

كتاب القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة، لأن النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغانم والمواريث^(١)،

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة، فأحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاء باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح. وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك: أو لأن القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٢) والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة، والمتضادان يفترقان أبداً مع تقدم المثبت على المنفي كما في الأمر والنهي والنكاح والطلاق انتهى. أقول: فيه بحث، لأن كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعاً إلى قوله عليه الصلاة والسلام «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٣) إنما يتمشى على أصل الشافعي، فإنه لم يجوز الشفعة بالجوار، واستدل عليه بالحديث المذكور، وأما على أصل أئمتنا فلا، لأنهم جؤزوا الشفعة بالجوار أيضاً واستدلوا عليه بأحاديث أخر. وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بأن آخر

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. وهي في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء. وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين. وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص. وركنها ما يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعذ في المعدودات. وشرطها أن لا تفوت منفعتها بالقسمة، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما، وهي

كتاب القسمة

قوله: (وقدم الشفعة الخ) أقول: أو يقال قدم الشفعة لعمومها لشركة والجوار، بخلاف القسمة قوله: (لأن بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول: يعني الشركة، وأنت خير بأن في القسمة أيضاً بقاء الملك.

(١) في هذا أحاديث منها حديث هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن ابنه، وابنة ابن، وأخت فقال: للابنة النصف، وللأخت النصف، وأنت ابن مسعود فسيأتي فسل ابن مسعود، وأخبر يقول أبي موسى فقال: لقد ضللت إذا، وما أنا من المهتدين. أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فلأخت، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه يقول ابن مسعود فقال: لا تسألوني ما دام هذا الجبر منكم» أخرجه البخاري ٦٧٣٦ وطرفة ٦٧٤٢ وأبو داود ٢٨٩٠ والترمذي ٢٠٩٣ وابن ماجه ٢٧٢١ والدارمي ٣٤٨، ٣٤٩، والطائلي ٣٧٥ والبيهقي ٢٢٩، ٢٣٠ والحاكم ٣٣٤، ٣٣٥ وأحمد ٣٨٩، ٤٢٨، ٤٤٠ وهو حديث صحيح. وفي الباب حديث آخر يدل على مباشرته ﷺ للمواريث.

وهو حديث جابر قال: «جاءت امرأة سعد بن الربيع بابتيتها من سعد إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً، وإن عنهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا تنكحان إلا، ولهما مال قال: يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمها فقال: أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمها الثمن، وما بقي فهو لك». أخرجه أبو داود ٢٨٩٢ والترمذي ٢٠٩٢ والحاكم ٣٣٤، ٣٣٣، والبيهقي ٢٢٩، وقال الترمذي: حديث صحيح لا نعرفه إلا من حديث عبد الله ابن محمد بن عقيل اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي. وفي الباب أحاديث.

وأما قسمته ﷺ الغنائم، فهو ثابت قطعاً في أحاديث عدة.

(٢) تقدم تخريجه في أول كتاب الشفعة رواه البخاري.

(٣) أيضاً تقدم في أول كتاب الشفعة رواه البخاري.

وجرى التوارث بها من غير نكير، ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازاً، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت، حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه فاقتهما

الحديث وهو قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(١) ليس بثابت، ولئن ثبت فمعناه نفى الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق، فإن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل أنه هل يستحق بها الشفعة كالبيع؟ فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها، وقد مرّ الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية، فما معنى بناء وجه المناسبة ها هنا على ما هو المزيف هناك. ثم إن القول: بأن النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع، وأن القول بأن المتضادين يفترقان أبداً مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع؛ ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿وجعل الظلمات والنور﴾ [الأنعام ١] وقوله تعالى ﴿خلق الموت والحياة﴾ [الملك ٢] ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت. قال صاحب العناية: وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى. أقول: فيه نظر، وهو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وإن زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وإن زال الشيوع، بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من أن أحد الشريكين إذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة، فكون بقاء ما كان على ما كان أصلاً لا يرجح تقديم الشفعة كذا لا يخفى. ثم إن القسمة في اللغة: اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والأسوة للاتباع. وفي الشريعة: جمع النصيب الشائع في مكان معين. وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلو. وركنها الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدّ في المعدودات، وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك قوله: (ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقتهما لا يبيع أحدهما نصيبه مباحة بعد

مشروعة في الأعيان المشتركة لأن النبي عليه الصلاة والسلام باشرها في المغنم والموارث وغير ذلك، وجرى التوارث بها من غير نكير. ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال، لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه، فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وإفرازاً، والمعنى من الإفراز هو أن يقبضه بعين حقه، والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات، فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين؛ ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الإفراز فيها أظهر لا محالة، ولهذا كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو اشترياه واقتهما جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مباحة بنصف الثمن. ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر. ولو اشترياه فاقتهما لا يبيع أحدهما نصيبه مباحة بعد القسمة. وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً، ولما استشعر أن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الآبي على القسمة في ذلك. أجاب بقوله: إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد، ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر، كما في قضاء الدين فإن المديون يجبر على

(١) تقدم تخريجه في أول كتاب الشفعة. رواه البخاري وأصحاب السنن، وإسناده كالشمس فقوله: ليس بثابت غير شديد.

يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن، ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر، ولو اشترياه فاقسمناه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة، إلا أنها إذا

القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً، كذا في العناية. أقول: هنا إشكال، وهو أنه قد علم مما ذكر آنفاً في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والإفراز في جميع الصور، سواء كانت في ذوات الأمثال أو في غير ذوات الأمثال، لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه، فكانت القسمة في كل صورة بالنظر إلى البعض الذي كان ملكه إفرازاً وبالنظر إلى البعض الآخر مبادلة، وإذا كان الأمر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كالحيوانات والعروض غير واضح، إذ غاية الأمر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضاً عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الأمثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكماً فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض، ولا يلزم منه أن لا يتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة، إذ لا شك أن أخذه هذا البعض إفراز لا يتصور فيه مبادلة، فقد تحقق في غير ذوات الأمثال بالنظر إلى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه إفراز بدون المبادلة، وبالنظر إلى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الإفراز فكان معنى الإفراز والمبادلة فيه متساويين، فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة، بخلاف ما قالوا: في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الإفراز فيها فإنه واضح، لأن أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه إفراز بلا شبهة، وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين، وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكماً كما في القرض فتحقق فيها معنى الإفراز بالنظر إلى البعض الآخر أيضاً فكان هو الظاهر فيها. والحاصل أنهم لو قالوا: معنى الإفراز ظاهر في ذوات الأمثال وغير ظاهر في غير ذوات الأمثال بل معنى الإفراز والمبادلة سيان فيه لكان الأمر هيناً، ولما قالوا: معنى المبادلة فظاهر في غير ذوات الأمثال أشكل ذلك كما ترى. وذكر صاحب النهاية وجهاً أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الأمثال ناقلًا عن المغني حيث قال: ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال كلها، وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني: وأما القسمة في غير ذوات الأمثال فشبّه المبادلة فيها راجح لأنها إفراز حكماً من وجه، ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه. أما الحقيقة فظاهر، وأما الحكم فلأن نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة، وأخذ المثل كأخذ العين حكماً فكان إفرازاً، إلا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين، لأن المقسوم ليس من ذوات الأمثال، وفيما ليس من ذوات الأمثال لا تثبت المعادلة بيقين، فالإفراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة، إلى هنا كلامه. أقول: لا يذهب عليك أن الإشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة أنه يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضاً عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله، كيف وما يأخذه كـب واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه إلا إفراز محض، لأن معنى الإفراز أن يقبض عين حقه وأخذ كل

القضاء مع أن الديون تقضي بأمثالها فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته، وهذا جبر في المبادلة قصداً وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد إليه أولى، وهذا لأن أحدهم يطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته، فكان القصد إلى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الإجبار على غيره؛ وإن كانت من أجناس مختلفة كالإبل والبقر والغنم لا يجبر القاضي الأبى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو

كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد. والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين، وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فيجب على القاضي إجابته. وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم. قال: (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبهه رزق القاضي، ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرضاً

واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الأمثال، وهو غير لازم من الوجه المذكور، بل فيه دلالة على رجحان معنى الإفراز في ذلك، إذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه إفراز محض، وإذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذاً لمثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة، وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكماً فكان إفراز كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الإفراز في ذلك ظاهراً راجحاً لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققه قوله: (إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله: ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بأن يقال: لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الأبى على القسمة في غير ذوات الأمثال، كذا في عامة الشروح. أقول: ها هنا أيضاً إشكال، وهو أنه إن أريد بقوله: لأن فيه معنى الإفراز أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعاً في دفع السؤال، إذ يبقى الكلام حينئذ في الإجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر إليه ويظهر على ما قالوا، وإن أريد بذلك أن فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضاً عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال، إذ لا شك في تحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه، وإذا تحقق فيه معنى الإفراز بالنظر إلى النصيب الآخر أيضاً كان معنى الإفراز فيه ظاهراً جداً، فأنى يتصور القول بأن معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل. ثم أقول: لو قال المصنف: لأن فيه إمكان المعادلة بدل قوله لأن فيه معنى الإفراز لكان سالماً عن هذا الإشكال، وكان مناسباً لا محالة لقوله: لتعذر المعادلة في تحليل عدم الإجبار على القسمة فيما إذا كانت أجناساً مختلفة كما سيأتي تبصر تقف قوله: (والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين) يعني أنه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لأنها مما يجري فيه الجبر كما في قضاة الدين، فإن المديون يجبر على قضاء الدين والمديون تقضى بأمثالها على ما عرف، فصار ما يؤدي المديون بدلاً عما في ذمته. أقول: لقائل أن يقول: جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين، وقد صرحوا بأن أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين، وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية، بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الأمثال، فإن ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق، وعن هذا قالوا: إن معنى المبادلة فيه هو الظاهر، فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج إلى الجواب الذي نحن بصده، فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه

تراضوا على ذلك جاز لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص. قال: (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً) كلامه واضح إلا ما نبه عليه. قوله: (لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة إلى البعض، ويجوز للقاضي أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين

بالغنم. قال: (فلان لم يفعل نصب قاسماً بالأجر) معناه بأجر على المتقاسمين، لأن النفع لهم على الخصوص، ويقدر أجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالمياً بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء، ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم، ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود، ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصططحوا فاققسموا جاز، إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الأجرة غالية بتواكلهم، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر. قال: (وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة، وقالوا على قدر الأنصبة) لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك. ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل

على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله: (ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: ولو تراضوا على ذلك جاز، لأن القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتيجارة، والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى. أقول: هذا الشرح غير مطابق للمشروح، وليس بتمام في نفسه لأنه إن أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتيجارة فهو ممنوع، كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنيي المبادلة والإفراز، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال، ومعنى المبادلة و الظاهر في غيرها، وإن أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم، لكن الأمر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الأمثال مع أن التراضي ليس بشرط فيها، على أن كون التراضي شرطاً في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطاً في قسمة مختلف الجنس أيضاً لأن قسمته ليست في معنى التجارة في كل الوجوه، إذ القسمة مطلقاً لا تعرى عن معنى الإفراز البتة، بخلاف التجارة، فكيف تلحق إحداهما بالأخرى.

أجراً، لكن الأولى أن لا يأخذ، وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها، وإنما الذي يفترض عليه جبر الأبى على القسمة، إلا أن لها شبهاً بالقضاء من حيث إنها تستفاد بولاية القضاء، فإن الأجني لا يقدر على الجبر، فمن حيث إنها ليست بقضاء جاز أخذ الأجر عليها، ومن حيث إنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ. وقوله: (عدلاً مأموناً) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة قوله: (ولو اصططحوا فاققسموا) يعني لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتصموا بأنفسهم باصططاحهم، فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات. وقوله: (كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني إذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالأجرة على قدر الأنصبة، وكذلك الوزن والحافر وقوله: (إن الأجر مقابل بالتمييز، ولأنه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود، لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب كمال الأجر إذا قسم بنفسه، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصبة ويزداد دقة بقلة الأنصبة، فدل على تمييز نصيب صاحب القليل أشق، ويجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز، بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت. وقوله: (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشترياً مكيلاً أو موزوناً وأمرأاً إنساناً بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالأجر بقدر الأنصبة وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب، وقال: أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا، فالعذر له في ذلك التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير

قال المصنف: (لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول: لعل المراد تهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجراً قوله: (لأنه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول: فيه بحث قوله: (لا يميل بأخذ الرشوة) أقول: أي لا يميل لفقره.

بثقل التراب وهو يتفاوت، والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف، وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل. وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع. قال: (وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وأدعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال أصحابه: يقسمها باعترافهم، ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وأدعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعاً، ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترك، وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد، إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقصر عليهم ولا يعتداهم. وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها، بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مقيد، لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن

والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز، لأن الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الأجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، وإذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب، أنظر إلى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح قوله: (معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص) أقول: قوله لأن النفع لهم على الخصوص يتنافى بحسب الظاهر قوله: فيما مر آنفاً ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرضاً بالغنم فتأمل في التوفيق قوله: (ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالمياً بالقسمة) قال تاج الشريعة: ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى. واقتضى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية. ورذ هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية، فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً بها قال: ذلك البعض لم يقل عدلاً مأموناً عالمياً بها كما وقع في الهداية، لأن الأمانة من لوازم العدالة. وقال: والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس بتمام، لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ. أقول: المذكور في الهداية نفس العدالة لا

أكثر فكان أصعب والأجر بقدر العمل، بخلاف القسام فإنه قد يعكس كما تقدم. وقوله: (ولا يفصل) تأكيد وبيان. وقوله: (وعنه) أي عن أبي حنيفة (أن الأجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع). قال: (وإذا حضر الشركاء عند القاضي) الخ إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فيما أن يكون عقاراً أو غيره، فإن كان عقاراً فإما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتراه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم، فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته، وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا: (يقسمه باعترافهم) وإن كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق، وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره، وإن كان غير عقار وأدعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعاً لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو المنازع للمدعي في دعواه، ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمانة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترك، وطلب البينة ليس بلازم لأنها لا تكون إلا على منكر ولا منكر ها هنا فلا تفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة: أي في الصك الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم لئلا يكون حكمه متديلاً إلى غيرهم. ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت، إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه، حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها. وعن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل

قال المصنف: (والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول: وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التمييز قال المصنف: (وهو العذر لو أطلق لا يفصل) أقول: والإطلاق غير مناسب للتعليق المذكور، إلا أن يقال: الحكمة لا تراعى في كل فرد، ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل، ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى.

المورث، ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره، بخلاف المنقول لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ. أما العقار فمحض بنفسه، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده، ولا كذلك العقار عنده، وبخلاف المشتري لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن

ظهورها، فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة المراد بها ظهورها. فإن قلت: فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية. قلت: إرادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة، وأما إرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فبقريئة تقدّم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة. نعم لو قال: في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله: عدلاً لحصل الغنى عن ذكر الأمانة، لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفى مجال إفادة المعنى المقصود ها هنا بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب قوله: (وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره) قال بعض الفضلاء: وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعياً والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك. وجوابه ظاهر، فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعياً ليحصل قصودهم، إلى هنا كلامه. أقول: لا استشكله شيء ولا جوابه. أما الأول فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلاً لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه، وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسألة: فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه، على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحاً لأن يكون مدعياً في دعوى حق نفسه

القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما، بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له، فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينهم، وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة. وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك، لأن بعض الورثة ينتصب خصماً بأن يجعل أحد الحاضرين مدعياً والآخر مدعى عليه. فإن قيل: كل منهما مقرّ بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه. أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك: أي كونه خصماً بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه إنما يقضي عليهما بالبينة بدون الميت وإن كانا مقرين بها، وهذا لأن المدعي يحتاج إلى إثبات الدين في حقهم وحق غيرهم، لأنه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له بإقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج إلى إقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك إلا بالبينة قوله: (بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث، وهو على وجهين أحدهما قوله لأن في القسمة نظراً الخ. والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة وفي القسمة جعله مضموناً، وفي ذلك نظر للميت، بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه لا يصير مضموناً على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية، فقد روي عن أبي حنيفة في غير الأصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث. وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قوله: (وإن ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر. قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير إقامة البينة (رواية كتاب

قوله: (ومن هذا قالوا: إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول: ستجيء المسألة في كتاب الوصية قوله: (فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول: يعني لا بد للقضاء من حجة قال المصنف: (فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول: لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل قال المصنف: (وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث) أقول: وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعياً والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول، بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك. وجوابه ظاهر، فإن القاضي إذا قال: لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعياً ليحصل مقصودهم.

القسمة قضاء على الغير. قال: (وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم) لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير، فإنهم ما أقرّوا بالملك لغيرهم. قال رضي الله عنه: هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير: أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما. ثم قيل هو قول أبي حنيفة. وقيل قول الكل، وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج

على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه، فكل منهم يصير مدعياً ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين، ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلاً. وأما الثاني فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدراهم بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعياً ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب، فإنهم إن لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلاً فضلاً عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتمدة في هذه المسألة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال في العناية: أعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكاً لغيرهما، فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير، وأن يكون مشتركى فيكون ملكاً لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها فلا يقسم احتياطاً انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطنة سليمة أن قوله: لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها غير مفيد هنا، بل هو مخّل بالمقام لأن ذاك الأصل: أعني كون الأملاك في يد مالكها يرجح كون ما في أيديهما ملكاً لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البينة، مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى، فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير، وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرّت من قبل. واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية: فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً إلى آخره حيث قال: فيه بحث، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما لا إرثاً ولا شراء، كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروایتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى. أقول: يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما أصلاً لا غير فهو ممنوع. وقوله: كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له غير تام، فإن عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع، وإنما ينافي تقررره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلاً لما جاز استماع البينة

القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكاً لغيرهما فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير وأن يكون مشتركى فيكون ملكاً لهما لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد ملاكها فلا تقسم احتياطاً. قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة، وعندهما تقسم بينهما لأنهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى. وقيل قول الكل وهو الأصح، لأن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق الدار لأجل الحفظ والصيانة. والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك، وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك، ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز. قال: (وإن حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلاً يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهواً من الناسخ، والصحيح في أيديهما، لأنها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة، وقد ذكر

قوله: (فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثاً) أقول: فيه بحث، بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكاً لهما لا إرثاً ولا شراء، كيف ولو كان ملكاً لهما لتعرضا له، وبه يظهر وجه التوفيق بين الروایتين، فإن في الأولى ادعوا الملك قوله: (فيكون ملكاً للغير) أقول: يعني للميت.

إليه، وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز. قال: (وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلًا يقبض نصيب الغائب، وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه) لأن فيه نظراً للغائب والصغير، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرذ بالعيب ويرذ عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرذ بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً

له، وإن أراد أن ذلك أيضاً محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثاً وأن يكون مشتركى يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطاً. ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية: لأن الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكيها لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفاً. وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جداً ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكاً لهما أصلاً لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيها ملك لهما، ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكاً لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر قوله: (وقيل قول الكل وهو الأصح، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان: قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة، وقسمة لحق اليد لأجل الحفظ والصيانة، والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز، كذا في العناية. أقول: لقائل أن يقول: إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما إذا ادعوا الشراء أيضاً في العقار مع أنه قد سبق نه يجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق. ويقتضي أيضاً أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضاً فيما إذا ادعوا الإرث في العقار ومع أنه قد سبق أيضاً أنهما يقولان: بجوازا فيه بمجرد اعترافهم. ثم أقول: يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله: ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل، وبصورة ادعائهم الإرث أيضاً على قولهما: كما نبهت عليه آنفاً، بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما: أي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلاً في رواية الجامع الصغير، بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه، بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقنا فحيث لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء، ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال: قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا اليد ابتداء، وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله: أنه ملكه ما لم ينازعه غيره، إذ الأصل أن الأملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر، أما

بعد هذا في الكتاب وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم. وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المشى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه لأن فيه نظراً للغائب والصبي) لظهور نصيبهما بما في يد الغير (ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة) يعني فيما إذا كان معهما صبي (عند أبي حنيفة رحمه الله) كما إذا كان معهما غائب (خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة

قوله: (ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول: هما يقولان: اليد دليل الملك، فلا شبهة في الملك كما تقدم. وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل قوله: (لكنه ملتبس) أقول: لمكان الورثة قبله.

عن الغائب فوضح الفرق (وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم، وكذا إذا كان في يد مودعه، وكذا إذا كان في يد الصغير) لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه، والقضاء من غير الخصم لا يجوز. ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب. قال: (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً، وكذا مقاسماً ومقاسماً، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيراً وصغيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلب القسمة وأقام البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه، وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه.

إذا ادعى اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه فلا يقبل قولهما لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون إلا بالملك، فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال، وهذا معنى قوله: لاحتمال أن يكون لغيرهما، إلى هنا كلامه فنصير قوله: (لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما، كذا التقرير في الكافي والمبسوط. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه إنما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير، أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما، وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل، إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان، ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسألة في مختصر القدوري، فإن هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل.

حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال أصحابه: يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وإن أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح قوله: (ويصير مغروراً بشراء المورث) صورته: اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حراً بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث وقوله: (ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه. وقوله: (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة. وقوله: (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها بإقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث، لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بإخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة، لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً) فالحاضر إن كان خصماً عن نفسه فليس ثمة خضم عن الميت وعن الغائب، وإن كان خصماً عنهما فما ثمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، والباقي ظاهر.

قوله: (يعني فيما إذا كان معهما) أقول: تفسير لقوله أيضاً قال المصنف: (فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق) أقول: وفي صورة الإرث يقوم الآخر مقام الميت، وثبت حق الغائب على طريق التبع.

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال: (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستتضر به الآخر لقلته نصيبه، فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر. وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه. وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه. والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول (وإن كان كل واحد منهما يستتضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما) لأن الجبر على القسمة لتكميل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها في فصل على حدة قوله: (والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً، وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة ملكه، وذلك لا يوجد عند طلب القليل، كذا في العناية ومعراج الدراية، وهو المذكور في الذخيرة، وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال: ألا ترى أن كل واحد منهما إذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلباً جميعاً القسمة لم يقسمها القاضي بينهما، فكذلك إذا كان الطلب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى. أقول: هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وإن كان كل واحد منهما يستتضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما، فإنه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة، وقد صرح به المصنف هناك حيث قال: ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما، أما القاضي يعتمد الظاهر انتهى. ثم إنك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعاً من التدافع بين أصل ما ذكروا في وجه أصحية المذكور في الكتاب أولاً وبين ذاك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله: لأن الحق لهما إلى قوله: أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل قوله: (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا برضا الشركاء) قال صاحب العناية: والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة متنفعاً به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي انتهى. أقول: تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد، إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستتضر بنصيبه لقلته فإن القاضي يقسم بطلب

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم بينهما فقال: (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فإما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أو لا ينتفع منهم أحد، فإن كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبراً على من أبى (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره، وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم، وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب. وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين، ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر (والأصح هو المذكور في الكتاب) أي القدوري (وهو الأول) لأن رضا صاحب القليل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قوله: (وذكر الجصاص على قلب هذا، وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول: في عبارته مسامحة، والأظهر أن يقول: وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وإياء صاحب الكثير، ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وإياه صاحب القليل.

المنفعة، وفي هذا تفويتها، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر. قال: (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد) لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض) لأنه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة، وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ولا يقسم الأواني) لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوباً واحداً) لاشتغال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع (ولا توبين إذا اختلفت قيمتهما) لما بينا، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربيع ثوب وثلاثة أربع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما وقالوا: (يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المنعم. وله أن التفاوت في آدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف

صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب، وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره علي الجصاص، وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد، وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسألة كما لا يخفى على ذي مسكة. فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء، ويجعل ذلك مداراً لعدم الجبر في القسمة قوله: (وإن كانت دار وضيفة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاف. وقال في إجازات الأصل: إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة. واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال: وقيل هما مختلفان جنساً ورواية واحدة، والفساد ثمة بشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتيهما وهو السكنى، كذا ذكره في الهداية، وهو مشكل لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب، إلى هنا كلام صاحب الكافي. وأوضح إشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال: واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم، وفي ذلك شبهة الربا، فإذا

بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئاً وإنما الملزم طلب الإنصاف من القاضي وإيصاله إلى منفعة، وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وإن كان) الثالث بأن كان المشترك بينهما بيتاً صغيراً (يستغنى) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة لم يقسمهما إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها، وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلاً: يعني به يجبر على ذلك، لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لأن عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة، ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله: (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر. وقوله: (ولا يقسم ضاة وبعيراً) يعني لا يقسم جبراً في هذه الأشياء قسمة جمع بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة، بل يقسم الشاة بينهم

قال المصنف: (لم يقسمهما إلا بتراضيهما) أقول: مخالف لما في شرح الكنز للزيلعي قوله: (ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلاً: يعني به يجبر على ذلك، لأن في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لأن عند اتحاده الخ) أقول: قوله لأن في حق التراضي الخ تعليل لقوله يعني به يجبر الخ، وقوله لأن عند اتحاده الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ.

الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس؛ ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد، بخلاف المغنم لأن حق الغانمين في المالة حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالة جميعاً فافترقا. وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ والياواقيت. وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت، ويقسم الصغار لقلة التفاوت. وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أنقض من جهالة الرقيق؛ ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالغ عليها لا تصح التسمية، ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة. قال: (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي إلا بتراضي الشركاء، وكذا الحائط بين الدارين) لأنها تشتمل على الضرر في الطرفين، إذ لا يبنى كل نصيب منتفعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا. قال: (وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حداثها في قول أبي حنيفة. وقالوا: إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الأفرحة المتفرقة المشتركة. لهما أنها جنس واحد اسماً وصورة، ونظراً إلى أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد، ووجه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي. وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار، وكذا لو

اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة، والمعتبر الشبهة دون النازل عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني: إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه، لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال: جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه. أقول: في الجواب خلل، إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسألتنا ومسألة

جميعاً على ما يستحقون منها، وكذلك في البعير وغيره والأواني المتخذة من أصل واحد كالإجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملقحة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبراً، وكذلك الأنواب المتخذة من القطن أو الكتاب إذا اختلفت بالصنعة كالقباة والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف، ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتغال القسمة على الضرر) بسبب القطع لأن فيه إتلاف جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركاء. فإن رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي. ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن إلا بزيادة دراهم مع الأوكس، والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أنواب إذا جعل ثوب بثوبين) يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطي أحدهما ثوباً والآخر ثوبين (وكذا إن استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوباً وربيع ثوب والآخر ثوباً وثلاثة أرباع ثوب) فإنه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركاً بينهما على ذلك الوجه (لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لأنه تيسر عليه التمييز في بعض المشترك، ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في البعض، وما ثمة معاوضة تحتاج إلى التراضي وقال أبو حنيفة رحمه الله: (لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو إما أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والثياب أو لا يكون، فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعاً على الأظهر، أما عندهما فظاهر، وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً له في القسمة، وقد يثبت الحكم لشيء تبعاً وإن لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف، وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً وإنثاء لا يقسم إلا برضاها، وإن كانوا ذكوراً أو إنثاء لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك. وقال صاحباه: يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم. ولأبي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة، لأن من العبيد من يصلح للامانة، ومنهم من يصلح للتجارة، ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك، فتمت جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فإنه سائر المنافع فلم

قوله: (أو لأحدهما) أقول: لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل قوله: (وقوله لما بينا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول: بل إشارة إلى دليل تلك المسألة، أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل.

تزوّج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة. قال رضي الله عنه: تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما، وهو رواية هلال عنهما. وعن محمد أنه يقسم إحداهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير، والمنازل المتلازمة كالبيوت والمتباينة كالطور لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبهاً من كل واحد. قال: (وإن كانت دار

إجارات الأصل بقوله أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة، إذ يصير مدار مسألة إجازات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسائلتنا على اختلافهما في الجنس قطعاً، متناقضان، والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الإشكال المذكور. ثم إن قوله: لأنه قال: جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد، إذ لم يقع التصريح في إجازات الأصل بأن قال: جنس واحد، ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى. قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية، لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها: يعني أنهما متحدان الجنس نظراً إلى أصل السكنى فتبني الربا عليه ومختلفاه نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى. أقول: ليس ذلك بمستقيم، لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلاً لا يصح أن يراد بها هنا أما أولاً فلأنه لا يدفع الإشكال المذكور، إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر، بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر. وأما ثانياً فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظراً إلى أصل السكنى واختلافه نظراً إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضاً، فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحبه هناك فقالوا:

يكن ذلك قسمة وإفرازاً، بخلاف الحيوانات. لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم، وذلك: (لأن حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها، وما هنا يتعلق بالعين والمالية فافتراقاً) فإن قيل: لو تزوّج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك. أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة، بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يحتاج إليه قوله: (وأما الجواهر الخ) واضح. قال: (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحي) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة متفعلاً به انتفاع ذلك الجنس، وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لأحدهما فلا يقسم إلا بالتراضي. ومن المشايخ من قال: القاضي لا يقسم عند الضرر لأنه لم ينصب متلفاً، لكن لو اقتسم لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستصّر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما قوله: (وإذا كانت دور مشتركة) ها هنا ثلاثة فصول: الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور متلازمة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي، والبيوت تقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى، والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحدة متلازماً بعضها ببعض قسمة واحدة وإلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها، لأن المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى، ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه، فلشبهها بالبيوت قلنا إذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة، لأن التفاوت فيها يقل في مكان واحد، ولشبهها بالدور قلنا: إذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة، وهما في الفصول كلها يقولان: ينظر القاضي إلى أعدل الوجه فيمضي القسمة على ذلك. وقوله: (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع قوله: (وإن كانت دار وضیعة أو دار وحانوت الخ) واضح إلا ما نذكره، إنما خص الخصاص بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله. وقوله: (إن إجازة منافع الدار بالحنانوت) أي بمنافع الحانوت، لأنه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح.

وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس. قال رضي الله عنه: جعل الدار والحانوت جنسين، وكذا ذكر الخصاص. وقال في إجازات الأصل: إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد، فيجعل في المسألة روايتان أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة.

إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب، فلو كان المراد في مسألتنا ما ذكر لما وافق الإمامان أبا حنيفة ها هنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة، واتفاقهم في هذه المسألة مع كونه متفهماً من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه: أما دار وضیعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى.

وقوله: (أو تبني حرمة الربا هنالك) أي في إجازات الأصل (على شبهة المجانسة) يعني إن كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما. واستشكل كلامه هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة، فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم، وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتباراً لشبهة الشبهة، والمعتبر الشبهة دون النازل عنها. وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: إما أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. ويمكن أن يقال: لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة. ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات، فلا تجوز القسمة الواحدة، وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الإجارة لشبهة الربا.

قوله: (واستشكل كلامه) أقول: هذا في الكافي قوله: (ويمكن أن يقال) أقول: يعني في جواب الاستشكال قوله: (لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول: يعني أنهما متحدتا الجنس نظراً إلى أصل السكنى، فبنى حرمة الربا عليه، ومختلفاً الجنس نظراً إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل.

فصل في كيفية القسمة

قال: (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته إليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم نصيب الآخر تعلق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم، لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قوله: (والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل) قال الشراح: هذا جواب الاستحسان، والقياس يأبأها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام، ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة، ولكننا تركنا القياس ها هنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير تكبر منكبر، وليس هذا في معنى القمار، لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه، وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة، لأن القاسم لو قال: أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيماً إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز؛ ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمال القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى ﴿فساهم فكان من المدحضين﴾ [الصافات ١٤١] وذلك لأنه علم أنه هو المقصود، ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء فاستعمل القرعة لذلك، وكذلك ذكرها عليه السلام استعمال القرعة مع الأحرار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطيباً لقلوبهم كما قال الله تعالى ﴿إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾ [آل عمران ٤٤] وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد السفر تطيباً لقلوبهم^(١) انتهى كلامهم. وعزا في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل إلى المبسوط. أقول: بين أول كلامهم هذا وآخره تدافع، لأنهم صرحوا أولاً بأن مشروعية استعمال القرعة ها هنا جواب الاستحسان، والقياس يأبى ذلك لكونه في معنى القمار. وقالوا آخر إن هذا ليس في معنى القمار، وبينوا الفرق بينه وبين القمار، وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة، فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلاً بل هو مما يقتضيه القياس أيضاً فتدافعا قوله: (وإذا كان سفلاً لا علواً له وعلواً لا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف. قال: (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) إذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة إن فلاناً نصيبه كذا وفلاناً نصيبه كذا ليمكنه حفظه إن أراد رفع تلك الكاغدة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه (ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة، ويروي يعزله: أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة) إذ البناء يقسم على حدة، فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منه فيكون عالماً بقيمتها (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه) إن أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة (ثم يلقب نصيباً بالأول والذي يليه بالثاني والثالث إلى

فصل في كيفية القسمة

قوله: (بأن يكتب على كاغدة الخ) أقول: هذا ليس يصلح تفسيراً لتصوير ما يقسم كما لا يخفى قوله: (صورته أرض بين جماعة الخ) أقول: فيه نقض قوله: (وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه) أقول: الضمير في قوله فيه راجع إلى القمار قوله: (ألا ترى أن ذكرها عليه السلام) أقول: الظاهر أن يقال: ألا يرى إلى أن الخ.

(١) تقدم في النكاح باب عشرة النساء متفق عليه.

على التمام (ثم يلقب نصيباً بالأول، والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني) والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصبة، حتى إذا كان الأقل ثلثاً جعلها أثلاثاً، وإن كان سداً جعلها أسداً لتمكن القسمة، وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المتتبع بتوفيق الله تعالى. وقوله في الكتاب: ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى. والقرعة لتطبيب القلوب وإزاحة تهمة الميل، حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير إقراع

سفل له وسفل له علو إلى آخره) قال صاحب العناية: صورة المسألة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وببيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضياً على

أن تفرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة، فمن خرج اسمه أولاً (الخ) قال الإمام حميد الدين رحمه الله: صورته أرض بين جماعة لأحدهم سدسها والآخر ثلثها وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم، ويلقب الجزء الأول بالسهم الأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا، ثم يكتب أسماءهم ويجعلها قرعة ثم يلقبها في كفه، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول، فإن كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الأول، وإن كان صاحب الثلث فله الجزء الأول والذي يليه، وإن كان صاحب النصف فله الجزء الأول والثلثان يليانه قوله: (وقوله في الكتاب) واضح. قوله: (والقرعة لتطبيب القلوب) جواب الاستحسان، والقياس بإبائها لأنه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة، ولكن تركناها هنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، وليس في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه. وأما ما نحن فيه فليس كذلك، لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً، إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز؛ ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطيباً لقلوبهم. قال: (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير (الخ) جماعة في أيديهم عقار طلبوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل، فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة، وإن تراضوا أدخلها لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة، ولأنه يفوت التعديل المراد بالقسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها، وليس بين ما يصل إليه الرجل في الحال وما لا يصل معادلة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة، ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما إذا كان أرض وبناء إلى أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة، لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم، وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لأنها الأصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج. ومحمد رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه، فإن لم تف العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لأن الضرورة تحقت في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا لها، وهذا يوافق رواية الأصل لأنه قال فيه: يقسم الدار مزارعة فلا يجعل لأحدهما على الآخر فضلاً من الدراهم وغيرها، كذا في بعض الشروح. قوله: (فإن قسم بينهم) يعني إن قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولأحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو إما أن يمكن صرف ذلك عنه أو لا (فإن أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطاً في القسمة أو لم يكن (لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الإفراز والتمييز (من غير ضرر) بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وإن شرطت، بخلاف البيع فإنها إذا شرطت فيه دخلت لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل إلا بالشرط (وإن لم يمكن) فإذا أن يشترط ذلك في القسمة أو لا، فإن كان الثاني (فسخت القسمة لأنها مختلفة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف، وهذا بخلاف البيع) فإنه إذا باع داراً أو أرضاً ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فإنه (لا يفسد، لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تملز الانتفاع في الحال) كما لو اشترى جحشاً صغيراً (وأما القسمة فإنها لتكميل المنفعة، ولا يتم ذلك إلا بالطريق) وإن كان الأول يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل، فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل، وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا؛ فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص. وتقريره أن في القسمة

جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام. قال: (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهما لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك) ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له (وإذا كان أرض وبناء؛ فمن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم. وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في الممسوحات، ثم يرذ من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال، ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج. . وعن محمد أنه يرذ على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصه، وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفي العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم، لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها، وهذا يوافق رواية الأصل. قال: (فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة) فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وإن لم يمكن فسخت القسمة) لأن القسمة مختلة لبقاء لاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة، لأن

القسمة وطلباً من القاضي القسمة، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله انتهى. وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بأن يقال: فإن قيل: كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبي حنيفة ومن

تكميلاً وإفرازاً، والحقوق بالنظر إلى التكميل تدخل وإن لم تذكر، وبالنظر إلى الإفراز لا تدخل وإن ذكرت لأن دخولها ينافي الإفراز، فقلنا: تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه إعمالاً للوجهين بقدر الإمكان، بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها دون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق، فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء في رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم: لا ندع طريقاً مشتركاً بيننا بل نقسم الكل. وقال بعضهم: بل ندع ينظر القاضي في حالهم إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة (لتحقق الإفراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وإن كان لا يستقيم رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق. لو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم: تجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الأعظم وطوله من الأعلى إلى السماء. وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لأن الحاجة تندفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك، وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الأعلى هي أن أحد الشركاء إذا أراد أن يشرع جناحاً في 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 المشترك، وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء، وإن كان المقسوم أرضاً يرفع من الطريق بمقدار ما يمز فيه ثور واحد، لأنه لا بد للزراعة من ذلك، ولا يجعل مقدار ما يمز فيه ثوران معاً، وإن كان محتاجاً إلى ذلك لأنه كما يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما لا ينتهي، كذا في النهاية، وباقي كلامه واضح. قال: (وإذا كان سفلاً لا علو له) صورة المسألة أن يكون علواً مشتركاً بين رجلين وسفلاً لآخر وسفلاً مشتركاً بينهما وعلوه لآخر وبیت كامل مشتركاً بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين لكن تراضياً على القسمة وطلباً من القاضي القسمة، وإنما قيدنا بذلك لئلا يقال: تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة إذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا في كيفية قسمة ذلك، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله: يقسم بالدرع لأنه الأصل في القسمة في المذروع لكون الشركة فيه لا في القيمة. وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة، فإن كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع، وإن كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين، وعلى هذا الحساب لأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من حفر البئر واتخاذ السرداب والإصطبل

قوله: (لأنه لا شركة) أقول: تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة قوله: (كذا في بعض الشرح) أقول: يعني الإلتقائي في غاية البيان قوله: (سواء كان ذلك مشروطاً) أقول: بذكر الحقوق قوله: (أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله: بأن لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول: قوله بأن متعلق بقوله تحقيق، وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى.

المقصود منه تملك العين، وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال، أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب، لأن معنى القسمة الإفرز والتمييز، وتام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره. وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيب باعتباره، وفيها معنى الإفرز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيب، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيب، لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة، إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الإفرز بالكلية دونه (وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لأن الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة). لأن القسمة فيما وراء

مذهبه أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة إذا لم تكن في دار واحدة؟ قلنا: موضوع المسألة أنهما كانا في دار واحدة، والبيتان في دار واحدة عند أبي حنيفة يقسم قسمة جمع، ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضيا على القسمة، ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم. وعند أبي حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى. وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة أيضاً، فهي المأخذ الأصلي. أقول: فيه إشكال من حيث الرواية والدراية. أما الأول فلأن ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب، منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال: والبيوت في محل أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيها يسير انتهى. ولا شك أن المحلة فوق الدار، وإذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالإجماع، فلأن قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالإجماع أولى كما لا يخفى. ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال: ثم هي على ثلاثة فصول عند أبي حنيفة: الدور، والبيوت، والمنازل. فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا برضا الشركاء سواء كانت متباعدة أو متلازمة، والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباعدة أو متلازمة، لأنها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا توجر بأجرة واحد في كل محلة، والمنازل المتلازمة كالبيوت تقسم قسمة واحدة، والمتباعدة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لأن المنزل فوق البيت ودون الدار، فالحقت المنازل بالبيوت إذا كانت متلازمة، وبالدور إذا كانت متباعدة. وقال في الفصول كلها: ينظر القاضي إلى أعدل الوجوه ليمضي القسمة على ذلك انتهى. وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك: والبيوت تقسم مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى. ومنها ما ذكره الإمام قاضيه خان في فتاواه حيث قال: وإن كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما في بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين، ولو كان بينهما منزلان إن كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب أحدهما في منزل

وغيرها فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة. ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة: ذراع سفلى بذراعين من علو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع. واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي، فقال بعضهم: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره: أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو، وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى، ومحمد على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى. وقال بعضهم: بل مبناه معنى فقهي. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس، وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى، وفي العلو منفعة

قوله: (فلا يدخل إلا بالشرط) أقول: في التفرع نوع تأمل.

الطريق لا فيه (ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين) لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي. قال: (وإذا كان سفلاً لا علو عليه وعلو لا سفلاً له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضي الله عنه: هذا عند محمد رحمه الله: وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يقسم بالذرع. لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة، وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن، والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق. ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله: ذراع من سفلى بذراعين من علو. وقال أبو يوسف رحمه الله: ذراع بذراع. قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى. وقيل هو اختلاف معنى. ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو، ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى، وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى،

واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة، ولو كانا متصلين فهما طالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما في منزل واحد، وهذا كله قول أبي حنيفة. وقال أصحابه: الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى. ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالإجماع متصلين كانا أو منفصلين اهـ. إلى غير ذلك من المعتبرات. ولا يخفى على ذي فطنة أن مدلول كل واحد منهما أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الإطلاق. وأما الثاني فلأنه أن أريد بالتراضي في قوله: أو في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسألة بين أئمتنا الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب، إذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية، فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد؛ ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة، وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضاً كما صرحوا به قاطبة، وإن أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم: ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما إذا تراضوا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئاً لأنهما إنما تراضيا حينئذ على القسمة العادلة، فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة، فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور، فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها. وبالجمله لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره، فما معنى اختلاف جواب المسألة في صورتين فتأمل قوله: (لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو إصطبلًا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة) أقول: كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزداد على قوله إن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو، وإن العلو يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك، فإن مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفلى على العلو مطلقاً كما هو مذهب

السكنى لا غير، إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفلى فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى. ولأبي يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. وقوله لا يفتقر إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل، لأن العلو عنده مثل نصف السفلى، فثلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة

قوله: (أو هو معنى فقهي) أقول: معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر.

وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفلى، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفلى. ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه، والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله. ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة، والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله. وقوله لا يفتقر إلى التفسير، وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفلى ثلاثة وثلاثون وثلاث من السفلى ستة وستون وثلاث من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا، والسفلى المجرد ستة وستون وثلاث

أبي حنيفة، فلا ينافى تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو، بخلاف تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافى القسمة بالذرع أصلاً ويقتضي المصير إلى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل، وعن هذا قال فيما سيأتي: ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحرّ والبرد بالإضافة إليهما، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. وقال: والفتوى اليوم على قول محمد قوله: (قيل أجب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن مبني هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما، أو هو معنى فقهي فقال بعضهم: أجب كل منهم على عادة أهل عصره. أحاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو. وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى. ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى. أقول: في أوائل تحريره خلل حيث قال أو العكس من ذلك، ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى مطلقاً، وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور، وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف، وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد، وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى. والله درّ صاحب الهداية في حسن تحريره وإصابته حيث قال في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى فأصاب المحرّ في إفادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى قوله: (وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ. أقول: ليس ذاك بسديد، أما أولاً فلأن معنى قوله: فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الأصل التسوية في السكنى لا في المرافق، إذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج إلى الاتحاد في المرافق، فيصار إلى ما هو الأصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة، ومراده هنا بقوله: وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير

مثله من العلو المجرد، وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفلى الكامل في مقابلة ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة، ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل، لأن علوه مثل نصف سفله، فستة وستون وثلاث من السفلى الكامل بمقابلة مثله من السفلى المجرد ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفلى المجرد فذلك تمام مائة، وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب قوله: (وإذا

قال المصنف: (وكذا السفلى فيه منفعة البناء والسكنى) أقول: مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق، إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر.

لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله. وتفسر قول أبي يوسف أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البين الكامل مائة ذراع من السفلى المجرد، ومائة ذراع من العلو المجرد، لأن السفلى والعلو عنده سواء، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفلى وخمسون منها علو. قال: (وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه: هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا تقبل، وهو قول أبي يوسف أولاً، وبه قال الشافعي. وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء. لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل، كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه. وقال الطحاوي: إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع، وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل. إلا أنا نقول: هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً، والله أعلم.

السكنى أيضاً في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفلى بذراعين من علو، ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع، فإن نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط أو العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى. وأما ثانياً فلأنه لا معنى لقوله: إلا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة، فإن المذكور فيما مر بقوله: والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق إنما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ها هنا بقوله: وكذا السفلى فيه منفعة السكنى إلى آخره إنما هو وجه قول: أبي حنيفة وحده، وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معاً فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد، وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها، على أن قوله: وهو غير ظاهر ليس بصحيح، إذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى قوله: (ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول: حق التحرير أن يقال: إن أصل المقصود هو السكنى، وهذا ظاهر للفظ المتدبر في المقام قوله: (والسفل المجرد ستة وستون وثلاثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء: قوله: والسفل المجرد إلى آخره مستدرك لا حاجة إليه كما لا يخفى انتهى. أقول: دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الإنصاف، فإن قوله: فيما قبل لأن العلو مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله: ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع، وإنما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد: أي سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله: أي بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذي لا علو عليه أصلاً. نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم.

اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصيبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدوري ولم يذكر خلافاً، وكأنه مال إلى قول الخصاف فإنه ذكر قول محمد كقولهما. وقوله أو لأنه: أي التمييز لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم قبل، لأن الرجوع صحيح قبل القبض، وهو صحيح إذا كانت القسمة بتراضيهما، أما إذا كان القاضي أو نائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام، والباقي واضح.

قوله: (في السفلى المجرد) أقول: الظاهر أن يقال من السفلى قال المصنف: (والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول: قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة إليه كما لا يخفى.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال: (وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة) لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة (فإن لم يكن له بينة استحلّف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصباهما) لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما. قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه، وإليه أشار من بعد

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع آخر ذكرها. قال صاحب العناية أخذاً من غاية البيان: والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة، فإن كان الأول تحالفاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً، وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكره. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى. أقول: ذلك مندفع، فإن الظاهر أن المقسم في الأصل المزبور هو الاختلاف الملتفت إليه المعتبر في الشرع، وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما إذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما إذا كانت بقضاء القاضي، ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات إليه في الشرع كما سيجيء، فلا يرد به التقض على شيء من القسمين المذكورين في الأصل المزبور قوله: (فإن لم تكن له بينة استحلّف الشركاء) لأنهم لو أقرّوا لزمهم، فإذا أنكروا استحلّفوا لرجاء النكول، كذا في الكافي وعامة الشروح. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى. أقول: ليس ذاك بوارد إذ قد تقرر في كتاب الإقرار أن حكم الإقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له إلا في نسب الولاد ونحوه، ولكن يرد الإقرار برد المقر له، إلا بعد تصديقه. فإنه لا يرد حينئذ أصلاً فإذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في إقراره إن كان بعد تصديق المقر له إياه في إقراره لا يدل ما ذكرها هنا على وجوب تحليف المقر له هناك إذ لا يتمشى فيه أن يقال: لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره بعد تصديقه إياه في إقراره لزمه ذلك، فإن الإقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك بشيء بإقراره بكذب المقر في إقراره، وإلا لزم أن يرد الإقرار الأول برد المقر له ذلك بعد تصديقه إياه، وإن كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في إقراره فلا يدل ما ذكرها هنا أيضاً على ذلك، فإنه يتمشى فيه أن يقال: لو أقر المقر له بكذب المقر في إقراره لزمه ذلك، ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فإذا أنكر استحلّف كما قالوا: فيما نحن فيه، لأنه إذا أنكر ذلك كان مصداقاً له في إقراره، لأن إنكار كذبه في إقراره يقتضي تصديقه في إقراره، فبعد ذلك لا يقبل الإقرار

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة آخر ذكرها. والأصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة، فإن كان الأول تحالفاً وتفسخ القسمة إن لم يكن في دعواه متناقضاً، وإن كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا إذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قوله: (فإن كان الأول تحالفاً الخ) أقول: وفيه بحث، فإنهم إذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء قوله: (وإن عجز عنها استحلّف الشركاء لأنهم لو أقرّوا لزمهم الخ). أقول: لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره، مع أنه لا تحليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قال

(وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة)

الرد فلا فائدة في استحلافه، ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد، بخلاف ما نحن فيه، تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة. ثم أقول: لكن بقي فيما ذكرنا شيء وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم: فإذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول إنما يرتبط بما قبله على قول من قال: إن النكول إقرار، وأما على قول من قال: إنه بذل لا إقرار كما ذهب إليه أبو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلاً فلا فإنه إذا لم يكن إقراراً لا يلزم من لزوم إقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم إذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن قوله: (قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية: وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيهان ما يؤيد هذا، وقال: وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة: وفيه بحث، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسمع البيينة لابتنائه على صحة الدعوى، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً. أقول: يمكن أن يقال: إنه ليس بمانع عن صحة الدعوى، ولا ينبغي أن يتحالفاً بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال: وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فتوعان: نوع يوجب للتحالف، ونوع لا يوجب التحالف. والذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط. والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط. وقال في النوع الأول: وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفاً إذا كان قائماً هكذا في القسمة.

يصدق إلا بحجة كالمشتري إذا ادعى لنفسه خيار الشرط، فإن أقامها فقد نؤر دعواه بها، وإن عجز عنها استحلّف الشركاء، لأنهم لو أقروا لزمهم فإذا أنكروا استحلّفوا لرجاء النكول، فمن حلف لا سبيل عليه، ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب، ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه. قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعني وإن أقام البيينة لتناقضه، لأنه إذا أشهد على نفسه: أي أقّر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً. قوله: (وإليه أشار من بعد) يريد قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة، لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع. ووجه الإشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الأولى، ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعاً لصحة الدعوى، وإذا كان التناقض موجوداً وجب أن لا تقبل دعواه أصلاً، وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه وعجز عن إقامة البيينة فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر. ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو إما أن يكون سيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المقومين، فإن كان الأول لم يلتفت إلى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي، لأن الاحتراز عن مثله عسر جداً، وإن كان الثاني، فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لأن الرضا منهم لم يوجد، وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد، وإن كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله. وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى لأن القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه

المصنف: (ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول: قال صدر الشريعة في شرح الوقاية: وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيهان ما يؤيد هذا. وقال: وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في إقراره باستيفائه حقه، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤخذ بذلك الإقرار عند ظهور الحق انتهى. وفيه بحث، فإن مثل هذا الإقرار إن كان مانعاً عن صحة الدعوى لا تسع البيينة لابتنائه على صحة الدعوى، وإن لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفاً.

لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل، ولو اقتسما داراً

وقال: هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق. وأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب. وقال في النوع الثاني: إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى. فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضاً من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل قوله: (لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول: فيه بحث، وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس، لأن أحد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها، وإن الآخر يدعي وجوب تسليم البذل بما قاله: وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكراً فيحلف، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئاً حتى ينكره الآخر فيحلف عليه، لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا»^(١) فإذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئاً، وإنما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفاً للقياس، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان وارداً في البيع على خلاف القياس، وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده. ولا بطريق دلالة النص، لأن القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معاً كما مر في صدر كتاب القسمة، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز، ولا بد في الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتأمل في الدفع قوله: (ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه

من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فإنه ينقض بالغبن الفاحش كييع الأب والوصي. ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فأت شرط جواز القسمة فيجب نقضها. والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول وهو مختار المصنف رحمه الله، وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني. قوله: (ولو اقتسما داراً) هو عين مسألة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان. وقوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا بينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها. وقوله: (وكذا إذا اختلفا في الحدود) قيل صورته: دار اقتسما رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده

قوله: (ووجه الإشارة أن هذا المعنى الخ) أقول: بل وجه الإشارة أنه فهم من تقييد المسألة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه إن أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر في الروايات لأن دعواه لم تصح للتناقص، فإذا منع التناقص التحالف يمنع قبول الدعوى أيضاً تأمل.

وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهم بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعله إقامة البينة) لما قلنا: (وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي) لأنه خارج، وبينة الخارج ترجع على بينة ذي اليد (وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفاً وتراذاً، وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وإن قامت لأحدهما بينة قضى له، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفاً) كما في البيع ..

إقامة البينة لما قلنا) قال في العناية: قوله لما قلنا: إشارة إلى قوله: لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى. واستشكله بعض الفضلاء حيث قال: فسخ القسمة ليس بظاهر، فإن المدعي شيء معين وهو البيت، فإذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى. أقول: الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجيء في الفصل الآتي من أنه إذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه إذا نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى.

بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا: يعني قوله لأنه خارج وبينة الخارج ترجع على بينة ذي اليد، والباقي واضح.

قوله: (لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول: فسخ القسمة ليس بظاهر، فإن المدعي شيء معين وهو البيت، فإذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي.

فصل

قال: (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه. وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار. والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما، فأما في استحقاق بعض معين لا

فصل

لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق قوله: (قال رضي الله عنه: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار) أي قال المصنف: ذكر القدوري الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما، وهكذا ذكر الاختلاف في الأسرار. قال صاحب النهاية: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضماً وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة انتهى. أقول: وتعدية الحوالة بكلمة إلى في قول صاحب النهاية: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً أيضاً، والمطابق للغة تعديتها بكلمة على. وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته: وأقول: وفي قوله: ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر، فإن قول القدوري: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه؛ وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحيثئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام القدوري إن لم يكن نصاً فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر

فصل

لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (وإذا استحق بعض نصيب أحدهما) ها هنا ثلاثة أوجه: استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً. واستحقاق بعض شائع في النصيبين. واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين. ففي الأول لا تفسخ القسمة بالاتفاق. وفي الثاني تفسخ بالاتفاق. وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يخير إن شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء رد ما بقي واقتسم ثانياً. وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ، ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح، وصورة المسألة إن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء بأن تكون قيمة الدار ألفاً ومائتي درهم مثلاً وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعب التثقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبار للجزء بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهماً والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين. قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعني القدوري رحمه الله في استحقاق بعض بعينه، وهكذا ذكر في الأسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما. قال صاحب النهاية

فصل: وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه

قوله: (ففي الأول، إلى قوله: في الثالث) أقول: أراد بالأول قوله استحقاق بعض معين، وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين، وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين قوله: (ففي الأول لا يفسخ بالاتفاق) أقول: في شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه، ونص عبارته: وإن استحق البعض من نصيب كل واحد، فإن كان شائعاً فسخت القسمة، وإن كان معيناً لم يذكر هذه المسألة. فأقول: لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن، فإن كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه، وإن نقص من نصيب أحدهما يرجع بالحصة، كما إذا كانت الدار نصيبين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا، وخمسة من ذلك فلا رجوع، وإن كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثاني على الأول بذراع. وفي غاية البيان: والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه: ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى

تفسخ القسمة بالإجماع، ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق، فهذه ثلاثة أوجه. ولم يذكر قول محمد، وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح. لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما، والقسمة بدون رضاه باطلة، كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين، وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين. ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في

فيه بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء، لأن قوله: بعينه لو لم يكن متعلقاً ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسألة مبهماً فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسألة. وأيضاً لو كان قوله: بعينه متعلقاً بقوله: نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام، وأما إذا كان متعلقاً ببعض يكون تأسيساً مفيداً للمراد مزيلاً للإبهام فأني هذا من ذلك. على أن الأصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف إليه كما بين في محله، فتبين أن كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف، وقد تقرر في علم الأصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعاً كالنص على أحد معنيي القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل، إلا أن التفاوت بينهما: أي بين الظاهر والنص إنما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه قوله: (لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة) قل صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة: أعني قوله: والقسمة بدون رضاه باطلة لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى. ومأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الإمام علاء الدين الإسيبجي حيث قال: وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسيبجي في شرح الكافي: وضع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح إلا عن تراض انتهى. وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة حيث قال: لا حاجة إلى القول بوضع المسألة في صورة التراضي، فإنها إذا كانت بقضاء القاضي تبطل إذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله: ولو أبرأه الغرماء انتهى. أقول: ليس ذاك بصحيح، إذ لا شك أن القسمة بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب؛ ألا يرى إلى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله: وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلًا بقبض نصيبه انتهى. ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساء للقاضي

رحمه الله: وصفة الحوالة هذه إلى الأسرار وقعت سهواً، لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وضاعاً وتعليلاً من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة. وأقول: وفي قوله ذكر اختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً نظر، فإن قول القدوري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض، فيكون تقدير كلامه: وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين. لأبي يوسف رحمه الله أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة، لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي، وصار كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الإفراز، أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح، وأما في النصيب الآخر فلا لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً، بخلاف المعين فإن باستحقاق بعض معين يبقى الإفراز فيما وراه، لكنه يتخير إن شاء نقض القسمة من الأصل

قوله: (ليس بنص في ذلك) أقول: لكنه ظاهر فيه، ويكفي ذلك للمصنف قوله: (لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما) أقول: الأصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين، ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل قوله: (لأن موضوع المسألة فيما إذا تراضيا على القسمة) أقول: لا حاجة إلى القول بوضع المسألة في صورة التراضي، فإنها إذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضاً إذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء قوله: (لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول: فيه بحث، فإن القيمة معتبرة

الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقسما على أن لأحدهما مالهما من المقدم وربيع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين، أما ما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا. وصورة المسألة: إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء ثم استحق نصف المقدم، فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعباب التشقيص، وإن شاء رجع على صاحبه بربرع ما في يده من المؤخر، لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربيع اعتباراً للجزء بالكل. ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعاً رجع بربرع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض. وعند أبي يوسف: ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة

القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين. ثم إن قوله: على ما يجيء في شرح قوله: ولو أبرأ الغرماء ليس بحالة رابعة، إذ لا شيء في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية: بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربيع بعد القسمة وقالت الورثة: نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يررض الوارث أو الموصى له لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر إلا برضاها انتهى. لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف: فيما نحن فيه، أو المراد انتقاضها بالكلية أيضاً، لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي، إذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصى له إذا كانت القسمة بقضاء القاضي، نص عليه في البدائع حيث قال فيه: موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع: منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم. ثم قال: ومنها ظهور الوصية لأن الموصى له شريك الورثة؛ ألا يرى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعاً والباقي على الشركة بينهم، ولو اقتسموا ثمة وارث غائب تنقض، فكذا هذا. وقال: وهذا إذا كانت القسمة بالتراضي، فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصى له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته، لأن القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد، وقضاء القاضي إذا صادق محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض. ثم قال: ومنها ظهور الوارث، حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثاً آخر نقضت قسمتهم، ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا، إلى هنا لفظه. ثم إن ذلك البعض أورد أيضاً على قول صاحب العناية: لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال:

لأنه ما رضي بها إلا على تقدير المعادلة وقد فانت. ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الآخر بين اثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية أيضاً فاقسما الاثنان على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربيع المؤخر، وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الأولى وصار كاستحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الإفراز، بخلاف الشائع في النصيبين، فإنه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين، أما ما هنا فلا ضرر للمستحق. وقوله: (وصورة المسألة) يعني

فيما إذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضاً، بل اعتبارها فيها أكد، ولهذا لو كان بالغين الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق قوله: (فاقسما الاثنان) أقول: الظاهر أن يقال: فاقسما الاثنان قال المصنف: (لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول: يعني في حق المقاسم لا في حق المستحق، فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضا باطلة.

فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال: (ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه يمنع وقوع الملك للوارث، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم، ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين

فيه بحث، فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيه أكد، ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى. أقول: هذا أيضاً ليس بصحيح، لأن القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلاً إلا عن تراض، وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الإسلام علاء الدين الإسماعيلي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسألة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب، فاعتبار القيمة في هذه المسألة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمة لا فيما إذا كانت بقضاء القاضي؛ فقله فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً إن أراد أنها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك، وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً، فإن عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله: صاحب العناية. وقوله: بل اعتبارها فيها أكد في عدم الإصابة، لأن تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر، بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم؛ فأبو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت في العين بإحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة، وما مر في الفصل السابق من مسألة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة، بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال: وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الأكثر الغبن إلى آخر المسألة قوله: (ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه، لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة، وذلك سعى في نقض ما تم من جهته. والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى. أقول: في الجواب بحث، لأنه إذا ثبت الدين بالبينة، فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها أولاً فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه، فإن السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره. واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة. والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه. أقول:

مسألة الكتاب لا المستشهد بها، وقد قدمناه دفعاً لهذا اللبس. قوله: (ولو باع صاحب المقدم نصفه) يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثاني رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده إلى قوله اعتباراً للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة، لأن الفسخ إنما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع. وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقسمان الباقي بعد الاستحقاق. قوله: (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال: ينبغي أن ينقض البيع لأنه بناء على القسمة الفاسدة. والبناء على الفاسد فاسد. ووجه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة، وإذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد، والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه، وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه. قال:

محيط أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال. ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض، إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة. ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض، إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً.

وأنت خير بأن كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد هنا، فإن المجيب لا يقول: إن هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البينة، بل يقول: إنها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة، بل احتمال ثبوت الدين بالبينة، فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك، فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة، وإنما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق، وذلك لا يدفع السؤال المزبور. ثم إن قول ذلك البعض: والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم، فمما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلاً عن مثل ذلك القائل، لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذا الحكم فيما إذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسألة المتقدمة مفصلاً.

(ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك للوارث، حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق، وكذا إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما بقي من الديون وراء ما قسم، لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم. ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال، بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يررض الوارث أو الموصى له، لأن حقهما في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما، وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح، ولو ادعى عيناً لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالإقدام على القسمة، ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها، فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه. ولقائل أن يقول: إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته. والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك.

قوله: (والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول: أنت خير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس، وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة، والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر، أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل.

فصل في المهايأة

المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه، إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في

فصل في المهايأة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض التي هي المنافع، وأخرها عن قسمة الأعيان لكون الأعيان أصلاً والمنافع فرعاً عليها. ثم إن المهايأة في اللغة: مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء، وإبدال الهمزة ألفاً لغة فيها، والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به، وحقيقته أن كلاً منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها. يقال هاياً فلان فلاناً وتهايأ القوم. وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، كذا في الشروح قوله: (المهايأة جائزة استحساناً للحاجة إليه) قال الشراح: والقياس يأبى جوازها، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اهـ. أقول: فيه شيء، وهو أن ما ذكروا في وجه إباء القياس جوازها إنما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى، لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا تهايئا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها، فإن التهايؤ في هذه الصورة إفراز لجميع الأنصبة لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب. والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أمراً استحسانياً مخالفاً للقياس، وما ذكروا في بيانه لا يفي بذلك كما ترى قوله: (إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة، لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول: في كلية هذا التعليل نظر، إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان، وسيأتي في ذلك الكتاب أيضاً، والجمع على التعاقب إنما هو في التهايؤ من حيث الزمان، وأما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سنحققه. نعم إن القسمة في الأعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الأولى من حيث الذات والمنفعة، وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب قوله: (والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصبة لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، هذا إيضاح أنه إفراز، لأنه لو كان مبادلة كان تملك المنافع بالمعوض فيلحق بالإجارة حينئذ فيشترط التأقيت، كذا في الشروح. أقول: لقائل أن يقول: إن أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط

فصل في المهايأة

لما فرغ من بيان أحكام قسمة الأعيان شرع في بيان أحكام قسمة الأعراض وهي المهايأة، وأخرها عن قسمة الأعيان لكونها فرعاً عليها، وإحال أن الترجمة بالباب أولى، لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة، ويجوز أن يقال: إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه. والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء وقد تبدل الهمزة ألفاً، وتحقيقه أن كلاً منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها، أو أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول. وفي عرف الفقهاء: هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً، والقياس يأبأها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها، إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته، لكننا تركنا القياس بقوله تعالى ﴿لها شرب ولكن شرب يوم معلوم﴾ وهو المهايأة بعينها وللحاجة إليها إذ

فصل في المهايأة

قوله: (لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول: يعني نسيئة قوله: (يجوز أن يكون توضيحاً، إلى قوله: ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وإن لم يشترط في المقد ذلك) أقول: متقوض بالإجارة.

التكميل. ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ، ولا يبطل التهاؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتفض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهاؤاً في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفليها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة، والتهاؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء لا مبادلة ولهذه لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل

في الإجارة فهو مسلم، لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه إفرازاً من وجه حتى يثبت كونه إفرازاً لجميع الأنصاء لجواز أن يكون إفرازاً من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون إفرازاً لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الأخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها، كما قالوا في قسمة الأعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والإفراز لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفراز، وإن أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقاً بالإجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الإجارة فهو ممنوع، لأن الإجارة مبادلة للمنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو إفراز من وجه ومبادلة من وجه. قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتهاؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصاء، فإن القاضي يجمع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين، وكذلك في حق الآخر انتهى. وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام. أقول: فيه نظر، لأن جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها. فإن قلت: ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر، بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهاؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار إليه المصنف بقوله: ولهذا لا يشترط فيه التأقيت. قلت: اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لأجل دفع الأول، وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الإجارة ها هنا للضرورة حتى يرتكب الأول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لأجل الضرورة شائع في قواعد الشرع؛ ألا يرى إلى ما ذكروا فيما مر آنفاً من أن القياس يأبى جواز التهاؤ لأنه مبادلة للمنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الإجازات لكننا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس إليه، على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الأنصاء في بيت واحد ممنوع، لأنه إنما يلزم ذلك أن لو كان التهاؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه. وأما إذا كان إفرازاً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لأن اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قرئناه من قبل قوله: (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج

يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة، ولهذا يجري فيه جبر القاضي إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة إلا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد. والتهاؤ جمع على التعاقب ولهذا: أي ولكون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما، لأنه لو انتفضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف، ولو تهاؤاً في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفليها جاز لما ذكر في المتن، فالتهاؤ في هذا الوجه وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد إفراز لا مبادلة لتحقيق معناه، فإن القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين، وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت، ولو كان مبادلة كان تملك المنافع بالعوض فيلحق بالإجارة ويشترط التأقيت. قيل: (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحاً لكونه إفرازاً فإنه إذا كان إفرازاً كانت المنافع حادثة على ملكه، ومن حدثت المنافع على ملكه

ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز) وكذا هذا في البيت الصغير (لأن المهاياة قد تكون في الزمان) وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ها هنا (ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي

الشريعة: فإن قلت: المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الإجارة. قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى. أقول: جواز الاسترداد قبل مضي المدة ها هنا أيضاً متحقق، إذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة أبلغ، فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه، ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة قوله: (ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان، والأول متعين ها هنا) قال صاحب العناية: ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوماً انتهى. أقول: ليس هذا بسديد لأنه إن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه أيضاً إفراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح، لأن مجرد العطف يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الأحكام، ألا يرى أن كثيراً من المسائل المتباينة في الأحكام يعطف بعضها على بعض، على أن التهايو في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايو من حيث الزمان، ولا مجال في مثل ذلك لأن يكون إفرازاً كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايو على الاستغلال في دار واحدة والتهايو على الاستغلال في الدارين، وإن أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الإفراز أنه ليس إفراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضاً، إذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات، ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الأوصاف والأحكام حتى يتم ما ذكره. وبالجمله لا دلالة للعطف ها هنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الإفراز والمبادلة، فالتثبت بحديث العطف ها هنا مما لا معنى له أصلاً كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية: فإن كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها. وقيل تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه، لأنها لو كانت

جاز أن يستغل وإن لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وفيه نظر لأنه لو كان مبادلة كان كذلك أيضاً، والأولى أن يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول إنهما إذا تهايتا ولم يشترط الإجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه (ولو تهايتا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً جاز، وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد تكون في الزمان، من حيث المكان، والأول متعين ها هنا) ولم يذكر أن هذا إفراز أو مبادلة لأنه عطفه على صورة الإفراز فكان معلوماً، فإذا كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي تعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهاياة، وإذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها. وقيل تعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه، لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء. والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض، وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره وإن كانت في المجلس المختلف كالدار والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاها لأن المهاياة قسمة المنافع، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان، وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، فكذا في قسمة المنافع. ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلاً بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه شهراً آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا، لأن لكل واحد منهما

بأن يتفقا) لأن التهايو في المكان أعدل وفي الزمان أكمل، فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيًا للتهمة (ولو تهاينا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة. وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي، وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده. والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تهاينا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمسامحة في إطعام الممالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهاينا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر،

مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى. أقول: هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط، وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضاً بنوع تفصيل ولكن فيه بحث، وهو أنه قد مر في كتاب الإجازات أن إجارة المنافع بجنسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا. وقالوا في تعليل ذلك: إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيت. وقال المصنف هناك: وإليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعدٍ إلى غيره لما تم استدلالاً أثمتنا في الإجازات على عدم صحة إجارة المنافع بجنسها بربا النساء. نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الأول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وإن كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما، لأن المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل في الجنس المختلف، فكذا قسمة المنافع انتهى. أقول: وهذا أيضاً مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً. أما أولاً فلأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايو من حيث المكان إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت. ولا يخفى أن التهايو في الجنس

مزية فلا ترجيح لأحدهما، إذ التهايو في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لأحدهما على الآخر، وفي الزمان أكمل لأن كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته، فلا بد من الاتفاق دفعاً للحكم، فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفيًا للتهمة قوله: (ولو تهاينا في العبدین) واضح. وقوله: (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه. وقوله: (وهكذا روي عنه) يعني روى الخصاص عنه بمثل ما قال المشايخ. وقوله: (والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي: معنى قول أبي حنيفة إن الدور لا تقسم: أي أن القاضي لا يقسمها، فإن فعل جاز، وعلى هذا تجوز القسمة في الأصول فكذا في المنافع، وتعليل وهو قوله: (لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الأصول بلا تأويل. وقوله: (ولو تهاينا فيهما) واضح، وقوله: (ووجه الفرق) يعني بين جواز التهايو في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة. وقوله: (فتفوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول، لأن القوى الجسمانية متناهية. وقوله: (ولو

قوله: (ولم يذكر، إلى قوله: فكان معلوماً) أقول: فيه بحث قوله: (فإن كانت المهايأة) أقول: من حيث الزمان قوله: (فيما هو مبادلة على الأعيان من كل وجه) أقول: قوله من متعلق بالمبادلة لا بالأعيان قوله: (فلا يتعدى إلى غيره) أقول: قيل إجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الأعيان فينبغي أن يجوز قوله: (وإن كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول: فينبغي أن لا يجوز كإجارة السكنى بالسكنى، ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر إفرازاً وجوابه ظاهر، فإن ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان قوله: (بأن يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمتها الخ) أقول: الأولى أن لا يعين المقدم والمؤخر.

لأن الدارين عندهما كدار واحدة. وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهاؤ فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا، وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً أما بكثير التفاوت^(١) في أعيانها فاعتبر مبادلة (وفي الدابنتين لا يجوز التهاؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الأعيان. وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق. والتهاؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها. وأما التهاؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية. وفي العبد الواحد والدابة

المختلف إنما يتصور بأن انتفع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهاؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة إن كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة. وأما ثانياً فلأنه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كإجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كإجارة الخدمة بالخدمة، ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرّر في الإجازات، اللهم إلا أن يكون مجموع قوله: كالنوع والعبيد مثلاً واحداً، فالمراد مثل أن يتهاؤ على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والأراضي. وأما ثالثاً فلأن قوله: وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع، إذ قد تقرّر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الأعيان مطلقاً، لا تعرى عن معنى الإفراز، ومعنى المبادلة، إلا أن معنى الإفراز هو الظاهر في ذوات الأمثال، ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الأمثال، غير أن ذلك الغير إن كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء، وإن كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد، اللهم إلا أن يقال: المراد بما ذكرنا هنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا يتنافى ما تقرّر في صدر الكتاب، لكن فيه ما فيه فتأمل قوله: (ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال، والظاهر بقاؤه في المقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية: لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول، لأن القوى الجسمانية متناهية انتهى. أقول: لقاتل أن يقول: مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهاؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال، إذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة، مع أن التهاؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهاؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب. ثم أقول: يمكن أن يجاب عنه بأن التهاؤ في العبد على الخدمة إنما يجوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافتراقاً، وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر قوله: (ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من

زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة. وقوله: (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أنه لا يجوز، لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ. وقوله: (اعتباراً بالتهاؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال. وقوله: (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد، لأنه قد

قوله: (قوله في الأصول) أقول: أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور قوله: (بلا تأويل) أقول: على ما ذكره الكرخي.

(١) قول صاحب الهداية (أما يكثر التفاوت الخ) وجد بهامش الأصل: حق العبارة: أما التفاوت فيكثر في أعيانها، لأن أما لا يليها إلا الاسم اهـ

الواحدة لا يجوز. ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء، والاعتدال ثابت في الحال. والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة. ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل، بخلاف ما إذا كان التهاؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة، لأن التعديل فيما وقع عليه التهاؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهاؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضاً في ظاهر الرواية لما بينا، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة. والفرق أن في الدارين معنى التمييز، والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرصاً وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل، وكذا يجوز في العبدین عندهما اعتباراً بالتهاؤ في المنافع، ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز، والتهاؤ في الخدمة جواز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عيناً، ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا ينقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاهما ويشرب ألبانها لا يجوز) لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر

حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يتمتع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدین، لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة.

وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، كذا في العناية. أقول: في الجواب نظر، إذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهاؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال، فلما قلّ التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقلّ التفاوت في الغلة أيضاً بالضرورة، فلم يظهر وجه المخالفة بين المسألتين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشروح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسألتين من قبل الإمامين وعزوه إلى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلاً فتدبر قوله: (والتهاؤ في الخدمة جواز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عيناً) هذا جواب عن قولهما: اعتباراً بالتهاؤ في المنافع، وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها. قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: علل التهاؤ في المنافع من قبل بقوله: لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، وعلة ها هنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً، لأن كل واحد منهما علة مستقلة، إلى هنا كلامه. أقول: لا السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد علتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه، واللازم فما نحن فيه هو الثاني دون الأول، إذ لا يخفى أن

يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر. ثم التهاؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق، ففي استغلال العبدین أولى أن لا يجوز. وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدین، لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة. وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز، بخلاف الخدمة؛ لما بينا من وجه الأصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت. وقوله: (والتهاؤ في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتباراً بالتهاؤ في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعياناً فيستغلانه على طريق الشركة، ثم يقسمان ما حصل من الغلة. ولقائل أن يقول: علل جواز التهاؤ في المنافع بقوله من قبل، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما

قسمتها، وهذه أعيان باقية تردّ عليها القسمة عند حصولها. والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو يتفع باللين بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه، إذ قرض المشاع جائز.

المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلاً عن الأخرى، وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أيّ طريق شاء. وأمّا الثاني فلأن الظاهر من تعليل المصنف بإحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة، وإلا يلزم أن لا يفيد شيء منهما المدعي في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة، على أن استقلال كل واحدة منهما في الإفادة بيّن، أما قلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع، وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف، وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد: ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره. وقد اعترف بأنه وجه آخر لإبطال القياس، وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل، فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة، والله الموفق للصواب.

تفاوت، وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل. ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تنمة هذا التعليل، لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً، لا أن كل واحد منهما علة مستقلة. وقوله: (ولأن الظاهر) وجه آخر لإبطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما، والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان الخ وقوله: (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح.

قوله: (وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول: فيه تأمل قال المصنف: (إذ قرض المشاع جائز) أقول: نعم، لكن تأجيل القرض ليس بجائز، إلا أن يقال: ليس قرضاً من كل وجه.

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله: (المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة: مفاعلة من الزرع. وفي الشريعة: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، وهي فاسدة عند أبي حنيفة، وقال: هي جائزة لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»^(١) ولأنه عقد شركة بين المال والمعمل

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة، كذا في الشروح قوله: (قال أبو حنيفة: المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية: إنما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع، لأنه لو لم يعين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى. أقول: يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضاً فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع؟ فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقليل: وما المخابرة؟ قال: المزارعة بالثلث والربع»^(٢) وإنما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى. والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالإطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد: يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لا أنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها، وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغناها عن ذكره. وسببه سبب المعاملات. وشرعيته مختلف فيها. قال: (قال أبو حنيفة رحمه الله: المزارعة بالثلث والربع باطلة) وإنما قيد بالثلث والربع لتبين محل النزاع، لأنه لو لم يعين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع وقالوا: (هي جائزة لما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله: (لأن لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه، وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم تتحقق فيه الشركة (ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى أنه ﷺ نهى عن

كتاب المزارعة

قال المصنف: (ولأن الأجر مجهول أو معدوم) أقول: فإن قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر قال المصنف: (ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة النخ) أقول: مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٢٩، ٢٣٢٨، ٢٣٣١ ومسلم ١٥٥١ وأبو داود ٣٤٠٨ والترمذي ١٣٨٣ وابن ماجه ٢٤٦٧ والبيهقي ١١٣، ٦ وأحمد ٣٧، ٢٢، ١٧، ٢ كلهم من حديث ابن عمر. وكذا النسائي ٣٥، ٧ ومالك ٣٣، ١ والدارمي ٢٥١٦ هـ.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٤٠٧، ٦، ١٣٣، ٦ من حديث يزيد بن ثابت. سكت عليه أبو داود والمنذري وإسناده حسن. رجاله ثقات فيهم كلام لا يضر.

ورود من حديث جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة، والمخالطة، وعن المزابة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه... الحديث.

أخرجه البخاري ٢٣٨١ ومسلم ١٥٣٦ وأبو داود ٣٤٠٤ والترمذي ١٣١٣.

ورود حديث آخر عن رافع بن خديج قال: «كنا نحافل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكربها بالثلث والربع والطعام المسمى فجاءنا يوم رجل من غموتي فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا نهانا أن نحافل بالأرض، فنكربها على الثلث والربع، والطعام المسمى، وأمر رب الأرض أن يزرعها، أو يزرعها وكره كرامها وما سوى ذلك».

أخرجه مسلم ١٥٤٨ وأبو داود ٣٣٩٥ والنسائي في الكبرى ٤٦٢٣، ٤٦٢٤، ٤٦٢٥، ٤٦٢٥، ٤٦٢٥ والبيهقي ١٣١، ٦ وأحمد ٤٦٥، ٣.

وأخرج مسلم ١٥٤٩ عن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة.

فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوي عليه لا يحد المال، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القزّ معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة. وله ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة»^(١) ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر^(٢) كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز (وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكرها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا

آخر كالنصف وغيره، لكن فيه ما فيه كما ترى قوله: (ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة) قال تاج الشريعة: قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين ويعمل من الجانب الآخر فتتعدد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى. أقول: لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك: وشرط العمل على ربّ المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتي في الكتاب أنه إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضاً مال وقد اجتمع مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقاً بالمضاربة فتأمل قوله: (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل: لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى. أقول: هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى قوله: (ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر^(٣)) كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر، فإن خيبر من أرض العرب اهـ. أقول: كون خيبر من أرض العرب ممنوع، كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضاً أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر، فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وقد أقرّ النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر، وذكروا حدّ أرض العرب طولاً وعرضاً في الباب المذكور، فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب قوله: (والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه) قيل قوله: لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر. وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً إلى الأمر، كذا في العناية وغيرها. أقول: النقض غير وارد أصلاً. والجواب غير دافع لما ذكر. أما الأول فلأن الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وإنما هو نماء ملك الغاصب، إذ قد مرّ في فصل ما يتغير بعمل

المخاربة) فقيل: وما المخاربة؟ قال: المزارعة بالثلث أو الربع» (ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله) فإنها لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الإجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فإنه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أفضة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك

عشر، فإن خيبر من أرض العرب فتأمل قوله: (لأن معنى الإجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الإجارة قوله: (منقوض بمن غصب بذراً فزرعه الخ) أقول: ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر، فإن الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب قال المصنف: (والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول: لكن النص لا يترك به، ألا يرى إلى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأدنى، وسبجي أيضاً في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لأنه لا معتبر

(١) هو الحديث المتقدم.

(٢) هو الحديث المتقدم في أول هذا الكتاب. أي المزارعة.

(٣) هو المتقدم في أول الباب.

كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها. والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل. (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً،

الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعتها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا. ومثل ذلك بأمثلة: منها ما إذا غصب حنطة فزرعها، فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعاً. وأما الثاني فلأن محل النقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه، وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض، وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والآخر عاملاً بامر غيره، والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب قوله: (إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة إليها ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع) أقول: لقاتل أن يقول: نعم إن القياس يترك بالتعامل، ولكن النص لا يترك بذلك لأن التعامل إجماع عملي، والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول، فبقي تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة، وهي ما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه»^(١)، فما وجه الفتوى على قولهما، ويمكن أن يقال لهما أن يدفعاً ذلك يحمل المروي عن النبي ﷺ على ما إذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد، إذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما. وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال: فإن قيل: التعامل على خلاف النص باطل. قلنا: النصوص الواردة في المجتهديات صور النصوص، وإلا لا يحل لأحد الخلاف فيها أو تحملها على ما إذا شرط شرطاً مفسداً، فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما، إلى هنا

مفسد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الإمام ما يخرج من الأرض وكان (بطريق المَن والصَلح) لأنه لو أخذ الكل جاز لأنه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة، فكان ما ترك في أيديهم فضلاً ولم يبين مدة معلومة، وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح إلا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المَن والصَلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها، ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فسادها، فإن من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي إلى فرع هو نظيره وما هنا ليس كذلك، لأن معنى الإجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة: قوله: (وإذا فسدت عنده) واضح. وقوله: (والخارج في الوجهين) يعني إذا كان البذر من قبل العامل، وفيما إذا كان من قبل رب الأرض. وقوله: (لأنه نماء ملكه) منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر.

بالعادة مع النص قال المصنف: (لأنه عقد على منافع الأرض) أقول: ذكر الضمير الراجع إلى المزارعة باعتبار الخبر، أو لكونها في معنى أن مع الفعل قال المصنف: (وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول: أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة، فلا يرد شيء على الحصر. قوله: (لأن المزارعة شركة الخ) أقول: ولا يمكن أن تتعقد إجارة أيضاً كما لا يخفى.

(١) غريب هكذا. وبعبارة ما أخرجه مسلم ١٥٥٠ من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ لم ينه عنها. أي المخابرة. إنما قال: يمنع أحدهم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً. ورواية في ح ١٢٢: لأن يمنع أحدهم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا «لشيء معلوم» وانظر البيهقي ١٣٣، ١٣٦.

وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد. والسادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل (حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينعقد شركة في الانتهاء، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الأجر معلوماً. قال: (وهي عندهما على أربعة أوجه: إن كانت الأرض والبذر الواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لأن البقر آلة العمل فصار ما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط، (وإن كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استأجر الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بديارهم معلومة (وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر

كلامه قوله: (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول: لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة، فعذ بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتأمل قوله: (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح: لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم انتهى. أقول: فيه شيء، وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الإجارة المحضة بأجر معدوم يأبى جوازها بأجر موجود أيضاً. إذ قد تقرر في كتاب الإجارة أن القياس يأبى جواز الإجارة مطلقاً لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال، لكنها جوزناها استحساناً لحاجة الناس إليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يأبى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها إجارة محضة، فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم والإجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعاً. ثم أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ها هنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح، فإنهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد بأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم، والمصنف فرّع كون ما يقطع هذه الشركة مفسداً للعقد على ما قبله حيث قال: فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله: لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده أن عقد المزارعة شركة في الانتهاء وإن كان إجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبر في انعقاد المزارعة، فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة قوله: (وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنها استأجر ببعض الخارج، وهو لا يجوز قياساً لكنها جوزناه في الأرض

وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله، فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً إلى الأمر. وقوله: (كما فصلنا) إشارة إلى قوله وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض الخ. وقوله: (إلا أن الفتوى على قولهما) واضح. وقوله: (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها، حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة، وكذا إذا بين مدة لا يعيش أحدهما إلى مثلهما غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد إلى ما بعد الموت. وقوله: (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض، والمدة هي المعيار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن. وقوله: (وهو) أي المعقود عليه (منافع الأرض) إن كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) إن كان البذر من قبل رب الأرض، ففي الأول العامل مستأجر للأرض، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالإعلام. وقوله: (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه إذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة

قوله: (وهي جائزة إلا الرابع) أقول: أي الوجوه المذكورة جائزة إلا الرابع.

جازت) لأنه استأجره للعمل بألة المستأجر فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته أو طياناً ليطين بمرة (وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه

والعامل للورود الشرع به فيهما، أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس، وأما في العامل فعمل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر، والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الأرض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الأثر، وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الأرض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما، وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزاوعة، كذا في الشروح، وأشار إليه في الذخيرة وجامع فخر الإسلام. ثم إن صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال: فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور. فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل. والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الأرض والعامل. وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل، لأن المشروط شيئين غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعاً للآخر، بخلاف المتجانسين فإن الإشراف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع، إلى هنا كلامه. أقول: فيه خلل، لأنه جوز في الوجه الأول أن يجعل العامل مستأجراً للأرض وأن يجعل رب الأرض مستأجراً للعامل ولا مجال فيه للأول، بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الأرض لأن البذر كان من قبله في هذا الوجه، وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزاوعة عندهما أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الأرض، وإنما يصح أن يكون العامل مستأجراً فيما إذا كان البذر من قبله، إذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الأرض، وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزاوعة في الوجه الأول: لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الأجير كالخياط قوله: (وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبذر والبقر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بديارهم معلومة) أقول: فيه نظر، إذ لا نسلم أنه استئجار الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بديارهم معلومة، فإن استئجار الأرض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم، وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة

المحضة بأجر معدوم. وقوله: (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الأجر معلوماً إذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى، لأنه ربما يعطى بذراً لا يحصل الخارج به إلا بعمل كثير. وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط، فوُضَّ الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزاوعة فإنه مفوض إليه. قال: (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزاوعة بأربعة أشياء: الأرض، والبذر، والعمل، والبقر لا محالة. ثم إما أن يكون الجميع لأحدهما أو لا، لا سبيل إلى الأول لأن المزاوعة شركة في الانتهاء، وإذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم تتصور الشركة فتعين الثاني، وهو إما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بإثبات الأكثر. والأول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر: أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب، وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه. والثاني أيضاً على وجهين: أحدهما أن يكون الأرض لواحد والباقي لآخر وهو الوجه الثاني، والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث، وهي جائزة إلا الرابع. ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه. والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية: وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضاً.

يجوز أيضاً، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل. وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء، ومنفعة البقر صلاحية يقام

على عدم جواز المزارعة، كيف ولو كان ذلك استنجاراً ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضاً، وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا تجوز المزارعة مطلقاً لكونها استنجاراً ببعض الخارج، وهو لا يجوز لكننا جَوَزْنَاهَا فيما إذا كانت استنجار منفعة الأرض أو العامل استحساناً بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملاً بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه. فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال: لأنه استنجار للأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الأمة قوله: (وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية: وجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب: لو شرط البذر والبقر عليه: أي على رب الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه. والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استبته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استنجاراً للعامل، وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستبته، وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً اهـ. أقول: في هذا الجواب بحث. أما أولاً فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستنجراً والعامل أجيراً فلا يبقى لحديث استتباع الأرض البذر محل المصير إليه للاحتراز عن لزوم استنجار البذر أصالة، وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استنجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استنجار البذر سواء استبته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط. وأما ثانياً فلأن قوله: فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استنجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة، وقد مرّ مراراً أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستنجراً للآخر. فالوجه في الجواب أن يقال: إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استنجاراً للعامل لا لغيره أصلاً فكان صحيحاً قطعاً، وأما إذا يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استنجاراً للأرض وغيرها الذي هو البقر، وليس الثاني تابعاً للأول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان

واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد بإجارة وتتم شركة، وانعقادها إجارة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لأنه استنجار ببعض الخارج. والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضاً، لكننا جَوَزْنَاهُ بالنص على خلاف القياس، وإنما ورد النص فيهما دون البذر والبقر. أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستنجراً للأرض ببعض الخارج. وأما في العامل ففعل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر والتعامل فإنهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستنجراً للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص وفيهما بقي غيرهما على أصل القياس، فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استنجار الأرض أو العامل ببعض الخارج، أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين؛ ولكن المنظور فيه هو استنجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استنجار الآخرين، أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك: والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس وما صدر عن غيرهما فهو جنس آخر. فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور. فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين، فإن الأرض

قوله: (والمذكور من بطلان الرابع) أقول: لفظة من بيانية قوله: (لأنه استنجار ببعض الخارج، والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول: يعني أن لا يجوز الاستنجار ببعض الخارج قوله: (ولكن المنظور إليه ذلك) أقول: كما سيتضح، وبقوله ذلك إشارة إلى استنجار الأخرس قوله: (والمنتظر إليه الاستنجار بجعل كأن العامل استاجر الأرض) أقول: فيه بحث، أما أولاً فلأنه مخالف للمشروح وأما ثانياً فلأنه مخالف لما صرح به نفسه مراراً أن المستاجر هو صاحب البذر.

بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها، بخلاف جانب العامل لأنه تتجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل. وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما: أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع. والثاني أن يجمع بين البذر والبقر، وأنه لا يجوز أيضاً لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة، وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً

باطلاً لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر قوله: (وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية: وثمة وجه آخر لم يذكره جميعاً وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر. أقول: الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين، وإلا فثمة وجوه أخرى لم يذكرها ولا أحد غيرهما، وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر، أو على أن يكون البقر من واحد والباقين من آخر، أو على أن يكون البقر من واحد والأرض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة، فكان التعرض ها هنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجاً عن الصدد، وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلاً. والأولى ها هنا أن يقال: وثمة وجه آخر لم يذكره جميعاً، وهو أن يكون البقر لأحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما أشار إليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الأوجه في صدر المسألة وبيان انحصارها عقلاً في سبعة. وقال: إن حكمه كحكم أن يكون البذر لأحدهما والباقي للآخر وهو الفساد. وقال صاحب العناية متصلاً بكلامه السابق: قال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله ﷺ فألغى رسول الله ﷺ صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر. ثم قال: ومعنى قوله: ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأن ذلك كان أجر مثل عمله، ولم يذكر أجر

والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس؛ والمنظور إليه الاستئجار يجعل كأن العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل، والوجه للثاني والظن مما فيه استئجار الأرض والعامل. وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيأطل، لأن المشروط شيان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعاً للآخر، بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الأخس والفرع. ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب: أو شرط البذر والبقر عليه: أي على رب الأرض جاز، فكذا إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العمل إذا شرط البقر عليه. والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجاراً للعامل. وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه، وكذا في الجانب فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وعير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً. ولقائل أن يقول: استئجار الأرض والعامل منصوب عليه دون الآخرين فكان أرجح، ويلزم الجواز. ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على

قال المصنف: (لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول: لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر، لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب، والبذر من جانب والأرض من جانب، والعمل من جانب والبقر من جانب، والبذر من جانب والأرض من جانب. أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معهود، ولأجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب، ومع كونه معهوداً لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا، ولعل الأولى أن يقال: إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل قوله: (ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول: وفيه بحث، فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن قوله: (وبقي عليه إشكال) أقول: يعني على الرواية الأولى قوله: (وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر، ويستوجب عليه إحراز حقه الخ) أقول: لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال: يتم شركة بين البذر والعمل قوله: (ويجعل لصاحب الفدان أجراً) أقول: الفدان: البقر الذي يحرث بها، على وزن العمال بالتشديد.

له لاتصاله بأرضه. قال: (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة) لما بينا (وأن يكون الخارج شائعاً بينهما) تحقيقاً لمعنى الشركة (فإن شرطاً لأحدهما قفزناً مسماة فهي باطلة) لأن به تنقطع الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر، فصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة، وكذا إذا شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر فصار كما إذا شرطاً رفع الخارج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين، بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة، كما إذا شرطاً رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية. قال: (وكذا إذا شرطاً ما على الماذيات والسواقي) معناه لأحدهما، لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة، لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع، وعلى هذا إذا

الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه. أقول: توجيهه المروى عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام. أما أولاً فلأن كون معنى قوله: ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج مما يأباه مقابلة قوله: وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم، إذ لم يجعل لصاحب الفدان لصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الراوي، فكيف يحسن مقابليتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذي ذكره، اللهم إلا أن يقال ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت إليه وصارت قرينة عليه، إذ لا محالة أنه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الأرض متبرعاً، فلا جرم أنه استوجب أجر مثل أرضه. وأما ثانياً فلأن قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل منظور فيه، إذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل، بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو رבעه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما إذا كان المعين مؤخراً عن المهم في الذكر، اللهم إلا أن يقال: كان العرف جارياً في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الأجر فهناك على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر، لكن الأظهر عندي أن يكون عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم

خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض. وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل، وإنما ذكره لأنه لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبيعتها تروم أن ينسب إلى القول بالطبيعة دفع ذلك. وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما القدوري رحمه الله وهما فاسدان، وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك. وبقي عليه إشكال، وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه. وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكماً وكذلك إن لم تخرج الأرض شيئاً لأن عمل العامل بأمره في إلقاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين. وثمة وجه آخر لم يذكره: أي القدوري وصاحب الهداية جميعاً وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والبقر من آخر. قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار: أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله ﷺ فآلنى رسول الله ﷺ صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصوداً به، وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه نماء بذره. ومعنى قوله ألغى صاحب. الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأن ذلك كان أجر مثل عمله، ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل. قال: (ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة الخ) معلومة مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا: يعني قوله في بيان شروطها. والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض الخ. والأصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطاً للجواز فعدمه مانع عنه، لأن الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم، وكذا شيوخ الخارج تحقيقاً لمعنى الشركة شرط الجواز، فإذا انتفى فسدت. وقوله: (وصار كما إذا شرطاً رفع الخارج) والأرض خراجية، والخراج خراج وظيفة بأن يكون درهم مسماة يحسب الخارج وقفزناً

شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة وآخر ما يخرج من ناحية أخرى (وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب) لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينقعد الحب ولا يخرج إلا التبن (وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه) لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط، وهذا سكوت عنه. وقال مشايخ بلخ رحمهم الله: التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل. (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لأنه حكم العقد (وإن شرط التبن للآخر ففسدت) لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط. قال: (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل) لأنه يستحقه شركة، ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسد لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج. قال: (وإذا

جزم الراوي بعين الأجر الذي جعله رسول الله ﷺ لصاحب فدان فقال: وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى: يعني جعل له رسول الله ﷺ أجراً سماه، ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل قوله: (وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى نصيبه آفة فلا ينقعد الحب ولا يخرج إلا التبن) أقول: في هذا التعليل قصور، إذ على تقدير انعقاد الحب أيضاً يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤدياً إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى. فالأولى في تعليل هذه المسألة أن يقال: لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسألة الآتية المتصلة بها، وكأن صاحب الكافي تنبه لما قلنا، حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا، وجمع المسألتين في تعليل واحد فقال: وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب، أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى قوله: (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل) أقول: عبارة الكتاب ها هنا قاصرة عن إفادة تمام المراد، لأن المزارعة الصحيحة كما تكون استجاراً للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب رب الأرض كذلك تكون استجاراً للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل. وقوله: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية. بل يدل على

معلومة. وأما إذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً نحو الثلث أو الربع فإنه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط. والماذيان جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول، وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الأرض. والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر. كذا في المغرب. وقوله: (اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين، وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب. وقوله: (والتبع يقوم بشرط الأصل) يعني لما كان الأصل وهو الحب مشتركاً بينهما باشتراطهما فيه نصاً كان التبعية وهو التبن مشتركاً بينهما أيضاً تبعاً للأصل وإن لم يذكر فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الأصل. وقوله: (لأنه حكم العقد) يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لأنه موجب العقد، فإذا نصا عليه كأنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد، فكان وجود الشرط وعدمه سواء. وأما إذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فإن استحقاقه له يكون بالشرط لأنه ليس حكم العقد، وذلك شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن يخرج إلا التبن، وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة

قال المصنف: (وكذا إذا شرطا لأحدهما التبن) أقول: إن كان المراد من أحدهما الأحدين المعين وهو غير صاحب البذر فمسلم، ولكن ظاهر التقرير بإياه، وإن كان ما يعم له ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقاً، فإن التبن نماء البذر، فالشرط حينئذ حكم العقد على

فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه، واستحقاق الأجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر. قال: (ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد: (له أجر بالغاً ما بلغ) لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الإجازات (وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه) لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر، ولا مثل لها فيجب رد قيمتها، وهل يزداد على ما شرط له من الخارج؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر) هو الصحيح، لأن له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى (وإذا

كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم: إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه، فكان الظاهر أن يقال: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لأحد من المتعاقدين. لا يقال: علل المصنف قوله: وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل بقوله: لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار الأرض أيضاً فهم منه حكم هذه الصورة أيضاً فاكتمى بذكره. لأننا نقول: عبارة المسألة عبارة مختصر القدوري، والمؤاخذه بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدوري، فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق. ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتعمامه في صورة استئجار الأرض أيضاً؛ ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله: وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلاً بعين

فاسدة. قال: (وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، فإن كانت صحيحة فأما إن أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج، فإن أخرجت فالخارج على ما شرطاً لصحة الالتزام، فإن العقد إذا كان صحيحاً يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى، وإن لم تخرج فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة: يعني في الانتهاء، ولا شركة في غير الخارج. فإن قيل: كانت المزارعة إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة: أجاب بقوله: وإن كانت المزارعة إجارة فالأجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره. واستشكل بمن استأجر رجلاً بعين فعمل الأجير وهلك العين قبل التسليم فإنه على المستأجر أجر المثل كلاً فليكن هذا مثله، لأن المزارعة قد صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم. وأجيب بأن الأجر ما هنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه والأجرة العين إذا هلك بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكذا ما هنا، وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل، لأنه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج. فإن أخرجت شيئاً فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر منه بالتسمية وقد فسدت، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزداد على قدر المشروط له لأنه رضي بسقوط الزيادة. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها، قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الإجازات) قال صاحب النهاية رحمه الله: وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير، لأنه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجازات في مسألة ما إذا استأجر حماراً ليحمل عليه طعاماً بغيره منه فالإجارة فاسدة. ثم قال: ولا يجاوز

ما سيجيء فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده، وإن كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب، إذ لو انعقد تفسد أيضاً كما لا يخفى قوله: (وأجيب بأن الأجر ما هنا الخ) أقول: وهذا الجواب لا يتمشى إذا أورد الإشكال بصاحب الأرض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل قوله: (والأجرة العين إذا هلك بعد التسليم الخ) أقول: وفي قول المصنف لأن أجر المثل في الذمة إشارة إلى أن الأجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة، وذلك بالتسليم كما لا يخفى قوله: (ثم قال: ولا يجاوز بالأجر قفيز الخ) أقول: فيه شيء وجوابه أن مفعول ذكر محذوف، والتقدير ذكره قوله: (فيمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ، ثم ذكر في الإجازات الفاسدة) أقول: فيه شيء، والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ قوله: (لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول: لا يلائم التعليل المذكور من قبله ما هنا.

استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء حصل في أرض مملوكة له (وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل) لأن النماء يحصا من البذر ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه، فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به. قال: (وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد إلا بضرب يلزمه، فصار

فعمل الأجير وهلك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله، لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم. وأجابوا عنه بأن الأجر ما هنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكذا ما هنا انتهى. ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضاً لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل قوله: (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكواب) لأن المأني به مجرد المنفعة، وهو لا يتقوم إلا بالعقد، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات، كذا في عامة الشروح. وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية: ولأن المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقيم العمل فيها لنفسه، والعامل لنفسه لا يستوجب الأجر على غيره انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ قد مر مراراً وتقرر أن البذر إذا كان من قبل رب الأرض تعين أن يكون المستأجر هو رب الأرض، والمفروض في

بالأجر قفيز، لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمي ومن أجر المثل، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله، لأن المسمى هناك غير معلوم، فلم يصح الحط فيمجموع هذا الذي ذكره في الإجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ في الإجارة الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة في الاحتطاب. ثم ذكر ما هنا وقال محمد: له أجر مثله بالغاً ما بلغ، إلى أن قال: وقد مر في الإجازات، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الإجازات الفاسدة يبلغ الأجر بالغاً ما بلغ وليس كذلك. وأجيب بأن هذه الإجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الأجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير، وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردّها وقد تعذر فيصا إلى المثل ولا مثل لها فيجب ردّ قيمتها، وهل يزداد على قدر المشروط له من الخارج أو لا؟ فهو على الخلاف الماز، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح، لأن للبقر مدخلاً في الإجارة لجواز إبراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسداً ويجب أجر المثل وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله في الأصل: لصاحب البقر والأرض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به أن يجب أجر مثل الأرض مكروية. أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً، ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لأن المنافع لا تتقوم بدونه. وقوله: (وإذا استحق رب الأرض الخ) واضح خلا أنه يحتاج إلى فارق بين خبث يمكن في منفعة الأرض فأوجب التصديق بالفضل، وبين خبث يمكن في عمل العامل فلو يوجب ذلك. وفي كلام المصنف رحمه الله إشارة إلى ذلك حيث قال: لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض: يعني فهو يحتاج إليهما على ما جرت به العادة احتياجاً بالغاً فكان الخبث شديداً فأورث وجوب التصديق، وعمل العامل وهو إلقاء

قوله: (وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول: الظاهر الإطلاق عن هذا القيد، فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضاً، ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط قوله: (ضرر سوى ما التزمه بالعقد) أقول: فيه بحث قوله: (لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول: القلع مخصوص بما إذا كان البذر من قبل العامل، أما إذا كان من جهة رب الأرض فالقلع إتلاف للمالهم ولا يرتكبه عاقل، فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجاناً بعد ما ظهر حقه.

كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره (وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة، إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة. قال: (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك. قال: (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتباراً بالإجارة، وقد مر الوجه في الإجازات، فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط، وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة للتحقيق، بخلاف السنة الثانية

مسألتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها لنفسه قوله: (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة) هذا جواب القياس. وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة إلى أن يستحصد الزرع، كذا في الشروح، وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط والذخيرة. وقال بعد ذلك في العناية: واعلم أنه أراد بقوله: (وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه، ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله: في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول مسألة انتهى. أقول: فيه بحث، لأن ما ذكر في أول المسألة إنما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة

البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة، كما إذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك. قال: (وإذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازماً أو غيره وهو لازم في حال دون حال، أما بعد إلقاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر، وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته، فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرب يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصار كمن استأجر رجلاً ليهدم داره (وإن امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده إلا ببيع الأرض (فتفسخ به المزارعة، ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لأن المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم إلا بالعقد، والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (في الحكم)، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال، وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياساً على الإجارة لكونها عقداً فيه الإجارة (وقد مر الوجه في الإجازات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار المنفعة المملوكة أو الأجرة لغير العاقد مستحقاً بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز. وفي الاستحسان يبقى العقد إلى أن يستحصد الزرع نظراً للمزارع، فإنه في الزرع غير متعذر، فلو لم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع، ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعدي، وإليه أشار المصنف بقوله: (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان (فلما نبت الزرع في السنة الأولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته، ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب العامل الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة، لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما سيذكر بعيد هذا (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقيل، من فدحه الأمر: أي أثقله (لحق صاحب الأرض أحوجه إلي بيعها جاز) الفسخ (ما في الإجارة) والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما

والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة) لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل) لما نبينه إن شاء الله تعالى (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز) كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج

فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت، ولا شك أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان: فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته إنما هو جواب الاستحسان، فكيف يتم قوله: ولعله ترك اعتماداً على دخوله في أول إطلاق المسألة، ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضاً. وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال: وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة؟ فيه اختلاف المشايخ انتهى قوله: (وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في الإجارة) قال في النهاية: ثم هل يحتاج في فسح المزارعة إلى قضاء القاضي أو إلى الرضا؟ ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال: لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى القضاء ولا إلى الرضا. بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات، وبعضهم أخذ برواية الأصل والجامع الصغير انتهى. وقال في العناية: والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فإنه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لأنها في معنى الإجارة، وعلى رواية كتاب المزارعة والإجازات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن التشبيه بالإجارة إنما يصلح للإشارة إلى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الإجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا، أو كأن المصنف قد اختار هناك صريحاً رواية افتقار الفسخ إلى أحدهما ولم يكن شيء منهما، فإن المصنف قال هناك: ثم قول القدوري: فسح القاضي إشارة إلى أنه يقتدر إلى قضاء القاضي في النقض، وهكذا ذكر

قوم بالخارج، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل. قال في النهاية: وهذا الجواب بهذا التعليل إنما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل، أما إذا كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثل عمله، وذلك لأن البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض فيكون العقد وارداً على منفعة الأرض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الأرض. وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجراً للعامل فكان العقد وارداً على منافع الأجير فيتقوم منافعه وعمله على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله، كذا في الذخيرة محالة إلى مزارعة شيخ الإسلام رحمه الله، وفيه نظر، لأن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الأرض بالعقد، والعقد إنما قوم بالخارج (فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث: ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه. وما إذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد، وحكمه أن لا تباع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع، وفي التأخير إن كان إضراراً بالغمراء لكن التأخير أهون من الإبطال، ويخرجه القاضي من العبس إن كان حسبه في الدين لأنه امتنع من بيع الأرض ولم يكن هو ظالمًا في ذلك والعبس جزء الظلم. ولم يذكر المصنف رحمه الله. الصورة الثالثة ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض، إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله. قال بعضهم: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل

قوله: (اعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة) أقول: فيه تأمل، فإن التعليل بمراعاة الحقير يشمل أيضاً فكيف بدخل في إطلاق أول المسألة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسألة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه قوله: (لا يحتاج فيه إلى ذلك الخ) أقول: كما في الإجارة.

فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع) لأن في البيع إبطال حق المزارع، والتأخير أهون من الإبطال (ويغرضه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين) لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم. قال: (وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على

في الزيادات في عذر الدين. وقال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فالإجارة فيه تنتقض، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي انتهى فتأمل قوله: (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء) قال في النهاية: الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث، ذكر في الكتاب صورتين منها، وهما ما إذا فسخ بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار، وما إذا فسخ بعد نبت الزرع قبل أن يستحصد، ولم يذكر ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ، وكان الشيخ أبو بكر العتايي يقول: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم، لأن التبذير استهلاك ولهذا قالوا: إن لصاحب البذر فسخ المزارعة لأنه يحتاج إلى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال، وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير. وكان الشيخ أبو إسحاق الحافظ يقول: ليس له ذلك لأن التبذير استئناء مال وليس باستهلاك؛ ألا يرى أن الأب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي، وإذا كان كذلك كان للمزارع في الأرض عين مال قائم انتهى. وقال في العناية: لم يذكر المصنف الصورة الثالثة، وهي ما إذا فسخ بعد ما زرع العامل الأرض إلا أنه لم ينبت حتى لحق رب الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ فيه اختلاف المشايخ. قال بعضهم: له ذلك لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين قائم، لأن التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير. وقال بعضهم: ليس له ذلك لأن التبذير استئناء وليس باستهلاك، ولهذا يملك الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم، ولعل هذا اختيار المصنف، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم

التبذير. وقال بعضهم: ليس له ذلك لأن التبذير استئناء مال وليس باستهلاك، ولهذا يملك الأب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الأرض عين قائم، ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله، ولم يذكره لأن البذر إن كان لصاحب الأرض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع، وإن كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية، والله أعلم. قال: (وإذا انقضت مدة المزارعة الخ) إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد الزرع، حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الأرض لأن المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الأرض، وهو يستوفيهما بترية نصيبه من الزرع إلى وقت الإدراك فلا تسلم له مجاناً، والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الأنهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب. وقوله: (لأن في بقاء الزرع) دليل وجوب الأجر. ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به، وإن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الأرض فبقيناه بالأجر تعديلاً للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض فإنه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل، وكلامه فيه أيضاً واضح، فإذا انقضت المدة واحتاج الزرع إلى النفقة فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لأنه أنفق على ملك الغير بغير أمره. لا يقال: هو مضطر لإحياء حقه فلا يوصف بالتبرع، لأن تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه، ويخير رب الأرض بين الأمور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها. فإن قيل ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وما هنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وأجر المثل فردة عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلم ما يجب عليه من أجر المثل، فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك. وقوله: (ولو

قوله: (وحكمه أن لا تباع) أقول: إذا لم يبع لم يفسخ العقد.

المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد، لأن في بقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه، وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك، وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل، لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل، أما ما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لأنه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك) لأن فيه إضراراً بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقل قليل لصاحب الأرض أقلع الزرع فيكون بينهما أو أعطيه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته، لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نيات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى حوب الأرض فلهم ذلك) لأنه لا ضرر على رب الأرض (ولا أجر لهم بما عملوا) لأننا أبقينا العقد نظراً لهم، فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا، والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا. قال: (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص، فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو

يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعاً عن البيع، وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى. أقول: إن قوله: وإن كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل، لأنه إن أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جداً، إذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته، فأني يتصور دخول أحدهما في الأخرى، وإن أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ، لكن لا يصلح لأن يكون وجهاً لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية، لأن دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ إنما يعرف ببيان حكمها من قبل، وإذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ، أو كحكم الصورة الأولى كما قال به بعضهم الآخر. والأوجه عندي أن المصنف إنما لم يذكر تلك الصورة تأسيساً بالإمام محمد رحمه الله، فإنه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال: وإن كان المزارع قد زرع الأرض إلا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب

مات المزارع) ظاهر. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي الخ قوله: (والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة إلا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها إذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله: (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأن المزارع لما امتنع عن العمل الخ. قال: (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد. والرفاع بالفتح والكسر: هو أن يرفع الزرع إلى البيدر. والتذرية: تمييز الحب من التبن بالريح. ولما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك زبما يومهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والأصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين يفسدها لأنه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد الإجارة فكذا المزارعة لأن فيها معنى الإجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينمي. ويزيد في الخارج فهو من أعمالها ومالاً فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها إلى البيدر إذا شرط شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية. وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنها إذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتباراً

قوله: (وإن بقيت بلا أجر تضرر رب الأرض) أقول: حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبراً قال المصنف: (لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول: فيه تسامح، فإن العقد قد انتهى.

انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات. ووجه ذلك أن العقد يتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما. وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الضمن على العامل. وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ. قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح في ديارنا. فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل، وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما، والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل، وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما؛ ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه، وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد، ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه، ولو أراد فصل القصيل أو جذ الثمر بשרاً أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيما العقد لما عزم على الفصل والجداد بשרاً فصار كما بعد الإدراك، والله أعلم.

الأرض دين فادح هل له أن يبيع الأرض؟ لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في الكتاب، وقد اختلف المشايخ فيها انتهى قوله: (لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فإن قيل: ترك النظر لنفسه إنما يجوز إذا لم يتضرر به غيره وما هنا يتضرر رب الأرض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الأرض؟ أجيب بأن رب الأرض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه، بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك، كذا في العناية وغيرها. أقول: لقائل أن يقول: إن رب الأرض أيضاً ليس متعنت في طلب القلع، بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتأمل اهـ.

للاستصناع. وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا، والمصنف جعل الأعمال ثلاثة: ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها، وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما، وما كان بعد القسمة كالحمل إلى البيت والطنح وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما، لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضاً على هذه الوجوه. وقوله: (لأنه مال مشترك) سماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان. وقيل باعتبار أن المجموع بعهد القسمة بينهما؛ ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية.

قال المصنف: (لأن بكا ذلك يستدفع الضرر) أقول: فيه شيء، فإن قولنا لصاحبها أقلع الزرع إلزام الضرر. وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير قوله: (وقال شمس الأئمة: هذا هو الأصح في ديارنا) أقول: وفيه بحث، لأن كونها أصح، إما أن يكون رواية أو دراية، ولا يصح شيء منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى. ويمكن أن يقال: دليل هذه المسألة العرف، وهو يختلف باختلاف الديار، والله أعلم.

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة، وقالوا: جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءاً من الثمر مشاعاً) والمساقاة: هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة. قال الشافعي رحمه الله: المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة، والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان: كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة، لأن المساقاة جائزة بلا خلاف، ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره، إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة، ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمسّ فقدمت، ولأن تفرعاتها أكثر من تفرعات المساقاة انتهى. أقول: في تقريره نوع خلل، فإنه قال في أوائل كلامه: لأن المساقاة جائزة بلا خلاف، وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلاً في جواز المساقاة، وليس كذلك قطعاً لأن أبا حنيفة لم يجوّزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال: قال أبو حنيفة: المساقاة بجزء من الثمر باطلة، وكذا زفر لم يجوّزها كما ذكر في عامة الشروح. وقال جمهور الشراح: كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها، ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة: أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها. والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة. أقول: فيه أيضاً شيء، وهو أن قولهم: ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه الصلاة والسلام بأهل خيبر محل نظر، فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضاً من غير فصل، سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر. وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة: وهي يعني المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة، وقالوا: جائزة لما روي «أن النبي عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»^(١) انتهى. وكان كلا من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخلّ به الآخر كما ترى قوله: (والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية: والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوي هو الشرعي، وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى. ورّد عليه صاحب الإصلاح

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها، ولورود الأحاديث في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، إلا أن اعتراض موجبين صوّب إيراد المزارعة قبل المساقاة: أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها. والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة (والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة، ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي، فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون لهم سهم معلوم من ثمرها، والكلام فيها كالكلام في المزارعة: يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة، وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة وبه أخذ زفر. وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى. وقال الشافعي رحمه الله: المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز إلا تبعاً لها، وذلك بأن يكون النخيل والكلام في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الأرض

كتاب المساقاة

قوله: (يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول: فيه بحث.

(١) تقدّم تخريجه في أوّل كتاب المزارعة.

الأصل. وفي المزارعة لو شرطاً الشركة في الربح دون البذر بأن شرطاً رفعه من رأس الخارج تفسد، فجعلنا المعاملة أصلاً، وجوّزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار، وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة. وفي الاستحسان: إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج، لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن، وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار، لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة، بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة، لأنها تنمو ما تركت في الأرض

والإيضاح حيث قال: هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة، وفي الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره. وقال في الحاشية: فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى. أقول: ليس ذلك بوارد، إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها، وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي، وإلا يلزم أن لا يصح قوله: المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة، إذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة، بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس. وقد اعترف ذلك الراي أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى قوله: (والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية: يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى. أقول: في هذا التفسير خلل، لأن الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطاً للمساقاة، فإن شرائط المساقاة أربعة: كما نص عليه الإمام قاضيان في فتاواه، وذكر في النهاية وغيرها أيضاً. وشرائط المزارعة ثمانية كما مرّ في الكتاب في أوائل المزارعة، فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة، وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية، ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال: أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى. ثم أقول: لعل مراد

أيضاً بالنصف، وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح. والجواب أن مساس الحاجة إلى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان أحقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة. وقوله: (وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمر) معناه: لو دفع رطبة قد انتهى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز إذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لأنه يصير في معنى الثمر للشجر، وهذا لأن إدراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت والبذر يحصل بعمل العامل، فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها. وقوله: (غرساً قد علق) أي نبت ولم يبلغ حدّ الإثمار ظاهر. وقوله: (بخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه: حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها. وقوله: (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه: إذا لم يكن للرطبة جذّة معلومة، فإن كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فإنه ينصرف إلى الثمرة للأل، وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان إيجازاً مخلاً. وقوله: (لأنها تنمو ما تركت في الأرض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم، وقوله: (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه بتأويل المدة. قال: (وتجوز المساقاة في النخيل والشجر) هذا بيان ما تجري فيه المساقاة وما لا تجري فيه. وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الأثر من حديث خبير وكان في النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير خصهما لأن أهلها يعملون في

فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعاً) لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فإن سميها في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سميها 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 فللمعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء، بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً لأن الذهاب بأفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحاً، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه. قال: (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد: لا تجوز إلا في الكرم والنخل، لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خبير. ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت، وأثر خبير لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً، ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى

المصنف بقوله: والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين: كما مر في المزارعة، ويرشد إليه قوله: وقال الشافعي المعاملة جائزة، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للخ، فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلاً وكونها تبعاً، فلو كان المراد بقوله: والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنباً كما لا يذهب على ذي فطانة قوله: (لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة) قال صاحب العناية: وقوله: لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة ولم يذكر دليل النخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم. وفي نسخة فكان معلوماً انتهى. أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن كون قوله: لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة وحدها ممنوع، بل يمكن أن يجعل دليلاً على المجموع لجريانه في المجموع، كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله: لأنه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضاً المجموع عند إمكان ذلك.

وأما ثانياً فلأن ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطوبة إذا شرطاً القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتمام. أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك: أي لزمان ذهاب أصولهما، فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضاً، ولا يتم عذراً لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود. وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوماً: أي كان دليل تينك الصورتين معلوماً لظهور إفساد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره، فلأنه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذكر دليل الرطوبة أيضاً، لأن حاصل ذلك الدليل أيضاً جهالة المدة فينبغي أن لا يذكر ذلك أيضاً بناء على كونه معلوماً فتأمل قوله: (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر، وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الإمام الزيلعي في شرح الكنتز: وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل

الأشجار والرطاب أيضاً، ولئن سلمنا ذلك لكن الأصل في النصوص التعليل لا سيما على أصله، فإن بابه عنده أوسع لأنه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعاً بين الأوصاف. وأما نحن فإنا لا نجوز به بالعلة القاصرة، ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص يعينه معلول وموضعه أصول الفقه. وقوله: (وليس لصاحب الكرم) واضح. وقوله: (لما قدمناه) وفي بعض النسخ على ما قدمناه إشارة إلى ما ذكره في المزارعة بقوله: وإذا عقدت المزارعة فامتنع

قوله: (لم يذكر دليل النخيل والرطوبة) أقول فيه بحث قوله: (ويشترط قيام الدليل الخ) أقول: زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم.

صاحب البذر على ما قدمناه. قال: (فإن دفع نخلاً فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز، ولو استحصد وأدرك لم يجز، لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك، فلو جوزه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع، بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل. قال: (وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لأنه في معنى الإجارة الفاسدة، وصار كالمزارعة إذا فسدت. قال: (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد بيناه فيها، فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر، وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن يتفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم) وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة) التي بينها (وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه، وهذا خلافة في حق مالي وهو

وكان العمل كله عليه، ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى. وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك: قلت: لا إشكال، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى. أقول: ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا، وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى. ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فأني يتيسر الحمل على خلاف ذلك قوله: (ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان) قال في العناية: يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وهنا ليس كذلك. وفي الأخرى عذر انتهى. أقول: في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل، إذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذراً روايتان: إحداهما كونه عذراً والأخرى عدم كونه عذراً فيؤدي إلى كون الشيء ظرفاً لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك. والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسألة وهي قوله: هل يكون عذراً فيه روايتان: إحداهما بالإيجاب وهو أن يكون عذراً، والأخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذراً، فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن قوله: (وتأويل إحداهما أن بشرط العمل بيده فيكون عذراً من جهته) أقول: فيه أنه إنما يكون عذراً من جهته أو لو ترك ذلك العمل اضطراراً بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك، وأما إذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذراً من جهته، والكلام ها هنا في الترك الاختياري، لأن الترك الاضطراري إنما يكون بسبب عذر

صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين، بخلاف المزارعة فإن صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بإلقاء بذره في الأرض فلم تكن لازمة من جهته، ثم عذر صاحب الكرم لحق دين فادح لا يمكنه الإيفاء إلا ببيع الكرم وعذر العامل المرض. وقوله: (ولم يرد به الشرع) لأنها جوزت بالأثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج. قوله: (وإذا فسدت المساقاة) واضح. وقوله: (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب

قوله: (لحقوق دين فادح) أقول: بالفاء قوله: (وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ) أقول: فيه بحث قال المصنف: (ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول: قال العلامة الزيلعي: في رجوعهم في حصته فقط إشكال، وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه، لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه، ولهذا إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه، فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي

ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار (فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا. قال: (وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الأول سواء، وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره، بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها، وكذلك العمل كله على العامل ها هنا وفي المزارعة في هذا عليهما، لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وها هنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها. قال: (وتفسخ بالأعذار) لما بينا في الإجازات، وقد بينا وجوه العذر فيها، ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فتفسخ به. ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذراً، ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً؟ فيه روايتان. وتأويل إحداهما أن يشترط العمل

مقرر، وقد مر مسألة جواز الفسخ بالأعذار رواية واحدة، فذكر مسألتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتأمل قوله: (وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية: يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمياً لشجر الغراس، بل يكون تسليمياً لقطعة خشبة، وهو ما شرط ذلك. بل شرط تسليم الشجر بقوله: على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين، فلما لم يمكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى. واقتضى أثره في شرح هذا المحل على هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية: واعترض بعض الفضلاء على قولهم: لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمياً للشجر بل يكون تسليمياً لقطعة خشبة حيث قال: فيه بحث، إذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليمياً للشجر انتهى. أقول: منع ذلك مكابرة، لأن الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض، فإذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر

الاستحسان إبقاء للعقد دفعاً للضرر عنه. وأما في القياس فقد انقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرطاً أنصافاً، لأن صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين، والباقي واضح علم مما ذكر نظيره في المزارعة. وقوله: (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال: كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح، وقوله: (والخارج بسر أخضر فهذا الأول) يعني صورة الموت (سواء والعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث، بخلاف المزارعة في هذا: أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها، وكذلك العمل كله على العامل ها هنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح. قال: (وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجازات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها، فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الإجارة وكلامه واضح. وقوله: (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذراً روايتان: في إحداهما لا يكون عذراً، ويجبر على ذلك لأن العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وها هنا ليس كذلك. وفي الأخرى عذر، وتأويله أن يشترط العمل بيده، فإذا ترك ذلك العمل كان عذراً، أما إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجراته فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذراً في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضاً بيضاء ليس

إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته، وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى. قلت: لا إشكال، إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا حصته كما فهمه هذا العلامة. ثم أقول: قوله لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ: يعني بعض هذه المساقاة فإنها تبقى استحساناً، بخلاف ما إذا انقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر، لكن لك أن تقول: بقاؤها استحساناً كان نظراً للعامل، فإذا التزم الضرر ينتقض العقد، صرح به في النهاية.

بيده فيكون عذراً من جهته (ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لأنه في معنى قفيز الطحان، إذ هو استتجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها، وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى، وهذا أصحهما، والله أعلم.

فلا يكون تسليم المقلوع تسليمًا للشجر لا محالة بل يكون تسليمًا لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح. نعم إن قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلاً ما هنا، لأن استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكاً له كما صرحوا به، ولهذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد قوله: (وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسألة طريق آخر: أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه: أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى. قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق: وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستتجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى. أقول: يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسألة، لأن وضع هذه المسألة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين، وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر.

فيها شجر إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة) وهو الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الأرض، وللغراس قيمة غرسه وأجر مثله، لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استتجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسداً وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض) فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا للشجر بل يكون تسليمًا لقطعة خشبة، ولم يكن مشروطاً بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين، فلما لم يمكن تسليمها شجراً وجب قيمتها وأجر مثله، لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لأنها أعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها وبين عمل العامل لأنه متقوم بالعقد بالعقد لا قيمة له في نفسه (وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه، أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج، فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان. قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ويصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها بستاناً كالصباغ للثوب، فإذا فسدت الإجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصباغ في ثوبه وأجر عمله، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قوله: (فإنه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمًا للشجر بل يكون تسليمًا لقطعة خشبة ولم يكن مشروطاً) أقول: فيه بحث، إذ لا نسلم أنه حيث لم يكن تسليمًا للشجر، ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض في أرضه صار كآب رب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضاً للغرس بإيصاله بأرضه مستهلكاً به بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصباغ من الثوب قوله: (بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول: فيه بحث، فإن تسليم الشجر ليس بالشرط، بل لأنه كان ملكاً للغراس. قوله: (أو شراؤه جميع الغراس) أقول: منظور فيه، إذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسألة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما.

كتاب الذبائح

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح: المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المال، فإن المزارعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبيح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى. أقول: يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح، إذ لا إتلاف في المساقاة. والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقرّر في مباحثهما، فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك. وعن هذا ترى كثيراً من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة باباً منها وعنونوها بالمعاملة، وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها، بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة، ألا يرى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به، ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج، كذا في الكافي والكفاية. اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله. قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم: وهذا عندي باطل، لأن رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه انتهى. وقال في العناية بعد ذكر ذلك: أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم، لأن المحظور العقلي ضربان: ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما إتلافاً في الحال للانتفاع في المال، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها، والذبيح إتلاف الحيوان بإزهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك. واعلم أن العراقيين ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً، ولكن الشرع أحله لأن فيه إضراراً بالحيوان. وقال شمس الأئمة: هذا عندي باطل، لأن رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه، ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه، وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه. وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب، وليس الذبيح كالكذب والظلم، لأن المحظور العقلي ضربان: ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة، وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظراً

كتاب الذبائح

قوله: (المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول: ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة، ويقول في كليهما إصلاح ما لا ينتفع به بالأكل في الحال للانتفاع في المال قوله: (لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول: ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع، فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها قوله: (يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول: لفظة ما بمعنى الذي. وقوله أي يأكله. وقوله ذبائح خبر يكون، والمعنى الذي كان يأكل رسول الله ﷺ يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين.

قال: (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر، وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره، فإنها تنبئ عنها. ومنها قول عليه الصلاة والسلام «ذكاة الأرض يسها»^(١) وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحين، واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن. والثاني كالبذل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول، وهذا آية البدلية، وهذا لأن الأول أعمل في إخراج الدم والثاني أقصر فيه، فاكتفى به عند العجز عن الأول، إذ التكليف بحسب الوسع. ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم أو دعوى كالكتابي، وأن يكون حلالاً خارج الحرم على ما

نظراً إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى. وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي: والجواب المذكور في العناية: قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر. أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة. وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن كون النبي ﷺ يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل، والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه الصلاة والسلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره، والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً لا مستدلاً فلا محل لنظره أصلاً قوله: (قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان: وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب، لأنه إذا ذكر لفظ قال: في أول المسألة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما، ولهذا لم يذكره في البداية، وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول: قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى. وقال العيني بعد نقل ذلك: قلت هذا تطويل بلا فائدة، لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال: بإضمار الفاعل وأراد به نفسه، فهذا أيضاً مثله، ولا يلزم تعيين الفاعل؛ ألا يرى أنه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد ابن الحسن لم يصرح بفاعله، وكذلك عند إسناده إلى نفسه، ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير، ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه. أقول: الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال: بإضمار الفاعل وأراد به نفسه، إن أراد به أنه

إلى نفعه كالحجامة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم، والذكاة الذبح، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمدّ لنهاية الشباب، وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها، ومعنى قوله: (الذكاة شرط حل الذبيحة) الذبح شرط حل أكل ما يؤكل لحمة من الحيوان لقوله تعالى ﴿إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ﴾ بعد قوله «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ» الخ. استثنى من الحرمة المذكي فيكون حلالاً، والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً، ولأن غير المذكي ميتة وهي منصوب عليها بالحرمة، ولأن الدم حرام لنجاسته لما تلونا، وهو غير متميز من اللحم، وإنما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر، ولا يلزم الجراد والسماك لأن حلهم بلا ذبح ثبت بالنص. وكما يثبت بالذبح الحل في المأكول يثبت به الطهارة في غيره، لأن الذكاة تنبئ عن الطهارة، ومنها قوله ﷺ «ذكاة الأرض يسها» يعني أنها إذا بيعت من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهي

قوله: (والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً) أقول: فيه بحث، فإن الثبوت بالشرع لا يتأني كون المشتق منه علة للحكم، وذلك لا يخفى على أحد قوله: (ولأن غير المذكي ميتة الخ) أقول: فيه بحث قوله: (كما أن اللبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول: فيه أن جعلها مشبهاً بها لا يلائم مرام المقام، إذ المطلوب إثبات طهارتها قوله:

(١) تقدم تخريجه في الأنجاس وهو غير مرفوع. قال ابن حجر في التلخيص ٣٧١: احتج به الحنفية ولا أصل له.

وإنما رواه عن محمد الباقر من قوله، وكذا عن أبي قلابة.

نينه إن شاء الله تعالى. قال: (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تلونا، ولقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيّاً أو مجنوناً 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.

ذكرها في أول المسألة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو فرية بلا مرية، فإنه إذا ذكرها في أول المسألة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الإطراد كما ذكره صاحب الغاية، وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسألة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً بها إلى نفسه فهو واقع، ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كأن يقول: قال العبد: الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط، وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف، فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ها هنا قوله: (لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾) [المائدة ٣] فإن حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله، وقد قال الله تعالى قبله ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [المائدة ٣] إلى آخره. فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً. قال صاحب العناية: والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً انتهى. أقول: ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى، لأن ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة قوله: (وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾) [المائدة ٥] عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وهو في حق المسلم، وقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة ٥] في حق الكتابي من باب اللف والنشر، كذا ذكره تاج الشريعة، وهو الأحسن عندي أيضاً في بيان مراد المصنف هنا. قال صاحب العناية: وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولما استشعر أن يقال: إلا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرد والمجوسي فلا يكون قاطعاً في الإفادة، ضم إليه قوله عزّ من قائل ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة ٥] إلى هنا كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأننا لا نسلم أن الخطاب في قوله تعالى: إلا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف؛ ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم

الصدر واللحيين، واضطرابية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن. قوله: (والثاني كالبديل عن الأول) واضح، وإنما قال كالبديل لأن الأبدال تعرف بالنص ولم يرد فيه، وقد وجدت أمانة البديلية فقال كالبديل (ومن شرطه) أي ومن شرط الذبح أن يكون الذابح ملة التوحيد، إما اعتقاداً بالمسلم، أو دعوى كالكتابي فإنه يدعي ملة التوحيد، وإنما تحل ذبيحته إذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزيز والمسيح لقوله تعالى ﴿وما أهل به لغير الله﴾ ومن شرطه أن يكون حلالاً خارج الحرم كما سيجيء. قال: (وذبيحة المسلم والكتابي حلال إلخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذمياً كان أو حربياً حلال إذا أتى به مذبوحاً، وأما إذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو لا يذكر غير اسم الله تعالى وقوله: (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ ولما استشعر أن يقال ﴿إلا ما ذكيتم﴾ عام مخصوص لخروج الوثني والمرد والمجوسي فلا يكون قاطعاً في الإفادة ضم إليه قوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ قال البخاري في صحيحه: قال ابن عباس رضي الله عنهما:

(كالكتابي فإنه يدعي ملة التوحيد) أقول: فيه شيء، فإن النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد. قوله: (ولما استشعر أن يقال: إلا ما ذكيتم عام) أقول: ويمكن أن يقال: بل الذي استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للمؤمنين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم، وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد، إذ يكفي الظن في أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضاً فتأمل قوله: (فلا يكون قاطعاً في الإفادة، ضم إليه قوله تعالى إلخ) أقول: والحق أنه لا حاجة إلى بيان العذر، فإن إثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز قوله: (والذبيحة: يعني يقدر على الذبح) أقول: فيكون الكلام من باب:

﴿علفتها تبناً وماء بارداً﴾

والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا، وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغليبي، لأن الشرط قيام الملة على ما مر. قال: (ولا تؤكل ذبيحة المجوسي) لقوله عليه الصلاة والسلام «سئوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»^(١) ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقاداً ودعوى. قال: (والمرتد) لأنه لا ملة له، فإنه لا يقرّ على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحوّل إلى غير دينه لأنه يقرّ عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله. قال: (والوثني) لأنه لا يعتد الملة. قال: (والمحرم) يعني من الصيد (وكذا لا يؤكل

حرم» [المائدة ١] ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة، ثم قال عز وجل ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين: إن قوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الميتة﴾ الخ بيان لما يتلى عليكم، فلا جرم يكون الخطاب في ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ و ﴿إلا ما ذكيتم﴾ للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون ما يعم الوثني ونحوه، ولئن سلم عمومهم للوثني ونحوه أيضاً فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض، بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه بإخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه، إذ قد تقرر في علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام، وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص، وأن الذي لا يكون قطعياً إنما هو العام الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فإنه يكون قطعياً في الباقي بلا ريب، ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول، لأن الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ فكان قطعياً في الإفادة، ولئن سلم كونه ظنياً غير قاطع في الإفادة فهو كاف في إفادة المطلوب هنا بلا حاجة إلى ضم شيء آخر، إذ قد تقرر في علم الأصول أيضاً أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وإن لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانياً فلأن مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ يتجه على الاستدلال بقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ بأن يقال أيضاً: إنه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي أن يضم إليه أيضاً دليل آخر. وأما ثالثاً فلأن الضم المذكور إنما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل قاصراً عن إفادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور، اللهم إلا أن يدعي أن الدليل الثاني إذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة. ثم إن المراد بالطعام في قوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب﴾ [المائدة ٥] ذبائحهم قال البخاري في صحيحه: قال ابن عباس: طعامهم ذبائحهم. واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة، إذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من

طعامهم ذبائحهم. واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة، فإن المجوسي إذا اصطاد سمكة حل أكلها، وفيه نظر، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل إذا كان الذبائح يعقل التسمية) قيل يعني يعقل لفظ التسمية، وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعني يقدر على الذبح ويضبطه: أي يعلم شرائط الذبح من فرى الأوداج والحلقوم (وإن كان) أي الذبائح (صبيهاً أو مجنوناً) قال في النهاية أي معتوهاً، لأن المجنون لا قصد له ولا بد منه، لأن التسمية شرط بالنص وهي بالقصد، وصحة القصد بما ذكرنا: يعني قوله إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه، والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا. قيل أراد به الأثنين المذكورتين، وفيه نظر، لأن عادته في

قوله: (ويمكن أن يجاب بأنه شرط في معنى العلة) أقول: ويجوز أن يجاب أيضاً بأنه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته إذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة، فإذا لم يكن مانعاً أيضاً يحل.

(١) تقدّم مستوفياً في النكاح وهو بهذا السياق ورد مرسلًا فقط انظر الدراية ١٠٥،٢.

ما ذبح في الحرم من الصيد) والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم، والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم، وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة، بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع، إذ الحرم لا يؤمن الشاة، وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم. قال: (وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسياً أكل) وقال الشافعي: أكل في الوجهين. وقال مالك: لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي، وهذا 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 رضي الله عنهما أنه يحرم، ومن مذهب عليّ وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل، بخلاف متروك التسمية عامداً، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله: إن متروك التسمية عامداً لا يسع فيه الاجتهاد، ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه

الأطعمة، فإن المجوسي إذا اصطاد سمكة حلّ أكلها. وردّ عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور: وفيه نظر، فإن التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه اهـ. أقول: ليس ذاك بشيء، إذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه، بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علواً كبيراً، ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمشٍ على أصل من لا يقول: بمفهوم المخالفة أيضاً، إذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة قوله: (والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا، فقال صاحب النهاية وغاية البيان: أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة ٣] وقوله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة ٥] لأن الخطاب عام، وردّه صاحب العناية حيث قال بعد نقله: وفيه نظر، لأن عاداته في مثله لما تلونا. وقال تاج الشريعة: أراد به قوله لأن حلّ الذبيحة يعتمد العلة. وردّه أيضاً صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضاً: وهذا ليس بمذكور في الكتاب. أقول: يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة إن ذلك وإن لم يكن مذكوراً في الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمناً حيث قال فيما مرّ: ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد. ثم قال صاحب العناية: والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعاداته في مثله ذلك انتهى. أقول: فيه نظر، لأن قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل على كون الذكاة شرط حلّ الذبيحة، ولا يدل على أن أهل الذبح من هو، كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد أيضاً مع أن أحداً منهم ليس بأهل للذبح قطعاً. وقول المصنف لما ذكرنا

مثله لما تلونا. وقيل أراد به قوله لأن حلّ الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب، والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعاداته في مثله ذلك. قيل إنما ذكر الأقلف احتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه يقول: شهادة الأقلف وذبيحته لا تجوز. وقوله وإطلاق الكتاب ينتظم كذا ظاهر. وقوله: (لأن الشرط قيام الملة) فيه نظر، لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط. ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط في معنى العلة. وقوله: (ولا تؤكل ذبيحته المجوسي) واضح. قوله: (بخلاف الكتابي إذا تحوّل إلى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب، أما إذا تمجّس فلا تؤكل ذبيحته. قال: (وإن ترك الذابح التسمية الخ) إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياً كان أو اضطرارياً عامداً كان أو ناسياً: قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم. وعلمنا أنّهم رضي الله عنهم الله فضلوا، أن تركها عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل. استدلل الشافعي بقوله ﷺ «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم» سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك، وبأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان، كالطهارة في باب الصلاة فإنها لما كانت شرطاً لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان. سلمنا أنها شرط

مخالفاً للإجماع. له قوله عليه الصلاة والسلام «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم» ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة، ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي، ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ الآية، نهى وهو للتحريم. والإجماع وهو ما بينا. والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه الصلاة والسلام قال في آخره «فإنك

تعليل لاستواء الأكل والمختون في الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلاً وهو قوله ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر. ثم أقول: هذا احتمال آخر أقرب مما ذكرنا، وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويحل إذا كان كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيّاً أو مجنوناً أو امرأة، فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط، ولا يخفى أن الأكل والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم قوله: (وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسياً أكل. وقال الشافعي: تؤكل في الوجهين. وقال مالك: لا تؤكل في الوجهين) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل إن ترك الذابح التسمية عند الذبح اختيارياً كان أو اضطرارياً عامداً أو ناسياً. قال الشافعي بشمول الجواز، ومالك بشمول العدم. وعلمناؤنا فصلوا، إن تركها عامداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل، وإن تركها ناسياً أكل انتهى. أقول: كأنه حسب أنه أتى في شرح هذا المحل بكلام محمل جامع لأنسام المسألة كلها لكنه أدخل بحق المقام في تحريره هذا. أما أولاً فلأن قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختياري كان أو اضطرارياً لأنهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح إنما تشترط في الذكاة الاختيارية، وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرمي لا غير، وسيجيء ذلك في الكتاب أيضاً. وأما ثانياً فلأن قول المصنف: والشارح المزبور أيضاً فيما بعد: وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسائلنا هذه للاختياري والاضطراري، إذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في

لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي. والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره، وعن الاستدلال بأننا لا نسلم الملازمة فإنها تقضي إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام، وما هنا إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة، ولما منع بطلان التالي أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره في الكتاب: يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي، وهو معذور لا يدل في حق العمد ولا عذر له، وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفاً للإجماع فواضح. واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ فإن فيه النهي بأبلغ وجه، وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل -تروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل، وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضي الله عنهما. والجواب أنه غير مجرى على ظاهره، إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول، لأن ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان، وفي ذلك أيضاً من الحرج ما لا يخفى، إذ الإنسان كثير النسيان، والحرج مدفوع بقوله

قوله: «المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم» أقول: ظاهره إقامة الإسلام مقام التسمية قوله: (دفعاً للتعارض بينه وبين حديث النخ) أقول: ولنا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد قوله: (واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾) أقول: ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتجاج بظاهر ما ذكرنا هو الآية الكريمة، فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عاداته في مثله لما تلونا قوله: (ووجه الاستدلال أن السلف) أقول: يعني القرن الثالث، وإلا فمذهب عطاء أنه لا يجوز أكل شيء ما بدون ذكر اسم الله عليه، أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه.

إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك^(١) علل الحرمة بترك التسمية. ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا، إذ لا فصل فيه ولكننا نقول: في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى، لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره، إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول. والإقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العاقد ولا عذر، وما رواه محمود على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشتت عند الذبح وهي على المذبوح، وفي الصيد تشتت عند الإرسال والرمي وهي على الآلة، لأن المقدور له في الأول الذبح في الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فتشتت عند فعل يقدر عليه، حتى إذا أضجع

جانب المقيس عليه قوله: (له قوله عليه الصلاة والسلام «المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم»)^(٢) أقول: فيه أن دليله هذا قاصر عن إفادة تمام مدعاة، لأن المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً، وهذا الحديث إنما ينتهز حجة في حق المسلم وحده قوله: (ولنا الكتاب وهو قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» [الأنعام ١٢١] نهى وهو للتحريم) قال في العناية: وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان. يقال: ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب. وقوله: (ولا تأكلوا) عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعاً للحرج كما أقام الأكل ناسياً مقام الإمساك في الصوم لذلك انتهى.

تعالى «وما جعل عليكم في الدين من حرج» فيحمل على حالة العمد دفعاً للتعارض. ولنا قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير، وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان. يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان، وذكره إذا ذكر بالقلب. وقوله: (ولا تأكلوا) عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد، وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً، إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان فإنه من الشرع بإقامة الملة مقام الذكر دفعاً للحرج، كما أقام الأكل ناسياً مقام الإمساك في الصوم لذلك، ومجال الكلام في الآية واسع، وقد قررناه في الأنوار والتقرير (والإجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً، وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي، فإنه رضي الله عنه حين سأله عدي عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر قال «لا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك» علل

قوله: (وهو نسيان فإنه من الشرع) أقول: الضمير في قوله فإنه راجع إلى النسيان.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٥٤٨٦ ومسلم ١٩٢٩ ج ٣ كلاهما من حديث عدي بن حاتم.

ولفظ البخاري: وعن عدي بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله إني أرسل كلبتي، واسمي فقال النبي ﷺ: إذا أرسلت كلبك وسميت، فأخذ فقتل فاكل، فلا تأكل، فإنما أمسكك على نفسه قلت: إني أرسل كلبتي أجده معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه فقال: لا تأكل، فإنما سميت على كلبك، ولم تسم على غيره. وسأله عن صيد المعراض فقال: إذا أصبت بحد فكل، وإذا أصبت بعرضة فقتل، فإنه وقيد، فلا تأكل. وبنحوه أخرجه أبو داود ٢٨٤٧، والترمذي ١٤٧٠، والنسائي في الكبرى ٤٧٨٠، ٤٧٧٩، وابن ماجه ٣٢٠٨، والدارمي ٨٩، والطبراني ١٠٣٠، وابن الجارود ٩٢٠ والدارقطني ٢٩٤، والبيهقي ٢٣٦، ٢٣٧ كلهم من حديث عدي بن حاتم.

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الرأية ١٨٢، وفي معناه أحاديث منها حديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ قال: المسلم يكفيه اسمع» فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم، وليذكر اسم الله، ثم ليأكل» أخرجه الدارقطني ٢٩٦، والبيهقي ٢٣٩، قال ابن القطان: ليس في هذا الإسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان، وكان صدوقاً صالحاً لكنه كان شديد الغفلة اهـ. وهناك حديث آخر أخرجه أبو داود في المراسيل ١٧٢ خلال ذكر اسم الله، أو لم يذكر.

قال الزيلعي: قال ابن القطان: وفيه مع الإرسال أن الصلت السدوسي لا يعرف له حال، ولا يعرف بغير هذا. وجاء في الدراية ٢٠٦، ٢٠٧: لم أجده بهذا اللفظ. أي لفظ صاحب الهداية. وورد نحوه عن ابن عباس، وصوب الحفاظ وقفه.

شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز، ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حلّ، وكذا في الإرسال، ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالأخرى أكل، ولو سمي على سهم ثم رمى بغير صيداً لا يؤكل. قال: (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 ولا تحرم الذبيحة، وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول: باسم الله محمد رسول الله، لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعاً له، إلا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحترم. والثانية أن يذكر موصولاً على وجه العطف والشركة بأن يقول: باسم الله واسم فلان، أو يقول: باسم الله وفلان، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله. والثالثة أن يقول مفصلاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضطجع الذبيحة أو بعده، وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح: اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ^(١) والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه، جردوا التسمية^(٢) حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حلّ، ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين، لأنه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية. وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٣) في قوله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ قال:

أقول: فيه كلام. أما أولاً فلأن مقتضى قوله: إن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام ١٢١] دالاً على أن لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلاً. لأن ذكر اسم الله عليه إنما يكون حال الإرسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه، فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الأكل في الآية المذكورة، مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري إذا ذكر اسم الله عليه حال الإرسال والرمي مجمع عليه بلا ريب. وأما ثانياً فلأن قوله إلا أن الشرع

الحرمة بترك التسمية والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء، وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح، وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة، لأن الطاعة بحسب الطاقة، والمقدور له في الأول الذبح، وفي الثاني الرمي والإرسال، وقد فزع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة. قال: (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة. وقوله: (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يسير إلى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم، قيل هذا إذا كان يعرف النحو. وقال التمرناشي: إن خفضه لا يحل لأنه يصير ذابحاً بهما، وإن رفعه حل لأنه كلام مبتدأ، وإن نصبه اختلفوا فيه؛ فقال بعضهم على قياس ما روي عن

قوله: (فقال بعضهم على قياس ما روي عن محمد إنه لا يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول: إذ يجوز أن يكون قصده إفادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور، والحرمة لا تثبت بالاشك.

(١) حسن لشاهده. أخرجه الحاكم في المستدرک ٣٩١،٢ 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 من أمتي جميعاً من شهد لك بالتوحيد، وشهد لي بالبلاغ، ثم أتى بالآخر، فذبحه. وقال: اللهم هذا عن محمد وآل محمد، ثم يطعمها المساكين، ويأكل هو وأهله منها فمكثنا...» قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه اهـ وتمتبه الذهبي بقوله: فيه زهير ذو مناكير وابن عقيل ليس بقوي اهـ وزهير هو ابن محمد العنبري وله شاهد بمعناه من حديث عائشة «أن رسول الله ﷺ وأتى بكبش أقرن... ثم ذبحه، وقال: بسم الله اللهم باسمك من محمد وآل محمد، ومن أمة محمد ثم ضحى به ﷺ»

وهذا صحيح أخرجه مسلم ١٩٦٧ وأبو داود ٢٧٠٢ وأحمد ٧٨،٦ وابن حبان ٥٩١٥ والبيهقي ٢٨٦،٢٧٢،٩.

(٢) لا أصل له. قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٤،٤: غريب وقال الحافظ في الدراية ٢٠٦،٢: لم أجده.

(٣) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ٣٨٩،٢، ٢٣٣،٤ عن ابن عباس وصححه على شرط الشيخين. وقال ابن حجر في الدراية ٢٠٦،٢: رجاله ثقات.

(والذبيح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبيح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام «الذكاة ما بين اللبة واللحين»^(١) ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء. قال: (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم، والمريء، والودجان) لقوله عليه الصلاة والسلام «أمر الأوداج بما شئت»^(٢). وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرء

جعل الناسي ذاكراً لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبيح عامداً كان أو ناسياً، لأن جعل الشرع الناسي، ذاكراً لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى «مما لم يذكر اسم الله عليه» لما كان عامداً وناسياً وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضاً فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف قوله: (ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان: أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية، لأن قوله: (مما لم يذكر اسم الله عليه) يشمل العمد والنسيان جميعاً لعدم القيد بأحدهما انتهى. وقال في العناية: استدلل مالك بظاهر قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» فإن فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى. أقول: الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» [الأنعام ١٢١] فيرد عليه أن يقال: إن عاداته في مثله أن يقول ما تلونا فما معنى المخالفة لها هنا، وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الأولى، فالأظهر عندي أن يكون مراده بقوله: ما ذكرنا في قوله: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عاداته، لأن عاداته أن يقول: لما تلونا فيما إذا أراد الكتاب وحده، وأن يقول: لما رويتنا فيما إذا أراد السنة وحدها، فلما أراد مجموعهما ها هنا أتى بكلمة جامعة فقال: ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا: يعني قوله تعالى «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» [الأنعام ١٢١] فحديث عدي بن حاتم الطائي إذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام «أمر الأوداج بما شئت»)^(٣) قال تاج الشريعة: الفري: القطع للإصلاح، والإفراء: القطع للإفساد، فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى.

محمد رحمه الله: أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله: (حتى لو قال عند الذبيح) إشارة إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لأبي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ها هنا الذكر، قال الله تعالى «فأذكروا اسم الله عليها صَوَافٍ»: أي قائمات صففن

قوله: (لأن في رواية القدوري: الذبيح بين الحلق الخ) أقول: فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري مبدأ.

(١) ضعيف جداً. أخرجه الدارقطني ٢٣٨،٤ من حديث أبي هريرة قال: «بعث رسول الله ﷺ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى: ألا إن الذكاة في الحلق واللبة» قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٥،٤: قال في التنقيح. ابن عبد الهادي. هذا إسناد ضعيف بمره وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به، وكذبه ابن نمير. وقال البخاري: يذكر بوضع الحديث.

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً على ابن عباس وعلى عمر: الذكاة في الحلق، واللبة.

(٢) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٥،٤ لكن ورد ما في معناه من حديث عدي بن حاتم قال: «قلت: يا رسول الله أرأيت إن أهدنا أصاب صيداً، وليس معه سكين أذبح بالمرءة، وشقة العصا؟ فقال: «أمر الدم بما شئت، وأذكر اسم الله عز وجل»

أخرجه أبو داود ٢٨٢٤ والنسائي ٢٢٥،٧ وابن ماجه ٣١٧٧ والطحاوي ١٨٣،٤ والبيهقي ٢٨١،٩ والحاكم ٢٤٠،٤ وابن أبي شيبه ٢٥٨،٥ ولفظ الناسي: «أنهر...» وكذلك أحمد. وقد صححه الحاكم وسكت عنه الذهبي.

وقال ابن حجر عن حديث صاحب الهداية: لم أجده. ويغني عنه حديث «أنهر الدم...».

انظر الدرابة ٢٠٧،٢.

(٣) هو المتقدم. وهو غريب بهذا اللفظ.

والودجين، وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء، إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه، وبظاهر ما ذكرنا يحتاج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا إن قطعها حل الأكل، وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة) وقالوا: لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين. قال رضي الله عنه: هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره، والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده. وقال في الجامع الصغير: إن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل، وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل، ولم يحك خلافاً فاختلفت الرواية فيه. والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث: أي ثلاث كان يحل، وبه كان يقول أبو يوسف أولاً ثم رجع إلى ما ذكرنا. وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره

واقضى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه. وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ البيق وقال: ولهذا قال المصنف: بعد هذا ورود الأمر بفرجه. أقول: فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر، لأن صاحب القاموس عمم الفرى والإفراء للإصلاح والإفساد بلا فرق بينهما حيث قال: فره يفره: شقه فاسداً أو صالحاً كفراه وأفراه انتهى. فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلاً. وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما، إلا أنه جعل الذبح من قبيل الإفراء دون الفرى حيث قال عن أبي عبيد: والفرق بين الإفراء والفرى أنه قطع للإفساد وشق كما يفرى الذابيح والسيح، والفرى قطع للإصلاح كما يفرى الحراز الأديم انتهى. فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا البيق، إذ لا شك أن الذبح إذا كان من قبيل الإفراء دون الفرى كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والأنسب. ثم إن صاحب المغرب قال: وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضاً، إلا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى. فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلاً عن أن يكون البيق وأنسب. وأما قول المصنف: فيما بعد في أثناء تحليل قول محمد: ولورود الأمر بفرجه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضاً كما ذكر في المغرب. ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث. أو اختياره منه لعدم الفرق بين الفرى والإفراء مطلقاً كما ذكره في القاموس، فكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام قوله: (وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء) قال في العناية: احتج الشافعي بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما. أقول: يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمريء، إذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما

أيديهن وأرجلهن وهناك التكبير، وبهذه الألفاظ لا يكون مكبراً (ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصبح الروائيتين) والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب إذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله أنه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر في إحدى الروائيتين عنه بأن المأمور به هناك ذكر الله مطلقاً. قال الله تعالى ﴿فاسمعوا إلى ذكر الله﴾ وما هنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة، وفي الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعله وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن فيه بياناً ليس في رواية القدوري، وذلك لأن في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبغ غيرهما، فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير. والأصل فيه قوله ﷺ «الذكاة ما بين اللبة واللحين» وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة، لأنه وإن كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحين، وهو دليل ظاهر للإمام الرستغفني رحمه الله في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر. ورواية المبسوط أيضاً تساعد، ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل، وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لأنه ذبح في غير المذبح، وهو

قال المصنف: (فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول: فيه بحث، لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تحليل أبي حنيفة حمل الأوداج على الاستفراق حيث بنى تحليله على قيام الأكثر مقام الكل، فيحتج بثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاعتقاد.

ولرود الأمر بقره فيعتبر أكثر كل فرد منها. ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر، إذ كل واحد منهما مجرى الدم. أما الحلقوم فيخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء، والمريء مجرى النفس فلا بد من قطعهما. ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأي ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها هو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرراً عن زيادة التعذيب، بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً لجانب الحرمة. قال: (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعاً حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي: المذبوح ميتة لقوله عليه

أيضاً كما لا يخفى. وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال: لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معاً. وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المزبور: وهو ضعيف لفظاً ومعنى، أما اللفظ فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً، وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه انتهى. أقول: ما ذكره في وجه ضعفه لفظاً ليس بسديد، إذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلقوم والمريء بأنه جمع الأوداج، وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتهما عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى قوله: (إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء: فيه بحث، لأن المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تحليل أبي حنيفة حمل الأوداج على الاستغراق حيث بنى تحليله على قيام الأكثر مقام الكل فحيث يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى. أقول: ليس هذا بشيء، لأن ما سيجيء من كلام المصنف في تحليل قول أبي حنيفة: وإن اقتضى حمل الأوداج على الاستغراق إلا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة، بل يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة، وعلى قطع الرابع أيضاً اقتضاء كما ذكره ها هنا؛ إذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الأربعة كلها، وإن كان من جهتي الدلالة: أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله: (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرراً عن زيادة التعذيب) أقول: لقائل أن يقول: لو كان في قطع الودجين معاً زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرراً عنها لما كان قطع العروق الأربعة جميعاً في الذكاة أولى عند أبي

مخالف لظاهر الحديث كما ترى، ولأن ما بين اللبة واللحين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه، وكان حكم الكل سواء، ولا معتبر بالعقدة. قال: (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة: الحلقوم، والمريء، والودجان. واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحل؛ فذهب الشافعي رحمه الله إلى الاكتفاء بالحلقوم والمريء: وذهب مالك رحمه الله إلى اشتراط قطع جميعها. وذهب أبو يوسف رحمه الله إلى اشتراط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين رجع إليه بعد ما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمهما الله كما نذكره. وذكر القدوري أنه قول محمد أيضاً. وقال المصنف: المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده. وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة. وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت، وهي ثلاثة

قال المصنف: (وما هو المقصود يحصل بها) أقول: أي بقطعها على حذف مضاف قال المصنف: (والتوحية) أقول: أي التعجيل بالحاء المهملة قال المصنف: (لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول: لعل الواو بمعنى أو قوله: (وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول: إنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو قوله: (وليس ثمة معهود) أقول: قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود، فإن العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود قوله: (لأن ما تحته ليس أفراداً حقيقة، والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك) أقول: فيه بحث، فإنه إنما يحصل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق، وهنا ليس كذلك كما لا يخفى. ثم قوله ليس أفراداً: أي ليس من أفراد مفردة. وقوله حقيقة: أي ليس من أفراد حقيقة لأن هذا الجمع من باب التغليب.

الصلاة والسلام «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة»^(١) ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أنهر الدم بما شئت»^(٢) ويروى «أفر الأوداج بما شئت» وما رواه محمود على غير المنزوع، فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك، ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد، بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخقة، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الأديمي، ولأن فيه إفساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان. قال: (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم) فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا. ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصاً. وما لم يجد فيه نصاً يحتاط في ذلك، فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل. قال: (ويستحب أن يحذ الذابح شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحذ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته»^(٣) ويكره أن يضعها ثم يحذ الشفرة لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه رأى

حنيفة أيضاً، بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أول، فإن تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه، مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضاً فتأمل. قال في العناية: لا يقال الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام، وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد كما في قوله تعالى ﴿لا يحل لك النساء من بعد﴾ [الأحزاب ٥٢] لأن ما تحته ليس أفرادة حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك انتهى. وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال: فيه بحث، فإنه إنما يحمل على الجنس إذا تعذر حمله على الاستغراق وها هنا ليس كذلك انتهى. أقول: ليس لهذا الإيراد مساس بالكلام المذكور في العناية، إذ لم يقل فيها إن الجمع حمل ها هنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعروف بالألف واللام إنما يحمل على الجنس عند أرباب علم الأصول إذا تعذر حمله على الاستغراق، وها هنا ليس كذلك، بل قال فيها: إن ما

أوجه، وإن قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع، والأصل في ذلك قوله ﷺ «أمر الأوداج بما شئت» والفري: القطع للإصلاح، والإنراء: القطع للإفساد فيكون كسر الهمزة أنسب، ولهذا قال بعد هذا لورود الأمر بفريه. احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الأوداج وما ثمة إلا الودجان، فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء، لأن الحيوان لا يعيش بعد قطعهما، وهو ضعيف لفظاً ومعنى. أما لفظاً فلأن الأوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلاً. وأما معنى فلأن المقصود إسالة الدم النجس، وهو إنما يحصل بقطع مجراه. واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه، فإن الأوداج جمع وأقله ثلاث فيتناول المريء والودجين، وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فثبت

(١) هو مغلق من حديثين. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٦، ٤.

أما الأول من حديث رافع بن خريج قال: «قال رسول الله ﷺ ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه، فكلوه ليس السن والظفر، ومباحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمذى الحية». وله قصة .

وهذا الحديث أخرجه البخاري ٢٤٨٨ وأطرافه في ٥٠٩، ٥٠٥، ٥٠٣، ٥٤٩٨، ٢٥٠٧، ٥٥٤٤، ٥٥٤٣، ٥٥٠٩، ٥٥٠٦، ٥٥٠٧، ٥٥٠٨، ٥٥٠٩، ٥٥١٠، ٥٥١١، ٥٥١٢، ٥٥١٣، ٥٥١٤، ٥٥١٥، ٥٥١٦، ٥٥١٧، ٥٥١٨، ٥٥١٩، ٥٥٢٠، ٥٥٢١، ٥٥٢٢، ٥٥٢٣، ٥٥٢٤، ٥٥٢٥، ٥٥٢٦، ٥٥٢٧، ٥٥٢٨، ٥٥٢٩، ٥٥٣٠، ٥٥٣١، ٥٥٣٢، ٥٥٣٣، ٥٥٣٤، ٥٥٣٥، ٥٥٣٦، ٥٥٣٧، ٥٥٣٨، ٥٥٣٩، ٥٥٤٠، ٥٥٤١، ٥٥٤٢، ٥٥٤٣، ٥٥٤٤، ٥٥٤٥، ٥٥٤٦، ٥٥٤٧، ٥٥٤٨، ٥٥٤٩، ٥٥٥٠، ٥٥٥١، ٥٥٥٢، ٥٥٥٣، ٥٥٥٤، ٥٥٥٥، ٥٥٥٦، ٥٥٥٧، ٥٥٥٨، ٥٥٥٩، ٥٥٦٠، ٥٥٦١، ٥٥٦٢، ٥٥٦٣، ٥٥٦٤، ٥٥٦٥، ٥٥٦٦، ٥٥٦٧، ٥٥٦٨، ٥٥٦٩، ٥٥٧٠، ٥٥٧١، ٥٥٧٢، ٥٥٧٣، ٥٥٧٤، ٥٥٧٥، ٥٥٧٦، ٥٥٧٧، ٥٥٧٨، ٥٥٧٩، ٥٥٨٠، ٥٥٨١، ٥٥٨٢، ٥٥٨٣، ٥٥٨٤، ٥٥٨٥، ٥٥٨٦، ٥٥٨٧، ٥٥٨٨، ٥٥٨٩، ٥٥٩٠، ٥٥٩١، ٥٥٩٢، ٥٥٩٣، ٥٥٩٤، ٥٥٩٥، ٥٥٩٦، ٥٥٩٧، ٥٥٩٨، ٥٥٩٩، ٥٦٠٠، ٥٦٠١، ٥٦٠٢، ٥٦٠٣، ٥٦٠٤، ٥٦٠٥، ٥٦٠٦، ٥٦٠٧، ٥٦٠٨، ٥٦٠٩، ٥٦١٠، ٥٦١١، ٥٦١٢، ٥٦١٣، ٥٦١٤، ٥٦١٥، ٥٦١٦، ٥٦١٧، ٥٦١٨، ٥٦١٩، ٥٦٢٠، ٥٦٢١، ٥٦٢٢، ٥٦٢٣، ٥٦٢٤، ٥٦٢٥، ٥٦٢٦، ٥٦٢٧، ٥٦٢٨، ٥٦٢٩، ٥٦٣٠، ٥٦٣١، ٥٦٣٢، ٥٦٣٣، ٥٦٣٤، ٥٦٣٥، ٥٦٣٦، ٥٦٣٧، ٥٦٣٨، ٥٦٣٩، ٥٦٤٠، ٥٦٤١، ٥٦٤٢، ٥٦٤٣، ٥٦٤٤، ٥٦٤٥، ٥٦٤٦، ٥٦٤٧، ٥٦٤٨، ٥٦٤٩، ٥٦٥٠، ٥٦٥١، ٥٦٥٢، ٥٦٥٣، ٥٦٥٤، ٥٦٥٥، ٥٦٥٦، ٥٦٥٧، ٥٦٥٨، ٥٦٥٩، ٥٦٦٠، ٥٦٦١، ٥٦٦٢، ٥٦٦٣، ٥٦٦٤، ٥٦٦٥، ٥٦٦٦، ٥٦٦٧، ٥٦٦٨، ٥٦٦٩، ٥٦٧٠، ٥٦٧١، ٥٦٧٢، ٥٦٧٣، ٥٦٧٤، ٥٦٧٥، ٥٦٧٦، ٥٦٧٧، ٥٦٧٨، ٥٦٧٩، ٥٦٨٠، ٥٦٨١، ٥٦٨٢، ٥٦٨٣، ٥٦٨٤، ٥٦٨٥، ٥٦٨٦، ٥٦٨٧، ٥٦٨٨، ٥٦٨٩، ٥٦٩٠، ٥٦٩١، ٥٦٩٢، ٥٦٩٣، ٥٦٩٤، ٥٦٩٥، ٥٦٩٦، ٥٦٩٧، ٥٦٩٨، ٥٦٩٩، ٥٧٠٠، ٥٧٠١، ٥٧٠٢، ٥٧٠٣، ٥٧٠٤، ٥٧٠٥، ٥٧٠٦، ٥٧٠٧، ٥٧٠٨، ٥٧٠٩، ٥٧١٠، ٥٧١١، ٥٧١٢، ٥٧١٣، ٥٧١٤، ٥٧١٥، ٥٧١٦، ٥٧١٧، ٥٧١٨، ٥٧١٩، ٥٧٢٠، ٥٧٢١، ٥٧٢٢، ٥٧٢٣، ٥٧٢٤، ٥٧٢٥، ٥٧٢٦، ٥٧٢٧، ٥٧٢٨، ٥٧٢٩، ٥٧٣٠، ٥٧٣١، ٥٧٣٢، ٥٧٣٣، ٥٧٣٤، ٥٧٣٥، ٥٧٣٦، ٥٧٣٧، ٥٧٣٨، ٥٧٣٩، ٥٧٤٠، ٥٧٤١، ٥٧٤٢، ٥٧٤٣، ٥٧٤٤، ٥٧٤٥، ٥٧٤٦، ٥٧٤٧، ٥٧٤٨، ٥٧٤٩، ٥٧٥٠، ٥٧٥١، ٥٧٥٢، ٥٧٥٣، ٥٧٥٤، ٥٧٥٥، ٥٧٥٦، ٥٧٥٧، ٥٧٥٨، ٥٧٥٩، ٥٧٦٠، ٥٧٦١، ٥٧٦٢، ٥٧٦٣، ٥٧٦٤، ٥٧٦٥، ٥٧٦٦، ٥٧٦٧، ٥٧٦٨، ٥٧٦٩، ٥٧٧٠، ٥٧٧١، ٥٧٧٢، ٥٧٧٣، ٥٧٧٤، ٥٧٧٥، ٥٧٧٦، ٥٧٧٧، ٥٧٧٨، ٥٧٧٩، ٥٧٨٠، ٥٧٨١، ٥٧٨٢، ٥٧٨٣، ٥٧٨٤، ٥٧٨٥، ٥٧٨٦، ٥٧٨٧، ٥٧٨٨، ٥٧٨٩، ٥٧٩٠، ٥٧٩١، ٥٧٩٢، ٥٧٩٣، ٥٧٩٤، ٥٧٩٥، ٥٧٩٦، ٥٧٩٧، ٥٧٩٨، ٥٧٩٩، ٥٨٠٠، ٥٨٠١، ٥٨٠٢، ٥٨٠٣، ٥٨٠٤، ٥٨٠٥، ٥٨٠٦، ٥٨٠٧، ٥٨٠٨، ٥٨٠٩، ٥٨١٠، ٥٨١١، ٥٨١٢، ٥٨١٣، ٥٨١٤، ٥٨١٥، ٥٨١٦، ٥٨١٧، ٥٨١٨، ٥٨١٩، ٥٨٢٠، ٥٨٢١، ٥٨٢٢، ٥٨٢٣، ٥٨٢٤، ٥٨٢٥، ٥٨٢٦، ٥٨٢٧، ٥٨٢٨، ٥٨٢٩، ٥٨٣٠، ٥٨٣١، ٥٨٣٢، ٥٨٣٣، ٥٨٣٤، ٥٨٣٥، ٥٨٣٦، ٥٨٣٧، ٥٨٣٨، ٥٨٣٩، ٥٨٤٠، ٥٨٤١، ٥٨٤٢، ٥٨٤٣، ٥٨٤٤، ٥٨٤٥، ٥٨٤٦، ٥٨٤٧، ٥٨٤٨، ٥٨٤٩، ٥٨٥٠، ٥٨٥١، ٥٨٥٢، ٥٨٥٣، ٥٨٥٤، ٥٨٥٥، ٥٨٥٦، ٥٨٥٧، ٥٨٥٨، ٥٨٥٩، ٥٨٦٠، ٥٨٦١، ٥٨٦٢، ٥٨٦٣، ٥٨٦٤، ٥٨٦٥، ٥٨٦٦، ٥٨٦٧، ٥٨٦٨، ٥٨٦٩، ٥٨٧٠، ٥٨٧١، ٥٨٧٢، ٥٨٧٣، ٥٨٧٤، ٥٨٧٥، ٥٨٧٦، ٥٨٧٧، ٥٨٧٨، ٥٨٧٩، ٥٨٨٠، ٥٨٨١، ٥٨٨٢، ٥٨٨٣، ٥٨٨٤، ٥٨٨٥، ٥٨٨٦، ٥٨٨٧، ٥٨٨٨، ٥٨٨٩، ٥٨٩٠، ٥٨٩١، ٥٨٩٢، ٥٨٩٣، ٥٨٩٤، ٥٨٩٥، ٥٨٩٦، ٥٨٩٧، ٥٨٩٨، ٥٨٩٩، ٥٩٠٠، ٥٩٠١، ٥٩٠٢، ٥٩٠٣، ٥٩٠٤، ٥٩٠٥

قال الزبلي في نصب الراية ١٨٦، ١٨٧: قال ابن القطان في رواية أبي داود (قال رافع: وسأحدثكم عن ذلك أما السن فمظم، وأما الظفر فمدى الحيشة) وقد شك في اتصال سنده في رواية أبي داود وقوله (أما السن فمظم، هل هو من كلام النبي ﷺ أم لا).

وأما القسم الثاني من الحديث فقد أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن خديج عن حمزة عن رافع بن خديج قال: «سألت رسول الله ﷺ عن الذبح بالبلطة فقال: كل ما أفرى الأوداج إلا سناً، أو ظفراً» وأخرجه الطبراني في معجمه من حديث أبي أمامة كما في نصب الرتبة ١٦٨ وابن جريح مدلس والظاهر أنه سمعه من رجل ضعيف لذا لم يفصح عن اسمه، وحديث الطبراني ولو فيه على ابن زيد.

(۲) تقدّم تخريجہ قبل ثلاثة أحاديث.

(٣) صحيح. أخرجه مسلم ١٩٥٥ وأبو داود ٢٨١٥ والترمذي ١٤٠٩ والنسائي ٢٢٧٧ وابن ماجه ١٣٧٠ والدارمي ٨٢٢ والطبرسي ١١١٩ وابن حبان ٥٨٨٢ وابن الجارود ٨٣٩ ٨٩٩ والبيهقي ٢٨٠٩ وأحمد ١٢٣٤ ١٢٥٠، كلهم من حديث شذاد بن أوس.

رجلاً أضجع شاة وهو يحذ شفرته فقال: لقد أردت أن تميتها موتات، هلا حددتها قبل أن تضجعها^(١) قال: (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ: قطع مكان بلغ. والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة. أما الكراهة فلما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام «أنه نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت»^(٢) وتفسيره ما ذكرناه، وقيل معناه: أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحة، وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه، وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه. والحاصل أن ما فيه زيادة إيلاء لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه. ويكره أن يجز ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح، وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد: يعني تسكن من الاضطراب، وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلك، إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهاذا قال: توكل ذبيحته. قال: (فإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة، ويكره 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: (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح، وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لأن ذكاة الاضطراب إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر، والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا. وقال مالك: لا يحل بذكاة الاضطراب في الوجهين لأن ذلك نادر. ونحن نقول: المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل، كيف وإنما لا نسلم الندرة بل هو غالب.

نحن فيه ليس أفراده حقيقة، لأن إطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك: أي فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ما هنا فلا يتجه عليه الإيراد المذكور أصلاً قوله: (وقال الشافعي: المذبوح ميتة لقوله عليه الصلاة والسلام «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدي الحبشة»)^(٣) أقول: هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي، بل يدل على خلاف مدعاه في البعض، فإن القرن أيضاً داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه.

قطع الحلقوم بالاقتضاء، وجوابه سيجيء. واحتج أبو يوسف رحمه الله بأن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر، إذ كل منهما مجرى الدم، أما الحلقوم فيخالف المريء، فإن المريء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس. ووقع في بعض النسخ بالعكس، وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب، وجوابه سيجيء. واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه، والأكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الأمور الأربعة وهو أقرب كما ترى. واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام، وأي ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية: أي التعجيل في إخراج الروح، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام، وبهذا يحصل جواب أبي يوسف، ويقول: (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين

(١) حسن. أخرجه الحاكم ٢٣١،٤، ٢٣٣ من حديث ابن عباس وكذا الطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٨٨،٤ وفي المجمع ٣٣،٤.

وقال الحاكم: صحيح على شرائط البخاري. وسكت الذهبي.

قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير والأوسط ورجاله رجال الصحيح.

(٢) غريب. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١١٨،٤ وورد بمعناه من حديث ابن عباس قال «نهى رسول الله ﷺ عن الذبيحة أن تفرس. يعني أن تنزع قبل أن تموت» والتفسير في الراوي.

أخرجه ابن عدي في الكامل ٤٠،٤ والطبراني في معجمه كما في نصب الراية ١٨٨،٤. وأعله ابن عدي بشهر بن حوشب حيث قال عنه: ليس بالقوي في الحديث وهو ممن لا يحتج بحديثه، ولا يتدبر به أه وأخرجه ابن عدي من طريق عبد الحميد بن بهرام ٣٢٠،٥ وقال: هو في نفسه لا بأس به، وإنما عابوا عليه كثرة رواياته عن شهر بن حوشب وشهر ضعيف جداً أه.

وقال في الدراية ٢٠٨،٢: لم أجده أي بثل سياحة المصنف. وهذا الأخير إسناده ضعيف.

(٣) هو المتقدم قبل ثلاثة أحاديث.

وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم. وعن محمد أن الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاتها العقر، وإن نذت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما، وإن نذا في المصر فيتحقق العجز، والصيال كالتد إذا كان لا يقدر على أخذه، حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله. قال: (والمستحب في الإبل النحر، فإن ذبحها جاز ويكره، والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة والاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح، والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافاً لما يقوله مالك إنه لا يحل. قال: (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيئاً ميتاً لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام «ذكاة الجنين ذكاة أمه»^(١) ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتشفس بتنفسها، وكذا حكماً حتى يدخل

قوله: (ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بقوله: إنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسألة، وإن أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم، ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة حيثئذ بل هو أيضاً أول المسألة فإنه مكروه عندنا، ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله: حتى لا يكون بأكله بأس، إلا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى قوله: (والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب: النخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب، والفتح والضم لغة في الكسر، ومن قال: هو عرق فقد سها، إنما ذلك البخاع بالياء يكون في القفا، ومنه بضع الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع، فالبخع أبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه إلى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال: فسر 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 هي شرايين وأوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط أصلاً، إلى هنا لفظ العناية. أقول: الرد المذكور مردود، لأن ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق إنما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان، وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك، ومركبة تركيباً أولياً كالعضل، أو ثانياً كالعين، أو ثالثاً كالوجه، ثم الرأس مثلاً على ما

فيكتفي به تحرراً عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله. لا يقال: الأوداج جمع دخل عليه الألف واللام وليس ثمة معهود فينصرف إلى الواحد، كما في قوله تعالى ﴿لا يحل لك النساء﴾ لأن ما تحته ليس أفراداً حقيقة والانصراف إلى الجنس فيما يكون كذلك. وقوله: (بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق) قيل: يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة، فإن الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقياً فلا يحل. وقيل لما كان جانب الحزمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الأكثر فكأنه لم يقطع شيئاً وربما لَوَح إلى هذا بقوله احتياطاً لجانب الحزمة. قال: (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح

قوله: (ورد بأن بدن الحيوان مركب، إلى قوله: وما ثم شيء يسمى بالخيط أصلاً) أقول: وفي القاموس، النخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب.

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٧٢٧ والترمذي ١٤٧٦ وابن ماجه ٣١٩٩ وأبو يعلى ٩٩٢ وابن حبان ٥٨٨٩ وابن الجارود ٩٠٠ والدارقطني ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤ والبيهقي ٣٣٥، ٣٣٦ وأحمد ٣٩٣، كلهم من حديث أبي سعيد الخدري، وفي إسناده يونس بن أبي إسحاق. قال الترمذي: حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم اهـ وورد من حديث ابن مسعود وعلي بن عباس. نصب الرتبة ١٨٩، ٤ اهـ. وقال المنذري في مختصر أبي داود: إسناده حسن ويونس وإن تكلم فيه فقد احتج به مسلم في صحيحه اهـ. وورد أيضاً من حديث جابر أخرجه أبو داود ٢٨٢٨ والدارمي ٨٤، ٢ والدارقطني ٢٧٣، ٤ والحاكم ١١٤، ٤ والبيهقي ٣٣٥، ٣٣٦، ٩ وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. وأخرجه البزار والطبراني كما في المجمع من حديث أبي الدرداء وأبي أمامة، وقال الهيثمي: فيه بشر بن عماره وثق، وفيه ضعف وأخرجه الطبراني في الصغير، والأوسط من حديث ابن عمر، وفيه ابن اسحاق ثقة لكنه مدلس وأخرجه من حديث كعب بن مالك، وفيه اسماعيل بن مسلم ضعيف.

في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها، وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الأم ذكاة له عند المعجز عن ذكاته كما في الصيد. وله أنه أصل في الحياة حتى تنصّر حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة، ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه، وتصح الوصية له وبه، وهو حيوان دموي، وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم، إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاً في حقه، بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصاً فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر، وإنما يدخل في البيع تحويلاً لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق بإعتاقها كي لا ينفصل من الحرية ولد رقيق.

بين كله في كتب الطب، فإن أراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيطة أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيطة فهو مسلم، لكن لا يجدي شيئاً إذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شيء من تلك الأعضاء بالخيطة أن لا يكون النخاع خطاً، وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقاً شيء يسمى بالخيطة فهو ممنوع جداً، كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيطة: منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام، ومنها صحاح الجوهري فإنه قال فيه: وهو الخيط الأبيض الذي في جوف الفقار، ومنها القاموس فإنه قال فيه: والنخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة.

بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه، وأكل الذبيح بها لا بأس به. وقال الشافعي رحمه الله: هو ميتة لقوله ﷺ «كل ما أنهر الدم وأفري الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة» استثنائهما بالإطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمنزوع والقائم، ولأن الذكاة فعل مشروع، وإنهار الدم بها مطلقاً غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «أنهر الدم بما شئت» ويروى «أفر الأوداج بما شئت» وهو بإطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره، إلا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فإن فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام «فإنها مدى الحبشة» فإنهم لا يقلمون الأظفار ويحددون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض، وهذا معنى قوله وما رواه محمود على غير المنزوع. وقوله: (ولأنه أكلة جارحة) جواب عن دليله المعقول. وتقريره: إنا لا نسلم أن إنهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع، فإنه أي كل واحد منهما أكلة جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الملبل، وبقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها: الليطة بكسر اللام: قشر القصب، والمروة: الحجر الحاد وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخقة، وقوله ﷺ «لقد أردت أن تميتها موتات» 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 منها. والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه، فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة، ونسبه صاحب النهاية إلى السهو. وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة ممتد إلى الصلب. ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار، وما ثمة شيء يسمى بالخيطة أصلاً. ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة. قال: (وما استأنس من الصيد) قد مر أن الذبح الاضطراري بدل عن الاختياري فلا مصير إلى الأول قبل المعجز عن الثاني، وهذا مخرج ما ذكر في الكتاب وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند المعجز وقال مالك رحمه الله: (لا يحل للأكل بذكاة الاضطرار في الوجهين) يعني ما توحش وما تردى، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له. قلنا: لا نسلم الندرة، ولئن كانت فالمعتبرة حقيقة المعجز وقد تحقق وقوله: (وفي الكتاب) يريد به القدوري وكلامه واضح. والنحر: قطع العروق عند الصدر، والذبح: قطعها تحت اللحيين، والمستحب في الإبل الأول وفي غيره الثاني،. والعكس يجوز. ويكره لما ذكر في الكتاب وقوله: (لمعني في غيره) أي في غير الذبح وهو ترك السنة وقوله: (أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان، وكلامه واضح خلا أنه لم يجب عن الحديث الذي استدلا به لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب، فإن كان منصوباً فلا إشكال أنه تشبيه، وإن كان مرفوعاً فكذلك لأنه أقوى في التشبيه من الأول، عرف ذلك في علم البيان. قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما في قوله:

وعينناك عينها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قال: (ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور) «لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع»^(١). وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب. والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة. ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل، ويدخل فيه الضبع والثعلب، فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في إباحتهما، والفيل ذو ناب فيكره، واليربوع وابن عرس

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول، إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح، التوصل إلى الأكل. وقدم الذبح لأن وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر قوله: (وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان: وهكذا قرر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط. ثم قال: ولنا في هذا التقرير نظر لأن الثقات من المحدثين رَووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير، ولو صحت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله: من السباع إلى النوعين جميعاً، لأن قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب انتهى. أقول: قوله: لأن قوله: وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب ليس بتمام، لأن كونه أقرب إنما يقتضي أولوية انصرافه إليه من انصرافه إلى أول النوعين جميعاً، ومدعى الشيخين انصرافه إليهما معاً فلا يقدح فيه ما ذكره. والوجه أن يقال: بين النوع الأول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفاً إلى النوعين جميعاً، إذ المتبادر أن يكون كل من البيانيين قيداً لما قرن به من أحد النوعين المذكورين بإزاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر قوله: (والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح: الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف

فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشيء تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح، وإنما ذكر أوصاف السبع ليبين على ذلك. قوله: (كي لا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم. قال في المبسوط: فالمراد بذئ الخطفة ما يخطف

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

قوله: (إن الاختطاف من فعل الطيور، والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول: قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع قوله: (والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعاؤه الخ) أقول: فيه بحث، فإنه يصدق على ما يؤكل لحمة أيضاً كالعصفور قوله: (ولم يذكره في الكتاب) أقول: قال الزيلعي في شرح الكتر: ونوع يخلط بينهما وهو أيضاً يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله

(١) جند. أخرجه مسلم ١٩٣٤ من طرق وأبو داود ٣٨٠٥ والنسائي ٢٠٦٧ وابن ماجه ٣٢٣٤ والدارمي ٨٥٢ والطبراني ٢٧٤٥ وابن حبان ٥٢٨٠ والبيهقي ٣١٥٩ وأحمد ٣٠٢، ٢٤٤، ٣٩٩، ٣٢٧ كلهم من حديث ابن عباس. وورد عن علي أخرجه أحمد في زوائد المستند ١٤٧، ١ مرفوعاً به. وورد مختصراً بلفظ «أَنَّ رسول الله ﷺ نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع». أخرجه البخاري ٥٥٣٨ ومسلم ١٩٣٢ وأبو داود ٣٨٠٢ والترمذي ١٤٧٧ والنسائي ٢٠١، ٢٠٠، ٧ وابن ماجه ٣٢٣٢ والدارمي ٨٥٢ والطبراني ١٠١٦ ومالك ٤٩٦، ٢ وأحمد ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥ كلهم من حديث أبي ثعلبة اه. قلت: حديث مسلم عن ابن عباس فيه كلام ذكره الزيلعي عن ابن القطن في ١٩٢، ٤ وقال النووي في شرح مسلم ٨٢، ١٣: قد صرح سماع ميمون عن ابن عباس فلا نفتح بما يخالف هذا اه. وذكر ابن حجر في التلخيص ١٥٠، ٤ كلام ابن القطن وقال: وخالف الخطيب، فصح كونه عن ميمون عن ابن عباس.

من السباع الهوام. وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف. قال: (ولا بأس بغراب الزرع) لأنه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير. قال: (ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف، وكذا الغداف. وقال أبو حنيفة: لا بأس بأكل المعقق) لأنه يخلط فأشبهه الدجاجة. وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب أكله الجيف. قال: (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا، وأما الضب فلأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله^(١)، وهي حجة على الشافعي في إباحته، والزنبور من المؤذيات، والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء، وإنما تكره الحشرات كلها

من فعل الطيور والانتهاج من فعل السباع البهائم انتهى. أقول: فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول: والسبع كل مختطف أو متتهب إلى آخر ما ذكره، لأن قوله: والسبع كل مختطف متتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاج في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى قوله: (وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة، وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال: له الأنوق كذا في الصحاح. والبغاث طائر أبغث إلى الغبرة دوين الرخمة، بطيء الطيران كذا في الصحاح أيضاً معزياً إلى ابن السكيت. وقال في القاموس: البغاث مثلثة الأول: طائر أغبر انتهى. قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه. وقال بعض منهم بعد ذلك: كالعصافير ونحوها. أقول: هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب. أما أولاً فلأنه يتناول ما يؤكل لحمه أيضاً كالعصافير فإنها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيه خان. وأما ثانياً فلأن كثيراً مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى، فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم أن لا يتم قول المصنف: لأنهما يأكلان الجيف. نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ها هنا فإنه قال في ديوان الأدب: البغاث ما لا يصيد من الطير، وقال في المغرب: البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها. وقال في الصحاح: قال الفراء: بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى. إلا أن شيئاً من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسيراً لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين، وإنما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أولاً معزياً إلى ابن السكيت، وما ذكره في القاموس أيضاً تبصر ترشد قوله: (وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية: أي لأن الضب من الحشرات، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض: لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفرادها انتهى. واقتضى أثره العيني.

بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب، ومن ذي النية ما يتهب بنابه من الأرض كالأسد والذئب قوله: (ويدخل فيه الضبع والشعلب) لأن لهما ناباً يقانلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في إباحتهما. فإن قيل: يعارضه حديث جابر رضي الله عنه «أنه سئل عن الضبع أصيد هو؟ فقال نعم، فقيل أيؤكل لحمه؟ فقال نعم، فقيل أشيء سمعته من رسول الله ﷺ؟ فقال نعم» فلا يكون حجة. أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر إن صح، وقد قيل

تعالى وهو المعقق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب قال المصنف: (وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أقول: قال العلامة الكاكي: أي لأن الضب من الحشرات، فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير، يتناول نهيه كل الأفراد انتهى. وفيه بحث قوله: (أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر)

(١) غريب هكذا. وأخرج أبو داود ٣٧٩٦ عن عبد الرحمن بن شبل «أن رسول الله ﷺ نهي عن أكل لحم الضب» قال المنذري في مختصره ٣١١،٥: في إسناده إسماعيل بن عباس، وضمضم بن زرع، وفيهما مقال وقال الخطابي: ليس إسناده بذلك.

وقال البيهقي: وحديث عبد الرحمن لم يثبت إسناده إنما انفرد به إسماعيل، وليس بحجة.

الخلاصة: سياق المصنف غريب كذا قال الزيلعي في ١٩٥،٤ وابن حجر في الدراية ٢٠٩،٢ وحديث ابن شبل غير قوي بل هو منكر يخالف ما في الصحيحين من جواز أكله. انظر نصب الراية ١٩٥٤.

استدلالاً بالضبط لأنه منها. قال: (ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه «أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير»^(١) وعن علي رضي الله عنه «أن النبي عليه الصلاة والسلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»^(٢). قال: (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال «نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر»^(٣)، ولأبي حنيفة قوله تعالى ﴿والخيول والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها، والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها، ولأنه أكلة إرهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة، ولأن في إباحته تقليل آفة

أقول: ليس ذاك بسديد لأن الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب: لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذاك الشارحان، فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما تكره الحشرات كلها لأن الضب منها، وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة. ثم أقول: ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في إثبات كراهه أكل الحشرات كلها بقوله تعالى

إنه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ وابن عرس دوية، والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة، والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه، وأما الغراب الأسود والأبيض فهو أنواع ثلاثة: نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه، ونوع منه لا يؤكل إلا الجيف وهو الذي سماه المصنف الأبقع الذي يأكل الجيف وأنه مكروه، ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف قوله: (وكذا الغداف) وهو غراب القيط لا يؤكل. وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثاً

أقول: والدليل عليه أن سورة الأنعام مكية، وفتح خيبر كان بعد الهجرة قال المصنف: (ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ﴿والخيول والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾ خرج مخرج الامتنان الأكل من أعلى منافعها الخ) أقول: قال القاضي في تفسيره: واستدل به على حرمة لحومها، ولا دليل فيه، إذ لا يلزم من تحليل الفعل بما يقصد منه غالباً أن لا يقصد منه غيره أصلاً، ويدل عليه أن الآية مكية، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حرمت عام خيبر انتهى. قال الكاكي: فإن قيل: إنما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة. أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا. ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الأكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة. أما قوله منفعة الأكل يتعلق بها البقاء في الجملة فمسلم، لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر

(١) حسن شاذ. أخرجه أبو داود ٣٧٩٠ والنسائي ٢٠٣،٧ وابن ماجه ٣١٩٨ كلهم من حديث خالد بن الوليد واللفظ لابن ماجه. قال أبو داود: هذا منسوخ اهـ.

قال السندي: اتفق العلماء على أنه حديث ضعيف ذكره النووي، وذكر بعضهم أنه منسوخ اهـ. وهو معارض بأحاديث منها حديث جابر فقد أخرجه البخاري ٤٢١٩، ٥٥٢٠ ومسلم ١٩٤١ كلاهما من حديث جابر ولفظه «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر، ورخص في الخيل».

وأخرج أبو داود ٣٧٨٩ من حديث جابر قال: «ذهبنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله ﷺ عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل».

ومن حديث أسماء، وهو في الصحيح كما ذكر الزيلعي ١٩٩،٤ وقال: حديث خالد متكلم فيه إسناداً ومتناً، وحديث جابر صحيح.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٥٥٢٤ ومسلم ١٤٠٧ والنسائي ٢٠٣،٧ وابن ماجه ١٩٦١ كلهم من حديث جابر ولفظه «أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الإنسية».

(٣) صحيح. فقد أخرجه البخاري ٤٢١٩، ٥٥٢٠، ٥٥٢٤ ومسلم ١٩٤١ وأبو داود ٣٧٨٨ والنسائي ٢٠١،٧ وابن الجارود ٨٨٥ وابن حبان ٥٢٧٤ والبيهقي ٣٢٦،٩، ٣٢٧، والدارمي ٨٧،٢ وأحمد ٣٦١،٣ كلهم من حديث جابر.

الجهاد، وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه^(١)، والترجيح للمحرم. ثم قيل: الكراهة عنده كراهة تحریم، وقيل كراهة تنزيه، والأول أصح. وأما لبنة فقد قيل: لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد. قال: (ولا بأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه الصلاة والسلام أكل منه حين أهدي إليه مشروباً^(٢) وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه^(٣)، ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبهه الظبي. قال: (وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمة طهر جلده ولحمه إلا الأدمي والخنزير) فإن الذكاة لا تعمل فيهما، أما الأدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ. وقال الشافعي: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً، وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تبع بدون الأصل وصار كذبح المجوسي. ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت طهر كما في الدباغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمة يطهر شحمه، حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له. وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل؟ قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة، والزيت غالب لا يؤكل ويستمتع به في غير الأكل. قال: (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر، واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان. وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله، والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ من غير

﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف ١٥٧] والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحيتث يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه قوله: (ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحریم، وقيل كراهة تنزيه

عادة، وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه، وما خلط كالذجاج والعقق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح، لأن النبي ﷺ أكل الذجاجة وهي مما يخلط. وقوله: (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع: يعني أنه ذو ناب وقوله:

وغيرهما. أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده، فإن الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنيمة كالأدمي فيحيتث ترك الامتنان في الخيل بالأكل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل. قلنا: وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء، بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد، ومنفعة الأكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة. على أننا نقول: إن الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء، بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والإبل، فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها، ومنفعة الأكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون

(١) هو الحديث المتقدم قبل حديثين، وهو غير قوي، وقيل: منسوخ وأما قوله: «والترجيح المحرم» فجوابه أن حديث جابر صحيح، وحديث خالد فيه ضعف كما ذكر الزيلعي في نصب الرأية ١٩٨، ١٩٩.

(٢) صحيح. يشير المصنف إلى حديث أنس بن مالك فغلبوا، فأدركتها فأخذتها، فأنبت بها أبا طلحة فذبحها، وبعث إلى رسول الله ﷺ بوركها. أو فخذها قال: فخذها لا شك فيه. فقبله. قلت: وأكل منه؟ قال: وأكل منه. ثم قال بعد: قبله. أخرجه البخاري ٢٥٧٢ وأطرافه ٥٤٨٩ ٥٥٣٥ ومسلم ١٩٥٣ وأبو داود ٣٧٩١ والترمذي ١٧٨٩ وأحمد ١١٨، ٣.

وهذا اللفظ للبخاري، وإسناده لا مطعن فيه لكن ذكر الأكل فيه غريب، والراجح رواية «قيل» وهذا لا يعني أكله. ولذا قال الزيلعي في نصب الرأية ١٩٩، ٤: رواه البخاري في الذبائح، ولم يذكر فيه الأكل، ولا ذكره فيه غيره من أصحاب الكتاب الستة الحديث اهـ.

وأخرج النسائي ١٩٦، ٧ من حديث أبي هريرة: فيه: «فلم يأكل»، وأمر القوم أن يأكلوا. (٣) حسن. يشير المصنف إلى حديث أبي هريرة قال: «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فلم يأكل، وأمر القوم أن يأكلوا» وزاد في لفظ: «وقال: فإني لو اشتيتها أكلتها».

أخرجه النسائي ٢٢٦، ٤ وفي الكبرى ٢٢٢٩، ٤٨٢٢ وإسناده جيد ورجاله كلهم ثقات. ورود بنحوه عن ابن الحوتكية عن عمر بن الخطاب. أخرجه أبو يعلى ١٦١٢ والطيالسي ٩٤٢ وأحمد ٣١، ١ بإسناد ضعيف فيه حكيم بن جبير الأسدس ضعيف وعبد الرحمن بن عتبة بن مسعود قد اختلف كما في الهيثمي في المجمع ١٩٥، ٣. وأخرجه النسائي ٢٢٣، ٤ عن موسى بن طلحة عن ابن الحوتكية عن أبي ذر به، ثم كثره بدون أبي ذر، ثم صوب النسائي كونه عن ابن الحوتكية عن أبي ذر.

فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر «هو الطهور ماؤه والحل ميتته»^(١) ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأنشبه السمك. قلنا: قوله تعالى «ويحرم عليهم الخبائث» وما سوى السمك خبيث. ونهى رسول الله عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الصفدع^(٢)، ونهى عن بيع السرطان^(٣). والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام «أحلت لنا ميتتان ودمان، أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»^(٤) قال: (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما

والأول أصح قال صاحب العناية في تعليل كون الأول أصح: لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم انتهى. أقول فيه نظر، لأن هذا إنما يدل على كون الأول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصراً في لفظ أكرهه فكأن بعضهم حملة على التحريم وبعضهم حملة على التنزيه، وليس كذلك بل المروى عنه فيها لفظان: أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه، وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم، فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذكور: ومبنى اختلاف

(وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي ﷺ، وأنه لتأنيث الخير. فإن قيل: يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ سئل عن الضب فقال: لم يكن من طعام قومي، فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحزمه» وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال «أكل الضب على مائدة رسول الله ﷺ»، وفي الأكلين أبو بكر رضي الله عنه «أجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبيح إذا تعارضا يرجح الحاضر، على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم، ولا تؤكل الحمر الأهلية لما ذكر في الكتاب، وذهب بشر المريسي إلى إباحته، ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبهاً بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى «قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً» الآية، وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله ﷺ «لم يبق من مالي

الركوب. وأما قوله غيره يسد مسده في تعلق البقاء. قلنا: ذلك لا يخرج عن كون منفعة الأكل فوق منفعة الركوب والزينة. وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوباً منتفعاً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع، وفيه كلام لا يخفى.

(١) تقدّم تخريجه في الطهارة وإسناده قوي.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٨٧١، ٥٢٦٩، والنسائي ٢١٠٧، والطبراني ١١٨٣، والحاكم ٤٤٥٤، كلهم من حديث عبد الرحمن بن عثمان القرشي، وفي إسناده سعيد بن القارظي قال عنه في التريب: صدوق.

وقال الزيلعي في نصب الرأية ٢٠١، ٢٠١: صنفه النسائي ووثقه ابن حبان، وقال الدارقطني: مدني يحتج به والحديث صححه الحاكم وقال البيهقي: هو أقوى ما ورد في الصفدع اهـ ولفظ الحديث: «أن طيباً سأل النبي ﷺ عن صفدع يجعلها في دواء، فنهاه النبي ﷺ عن قتلها».

(٣) غريب جداً. كذا قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٠١، ٢٠١، وقال ابن حجر في الدراية ٢١٢، ٢١٢: لم أجده.

(٤) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٣٣١٤، والدارقطني ٢٧٢٤، وابن حبان في الضعفاء ٥٨٢، وابن الجوزي في الواهيات ١١: ٤، وأحمد ٩٧، ٩٧: ٢، كلهم من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن ابن عمر مرفوعاً ورواية: «السمك» بدل «الحوت» ورواية ابن ماجه «لکم» بدل «لنا».

ومدار الحديث على عبد الرحمن بن زيد بن أسلم.

ورواه الدارقطني من وجه آخر عن زيد بن أسلم موقوفاً على ابن عمر، وقال: هو أصح اهـ.

قال ابن حجر في التلخيص ٢٦١: وكذا صحح الوقف أبو حاتم، وأبو زرعة، وعبد الرحمن بن زيد: ضعيف متروك. وقال أحمد: حديثه منكرو.

وختم ابن حجر كلامه بقوله: ولكن له حكم الرفع لأنه مثل قولهم: أمرنا ونهينا اهـ.

وقال ابن حبان: عبد الرحمن بن زيد كان ممن يقلب الأخبار متى كثر في روايته رفع المراسيل وإسناد الموقوف فاستحق الترك. رؤونا من يحيى:

عبد الرحمن، وعبد الله، وأسامة بنو زيد بن أسلم: ليسوا بشيء وقال ابن الجوزي في الواهيات: ورواه المسور بن الصلت من وجه آخر مرفوعاً

والمسور كذب أحمد، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات اهـ.

وقال ابن أبي حاتم في علله: قال أبو زرعة: هو موقوف على ابن عمر اهـ.

وانظر نصب الرأية ٢٠٢، ٢٠٢.

روينا، ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث. ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال «ما نضب عنه الماء فكلوا، وما لفظه الماء فكلوا، وما طفا فلا تأكلوا»^(١) وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة. قال: (ولا بأس بأكل الجزيث والعر ما هي وأنواع السمك والجراد فلا ذكاة) وقال مالك: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر، ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائر. والحجة عليه ما روي. وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال: كله كله^(٢). وهذا عدل من فصاحته، ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه، بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه

المشايع في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روي عنه: رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال: أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روي عن أبي يوسف اه تأمل قوله: (لهم قوله تعالى «أحل لكم صيد البحر» من غير فصل) أقول: الظاهر أن ضمير لهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المذكور، إذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أثمتنا، مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول: من قال: منهم باستثناء الخنزير والكلب والإنسان كما مر ذلك أيضاً، إذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل قوله: (ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول:

إلا حميرات، فقال عليه الصلاة والسلام: كل من سمين مالك، واستدللاً بحل أكل الوحشي وهو ضعيف. أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر، والدليل على ذلك حرمة الأشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها. وأما الحديث فلأنه مؤول بأكل ثمنها. وأما الاستدلال فلأن شرطه أن لا يكون الفرع منصوفاً عليه والنص الناهي عن لحوم الحمر الأهلية قائم فبطل القياس. قال: (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح. وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بآدائها بأنه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي أن لا يحل الحمل عليه وهو فاسد، فإن الكلام في أن ترك أعلى النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل ليس كذلك. وقوله: (والأول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لأنه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله: إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه؟ قال التحريم، ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروي عنه، فإنه روي عنه: رخص بعض العلماء في لحم الخيل، فأما أنا فلا يعجبني أكله، وهذا يلوح إلى التنزيه. وروى عنه أنه قال أكرهه، وهو يدل على التحريم على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله قوله: (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) واضح. والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا. والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو، والجزيث نوع من السمك والمار ما هي كذلك. وقوله: (والحجة عليه ما روي) يعني قوله عليه الصلاة والسلام «أحل لنا ميتتان ودمان الخ» وقوله: (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فإنها تؤكل لأن ضيق المكان سبب لموتها، وكذلك إن قتلها طير الماء وغيره، وكذلك إن ماتت في حب ماء لأن ضيق المكان

(١) غريب بهذا اللفظ. وأخرج أبو داود ٣٨١٥ وابن ماجه ٣٢٤٧ والدارقطني ٢٦٩، ٢٦٨، ٢٦٩ كلهم من حديث جابر «أن رسول الله ﷺ قال: «ما ألقاه البحر أو جزر عنه فكل، وما مات فيه وطفا فلا تأكلوا» وفي إسناده يحيى بن سليم.

قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٣، ٢٠٤: صفة البيهقي وقال: هو كثير الوهم سيء الحفظ. وقال الزيلعي: وفيه نظر، فإن يحيى أخرج له الشيخان فهو ثقة، وثقل ابن القطان عن ابن معين قوله: هو ثقة لكن في حفظه شيء، ومن أجل ذلك تكلم الناس فيه.

قال الترمذي: قال البخاري: حديث جابر ليس بمحفوظ ويروى عن جابر خلاف هذا، وصوب أبو زرعة الوقوف، كذا أبو داود والدارقطني. ثم قال الزيلعي: ومن حجاج الخصوم حديث العنبر وهو في الصحيح من طرق عن جابر، ومنه «أحل لنا ميتتان».

(٢) غريب بهذا اللفظ. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ٢٠٥، ٢٠٤ ثم قال: أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن علي قال: الحيتان والجراد ذكي كله. وأخرج عن عمر: الحوت ذكي كله والجراد ذكي كله.

بالنص الوارد في الطافي، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ، وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها في كفاية المنتهى. وعند التأمل يقف المبرّز عليها: منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي، لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتاً فميتته حلال. وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان، والله أعلم.

لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضاً للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلاً مستقلاً كما هو مقتضى تحرير المصنف، بل ينبغي أن يقال: لإطلاق ما رويناه وإطلاق حديث حلّ ميتة البحر.

سبب لموتها، وكذلك إن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك، وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب، وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً ألقاه في الماء لتأكل منه فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها، وهو في معنى ما انحسر عنه الماء. وقال رحمه الله «ما انحسر عنه الماء فكل»^(١) وقوله: (وفي الموت بالحرّ والبرد روايتان) إحداهما أنها تؤكل لأنه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على البيس، والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحرّ والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب. وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد. وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل، وعلى قول محمد الله يحل، والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال المصنف: (وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر) أقول: فيه بحث، فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتلى الطف في كونها إضافة إلى المكان. وجوابه أن مراده لامامات فيه بغير آفة توفيقاً بين الروايتين.