

كتاب الدعوى والبيّنات

الدعوى نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة - فأن يوجد فيها شرائط الصحة ، بأن يدعى على خصم حاضر ، وأن يكون المدعى به شيئاً ، معلوماً ، معيناً ، وأن يتعلق به حكم على المطلوب منه .

والفاسدة - أن لا يكون الخصم حاضراً ، وأن يكون المدعى به مجهولاً ، لأنه لا يمكن للشهود الشهادة ، ولا للقاضي القضاء به . وأن لا تُلزم المطلوب منه ذلك ، بأن ادعى أنه وكيل فلان ، فالقاضي لا يسمع دعواه ، إذا أنكر الآخر ، لأنه يمكنه عزله للحال .

ثم إنما يصير المدعى به معلوماً : إما بالإشارة إليه عند القاضي ، بأن كان منقولاً في الدعوى ، وبالشهادة ، وإن لم يكن منقولاً ، نحو العقار والرحى ونحوهما مما يمكن معرفته بالتحديد - فإعلامه بذلك ، وهو في العقار .

وما لا يمكن معرفته بالتحديد ، كحجر الرحي ، فينصب القاضي أميناً حتى يسمع الدعوى والبيّنة ، عند ذلك ، بالإشارة .

ثم المدعي من يلتمس ، بدعواه ، إثبات ملك على غيره ، في العين أو في الدين ، أو يثبت حقاً . والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه .

وقيل : المدعي من إذا ترك الدعوى يترك ، والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك .

وذكر محمد أن المدعى عليه هو المنكر .

إذا ثبت هذا - فنقول :

إذا جاء المدعي ، إلى القاضي ، مع خصمه ، فالقاضي يسأله : ماذا يدعي عليه ؟ فإذا ادعى المدعي دعوى ، صحيحة ، على خصم حاضر - سأل المدعى عليه عن جواب المدعي ، وقال : « أجب خصمك بلا أو نعم » - وما ذكرنا استحسان ، والقياس ما ذكر في الزيادات : أن المدعي إذا جاء إلى القاضي مع خصمه ، فإنه لا يسأل المدعي : ماذا يدعي ؟ حتى يبدأ المدعي بدعواه ، ثم إذا ادعى دعوى صحيحة ، وسمعها ، لا يسأل المدعى عليه عن جوابه ، ما لم يسأل المدعي منه ، أن يسأل المدعى عليه ، عن جوابه ، لأنه إنشاء الخصومة . لكن الصحيح هو الاستحسان ، لأن الخصمين ربما يعجزان عن ذلك لمهابة مجلس القاضي .

فإذا سأل المدعى عليه عن الجواب : فإذا أقر به أمره بتسليم المدعى به إلى المدعى ، وإن أنكر سأل المدعي عن البينة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي منه الحلف - لأن عنده : إذا قال المدعي : « لي بينة حاضرة في المصر » ، فالقاضي لا يحلفه وعندهما : يحلفه ، فلذلك يسأل .

فإذا قال : « لا بينة لي » أو « ليس لي بينة حاضرة » - فإنه يحلف المدعى عليه ، إذا طلب المدعي اليمين ، لأن اليمين حقه ، فلا بد من طلبه . فإذا حلفه : فإن حلف : تنقطع الخصومة إلى وقت إقامة البينة ، وإن نكل : يقضي عليه بالنكول عندنا ، في الأموال ، وعند الشافعي : يرد اليمين إلى المدعي : فإذا حلف : يقضي له . وفي القصاص في

الطرف : يقضي بالنكول ، أيضا : عند أبي حنيفة - وعندهما : يقضي بالدية . وأما في النفس : فعندهما : يقضي بالدية أيضا . وعنده : لا يقضي بالقصاص ولا بالدية ، ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف ، وكذا لا يقضي بالنكول في الأشياء السبعة عند أبي حنيفة ، وعندهما : يقضي . وأجمعوا أنه لا يقضي بالنكول في الحدود .

وعلى هذا - الاستحلاف عنده : لا يستحلف في الأشياء السبعة ، وهي : النكاح ، والرق ، والولاء ، والنسب ، والرجعة ، والفيء في الإيلاء ، والاستيلاء - لأن الاستحلاف لأجل النكول ، وهو بذل وإباحة عند أبي حنيفة ، ولا يجري ذلك في هذه الأشياء . وعندهما : هو بمعنى الإقرار الذي فيه شبهة ، وهذه الأشياء مما يثبت بدليل فيه شبهة - وهذا مما يعرف في الخلافات .

ثم الدعوى إما أن تكون في ملك مطلق أو بسبب ، مع التاريخ أو بدونه ، ولا يخلو : إما إن كانت من الخارج على ذي اليد ، أو من الخارجين على ذي اليد ، أو من صاحبي اليد : أحدهما على صاحبه .

أما إذا كان الدعوى في ملك مطلق - فنقول :

ان كانت من الخارج على ذي اليد ، بلا تاريخ : فبينة الخارج أولى ، عندنا - وعند الشافعي : بينة اليد أولى - وهي مسألة معروفة .

وعلى هذا الخلاف : إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، لأنه لم يثبت سبق أحدهما ، فبقيت دعوى ملك مطلق .

فأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول محمد أولا ، ثم رجع بعد رجوعه من الرقة وقال : لا تقبل بينة ذي اليد على وقت ولا غيره إلا في التناج - كذا ذكر ابن سماعه . وذكر محمد هذه المسألة في كتاب الدعوى ، وقال : عند أبي

حنيفة : يقضى بها للخارج ، ثم رجع وقال : يقضى بها لصاحب اليد وهو قول محمد أي قوله الأول ، لأن بينة صاحب اليد أثبتت أنه أول المالكين .

وأما إذا وقت أحدهما . ولم يوقت الآخر : فعند محمد : لا عبرة لتاريخ صاحب اليد . فالخارج أولى . وعند أبي يوسف : بينة صاحب الوقت أولى . وعن أبي حنيفة روايتان : في رواية مع محمد ، وفي رواية مع أبي يوسف .

أما إذا كانت الدعوى من الخارجين في ملك مطلق ، بلا تاريخ ، أو تاريخهما سواء ، والشئ في يد الثالث : فهو بينهما نصفان عندنا .

وللشافعي فيه قولان : في قول تهاثرت البيتان وتبقى في يد صاحب اليد قضاء ترك ، وفي رواية : يقرع بينهما ويقضى للذي خرجت له القرعة - والمسألة معروفة .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو أولى ، بالاتفاق ، لأن بينة الخارجين مسموعة ، فيترجح أحدهما بالتاريخ .

وأما إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهما سواء عند أبي حنيفة ، ولا عبرة بالتاريخ لجواز أن يكون الآخر لو وقت كان تاريخه أسبق . وعند أبي يوسف : صاحب الوقت أولى . وعند محمد : الذي أطلق أولى ، لأن الملك المطلق ملك من الأصل حكما حتى يستحق الزوائد به .

وأما إذا كان الشئ في أيديهما ، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له : فإنه يقضى لكل واحد منهما بنصف ما في يد صاحبه ، لأنه خارج في ذلك النصف .

ولو أقام أحدهما البينة : يقضى له بنصف ما في يد صاحبه ، وما في يده يترك في يده قضاء ترك .

ولولم يكن لهما بينة : قضى بينهما نصفين ، قضاء ترك ، حتى لو أقام أحدهما البينة على صاحبه ، بعد ذلك ، تقبل .
وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فعند أبي حنيفة وأبي يوسف : صاحب الوقت الأول ، أولى . وقال محمد : لا يعتبر الوقت في حق صاحب اليد ، فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما . وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت في حق صاحب اليد فكان بينهما .

وأما إذا كان لأحدهما وقت دون الآخر - فعند أبي حنيفة ومحمد : لا عبرة للوقت ، فيكون بينهما وقال أبو يوسف : هو لصاحب الوقت .

وأما إذا كان دعوى الملك بسبب :

فإن كان السبب هو الإرث : فإن كان أحدهما خارجا ، والآخر صاحب اليد ، وأقام كل واحد منهما البينة أنه ملكه : مات أبوه وتركه ميراثا له : فهو للخارج ، في قول أصحابنا جميعا ، لأن كل واحد منهما يثبت الملك للميت ، مطلقا ، فصار كما لو حضر المالكان وادعيا ملكا مطلقا : يكون للخارج - كذا هذا .

وكذا إذا أرخا ، وتاريخهما سواء ، أو ذكر أحدهما الوقت دون الآخر .

وأما إذا كان تاريخ أحدهما أسبق : فهو لصاحب الوقت الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وفي قول محمد الآخر : للخارج .

وأما إذا كانا خارجين ، في دعوى الميراث ، على ثالث ، ووقت أحدهما أسبق : فهو له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد

روايتان : في ظاهر الرواية : قال في الميراث : ذلك كله سواء وهو بينهما نصفان . وفي نوادر هشام : إن لم يؤرخا ملك الميتين : فهو بينهما نصفان ، وإن أرخا ملك الميتين : فهو لصاحب التاريخ الأول .

وكان أبو بكر الرازي يفرق لمحمد بين الميراث من اثنين ، وبين الشراء من اثنين - قال في الميراث : بينهما نصفان ، وفي شراء الخارجين من رجل واحد : إنه لصاحب الوقت الأول ، لأن المشتري يثبت الملك لنفسه ، والوارث يثبت الملك للميت .

لكن روي عن محمد في « الإملاء » في الخارجين إذا أقاما البينة على الشراء من واحد ، وأرخا : أن التاريخ لا يقبل إلا أن يؤرخا ملك البائع - وسوى بينه وبين الميراث .

وأما إذا كان السبب هو الشراء - بأن ادعى الخارج الشراء من صاحب اليد ، وهو منكر يقبل .

ولو ادعى صاحب اليد الشراء من خارج : يقبل أيضا ، لأنه يصح تلقي الملك من جهته .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء من صاحبه ، من غير تاريخ : فلا يقضى بالبنتين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وترك المدعى به في يد صاحب اليد .

وعند محمد : يقضى بالبنتين جميعا ، لأنه يمكن تصحيحهما ، ويجعل كأن الخارج باع من صاحب اليد ، وسلم إليه ، ثم باع صاحب اليد منه ، ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إليه ، ولا يمكن على العكس ، لأن بيع العقار قبل القبض ، عنده لا يجوز .

وأما إذا أرخا ، وتاريخ أحدهما أسبق : فإنه يقضى لآخرهما وقتا : أيهما كان ، والبيع الثاني ينقض البيع الأول عندهما . وقال محمد : يقضى

بها للخارج - وفي المسألة تفصيل لم يذكره الكرخي .

وأما إذا أقاما البينة على الشراء والقبض - فعندهما : تهاترت البيتان ، والمدعى لمن هو في يده . وعند محمد : يقضى بها للذي في يده ، والثلث بالثلثن قصاصا ، كأن الخارج اشتراها من الداخل ، فقبضها ثم اشتراها الداخل منه ، وقبض لأن المذهب عنده أن القبض الموجود مهما أمكن أن يجعل قبض بيع ، يجعل حملا لأمر العاقل على الصحة .

وأما الخارجان إذا ادعيا الشراء على صاحب اليد : فإن كان واحدا ، وأقاما البينة على الشراء منه ، بثمن معلوم ، ولم يذكر التاريخ ولا القبض - فإنه يجعل بينهما نصفين ، عندنا .

وعند الشافعي : في قول : تهاترت البيتان . وفي قول : يقرع بينهما .

فأما إذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : فهو له .

وكذا إذا وقت أحدهما ، دون الآخر : فهو لصاحب الوقت ، لأنه ثبت سبق بيع أحدهما ، وبيع الآخر معنى حادث ، ولا يعلم تاريخه فيحكم به للحال .

وأما إذا لم يكن لواحد منهما تاريخ ، ولكن له قبض ، بأن كان في يد أحدهما : فهو أولى ، لأنه يحمل على قبض البيع ، والبيع الثاني حادث ، ولم يعرف تاريخهما ، فجعل كأن بيع صاحب القبض أسبق .

فإن ذكر الآخر تاريخا ، ولأحدهما تاريخ ، وللآخر قبض : لم يعتبر التاريخ إلا أن يشهدوا أن بيعه كان قبل بيع الشيء في يده ، فيقضي له به ، ويرجع الآخر بالثلثن على البائع .

فأما إذا ادعى كل واحد منهما الشراء ، من رجل غير الذي ادعى

عليه صاحبه ، وأقاما البيئة - فهو بينهما نصفان ، لأن المشتريين قاما مقام البائعين ، كأنهما حضرا وأقاما البيئة ، والمال بينهما نصفان .

ولو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق : يكون له عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - وهذه رواية الأصول . وقد ذكرنا فرق أبي بكر الرازي ورواية الإماماء عن محمد ، في هذا الفصل ، فلا نعيده .

ثم في هذه المسائل - في الشراء : يثبت الخيار لكل واحد من مدعي الشراء ، لأنه يدعي شراء الكل ، فلا يرضى بالنصف ، مع الشركة ، وهي عيب : فإن اختار أخذ النصف : يرجع على البائع بنصف الثمن ، لاستحقاق نصف المبيع ، وإن اختار الرد : رجع بجميع الثمن لانفساخ البيع . وإن اختار أحدهما الرد والآخر الأخذ : فإن كان قبل تخيير الحاكم لهما والحكم لهما نصفين : فإنه يأخذ جميع المبيع ، بجميع الثمن ، لأنه استحققه ، بحكم العقد ، وإنما امتنع لأجل المزاومة ، فإذا ترك الآخر الخصومة ، فله ذلك ، بحكم العقد . فأما إذا كان بعد حكم الحاكم بينهما : فيأخذ النصف ، بنصف الثمن ، لأنه ، بحكمه ، ينفسخ العقد ، في النصف ، ولا يعود إلا بالتجديد .

وأما دعوى التناج :

فإن ادعى الخارج ، وذو اليد ، التناج في دابة ، فهي لصاحب اليد ، لأنتهما ادعيا أولية الملك ، فاستويا في الدعوى ، فيرجع باليد - وفي عين هذه المسألة ورد حديث جابر^(١) عن النبي عليه السلام .

وإن ادعى أحدهما التناج : فهو لصاحب اليد ، أيهما كان ، لما ذكرنا .

(١) هو جابر بن عبد الله الصحابي ابن الصحابي - أحد الكثيرين الرواية عن رسول الله ﷺ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب . وتوفي بالمدينة سنة ٧٣ هـ . (أو ٧٨ أو ٦٨) وهو ابن أربع وتسعين سنة .

وإن كان خارجان ادعيا التناج ، وهو في يد ثالث يدعي ملكا
مطلقا : فهي بين الخارجين ، نصفان ، لاستوائهما .

ثم ظاهر مذهبنا أنه يقضى لصاحب اليد ، لا أن يترك في يده بلا
قضاء .

وروى عيسى بن أبان^(١) أنه تنهاتر البيتان ، ويترك في يده صاحب اليد
قضاء ترك - وهذا خلاف مذهبنا : فإن الخارجين يقضى بينهما ، ولو كان
ترك في يد صاحب اليد ، لا بطريق القضاء ، ينبغي أن يكون لصاحب
اليد ، إذا تنهاترت البيتان .

فإن أرخا ، فإنه ينظر :

إن كان سن التناج يوافق أحد التاريخين فهو له .

وإن أشكل الأمر : سقط حكم التاريخ ، وجعل كأنهما لم يذكر
التاريخ .

وإن خالف الوقتين : ذكر في ظاهر الرواية أنه لا عبرة للتاريخ ،
والحكم فيه ما ذكرنا من غير تاريخ . وذكر الحاكم أن في رواية أبي الليث^(٢)
: تنهاترت البيتان ، ويبقى التناج في يد صاحب اليد ، قضاء ترك - وهو
الأصح .

كذا الجواب في كل ما لا يتكرر فيه سبب الملك ، ولا يعاد ، ولا
يصنع مرتين : فهو كالتناج .

(١) تفقه على محمد بن الحسن وقد توفي سنة ٢٢١ هـ . بالبصرة وهو قاض عليها . وله كتاب
الحجج . ومن تلاميذه أبو خازم القاضي أستاذ الطحاوي . وقيل : ما في الإسلام قاض أفقه من
عيسى .

(٢) لعله نصر أبو الليث الحافظ السمرقندي .

وما يتكرر فيه سبب الملك ، ويصنع مرتين : فهو على التفصيل الذي ذكرنا من دعوى الملك المطلق وبالسبب .

وإذا كان حائط بين دارين ، وليس لواحد منهما عليه جذوع ، ولا له اتصال بالبناء : فإنه يكون بينهما لاستوائهما في الاستغلال .

وإن كان لأحدهما عليه جذوع : فالحائط له ، لأنه مستعمل له .

وإن كان لهما جذوع ، على النواء : فهو لهما ، لاستوائهما .

وإن كان لأحدهما أكثر : ذكر الكرخي أنه إذا كان لأحدهما ثلاثة فصاعدا ، وللآخر كثير : فهما سواء . أما إذا كان لأحدهما ما دون الثلاثة ، وللآخر أكثر : فهو لصاحب الكثير - وكذا ذكر محمد في «كتاب الإقرار» ، وذكر «في كتاب الدعوى» أن لكل واحد منهما ما تحت خشبته ، ولا يكون له كل الحائط .

وإن لم يكن لهما جذوع ، ولأحدهما اتصال بالبناء من جانب واحد . أي يكون بعض ألبان الحائط المدعى به في حائط مملوك له - قال : صاحب الاتصال أولى .

وذكر في «الأصل» أنه إذا كان اتصال تربيع : فهو أولى من صاحب الجذوع .

وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان الاتصال من الطرفين : كان أولى من صاحب الجذوع .

والمراد من اتصال التربيع أن يكون بعض الألبان متداخلا في البعض ، كالأزج^(١) والطاقات^(٢) ، وأبو يوسف اعتبر هذا في جانبي الحائط

(١) الأزج بيت بيتي طولاً ويقال الأزج السقف والجمع أزاج .

(٢) الطاق ما عطف من الأبنية والجمع طاقات وطيقان .

المدعى به متصلا بحائطي المدعى ، لأن هذا دليل على أن باني الحائط هو ، ثم لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع في هذه المسألة .

وكذا إذا كان له جذع واحد : فالحائط لصاحب الأكثر ، وله حق الوضع ، وليس لصاحبه أن يرفع إلا إذا أقام البينة أن الحائط له ، فحينئذ يرفع ، لأن البينة دليل مطلق .

وإن كان خُصًّا^(١) بين شخصين ، والقُمُط^(٢) إلى أحدهما ، وادعى كل واحد الحُصَّ : فهو بينهما عند أبي حنيفة ولا يرجح بكون القمط في جانبه . وقالوا بأن صاحب القمط أولى .

ولو كان وجه البناء أو الطاقات على الحائط في أحد الجانبين : فلا يرجح هذا ، بالإجماع ، لأن هذا لا يختص بالملك .

ولو كان أحدهما سفلى ، وللآخر علو : فليس لصاحب السفلى أن يتصرف تصرفا لم يكن في القديم ، وإن كان لا يتضرر به صاحبه عند أبي حنيفة . وعندهما : لا بأس به إذا لم يكن فيه ضرر - وكذا صاحب العلو .

ولو انهدهما ، فامتنع صاحب السفلى عن البناء : لا يجبر عليه ، لأن الإنسان لا يجبر على عمارة بيته ، لكن يقال لصاحب العلو : « ابن بمالك السفلى ، وضع عليه علوك ، وارجع عليه بقيمته مبنيا ، وامنع الآخر عن السكنى حتى يدفع القيمة » .

وكذا الجواب في الحائط بين الدارين .

ولو هدمه أحدهما : يجبر على العمارة - والله تعالى أعلم .

(١) الحص البيت من العقب والجمع أخصاص .

(٢) القُمُط الشُرُط جمع شريط وهو ما يعمل من ليف وخوص وقيل القمط الحُثْب التي تكون على ظاهر الحص أو باطنه يشد إليها حُرَائِي القصب أو رؤوسه .

كتاب الإقرار

قال رحمه الله :

يحتاج في هذا الكتاب إلى :
بيان كون الإقرار حجة ،
وإلى بيان ألفاظ الإقرار ،
وإلى بيان شرائط صحته ،
وإلى بيان أنواع المقر به ،
وما يتصل بذلك من الفرق بين حالة الصحة وحالة المرض .

أما بيان كون الإقرار حجة :

فإنه خبر صدق ، أو راجح صدقه على كذبه ، فإن المال محبوب المرء ، طبعاً ، فلا يقربه ، لغيره ، كاذباً .

وأما بيان ألفاظ الإقرار - فنقول :

إذا قال : « لفلان عليّ كذا » أو « لفلان قبليّ كذا » - فهو إقرار ، لأن « عليّ » كلمة إيجاب لغة ، والقبالة والكفالة اسم للضمان .

وكذا إذا قال : « لفلان في مالي ألف درهم » - فهو إقرار له بذلك في مال . لكن لم يبين محمد في « الأصل » أنه يكون مضموناً أو لا ، وذكر أبو بكر الرازي ، أنه إقرار بالشركة ، فيكون ذلك القدر المقر به عنده أمانة

وقال بعض مشايخ العراق : إن كان ماله محصوراً : فهو إقرار بالشركة ،
وإن كان غير محصور : فهو إقرار في ذمته .

وإن قال : « له من مالي ألف درهم » - فهو هبة : لا تصير ملكاً له
إلا بقبوله والتسليم من المقر .

ولو قال : « له عندي ألف درهم » - فهو وديعة .

وكذا لو قال : « معي » أو « في منزلي » أو « في بيتي » أو « في
صندوقتي » أو « في كيسي » - لأنها لا تختص بالإيجاب ، فيحمل على
الأدنى .

هذا الذي ذكرنا إذا ذكر هذه الألفاظ مطلقاً .

فأما إذا قرن بها لفظاً آخر ، مخالفاً للأول في المعنى ، بأن قال :
« لفلان عليّ - أو : قبلي - ألف درهم وديعة » : يكون وديعة ، لأنه بيان
معتبر ، فيصح ، بشرط الوصل ، كالاستثناء .

أما إذا ذكر مطلقاً وقال : « عنيت به الوديعة » - لا يصدق ، لأنه
خلاف الظاهر ، فلا يصدق على الغير .

وإن قال « لفلان عندي - أو : معي - ألف درهم قرضاً » - فهو
إقرار ، لأنه بيان معتبر .

ولو قال : « عندي كذا ، وأعني به الإقرار » - صدق ، وإن فصل ،
لأن هذا إقرار على نفسه ، فلا يتهم .

ولو قال : « له من مالي ألف درهم لا حق لي فيها » - فهو إقرار .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم وديعة قرضاً ، أو وديعة ديناً ، أو
مضاربة قرضاً أو ديناً ، أو بضاعة قرضاً أو ديناً » - فهو إقرار إذا ادعى المقر
له الدين ، لأن الضمان قد يطرأ على الأمانة .

ولو قال : « لفلان عندي ألف درهم عارية » - فهو قرض .
وكذا في كل ما يكال أو يوزن - لأن إعارة ما لا ينتفع بأعيانها إلا بالاستهلاك : يكون قرضاً في العرف .

وأما بيان الشرائط :

فالعقل والبلوغ : شرط ، بلا خلاف ، لأنه لا يصح بدونها التصرف الضار .

وأما الحرية : فهي شرط في بعض الأشياء ، دون بعض ، على ما نذكر .

وكذا الرضا والطوع : شرط - حتى لا يصح إقرار المكره بشيء ، على ما يعرف في « كتاب الإكراه » .

وأما بيان أنواع المقر به :

فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد .

أما حقوق الله تعالى - فنوعان :

أحدهما - أن يكون خالصاً لله : كحد الشرب ، والزنا ، والسرقه - والإقرار به صحيح ، من الحر والعبد .

ولو رجع المقر عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحتمال الصدق في الرجوع ، فأورث شبهة .

ويكتفى في ذلك بالإقرار مرة ، إلا في الزنا : فإنه يشترط العدد أربع مرات ، لحديث ماعز ، بخلاف القياس .

وروي عن أبي يوسف أنه اعتبر عدد الإقرار بعدد الشهادة : فشرط في السرقه والشرب : الإقرار مرتين - لكن روي عنه أنه رجع .

ويستوي الجواب ، في الإقرار بالحدود بين تقادم العهد وعدمه ، إلا في شرب الخمر : فإنه لا يؤخذ به عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد ذهاب رائحة الخمر ، استحسانا - لحديث ابن مسعود . وعند محمد : يؤخذ به وهو القياس .

فأما حد القذف : فقد ذكرناه في كتاب الحدود .

وأما حقوق العباد - فأنواع :

منها - القصاص والدية .

ومنها - الاموال .

ومنها - الطلاق والعناق وحق الشفعة - ونحو ذلك .

والمال قد يكون عينا وقد يكون دينا ، وقد يكون معلوما وقد يكون مجهولا ، وقد يكون الإقرار في الصحة وقد يكون في المرض - فنذكر جملة ذلك ان شاء الله تعالى .

أما إقرار العبد - فنذكره في كتاب المأذون إن شاء الله تعالى .

وأما الحر - فإقراره بالمال ، صحيح ، كيفما كان ، سواء كان بالمال المقر به عينا أو ديناً ، وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعليه البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه لا يمكن القضاء بالمجهول ، فأما في الإقرار فيؤمر بالبيان والقول قوله - بيانه :

- إذا أقر انه « غصب من فلان مالا » أو « لفلان عليه شيء أو حق » - فإنه يؤمر بالبيان : فإذا بين شيئا له قيمة ، ويجري فيه المنع والشح : يصدق . وإن كان بخلافه : يجبر على بيان شيء له قيمة .

- في الغصب إذا قال : « غصبت منه شيئا » - فبين ما لا قيمة له ،

بأن قال « غصبت منه صبياً حراً صغيراً » أو « خيراً لمسلم » أو « جلد ميتة » : يصدق ، لأن هذا مما يغضب عادة .

- ولو قال : « غصبت شاة أو عبداً أو جارياً » فبين سليماً أو مع العيب ، أو قال : « غصبت داراً » فبين في بلدة قريبة أو في بلدة بعيدة - يصدق ، لأن الغضب يكون على ما يتفق فيكون القول قوله ، إلا أن في غضب الدار : إن أمكنه تسليمها إليه : يسلم ، ولا ضمان عليه إن خرجت أو عجز عن التسليم إلا عند محمد : فإنه يجب عليه القيمة عند العجز - وهي مسألة معروفة .

- ولو قال : « عليّ قفيز حنطة » - فهو بقفيز البلد الذي أقر فيه ، فكذلك الرطل والأمان والصنجات - فذلك كله على وزن البلد .

- ولو قال : « عليّ ألف درهم » - فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد ، وإن لم يكن شيئاً متعارفاً ، فيحمل على وزن سبعة ، فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينار : يعتبر وزن المشاكيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

- ولو قال : « لفلان عليّ درهم » أو « دينير » - فعليه التام ، لأن التصغير قد يذكر لصغر الحجم ، وقد يكون لاستحقاق الدرهم ، وقد يكون لخفة الوزن ، فلا ينتقص الوزن بالشك .

- ولو قال : « لفلان عليّ دراهم أو دنانير » - يقع على ثلاثة ، لأنها أقل الجمع .

- ولو قال : « عليّ دراهم كثيرة » - يقع على عشرة عند أبي حنيفة ، وعندهما : على النصاب وهو مائتا درهم .

- ولو قال : « عليّ مال عظيم » أو « كثير » أو « كبير » - فعليه مائتا

درهم ، بلا خلاف ، عند بعضهم . وقيل : على قول أبي حنيفة : يقع على العشرة . وقيل : يعتبر حال المقر : إن كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الأغنياء ، وإن كان فقيرا يقع على النصاب .

- ولو قال : « غصبت إبلا كثيرة » أو « شياها كثيرة » - يقع على أقل النصاب من جنسه .

- وإن قال : « عليّ حنطة كثيرة » - يقع عندهما على خمسة أو سق ، وعند أبي حنيفة : البيان إليه .

- وإن قال : « عليّ أموال عظام » - روي عن أبي يوسف أنه يقع على ستمائة ، لأن أقل الجمع ثلاثة .

ولو قال : « عليّ ثلاثة دراهم غير درهم » - يلزمه درهمان ، لأن كلمة « غير » بالنصب للاستثناء .

- وكذا إذا قال : « عليّ ثلاثة آلاف درهم غير ألف » - يلزمه ألفان لما قلنا .

- وكذا لو قال : « علي ثلاثة دراهم إلا درهما » - فعليه درهمان .

- ولو قال : « علي عشرة إلا ثلاثة » - يلزمه سبعة .

- ولو قال : « إلا سبعة » : يلزمه ثلاثة ، لأن الاستثناء تكلم بالباقي .

وفي الاستثناء من الاستثناء : يكون الاستثناء من المستثنى ، لا من المستثنى منه ، ويلحق ذلك بالمستثنى منه .

- إذا قال : « علي عشرة دراهم إلا ثلاثة إلا درهما » - يلزمه ثمانية ، لأن ثلاثة صارت مستثناة من العشرة ، ثم الاستثناء الثاني من الثلاثة ،

لأنه أقرب إليه ، فيخرج درهم ويلتحق بالمستثنى منه ، وهو سبعة ، فصار ثمانية .

- ولو قال : « لفلان عليّ عشرة دراهم إلا ثوبا » - لا يصح الاستثناء عندنا . وعند الشافعي : يصح ، ويخرج قدر قيمة الثوب .

- ولو استثنى شيئاً من المكيل والموزون ، بأن قال : « عليّ عشرة دراهم إلا قفيز حنطة » أو علي « مائة دينار إلا عشرة دراهم » - يصح الاستثناء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ويخرج من المستثنى منه قدر قيمة القفيز والعشرة ، لأن الجنس واحد وهو القدر ، وقال محمد وزفر رحمهما الله : لا يصح الاستثناء كما في الثوب .

- ولو قال لفلان : « عليّ ألف درهم إلا قليلا » - يلزمه أكثر من النصف ، والقول قوله في الزيادة مع يمينه .

- وكذا إذا قال : « عليّ قريب من ألف » أو « زهاء ألف » أو « عظم الألف » لأن هذا أكثر من النصف بيقين ، وفي الزيادة : القول قوله .

- ولو قال : « عليّ ألف ونيف » - فعليه الألف ، وعليه بيان النيف ، لأنه عبارة عن الزيادة .

ولو قال : « عليّ ألف ودرهم » أو « عليّ مائة ودينار » - يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، بالاتفاق .

وكذلك في جميع المكيل ، والموزون ، والعدي المتقارب .

- وأما في العروض والعدي المفأوات ، بأن قال : « عليّ عشرة وثوب » أو « عشرة وعبد » أو « عشرة ودابة » - فعلى قول محمد : يلزمه المعطوف المسمى ، والقول قوله في بيان المعطوف عليه ؛ وعلى قول أبي يوسف : يكون المعطوف عليه من جنس المعطوف ، لأن العرف على هذا .

ولو قال : « لفلان عليّ ألف - لا ! بل الفان » - فجملة هذا ان الاستدراك في الاقرارات ثلاثة أنواع : إما أن يكون في خلاف جنس الأول ، أو يكون في جنس الأول واستدراك الغلط في القدر من الكثرة والقلة ، أو في الصفة من الجودة والرداءة .

فأما الأول - فبأن يقول : « عليّ ألف درهم - لا ! بل مائة دينار » أو « كر حنطة - لا ! بل كر شعير » . وحكمه أنه يلزمهما جميعا ، لأن الغلط فيه نادر ، والنادر ملحق بالعدم .

وأما الثاني - بأن قال « عليّ ألف درهم - لا ! بل ألفان » أو قال : « علي دينار - لا ! بل ديناران » فيلزمه الأكثر ، استحسانا ، والقياس أن يلزمهما جميعا ، كما في خلاف الجنس ، وكما في الطلاق إذا قال : « أنت طالق واحدة - لا ! بل ثنتين » - يقع الثلاث ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وفي الاستحسان أنه إخبار ، ويجري فيه الغلط ، فيصح التدارك بخلاف إنشاء الطلاق حتى إن في الإخبار كذلك ، بأن قال : « كنت طلقت امرأتي أمس واحدة - لا ! بل ثنتين » : يقع على الأكثر .

وأما الثالث - بأن قال : « علي ألف درهم سود - لا ! بل بيض » . أو قال : « عليّ قفيز حنطة جيدة - لا ! بل وسط » : فيلزمه الأجود .

- ولو قال : « لفلان عليّ ألف ثمن مبيع إلا أنه زيوف » - فعند أبي حنيفة رحمة الله عليه : يلزمه الجيد ، ولا يصدق ، سواء وصل أو فصل ، كما لو قال : « بعتك هذا العبد على أنه معيب » : لم يصدق ، وإن وصل - وعندهما : إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق .

وفي القرض روايتان عنه .

- وإذا قال : « علي ألف درهم » مطلقا ، ثم قال « زيوف » - يصدق بشرط الوصل في قولهم .

وفي الغصب والوديعة : يصدق ، وصل أو فصل .

- ولو قال : « عليّ من ثمن بيع ، ألف درهم ستوقه^(١) ، أو رصا صا » - لا يصدق عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف أنه يصدق إذا وصل .

وفي البيع الفاسد وفي الغصب والوديعة : يصدق في الستوقه ، بشرط الوصل ، في قولهم جميعا .

- ولو قال : « له عليّ ألف درهم » ثم قال : « هو ثمن عبد لم أقبضه منه » - لم يصدق في قول أبي حنيفة ، إلا أن يقول موصولا ، والعبد قائم بعينه ، في يد المقر له ، وعندهما : إن صدقه المقر له كان القول قوله ، وإن لم يصدقه كان الألف له ، لازما عليه .

- ولو قال : « اقتضيت من فلان ألف درهم التي لي عليه » أو قال : « استوفيت » أو « قبضت » أو « أخذت » - وقال المقر له : « لم يكن لك عليّ شيء » - يؤمر بردها إليه ، مع يمينه ، على ما يدعيه المقر .

- ولو قال : « أخذت من فلان ألف درهم وديعة » ، فقال فلان : « بل أخذتها غصبا » - فالقول قول المقر له ، لما قلنا .

- ولو قال : « أودعني فلان ألف درهم » أو قال : « أعطاني وديعة » ، فقال : « لا ! بل أخذتها غصبا » - فالقول قول المقر ، لأنه ما أقر بسبب الضمان ، وهو الأخذ .

ثم الإقرار في حالة الصحة - يصح للأجنبي والوارث جميعا ، من جميع المال ، ولا يكون الدين المتقدم أولى ، ويكون الغرماء أسوة إذا صار مريضا : ليس له أن يؤثر البعض في القضاء ، وفي الأداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض ، لأن الدين يثبت في الذمة حالة الصحة ، وإنما ينتقل

(١) السّوق ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر .

إلى المال بالمرض - فكذاك على هذا .

أما الإقرار في المرض - فيصح للأجنبي من جميع المال ، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة ، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره . أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضي ، فهما سواء .

وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض : يصح ، سواء كان دين الصحة أو دين المرض في الجملة - وهذا في حق الأجنبي ، وله تفاصيل كثيرة .

وأما الإقرار بالوارث من المريض أو من الصحيح - فنوعان : في حق النسب ، وفي حق الميراث .

أما في النسب - فمن الرجل يصح بخمسة نفر : بالوالدين ، وبالولد ، وبالزوجة ، وبكونه مولى لفلان - لأنه ليس فيه تحميل النسب على غيره .

ومن المرأة يصح بأربعة : بالوالدين ، وبالزوج ، وبالولاء ، ودون الولد ، لأن فيه تحميل النسب على الغير .

ولا يصح الإقرار بالأخ والعم والخال في حق النسب ونحو ذلك ، لما فيه من تحميل النسب ، فلا بد من البينة .

فأما في حق الميراث - فإن لم يكن للمقر وارث ظاهر : صح إقراره في حق الإرث ، لأنه إقرار على نفسه . فأما إذا كان له وارث ظاهر : فلا يصح في حقه ، وإن كان الذي أقربه ، مقدما عليه ، بأن أقر بالأخ وله خال وعمة ، لأن فيه إبطال حق القريب . وكذلك لو كان له مولى الموالاة ، لأنه آخر الورثة ، فلا يصح إقراره في حقه .

ولو أوصى بجميع ماله ، ثم أقر بأخ : صح إقراره ، وتنفذ الوصية من الثلث .

وكذا لو أقر بأخ ، ثم أوصى بجميع ماله : يصح من الثلث ، لأن
إقراره بالأخ صحيح في حقه إن لم يصح في حق غيره .
ولو أقر بالأخ ، ثم رجع : صح ، لأنه ثبت بقوله .
وعلى هذا - الوارث إذا أقر بوارث آخر : يصح في حق نصيبه ، حتى
إن الأخ إذا أقر بأخ آخر ، فإن ما في يده يكون بينهما نصفين .
وهذا كله إذا صدقه المقر له في ذلك ، فأما إذا لم يصدقه : لم يثبت .

كتاب الوصايا

في هذا الكتاب فصلان :
فصل في الوصية ،
وفصل في الإيضاء .

نبدأ بالوصية - فنقول :

نحتاج إلى :
بيان الوصية ،
وإلى بيان صفة المشروعية ،
وإلى بيان شرائط الصحة ،
وإلى بيان الموصى به ،
وإلى بيان الموصى له ،
وما يتصل بهذه الجملة .

أما الوصية

فهي تمليك ، مضاف إلى ما بعد الموت ، بطريق التبرع ، إذ التمليك أنواع ثلاثة ، فلا يد لكل نوع من اسم خاص ليطمى عن صاحبه : فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحياة ، والهبة والصدقة تمليك عين المال بغير عوض في حالة الحياة بطريق التبرع ، والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحياة - فيكون الوصية اسماً لتمليك المال ، بعد

الموت ، بطريق التبرع ، في العين والمنافع جميعاً .

فأما الإعتاق في مرض الموت تنجيذاً ، وكذا الهبة ، والمحابة - فليست من جملة الوصية : فإنها نافذة للحال . وكذلك الكفالة ، وضمان الدرك^(١) - لكن في معنى الوصية على معنى أنه يعتبر من ثلث المال ، لتعلق حق الغرماء بالتركة في مرض الموت .

ولو كان عليه حجة الإسلام ، أو الزكاة ، أو الكفارات ، وجبت في الصحة أو في المرض - فيبطل بالموت عندنا . ولو أوصى بها : تصح من الثلث ، بمنزلة التبرع في المرض .

وعلى هذا قلنا : إن القبول من الموصى له ، والرد ، يعتبر بعد الموت ، لأن الإيجاب ينزل بعد الموت ، والقبول يشترط عند الإيجاب ، كما في البيع وغيره - وهذا عندنا .

وعند زفر : القبول ليس بشرط ، ولا ترتد بالرد ، كال ميراث . ولورد ، أو قبل ، في حياة الموصي : لا يصح - حتى لو مات الموصى له ، بعد القبول ، قبل موت الموصي : فإن الوصية لا يكون ملكاً لورثة الموصى له .

ولو مات الموصى له ، بعد موت الموصي ، قبل القبول والرد : فالقياس : أن لا يكون لورثة الموصى له شيء ، لأن القبول لم يوجد من الموصى له ، فيبطل . وفي الاستحسان : يصير لورثته : إما لأنه وجد القبول منه دلالة ، أو لأن الإيجاب قد تم بنفسه ، وتوقف على قبوله ، فإذا مات : ثبت الملك له ، كأنه قبل دلالة - كالمشتري بالخيار : إذا مات يلزم العقد . فلو رد ورثته بعد موته - هل يصح ردهم ؟ اختلف المشايخ فيه : قيل : يجوز الرد ، لأنه صح لوجود القبول منهم دلالة ، فإذا وجد الرد

(١) الدرك « هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع » .

صريحاً : يبطل . وقيل : لا يجوز ، لأنه صار ميراثاً ، للورثة ، عن الموصى له ، لصيرورته ملكاً له ، بالموت ، ولا يصح رد الميراث .

وأما بيان المشروعية - فنقول :

قال بعضهم : مشروعة ، بصفة الوجوب ، في حق الكل .
وقال بعضهم : واجبة في حق الوالدين ، لقوله تعالى : ﴿ الوصية للوالدين والأقربين ﴾ (١) .

والصحيح أنها مشروعة بطريق النذب ، لقوله عليه السلام : « إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم ، في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم » .

وأما شرائط الصحة :

فمنها - أهلية التبرع : حتى لا يصح من الصبي ، والعبد والمكاتب في حق المولى .

ومنها - عدم الدين : لقوله تعالى : ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ (٢) .

ومنها - التقدير بثلاث التركة : حتى إنها لا تصح ، فيما زاد على الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ، وإجازتهم وردهم يصح بعد الموت . أما قبل الموت : فلا يصح ، لما قلنا : إن الملك بالوصية يثبت بعد الموت .

ومنها - أن يكون الموصى له أجنبياً : حتى إن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » - فإن أجاز بعض الورثة : تنفذ بقدر حصته من الميراث لا غير .

(١) البقرة : ١٨٠ .

(٢) وردت في الآيتين ١١ و ١٢ من سورة النساء .

ومنها - أن لا يكون قاتلاً ، لقوله عليه السلام : « لا وصية لقاتل » . ولو أجاز الورثة : يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه لا يجوز لحق الورثة ، فيجوز بإجازتهم ، كما في وصية الوارث . وعند أبي يوسف : لا يجوز ، لأن المانع حق الله تعالى ، فصار كال ميراث .

ومنها - أن يكون الموصى له موجوداً ، حياً : حتى لو أوصى للجنين : إن كان موجوداً حياً عند الإيصاء ، يصح ، وإلا فلا . وإنما يعرف بأن ولد ، قبل ستة أشهر ، حياً .

وأما بيان الموصى به :

فالموصى به يجب أن يكون مالاً .
ثم المال نوعان : المنافع ، والأعيان .

أما الوصية بالمنافع :

فجائزة - بأن أوصى بخدمة عبد بعينه ، لفلان : يكون وصية بالخدمة له ، وعين العبد تكون للورثة ، ما دام الموصى له حياً ، وإذا مات فيسلم العبد إلى الورثة ، فإنها في معنى العارية المؤبدة ، فينتهي بموت الموصى له .

وكذا لو أوصى بالعبد لإنسان وبخدمته لآخر - جاز ، لما قلنا .

وكذا لو أوصى بسكنى داره ، أو بغلة بستانه ، ولم يوقت في ذلك وقتاً - فيكون للموصى له مدة حياته ، ويعود البستان والدار إلى الورثة ، وما كان من الثمرة والغلة حاصلاً قبل موت الموصى له ، فيكون لورثته ، وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصى . وإنما يجوز إذا خرج من الثلث ، وإنما يعتبر خروج قيمة الأعيان التي أوصى بغلتها وخدمتها وثمرتها من الثلث ، دون أن يضم الغلة وقيمة الثمرة والخدمة إلى رتبة الأعيان .

ولو أوصى بالثمرة أو بالغلة للمساكين : جاز ، بالإجماع .
ولو أوصى بسكنى داره ، أو بخدمة عبده ، أو بظهر فرسه
للمساكين : لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما : يجوز .

ولو أوصى لفقير واحد بعينه : جاز - وهي مسألة معروفة .

وأما الوصية بأعيان الأموال :

فإنه يجوز ، سواء كان الموصى به موجوداً معيناً ، أو بربع المال أو ثلثه
أو خمسه وله مال ، أو أوصى بالمعدوم ، بأن يوصي بما يثمر نخله أو ما
يخرج من بستانه ، أو بثلث ماله ولا مال له : فإن الوصية جائزة من
الثلث . ويعتبر الثلث وقت موت الموصى ، لا قبله ، لما ذكرنا أنها إيجاب
المالك عند الموت - حتى إنه لو أوصى بثلث ماله وله ثلاثة آلاف درهم ،
ثم مات وله ألف : فإن الوصية تصح في ثلث الألف ، لما قلنا .

ولو أوصى بلبن غنمه ، وأصوافها ، وأولادها ، ثم مات الموصي :
فإنه يقع على ما هو الموجود يوم الموت ، دون ما يحدث من بعد الموت ،
وإن لم يكن شيئاً موجوداً وقت الموت ؛ بخلاف الوصية بثمر النخلة :
فإنه يقع على الموجود وقت الموت إن كان ، وإن لم يكن : يقع على ما
يحدث بعد موت الموصي .

وأما الوصية بالموجود فإن كان شيئاً معيناً : فإنه يصح فيه ، حتى
إذا خرج من الثلث : يكون للموصى له ، وإن لم يكن يخرج : يكون له
بقدر الثلث . وإذا هلك ثلثاه وبقي الثلث : يكون كل الثلث له إن خرج
من ثلث المال .

وأما إذا كانت الوصية بثلث المال أو بربعه ونحو ذلك : فإن خرج :
يكون له ؛ وإن لم يخرج : يكون له بقدر الثلث .

وأما إذا اجتمعت الوصايا : لأحدهم بالثلث ، ولآخر بالربع ولآخر

بالخمس : فإن أجاز الورثة : جاز في الكل . وإلا : يصرف إلى كل واحد منهم من الثلث بقدر وصيته ، ويتضاربون في ذلك : فيكون ثلث الثلث لهذا وربع الثلث وخمس الثلث للآخرين كما في المواريث .

وإن كان وصية أحدهم أكثر من الثلث ، بأن أوصى له بالنصف أو بالثلثين :

فعند أبي حنيفة : يضرب من زاد نصيبه على الثلث بالثلث دون الزيادة ، ومن كان نصيبه دون الثلث فيما سمي له .

وعندهما : يضرب صاحب الزيادة بجميع ما سمي له ، كما في الميراث .

وأجمعوا في خمس وصايا أنه يضرب بما سمي وإن جاوز عن الثلث : في العتق الموقع في المرض ، وفي العتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير ، وبالمحابة في المرض ، وبالوصية بالإعتاق بعد الموت ، وبالوصية المرسلة وهي الوصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوباً إلى جزء من المال نحو الوصية لفلان بمائة درهم ونحوها .

وهل يقدم بعض أصحاب الوصية على البعض ؟ فلا يخلو : إما إن كانت الوصايا للعباد ، أو تقع لله تعالى .

أما إذا كانت الوصايا للعباد - فإنه يقدم العتق الموقع في المرض ، والعتق المعلق بمطلق الموت ، وهو التدبير الصحيح ، والمحابة في البيع الواقع في المرض . وما سوى هذه الوصايا يتضارب فيها أهل الوصايا على السواء : لا يقدم بعضهم على بعض . وإن ضاق الثلث عن العتق والمحابة : يبدأ بما بدأ به الموصي منها ، لاستوائهما في القوة ، فترجح بالبداة - وهو قول أبي حنيفة ، وقالوا : يبدأ بالعتق لا محالة ، لأنه لا يحتمل الفسخ .

وأما إذا كانت الوصايا بما هو من حقوق الله تعالى ، نحو الحج والزكاة والكفارات والصدقات ونحوها من أعمال البر ، ينظر :

إن كان كله تطوعاً : بدأ بما بدأ به الموصي ، لاستواء الكل ، في نفسه ، في القوة ، فيترجح بالبداة ، لأنه هو الأهم عنده ظاهراً ، ولا يقدم الوصية بالإعتاق لأنه يحتمل الفسخ ، كسائر الوصايا ، فإذا بلغ الثلث للكل فيها ونعمت ، وإن في الثلث بالبعض ، يبطل الباقي .

وإن كانت كلها فرائض متساوية ، بأن كان وجوبها ثبت بدليل مقطوع به ، يرجح بالبداة ، لتساويها في القوة ، وقالوا : في الحج والزكاة عند أبي يوسف ، يقدم الحج في رواية ، وإن أخره جاز . وفي رواية : يقدم الزكاة - وهو قول محمد رحمه الله .

ثم ما أوجبه الله تعالى ابتداءً ، أولى مما أوجبه عند فعل من المكلف ، فقالوا : يقدم الحج والزكاة على الكفارات المذكورة في القرآن . ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة الفطر ، والفطرة مقدمة على كفارة الفطر ، لأنها ثبتت بخبر الواحد ، وهي مقدمة على المنذور ، وهو مقدم على الأضحية .

والواجبات كلها مقدمة على النوافل .

وأما إذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى ، الوصية للآدمي : فإن الموصي له يضرب مع الوصايا بالقرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ، بأن قال « ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد » : يقسم على أربعة أسهم ، لأن كل جهة غير الأخرى ، ولا يقدم الفرض على حق الآدمي ، لحاجة العبد إلى حقه .

ثم إنما يصرف إلى الحج الفرض ، والزكاة ، والكفارات إذا أوصى

بها ، فأما بدون الوصية : فلا يصرف الثلث إليها ، بل يسقط عندنا ، خلافاً للشافعي على ما ذكرنا في الزكاة .

وإذا أوصى : يعتبر من الثلث ، لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وأما بيان الموصى له ، وأحكامه - فنقول :

الموصى له يجب أن يكون حياً ، وأن يكون أجنبياً : لا وارث له ، ولا قاتلاً إياه - وقد ذكرنا هذا ، حتى لو أوصى لرجلين أحدهما ميت : تكون الوصية كلها للحي .

ولو أوصى لأجنبي ولوارثه - يكون النصف للأجنبي ، لأن الوارث من أهل الوصية ، حتى لو أجاز باقي الورثة : جاز .

ولو أوصى لذوي قرابته ، أو لأقربائه ، أو لذوي قراباته ، أو لأرحامه ، أو لذوي رحم منه - فإن عند أبي حنيفة : يعتبر في هذه الوصية أشياء : ذو الرحم المحرم ، والأقرب فالأقرب ، وأن لا يكون فيهم والد ولا ولد ، وأن يكون اثنين فصاعداً إن كان بلفظ الجمع ، أو يقول : « لذوي قرابته » . ولو قال : « لذوي قرابته » - يقع على الواحد فصاعداً .

وعند أبي يوسف ومحمد : الوصية لجميع قرابته ، من جهة الرجال والنساء إلى أقصى أب له في الإسلام ، القريب والبعيد فيه سواء - كما إذا أوصى للعلوية والعباسية : يصرف إلى من يتصل بعلي وعباس رضي الله عنهما ، دون من فوقهما من الأبناء .

بيانه :

- إذا ترك عمين وخالين : فعنده : الوصية للعمين للقرب ، وعندهما : بين الكل أرباعاً .

- ولو ترك عمًا وخالين : فللعم النصف ، والنصف للخالين - عنده ،

لأن اسم الجمع ، في الوصية ، ينصرف إلى اثنين ، فيستحق كل واحد النصف ، فيكون للأقرب النصف ، والنصف للأبعدين ، بينها سواء .

- وإن ترك عماً واحداً ، ولم يكن له غيره من ذوي الرحم المحرم : فالنصف للعم ، والنصف رد على الورثة عنده . وعندهما : يصرف إلى ذي الرحم الذي ليس بمحرم .

- وإن كان أوصى لذي قرابته : فجميع الثلث للعم ، لما بينا .
ولو أوصى لأهل بيت فلان ، أو لحسبه ، أو نسبه ، أو لأنسابه : فهذا يقع على قرابة أبيه الذين ينسبون إليه ، إلى أقصى أب له في الإسلام ، دون قرابة أمه ، لأن النسب والحسب والبيت يختص بالأب دون الأم .

وكذا لو أوصى لآل فلان : فهو بمنزلة أهل بيت فلان .

ولو أوصى لأهل فلان : فالقياس أن يقع على زوجة فلان خاصة - وهو قول أبي حنيفة . وعندهما : يصرف إلى جميع من كان في عياله من الأحرار ، ولا يدخل فيه المماليك ؛ وأما الابن الكبير الذي اعتزل عنه ، والبنت التي في بيت الزوج : فلا تدخل .

ولو أوصى لبني فلان - فإن كانوا لا يحصى عددهم ، كبني تميم وبني العباس : فإنه يصرف إلى جميع القبيلة . ويدخل فيهم الخليف والموالي بسبب الولاء والعتاقة ، لأن هذا بمنزلة الصدقة ، وله أن يصرف إلى واحد وأكثر عند أبي يوسف ، لأنه اسم جنس ؛ وعند محمد : يصرف إلى اثنين وأكثر دون الواحد ، لأن اسم الجمع في الوصية يقع على الاثنين ، والذكر والأنثى فيه سواء ، لأنه اسم للقبيلة .

ولو كانوا يحصون ، وأبوهم من العرب : فإنه يدخل فيه بنو فلان من العرب ، دون الحلفاء والموالي .

ثم عند أبي حنيفة : يدخل فيه الذكور من أولاد الصلب ، دون الإناث . وقال أبو يوسف ومحمد : يدخل فيه الكل ، وهو قول أبي حنيفة الأول .

وأجمعوا أنه إذا كان الكل إناثاً : لا يدخلون .
وأما إذا لم يكن لفلان ولد الصلب : فإن الوصية للذكور من أولاد البنين ، عند أبي حنيفة ، وعندهما : يدخل الكل . وهل يدخل بنو البنات ؟ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير أنهم لا يدخلون .

ولو كان له ابن واحد ، وبنو بنين : فللابن النصف ، والباقي للورثة ، دون بني البنين . وعندهما : للابن النصف ، والباقي لبني البنين .

ولو كان له ابنان ، وبنو ابن : فالكل للابنين ، لأن الابنين في الوصية بمنزلة الجمع .

ولو كان له ابن واحد ، وبنات : فالنصف للابن ، والباقي للورثة عند أبي حنيفة . وعندهما : للابن النصف ، والباقي للبنات .
ولو كان له بنات ، وبنو ابن : فلا شيء لهم ، بل للورثة ، عنده ، وعندهما : للكل ، على السواء .

ولو أوصى لولد فلان - فإنه يدخل فيه الذكر والانثى ، على السواء ، ويدخل فيه الجنين الذي يولد لأقل من ستة أشهر ، ولا يدخل ولد الولد ما دام الصلبي حياً . ولو كان له بنات وبنو الابن : فهي للبنات لا غير . ولو كان ولد واحد : فالكل له ، لأن اسم الولد يقع له .

ولو أوصى لعقب فلان - فعقب الرجل هو ولده من الذكور والإناث . فإن لم يكن : فولد ولده من الذكور دون الإناث ، ودون ولد

الإناث . ويكون هذا الاسم بعد موت الأب ، لا قبله ، حتى إن الموصي إذا مات ، وفلان حي : فلا شيء لهم ، لأنهم لا يكونون عقباً حال حياته .

وكذا لو أوصى لورثة فلان - فهو مثل « عقب فلان » ، إلا أن في العقب : سهم الذكر والأنثى سواء ، في الورثة : يكون بينهم على قدر الموارث .

ولو أوصى لعصبة فلان - فإنه يصح الوصية ، وإن لم يمت فلان ، حتى إذا مات الموصي : تصرف الوصية إلى عصبته ، فإن كان له أب وابن : فالعصبة هو الابن دون الأب ، ويكون للأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات .

ولو أوصى لأختانه - فالختن زوج كل ذات رحم محرم منه ، وكل ذي رحم محرم من أزواجهن ، من الذكر والأنثى ، وهم في الوصية سواء .

ولو أوصى للأصهار - فالصهر كل ذي رحم محرم من زوجته ، الذكر والأنثى .

ولو أوصى لأيتام بني فلان - فإنه يقع على من لا أب له .
ولو أوصى لأيامى بني فلان - فالأيم كل امرأة لا زوج لها ، بكراً كانت أو ثيباً ، وعند محمد : يقع على الثيب الأيم . والأرملة كل امرأة محتاجة أرملت من زوجها ومالها .

ثم هذه الوصايا نوعان :

فالوصية لقوم ي حصون : تقع على عدد رؤوسهم ، على السواء : ذكرهم وأنثاهم ، غنيهم وفقيرهم ، صغيرهم وكبيرهم .

فأما إذا كانوا لا ي حصى عددهم : فهو على ثلاثة أوجه :

إن أوصى لأهل الحاجة نصاً ، بأن قال : « لفقراء بني تميم أو لمساكينهم وأراملهم » - فإنه يصح ، لأن الحق فيه لله تعالى ، والفقراء مصارف ، فصاحب الحق معلوم ، فصحت .

والثاني - أن يذكر اسماً لا يدل على الحاجة ، لا عرفاً ولا لغة ، كقوله : « أوصيت لبني فلان » أو « لأيامي بني فلان » أو « لشبانهم » أو « لكهولهم » أو « لشيخوهم » - فإنه لا يجوز ، لأن الوصية تقع لهم ، وهم مجهولون .

والثالث - أن يكون الاسم قد يقع على الفقراء ، إما في عرف اللغة أو في عرف الشرع ، كما إذا أوصى « لأيتام بني فلان » أو « لعميانهم » أو « لزمناهم » لقوله تعالى : ﴿ واليتامى والمساكين ﴾^(١) فمتى كانوا لا يحصون : يستدل به أنه أراد به الفقراء منهم ، تصحيحاً للوصية ، بخلاف ما إذا كانوا يحصون : فإنه يقع على الأغنياء والفقراء جميعاً ، لأنه يمكن العمل بحقيقة الاسم ، لأن الوصية تصح لهم .

ولو أوصى « لغلمان بني فلان ولصبيانهم » - يقع على من لم يحتلم . ولو قال : « لشبانهم » أو « لفتيانهم » - يقع على من بلغ منهم إلى أن يصير كهلاً ودخل في الثلاثين ، إلا إذا غلبه الشَّمَطُ^(٢) قبل ذلك . والكهل يقع على من دخل في الثلاثين إلى خمسين ، إلا إذا غلب البياض . والشيخ يقع على الخمسين إلى آخر العمر ، إلا إذا غلب البياض قبله - هذا هو الأشبه من الأقوال .

(١) البقرة : ٨٣ - ١٧٧ - ٢١٥ والنساء : ٣٦ والحشر : ٧

(٢) رجل أشمط خالط شعره بياض .

فصل في الإيصاء

نقول :

الإيصاء جائز .

ولا بد له من القبول من الموصى ، لأنه متبرع بالعمل فيه ، فلا بد من قبوله .

وكان ينبغي أن يعتبر القبول بعد الموت ، كما في الوصية بالمال ، لأنه إيجاب بعد الموت ، لكن جاز ههنا القبول في حال الحياة ، بخلاف الوصية بالمال ، لضرورة أن الميت إنما يوصي إلى من يعتمد عليه من الأصدقاء والأمناء ، فلو اعتبر القبول بعد الموت ، فربما لا يقبل ، فلا يحصل غرضه ، وهو الموصى الذي اختاره .

وإذا صح - فلا يخلو : إما إن كان الموصى حاضراً أو غائباً .
فإن كان حاضراً ، وقبل مواجهة : صح . ولو أراد أن يرد الوصاية ويرجع : لا يصح ، بدون محضر الموصي ، أو علمه ، لما فيه من الغرور به . وإذا رد في المواجهة : صح .
فأما إذا كان غائباً ، فبلغه الخبر ، فقبل : فلا يصح رده إلا بحضوره الموصي .

وإذا بلغه ، ولم يقبل ورده : صح ، بغير محضره ، لأنه ليس بغرور .
وأما إذا بلغه بعد الموت : فإذا قبل ، أو تصرف في التركة تصرفاً يدل

على قبوله : فلا يصح رده ، إلا عند الحاكم ، لأنه قائم مقام الموصي ، كالوكيل : لا يملك عزل نفسه ، في حال غيبة الموكل ، ويملك في حال حضرته .

فأما إذا لم يقبل ، ورد ، كما علم : يصح ، وله الخيار بين أن يقبل ، ويرد ، لأنه متبرع في العمل ، فلا يجبر عليه .

ولو لم يعلم القاضي بأن للميت وصياً ، والوصي غائب ، فأوصى إلى رجل : فالوصي هو وصي الميت ، دون وصي القاضي ، لأنه اتصل به اختيار الميت ، كما إذا كان القاضي عالماً .

ثم للقاضي أن يعزل وصي الميت ، إذا كان فاسقاً ، غير مأمون على التركة . وإن كان ثقة ، لكنه ضعيف ، لا يقدر على التصرف ، وحفظ التركة بنفسه : فإن القاضي يضم إليه غيره ، ولا يعزله ، لاعتماد الموصي عليه لأمانته ، فيحصل الغرض بهما .

ولو أوصى الميت إلى رجل ، ثم أوصى إلى آخر ، كان هذا اشتراكاً في الوصاية ، ما لم ينص على عزل الأول وإخراجه . وكذلك هذا من القاضي .

ولو أنه أوصى إلى رجل بقضاء دينه ، وأوصى إلى آخر بأن يعتق عنه : فهو وصيان فيهما جميعاً ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وكذلك إذا أوصى بنصيب بعض ولده إلى رجل ، وبنصيب من بقي إلى آخر .

وعلى هذا : لو أوصى بميراثه في بلد إلى رجل ، وفي بلد آخر إلى آخر .

وكذلك لو أوصى بتقاضي الدين إلى رجل ، وبنفقة الورثة إلى آخر ،

ويحفظ المال إلى آخر .

وكذا إذا أوصى إلى إنسان للحال ، وإلى آخر إن قدم ، فإذا قدم فلان فهو وصي دون الأول - فهما وصيان في ذلك كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافاً لمحمد ، لأن الوصاية لا تتجزأ عندهما : متى ثبتت في البعض ، ثبتت في الكل . وروي عن أبي حنيفة فيمن « أوصى إلى فلان حتى يقدم فلان ، فإذا قدم ، فهو الوصي ، دون الأول » - فهو كما قال ، فيكون عن أبي حنيفة روايتان في هذا . ويجوز أن يكون الأول قول أبي يوسف خاصة .

وعند محمد : كل واحد منهما وصي ، فيما جعل إليه - هذا هو المشهور من الخلاف .

ولو أوصى إلى رجل ، وهو وصي لرجل آخر : فإنه يكون وصياً ، في تركته ، وتركه الأول ، عندنا - خلافاً لابن أبي ليلى .

ولو أوصى إلى رجلين : فإن أحدهما لا ينفرد بتصرف يحتاج فيه إلى الرأي عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف : ينفرد .

ثم إن عندهما : ينفرد في أشياء مخصوصة ، بأن يكون في تأخير التصرف ، ضرر ، إلى حضرة صاحبه ، أو لا يحتاج فيه إلى الرأي ، وذلك نحو شراء الكفن ، وجهاز الميت ، وكذا جمع الأموال المتفرقة ، من قبض الديون والودائع والمغضوب . وكذلك في أداء ما على الميت من رد الودائع والمغضوب ، وقضاء الدين ، وتنفيذ الوصية بألفين أو بألف مرسلة ، أو بإعتاق عبد بعينه ، بخلاف الوصية بأعمال البر أو إعتاق عبد غير معين ، لأنه يحتاج فيه إلى الرأي .

وكذا شراء ما لا بد لليتيم منه ، نحو الإنفاق والكسوة ، وكذا قبول

الهبة ، وبيع ما يتسارع إليه الفساد ، لأن فيه منفعة للصبي .

وهكذا ينفرد بالخصومة : للميت ، وعليه .

ولو مات أحد الوصيين ، وأوصى إلى رجل آخر - جاز ، ويكون قائماً مقامه .

وإن لم يوص إلى آخر : فللقاضي أن ينصب وصياً آخر ، حتى ينفذ تصرفهما عندهما ، خلافاً لأبي يوسف .

ثم وصي الأب أولى من الجد . فإن لم يكن ، فالجد ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن ، فالقاضي ووصي القاضي .

ثم ينظر :

إن كان في التركة دين - يملك الوصي بيع كل شيء ، لقضاء الدين ، من العقار والمنقول .

وإن لم يكن دين - والورثة كلهم صغار : يملك بيع كل شيء ، وإمساك ثمنه ، والتصرف فيه .

وإن كان كلهم كباراً ، وهم حضور : ليس له ولاية بيع شيء ، إلا إذا كان فيه وصايا .

وإن كانوا غيباً : يملك بيع المنقول ، لأن حفظ الثمن أيسر ، وله ولاية حفظ مال الغائب ، ولا يملك بيع العقار .

وإن كان بعضهم صغاراً ، وبعضهم كباراً غيباً : يملك بيع العقار عند أبي حنيفة . وعندهما : لا يصح في حصة الكبار .

وأما وصي الأم ، والأخ ، والعم - فهؤلاء ، بأنفسهم ، يملكون حفظ مال الصبي ، وبيع المنقول ، لأنه من باب الحفظ .

ولو قال لرجل : « إن مت من مرضي هذا أو في سفري هذا : فأنت وصي في مالي » - فبرأ ولم يمت ، حتى رجع من السفر ، ثم مات : لا يكون وصياً ، لأنه تعلق بشرط خاص ، ولم يوجد .

ولو أوصى الى عبد إنسان ، أو إلى ذمي ، أو إلى صبي عاقل : فإنه لا ينفذ ، ويخرجه القاضي . ولو عتق العبد ، وأسلم الذمي ، قبل إخراج القاضي : تنفذ الوصايا . وإذا بلغ الصبي : لا تنفذ عند أبي حنيفة ، وعندهما : تنفذ . ولو تصرف العبد أو الذمي ، قبل الإخراج : يصح في رواية ، ولا يصح في رواية . وفي الصبي : لا يصح بالإجماع .

ولو أوصى إلى عبد نفسه ، فإن لم يكن في الورثة كبير : جاز عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما . ولو كان في الورثة كبير : لا يصح ، بالإجماع .

باب

الرجوع عن الوصية

أصل الباب : أن الرجوع في الوصية صحيح ، لأنه تبرع لم يتم ، لأن القبول فيه بعد الموت ، فيملك الرجوع ، كالرجوع عن الإيجاب ، في البيع ، قبيل القبول .

وإذا ثبت أنه يصح الرجوع فيه - فكل فعل ، يوجد من الموصي ، فيه دلالة على تبقية الملك لنفسه : يكون رجوعاً . وكل فعل يدل على إبقاء العقد وتنفيذ الوصية : لا يدل على الرجوع كما إذا وجد منه فعل لو فعل في ملك غيره ينقطع حق الملك للمالك ، ويصير ملكاً له .

فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ، ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه : فيكون رجوعاً ، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه - ونظائره كثيرة .

وكذا إذا اتصلت بعين الموصى به زيادة ، لا يمكن تمييزها ، ولا يستحق عليه نقضها : فإنه يكون رجوعاً ، لأنه لا يمكن تسليمها إلا بتسليم تلك الزيادة ، ولا يجب عليه ذلك ، فيدل على الرجوع - وذلك كالسويق إذا لته بالسمن ، أو بني بناء في الدار الموصى بها ، وكذلك لو أوصى بقطن ثم حشا به قباء وضربه ، أو بثوب فجعله ظهارة أو بطانة ، لأنه لا يجب عليه نقض ذلك ، لكونه تصرفاً في ملكه .

وكذلك لو أزال الموصى به عن ملكه - بأن باعها ، ثم اشتراها :

بطلت الوصية .

ولو ذبح الشاة : تبطل الوصية ، بنفس الذبح ، لأنه يدل على الرجوع ، لأن الذبيحة لا تبقى إلى ما بعد الموت .

ولو أوصى بقميص ، ثم نقضه ، وجعله قباء : يكون رجوعاً . ولو لم يخطه قباء ، لكن نقض القميص : فيه اختلاف المشايخ .

ولو أوصى بدار ، ثم حصصها أو هدمها : لا يكون رجوعاً ، لأن البناء تبع ، والتجسيص زينة .

وكذلك لو غسل الثوب الموصى به ، لإزالة الوسخ .

ولو قال : « أوصيت بهذا العبد لفلان » ثم قال : « أوصيت بهذا لفلان آخر » - يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، هو لفلان » - يكون للثاني ، ولا يكون شركة .

ولو قال : « العبد الذي أوصيت به لفلان ، فقد أوصيت به لفلان » - يكون شركة .

ولو أوصى ، ثم أنكر الوصية ، وجحدها - فالجحد لا يكون رجوعاً عند أبي يوسف ، وعند محمد : يكون رجوعاً .

ولو أوصى بعبد لإنسان ، ثم قال : « ما أوصيت لفلان فهو لعمرى » - وهو حي ، ثم مات عمرو قبل موت الموصي : يكون ميراثاً ، لأن الوصية انتقلت إلى عمرو ، فإذا مات قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، فيكون ميراثاً .

ولو قال : « ما أوصيت لفلان ، فهو لعقب عمرى » - وعمرى حي ، فإن مات عمرو قبل موت الموصي : فهو لورثة عمرو ، لأنهم صاروا عقباً

له ، قبل نفاذ الوصية بالموت . ولومات الموصي ، وعمروحي - فتكون الوصية لفلان ، لأنه لم تنتقل الوصية إليهم ، لأن العقب لا يكون قبل موت عمرو .

ولو أوصى بسيف لإنسان ، فهو له بغمده وحمائله عند أبي حنيفة وزفر . وقال أبو يوسف : له السيف لا غير .

وكذا لو أوصى بالميزان والقبان والسرّج - فعند زفر : يدخل كل ما كان تابع ذلك الشيء . وعند أبي يوسف : يدخل ما كان متصلاً به .

وفي المصحف الذي له غلاف : عند أبي حنيفة وأبي يوسف : لا يدخل الغلاف . وعند زفر : يدخل - فأبو يوسف مر على أصله ، وكذا زفر . وأبو حنيفة إما أن يفرق بين المصحف وسائر المسائل ، أو يكون عنه روايتان .

ولو أوصى بشيء في الظرف ، فإن المعتبر فيه العادة : إن كان مما يباع مع الظرف : يدخل ، وإلا فلا .

كتاب الوكالة

يحتاج إلى :
بيان الوكالة لغة وشرعاً ،
وإلى بيان أنواعها .

أما الوكالة :

في اللغة - فهي الحفظ : قال الله تعالى : ﴿ وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل ﴾^(١) أي ونعم الحافظ .

وقد يراد بها التفويض - يقال : « توكلت على الله » أي فوضت أمري إليه .

وفي الشرع كذلك هي : تفويض التصرف ، والحفظ ، إلى الوكيل . ولهذا قال أصحابنا : « من قال : وكلت فلاناً في مالي » - يصير وكيلاً في الحفظ ، لأنه أدنى .

ثم الوكالة نوعان : أحدهما في حقوق الله تعالى ، والثاني في حقوق العباد

أما الوكالة في حقوق الله تعالى

فنوعان : في الإثبات ، والاستيفاء .

(١) آل عمران : ١٧٣ .

الأول - التوكيل في إثبات الحدود :

وهو الذي يحتاج فيه إلى الخصومة : من حد السرقة ، وحد القذف - وفيه خلاف : قال أبو حنيفة ومحمد : يجوز ، وقال أبو يوسف : لا يجوز . وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضاً . أما في غيرهما : فلا يحتاج فيه إلى الخصومة ، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات ، بل يثبت ذلك عند القاضي : بالشهود ، والإقرار .

وأما في الاستيفاء :

فإن كان المسروق منه حاضراً ، والمقذوف : يجوز التوكيل بالاستيفاء ، لأن ذلك إلى الإمام ، وهو لا يقدر أن يباشر بنفسه على كل حال .

وإن كان غائباً : اختلف المشايخ - قيل : يجوز ، لأنه لا يصح العفو والصلح عنها . وقيل : لا يجوز ، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق . وأما في القصاص : فإن كان الولي حاضراً : يجوز ، وإن كان غائباً : لا يجوز ، لاحتمال العفو .

وأما الوكالة في حقوق العباد

فأنواع - منها :

الوكالة في الخصومة : في إثبات الدين ، والعين ، والحقوق

واختلفوا فيها : قال أبو حنيفة : لا يصح من غير رضا الخصم ، إلا من عذر السفر ، أو المرض ، أو كانت امرأة مخدرة .

وقال أبو بكر الرازي : جواب أصحابنا في الرجل والمرأة سواء ، وإنما هذا شيء استحسنته المتأخرون . وعلى قول أبي يوسف ومحمد : يصح من غير رضا الخصم في الأحوال كلها ، وهي مسألة معروفة .

وإذا صح التوكيل بالخصومة : فإذا أقر الوكيل على موكله : فعند أبي حنيفة ومحمد : يصح في مجلس القضاء ، ولا يصح في غير مجلسه .

وقال أبو يوسف : يصح فيهما جميعاً .

وقال زفر والشافعي : لا يصح أصلاً .

وأجمعوا أنه إذا استثنى الإقرار وتركية الشهود في عقد التوكيل : يصح ، ويكون وكيلاً بالإنكار لا غير .

وأما اذا وكل بالخصومة مطلقاً ، ثم استثنى الإقرار في كلام منفصل : فعند محمد : لا يجوز ، وعند أبي يوسف : يصح .

وأجمعوا أن إقرار الأب ، والوصي ، وأمين القاضي - على الصغير : لا يصح .

وأما التوكيل بالإقرار إن ثبت عنده - ذكر الطحاوي أنه لا يجوز . وذكر في الوكالة أنه يجوز .

والوكيل بالخصومة ، في مال - إذا قضى القاضي بالمال ، هل يملك القبض ؟ فعندنا : يملك ، وعند زفر : لا يملك .

أما الوكيل بتقاضي الدين : فيملك القبض أيضاً في ظاهر الرواية ، ولكن أصحابنا المتأخرون قالوا : لا يملك ، بحكم العرف ، كالوكلاء في باب القضاء .

وأما الوكيل بقبض الدين - فهل يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر الغريم ؟ عند أبي حنيفة : يملك ، وعندهما : لا يملك .

وأجمعوا أن الوكيل بقبض العين ، إذا أنكر الغريم ، لا يملك الخصومة .

وأجمعوا أن الوكيل بالملازمة لا يملك القبض .
وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة ، وبالرد بالعيب ، وبالقسمة : إنه يملك الخصومة .

ثم لكل واحد من الخصمين أن يعزل وكيله ، من غير محضر من خصمه ، إلا إذا كان وكيلاً بآتماس الخصم ، فلا بد من حضرة الخصم حتى يصح عزله ، ولكن لا بد من علم الوكيل ، أو حضرته ، حتى يصح عزله ، حتى لا يؤدي إلى الغرور في حقه .
وكذا الجواب في كل وكالة .

وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل ، بالكتابة أو بالرسالة : ينعزل ، بلا خلاف . وأما إذا جاءه على وجه الخبر : لم ينعزل عند أبي حنيفة ، حتى يخبره رجل عدل ، أو رجلان على أي صفة كانا - فالشرط عنده أحد شطري الشهادة : إما العدالة ، أو العدد . وعندهما : خبر الواحد مقبول ، ولا يشترط العدالة ، لأن هذا من باب المعاملة .

ومنها - الوكالة بقبض الدين :

صحيحة ، لحاجة صاحبه الى قبض الوكيل ، لعجزه عن قبض ديونه بنفسه كلها - إلا أن في قبض رأس مال السلم ، وثمان الصرف : يصح التوكيل في المجلس ، لا خارج المجلس ، لأن الموكل يملك القبض في المجلس لا غير .

وإذا قبض الوكيل يبرأ المديون ، وصار المقبوض ملكاً لصاحب الدين ، ويكون أمانة في يد الوكيل ، ويكون حكمه حكم المودع في أن يقبل قوله إنه دفعه إلى صاحب الدين ، وفي كل ما يبرأ به المودع من الوديعة .

وليس للوكيل بالقبض أن يوكل غيره ، لأنه رضي برأيه وأمانته وحده . فإن فعل ذلك ، وقبض الوكيل الثاني : لم يبرأ الغريم من الدين ، لأن التوكيل لم يصح ، فهو كالأجنبي ، إلا إذا وصل ما قبض إلى الوكيل الأول ، لأنه وصل إلى يد من هو نائب المالك . فإن هلك في يد القابض ، قبل ذلك : ضمنه الذي قبضه ، ولم يبرأ الدافع من الدين الذي عليه ، وكان للطالب أن يأخذ الغريم بدينه . فإذا أخذه منه ، رجع الغريم على من دفعه إليه ، فيرجع الوكيل الثاني على الأول إن هلك ، ما قبض ، في يده - إلا إذا قال الموكل للوكيل بالقبض : « اصنع ما شئت » : فله أن يوكل غيره بالقبض .

وليس للوكيل بقبض الدين أن يأخذ عيناً مكانه ، لأن هذا عقد معاوضة ، وقد وكله بقبض حقه لا غير ، لا بالاستبدال ولا بالاعتياض .

ولو وكل رجلين بقبض دينه ، فليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأنه رضي برأيهما ، لا برأي أحدهما ، فإن قبض أحدهما لم يبرأ الغريم ، حتى يصل ما قبض أحدهما إلى صاحبه ، فيقع ذلك في أيديهما جميعاً ، أو يصل إلى الموكل ، لأن المقصود بالقبض قد حصل ، فكأنهما قد قبضاه ابتداء .

ولو أن الوكيل بقبض الدين قبضه ، فوجده معيماً ، فما كان للموكل رده : فللوكيل رده وأخذ بدله ، لأنه قائم مقامه .

ولو كان لرجل على رجل دين فجاءه رجل وقال له : « إن الطالب أمرني بقبضه منك » ، فدفعه إليه ، ثم جاء الطالب وأنكر أن يكون أمره بذلك ، فهذا على ثلاثة أوجه :

أحدها - إن صدق الوكيل بالوكالة ، ودفعه إليه ، فإنه يقال له : « ادفع الدين إلى الطالب ولا حق لك على الوكيل » ، لأنه أقر بالوكالة ،

وإقراره صحيح في حق نفسه ، فكأنه يقول : « إن الطالب ظلمي بالقبض ، فلا اظلم الوكيل القابض بحق » .

والثاني - إن صدقه وضمنه ما دفعه إليه ، ثم حضر الموكل ورجع عليه : رجع هو على القابض - لأنه ، وإن اعترف أنه قبض بحق وأن الطالب ظالم فيما قبض ، ولكنه ضمنه ما يطلبه الطالب بغير حق ، فيصح الضمان ، كما لو قال : « ما غصبك فلان فهو عليّ » .

والثالث - إن كان المطلوب يقول : « كذب الوكيل في الوكالة » ، أو لم يصدق ولم يكذب ، ودفعه إليه ، ثم حضر الطالب ، وأخذ منه : رجع على الوكيل ، لأنه لما كذبه أو لم يكذبه ولم يصدقه ، ثم طالبه ، عاد إلى التكذيب ، وله ذلك ، فلم يقر بكونه قابضاً بحق ، فله أن يرجع .
وأما التوكيل بالشراء - فنقول :

جملة هذا أن الوكالة على ضربين : وكالة عامة ، ووكالة خاصة .

أما الوكالة العامة :

فإنها تصح مع الجهالة الكثيرة ، كما إذا قال : « اشتر لي ما شئت أو ما رأيت » ، لأنه فوض الرأي إليه ، فصار بمنزلة البضاعة والمضاربة .

وأما الوكالة الخاصة :

فالمقياس أن لا تجوز ما لم يذكر الجنس وقدر الثمن والصفة ، كما في البيع . وفي الاستحسان أن الجهالة اليسيرة لا تمنع .

وإنما تقل الجهالة إذا كان اسم ما وكل بشرائه لا يتناول إلا نوعاً واحداً ، وذكر فيه أحد أمرين : إما الصفة أو مقدار الثمن . فإذا كان الاسم يتناول أنواعاً مختلفة أو في حكم الأنواع المختلفة - فإن الجهالة كثيرة ، فلا تجوز الوكالة ، وإن بين مقدار الثمن ، أو الصفة ، أو

كلاهما ، ما لم يبين مع ذلك نوعاً منه .

أما بيان الأول :

- إذا قال الموكل للوكيل : « اشتر لي عبداً أو جارية » : إن بين الثمن أو الصفة ، بأن قال تركياً أو رومياً أو هندياً جاز ، لأنه تقل الجهالة بذكر أحدهما وبحال الموكل .

- ولو قال : « اشتر لي حماراً أو بغلاً أو فرساً » ، ولم يبين له صفة ولا ثمناً ، قالوا : يجوز ، لأن النوع لم يختلف ، والصفة تكون معلومة بحال الموكل .

- ولو قال : « اشتر شاة أو بقرة » ، ولم يبين له صفة ولا ثمناً - لم يجوز ، لأنها لا تصير معلومة الصفة بحال الموكل ، وقد ذكرنا أنه لا بد من أن تكون الصفة أو الثمن معلوماً .

وأما بيان الثاني :

- إذا قال : « اشتر لي حيواناً ، أو مملوكاً ، أو دابة ، أو ثوباً » : لا يجوز ، وإن بين الثمن ، لأن الاسم يقع على أنواع مختلفة .

- وكذا إذا قال : « اشتر لي جوهراً » ، لما قلناه .

- وكذا إذا قال : « اشتر لي حنطة » : لا تجوز الوكالة ، ما لم يبين الثمن أو عدد القفزان .

ولو وكله بشراء عبد أو جارية ، وسمى الثمن أو الصفة ، فاشترى أعمى أو مقطوع اليدين أو الرجلين - فإنه يجوز ذلك عند أبي حنيفة إذا اشترى ما يسمى عبداً أو جارية . وعندهما : يجوز الأعور أو مقطوع أحد الطرفين ، فأما فائت جنس المنفعة : فلا يجوز .

ولو وكله بأن يشتري له طعاماً ولم يبين له - فإن كان الثمن قليلاً :

يصرف إلى الخبز ، وإن كثيراً : انصرف إلى الحنطة والدقيق .

ولو قال : « اشتر لي بدرهم لحماً » - انصرف إلى ما يباع في السوق ، في الأغلب ، دون لحم الوحش والطيور والسمك والشواء والمطبوخ . وفي الرأس ينصرف إلى المشوي دون النيء ، ويقع على رأس الغنم دون البقر - وهو أمر مبني على العادة .

ولو قال : « اشتر لي جارية بعينها بمائة دينار » ، فاشترها بدراهم ، تكون قدر قيمة مائة دينار ، أو أقل - جاز على الأمر ، في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال زفر : لا يلزم الأمر - وهذا رواية الحسن بن زياد . وقال الكرخي : المشهور من قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز أن يشتريها بالدراهم ، كما قال زفر ، لأنها جنسان مختلفان .

ثم الوكيل بالشراء إذا خالف يصير مشترياً لنفسه . فأما الوكيل بالبيع : إذا خالف ، يكون موقوفاً على إجازة صاحبه - والفرق ظاهر .

وأما التوكيل بالبيع - فنقول :

عند أبي حنيفة : الوكيل بالبيع مطلقاً له أن يبيع بما عز وهان ، بأي ثمن كان ، وإن كان غبناً فاحشاً ، وسواء كان الثمن عيناً أو ديناً .

وعندهما : لا يجوز إلا أن يبيع ، بالأثمان ، بمثل قيمته .

وأما إذا باع الوكيل بعض ما وكل ببيعه ، فهو على وجهين :

إن كان ذلك مما لا ضرر في تبغيضه : جاز ، بالاتفاق ، مثل المكيل والموزون ، أو يبيع شيئين .

وإن كان في تبغيضه ضرر ، بأن كان التوكيل ببيع عبد . فباع نصفه - جاز عند أبي حنيفة ، وعندهما : لا يجوز ، إلا أن يجيزه الموكل .

ثم الوكالة نوعان :

منها - ما لا حقوق له إلا ما أمر به ، كالوكالة بتقاضي الدين ،
والوكالة بالملازمة ، ونحوهما .

ومنها - ما يكون حقوقه للوكيل ، وعليه .

ومنها - ما يكون حقوقه للموكل ، وعليه .

فكل ما لا يحتاج فيه إلى إضافة العقد الى الموكل ، ويكتفى فيه
بالإضافة إلى نفسه - كالياعات ، والأشربة ، والإجازات ، والصلح عن
إقرار ، ونحوها : فإن الحقوق ترجع إلى الوكيل ، حتى يجب عليه تسليم
المبيع ، وقبض الثمن ، ويخاصم المشتري الوكيل في العيب ، ويجب عليه
الضمان عند الاستحقاق ، إلا إذا كان العاقد ليس من أهل لزوم
العهد ، كالصبي المحجور والعبد المحجور ، والقاضي ، وأمين
القاضي ، ونحو ذلك .

وللوكيل أن يوكل غيره في الحقوق . وليس للموكل أن يباشر ذلك
بنفسه ، ما دام الوكيل قائماً ، فإن مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً ، وهو
شهر عند أبي يوسف ، وحول عند محمد : يخرج الوكيل من الوكالة ،
وترجع العهدة إلى الموكل .

وأما ما يحتاج فيه إلى الإضافة إلى الموكل - كالنكاح ، والخلع ،
والطلاق على مال ، والصلح عن دم العمد ، والعق على مال ،
والكتابة ، والصلح عن إنكار ، ونحوها : فالحقوق ترجع إلى الموكل .

ثم الوكيل بالبيع - إذا رد عليه المبيع بالعيب ، يملك أن يبيعه مرة
أخرى . وكذلك في كل ما يكون هو الخصم فيه .

ولو أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن ، أو أجله ، أو أخذ
بالثمن عوضاً غيره ، أو صالحه من الثمن على شيء ، فذلك كله جائز

على الوكيل عند أبي حنيفة ، ويضمن للموكل ، وعلى قولهما : لا يجوز شيء من ذلك .

وإن ارتد الوكيل ، توقفت الوكالة - فإن أسلم : جاز ، وإن قتل على رده ، أو لحق بدار الحرب مرتدّاً وحكم بلحاقه : تبطل ، وعندهما : جائزة - وأصل المسألة أن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، وعندهما : نافذة . وتصرفات المرتدة نافذة بلا خلاف . فإن رجع مسلماً : عاد إلى وكالته عند محمد ، وعند أبي يوسف : لا يعود .

كتاب الكفالة

قال :

يحتاج إلى :

بيان الكفالة لغة وشرعاً ،
وإلى بيان ألفاظ الكفالة ،
وإلى بيان شرائط صحتها ،
وإلى بيان أنواع المكفول به ،
وإلى بيان أحكامها .

أما الأول

فالكفالة لغة هي الضم - قال الله تعالى : ﴿ وَكَفَّلْهَا زَكْرِيَّا ﴾^(١) ، أي
ضمها الى نفسه .

وفي الشرع - ضم ذمة ، إلى ذمة ، في حق المطالبة ، أو في حق أصل
الدين : على حسب ما اختلف المشايخ فيه .

وأما ألفاظ الكفالة

فأن يقول الكفيل للطالب : « دعه فأنا ضامن ما عليه » أو « كفيل
بذلك » أو « قبيل » أو « زعيم » أو « هوإلي » أو « علي » أو « هولك

(١) آل عمران : ٣٧ .

عندي « أو « هـو لك قَبلي » .

وقد ذكرنا في كتاب الإقرار : « إذا قال لفلان عندي كذا ، يكون إقراراً بالوديعة » ، وههنا : يكون ضمناً - لأن قوله « عندي » يحتمل « هو في يدي » ويحتمل « هو في ذمتي » ، فيقع على الأدنى ، وهو الوديعة ، فأما الدين فلا يكون إلا في الذمة ولا يكون في اليد ، فحمل على الوجوب ههنا .

وأما شرائطها :

فمن ذلك - أن يكون الكفيل من أهل التبرع ، لأن الكفالة تبرع بالتزام المال . فلا يصح من الصبي ، والعبد المحجور عليه . وكذا لا تصح كفالة المكاتب . وكذا كفالة المريض : لا تصح إلا من الثلث كتبرعه .

ومن شرطها أيضاً - أن يكون الدين صحيحاً ، سواء كان على الصغير أو العبد المحجور ، لأنه يطالب بعد العتق .

وأما الكفالة ببذل الكتابة - فإنه لا تجوز ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأنه لا يجب للمولى على عبده شيء ، وإنما وجب مخالفاً للقياس ، لصحة الكتابة ، نظراً للعبد ، حتى يصل إلى العتق .

وأما المكفول به :

فنوعان : الديون ، والأعيان .

أما الكفالة بالديون :

فصحيحة بلا خلاف ، وصاحب الدين بالخيار : إن شاء طالب الأصل ، وإن شاء طالب الكفيل ، ولا يوجب براءة الأصل عندنا .

وعند ابن أبي ليلى : يوجب البراءة - وهذا فاسد ، لأنه يصير الكفالة والحوالة سواء .

وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر - بخلاف غاصب الغاصب مع الغاصب : فإن للمالك أن يضمن أيهما شاء ، وإذا اختار تضمين أحدهما ، لم يكن له اختيار الآخر . وكذا في إعتاق أحد الشريكين : الشريك الساكت بالخيار بين أن يضمن المعتق إن كان موسراً ، وبين أن يستسعي العبد ، فإذا اختار أحدهما : ليس له أن يختار الآخر .

وجملة هذا أن الكفيل ليس له أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه شيئاً - إلا أنه إذا طُلب : طالب المكفول عنه بالخلاص . فإن حبس : كان له أن يجبس المكفول عنه . أما إذا أدى فينظر : إن كان كفلاً ، بغير أمره : فلا يرجع عندنا ، خلافاً للمالك ، لأنه تبرع بقضاء دين غيره ، وإن كفلاً عنه بأمره ، وهو ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع : يرجع عليه - لأن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض ، وهو طلب القرض ، والكفيل بالأداء مقرض للمكفول عنه ونائب عنه في الأداء إلى المكفول له ، وفي حق المكفول له تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذه من المال ، فيرجع عليه بما أقرضه حتى إن الصبي المحجور إذا أمر رجلاً بأن يكفل عنه ، فكفلاً ، وأدى : لا يرجع عليه ، لأن استقراض الصبي لا يتعلق به الضمان ، وأما العبد المحجور : فلا يرجع عليه إلا بعد العتق ، لما قلنا .

ولو وهب صاحب الدين ، المال لأحدهما - جاز ، وذلك بمنزلة أداء المال .

وكذا لو مات الطالب ، فورثه أحدهما ، لأن بالهبة والميراث يملك ما في ذمته : فإن كان الموهوب له أو الوارث هو الكفيل ، فقد ملك ما في ذمته ، فيرجع على الأصيل ، كما لو ملك ذلك بالأداء . وإن كان الموهوب

له أو الوارث هو المكفول عنه ، برىء الكفيل ، كأنه أدى .

ولو أبرأ الطالب الأصيل ، فقد برئاً جميعاً . وإن أبرأ الكفيل ، برىء ، دون الأصيل ، سواء كان ذلك بأمر المكفول عنه أو لا .

ولو قال لأحدهما : « برئت إليّ من المال » - فهو إقرار بالقبض ، بالاتفاق ، لأن هذا اللفظ يستعمل في الأداء .

ولو قال لأحدهما : « برئت من المال » - فهو إقرار بالقبض عند أبي يوسف ، كأنه قال : « برئت إليّ من المال » . وعند محمد بمنزلة قوله : « أبرأتك من المال » .

ثم الكفيل يرجع بما ضمن ، لا بما أدى ، لأنه ملك ما في ذمة الأصيل ، حتى إنه إذا كان عليه دراهم صحاح جيدة ، فأدى زيوفاً ، وتجاوز به صاحب الدين ، فإنه يرجع بالجياذ .

وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض : فإنه يرجع بالدرهم - بخلاف الوكيل بقضاء الدين : فإنه يرجع بما أدى ، لا بما على الغريم ، وبخلاف الصلح إذا صالح من الألف على خمسمائة : فإنه يرجع بخمسمائة لا بالألف ، لأنه إسقاط البعض .

ولو كفّل لرجل ، بمال ، إلى القطاف أو إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى النيروز أو إلى المهرجان ، ونحوها من الآجال المجهولة : يصح ، عندنا ، خلافاً للشافعي - بخلاف البيع إلى هذه الآجال : فلا يجوز بالإجماع .

ولو كان عليه ثمن بيع ، أو دين حال ، فأجله إلى هذه الآجال . يصح أيضاً - بمنزلة الكفالة .

ولا خلاف في جواز الكفالة إلى أجل معلوم من الشهر والسنة ونحوها .

أما إذا كفّل إلى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس ، مثل مجيء المطر وهبوب الريح - فالأجل باطل ، والكفالة جائزة ، لأن الكفالة وردت منجزة ، لكن الأجل باطل ، فلم يصح التأجيل ، فتبقى الكفالة حالة .

أما إذا علق الكفالة بشرط : فإن كان ذلك سبباً لوجوب الحق ، أو وسيلة إلى الأداء في الجملة ، مثل أن يقول : « إذا قدم زيد أو استحق المبيع » - فالكفالة جائزة ، لأنه سبب للوصول إلى الأداء ، لأن زيدا ربما يكون مضارباً .

فأما إذا قال : « إذا جاء المطر ، أو هبت الريح ، أو دخل زيد دارنا ، فأنا كفيل عندك بكذا » - فإنه لا يجوز ، لأن الأموال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط .

ولو كان على رجل دين مؤجل ، فكفّل به رجل ، مطلقاً - فإنه يكون مؤجلاً ، لأنه التزم مثل ما على الأصيل ، فإن سمي الكفيل أجلاً زائداً عليه ، أو ناقصاً ، أو مثله - يلزمه كذلك ، لأنه متبرع ، فيلزمه على حسب ما تبرع به .

ولو كان المال حالاً ، فكفّل إنسان مؤجلاً ، بأمر المكفول له : فإنه يجوز ، فيكون تأجيلاً في حقهما ، في ظاهر الرواية . وفي رواية ابن سماعة عن محمد أنه حال على الأصيل ، مؤجل في حق الكفيل .

ولو كفّل عن رجل لرجل والمكفول له غائب ، فبلغه الخبر فأجاز : لا يصح ، ولا تتوقف الكفالة على قبوله - وهذا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : يجوز - وهذا بناء على أن شرط العقد يتوقف في النكاح عند أبي يوسف ، خلافاً لهما : فهذا كذلك - إلا أنها استحسنا في المريض إذا قال عند موته لورثته : « اضمنوا ما علي من الدين لغرمائي » ، وهم غيب ، ففعلوا - فهو جائز ، ويلزمهم ، نظراً للغرماء .

ولو كفّل رجلان رجلاً ، بألف درهم ، بأمره ، ولم يكفل كل واحد عن صاحبه - فإن على كل واحد منهما خمسمائة ، لاستوائيهما في الكفالة . ولو أدى أحدهما : لا يرجع على صاحبه ، لأنه يؤدي عن نفسه ، لا عن صاحبه ، لكن يرجع على الأصل بما أدى .

ولو لقي المكفول له الكفيلين بعد ذلك ، فكفل أحدهما عن صاحبه - صح ، لأن الكفالة عن الكفيل صحيحة ، ثم ما أدى فالحق قوله : إنه أدى من كفالة الكفيل الآخر أو من كفالة نفسه لأنه لزمه المال من وجهين . ولو لقي المكفول له الكفيل الآخر الذي لم يكفل ، فطلب منه أن يكفل عن صاحبه ، وكفل - صح ، والجواب فيه وفيما إذا كان في الابتداء كفّل كل واحد من الكفيلين عن صاحبه - سواء ، وهو أن كل ما يؤدي كل واحد منهما إلى المكفول له ، فذلك عن نفسه إلى خمسمائة . ولو قال : «ؤدي عن شريكي ، لا عن نفسي» - لا يقبل ، ويكون عن نفسه . فأما إذا زاد على خمسمائة ، فيرجع بالزيادة على شريكه إن شاء ، وإن شاء على المكفول عنه .

وعلى هذا - إذا اشترى رجلان من رجل عبداً بألف درهم ، على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، ثمن حصته . وكذا الجواب في المفاوضات بعد فسخ الشركة إذا كان عليهما دين : لصاحبه أن يطالب به كل واحد منهما ، وإذا أدى أحدهما النصف لا يرجع ، فإذا أدى زيادة على النصف ، له أن يرجع على صاحبه ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه .

وأما الكفالة بالأعيان :

فهي أنواع ثلاثة :

أحدها - كفالة بعين هي أمانة غير واجبة التسليم ، كالوديعة ، وكمال المضاربة ، والشركة : وهي لا تصح أصلاً .

والثاني - الكفالة بعين هي أمانة ، ولكنها واجبة التسليم ، كالعارية ، والمستأجر في يد المستأجر ؛ وكذا العين المضمونة بغيرها ، كالمبيع قبل القبض : مضمون بالثمن ، وكالرهن : مضمون بالدين - والجواب في الكل واحد ، وهو أنه تصح الكفالة بتسليم العين ، فمتى هلكت العين ، لا يجب على الكفيل قيمة العين .

والثالث - العين المضمونة بقيمتها - كالمغصوب ، والمبيع بيعاً فاسداً ، والمقبوض على سوم الشراء : تصح الكفالة بها ، ويجب عليه تسليم العين ما دامت باقية ، وإذا هلكت : يجب عليه تسليم قيمتها ، متى ثبت الغصب بالبينة أو الإقرار .

ثم الكفالة بالنفس بعد الدعوى من قبيل القسم الثاني : فإنه مضمون بالتسليم ، وإنه يجب عليه تسليم النفس ، والحضور إلى باب القاضي ، حتى يقيم الخصم البينة ، فتصح الكفالة به عندنا ، خلافاً للشافعي ، ولكن لو هلك الكفيل ، لا شيء عليه من المال المدعى به ، حتى لا يؤخذ من تركته - والمسألة معروفة .

وكذا لو كفل بنفس من عليه التعزير .
أما لو كفل بنفس من عليه حد القذف أو حد السرقة أو القصاص - هل يجوز ؟ ذكر أبو الحسن أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه ، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم ؟ قال أبو حنيفة : لا يأخذ القاضي منه كفيلاً ، ولكن يحبس حتى تقام عليه البينة أو يستوفي .

ثم الكفيل بالنفس يؤخذ بإحضار المكفول عنه ، ما دام إحضاره ممكناً مقدوراً . فإن صار بحال لا يقدر على إحضاره بوجه من الوجوه ، بأن مات : بطلت الكفالة ، ولا شيء على الكفيل ، فأما إذا كان يرجى حضور المكفول عنه ، بأن غاب : فإنه يتأخر المطالبة بالإحضار عن

الكفيل ، للحال ، ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار في تلك المدة ، فإن لم يحضره وظهرت مماطلته ، فإنه يحبس الكفيل ، فإذا ظهر للقاضي أنه لا يقدر على الإحضار ، بدلالة الحال ، أو شهد الشهود بذلك - فإنه يخرج من الحبس ، وينظر إلى وقت القدرة ، كما في الإعسار في حق الدين ؛ وإذا أخرج القاضي ، فإن الغرماء يلزمونه ، ولا يحول القاضي بينه وبين الغرماء ، ولكن ليس للغرماء أن يمنعوه من اشتغاله ، كما في الإفلاس سواء .

هذا إذا كفل بالنفس مطلقاً .

فأما إذا ادعى عليه ألف درهم فكفل بنفسه « على أن يوافيه به غداً ، فإن لم يواف به غداً فعليه المال الذي ادعى » : فإن أقر المطلوب بالألف ، أو ثبت بالبينة ، وقضى القاضي ، وكفل على هذا الوجه : صحت الكفالة بالنفس ، وتصح الكفالة بالمال معلقاً بشرط ترك الموافة غداً ، والكفالة بالشرط صحيحة - فإذا لم يواف به غداً : يؤخذ منه المال بسبب الكفالة بالمال ، وبقيت الكفالة بالنفس ، لأن من حجته أن يقول : « لي عليه مال آخر » .

ولو قال : « كفلت بنفسه على أني إن لم أواف به غداً فعليّ الألف » ، ولم يقل « الألف الذي ادعيت » : فعلى قول محمد : لا تصح الكفالة ، وعلى قولهما : تصح ، كأنه قال « فعليّ الألف الذي تدعي » ، لأنها هي المعهودة .

فأما إذا أنكر المطلوب المال ، ثم كفل بنفسه « على أن يوافيه به غداً وإن لم يواف به فعليه المال » - فلم يواف به : لا يلزمه المال ، لأن وجوب المال لا يتعلق بالخطر ، أما الكفالة بالمال الثابت فيتعلق بالخطر .

ولو كفل بالنفس والمال ، وسماه ، ثم قال : « إن وافيتك به غداً فأنا

بريء منه » ، فوافاه به من الغد : يبرأ من المال في إحدى الروايتين ، وفي رواية : لا يبرأ ، لأن هذا تعليق البراءة بالشرط ، وفي البراءة معنى التمليك ، فلا يصح تعليقه بالشرط .

ولو كفل بالنفس « على أن يوافي به عند القاضي ، غداً » فسلمه إليه في السوق : فإنه يبرأ . والأصل أنه إذا سلمه في مكان يقدر على أن يحضره فيه إلى القاضي فهو كتسليمه في مجلس القاضي . وكذا إذا سلمه في أطراف هذا المصر . ولو سلمه في قرية هذا المصر التي ليس فيها قاضٍ : لا يبرأ .

ولو كفل « على أن يدفع في مصر معين » ، فدفع في مصر آخر : يبرأ عند أبي حنيفة ، وفي كل موضع فيه قاض ، وعندهما : لا يبرأ ما لم يسلم في ذلك المصر بعينه .

كتاب الحوالة

الحوالة مشروعة ، لقوله عليه السلام : « من أحيل على مليء فليتبعه » .

ثم الحوالة مبرئة عندنا - حتى يبرأ المحيل ، من الدين الذي عليه ، بالحوالة إلى المحتال عليه . وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه لا غير .

وقال زفر : لا يبرأ ، وله أن يطالبهما ، كما في الكفالة .

وكذا الكفالة ، بشرط براءة الأصيل : حوالة أيضاً ، عندنا - لأنها حوالة معنى .

ثم ليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا توى ما على المحتال عليه - وذلك بطريقتين عند أبي حنيفة : بأن يموت المحتال عليه مفلساً ، أو يجحد المحتال عليه الحوالة ويحلف . وعندهما : بهذين الطريقتين ، وبطريق ثالث ، وهو أن يقضي القاضي بإفلاسه في حال الحياة ، لأن القضاء بالإفلاس صحيح عندهما في حالة الحياة ، وعند أبي حنيفة : لا يصح .

وعلى قول الشافعي : لا يعود الدين إلى المحيل أبداً - والمسألة معروفة .

ثم الحوالة نوعان : مطلقة ومقيدة

أما المطلقة- فإن يحيل صاحب الدين على رجل ، له مال عليه أو لم يكن ، وقبل ذلك الرجل .

فإن لم يكن عليه مال : يجب عليه أن يؤدي .

وإن كان عليه مال ، ولم يقيد الحوالة به ، بأن لم يقل : « أحيله عليك بمالي عليك » أو « على أن تعطيه مما عليك » - وقبل المحتال عليه : فعليه أداء الألفين : ألف إلى المحيل ، وألف إلى المحتال له ، وللمحيل أن يطالبه بذلك الألف ، لأنه لم تنقيد الحوالة به ، كما إذا كان عند رجل ألف درهم وديعة ، فأحال غريمه عليه بألف درهم ، ولم يقيده بالألف الوديعة ، فقبله : له أن يأخذ الوديعة ، وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة .

فأما إذا قيد الأداء بالمال الذي عليه : فليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه ، لأنه تعلق به حق المحتال له ، فإذا أدى : تقع المقاصة بينهما .

ثم في الحوالة المطلقة - إذا لم يكن على المحتال عليه دين ، فأدى إلى المحتال له ، أو وهب له ، المحتال له ، أو تصدق عليه ، أو ورث من المحتال له ، أو أدى المحتال عليه دنائير أو عروضاً بدل الدراهم : فإنه يرجع على المحيل بالمال ، بمنزلة الكفيل ، على ما مر . وإن أبرأه عن الدين ، وقبل منه ، ولم يرد الإبراء - فإنه يبرأ ، ولا يرجع على المحيل بشيء ، كما في الكفالة .

هذا إذا كانت الحوالة بأمر المحيل ، فإن كانت بغير أمره ، فأدى المحتال عليه : فإنه لا يرجع ، وإن كان عليه دين : فهو بحاله .