٢) بعد استغلالها، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها^(١٣) بعينها، وليس للموصى له بالخدمة، والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار.

وقال الشافعي: له ذلك؛ لأنه بالوصية ملك المنفعة، فيملك تمليكها من غيره ببديل^(١٤)، أو غير بدل؛ لأنها كالأعيان عنده^(١٥)، بخلاف العارية؛ لأنها إباحة على أصله^(١٦)، وليس بتملك^(١٧).

(١) قوله: "على ما بيناه من قبل" أى فى فصل اعتبار حالة الوصية فى بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية بقوله: بخلاف الوصية؛ لأنها إيجاب عند الموت. (٤)

(٢) قوله: "ولو أوصى إلخ" هذه المسألة مع ما بعدها إلى قوله: قال: ومن أوصى لآخر بثمره بستانه ذكرت تفرعاً على مسألة "المختصر". (غن)

(٣) الموصى له.

(٤) دار.

(٥) القائل: أبو بكر الإسكاف. (غن)

(٦) وهو الانتفاع بالعبد، أو الدار. (ك)

(٧) أى بالدراهم والدنانير.

(٨) أى الاستخدام والسكنى.

(٩) أى الغلة والاستخدام.

(١٠) قوله: "فإنه لو ظهر إلخ" أى لو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة، ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضى من السكنى. (غن)

(١١) على الميت.

(١٢) أى من الموصى له.

(١٣) المنافع.

(١٤) كما فى الإجارة.

(١٥) الشافعى.

(١٦) الشافعى.

(١٧) قوله: "وليس بتملك" ولهذا لا يملك المستعير الإجارة عنده، ولهذا لا يتعلق بالإجارة اللزوم، والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم. (ك)

ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يملك تملكه ببدل^(١) اعتباراً بالإعارة، فإنها تملك بغير بدل^(٢) في حالة الحياة على أصلنا.

ولا يملك المستعير الإجارة؛ لأنها^(٣) تملك ببدل كذا هذا، وتحقيقه أن التملك ببدل لازم^(٤)، وبغير بدل^(٥) غير لازم، ولا يملك الأقوى بالأضعف، والأكثر بالأقل، والوصية تبرع^(٦) غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع^(٧)، لا لغيره، والمتبرع^(٨) بعد الموت لا يمكنه الرجوع، فلهذا انقطع.

أما هو^(٩) في وضعه، فغير لازم، ولأن^(١٠) المنفعة ليست بمال على أصلنا، وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة^(١١) في عقد المعاوضة، فإنما تثبت هذه الولاية^(١٢) لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها^(١٣) بعقد المعاوضة^(١٤) حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها.

أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض^(١٥)، ثم ملكها بعوض، كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى، وهذا لا يجوز^(١٦)، وليس للموصى له^(١٧) أن يخرج العبد من الكوفة إلا

(١) كما في الإجارة.

(٢) قوله: "فإنها تملك إلخ" قد تقدم في بيان العارية، وفي الحقيقة هذا المعنى راجع إلى الأصل المقرر، وهو أن الشيء لا يتضمن ما فوقه. (٤)

(٣) الإجارة.

(٤) حتى لا ينسخ إلا بعذر. (غن)

(٥) كالعارية.

(٦) فلا يملك الموصى له الإجارة.

(٧) قوله: "إلا أن الرجوع إلخ" جواب عما يقال: الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع ح، ووجه ذلك أن الاعتبار للموضوعات الأصلية، والوصية في وضعها غير لازمة، وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض، فلا يعتبر به. (٤)

(٨) أى الموصى.

(٩) أى الإيضاء.

(١٠) دليل آخر. (٤)

(١١) قوله: "تحقيقاً للمساواة" لأن الأجرة مال، وقبول بالمنافع، فحدثت في المنافع صفة المالية تحقيقاً للمساواة. (ك)

(١٢) أى ولاية إحداث صفة المالية فيها. (غن)

(١٣) فإنه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين. (غن)

(١٤) كالإجارة. (غن)

(١٥) أى لا في ضمن شيء آخر. (غن)

(١٦) قوله: "وهذا لا يجوز" يعنى بناء على ما قال: ولا يملك الأقوى بالأضعف، وهو ظاهر، واعتراض عليه بإجارة

أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث^(١)؛ لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف^(٢) من مقصود الموصى، فإذا كانوا^(٣) في مصره.

فمقصوده أن يمكنه^(٤) من خدمته فيه^(٥) بدون أن يلزمه^(٦) مشقة السفر، وإذا كانوا في غيره^(٧)، فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله لخدمتهم.

ولو أوصى^(٨) بغلّة^(٩) عبده، أو بغلّة داره يجوز أيضاً^(١٠)؛ لأنه^(١١) بدل المنفعة، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وأنه عين حقيقة؛ لأنه دراهم أو دنانير، فكان بالجواز^(١٢) أولى^(١٣).

ولو لم يكن له^(١٤) مال غير^(١٥) كان له^(١٦) ثلث غلّة تلك السنة؛ لأنه^(١٧) عين

الحر نفسه، فإنه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته، ولا بعقد المعاوضة، ويجوز له أن يملكها ببدل، وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية، فمراده بالمنفعة منفعة يجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك، فلا تكون، وارداً عليه. (ع)

(١٧) قوله: "وليس للموصى له إلخ" يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً، فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة إلى موضع آخر ليستخدمه فيه إلا أن يكون الموصى له، وأهله في غير الكوفة، فح يكون له أن يخرجه إلى غير الكوفة. (غن)

(١) قوله: "إذا كان يخرج من الثلث" احتراز عما إذا لم يخرج، فإنه ليس الإخراج إلى أهله إلا بإجازة الورثة. (ع)

(٢) عادة.

(٣) أي أهل الموصى له.

(٤) الموصى له.

(٥) أي في مصره.

(٦) العبد.

(٧) أي في غير مصر الموصى.

(٨) قوله: "ولو أوصى إلخ" قد علم جوازه فيما تقدم، ولعله ذكر تمهيداً لقوله: ولو لم يكن له مال غيره، كان له ثلث غلّة تلك السنة يعني إذا لم يجز الورثة، وكان الوصية بغلّة عبده سنة، وتذكيراً لضمائره، أما بتأويل المال، أو نظراً إلى الخبير. (عناية)

(٩) محاصل.

(١٠) أي كما يجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار. (غن)

(١١) الغلّة.

(١٢) قوله: "فكان بالجواز إلخ" أي كان الإيصاء بالغلّة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة؛ لأن الخدمة منفعة محضنة ليست فيها شائبة العينية، ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن أبي ليلى، فإذا جاز الإيصاء بها جاز الإيصاء بالغلّة بالطريق الأولى؛ لأنها عبارة عن مال عين، وهو الدراهم أو الدنانير. (غن)

(١٣) من المنفعة.

(١٤) الموصى.

مال^(١) يحتمل القسمة بالأجزاء^(٢)، فلو أراد^(٣) الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة؛ ليكون هو الذى يستغل ثلثها^(٤) لم يكن له ذلك.

إلا فى رواية عن أبى يوسف، فإنه يقول: الموصى له شريك الوارث، وللشريك ذلك^(٥)، فكذلك للموصى له إلا أنا نقول: المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة؛ إذ هو المطالب، ولا حق له فى عين الدار، وإنما حقه فى الغلة، فلا يملك المطالبة بقسمة الدار.

ولو أوصى له بخدمة عبده، ولآخر برقبة^(٦)، وهو^(٧) يخرج من الثلث، فالرقبة لصاحب الرقبة، والخدمة^(٨) عليها^(٩) لصاحب الخدمة؛ لأنه^(١٠) أوجب^(١١) لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً^(١٢) منه لأحدهما على الآخر، فتعتبر هذه الحالة^(١٣) بحالة الانفرد^(١٤)، ثم لما صحت الوصية^(١٥) لصاحب الخدمة، فلو لم يوص

(١٥) أى غير هذا العبد، أو غير هذه الدار.

(١٦) أى للموصى له.

(١٧) الغلة.

(١) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه إن لم يخرج من الثلث. (٤)

(٢) قوله: "يحتمل القسمة إلخ" هذا احتراز عن الوصية بخدمة العبد، فإن هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالأجزاء صرنا إلى قسمة الخدمة بطريق المهابة. (ك)

(٣) بغلة الدار.

(٤) دار.

(٥) أى قسمة الدار.

(٦) موصولاً، أو مفصلاً.

(٧) العبد.

(٨) قوله: "والخدمة إلخ" وفى "المبسوط": ونفقة العبد وكسوته على صاحب الخدمة؛ لأنه إنما يتمكن من استخدامه إذا أتفق عليه، فإن العبد لا يقوى على الخدمة إلا بذلك، وهو أحق بخدمته، فيلزمه نفقته كالمستعير، فإنه ينفق على المستعير، ويتنفع به، وإن أبى أن ينفق رده على صاحبه، فهذا كذلك أيضاً، وإن كان أوصى بخدمة عبد صغير لإنسان، ويرقبته لآخر، وهو يخرج من الثلث، فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة، فإذا خدم صارت نفقته على صاحب الخدمة. (كفاية)

(٩) أى على رقبة العبد. (غن)

(١٠) الموصى.

(١١) لأحدهما الخدمة، ولآخر الرقبة. (عن)

(١٢) قوله: "عطفاً [والعطف لا يقتضى المشاركة فيما أوصى به لكل واحد منهما. ك] إلخ" ومعنى ذلك أنه عطف

قوله: ولآخر برقبته بالواو على قوله: أوصى له بخدمة عبده. (٤)

(١٣) أى حالة العبد. (٤)

فى الرقبة بشىء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له .
فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر؛ إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك
يثبت فيهما بعد الموت، ولها^(١) نظائر^(٢)، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل^(٣)، وبما فى
بطنها لآخر، وهى تخرج من الثلث.

أو أوصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصه، أو قال: هذه القوصرة^(٤) لفلان، وما
فيها من التمر لفلان كان كما أوصى^(٥)، ولا شىء لصاحب^(٦) الظرف^(٧) فى
المظروف^(٨) فى هذه المسائل كلها.

أما إذا فصل^(٩) أحد الإيجابين عن الآخر فيها، فكذلك الجواب عند أبى
يوسف، وعلى قول محمد: الأمة للموصى له بها^(١٠)، والولد بينهما نصفان،
وكذلك فى أخواتها^(١١) لأبى يوسف^(١٢) أن بإيجابه^(١٣) فى الكلام الثانى تبين أن مراده

(١٤) أى انفراد إحدى الوصيتين عن الآخر. (٤)

(١٥) قوله: "ثم لما صحت إلخ" لما للبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعنى لو كانت الوصية لصاحب الخدمة
مفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة، والخدمة للموصى له من غير اشتراك، فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر، يكون الرقبة
له، والخدمة للموصى له بها؛ إذ الوصية أخت الميراث. (٤)

(١) أى لهذه المسألة. (٤)

(٢) من حيث إن الموصى له بالظرف لا يشارك الموصى له بالمظروف. (ك)

(٣) قوله: "إذا أوصى إلخ" قال الإمام الإسيجيبى فى "شرح الطحاوى": لو أوصى بالجارية لإنسان، وبما فى
بطنها لآخر، فإنه يجوز إلا إذا ولدت لأكثر من ستة أشهر بعد موت الموصى، أو بستة أشهر، فح لا يجوز الوصية
فى الولد، وكلاهما يكون للموصى له بالجارية. (غاية البيان)

(٤) بالتخفيف والتشديد: وعاء التمر يتخذ من قصب. (ك)

(٥) سواء كان الكلام متصلاً، أو منقطعاً.

(٦) قوله: "لصاحب" أى للموصى له بالأمة والخاتم والقوصرة. (ك)

(٧) عند أبى يوسف. (غن)

(٨) أى فى الولد والفص والتمر. (ك)

(٩) قوله: "أما إذا فصل إلخ" [المراد بالفصل أن يكون الإيجابان بدفعين. عن] يعنى أما إذا كان أحد الإيجابين
موصولاً بالآخر بالاتفاق، وأما إذا كان أحدهما مفصولاً عن الآخر، فكذلك عند أبى يوسف، خلافاً لمحمد. (٤)

(١٠) أمة.

(١١) قوله: "وكذلك فى أخواتها" أى أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل، وبما فى بطنها لرجل آخر، وأراد
بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص، ومسألة القوصرة مع التمر، ومسألة الشاة مع الصوف، ومسألة الدار مع البناء، ومسألة
السيف والحلية، ومسألة البستان والتمر، ومثل ذلك. (غن)

(١٢) قوله: "لأبى يوسف إلخ" الاختلاف ذكر فى أكثر شروح "الزيادات"، ولم يذكره فخر الإسلام فى "شرح
زياداته"، ولا فى أصوله؛ لأن أبى يوسف لم يثبت خلافه فى ظاهر الرواية، وإنما علم خلافه من رواية "الإملاء"، كذا ذكر

من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه ^(١) صحيح وإن ^(٢) كان مفصولاً؛ لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصى، فكان البيان المفصول فيه، والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ^(٣).
ولمحمد ^(٤) أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص، وكذلك اسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك.

ومن أصلنا أن العام الذي موجب ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص ^(٥)، فقد اجتمع في الفص وصيتان، وكل منهما وصية بإيجاب على حدة، فيجعل النصّ بينهما نصفين، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول، كما إذا وصى للثاني بالخاتم ^(٦).

بخلاف الخدمة مع الرقبة ^(٧)؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه ^(٨) حق.

بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً؛ لأن ذلك دليل التخصيص ^(٩) والاستثناء، فتبين أنه ^(١٠) أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص.

الكرخي في "مختصر الزيادات". (غن)

(١٣) الموصى.

(١) انوصى.

(٢) الواو وصلية.

(٣) قوله: "كما في وصية الرقبة والخدمة" فإن المفصول والموصول فيهما في الحكم، سواء لعدم كون الثاني بيان تغيير حتى يشترط الوصل لعدم كون الوصية ملزمة في حال حياة الموصى. (عظمى)

(٤) قوله: "ولمحمد إلخ" تأخير تعليل محمد، والجواب عما استدلل به أبو يوسف في الكتاب دليل على أن المعول عليه قول محمد. (عناية)

(٥) أى قطعاً.

(٦) لا يكون ذلك رجوعاً عن الأول، بل يكون الخاتم بينهما. (غن)

(٧) نوله: "بخلاف الخدمة مع الرقبة" يعنى لو أوصى برقبة العبد لإنسان، وبخدمته لآخر، كان كما أوصى وإن كان في كلام مفصول، ولا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء، وإنما كان هكذا؛ لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة، بخلاف ما نحن فيه، فإن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعاً، واسم الجارية يتناولها، وما في بطنها، واسم القوصرة كذلك. (كفاية)

(٨) أى في الخدمة.

(٩) وذلك بيان مغير، فيصح بشرط الوصل. (غن)

(١٠) الموصى.

قال^(١): ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه، ثم مات^(٢)، وفيه ثمرة^(٣)، فله هذه الثمرة وحدها، وإن قال: له ثمرة بستانى أبداً، فله هذه الثمرة، وثمرته فيما يستقبل ما^(٤) عاش^(٥)، وإن أوصى له بغلة بستانه^(٦)، فله الغلة القائمة، وغلته فيما يستقبل.

والفرق^(٧) أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور، وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة تتنظم الموجود، وما يكون بعرض^(٨) الموجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه وداره، فإذا أطلقت^(٩) تتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى.

أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود، فلهذا يفتقر الانصراف^(١٠) إلى دليل زائد^(١١).

قال^(١٢): ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً، أو بأولادها، أو بلبنها، ثم مات^(١٣)، فله ما فى بطونها من الولد، وما فى ضروعها من اللبن، وما على

(١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٢) الموصى له.

(٣) قوله: "وفيه ثمرة" إنما قيد به؛ لأنه إذا لم يكن للبستان ثمرة، والمسألة بحالها، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة فى أنه يتناول الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، كما فى مسألة الغلة. (نهاية)

(٤) أى مدة عاش.

(٥) الموصى له.

(٦) قوله: "وإن أوصى له بغلة بستانه إلخ" ثم فى البستان السقى والخراج، وما فيه صلاحه على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان، فهى كالنفقة فى فصل الخدمة. (كفاية)

(٧) قوله: "والفرق" أى بين الغلة والثمرة فى أن الغلة تتناول الموجود والحادث جميعاً سواء، ذكر لفظ الأبد، أو لم يذكر، والثمرة تتناول الموجود لا الحادث إلا إذا ذكر الأبد، فحيثما تتناول الحادث أيضاً هو أن الثمرة إلخ. (غن)

(٨) يبيش آمدن.

(٩) الغلة.

(١٠) إلى الأبد.

(١١) كقوله: أبداً وما عاش.

(١٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٣) الموصى.

ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي^(١) سواء قال: أبداً، أو لم يقل؛ لأنه^(٢) إيجابٌ عند الموت، فيعتبر قيام هذه^(٣) الأشياء يومئذ، وهذا بخلاف ما تقدم^(٤). والفرق^(٥) أن القياس يأبى تمليك المعدوم؛ لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة، والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة^(٦) والإجارة^(٧)، فافتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع. أما الولد المعدوم وأخته^(٨)، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعقد ما، فكذلك لا يدخل تحت الوصية.

بخلاف الموجود منها؛ لأنه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً^(٩)، وبعقد الخلع^(١٠) مقصوداً، فكذا بالوصية، والله أعلم بالصواب.

باب وصية الذمي^(١١)

قال^(١٢): وإذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة^(١٣)، أو كنيسة^(١٤) فى صحته، ثم

(١) ولا يستحق ما يحدث بعده.

(٢) الوصية.

(٣) أى الولد واللبن والصوف.

(٤) أى من الثمرة والغلة. (ك)

(٥) قوله: "والفرق إلخ" أى الفرق بين هذه المسألة حيث لا تتناول الحادث، وإن ذكر الأبد، وبين ما تقدم من الوصية بثمره يستأنه، فإذا ذكر الأبد يقع على الحادث أيضاً، وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث أيضاً، ذكر الأبد ولم يذكر، هم أن القياس إلخ. (غن)

(٦) أى المساقاة، وقد مرت بابها.

(٧) لف ونشر مرتب.

(٨) أى الصوف واللبن المعدومان.

(٩) قوله: "بعقد البيع تبعاً" أى يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف فى بيع الغنم تبعاً للغنم، ويجوز الخلع على ما فى ظهر غنمها من الصوف. (ك)

(١٠) قوله: "وبعقد الخلع" صورته: أن تقول المرأة لزوجها: خالعى على ما فى بطن جاريتى وغمى صح، وله ما فى بطنها، وإن لم يكن فى البطن شىء، فلا شىء له، وما حدث بعد ذلك للمرأة؛ لأن ما فى البطن قد يكون متقوماً، وقد لا يكون، ولم تفسره حتى لو قالت: على حمل جاريتى، وليس بها حمل يرد المهر. (ع)

(١١) قوله: "باب وصية الذمي" ذكر وصية الذمي بعد ذكر وصية المسلم؛ لأن الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية. (غن)

(١٢) أى فى "الجامع الصغير".

(١٣) بالكسر: كليساى ترسايان. (غن)

(١٤) كنيسة كليساى ترسايان يا جهودان يا كليساى ديگر كفار. (عن)

مات، فهو ميراث^(١)؛ لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة، والوقف^(٢) عنده يورث ولا يلزم، فكذا هذا، وأما عندهما فلأن هذه معصية، فلا تصح عندهما. قال^(٣): ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث^(٤)، معناه إذا أوصى أن تبني^(٥) داره بيعةً، أو كنيسةً، فهو جائز من الثلث؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف، ومعنى التملك، وله^(٦) ولاية ذلك، فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين^(٧).

قال^(٨): وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين^(٩)، جازت الوصية عند أبي حنيفة.

وقالوا^(١٠): الوصية باطلة؛ لأن هذه معصية حقيقة وإن^(١١) كان في معتقدهم قرابة، والوصية بالمعصية باطلة؛ لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولأبي حنيفة أن هذه قرابة في معتقدهم، ونحن أمرنا بأن نتركهم^(١٢)، وما يدينون^(١٣) فتجوز بناءً على اعتقادهم.

(١) قوله: "فهو ميراث" أي بالاتفاق على اختلاف التخريج أما عند أبي حنيفة لعدم لزوم الوقف، وعندهما لكون ذلك الفعل معصية لا يقال: البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا، والمسلم إذا جعل داره مسجداً في صحته، وسلم لا يورث، فينبغي أن يكون البيعة كذلك؛ لأننا نقول: المسجد تحرز عن حقوق العباد، وصار لله تعالى خالصاً فلا يورث، ولا كذلك البيعة؛ لأن البيعة عندهم لمنافع الخلق، فإنها تسكن فيها أساقفتهم، ويدفن فيها أمواتهم. (كفاية)

(٢) فإن مسلماً لو وقف أرضاً في حياته، ثم مات صار ميراثاً. (غن)

(٣) أي في "الجامع الصغير". (عن)

(٤) بالاتفاق. (غن)

(٥) أي أوصى أن يعمل بيعة، أو كنيسة لقوم معين.

(٦) أي للذمي.

(٧) قوله: "على اعتبار المعنيين" معنى الاستخلاف والتملك، فجعلناه من الثلث نظراً إلى الاستخلاف، وجوزنا ذلك نظراً إلى التملك، وإذا صار ملكاً للمسلمين صنعوا ما شاءوا. (عناية)

(٨) أي محمد. (عيني)

(٩) غير محصورين.

(١٠) قوله: "وقالوا إلخ" قال مشايخنا: هذا الاختلاف فيما إذا أوصى ببناء بيعة، أو كنيسة في القرى، فأما في المصر، فلا تجوز بالاتفاق؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، كذا في "الجامع الصغير" للبرهاني. (ك)

(١١) الواو وصلية.

(١٢) وله: "تتركهم" كما في الخمر والحزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم؛ لأنهم يدينون جواز ذلك، وهم يدينون جواز الإيضاء ببناء البيعة والكنيسة، فيجوز ذلك بناءً على اعتقادهم. (غن)

(١٣) أي مع ما يدينون، وفي نسخة أخرى: وما يعتقدون.

ألا يرى أنه لو أوصى^(١) بما هو قرابة حقيقة، معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم، فكذا عكسه^(٢).

ثم الفرق لأبي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة^(٣)، وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى، كما في مساجد المسلمين، والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة^(٤)، فبقى ملكاً للباني، فتورث عنه، ولأنهم^(٥) يبنون فيها الحجرات، ويسكنونها، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث المسجد^(٦) أيضاً لعدم تحرزه.

بخلاف الوصية^(٧)؛ لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه^(٨) في غير ما هو قرابة عندهم، فبقى فيما^(٩) هو قرابة على مقتضاه، فيزول ملكه، فلا يورث.

ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام: منها: أن تكون قرابة في معتقدهم، ولا تكون قرابة في حقنا، وهو ما ذكرناه^(١٠).

وما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره، وتطعم المشركين، وهذه على الخلاف^(١١) إذا كان لقوم^(١٢) غير مسلمين، كما ذكرناه^(١٣)، والوجه ما

(١) قوله: "لو أوصى بما هو قرابة إلخ" وهو كما إذا أوصى بحج، أو بأن يبنى مسجداً للمسلمين، أو بأن يسرح في مساجد المسلمين، فهذه الوصية منه باطلة بالإجماع. (ك)

(٢) قوله: "فكذا عكسه" أي تجوز الوصية بداره كنيسة لقوم غير مسلمين اعتباراً لاعتقادهم. (ك)

(٣) قوله: "بين بناء إلخ" فإن الذمي إذا بنى ذلك، ثم مات يورث، وإذا أوصى بذلك، ومات لا يورث. (عن)

(٤) قوله: "لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة" بل محرزة على معتقدهم، فبقى للباني، فيورث عنه. (ع)

(٥) دليل آخر على عدم التحرز لله تعالى. (ع)

(٦) كما إذا جعل داره مسجداً، وتحت سرداب، وفوقه بيت. (غن)

(٧) قوله: "بخلاف الوصية إلخ" متصل بقوله: إن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني، والضمير في قوله: لأنه وضع، وفي قوله: لثبوت مقتضاه، وفي قوله: على مقتضاه كلها راجعة إلى الوصية بتأويل الإيضاء. (ع)

(٨) قوله: "امتنع ثبوت مقتضاه" وهو زوال الملك في غير ما هو قرابة عندهم، فبقى أى الإيضاء فيما هو قرابة على مقتضاه، وهو زوال الملك، فلذلك لا يورث، ثم أورد محمد على نفسه سؤالاً، فقال: كيف يكون هذا قرابة من الذمي، فإنه لا يثاب على ذلك، قلنا: الأحكام في حقهم إنما تبتى على ما يظهرون، لا على الحقيقة، ألا ترى أنه إذا ذبح، وسمى اسم الله يحل ذبيحته، وإن كان ما يعتقد أنه ليس بإله على الحقيقة، ولو ذبح باسم المسيح لا يحل ذبيحة على ما قال عمر رضى الله عنه: "إذا سمعتموهم سموا بغير الله، فلا تأكلوا". (ك)

(٩) أى إذا لاقى فيما هو قرابة عندهم عملت علمها. (ع)

(١٠) قوله: "وهو ما ذكرناه" يريد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة. (ع)

بيناه (١).

ومنها: إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا، ولا يكون قرابة في معتقدهم، كما إذا أوصى بالحج، أو بأن يبني مسجد للمسلمين، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين، وهذه الوصية باطلة بالإجماع؛ اعتباراً لاعتقادهم، إلا إذا كان لقوم (٢) بأعيانهم لوقوعه تمليكاً (٣)؛ لأنهم معلومون، والجهة مشورة (٤).

ومنها: إذا أوصى بما يكون قرابة في حقنا، وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس، أو يغزى الترك (٥)، وهو من الروم (٦)، وهذا جائز، سواء كان القوم بأعيانهم، أو بغير أعيانهم؛ لأنه وصية بما هو قرابة حقيقة، وفي معتقدهم أيضاً. ومنها: إذا أوصى بما لا يكون قرابة، لا في حقنا، ولا في حقهم، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات، فإن هذا غير جائز؛ لأنه معصية في حقنا، وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم (٧)، فيصح تمليكاً واستخلاقاً.

وصاحب الهوى (٨) إن كان لا يكفر، فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين؛ لأننا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر، وإن كان يكفر، فهو بمنزلة المرتد، فيكون على الخلاف المعروف (٩) في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه، وفي المرتدة الأصح (١٠) أنه

(١١) فيجوز الوصية عند أبي حنيفة خلافاً لهما. (غن)

(١٢) فإن كانت لقوم بأعيانهم صحت بالإجماع. (غن)

(١٣) يعنى من الخلاف فى الوصية ببناء البيعة والكنيسة. (عناية)

(١) قوله: "والوجه ما بيناه" أى من الجانبين، وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم، وعندهما أنها وصية بالمعصية. (٤)

(٢) قوله: "إلا إذا كان إلخ" وإن كانوا لا يحصون لا يصح الوصية؛ لأنه لا يمكن تصحيحها تمليكاً فتبطل؛ لأنها ليست بطاعة عندهم؛ لأنهم لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم، بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء، فوقعت وصية حيثئذ على سبيل الهزل، والوصية يبطلها الهزل. (غن)

(٣) قوله: "لوقوعه [وصية] تمليكاً" فيطّل الجهة التي عينها إن شاعوا ففعلوا ذلك، وإن شاعوا تركوا، وإن كانوا لا يحصون لا يصح؛ لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكاً، وأنها ليست بقرابة في اعتقادهم حتى يكون تمليكاً من الله تعالى في اعتقادهم، فلا يصح. (ك)

(٤) قوله: "والجهة مشورة [هى مفعلة لا مفعولة. من]" أى صرف هذا المال الموصى به إلى الحج، وبناء المساجد والأسراج فيه خرج على طريق المشورة. (ك)

(٥) بالضم: گروهى ست از اولاد يافث بن نوح. (عن)

(٦) قوله: "من الروم" روم بالضم: گروهى است از اولاد روم بن عيصو رومى منسوبت بآن. (من)

(٧) قوله: "إلا أن يكون إلخ" وإن كانت لقوم لا يحصون بطلت؛ لأن التملك من المجهول لا يصح، ولا يمكن تصحيحه قرابة؛ لأنه معصية عند الكل. (غن)

(٨) أى البدعة، ذكره تفریباً على مسألة "الجامع الصغير". (غن)

تصح وصاياها؛ لأنها تبقى^(١) على الردة بخلاف المرتد؛ لأنه يقتل، أو يسلم.
 قال^(٢): وإذا دخل الحربى دارنا^(٣) بأمان، فأوصى لمسلم، أو ذمى بماله كله
 جاز^(٤)؛ لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة، ولهذا ينفذ^(٥) بإجازتهم،
 وليس لورثته^(٦) حق مرعى؛ لكونهم فى دار الحرب؛ إذ هم أموات فى حقنا، ولأن
 حرمة ماله^(٧) باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه^(٨)، لا لحق ورثته، ولو كان
 أوصى^(٩) بأقل من ذلك أخذت الوصية، ويرد الباقي على ورثته، وذلك^(١٠) من حق
 المستأمن^(١١) أيضاً.

ولو أعتق^(١٢) عبده عند الموت، أو دبر عبده فى دار الإسلام، فذلك صحيح منه
 من غير اعتبار الثلث؛ لما بينا^(١٣).
 وكذلك لو أوصى له^(١٤) مسلم، أو ذمى بوصية جاز؛ لأنه ما دام فى دار

(٩) قوله: "على الخلاف المعروف إلخ" يعنى أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبى حنيفة، فإن أسلم نفذ كسائر
 تصرفاته، وإلا فلا. (٤)

(١٠) قوله: "الأصح أنه إلخ" ذكر صاحب الكتاب فى "الزيادات" على خلاف هذا، فقال: قال بعضهم: لا يكون
 بمنزلة الذمية، وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها، وأما المرتدة،
 فلا تقر على اعتقادها، كذا فى "النهاية". (ك)

(١) فصارت كالذمية فى صحة الوصية. (غن)

(٢) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٣) أى دار الإسلام.

(٤) قوله: "جاز" قيل: هذا إذا لم يكن ورثته معه فى دار الإسلام، أما إذا كانت ورثته معه يتوقف على إجازتهم،
 وأشار فى الكتاب إلى هذا بقوله: وليس لورثتهم حق إلخ. (ك)

(٥) الوصية بكل المال.

(٦) الحربى المستأمن.

(٧) مستأمن.

(٨) ومن حقه تنفيذ وصيته. (غن)

(٩) قوله: "ولو كان أوصى إلخ" جواب عما يرد على قوله: ويرد الباقي على الورثة، وهو أن يقال: قد قلت:
 ليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب، فكيف يرد عليهم الباقي؟ ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضاً مراعاة
 لحق المستأمن؛ لأن من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ عن حاجته، والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك. (ع)
 قوله: "ولو كان" هذه المسألة مع ما بعدها إلى آخر الباب ذكرت على سبيل التفریع، وإنما هى من مسألة الأصل. (٤)
 (١٠) أى الرد.

(١١) لا لحق ورثته. (غن)

(١٢) الحربى المستأمن.

(١٣) قوله: "لما بينا" إشارة إلى قوله: لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلخ. (٤)

الإسلام، فهو فى العلامات بمنزلة الذمى، ولهذا تصح عقود التمليكات منه ^(١) فى حال حياته، ويصح تبرعه فى حياته، فكذا بعد مماته ^(٢).
وعن أبى حنيفة وأبى يوسف: أنه لا يجوز ^(٣)؛ لأنه مستأمن من أهل الحرب ^(٤)؛ إذ هو على قصد الرجوع، ويمكن منه، ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية.

ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث، أو لبعض ورثته لا يجوز؛ اعتباراً بالمسلمين؛ لأنهم ^(٥) التزموا ^(٦) أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات.
ولو أوصى لخلاف ملته جاز؛ اعتباراً بالإرث؛ إذ الكفر كله ملة واحدة، ولو أوصى لحربى فى دار الإسلام ^(٧) لا يجوز؛ لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين، والوصية أخته، والله أعلم.

باب الوصى ^(٨) وما يملكه

قال ^(٩): ومن أوصى ^(١٠) إلى رجل، فقبل الوصى فى وجه الموصى ^(١١)، وردها فى غير وجهه ^(١٢)، فليس برد؛ لأن الميت مضى ^(١٣) لسيله معتمداً عليه، فلو صح

(١٤) أى للحربى المستأمن.

(١) أى من الحربى المستأمن.

(٢) قوله: "فكذا بعد مماته" فالوصية تبرع بالتملك بعد الموت، فيعتبر بالتبرع فى حالة الحياة كالهبة والصدقة، وذلك صحيح من المسلم للمستأمن، فكذا هذا. (غن)

(٣) أى الوصية من المسلم والذمى للمستأمن. (من)

(٤) قوله: "من أهل الحرب" فوصيته من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من دار الحرب باطل؛ لأن لتباين الدارين تأثيراً فى قطع العصمة والموالة. (غاية البيان)

(٥) أهل الذمة.

(٦) قوله: "التزموا الخ" فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث، والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته، فكذلك لا يجوز من الذمى. (غن)

(٧) قوله: "فى دار الإسلام" يتعلق بقوله: أوصى الحربى أى لو أوصى الذمى فى دار الإسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين بينهما حقيقةً وحكماً، وكذا لفظ "الميسوط"، ولأن الذمى لو أوصى لحربى فى دار الإسلام يجوز على ما ذكر قبل هذا، وهو قوله: وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم، أو ذمى بوصية جاز (ك)

(٨) قوله: "باب الوصى الخ" لما فرغ من بيان الوصى له، شرع فى بيان أحكام الموصى إليه، وهو الوصى؛ لما أن كتاب الوصايا تشببه، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها، وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس. (عناية)

(٩) أى القدورى فى "مختصره". (غن)

(١٠) يقال: أوصى إلى رجل أى جعله وصياً. (غن)

(١١) أى بعلمه. (غن)

رده^(١) في غير وجهه في حياته، أو بعد مماته صار مغروراً من جهته^(٢)، فردرده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه^(٣)، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه^(٤)؛ لأنه لا ضرر هناك لأنه^(٥) حتى قادر على التصرف بنفسه.

فإن ردها في وجهه فهو رد^(٦)؛ لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن ينيب غيره، وإن لم يقبل^(٧) ولم يردّ حتى مات الموصي، فهو بالخيار^(٨) إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل؛ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام، فبقى مخيراً^(٩)، فلو أنه باع شيئاً من تركته^(١٠)، فقد لزمته^(١١)؛ لأن ذلك^(١٢) دلالة الالتزام والقبول، وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصي، وسواء علم بالوصاية، أو لم يعلم.

بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل، فباع حيث لا ينفذ^(١٣)؛ لأن الوصاية خلافة؛ لأنه يختص بحال انقطاع^(١٤) ولاية الميت، فتنتقل الولاية إليه، وإذا كانت^(١٥)

(١٢) أي بغير علم الموصي. (غن)

(١٣) أي مات.

(١) الوصي.

(٢) وهو إضرار لا يجوز. (عناية)

(٣) قوله: "بغير عينه" احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه حيث لا يملك عزل نفسه ثمه أيضاً بغير علم الموكل، كما في الوصي؛ لأنه يؤدي إلى تضرير الموكل؛ لأنه يعزل الوكيل نفسه، ويشتري ذلك المعين لنفسه، وفيه ضرر للموكل، ولا يلزم هذا الضرر في غير المعين، كذا في "غاية البيان". (مل)

(٤) الموكل.

(٥) الموكل.

(٦) أي القدر في "مختصره". (غن)

(٧) ذكره على سبيل التفريم.

(٨) لأنه متبرع بالتصرف في حق الغير، فلا يلزم ذلك بدون قوله: كالوكالة. (غن)

(٩) قوله: "فبني مخيراً" قيل: كان يجب أن لا يكون مخيراً؛ لأنه لما بلغه الإيضاء، ولم يردّه اعتمد عليه الموصي، ولم يوص إلى غيره، وفي ذلك ضرر به، والضرر مدفوع، وأجيب بأن الموصي معتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول، فلا يبطل الاختيار. (ع)

(١٠) قوله: "فلو أنه باع الخ" بيان أن القبول يجوز أن يكون دلالة، فإنها تعمل عمل الصريح، إذا لم يوجد صريح يخالفه، لكنه يعتبر ذلك بعد الموت. (عناية)

(١١) قوله: "فقد لزمته" يعني لو أن الموصي مات، ولم يقبل الوصي حتى باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية؛ لأن القبول مرة يكون بالدلالة، ومرة يكون بالإيضاح، وهذا بطريق الدلالة. (غن)

(١٢) أي بيم الوصي شيئاً من التركة. (غن)

(١٣) بيمه.

خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة.

أما التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء^(١)، وقد بيناه طريق العلم^(٢)، وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب^(٣).

وإن لم يقبل^(٤) حتى مات الموصي، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك^(٥) إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن بمجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيضاء؛ لأن في إبطاله^(٦) ضرراً بالميت^(٧)، وضرر الوصي^(٨) في الإبقاء^(٩) مجبور بالثواب، ودفع الأول^(١٠) وهو^(١١) أعلى أولى^(١٢) إلا أن القاضي^(١٣) إذا أخرجه^(١٤) عن الوصاية يصح ذلك^(١٥)؛ لأنه مجتهد فيه^(١٦)؛ إذ للقاضي ولاية دفع

(١٤) أي حال الموت.

(١٥) قوله: "وإذا كانت [الوصاية] إلخ" يعني لما كانت خلافة كالإرث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث، وإذا صح البيع صار لازماً حكماً لنفاذ البيع، فلا يملك رده بعد ذلك. (ك)

(١) لا يصح من غير علم.

(٢) قوله: "وقد بيناه إلخ" يعني أن العلم بالوكالة يثبت بخير الواحد، حرّاً كان أو عبداً، عدلاً كان أو فاسقاً، رجلاً كان أو امرأة، سبياً كان أو بالغاً، وكذلك العزل عندهما يثبت بخير الواحد مطلقاً، وعند أبي حنيفة يشترط العدل أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخير الاثنين، أو بخير الواحد العدل. (غن)

(٣) أي في فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي.

(٤) قوله: "وإن لم يقبل إلخ" يعني أن الوصي إذا سكت في حياة الموصي، ثم بعد مماته قال: لا أقبل، فهو وصي إن لم يخرج القاضي حين، قال: لا أقبل. (عناية)

(٥) قوله: "فله ذلك" وفي قول زفر: لا يجوز قبوله بعد ما رد؛ لأنه لما رد فقد بطل التفويض، وإذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك. (غن)

(٦) بمجرد قول الوصي: لا أقبل. (غن)

(٧) لأنه مات معتمداً عليه. (غن)

(٨) قوله: "وضرر الوصي إلخ" هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الوصية بقوله: لا أقبل، يلزم الضرر بالوصي في بقاء الإيضاء ولزومه؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك. (غاية البيان)

(٩) أي إبقاء الإيضاء.

(١٠) أي دفع الضررين، وهو ضرر الميت.

(١١) الواو حالية.

(١٢) لأن ضرر الميت ليس بمجبور. (غن)

(١٣) قوله: "إلا أن القاضي إلخ" استثناء من قوله: فله ذلك. (ك)

(١٤) حين قال: لا أقبل. (غن)

(١٥) إخراج.

الضرر^(١)، وربما يعجز^(٢) عن ذلك^(٣)، فيتضرر ببقاء الوصاية. فيدفع^(٤) القاضى الضرر عنه^(٥)، وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه، فيندفع الضرر من الجانبين^(٦)، فلهذا ينفذ إخراج^(٧)، فلو قال: بعد إخراج القاضى إياه^(٨) اقبل لم يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضى.

قال^(٩): ومن أوصى إلى عبد^(١٠)، أو كافر^(١١)، أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية، ونصب غيرهم، وهذا اللفظ^(١٢) يشير إلى صحة الوصية؛ لأن الإخراج يكون بعدها.

وذكر محمد فى "الأصل"^(١٣) أن الوصية باطلة، قيل^(١٤): معناه فى جميع هذه الصور^(١٥) أن الوصية ستبطل^(١٦).
وقيل: فى العبد معناه باطل^(١٧) حقيقة لعدم ولايته^(١٨)، واستبداده^(١٩)، وفى

(١٦) قوله: "لأنه أى لأن الموضوع موضع الاجتهاد؛ إذ الرد صحيح عند زفر. [ك] مجتهد فيه" أى لأن قضاء القاضى صح لو توقعه فى مجتهد فيه، فلما صح القضاء بطلت الوصية، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح. (غاية البيان)

(١) عن الناس. (ك)

(٢) الوصى.

(٣) أى عن انصرام حكم الوصاية.

(٤) قوله: "يدفع" ينفذ قضاءه، وبطل الإيجاب، فلا يعتبر القبول بعده. (ك)

(٥) الوصى.

(٦) الوصى والميت.

(٧) القاضى.

(٨) الوصى.

(٩) أى القدرورى فى "مختصره". (ع)

(١٠) قوله: "إلى عبد" أى إلى عبد غيره لقوله: بعده لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى. (ك)

(١١) ذمى، أو مستأمن، أو حرى. (ع)

(١٢) أى لفظ القدرورى. (ع)

(١٣) مبسوط.

(١٤) القائل: الفقيه أبو الليث فى "شرح للجوامع الصغير". (غن)

(١٥) الثلاث.

(١٦) قوله: "ستبطل [بإخراجه القاضى عنها. ع] يدل عليه ما ذكر فى "الإيضاح"، ولو تصرف العبد قبل أن يخرج القاضى، نفذ تصرفه؛ لأنه أهل التصرف لكن يخرج القاضى للمعنى الذى ذكرناه، وهو أن منافع بدنه مستحقة للمولى، فلا يجوز الصرف إلى ورثة الموصى، وقبل الإخراج الوصاية باقية، فنفذ تصرفه. (كفاية)

(١٧) وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى فى "شرح الكافى". (غن)

غيره معناه ستبطل.

وقيل: في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم، ووجه الصحة، ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد^(١) حقيقة، وولاية الفاسق^(٢) على أصلنا^(٣)، وولاية الكافر في الجملة^(٤)، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى، وتمكنه من الحجر بعدها^(٥)، والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالخيانة، فيخرجه القاضي^(٦) من الوصاية، ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر، وشرط في "الأصل"^(٧) أن يكون الفاسق مخوفاً عليه^(٨) في المال، وهذا يصلح^(٩) عذراً في إخراجها، وتبديله بغيره

قال^(١٠): "ومن أوصى إلى عبد نفسه، وفي الورثة كبار لم تصح الوصية؛ لأن للكبير^(١١) أن يمنعه^(١٢)، أو يبيع نصيبه^(١٣)، فيمنعه المشتري^(١٤)، فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية، فلا يفيد^(١٥) فائدته، وإن كانوا^(١٦) صغاراً كلهم، فالوصية إليه جائزة عند

(١٨) قوله: "لعدم ولايته" إشارة إلى ما قبل الإجازة واستبداده إلى ما بعدها. (عناية)

(١٩) قوله: "واستبداده" أى ولعدم استبداده بنفسه؛ لأن منافعه لمولاه، فالظاهر أنه يمنعه من التبرع بها على غيره، فكذلك بعد إجازة المولى لا يصح وصايته أيضاً؛ لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد، فلا يتعلق به الزوم. (ك)

(١) فإن العبد أهل التصرف، ولهذا جاز توكيلاً. (٤)

(٢) فإنه يجوز شهادته وقضائه.

(٣) أى الحنفية.

(٤) قوله: "ولاية الكافر" أى على المسلم في الجملة، وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً، فإنه يصح شراؤه، وثبت له الملك فيه، والولاية عليه إلا أنه يجبر على البيم، والجبر على البيم لا يشعر بعدم الولاية. (ك)

(٥) الإجازة.

(٦) أى فيخرج كل واحد منهم.

(٧) المبسوط.

(٨) يقال: طريق مخوف راه بييم ناك بييم. (من)

(٩) قوله: "وهذا الخ" أى كون الفاسق بحيث يخاف عليه فى المال لخيانته يصلح عذراً فى إخراج الفاسق عن الوصاية، وجعل غيره وصياً مكانه؛ لأن الميت إنما أوصى إليه لينظر فى ماله، وأولاده بعده بالحفظ والصيانة، وبالخيانة يرتفع الصيانة، فلا يحصل الغرض من الصيانة. (غن)

(١٠) أى القدرورى فى "مختصره". (غن)

(١١) فإن الوارث الكبير يلى على العبد. (عن)

(١٢) عن انصرام مقتضى الوصاية.

(١٣) من العبد.

(١٤) من انصرام مقتضى الوصاية.

(١٥) الوصاية.

أبى حنيفة، ولا تجوز عندهما، وهو القياس.

وقيل: قول محمد مضطرب^(١) فيه يروى مرة مع أبى حنيفة، وتارة مع أبى يوسف، وجه القياس أن الولاية منعدمة^(٢)؛ لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك^(٣) على المالك^(٤)، وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب^(٥) لا تتجزأ، وفي اعتبار هذه^(٦) تجزئتها؛ لأنه^(٧) لا يملك بيع رقبته، وهذا نقض الموضوع^(٨).

وله أنه مخاطب^(٩) مستبد^(١٠) بالتصرف، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحد عليه ولاية، فإن الصغار وإن^(١١) كانوا ملاًكاً^(١٢) ليس لهم ولاية المنع، فلا منافاة، وإيصال المولى إليه يؤذن^(١٣) بكونه ناظراً لهم، وصار^(١٤) كالمكاتب، والوصاية^(١٥) قد

(٦٥) الورثة.

(١) قوله: "مضطرب" ولنا في هذا الفصل نظر؛ لأن الكبار الثقات المتقدمين على صاحب "الهداية" كلهم ذكروا قول محمد مع أبى يوسف رحمته الله بلا اضطراب كالطحاوي في "مختصره"، والكرخي في "مختصره"، والحاكم الشهيد في "مختصره"، وأبى الليث في "كتاب نكت الوصايا"، والقنوري في "التقريب"، وشمس الأئمة السرخسي في "شرح الكافي"، وصاحب "المنظومة" فيها، وفي شرحها. (غن).

(٢) في عبد نفسه.

(٣) أى العبد، والمملوك لا يلي على مولاه. (غن).

(٤) أى الورثة.

(٥) فكل ما تولاه الأب تولاه الوصي.

(٦) أى هذه الوصية، وهى وصية عبده على الورثة الصغار. (ع).

(٧) العبد.

(٨) قوله: "وهذا نقض الموضوع" لأن الوصى إنما يملك الولاية من الموصى، وولايته لا تتجزأ؛ إذ لا يقال: إن ولايته فى بعض دون بعض، فلو ثبت التجزئ فى ولاية الموصى، ثبت فى ولاية الموصى، لكنه غير متجزئ، فكان عائداً على موضوعه بالنقض. (عناية)

(٩) احتراز عن العصى والمجنون، فإن الإيصال إليهما لا يجوز لعدم الخطاب. (غن)

(١٠) قوله: "مستبد" احتراز عن الإيصال إلى عبد الغير، فإنه لا استبداد له فى التصرف، وعن الإيصال إلى عبد نفسه، وفى الورثة كبير؛ لأن للكبير أن يبيع نصيبه منه، فلا يبقى حينئذ للعبد الاستبداد بنفسه، وأما فيما نحن فيه، فلا يملك يبيعه أحد، فكان مستبداً بالتصرف، وفى "الأسرار": فإن قيل: للقاضى ولاية البيع فى هذه المسألة، قلنا: إذا ثبت الإيصال للعبد لم يبق للقاضى ولاية البيع.

(١١) الواو وصلية.

(١٢) جمع مالك.

(١٣) لأن العاقل يختار الأمين الشفيق على ما خلفه.

(١٤) قوله: "وصار" أى الإيصال إلى العبد القن كالإيصال إلى المكاتب، فذلك يجوز، فكذا هذا. (غن)

تتجزأ على ما هو المروى عن أبي حنيفة، أو نقول: يصار إليه كى لا يؤدى إلى إبطال أصله^(١)، وتغيير الوصف^(٢) لتصحيح الأصل أولى.

قال^(٣): ومن يعجز عن القيام بالوصية، ضم إليه القاضى غيره؛ رعاية لحق الموصى والورثة^(٤)، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته^(٥)، ونقص كفايته، فيتم النظر بإعانة غيره.

ولو^(٦) شكنا^(٧) إليه الوصى ذلك^(٨) لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكى قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، وإذا ظهر عند القاضى عجزه^(٩) أصلاً^(١٠) استبدل به^(١١) رعاية للنظر من الجانبين

ولو كان^(١٢) قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضى أن يخرج^(١٣)؛ لأنه لو اختار غيره، كان^(١٤) دونه؛ لما أنه كان مختار الميت ومرضيه، فإبقاءه أولى، ولهذا^(١٥)

(١٥) قوله: "والوصاية إلخ" جواب سؤال بسبيل المنع عن قولهما: وفى اعتبار هذه تجزئتها بأن يقال: لا، نسلم إن الوصاية لا تتجزأ، ولهذا روى الحسن عن أبي حنيفة فيما إذا أوصى إلى رجلين، أحدهما فى العين، والآخر فى تقاضى الدين يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصى إليه خاصة، ولئن سلمنا أن الوصاية لا تتجزأ على ما هو الظاهر عن أبي حنيفة حيث يكون كل واحد منهما وصياً فى العين والدين جميعاً، فنقول: إنما صرنا إلى تجزئ الإيصاء كى لا يطل أصل الإيصاء؛ لأننا لو لم نموز التجزئ يطل الإيصاء أصلاً، وفيه إلغاء كلام العاقل، فلا يجوز الإلغاء ما أمكن، وتغيير وصف الإيصاء أولى من تغيير أصل الإيصاء، فكان تغيير الوصف أحق. (عن)

(١) أى أصل التصرف، وهو نصف عبده وصياً على الصغار. (٤)

(٢) قوله: "وتغيير الوصف إلخ" يعنى فإن قيل: يفضى إلى تغيير وصفه، وهو جملة متجزئاً بعد أن لم يكن، قلنا: تغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى من هدره بالكلية. (٤)

(٣) أى القدرورى فى "مختصره".

(٤) قوله: "رعاية إلخ" فرعاية حق الموصى فى إبقاء الأول وصياً لتصرف الموصى، ورعاية حق الورثة فى ضم الآخر إليه. (ك)

(٥) وعدم خيانة.

(٦) ذكره تقريباً على مسألة المختصر. (غن)

(٧) أى إذا لم يظهر ذلك عنده، لكن شكى إليه إلخ.

(٨) أى عجزه عن التصرف.

(٩) عن القيام عن الوصية.

(١٠) قطعاً.

(١١) قوله: "استبدل به" فلو ظهر عند الموصى فى حياته عجزه استبدل به، فكذلك من قام مقامه فى النظر، وهو

القاضى. (عن)

(١٢) الوصى.

(١٣) الوصى.

قدم على أب الميت مع وفور شقيقته، فأولى أن يقدم على غيره.
وكذا^(١) إذا شكوا الورثة، أو بعضهم الوصي إلى القاضي، فإنه لا ينبغي له^(٢) أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة؛ لأنه^(٣) استفاد الولاية^(٤) من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة، فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته، وقد فاتت، ولو كان^(٥) في الإحياء لأخرجه^(٦) منها^(٧)، فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له.

قال^(٨): ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا في أشياء معدودة^(٩) نبيها إن شاء الله تعالى.

وقال أبو يوسف^(١٠): يتنرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سبيلها الولاية^(١١)، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فيثبت لكل منهما كمالاً

(١٤) الغير.

(١٥) قوله: "ولهذا" أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت، قدم على أب الميت في التصرف، فبالطريق الأولى أن يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير الميت. (عن)

(١) هذه أيضاً ذكرت تفرعاً. (غن)

(٢) أي للقاضي من الوصي.

(٣) الوصي.

(٤) والشاكي قد يكون ظالماً في شكواه. (غن)

(٥) الموصي.

(٦) الوصي.

(٧) وصاية.

(٨) أي القدوري في "مختصره".

(٩) قوله: "إلا في أشياء معدودة" وإنما قال: "إلا في أشياء معدودة لاختلاف العلماء فيها، فذكر في "الأسرار" ستة من تجهيز الميت، وقضاء الدين بجنس حقه، وشراء ما لا بد منه للصغير، وبيع ما يسرع إليه الفساد، ورد النصب والوديعة والخصومة، وذكر في "الجامع الصغير" لقاضي خان ثمانية: وهي الستة المذكورة في "الأسرار"، وتنفيذ الوصية، وقبول الهبة، وذكر فيه أيضاً جمع الأموال الضائعة، ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس الأموال الضائعة، فيمدان واحداً لئلا يزيد على ما نص عليه من الثمانية، والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك. (٦)

(١٠) قوله: "وقال أبو يوسف إلخ" روى عن أبي القاسم الصفار أن هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى الميت إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، فإنه يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، قال الفقيه أبو الليث: هذا أصح، وبه أخذ بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد منهما على الأفراد، وحكى عن أبي بكر الإسكافي أن الخلاف فيها جميعاً سواء أوصى إليهما جميعاً، أو متفرقاً، وجعل في "المبسوط"، هذا أصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وعنده يثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع، بخلاف الوكالة. (عناية)

(١١) قوله: "لأن الوصاية إلخ" أي الوصاية إنما تثبت بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصى إلى الوصي، لا بطريق الإنابة بدليل أن الإيهام يتم بقوله: أوصيت مطلقاً، ولو كان بطريق الإنابة لم يصح إلا بالتنصيص على ما هو المقصود

کولایة الإنکاح للأخوین، وهذا لأن الوصایة خلافة. وإنما تتحقق^(۱) إذا انتقلت الولاية إليه علی الوجه الذی کان ثابتاً للموصی، وقد کان^(۲) بوصف الکمال، ولأن اختیار الأب إیاهما يؤذن باختصاص کل واحد منهما بالشفقة^(۳)، فینزل ذلك منزلة قرابة کل واحد منهما.

ولهما أن الولاية^(۴) تثبت بالتفویض، فیراعی وصف التفویض، وهو وصف الاجتماع؛ إذ هو شرط مفید، وما رضى الموصی إلا بالمشئی، وليس الواحد کالمشئی. بخلاف الأخوین فی الإنکاح؛ لأن السبب هنالك القرابة^(۵)، وقد قامت^(۶) بكل منهما کملاً، ولأن الإنکاح حق مستحق لها^(۷) علی الولی حتی لو طالبتہ بإنکاحها من کفء یخطبها یجب علیه، وههنا حق التصرف للموصی، ولهذا یبقى^(۸) مخیراً فی التصرف، ففی الأول أوفی^(۹) حقاً علی صاحبه فصح، وفی الثانی استوفی^(۱۰) حقاً لصاحبه، فلا یصح أصله الذین الذی^(۱۱) علیهما^(۱۲)، ولهما

کالوکیل، فإنه لو قال: وکلنک، لا یملک التصرف ما لم یدکر ما ذا فوض إليه من التصرف، وکلذا لو قال: جعلتک حاکماً، لا یملک تفیذا لقضاء ما لم یمین له ذلك، وههنا لما صح الإیضاء إليه مطلقاً، عرفنا أنه إلیات الولاية بطریق الخلافة، والدلیل علیه أن أو ان ولایتہ بعد زوال ولاية الموصی، والولاية إذا ثبت لائین شرعاً، ثبت لكل واحد منهما کملاً علی الانفراد کالأخوین فی ولاية الإنکاح، فکلذا إذا ثبت شرطاً، وهذا لأن الولاية لا تحتمل التجزی؛ لأنها عبارة عن القدرة الشرعیة، والقدرة لا تتجزأ، بخلاف التوکیل والتقلید فی الحکومة. (ک)

(۱) الخلافة.

(۲) للموصی.

(۳) علی الورثة.

(۴) أى ولاية تصرف الوصی.

(۵) الأخوة.

(۶) القرابة.

(۷) المرأة.

(۸) الوصی.

(۹) قوله: "ففى الأول [أى الإنکاح] أوفى [أى أو فى أحد الأخوین حقاً واجباً علی صاحبه. عن] الخ" یعنی در صورت تزویج صغیره اگر یکی از دو برادر صغیره تزویج آن نماید ادامی کند حقى را که بر ذمه برادر دیگر است پس صحیح خواهد شد. (ترجمه)

(۱۰) قوله: "وفى الثانی [أى الإیضاء] استوفى [استوفى أحد الوصیین حقاً لصاحبه. عن] الخ" أى در صورت وصیت مذکوره اگر تصرف کند یکی از دو وصی لازم آید که استیفا نماید حق وصی دیگر را پس صحیح نخواهد شد. (ترجمه)

(۱۱) قوله: "أصله الذین الذی الخ" اگر دین یک کس بر ذمه دو کس باشد وادا کند یکی از آنها نصیب دیگری را صحیح می شود و اگر دین دو کس بر ذمه یک کس باشد ویکى از آنها استیفا نماید نصیب دیگری را صحیح نمی

بخلاف الأشياء المعدودة؛ لأنها من باب الضرورة، لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستثناة أبداً، وهى ما استثناه فى الكتاب^(١) وأخواتها، فقال: إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه؛ لأن فى التأخير فساد الميت، ولهذا^(٢) يملكه الجيران^(٣) عند ذلك^(٤)، وطعام الصغار وكسوتهم؛ لأنه يخاف موتهم^(٥) جوعاً وعرياناً^(٦).

ورد الوديعة بعينها^(٧)، ورد المغصوب، والمشتري شراء فاسداً، وحفظ الأموال، وقضاء الديون^(٨)؛ لأنها ليست من باب الولاية^(٩)، فإنه يملكه^(١٠) المالك^(١١)، وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه، وحفظ المال يملكه من يقع فى يده، فكان^(١٢) من باب الإعانة، ولأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى، وتنفيذ وصية بعينها^(١٣)، وعتق عبد بعينه؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى.

شود. (ترجمه)

(١٢) قوله: "عليهما ولهما" أى الدين إذا كان على رجلين، فأدى أحدهما ما على الآخر صح، وإن كان الدين لرجلين، فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح. (عن)

(١) أى القدورى.

(٢) قوله: "ولهذا يملكه الخ" أى لأجل أن فى تأخير الكفن فساد الميت يملك الجيران التكفين. (عن)

(٣) وإن لم يكن لهم ولاية. (عن)

(٤) التأخير.

(٥) فيكون من باب الضرورة. (عن)

(٦) بالضم: برهنه.

(٧) احتراز عن الوديعة اختلطت بماله بغير صنعه كالمكيل والموزون.

(٨) أى بجنس حقه. (ك)

(٩) قوله: "لأنها [أى هذه الأمور] ليست من باب الولاية" أى الولاية المستفاد من الموصى؛ لتحقيقها من غير أن

أوصى إليه. (٤)

(١٠) قوله: "فإنه يملكه الخ" أى أن من له الدين يملك أخذه، فليس التسليم من الولاية فى شيء، وكذلك تسليم

الوديعة، وكذلك رد المغصوب؛ لأن من له الحق يملك أيضاً. (عن)

(١١) قوله: "المالك" أى مالك الوديعة والمشتري والمغصوب إذا ظفر يأخذ من غير رضاه. (مل)

(١٢) هذا الحفظ.

(١٣) قوله: "وتنفيذ وصية الخ" أى كذلك تنفيذ الوصية بشيء بعينه، إذا كان يخرج من الثلث، فللموصى له أن

بأخذه، وكذلك لأحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم.

قال فى "شرح الطحاوى": وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوصايا المعينة، أو ينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذى

أوصى به نحو ما إذا أوصى بدرهم الرجل، فأدى أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كان ثياباً، فأدى من جنس تلك

الثياب من حيث إنه لا يحتاج إلى التصرف، فإنه يجوز أدائه، فأما إذا احتاج إلى بيع شيء حتى يؤدى من ثمنه الوصية،

فإن ذلك البيع لا يجوز إلا بإذن صاحبه، كذا ذكره الإمام الإسيبجاني. (غاية البيان)

والخصومة في حق الميت^(١)؛ لأن الاجتماع^(٢) فيها^(٣) متعذر، ولهذا يتفرد بها أحد الوكيلين.

وقبول الهبة؛ لأن في التأخير خيفة الفوات، ولأنه يملكه الأم، والذي في حجره، فلم يكن من باب الولاية، ويبع ما يخشى عليه التوى^(٤) والتلف؛ لأن فيه ضرورة لا تخفى، وجمع الأموال الضائعة^(٥)؛ لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده، فلم يكن من باب الولاية^(٦).

وفي "الجامع الصغير"^(٧): وليس لأحد الوصيين أن يبيع، أو يتقاضى، والمراد بالتقاضى الاقتضاء^(٨)، كذا كان المراد منه في عرفهم، وهذا لأنه^(٩) رضى بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف، فكان من باب الولاية.

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد^(١٠)، قيل^(١١): يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين؛ إذا وكل كل واحد على الانفراد، وهذا لأنه لما أفرد، فقد رضى برأى الواحد.

وقيل^(١٢): الخلاف في الفصلين واحد؛ لأن وجوب الوصية^(١٣) عند الموت،

(١) على رجل.

(٢) قوله: "لأن الاجتماع إلخ" كأحد الوكيلين بالخصومة يتفرد بها أحدهما، فأحد الوصيين أولى، فإن ولاية الوصي أعم، ولهذا كان للوصي أن يوصى إلى غيره، بخلاف الوكيل ليس له أن يوكل غيره. (عن)

(٣) للشغب في مجلس القضاء.

(٤) هلاك.

(٥) المتفرقة.

(٦) ألا ترى أن الجيران يفعلون كذلك. (عن)

(٧) قوله: "وفي الجامع الصغير إلخ" ذكر رواية "الجامع الصغير" لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضاءه، بل هو على الاختلاف. (عناية)

(٨) قوله: "والمراد بالتقاضى الاقتضاء [أي القبض. عن]" أي القبض في عرفهم، فيكون على الخلاف، وفي عرفنا يزداد به الطلب، فيملكه كل واحد منهما. (ك)

(٩) الموصى.

(١٠) أي بعقد على حدة، ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما. (٦)

(١١) القائل: أبو القاسم الصفار، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث.

(١٢) القائل: أبو بكر الإسكاف. (عن)

(١٣) قوله: "لأن وجوب إلخ" لأن وجوب الوصية يكون عند الموت، فتثبت الوصية لهما جميعاً، بخلاف الوكالة، وقد يوصى الإنسان إلى غيره على ظن أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده، ثم يتبين له عجزه عن ذلك، فيضم

بخلاف الوكيلين؛ لأن الوكالة تتعاقب، فإن مات ^(١) أحدهما ^(٢) جعل القاضي مكانه وصياً آخر.

أما عندهما، فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف ^(٣)، فيضم القاضي إليه وصياً آخر؛ نظراً للميت عند عجزه.

وعند أبي يوسف الحى منهما وإن ^(٤) كان يقدر على التصرف، فالموصى قصد أن يخلفه متصرفاً في حقوقه، وذلك ^(٥) ممكن التحقق ينصب وصى آخر مكان الميت.

ولو أن الميت ^(٦) منهما ^(٧) أوصى إلى الحى، فللحى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصى آخر؛ لأن رأى الميت باق ^(٨) - حكماً برأى من يخلفه. وعن أبي حنيفة ^(٩) أنه ^(١٠) لا ينفرد ^(١١) بالتصرف؛ لأن الموصى ما رضى بتصرفه وحده، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره؛ لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى، كما رضىه المتوفى ^(١٢).

إليه غيره، فكان بمنزلة الوصية إليهما معاً، بخلاف الوكيلين، فإن رأى الموكل قائم هناك، وإذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشر بنفسه، فلم يكن قصده إلى ضم الثاني إلى الأول، وإنما كان قصده إنابة كل واحد منهما منابه بالانفراد. (ك)

(١) قوله: "فإن مات ذكره بسبيل التفريم على مسألة المختصر. غن [الخ] هذا متصل بأول الكلام. (٤)

(٢) أى أحد الوصيين. (غن)

(٣) لأن أحد الوصيين لا يتفرد بالتصرف. (غن)

(٤) الواو وصلية.

(٥) أى مقصود الموصى.

(٦) ذكره بسبيل التفريم أيضاً. (غن)

(٧) أى من الوصيين.

(٨) قوله: "لأن رأى الميت باق إلخ" فالميت لما أوصى إلى صاحبه، فقد رضى بتصرفه، فصار فعله كفعلهما جميعاً، ألا ترى أنهما لو كانا حين، فإذن أحدهما لصاحبه أن يبيع وبشترى، ففعل جاز فعله في قولهم جميعاً، فكذلك ههنا. (غن)

(٩) برواية الحسن.

(١٠) أى الحى.

(١١) قوله: "أنه لا ينفرد" يعنى أن الميت رضى برأى الاثنين، ولم يرض برأى أحدهما، وفي اجتماع رأيهما منفعة؛ لأن الميت قصد أن يكون ماله بتدبير الاثنين؛ لكي يكون كل واحد منهما رقيباً على صاحبه، فإذا مات أحدهما، فقد فات ذلك المعنى، فلا يجوز أن يكون ماله بتدبير إنسان واحد. (غن)

(١٢) الموصى.

وإذا مات الوصي^(١)، وأوصى إلى آخر، فهو وصيه في تركته^(٢)، وتركه الميت الأول عندنا.

وقال الشافعي: لا يكون وصياً^(٣) في تركه الميت الأول؛ اعتباراً بالتوكيل^(٤) في حالة الحياة، والجامع^(٥) بينهما أنه^(٦) رضى برأيه، لا برأى غيره. ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة^(٧) إليه، فيملك^(٨) الإيصاء إلى غيره كالجد.

الآ يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصي في المال، وإلى الجدد في النفس^(٩)، ثم الجدد قائم مقام الأب^(١٠) فيما انتقل إليه. فكذا الوصي^(١١)، وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له^(١٢) ولايته، وعند الموت^(١٣) كانت له^(١٤) ولاية في التركتين، فينزل الثاني منزله^(١٥) فيهما؛ ولأنه^(١٦) لما

(١) ذكره بسبيل التفريم أيضاً. (عن)

(٢) قوله: "فهو وصيه في تركته إلخ" هذا إذا أطلق، أما إذا قال: جعلته وصي ما أتركه صار وصياً في تركته، وتركه موصيه في ظاهر الرواية؛ لأن تركه موصيه تركته أيضاً، وعند أبي يوسف ومحمد بصير وصياً في تركه الموصي فقط؛ لأنه نص عليه. (ك)

(٣) قوله: "لا يكون وصياً" لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملك. (ت)

(٤) قوله: "بالتوكيل" ثم التوكيل لا يجوز له أن يوكل غيره، فكذا الوصي لا يجوز له أن يوصي إلى غيره. (غن)

(٥) أي بين التوكيل والإيصاء.

(٦) أي أن الميت الأول.

(٧) من الميت بطريق الخلافة. (غن)

(٨) الوصي.

(٩) قوله: "وإلى الجدد في النفس" يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار، واستيفاء القصاص للجد، فكذا الوصي فيما انتقل إليه؛ لأنه خلف عن الأول، وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكماً، والحلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل. (عناية)

(١٠) قوله: "قائم مقام الأب" لأنه خلف عنه. عن إلخ "الأب كان له ولاية الإنكاح بنفسه، وإقامة غيره مقامه، فكذلك الجد له ولاية الإنكاح بنفسه، وإقامة غيره مقامه، وكذلك الموصي كان له ولاية التصرف في ماله بنفسه، وإقامة غيره مقامه، فكذلك الوصي لقيامه مقامه. (كفاية)

(١١) لأنه خلف عن الميت. (غن)

(١٢) أي للوصي.

(١٣) قوله: "وعند الموت إلخ" أي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركتين أي تركه نفسه سماه تركه باعتبار ما يؤول إليه، وتركه موصيه، أما في تركه موصيه، فباعتبار الوصاية إليه، فينزل الثاني منزله فيها. (عناية)

(١٤) أي للموصي.

(١٥) أي منزلة الوصي الأول.

استعان به^(١) في ذلك^(٢) مع علمه^(٣) أنه قد تعثر به المنية^(٤) قبل تتميم مقصوده بنفسه، وهو تلافى ما فرط منه^(٥)، صار^(٦) راضياً بإيصاءه^(٧) إلى غيره. بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل حتى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلا يرضى بتوكيل غيره^(٨)، والإيضاء إليه^(٩).

قال^(١٠): ومقاسمة الوصى^(١١) الموصى له عن الورثة^(١٢) جائزة، ومقاسمته الورثة عن الموصى له^(١٣) باطلة؛ لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب^(١٤)، ويرد عليه^(١٥) به^(١٦)، ويصير مغروراً بشراء المورث^(١٧)، والوصى خليفة الميت أيضاً،

(١٦) قوله: "ولأنه [الموصى]" أى لا نسلم أنه لم يرض برأى من أوصى إليه الوصى؛ لأنه إلخ.

(١) أى بالوصى.

(٢) أى فى تدارك ما فرط منه.

(٣) الموصى.

(٤) الموت.

(٥) قوله: "تلافى ما فرط منه" أى تدارك ما سبق من الميت من القصور، ولو قال: ما فرط فيه بالتشديد كان أولى

أى ما قصر فيه. (عن)

(٦) الموصى.

(٧) الوصى.

(٨) أى غير الوكيل الأول.

(٩) أى إيضاء الوكيل الأول إلى الغير عند موته. (عن)

(١٠) أى محمد. (عنى)

(١١) قوله: "ومقاسمة إلخ" رجل أوصى إلى رجل، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، وله ورثة صغار، أو كبار

غيب، فقاسم الوصى الموصى له نائباً عن الورثة، وأعطاه الثلث، وأمسك الثلثين للورثة، فالقسمة نافذة على الورثة فى

المنقول والعقار إن كانوا صغاراً، وفى المنقول إن كانوا كباراً حتى لو هلك حصّة الورثة فى يده لم يرجع الورثة على

الموصى له بشيء، وأما إذا كان الوارث كبيراً حاضراً، وصاحب الوصية غائباً، فقاسم الوصى مع الوارث عن الموصى له،

فأعطى الورثة حقهم، وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له، صغيراً كان أو كبيراً، حاضراً كان

أو غائباً فى المنقول والعقار جميعاً حتى لو هلك فى يد الموصى ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما فى

أيديهم، والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغاراً كان للموصى بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعاً،

أما إذا كانوا كباراً، فليس له بيع العقار عليهم، وله ولاية بيع المنقول، تكليداً للقسمة؛ لأنها نوع بيع، ووجه المسألة ما ذكره

فى الكتاب، وحاصله أن الورثة، والوصى كلاهما خلف عن الميت، فيجوز أن يكون الوصى خصماً عنهم وقائم مقامهم،

وأما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه، فلا يكون بينه وبين الوصى مناسبة حتى يكون خصماً عنه وقائماً

مقامه فى نفوذ القسمة عليه. (٤)

(١٢) أى نهاية عن الورثة. (لذ)

(١٣) أى نيابة عنه. (ك)

(١٤) أى فيما اشتراه المورث.

فيكون^(١) خصماً عن الوارث^(٢) إذا كان^(٣) غائباً، فصحت^(٤) قسمته عليه^(٥) حتى لو حضر^(٦)، وقد هلك ما في يد الوصي ليس له^(٨) أن يشارك الموصى له. أما الموصى له، فليس بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه^(٩) ملكه بسبب جديد^(١٠)، ولهذا لا يرد بالعيب^(١١)، ولا يرد عليه^(١٢)، ولا يصير مغروراً بشراء الموصى^(١٣)، فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي؛ لأن القسمة^(١٤) لم تنفذ^(١٥) عليه غير أن الوصي لا يضمن^(١٦)؛ لأنه أمين فيه.

(١٥) أى فيما إذا باعه المورث. (ك)

(١٦) أى بالعيب.

(١٧) قوله: "ويصير مغروراً [حتى يصير الولد حراً بالقيمة] بشراء إلخ" فإنه إذا اشترى جارية فمات، ثم استولدها الوارث، ثم استحقت الجارية، فإنه يرجع على بائع الميت، ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها الوارث من آخر، والمسألة بحالها، فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه؛ لأنه ليس بخليفة عن بائعه، حتى يكون غروره كغروره. (ع)

(١) الوصي.

(٢) قوله: "عن الوارث" لأن من كان خليفة لأحد كان خليفة لمن قام مقامه، فصار تصرفه كتصرفه إذا كان

غائباً. (ك)

(٣) الوارث.

(٤) قوله: "فصحت قسمته إلخ" لأن ولايته نافذة على الصغار، وعلى حفظ مال الكبار، والموصى له خصم، والقسمة بين الخصمين نفذت. (ك)

(٥) أى على الوارث.

(٦) أى الوارث. (عن)

(٧) الواو للحال.

(٨) أى الوارث.

(٩) موصى له.

(١٠) أى الوصية.

(١١) فيما اشتراه الموصى.

(١٢) فيما باعه الموصى.

(١٣) قوله: "ولا يصير [حتى لا يصير الولد حراً بالقيمة] مغروراً إلخ" حتى لو كان الموصى به جارية، فاستولدها الموصى له، ثم استحقت، أخذها المستحق وولدها، ولا يصير الولد حراً بالقيمة بحكم الغرور، بخلاف الوارث. (ك)

(١٤) أى قسمة الوصي. (عن)

(١٥) لأنه لا ولاية الموصى عليه. (ك)

(١٦) قوله: "غير أن الوصي إلخ" جواب سؤال، تقريره إذا كانت القسمة غير صحيحة، كان تصرفه غير مشروع، فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه. (ع)

وله ولاية الحفظ^(١) في التركة، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقي؛ لأن الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقي على الشركة.

قال: فإن قاسم الورثة^(٢) وأخذ نصيب الموصى له، فضاع^(٣) رجع الموصى له بثلث ما بقي؛ لما بينا^(٤).

قال^(٥): وإن كان الميت^(٦) أوصى بحجة، فقاسم الورثة^(٧)، فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي^(٨)، وكذلك إن دفعه^(٩) إلى رجل ليحج عنه^(١٠)، فضاع^(١١) في يده. وقال أبو يرسف: إن كان^(١٢) مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء، وإلا يرجع بتمام الثلث^(١٣).

وقال محمد: لا يرجع بشيء^(١٤)؛ لأن القسمة حق الموصى، ولو أفرز الموصى بنفسه مالا؛ ليحج عنه، فهلك لا يلزمه شيء، وبطلت الوصية، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه.

(١) قوله: "وله ولاية الحفظ إلخ" فيه إشارة إلى أنه لا ضمان عليه، إذا كان ما أفرزه للورثة في يده لما أن الحفظ إنما يتصور في ذلك، أما لو سلمه إليهم، فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض، وإن شاء ضمن الدافع بالدفء. (٤)

(٢) قوله: "فإن قاسم [الموصى] الورثة إلخ" كان معلوماً مما سبق من كلامه، ولكن ذكره لكونه لفظ "الجامع الصغير". (عناية)

(٣) ذلك النصيب.

(٤) إشارة إلى قوله: لأن القسمة لم تنفذ عليه. (عناية)

(٥) أي في "الجامع الصغير".

(٦) قوله: "وإن كان إلخ" رجل مات وترك أربعة آلاف درهم، وأوصى أن يحج عنه، وكان مقدار الحج ألف درهم، فأخذ الوصي ألفاً، ودفعها إلى الذي يحج عنه، فسرت في الطريق، قال أبو حنيفة: يؤخذ ثلث ما بقي من التركة، وهو ألف درهم، فإن سرت ثانياً، يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى وهكذا، وقال أبو يوسف: يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال، وذلك ثلاث مائة وثلاثة وثلاثون، وثلث درهم، فإن سرت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى، وقال محمد: إذا سرت الألف الأولى بطلت الوصية، فلا يؤخذ منه مرة أخرى. (عناية)

(٧) وهو الثلث المفرز. (عن)

(٨) من ماله.

(٩) الثلث. (عن)

(١٠) أي عن الميت. (عن)

(١١) قوله: "فضاع" أي فضاع في يد الرجل الذي دفع إليه الثلث ليحج عنه الميت. (عن)

(١٢) أي الهالك أي قد يحصل الحج. (عن)

(١٣) أي وإن لم يكن الهالك مستغرقاً للثلث. (عن)

(١٤) أي لا يعطى مرة أخرى. (عن)

ولأبي يوسف أن محل الوصية الثلث، فيجب تنفيذها ما بقي محلها، وإذا لم يبقَ بطلت لفوات محلها.

ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها، بل لمقصودها، وهي تأدية الحج، فلم تعتبر دونه^(١)، وصار كما إذا هلك قبل القسمة، فيُحج بثلث ما بقي، ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة؛ إذ لا قابض لها، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم، فصار كهلاكه قبلها.

قال^(٢): ومن أوصى بثلث ألف درهم، فدفعها^(٣) الورثة إلى القاضى، فقسّمها^(٤)، والموصى له غائب، فقسّمته جائزة^(٥)؛ لأن الوصية صحيحة^(٦)، ولهذا لومات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته^(٧)، والقاضى نصب ناظراً^(٨) لا سيما في حق الموتى^(٩) والغائب^(١٠)، ومن النظر إفران نصيب الغائب وقبضه، فنفذ ذلك^(١١)، وصح حتى لو حضر الغائب وقد^(١٢) هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل.

قال^(١٣): وإذا باع الوصى عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء، فهو جائز؛

(١) أى دون أداء الحج.

(٢) أى فى "الجامع الصغير".

(٣) ألف.

(٤) القاضى ألفاً.

(٥) قوله: "فقسّمته جائزة" ذكر الإمام المحبوبي بأن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن؛ لأن القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفذ أحد الشريكين بأخذ نصيبه من غير قضاء، ولا رضا، ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن، فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز؛ لأن القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز، فكذا قسمته قلت وضم المسألة فى الدرهم، وهى مما توزن. (٦)

(٦) قوله: "لأن الوصية صحيحة" قال الفقيه العتائى فى "شرحها للجامع الصغير": والوصية للغائب صحيحة؛ لأن قبوله ليس بشرط. (عن)

(٧) الموصى له.

(٨) لأمر المسلمين.

(٩) لعجزهم عن التصرف بأنفسهم. (عن)

(١٠) جمع غائب.

(١١) قوله: "نفذ ذلك" والفرق بين القاضى حيث جازت مقاسمته على الموصى له، وبين الوصى حيث لم يجز مقاسمته على الموصى له أن للقاضى ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف، فكان قسمته كقسمة الموصى له، والوصى لا يملك بيع شيء من مال الموصى له، فلم يكن له ولاية عليه أصلاً، فلم ينفذ قسمته. (عن)

(١٢) الواو حالية.

لأن الوصي قائم مقام الموصى، ولو تولّى (١) حياً بنفسه يجوز بيعه (٢) بغير محضر من الغرماء وإن (٣) كان في مرض موته، فكذا إذا تولاه (٤) من قام مقامه، وهذا لأن حقّ الغرماء متعلّق بالمالية، لا بالصورة، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المديون (٥)؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء أما ههنا فبخلافه.

قال (٦): ومن أوصى بأن يُباع عبده، ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي، وقبض الثمن، فضاع في يده، فاستحق العبد ضمن الوصي (٧)؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشتري منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه (٨)، فيجب عليه رده.

ويرجع (٩) فيما ترك الميت؛ لأنه عامل له (١٠)، فيرجع عليه كالوكيل (١١)، وكان أبو حنيفة يقول أولاً: لا يرجع (١٢)؛ لأنه ضمن بقبضه، ثم رجع (١٣) إلى ما ذكرنا (١٤)، ويرجع في جميع التركة.
وعن محمد أنه يرجع في الثلث؛ لأن الرجوع بحكم الوصية (١٥)، فأخذ

(١٣) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(١) البيع.

(٢) يعنى إذا باء بمثل قيمته.

(٣) الواو وصلية.

(٤) البيع.

(٥) قوله: "بخلاف العبد الخ" أى بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه، أو وصيه بغير محضر من الغرماء؛ لأن لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه، فيكون البيع مبطلا لحقهم، فلهم أن يطلوا البيع، وههنا حق الغرماء فى الثمن لا غير، فيكون البيع محققاً -لقههم لا مبطلا، فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء، وغير محضر منهم سواء. (عن)

(٦) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٧) أى الثمن للمشتري. (غن)

(٨) قوله: "بغير رضاه" لأن رضا المشتري بأخذ الوصي الثمن إما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم. (ك)

(٩) بما ضمن.

(١٠) للميت.

(١١) يرجع على الموكل بما ضمن.

(١٢) قوله: "لا يرجع [فى مال الميت بشئء. عن]" أى لا يرجع الوصي على أحد؛ لأنه ضمن بقبضه أى لأنه تبين

بطلان الوصية باستحقاق الغلام، ولم يكن عاملاً للورثة، فلا يرجع عليهم بشئء. (كفاية)

(١٣) الإمام.

(١٤) أى أنه يرجع.

حكمها، ومحل الوصية الثلث، وجه الظاهر أنه يرجع عليه^(١) بحكم الغرور، وذلك دين عليه^(٢)، والدين يقضى من جميع التركة.

بخلاف القاضى أو أمينه^(٣)، إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه؛ لأن فى إلزامها^(٤) القاضى تعطيل القضاء؛ إذ يتحامى^(٥) عن تقلد هذه الأمانة^(٦)؛ حذرا عن لزوم الغرامة^(٧)، فتعطل مصلحة العامة، وأمينه^(٨) سفير عنه كالرسول، ولا كذلك الوصى؛ لأنه بمنزلة الوكيل، وقد مر^(٩) فى كتاب القضاء، فإن كانت التركة قد هلكت، أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء^(١٠)، كما إذا كان على الميت دين آخر.

قال^(١١): وإن قسم الوصى الميراث، فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه، وقبض الثمن فهلك^(١٢)، واستحق العبد رجوع فى مال الصغير^(١٣)؛ لأنه عامل له، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

قال^(١٤): وإذا احتال^(١٥) الوصى بمال اليتيم^(١٦)، فإن كان خيراً لليتيم جاز، وهو

(١٥) قوله: "لأن الرجوع بحكم الوصية" لأن البيع كان لتنفيذ الوصية، فكان حكمه حكم الوصية، والوصية تنفذ من الثلث عليه. (كفاية)

(١) قوله: "أنه يرجع الخ" أى أن الوصى يرجع على الميت على تركته بحكم أن الميت غره بقوله: إن هذا ملكى؛ لأنه لما أمره ببيع عبده، وتصدق ثمنه على المساكين كان قائلاً: إن هذا العبد ملكى، فكان الوصى مغروراً من جهته، وكان ذلك الضمان ديناً على الميت، والدين يقضى من جميع التركة، كذا ذكره الإمام قاضى خان. (ك)
(٢) أى على الميت.

(٣) قوله: "بخلاف القاضى أو أمينه" إذا تولى البيع، فاستحق العبد، أو مات، وقد ضاع الثمن فى يده حيث لا يرجع المشتري على القاضى أو أمينه؛ لأنه لا عهدة عليهما. (غاية البيان)
(٤) العهدة.

(٥) تحامى: خود را نگاه داشتن. (م)

(٦) أى القضاء.

(٧) بالفتح: تاوان زده شدن وآنجہ اداى آن لازم باشد. (م)

(٨) القاضى.

(٩) قوله: "وقد مر" أى فى آخر فصل القضاء بالموارث من فصول كتاب أدب القاضى. (ك)

(١٠) قوله: "لم يرجع بشيء" أى لأعلى الورثة، ولا على المساكين إن كان تصدق عليهم؛ لأن البيع لم يقع إلا للميت، فصار كما إذا كان على الميت دين آخر، وذكر فى "الذخيرة" محالاً إلى "المنتقى": أن الوصى يرجع على المساكين، والقياس هكذا؛ لأن غنم تصرف الوصى عاد إليهم، فالغرم يجب أن يكون عليهم، وهذه الرواية تخالف رواية "الجامع الصغير"، ووجه رواية "الجامع الصغير" أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف، وهو الصواب، والفقير تبم له. (ع)

(١١) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٢) الثمن بيده.

(١٣) بما ضمن للمشتري.

أن يكون ^(١) أهلاً ^(٢)؛ إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول ^(٣) أهلاً لا يجوز؛ لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ^(٤).

قال ^(٥): ولا يجوز بيع الوصي، ولا شراء إلا بما يتغابن الناس في مثله؛ لأنه لا نظر في الغبن الفاحش ^(٦)، بخلاف اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه، ففي اعتباره ^(٧) انسداد بابه ^(٨).

والوصي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم، وشراءهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ^(٩)، والإذن فك الحجر.

بخلاف الوصي؛ لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً، فيتقيد بموضع النظر ^(١٠)، وعندهما لا يملكونه؛ لأن التصرف بالفاحش منه تبرع، لا ضرورة فيه،

وهم ليسوا من أهله ^(١١)، وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة، وكتاب الشراء على حدة؛ لأن ذلك أحوط ^(١٢).

ولو كتب ^(١٣) جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل،

(١٤) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(١٥) حواله قبول كرد.

(١٦) أى بدين اليتيم على رجل.

(١) المحتمل عليه.

(٢) قوله: "أهلاً [أى أقدر على الأداء من المحيل المديون] ملؤ الرجل ملاءة: توانكر ومالدار ونيكو معاملة جريد. (من)

(٣) قوله: "وإن كان الأول [المديون] إلخ" وإن كانا سواء ذكر أنه لا يجوز، كذا ذكره الإمام المحبوبي، وفي "الذخيرة" وإن كان الثانى مثل الأول فى الملاء، فقد اختلف المشايخ فيه، وأشار فى الكتاب إلى أنه لا يجوز. (ك)

(٤) قوله: "على بعض الوجوه" وهر أنه إذا لم يكن ملبياً يتأخر الأداء، والتأخير إتلاف من وجه. (ك)

(٥) أى فى "الجامع الصغير". (غن)

(٦) قوله: "الفاحش" وأصح ما قيل: فى الفرق بين الغبن الفاحش واليسير أن ما يدخل تحت تقويم المقومين، فهو غبن يسير، وما لا يدخل، فهو فاحش. (نهاية)

(٧) أى اعتبار التحرز عن اليسير.

(٨) أى باب الوصاية.

(٩) قوله: "لأنهم يتصرفون [فصاروا كالحر البالغ فى تصرفهم. غن] إلخ" أى يتصرفون بأهليتهم، لا بأمر المولى؛ لأن الإذن فك الحجر، فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد، بخلاف الوصى.

(١٠) ولا نظر فى إتلاف المال. (غن)

(١١) تبرع.

(١٢) قوله: "لأن ذلك أحوط" أنه لو كتب كتاباً واحداً، أو جمع بين الوصية والشرى، ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية، فعند أداء الشهادة عسى أن يشهد بجميع ذلك، فيكون شاهد زور. (ك)

فيصير ذلك حملاً^(١) له على الكذب، ثم قيل: يكتب^(٢) اشترى من فلان ابن فلان، ولا يكتب من فلان وصى فلان؛ لما بينا^(٣)، وقيل: لا بأس بذلك؛ لأن الوصاية تعلم ظاهراً.

قال^(٤): ويبيع الوصي على الكبير الغائب^(٥) جائز في كل شيء إلا في العقار^(٦)؛ لأن الأب يلي ما سواه^(٧)، ولا يليه^(٨)، فكذا^(٩) وصيه فيه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً؛ لأنه لا يملكه الأب على الكبير^(١٠) إلا أنا استحسانه؛ لما أنه^(١١) حفظ لتسارع الفساد^(١٢) إليه، وحفظ الثمن أيسر، وهو^(١٣) يملك الحفظ، أما العقار، فمحصن^(١٤) بنفسه، قال: ولا يتجر^(١٥) في المال؛ لأن المفوض

(١٣) قوله: "ولو كتب جملة" بأن كتب اشترى من فلان وصى فلان، وأشهد عليه قوماً، وفيهم من لم يشهد على الإيصاء، فرمى يشهد بالكل، فيكون حملاً له على الكذب، وهذا لأنه قلما يتفق أن يكون الشهود على الأمرين فريقاً واحداً. (كافى)

(١) أى باعثاله.

(٢) أى القاضى أو المشتري. (غن)

(٣) إشارة إلى قوله: لأن ذلك أحوط. (٤)

(٤) أى فى "الجامع الصغير". (عن)

(٥) قوله: "الغائب" قيد بالغبية؛ لأنهم إذا كانوا حضوراً ليس للوصى التصرف فى التركة أصلاً، لكن يتقاضى ديون الميت، ويقضى حقوقه، ويدفع إلى الورثة إلا إذا كان على الميت دين، أو أوصى بوصيته، ولم يقضى الورثة الدين، ولم ينفذوا الوصية من ماله، فإنه يبيع التركة. (عناية)

(٦) قوله: "إلا فى العقار" استثنى العقار فى حق الكبير الغائب، أما فى حق الصغير يملك بيع العقار أيضاً، وهذا جواب السلف، وأما جواب المتأخرين أنه إنما يجوز بأحد شروط ثلاثة، أما أن يرغب المشتري فيه بضعف القيمة، أو للصغير حاجة إلى ثمنها، أو بأن يكون على الميت دين، ولا وفاء له إلا به، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. (ك)

(٧) أى ما سوى بيع العقار.

(٨) أى يبيع العقار على ولده الكبير.

(٩) لأنه يقوم مقامه. (زيلعى)

(١٠) قوله: "لأنه لا يملكه الأب إلخ" فيه صورة التناقض لقوله: لأن الأب يلي ما سواه، ويقضى عنه بأن الأب لا يملكه بالولاية الحقيقية، ويملكه بجهة الحفظ والنظر. (ك)

(١١) أى يبيع غير العقار.

(١٢) لأن المنقول مما يخشى عليه التلف. (غن)

(١٣) الوصى.

(١٤) قوله: "فمحصن [أى محفوظ، لا يخشى عليه التلف. عن]" فلا حاجة فيه إلى البيع، ولو كان عليه دين يبيع العقار، ثم إن كان الدين مستغرقاً باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقاً باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند أبي حنيفة جاز له بيع كله؛ لأنه يبيعه بحكم الولاية، فإذا ثبت فى البعض ثبت فى الكل؛ لأنها لا تنجز، ولو خيف هلاكه يملك بيعه؛ لأنه تعين حفظه كالمقول، والأصح أنه لا يملك؛ لأنه نادر. (زيلعى)

إليه الحفظ دون التجارة.

وقال أبو يوسف ومحمد^(١): وصى الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الأب في الكبير الغائب^(٢)، وكذا وصى الأم ووصى العم، وهذا الجواب في تركة هؤلاء^(٣)؛ لأن وصيهم قائم مقامهم، وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ، فكذا وصيهم، قال^(٤): والوصي^(٥) أحق بمال الصغير من الجد.

وقال الشافعي: الجد أحق؛ لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث، فيقدم على وصية.

ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه^(٦)، فكانت ولايته قائمة معني، فيقدم^(٧) عليه^(٨) كالأب نفسه^(٩)، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه^(١٠) انظر لبنيه من تصرف أبيه. فإن لم يوص الأب، فالجد بمنزلة الأب؛ لأنه أقرب الناس إليه، وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصى الأب في التصرف؛ لما بيناه^(١١).

(١٥) الوصي.

(١) لا خلاف في هذه المسألة، وإنما خص ذكرهما في "الجامع الصغير". (من)

(٢) يعني أن وصيه يملك بيع العروض، ولا يملك بيع العقار. (عن)

(٣) قوله: "وهذا الجواب في تركة هؤلاء" وقيد به؛ لأن الوصي كالوصي وهم لا يملكون إلا الحفظ، فكذا وصيهم، فإن كان للصغير مال، لا من تركتهم لا يملك وصيهم حفظه؛ لأن ولاية الحفظ مقصورة على تركة الوصي. (ك)

قوله: "في تركة هؤلاء" يعني الأخ والأم والعم، وإنما قيد بتركة هؤلاء؛ لأن وصى هؤلاء فيما ترك الأب ليس كوصى الأب في الكبير الغائب، فإن وصى الأم لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار، والمنقول في ذلك سواء؛ لأنه قائم مقام الأم، فإنها في حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير، وكذلك وصيها، وأما ما ورثه الصغير من الأم، فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار؛ لأن له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ دون العقار إذا لم يكن على التركة دين أو وصية، أما إذا كان، فإن كان مستغرقاً، فله بيع الكل، ودخل بيع العقار تحت ولايته؛ لأن بيع العقار طريق قضاء الدين، وقضاء الدين دخل تحت ولايته، وإن لم يكن مستغرقاً ببيع بقدر الدين، وأما بيع الزيادة على قدر الدين، فعلى الاختلاف المار، وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الأخ والعم؛ لأنه كما لا ولاية للأم على الصغير في المال كذلك لا ولاية للأخ، والعم عليه. (عناية)

(٤) أى في "الجامع الصغير". (غن)

(٥) أى وصى الأب.

(٦) الوصي.

(٧) الوصي.

(٨) الجد.

(٩) يقدم على الجد.

(١٠) الوصي.

فصل في الشهادة^(١)

قال^(٢): وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما، فالشهادة باطلة^(٣)؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما.

قال^(٤): إلا أن يدعيها^(٥) المشهود له، وهذا^(٦) استحسان، وهو في القياس^(٧) كالأول؛ لما بينا من التهمة.

وجه الاستحسان أن للقاضي^(٨) ولاية نصب الوصي ابتداءً، أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما، فتسقط بشهادتهما مؤنة^(٩) التعيين عنه^(١٠)، أما الوصاية تثبت بنصب القاضي.

قال^(١١): وكذلك^(١٢) الابنان، معناه إذا شهدا^(١٣) أن الميت أوصى إلى رجل، وهو^(١٤) ينكر؛ لأنهما^(١٥) يجبران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظٍ للتركة.

(١١) إشارة إلى قوله: إن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه. (عن)

(١) قوله: "فصل في الشهادة" إنما أحر ذكر الشهادة في الوصية؛ لكونها عارضية فيها غير أصلية؛ لأن الأصل عدم العارض. (عن)

(٢) في "الجامع الصغير". (عيني)

(٣) أي أنكروا فلان الوصاية.

(٤) أي من محمد. (عيني)

(٥) الوصاية.

(٦) أي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية. (ك)

(٧) قوله: "وهو في القياس الخ" أي قبول شهادتهما لآخر أنه وصى معهما إذا ادعى المشهود له، وذلك استحسان، وفي القياس لا تقبل الشهادة، كما إذا أنكروا المشهود له ذلك، وهذا معنى قوله: كالأول. (غن)

(٨) قوله: "أن للقاضي الخ" فإن قيل: إذا كان للميت وصيان، فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصياً آخر، فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة، فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت الشبهة فيه، قلنا: القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الوصيين، والموصي لهما والوراثان متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال إلا بالثالث، فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمه وصى، وهناك تقبل الشهادة، فكذا ههنا. (كفاية)

(٩) مشقة.

(١٠) أي عن القاضي.

(١١) أي من محمد. (عيني)

(١٢) قوله: "وكذلك [أي باطلة]" معطوف على المستثنى منه، وهو قوله: فالشهادة باطلة. (عناية)

(١٣) أي الابنان.

(١٤) الواو حالية.

(١٥) ابين.

ولو شهدا يعني الوصيين لوارثٍ صغيرٍ بشيءٍ من مال الميت، أو غيره^(١)، فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يُظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به^(٢).

قال^(٣): وإن شهدا لوارثٍ كبيرٍ في مال الميت لم يجز، وإن كان في غير مال الميت جاز، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إن شهدا لوارثٍ كبيرٍ تجوز^(٤) في الوجهين؛ لأنه لا يثبت^(٥) لهما ولاية التصرف في التركة، إذا كانت الورثة كباراً، فعريت^(٦) عن التهمة. وله أنه يثبت، لهما ولاية الحفظ^(٧)، وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث، فتحققت التهمة.

بخلاف شهادتهما^(٨) في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه؛ لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته، لا في غيرها^(٩).

قال^(١٠): وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم، وشهد الآخران^(١١) للأولين^(١٢) بمثل ذلك جازت شهادتهما، وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم^(١٣) لم تجز، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو

(١) أي غير مال الميت.

(٢) قوله: "لأنهما يُظهران إلخ" أي أنهما شهدا لأنفسهما بحق التصرف، فبطلت الشهادة، كما أن الرجلين يشهدان أن لنا، ولهذا المدعى على هذا ألف درهم، فالشهادة باطلة؛ لأن شهادة المنهم لا يقبل، وشهادة الخصم لا يقبل، فكذلك ههنا. (عن)

(٣) أي محمد. (عيني)

(٤) قوله: "تجوز" أي تجوز شهادة الوصيين لوارث كبير في مال الميت، وفي غير مال الميت. (عن)

(٥) بهذه الشهادة.

(٦) الشهادة.

(٧) لأن حفظ مال الميت إليهما في حق الكبير إذا غاب. (عن)

(٨) قوله: "بخلاف شهادتهما [الوصيين] إلخ" لأن الوصي إنما صار خصماً بقبول الوصاية فيما هو من جملة

الميراث، وأما فيما هو للوارث الكبير على الأجنبي، لا بطريق الإرث هو كأجنبي آخر. (ك)

(٩) أي لا في غير تركته.

(١٠) أي محمد. (عيني)

(١١) المشهود لهما.

(١٢) الشاهدين.

(١٣) مرسلة.

يوسف: لا تقبل^(١) في الدين أيضاً.

وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف^(٢) مع أبي يوسف^(٣)، وعن أبي يوسف مثل^(٤) قول محمد. وجه القبول أن الدين^(٥) يجب في الذمة^(٦)، وهي قابلة لحقوق شتى، فلا شركة^(٧)، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة. وجه الرد^(٨) أن الدين بالموت يتعلق بالتركة^(٩)؛ إذ الذمة خربت بالموت، ولهذا لو استوفى أحدهما^(١٠) حقه من التركة يشاركه الآخر فيه، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة^(١١)، فتحققت التهمة^(١٢).

بخلاف حال حياة المديون؛ لأنه في الذمة لبقاءها^(١٣)، لا في المال، فلا يتحقق الشركة.

(١) الشهادة.

(٢) في آداب القاضى. (عن)

(٣) قوله: "مع أبي يوسف [يعنى لا تقبل شهادة عند أبي حنيفة في الدين أيضاً، كما قال أبو يوسف] أى لا يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر، لا فى حق الدين، ولا فى الوصية بألف درهم. وقوله: وعن أبي يوسف مثل قول محمد أى تجوز شهادة كل فريق من الشاهدين فى حق الآخر فى حق الدين، ولا يجوز فى حق الوصية بألف درهم، فصار عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، وعن أبي يوسف كذلك، وعن محمد رواية واحدة. (ك)

(٤) قوله: "مثل" يعنى لا تقبل الشهادة عند أبي حنيفة فى الدين أيضاً، كما قال أبو يوسف (عن)

(٥) قوله: "أن الدين" فكل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين فى ذمة الميت، ولو شهدا بذلك فى حياته كانت الشهادة مقبولة، فكذا إذا شهدا به بعد موته، وهذا لأن الدين بالموت لا يتحول من الذمة إلى التركة، ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شىء من الدين. (عن)

(٦) قوله: "يجب فى الذمة إلخ" بخلاف الوصية؛ لأن الحق بالوصية لا يثبت فى الذمة، وإنما يثبت فى العين، فصار المال مشتركاً بينهم. (عن)

(٧) فوقعت الشهادة لغير الشاهد. (عن)

(٨) أى رد الشهادة.

(٩) فصار بمنزلة الوصايا المشتركة. (عن)

(١٠) فريقين.

(١١) قوله: "مثبتة إلخ" فشهادة كل فريق يلاقى محلاً مشتركاً، فهو نظير مسألة الوصية بالثلث، وهذا لأن المقصود من إثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة، وباعتبار المقصود يتحقق الشركة بينهم فيه. (عن)

(١٢) قوله: "فحققت التهمة" لا يقال: إن لهما فى هذه الشهادة مضرة، وهو أن لا يسع التركة حق الفريقين، فينتقص حقهما بالشركة؛ لأننا نقول: هذا توهم عسى يتحقق، وعسى لا يتحقق، ومنفعة ثبوت حق المشاركة فيما يستوفيه الآخر متحققة، فيرد الشهادة لهذا. (ك)

(١٣) ذمة.

قال^(١): ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته، وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق؛ لأنه لا شركة^(٢)، فلا تهمة^(٣). ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله، فالشهادة باطلة^(٤). وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بالعبد، وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله، فهي باطلة؛ لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة^(٥) للشركة.

كتاب الخثى^(١) فصل في بيانه^(٧)

قال^(٨): وإذا كان^(٩) للمولود فرج وذكر، فهو خثى، فإن كان يبول من الذكر، فهو غلام، وإن كان يبول من الفرج، فهو أنثى؛ لأن النبی علیه السلام سئل عنه^(١٠) كيف يورث، فقال*: «من حيث يبول»^(١١)، وعن علي رضي الله عنه مثله^(١٢)*، ولأن البول من أي عضو كان، فهو دلالة على أنه هو العضو

(١) أي محمد. (عيني)

(٢) في المشهود به.

(٣) قوله: "لأنه لا شركة إلخ" لأن كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل. (عن) اللهم اغفر لكاتبه، ولمن سعى فيه والديهم أجمعين آمين ثم آمين يا رب العالمين

(٤) قوله: "فالشهادة باطلة" وهذا لأن الثلث مشترك بين الموصى لهم، فشهادة كل فريق، لاقت محلاً مشتركاً بين المشهود له والشاهد. (عن)

قوله: "باطلة" لأنهما أوجبا شركة لأنفسهما فيما شهدا به للآخرين، وكذلك أي شهدا للآخرين بألف مرسله أيضاً. (ك)
(٥) لأنهم يشتركون في ثلث العبد. (غن)

(٦) قوله: "كتاب الخثى" أخر كتاب الخثى لوقوع الخثى نادراً؛ لأن الأصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة، أما آلة المرأة، واجتماع الآتين في شخص واحد في غاية الندرة، لكن قد يقع ذلك، فيحتاج إلى بيان حكمه، فلأجل هذا أخره عن سائر الكتب.

(٧) قوله: "فصل في بيانه [أي بيان الخثى. عن]" فإن قيل: الفصل إنما يذكر لقطع شيء من 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 الخثى، وفصل في أحكامه. (٤)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) الظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف. (عناية)

(١٠) أي عن مولود له قبل وذكر. (ت)

* راجع نصب الرتبة ج ٤ ص ٤١٧، والدراية ج ٢ ص ٢٩٥، الحديث ١٠٦٢. (تعميم)

(١١) رواه ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس. (ت)

(١٢) قلت: رواه عبد الرزاق في "مصنفه" في الفرائض. (ت)

الأصلي الصحيح^(١)، والآخر بمنزلة الغيب، وإن بال منهما، فالحكم للأسبق^(٢)؛ لأن ذلك دلالة أخرى^(٣) على أنه هو العضو الأصلي.

وإن كانا في السبق على السواء، فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة، وقالوا: ينسب إلى أكثرهما بولا؛ لأنه^(٤) علامة قوة ذلك العضو، وكونه عضوا أصليا، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع، فيترجح بالكثرة. وله أن كثرة الخروج ليس تدل على القوة؛ لأنه قد يكون^(٥) للتوسع^(٦) في أحدهما، وضيق في الآخر، وإن كان يخرج منها^(٧) على السواء، فهو مشكل بالاتفاق؛ لأنه لا مرجح.

قال^(٨): وإذا بلغ الخنثى، وخرجت لحيته، أو وصل إلى النساء، فهو رجل، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل، أو كان له ثدي مستو؛ لأن هذه من علامات الذكuran^(٩). ولو ظهر له ثدي كثندي المرأة، أو نزل له لبن في ثديه، أو حاض، أو حبلى، أو أمكن الوصول إليه من الفرج، فهو امرأة؛ لأن هذه من علامات النساء، وإن لم يظهر^(١٠) إحدى هذه العلامات، فهو خنثى مشكل، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم^(١١).

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤١٧، والدراية ج ٢ ص ٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

(١) قوله: "على أنه هو العضو إلخ" وذلك لأن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة الآلة، وذلك في آدمي، وفي سائر الحيوانات، وعند انفصال الولد من الأم منفعة تلك الآلة بخروج البول منها، وما سواه من المنافع يحدث بعد ذلك، فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبلا، فإذا كان يبول من مبال الرجل عرفنا أن الآلة هذه، والآخر زيادة بمنزلة الحرق في البدن، وإن كان يبول من مبال النساء عرفنا أن الآلة هذه، وإن الآخر بمنزلة تؤلول في البدن. (ك)

(٢) قوله: "فالحكم للأسبق" لأن السبق من أسباب الترجيح، فدل السبق على أنه هو المجرى الأصلي، وخروجه بعد ذلك من موضع آخر انصراف عن المجرى لعله، أو عارض، فلا يلتفت إليه. (عن)

(٣) قوله: "دلالة أخرى" والفقهاء فيه أنه حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ اسم المبال قبل أن يأخذ الآخر ذلك الاسم، والثاني يعارضه الأول حين وجوده، فترجح السابق. (٤)

(٤) أي كثرة البول.

(٥) الكثرة.

(٦) فإن مخرج بول النساء أوسع من مخرج بول الرجال. (عن)

(٧) قوله: "وإن كان إلخ" أي إذا كان بوله في الخروج، والكثرة على السواء، كان مشكلا بالاتفاق، وفي شرح الطحاوي: "وقال أبو يوسف ومحمد: يعتبر الأكثر منهما، فإن استويا في الكثرة، قالوا جميعا: لا علم لنا به. (ك)

(٨) أي القدوري في "مختصره". (عن)

(٩) قوله: "لأن هذه من علامات الذكuran [جمع ذكر محرركة: مرد خلاف زن]" وقوله في ذلك: مقبول؛ لأنه أمر في باطنه لا يعلمه غيره، وقول الإنسان: مقبول فيما يخبر عما في باطنه عما لا يعلمه غيره. (عن)

(١٠) بعد البلوغ. (عن)

(١١) بأن ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة. (ك)

فصل في أحكامه^(١)

قال رضى الله عنه: الأصل في الخنثى^(٢) المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته.

قال^(٣): وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء^(٤)؛ لاحتمال أنه امرأة، فلا يتخلل الرجال كى لا تفسد صلاتهم، ولا النساء^(٥) لاحتمال أنه رجل، فيفسد صلاته.

فإن قام في صف النساء، فأحب إلي أن يعيد صلاته^(٦)؛ لاحتمال أنه رجل، وإن قام في صف الرجال، فصلاته تامة، ويعيد الذى عن يمينه^(٧)، وعن يساره، والذى خلف بحذاءه صلاتهم احتياطاً؛ لاحتمال أنه امرأة.

(١) قوله: "فصل في أحكامه" لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل؛ لأن غير المشكل: إما أن يكون رجلاً أو امرأة، وحكم كل واحد منها معلوم، ذكر في هذا الفصل أحكامه، فقال: الأصل في الخنثى المشكل، ولم يقل: المشكلة؛ لأنه لم يعلم تكبيره وتأنثيه، والأصل هو الذكر؛ لأن حواء خلقت من ضلع آدم. (ع)
قوله: "في أحكامه" أى أحكام الخنثى المشكل، وهو الذى لم يظهر فيه إحدى علامات، أو تعارضت العلامات، تكبير الضمير الراجع إلى الخنثى لتغليب الذكر على الأنثى؛ لأن فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة. (غن)

(٢) قوله: "في الخنثى" فإن قلت: يستتبط من قوله تعالى: ﴿يَهَب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ إن الله تعالى قسم الحيوانات على هذين القسمين، فمن أين الخنثى المشكل، قلت: الخنثى المشكل ليس بذكر، ولا أنثى عندنا، وأما عند الله تعالى فهو داخل فى أحدهما، قال الإمام الرازى فى تفسيره فى تفسير سورة الليل: التقسيم بالذكر والأنثى يشمل جميع ذوى الأرواح الذين هم أشرف المخلوقات، وأما الخنثى، فهو بنفسه لا بد أن يكون إما ذكراً أو أنثى، بدليل أنه لو حلف بالطلاق أنه لم يلق فى هذا اليوم لا ذكر، أو لا أنثى، وكان قد بقى خنثى، فإنه يحنث فى يمينه، انتهى كلامه، وقال الجلال المحلى فى تفسيره: الخنثى المشكل عندنا ذكر أو أنثى عند الله، فيحنث بتكليمه من حلف لا يكلم ذكراً، ولا أنثى، وفى حواشى سليمان الجمل عليه؛ لأن الله لم يخلق من ذى الأرواح إلا ذكراً أو أنثى، والخنثى إما هو مشكل عندنا خلافاً لأبى الفضل الهمدانى فى ما حكاه وجهاً أنه ثالث النوعين. (مولوى محمد عبد الحى دام فيضه)

(٣) أى القدورى فى "مختصره". (عن)

(٤) أى خلف صف الرجال، وأمام صف النساء. (عن)

(٥) أى لا يتخلل النساء.

(٦) قوله: "فأحب إلخ" إنما قال: استحباب إعادة الصلاة دون الوجوب؛ لأن المسقط، وهو الأداء معلوم، والمفسد ومحاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم، فلتوهم أحب له أن يعيد الصلاة، كذا فى "المبسوط" وذكر فى "الذخيرة"، فإن قام فى صف النساء، فصلى، قال: أحب إلى أن يعيد صلاته؛ لأنه صبى أو صبوية، فإن كانت صبوية يجوز لها صلاتها، ويحتمل أن يكون صبياً، فيفسد صلاته، فيؤمر بالإعادة تخلفاً واحتياطاً، فإن لم يعد، فلا شىء عليه إن كان مراهقاً، وإن كان بالغاً، وكان مشكلاً حاله يلزمه الإعادة حتماً، وإيجاباً؛ لأنه ذكر أو أنثى، فإن كان أنثى لا تلزمها الإعادة، وإن كان ذكراً كان عليه الإعادة، فيجب عليه الإعادة احتياطاً. (ك)

(٧) قوله: "ويعيد الذى إلخ" وفى "المبسوط": والمراد بالإعادة الإعادة على طريق الاستحباب؛ لما بينا أن محاذاة المرأة الرجل فى حقهم موهوم، ومبنى العبادة على الاحتياط، فيستحب لهم أن يعيدوا صلاتهم لهذا. (ك)

قال^(١): وأحب إلينا^(٢) أن يصلى بقناع^(٣)؛ لأنه يحتمل أنه امرأة^(٤)، ويجلس في صلاته جلوس المرأة؛ لأنه إن كان رجلاً، فقد ترك سنة، وهو جائز في الجملة، وإن كان امرأة، فقد ارتكب مكروهاً؛ لأن الستر على النساء واجب ما أمكن.

وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد؛ لاحتمال أنه امرأة، وهو على الاستحباب^(٥)، وإن لم يعد أجزاءه. وتُبتاع^(٦) له أمة تختنه إن كان له مال؛ لأنه يباح لمملوكته^(٧) النظر إليه، رجلاً كان أو امرأة، ويكره أن يختنه رجل؛ لأنه عساه أنثى، أو تختنه امرأة؛ لأنه لعله رجل، فكان الاحتياط فيما قلنا.

وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمام أمة من بيت المال؛ لأنه أعد لنوائب^(٨) المسلمين، فإذا خنته باعها ورد ثمنها في بيت المال؛ لوقوع الاستغناء عنها. ويكره له في حياته^(٩) لبس الحلّى والحريز، وأن يتكشف قدام الرجال^(١٠)، أو

(١) قوله: "قال إلخ" لفظ "قال" لم يقع في موقعه؛ لأنه إنما يقول: بلفظ "قال" إذا كانت المسألة المذكورة في البداية مسنداً للفعل إما إلى محمد، وإما إلى القدوري، وهذه لم يذكر في "البداية"، وإنما هي من مسائل "الأصل". (غن)

(٢) يعني إذا كان مراهقاً، وأما إذا بلغ بالسن، فذلك واجب.

(٣) قوله: "بقناع" قناع - بالكسر - برده پوشش كه بر بالای مقنعه باشد، كذا في "المنتخب"، ومقنعه - بكسر الدال - بر سر افگندن زنان، كذا في "منتبه الأرب"، وفي "مؤيد الفضلاء": قناع - بالكسر - شامه بزرگ أى دامى.

(٤) فتؤمر بالتقنع في صلاتها، وإن كان رجلاً، فالتقنع لا يمنع جواز صلاته. (عن)

(٥) قوله: "وهو على الاستحباب" أى الأمر بإعادة الصلاة إذا صلى بغير قناع على الاستحباب؛ لأن الفساد موهوم، والمسقط، وهو الأداء معلوم. (ك)

قوله: "الاستحباب [لأن فساد الصلاة بلا قناع موهوم، فلتوهم استحباب له أن يعيد الصلاة. عن]" يعنى إذا كان غير بالغ، وأما إذا بلغ بالسن، ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء، فالإعادة واجبة. (ع)

(٦) هذا لفظ القدوري في "مختصره". (غن)

(٧) قوله: "لأنه يباح إلخ" هذا التعليل وإن كان صحيحاً فى حق الرجل، فاسد فى حق المرأة؛ لأن الأمة فى النظر إلى سيدتها كالأجنبيات، والأولى فى التعليل ما ذكر فى "الذخيرة" لأنه متى اشترى الولي جارية للخنثى، فإنه يملكها الخنثى، ثم إن كان الخنثى ذكراً، فهذا نظراً لمملوكة إلى مالكها، وإن كان الخنثى أنثى، فإنه نظراً لجنس إلى الجنس، وإنه مباح حالة العذر. (ك)

(٨) حوائج.

(٩) قوله: "ويكره له [ذكره على سبيل التفریع، وهى من مسائل "الأصل". عن] إلخ" وقوله: فى حياته لا يفيد زيادة فائدة؛ لأن الحياة تستفاد من ذكر اللبس، ومن ذكر اختصاص الكراهة، وبعد الموت الإلباس، والكراهة للملبس إلا أنه اتبع لفظ "المبسوط"، وإنما وقع فى لفظ "المبسوط" ذلك، وذلك لأن لبس الحلّى والحريز لا يحل للرجال، ويباح للمرأة؛ فكان الاحتياط فى ترك لبسه كى لا يكون واقعاً فى الحرام إن كان رجلاً. (ك)

(١٠) قوله: "وأن ينكشف قدام الرجال [ذكرها على سبيل التفریع أصلاً. غن]" لاحتمال أنه امرأة، أو قدام النساء لاحتمال أنه رجل، وهذه المسألة تدل على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه، لا كنظر الرجل إلى الرجل؛ لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لحاز للخنثى التكشف للنساء، فإنه ليس المراد من التكشف إبداء

قدّام النساء، وأن يخلو به^(١) غير محرم من رجل، أو امرأة، أو يسافر من غير محرم^(٢) من الرجال توقياً^(٣) عن احتمال المحرم.

وإن أحرم^(٤) وقد راهق قال أبو يوسف: لا علم لي في لباسه؛ لأنه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه^(٥). وقال محمد: يلبس لباس المرأة؛ لأن ترك لبس المخيط وهي^(٦) امرأة أفحش من لبسه^(٧) وهو^(٨) رجل، ولا شيء عليه؛ لأنه لم يبلغ، ومن حلف^(٩) بطلاق، أو عتاق، إن كان أول ولد تلدينه^(١٠) غلاماً، فولدت خنثى لم يقع^(١١) حتى يستبين أمر الخنثى؛ لأن الخنث لا يثبت بالشك^(١٢). ولو قال: كل عبد لي حرّاً، أو قال: كل أمة لي حرة، وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا^(١٣). وإن قال القولين جميعاً^(١٤): عتق^(١٥)

العورة؛ لأن ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضاً، ولكن المراد أن يكون في إزار واحد، وفي نظر المرأة إلى المرأة روايتان. (ك)
(١) قوله: "وإن يخلو به [ذكرها على سبيل التفرغ. عن] الخ" وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»، فإذا خلا الخنثى برجل، فمن الجائز أنه امرأة، فيكون هذا خلوة رجل بامرأة أجنبية، وإن خلا بامرأة، فمن الجائز أنه ذكر خلا بأجنبية، والمراهقة في المنع من هذه الخلوة كالبالغة؛ لأن المنع لحوف الفتنة. (عن)

(٢) قوله: "أو يسافر [ثلاثة أيام فصاعداً. عن] الخ" قيد بقوله: من الرجال؛ لأنه يكره أن يسافر معه امرأة، محرماً كان أو غير محرم؛ لأنه من الجائز أنه أنثى، فيكون هذا مسافرة امرأتين بغير محرم لهما، وذلك حرام. (كفاية)

(٣) توقى: برهيز كردن و خود را نگاه داشتن از چیزی.

(٤) ذكرها على: بل التفرغ، وهي من مسائل "الأصل". (عن)

(٥) قوله: "يكره له الخ" فإن المرأة في إحرامها يلزمها لبس المخيط، ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الإزار والرداء، فلما استوى الجانبان لا يمكن ترجيح أحدهما بغير حجة، فتوقف فيه، وقال: لا علم لي به. (كفاية)

(٦) الواو حالية.

(٧) قوله: "أفحش الخ" لأن لبس المخيط للرجل في إحرامه جائز عند العذر، واشتباه أمره من أبلغ الأعدار، وأما ترك الستر للمرأة، فغير جائز في حال من الأحوال، وليس المخيط أقرب إلى الستر، ومبنى حال المرأة على الستر، كما في غير حالة الإحرام. (كفاية)

(٨) الواو حالية.

(٩) ذكرها على سبيل التفرغ.

(١٠) الخطاب إلى الزوجة أو إلى الأمة.

(١١) أى الطلاق، أو العتاق.

(١٢) قوله: "لأن الخنث الخ" وذلك لأن المعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة، ومع الإشكال لا يتيقن بوجود الشرط، وهذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان، فعبده حرّاً، ثم مات، ولم يعلم أدخل، أو لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذلك ههنا. (عن)

(١٣) يعنى أن الخنث لا يثبت بالشك.

(١٤) قوله: "وإن قال القولين الخ" يعنى إذا قال: كل عبد لي حرّاً، وكل أمة لي حرة، يعتق المملوك الخنثى؛ لأنه إما

للتيقن بأحد الوصفين؛ لأنه ليس بمهمل^(١)، وإن قال الخنثى^(٢): أنا رجل، أو امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً؛ لأنه دعوى يخالف قضية الدليل^(٣).

وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله^(٤)؛ لأنه أعلم^(٥) بحاله من غيره، وإن مات^(٦) قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل^(٧)، ولا امرأة؛ لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء^(٨)، فيتوقى لاحتمال الحرمة، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل^(٩).

ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل، ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر، أو أنثى، وإن سجد^(١٠) قبره، فهو أحب؛ لأنه إن كان أنثى نقيم واجباً، وإن كان ذكراً، فالتسجية لا تضره^(١١). وإذا مات^(١٢)، فصلى عليه، وعلى رجل وامرأة ووضع الرجل^(١٣) مما يلي الإمام، والخنثى خلفه. والمرأة خلف الخنثى، فيؤخر عن الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة،

أن يكون ذكراً في الواقع، أو أنثى، فأيا ما كان يعتق بأحد اليمينين. (عن)

(١٥) المملوك الخنثى.

(١) أى ليس فى الواقع خالياً عن أحد الأمرين. (٤)

(٢) ذكره على سبيل التفریم.

(٣) لأن الدليل يقتضى بقاء الإشكال. (٤)

(٤) قوله: "ينبغي [أى إن لم يظهر تعارض العلامات. ك] الخ" إنما قال: بلفظ ينبغي؛ لأن حكمه غير مذكور، فلم يتيقن به. (عناية)

(٥) قوله: "لأنه أعلم الخ" فالإنسان أمين فى حقه نفسه، والقول قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال. (ك)

(٦) ذكره على سبيل التفریم. (عن)

(٧) قوله: "لم يغسله الخ" لا يقال: كيف لا يشتري جارية تغسله، كما تشتري لختانه جارية؛ لأننا نقول: لا فائدة فى شراء الجارية بعد الموت؛ لأنها لا تدخل فى ملكه؛ لأن الموت يناقئ المالكية، فتبقى الجارية المشتراة أجنبية عنه، بخلاف الجارية المشتراة فى حالة الحياة؛ لأنها تدخل فى ملكه، فحصل الفرق. (عن)

(٨) قوله: "غير ثابت الخ" أى غسل الرجل المرأة، وغسل المرأة الرجل غير ثابت، وذلك لأن النظر إلى العورة حرام، وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة، إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف، ولأجل الضرورة أبيع النظر للجنس عند الغسل، والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر عورته، فإذا كان مشكلاً لا يوجد له جنس؛ إذ لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو النساء، فيتعذر غسله لانهدام من يغسله، وهو نظير امرأة تموت بين الرجال، ليس معهم امرأة، فإنها تيمم بالصعيد. (ك)

(٩) قوله: "ويتيمم بالصعيد الخ" مع الحرقة إن تيمم الأجنبي، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت، وينظر التيمم على وجهه، ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة. (٤)

(١٠) تسجية: پوشیدن عام.

(١١) قوله: "لا تضره" لأنه لا بأس بأن يسجد قبره عند العذر كالحر والبرد والمطر، واشتباه حاله أبلغ من ذلك. (عن)

(١٢) ذكره تفریماً أيضاً. (عن)

(١٣) قوله: "وضع الخ" وإنما يفعل كذلك اعتباراً بحالة الحياة؛ لأنه يقوم فى الصلاة بين صف الرجال والنساء، فكذلك فى المات. (غاية البيان)

ويقدم على المرأة؛ لاحتمال أنه رجل.

ولو دفن^(١) مع رجل في قبر واحد من عذر، جعل الخنثى^(٢) خلف الرجل؛ لاحتمال أنه امرأة، ويجعل بينهما حاجز من صعيد^(٣)، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى؛ لاحتمال أنه رجل. وإن كان يجعل^(٤) على السرير نعش المرأة^(٥)، فهو أحب ألى؛ لاحتمال أنه عورة^(٦). ويكفن^(٧) كما تكفن الجارية، وهو أحب إلى يعني يكفن في خمسة أثواب؛ لأنه إذا كان أنثى، فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً، فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك^(٨).

ولو مات أبوه، وخلف ابنا، فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً للابن سهمان، وللخنثى سهم، وهو أنثى^(٩) عنده^(١٠) في الميراث إلا أن يتبين^(١١) غير ذلك^(١٢)، وقالوا^(١٣): للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي، واختلفوا في قياس قوله^(١٤).

(١) ذكره أيضاً تفريعاً. (عن)

(٢) قوله: "جعل الخ" يعني يقدم الرجال إلى جانب القبلة؛ لأن جهتها أشرف، فالرجل بالتقريب إليه أولى، وقد جاء في الحديث أنه عليه السلام أمر بتقديم أكثرهم أخذ القرآن إلى جانب القبلة. (٤)

(٣) ليصير ذلك في حكم قبرين.

(٤) ذكره تفريعاً. (عن)

(٥) قوله: "نعش المرأة" النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة، إذا وضعت على الجنازة، وقد تقدم في الصلاة في حديث فاطمة رضي الله عنها سجد قبرها بثوب، ونعش على جنازتها أى اتخذ لها نعش. (مغرب)

(٦) عورة - بالفتح - هر چه از نمردن وديدن آن شرم آيد. (من)

(٧) ذكرت على سبيل التفريع. (عن)

(٨) قوله: "ولا بأس بذلك" لأن عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة، فالزيادة على الثلاث في الكفن للرجل لا يضره، كما في حال الحياة؛ فإن للرجل أن يلبس حال حياته الزيادة على الثلاث، وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاث ترك السنة، فإن السنة في كفن المرأة أن تكون خمسة أثواب، فكان أحوط الوجهين ما ذكرنا. (ك)

(٩) وعليه الفتوى. (ك)

(١٠) إمام أعظم.

(١١) قوله: "إلا أن يتبين الخ" استثناء من قوله: وهو أنثى عنده في الميراث يعني أن الخنثى يعتبر أنثى في الميراث عند أبي حنيفة إلا إذا تبين غير كونه أنثى، بأن يظهر فيه إحدى علامات المذكورة بلا تعارض، فح يعتبر ذكراً. (عن)

(١٢) أى غير كونه أنثى، وهو كونه ابناً. (ك)

(١٣) قوله: "وقالوا: للخنثى الخ" هذا وقع مخالفاً لعامة روايات الكتب؛ لأن محمد مع أبي حنيفة في عامة الروايات، ويحتمل أن يراد أنهما، قالوا: على قياس قول الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. (ك)

(١٤) قوله: "واختلفوا الخ" ثم التفاوت بين تخريجهما أن على تخريج قول أبي يوسف ما كان يصيب الخنثى أكثر مما يصيبه على قول محمد، فإن ثلاثة من سبعة أكثر من خمسة من اثني عشر؛ لأننا لو زدنا نصف سبع على ثلاثة أسباع

قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهماً للابن سبعة، وللخنثى خمسة.
وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة للابن أربعة، وللخنثى ثلاثة؛ لأن
الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد^(١)، والخنثى ثلاثة الأرباع^(٢)، فعند الاجتماع
يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا^(٣) يضرب^(٤) بثلاثة، وذلك^(٥) يضرب بأربعة،
فيكون سبعة. ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرًا يكون المال بينهما^(٦) نصفين، وإن كان
أنثى يكون^(٧) المال بينهما أثلاثًا، احتجنا^(٨) إلى حساب له نصف وثلث، وأقل ذلك
سته. ففي حال المال يكون بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة، وفي حال أثلاثًا
للخنثى سهمان، وللابن أربعة، فسهمان للخنثى ثابتان بيقين، ووقع الشك في
السهم الزائد فينصف، فيكون له سهمان ونصف فانكسر، فأضعف ليزول الكسر،
فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة، وللابن سبعة.

ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا إلى إثبات المال ابتداء^(٩)، والأقل وهو ميراث
الأنثى متيقن به، وفيما زاد عليه شك، فأثبتنا المتيقن به قصرًا عليه؛ لأن المال لا يجب
بالشك. وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر، فإنه يؤخذ فيه
بالمتيقن به، كذا هذا إلا^(١٠) أن يكون نصيبه^(١١) الأقل لو قدرناه^(١٢) ذكرًا، فحيثئذ

يصير نصف المال، والخمسة لا يصير نصف المال إلا بزيادة سهم من اثني عشر، وهو نصف السدس أكثر من نصف
السهم، فثبت أن ما قاله أبو يوسف: أنفع للخنثى. (كفاية)

(١) عن وارث آخر.

(٢) قوله: "والخنثى [يستحق] ثلاثة الأرباع" الخنثى في حال ابن، وفي حال بنت، وللبنت في الميراث نصف
الابن، فيجعل له نصف كل الحال، فيكون له ثلاثة أرباع نصيب الابن، فيضرب مخرج الربع، وهو أربعة في سهم،
وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة، فللخنثى ثلاثة، وللابن أربعة. (٤)

(٣) أي الخنثى.

(٤) يأخذ.

(٥) أي الابن.

(٦) أي الخنثى والابن.

(٧) وللخنثى الثلث.

(٨) لأنه يكون له النصف والثلث.

(٩) قوله: "أن الحاجة ههنا إلخ" لأنه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة، والأنوثة فإنه ليس الكلام في
استحقاق أصل الميراث، فإن سببه القرابة، وهو معلوم، وإنما الكلام في استحقاق المقدار، وسببه الذكورة والأنوثة؛
ولا شيء منهما بمتيقن فيه، وإثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع، فلا بد من البناء على المتيقن، والأقل وهو
ميراث الأنثى متيقن، فأوجبناه، كما إذا كان إثباته بطريق آخر، فإنه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك إلا أن يقوم الدليل على
الزائد، فإن من قال: لفلان على دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد؛ لكون الأول متيقنًا به دون الزائد. (٤)

(١٠) استثناء من قوله: وهو ميراث الأنثى. (عناية)

يعطى^(١) نصيب الابن في تلك الصورة؛ لكونه متيقنا به، وهو أن يكون الورثة زوجاً^(٢) وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى، أو امرأة^(٣) وأخوين لأم، وأختاً لأب وأم هي خنثى، فعندنا في الأولى للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للخنثى، وفي الثانية للمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، والباقي للخنثى؛ لأنه أقل النصيبين فيهما، والله أعلم بالصواب.

مسائل شتى^(٤)

قال^(٥): وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته، فقبل له: أنشهد عليك بما في هذا الكتاب، فأومئ برأسه، أي نعم، أو كتب، فإذا جاء من ذلك^(٦) ما يعرف أنه إقرار، فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه^(٧).
وقال الشافعي: يجوز في الوجهين^(٨)؛ لأن المجوز إنما هو العجز، وقد شمل الفصلين، ولا فرق بين الأصلي^(٩) والعارضى^(١٠) كالوحشى والمتوحش من

(١١) خنثى.

(١٢) الخنثى.

(١) قوله: "فحينئذ الخ" ولو ماتت امرأة، وتركت زوجها وأختاً لأب وأم، وخنثى لأب، فللزوج النصف، وللأخت لأب وأم النصف، ولا شيء للخنثى؛ لأن أسوأ حاله أن يكون ذكراً؛ لأنه لو جعل ذكراً لا يصيبه شيء، ولو جعل أنثى لكان له سدس، وتعمل المسألة: فيجعل ذكراً. (ك)

(٢) قوله: "وهو أن يكون الورثة زوجاً الخ" فللزوج النصف، وللأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى أنثى يكون لها النصف، فتعمل المسألة إلى ثمانية، ولو قدرناه ذكراً يكون له الباقي من الستة، وهو السدس، فيعطى السدس؛ لأنه أقل من النصف. (عن)

(٣) قوله: "أو امرأة وأخوين الخ" أصل المسألة من اثني عشر، فللمرأة الربع، وللأخوين لأم الثلث، فلو قدرنا الخنثى ذكراً، يكون له الباقي، وهو الخمسة، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف، وهو ستة، فتعمل: المسألة إلى ثلاثة عشر، فيعطى الخمسة؛ لأنها أقل من الستة. (غاية البيان)

(٤) قوله: "مسائل شتى" أو مسائل منفردة هذا من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه. (٤)

(٥) أي محمد في "الجامع الصغير". (عيني)

(٦) قوله: "فإذا جاء من ذلك" أي إذا جاء من الإيماء والكتابة ما يعرف أنه إقرار، فهو يكون وصية، وإنما قيد بقوله: ما يعرف أنه إقرار؛ لأنه ما يجيء من الأخرس، ومعتقل اللسان على نوعين: أحدهما: ما يكون ذلك منه دلالة الإنكار، كما إذا حرك رأسه عرضاً مثلاً.

والثاني: ما يكون ذلك منه دلالة الإقرار، كما إذا حرك رأسه طولاً، إذا كان ذلك معهوداً منه في نعم. (ك)

(٧) قوله: "يعتقل [اعتقال بند كردن كسى را. تاج المصداق] لسانه" على بناء المجهول يقال: اعتقل لسانه بضم

التاء إذا احتبست عن الكلام، وقد يقدر عليه. (عناية)

(٨) أي في الأخرس، ومعتقل اللسان.

(٩) كما في الأخرس.

الأهلى^(١) فى حق الذكاة.

والفرق^(٢) لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة، وذلك فى الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد^(٣) ذلك^(٤)، وصارت له إشارات معلومة. قالوا: هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط^(٥) جاء من قبله حيث أخرج الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس، فلا تفريط منه، ولأن العارضى على شرف الزوال دون الأصلي، فلا ينقاسان، وفى الآبدة^(٦) عرفناه بالنص.

قال^(٧): وإذا كان الأخرس يكتب كتاباً، أو يومئ إيماء يعرف به، فإنه يجوز

نكاحه، وطلاقه، وعتاقه، وبيعه، وشراؤه، ويقتص له، ومنه ولا يحد^(٨)، ولا يحد له. أما الكتابة، فلأنها ممن نأى^(٩) بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبى عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة، وتارة بالكتابة إلى الغيب*، والمجوز

(١٠) كما فى معتقل اللسان.

(١) قوله: "كالوحشى والمتوحش من الأهلى" أى ما توحش من النعم، فذكاته العقر والجرح كالوحشى الأصلي، ولم يفصل بين الأصلي والعارضى، فكذا ههنا. (كفاية)

(٢) بين الأخرس ومعتقل اللسان.

(٣) قوله: "حتى لو امتد الخ" وحد الامتداد سنة، كذا ذكره الإمام التمرتاشى، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبى حنيفة أنه قال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت، يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، قالوا: وعليه الفتوى، كذا ذكره الإمام المحببى. (ك)

(٤) أى اعتقال اللسان.

(٥) قوله: "ولأن التفريط [تقصير] الخ" أقول: لا يذهب عليك أن هذا التلعيق يقتضى أن لا يجوز إشارة معتقل اللسان، ولو امتد اعتقاله؛ لأن تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضاً مع أنهم قالوا: إن هذا بمنزلة الأخرس فى الحكم، كما صرح به المصنف فيما قبل. (نت)

(٦) وفى الآبدة [وحشى] الخ" جواب عن قول الشافعى: كالوحشى والمتوحش الأهلى، وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند، فرماه رجل بسهم وسمى فقتله، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن لها أوابد كأوابد الوحش فإن فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه»، كذا ذكره فى صيد "المبسوط". (ك)

(٧) أى محمد فى "الجامع الصغير".

(٨) قوله: "ولا يحد [أى حد القذف خاصة إذا كان مقدوقاً]" أى حد كان فيتناول جميع الأنواع أى لا يحد الأخرس إذا كان قاذفاً بالإشارة، أو الكتابة، وكذا إذا أقر بالزنا، أو السرقة، أو الشرب؛ لأن المقر على نفسه ببعض الأسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة. (ك)

(٩) قوله: "فلأنها ممن نأى [أى بعد] الخ" أقول: فيه شىء، فإن المدعى أن كتاب الأخرس حجة فيما سوى الحدود، وهذا الدليل يدل على أنه حجة فى الحدود أيضاً، فإنه إذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر لم يكن حجة ضرورية، فينبغى أن يكون حجة فى الحدود أيضاً، كما كان النطق حجة فيها أيضاً. (نت)

* راجع نصب الراية ج ٤ ص ٤١٧، والدراية ج ٢ ص ٢٩٥ تحت الحديث ١٠٦٢. (نعيم)

في حق الغائب العجز، وهو في الأخرس أظهر وألزم^(١).
ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين^(٢) مرسوم^(٣)، وهو بمنزلة النطق في الغائب، والحاضر على ما قالوا، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار، وأوراق الأشجار، وينوى^(٤) فيه؛ لأنه بمنزلة^(٥) صريح الكناية^(٦)، فلا بد من النية، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة، فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام^(٧) للحاجة إلى ذلك؛ لأنها من حقوق العباد^(٨)، ولا تختص بلفظ دون لفظ^(٩)، وقد ثبت بدون اللفظ^(١٠). والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، ولأنها تندرج بالشبهات، ولعله^(١١) كان مصدقاً للقاذف، فلا يحد للشبهة، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف؛ لانعدام القذف صريحاً، وهو الشرط^(١٢). ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة، ألا ترى

- (١) قوله: "أظهر وألزم" وذلك لأن الظاهر من حال الغائب أنه يحضر، وأما الأخرس، فالظاهر من حاله أنه لا يزول خرسه، فلما قبل الكتابة من الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء النطق بالحضور، فلأن تقبل في حق الأخرس أولى. (ك)
(٢) قوله: "مستبين" احتراز عن غير المستبين، وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان. (ك)
(٣) أى معهود كالكتابة المعهودة في زماننا على القراطيس.
(٤) أى يطلب منه النية، تنويه سيردن كارى بر نيت ديگرى. (من)
(٥) قوله: "لأنه بمنزلة إلخ" أى بمنزلة كناية قولية، أما لكناية، فهي ليست بصريح الكناية، لأنها فعل، والكناية في الحقيقة إنما يكون في القول، وذكر الإمام التمرتاشى، وإذا كتب مستبيناً لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار، أو على التراب، أو على الكاغذ، لأعلى وجه الرسم، كان لغواً؛ لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا، فلا يكون حجة إلا بالبينه والبيان. (ك)
(٦) أى الكناية القولية كقوله: أنت بائن وأمثاله. (عناية)
(٧) أى النكاح وغيره.

(٨) قوله: "لأنها [أى هذه الأحكام] من حقوق إلخ" أقول: لقائل أن يقول من هذه الأحكام: الطلاق على ما صرح به في موضع المسألة، وهو من حقوق الله تعالى؛ لأن فيه تحريم الفرج، وهو حق الله تعالى، ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق، ولا بد في كون الإشارة حجة من أن يكون الحكم في حقوق العباد فقط، أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله على حق العبد كحد القذف، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع. (نت)

- (٩) قوله: "ولا تختص إلخ" فإنه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره. (عناية)
(١٠) قوله: "وقد ثبت بدون اللفظ [أى بفعل يدل على القول كالتعاطى]" كما في بيع التعاطى، ونكاح الفضولى مع القدرة على التكلم، فلأن يثبت ههنا، والعجز متحقق أولى. (كفاية)

(١١) الأخرس.

(١٢) أى القذف صريحاً.

لو شهدوا بالوطئ الحرام، أو أقرّ بالوطئ الحرام لا يجب^(١) الحد^(٢).
 ولو شهدوا بالقتل المطلق، أو أقرّ بمطلق القتل يجب القصاص وإن^(٣) لم
 يوجد^(٤) لفظ التعمد، وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية؛ لأنه شرع جابراً،
 فجاز^(٥) أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد. أما الحدود
 الخالصة لله تعالى^(٦) شرعت زواجر، وليس فيها معنى العوضية، فلا تثبت مع الشبهة
 لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار^(٧) أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في
 قصاص يجب عليه، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك^(٨)، فيكون فيهما^(٩)
 روايتان. ويحتمل أن يكون^(١٠) مفارقاً لذلك^(١١)؛ لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب
 في جملة؛ لقيام أهلية النطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة
 المانعة، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن^(١٢) كان^(١٣) قادراً على الكتابة.
 بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة؛
 لأنه حجة ضرورية، ولا ضرورة^(١٤)؛ لأنه جمع ههنا بينهما^(١٥)، فقال: أشار أو

(١) - مع أن الوطئ الحرام مطلقاً إنما هو الزنا. (ك)

(٢) - للشبهة.

(٣) - الواو وصلية.

(٤) - أى فى الشهادة والإقرار.

(٥) - قوله: "فجاز أن يثبت إلخ" أقول: إنه مخالف لما صرح به فيما مر فى عدة مواضع من هذا الكتاب من أن
 القصاص أيضاً تدرى بالشبهة، كما قد مر فى كتاب الشهادة، وكتاب الكفالة وكتاب الدعوى، فتأمل. (عبد الحلیم)

(٦) - قوله: "أما الحدود الخالصة إلخ" قيد الخالصة محل هناك، فإن حد القذف غير خالص لله تعالى، بل فيه حق
 الله تعالى، وحق العبد كما صرحوا مع أنه أيضاً زاجر لا يثبت بالشبهة لا يكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضاً، كما صرح
 به فيما مر، فلا يتم التقريب بالنظر إليه. (نت)

(٧) - من "الميسوط".

(٨) - قوله: "كذلك" أى لا يكون الكتابة حجة فى حق الأخرس. (ك)

(٩) - قوله: "فيهما" أى فى الأخرس والغائب غير الأخرس. (ك)

(١٠) - الأخرس.

(١١) - الغائب.

(١٢) - الواو وصلية.

(١٣) - الأخرس.

(١٤) - أى مع القدرة على الكتابة.

(١٥) - قوله: "لأنه [محمد] جمع ههنا [أى بين بكلمة الاستواء فى "الجامع الصغير"] بينهما [أى بين الإشارة
 والكتابة] يتعلق بقوله: بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا، فيكون دليل كونه مخالفاً لما توهمه البعض. (ك)

كتب، وإنما استويا^(١)؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان^(٢) لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة؛ لما أنه أقرب إلى النطق^(٣) من آثار الأقلام فاستويا.

وكذلك الذى صمت يوماً أو يومين بعارضي^(٤)؛ لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل: هذا^(٥) تفسير لمعتقل اللسان. قال^(٦): وإذا كان الغنم مذبوحه، وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحه أكثر تحرّى فيها وأكل^(٧)، وإن كانت الميتة أكثر، أو كأننا نصفين لم يؤكل، وهذا إذا كانت الحالة^(٨) حالة الاختيار. وأما فى حالة الضرورة يحل له تناول فى جميع ذلك^(٩)؛ لأن الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة، فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى؛ لأنه^(١٠) طريق يوصله إلى الذكية فى الجملة، فلا يتركه^(١١) من غير ضرورة. وقال الشافعى: لا يجوز الأكل فى حالة الاختيار وإن^(١٢) كانت المذبوحه أكثر؛ لأن التحرى دليل ضرورى، فلا يصار إليه من غير ضرورة، ولا ضرورة؛ لأن الحالة حالة الاختيار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغضوب، ومع ذلك يباح تناول اعتماداً على الغالب، وهذا لأن

(١) أى الإشارة والكتابة.

(٢) قوله: "زيادة بيان" لأنه يفهم منه المقصود بلا شبهة، بخلاف الإشارة، فإن فيها نوع إبهام. (عناية)

(٣) قوله: "لما أنه أقرب إلخ" أى الإشارة أقرب إلى الكلام من الكتابة؛ لأن العلم بالكتابة إنما يحصل بآثار الأقلام، وهى منفصلة عن المتكلم، وأما العلم بالحصول بالإشارة حاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارة بيده، أو برأسه، فكان المتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل منه، فكان الاعتبار لما هو أقرب إلى الموضوع للبيان أولى. (ك)

(٤) قوله: "وكذلك الذى صمت يوماً أو يومين بعارض" أى لا يجوز إقراره، بأن أومئ برأسه أى نعم، أو كتب، وهو معطوف على قوله: ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه. (ك)

(٥) أى الذى صمت يوماً أو يومين.

(٦) أى محمد فى "الجامع الصغير". (عينى)

(٧) قوله: "تحرى فيها وأكل" وهذا بخلاف الثياب، فإنه يتحرى فيها بكل حال، سواء كانت الغلبة للظاهر، أو للنجس، أو استويا، وهذا لأن حكم الثياب أخف، ولهذا لو لم يكن معه إلا ثوب واحد، وربعه طاهر، يصلى فيه بالإجماع، وإن كانت ثلاثة أرباعه نجساً، وأما إذا كان الطاهر أقل من الربع، فكذلك عند محمد، وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يتخير بين أن يصلى عرباناً قاعداً بالإيماء، فلما جازت الصلاة فى ثوب نجس حالة الضرورة، فلأن يجوز بالتحرى حالة الاشتباه أولى. (كفاية)

(٨) أى بأن يجد ذكية بيقين.

(٩) أى الكثرة والقلة والمساواة.

(١٠) التحرى.

(١١) تحرى.

(١٢) الواو وصلية.

القليل لا يمكن الاحتراز عنه، ولا يستطيع الامتناع عنه، فسقط اعتباره؛ دفعاً للخرج كقليل النجاسة، وقليل الانكشاف، بخلاف ما إذا كانا نصفين، أو كانت الميتة أغلب؛ لأنه لا ضرورة فيه^(١).

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

خاتمة الطبع

حمدا لمن منه الهداية، وصلاة على من هو لعطشان الهداية سقاية، وعلى آله وصحبه أرباب الدراية، أما بعد: فيقول المفتقر إلى رحمة ربه القوي أبو الحسنات محمد عبد الحى اللكنوى: إن "الهداية شرح البداية" كتاب يهتدى به الطلبة، ويعتمد على رواياته الكاملة لم يأت فقيه يعد مصنفه إلا اعتمد عليه، ولم يجئ نبيه بعده إلا استند إليه، ومن ثم تراهم يتداولونها بأيديهم خصوصاً النصف الأخير منه، ويتدارسونه فيما بينهم.

ولما رأى الوالد العلام والأستاذ القمقام مولانا محمد عبد الحلیم^(٢) أدخله الله دار السلام أن الناس في تحصيله كالحبارى فى الصحارى، تراهم فى درسه وتدرسه؛ لكونه مشتملا على جواهر نفيسة تحت عباراته، ودقائق لطيفة تحا إشارات سكارى، وما هم بسكارى توجه إلى تصحيحه وتحسينه فصحح، أو لا نسخة بمقابلة سبعة من النسخ المطبوعة والمكتوبة عمدتها نسخة لم تنزل مهبطاً لأنظار العلماء، ومنظراً لأبصار الفضلاء منهم مولانا المرحوم الشيخ عبد الحلیم الأنصارى اللكنوى، ومنهم ابنه أبو^(٣) جد جد^(٤) جد^(٥) أبى أستاذ الأساتذة مولانا قطب الدين^(٦)، ومنهم ابنه سند الكاملين مولانا نظام الدين^(٧)، ومنهم أبو جد^(٨) جدى مولانا المرحوم

(١) لا حقيقة؛ لأن الحالة حالة الاختيار، ولا حكماً لعدم غلبة الذكوة.

(٢) كانت ولادته سنة تسع وثلاثين بعد الألف والاثنتين من الهجرة فى الوطن الأصلى المعروف بلكنو، ووفاته فى حيدرآباد من بلاد الذكن فى تاريخ تسع وعشرين من شعبان يوم الاثنين سنة خمس وثمانين، كان جامع للعلوم العقلية والنقلية، وحاولاً للفنون الفرعية والأصلية، ولم يزل فى عمره مشغولاً بالتدريس والتصنيف، وقد بسطت الكلام فى ترجمته من مبدأ عمره إلى منتهاه فى رسالته سميتها "حسرة العالم بوفاة مرجم العالم". (منه سلمه)

(٣) أى مولانا أحمد سعيد.

(٤) أى مولانا محمد أكبر.

(٥) أى مولانا محمد يعقوب.

(٦) كان له تصانيف: منها: حاشية شرح العقائد العضدية، ومنها: حاشية التلويح، وحاشية شرح عقائد النسفى، وحاشية المطول، ورسالة فى تحقيق دار الحرب أكثرها أحرقت فى فتنة قتله، كذا فى "البحر الزخار"، و"عمدة الوسائل" وغيرهما. (منه)

(٧) هو عالم خبير وفاضل تحرير ختم تحصيله فى حوزة درس الشيخ غلام نقشبند، وانتهت إليه رياسة العلم فى القورب، وليس الحرقه عن السيد عبد الرزاق البانسوى المتوفى سنة ست وثلاثين ومائة وألف، وأخذ الفيوض الكثيرة عين

المفتى محمد ولي، ومنهم ابنه مولانا محمد ظهور الله رحمهما الله^(١)، ومنهم حفيده جدى مولانا محمد أمين الله^(٢). ثم زينها بالحواشى المفيدة، والتعليقات اللطيفة، والتي استمد بها فى التحشية بين الحواشى والشروح "النهاية"^(٣) ورمزها ن، و"الكفاية"^(٤) ورمزها ك، و"الحميدى"^(٥) ورمزها حميدية، و"معراج الدراية"^(٦) "نهاية الكفاية"^(٧) و"غاية البيان"^(٨) ورمزها غن، و"العناية"^(٩) ورمزها ع، و"البنية"^(١٠) ورمزها عني، و"فتح القدير"^(١١) ورمزها ف، و"نتائج الأفكار"^(١٢) ورمزها نت، وربما يكتب نتائج، و"نصب الراية لأحاديث الهداية"^(١٣) ورمزها ت، وربما يكتب زيلعى^(١٤)، وحاشية الشيخ عبد السلام^(١٥) ورمزها أعظمى، وحاشية السيد مير جان الحيدرآبادى^(١٦) ورمزها س، وترجمة الهداية باللغة الفارسية ورمزها ترجمة وغيرها.

السيد إسماعيل البلگرامى المتوفى سنة أربع وستين، وأنا دخلت لكنو فى سنة ثمان وأربعين، واجتمعت به فوجدته على طريقة السلف، توفى فى التاسع من جمادى الأولى سنة إحدى وستين ومائة وألف، ومن تأليفاته: حاشية على شرح هداية الحكمة للصدر، أو شرح المسلم وغيره. (سبحة المرجان)

(٨) المراد أبو الأم وهو مولانا محمد ظهور الله.

(١) توفى فى سنة ست وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٢) توفى سنة ثلاث وخمسين بعد الألف والمائتين.

(٣) مولانا حسام الدين بن على السغنائى المتوفى سنة عشرة وسبع مائة. (كشف الظنون)

(٤) للسيد جلال الدين الخوارزمى على الصحيح، وقيل: هو لصاحب الوقاية، ولا صحة له.

(٥) قيل: أول من شرح الهداية حميد الدين على بن محمد الضرير البخارى المتوفى ٦٦٧ فى جزئين يسمى

بـ "الفوائد". (كشف)

(٦) شيخ قوام الدين محمد بن محمد البخارى الكاكي المتوفى ٧٤٩ (كشف)

(٧) للشيخ تاج الشريعة عمر بن صدر الشريعة الأول عبيد الله المحبوبي. (كشف)

(٨) للشيخ قوام الدين الاتفاقي أمير كاتب بن أمير المتوفى ٧٥٠ (كشف)

(٩) للشيخ أكمل الدين البابرى محمد بن محمود المتوفى ٧٨٦ (كشف)

(١٠) لليقاضى بدر الدين محمود بن أحمد العيني المتوفى ٨٥٥

(١١) للشيخ الإمام كمال الدين محمد عهد الواحد السيواسى المعروف بـ "ابن الهمام" المتوفى ٨٦١ (كشف)

(١٢) لزين الدين محمد أفندى المتوفى ٩١٣ (كشف)

(١٣) للشيخ جمال الدين بن يوسف الزيلعى المتوفى ٧٦٢، كذا بخط السخاوى، ولخصه الشيخ ابن حجر

العسقلانى، وسماه الدراية. (كشف)

(١٤) هذا ليس الزيلعى شارح "الكنز"، كما يتوهم من اتحاد النسبة، بل هو غيره.

(١٥) هو من أحفاد الشيخ أحمد بن أعظم زائر البيت الحرام الملقب بـ "الأعظم الثانى"، كان فاضلاً جيداً له

تصانيف، منها: حاشية التلويح، وحاشية الخيالى، وشرح المنار، وحاشية البيضاوى، وحاشية التحقيق، وشرح التهذيب،

وجواشى شرح الصحائف وغيرها، وكانت وفاته فى ١٠٤٢ (من)

(١٦) هو تلميذ السيد غلام نور من أفاضل الدكن المتوفى ١١٨٩، له حاشيتان على شرح الجعمنى، وحاشية على

الحاشية الزاهدية للرسالة القطبية أيضاً وغيرها.

ومن التفاسير "معالم التنزيل"^(١) و "الجلالين"^(٢) وغيرهما. ومن الكتب الفقهية الأخر "شرح الوقاية"^(٣) و "ذخيرة العقبي"^(٤) ورمزها چلی، و "شرح النفاية" لعلی القارئ^(٦)، و "جامع الرموز"^(٧) و "مجمع الأنهار"^(٨) و "الدر المختار"^(٩) و "رد المختار" و "الدرر"^(١٠) و "الكافي"^(١١) ورمزها كف، و "مختصر الطحاوی، وشرح للإمام الإسيجابی"^(١٢)، و "مختصر الكرخي" ورمزها مخ، و "تبيين الحقائق"^(١٣) و "ترجمة شرح الوقاية" ورمزها تر، و "المصنفی"^(١٤) و "الفصول الحماذية"^(١٥) و "فتاوى قاضى خان"^(١٦) و "العالمگیریة" و

(١) قوله: "للإمام محى الدين أبى محمد حسين بن مسعود والبقوى الشافعى المتوفى ٥١٦ (كشف)

(٢) قال فى "كشف الظنون": هو العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى الشافعى المتوفى ٨٦٤ من أوله إلى آخر سورة الإسراء، ولما مات كمله الشيخ جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى ٩١١، كتب تمة على نمطه، وكان المحلى لم يفسر الفاتحة، وفسر السيوطى تفسيراً مناسباً، وقال بعض العلماء من أهل اليمن: عدت حروف القرآن وتفسير الجلالين، فوجدتها متساوين إلى سورة الزمل، ومن سورة المدثر التفسير زائد، انتهى كلامه، أقول: هذا خطأ فاحش صدر عن صاحب "كشف الظنون"، فإنه ظن أن المحلى فسر من الأول إلى سورة الإسراء، وأكمله السيوطى، وليس كذلك، فإن السيوطى فى تفسير النصف الأول ينقل عن تفسير الآخر للمحلى، وينسبه إليه بقوله: ذكره الشيخ فى تفسير سورة فاتحة، وهو نص فى أن تفسير الآخر للمحلى، لا الأول، كيف لا؟ والسيوطى تلميذ للمحلى كما صرح هو فى كتابه عن المحاضرة، لا أن المحلى تلميذ السيوطى، والذى أوقعه فى الخطأ هو قول السيوطى فى تفسيره بعد الحمد والصلاة، وبعد: فهذا ما اشتدت إليه حاجة الراغبين فى تكملة تفسير القرآن الذى ألف الإمام العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلى، وتسميم ما فاز، وهو من أول سورة البقر إلى آخر سورة الإسراء الخ، فظن صاحب "كشف الظنون" أن ضمير هو راجع إلى تفسير المحلى، وليس كذلك، بل هو راجع إلى ما اشتدت. (من)

(٣) للإمام صدر الشريعة الثانى عبد الله بن مسعود المحبوبي الحنفى المتوفى ٧٤٨ هجرى. (كشف)

(٤) للمولى يوسف بن جنيد المعروف بـ "أخى الجلى" بدأ فيها فى ٨٩١ هجرى (كشف)

(٥) هو من تلامذة ملا خسرو صاحب "الدرر".

(٦) المتوفى ١٠١٤،

(٧) للمولى شمس الدين محمد الخراسانى القهستانى نزيل بخارا بالمتوفى فى حدود ٩٦٢، وقال المولى عصام الدين فى حقه: إنه لم يكن من تلامذة شيخ الإسلام، وإنما كان دلال الكتب فى زمانه، ولا كان يعرف الفقه، ولا غيره، ويؤيده أنه يجمع فى شرحه هذا بين الغث والسمين، والصحيح والضعيف من غير تحقيق. (كشف)

(٨) شيوخى زاده قاضى القضاة بالروم عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى ١٠٨٧ هجرى. (كشف)

(٩) للشيخ علاء الدين محمد بن على بن محمد بن على بن عبد الرحمن بن محمد جمال الدين ابن حسن الدمشقى المعروف بـ "المحسكى" المتوفى ١٠٨٨ هـ. (خلاصة الأثر فى أعيان القرن الحادى عشر)

(١٠) للفاضل محمد بن فراموز الشهير بـ "ملا خسرو" المتوفى ٥٨٥ هـ هو شرح لمتته "الفرر". (كشف)

(١١) قوله: هو شرح للوافى كلاهما لأبى البركات عبد الله بن أحمد حافظ عماد الدين النسفى المتوفى ٧١٠ هـ. (كشف)

(١٢) المتوفى ٢٤٠، (كشف)

(١٣) لفخر الدين الزيلعى أبى محمد عثمان بن على المتوفى ٧٤٣ هجرى. (كشف)

(١٤) وقد يسمى بالمنافع، كصاحب الكافي والوافى كما فى "كشف الظنون".

(١٥) لجمال الدين بن عماد الدين، وقيل: هو أبو الفتح عبد الرحيم بن أبى بكر عبد الجليل المرغينانى السمرقندى، كما ذكره فى آخر كتابه، وقال: نخبر فى أواخر شعبان ٦٥١ هجرى. (كشف)

”مجمع البركات“ و”منح الغفار“^(١) وغيرها.

ومن كتب الأصول ”قمر الأعمار“ وغيره.

ومن كتب اللغات ”المغرب“^(٢) و”اصطلاحات السيد الشريف“ و”البرهان القاطع“ و”تاج اللغات“ ورمزه قح، و”غيث اللغات“ ورمزه غث، و”تاج المصادر“^(٣) ورمزه تاج، و”القاموس“^(٤) ورمزه ق، و”متهى الأرب“ ورمزه من، وقلم كتب مب و”المنتخب“ ورمزه م، و”الصحاح“^(٥) ورمزه ص، و”كنز اللغات“ ورمزه ك، وقلم كتب كن، وغيرها.

ثم نسخت منها نسخة، وطبعت في ”المطبع العلوي“ مرة أولى ١٢٨٢هـ، ثم مرة ثانية في المطبع المصطفائي. ثم أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن موجبات الشين أن تنطبع مرة ثالثة أحسن من المرتين الأوليين مع البراءة عن كل شين، فنظرت أصلها نظرة واحدة، وزدت على ما كان زيادة لا تخلو عن فائدة، ثم نسخت منها نسخة، وطبعت في المطبع الذى لا يوجد في العالم له نظير هو بين المطابع كالبدر المنير المعروف ب”المطبع المصطفائي“، ثم طبع فيه مرة رابعة، ولما لم تبقى نسخة منه عند التجار، والناس مشتاقون إليه، أراد المولوى محمد خادم حسين حفظه الله عن الشين أن تنطبع مرة خامسة، فطبعت في المطبع المصطفائي، وكان ذلك في سنة اثنتين بعد الألف وثلاث مائة من الهجرة النبوية.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العلمين والصلوة والسلام على سيد المرسلين وعلى وآله وأصحابه أجمعين
أما بعد: فيقول العبد الأضعف نعيم أشرف نور أحمد وفقنا الله سبحانه وتعالى بفضله لإعادة
طبع هذا الكتاب العظيم وخدمته سنة ١٤١٧هـ فأخرجنا هذه الطبعة استمدادا من أحدث أجهزة
الكمبيوتر في ثوب جديد بعد أن بالغنا في الجهد لتصحيح نصوص الكتاب وحواشيه وتصميمه
وتسقيته، فجاء بحمد الله كما ترى، فالله المسؤول أن ينفع به الأمة الإسلامية وأن يتقبل منا هذا
العمل ويجعله في حسناتنا وحسنات والدنا العالم المجاهد الشيخ نور أحمد رخمه الله مؤسس
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي باكستان أمين يارب العلمين. نعيم اشرف ١٣/٩/١٤١٧هـ

(١٦) هو الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوجندى الفرغانى المتوفى ٥٩٢ هجرى. (كشف)

(١) للشيخ شمس الدين محمد التبرتاشى المتوفى ١٠٤، وهو من أنعم كتبه في المذهب. (خلاصة الأثر)

(٢) الإمام أبى الفتح ناصر الدين بن عبد السيد المطرزى المتوفى ٦١٠ هجرى. (كشف)

(٣) لأبى جعفر أحمد بن على المعروف بجعفر كالمقرئ البيهقى المتوفى ٥٤٤ هجرى. (كشف الظنون)

(٤) للإمام مجد الدين الشيرازى المتوفى ٨١٧ هجرى. (كشف)

(٥) قيل: اسمه صحاح - بالكسر - جمع صحيح، وقيل: -بالتفتح- مصدر، كذا قال الجلبى في ”حواشى

المطول“، للإمام أبى نصر إسماعيل بن جماد الجوهري الفارابى المتوفى ٧٨١ هجرى. (كشف)

فهرس الموضوعات

٣	كتاب الجنایات
١١	باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبه
٢٥	فصل
٢٨	باب القصاص فیما دون النفس
٣٤	فصل
٤٣	فصل
٥٦	باب الشهادة فی القتل
٦٢	باب فی اعتبار حالة القتل
٦٦	كتاب الدیات
٧٢	فصل فیما دون النفس
٨٢	فصل فی الشجاج
٨٦	فصل
١٠٢	فصل فی الجنین
١٠٩	باب ما یحدثه الرجل فی الطريق
١٢٣	فصل فی الحائط المائل
١٢٩	باب جنایة البهیمة والجنایة علیها
١٤٦	باب جنایة المملوك والجنایة علیه
١٦٥	فصل
١٧٤	فصل فی جنایة المدبر وأم الولد
١٧٧	باب غضب العبد والمدبر والصبی والجنایة فی ذلك
١٨٥	باب القسامة
٢٠٨	كتاب المعاول
٢٢٧	كتاب الوصایا
٢٢٧	باب فی صفة الوصیة ما یجوز من ذلك وما یتستحب منه ، وما یركون رجوعاً عنه
٢٤٦	باب الوصیة بثالث المال
٢٧٣	فصل فی اعتبار حالة الوصیة
٢٧٧	باب العتق فی مرض الموت
٢٨٦	فصل
٢٩٠	باب الوصیة للأقارب وغيرهم
٣٠٣	باب الوصیة بالسكنی والخدمة والثمره
٣١٣	باب وصیة الذمی
٣١٨	باب الوصی وما یركبه
٣٤٠	فصل فی الشهادة
٣٤٣	كتاب الخشی
٣٤٣	فصل فی بیانه
٣٤٥	فصل فی أحكامه
٣٥٢	مسائل شتی
٣٥٦	خاتمة المحشی العلام والطابع

فهارس الهداية

فهرس موضوعات الجزء الأول

٣	كلمة الناشر
١١	مقدمة المعلق
١١	مؤلف الهداية وذكر سائر مؤلفاته
١٣	عادات صاحب "الهداية" فيها
١٦	بعض المسامحات التي وقعت في النصف الأخير من "الهداية"
١٧	المراد من ظاهر الرواية
٢٠	ترجمة الرجال المذكورين في النصف الأخير من "الهداية"
٢٠	حرف الألف
٢٩	حرف الباء
٢٩	حرف التاء المثناة
٢٩	حرف الجيم
٣٠	حرف الحاء المهملة
٣٢	حرف الخاء المعجمة
٣٣	حرف الزاء المعجمة
٣٥	حرف السين المهملة
٣٦	حرف الشين المعجمة
٣٨	حرف الصاد المهملة
٣٨	حرف الطاء المهملة
٣٩	حرف العين المهملة
٤٢	حرف الفاء
٤٣	حرف القاف
٤٣	حرف الكاف
٤٣	حرف الميم
٤٤	حرف النون
٤٥	حرف الهاء
٤٥	حرف الياء
٤٥	ذكر بعض الأسانيد إلى مؤلف "الهداية"
٤٧	مذيلة الدراية لمقدمة "الهداية"

٤٧	تراجم من ذكر في الجلدين الأولين من "الهداية"
٤٧	حرف الألف
٥٣	حرف الباء الموحدة
٥٤	حرف التاء المثناة
٥٤	فائدة
٥٥	حرف الجيم
٥٥	حرف الحاء المهملة
٥٧	فائدة
٥٧	حرف السين المهملة
٥٨	فائدة
٥٩	حرف الشين المعجمة
٥٩	حرف الصاد المهملة
٥٩	حرف العين المهملة
٥٩	فائدة
٦١	فائدة
٦١	حرف الفاء
٦٢	حرف الميم
٦٣	حرف النون
٦٣	حرف الواو
٦٤	حرف الهاء
٦٤	شرح المبهمات الواقعة في النصف الأول من "الهداية"
٧٣	الأنساب والقبائل الواقعة في "الهداية"
٧٦	شرح أسماء الأماكن الواقعة في "الهداية"
٨٤	المسامحات التي وقعت من صاحب "الهداية" في النصف الأول
		كتاب الطهارة
٩٢	كتاب الطهارات
١٠٦	فصل في نواقض الوضوء
١١٩	فصل في الغسل
١٢٨	باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز به
١٥١	فصل في البثر
١٦٠	فصل في الأسار وغيرها
١٧١	باب التيمم

١٩٠	باب المسح على الخفين
٢٠٥	باب الحيض والاستحاضة
٢٢٤	فصل في النفاس
٢٢٨	باب الأنجاس وتطهيرها
٢٤٧	فصل في الاستنجاء

كتاب الصلاة

٢٥٣	باب المواقيت
٢٦٠	فصل في الأوقات المستحبة
٢٦٥	فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة
٢٧١	باب الأذان
٢٨٦	باب شروط الصلاة التي تتقدمها
٣٠٢	باب صفة الصلاة
٣٤٦	فصل في القراءة
٣٦١	باب الإمامة
٣٨١	باب الحدث في الصلاة

فهرس موضوعات الجزء الثاني

٣	باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها
١٦	فصل في مكروهات الصلاة
٢٧	فصل في آداب الخلاء
٢٩	باب صلاة الوتر
٣٥	باب النوافل
٣٩	فصل في القراءة
٤٩	فصل في قيام شهر رمضان
٥٢	باب إدراك الفريضة
٦٠	باب قضاء الفوائت
٦٧	باب سجود السهو
٨٣	باب صلاة المريض
٩٠	باب في سجدة التلاوة
٩٨	باب صلاة المسافر
١٠٨	باب صلاة الجمعة
١٢١	باب العيدين
١٢٨	فصل في تكبيرات التشريق

١٣٠	باب صلاة الكسوف
١٣٢	باب الاستسقاء
١٣٤	باب صلاة الخوف
١٣٧	باب الجنائز
١٣٨	فصل في الغسل
١٤١	فصل في التكفين
١٤٣	فصل في الصلاة على الميت
١٥٠	فصل في حمل الجنازة
١٥١	فصل في الدفن
١٥٤	باب الشهيد
١٦٠	باب الصلاة في الكعبة

كتاب الزكاة

١٦١	باب صدقة السوائم
١٧١	فصل في الإبل
١٧٤	فصل في البقر
١٧٦	فصل في الغنم
١٧٨	فصل في الخيل
١٧٩	فصل في ما لا صدقة فيه
١٨٨	باب زكاة المال
١٨٨	فصل في الفضة
١٩٠	فصل في الذهب
١٩١	فصل في العروض
١٩٥	باب في من يمر على العاشر
٢٠٣	باب في المعادن والركاز
٢٠٩	باب زكاة الزروع والثمار
٢١٩	باب من يجوز دفع الصدقات إليه ومن لا يجوز
٢٣٠	باب صدقة الفطر
٢٣٥	فصل في مقدار الواجب ووقته
٢٤٠	كتاب الصوم
٢٤٤	فصل في رؤية الهلال
٢٥٣	باب ما يوجب القضاء والكفارة
٢٦٧	فصل في إفتار الصوم

٢٨٤	فصل فيما يوجبه على نفسه
٢٨٨	باب الاعتكاف
٢٩٦	كتاب الحج
٣٠٥	فصل فى المواقيت
٣٠٩	باب الإحرام وأركان الحج
٣٦١	فصل فى ما يتعلق بالوقوف
٣٦٩	باب القرآن
٣٧٧	باب التمتع
٣٩٢	باب الجنائيات
٤٠٥	فصل فى الجماع ودواعيه
٤١١	فصل فى ما يتعلق بالطواف بغير الطهارة
٤٢٤	فصل فى الصيد
٤٥٨	باب مجاوزة الميقات بغير إحرام
٤٦٣	باب إضافة الإحرام
٤٧٠	باب الإحصار
٤٧٨	باب الفوات
٤٨٠	باب الحج عن الغير
٤٩٠	باب الهدى
٤٩٨	مسائل مشورة

فهارس موضوعات الجزء الثالث

٣	كتاب النكاح
٩	فصل فى بيان المحرمات
٣١	باب فى الأولياء والأكفاء
٥٠	فصل فى الكفاءة
٥٨	فصل فى الوكالة بالنكاح وغيرها
٦٣	باب المهر
١٠٥	فصل
١١٠	باب نكاح الرقيق
١٢٤	باب نكاح أهل الشرك
١٣٥	باب القسم
١٣٨	كتاب الرضاع
١٥٠	كتاب الطلاق

١٥٠	باب طلاق السنة
١٦١	فصل
١٦٥	باب إيقاع الطلاق
١٧٦	فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان
١٨٣	فصل
١٩٠	فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه
١٩٥	فصل فى الطلاق قبل الدخول
٢٠٦	باب تفويض الطلاق
٢٠٦	فصل فى الاختيار
٢١١	فصل فى الأمر باليد
٢١٧	فصل فى المشيئة
٢٢٧	باب الأيمان فى الطلاق
٢٣٩	فصل فى الاستثناء
٢٤١	باب طلاق المريض
٢٥٢	باب الرجعة
٢٦٦	فصل فيما تحمل به المطلقة
٢٧٢	باب الإيلاء
٢٨٠	باب الخلع
٢٩٤	باب الظهار
٢٩٩	فصل فى الكفارة
٣١٢	باب اللعان
٣٢٥	باب العين وغيره
٣٣٠	باب العدة
٣٤٥	فصل
٣٥٣	باب ثبوت النسب
٣٦٦	باب حضانة الولد ومن أحق به
٣٧٢	فصل
٣٧٤	باب النفقة
٣٨٧	فصل
٣٩٢	فصل
٣٩٥	فصل
٣٩٩	فصل

٤٠٨	فصل
٤١٠	كتاب العتاق
٤٢٤	فصل
٤٣٠	باب العبد يعتق بعضه
٤٥٢	باب عتق أحد العبيدين
٤٦٣	باب الحلف بالعتق
٤٦٨	باب العتق على جعل
٤٧٨	باب التدبير
٤٨٢	باب الاستيلاء

فهرس موضوعات الجزء الرابع

٣	كتاب الأيمان
٦	باب ما يكون يمينا، وما لا يكون يمينا
١١	فصل في الكفارة
١٨	باب اليمين في الدخول والسكنى
٢٣	باب اليمين في الخروج، والإتيان والركوب، وغير ذلك
٢٨	باب اليمين في الأكل والشرب
٤٣	باب اليمين في الكلام
٤٩	فصل فيما يتعلق بالزمان
٥١	باب اليمين في العتق والطلاق
٥٨	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
٦٤	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
٦٧	باب اليمين في لبس الثياب والحلى، وغير ذلك
٧٠	باب اليمين في القتل والضرب وغيره
٧٢	باب اليمين في تقاضى الدراهم
٧٥	مسائل متفرقة
٧٧	كتاب الحدود
٨٤	فصل في كيفية الحد وإقامته
٩٦	باب الوطاء الذى يوجب الحد، والذى لا يوجبه
١١٣	باب الشهادة على الزنا، والرجوع عنها
١٢٩	باب حد الشرب
١٣٥	باب حد القذف
١٥١	فصل في التعزير

١٥٥	كتاب السرقة
١٦١	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع
١٧٤	فصل في الحرز والأخذ منه
١٨٤	فصل في كيفية القطع وإثباته
٢٠٣	باب ما يحدث السارق في السرقة
٢٠٦	باب قطع الطريق
٢١٧	كتاب السير
٢٢٠	باب كيفية القتال
٢٢٩	باب المواعدة ومن يجوز أمانه
٢٣٤	فصل في أحكام الأمان
٢٣٩	باب الغنائم وقسمتها
٢٥٨	فصل في كيفية القسمة
٢٧٢	فصل في التنفيل
٢٧٧	باب استيلاء الكفار
٢٨٧	باب المستأمن
٢٩٢	فصل في حكم المستأمن
٣٠٢	باب العشر والخراج
٣١٢	باب الجزية
٣٢٣	فصل في ما ينبغى الذمي
٣٢٧	فصل في نصارى بنى تغلب ومصارف بيت المال
٣٣٠	باب أحكام المرتدين
٣٥٣	باب البغاة
٣٦١	كتاب اللقيط
٣٦٦	كتاب اللقطة
٣٧٨	كتاب الإباق
٣٨٤	كتاب المفقود
٣٩٣	كتاب الشركة
٤٠١	فصل فيما لا ينعقد الشركة إلا بالدرهم وغيره
٤١٩	فصل في الشركة الفاسدة
٤٢٢	فصل فيما ينبغى للمشركين
٤٢٦	كتاب الوقف
٤٤٥	فصل في وقف المسجد

فهرس موضوعات الجزء الخامس

٣	كتاب البيوع
٢٠	فصل
٣٢	باب خيار الشرط
٥٢	باب خيار الرؤية
٦٤	باب خيار العيب
٩٠	باب البيع الفاسد
١٣٢	فصل في أحكامه
١٤٤	فصل فيما يكره
١٤٧	نوع منه
١٥٠	باب الإقامة
١٥٦	باب المرابحة والتولية
١٦٨	فصل
١٧٧	باب الربا
٢٠٢	باب الحقوق
٢٠٥	باب الاستحقاق
٢١١	فصل في بيع الفضولي
٢٢٢	باب السلم
٢٥٨	مسائل مثورة
٢٦٩	كتاب الصرف
٢٩٠	كتاب الكفالة
٣٣٠	فصل في الضمان
٣٣٧	باب كفالة الرجلين
٣٤٢	باب كفالة العبد وعنه
٣٤٥	كتاب الحوالة
٣٥٣	كتاب أدب القاضى
٣٦٨	فصل في الحبس
٣٧٢	باب كتاب القاضى إلى القاضى
٣٧٨	فصل آخر
٣٨٥	باب التحكيم
٣٨٨	مسائل شتى من كتاب القضاء
٣٩٨	فصل في القضاء بالمواريث

٤١٢	فصل آخر
٤١٥	كتاب الشهادة
٤٢٧	فصل
٤٣٤	باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل
٤٥٢	باب الاختلاف في الشهادة
٤٦١	فصل في الشهادة على الإرث
٤٦٣	باب الشهادة على الشهادة
٤٧١	فصل
٤٧٣	كتاب الرجوع عن الشهادات
٤٨٤	كتاب الوكالة
٤٩٥	باب الوكالة بالبيع والشراء
٤٩٥	فصل في الشراء
٥١٧	فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
٥٢٠	فصل في البيع
٥٣١	فصل
٥٣٦	باب الوكالة بالخصومة والقبض
٥٥١	باب عزل الوكيل

فهرس موضوعات الجزء السادس

٣	كتاب الدعوى
٩	باب اليمين
٢١	فصل في كيفية اليمين والاستحلاف
٢٧	باب التحالف
٤٦	فصل فيمن لا يكون خصماً
٥٠	باب ما يدعيه الرجلان
٦٩	فصل في التنازع بالأيدى
٧٥	باب دعوى النسب
٩٠	كتاب الإقرار
١٠١	فصل في مسائل الحمل
١٠٣	باب الاستثناء وما في معناه
١١٩	باب إقرار المريض
١٢٥	فصل في من أقر بغلام يولد مثله لمثله
١٢٩	كتاب الصلح

١٣٥	فصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز
١٤٤	باب التبرع بالصلح والتوكيل به
١٤٧	باب الصلح فى الدين
١٥٤	فصل فى الدين المشترك
١٦١	فصل فى التخارج
١٦٥	كتاب المضاربة
١٨١	باب المضارب يضارب
١٨٧	فصل فى إدخال عبد المضارب فى المضاربة
١٨٩	فصل فى العزل والقسمة
١٩٤	فصل فيما يفعله المضارب
٢٠٣	فصل فى المسائل المتفرقة
٢٠٨	فصل فى الاختلاف
٢١١	كتاب الودیعة
٢٢٧	كتاب العارية
٢٤٠	كتاب الهبة
٢٥٥	باب ما يصح رجوعه وما لا يصح
٢٦٤	فصل فى هبة الجارية إلا حملها
٢٦٧	فصل فى الصدقة
٢٦٩	كتاب الإجازات
٢٧٢	باب الأجر متى يستحق
٢٧٩	فصل فى عدم الاستحقاق تمام الأجر أو بعضه
٢٨١	باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها
٢٩٢	باب الإجارة الفاسدة
٣١٠	باب ضمان الأجير
٣١٧	باب الإجارة على أحد الشرطين
٣٢٢	باب إجارة العبد
٣٢٥	باب الاختلاف
٣٢٧	باب فسخ الإجارة
٣٣٤	مسائل متشورة
٣٣٧	كتاب المكاتب
٣٤٣	فصل فى الكتابة الفاسدة
٣٥٢	باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

٣٥٩	فصل فى من يدخل فى الكتابة تبعاً
٣٦٥	فصل فى ما إذا ولدت المكاتب من المولى
٣٧٤	باب من يكاتب عن العبد
٣٧٨	باب كتابة العبد المشترك
٣٨٧	باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٣٩٩	كتاب الولاء
٤١١	فصل فى ولاء الموالاة
٤١٤	كتاب الإكراه
٤٢٠	فصل فى الإكراه على المحظورات فى السعة
٤٣١	كتاب الحجر
٤٣٦	باب الحجر للفساد
٤٤٦	فصل فى حد البلوغ
٤٤٨	باب الحجر بسبب الدين
٤٥٥	كتاب المأذون
٤٨٠	فصل فى أحكام إذن الصبى والمعتوه
٤٩٣	كتاب الغصب
٤٩٤	فصل فيما يتغير بفعل الغاصب
٥٠٦	فصل فى تغيير عين المغصوب
٥١٦	فصل فى غصب ما لا يتقوم

فهرس موضوعات الجزء السابع

٣	كتاب الشفعة
١٣	باب طلب الشفعة والخصومة فيها
٢٢	فصل فى الاختلاف
٢٥	فصل فيما يؤخذ به المشفوع
٣٠	فصل
٣٤	باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٤٥	باب ما تبطل به الشفعة
٥١	فصل
٥٣	مسائل متفرقة
٥٨	كتاب القسمة
٦٧	فصل فيما يقسم وما لا يقسم
٧٣	فصل فى كيفية القسمة

٨٢	باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها
٨٤	فصل
٨٨	فصل فى المهاياة
٩٤	كتاب المزارعة
١١٠	كتاب المساقاة
١١٨	كتاب الذبائح
١٣٧	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل
١٤٦	كتاب الأضحية
١٧٠	كتاب الكراهية
١٧٠	فصل فى الأكل والشرب
١٧٨	فصل فى اللبس
١٨٧	فصل فى الوطئ والنظر والمد
٢٠٥	فصل فى الاستبراء وغيره
٢١٧	فى البيع
٢٣١	مسائل متفرقة
٢٤٤	كتاب إحياء الموات
٢٦٢	فصول فى مسائل اشرب
٢٦٢	فصل فى المياه
٢٦٩	فصل فى كرى الأنهار
٢٧٥	فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه
٢٨٤	كتاب الأشربة
٣٠٥	فصل فى طبخ العصير
٣٠٨	كتاب الصيد
٣٠٩	فصل فى الجوارح
٣٢٨	فصل فى الرمى
٣٤٦	كتاب الرهن
٣٦٩	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز
٣٩٩	فصل
٤٠٤	باب الرهن الذى يوضع على يد العدل
٤١٦	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنائه على غيره
٤٤٨	فصل

فهرس موضوعات الجزء الثامن

٣	كتاب الجنایات
١١	باب ما یوجب القصاص وما لا یوجه
٢٥	فصل
٢٨	باب القصاص فیما دون النفس
٣٤	فصل
٤٣	فصل
٥٦	باب الشهادة فی القتل
٦٢	باب فی اعتبار حالة القتل
٦٦	كتاب الديات
٧٢	فصل فیما دون النفس
٨٢	فصل فی الشجاج
٨٦	فصل
١٠٢	فصل فی الجنین
١٠٩	باب ما یحدثه الرجل فی الطریق
١٢٣	فصل فی الحائط المائل
١٢٩	باب جنایة البهیمة والجنایة علیها
١٤٦	باب جنایة المملوك والجنایة علیه
١٦٥	فصل
١٧٤	فصل فی جنایة المدبر وأم الولد
١٧٧	باب غضب العبد والمدبر والصبی والجنایة فی ذلك
١٨٥	باب القسامة
٢٠٨	كتاب المعامل
٢٢٧	كتاب الوصایا
٢٢٧	باب فی صفة الوصیة ما یجوز من ذلك وما یتحجب منه، وما یرجع عنه
٢٤٦	باب الوصیة بثلاث المال
٢٧٣	فصل فی اعتبار حالة الوصیة
٢٧٧	باب العتق فی مرض الموت
٢٨٦	فصل
٢٩٠	باب الوصیة للأقارب وغيرهم
٣٠٣	باب الوصیة بالسكنی والخدمة والثمرة
٣١٣	باب وصیة الذمی
٣١٨	باب الوصی وما یملكه
٣٤٠	فصل فی الشهادة
٣٤٣	كتاب الخثی
٣٤٣	فصل فی بیانه
٣٤٥	فصل فی أحكامه
٣٥٢	مسائل شتی
٣٥٦	خاتمة المحشی العلام والطابع