

القول الصادق

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن زجب الحنبلي المتوفى ٧٩٥ هـ

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

مكتبة الخزانة
اصحاب اولاد محمد بن ابي النجاشي
بشاعة عبد العزيز بمصر

كلمة للناس

الحافظ ابن رجب الحنبلي من كبار رجال العلم في المائة الثامنة ، فقيه ، محدث ، واعظ ، مؤرخ . له في هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكانتها عند العلماء وقد طبع منها الكثير [وكتابه القواعد] هذا الذي نقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من أجود كتبه واندرها وجودا يدل على معرفة تامة بالمذهب .

وكنيت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يشت من اكملهما بعتهما لدار الكتب المصرية اذ هي خزانة العلم في الشرق جميعه معتمدا البحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فعثرت على نسخة كاملة قديمة لا تتجاوز مخطوطات عهد المؤلف وقديما كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة ايدها الله بنصر من عنده يمد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الاسفار الجليلة خدمة للعلم وابتغاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرته رغبتي في طبع هذا الاثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى الى المساعدة بنصف نفقات طبعه

فما نحن نقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة بيدنا على نسختي دار الكتب المرصودتين تحت رقمي ٧١١ ، ٧١٢ من فن الاصول والاشارة الى ما بينهما وبين نسختنا من اختلاف بأسفل الصفحة والذي بين المربعين [] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع ، ومن الله جل شأنه نستمد التوفيق والاعانة ؟
محمد أمين

تحريرا في أوائل المحرم سنة ١٣٥٢

الموافق شهر مايو سنة ١٩٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(رب ينر وأعن)

قال الشيخ الامام العالم العلامة أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته وأسكنه فسيح جنته .

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم ، وشيد معاهد العلم بخطابه وإحكام ، وفقه في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهم ، وأوقف من شاء على ما شاء من أسرار مراده وألهم ، فسبحان من حكم فاحكم ، وحل وحرم ، وعرف وعلم ، علم بالقلم علم الانسان ما لم يعلم ، وأشهدان لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي الى الطريق الاقوم ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وودائع العلم والحلم والكرم ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم .

و اما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقهاء أصول المذهب ، وتطلعهم من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب . وتنظم له مشور المسائل في سلك واحد ، وتقيد له الشوارد ، وتقرب عليه كل متباعد ، فليمعن (١) الناظر فيه النظر ، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر . فلقد سنح بالبال على غاية من الاعمال ، كالارتجال او قريبا من الارتجال ، في ايام سيرة و ليال . ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه ، والله المستول ان يوفقنا لصواب القول والعمل ، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل ، لا يخيب من إياه رجا وعليه توكل .

(القاعدة الأولى)

الماء الجاري هل هو كالراكد أو كل جرية منه لها حكم الماء المنفرد . فيه خلاف في المذهب ينبنى عليه مسائل :

(أحدها) لو وقعت فيه نجاسة فهل يعتبر مجموعه ، فإن كان كثيرا لم ينجس بدون تغير والا نجس او تعتبر كل جرية بانفرادها فان بلغت قلتين لم ينجس والا نجست . فيه روايتان

(١) فلينعهم: د

حكاهما الشيرازى وغيره (والثانية) المذهب عند القاضى والثانية لو غمس الاناء النجس فى ماء جار ومرت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات ، على وجهين : حكاهما أبو الحسن بن الغازى تلميذ الآمدي ، وذكر أن ظاهر كلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة ، وفى شرح المذهب للقاضى : أن كلام أحمد يدل عليه ، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقيب كل جرية . (والثالثة) لو انغمس المحدث حدثاً أصغر فى ماء جار للوضوء ومرت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا . على وجهين : أشهرهما عند الأصحاب أنه يرتفع (١) حدثه . وقال أبو الخطاب فى الانتصار : ظاهر كلام أحمد أنه لا يرتفع حدثه لأنه لم يفرق بين الجارى والراكد . قلت : بل نص أحمد على التسوية بينهما فى رواية محمد بن الحكم ، وأنه اذا انغمس فى دجلة فإنه لا يرتفع حدثه حتى يخرج حدثه مرتباً (والرابعة) لو حلف لا يقف فى هذا الماء وكان جارياً لم يحث عند أبى الخطاب وغيره ، لأن الجارى يتبدل ويستخلف شيئاً فشيئاً ، فلا يتصور الوقوف فيه . وقياس المنصوص أنه يحث ، لاسيما والعرف يشهد له والایمان مرجعها الى العرف ، ثم وجدت القاضى فى الجامع الكبير ذكر نحو هذا [والله اعلم] .

﴿ القاعدة الثانية ﴾

شعر الحيوان فى حكم المنفصل عنه لا فى حكم المتصل ، وكذلك الظفر . هذا هو جادة المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا مس شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه ، وكذلك ظفرها أو مسها بظفره أو شعره (٢) ولهذا المسألة مأخذ آخر : وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية ، وهى شرط لنقض الوضوء عندنا (ومنها) أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب ، وكذا ما طال من الظفر على احتمال فيه ، أما على المشهور فإن انفصل من آدمى لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس ، لأنه كانت فيه حياة ثم فارقت حال انفصاله فمنعه الاتصال من التنجيس فإذا انفصل زال المانع فنجس (ومنها) غسله فى الجنابة والحدث . فاما الجنابة ففى وجوب غسله وجهان والذى رجحه صاحب المغنى وذكر أنه ظاهر كلام الحزق عدم الوجوب طرداً للقاعدة ، ومن أوجهه فيقول : وجب تعبدًا . نعم إن كان وصول الماء الى البشرة لا يمكن بدون غسله وجب لضرورة وجوب إيصال الماء الى ماتحته ، وأما فى الحدث الأصغر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح ، وأما المحاذى لمحل الفرض فيجزى أمرار الماء على ظاهره اذا كان كثيفاً ، لأن إيصال الماء

الى الحوائل في الوضوء كاف وان لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلقة كالخف والعمامة والجبيبة
فالمتمصل خلقة أولى (ومنها) لو اضاف طلاقاً أو عتاقاً أو ظهراً إلى الشعر أو الظفر لم يثبت به الطلاق
ولا العتاق ولا الظهار على الأصح (ومنها) لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته في الصلاة لكن له
الحية (١) كبيرة تستره فالمذهب أنه يكفيه في الستر ، قال في المغنى : نص عليه مع أنه قرر في كتاب الحج
أن الستر بالمتصل كاليد ونحوها لا فدية فيه . وخالفه صاحب شرح الهداية وقال : هو ستر في الموضعين
وتردد فيه القاضى في شرح المذهب فجزم تارة بان الستر بالمتصل ليس بستر في الاحرام ولا في
الصلاة ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر في الصلاة دون الاحرام ، لأن القصد في ستر الصلاة
تغيب لون البشرة وفي الاحرام انما يحرم الستر بما يستره عادة . فاما إيجاب الفدية به وضمانه من
الصيد وتحريم نظره على الأجنبية ، فلما يتعلق بجملة البدن من ازالة جماله وتأذى الصيد بترويعه واثبات
اليده عليه ، وهو ممتنع ، والافتتان بالمرأة ولهذا لو انفصل شعر المرأة جاز النظر اليه على ظاهر كلام
ابن الخطاب في الانتصار وحكى صاحب التلخيص فيه وجهين .

﴿ القاعدة الثالثة ﴾

من وجبت عليه عبادة فأتى بما لو اقتصر على مادونه لأجزأه هل يوصف الكل بالوجوب
أو قدر الاجزاء منه . ان كانت الزيادة متميزة منفصلة فلا اشكال في أنها نفل بانفرادها
كاخراج صاعين منفردين في الفطرة ونحوها (٢) ، وأما ان لم تكن متميزة ففيه وجهان مذكوران
في أصول الفقه وينبنى عليه مسائل :

(منها) اذا أدرك الامام في الركوع بعد فوات قدر الاجزاء منه هل يكون مدركا له في
الفريضة . ظاهر كلام القاضى وابن عقيل تخريجها على الوجهين اذا قلنا لا يصح اقتداء المفترض
بالمستفل قال ابن عقيل ويحتمل أن تجرى الزيادة مجرى الواجب في باب الاتباع خاصة اذا
الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق ومصلى الجمعة من امرأة وعبد ومسافر (ومنها) اذا
وجب عليه شاة فذبح بدنة فهل كلها واجبة أو سبعة . على وجهين (ومنها) اذا أدى عن خمس
من الابل بعيراً وقلنا يجزيه فهل الواجب كله أو خمسة الواجب . حكى القاضى ابو يعلى الصغير
فيه وجهين : فعلى القول بأن خمسة الواجب يجزى . عن عشرين بعيراً ايضاً ، وعلى الآخر
لا يجزى . عن العشرين الا أربعة ابعرة (ومنها) اذا مسح رأسه كله دفعة واحدة وقلنا الفرض
منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه (ومنها) اذا اخرج في الزكاة سناً اعلى من

(١) بنسخة الدارجلة وهو تصحيف (٢) بالأصل ونحوه

الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع ، قال ابو الخطاب كله فرض وقال القاضى بعضه تطوع وهو التصواب ، لأن الشارع اعطاه جبرانا عن الزيادة ، فاما ما كان الاصل فرضيته ووجوبه ثم سقط بعضه تخفيفا فاذا فعل الاصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح ، فمن ذلك اذا صلى المسافر اربعافان الكل فرض في حقه . وعن أبي بكر أن الركعتين الأخيرتين تنقل (١) لا يصح اقتداء المفترض به فيهما وهو متمش على أصله وهو عدم اعتبار نية القصر ، والمذهب الأول ومنه اذا كفر الواطى في الحيض بدنيار فان الكل واجب وان كان له الاقتصار على نصفه ذكره في المغنى ، ويتخرج فيه وجه من قول أبي بكر فاما ان غسل رأسه بدلا عن مسحه وقتلنا بالاجزاء ففى السائل منه وجهان احدهما انه مستعمل في رفع حدث لأن الاصل هو الغسل وانما سقط تخفيفا ، والثانى وهو الصحيح انه طهور لأن الغسل مكروه فلا يكون واجبا وقد يقال والاطماف فى السفر مكروه أيضا .

﴿ القاعدة الرابعة ﴾

العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منهما لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أو قبل شرط الوجوب ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة :

(منها) الطهارة سبب وجوبها الحدث وشرط الوجوب فعل العبادة المشترط لها الطهارة فيجوز تقديمها على العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث (ومنها) الصلاة فيجوز تقديم صلاة العصر الى وقت الظهر ، والعشاء الى وقت المغرب لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصلاتين عند العذر دون عدمه ، ولهذا اودرك جزءا من وقت الزوال ثم طرأ عليه عذر لزمه قضاء الصلاتين على احدى الروايتين ، ولو زال العذر فى آخر وقت العصر لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا فعلم ان الوقتين قد صاراف فى حال العذر كالوقت الواحد ، لكنه وقت جواز بالنسبة الى احدهما ووجوب بالنسبة الى الأخرى (ومنها) صلاة الجمعة فان سببها اليوم لأنها تصاف اليه فيجوز فعلها بعد زوال وقت النهى من أول اليوم وان كان الزوال هو وقت الوجوب (ومنها) زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب (ومنها) كفارات الاحرام اذا احتيج اليها للعذر فان العذر سببها فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور (ومنها) صيام التمتع والقران فان سببه العمرة السابقة للحج فى أشهره ، فبالشروع فى احام العمرة

قد وجد السبب فيجوز الصيام بعده وإن كان وجوبه متأخرا عن ذلك . وأما الهيدى فقد التزمه أبو الخطاب في انتصاره، ولنا رواية أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر لمشقة حفظه عليه إلى يوم النحر وعلى المشهور لا يجوز في غير أيام النحر لأن الشرع خصها بالذبح (ومنها) كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية (ومنها) إخراج كفارة القتل أو الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق (ومنها) النذر المطلق نحو أن شفى الله مريضه فله أن أتصدق بكذا. فله أن يتصدق في الحال ذكره ابن عقيل في فتونه .

ويلتحق بهذه القاعدة ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات ، كالإبرام من الدية بين الجناية والموت وأما من القصاص ففيه روايتان وكتوفية المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والأداء وفيه وجهان وكعفو الشفيع عن الشفعة قبل البيع وفيه روايتان ، فإن سبب الشفعة الملك وشرطها البيع ، وأما السقاط الورثة حقهم من وصية الموروث في مرضه فالمنصوص عن أحمد أنه لا يصح وشبهه في موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرجه الشيخ بمجد الدين في تعليقه على الهداية على روايتين وكايتاء (١) المكاتب ربع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الأداء وهو جائز.

﴿ القاعدة الخامسة ﴾

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعله المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا هذا على قسمين :

(أحدهما) أن يتبين الخلل في نفس العبادة بأن يظهر وقت الوجوب أن الواجب غير المعجل ولذلك صور (منها) إذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موسر قال صاحب المغنى لا يجزئه لأننا بينا أن الواجب غير ما أتى به وإطلاق الآكثر [ين] مخالف لذلك لأنه كان فرضه في الظاهر فبرىء به وانحلت يمينه بمعنى أنها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلته . وقد صرح أبو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكفر أثر المخالفة (ومنها) إذا كفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغوني في الإقناع بأنه لا يجزئه الصوم وإطلاق الآكثرين يخالفه ، بل وفي كلام بعضهم تصريح به وربما أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه أصبح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريئة من عمدة الواجب (ومنها) إذا عجل عن أربع وعشرين من الأبل أربع شياه ثم نتجت واحدة

قبل الحول ففيه وجهان أحدهما : لا يجزئه ويجب عليه اخراج بنت مخاض . والثاني يجزئه عن العشرين ويخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ولا يقال انه يجب عليه شاة عن الخمس الزائدة التي لم يؤد عنها لثلا يفضى الى ايجاب خمس شياه عن خمس وعشرين (ومنها) اذا صلى الصبي في أول الوقت ثم بلغ ففى وجوب الاعادة وجهان المنصوص انه يجب واختار القاضى فى شرح المذهب خلافه لأنه فعل المأمور به فى أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب به لذلك ، وهذا بخلاف ما إذا حج ثم بلغ فان حجه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه بخلاف الصلاة .

(والقسم الثانى) ان يتبين الخلل فى شرط العبادة المعجلة فالصحيح انه يجزئه ويتفرع عليه مسائل (منها) اذا عجل الزكاة الى فقير مسلم فحال الحول وقد مات أو ارتد أو استغنى من غيرها (ومنها) اذا جمع بين الصلاتين فى وقت أو لاهما بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للماء (ومنها) اذا قصر الصلاتين فى السفر فى وقت أو لاهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية .

(القاعدة السادسة)

إذا فعل عبادة فى وقت وجوبها يظن انها الواجبة عليه ثم تبين بأخرة ان الواجب كان غيرها فانه يجزئه ولذلك صور :

منها اذا أحج المعضوب (١) عن نفسه ثم برى فانه يجزئه على المذهب لأنه فعل الواجب عليه فى وقته لاسيما ان قيل ان ذلك عليه على الفور (ومنها) اذا كفر العاجز عن الصيام بالاطعام للأياس من برئه ثم عوفى فانه لا يلزمه قضاء الصوم (ومنها) اذا ارتفع حيضها لا تدرى ماره فانه تعتد عندنا سنة فاذا اعتدت سنة ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به (ومنها) اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لأجل العذر ثم زال العذر قبل تجميع الامام فانه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الامام ، واما ما حكى عن أبى بكر أنه لا يجزئه فعل الظهر قبل تجميع الامام فمن الأصحاب من بناء على هذا الأصل وانه يجب الاعادة لتبيننا ان الواجب عليه الجمعة ، وليس هذا مأخذ أبى بكر فانه صرح بمأخذه وهو ان وقت الظهر فى حق من لاجمة عليه إنما يدخل بفعل الجمعة من الامام كما لا يدخل وقت الذبح فى الاضاحى الا بعد صلاة الامام .

(١) المعضوب : الزمن الذى لا حراك به

ويلتحق بهذه القاعدة ما إذا خفى الاطلاع على خلل الشرط ثم تبين ، فانه يغتفر في الأصح .
 (فمن ذلك) اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً فبان (١) أنه غنى فانها تسقط على أصح الروايتين
 (ومنها) إذا صلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ، ثم تبين الخطأ فانه لا إعادة على الصحيح (ومنها) إذا حكم
 الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر ثم تبين فسقهما ففى النقض روايتان ، رجح ابن عقيل في الفنون (٢)
 عدمه ، وبه جزم القاضى فى كتاب الصيد من خلافه ، والآمدى لثلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد
 والمشهور النقض لتعلق حق الغير به ، وأما إذا اصطاد بكلب عليه (٣) ثم أكل من الصيد فانه لا تحرم
 صيوده المتقدمة على الصحيح ، لكن مأخذه انالم تبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه
 اونسى ارساله ، فأما الاعادة على من نسى الماء فى رحله وتيمم ثم صلى او على من صلى صلاة شدة
 الخوف لسواد ظنه عدوا فلم يكن او كان بينه وبينه ما يمنع العبور فانه مبنى على انه فرط بترك
 البحث والتحقيق .

﴿ القاعدة السابعة ﴾

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب
 دون ما تلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه . هذا على ضربين :
 (أحدهما) أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسيلا عليه مع امكان
 اتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف ، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل كالمتمتع
 اذا عدم الهدى فانه رخص له فى الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بشمن فى ذمته وهو
 موسر فى بلده لم يلزمه .

(الضرب الثانى) أن يكون المتلبس به انما شرع ضرورة للمعجز عن الأصل وتعذره
 بالكلية فهذا يلزمه الانتقال الى الأصل عند القدرة عليه ولو فى أثناء التلبس بالبدل كالعدة
 بالاشهر فانها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض ، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها
 لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طالت المدة ، وانما جوز لمن ارتفع حيضها لا تدرى مارفعه
 أن تعتد بالاشهر لأن حيضها غير معلوم ولا مظنون عوده . وسواء كانت هذه المعتدة
 مكلفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض كمن ارتفع حيضها لا تدرى مارفعه فاعتدت بالاشهر ثم حاضت
 فى أثنائها ، أو لم تكن مكلفة به كالصغيرة اذا حاضت فى أثناء العدة بالاشهر .

(١) ثم بان : د (٢) فتونه : د (٣) معلم علمه : د ٧١١

وما هنا مسائل كثيرة مترددة بين الضريين :

(منها) من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين أو غيرها ثم وجد الرقبة ، فالمذهب لا يلزمه الانتقال لأن ذلك رخصة ، فهو كصيام المتمتع . وفيه وجه يلزمه الانتقال لأن الكفارات مشروعة للردع والزجر وفيها من التغليظ ما ينافي الرخصة المطلقة ، ولهذا يلزم شراء الرقبة بضمن في الذمة إذا كان ماله غائباً ، ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدين وماله غائب فهل يلزمه انتظاره أو يجوز له العدول إلى الصيام للشقة أو يفرق بين الظهار وغيره على أوجه معروفة (ومنها) المتيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء ففى بطلانها روايتان ، لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة فهو كصيام المتمتع ، ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر . وبيان الضرورة أنه تستباح معه الصلاة بالحدث فإنه غير رافع له على المذهب فلا يجوز إتمام الصلاة محدثاً مع وجود الماء الرافع له (ومنها) إذا نكح المعسر الخائف للعت أمة ثم زال أحد الشرطين ، فهل يفسخ نكاحه . على روايتين والنكاح فيه شوب عبادة .

﴿ القاء السادة الثامنة ﴾

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الاتيان بما قدر عليه منها أم لا . هذا أقسام : (احدها) ان يكون المقدور عليه ليس مقصوداً في العبادة بل هو وسيلة محضه اليها كتحرريك اللسان في القراءة ومرار موسى على الرأس في الحلق والختان ، فهذا ليس بواجب لأنه انما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع ، وقد سقط الأصل فسقط ما هو من ضرورته . وواجبه القاضي في تحريك اللسان خاصة وهو ضعيف جدا .

(القسم الثاني) ما وجب تبعا لغيره وهو نوعان :

(احدهما) ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة ليتحقق حصولها كغسل المرفقين في الوضوء فاذا قطعت اليدين المرفق هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا على وجهين : اشهرهما عند الأصحاب الوجوب ، وهو ظاهر كلام أحمد . واختيار (١) القاضي في كتاب الحج من خلافه انه يستحب وحمل كلام أحمد على الاستحباب . هذا اذا بقى شيء من العبادة كما في وضوء الاقطع ، اما اذا (٢) لم يبق شيء بالكلية سقط التبعية كامسك جزءه من الليل في الصوم فلا يلزم من أبيح له الفطر بالاتفاق (والثاني) ما وجب تبعا لغيره على وجه التكميل واللواحق مثل رمي الجمار والمبيت بمنى لمن لم يدرك

الحج ، فالمشهور انه لا يلزمه لأن ذلك كله من توابع الوقوف بعرفة ، فلا يلزم من لم يقف بها . وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى يلزمها ، لأنها عبادات في نفسها مستقلة ، ومن أمثلة ذلك : المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود ، فانه لا يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن السجود على بقية الأعضاء انما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له .

(والقسم الثالث) ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده ، او هو غير مأثور به لضرورة (١) (فالاول) كهوم بعض اليوم لمن تدر عليه وعجز عن اتمامه فلا يلزمه بغير خلاف . (والثاني) كعتق بعض الرقبة في الكفارة فلا يلزم القادر عليه اذا عجز عن التكميل لأن الشارع قصده تكميل العتق مهما أمكن ، ولهذا شرع السراية والسعاية (٢) وقال : ليس لله شريك ، فلا يشرع عتق بعض الرقبة . (القسم الرابع) ما هو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة في نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلاف ، ويتفرع عليه مسائل كثيرة :

(منها) العاجز عن القراءة يلزمه القيام لأنه وان كان مقصوده الأعظم القراءة لكنه ايضا مقصود في نفسه وهو عبادة منفردة (ومنها) من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الاتيان بالباقي (ومنها) من عجز عن بعض غسل الجنابة لزمه الاتيان بما قدر منه لأن تخفيف الجنابة مشروع ولو بغسل أعضاء الوضوء كما يشرع للجنب اذا أراد النوم او الوطء او الأكل ويستتبع (٣) به اللبس في المسجد عندنا ووقع التردد في مسائل آخر .

(منها) المحدث اذا وجد ما يكفى بعض أعضائه ففى وجوب استعماله وجهان ، ومأخذ من لا يراه واجبا إما ان الحدث الأصغر لا يتبع بعض رفعه فلا يحصل به مقصود ، أو أنه يتبع بعض لكنه يطل بالاخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة ، أو ان غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم (ومنها) اذا قدر على بعض ضاع في صدقة الفطر فهل يلزمه اخراجه على روايتين ، ومأخذ عدم الوجوب انه كفارة بالمال فلا يتبع بعض كما لو قدر على التكفير باطعام بعض المساكين والصحيح الوجوب ، والفرق بينه وبين الكفارة من وجهين (احدهما) ان الكفارة بالمال تسقط الى بدل هو الصوم بخلاف الفطرة (والثاني) ان الكفارة لا بد من تكميلها والمقصود ، من التكفير بالمال تحصيل احدى المصالح الثلاث على

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للعبد الذى عتق سيده بعضه ان يسعى في فكاك مابقى من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم بعريان عتق باقيه تبطل لعتق بعضه السابق (٣) فيستتبع : د

وجها وهي العتق والاطعام والكسوة ، وبالتفريق يفوت ذلك فلا تبرأ الذمة من الوجوب الا بالاتيان باحدى الخصال بكاملها او بالصيام وفي الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون اخراج الموجود .

(القاعدة التاسعة)

في العبادات الواقعة على وجه محرم ، ان كان التحريم عائداً الى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح ، وان كان عائداً الى شرطها فان كان على وجه يختص بها فكذلك أيضاً ، وان كان لا يختص بها ففي الصحة روايتان اشهرهما عدمها ، وان عاد الى ماليس بشرط فيها ففي الصحة وجهان واختار أبو بكر عدم الصحة وخالفه الا كثرون فللاول أمثلة كثيرة :

(منها) صوم يوم العيد فلا يصح بحال على المذهب (ومنها) الصلاة في أوقات النهى (ومنها) الصلاة في مواضع النهى فلا يصح على القول بأن النهى للتحريم وانما يصح على القول بأن النهى للتنزيه . هذه طريقة المحققين وان كان من الاصحاب من يحكى الخلاف في الصحة مع القول بالتحريم (ومنها) صيام أيام التشريق فلا يصح تطوعاً بحال ، والخلاف في صحة صومها فرضاً مبني على ان النهى هل يشمل الفرض أم يختص التطوع وللثاني أمثلة كثيرة :

(منها) الصلاة بالنجاسة وبغير سترة وأشباه ذلك وللثالث أمثلة كثيرة :

(منها) الوضوء بالماء المغصوب (ومنها) الصلاة في الثوب المغصوب والحرير وفي الصحة روايتان ، وعلى رواية عدم الصحة فهل المبطّل ارتكاب النهى في شرط العبادة ، ام ترك الاتيان بالشرط المأمور به . للاصحاب فيه مأخذان ينبني عليهما لو لم يجد الا ثوباً مغصوباً فصلّى فيه فان عللنا بارتكاب النهى لم تصح صلاته ، وان عللنا بترك المأمور صحت لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها ، وأما من لم يجد الا ثوب حرير فتصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقتين لا باحة لبسه في هذه الحال (ومنها) الصلاة في البقعة المغصوبة وفيها الخلاف وللبيان مأخذان أيضاً ، أحدهما ان البقعة شرط للصلاة ولهذا لا تصح الصلاة في الأرجوحة ولا على بساط في الهواء . والثاني أن حركات المصلّي وسكناته في الدار المغصوبة هو نفس المحرم فالتحريم عائد الى نفس الصلاة وان كان غير مختص بها فهو كاخراج الزكاة والهدى من المال المغصوب وللرابع أمثلة :

(منها) الوضوء من الاناء المحرم (ومنها) صلاة من عليه عمامة غضب أو حرير أو في يده خاتم ذهب وفي ذلك كله وجهان واختيار أبي بكر عدم الصحة ، وأما من عليه ثوبان أحدهما

غضب فقيل هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل بل هو كمن ليس عليه سوى الثوب المنصوب لأن المباح لم يتعين للستر بل الستر حصل بواحد غير معين. وأما الحج بالمال المنصوب ففي صحته روايتان فقيل لأن المال شرط لوجوبه وشرط الوجوب كشرط الصحة ورجح ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع ومنع كون المال شرطاً لوجوبه لأنه يجب على القريب بغير مال وليس بشيء، فانه شرط في حق البعيد خاصة، كما أن المحرم شرط في حق المرأة دون الرجل والله أعلم.

﴿ القاعدة العاشرة ﴾

الألفاظ المتبعة في العبادات والمعاملات .

(منها) ما يعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن لا عجزه بلفظه ومعناه، فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى (ومنها) ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق (ومنها) ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون العجز عنه ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) التكبير والتسبيح والدعاء في الصلاة لا تجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه ، ومع العجز عنه هل يلحق بالقسم الأول فيسقط أو بالثاني فيأتي به (١) بلغته، على وجهين (ومنها) خطبة الجمعة لا تصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح وتصح مع العجز (ومنها) لفظ النكاح ينعقد مع العجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم فيه وجهان (ومنها) لفظ اللعان وحكمه حكم لفظ النكاح .

﴿ القاعدة الحادية عشر ﴾

من عليه فرض هل له أن يتنفل قبل أدائه بجنسه أم لا . هذا نوعان :

(أحدهما) العبادات المحضة فإن كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالاتفاق وقبل قضائها أيضاً كقضاء رمضان على الأصح وإن كانت مضيقة لم تصح على الصحيح ولذلك صور :

(منها) إذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد التنفل [المطلق] حيثئذ على وجهين (ومنها) من عليه صلاة فائتة هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور (ومنها) إذا شرع في التنفل بعد إقائه الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة (ومنها) صوم رمضان لا يصح أن يصوم فيه عن غيره فإن فعل لم يصح عن نقله، وهل ينقلب عن فرضه ينبنى على وجوبية التعيين (ومنها) إذا حج تطوعاً قبل حجة الإسلام لم يقع عن

(١) فيه : نسختنا

التطوع وانقلبت عن حجة الاسلام على المذهب الصحيح (ومنها) لو حج عن نذره او عن نفل وعليه قضاء حجة فاسدة وقعت عن القضاء دون مانواه على المذهب أيضاً ، فأما ان تنفل بالحج بعد قضاء حجة الاسلام وقبل الاعتمار او بالعكس فهل يجوز ام لا . قال في التلخيص ينبغي على أن النسك هل هو على الفور ام لا ، فان قلنا على الفور لم يجز والا جاز وفيه نظر . وأما الزكاة فقال الأصحاب يصح ان يتنفل بالصدقة قبل أدائها وان كانت على الفور وكذلك نص أحمد في رواية مهناً فيمن عليه زكاة ونذر لا يبالي بأيهما يبدأ ، وهذا اذا كان ماله يتسع لهما فاما ان لم يتسع فسنذكره .

(النوع الثاني) التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة اذا تصرف بها وعليه دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله انه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرما ، وحكاة قولاً في المذهب ويمكن تخرجه في المذهب من أصليين :

(أحدهما) ما نص عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف او صدقة وأبواه محتاجان ان لهما رده واحتج بالحديث المروى في ذلك .

(والثاني) أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون ان الوصية ترد عليهم فتخرج من ذلك ان من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث او دين ليس له وفاء انه يرد ولهذا يباع (١) المدير في الدين خاصة على رواية ، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته بماله كله قال هذا مردود لو كان في حياته لم أجوز له اذا كان له ولد .

(القاعدة الثانية عشر)

المذهب ان العبادات الواردة على وجوه متعددة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه الواردة فيها من غير كراهة لبعضها وان كان بعضها افضل من بعض ، لكن هل الأفضل المداومة على نوع منها أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتى ، ظاهر كلام الأصحاب الأول ، واختار الشيخ تقي الدين رحمه الله ، الثاني لأن فيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في تنوعه وقال (٢) ابن عقيل في صلاة الخوف إنها تنوعت بحسب المصالح فتصلي في كل وقت على صفة تكون مناسبة له وهل الأفضل الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع او الاقتصار على واحد منها . هذا فيه نزاع في المذهب

(١) نبيع : نسختا الدار (٢) وقاله : نسختا د

ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) مسح الأذنين المذهب أنه يستحب مسحهما مرة واحدة إمام مع الرأس أو بماء جديد ولا يسن الجمع بينهما وحكى عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضى حران أن الأفضل الجمع بينهما عملاً بالحديثين (ومنها) الاستفتاح فالمذهب أن الأفضل الاستفتاح بسبعائك اللهم مقتصرًا عليه واختار ابن هبيرة أن الجمع بينه وبين الاستفتاح بوجهته وجهى أفضل ، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه يستفتح كذلك ، ولكن ورد في الجمع أحاديث متعددة وفيها ضعف وبتقدير ثبوتها فلا تكون المسألة من هذا القبيل (ومنها) اجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحيلة والحوالة أم لا وكذا في التشويب في الفجر فيه وجهان (ومنها) سنة الجمعة بعدها نقل إبراهيم الحربي عن أحمد رحمه الله أنه قال : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأربع ركعات وصلى هو ركعتين فأيهما فعلت فحسن وإن أردت أن تحتاط صليت ركعتين وأربعًا جمعت فعله وأمره وهذا مأخذ غريب لاستحباب الست ، وأما الأصحاب فلم يستندوا إلا إلى ما نقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات (ومنها) ألفاظ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد فانه قد ورد فيها كما صليت على آل إبراهيم وورد كما صليت على إبراهيم فهل يقال الأفضل الجمع بينهما فإن من الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروايتين وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال لم يبلغنى فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما ولا يصح أن يجمع بين الروايتين لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة فأحد اللفظين بدل عن الآخر ولا يصح الجمع بين البدل والمبدل كذا قال ، وقد ثبت في صحيح البخارى الجمع بينهما من حديث كعب ابن عجرة وأخرجه النسائي من حديث كعب أيضا ومن حديث أبى طلحة (١).

﴿ القاعدة الثالثة عشر ﴾

إذا وجدنا أثر معلول لألة ووجدنا في محله علة صالحة له، ويمكن أن يكون الأثر معلولاً لغيرها لكن لا يتحقق وجود غيرها، فهل يحال ذلك الأثر على تلك العلة المعلومة أم لا في المسألة خلاف ولها صور كثيرة قد يقوى في بعضها الاحالة وفي بعضها العدم، لأن الأصل أن لألة سوى هذه المتحققة وقد يظهر في بعض المسائل الاحالة عليها فيتوافق الأصل الظاهر، وقد يظهر الاحالة على غيرها فيختلفان .

(فن صور المسألة) ماذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيراً فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب إحالة للتغيير (١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود متغير غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجهاً آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك (ومنها) ماذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضي خروج المذى منه من تفكر (٢) أو ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللاً لم يتيقنه منياً ولم يذكر حلماً فإن المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا يغسل عليه إحالة للخارج على السبب المتيقن وهو المقتضى لخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد يتيقن وجوده وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجوب الغسل (ومنها) لو جرح صيداً جرحاً غير موحٍ (٣) ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه فهل يأكله على روايتين أصحهما أنه يحل لحديث عدى بن حاتم والثانية لا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت (٤) ولذلك تسمى مسألة الأصماء والآنماء ، وفيه رواية ثالثة أن غاب عنه ليلة لم يحل والاحل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعلل بأن هوام الليل كثيرة (٥) فكان الظاهر هنا هو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل وهو عدم إصابة غير السهم له (ومنها) لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موحٍ ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً فهل يضمه كله أو أرش الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمان أرش الجرح فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة (ومنها) لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موحٍ ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولي فالقول قول الولي مع يمينه ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً إحالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفي المجرّد أنه ان مات عقيب الجرح فالقول قول الولي وإن مات بعد مدة يندمل الجرح في مثلاً . فإن قامت بينة بأنه لم يزل ضمناً (٦) من الجرح حتى مات فكذلك والافالقول قول الجاني وفيه وجه آخر أن القول قول الولي (ومنها) لو قال لأمته ولها ولدهذا الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاد الأمة على وجهين (أحدهما) نعم لأننا لانعلم سبباً يتحقق به لحوق النسب [هنا] غير ملك اليمين فيحال اللحق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاد في الأمة (والثاني) لا لاحتمال استيلاده قبل ذلك في نكاح او وطء شبهة (ومنها) لو ادعى رق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به على وجهين

(١) للتغير : د (٢) تفكير : د (٣) يقال وحى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سريعاً (٤) الأصماء أن ترمى الصيد فتقتله على المكان بعينه قبل أن يغيب عنه، والآنماء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه وتجده ميتاً (٥) كثير : د (٦) الضمنة بضم الصاد والمرض والضمن بفتحهما مع كسر الميم الزمن والمبتلى في جسده .

رجح الشيخ مجد الدين أنها ان شهدت أن أمته ولدته ونحو ذلك مما فيه اضافة الوالد الى الامة المضافة اليه حكم له بالولد ، فان (١) لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الامة وأن أمه ملك له لم يحكم له بالولد (ومنها) لو قال رجل : هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجع زوجته على الأخرى على وجهين : أحدهما ترجع لأن زوجها ابوه فالظاهر أنها أمه . والثاني يتساويان لأن كل واحدة منهما لو انفردت لالحق بها فاذا اجتمعتا تساوتا [ذكره في المغنى] (ومنها) لو باع أمة له من رجل فولدت عند المشتري فادعى البائع أنه ولده فصدقه المشتري أنها تصير أم ولد للبائع وينفسخ البيع نص عليه احمد رحمه الله في رواية منها وذكره أبو بكر وذكر ذلك القاضي في خلافه وتأوله على أنه ادعى أنها ولدت في ملكه وصدقه المشتري على ذلك (ومنها) لو ولدت المطلقة الرجعية ولدا لا يمكن الحاقه بالمطلق الا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة ، فهل يالحق به الولد في هذه الحال أم لا على روايتين أحصهما لحوقه لأن الفراش لم يزل بالكلية فاحالة الحمل عليه أولى كاحالة صلب النكاح وعلى هذا فمل يحكم بارتجاعها بلحوق النسب على وجهين : أحدهما وهو المنصوص أنها [تصير] مرتجعة بذلك وينبنى على ذلك مسألة مشكلة في تعليق الطلاق بالولادة ذكرها صاحب المحرر فيه واما شكل توجيهاها (٢) على الأصحاب فقد أفردنا لها جزءا (ومنها) أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم اذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه ولا يجوز اذا كان السبب خفياً ، هذا هو ظاهر المذهب فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذ إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفى فإنه ينسب بالأخذ إلى الخيانة (ومنها) لو قال في مرضه إن مت من مرضي هذا فسالم حر وإن برئت منه فغانم حر ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برى منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يعتقد سالم لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء ولأننا قد تحققنا انعقاد سبب الموت بمرضه وشككتنا في حدوث سبب آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم (والثاني) يعتقد أحدهما بالفرعة لأن أحد الشرطين وجد ظاهرا وجمل عينه (والثالث) لا يعتقد واحد منهما لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره فلم يمت من مرضه ولم يبرأ منه فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين (ومنها) لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظة لها وتنازعا هل عليها الزوج فبرىء من الصداق ام لا فأيهما

(١) وإن : د (٢) وأشكل توجيها : د

يقبل قوله . فيه وجهان وخرج عليهما الشيخ تقي الدين رحمه الله مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج او منها (ومنها) لو ادعى صاحب الزرع ان غنم فلان نفشت فيه ليلا ووجد في الزرع أثر غنمه . قضى بالضمان على صاحب الغنم نص عليه في رواية ابن منصور وجعل الشيخ تقي الدين هذا واشباهه من القيافة في الأموال وجعلها معتبرة كالقيافة في الانساب ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يكتفى بذلك (ومنها) لو تزوج بكرا فادعت أنه عنين فكذبها ودعى انه أصابها وظهرت ثيبا فادعت (١) ان ثيوبتها بسبب آخر فالقول قول الزوج ، ذكره الاصحاب ويتخرج فيه وجه آخر من المسائل المتقدمة (ومنها) اللوث في القسامة (٢) ومسائله معروفة .

﴿ القاعدة الرابعة عشر ﴾

اذا وجد سبب ايجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عينه منهما، فهل يلحق الحكم بكل منهما أولا يلحق بواحد منهما شيء في المسألة خلاف ولها صور :

(احداها) اذا وجد اثنان منيا في ثوب ينمان فيه أو سمعا صوتا خارجا ولم يعلم من ايهما هو فقي المسألة روايتان (احداها) لا يلزم واحدا منهما غسل ولا وضوء نظرا الى ان كل واحد منهما متيقن للطهارة شك في الحدث (والثانية) يلزمهما الغسل والوضوء لأن الاصل زال يقينا في احدهما فتعذر البقاء عليه وتمين الاحتياط ولم يلتفت الى النظر في كل واحد بمفرده كثوبين او انامين نجس أحدهما .

(الصورة الثانية) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق، وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأتى طالق وغاب ولم يعلم ماهو . فقيها وجهان : أحدهما ما قال القاضي في المجرد وأبو الخطاب وغيرهما يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثاني وهو اختيار الشيرازي في الايضاح وابن عقيل انه تخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضي في الجامع هو قياس المذهب لأن واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان رجل واحد وذكر بعض الاصحاب احتمالا يقتضي وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الاولى وقد أوما اليه أحمد في رواية

(١) وادعت : د (٢) اللوث في القسامة : أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت ان فلانا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تمديد منه له او نحو ذلك .

صالح ، وحكى له قول الشعبي في رجل قال لآخر انك لحسود فقال له الآخر أحسدنا امرأته طالق ثلاثا فقال الآخر نعم ، قال الشعبي حنثما وخسرتما وبانت منكما امرأتا كما جميعا وحكى له قول الحارث ادينهما وأمرهما بتقوى الله عز وجل وأقول أتما أعلم بما حلفتما عليه ، فقال أحمد هذا شيء لا يدرك ألقاهما في التهلكة فانكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق فهما . هذا هو الظاهر ذكره الشيخ تقي الدين وقال هو بناء على أنه حلف على ما لم يعلم صحته أو مالا تدرك صحته فيحنت كقول مالك . ويدل عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال أنت طالق إن شاء الله بأن مشيئة الله لا تدرك وهذا القول فيه بعد لأن إيقاع طلاقهما يفضي الى ان يباح للأزواج من هي في زوجية الغير باطنا ، وفي اجبارهما على تجديد الطلاق اجبار للانسان على قطع ملكه بغير حق وهو ضرر بخلاف ايجاب الطهارة عليهما فإنه لا ضرر فيه ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله ونقل حرب عن أحمد رحمه الله انه ذكر هذه المسألة فتوقف فيها وقال أحب الى أن لا أقول فيها شيئا وتوقف عنها (الصورة الثالثة) قال أحدهما ان كان غرابا فأمتى حرة وقال الآخر ان لم يكن غرابا فأمتى حرة وفيهما الوجهان المذكوران في الطلاق ، وقياس المنصوص هاهنا أن يكف كل واحد عن وطئ أمته حتى يتيقن فان اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين لاجتماعهما في ملكه واحداهما عتيقة كما قلنا لا يصح أن ياتم أحدهما بالآخر في الصورة الأولى لأن أحدهما محدث يقينا فينظر اليهما مجتمعين في حكم يتعلق باجتماعهما .

وليس من هذه القاعدة اذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر وأنت بولد وضاع نسبه لفقد القافة او غير ذلك وأرضعت أمه بلبته ولدا آخر فانه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح لأنه لم يتعين أن يكون الولد لواحد منهما بل يجوز عندنا ان يكون لهما فليس مما نحن فيه .

(القاعدة الخامسة عشر)

اذا استصحبنا أصلا واعملنا ظاهرا في طهارة شيء أو حله أو حرمة وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه او ترك العمل بظاهر آخر يجب اعماله لم يلتفت الى ذلك اللازم على الصحيح ، ولذلك صور :

(منها) اذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللا وقتلنا لا يلزمه الغسل على ما سبق فيما اذا تقدم منه سبب المذى فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث نقول انما سقط عنه الغسل لحكمنا بأن البلل مذى بل نقول في ثوبه الأصل طهارته فلا ينجس بالشك ، والأصل طهارة بدنه فلا يلزمه الغسل بالشك فيبقى في كل منهما على أصله ، ذكره ابن عقيل في فونه عن الشريف أبي جعفر وينبغي على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال في ذلك الثوب قبل غسله لأننا نتيقن وجود الفساد للصلاة لاحالة

(ومنها) اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة او بعدها وقتلنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا إعادة الصلاة لأن الأصل وجوب غسل الرجلين والأصل بقاء الصلاة في الذمة (ومنها) اذ رمى حيوانا ما كولا بسهم ولم يوحه فوق في ماء يسير فوجده ميتا فيه فان الحيوان لا يباح خشية ان يكون الماء أعان على قتله والأصل تحريمه حتى يتيقن وجود السبب المبيح له ولا يازم من ذلك نجاسة الماء أيضا لحكمنا على الصيد بأنه ميتة ، بل يستصحب في الماء اصل الطهارة فلا ينجسه بالشك ذكره ابن عقيل في فصوله (ومنها) لو قال لامرأته في غضب اعتدى وظهرت منه قرائن تدل على ارادته التعريض بالقذف أو فسر به بالقذف فانه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب وهل يحمد معها ذكر ابن عقيل في المفردات احتمالين (أحدهما) وبه جزم في عمد الأدلة انه يحمد ، لأنهما حقان عليه فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما (والثاني) لا يحمد لأنه لو كان قذفا لم يكن طلاقا لتنافيهما ومن هذه القاعدة الأحكام التي يثبت بعضها دون بعض كارت الذي أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله والحكم بالحق النسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لو ازمه المشكوك فيها من بلوغ أحد أبويه واستقرار المهر أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد أو ثبوت الوصية له أو الميراث وهي مسائل كثيرة .

(القاعدة السادسة عشر)

اذا كان الواجب بدلا (١) فتعذر الوصول الى الأصل حالة الوجوب ، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تعلقا مستقرا بحيث لا يعود الى الأصل عند وجوده للسائلة صور عديدة :

(منها) هدى المتعة اذا عدمه ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع فيه ، فهل يجب

عليه الانتقال أم لا يبنى على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلاً لا بدلاً وعلى هذا فهل يجزئه فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجزئه لأنه الأصل في الجملة وانما سقط رخصة، وحكى القاضى فى شرح المذهب عن ابن حامد أنه لا يجزئه (ومنها) كفارة الظهار واليمين ونحوهما والحكم فيهما كهدى المتعة (ومنها) اذا ألتف شيئاً له مثل وتعذر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا (١) وجد الماء قبل الصلاة، وينبغى أن يحمل كلامهم على ما اذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إيمان عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف، وأما التيمم فلا يشبه مانع فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل وجوب استعمال الماء بنص الشارع وهاهنا لو أدى القيمة لبرى ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده، وقال فى التلخيص على الأظهر وهو يشعر بخلاف فيه (ومنها) لو جعل الامام لمن دله على حصن جارية من أهله فاسلمت بعد الفتح اوقبله وكانت أمة فانه يجب له قيمتها اذا كان كافراً لأنه تعذر تسليم عينها اليه فوجب له البدل فان اسلم بعد اسلامها، فهل يعود حقه الى عينها فيه، لأصحابنا وجهان: أحدهما لا يعود لأن حقه استقر فى القيمة فلا ينتقل الى غيرها والثانى بلى لأنه انما انتقل الى القيمة لما منع وقد زال فيعود حقه اليها (ومنها) لو أصدقها شجرة فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعينت له القيمة فان قال أنا أرجع فى نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تجدى ثم ترك (٢) ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضى وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذى ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد اليها الا بتراضيهما (والثانى) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو جدها ناقصة فرضى بها فعلى هذا الحق باق فى العين لبقائها فى ملكها وكذلك ذكر القاضى فى موضع من المجرد أنه اذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل لما كان أن للزوج الرجوع فى نصفه (ومنها) لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لعيب. قال الأصحاب: ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب فى القيمة ولم تكن العين [حينئذ] فى ملكهما ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتى قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل فى ملكه قهراً كالميراث فان قلنا يدخل قهراً عاد حقه الى العين بعودها اليها ولا يقال هذا عاد اليها ملكاً جديداً فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد، لأنهم

(١) كما لو: د (٢) الجذ: القطع (٣) ثمرك: د

قالوا لو عاد اليها قبل الطلاق لرجع فيه بغير خلاف لأن حقه فيه ثابت بالقرآن . وفي شرح الهداية لأبي البركات ما يدل على عكس ما ذكرنا وهو إنا ان قلنا يدخل نصف المهر في ملك الزوج قهرا فليس له العود الى عينه بحال نظرا الى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين فيملك نصف القيمة قهرا حينئذ ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك (ومنها) لو اشترى عينا ورهنها أو تعاقبها حق شفعة أو جناية ثم أفلس ثم أسقط المرتهن أو الشفيع أو المجنى عليه حقه فالبايع أحق بها من الغرماء لزوال المزاومة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، ذكره أبو البركات في شرحه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء .

(القاعدة السابعة عشر)

إذا تقابل عملان أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة ، فأيهما يرجح . ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة ولذلك صور :

(أحدهما) إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد فالمشهور أن الكثرة أفضل ، وحكى عن أحمد رواية أخرى بالعكس وحكى عنه رواية ثالثة بالتسوية (والثانية) اهـ (١) بدنة سميئة بعشرة وبدنتين بعشرة أو بأقل قال ابن منصور قلت لأحمد بدنتان سميئتان بتسعة وبدنة بعشرة قال ثنتان أعجب الى . ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السميئة ، وفي سنن أبي داود حديث يدل عليه (والثالثة) رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سورا عديدة سردا . قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قبياص وسئل أيما أحب اليك الترسل أو الاسراع ، قال : أليس قد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة ؟ قالوا له : في السرعة ؟ قال : إذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء ، وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التدبر ، ونقل عنه حرب انه كره السرعة الا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسل ، وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبين الحروف ، نقل عنه مثنى بن جامع في رجل أكل فشبع وأكث الصلاة والصيام ورجل أقل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فكرة (٢) أيهما أفضل فذكر ما جاء في الفكر : تفكر ساعة خير من قيام ليلة قال فرأيت هذا عنده أكثر يعني الفكر ، وهذا يدل على تفضيل قراءة الفكر على السرعة ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين وهو المنصوص صريحا عن الصحابة والتابعين (والرابعة) رجلان أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشروحت

(١) اهـ : د (٢) أكثره فكرة : د

بها وتنعمت وبادرت اليها طوعية ومحبة ، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرها عليها
 أيهما أفضل قال الخلال كتب الى يوسف بن عبد الله الاسكافي حدثنا الحسن بن علي بن
 الحسن انه سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجه بر فيحمل نفسه على الكراهة وآخر
 يشرع له فيسر بذلك ، فأيهما أفضل قال ألم تسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من تعلم
 القرآن وهو كبير يشق عليه فله أجران ، وهذا ظاهر في ترجيح المكروه نفسه لأن له عملين
 جهاداً وطاعة أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من
 أصحاب أبي سليمان الداراني ، وعند الجنيد وجماعة من عباد البصرة أن الباذل لذلك طوعاً
 ومحبة أفضل وهو اختيار الشيخ تقي الدين لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمال
 متعددة ولأنه من أرباب المنازل والمقامات والآخر من أرباب السلوك البدايات ، فمثلهما
 كمثل رجل (١) مقيم بمسكة يشتغل بالطواف والآخر يقطع المفاوز والقفار في السير الى مكة
 فعمله أشق والأول أفضل والله أعلم (والخامسة) تعارض عتق رقبة نفيسة بمال وعتق رقاب متعددة
 بذلك المال ، قال القاضي وابن عقيل الرقاب أفضل وفيه أيضاً نظرو قد كان طائفة من السلف كابن
 عمر والربيع بن خثيم يستحبون الصدقة بما يشتهون من الأطعمة. وإن كان المسكين ينتفع بقيمته
 أكثر ، عملاً بقوله (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) وهذا في العتق أولى مع قول النبي صلى
 الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنها) والله أعلم

(القاعدة الثامنة عشر)

إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست احدهما [مفعولة] على جهة القضاء
 ولا على طريق التبعية للأخرى في الوقت تداخلت أفعالهما ، واكتفى فيهما بفعل واحد وهو
 على ضربين :

(أحدهما) أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان [جميعاً] يشترط أن ينويهما جميعاً (٢) على
 المشهور ومن أمثلة ذلك من عليه حدثان أصغروا كبر فالذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى
 إذا نوى الطهارتين [جميعاً] بها وعنه لا يجزئه عن الأصغر حتى يأتي بالوضوء واختار أبو بكر
 أنه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والموالاتة وإلا فلا ، وجزم به صاحب
 المبهج ولو كان عادماً للماء فقيم تيمماً واحداً ينوي به الحدين أجزاء عنهما بغير خلاف

(١) رجلين أحدهما مقيم : د (٢) معا : د

ونص عليه أحمد في رواية منها (ومنها) القارن اذا نوى الحج والعمرة كفاه لها طواف واحد وسعى واحد على المذهب الصحيح وعنه لا بد من طوافين وسعيين كالمفرد ، والقاضى وابو الخطاب في خلافيهما حكيا هذه الرواية على وجه آخر ، وهو أنه لا تجزئه العمرة الداخلة في ضمن الحج عن عمرة الاسلام بل عليه أن يأتى بعمرة مفردة باحرام مفرد لها (ومنها) اذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حج حجة الاسلام فهل يجزئه عن فرضه ونذره على روايتين . (احدهما) يجزئه عنهما نص عليه احمد في رواية أبى طالب ونقله عن ابن عباس وهى اختيار أبى حفص (والثانية) لا يجزئه نقلها ابن منصور وعبد الله وهى المشهورة . وقد حمل بعض الأصحاب كأبى الحسين فى التمام الرواية الاولى على صحة وقوع النذر قبل الفرض وفرضهما فيما اذا نوى النذر انه يجزئه عنه وتبقى عليه حجة الاسلام ولا يصح ذلك (ومنها) اذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان فقدم فى أول رمضان ، هل يجزئه رمضان عن فرضه ونذره على روايتين أشهرهما عند الأصحاب لا يجزئه عنهما والثانية يجزئه عنهما نقلها المروذى وصرح بها الخرقى فى كتابه وحملها المتأخرون على أن نذره لم ينعقد لمصادفته رمضان ولا يخفى فساد هذا التأويل وعلى رواية الاجزاء فقال صاحب المغنى لا بد أن ينويه عن فرضه ونذره وقال الشيخ محمد الدين لا يحتاج الى نية النذر ، قال وهو ظاهر كلام الخرقى واحمد لأننا نقدره كأنه نذر هذا القدر منجزاً عند القدوم فجعله كالناذر لصوم رمضان لجهة الفرضية وفيه بعد ، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما فانه يخرج على مسألة الحج ، ذكره ابن الزاغونى وغيره (ومنها) لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول ، فهل تجب فيه الزكاة على وجهين ، وعلى القول بالوجوب فهل تجزيه الصدقة عن النذر والزكاة اذا نواهما على وجهين واختيار صاحب المغنى الاجزاء وخالفه صاحب شرح الهداية (ومنها) لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً ينوى به الزيارة والوداع ، فقال الخرقى فى شرح المختصر وصاحب المغنى فى كتاب الصلاة يجزئه عنهما . ويتخرج فيه خلاف من المسألة التى بعدها (ومنها) لو أدرك الامام راكعاً فكبر [تكبيرة ينوى بها] تكبير الاحرام والركوع فهل يجزئه على وجهين حكاهما أبو الخطاب وغيره واختار [القاضى] عدم الاجزاء للتشريك بين الركن وغيره وأخذ من نص احمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس فقال [الحمد لله] (١) ربنا ولك الحمد ينوى به الواجب وسنة الحمد للعاطس أن لا يجزئه ، واختار ابن شاقلا الاجزاء وشبهه بمن أخرج فى الفطرة أكثر من صاع

ولا يصح هذا التشبيه . ومن الأصحاب من قال إن قلنا تكبيرة الركوع سنة أجزأته (١) وحصلت السنة بالنية تبعاً للواجب ، وإن قلنا واجبة لم يصح التشريك وفيه ضعف . وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزئ في حال القيام خلاف ما يقوله المتأخرون .

(والضرب الثاني) أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها ، وتسقط عنه الأخرى ولذلك أمثلة :

(منها) إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم، سقطت عنه التحية (ومنها) لو سمع سجدتين معاً ، فهل يسجد سجدتين أم يكفي بواحدة ، المنصوص في رواية البرزاطي أنه يسجد سجدتين، ويخرج أنه يكفي بواحدة ، وقد خرج الأصحاب بالاكتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجهها فهنا أولى (ومنها) إذا قدم المقيم مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم ، وقياسه إذا حرم بالحج من مكة ثم قدم [يوم] النحر أنه يجزئه طواف الزيارة عنه والمنصوص هاهنا أنه يطوف قبله للقدوم، وخالف فيه صاحب المغني وهو الأصح (ومنها) إذا صلى عقيب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف على روايتين، قال أبو بكر الأقيس إنها لا تسقط، ونقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله يجزئه ليس هما واجبتين، ونقل الأثرم عنه أرجو أن يجزئه وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض ركعتا الطواف فيكون من الضرب الأول. لكن لا يعتبر هنا نية ركعتي الطواف . ويشبه هذه الرواية التي حكها أبو حفص البرمكي عن أحمد في الجنب إذا اغتسل بنوى الجنابة وحدها أنه يرتفع حدثه الأصغر تبعاً وهي اختيار الشيخ تقي الدين . وقد يقال المقصود أن يقع عقيب (٢) الطواف صلاة كما أن المقصود أن يقع قبل الأحرام صلاة فأى صلاة وجدت حصلت المقصود (ومنها) لو أخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه فطاف فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا على روايتين [ونص في رواية ابن القاسم على سقوطه (ومنها) إذا أدرك الإمام ركعة كبر للاحرام فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع على رأيين] أيضاً والمنصوص عنه الأجزاء ، وهل يشترط أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح أم لا على روايتين نقلهما عنه ابن منصور أحدهما لا يشترط بل يكفي أن يكبر بنية الصلاة وإن لم يستحضر بقلبه أنها تكبيرة الأحرام كما لو أدرك الإمام في القيام . والثانية لا بد أن ينوي بها الافتتاح لأنه قد اجتمع ههنا تكبيرتان فوق الاشتراك فاحتاجت تكبيرة الأحرام إلى نية تميزها بخلاف حال القيام فإنه لم يقع فيه اشتراك (ومنها) إذا اجتمع في يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولاً في الفعل سقط به الثاني ولم يجب حضوره مع الإمام . وفي سقوطه عن الإمام روايتان . وعلى رواية عدم السقوط . فيجب أن يحضر معه من تعتقد به تلك

(١) أجزأه : د (٢) عقب : د .

الصلاة ذكره صاحب التلخيص وغيره فتصير الجمعة هنا فرض كفاية تسقط بحضور أربعين (ومنها) اذا اجتمع عقيقة وأضحية فهل تجزى الأضحية عن العقيقة ام لا . على روايتين منصوصتين . وفي معناه لو اجتمع هدى وأضحية واختار الشيخ تقي الدين انه لا تضحية بمكة وانما هو الهدى (ومنها) . اجتماع الأسباب التي يجب بها الكفارات وتتداخل في الايمان والحج والصيام والظهار وغيرها . فاذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منهما معين اجزأه وسقطت سائر الكفارات وان كان مبهما . فان كانت من جنس واحد اجزأه أيضا وجها واحداً عند صاحب المحرر . وعند صاحب الترغيب ان فيه وجهين . وان كانت من جنسين فوجهان في اعتبار نية التعيين وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس او جنسين موجهما واحد فيتداخل موجهما بالنية أيضا بغير (١) اشكال وان نوى أحدهما فالمشهور أنه يرتفع الجميع وينزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات أو على ان الحكم الواحد يعلل بعلل مستقلة ، واذا نوى رفع حدث البعض فقد نوى واجبه وهو واحدا لتعدد فيه . وعن أبي بكر لا يرتفع الا مانواه قال في كتاب المقنع اذا جنبت المرأة ثم حاضت يكون الغسل الواحد لهما جميعا اذا نوتهما به . ويتنزل هذا على أنه لا يعلل الحكم الواحد بعلتين مستقلتين بل اذا اجتمعت أسباب موجبة تعددت الاحكام الواجبة بتعدد أسبابها ولم تتداخل وان كانت جنساً واحدا ورجح صاحب المحرر قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض لأنهما مختلفا بالاحكام اذ المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة لأنهما مختلفا بالجناس بخلاف غيرهما فهما كالجنسين وغيرهما كالجنس الواحد . ومن الأصحاب من قال ان نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة الدخول موانعها فيه ولا عكس .

﴿ القاعدة التاسعة عشر ﴾

امكان الأداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشرع في الذمة على ظاهر المذهب ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) الطهارة فاذا وصل ادم الماء الى الماء وقد ضاق الوقت فعليه ان يتطهر ويصلي بعد الوقت ذكره صاحب المغنى . وخالفه صاحب المحرر وقال يصلي بالتيمم وهو ظاهر كلام احمد في رواية صالح (ومنها) الصلاة فاذا طرأ على المكلف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء في المشهور . وقال ابن بطة وابن أبي موسى لا قضاء [عليه] (ومنها) الزكاة فاذا

تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور الا المعشرات اذا تلفت بآفة سماوية لسكونها لم تدخل تحت يده فهي كالدين التأوى قبل قبضه وخرج الشيرازى وغيره وجها بالسقوط مطلقاً (ومنها) الصيام فاذا بلغ الصبي مفطراً فى أثناء يوم من رمضان او أسلم فيه كافر أو طهرت حائض لزمهم القضاء فى أصح الروايتين (ومنها) الحج فلا يشترط لثبوته (١) فى الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين وانما يشترط للزوم أدائه بنفسه . وأما قضاء العبادات فاعتبر الأصحاب له امكان الأداء فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله انه لا يطعم عنه وان مات بعد زواله والتمكن من القضاء اطعم عنه . واما [قضاء] المنذورات ففي اشتراط من الأداء وجهان فلو نذر صياماً أو حجاً ثم مات قبل التمكن منه فهل يقضى [عنه] على الوجهين وعلى القول بالقضاء فهل يقضى الصيام الفئات بالمرض خاصة او الفئات بالمرض والموت أيضاً على وجهين .

(القاعده العشرون)

النماء المتولد من العين حكمه حكم الجزء ، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح . ويظهر اثر ذلك فى مسائل :

(منها) لو كان عنده دون نصاب فأكمل نصاباً بنتاجه فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان النتاج من غيره او من حين ملك الأمهات لأن النتاج جزء من الأمهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . فى المسألة روايتان . ولو كان له مائة وخمسون درهماً فاتجر بها حتى صارت مائتين فحولها من حين كمل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين (ومنها) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يحجزه . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يحجز (٢) لانتقاله بنفسه فى الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز (٣) لتبعيته للنصاب فى الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية او ربح تجارة فيجوز فى الأول دون الثانى من المسألة التى قبلها (ومنها) لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده ثم رده بعيب فان كان نماءه **كسباً** لم يردده معه

قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وان كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمره الشجر فهل يردده معه فيه روايتان معروفتان (ومنها) لو قارض المريض فى مرض الموت

(١) لثبوت وجوبه : د (٢) فلا يحجزه : د

وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح ولم يحتسب من الثالث ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل فوجهان أشهرهما انه يعتبر من الثالث لحدوث الثمر من عين ملكه (ومنها) لو فسخ العامل (١) المضاربة قبل ظهور الربح لم يستحق المضارب شيئاً ولو نسخ المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل لأن الربح لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ (ومنها) أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كان المشاركة فيما يتمو من العمل كالربح جازاً للمضاربة، ولكن دفع دابته (٢) أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه فإنه يجوز على الأصح وإن كانت المشاركة فيما يحدث عين المال كدر الحيوان ونسله فقيه روايتان. وكثير من الأصحاب يختار فيه المنع لأن العامل لا يثبت حقه في أصل عين المال والمتولد من العين حكمه حكمها ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزرع بمجره منه أو على نسج الثوب ببعضه. وذلك منصوص عن أحمد أيضاً. واستثنى من ذلك أبو الخطاب في انتصاره ثمر الشجر فإذا عمل الشريك في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمره جاز [عنده] و فرق بين الثمر وغيره بما يتولد من عين المال بأن للعمل تأثيراً في حصول الثمر بخلاف غيره. ولهذا المعنى جازت المساقاة فأما الإجارة المحضة فيجوز فيها ينتفع باستغلاله وإجارته من العقار وغيره. ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه إلا فيما استثنى من ذلك للحاجة كالظن ونحوها. وعند تقي الدين رحمه الله أن الأعيان التي تستخلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع فيجوز استيفائها بعقد الإجارة كما يستوفى بالوقف والوصية.

(القاعدة الحادية والعشرون)

وقد يختص الولد من بين سائر النماء المتولد من العين بأحكام. ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجزء أو كالكسب والظاهر انه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولدا فهل يكون ملكاً للموقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وقفاً معها على وجهين أشهرهما انه وقف معها لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة (ومنها) لو ولدت الموصى بمنافعها فإن قلنا الولد كسب فكله لصاحب المنفعة وإن قلنا هو جزء فقيه وجهان أحدهما: انه بمنزلتها. والثاني: انه للورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع (ومنها) هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة فإن قلنا

هو جزء منها تبعها. وان قلنا هو كسب ففيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة.

(القاعدة الثانية والعشرون)

العين المنغمرة في غيرها اذا لم يظهر أثرها فهل هي كالمعدومة حكما اولا . فيه خلاف وينبني عليه مسائل :
 (منها) الماء الذي استهلك فيه النجاسة فان كان كثيرا سقط حكمها بغير خلاف ، وان كان يسيرا فروايتان ثم من الأصحاب من يقول إنما (١) سقط حكمها والا فهي موجودة ومنهم من يقول بل الماء أحالها لأن له قوة الاحالة فلم يبق لها وجود بل الموجود غيرها فهو عين طاهرة وهي طريقة أبي الخطاب (ومنها) اللبن المشوب بالماء المنغمر فيه هل يثبت به تحريم الرضاع فيه وجهان أحدهما وهو المحكى عن القاضي انه يثبت . والثاني لا واختاره صاحب المغنى وعلى الأول فانما يحرم إذا شرب الماء كله ولو في دفعات ويكون رضة واحدة ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو خلط خمرًا بماء واستهلك فيه ثم شر به لم يحد هذا هو المشهور ، وسواء قيل بنجاسة الماء اولا . وفي التنبيه لأبي بكر عبد العزيز من لت بالخمر سويقا أو صبها في لبن أو ماء جار ثم شربها فعليه الحد ، ولم يفرق بين ان يستهلك أولا يستهلك (ومنها) لو خاط زيت به زيت غيره على وجه لا يتميز فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أى موضع كان أو هو اشتراك . في المسألة روايتان المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث انه اشتراك واختاره ابن حامد والقاضي في خلافه واختار في المجرد انه استهلاك . وأما ان كان المختلط غصبا فقال في رواية أبي طالب هذا قد اختلط أوله وآخره أعجب الى ان يتنزه عنه كله يتصدق به وانكر قول من قال يخرج منه قدر ما خالطه . واختار ابن عقيل في فتونه التحريم لامتزاج الحلال بالحرام واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا فليس له اخراج قدر الحرام منه بدون اذن المنصوب منه لانها قسمة فلا يجوز بدون رضا الشريكين . لكن لأصحابنا وجه في المكيل والموزون المشترك أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر وهو اختيار أبي الخطاب ونص عليه أحمد في الدراهم ، ومنعه القاضي لكنه قال في خلافه ان كان الحق في القدر المختلط لأدمى معين لم تجز القسمة بدون اذنه وان كان لغير معين كالذى انقطع خبر مالكه ووجب التصديق به ، فللمالك الاستبداد بالقسمة لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة ، وهذا كله بناء على أنه اشتراك . وعن احمد رحمه الله رواية أخرى انه استهلاك قال في رواية المروذى يخرج العوض منه وهذا يحتمل انه أراد [أن] يخرج بدله عوضا منه وكذا ساقه

المروذى فى كتاب الورع له ان احمـد قال يعطى العوض ولم يقل منه وان كان اراد انه يخرج
العوض من نفس المختلط فهو بناء على انه شركة وان له الاستبداد بقسمة ذلك (ومنها) لو وصى
له برطل من زيت معين ثم خلطه بزيت [آخر] فان قلنا هو اشتراك لم تبطل الوصية وإن قلنا هو استهلاك
بطلت (ومنها) لو حلف لا يأكل شيئاً فاستهلك فى غيره ثم أكـله قال الأصحاب لا يحنث ولم يخرجوا
فيه خلافاً لأنه مبنى (١) على العرف ولم يقصد الامتناع من مثل ذلك وقد يخرج فيه وجه بالحنث وقد
أشار إليه أبو الخطاب كما سند كره، وهذا كله فى المائعات والأدقة (٢) ونحوها مما يختلط ببعض أجزائه
ببعض ، فأما الحبوب والدرهم ونحوها فمن الأصحاب من قال حكمها حكم المائعات فيما سبق وفرعوا
على ذلك مسائل :

[منها] لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تتميز فهل ينفسخ البيع على
وجهين اختار القاضى فى خلافه الانفساخ وفى المجرد عدمه (ومنها) لو حلف لا يأكل حنطة
فأكل شعيراً فيه حبات حنطة ففى حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب وغلطه صاحب الترغيب
وقال يحنث بلا خلاف لأن الحب متميز لم يستهلك بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكـت
فانه لا يحنث (ومنها) لو اختلطت دراهمه بدرهم مغسوبة فالمنصوص عن احمد فى رواية المروذى إن
كانت الدراهم قليلة كـثلاثة فيها درهم حرام وجب التوقف عنها حتى يعلم وإن كانت كثيرة كـثلاثين
فيها درهم حرام فانه يخرج منها درهما [واحداً] ويتصرف فى الباقي وله نصوص كثيرة فى هذا
المعنى وعلل بأن الكثير يجحف بماله لإخراجه وأنكر على من قال يخرج هذا قدر الحرم من القليل
كالثلاثة انكاراً [شديداً] وأما القاضى فتأول كلامه على الاستحباب لأنه كلما كثر الحلال بعد
تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل . قال والواجب فى الجميع إخراج قدر
الحرام ، وكذلك (٣) ذكر ابن عقيل [فى فصوله] (٤) وخالف فى الفنون وقال يحرم الجميع (ومنها) لو
خلط الودیعة وهى درهم بماله ولم يتميز فالمشهور الضمان لعدوانه حيث فوت تحصيلها (٥)
وعنه رواية أخرى لا ضمان عليه لأن النقود لا تتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان
خلطها [مع ماله] أحفظ لها وعلى هذه الرواية فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جعل
التألف كله من ماله وجعل الباقي من الودیعة نص عليه لأن هذه الأصل أمانة (٦) بقاؤها ووجوب
تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك ولهذا قلنا لو مات وعنده وديعة وجهل بقاؤها انها تكون ديناً على التركة

(١) لأن مبنى الأيمان : د (٢) يريد بالأدقة المدقوقات (٣) ولذلك (٤) تقطيع بالأصل

(٥) تخليصها : د (٦) أمانة الأصل : د

وتأول القاضى وابن عقيل كلام احمد رحمه الله فى الضمان هنا على أن الخلط كان عدوانا وهذا يدل على أنه لاضمان عندهما الامع التعدى ولو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع فى ظاهر كلام احمد ذكره ابو البركات ابن تيمية فى شرح الهداية وقد تقدم ان القاضى ذكر فى الخلاف انهما يصيران شريكين قال ابو البركات ولا يبعد على هذا ان يكون المالك منهما وذكر القاضى أيضا فى بعض تعاليقه فيمن معه دينار أمانة لغيره فسقط منه مع دينار له فى رضى فدارت عليهما حتى نقصا وكان نقص احدهما اكثر من نقص الآخر ولم يدرا ايهما له انه يختلط فيدفع الى صاحب الأمانة ما يغلب على ظنه أنه قدر حقه فان ادعى ان الثقيل له فالقول قوله فى الظاهر لأن يده عليه والله اعلم .

(القاعدة الثالثة والعشرون)

من حرم عليه الامتناع من بدل شئ . سئل فامتنع فهل يسقط اذنه بالكلية أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه هذا نوعان :

(أحدهما) أن يكون المطلوب منه إذناً مجرداً ويندرج تحته صور :

(منها) وضع الخشب على جدار جاره اذا لم يضر به وقد نص أحمد على عدم اعتبار اذنه فى ذلك وفى التلخيص أنه يجبر عليه إن أباه (ومنها) حج الزوجة الفرض ونص أحمد فى رواية صالح على أنها لا تحج الا بأذنه وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الاذن لها ونقل ابن ابر موسى عن أحمد أن استئذنها له مستحب ليس بواجب (ومنها) اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على اذن السيد ، حكى الأصحاب فيه روايتين : إحداهما لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد . والثانية تجب بدون اذنه ويستحب له استئذانه فان أذن له والا خالفه وذهب (ومنها) أخذ فاضل الكلاء والماء من أرضه هل يقف جواز الدخول الى الأرض على اذنه أم يجوز بدون اذنه على وجهين ونص أحمد على جواز الرعى فى الأرض المغصوبة يدل على عدم اعتبار الاذن فى ذلك ومن الأصحاب من قال الخلاف فى غير المحوط [فاما المحوط] فلا يجوز دخوله بغير اذن بغير خلاف قال ومتى تعذر الاستئذان لغية المالك أو غيرها أو استأذن فلم يأذن سقط اذنه كما فى الولى فى النكاح ونقل مثنى الأنبارى عن احمد ما يشعر بالفرق بين الدخول للماء والكلاء فيتعين الاستئذان للدخول للكلاء دون الماء (ومنها) بذل الضيافة الواجبة اذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر اذنه فى أصح الروايتين نقلها على بن سعيد عن أحمد ونقل عنه حنبل لا يأخذ الا بعلمهم ويطلبهم

بقدر حقه (ومنها) نفقة الزوجة الواجبة (ومنها) الطعام الذى يضطر اليه غيره فانه يلزمه بذله له بقيمته فان أبى فلبضطر أخذه قهراً وانما سقط اعتبار الاذن في هذه الصور لأن اعتباره يؤدى الى مشقة وخرج وربما أدى الى فوات الحق بالكلية

(النوع الثانى) أن يكون المطلوب منه تصرفاً لعقد أو فسخ أو غيرهما ويندرج تحته صور :

(منها) اذا طلب منه القسمة التى تلزمه الاجابة اليها والأصحاب يقولون يجبر على ذلك فان كان المشترك مثلياً وهو المكيل والموزون وامتنع أحد الشريكين من الاذن فى القسمة أو غاب فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون اذن الحاكم على وجهين (احدهما) الجواز وهو قول أبى الخطاب (والثانى) المنع وهو قول القاضى لأن القسمة مختلف فى كونها بيعاً واذن الحاكم يرفع النزاع (ومنها) اذا امتنع من بيع الرهن فان الحاكم يجبره عليه ويحبسه فان أصر باع عليه ومن الأصحاب من يقول الحاكم بخير ان شاء أجبره على البيع وان شاء باع عليه وهو المجزوم به فى المعنى (ومنها) اذا امتنع من الانفاق على بهائمه فانه يجبر على الانفاق أو البيع كذا أطلقه كثير من الأصحاب، وقال ابن الزاغونى ان أبى باع الحاكم عليه (ومنها) المولى اذا وقف ثم امتنع من الفيتة (١) فانه يؤمر بالطلاق فان طلق فذاك والافقيه روايتان (احدهما) يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق (والثانية) يطلق الحاكم عليه (ومنها) العنين اذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى ان يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما (ومنها) اذا مثل بعبده قال احمد فى رواية الميمونى يعتقه السلطان عليه وظاهر هذا أنه لا يعتق بمجرد التمثيل ولكن يعتقه السلطان عليه بغير اختيار لأن عتقه صار محتملاً لا محالة كما فعل عمر رضى الله عنه بخلاف طلاق المولى فانه لو فاء لم يطالب بالطلاق، ويحتمل ان يكون مراده ان السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف فى المذهب وفيه بعد (ومنها) الموصى بعتقه اذا امتنع الوارث من اعتاقه أعتقه السلطان عليه (ومنها) اذا اشترى عبداً بشرط العتق وقتلنا يصح على الصحيح فابى ان يعتقه فقيه وجهان وقيل روايتان (احدهما) ونص عليها احمد فى رواية الأثرم ان للبائع الفسخ بناء على أنه حق له (والثانى) أنه يجبر المشتري على عتقه بناء على أنه حق لله [تعالى فعلى] هذا اذا امتنع واصر توجه ان يعتقه الحاكم عليه (ومنها) الحوالة على الملى هل يعتبر لبراءة المحيل رضا المحال فان أبى أجبره الحاكم عليه لأن احتياله (٢) على الملى واجب عندنا أو يبرأ بمجرد الحوالة فيه عن احمد روايتان حكاهما القاضى فى خلافه وطائفة من الأصحاب ومبناهما على ان الحوالة هل هى نقل (١) يريد بالمولى هنا الذى حلف لا يطاق وجه أربعة أشهر أو أكثر والفيتة الرجوع (٢) كذا بالاصل

للحق أو تقييض فإن قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وإن كانت تقييضا فلا بد من القبض بالقول وهو قولها فيجبر المحتال عليه (ومنها) الولي في النكاح إذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه أولا فيقوم الحاكم مقامه على روايتين (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربعة وأبى أن يختار منهم أجبره الحاكم على الاختيار وعززه مرة بعد أخرى حتى يختار . ولم يختزله إذا الاختيار موكول إلى شهوته وغرضه لا غير [(ومنها) الكتابة إذا أوجبتها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها] (ومنها) إذا أتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال في المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال في المغنى يشهد على امتناعه ويبرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضي أنه يرفعه إلى الحاكم أولا ليسلمه إليه فإن تعذر أشهد على امتناعه .

(القاء الرابطة والعشرون)

من تعلق بماله حق واجب عليه فبادر إلى نقل الملك عنه صح ، ثم إن كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط . وإن كان متعلقا بالملك لمعنى زال بانتقاله عنه سقط ، وإن كان لا يزول بانتقاله لم يسقط على الأصح ، ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه فقيه وجهان حكاهما في المغنى (أحدهما) يصح لأن ملكه باق لم يزل ويسقط التحريق لانتقاله عنه فهو كالمات وانتقل إلى وارثه (والثاني) يفسخ البيع ويحرق لأن حق التحريق أسبق وقد تعلق بهذا المال عقوبة لما أسكه على جريمته السابقة (ومنها) لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة فقيه وجهان (أحدهما) إن البيع باطل لأن ملكه غير تام وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه (والثاني) إن البيع صحيح وهو قول الخرقى والمشهور في المذهب لأن أخذ الشفع من المشتري الثاني ممكن فإن اختار ذلك فعل وإلا فسخ البيع الثاني وأخذ من الأول لسبق حقه عليه (ومنها) لو أمر الذمي بهدم بناءه العالي فبادر وباع من مسلم صح وسقط الهدم لزوال علته فإنه لم يجب الهدم إلا لازالة ضرر استدامة تعلية الذمي لاعتقوبة للتعلية الماضية وقد زال الضرر بانتقاله إلى المسلم فهو كما لو بادر المالك وأسلم فإن الهدم يسقط بلا تردد (ومنها) لو مال جداره إلى ملك جاره فطوالب بهدمه فباع داره صح وهل يسقط

(١) ما بين المربعين عن نسختي الدار

الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمنين أم لا . قال القاضى يسقط لأن الوقوع في غير ملكه وقال ابن عقيل ان قصد بيعه الفرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لان عقاد سببه في ملكه كما لو باع سهما بعد خروجه من كبد القوس فان عليه ضمان ما يتلفه قال وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبتين فوق وقع فيهما صيد في الحرم أو مملوك للغير لم يسقط عنه ضمانه . والظاهر ان القاضى لا يخالف في هذه الصور فانه قال فيما اذا أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق ثم باع ملكه بعد المطالبة بازالته ثم سقط فعليه الضمان . لأن خروجه الى غير ملكه حصل بفعله بخلاف ميل الحائط فانه لا فعل له فيه وانما يلزمه ازالته على وجه ممكن ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه (ومنها) لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا . على وجهين حكاهما الأزمجى في نهايته وصحح عدم الصحة لانه يتسلسل ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة ، كما لو نذر عتق عبد فانه لا يصح بيعه وعندى أن هذا الخلاف مترتب (١) على ان الحق هل هو لله ويجبر عليه ان أباه اولالبائع ، فعلى الاول هو كالمندور عتقه وعلى الثانى يسقط الفسخ لزوال الملك وللبائع الرجوع بالأرش فان هذا الشرط ينقص به الثمن عادة ، ويحتمل ان يثبت له الفسخ لسبق حقه (ومنها) لو باع العبد الجانى لزمه افتداؤه فان كان معسراً فسخ البيع تقديماً لحق المجنى عليه لسبقه (ومنها) لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين (٢) ملتزماً بضمانه ثم عجز عن وفائه فانه يفسخ البيع (ومنها) لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعسر فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا ، فيه وجهان مرتبان على ان الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه فان قيل بعين المال فسخ البيع لاستيفائها منه والا فلا .

(القاعدة الخامسة والعشرون)

من ثبت له ملك عين بيينة او اقرار فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا . في المسألة خلاف ولها صور :

(منها) أن من ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد لها فهل يتبعها في الملك اذا ادعاه على وجهين (احدهما) لا وهو الذى ذكره القاضى لانه لا يتبعها في بيع ولا غيره ويجوز ان يكون ولده قبل ملكه لها (والثانى) واليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها لانه من أجزائها وقد ثبت سبق اليد الحكيمية لليد المشاهدة فتكون مرجحة عليها ، ويشبه هذه المسألة ما اذا ادعى أمة في يد غيره انها أم ولده وان

(١) في نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

ولدها منه [حر] وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أورا جلا و امرأتين ثبت ملكه عليها وثبت استيلادها بأقراره وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطاب (أحدهما) يثبت نسبه وحرته لكونه من نملائها فيتبعها ويكون ثبوت ذلك بالأقرار لا بالبينة (والثانية) لا يثبت النسب ولا الحرية لأنهما لا يثبتان بهذه الشهادة وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية وتبقى [صححة] الولد على ملك من كانت يده بناء على صححة استلحاق نسب العبد كما جزم به صاحب التلخيص (ومنها) لو ثبت له ملك أرض في يد غيره ببينة أو اقرار وفيها شجر قائم فهل يتبعها أم لا . يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على أن الشجر هل يتبع في البيع أم لا وافق الشيخ تقي الدين رحمه الله أن ما كان متصلا بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتة عليه ما لم تأت حجة تدفع (١) موجب اليد ، مثل أن يكون الغارس قد عرف أنه غرسه بماله وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل في الرهن فيما إذا اختلف المتراهنان في رهنية الشجر في الأرض المرهونة أن القول قول المالك لأن الاختلاف هنا في عقد واليد لا تدل عليه بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك وصرح صاحب التلخيص بأن ما في دار الإنسان يكون في يده ولو كان منفصلا منقولا ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرد حصولها في الأرض نظراً إلى أن الأرض هل هي كاليده أم لا فإن قامت البينة أن هذه الشجرة له وعليها ثمر فقال ابن عقيل يحكم له به حتى لو كان الثمر بيد رجل وتبين سبق ملك الشجرة لغيره حكم له بالثمره لثبوت سبق ملكه على اخذ غيره للثمره و[يخرج] فيه وجه آخر كالولد وبه جزم ابن عقيل في كتاب القضاء (ومنها) لو ثبت أن هذا العبد ملك له وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب فادعاه من العبد في يده . فقال صاحب الكافي والترغيب هي له لأن يده عليها وهي منفصلة عن العبد ويحتمل وجهين آخرين (أحدهما) أن ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه هاهنا ومالا فلا (والثاني) أن تطاولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هي في يده والا فلا الحاقها بالعيب المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري إذا لم يحتمل الحال الا قول أحدهما وحده (ومنها) لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة فذكر الأصحاب أن ما يتبع في البيع فهو للمؤجر ومالا يتبع أن كانت جرت به العادة في المنازل فقيه خلاف . والمنصوص أنه للمؤجر أيضاً وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض وهل الحكم مختص بحالة بقاء يد المستأجر أم لا . صرح في التلخيص في مسألة الكنز بأن الخلاف في صورة بقاء الاجارة وانقضائها ، ويشهد له مسألة المال المدفون إذا ادعاه من

(١) ن : ترفع .

كانت الأرض له ووصفه أنه يقبل منه وكذلك حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت جاز (١) مع بقاء الزوجية وزوالها في أحد الطريقين للأصحاب (ومنها) لو أقرله بمظروف في ظرف كتمر في جراب أو كسيف في قراب أو فص في خاتم أو رأس أو كارع في شاة أو نوى في تمر فيه وجهان أشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه ، وهو قول ابن حامد والقاضي وأصحابه لأن الظرف غير مقر به وإنما هو موصوف به فهو كقوله دابة في اصطبل والوجه الثاني [هو] مقر بهما والالم يكن ثم فائدة لذلك الظرف . وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقة فيكون اقراراً به دون ما هو منفصل عنه عادة ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعا للأول فيكون اقراراً به كتمر في جراب أو سيف في قراب وبين أن يكون متبوعا فلا يكون اقراراً به كنوى في تمر ورأس في شاة وأما أن قال خاتم فيه فص وجراب فيه تمر وقراب فيه سيف فقليل هو على الوجهين مطلقا وقيل في قوله خاتم فيه فص أنه اقرار بهما جميعا بغير خلاف لأن إطلاق الخاتم يدخل فيه الفص فاذا وصفه بالفص يتقن دخوله فيه ولم يحز اخراجه منه كقوله نعل لها شراك أو شاة عليها صوف أو في ضرعها لبن ونحو ذلك وفي التلخيص لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص وقال ما أردت الفص احتمل وجهين أظهرهما دخوله لشمول الاسم قال ولو قال له عندى جارية فهل يدخل الجنين في الاقرار اذا كانت حاملا يحتمل وجهين .

(القاعدة السادسة والعشرون)

من أتلف شيئا لدفع أذاه لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة (٢) فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيوانا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو صال عليه صيد في إحرامه فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل والوسخ فداه لأن الأذى من غير الشعر ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده (ومنها) لو أشرفت السفينة على الغرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ولو سقط عليه متاع غيره فخشى أن يهلكه فدفعه فوقع في الماء لم يضمنه (ومنها) لو وقعت بيضة نعامة من شجرة في الحرم على [عين] إنسان فدفعها فأنكسرت فلا ضمان عليه بخلاف ما لو احتاج إلى أكلها لمخمصة (ومنها) لو قلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه ولو احتاج إلى إيقاد غصن (١) في نسخي الدار : جار . (٢) فيهما : أو بهيم ،

شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره وخالف صاحب المغنى في جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه .

﴿ القاعدة السابعة والعشرون ﴾

من أتلف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود الى نفسه فلا ضمان عليه ، وان كان النفع يعود الى غيره فعليه الضمان .

فمن ذلك الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفاً على أنفسهما فلا فدية عليهما ، وان أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب (ومنها (١)) لو نجى غريقاً في رمضان فدخل الماء في حلقه وقلنا يفطر به فعليه الفدية ، وان حصل له بسبب انقاذه ضعف في نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض في قياس المسألة التي قبلها وفي التلخيص بعد ان ذكر الفدية على الحامل والمرضع فلخوف على جنينيهما ، وهل يلحق بذلك من افتقر الى الافطار لانقاذ غريق يحتمل وجهين (ومنها) لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضى وفي الفتاوى الرجيبات عن ابن عقيل وابن الزاغونى لا ضمان عليه ايضاً (ومنها) لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه فحلف دفعاً للظلم عنه لم تنعقد يمينه ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انعقدت يمينه ذكره القاضى في شرح المذهب وفي الفتاوى الرجيبات عن ابى الخطاب ايضاً لا تنعقد وهو الأظهر

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون ﴾

اذا حصل التلف من فعلين احدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً على الصحيح ، وان كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان احدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه لم يجب على الآخر اكثر من النصف ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) اذا زاد الامام سوطاً في الحد فمات المحدث فحكى ابو بكر في المسألة قولين (احدهما) يجب كمال الدية (والثاني) يجب نصفها والاول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لان المأذون فيه لا اثر له في الضمان وانما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان اليها (ومنها) لو اقتص من الجاني ثم جرحه هو أو غيره عدواناً وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها (ومنها) لو رمى صيداً فأثبتته ولم يوحه ثم رماه آخر رمية غير موحية ومات من الجرحين وجب ضمان

(١) في د : ومنه في كل القاعدة .

الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب ، لكن من الأصحاب من يعلمه بأن رمى الثاني انفراداً بالعدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلمه بأن رميه كان سبباً للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمنه بنصف القيمة مما قبلها (ومنها) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها أو لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فإنه يضمنها بكامل القيمة نص عليه في الصورة الأولى وخرج الأصحاب وجهاً آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما إذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتها (ومنها) إذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومهنا وقال القاضي في المجرد مقتضى الفقه عنده أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الأذن هناك منتف وههنا موجود نعم إن قصد المحل إعاقة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي فإنه يكره له ذلك أو يحرم عليه كما إذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [(ومنها)] لو اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص مال الدية ونصفها على وجهين [(ومنها)] لو تزوج امرأة ثم دفعها هو واجنبي فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص أحمد في رواية مهنا على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم (١) وهو أرش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك أن إذهب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش ، وأما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره وخرج صاحب المغنى وجهاً آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوصة نقلها مهنا أيضاً فإذا كان موجباً للمهر ابتداء فلأن يقرره أولى ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى أن الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل ، واختار ابن عقيل أن الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج إنما يستحق اتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطء فإذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير إذا أتلّف خمل المنشقة مثلاً بغير استعمال فإنه يضمن . وأيضاً فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه فقط قطع بعض أعضائه عدواناً ضمنه لأنه لم يستحق اتلاف بعض أعضائه إلا تبعاً لاتلاف

(١) في نسخق الدار . نصف العقر .

جملته لاستقلالاً . وفيه وجه آخران الأرش كله او مهر المثل على الأجنبي لأن الزوج مأذون له في اتلاف هذا الجزء في الجملة فيكون الأجنبي منفرداً بالجناية عليه فيستكمل عليه الضمان (١) [ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر على أحدهم فقتله فهل تجب على الآخرين ثلثا ديته أو كلها على روايتين]

﴿ القاعدة التاسعة والعشرون ﴾

من سومح في مقدار يسير فزاد عليه فهل تنفى المسامحة في الزيادة وحدها أو في الجميع فيه وجهان وللمسألة صور :

(منها) الوكيل في البيع مع الاطلاق يملك البيع بثمان المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة فاذا باع بمالا يتغابن بمثله عادة فهل يضمن بقية ثمن المثل كله او القدر الزائد عما يتغابن به عادة على وجهين ورجح ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله واستشهد له بالنجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها ولا يفرد ههنا ما يعفى عنه بانفراده وكذلك العمل الكثير في الصلاة فانه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده فقد يصير الباقي يسيراً فيلزم العفو عن الكل وكذلك حكم ضرب الصبي معمله أو المرأة زوجها ضرباً مبرحاً وماتاً ضمن الدية كلها ولو عفى عن القدر المباح بانفراده لم يجب مال الدية وهذه الصورة الأخيرة ترد الى القاعدة التي قبل هذه حيث كان التلف تولد من ضرب مأذون فيه وغير مأذون فواجب كمال الضمان كما لو زاد على الحد سوطاً فلا دلالة له فيها (ومنها) لو أكل المضحي جميع أضحيته فهل يلزم ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم على وجهين ولو تصدق أولاً بما يقع عليه الاسم أجزاءه لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور في المذهب (ومنها) لو تعدى الخارج من السبيل موضع العادة فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزى الحجر في موضع العادة على وجهين . أشهرهما ان الواجب غسل المتعدى خاصة وهو قول القاضي وربما نسبته الى نص احمد لأن هذا لا ينسب فيه الى تفريط وتعد بخلاف الوكيل والمضحي ، والثاني يلزمه غسل الجميع وبه جزم القاضي ابو يعلى الصغير ولم يحك فيه خلافاً (ومنها) لو أدى زكاته الى واحد وقفنا يجب الأداء الى ثلاثة فهل يضمن الثلثين وما يقع عليه الاسم على وجهين .

(القاعدة الثلاثون)

إذا خرج عن ملكه مال على وجه العبادة ثم طرأ ما يمنع اجزائه والوجوب فهل يعود الى ملكه ام لا فيه خلاف .

(فمن ذلك) اذا أوجب هديا او اضحية عن واجب في ذمته ثم تعيبت فانها لا تجزيه وهل يعود المعيب الى ملكه على روايتين (ومنها) اذا عجل الزكاة فدفعها الى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها ام لا على وجهين (ومنها) لو عجل عن ثلاثين من البقر تبعا ثم نتجت عشرة قبل الحول وقلنا لا يجزىء التبيع عن شيء منها فهل يرجع به (١) يخرج على الوجهين .

(القاعدة الحادية والثلاثون)

من شرع في عبادة تازم بالشروع ثم فسدت فعليه قضاؤها على صفة التي افسدها سواء كانت واجبة في الذمة على تلك الصفة أو دونها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا صلى المسافر خلف مقيم وفسدت صلاته فانه يجب عليه قضاؤها تامة (ومنها) إذا أحرم من بلده ثم افسد نسكه بجماع وجب قضاؤه والاحرام من موضع احرامه أولا نص عليه احمد بخلاف ما إذا أحصر في نسكه ذاك ثم قضاؤه فانه لا يلزمه الاحرام الا من الميقات نص عليه ايضا لأن المحصر فيه لم يلزمه اتمامه (ومنها) إذا عين عما في ذمته من الهدى والاضحية ماهو أزيد صفة من الواجب ثم تلف فان كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله وان كان بغير تفريط ففيه وجهان . حكاهما القاضي في شرح المذهب وجزم صاحب المغني بأنه لا يلزمه أكثر مما كان في ذمته لأن الزيادة وجبت بتعينه وقد تلفت بغير تفريط فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف (ومنها) لو نذر اعتكافا في شهر رمضان ثم أفسده فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الأيام على وجهين . وظاهر كلام أحمد لزومه وهو اختيار ابن أبي موسى لأن في الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره فلا يجزىء القضاء في غيره كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم أفسده فانه يتعين القضاء فيه ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لا يساويها وعلى هذا فنقول لو نذر اعتكاف عشرة أيام فشرع في اعتكافها في أول العشر الاواخر ثم أفسده لزمه قضاؤه في العشر من قابل لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره فاذا افسده لزمه قضاؤه على صفة ما أفسده .

(١) في د : فهل يسترجع تخرج الخ .

(القاعدة الثانية والثلاثون)

يصح عندنا استثناء منفعة العين المنتقل ملكهما من ناقلها مدة معلومة ، ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) المبيع إذا استثنى البائع منفعته مدة معلومة صح ، وحكى فيه رواية أخرى بعدم الصحة (ومنها) الوقف يصح أن يقف ويستثنى منفعته مدة معلومة أو مدة حياته لأن جهالة المدة هنا لا تؤثرانها لا تزيد على جهالة مدة كل بطن بالنسبة الى من بعده (ومنها) العتق ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة نص عليه لحديث سفينة وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها لأنه استثنى الانتفاع بالبيع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضا عنه فانه قد في آن واحد (ومنها) إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء فانه يصح على المذهب المنصوص فانه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعها دون رقبتها (ومنها) الوصية فيصح أن يوصى برقة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقا أو مدة معلومة او نفعها (١) للورثة (ومنها) الهبة يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفعه مدة معلومة وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله (ومنها) عوض الصداق والخلع والصلح على مال وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها .

(القاعدة الثالثة والثلاثون)

الاستثناء الحكمي هل هو كالأستثناء اللفظي أم تغتفر فيه الجهالة بخلاف اللفظي (٢) فيه وجهان والصحيح عند صاحب المغنى الصحة ، وهو قياس المذهب خلافا للقاضي ويخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو باعه أمة حاملا بحر وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظا فهل يصح أم لا على وجهين .
 (ومنها) لو باعه عقارا استحق فيه السكنى (٣) الزوجة المعتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح قال في المغنى لا ، لأن مدة الحمل مجهولة بخلاف مدة الأشهر ، وقال الشيخ محمد الدين في مسودته على الهداية قياس المذهب صحة البيع وأطلق (ومنها) بيع الدار المؤجرة تصح وسواء علم المشتري بالاجارة أو لم يعلم نص عليه احمد في رواية جعفر بن محمد ، وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول (٤) المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبهه تفريق الصفقة ولكن احمد انما اوجب بيان ذلك لأن تركه

(١) في نسختنا يفتقر (٢) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ أو يقيها : وفي ٧١١ أو بنفقتها (٣) سكنى : د

(٤) وفي نسختنا : تناول .

تدليس وتغريب ، ولم يتعرض للصحة والبطلان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فإن تحتها دكة (١) فإن علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار ، وعليه يفضى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك او لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكما ، ولو استثناهما في العقد لفظا لم يصح (ومنها) لو اشترى شجرا [و] عليه ثمر أو أرضا فيها زرع أو دارا فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تفرغه على ما جرت به العادة وذلك مجهول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة أو عبدا محرما صح ووقع مدة احرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم (٢) بذلك [المشتري] او لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضب لاسيما بالعمرة قد يقع الابطاء في السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال النسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

(القاعدة الرابعة والثلاثون)

استحقاق منافع العبد بمقد لازم يمنع من سريان العتق اليها كالاستثناء في العقد ، وأولى لأن الاستثناء الحكمي أقوى ، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد خلافا للشيخ تقي الدين في قوله يسرى العتق اليها ان لم يستثن ، ويتفرع على هذا مسائل : (منها) اذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح وإنما يثبت لها الخيار تحت العبد لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك او تعبدا غير معقول المعنى . ومن قال بسرابة العتق قال قد ملكت بضعها فلم يبق لأحد عليها ملك فصار الخيار لها في المقام مع الزوج او مفارقتها سواء كان حراً أو عبدا وعلى هذا لو استثنى منفعة بضعها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حراً أو عبدا ذكره الشيخ وقال هو مقتضى المذهب ويرد على هذا القول بملكها بضعها انه يلزم منه انفساخ نكاحها حيث لم يبق للزوج ملك عليها . ولا قائل بذلك على أنه يمكن ان يقال عتق بعضها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر لأن حرية البضع لا تنافي استحقاق منفعته بعقد النكاح ابتداء فالحرية الطارئة به أولى (ومنها) لو اجر عبده مدة ثم اعتقه في أثناءها لم تنفسخ الاجارة على المذهب ، وعند الشيخ تنفسخ الا ان يستثنى في العتق وخرج صاحب المقنع ذلك وجها لنا لابتداء على السراية بل بناء على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه فيكون كما لو اجر الولي العبي مدة (١) نسختنا : تكة (٢) الاصل : هله .

ثم بلغ في أثائها فانه ينفسخ في وجه [وهو ضعيف] فان الولي تنقطع ولايته بالكلية عن العبي
يلوغه رشيدا بخلاف السيد فان له استثناء منافعه بالشرط ، والاستثناء الحكيم اقوى كما
تقدم (ومنها) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنافعه صح ولم يسر الى المنافع .

(القاعدة الخامسة والثلاثون)

من ملك منفعة عين بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل ينفسخ العقد الاول أم لا
هاهنا صورتان :

(احدهما) أن يكون العقد الذي ملك به المنفعة عقدا مؤبدا ، فان لم يكن عقدا معاوضة فلامعنى
لأنفساخه كالموصى له بمنافع الامة اذا اشتراها فانه يجتمع له ملكها بالعقدين ولا ضرر في هذا (١) فهو
كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى بربقتها اذا اشتروها من الموصى
له ، وان كان عقد معاوضة وهو النكاح انفسخ بملك الرقة ، لأنه ملك ضعيف ومختلف في مورده
هل هو المنفعة او الانتفاع ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه
فلا يجتمع مع الملك القوي ، وهو ملك الرقة [بل يدفع به ولا نقول إنه يدخل ملكه في ملك الرقة]
لأن مالك الرقة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقة بملكه (٢) بل نقول قد اجتمع له
ملك الرقة بجميع منافعها بجهة وملك البضع [مالكا] بجهة أخرى ضعيفة فبطلت خصوصيات الجهة
الضعيفة كلها لمصيره مالكا للجميع ملكا تاما وهذا صحيح فانه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال
انه يملك الانتفاع بالبضع دون منفعته ولا أنه يملك الانتفاع به بنفسه دون المعاوضة عليه فتعين
الغاء خصوصيات عقد النكاح كلها .

(والصورة الثانية) ان يكون العقد المملوك به المنفعة غير مؤبد ، كالأجارة فاذا ملك [العين] بعد
ذلك فهل ينفسخ ، فيه وجهان ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففى انفساخ الاجارة وجهان حكاها
الأصحاب وربما حكى روايتان (أحدهما) ينفسخ لأنه ملك (٣) الرقة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى
زوجته (والثاني) لا ينفسخ وهو الصحيح وهو اختيار القاضي وابن عقيل والاكثرين لأن
المنافع ملكها أولا بجهة الاجارة وخرجت عن ملك المؤجر ، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع
وهو العين المسلوقة النفع فصار كالمو اشتري العين الموصى بمنافعها من الورثة واستأجر المنافع من

(١) ذلك : د (٢) ملكه : د (٣) في نسختنا : يملك

مالكها في عقد أو عقدين فإن الاجارة لا تنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والاجارة بخلاف النكاح ، وأيضا فالملك ههنا أقوى من ملك النكاح لأنه يملك الانتفاع والمعاوضة ، ويملك به عموم المنافع فلا تنفسخ بملك الرقبة ، فإن قيل لو لم تنفسخ الاجارة لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها الى المؤجر لأنه لم يدخل في عقد البيع ، وانما استأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج لأنه ملك المنفعة ملكا مؤبدا فالجواب أن [البائع باع] (١) ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد انقضاء مدة الاجارة فإنه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالاجارة عندنا فبالبيع أولى ، اما ان كان الاستئجار من غير البائع وكان مالكا للمنافع المؤبدة فالاجارة باقية وتعود اليه بعد انقضاء المدة بغير تردد ، ولو ملك المستأجر العين بهبة فهو كمالو ملكها بشرا صرح به الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية فأما ان وهب العين المستعارة من المستعير فإنه تبطل العارية وذكر [ه] القاضي وابن عقيل لأنه عقد غير لازم (ومنها) لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الأب وورثها فهل تنفسخ الاجارة فيه وجهان أيضا وخرجهما صاحب التلخيص من المسألة التي قبلها والمذهب عند القاضي في الخلاف أنه لا ينفسخ كشراء المستأجر ، وقال في المجرد ينفسخ وتوجه بأن الملك بالارث قهرى يقتضى تملك مالا يملك مثله بالعقود فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها فتتنفسخ الاجارة ، وأيضا فقد يبنى هذا على المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل الى ملك المستأجر فان قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها اليه . هذا اذا كان ثم وارث سواه لأن فائدة بقاء الاجارة استحقاق بقية الاجرة ، فاذا لم يكن وارث سواه فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مفلساً بعد أن أسافه الاجرة (ومنها) لو اشترى طلعا لم يؤبر في رءوس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله في الحال ، فهل يتخرج انفساخ البيع في الطلع على ما مر من الوجهين لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه في البيع أم لا لأنه عين (٢) مستقلة ، فيه تردد والمجزم به في الكافي أنه لا ينفسخ بغير خلاف .

(القاعدة السادسة والثلاثون)

من استأجر عيناً ممن له ولاية الايجار ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة فهل تنفسخ الاجارة هذا قسمان :

(أحدهما) أن تكون إجارته بولاية محضة فإن كان وكيلًا محضاً بالكلام في موكله دونه

(١) الذي في نسختنا فالجواب ان المالك ما يملكه (٢) نسختنا : غيره .

وان كان مستقلاً بالتصرف فان انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الاجارة لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية كصبي يبلغ بعد ايجاره أو ايجار عقاره والمدة باقية ففى الانفساخ وجهان أشهرهما عدمه وهو قول القاضى وأصحابه لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ ببلوغه كالأول وجه أو باع عقاره (والثاني) ينفسخ ذكره فى المغنى وجهاً لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية فأشبهه اجارة البطن الأول للوقف اذا انقضى قبل انقضاء المدة وفارق البيع لأنه ينبرم فى الحال وتنقطع عاقبته (١) نعم لو كان بلوغه فى مدة الخيار ففيه نظر وكذا النكاح ينبرم من حينه ، ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الاجارة لأن الأجرة تنقسط فيها على المدة ولا يستقر المالك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء وذكر فى المغنى وجهاً آخر أنه ان أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح فى الزيادة (٢) ويخرج الباقي على تفريق الصفة ونحوه ذكره صاحب التلخيص .

(والقسم الثانى) ان تكون اجارته بملك ثم تنتقل الى غيره وهو أنواع :
 (أحدها) أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولى عليه ، فتفسخ الاجارة للملك المتنازع الباقية منها ودخل تحت هذا اذا أجر مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار ، واذا أجر الحربى شيئاً للحربى ثم استولى عليه المسلمون ، أما إن أجر الحربى شيئاً لمسلم أو ذمى ثم استولى عليه المسلمون فالاجارة باقية لأن المنافع ملك لمعصوم فلا تملك (وثانيها) ان ينتقل الملك إلى من خلفه فى ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقوده بل هو منفذ لها وذلك كالوارث والمشتري والمتهب والموصى له بالعين والزوجة اذا أخذت العين صداقاً وأخذ الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك (وثالثها) أن يكون مزاحماً للأول فى الاستحقاق ومتلقياً للملك عن تلقاه الأول لكن لاحق له فى العين إلا بعد انتهاء استحقاقه كالבطن الثانى من أهل الوقف اذا أجر البطن الأول ثم انقضى والاجارة قائمة وفيه وجهان (أحدهما) وهو ما قال القاضى فى المجرّد أنه قياس المذهب إنه لا تنفسخ لأن الثانى لاحق له فى العين إلا بعده فهو كالوارث (والثاني) وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضى فى خلافه ، وقال إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبى الحسين وحكياه عن أبى اسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وغيره أنه ينفسخ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم بخلاف الورثة فانهم لا يتلقون عن مورثهم (٣) إلا ما خلفه فى ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع وحق

(١) فى نسختنا : علته (٢) فى الزائد : د (٣) نسختنا : موروثهم

المالك لم ينقطع عن ميراثه بالسكينة بل آثاره باقية ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الشركة وهي ملكه على قوله الى أن تقضى ديونه فكيف يعرض عليه في تصرفاته بنفسه ، وأيضاً فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبداً والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله وخرج صاحب المغنى وجهاً آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق لكن الأجرة ان كانت مقسطة على أشهر مدة الاجارة أو أعوامها فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين فلا تبطل جميعاً ببطلان بعضها وان لم تكن مقسطة فهي صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور .

واعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظر ، لأن القاضى انما فرضه فيما اذا أجر الموقوف عليه ليكون النظر له مشروطاً ، وهذا محل تردد أعنى اذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالنظر العام فلا يفسخ بموته الاجارات أم لا ، فان من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالنظر العام في ذلك وهكذا حكم المقطع اذا أجر أقطاعه ثم انتقلت عنه الى غيره بأقطاع أحد (ورابعها) أن يكون مزاحماً للاول في استحقاق التلقى عن تلقى عنه الاول بسبق حقه وتقديمه عليه وهو المشتري للشقص المشفوع اذا أجر ، وقلنا بصحة تصرفاته بالاجارة او غيرها ثم انتزعه الشفيع وفيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو ما ذكره صاحب المقنع لا تنفسخ الاجارة ، لأن ملك المؤجر ثابت ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه لأنه يستحق انتزاع العين والمنفعة ، فاذا فات أحدهما رجع الى بدله وهو الأجرة هاهنا كما نقول في الوقف اذا انتقل الى البطن الثانى ولم تنفسخ اجارته انهم يستحقون الأجرة من يوم الانتقال ، وكذلك نص احمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة وان المشتري يستحق الأجرة من حين البيع ، وهو مشكل لأن المنافع في مدة الاجارة غير مملوكة للبائع فلا يدخل في عقد البيع ويحجب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الأجرة ولم يستقر بعدولوا تنفسخ العقد لرجعت المنافع اليه فاذا باع العين ولم يستثن شيئاً لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقاً له اشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الاجارة وفي رجوعها اليه مع الانفساخ وهذا هو أحد الوجهين للأصحاب ، وهو مثال نص احمد المذكور أولاً ، وما ذكرناه [هـ] قبل ذلك من رجوع المنافع الى البائع عند الانفساخ هو الذى ذكره صاحب المغنى (والثانى) أنه تنفسخ الاجارة بأخذه وهو المجزوم به في المحرر لما قلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما من هو في يده وفارق اجارة الوقف على وجه لأن البطن الثانى لاحق لهم قبل انقراض الاول وهنا

حق الشفيع ثابت قبل ايجار المشتري فينفسخ بأخذه لسبق حقه ولهذا قلنا على رواية أن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى فان فسخ البائع بطل ، وايضا فلو لم تنفسخ الاجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيولة كما قلنا في أحد الوجهين اذا أعتق عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقى من المدة ، والثالث أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الاجارة أو يتركها وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسألة اعارة العارة وهو أظهر فان الاجارة بيع المنافع ، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الاخذ ممن هو في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري - وخامسها (١) ان ينفسخ ملك المؤجر ويعود الى من انتقل الملك اليه منه فالمعروف من المذهب أن الاجارة لا تنفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لامن أصله وصرح ابو بكر في التنبيه بانفساخ النكاح لو أنكحها المشتري ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله : وقال القاضى وابن عقيل في خلافهما الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله لان الخيار يمنع اللزوم بالكلية ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وثمنه بخلاف العيب .

﴿ القاعدة السابعة والثلاثون ﴾

في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض ، وتداخل احكامها ويندرج تحتها صور :
 (منها) اذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا قال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب المغنى والتلخيص يصير مضمونا بالانتفاع لأن ذلك حقيقة العارية واورد ابن عقيل في نظرياته في وقت ضمانه احتمالين (أحدهما) أنه لا يصير مضمونا بدون الانتفاع (والثاني) يصير مضمونا بمجرد القبض اذا قبضه على هذا الشرط ، لأنه صار ممسكاً للعين لمنفعة نفسه منفرداً به [وهل] يزول لزمومه أم لا ينبنى على أن اعارة الراهن باذن المرتهن هل يزول لزوم الرهن أم لا وفيه طريقان (أحدهما) أنه على روايتين وهى طريقة المحرر (والثانية) ان اعارة المرتهن لم يزل اللزوم بخلاف غيره وهى طريقة المغنى وقال صاحب المحرر في شرح الهداية ظاهر كلام احمد أنه لا يصير مضمونا بحال [و] يشهد له قول ابى بكر في خلافه شرط منفعة الرهن باطل وهو رهن بحاله (ومنها) اذا اودعه شيئاً ثم اذن له في الانتفاع به فقال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب التلخيص يصير مضمونا حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذ ، قال ابن عقيل (١) كذا في الاصول جميعها لم تذكر الرابعة .

ولا يضمن بالتقبض قبل الانتفاع هاهنا لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكة بخلاف الرهن ومن المتأخرين من قال ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضمونا أيضا كالرهن وفرق صاحب المحرر بينهما ولا اختلاف [هنا] بين العقدين في الجواز إلا أن يكون مدة الانتفاع مؤقتة فيخرج فيها وجه بالزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة (ومنها) إذا أعاره شيئا ليرهنه صح نص نص عليه ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه ويكون مضمونا على الراهن لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه وأما اللزوم وعدمه فقال الأصحاب هو لازم بالنسبة إلى الراهن والمالك لكن للمالك المطالبة بالافتكاك فإذا انفك زال اللزوم فيرجع فيه المالك واستشكل ذلك الحارثي وقال أما أن يكون لازما فلا يملك المالك المطالبة قبل الأجل وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما في العارية كبناء حائط ووضع خشب وشبهها انتهى وصرح أبو الخطاب في انتصاره بعدم لزومه فإن للمالك انتزاعه (١) من يد المرتهن فيبطل الرهن (ومنها) لو أعاره شيئا ثم رهنه عنده فقال أبو البركات في الشرح قياس المذهب صحته ويسقط ضمان العارية لأنها ليست لازمة وعقد هذه الأمانة لازم ثم أخذه من كلام الإمام أحمد في ور [و] د عقد الإعارة على الرهن كما سبق ويتخرج في هذه المسألة ما في تلك (ومنها) ورود عقد الرهن على الغصب فيصح عندنا ذكره أبو بكر والقاضي ويبرأ به الغاصب وكذا لو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره لحياطته أو نحوها ذكره أبو الخطاب وغيره وذكر القاضي في خلافه فيما إذا استأجره [لحياطته ونحوها] هل يبرأ به على وجهين، وذكر هو في المجرد وابن عقيل في الفصول في المضاربة إذا جعل المالك المغصوب مع الغاصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمنا فيما يشتري به فيبرأ حينئذ من الضمان وعلى قول أن الخطاب يبرأ في الحال (ومنها) رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قيل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يد ارتهان (ومنها) لو قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا، لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هرون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه (ومنها) لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب صح نص عليه، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث وهل يكون كسبه له كما لو عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو لورثته كعتقه بالتدبير على وجهين، وهكذا حكم

(١) في نسختنا انتزاعه .

الاستيلاد والكتابة ، ونقل الحكم عن أحد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيطل بالكتابة

(القاعدة الثامنة والثلاثون)

فيما اذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت الى أن المذهب هل هو اللفظ او المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو اعاره شيئا و شرط عليه العوض فهل يصح ام لا على وجهين (احدهما) يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض اذا كان مكيلا او موزونا ذكره ابو الخطاب في انتصاره ، وكذلك ذكر القاضى في خلافه و ابو الخطاب في موضع من رموس المسائل انه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضى قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعا وانما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ولا يخرجان من موضوعها فكذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة (والثاني) انها تفسد بذلك وجعله ابو الخطاب في موضع آخر المذهب لأن العوض بخرجها عن موضوعها وفي التلخيص اذا اعاره عبده على أن يعيره الآخر فرسه فبى اجارة فاسدة غير مضمونة فمذا (١) رجوع الى انها كناية في عقد آخر والفساد اما ان يكون لاشتراط عقد في عقد آخر وأما لعدم تقدير المنفعتين وعليه خرجه الحارثى وقال وكذلك لو قال اعرتك عبدى لتمونه او دابتي لتعلقها وهذا يرجع الى ان مؤنة العارية على المالك وقد صرح الحلواني في التبصرة بأنها على المستعير (ومنها) لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لى فقال القاضى وابن عقيل هى مضاربة فاسدة يستحق فيها اجرة المثل ، وكذلك قال صاحب المغنى لكنه قال لا يستحق شيئا في الصورة الثانية لأنه دخل على ابن لا شيء له ورضى به ، وقال ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة ، وقال في المغنى في موضع آخر انه ابضاع صحيح فراعى الحكم دون اللفظ وعلى هذا فيكون في الصورة الاولى قرضا (ومنها) لو استأجر المكييل او الموزون او النقود او الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له فقال القاضى في خلافه في الاجارات (٢) يصح ويكون قرضا وله (٣) وجه آخر أنه لا يصح (ومنها) لو اجره الارض بثلاث ما يخرج منها من زرع نص احمد على صحته واختلف الاصحاب في معناه فقال القاضى هى اجارة على حد المزارعة

(١) وهذا د : (٢) نسختنا : العبادات (٣) ولنا د :

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى هي مزارعة بلفظ الاجارة فتصح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والإفلا (ومنها) لو اسلم في شيء حالا فهل يصح ويكون بيعا أولا يصح فيه وجهان (احدهما) وهو ظاهر كلام احمد في رواية المروذى لا يصح البيع بلفظ السلم (والثاني) يصح قاله القاضى في موضع من خلافه (ومنها) اذا قال انت على حرام اعنى به الطلاق وقنا الحرام صريح في الظاهر فهل يلغو تفسيره ويكون ظاهرا أو يصح ويكون طلاقا على روايتين (ومنها) لو قال له في دين السلم صالحنى منه على مثل الثمن قال القاضى يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لانه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمعنى .

﴿ القاعدة التاسعة والثلاثون ﴾

في انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الاصحاب في ذلك . فقال القاضى : في مواضع لا كناية الا في الطلاق والعناق وسائر العقود لا كناية فيها ، وذكر ابو الخطاب في الانتصار نحوه وزاد ولا تحل العقود بالكنايات غير النكاح والرق ، وقال في موضع آخر منه تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح لا شترائط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية وأشار اليه صاحب المغنى ايضا وكلام كثير من الاصحاب يدل عليه ، وهل المعاوضة التي ينعقد بها البيع والهبة ونحوهما الا كنايات وكذلك كنايات الوقف تنعقد به في الباطن صرح به الحلوانى ، وقد تقدم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة (ومنها) لو أجره عينا بلفظ البيع ففى الصحة وجهان وقال صاحب التلخيص ان أضاف البيع الى العين لم يصح والوجهان في اضافتها الى المنفعة (ومنها) الرجعة بالكنايات ان اشترطنا الاشهاد عليها لم يصح والا فوجهان وأطلق صاحب الترغيب وغيره الوجهين (١) والاولى ما ذكرنا فأما قوله لأمته اعتقتك رجعت عتقك صدائق فجعله ابن حامد كناية ولم يعقده النكاح حتى يقول وتزوجتك وقال القاضى هو صريح بقريته ذكر الصدائق فان الصريح قد يكون مجازا اذا اشتهر وتبادر فهمه ولو مع القرينة وفسره القاضى بأنه الظاهر ولا يشترط ان يكون نصا وكلام احمد صريح في ان هذا اللفظ كناية فانه قال في رواية صالح اذا قال اجعل عتقك صدائق او قال صدائق عتقك كل ذلك جائز اذا كانت له نية فنيته تصرح باعتبار النية وتأوله القاضى بتأويل بعيد جدا وكذلك نص احمد على ما اذا قال الخاطب للولى ازوجت وليتك قال نعم و[قال] للمتزوج اقبلت (١) فيهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

قال نعم ان النكاح ينعقد به ، وذكره الخرقى ونعم ههنا كناية لأن التقدير نعم زوجت ونعم قبلت ، واكثر ما يقال انها صريحة في الاعلام بمصول الانشاء فالانشاء انما استفيد منها وليس فيها من ألفاظ صريح الانشاء شيء فيكون كناية عن لفظ النكاح وقبوله .

(القاعدة الأربعون)

الاحكام المتعلقة بالاعيان بالنسبة الى تبدل الاملاك واختلافها عليها نوعان :
 (أحدهما) ما يتعلق بالحكم فيه بملك واحد فاذا زال ذلك الملك سقط الحكم وصور ذلك كثيرة :
 (منها) الاجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بتملك قهرى يشمل العين والمنفعة ثم عاد الى ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الاجارة هذا هو الظاهر لأن ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الاجرة فاذا استوفاه منه لم يبق له حق فتعود العين بمنافعها ملكا للمؤجر اما ان لم يستوف شيئاً فقد سبق نظائرها في قاعدة من تعذر عليه الاصل واستقر حقه في البديل ثم وجد الاصل فيحتمل وجهين والظاهر هنا عدم استحقاق المنافع لأن حقه سقط منها وانتقل الى بدلها (ومنها) الاعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملكه عنه ثم عاد لم تعد الاعارة (ومنها) الوصية تبطل بازالة الملك ولا تعود بعوده
 (النوع الثاني) ما يتعلق بالحكم فيه بنفس العين من حيث هي تعلقاً لازماً لا يختص تعلقه بملك دون ملك وله (١) صور .

(منها) الرهن فاذا رهن عيناً رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره ثم عاد فالرهن باق بحاله لانه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الاملاك كأرث الجناية غير ان الارش لازم لرقبة الجاني بدون القبض والرهن لا يلزم أولاً يصح بدون القبض ، وذكر الاصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود الملك :

(منها) لو سب الكفار العبد المرهون ثم استنقذ منهم عاد رهناً بحاله نص عليه الامام احمد (ومنها) لو تخمر العصور المرتن ثم تخلل فانه يعود رهناً كما كان [و] كذلك يعود الرهن بعد زواله وان كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع .

(منها) لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس صح لصلح وبرئت ذمته من الدين وزال الرهن فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله (ومنها) ما قاله

أبو بكر إنه ان عاد الرهن الى الراهن بطل الرهن فان عاد اليه عاد رهنا كما كان وفي كلام احمد نحوه وتأوله القاضي وابن عقيل على أنه بطل لزومه لأنه لو بطل بالكلية لم يعد بدون عقد وهذا باطل بمسألة الصلح وقد وافقا عليها والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن . (ومن صور هذا النوع) المكاتب فان الكتابة عقد لازم ثابت في الرقبة فلا يسقط بانتقال الملك فيه (ومنها) الأضحية المعينة فان الحق ثابت في رقبتها لا يزول بدون اختيار المالك فاذا تعبت خرجت عن كونها أضحية فاذا زال العيب عادت أضحية كما كانت ذكره ابن عقيل في عمده (ومنها) التدبير على احدى الروايتين (ومنها) رجوع الزوج في نصف الصداق بعد الفرقة فانه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل لأن حقه متعلق بعينه (ومنها) عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره ثم عادت فانه لا ينقطع الحول بذلك كما اذا تخمر العصير ثم تخلل ذكره ابن عقيل وغيره (ومنها) صفة الطلاق تعود بعود النكاح وسواء وجدت في زمن البينة أو لم توجد على المذهب الصحيح (ومنها) صفة العتق تعود بعود ملك الرقيق في أشهر الروايتين وفي الأخرى لا تعود اذا وجدت الصفة بعد زوال الملك و فرق القاضي بين الطلاق والعتاق بأن ملك الرقيق لا يبنى فيه أحد المالكين على الآخر بخلاف النكاح فانه يبنى فيه أحد المالكين على الآخر في عدد الطلاق على الصحيح وهذا التفريق لا أثر له اذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحث وجود الصفة في غير الملك (ومنها) الرد بالعيب لا يتمتع بزوال الملك اذا لم يدل على الرضى ، وهاهنا صور مختلف في الحاقها باحد النوعين وهى محتملة .

(فتنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده اذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد اليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا (ومنها) رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها بعينها وكان المفلس قد اخرجها عن ملكه ثم عادت اليه وفي المسألتين ثلاثة أوجه احدها لاحق لهما فيها لأن حقهما متعلق بالعقد الأول المتلقى عنهما (والثاني) غير متعلق عنهما فلا يستحقان فيه رجوعاً (والثاني) لهما الرجوع نظر الى ان حقهما ثابت في العين وهى موجودة فأشبه الرد بالعيب (والثالث) ان عاد بملك جديد سقط حقهما وان عاد بفسخ العقد فلهما الرجوع لأن الملك العائد بالفسخ تابع للملك الأول فان الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان (ومنها) الفراش فاذا وطئ أمة ثم باعها ووطئ اختها بالملك ثم عادت الأولى الى ملكه فهل يعود الفراش ام لا على وجهين ، اشهرهما انه يعود وهو المنصوص فيجب عليه اجتنابهما حتى يحرم احديهما ، والثاني له استدامة استفراش الثانية ويحتنب الراجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر .

(القاعدة الحادية والأربعون)

إذا تعلق بعين حق تعلقاً لازماً فأُتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق إلى البديل المأخوذ من غير عقد آخر فيه خلاف ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أُلِف الرهن متلف وأُخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهناً بمجرد الأخذ وفرع القاضى على ذلك أن الوكيل في بيع المتلف يملك بيع البديل المأخوذ بغير إذن جديد وخالفه صاحب الكافي والتلخيص ، وظاهر كلام أبي الخطاب في الانتصار في مسألة ابدال الأضحية أنه لا يصير رهناً إلا بجعل الرهن (ومنها) الوقف إذا أُلِف متلف وأُخذت قيمته فاشترى بهابله فهل يصير وقفاً بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الأصحاب في ذلك وجهين (ومنها) إذا أُلِف الأضحية متلف وأُخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها ثم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلها فهل تصير متعينة بمجرد الشراء يتخرج على وجهين (ومنها) الموصى له بعين إذا أُلِفها متلف بعد الموت (١) وقبل القبول فحقه باق في بدلها .

(القاعدة الثانية والأربعون)

في أداء الواجبات المالية وهي منقسمة إلى دين وعين فأما الدين فلا يجب أدائه بدون مطالبة المستحق إذا كان آدمياً حتى ذكر ابن عقيل في جواز السفر قبل المطالبة وجهين ، وهذا ما لم يكن قد عين له وقتاً للوفاء فأما إن عين وقتاً كيوم كذا فلا ينبغي أن يجوز تأخير عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة ، فإن تعين الوفاء فيه أولاً كالمطالبة به وأما إن كان الدين قد عز وجل فالمنهـب أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل ، ودخل في ذلك الزكاة والكفارات والندور وقد نص أحمد على إجبار المظاهر على الكفارة في رواية ابن هانئ وأما العين فأنواع :

(منها) الأمانات التي حصلت في يد المؤمن برضى صاحبها فلا يجب أدائها إلا بعد المطالبة منه ودخل في ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها (ومنها) الأمانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه ولا يجوز التأخير (٢) مع القدرة ودخل في ذلك اللقطة إذا علم صاحبها والوديعة والمضاربة والرهن

(١) نسختنا الدار : إذا أُلِفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

ونحوها اذامات المؤمن وانتقلت الى وارثه فانه لا يجوز له الامساك بدون اذن لأن المالك لم يرض به وكذا من اطارت الريح ثوبا الى داره لغيره لا يجوز له الامساك مع العلم بصاحبه ثم ان كثيرا من الأصحاب قالوا ههنا الواجب الرد وصرح كثير منهم بان الواجب أحد شيئين اما الرد أو الاعلام كما في المغنى والمحرم والمستوعب ونحوه ذكره ابن عقيل وهو مراد غيرهم لأن مؤنة الرد لا تجب عليه وإنما الواجب التمكين من الأخذ ثم ان الثوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير امساك له أم لا ، قال القاضى لا يحصل في يده بذلك وخالف ابن عقيل والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات هل يملكها بذلك أم لا ، وكذلك حكم الأمانات إذا فسدها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرح به القاضى في خلافه ، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد فان العلم هنا حاصل للمالك وكذلك جعل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها في يده بغير رضى المستحق وأوجب عليه البداء بالدفع وقاسها على اللفظة ونحوها فدل على ان فعل الدفع في هذه الأعيان عنده واجب وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين الموجرة بعد انقضاء المدة ، وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة انه لا يجب على المستأجر فعل الرد ومنهم من ذكر في الرهن كذلك وسيأتى في القاعدة التى تليها وأما الأعيان المملوكة بالعقود قبل تقبيلها فالأظهر أنها من هذا القبيل لأن المالك لم يرض بابقائها في يدا الآخر فيجب التمكين من الأخذ ابتداءً بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن وذكر ابن عقيل في الصداق أنه إذا تلف قبل المطالبة أو بعدها قبل التمكن من الأداء انه لا يضمن كسائر الأمانات وقاسه على من اطارت الريح إلى داره ثوباً ، وهذا الكلام فيه نظر فان الثوب لا يقف ضمانه على المطالبة لكن مراده والله أعلم أن العلم يكفي ففى كان المالك عالماً ولم يطلب فلا ضمان اذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده وهذا أحسن (ومنها) الأعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله فالأول كالعوارى يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له قاله الأصحاب وهذا اذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه متوجه وسواء طالب المالك أو لم يطالب لأنها من قبيل المضمونات فهى شبيهة بالمغصوب وكذلك حكم المقبوض للسوم ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائعه فلا يجب عليه سوى تمييزه وتمكين المشتري من قبضه لأن نقله على المشتري دون البائع ، والثانى كالغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما ، والثالث كالأمانة اذا قلنا تجب في العين فتجب المبادرة الى الدفع الى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر لأنها من قبيل المضمونات عندنا وكذلك الصيد اذا احرم وهو في

يده أو حصل في يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

(القاعدة الثالثة والأربعون)

فيما يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لا يخلو اما يقضبه باذنه أو بغير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعى كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه وحكى في التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً أبقاً ليرده فأبقى منه فلا ضمان عليه لكن قد يقال هنا اذن شرعى في أخذ الآبق لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان في الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن في الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فان كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لكونه رهناً عنده أو لاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتنعاً من التسليم بل باذله فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مهما لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه في الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الحرقى والأصحاب لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التمييز أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثاني لا يسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضى في خلافه في مسألة الجوائح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحاً عن احمد في الثمرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللاً بأنها في ملك البائع وفي حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التمييز وهو الصحيح فلا أنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهي ضمان جميع [الأعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] إلا بحقيقة القبض دون التمكن منه والاول أظهر لأن الذى يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشتري

(١) في ٧١١ استند الضمان . وفي ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نخله . في ٧١١ . التمكن

لأن فيه تفريعاً لملك البائع من ماله فيكون بتركه مفرطاً فينتقل الضمان إليه ويشهد له شراء الثمر في رموس النخل فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر الى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه (١) المشتري أو لم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لا تنقل الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذي عليه القاضى والأكثر من اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشتري من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال في مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .

(القسم الثانى) أن يعقد عليه عقداً وينقله الى يد المعقود له ثم ينتهى العقد أو يفسخ وهو نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع اذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة اذا انتهت المدة أو العين التى أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثانى) أن يكون غير معاوضة كمقد الرهن اذا وفى الدين و كمقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة اذا فسخ العقد والمال فى أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للأصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فان كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له والا فلا وهى طريقة أبى الخطاب وصاحب الكافى فى آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا ان كان عوضاً فى بيع أو نكاح وكان متميزاً لم يضمن على الصحيح وان كان غير متميز ضمن وان كان فى اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثانى) ان كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو فى يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضمان له لأنه بسبب الى جعل ملك غيره فى يده وان استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل فى يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه فى داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب المغنى فى مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب الى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الاذن فى القبض انما كان لازماً للرجوب الدفع للملك ولهذا يملك المشتري والمستاجر أخذه بدون اذنه فبعد زوال الملك لا يوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن فى القبض فانما اذن فى قبض ماملك عليه فلا يكون اذناً فى قبض مملكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله فان

كان مضموناً فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً لأنه كان مضموناً على المشتري بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضى فى خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان فى الاجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل ، وصرح بذلك القاضى وغيره بوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لا تنقل ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع علمه بانها ملكه فكان اذنا فى قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضى وابو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الاجرة ولا يكون ضامناً

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان فى الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب فى الانتصار لأنه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمه كما لو أطارت الريح اليه ثوباً وكذلك اختاره القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين أن يفسخ العقد ففى الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكاً للأول ، وفى الفسخ يكون مضموناً لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضموناً (١) بغير عقد أو على وجه السوم فى صورة البيع ، ومن صرح بذلك الأزجى فى النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى مسائل الرد بالعيب وصرح بانه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضاً على وجه السوم . ونقل الأثرم عن احمد بن دفع [الى] آخر ديناراً من شئ . كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذه واعطنى غيره فقال امسكه معك حتى أبدله لك فضاع الدينار فقال ما أعلم عليه شيئاً انما هو الساعة مؤتمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بعيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى بامساكه له فهو كابداعه منه (والنوع الثانى) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة اذا رجع فيها الأب ، أو قيل يجوز فسخها مطلقاً كما أفق به الشيخ تقي الدين فقيها وجهان : (أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضى وابن عقيل فى الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحاباً للأذن السابق والائتمان كما صرحوا به فى الاجارة وكذلك صرح به القاضى

(١) مقبوضاً (٢) نسختنا الدار . الامانات

وأبو الخطاب في خلافهما في بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره وثوباً، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاحتمله إليه كما تقدم . والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد والقبض فإذا كان عقدها مضماً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ (والوجه الثاني) أنه يصير مضماً وإن لم يبادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارت الريح إلى داره وثوباً وصرح به القاضي في موضع آخر من خلافه في الوديعة والوكالة وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما عللاً كون الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) ووثيقة فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فاذن له في بيعها ثمناها ، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فإذا زال التصرف بقي الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فإذا زال صار ضامناً وحكم المغصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا .

(القسم الثالث) أن تحصل في يده بغير فعله كمن مات موروثة وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده فلا يجوز له الإمساك بدون إعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأتئمه ، وقد نص أحمد في رواية ابن هانئ في الرهن انه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده فان تلفت تحت يده قبل التمكن من الاداء فلا ضمان لعدم التفريط ، وكما لو تلفت اللقطة قبل ظهور المالك ، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرج ابن عقيل في البيع ، وان تلفت بعده فالمشهور بالضمان لتعديده بترك الرد مع امكانه وهو غير مؤتمن ، وحكى صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار إليه صاحب التلخيص انه لا ضمان ويكون أمانة عنده كما لو انقضت مدة الاجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينهما فرق فان المستأجر مستصحب للاذن في القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته وثوباً كما سبق ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك وامساكه عن المطالبة فيكون تقريراً ، ولو دخل حيوان لغيره أو عبد له إلى داره فعليه أن يخرج له ليذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليها بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

(١) التمكن : د (٢) في ٧١١ : فانه وثيقة (٣) بيد : د

فصل

وأما ما قبض من مالكم به قد لا يحصل به الملك فثلاثة أقسام

(أحدها) ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون في ظاهر المذهب . قالوا لأن الاذن إنما تعلق بالانتفاع وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لأحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان لأن اذن الشرع تعلق بأحياء نفسه وجاء الاذن في الاتلاف من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم اقبضه العين كلها ففي المجرى والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل في فنونه وقال بل هو عارية حيث قبضه لينتفع به بلا عوض وهذا صحيح ان كان اذن له في الانتفاع به مجاناً ، أما إن طلب منه أجره فهي إجارة وان لم يأذن له في الانتفاع بل في الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يعتق لموت الأول منها ويكون في يد الثاني (١) عارية فإذا مات عتق ذكره القاضي في المجرى .

(القسم الثاني) ما أخذه لمصلحة مالكم خاصة كالمدع فهو أمين محض لكن اذا تلفت الوديعة من بين ماله ففي ضمانه خلاف فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل في ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله امانة على تفریطه فيها وقد فرق أحمد بين العارية والوديعة بأن اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معاطاة (٢) وهو يرجع الى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصى والوكيل بغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله في قبض ماله وأذن له أن يستوفي حقه منه فتألف المال قبل استيفائه فانه لا يضممه نص عليه أحمد في رواية مثني الأنباري .

(القسم الثالث) ما قبضه لمنفعة تعود اليهما وهو نوعان :

أحدهما ما أخذه على وجه الملك فتبين فساد أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون في المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد ونقل ابن شيش وحرب عن أحمد ما يدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجرى الخلاف فيه ابن الزاغوني في فتاويه ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثواب ان أراد ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالرهن وتأوله القاضي بتأويل بعيد جداً وقد رده (٣) أبو البركات في تعليقه على الهداية ثم اختاره هو

(١) نسخنا الدار : الباقي (٢) لعالمها معطاة (٣) في ٧١١ : ذكره

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضم نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضم قيمتها إذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندي أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندي تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المحمول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه في المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده إلى مالكه فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا] (١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيد أيضاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكي في ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهي طريقة القاضي، وابن عقيل وصح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبي موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وإن أخذه بأذن مالكه من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فإن رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامري الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه يبيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجري فيه الخلاف إذا قلنا لم ينقذ البيع بذلك وفي كلام أحمد إيماء إلى ذلك لأنه عال الضمان في رواية ابن منصور بأنه مالكه وعلل في رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع ثمنه بأنه مالك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري ويؤخذ من ذلك أن المقبوض بعقد فاسد لا يضم أيضاً لبقاء الملك فيه للمالك ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار أيتهما (٢) شاء فلا يضمها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ما قال السامري أنه يبيع بشرط الخيار ويكون المعاق على الرضا فسخره لاعتقده (والثاني) أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فقد فعله أحمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجاس وقد نص على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب ، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً فإنها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضم على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نسخنا الدار : أيهما

معنى تعليل احمد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع اليه كيسا وقال له استوف منه قدر حقلك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه في رواية الأثرم ويكون الباقي في يده ودفعة وعلى عدم الصحة قدر حقه كما المقبوض بالسوم والباقي أمانة ذكره في التلخيص ولو دفع الى غريم له نقدا من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيما بعد فهي امانة محضنة نص عليه مع أنها قبضت للمعاوضة وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة كما قالوا في الضامن اذا قبض من المضمون عنه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثاني) ما أخذ (٢) لمصالحتها على غير وجه التملك بعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضى وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستاجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه - من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين فالأول كالصيد اذا قبضه المحرم فانه يجب تحليته وإرساله وسواء ابتدأ قبضه في الاحرام أو كان في يده ثم احرم وان تالف قبل إرساله فان كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفريط وان كان قبله لزمه الضمان فيها ابتداء قبضه في الاحرام دون ما كان في يده قبله لتفريطه في الأولى دون الثانية، هذا قول القاضى وصاحب المغنى ، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنها عين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالعوارى والغصب

والثاني الزكاة اذا قلنا تجب في العين فاما ذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال فهي شديدة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والثر في رهوس الشجر لا تنفأ قبضه وكال الاتفاع عنه ومن الأصحاب من خرج وجهها بسقوط الضمان قبل إمكان الأداء مطلقاً .

(القاعدة الرابعة والأربعون)

في قبول قول الأمانة في الرد والتلف اما التالف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للامانة

(١) نسختنا: ليصادقه (٢) ما أخذه : د (٣) نسختنا: بنفعها (٤) نسختنا: غير

الاتقاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله في التلف ، والا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ويستثنى من ذلك الوديعة اذا هلك مال المودع على طريقة من يحكى الخلاف فيها في قبول [قول] المودع في التلف لا في أصل ضمانه وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل [فيها] حكى فيها رواية بالضمان فمن الاصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها فلا تكون أمانة ، ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفى وهى طريقة [ابن] ابي موسى فلا تخرج بذلك عن الأمانة وأما الرد فالأمانة ثلاثة أقسام .

الأول من قبض المال لمنفعة ماله وحده فالمنفذ أن قولهم في الرد مقبول ونقل ابو طالب وابن منصور عن أحمد ان الوديعة اذا ثبتت بيينة لم تقبل دعوى الرد بدون بيينة وخرجها ابن عقيل على ان الاشهاد على دنع الحقوق الثابتة بالبيينة واجب فيكون تركه تفريطا فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الاصحاب في وصى اليتيم انه لا يقبل قوله في الرد بدون بيينة ، وعزاه القاضى في خلافه الى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ ، لأن الاشهاد بالدفع الى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح ابو الخطاب في انتصاره باشتراطه الاشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثانى — من قبض المال لمنفعة نفسه كالمترهن فالمشهور ان قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج ابو الخطاب وابو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد لأنه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر .

القسم الثالث — من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين ماله كالمضارب والشريك والوكيل بجعل والوصى كذلك ففي قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم .

(أحدهما) عدم القبول ونص عليه احمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حاتم وابن أبى موسى والقاضى في المجرد وابن عقيل وغيرهم

(والثانى) قبول قولهم في ذلك وهو اختيار القاضى في خلافه وابنه أبى الحسين والشرىف أبى جعفر وابى الخطاب في خلافه ووجدت ذلك منصوصاً عن احمد في رواية ابن منصور في المضارب أيضاً في رجل دفع إلى آخر [ألف درهم] مضاربة فجاء بألف فقال هذا ربح وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك قال هو مصدق فيما قال ، ووجدت في مسائل ابى داود عن احمد نحو هذا أيضاً ، وكذلك نقل عنه مهنا في مضارب دفع الى رب المال كل يوم شيئاً ثم قال كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه وحكم الاجير المشترك حكم هؤلاء وكذلك من يعمل في عين بجزء من ثمنائها لانه إما أجير أو

شريك والفرق بينهم وبين المستأجر ان المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه فصار حفظه لنفسه وصار المال (١) في أيديهم أمانة لاحق لهم فيه وانما حقهم فيما ينمي منه أوفى ذمة المالك فاما من يعمل في المال بجزء من عينه فهو كالوصي الذي يأكل من مال اليتيم القول قوله في الرد أيضاً صرح به القاضي لأن المال لم يقبضه لحق نفسه بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتهن والمستأجر - ثم هاهنا أربعة أقسام

(أحدها) أن يدعى الأمين أنه رد الأمانة إلى من ائتمنه وهذا هو الذي ذكرناه

(والثاني) أن يدعى الرد إلى غير من ائتمنه بأذنه فهل يقبل قوله على وجهين (أحدهما) وهو المنصوص وهو اختيار أبي الحسن التميمي أنه يقبل قوله (والثاني) لا يقبل فقيل لتفريطه بترك الأشهاد على المدفوع إليه فلو صدقه الأمين على الدفع لم يسقط الضمان وقيل بل لأنه ليس أميناً للبأمر بالدفع إليه فلا يقبل قوله في الرد إليه كالأجنبي وكل من [هذه] الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرق بل ونسب إليه أن دعوى الوصي الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق فربما أطرده هذا في دعوى الرد من جميع الأمانة إلى من ائتمنهم وهو بعيد جداً وربما اختص بالوصي لأن ائتمانه ليس من جهة الصبي فهو كالأجنبي معه هذا ، اذا ادعى الرد باذن المالك وان ادعاه مع عدم اذنه فلا يقبل منه حتى ولا الاداء إلى الوارث والحاصل أنهما لم ياتمناه نقله في التلخيص إلا أن يدعى الرد إلى من يده كيد المالك كوكيله او رد الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله لأن أيديهم كيده ، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول لقيامهما مقام المؤتمن وهو رد مبرى .

القسم الثالث - أن يدعى غير الأمين كوارثه أن الأمين رد إلى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله ، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول لأن الأصل عدم حصولها في يده وجعل أصل أحد الوجهين فيما اذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد في تركته ولم يعلم بقاؤها عنده أنها لا تضمن ولا حاجة إلى التخريج اذا لأن الضمان على هذا الوجه منتف سواء ادعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً .

القسم الرابع - أن يدعى من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه والملتقط بعد ظهور المالك ومن اطارت الرياح إلى داره ثوباً اذا

ادعوا الرد الى المالك ، ففي التلخيص لا يقبل لأن المالك لم يأت منه ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف لأنه مؤتمن شرعا في هذه الحالة

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول في دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيلًا يجعل ذكره القاضي في الأحكام السلطانية لأن الصدقة عبادة فلا استخلاف فيها ولذلك لا يستحلف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكره كذلك العامل لأنه أمين لأربابها فيقبل قوله عليهم في الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع الا بيينة أو تصديق ذكره القاضي أيضاً وعلل بأن الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه الى مستحقه وهذا التعليل منتهى بالوكيل في استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول في ذلك كما سبق والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعا فالقول قوله وان كان يجعل فقيه وجهان وكذلك يخرج في عامل الوقف وناظره

﴿القاعدة الخامسة والأربعون﴾

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا . المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) اذا تعدي في الوديعة بطلت ولم يحز له الامساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ، ولو كانت عينين فتعدي في إحدهما فهل يصير ضامنا لهما أو لما وجد فيه التعدي خاصة فيه تردد وذكره القاضي أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغوني أنه اذا زال التعدي وعاد إلى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه بامانته فمضى وجدت الأمانة فالإسناد موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فانت أمين فانه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضي (ومنها) الوكيل اذا تعدي فالمشهور ان وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامنا ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صح وضمن النقص لأن الوكالة إذن في التصرف مع استئمان فاذا زال أحدهما لم يزل الآخر هذا هو المشهور على هذا فانما يضمن ما [وقع] فيه التعدي خاصة حتى لو باعه وقبض ثمنه لم يضمنه لانه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال الا على طريقة ابن الزاغوني في الوديعة

وظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الاذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضى في خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والاذن في التصرف كان منوطاً به (ومنها) الشركة والمضاربة إذا تعدى فيها فالمعروف من المذهب أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الاذن فيه ويخرج بطلان تصرفه من الوكالة (ومنها) الرهن اذا تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه وبقي مضموناً عليه ولم تبطل وثيقته وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالاً لا بطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق المرتهن على الراهن لاسيما إن كان مشروطاً في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فان الراهن يجبر على تقييضه فكيف يزول بالتعدى (ومنها) اذا استأجره لحفظ شيء مدة لحفظه في بعضها ثم ترك فهل تبطل الاجارة فيه وجهان قال ابن المشى أحكمها لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً . وفي مسائل ابن منصور عن أحمد اذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً لجأه اليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق أجرة . وبذلك أفتى ابن عقيل في فتوئه (ومنها) الوصى اذا تعدى في التصرف فهل يبطل كونه وصياً أم لا ذكر ابن عقيل في المفردات [فيه] احتمالين أحدهما لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامناً كالوكيل والثاني تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالنفريط فزال ولايته بانتفاء شرطها كالخالك اذا فسق . وفرض المسألة فيما اذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذى بيده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغنى أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الاذن وهو منقضى بالوكيل . ولهذا ألحقه القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول ببيع الوكيل فصحيحاً وضمانه النقص ومثله اجارة الناظر للوقف بدون أجرة المثل .

(القاعدة السادسة والأربعون)

فى العقود الفاسدة هل هى منعقدة أولا وهى نوعان : أحدهما العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة . وقد ذكرنا آنفاً أن افسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالاذن لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة الا مقيدة بالفساد . وصرح القاضى فى خلافه بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من اصلها أنها شركة حنث قال ويمنع من التصرف فيها والمنع من

التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الاذن مشكل لاسيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى والنوع الثاني : العقود اللازمة فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالأحرام فهو منعقد لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بآتمامه أو الإحصار عنه ، وما كان العبد متمكنا من الخروج منه بقوله فهو منقسم إلى قسمين : أحدهما ما يترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسراية والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عايتها الطلاق والعتق فاقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد ففي النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالخلوة وتعتد فيه من حين الفرقة لامن حين الوطء وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق وفي الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب والثاني : ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة فالمعروف من المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام الغصب وخرج أبو الخطاب في انتصاره صحة التصرف في البيع الفاسد من النكاح واعترضه أحد الحنابلة في تعليقه وقال النكاح الفاسد منعقد فلماذا صح التصرف فيه بخلاف البيع ولكن أبو الخطاب قد لا يسلم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره لأنه يرى أن المجامع يحل من إحصائه وإن الطلاق في النكاح الفاسد إنما يقع ممن يعتقد صحته فمن هنا حسن عنده هذا التخريج إذ البيع والنكاح في هذا على حد واحد وأبدي ابن عقيل في عمده احتمالا بنفوذ الإقالة في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد قال ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الإقالة بصحة العقد لا يؤثر . وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد وقرئ بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه فنفذ بخلاف العتق فإنه يسقط به حق غيره وهو البائع وهذا كله يشعر بانعقاد البيع وذكر ابن عقيل في فصوله احتمالا فيهما إذا قال لغيره بعد أداء الجزمة اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الأمر له ولكن هذا عقد موزع للعتق والمملك تابع [له] فهو كالكتابة بخلاف البيع فإن قيل فهل لا قلنا إن صحة التصرف في البيع الفاسد مستند إلى الاذن كما في العقود الجائزة إذا فسدت قيل ذلك لا يصح لوجهين :

(أحدهما) أن البيع وضع لنقل المملك لا الاذن وصحة التصرف فيه تستفاد من المملك لا من الاذن بخلاف الوكالة فإنها موضوعة للاذن ، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله أن يتصرف له وقد فعل ما أمره والبائع إنما أذن للمشتري في التصرف لنفسه بالمملك ولأملك ههنا ، (والثاني) أن الاذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فإذا لم يسلم العوض انتفى الاذن والوكالة اذن مطلق بغير شرط.

(القاعدة السابعة والأربعون)

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده .
وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . ونعني بذلك أن العقد الصحيح اذا
كان موجبا للضمان فالفساد كذلك واذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان فالفساد كذلك فالبيع
والاجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والأمانات كالمضاربة والشركة
والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة . فكذلك مع الفساد
وكذلك الصدقة ، فاما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقتلناه الرجوع به أنه اذا
تلف ضمنه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لأنه وقع صحيحاً لكنه مراعى فان بقى النصاب
تبيننا أنه قبض زكاة ، وان تلف تبيننا أنه لم يكن زكاة فيرجع بها . نعم اذا ظهر قابض الزكاة
من لا يجوز له أخذها فانه يضمها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز
له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد . وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح
وضمن في مثلها من الفساد فان البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المنفعة ، وانما يضمن العيز بالثمن .
المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الأجرة فيه على المذهب . والاجارة الصحيحة تجب [فيها]
الأجرة بتسايم العين المعقود عليها سواء انتفع بها المستأجر أو لم ينتفع ، وفي الاجارة الفاسدة
روايتان : إحداهما كذلك والثانية لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع ، ولعلم راجعة الى أن المنافع
لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالانتفاع وهو الأشبه . وكذلك يخرج في ضمان منفعة المبيع
ههنا ، ولكن نقل [جماعة] عن احمد ما يدل على ان الاجارة الصحيحة لا تجب فيها الأجرة إلا
بقدر الانتفاع اذا ترك المستأجر بقية الانتفاع بعذر من جهته ، وتاؤها القاضي وابن عقيل وأقرها
صاحب شرح الهداية والقاضي أيضاً في بعض تعاليقه والنكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالحلوة
بدون الوطء ، وفي النكاح الفاسد روايتان أيضاً وقد قيل إن ذلك مبنى على أن البضع هل يثبت
عليه اليد أم لا . وقد نقل عن احمد فيما اذا نكح العبد نكاحاً فاسداً أنه لا مهر لها وهو محمول على
أنه لم يوجد دخول أو على أنها كانتا عامين بالتحريم فتكون زانية . ونقل ابن مشيش وحرب عنه
أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في
المذهب على خلافه ، اذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سمي فيه أو بقيمة المثل فيه
خلاف في مسائل :

(منها) المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه أحمد في رواية ابن

منصور وأن طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وإنما يترتب الضمان بأمر آخر طار على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو اتفقا على ضمان العارية عند اقباضها بشئ ثم تلفت فإنه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك ههنا ، وحكى القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز أن المقبوض بالبيع الفاسد يضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال أنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح قال لأن اقباضه إياه اذن له في اتلافه بالعوض المسمى فأشبهه مالهو قال له اتلفه بألف درهم فأتلفه فإنه لا يستحق [عليه] غير ماسمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضاً عن الملك لا عن الاتلاف ولم يتضمن العقد اذناً في الاتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب الضمان بسبب متجدد (ومنها) الاجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل ايضاً ويتخرج على قول أبي بكر انها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالتول في البيع سواء (ومنها) الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فاذا أدى ماسمى فيها حصل العتق ولم يارمه ضمان قيمته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام احمد ، واتفق الاصحاح على ذلك لكن المتأخرون زعموا ان الكتابة الفاسدة تعليق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريرها كما او قال لعبد الله ان أعطيتنى خيراً فانت حر نأطاه عتق اوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده ان الكتابة عقد معاوضة أبداً ودو اختيار ابن عقيل وهو الاظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا ينعقد بعوض محرم بل هو عنده باطل (ومنها) النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن أحمد وهى المذهب عند أبي بكر وابن أبى موسى واختارها القاضى وأكثر اصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساد منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلوة فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح يوضحه ان ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فان ضمانه ضمان عقد ، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذاً من رواية المروذى عنه في عبد تزوج بغير اذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخسين ، وأنا أذهب الى ان يعطى شيئاً فلم يوجب المسمى وهو اختيار الخرقى وصاحب المغنى ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها [أن] لها المهر بما استحل منها فوجب المهر بالاستحلال وهو الاصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما

وجب بالوطء والواجب بالوطء مهر المثل . وهذا ضعيف فان الاستحلال يحصل بمجاولة الحل وتحصيله وان لم يوجد الوطء . وقد يطلق على استحلال ما لم يحل من الأجنبية مثله وهو الخلو أو المباشرة وذلك مقرر عندنا للمهر . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الملاءن مثل ذلك وليس محولا عندنا الا على [مثل] ما ذكرنا لا على حقيقة الوطء ، فاما عقود المشاركات اذا فسدت كالمشاركة والمضاربة فهل يجب المسمى فيها أو أجره المثل فيه خلاف بين الأصحاب وليس ذلك بما نحن فيه لأن كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض ، وإنما يجب له فيها العوض بعمله أما المسمى وأما أجره المثل على خلاف فيه .

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون ﴾

كل من ملك شيئا بعوض مالك عليه عوضه في آن واحد ويترد هذا في البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد ، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله وكذلك الكتابة تملك العبد منافعه واكتسابه وتملك عليه النجوم بنفس العقد ، وكذلك الخانع والاعتاق على مال ، وكذلك المعاوضات القهرية كما أخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشقة ونحوهما ، وأما تسليم العوضين فمضى كان أحدهما مؤجلا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر وان كانا حالين نفى البيع ان كان الثمن ديناً في الذمة فالمذهب وجوب قباض البائع أولاً لأن - ق المشتري تعاق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات ، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من قبضه حتى يحضر الثمن لأن في تسليمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه فلا يارم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب في انتصاره : الصحيح عندي أنه لا يارمه التسليم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح وان كان عينا فلهما سواء ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يتقبضهما فان كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الاجارات من خلافه وصرح به الأزجى في نهايته ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون اذن صريح من البائع نص عليه احمد في رواية ابن الشانجي (١) . وأما في الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلم العين وجب عليه تسليم الأجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن في نسختي الدار

الاتفاق بقبضها نص عليه أحمد ، وقال القاضي في تعليقه إن الاجير يجب دفع الأجرة اليه اذا
 شرع في العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة . ولعله يخص ذلك
 بالاجير الخاص لأن منافعه تناف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار ، وقال ابن أبي موسى
 من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند ايفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم باجر معلوم
 فله أجر كل يوم عند تمامه ، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في
 آخره لأن ذلك مقتضى العرف ، وقد يحمل على ما اذا كانت المدة مطلقة غير معينة كاستئجاره
 كل يوم بكذا فانه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم
 بالعمل فيما بعده ولأن مدته لا تنتهي فلا يمكن تأخير اعطائه الى تمامها او على ان المدة معينة اذا
 عينا لكل يوم منها قسطا من الأجرة فهي إيجارات متعددة وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر
 بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب ذكره الحارقي والأصحاب ، ونقله ابن المنذر
 اتفاقا من العلماء وعلمه الأصحاب بان المنفعة المعقود عليها تناف بالاستيفاء فاذا تعذر استيفاء المهر
 عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فذلك ما كت الامتناع من التسليم حتى تقبضه
 وهذه الملة وجودة فيما لا يتبقى من المبيع من المطعومات والمشروبات والفواكه والرياحين . بل
 في سماع التجارة ايضاً . وهذا مما يرجح ما اخبره أبو الخطاب وأيضاً نظرد هذا التعايل أن يجوز
 الامتناع من تسليم المهر المؤجرة حتى تستوفي الأجرة لأن المعقود عليه يتناف أيضاً ويستهلك
 فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول الى الأجرة لكان قد يفرق بينهما بأن الزوج اذا
 تسلم المرأة فانه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر فاذا تعذر أخذ المهر منه فالت على الزوجة المهر
 وما قبله ، وأما في الاجارة فاذا تسلم المستأجر المهر المؤجرة فالمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة
 فان تعذر حصولها ملك النسخ فيرجع الى المؤجر ماخرج عنه أو غلبه وهذا اذا كانت الزوجة
 ممن يمكن الاستمتاع بها فان كانت لا تصاح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضاً ورجح
 صاحب المغنى خلافه وخرجه صاحب الترغيب بما حكى الآمدى أنه لا يجب البداءة بتسليم المهر
 بل يعدل كالثمن المعين فلا يلزم تسليم المهر الا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ
 تقي الدين الأشبه عندى أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بازاء الحبس
 وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بازاء الدخول فلا تستحقه الا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول
 ثم نشزت المرأة فلا نفقة لها ولها او لولائها أو سديها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره
 لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

(القاعدة التاسعة والأربعون)

القبض في العقود على قسمين :

أحدهما : أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعوض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها الثاني : أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم والربويات وفي الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفي بيع غير المعين أيضا على خلاف فيه ، فأما السلم فمضى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل وكذلك في الربويات ، وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيهما في جميع الأعيان أو في المبهم غير المتميز كقفيز من صبرة على روايتين ، وأما الوقف ففي لزومه بدون إخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان ، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول في المبهم فيه وجهان . واختار القاضى وابن عقيل أنها لا تلزم فيه بدون قبض ، وخرج صاحب المغنى وجه ثالثا أنها لا تلزم بدون القبض مطلقا كالهبة ، وكذلك حكى صاحب المغنى وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف هل يبطل برده ، وصرح القاضى في المجرد بأن الملك فيه لا يلزم بدون القبض وأما المبيع المبهم فذكر القاضى في موضع أنه غير لازم بدون القبض وذكر في موضع آخر [أنه] لازم من جهته [ولم يتعرض للبشرى ولعله جعله غير لازم من جهته البائع] لأنه لم يدخل في ضمانه بعد واختار صاحب المغنى أنه لازم في حقها جميعا وقال هو ظاهر كلام الخرقى

واعلم أن كثيرا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرا للزومها واستمرارها لا لانعقادها وانشائها ومن صرح بذلك صاحب المغنى وأبو الخطاب في انتصاره وصاحب التلخيص وغيرهم ، ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطا للصحة ومن صرح بذلك صاحب المحرر فيه في الصرف والسلم والهبة ، وقال في الشرح : مذمونا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض وفرع عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقتلنا يعتبر في هبته القبض فقطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالايجاب في غيرها وكلام الخرقى يدل عليه أيضا ، وكذلك ذكر القاضى أن القبض شرط في صحة الصرف والسلم وصرح به كثير من الأصحاب ، ولكن صاحب المحرر لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه ، وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته وأن الرهن يبطل بزواله وكذلك صاحب المحرر في شرح الهداية والشيرازى وغيرهما . وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها ففيها طريقان أحدهما لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة وهي طريقة المجرد

والمبهيج ونص عليه احمد في مواضع ، والثانية أنه في المبهم لا يملك بدون القبض بخلاف المعين فانه يملك فيه بالعقد وهي طريقة القاضى في خلافه وابن عقيل في مفرداته والحلوانى وابنه الا انهما حكيا في المعين روايتين كالهبة ، وأما السهم من الغنيمة فيملك بدون القبض اذا عينه الامام بغير خلاف صرح به الحلوانى وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض ان قيل انها هبة منفعة وخرج القاضى فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهبة الأعيان وتلزم اذا كانت مؤقتة وان قيل هي إباحة فلا يحصل الملك فيها بحال بل يستوفى على ملك المالك كطعام الضيف . قال الشيخ نفى الدين التحقيق أن يقال في هذه العقود اذا لم يحصل القبض فلا عقد وان كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد فكما يقال اذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم انتهى ، ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الإيجاب والقبول كما يتوقف انعقاد النكاح معهما على الشهادة . وفي الهبة وجه ثالث حكى عن ابن حامد أن الملك فيها يقع مراعى فان وجد القبض تدبنا انه كان للهو هوب بقبوله والا فهو للهو هوب ، وفرع على ذلك حكم الفطرة وقد يطرده قوله بالوقف والمراعاة الى بقية هذه العقود . وأما البيع الذى يعتبر له القبض ففى كلام أبى بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض أيضا فانه قال اذا اشتراه كيلا فلا يقع بينهما الا كيلا وتأوله القاضى على نفى الضمان وهو بعيد قال لأن احمد قيل له فى رواية ابن مشيش أليس قد ملكه المشتري قال بلى ولكن هو من مال البائع يعنى اذا تلف ، قلت : ولكن صرح احمد فى رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض فقال أما ما يكال ويوزن فلا بد للبائع ان يوفيه المبتاع لأن ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري وما لا يكال ولا يوزن اذا كان معلوما فهو ملك للمشتري فما لزمه من شئ فهو عليه ، وقال أيضاً فى طعام اشترى بالصفة ولا يحول البائع الثمن والبائع مالك بعد ما لم يكله المشتري وهذا صريح لا يمكن تأويله ، فيكون اذا عن احمد فى انتقال الملك فى بيع المكيل والموزون بدون القبض روايتان .

﴿ القاعدة الخمسون ﴾

هل يتوقف الملك فى العقود الفهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً فى الذمة هذا على ضربين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فانه يأخذه مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه فى الحال أولا لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك

والثاني : ما عده من التمليكات المشروعة لازالة ضرر ما كالاخذ بالشفعة وأخذ الفراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الغائب وتقوم الشفص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فان لأصحابنا في الاخذ بالشفعة وجهين :

أحدهما : لا يملك بدون دفع الثمن وهو محكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد أنه اذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفيعته .

والثاني : تملك بدونه مضموناً في الذمة، ونص أحمد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب : قلت لا أحمد يقولون اذا كان له الخيار فمضى قال اخترت دارى أو أرضى فالخيار له وبطالب بالثمن قال [كيف] له الخيار ولم يعطه ماله ليس هذا بشىء ان أعطاه فله الخيار وان لم يعطه ماله فليس له الخيار ، واختار الشيخ تقي الدين ذلك ، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل لأن التسليط على انتزاع الاموال قهراً ان لم يقرن به دفع العوض والا حصل به ضرورة فساد وأصل الانتزاع القهرى انما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر ، وقد يفرق بين مسألة أبى طالب وبقية المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض ، وذلك ممتنع ولا يوجد مثله في بقية الصور اذا أكثر ما فيها التملك ويعوض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره

تنبيه - الاملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها وتملك الا يملك بها ، أما الاول فيحصل التملك القهرى بالاستيلاء على ملك الغير الأجنبى بخلاف الاختيارى ، وأما الثانى فالتملك القهرى كالاخذ بالشفعة هل يشترط منفعة كالباع أم لا لأنه قهرى كالميراث قال فى التلخيص فيه تردد ، وأما الثالث . فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهرى ، وللمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن ، وان قلنا يملك بدونه وينفذ تصرف الشفيع فيه قبل قبضه ، وهل يثبت له فيه خيار المجلس على وجهين قال فى التلخيص ويخرج التردد فى الجميع نظراً الى الجهتين . وأما الرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالأرض ويرده عليه بعيب ونحوه فى أحد الوجهين وباستيلاء المسلم أمته وبالقهر ، وكذلك تملك المصاحف بهذه الأسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وتملك بالميراث الحر والكلب . كذا الصيد فى حق المحرم على أحد الوجهين ولا يملك ذلك كله بالاختيار .

(القاعدة الحادية والخمسون)

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد رتارة بغير عقد والعقود نوعان :

أحدهما - عقود المعاوضات المحضة فينتقل الضمان فيها الى من ينتقل الملك اليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة اذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين فأما المبيع المبهم غير المتعين كقفيز من صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفى كياله وتمييزه أم لا بد من نقله ؟ حكى الاصحاب فيه روايتين ثم لهم طريقان : منهم من يقول هل التخلية قبض في جميع الاعيان المبيعة أم لا بد من نقله ، حكى الاصحاب فيه روايتين ، ومنهم من يقول التخلية قبض في المبيع المتعين رواية واحدة ، وفيما ليس بمتعين اذا عين وخلى بينه وبينه روايتين وكلا الطريقين مسلك القاضي في خلافه وله طريقة ثالثة سلكها في المجرى أن الكيل قبض للمبهم رواية واحدة ، وذكر قول أحد في رواية [محمد بن] (١) الحسن بن هارون قبضه كياله والتخلية قبض في المعينات على روايتين وهذه أصح (٢) بما قبلها وقد فرق أحد بين المبهم لجعل قبضه كياله وبين الصبرة لجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم لأن المبهم اذا كيل فقد حصل فيه التميز وزيادة وهي اعتبار قدره وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها ، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كياله وتمييزه كسائر الاعيان المتميزة وما عدا ذلك من الاعيان المتميزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحيازة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتسكين من قبضه وقد حصل ، الا الأثر المشتري في رءوس شجره فان المشتري لا يتمكن من تمام (٣) قبضه في الحال بحيازته اليه ؛ وكذلك ما لا يتأتى نقله في ساعة واحدة لكثرتة فانه لا ينتقل الى ضمانه الى المشتري الا بعد مضي زمن يتأتى فيه نقله عادة صرح به القاضي وغيره فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة وحكم المبهم المشتري بعدد او ذرع كقولك وأذكر أحد في رواية ابن منصور دخول المعداد فيه ولعل مراده اذا اشترى صبرة ، وأما المشاع فكالمشتري لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على

(١) الزيادة عن نسخي الدار (٢) نسختا الدار : أوضح (٣) نسختا الدار : كمال

افرازه كذلك ذكره القاضى وابن عقيل والصبرة المتباعدة كيلا أو وزنا كالقفيز المبهم عنه الخرقى وأبى بكر والأكثرين لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فان زيادتها له ونقصها عليه وفى التلخيص ان بعض الاصحاب خرج فيها وجها بالحاقها بالعبد والثوب بناء على ان العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف، قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات فى الصرف لقوله عليه [الصلاة والسلام] الا هاهنا وهاهنا ومراده: أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهمات ونقل صالح عن احمد فمن اشترى عبدا فمات فى يد المبتاع هو من مال المبتاع الا ان يقول المبتاع تسلمه فلا يتسلمه وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع الا ان يتمتع المشتري من تسلمه بعد عرضه عليه فيدخل فى ضمانه، ونقل حنبل عنه اذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلغ فهو من مال البائع، وان نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض، فأما المبيع فى مكان أو زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسألة تتابع الغيبة بعد القسمة فى دار الحرب اذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن احمد فى ضمانه روايتان، كذا حكى الاصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده [وظاهر] كلام ابن عقيل التفريق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولاً واحداً كالنهر المماق فى رروس الشجر لتعرضه للآفات وفيه نظر فان الثمر لم يتمكن المشتري من قبضه تماماً بخلاف المبيع المدين فى دار الحرب، وخص أكثر الاصحاب ذلك بمال الغنيمة لأن طالب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معاوم بخلاف غيرها من أهوال المسلمين وحكى ابن عقيل فى تباع المسلمين أو الهام بينهم بدار الحرب اذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجميع كمال الغنيمة فأما ما يبيع فى دار الاسلام فى زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولاً واحداً ذكره كثير من الاصحاب كشرام بن يغاب على الظن هلاكة كمرىض مئوس منه أو مرتد أو قاتل فى محاربة أو فى زمن طاعون غالب، ويحتمل فى هذا أن يفرق بين التناقص قبل القبض وبعده فأما الأعيان المملوكة بعقد غير البيع كالصاح والنكاح والخلع والعق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الاصحاب (١) قال فى المغنى ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقاً فانه نص فيما اذا أصدقها غلاماً ففقت عينه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضى على أن الزوج فقاً عينه

أو أنه امتنع من التسليم حتى فقت عينه فيكون ضامناً بالارباب ويمكن أن يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الأعيان لا تنتقل إلا بالقبض في البيع وغيره وخرجها بعض الأصحاب رواية عن أحمد من نفيه على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فمن الأصحاب من تأولها على أنها بيعت كيلاً، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جزائفاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الأعيان المتميزة وماخذ ذلك أن علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض لأن تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدا في أن ضمان جميع الأعيان على البائع قبل القبض وهي ضعيفة فإن البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فإذا وجد منه فقد قضى ما عليه، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعديه بشغل أرض المالك بملكه من غير إذنه أو مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي بل هو شبهة بالهبة، ولهذا سماه الله نكحة فلا ينتقل ضمانه إلى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة، وهذا كله في الأعيان. فأما المنافع في الإجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض أو التمكين منه أو تفوته باختياره فإن استوفى المنافع فلا كلام وإن تمكن من استيفائها بقبض العين أو تسليم الأجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه أيضاً لأنه من الانتفاع.

والنوع الثاني: عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فيهما خلاف سبق فإذا قيل لا يملك بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفى بالقبض فيها بالتخليه على رواية كالبيع أم لا بد من النقل، جمهور الأصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفى التمكين ههنا في لزوم فقي أصل الملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فإن العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفى فيه التمكين. وإن قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي أن يكون مضموناً على المملك إذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الأصحاب يشهد لذلك.

وأما الوصية إذا ثبت الملك للموصى له إما بالموت بمجرد من غير قبول أو بالموت مراعى بالقبول أو بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة فإن ضمانه من حين القبول

على الموصى له من غير خلاف نعلمه اذا كان متمكناً من قبضه وأما [ما] قبل القبول ففيه وجهان :
 أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام أحمد والخرق وصرح به القاضي وابن
 عقيل في كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكموا فيه خلافاً . وهذا لأننا
 ان قلنا يملك بمجرد الموت أما مع القبول [أو] بدون هو ملكه فإذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما
 لو ملكه بهبة أو غيرها من العقود ، وإن قلنا لا يملكه إلا من حين القبول فلأن حقه تعاق بالغير (١)
 تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص
 أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن إبطاله فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل
 له الملك كما في ربح المضاربة إذا قلنا لا يملك إلا بالقسمة ونصف الصداق إذا قلنا لا يملك إلا
 بالتملك والمغانم إذا قلنا لا تملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فإن الحق فيها يمكن إبطاله .
 والوجه الثاني : لا يدخل في ضمانه إلا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في المحرر لأنه إن
 قيل لا يملك إلا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه ، وإن
 قيل يملكه بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل مالو تافت قبل القبول فإنها تناف من التركة
 لا من مال الموصى له فكذلك أجزاؤها ، لأن القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت إلا أن
 ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه
 ملك ، نعم إن قيل يملكه بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كما وروث
 وهذا كله في المملوك بالعقد فأما مملك بنير عقد فتوعان :

أحدهما : الملك القهري كالميراث وفي ضمانه وجهان أحدهما أنه يستقر على الورثة بالموت إذا
 كان المبال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائتي دينار
 وعبدًا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له
 وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرق وأكثر الأصحاب ، لأن ملكهم استقر بثبوت سببه
 اذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبدل على أحد فأشبه ما في يد المودع ونحوه بخلاف
 المملوك بالعقد لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع بدله فلذلك اعتبر له القبض
 وأيضاً فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالميراث أولى ، وقال القاضي
 وابن عقيل في كتاب العتق لا يدخل في ضمانهم بدون القبض لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا
 به فأشبه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه ، فعلى هذا ان زادت التركة قبل القبض

(١) نسخنا الدار بالعين (٢) نسخنا الدار أن يكون ضمانه عليه بكل حال

فالزيادة للورثة، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة مابقى بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه إلا أن يقال إن الموصى له يملك الوصية بالموت بمجرد موته أو مراعى بالقبول فلا تزاحمه الورثة لأن ما ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيختص به كما لو لم يتناف المال إلا بعد قبوله، وعلى ذلك خرج صاحب الترغيب وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور، والاول أصح لأن الموصى له تمكن من أخذ العين الموصى بها مع حضور التركة والتمكن [من] قبضها بغير خلاف ولو لم يدخل في ضمانهم إلا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من الدين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقي على قبض الورثة فكلمة قبضوا شيئاً أخذ من الموصى به بقدر (١) ثلثه كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يتمكن من قبضه

والنوع الثاني : ما يحصل بسبب الآدمي (٢) يترتب عليه الملك فإن كان حيازة مباح كالاحتشاش والاحتطاب والافتنام ونحوها فلا أشكال ولا ضمان هنا على أحد سواء ، ولو وكل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم التركة والوكالة وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يتعين في المذهب المشهور إلا بالقبض ، وعلى القول الآخر يتعين بالاذن في القبض فالمعتبر حكم ذلك الاذن

﴿ القاعدة الثانية والحسوف ﴾

في التصرف في المملوكات قبل قبضها : وهي منقسمة إلى عقود وغيرها فالعقود نوعان : أحدهما : عقود المعاوضات وتنقسم إلى بيع وذخيره ، فأما المبيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان متلازمان فإن كان البيع مضموناً على البائع لم يجز التصرف فيه للمشتري حتى يقبضه وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له التصرف فيه ، وصرح بذلك القاضى فى الجامع الصغير وغيره . وجعلوا العلة المانعة من التصرف توالى الضمانات . وفى المذهب طريقة أخرى وهى أنه تلازم بين التصرف والضمان فيجوز التصرف والضمان على البائع كما فى بيع الثمرة قبل جدها فإنه يجوز فى أصح الروايتين . وهى مضمونة على البائع ويمتنع التصرف فى صبرة الطعام المشتراة جزافاً على إحدى الروايتين ، وهى اختيار الخرق مع أنها فى ضمان المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فإنهم حكوا الخلاف فى بيع الصبرة مع عدم الخلاف فى

(١) أخذوا من العين بقدر نسختنا الدار (٢) الاذن ٧١١

كونها مضمونة على البائع، ومن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرّد والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني وابنه وغيرهم. وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا القبض نوعان: قبض يبيع التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل والضمنان وهو القبض التام المقصود بالعقد، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبيع أو جنس المكيل والموزون وإن يبيع جزافاً أو المطعوم خاصة مكيلاً أو موزوناً كان أو غيرهما أو المطعوم المكيل أو الموزون ونقله مهنا عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكرها في الضمان ذلك، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض معللاً بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان لازماً له، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمنان وهو صحيح على ما ذكره فإنه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لاضمان ولا منع من التصرف إلا في المبيع خاصة ولم يبين أنه لا لازم بين التصرف والضمنان أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضاً فاسداً كالمكيل إذا قبض جزافاً فانتقل الضمان فيه إلى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيّله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضموناً على مالكة وكذلك المالك يتصرف في المقصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض، والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشتري في رارس الشجر وباجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضاً ينتقض تعليل ابن عقيل، وبييع الدين ممن هو عليه، لأن البائع وفي عليه بالتخلية والتميز فلم يبق له علاقة في العقد، وعلل أيضاً بأنه داخل في بيع مال ليس عنده وهو شبهه بالغرر لتعرضه للافات، وهو يقتضى المنع في جميع الأعيان، وأشار الإمام أحمد إلى أن المراد من النهي عن ربح المالم يضمن حيث كان مضموناً على بائعه فلا يربح فيه مشتريه، وكأنه حمل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فإنه منع في رواية من اجارة المنافع المستأجرة لا بمثل الاجرة إلا يربح فيما لم يضمن ومنع

في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة ففكره أحد ربحه لدخوله في ربح مالم يضمن وأجاز أصل البيع وأجاز الاعتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمة من غير ربح لئلا يكون ربحاً فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكة يجوز بيعه بغير ربح ويلزم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والتمر على رهوس النخل وغيرهما مالم يضمنه البائع ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به مالم يكن للتجارة وهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من بائعه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من بائعه حتى يملكه . واختلف الأصحاب في الأقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً ، فإن قيل إنها بيع لم يصح والاصح ، وعن أبي بكر أنه منعها على الروایتين بدون كيل ثان لأنها تجديد ملك ، ويتخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لأن أحد أجاز في رواية منصوصة عنه (١) بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبايع أولى ، وحكى القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الاجارات رواية (٢) في جواز بيعه قبل القبض من بائعه خاصة [و] ذكرنا مأخذها ، وهو اختلاف الروایتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان طعاماً مكيلاً أو موزوناً قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه في البيع فانهما خصا فيه الروایتين بما في الذمة سواء كان طعاماً أو غيره هذا في التصرف فيه بالبيع : وأما غيره من العقود فقال القاضى في المجرد وابن عقيل لا يجوز رهنه ولا هبته ولا اجارته قبل القبض كالبيع ، ثم ذكرنا في الرهن عن الأصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه لأنه لا يؤدي إلى ربح مالم يضمن بخلاف البيع ، وفي هذا المأخذ نظر لأن الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه لأنه يفضى إلى البيع لئلا تركه في يد البائع لا يطول غالباً وقبضه متيسر فلذلك يصح رهنه ، وعلى ابن عقيل المنع من رهنه لأنه غير مقبوض ولا متميز ولا متعين وفيه ضعف لا مكان تميزه وقبضه . وعلى مرة أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما فكيف ينبى عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض . وللأصحاب وجه آخر أنه أنه يجوز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه في المهم لعدم تأتى القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود . ومن الأصحاب من قطع بجواز جعله مهراً معللاً بأن ذلك غرر يسير يغتفر في الصداق

ومنهم صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث .

هذا كله في المبيع ، فأما ثمنه فإن كان معيناً جاز التصرف قبل قبضه ، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أولاً ، وصرح به القاضى وإن كان مبهماً لم يجوز إلا بعد تمييزه ، وإن كان ديناً جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه . ذكره القاضى وابن عقيل ولم يخرجوا المعاوضة على الخلاف فى بيع الدين من هو عليه . وقد حكى فى ذلك روايتين والاكثر أن أدخلوه فى جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقدين من الآخر بالقيمة فى رواية الأثرم (١) وابن منصور وحنبل . ونقل عنه القاضى البرقى فى طعام فى الذمة هل يشتري به شيئاً من عليه فتوقف قال فقلت [له] لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب فكأنه أجاز من غير أن يوضحه إيضاحاً بيناً ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقدين من الآخر يجوز من غير خلاف لحديث ابن عمر فى ذلك ، والخلاف فى المعاوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضى وابن عقيل فى الصرف فى ذلك خلافاً ، والمعنى فى ذلك أن النقدين لتقاربهما فى المعنى أجرياً مجرى الشيء الواحد فأخذ أحدهما عن الآخر ليس بمعاوضة محضة بل هو نوع استيفاء ، وقد صرح بذلك أحمد فى رواية أبى طالب قال : ليس هو ببيع وإنما هو اقتضاء ولذلك لم يحز إلا بالسعر لأنه لما كانت المماثلة فى القدر لاختلاف الجنس اعتبرت فى القيمة ، وهذا المأخذ هو الذى ذكره صاحب المغنى . ومن الأصحاب من جعل مأخذه النهى عن ربح مالم يضمن ، وأما القاضى فأجاز المعاوضة عن أحد النقدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضى وابن عقيل فى الاجارة ، أن ما فى الذمة إذا كان مكيفاً أو موزوناً لم يحز بيعه قبل قبضه لأجنبى رواية واحدة وفى بيعه لمن هو فى ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبهم غير متميز ، وهذا الكلام فى التصرف فى المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهى ضربان :

أحدهما : ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الاجرة المعينة والعوض فى الصالح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف فى المنافع المستأجرة فإن كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه ومن يقوم مقامه ، وإن كان باجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قباًها إلا للتوَجَّر على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الاجرة وبأزيد فى إحدى الروايتين وفى الأخرى يمنع بزيادة لدخوله فى ربح مالم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمومة على المستأجر فى وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فالت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

(١) الأثرم غير وارد فى ٧١١ ومضروب عليه فى ٧١٢

فهى كالنثر فى رهوس الشجر فهو مضمون عليه بالتلافه .

والضرب الثانى : مالا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعنق والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك فقيه وجهان :

أحدهما : يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضى فى المجرد وأبى الخطاب — غير أنه استثنى منه الصداق — والسامرى ومأجى المغنى والتلخيص ونص أحمد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الاعراض لا تنسخ بها عقودها فلا ضرر فى التصرف فيها بخلاف البيع والاجارة ونحوهما ، ومع هذا فصرح القاضى فى المجرد بأن غير المتميز فيها مضمون على من هو بيده ففرق بين التصرف والضمان هنا ونسب اليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه

والوجه الثانى : أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف فى غير المعين منها قبل القبض وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه ، وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل فى الفصول والمفردات والحلوانى والشيرازى وصاحب المحرر ، واختاره صاحب المغنى فى كتاب النكاح الحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزبرة الحديدية العظيمة اذا اشترت وزناً فلا يخشى هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، ومنافع الاجارة يخشى هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ تقي الدين الاول ولكن بناء على أن علة منع التصرف الربح فيما لم يضمن وهو منتفهم هنا وهو أحد المآخذ للأصحاب فى أصل المسألة وعد القاضى فى هذا الضرب القرض وأرشد الجنائيات وقيم المتلفات ، ووافقه ابن عقيل على قيم المتلفات وفيه نظر فان القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به فى المجرد وقيم المتلفات ينسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنائيات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بعقد ليدخله الفسخ ثم أنه مضمون فى الذمة كالدين وذلك لا يتعين فى الخارج الا بالقبض على المذهب وألحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يخشى انتفاض سببه ، وهذا متجه على الوجه الاول الذى اختاره ، فاما الوجه الثانى ، فان كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وان كان عقد معاوضة فهو مضمون على الاشهر فيتوجه أن لا يمنع كالمراعى والغصوب ، ولوحجج الحاكم على المقلد ثم عين لكل غريم عيناً من المال بحقه ملكه بمجرد التعيين ذكره القاضى فى الزكاة من المجرد فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

تنبيه : ما اشترط القبض لصحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك ، وقد

صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل بالملك بالعقد فقد حكى في التلخيص في الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض هنا مؤثر في إبطال العقد ، فلا يصح ورود عقد آخر عليه قبل انبرامه ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والعقود القهرية كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص .

النوع الثاني عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة ، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه ، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً ، وسواء قلنا له رد ما بهم قبل القبض أولاً ، ولأن أكثر ما في جواز رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لا يمنع صحة التصرف لأنها لازمة من جهة الميت بموته فهو كالبيع المشترط فيه الخيار للمشتري وحده ، وأما الهبة التي تملك بالعقد بمجرد فجزز التصرف فيها قبل القبض أيضاً ، وقد نص أحمد عليه كما سنذكره لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وليست في ضمانه فلا محذور في التصرف فيها بوجه ، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا تملك بدون القبض كما سبق فلا كلام على هذا ، وعلى التخييع المذكور يملكها بدون القبض فينبغي أن يكون كالهبة ، وقد نص أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان في رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته قال يدفعه إليه ، فقيل له هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه يأكله قال يقول له حتى يوكله فيقضيه عنه وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض ، وكذلك نقل حنبل في مسائله أن أحمد ذكر له قول أبي سلمة لا بأس إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه والعبد مثل ذلك والدابة يبيعها قبل أن يقبضها قال أحمد لا بأس بذلك ما لم يكن للتجارة ، وقوله إذا لم يكن للتجارة لأن المنع من البيع إنما كان لدخوله في ربح مالم يضمن وما ملكه بغير عوض فلا يتصور فيه ربح ، فاما لو نوى بتملكه التجارة فظاهر كلامه المنع لأنه جعله من الأموال المععدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض

هذا الكلام في العقود فاما الملك بغير عقد كالإراث والغنيمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفئ المتناولين منه كالمرتقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لاحد معهم ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه الامناء وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان :

أحدهما أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت

مورثه والغنائم قبل انقضاء الحرب ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق
والثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف الغنائم قبل القسمة على قولنا انهم يملكون
[الغنيمة] بالحيازة، وهو المذهب الصحيح والمرتزة قبل حلول العطاء ونحوه فقال ابن أبي موسى
لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، وان باعه بعروض جاز
في إحدى الروايتين اذا قبض العروض قبل أن يتفرقا ومنع منه في الأخرى ولا يجوز بيع المغنم
قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض [انتهى] فهذه أربع مسائل

أحداها: بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي
طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال هو شيء مغيب لا يدري أيصل إليه أم لا أو ما هو وقال
مرة لا يدري يخرج أولاً وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء قال ابن عباس
ما يدريه ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه وربما سمي هذا أيضاً بيع الصكك ونقل حرب
عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء لا بأس به بعرض قلت وما تفسيره قال هو الرجل يزداد في عطائه
عشرة دنائير فيشتريها بعرض قال وسألت عن بيع الصك بعرض قال لا بأس به وروى حرب
باسناد صحيح عن ابن عباس أنه كان يكره بيع الزيادة في العطاء إلا بعرض وهذه رواية ثانية
بالجواز قال القاضي وابن عقيل هذه الرواية فيما اذا بلغ (١) بعد حلول العطاء لأنه وقت
الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه لكن على طريقتيهما لا يجوز بيعه من غير (٢) الغريم
فرجعوا تأولوا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بثمن مؤجل الى وقت قبض العطاء وكان وقتها
عندهما معلوماً أو أنه احوال بثمن العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن
تأمل كلام أحمد، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه فأما
اذا استحق فهو داخل في بيع الصكك

المسألة الثانية: بيع الصكك قبل قبضها وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً لأنها
تكتب في صكك وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ما في الصك فان كان الدين نقداً وبيع
بنقد لم يحز بلا خلاف لأنه صرف بنسيئة وان بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان

أحدهما: لا يجوز قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه
أنه كرهه وقال: الصك لا يدري يخرج أولاً، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان
والثانية. الجواز نص عليهما في رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

وقال الصك انما يحتال على رجل وهو يقرب دين عليه والعطاء انما هو شيء مغيب لا يدري أبصل اليه أم لا وكذلك نقل حنبل عنه في الرجل يشتري الصك على الرجل بالدين قال لا بأس به بالعرض اذا خرج ولا يديعه حتى يقبضه يعني مشتريه ، وهذا يدل على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض ولا أباح له التصرف فيه لانه بمنزلة المنافع والثر في شجره ، حاصل هذا يرجع الى جواز بيع الدين من غير الغريم وقد نص على جوازه كما ترى

المسألة الثالثة : بيع المغنم قبل أن تقسم ونص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره وعلاه في رواية صالح وابن منصور بأنه لا يدري ما يصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين وان كان ملكه ثابتا عليه لكن الامام له أن يخصص كل واحد بعين من الاعيان بخلاف قسمة الميراث وصح عن أبي الزبير قال جابر أكره بيع الخنس من قبل أن يقسم وروى محمد بن ابراهيم الباهلي عن محمد بن زيد - يعني - العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ لا تشتروا الصدقات حتى تقبض والمغنم حتى تقسم أخرجه الامام أحمد وابن ماجه [واسحاق بن راهويه والبخاري في مسنديهما] ومحمد بن زيد صالح لا بأس به والباهلي بصري مجهول وشهر حاله مشهور وفي سنن أبي داود من حديث رويفع ابن ثابت أن النبي ﷺ قال لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيع مغنما حتى يقسم وفي الحديث طول اخرج الترمذي بعبارة وحسنه . وخرج النسائي من حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم وأخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن اسحاق عن عبد الله ابن ابى نجيح عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم مرسل وهذا في حق آحاد الجيش منهى عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده لأنه قبل القبض مجهول وبعبده تعدو غلول فانه لا يستبد بالقسمة دون الامام وأما الامام فاذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك

المسألة الرابعة : بيع الصدقات قبل أن تقبض ومأخذه أن الصدقة لا تملك بدون القبض وفي مصنف عبد الرزاق عن [ابن] جريح عن موسى بن عقبة عن غير واحد أن النبي ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتوزن وعن يحيى بن العلاء البجلي عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقات حتى تقبض وهذا المرسل أشبهه من المسند السابق ، فاما على القول بما ذكره مجرد القبول اذا تعينت من غير

قبض فقد مرنص أحمد بجواز التوكيل فيها ، وهو نوع تصرف فقياسه سائر الصدقات (١) ، وتكون حينئذ كالمالكة المملوكة بالعقد ، وأما إذا عينها المالك من ماله وأفرد لها فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها لم تبرأ ذمته من الزكاة وأما إن كانت صدقة تطوع فاستحب أمضاها وكره الرجوع فيها ، ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين ، نقل عبد الله عنه أنه قال كل شيء جعله الرجل لله يمضيه ولا يرجع في ماله ، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم وإن كان قليلا أمضاه ونقل عنه جيش ابن سندی في رجل دفع إلى رجل دراهم فقال له تصدق بهذه الدراهم ثم إن الدافع جاء فقال ردالي الدراهم ما يصنع المدفوع يردها عليه قال لا يردها عليه يمضيا فيها أمره به ، ونقل جعفر بن محمد معناه وحمل القاضي ذلك على الاستحباب ، قال ابن عقيل لا أعلم للاستحباب وجها وهو كما قال وإنما يتخرج على أن الصدقة تتعين بالتعيين كما يقول في الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف ، وفي تعيينه بالنية وجهان فإذا قال هذه صدقة تعينت وصارت في حكم المذكورة وصرح به الأصحاب لكن هل ذلك انشاء للنذر أو إقرار به فيه خلاف بين الأصحاب ، وإذا عين بذمته أن يجعلها صدقة وعزلها عن ماله فهو كما اشترى شاة ينوي التضحية بها ، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الامام لأننا إن قلنا الزكاة في الذمة فهو كما لو عين عن الهدى واجب في الذمة هديا فعطب فانه يلزمه إبداله وإن قلنا في العين فلا يبرأ منها لقوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه وإيصاله أيضا واجب عليه فلا يبرأ بدونه ، ولا يكتفي فيه بالتميز ولو حصل التمكين من القبض من فعل الدفع واجب عليه فكيف إذا [لم] يحصل التمكين والله أعلم

﴿ القاعدة الثالثة والخمسون ﴾

من تصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أولاً دمي معين إن كان الحق مستقرا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف على ظاهر المذهب ، وقياس قول أبي بكر لا يصح حيث قال : لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني ، وكلامه في الشافي يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها ، وكذلك اختار أبو الخطاب في الانتصار أنه لا يصح التصرف في الجاني بالبيع لتعلق الحق بعينه

فإن فداء السيد كان افتسكاكا وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الأول، وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به فالأول ملك أن يملك والثاني يملك أو طالب بحقه الذى لا يمكن دفعه عنه، وهو شديد بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده، فالمفلس مقتض للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها التصرف فى المرهون ببيع أو غيره مما لا سرية له لا يصح لأن المرتهن أخذ بحقه فى الرهن من التوثيق والحبس وقبضه وحكم له به فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه، فأما العتق فأنما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والزوج حتى أنهما لا يمكن أن يحللهما على إحدى الروايتين كنفوة الاحرام ولزومه، ولهذا ينعقد مع فساده ويلزم إتمامه .

ومنها الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت، وقبل المطالبة إنما كان له أن يملك والمطالبة إما تملك على رأى القاضى وإما مؤذنة بالتملك وممانعة للمشتري من التصرف، إذ تصرف المشتري إنما كان نافذاً لترك الشفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقه وقد زال فإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب به لم يصح المشتري ممنوعاً، بل تسقط الشفعة على قولنا هى على الفور ذكره القاضى فى خلافه

ومنها إذا حل الدين على الغريم وأراد السفر فإن منعه غريمه من ذلك لم يحز له السفر، وإن فعله كان عاصياً به لأنه حبسه وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن فى الرهن وإن لم يمنعه فهل له الاقدام على السفر ذكر ابن عقيل فيه وجهين :

أحدهما : يجوز لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والالتزام، والثانى : لا لأنه يمنع بسفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس فى حقه بل لما يلزم فى سفره من تأخير الحق الواجب عليه ومنها المفلس إذا طلب البايع منه سلعته التى يرجع بها قبل الحجر لم ينفذ تصرفه نص عليه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن المفلس هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطالب البايع منه بما بايع المشتري عليه فقال إن أحدث فيه المشتري عتقاً أو بيعاً أو هبة فهو جائز ما لم يطالب البائع، وذلك أن الحديث قال هو أحق به فلا يكون أحق به إلا بالطلب فلعلة أن لا يطالبه قلت : رأيت إن طلبه منه فلم يدفعه إليه ؟ قال فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب ونقل عنه اسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البائع - تثبت إما بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس،

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى الزيداني (١) أن اشتها فلسفه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقاً ومنها لو وجد مضطراً وعندة طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح قال أبو الخطاب في الانتصار في الرهن يصح ، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله ، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده ، والأظهر أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع بل ولو قيل لا يصح بيعه مطلقاً مع علمه باضطراره لم يبعد لأن بذله له واجب بالثمن فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى ، لأن هذا يجب بذله ابتداء لحياء النفس ، وقد يفرق بأن الشفيع حقه متعين في عين الشقص ، وهذا حقه في سد الرمي ، ولهذا كان إطعامه فرضاً على الكفاية فإذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البذل عليه وأما ما تعلق به حق مجرد فيندرج تحته مسائل متعددة

منها بيع النصاب بعد الحول فانه يصح نص عليه لأن الوجوب إن كان متعلقاً بالذمة وحدها فلا إشكال وإن كان في العين وحدها فليس بمعنى للشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها ، ولا تجوز المطالبة بالخراج منها عينا مع وجود غيرها ، فلا يتوجه انحصار الاستحقاق فيها بحال

ومنها يبيع الجاني يصح في المنصوص وهو قول أكثر الأصحاب ، وسواء طالب المجني عليه بحقه أم لا لأن حقه ليس في ملك العبد ، ولو كان كذلك للملك ابتداء وإنما وجب له أرش جنايته ولم نجد محلاً يتعلق به الوجوب سوى رقبة العبد الجاني فأنحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها فإن رضى المالك ببذله جاز والا فأنما له أقل الأمرين من قيمة الجاني أو أرش جنايته فانهما (٢) بدل لزم قبوله والمطالبة منه إنما تتوجه بحقه وحقه هو أرش الجناية لإبلاك رقبة العبد على الصحيح فلا يتوجه المنع من التصرف فيه لأن تسليمه إليه لم يتعين

ومنها من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقتلنا حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المغتني قبل أخذ سيده صح ويملك السيد انتزاعه من الثاني ، وكذلك لو رهنه صح ويملك السيد انتزاعه من المرتهن ذكره أبو الخطاب في الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أولاً والأظهر أن المطالبة تمنع (٣) التصرف كالشفعة

ومنها تصرف الورثة في التركة المعلق بها حق الغرماء وفي صحته وجهان أحدهما الصحة وعلى المنع ينفذ بالعتق كالرهن ، واختار ابن عقيل في نظريانه أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث في مرضه ، وهذا متوجه على قولنا إن حق الغرماء تعلق بالتركة في المرض ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً ، قال

(١) الديداني : ٧١١ (٢) فإيهما : ٧١١ (٣) تقطع

صاحب الترغيب : يحتمل وجهين لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب ومنها تصرف من وهبه المريض ماله كله في مرضه قبل موته فيجوز وينفذ حتى لو كان أمة كان له وطؤها ، ذكره القاضى وحده [في خلافه] واستبعده الشيخ تقي الدين لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها ، وقد يقال هو في الظاهر ملكه بالقبض وموت الواهب ، وانتقال الحق إلى الورثة مطلقون فلا يمنع التصرف ، وأما تصرف المشتري في مدة الخيار له وللبائع فالمنصوص عن أحمد أنه موقوف على إمضاء البيع ، وكذلك ذكره أبو بكر في التنبية ، وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه لأنه تصرف في خالص ملكه ، ولم يتعلق به سوى حق البائع في الفسخ وقد زال ، فأشبهه تصرف الابن فيما وهبه له الأب غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب ، لأن حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك ، ولأن تسلط الأب على الرجوع لم يكن إبقاء أثر ملكه ، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره فلا يمنع التصرف ، وطرد هذا في كل من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يبطل من أصله كتصرف المريض فيما زاد على تلك ماله فانه يقف على إمضاء الورثة ، وعق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه ، ذكره أبو بكر في الخلاف ، وكذا ذكره أبو الخطاب في الانتصار في مسألة إجازة الورثة أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتهن ، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشتري في الشقص المشفوع يقف على إجازة الشفيع .

(القاعدة الرابعة والخمسون)

من ثبت له حق في دين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للتصرف فيها الاقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ، والثاني أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماءً ، والثالث أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به

فأما الأول : فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور (١) ، فانه لا يجوز ، ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضى وابن عقيل وصاحب

(١) في ٧١١ المشهور من المذهب

السكافي مع أن عتقه يوجب ضمان قيمته يكون رهناً لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاء محرم ولاجله منعنا أصل الوطء، وكذلك ينبغي أن يكون عتق المفلس المحجور عليه إذا نفذناه لأن غرماءه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر، وذكر القاضي في خلافه أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن كإقتصاصه من أحد عبيده المرهونين إذا قتله الآخر ولم يذكر لذلك نصاً، ولعله أخذه من قوله بنفوذ العتق ولا يدل، وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قتله، وقد صرح القاضي وابن عقيل بأنه لا يجوز لأن فيه تفويتاً لحق المرتن من غير الراهن أو قيمته الواجبة له وواجبا على الراهن قيمته تكون رهناً، وصرحاً أيضاً [ههنا] بأن العتق ههنا لا يجوز وإنما ذكرنا جوازه في مسألة العتق وظاهر كلام أحمد جواز القصاص فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص تعلق بالعبد تعلقاً يقدم به على حق المرتن بدليل أن حق الجاني مقدم على المرتن لانهصار حقه فيه بخلاف المرتن وهذا مفقود في العتق.

وأما الثاني فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا أن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ وأما الثالث ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره اثباتاً في المجلس [بالتق ولا غيره] كما لو اشترطه ويندرج في صور الخلاف مسائل :

منها مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر وفيه روايتان أحدهما يجوز لفعل ابن عمر والثانية لا يجوز لحديث عمر [و] بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل [له] أن يفارقه خشية أن يستقبله وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المعنى

ومنهما تصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطاب ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تحريمه وهو الاظهر، ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الشريك حتى يعرض على شريكه لياخذ أو يذر، مع أن حقه من الاخذ لا يسقط بذلك فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية

ومنهما وطء العبد زوجته الأمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليسقط اختيارها للفسخ، الاظهر تخريجه على الخلاف، وقال الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية قياس مذهبنا جوازه وفيما قاله نظر

ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق اذا طلق الزوج قبل الدخول وقلنا لم يملكه [مهرأ] فانه لا يجوز صرح به في المحرر، فاما تصرف احد المتبايعين فيما بيده من العوض اذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف في صفة فيجوز ذكره القاضي في خلافه لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده فاذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بدله ان كان باقيا والارجع ببذله وقياس هذا ان للبائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام احمد في رواية الاثرى ان للبائع التصرف فيه الثمن في مدة الخيار الا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا ويأخذ منه ما ينتفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وان كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن

(القاعدة الخامسة والخمسون)

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً (١) أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا المذهب المشهور أنه لا يكون تملكاً، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار اذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ نص عليه وقال في رواية ابن القاسم لا يجوز عتق البائع لأنه غير مالك له في ذلك الوقت انما له فيه خيار فاذا اختاره ثم اعتقه جاز فاما دون أن يرد البيع فلا، واختلف الأصحاب في المسألة على طرق :

أحدها : لا يكون فسخاً رواية واحدة وإنما يفسخ بالقول وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر وهي أصح وقد نص أحمد على أن يبعه ليس بفسخ في رواية اسماعيل بن سعيد ونص على أنه إذا وطئ فعليه الحد في رواية مهنا

والطريقة الثانية أن المسألة على روايتين وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني ورجح أنه فسخ لأن ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر فيفسخ بمجرد تصرف البائع بخلاف بائع المفلس فان ملك المفلس تام

والطريقة الثالثة أن تصرفه فسخ بغير خلاف كما أن تصرف المشتري إمضاء وإبطال للخيار في المنصوص، وهي طريقة القاضي في المجرد والخلواني في الكفاية وهي مخالفة للنصوص ولا يصح اعتبار فسخ البائع بامضاء المشتري لأن ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود

والطريقة الرابعة أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف لأنه اختيار بدليل وطء من أسلم على

أكثر من أربع نسوة وبغيره وفيه الخلاف وهي طريقة صاحب الكافي ومن صرح بأن الوطء اختيار القاضي في المجرد وحكامه في الخلاف عن أبي بكر في التنبيه ولم أجده فيه ولا يصح الحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة لأن ملكه قائم فلذلك كان الوطء اختياراً في حقه فهو كوطء المشتري ههنا والبائع بخلافه وقد نص أحمد على أن عليه الحد في رواية مهنا وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع على الأقوال كلها، صرح به الأكثر من الأصحاب لأنه لم يتقدمه ملك اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانفساخ كالسوم ونحوه، وذكر الحلواني في التبصرة أنه ينفذ ويتخرج من قاعدة لنا سندكرها إن شاء الله تعالى وهي أنه هل تكفى مقارنة شروط العقد للعقد في صحته

ومنها إذا باع أمة بعبد ثم وجد بالعبد عيباً فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف في عوضه الذي أداه لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه ذكره القاضي في خلافه وذكر في المجرد وابن عقيل في الفصول احتمالاً آخر أن وطئه يكون استرجاعاً كما في وطء المطلقة الرجعية. ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة وهذا وإن الملك عن الرجعية ومن أسلم عليهن لم يزل وهذا (١) قد زال

ومنها لو باع أمة ثم [أ]فلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها فله استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين حكاهما القاضي بناء على نقض حكم الحاكم بخلافه فيكون كالفسخ المجمع عليه فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء ذكره القاضي في الخلاف لتمام ملك المفلس وفي المجرد والفصول أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه، ويمكن تخرج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدة الخيار لأن ملك المفلس غير تام بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع فهو كالمشتري في مدة الخيار غير أن ضعف الملك ههنا طارئ وفي مدة الخيار مبتدئ ولا أثر لذلك.

ومنها تصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكاً ويقوم ذلك مقام قوله أو تملكه أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت الملك

[به يمكن] على تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها ، ولا سيما بعد المطالبة لأن حقه استقر وثبت وانقطع تصرف المشتري .

ومنها لو ذهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعاً ، المنصوص أن لا قال أحمد في رواية أبي طالب إذا ذهب لابنه جارية وقبضها الابن لم يحز للأب عتقها حتى يرجع فيها ، وقال في رواية ابن هاني " هذه الجارية للابن وأعتق الأب ما ليس له ، وخرج أبو حفص البرمكي في كتاب حكم الوالدين في مال وإدما رواية أخرى أن العتق صحيح ويكون رجوعاً وسيأتي تخريج هذا الأصل إن شاء الله تعالى ، وفي التلخيص لا يكون وطؤه رجوعاً وهل يكون بيعه وعتقه ونحوهما رجوعاً على وجهين ولا ينفذ عليهما لأنه لم يلاق الملك ويخرج وجه بنفوذ لاقتران الملك به كما سبق

ومنها لو تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ [انتهى] ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به وقد نص عليه وأحمد في مواضع لأنه مباح فلم يملك بدون قبضه كالاصطياد والاحتشاش ولم يخرجوا في تملكه بالقبول خلافاً من الهبة ونحوها لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كعقود المعاوضة وههنا اكتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة وما لم يحز (١) فهو باق على ما كان عليه وخرج أبو حفص البرمكي رواية أخرى بسمحة تصرفه بالعتق قبل القبض وأخذ ذلك مما رواه المروذي عنه أنه قال لو أن لابنه جارية فعتقها كان جائزاً وفي رواية محمد بن الحكم يعتق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعتق الأب أو يؤخذ وفي رواية الميموني أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه إلا أم ولد ابنه وفي توجيه هذه الرواية طريقان :

أحدهما : أن رقيق الابن له فيه شبه ملك ولذلك نفذ استيلاؤه فينفذ عتقه كعتق أمه من المغنم لكن لا يضمن لأن الأب لا يطالب بما أتلفه من مال ولده

والثاني : أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق كالمال قال لغیره اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والمالك معاً ، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال بيع الأب وشرائه على ابنه جائز لقول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الاقدام على التصرف في ماله ونفوذ حصول التصرف (٢) به وفي التنبيه لأبي بكر بيع الأب على ابنه وعتقه ووطئه إمامه مالم يكن الابن قد وطئ. جائز ويجوز له بيع عبيده وإمامته وعتقهم ، ولهذا القول مأخذان أيضاً :

(١) كذا بالأصول جميعها ولعلها يحز (٢) في ٧١٢ : التملك

أحدهما: أن الملك يقتن بالتصرف فينفذ كما في نظيره (١)

والثاني: أن هذا تملك قهرى في مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية ، ولهذا حكى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكروا خلافا في أنها عين (٢) مملوكة ومن سلك هذا المسلك صاحب المتنع في كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك ، وهو قريب من بيع الصكك قبل استحقاقها ، وقد تقدم الخلاف فيها ، وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحبلها صارت أم ولد له وإن لم يحبلها فإن قلنا لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها ، وإن قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرد ، ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعنى أبا بكر عبد العزيز ، روى الأثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فإن أتت بولد لسته أشهر فتدعيها جميعا أرى القافة ، وقال إذا وطئ الرجل جارية ابنه وإن كان الابن قد وطئ ، فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ في نفسى من مسألة الأثرم شيء انتهى ، فإن كان قوله إذا وطئ الرجل جارية ابنه إلى آخره من تمام رواية الأثرم فيكون ذلك منصوفا عن أحمد والافه من كلام أبى بكر ، وهو موافق لما ذكره في التنبيه كما حكيناه عنه ، وقوله وإن كان الابن قد وطئ يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاد ففيه خلاف في المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافى الاستيلاد وكالأمة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد لمثله في رواية حرب وابن بختان وذكره أبو بكر وابن أبى موسى فلو بؤدة التحريم أولى هذا كله مالم يكن الابن قد استولدها فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاد غيره كما لا ينتقل بالعقود ، وذكر ابن عقيل في فتونه أنها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطئ الشريكان أمتهما في طهر واحد وأتت بولد ألحقته القافة بها لكن في مسألة القافة حكم باستيلادهما (٣) [ها] دفعة واحدة وفي مسألة ثبوت استيلاد الابن أولاها فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاد سبب قهرى

ومنها تصرف السيد في مال عبده الذى ملكه إياه وقتنا يملكه ، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لتضمنه إياه وذكر القاضي في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) فى ٧١١ : نظائره (٢) فى أصل غير ولعلها تصحيف والتصحيح عند (٣) فى د : باستيلادها

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعد الموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله وقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين إذا قيل باشتراط قبوله فأما العقود التي تملك له موجبها الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يلتفت إلى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة (١) فيصح قبولها بالفعل صرح به الأصحاب لأنها اذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل وهل يساويها في ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة، ظاهر كلام التلخيص أو صريحة المساواة وذلك في القاضى في الأحكام السلطانية في صحة قبول القاضى القضاء بشروده في النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجرى الفعل بجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤهما على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب [الخلاف في وطئها] هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الأشهاد للرجعية وعدمه وهو البناء المنصوص عن الإمام ولا عبرة بحل الوطء ولا عدمه فهو وطئها في الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن أبي موسى والمذهب عند القاضى ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وإنما حصل له تشعب لكن الر - يرتب عليها الاستباحة حقيقة في المدة الزائدة على العدة

﴿ القاعدة السادسة والخمسون ﴾

شروط العقود من أهلية العاقد أو الموقود له أو عليه إذا وجدت مقترنة بها ولم تقدم عليها هل يكفي بها في صحتها أم لا بد من سبقها، المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة في الصحة وفيه وجه آخر لا بد من سبق وهو اختيار ابن حامد والقاضى في الجملة ويتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها في القاعدة السابقة

ومنها إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فالمنصوص الصحة كنهها باقتراح شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضى عدم الصحة فمنهم من [جعل] مأخذ انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذ انتفاء تقدم الشرط

ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضى وابن حامد لا يصح لاتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفى المقارنة

ومنها لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ففيه وجهان :

أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضي وابن عقيل في النكاح وأبو الخطاب والأكثرون اكتفاء باقتران البيع وشرطه وهو كون المشتري مكانياً يصح معاملته للسيد والوجه الثاني لا يصح قاله القاضي وابن عقيل في البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع ومنها لو ادعى أنه وكيل لزيد وأن لزيد على فلان ألفاً وأقام البينة بالوكالة والدين في حالة واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال أم لا بد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضي في خلافه يحتمل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه ما لم تثبت وكالة لا يجب الدفع إليه واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتهما بالبيع والمالك في حالة واحدة

ومنها لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها ففي التلخيص قياس المذهب صحته ، ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لاقتران الوكالة وشرطها إذا شرطها أن يكون الموكل مالكا لما وكل فيه ومالك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة

ومنها لو وجدت الكفائة في النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح قبات له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر يمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه في غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل منها صحة الوصية لمن ثبت أهلية ملكه بالموت كأم الولد ومديره فإن السبب المستحق به هو الإيصاء وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقترن به وجود أهلية المستحق فيكفي في ثبوت المملك ، هذا إذا قلنا إن الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على القبول وهو المشهور فإن القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذ ولا يضر فوات أهليته عند الموت فإنه لو قال اعنقوا [عني] عبدي وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية

ومنها إذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كمالو قال لعبد إن مات أبوك فأنت حر وكان أبوه حراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فإنه لا يرثه ذكره القاضي وصاحب المغني وعلمه بأن المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا في اسلام الطفل بموت أبويه قال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها أم يشترط تقدمها فإن قلنا تكفي المقارنة ورث لأنه صار حراً أو مالكا في حالة (١) واحدة انتهى ولا يقال هذا يقتضي (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لأننا نقول عملة الارث وسببه هو النسب وهو سابق على الموت وإنما الحرية شرط له

ومنها عدة أم الولد اذا توفي سيدها ، هل هي عدة حرة أو أمة وأكثر الروايات عن أحمد أنها تعتد عدة أمة ، وقال لو اعتدت عدة حرة لورثت ثم توقف في ذلك ، وقال دخلني منه شيء . وقال مرة تعتد عدة حرة اكتفاء بالحرية المقارنة لوجوب العدة ولزوم مقارنة العلة للعلول هنا أظهر ولا يلزم لأن سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها والحرية شرط للعدة بالاشهر ، ومن ههنا لم يلزم التورث لأن سببه منتف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء .

﴿ القاعدة السابعة والخمسون ﴾

اذا تقارن الحكم ووجود المنع منه ، فهل يثبت الحكم أم لا المذهب المشهور أنه لا يثبت ، وقال ابن حامد يثبت وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه فهل يثبت الحكم معه فيه وجهان ، واختار القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغني أنه لا يثبت واختار القاضي في خلافه وفي الجامع الكبير أنه يثبت وكذلك ابن عقيل في عمد الأدلة وأبو الخطاب (١) فاما اقتران الحكم والمنع منه فيندرج تحته مسائل :

منها لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك ، أو قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فانها تطلق بالاول وتنقض العدة بالثاني ، ولا تطلق به كما لا تطلق في قوله مع انقضاء عدتك . هذا المذهب المشهور وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه والخلاف فيه مع ابن حامد وحده ، وفي الفصول يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها فيقع (٢) الطلاق في حال الولادة قبل البيونة ولا يصح لأن البيونة معلولة للولادة فلما اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضا

ومنها لو قال أنت طالق بعد موتي لم تطلق بغير خلاف نعلمه ، ولو قال مع موتي أو موتك لم تطلق ، نص عليه في رواية منها لأن الموت سبب البيونة فلا يجامعها الطلاق ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ههنا لأنه إذا وقع (٣) الطلاق مع الحكم بالبيونة فإيقاعه مع سبب الحكم أولى ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانفساخ لتأخر الانفساخ عنه ولم يلتزموا ذلك ، وادعوا ههنا المقارنة دون سبق ولا يصح ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البيونة في الحياة فانه يفيد التحريم أو نقص العدد

(١) في هامش ٧١١ بعد قوله وأبو الخطاب اشارة ونصها : « والقاضي من نص أحمد على أن أم الولد اذا قتلت سيدها لزمها قيمة نفسها فأوجب » (٢) في الاصل فيقطع (٣) في ٧١٢ أوقع

ومنها لو قال زوج الأمة لها إن ملكتك فانت طالق ثم ملكها لم تطلق ، قال الأصحاب وجها واحدا ، ولا يصح لأن ابن حامد يلزمه القول ههنا القول بالوقوع لا اقترانه بالانفساخ ومنها لو أعتق الزوجان معا وقلنا لا خيار للمعتقة تحت الحر فهل يثبت لها الخيار ههنا على روايتين منصوصتين عن أحمد وقد اقترن هنا المقتضى وهو حريتها والمانع وهو حرته فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه فإن قيل يشكك على ما ذكرتموه مسألتان منصوصتان عن الإمام أحمد :

أحدهما إذا قال لعبده إن بعتك فانت حر ، ثم باعه فانه يعتق على البائع من ماله نص عليه أحمد في رواية جماعة ولم ينقل عنه في ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المانع (١) منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده في إثبات الأحكام مع مقارنة المنع منها ، مثل أن يقول لغير المدخول بها إن طلقتك فانت طالق ثم يطلقها فينبغي أن تطلق طلقين ، وكذلك إن قالت إن فسخت نكاحك لعيب أو نحوه فانت طالق ، وكذلك إن قال إن نالعتك فانت طالق

المسئلة الثانية إذا مات الذي وله أطفال صغار حكم بإسلام الوالد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال هو خلاف الإجماع ويلزم من توريثه اثبات الحكم المقترون بمناعه ، وهذا لا يحيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متبجح لا بعد فيه وأما على قول جمهور الأصحاب فقد اختلفوا في تخرج كلام الإمام أحمد في مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبنى على قوله بأن الملك لم ينقل عن البائع في مدة الخيار ، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة أبي الخطاب في انتصاره وفيها ضعف فإن نصوص أحمد بالعتق هنا متكاثرة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن أحمد بل مستنبطة من كلامه وإنما المنقول الصريح عنه انتقال الملك

والطريق الثاني أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقته عن المبيع بعد وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص فاجابوا بأن هذا العتق أنشأه في ملكه فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه فإن أحمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال في رواية ابن مهران يعتق من مال البائع قيل لأنه خاف عن ملك قال نعم

(١) في ٧١٢ : المنع (٢) في نسختي الدار : فإن أحمد شبهه بنفوذ الوصية

والطريق الثالث أنه يعتق على البائع عقيب ايجابه وقبل قبول المشتري وهي طريقة ابن ابي موسى والسامري وصاحبي المغني والتلخيص لأنه انما علقه على بيعه وبيعه الصادر عنه هو الايجاب فقط ، ولهذا يسمى بائعا والقابل مشتريا ، ويقال باع هذا واشترى هذا ، وان كان العقد لا ينعقد بقبول المشتري لكن القبول شرط محض لانعقاد البيع وليس هو من ماهيته فاذا وجد القبول تبينا أنه عتق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال وفي هذه [الطريقة] أيضا نظر فان احمد نص على نفوذه بعد زوال الملك ولأن البيع المطلق انما يتناول المنعقد لاصورة البيع المجردة

والطريق الرابع أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك الى المشتري حيث يترتب على الايجاب القبول وانتقال الملك وثبوت العتق فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك وهي طريقة أبي الخطاب في رموس المسائل ويشهد لها تشبيه أحمد بالمدير والوصية ولا يقال في المدير والوصية لا ينتقل الى [مال] الورثة لتعلق حق غيرهم بها لانها تمنع ذلك على أحد الوجهين ونقول بل ينتقل اليهم المال الموصى به وهو ظاهر تعليل أحمد في هذه المسألة فانه قال في رواية الأثرم وقد قيل له كيف يعتق على البائع وانما وجب العتق بعد البيع فقال لو وصى له بمائة درهم ومات يعطاها وان كانت وجب له بعد الموت ولا ملك فهذا مثله ، ونقل عنه صالح نحو هذا المعنى أيضا وعلى هذه الطريقة فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود

والطريق الخامس أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك المبيع الى المشتري ثم يفسخ البيع بالعتق على البائع وصرح بذلك القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده وصاحب المحرر، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته الى ملك الغير ينفذ ، وان وجد أحد طرفيه في ملك والآخر في غير ملك فاذا عقده في غير ملك مضافا الى وجود الملك صح ونفذ في المذهب الصحيح المشهور فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير الملك فانه ينفذ ولهذا نقول على احدى الروايتين لو قال لملوكي فلان حر بعد موتي بسنة يعتق كما قال وان كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه ، ولا يقال لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام احمد كما تقدم ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود لأنها لا تسرى الى ملك الغير ولا عهد نفوذها في غير ملك بحال ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وجها فيما اذا علق طلاقها على خلعها فخالعها أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم ، فان كان مراده انه يقع مع الخلع فهي مسألة ابن حامد في الوقوع مع البيئونة وان أراد بعده فمشكل ، فان الطلاق لم يعهد عندنا وقوعه في غير ملك وسلك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى فقال ان كان المعلق للعتق قصدت اليمين دون التبرر بعتقه اجزأه

كفارة يمين لأنه اذا باعه خرج عن ملكه فبقى كندره ان يعتق عبد غيره فيجزئه الكفارة وان قصد به التقرب صارعتقه مستحقا كالنذر [فلا يصح بيعه ويكون العتق معلقا على صورة البيع كما] (١) لو قال لما لا يحل بيعه إذا بعته فعلى عتق رقبة أو قال لأم ولده ان بعتك فانت حرة وطرده قوله هذا في تعليق الطلاق على الفسخ والخلع فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع قال ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلق عليه فلا يتمتع وقوع الطلاق معه على رأى ابن حامد حيث أوقعه مع البينونة بانقضاء العدة فكذا بالفسخ [والله أعلم] وأما مسألة الميراث فلا ريب ان احمد نص على توريث الطفل من ابيه الكافر والحكم باسلامه بموته وخرجه من خروجه من الأصحاب كصاحب المغنى على ان المانع لم يتقدم الحكم بالارث وانما قارنه وهذا يرجع الى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع [له] لأن الاسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقتترانه بسببه ، وأما اقتران الحكم والمانع فله صور :

منها توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت احد ابويه الكافرين منه وقد ذكرت ومنها اذا قتلت ام الولد سيدها فانه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها او الدية نص عليه . قال الأصحاب سواء قلنا ان الدية تحدث على ملك الورثة ابتداء او على ملك الموروث اولاً ، لأننا ان قلنا تحدث على ملك الورثة فقد اقترن الضمان بالحرية وانما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقاً اكتفاء بمقارنة الشرط للحكم على ما تقدم لأن الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجنائية وهي حينئذ رقيقة فلا يلزمها أكثر من ضمان جنائية الرقيق ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناء على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنع ، وان قلنا ان الدية تحدث على ملك المقتول اولاً فقد وجب له ذلك في آخر جزء من حياته ، وهي اذ ذاك رقيقة فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية ، وانما وجب الضمان هنا للسيد وان كان السيد لا يجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق الورثة بماله في هذه الحال فصار كالواجب لها ابتداء ، ولهذا كانوا هم المطالبين به والله أعلم

ومنها اذا تزوج العادم للطول الخائف للعنت في عقد حرة وأمة فهل يصح نكاح الأمة مع الحرية على وجهين

ومنها إذا قال المتزوج بأمة أبيه اذا مات أبي فانت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول الفاضل في الجامع والخلاف وابن عقيل في العمد واختيار أبي الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [أو الملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ

الطلاق وقوع الفسخ فنفذ، والثاني لا يقع وهو قول القاضى فى المجرى وابن عقيل فى الفصول لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ

ومنها اذا تزوج أمة ثم قال لها إن اشتريتك فانت طالق وفيه الوجهان ان قلنا ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح ، وان قلنا لا ينتقل وقع الطلاق وجهاً واحداً كذا ذكره أبو الخطاب وفى خلاف القاضى اذا حلف لا يبيع فباع بشرط [الخيار] هل يحث أن ذلك مبنى على نقل الملك وعدمه فقياس قوله انه لا يقع الطلاق هنا فى مدة الخيار اذا قلنا لا ينتقل الملك فيها وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وقال يحث بكل حال لأن البيع قد وجد

ومنها اذا قال لامرأته التى لم يدخل بها إن كملتك فانت طالق ثم أعاده فأنها تطلق بالاعادة لأنه كلام فى المشهور عند الأصحاب، وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة قياس المذهب عنده أنه لا يحث بهذا الكلام لأنه من جنس اليمين الأولى ومؤكدها، وإنما المقصود أذاها وهجرها واضرارها بترك كلامها وليس فى هذه الاعادة ما ينافى ذلك فلا يحث به وهذا أقوى والتفريع على المشهور فاذا وقع الطلاق بالاعادة ثانياً فهل ينعقد به يمين ثانية أم لا ، فى المسألة وجهان :

أحدهما لا ينعقد وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف ومن أتبعه كالقاضى يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب المغنى وله مأخذان : أحدهما وهو مأخذ القاضى ومن أتبعه ان الكلام يحصل بالشروع فى الاعادة قبل اتمامها فيقع الطلاق قبل اتمام الاعادة فلا ينعقد لأن تمام اليمين حصل بعد البينونة . والثانى وهو الذى ذكره صاحب المغنى فى نظير هذه المسألة ان الطلاق وان وقف وقوعه الى ما بعد لإنهاء الاعادة الا أن الاعادة يترتب عليها البينونة فيقع انعقاد اليمين مع البينونة فيخرج على الخلاف فى ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه والأصح عنده عدمه

والوجه الثانى تنعقد اليمين وهو اختيار صاحب المحرر بناء على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الاعادة لأن الكلام المطلق انما ينصرف الى المقيد ولا تحصل الافادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما ويقع عقبيهما لأنهما شرط لوقوعه وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق فسبقت وقوعه . يوضحه أن اليمين هى اللفظ المجرد وهو المعلق عليه الطلاق فاذا قال ان كلمتك فانت طالق فهو فى معنى قوله ان كلمتك يميناً بطلاقك على كلامك فانت طالق فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق

ومنها اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما فأنما طالفتان ثم قاله ثانياً فأنهما يطلقان طاقاً [طلقاً] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية فى حق المدخول بها وأما فى حق التى لم يدخل بها ففي الامدادها وجهان أحدهما انها تنعقد وهو قول أبي الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ما ذكره القاضى وابن عقيل فى المسألة التى قبلها لأن اليمين سبب البينونة

ووجدت مع شرط الطلاق لامع وقوع الطلاق والثاني لا ينعقد وهو اختيار صاحب المغنى غير أنه وقع في النسخ خلل في تعليقه : ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مفارق (١) لوقوع الطلاق فلم ينعقد لا قترانه بما يمنعه ، فإن أعاده ثالثا قبل أن يحدد نكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الوجهين لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن فإن عاد وتزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها فعلى الوجه الثاني لا تطلق لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحقها وتطلق الأخرى طلاقا لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها (٢) فكمال الشرط في حق الأولى ، وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلاقا طاعة لأن الصفة الثانية منعقدة في حقهما جميعا كذا ذكره الأصحاب وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما ، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن يكون فيه أهلا لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضررتها لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق وإنما حلف بطلاق ضررتها وهي بائن وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه ، ويكفي وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقبيه ، وذكر صاحب المحرر في تعليقه على الهداية أن هذا هو المذهب سواء قلنا يكفى في الحنث وجود بعض الصفة أم لا ، نعم إن قلنا يكفى وجود بعضها وقد وجد حال البيئونة انبنى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البيئونة انتهى ، وعندى أن هذا قد يتخرج على خلاف المتأخرين (٣) في أن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حال البيئونة فإن قلنا إنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال فوجود بعضها حال البيئونة لا عبرة له أيضا كوجود جميعها ، وإن قلنا إن اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها اكتفى بوجود آخرها في النكاح لا مكان الحنث فيه على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البيئونة وبعضها في النكاح مع قولنا لا يكتفى بوجود بعض الصفة في الطلاق وقولنا إن الصفة الموجودة حال البيئونة لا تنحل بها اليمين لا يخلو عن إشكال [ونظر] والله أعلم

ومنها إذا اشترى مريض أباه بثمان لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منها عطيتان من عطايا المريض محابة البائع بثلاث المال وعقق الأب إذا قلنا إن عققه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضى فى الحرر وابن عقيل فى الفصول يتحصان لأن ملك المريض لأبيه مقارن ، لملك المشتري لثمنه وفى كل منهما عطية منجزة فتحصا لتقارنهما والثانى أنه تنفذ المحابة ولا يعتق الأب وهو اختيار صاحب الحرر لأن المحابة سابقة لعقق الأب فإن ملك المشتري الثمن

(١) فى ٧١٢ : متارن ولعله الصواب (٢) فى الاصل : بعد طلاقها (٣) فى ٧١١ : فى المذهبين

الذى وقعت المحاباة فيه وقع مقارنا ملك الاب ، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحاباة شرط عتق الاب لاعتقه فنفذت كسبقها

ومنها لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه على وجهين : أحدهما تستحقه كله لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع اليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي والثاني تستحق ثلاثة أرباعه لأن الطلاق يتنصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين الخالع بها الا نصفها ، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه الا نصف الخمسين ويرجع اليه بالطلاق النصف ومن نصر الوجه الأول قال تنصف المهر يترتب على الخلع لا يفارقه (١) فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملأها قارن سبب التنصيف وهو البيئونة فهذا ما أخذ الوجهين ، والمسألة ما أخذ آخر على تقدير التنصيف قبل الملك وهو أن يخالفها الخمسين من المهر مع علمها بان المهر يتنصف بالمخالعة هل ينزل على خمسين مهمة منه أو على الخمسين التي يستقر لها بالطلاق وفي المسألة وجهان ، وعليهما ينزل الوجهان فيما اذا باع احد الشريكين نصف السلعة المشتركة دل ينزل (٢) البيع على نصف مشاع وانما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذي يخصه بملكه وكذلك في الوصية وغيرها واختيار القاضى انه ينزل على النصف الذي يخصه كله بخلاف ما إذا قال له أشركتك في نصفه وهو لا يملك سوى النصف فانه يستحق منه الربع لأن الشركة تقتضى التساوى فى المالكين بخلاف البيع والمنصوص عن احمد فى رواية ابن منصور أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول نصيبى فان أطلق تنزل على الربع

ومنها إذا تزوج فى مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل فعلى المحاباة روايتان إحداهما أنها موقوفة على اجازة الورثة لأنها عطية الوارث والثانية تنفذ من الثلث نقلها المروذى والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد ويحتمل أن يكون مأخذه أن الارث المقارن للعطية لا يمنع نفوذها ويحتمل أن يقال ان الزوجة ملكها فى حال ملك الزوج البضع وثبوت الارث مترتب على ذلك وكذلك نص فى رواية أبى طالب فيمن أقر لزوجته فى مرضه بمهر يزيد على مهر المثل أن الزيادة تكون من الثلث ووجه القاضى بما ذكرناه من الترتيب لان الاقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالعقد وهذا كله يرجع الى أن العطية والوصية لمن يصير وارثا يعتبر من الثلث وهو خلاف المذهب المعروف لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسبيا أو زوجا كما فرق القاضى فى كتاب الوصايا من خلافه بينهما فى مسألة الاقرار لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية بخلاف أحد الزوجين وفيما ذكره القاضى فى توجيه رواية أبى طالب نظر فان أحمد لو اعتبر حاله العقد لما جعله من

الثالث ، وإنما يتخرج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لو ارثه معتبر من الثالث والله أعلم

﴿ القاعدة الثامنة والخمسون ﴾

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الاقلاع عنه ، هل يكون اقلاعه فعلاً للممنوع منه أو تركاً له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه هذا [عدة] أنواع :

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالسكينة الا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلاً للممنوع منه، فمن ذلك إذا حلف لا يلبس ثوباً وهو لا يلبسه، أو لا يركب دابة وهو راكبها، أو لا يدخل داراً وهو فيها، وقلنا إن الاستدانة كالابتداء في جميع هذه الأفعال فخلع الثوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الامكان، فإنه لا يحنث لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم بأول أوقات الامكان، ومنه ما إذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه، لأن محظورات الاحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال إنه بإقدامه على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب إلى مصاحبة اللبس في الاحرام كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه، ومنه ما إذا فعل فعلاً محرماً جاهلاً أو ناسياً ثم ذكر فإنه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد (١) له

النوع الثاني أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ويعلم بالمنع ولكن لا يستقر (٢) بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقع عنه في الحال فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين :

أحدهما أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهى عنه بل يكون اقلاعه تركاً للفعل لأن ابتدائه كان مباحاً حيث وقع قبل وقت التحريم، وهو اختيار أبي حفص العكبري .

والثاني أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لاقدامه على الفعل مع عليه بتحريمه في وقته لاسيما مع قرب الوقت [وهذا ظاهر المذهب] ومن صور المسألة ما إذا جامع في ليل رمضان فادرکه الفجر وهو بجامع فنزع في الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف في أنه لا يائثم إذا كان حال الابتداء متيقناً ببقاء الليل وبينى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع أو ليس من الجماع وحكى في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطاوع الفجر فلا يكون الواقع منها في حالة

الطلوع محرماً البتة كما قلنا في محظورات الاحرام انها انما تثبت بعد التلبس به، وقد روى عن أحمد ما يدل على ذلك فانه قال اذا شك في طلوع الفجر فانه يأكل حتى لا يشك أنه طلع وفي المسألة أحاديث وآثار كثيرة تدل على ذلك والله أعلم

ومنها اذا وطئ امرأته فحاضت في أثناء الوطء فنزع هل يلزمه الكفارة اذا قلنا يلزم المعذور فمن الأصحاب من خرجها على النزع هل هو جماع أم ترك للجماع، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى العادة قرحه وقت حيضها ثم وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض هو شبهة بمسألة الصوم والا فلا كفارة لأنه انما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حينئذ وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصيام انه إن ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه لم يفطر وان خشى مفاجأة الفجر أفطر لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتداء

النوع الثالث: أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه اذا شرع فيه ترتب عليه تحريره وهو متلبس به، فهل يباح له الاقدام على ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حينئذ أم لا يباح لأنه يعلم أن اتمامه يقع حراماً فيه لأصحابنا قولان، ومثال ذلك: أن يقول لزوجته إن وطئتك فانت طالق ثلاثاً أو فانت على كظهر أمي ومثل أن يعلم أنه متى أوج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو وجب لحكمي الأصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوهما على أن النوع هل هو جماع أو ليس بجماع ورجح صاحب المغنى التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القواين لأنه استمتع بأجنبية وهو حرام ولو كان لمس بدم الشهوة فليس الفرج بالفرج أولى بخلاف الصائم فانه لا يفطر الا بالوطء ويمكن منع كون النوع وطئاً قال فان قيل هذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام قلنا فاذا لم يمكن الوطء الا بفعل محرم ضرورة وهو ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة بمذكاة فان الجميع محرم انتهى، وليس هذا مطابقاً لمسألتنا فان ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه لم يشبهه بحرام أو لم يختلط به، فاذا انضم الى ذلك أن النزع ترك للحرام لم يبق ههنا حرام، وأيضاً فان النزع ههنا مقارن بينونة فيمكن النزاع في تحريره كما وقع النزاع في ترتب أحكام الزوجية معه وأما الايلاج فمقارن لشرط بينونة فان قيل إن المقارن للشرط كالمقارن للشروط على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها توجه تحريره أيضاً والا فلا، وأيضاً فمن يقول النزع جزء من الجماع وان الجماع عبارة عن الايلاج والنزع يلتزم أن الطلاق والظهار انما يقمان بعد النزع لا قبله فلا يحصل النزع في أجنبية ولا مظاهر منها ولا يقال يلزم على هذا أن لا يفطر الصائم بالايلاج قبل غروب الشمس اذا نزع بعده لأن مفطرات

الصائم لم تنحصر في الجماع وحده بل تحصل بأمور متعددة فيجوز أن يحصل بأحد جزأى (١) الجماع كما يحصل بالانزال بالمباشرة ونحوه بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء فانها لا تثبت الا بعد تمام مسمى الوطء.

النوع الرابع أن يتعمد الشروع في فعل محرم عالما بتحريمه ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبس به فيشرع في التخلص منه بمباشرة أيضا ، كمن توسط داراً مغسوبة ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها ، أو طيب المحرم بدنه عامداً ثم تاب ، وشرع في غسله بيده قصداً لآزالته ، أو غصب عينا ثم ندم وشرع في حملها على رأسه الى صاحبها ، وما أشبه ذلك . والكلام ههنا في مقامين أحدهما : هل تصح التوبة في هذه الحال ويزول الإثم بمجردهما ، أم لا يزول حتى ينفصل عن ملابس الفعل بالكلية ، وفيه لأصحابنا وجهان :

أحدهما وهو قول ابن عقيل أن توبته صحيحة ويزول عنه الإثم بمجردهما ويكون تخلصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له لأنه مأمور به فلا يكون معصية ، ولا يقال من شرط التوبة الاقلاع ولم يوجد لأن هذا هو الاقلاع بعينه وأيضاً فالاقلاع إنما يشترط مع القدرة عليه دون العجز ، كما لو تاب الغاصب وهو محبوس في الدار المغسوبة أو توسط جمعاً من الجرحى متعمداً ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وإن انتقل قتل غيره لكن هذا من محل النزاع أيضاً والوجه الثانى وهو قول أبى الخطاب أن حركات الغاصب ونحوه في جروحه ليست طاعة ولا مأموراً بها بل هى معصية ولكنه يفعلها لدفع أكبر المعصيتين بأقلهما وأبو الخطاب وإن قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة وخرج بعض الأصحاب الخلاف في هذه المسألة على جواز الخلاف في الاقدام على الوطء في مسائل النوع الثالث فإن قيل بجوازه لزم أن يكون الترك امتثالا من كل وجه فلا يكون معصية وإن قيل بتحريمه لزم تحريم الترك ههنا وقد يفرق بالتحريم ثم طار وهذا مستصحب من الابتداء فلا يلزم من الجواز ثم الجواز ههنا ، ويلزم من التحريم هناك التحريم ههنا بطريق الأولى . والمقام الثانى في الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهى كثيرة فمنها غسل الطيب بيده للمحرم يجوز لأن ترك الطيب لا فعل له ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذى أحرم وهو متضمن بطيب فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يغسله عنه ، ولكن هذا كان جاهلا بالحكم فهو كمن تطيب بعد احرامه ناسيا فانه يغسله بغير خلاف وخص كثير من الأصحاب كالقاضى وغيره الحكم بالناسى وهو مشعر بان العامد بخلافه وهو متخرج على الخلاف السابق في كونه معصية ، والصحيح التعميم لأن مباشرة الفعل إنما جازت ضرورة الخروج منه والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده ، فلما أذن الشارع فيه دل على أن مباشرة

الطيب لقصد ازالته ومعالجته غير ممنوع

ومنها اذا تعمد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تعمد سبق ، فهل يجب عليه العود الى متابعتة الامام أم لا ، أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العامد وغيره ، كما وردت روايات عن الصحابة عمر وابنه وابن مسعود رضى الله عنهم وفرق صاحب المحرر بين العامد وغيره وقال : متى عاد العامد بطلت صلاته لأنه قد تعمد زيادة ركن كامل عمدا وانما يعود الساهى والجاهل ، وقد يقال ان عود العامد يتخرج على أن العود انما هو قطع للفعل المنهى عنه الذى ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الامام الواجبة فلا يكون منهيأ عنه بل مأثور به كالخروج من الدار المغصوبة ونحوها على ما سبق وقد يفرق بأن حقيقة السجود وضع الاعضاء المخصوصة على الأرض فاذا زيد هذا المقدار عمدا بطلت به الصلاة وأما الهوى اليه والرفع منه فليس من ماهيته وانما هما حدان له فلا أثر لنية قطعهما بالرفع فان الرفع ليس منه وانما هو غاية له وفصل بينه وبين غيره وماضى منه ووجد لا يمكن رفعه ، وهو سجود تام فتبطل الصلاة بزيادته عمدا ، وهذا قد يلزم منه أن السبق للركن عمدا يبطل الصلاة وقد قيل انه المنصوص عن أحمد ، وعلى الوجه الآخر فيقال لما لحقه الامام في هذا الركن واجتمع معه فيه اكتفى بذلك في المتابعة

﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

العقود لا ترد الا على موجود بالفعل أو بالقوة ، وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكما واختيارا على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو بما ورد العقد عليه فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالثمن كاملاً فإما الانفساخ الحكمى بالتلف ففى مواضع :

منها اذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفى عوضه سواء كان ثمناً أو مثمناً . ومنها اذا تلفت الثمار المشتراة فى رؤس النخل قبل جدها بجائحة فان العقد ينفسخ فيها . ومنها اذا تلفت العين المستأجرة قبل مضى مدة الاجارة انفسخ العقد فيما بقى منها وأما الفسخ الاختيارى فكثير ، ومن مسائله اذا تلف المبيع فى مدة الخيار هل يسقط الخيار أم لا يسقط ، وللبائع الفسخ فيرجع بعوضه ويرد الثمن على روايتين معروفين ونقل أبو طالب عنه ان اعتقه المشتري أو تلف عنه فللبائع الثمن وإن باعه ولم يمكنه رده فله القيمة [ففرق بين التلف الحسى والحكمى وبين التفويت مع بقاء العين فاجاز الفسخ (١)] مع بقائها لا مكان الرجوع بخلاف التلف وأيضا

فتصرفه في المبيع (١) في مدة الخيار جناية حالها بين البائع والرجوع في ماله فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة والى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله

ومنها اذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع وفيه روايتان : احدهما يتخالفان ويفسخ البيع ويغرم المشتري القيمة، والثانية القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ اختارها أبو بكر

ومنها إذا تباعا جارية بعد أو ثوب ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فانه يرد ما بيده ويفسخ العقد ويرجع بقيمة التالف نص عليه أحمد في رواية حنبل وابن منصور ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ في التالف تبعا كما لو كان الثمن نقداً معيناً وقد تلف فانه لا خلاف أنه يرد السلعة بالعيب ويأخذ بدل الثمن

ومنها اذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن ظاهر كلام القاضى في خلافه في المسألة التي قبلها جوازه لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود ، وخرجه صاحب التلخيص على روايتين فيما اذا اشترى شيئاً فبان معيباً وقد تعيب عنده فانه يرد على إحدى الروايتين ويرد معها أرش العيب الحادث عنده منسوباً من قيمته لا من ثمنه فورد الفسخ هنا على المفقود تبعا للوجود واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة فانه لما فسخ العقد صار المبيع في يده كالمقبوض على وجه السوم لأنه قبض بحكم عقد فذلك ضمن بالقيمة وهذا رجوع الى أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهو ضعيف، ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن وهو مقتضى ما ذكره القاضى وابن عقيل في مسائل التفليس لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن فاذا لم يمكن رد المبيع كله رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما في تفريق الصفقة وهذا خلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع فانه يأخذه منسوباً من الثمن واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول هو فسخ للعقد في مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن ، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم وهذا في المشتري في الذمة كالتسليم ظاهراً لأنه كان يستحقه سليماً فاما في المعين فلم يقع العقد على غير عينه فلا يمكن أن يكون الأرش فسخاً الا أن يكون (٢) اطلاق العقد على العين يقتضى سلامتها وكأنها موصوفة بصفة السلامة وقد فاتت ومنهم من يقول بل هو عوض عن الجزء الفائت . وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته ذهب القاضى في خلافه الى أنه عوض عن القيمة وذهب ابن عقيل في فتونه وابن المنى (٣) الى أنه عوض عن العين

(١) في ٧١١ : بالبيع (٢) في ٧١٢ يقال (٣) كذا في الأصل وقد ضبط بفتح النون والياء المشددة

عنها بما شاء. وإن قلنا القيمة لم يحز أن يصلح عنها باكثر منها من جنسها، ومنهم من قال هو اسقاط الجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه لآعلى وجه الفسخ لأن الفسخ لا يقابل الفائتة وينبنى على ذلك جواز المصالحة عنه باكثر من قيمته ، فان قلنا المضمون العين فله المصالحة الصحة والسلامة وإنما يقابل الأجزاء المشاعة فاذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضى فى موضع من خلافه وينبنى على الخلاف فى أن الأرض فسخ أو اسقاط لجزء من الثمن أو معاوضته أنه إن كان فسخاً أو اسقاطاً لم يرجع إلا بقدره من الثمن ويستحق جزءاً من عين الثمن مع بقاءه بخلاف ما اذا قلنا هو معاوضة وأما إن أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله فإنه يجوز على حسب ما يتفقان عليه وليس من الأرض فى شىء ذكره القاضى وابن عقيل فى الشفعة ونص أحمد على مثله فى النكاح فى خيار المعتقة تحت عبد

ومنها اذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا ، الذى عليه الا كثرون أنه لا يملك ذلك وأشار اليه أحمد فى رواية ابن منصور قالوا لأن الرد يستدعى مردوداً ولا مردود الا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرض وهو ضعيف لأن البديل يقوم مقام العين وخرج القاضى فى خلافه جواز ذلك من رد المشتري أرض العيب الحادث عنده كما تقدم وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره ، وجرم بذلك ابن عقيل فى الفصول من غير خلاف حكاه

ومنها اذا اشترى ربوا بجنسه فبان معيباً ثم تلف قبل رده فإنه يملك الفسخ ويرد بدله وياخذ لأنه لا يجوز له أخذ الأرض على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

ومنها الاقالة هل تصح بعد تلف العين قال القاضى مرة لا تصح لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين فهى كالبيع بخلاف الرد بالعيب ثم قال فى موضع آخر قياس المذهب صحتها بعد التلف اذا قلنا هى فسخ وتابعه أبو الخطاب فى الانتصار وابن عقيل فى نظرياته وحكى صاحب التلخيص فيها وجهين بخلاف الرد بالعيب وفرق بآئن الرد يستدعى مردوداً بخلاف الفسخ وهو ضعيف فان الرد فسخ أيضاً والاقالة تستدعى مقالافيه ولكن البديل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة ومنها الشركة فى البيوع وهى نوع منها وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً فيقول لآخر اشركتك فى نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل فيصح ذلك ويكون تملكاً منجزاً بعوض فى الذمة وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما ويتقاضان بالثمن ويصير المشتري شريكاً فى الربح فيأخذ حصته منه وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران أو التلف على المشتري فيقدر انفساخ الشركة حكماً فى آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه

ولأنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران فيكون هذا العقد مفيداً للشركة في الربح خاصة ويكون فسخه معلقاً على شرط ويكتفى بذلك بمسمى الشركة من غير حاجة الى شرط لفظي وقد نص أحمد على جواز هذا في رواية جماعة منهم الأثرم ومنها وأحمد بن القاسم وسندي وأبو طالب وأحمد ابن سعيد وابن منصور وغيرهم ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحاً وسئل أحمد هل يدخل هذا في ربح ما لم يضمن فقال هو مثل المضارب يأخذ الربح ولا ضمان عليه وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي فحمله على محامل بعيدة جداً وحمله ابن أبي موسى على ظاهره وتبعه الشيرازي إلا أنه خرج وجهاً آخر ان الوضعية عليهما كالربح

{ القاعدة الستون }

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد لم يحز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه. فمن ذلك الموصى إليه اطلاق كثير من الأصحاب أن له الرد بعد القبول في حياة الموصى وبعده وقد ذلك صاحب المحرر بما اذا وجد حاكماً لثلاث يضيع أسنادها فيقع الضرر واخذها من رواية حنبل عن أحمد في الوصى يدفع الوصية الى الحاكم فيبرأ منها قال ان كان حاكماً فنعم وحكى رواية أخرى انه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله ان لم يعلمه بذلك لما فيه من التفرير به وحكى ابن أبي موسى رواية انه ليس له الرد بحال اذا قبلها ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكماهما القاضي في خلافه صريحاً في الحالين

ومنها الوكيل في بيع الرهن اذا عزله الراهن يصح عزله على المنصوص لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر أنه لا ينزل لأن فيه تفريراً للرتن ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين ان يوجد حاكم يأمر بالبيع أولاً من مسألة الوصية

ومنها انه يجوز فسخ عقد الجعالة لكن يستحق العامل اجرة المثل لبطلان المسمى بالفسخ فاذا عمل به احد مستنداً اليه استحق اجرة المثل كما لو سمي له تسمية فاسدة ويتخرج أن يستحق في جعل رد الأبق المسمى بالشرع لان المستحق بالاطلاق وقد صار وجود التسمية كالعدم

ومنها اذا فسخ المالك عقد المسافاة وقتلنا هي جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لأنه يملكه بالظهور رواية واحدة لأن حصة المساقى ليست وقاية للمالك بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شيء له لاعتراضه وان كان من المالك فعليه اجرة المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يفضي الى حصول

المسمى له غالباً فلزمه ضمانه وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها اثر بالقيام عليها وخدمتها فلا يذهب عمله مجاناً وقد أثر في حصول المقصود ويتوجه على قول ابن عقيل في المضارب ان يفسخ العقد بالنسبة الى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له

ومنها اذا زارع رجلاً على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع او قبل البذر وبعد الحراث قال ابن منصور في مسائله قلت لاحد : الا كاريريد أن يخرج من الارض فيبيع الزرع قال لا يجوز حتى يبدو صلاحه قلت فيبيع عمله ويديه وما عمل في الارض وليس فيها زرع قال لم يجب له شيء بعد انما يجب بعد التمام قال ابن منصور يقول يجب له بعد ما يبالغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ فاما ان يكون يذهب عمله ويديه وما أنفق في الأرض فلا وذلك أنه إذا أخرجه صاحبه وأخرج بأذنه فاذا خرج من ذات نفسه فليس له شيء انتهى فحمل ابن منصور قول احمد انه لا شيء له على ما إذا خرج بنفسه لأنه معرض عما يستحقه من الأرض بخلاف ما اذا أخرجه المالك وأخرج بأذنه وظاهر كلامه أنه تجب له أجرة عمله ويديه وما أنفق على الأرض من ماله مع أن كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله لأنها ليست أعياناً وهذا لا يدل على أنه لاحق له فيها بالكلية ولهذا نقول في آثار الغاصب أنه يكون شريكاً بها على أحد القوانين والمفلس ونحوه لا خلاف فيه مع أن القاضي قال في الأحكام السلطانية قياس المذهب جواز بيع العمارة التي هي الاثارة ويكون شريكاً في الأرض بعمارته وأفتى الشيخ تقي الدين فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجرها هل تبطل المزارعة انه ان زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالاجارة وان لم تكن لازمة اعطى الفلاح اجرة عمله وافتي ايضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بواراً وحرثها فهل له اذا خرج منها فلاحه أنه ان كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها فله قيمتها على من انتفع بها فان كان المالك انتفع بها واخذ عوضاً عنها من المستأجر فضمانها عليه وان اخذ الاجرة عن الأرض وحدها فضمان الفلاحه على المستأجر المنتفع بها ونص احمد في رواية صالح فيمن استأجر أرضاً معلومة وشرط عليه ان يردها مفلاوحة كما أخذها ان له ان يردها عليه كما شرط ويتخرج مثل ذلك في المزارعة

ومنها المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضاً ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ لتعلق حقه بربحه ذكره القاضي في خلافه وهو ظاهر كلام احمد في رواية الشيخ ابن منصور وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة ان المضارب لا ينعزل مادام عرضاً بل يملك التصرف حتى ينض رأس المال وليس للمالك عزله وان هذا ظاهر كلام احمد في رواية حنبل وذكرنا في المضاربة أنه ينعزل بالنسبة الى الشراء دون البيع وحمل صاحب المغنى مطلق كلامهما في الشركة على هذا التقيد ومعناه ان المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال وليس للمالك منعه من ذلك اذا كان فيه ربح لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر بان العامل لا يملك الفسخ حتى ينض رأس المال مراعاة لحق

ماله ثم قال ابن عقيل اذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقطاع الربح مثل ان يشتري متاعا يرجوه الربح في موسم فينفسخ قبله ليقومه بسعر يومه وياخذ لم ينفسخ في حق المضارب في الربح واذا جاء الموسم أخذ حصته منه فجعل العقد باقياً بالنسبة الى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك اسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب فهو كالفسخ بعد ظهور الربح وقال ابن عقيل أيضاً في باب الجعالة المضاربة كالجعالة لا يملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك وقال في مفرداته انما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ لئلا يتأدى به الزمان فيتعطل عليه الارباح قال وهذا هو الاليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة الى غاية الاضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والارباح ولهذا لا يملك عندنا فسخها ورأس المال قد صار عروضاً لكن اذا باع (١) ونضر رأس المال ينفسخ انتهى وحاصله انه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه لئلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح كما ذكر أنه في الفضول ان المالك لا يملك الفسخ اذا توجه المال الى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع ولهذا قلنا ان المضارب اذا ضارب لآخر من غير علم الاول وكان عليه في ذلك ضرر رد حقه من الربح في شركة الاول مع مخالفته لأطلاق الاكثرين انه اذا فسخ قبل الظهور فلا شيء له وأما ما ذكره في باب الجعالة ففيه بعد الا أن ينزل على مثل هذا الحال مع أن القاضى ذكر مثله أيضاً في باب الجعالة

ومنها الشركة اذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت وان قال الآخر عزلتك انعزل المعزول وحده ذكره القاضى وينفسخ مع كون المال عروضاً او ناضاً وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى لا ينعزل حتى ينض المال كالمضارب قال وهو المذهب (٢) وفرق بان الشريك وكيل والربح يدخل تبعاً بخلاف حق المضارب فانه أصلي ولا يدخل (٣) بدون البيع

ومنها الوكيل اذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان فهل يضمنه الموكل فيه وجهان مذكوران فيما اذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم قال أبو بكر لاضمان على الوكيل فمن الأصحاب من قال لعدم تفریطه ومنهم من قال لأن عفوه موكله لم يصح حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كما لو عفى بعد الرمي قال أبو بكر وهل يلزم الموكل الضمان على قولين أحدهما لاضمان عليه ووجهه بائن عفوه لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به والثاني عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته فكان الضمان عليه كما لو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل كان الضمان على الأمر وللأصحاب طريقة

ثانية وهي البناء على انزال الوكيل قبل العلم فان قلنا لا ينزل لم يصح العفو فيقع القصاص مستحقا لاضمان فيه، وان قلنا ينزل صح العفو وضمن الوكيل كما لو قتل مرتدا وكان [قد] أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل على وجهين : احدهما يرجع لتغيره ، والثاني لا لأن العفو احسان منه لا يقتضى الضمان وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب لأنه خطأ وعند القاضي فماله لأنه عمد وهو بميد . وقد يقال هو شبه عمد كذا حكى صاحب المغنى ، والاصحاب طريقة ثالثة وهو ان قلنا لا ينزل لم يضمن الوكيل وهل يضمن العاقلة على وجهين بناء على صحة عفو ، وتردد بين تغيره واحسانه ، وإن قلنا ينزل لزمته الدية . وهل يكون في ماله أو على عاقلة على وجهين ، وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب الترغيب وزادوا قلنا في ماله فلم يرجع بها على الموكل على وجهين ، ولو وكله في بيع شيء أو وقفه أو [في] عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله فان قيل لا ينزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام وان قيل ينزل فالتصرف باطل وكذلك وقف المشتري وعتقه . وأما استقلاله فقال الشيخ تقي الدين لا يضمنه الوكيل لا تنفاه تفریطه والمشتري مغرور وفي تضمينه خلاف في المذهب واذا ضمن رجوع على الغار على الصحيح والغار هنا لاضمان عليه فلا ضمان على واحد منهما انتهى ، وعلى القول بضمان الوكيل في مسألة (١) استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا وفيه بعد أيضا لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار والغار من شأنه ان يضمن لان يضمن له . وأما المشتري فهو شبه بالمشتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب ، والمعروف في المذهب تضمينه لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل

(القاعدة الحادية والستون)

المتصرف تصرفا عاما على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الامام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية في ذلك وجهان وخرج الآمدى روايتين بناء على ان خطأه هل هو على عاقلة أو في بيت المال لا إن جعلناه على عاقلة فهو متصرف بنفسه وان جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم فلا يضمن لهم ولا بهدر خطأه فيجب في بيت المال واختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعمومهم، وذكر في الاحكام السلطانية روايتين في انعقاد الامامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن ان يكون أصلا للخلاف في الولاية والوكالة أيضا ، وينبنى على هذا الخلاف ايضا انزاله بالعزل ذكره الآمدى فان قلنا هو وكيل فله أن يعزل

(١) في نسختنا : في ماله والتصحيح عن ٧١١

نفسه وان قلنا هو وال لم ينزل بال عزل كما ان الرسول ليس له عزل نفسه ولا ينزل بموت من بايعه لانه وكيل عن الجميع لا عن اهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله اذا كان بسؤاله حكمه حكم عزل نفسه، وان كان بغير سؤاله لم يحز بغير خلاف، هذا [ظاهر] ما ذكره القاضى وغيره وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فان كان نائباً عنه كالوزير فانه كالوكيل له ينزل بعزله وبموته وان كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم ينزل بموت الامام ذكره القاضى فى الاحكام السلطانية فاما القضاة فهل هم نواب الامام او المسلمين فيه وجهان معروفان يبنى عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه وظاهر كلام القاضى فى الاحكام أن الخلاف مطرد فى ولاية الامارة العامة على البلاد وجباية الخراج. وأما نواب القاضى فنوعان: أحدهما من ولايته خاصة كمن فوض اليه سماع شهادة معينة أو احضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء ينزلون بعزله وموته. والثانى من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الاطفال ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينزلون بموته على وجهين ذكرهما الأمدى، وصح صاحب الترغيب عدم الانعزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب أنهم ينزلون لانهم نواب القاضى بخلاف القضاة فانهم نواب المسلمين، ولهذا يجب على الامام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الاستنابة، ويحجب عنه بان القضاء ليس بفرض كفاية على رواية ولا يجب نصب قاض بالكلية وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين فلا أثر له فى عدم نفوذ العزل ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية يجب عليه الوصية عند الموت باتائها وله عزل الموصى اليه بذلك واستبداله. وأما المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة فنوعان أحدهما أن يكون المفوض له ولاية على ما يتصرف فيه كولى اليتيم وناظر الوقف فاذا عقد عقداً جائزاً أو متوقفاً الانفساخ كالشركة والمضاربة والوكالة واجارة الوقف فانها لا تنفسخ بموته لانه متصرف على غيره لا على نفسه وكذلك الوكيل اذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لاله. والثانى من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضنة

(القاعدة الثانية والستون)

فيما ينزل قبل العلم بالعزل، المشهور أن كل من ينزل بموت أو عزل هل ينزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه على روايتين. وسواء فى ذلك الوكيل وغيره والاذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكه بدون اذن اذا وجد بعده نهى لم يعلمه مخرج على الوكيل ذكره القاضى وكذلك اذن المرتبة للراهن فى التصرف اذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم ومن الأصحاب من فرق بين

الوكيل وغيره ودخل في هذا صور :

منها الحاكم اذا قيل بانعزاله قال القاضى وأبو الخطاب فيه الخلاف الذى فى الوكيل . وفى التلخيص لا يعزل قبل العلم بغير خلاف ورجحه الشيخ تقي الدين لأن فى (١) دلالة حقا لله وان قيل انه وكيل فهو شبيه بنسخ الاحكام لا يثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح بخلاف الوكالة المحضة . قال: هذا هو المنصوص عن أحمد وأيضاً فان ولاية القاضى عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بابطالها قبل العلم بخلاف الوكالة

ومنهم اعقود المشاركات كالشركة والمضاربة، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق فى المضاربة أنها لا تنفسخ بنفس المضارب حتى يعلم رب المال ومنها الوديعة وقد ذكر القاضى فى مواضع كثيرة من خلافه ان للمودع فسخها بالقول فى غيبة المودع وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى فى يده أمانة كمن أطارت الريح الى بيته ثوباً لغيره، ثم إنه ذكر فى مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول وإنما تنفسخ بالرد الى صاحبها أو بان يتعدى المودع فيها فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو فى غيبته فسخت الوديعة أو أزلت نفسها عنها لم تنفسخ قبل أن يصل الى صاحبها ولم يضمها . فاما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودع والمودع أو يكون اختلافاً منه فى المسألة والأول أشبه لأن فسخ المودع اخراج للمودع عن الاستحفاظ وهو يملكه وأما المودع فليس له فيها تصرف سوى الامساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة

(القاعدة الثالثة والستون)

وهى أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به ويندرج تحت ذلك مسائل : منها الطلاق . ومنها الخلع فانه يصح مع الاجنبى على المذهب سواء قيل هو فسخ أو طلاق ولنا وجه آخر أنه لا يصح مع الاجنبى اذا قلنا انه فسخ كالأقالة والصحيح خلافه لأن فسخ البيع اللازم لا يستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فان الزوج يستقل بازالته بالطلاق . ومنها العتق ولو كان على مال نحو اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه . ومنها فسخ المعتقة تحت عبد . ومنها فسخ المبيع المعيب والمدلس وكذلك الاجارة . ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر

(١) سقط ما بعد هذا الى أثناء القاعدة السابعة والستين فى نسخة ٧١٢

فى ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « أخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هى

وقد سبقت. ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضى والا كثيرين وخرج أبو الخطاب فيها وجه آخر أنه لا يفسخ الا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل وفيه نظر فان من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه ، وهذه الفسوخ على ضربين: احدهما ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا: والثاني ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج وغيته ونحو ذلك فيفتقر الى حكم حاكم لانها أمور اجتهادية فان كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به الى حكم حاكم ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس ساعته اذا وجدها بعينها وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه والمنصوص عن أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد أنه له ذلك ، وكذلك تزوج امرأة المفقود فان في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين ، قال في رواية ابن منصور تتزوج وان لم تأت السلطان وأحب الى أن تأتیه وامله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ لأنه اجماع عمر والصحابه ، ورجح الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا تتوقف على حاكم

(القاعدة الرابعة والستون)

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الاذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الاذن كان موجودا هل يكون كتصرف المأذون له أولا في المسألة وجهان تتخرج عليهما صور :

منها لو تصرف في مال غيره بعقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف هل يصح أم لا فيه وجهان .

ومنها لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذن فانت طالق ثم أذن لها ولم تعلم باذنه فخرجت فهل تطلق فيه وجهان ، وأشهرهما - وهو المنصوص - أنها تطلق لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاققة والمخالفة فانها اقدمت على ذلك ولأن الاذن هنا أباحه بعد حظر فلا يثبت في حقها بدون علمها كإباحة الشرع، ولأن الخطاب في الانتصار لطريقة ثانية وهي أن دعواه الاذن غير مقبولة لوقوع الطلاق في الظاهر فلو أشهد على الاذن لنفعه ذلك ولم تطلق وهذا ضعيف ومنها لو أذن البائع للمشتري في مدة الخيار في التصرف فتصرف بعد الاذن وقبل العلم

فهل ينفذ أم لا يتخرج على الوجهين في التوكيل وأولى وجزم القاضى في خلافه بعدم النفوذ ومنها لو غصب طعاما من انسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالاذن

ضمن ذكره أبو الخطاب في الانتصار وهو بعيد جدا والصواب الجزم بعدم الضمان لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته فانه لا مهر عليه ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه كما أنه لو أكل في الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فانه لا يلزمه القضاء ويتحقق بهذه

(القاعدة الخامسة والستون)

وهي من تصرف في شيء يظن انه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ، وفيها الخلاف ايضا ويندرج تحتها صور: منها لو باع ملك ابيه بغير اذنه ثم تبين أن ابيه كان قد مات ولا وارث له وفي صحة تصرفه وجهان ويقال روايتان (١)

ومنها لو طلق امرأة يظنها اجنبية فتبينت زوجته ففى وقوع الطلاق روايتان ، وبناءها ابوبكر على ان الصريح هل يحتاج الى نية ام لا قال القاضى إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهلية المحل ولا يطرد مع العلم به

ومنها لو لقي امرأة في الطريق فقال تنحى يا حرة فاذا هي امته وفيها الخلاف ايضا ، ونص احمد على ذلك وفي المغنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا في الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشيء. ويتنزل الخلاف في هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والاظهر عدم اعتباره

ومنها لو أبرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شيء له [عليه] ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيها الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لا قصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص ؟ يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية وبناءه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية، وجزم القاضى وغيره بأنه لا يصح العفو ههنا

ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا قبل ذلك بمدة تنقضى فيها العدة أو انه كان طلقها ففى صحة النكاح الوجهان ذكره القاضى ورجع صاحب المغنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء كما لو تزوجت المرقابة قبل زوال الرية

ومنها لو أمره غيره باعتاق عبد يظن انه للآمر فتبين أنه عبده ففى التاخييص يحتمل تخريجه على من

أعتق عبداً في ظلمة ثم تبين أنه عبده لكن يرجع هنا على الأمر بالقيمة لتغريه له ، ويحتمل أن لا ينفذ لتغريه بخلاف ما اذا لم يغره أحد فانه غير معذور فينفذ عتقه لمصادفته ملكه اذ المخاطبة بالعتق لعبده غيره شبيه بعتق الهازل والمتلاعب فينفذ ، وكذلك في الطلاق ونظير هذه في الطلاق أن يوكله شخص في تطليق زوجته ويشير الى امرأة معينة فيطلقها ظاناً أنها امرأة الموكل ثم تبين انها امرأته . وقد تخرج هذه المسئلة على مسألة ما اذا نادى امرأة له فأجابته (١) امرأته الأخرى فطلقها ينوى المنادة فانه تطلق المنادة وحدها ولا تطلق المواجهة في الباطن وفي الظاهر روايتان ، فعلى هذا لا تطلق الموكل في طلاقها هنا وقد يفرق بينهما بان الطلاق هنا انصرف الى جهة مقصودة فلم يحتج الى صرفه الى غير المقصودة وان كانت مواجهة به بخلاف ما اذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة فان الطلاق يصير يصرفه (٢) عنها هزلاً واعياً ولا هزلاً في الطلاق

ومنها لو اشترى آبقاً يظن انه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه ففي صحة العقد وجهان لا اعتقاده فقد شرط الصحة وهو موجود في الباطن وفي المعنى احتمال ثالث بالفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع فيفسد البيع في حقه لأنه متلاعب ، وبين من لا يعلم ذلك فيصح لأنه لم يقدم على ما يعتقده باطلاً وقد تبين وجود شرط صحته . وهذا يبين أن للسائلة التفاتا إلى مسألة بيع الهازل والمشهور بطلانه وهو قول القاضي . وقال ابو الخطاب في انتصاره هو صحيح وهذا يرجح وجه بطلان البيع في المسائل المبدوء بها

﴿ القاعدة السادسة والستون ﴾

ولو تصرف مستنداً الى سبب ثم تبين خطؤه فيه وان السبب المعتمد غيره وهو موجود فهو نوعان : أحدهما أن يكون الاستناد الى ما ظنه صحيحاً أيضاً فالتصرف صحيح مثل أن يستدل على القبلية بنجم يظنه الجدى ثم تبين أنه نجم آخر مسامته : والثاني أن لا يكون ما ظنه مستنداً [استناداً] صحيحاً مثل ان يشتري شيئاً ويتصرف فيه ثم تبين ان الشراء كان فاسداً وانه ورث تلك العين فإن قلنا في القاعدة الاولى بالصحة فهنا أولى ، وان قلنا ثم بالبطلان فيحتمل هنا الصحة لانه استند إلى سبب مسوغ وكان في نفس الامر له مسوغ غيره فاستند بالتصرف الى مسوغ في الباطن والظاهر بخلاف القسم الذي قبله ذكره الشيخ تقي الدين [رحمه الله] والمذهب هنا الصحة بل اريب لأن اصحابنا اختلفوا فيما اذا وهب الغاصب المغضوب من

(١) في الاصل فأجابته (٢) كذا في الاصل ولعلمها يصير صرفه عنها

مالكة واقبضه اياه دل يبرأ به أم لا وحكى فيه ابن ابي موسى روايتين والمشهور انه لا يبرأ نص عليه احمد معللا بانه يحمل منته وربما كافاه على ذلك واختار القاضى فى خلافه وصاحب المغنى انه يبرأ لان المالك تسلمه تسليما تاما وعادت سلطنته اليه فبرئ [الغاصب] بخلاف ما اذا قدمه اليه فأكله فانه أباحه اياه ولم يملكه [اياه] فلم يعد الى سلطنته وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة وهذا اتفاق من احمد وأصحابه على ان تصرفات المالك تعود اليه بعود ملكه على طريق الهبة من الغاصب وهو لا يعلم بالحال

(القاعدة السابعة والستون)

من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع اليه ذلك الحق بهية أو إبراء من يستحق عليه الرجوع فهل يستحق الرجوع بيده أم لا؟ فى المسئلة وجهان ولها صور :

منها باع عيناتم وهب ثمنها للمشتري أو أبرأه منه ثم بان بها عيب يوجب الرد فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا على وجهين. وكذا لو أبرأه من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدر ما أبرأه منه على الوجهين، واختار القاضى فى خلافه أنه اذا رده لم يرجع عليه بشيء نعم أبرأه منه ويتخرج التفريق بين الهبة والابراء فيرجع بالهبة دون الابراء وسنذكر اصله ولو ظهر هذا المبيع [معيبا] بعد أن تعيب عنده فهل له المطالبة بأرش العيب فيه طريقان احدهما يخرج به على الخلاف فى رده والاخرى يمنع المطالبة هنا وجهاً واحداً وهو اختيار ابن عقيل لانه صار منه تبرعا فلا يملك المطالبة بزيادة عليه اثلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما اذا رده فانه لا يجتمع له ذلك ومنها لو تقايلا فى العين بعد هبة ثمنها أو الابراء منه

ومنها لو أصدق زوجته عينا فوهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بيد نصفها على روايتين، فان قلنا يرجع فهل يرجع اذا كان الصداق ديناً فإبرأته منه على وجهين اصحهما لا يرجع لأن ملكه لم يزل عنه

ومنها لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعقق فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان اه عليه من الايتاء الواجب أم لا؟ من الاصحاب من خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغنى ذلك لأن اسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه ، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتبه شيئاً، وأيضاً فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه اياه فقام مقام الايتاء بخلاف اسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق

ومنها لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجعا وقد قبضه زيد من عمرو ثم وهبه له لم يسقط عنها الضمان، ولو كان ديناً فأبرأه منه قبل قبضه ثم رجعا لم يلزمها شيء ذكره القاضى فى خلافه ولم يخرج به على الخلاف فى المسائل الأولى لأن الضمان لزمها بوجود التغريم وعود العين الى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك فى الرد الى المغصوب منه لتحمل منته نعم يتخرج القول بسقوط الضمان هنا اذا قلنا ببراءة الغاصب باعادة المال الى المغصوب منه بهبة لأنها اعترفا بأنه قبضه عدواناً ثم رده اليه بهبة، وأما اذا أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب على شهادتهما غرم فلذلك سقط عنها الضمان

ومنها لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه فهل يرجع على المضمون عنه ظاهر كلام الاصحاب انه لا يرجع. ولهذا قالوا لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع الا بما قضى وجعلوه كالمقرض لا يرجع الا بما غرم لكن هذا فى الإبراء والمساححة ظاهر فاما ان قضى الدين لكامله ثم وهبه الغريم منه فلا يبعد تخريجه على الوجهين

(القاعدة الثامنة والستون)

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك فى شرط صحتها هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا؟ هى نوعان: أحدهما ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفى مثله فى إيقاع العبادة أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك اذا صلى يظن نفسه محدثاً فتبين متطهراً

ومنها لو شك هل ابتدأ [مدة] مسح الخفين فى السفر أو الحضر فمسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين انه ابتدأها فى السفر لزمه اعادة الصلاة بالشك وهل يلزمه اعادة الوضوء فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه وبه جزم فى المغنى لأن الوضوء يصح مع الشك فى سببه كمن شك فى الحدث فتوضأ ينوى رفعه ثم تبين محدثاً. والثانى يلزمه لأن المسح رخصة ولم تتحقق إباحتها فلم يصح كمن قصر وهو يشك فى جواز القصر

ومنها [لو توضأ من اناء مشتببه ثم تبين انه طاهر لم تصح طهارته فى المشهور وقال القاضى أبو الحسين يصح وهو يرجع الى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق (١)] ومنها لو توضأ شاكاً فى الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت ونوى الفرض ان كان محدثاً أو الوقت قد دخل وإلا

(١) ما بين الأقواس عن ٧١١

فالتجديد أو النفل ، فذكر ابن عقيل انه يحجزه لأن هذا حكمه ولو لم ينوه ، فإذا نواه لم يضره .
ومنها لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالماً والا فتطوع
فبان سالماً أجزأه لما ذكرنا وحكى عن أبي بكر أنه لا يحجزه لأنه لم يخلص النية عن الفرض .
ويتخرج منه وجه في التي قبلها أنه لا يصح وأولى لأن هناك لم يبين على أصل مستصحب ولكنه
بنى على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفي في صحة الصلاة

ومنها إذا نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فهو فرضي (١) وإلا فهو نفل . فهل يحجزه عن
رمضان ان وافق ؟ ينبى على أن نية التعيين هل تشترط لرمضان فان قلنا تشترط وهو المشهور في المذهب
لم يحجزه لأنه لم يحزم بالتعيين ولم يبين على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه بخلاف مسألة الزكاة
وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غداً من رمضان فانما صائم عنه وإلا
فانما فطر فانه يصح صيامه في أصح الوجهين لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدر تردده لأنه
حكم صومه مع الجزم . والثاني وهو قول أبي بكر لا يحجزه للتردد ، ونقل صالح عن أبيه أنه يحجزه
النية المترددة مع الغهم دون الصحو لأن الصوم مع الغيم لا يخلو من تردد ينافي الجزم فاذا ترددت
النية فقد نوى حكم الصوم فلا يضره بخلاف حالة الصحو فانه لا يحتاج فيها إلى التردد . والنوع
الثاني ما لا يحتاج إلى نية جازمة فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثلته اذا نكحت امرأة المفقود
قبل أن يحوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزاً ففي الصحة وجهان

ومنها لو كان عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يحجل بقاؤها ففيه وجهان : أحدهما
وهو قول القاضى في المجرى لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهى في الذمة ولا حاضرة
فتكون مصارفة على عين ، والثاني وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الأصل بقاؤها فصار كبيع
الحيوان الغائب بالصفة فانه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاؤه قال ابن عقيل فان كانت
باقية تقابضاً وصح العقد وان كانت تالفة تبين بطلان العقد ، وهذا الذى قاله صحيح اذا تلفت بغير
تفريط فاما ان تلفت تلفاً مضموناً في الذمة فينبى على تعيين النقود بالتعيين فان قلنا يتعين لم يصح
العقد وإلا صح وقامت الدنانير التي في الذمة مقام الوديعة لا (٢) على الوجه الذى يشترط فيه
للصرف التعيين فلا يصح على ما في الذمة

ومنها لو وكله في شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل الوكالة فاراد الوكيل أن يشتريها
منه فلم يعترف بالملك ثم قال له ان كنت اذنت لك في شرائها فقد بعتهكها فهل يصح أم لا على

(١) كذا بالأصل ولعلها فرض (٢) في ٧١١ : الا

وجبين أحدهما لا يصح لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضى وابن عقيل . والثانى يصح ذكره فى الكافى احتمالاً لأنه تعاقب على شرط واقع يعلمانه فلا يؤثر ذكره فى العقد كما أو قال بعتك هذه إن كانت جارية ويشهد له نص أحمد فى رواية ابن منصور بصحة بيع الغائب إن كان سالماً فإن هذا مقتضى إطلاق العقد فلا يضر تعليق البيع [عليه]

ومنها الرجعة فى عقد نكاح شك فى وقوع الطلاق فيه قال أصحابنا هى رجعة صحيحة رافعة للشك وهى المسألة التى ائتمت فيها شريك بأنه يطلق ثم راجع ومأخذه أن الرجعة مع الشك فى الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك فى نجاسة ثوبه فأمر بتنجيّسه ثم يغسله وكذلك لم يصب من أدخل قوله فى أخبار المغفلين فإن مأخذه فى ذلك خفى عنه فأمّا الرجعة مع الشك فى حصول الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ثم راجع فى العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك فى انقطاعه [والرجعة استيفاء له فصح مع الشك فى انقطاعه] وعند الخرقى لا يصح لأنه قد تيقن سبب التحريم وهو الطلاق فانه إن كان ثلاثاً فقد حصل التحريم بدون زوج وإصابة وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد المينونة بدون عقد جديد فالرجعة فى العدة لا يحصل بها الحل الأعلى هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطابقاً فلا يصح لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك فى وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك فى وجود المانع فيستصحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المستكوك فيه كما يلغى مع تيقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرقى فى تعليقه بأنه تيقن التحريم وشك فى التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلازم لما ذكرنا

ومنها لو حكم حاكم فى مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق فيه غيرهم أتم وعصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مخالفاً لنص صريح ذكره ابن أبى موسى وقال السامري بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد ، ولهذا لو حكم بجهل لنقض حكمه مع أنه لا يعتقد بطلان ما حكم به فإذا اعتقد بطلانه فهو بالرد أولى وللاصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق أحدهما تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته وهو قول أبى الخطاب وغيره . الثانى تنقض كلها إلا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المائتة ويشبه هذا القول فى الوصى الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمه لأنه يجب إيصاله إليه وقد حصل وإن كان لغير معين فوجهان

ومنها الحكم باسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الاسلام المستمر على ما يدعيه أو الاسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به . وقد قال الخرقى ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فإن شهد أن لا إله الا الله وإن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء قال في المعنى لأن هذا يثبت به اسلام الكافر الاصلى فكذلك المرتد قال ولا حاجة في ثبوت اسلامه الى الكشف عن صحة رده ونقل محمد بن الحكم عن احمد فيمن أسلم من أدل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود وقال هو لم أفعل أنا مسلم قال اقبل قوله ولا اقبل شهادتهم وذكر كلاماً معناه أن انكاره أقوى من الشهود وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تنصر فأخذ فقال لم أفعل قال يقبل منه وعلى بائن المرتد يستتاب لعله يرجع فيقبل منه فإذا أنكر بالكلية فهو أولى بالقبول وليس في هذه الرواية أنه ثبت عليه الردة ولا فيها أنه وجد منه غير انكار الردة ، وأما مسألة محمد بن الحكم ففيها أنه قال أنا مسلم وذلك يحصل به الاسلام كالشهادتين وظاهر كلام احمد يدل على أن انكاره يكفي في الرجوع الى الاسلام ولو ثبتت عليه الردة بالبينة وهو خلاف قول اصحابنا . وأما ان ثبت كفره باقراره عليه ثم أنكر ففي المعنى يحتمل أن لا يقبل انكاره وإن سلمنا فلائذ الحد هنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حد الزنا

﴿ القاعدة التاسعة والستون ﴾

العقد الوارد على عمل معين إما أن يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالاجارة فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمل المعقود معه الا بشرط أو قرينة تدل عليه وأما إن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الاذن فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله الا باذن (١) صريح أو قرينة دالة عليه ويتردد بين هذين من كان تصرف بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح أو بالعقد كالحاكم وولي اليتيم اما الاول فله صور :

منها الاجير المشترك فيجوز له الاستئابة في العمل لانه ضمن تحصيله لا عمله بنفسه واستثنى الاصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالفسخ فليس له الاستئابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من خلافة قال نقات من مسائل ابن ابي حرب الجرجاني (٢) سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً الى خياط فقطعه ثم دفعه الى آخر ليخيطه قال هو

(١) بالاصل بالاذن والنصحیح عن ٧١٢ _ (٢) في ٧١١ الجرجاني

ضامن ولعل هذا فيما [ذا] دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستأجر لجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك ولا يرضى المستأجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة وعليه بنى الاصحاب صحة شركة الابدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين وكذلك لو استأجر أجيرا لعمل وهو لا يحسنه ففي الصحة وجهان لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة

ومنها لو أصدقها عملا معلوما مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالأجير المشترك .
وأما الثاني وهو المتصرف بالأذن المجرد فله صور :

منها الوكيل وفي جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان الا فيما اقتضته دلالة الحال مثل ان يكون العمل لا يباشره مثله أو يعجز عنه لكثرة فعله الاستنابة بغير خلاف لكن هل له الاستنابة في الجميع أو في القدر المعجوز عنه خاصة على وجهين والاول اختيار صاحب المغنى والثاني قول القاضى وابن عقيل

ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان : أحدهما أنه كالوكيل وهو المذكور في الكافي لأنه استفاد التصرف بالأذن [فهو] كالوكيل . والثاني ليس له الاستنابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهو ما ذكره في التلخيص لقصور العبد في أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة

ومنها الصبي المأذون له وهو كالوكيل ذكره في الكافي

ومنها الشريك والمضارب وفيهما طريقان : أحدهما ان حكمهما حكم الوكيل على الخلاف فيه وهي طريقة القاضى والأكثرين . والثانية يجوز لهما التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به في المحرر وكذلك رجحه ابو الخطاب في ردوس المسائل اعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الاذن في التوكيل في البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بان الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الاستنابة في الاخص بخلاف الوكيل فانه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على الحاق المضارب بالوكيل، وهذا الكلام في توكيلهما في البيع والشراء فاما دفع المضارب المال مضاربة الى غيره فلا يجوز بدون اذن صريح نص عليه احمد وعال بانه انما اتتمنه على المال فكيف يسلمه الى غيره ، وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولى اليتيم وفيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهي طريقة القاضى وابن

عقيل وصاحب المغنى لأن تصرفه بالأذن فهو كالوكيل . والثانى أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجحه القاضى وابن عقيل أيضا فى كتاب الوصايا وأبو الخطاب وحزم به فى المحرر لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلا محضاً فإنه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل ولأنه يعتبر عدالة وأمانته وهذا شأن الولايات ولأنه لا يمكنه الاستئذان أو تطول مدته ويكثر تصرفه بخلاف الوكيل هذا فى توكيله فاما فى وصيته إلى غيره ففيها روايتان منصوصتان واختار المنع أبو بكر والقاضى

ومنها الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له فى ذلك وفيه طريقتان : أحدهما طريق القاضى فى المجرد والخلاف أنه كالوكيل على ما مر فيه . والثانى وهو طريق القاضى فى الأحكام السلطانية وابن عقيل وصاحب المحرر أن له الاستخلاف قولاً واحداً ونص عليه أحمد فى رواية مهنا بناء على أن القاضى ليس بنائب للإمام بل هو ناظر للمسلمين لأعمن ولاه ولهذا لا يعزل بموته ولا بعزله على ما سبق فيكون حكمه فى ولايته حكم الإمام بخلاف الوكيل ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الأحكام بنفسه ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة فأشبهه من وكل فيما لا يمكنه مباشرته عادة لكثيرته ومنه ولى النكاح فإن كان مجبراً فلا إشكال فى جواز توكيله لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه أذنها وإن كان غير مجبر ففيه طريقتان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى لأنه متصرف بالأذن . والثانى [أنه] يجوز له التوكيل قولاً واحداً وهو طريق صاحب المغنى والمحرر لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا تتوقف استنابته على أذنها كالمجبر وأما افتراقاً على اعتبار أذنها فى صحة النكاح ولا أثر له هنا

(القاعدة السبعون)

الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعاق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً فهل يدخل الفاعل الخاص فى عموم أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن فيه خلاف فى المذهب ، والمرجح فيه التخصيص إلا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه وتترتب على ذلك صور متعددة :

منها النهى عن الكلام والإمام يخطب لا يشمل الإمام على المذهب المشهور ومنها الأمر بأجابة المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المنصوص ههنا الشمول والارجح عدمه طرداً للقاعدة

ومنها إذا أذن [السيد] لعبده فى التجارة لم يملك أن يؤجر نفسه ، وللمنع مأخذ آخر وهو أن

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضي

ومنها إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه وخرجها أبو بكر على وجهين وهذا يتمشى على طريقته وطريقة ابن حامد والمتقدمين أن تكفير العبد بالمال لا يبنى على ملكه بالتملك بل يكفر به إذن السيد وإن لم يملكه، والا فلو ملك نفسه لا نعتقت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه في المسئلة روايتان ثم من الأصحاب من يحكيها في غير كفارة الجماع في رمضان لورود النص فيها، ومنهم من حكاهما في الجميع وجعل ذلك خصوصاً للأعرابي وأسقاط الكفارة عنه لعجزه وكونها لا تفضل عنه (١) واختلفوا في محل الخلاف فقيل هو إذا كفر الغير عنه باذنه هل يجوز له أن يصرفها إليه أم لا بناء على أن التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها كما تقدم مثله في العتق وقيل بل إذا تصدق عليه بها لفقره هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا وهي طريقة ابن أبي موسى

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لركانه إذا أخذ الساعي منه فقد برئت ذمته منها فله أن يعيدها إليه بعد ذلك، وهذا هو المنصوص عن أحمد واختيار القاضي لأن عودها إليه ههنا [بسبب] متجدد فهو كارتبه لها ولا نقول أنه قبضها عن زكاة ماله لأنه يرى من زكاة ماله قبض الساعي وإنما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له، وقال أبو بكر مذهب أحمد لا يحل له أخذها ذكره في زكاة الفطر وعلل بأنها طهرة فلا يجوز أن يتطهر بما قد تطهر به وهكذا الخلاف في رد الإمام خمس الفى والغنيمة على من أخذها منه وأما إسقاطها قبل القبض فلا يجوز لأن الأبرار من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب لأنه في فيجوز للإمام إسقاطه من هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الركا إذا قيل هو في

ومنها هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف [شيئاً] على الفقراء ثم افتقر فإنه يدخل على

(١) يشير إلى ما ورد في حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلك ما كنت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقية قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فأتى النبي بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أقر منى فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه من قال فضحك النبي حتى بدت أنياباه ثم قال اذهب فاطعمه أهلك

الأصح ونص عليه أحمد في رواية المروزي وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقلنا يرجع إلى أقاربه وقفاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في الاقناع وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم [لهم] أبداً على أنه من توفي منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفي أحد أولاده عن غير ولد والاب الواقف حي فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا يخرج على ما قبلها والمسئلة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه

ومنها الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه فيه روايتان معروفتان والمنع مأخذان : أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن ، والثاني أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجهم من جملة المشتريين لأنه جعله بائعاً فلا يكون مشترياً ، وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرف في العقد واحد بنفسه ويأخذها حدى يديه من الأخرى فإذا وكل رجلاً يشتري له منه جاز نقل ذلك حبل عن أحمد فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع ممن يتهم بمحاباة أيضاً وهو ممن لا تقبل شهادته له ، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغيردون من لا ولاية له عليه وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى ، وعلى الثاني والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان اهلاً للقبول ، ويجوز على المأخذ الثالث أيضاً أن يوكل من يشتري له لاندفاع محذور ایجاد الموجب والقابل، وأن وكل من يبيع السلعة ويشتريها هو فذكر ابن أبي موسى أنه إن كان مأذوناً له في التوكيل في البيع جاز الشراء من وكيله قولاً واحداً بناء على أن هذا الوكيل الثاني وكيل الموكل الأول فكأنه اشترى السلعة من مالكها ، وإن كان لم يأذن له في التوكيل انبنى على جواز توكيله بدون إذن فان أجزأه صح البيع وإلا فلا فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثاني وكيل للموكل الأول ، ويدل عليه تعليله بذلك في صورة الإذن في مسئلة النكاح ويحتمل أن يعتبر التوكيل لثلاث يتجدد الموجب والقابل مع أن هذا منتقض بالآب في مال ولده الطفل ، وأما رواية الجواز فاختلف في حكاية شروطها على طرق أحدها أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهي إليه الرغبات في النداء وفي اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني أن المشتري التوكيل المجرد كما هي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي والثالث أن المشتري أحد أمرين إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك وإما الزيادة على ثمنه في النداء وهي طريقة القاضي في خلافه وأبى الخطاب ، وأما أن باع الوكيل واشترط على المشتري أن يشركه فيه فهل يجوز أم لا على روايتين . أحدهما يجوز نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثنى

لنفسه الشركة أرجو ألا يكون به بأس والثانية تكره نقلها ابن منصور في رجل يدفع إليه الثوب يبيعه فإذا باعه قال أشركني فيه قال اكرد هذا فاما أن اذن له الموكل في الشراء من نفسه فانه يجوز قال كثير من الاصحاب رواية واحدة بخلاف النكاح وحكى الشيخ مجد الدين فيه وجها آخر بالمنع قال وهل يكون حضور الموكل وسكوته كاذنه يحتمل وجهين أشبههما بكلام احمد المنع، ونقل احمد ابن نصر الخفاف عن احمد فيمن له على رجل خمسون ديناراً فوكله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقه فباعها بدراهم ليصارف نفسه ويأخذها بالدنانير لم يجر ولكن يبيعها ويستقضى ويأخذ حقه قال القاضي ظاهر كلامه أنه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقه ليستوفي منه لأن التهمة موجودة في عقد الصرف لنفسه من نفسه، وإنما اذن له في الاستيفاء ولم يأذن له في المصارفة فإذا باعها بجنس حقه فله الاستيفاء منها بالاذن لأن يده كيد موكله فهو يقبض من يد غيره لنفسه لكن هذه العلة موجودة في شراء الموكل من نفسه وكذلك حكى في الخلاف في المسئلتين روايتين وجعلها صاحب التلخيص رواية يجوز أن توكيل الوكيل في ايفاء نفسه من جنس حقه خاصة وأنكر الشيخ مجد الدين أن يكون فيها دلالة على المنع مدة البيع بغير جنس الحق لاسيما ان كان جنس الحق غير نقد البلد وحمل قول احمد يبيعها على الدراهم التي هي الثمن وبني ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه فأما على قولنا بجوازه فانه يجوز له ههنا مصارفة نفسه

ومنها شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله ذكره ابن أبي موسى وغيره وفي مسائل ابن هاني عن احمد فيمن بعث إليه بدراهم ليشتري بها من بعض المواضع فبعث اليهم بما عنده وبالع في الاستقصاء قال بما لا يعجبني أن يبعث اليهم بما عنده حتى يبين أنه قد بعث اليهم من المتاع الذي عنده

ومنها شراء الرضى من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل وفيه روايتان منصوستان ولم يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع وكذلك حكم الحاكم وأمينه في مال اليتيم ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فان الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فيكون عامة بخلاف من أسندت ولايته إلى إذن من غيره في التصرف فان اطلاق الاذن له يقتضى أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجها لنفسه على المعروف من المذهب وقد ذكر ابن أبي موسى أنه ان اذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صح وكذا ان لم يأذن له وقتلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً فاما من له ولاية بالشرع كالولي والحاكم وأمينه فله إن يزوج نفسه وان قلنا ليس

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بان المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فان القصد منه الكفاءة وحسن العشرة فاذا وجد ذلك صح والحق ايضا الوصى بذلك ، وفيه نظر فان الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالاذن وسواء فى ذلك اليتيمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأة من غير توكيل بل مباشرة لطرفى العقد ففى صحته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال اكثر الاصحاب يصح رواية واحدة وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقد وكيله له لأن وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا اراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى فانه يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيما يخصه .

ومنها اذا عمل أحد الشريكين فى مال الشركة عملا يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة فهل له ان يأخذ الأجرة أم لا ؟ على روايتين (ومنها) الموصى اليه باخراج مال لمن يحج أو يغزو وليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو نص عليه أحمد فى رواية أبى داود وقال هو متعد لأنه لم يأمره وهذا تصريح بان ما أخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له أن يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة ؟ المذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى رواية ابن بختان وذكر فى المغنى احتمالين آخرين : أحدهما الجواز مطلقا . والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينة على الدخول جاز الأخذ أو على عدمه لم يحزم ومع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عوض ههنا ينبغى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة ولكن الاولى سد الذريعة لأن محاباة النفس لا يؤمن وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له فيه وجهان : أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحب المغنى والمحرم (ومنها) اذا وكل غريمه أن يبرىء غرماء لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع الى الايجاب والقبول بخلاف الابراء

(ومنها) لو قال فى الأيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم يدخل المتكلم فى الصورة الأولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره

(ومنها) الأموال التى تجب الصدقة فيها شرعا للجمل بآربابها كالغصوب والودائع لا يجوز لمن هى فى يده الأخذ منها على المنصوص وخارج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيرا على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فتونه وأفتى به الشيخ تقى الدين فى

الغاصب الفقير اذا تاب وعلى المذهب يتخرج فى اعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان والمنصوص عن أحمد أنه لا يحابى به أصدقاءه بل يعطيهم أسوة خيرهم نقله عنه صالح وكذا نقل عنه المروذى اذا دفعها الى أقارب له محتاجين ان كان على طريق المحاباة لا يجوز وان كان لم يحابهم فقد تصدق ونقل عنه حرب اذا كان له اخوان محاربين قد كان يصلهم أيجوز له أن يدفعها اليهم فكأنه استحب أن يعطى غيرهم وقال لا يحابى بها أحدا والظاهر أنه جعل اعطاءهم مع اعتبار صلتهم محاباة فكذلك استحب العدول عنهم بالسكينة

تنبيه — لو وصى لعبده بثلث ماله دخل فى الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه نص عليه ويكمل عتقه من باقى الوصية لأن ما كره الوصية مشروط بعتقه فكذلك دخل فى عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له

﴿القاعدة الحادية والسبعون﴾

فيما يجوز الاكل منه من الاموال بغير إذن مستحقيها وهى نوعان : مملوك تعاق به حق الغير ومملوك للغير . فاما الاول فهو مال الزكاة فيجوز الاكل مما اتوق اليه النفس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج اليه من ذلك ويطعم الأهل والضيفان ولا يحاسب زكاته وكذلك يجب على الخارص أن يدع فى خرصه اثناث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلتها كما دلت عليه السنة فان استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها ، وأما الزروع فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكا ونحوه نص عليه وإيس له الاهداء منها، وخرج القاضى فى الأكل منها وجهين : أن الأكل من الزروع التى ليس لها حافظ . وأما الثانى فينقسم الى ماله مالك معين وإلى ماله مالك غير معين فاما ماله مالك غير معين كالهدى والأضاحى فيجوز لمن هب فى يده وهو المهدى والمضحى أن يأكل منها وبدخر ويهدى كما دلت عليه السنة، وهل يجوز أكل أكثر من اثناث أم لا على وجهين أشهرهما الجواز ، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثا كالأضاحى أو يتصدق به كله أو بما يأكله منه على وجهين . واما ماله مالك معين فنوعان أحدهما أن يكون له عليه ولاية فان كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده اذا كان داراً والانتفاع بظهره إذا كان مركوباً لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الاكل منه أيضا بقدر عمله ويتخرج على ذلك صور :

منها ولى اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يردّه إذا أيسر على روايتين واختار ابن عقيل

أنه يأكل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئاً جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضى ونص [عليه] أحمد فى رواية البرزاطى فى الإثم الحاضنة أنها لا تأكل من مال ولدها الا لضرورة الا أن يفرض لها الحاكم فى المال حق الحضانة ووجهه أن من أعطاه غيره فله الأخذ مع الغنى بخلاف الأخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصى الأخذ إذا شرط له الأب مع غناه وجاز للولى أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه ولم يحز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الامام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر فى مال اليتيم قال القاضى مرة لا يأكل وفرق بينه وبين الوصى بأن الأب له أن يجعل للوصى جملاً مع وجود متبرع بالنظر فى مال اليتيم والولى متصرف بأذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ لم يحز له أن يجعل لاحد جملاً عليه . وقال مرة له الأكل كوصى الأب وأخذه من نص أحمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجره بقدر شغله وقال هو مثل ولى اليتيم وأما الأب فقال القاضى ليس له الأكل لاجل عمله لغناه عنه بالنفقة الواجبة فى ماله ولكن له الأكل منه بجهة التملك عندنا وضعف ذلك الشيخ تقي الدين

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص أحمد على جواز الأكل نقله عنه أبو الحارث أنه قال فى والى الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيقضى منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئاً وكذلك نقل عنه حرب فى رجل أوصى الى رجل بارض أو صدقة للمساكين فدخل الوصى الحائط أو الارض فتناول بطيخة أو قذاً أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك اذا كان القيم بذلك أكل . وترجم (٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبرى - الوصى يأكل من الوقف الذى يابيه وهذا ظاهر فى أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه أبو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميمونى عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فلوصى إلى حفصة ثم قال أحمد ولىه يأكل منه بالمعروف اذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط فاما الوكيل فى الصدقة فلا يأكل منه شيئاً نقل يعقوب ابن بختان عن أحمد فى رجل فى يده مال للمساكين وأبواب البر وهو فقير محتاج إليه فلا يأكل منه انما أمر أن ينفذ وصرح به القاضى فى المجرد بان من أوصى إليه بفرقة مال على المساكين أو دفع اليه رجل فى حياته مالا ليفرقه صدقة لم يحز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه (٣) لأنه منفذ وليس بعامل منهم مضمون ومنهم الوكيل والأجير والمسروف منعهما من الأكل لاسـتغنائهما عنه بطلب الاجرة من المؤجر والموكل لاسيما والأجير قد أخذ الاجرة على عمله ونقل حنبل عن أحمد فى الولى

(١) فى نسختنا : والى اليتيم الوقف (٢) وفيها : وترجم بتشديد الحاء (٣) فى بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامرهما فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير ، قال القاضى فى خلافه وظاهر هذا جواز الأكل للوكيل النوع الثانى ، مالا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تنوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك فى صور

منها الأكل من الأطعمة فى دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن فى أشهر الطريقين وفى الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفى رد عرضها فى المغنم روايتان وهى طريقة ابن أبى موسى واختلاف الأصحاب فى محل الجواز فقل محلّه مالم يحزره الامام فاذا أحزره أو وكل به من يحفظه لم يجز الاكل الا للضرورة وهى طريقة الخرقى لان احرازه منع من تناول منه وأما قبل الاحراز فان حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة وقل يجوز الأكل ما داموا فى أرض الحرب وان أحرز مالم يقسم وهى طريقة القاضى وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقاً أو يشترط كثرتها على روايتين ومنها اذا مر بشمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتنزيلاً لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن فى الأكل منه لدلائله عليه عرفاً مع العلم بتسامح غالب النفوس فى بذل سير الأطعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفى المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر لأن المسامحة فى المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضى ورواية ثالثة بمنع الأكل مطلقاً الا مع الحاجة فيؤكل حينئذ مجاناً بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالثمار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

(القاعدة الثانية والسبعون)

اشتراط النفقة والكسوة فى العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع فى العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجل منها الا فى نفقة الزوجة وكسوتها فان فى الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فمنها) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافاً (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة

وفيه روايتان اصحهما الجوار كالظئر (ومنها) البيع فلو باعه ثوبا بنفقة عبده شهراً صح ذكره القاضي في خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها في العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبساً بالعمل ويقع ذلك في العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها وما بقي معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملتهم عليه أم لا يحتمل أن لا يستقر لأن ما يتناولها إنما هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب إذا اشترط المضارب التسري من مال المضاربة فاشترى أمة منه ملكها ويكون ثمنها قرضاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فإنه يستباح بالبذل والإباحة كما يستبيح المرتن الانتفاع بالرهن بشرطه في عقد البيع نص عليه أحمد ويكون إباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تملكاً فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم (ومنها) إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فإنه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجرة وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده وإن فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا إن كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الاسلام أو أوصى بأن يحج عنه فإن فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد إذا قال حجوا عني بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقي وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما إذا كان معيناً ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وإن قال حجوا عني بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكى بن أبي موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة (ومنها) إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا إن الحج من السبيل فإن حج ثم فضلت فضلة فهل يسترد أم لا الأظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفة المعينة شرعاً ولا يجوز الإخلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه (١) وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد

(١) في نسختنا: شركة

وظاهر كلام أحمد في رواية الميموني أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله في النفقة لأن الدابة قد صرفت في سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويملكها بخروجه من يده بخلاف الغازي نص [عليه أحمد] في رواية الميموني وعمل بانه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق في الزكاة والغازي إنما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع الى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ إن له الامساك بالسبب الثاني وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها إذا أخذ الغازي (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لا لازما وهو اعانة على الجهاد لاستئجار عليه فان رجع والفرس معه مملوكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو. وقال القاضي في خلافه ويكون تملكها بشرط ومعناه أنه تملك مراعا بشرط الغزو فان غزا تبين أنه مملكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود المعاوضات وان فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وان فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقاها على بن سعيد . والثانية يرد الفضل في الغزو إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى نقلها حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما ان أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الحرقى والا كثرون لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص أحمد في رواية المروذي على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة لما قدمنا

﴿القاعدة الثالثة والسبعون﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استئجاراً له مقابلاً بعوض فيصح على ظاهر المذهب كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الحطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن. والثاني أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولو أزمه مطلقاً ولا يقابل بعوض فلا يصح وله أمثلة :

منها اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الحرقى وحكى ابن أبي موسى في فساد به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة والمزارعة

على الآخر ما لم يازمه بمقتضى العقد فلا يصح وفي فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الخرق في حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد وحكى في صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساد في رواية منها وأومأ إليه في رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس في حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك إلى أن السلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أو صاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوهم أن ذلك من جنس ما ذكر زمانه وأنه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والسبعون ﴾

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان : أحدهما أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض. والثاني أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة. أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كالملاح والمكاري والحجام والقصار والخياط والدلال ونحوهم من يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثاني فيدخل تحته صور:

منها من قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فإنه يستحق أجره عمله بالشرع. قال أحمد في رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن في كتابة الساهطان وقال في رواية حنبل يكون لهم الذي يراه الإمام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدراً والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستغفار مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لغير معين بخلاف مال اليتيم وأيضاً فمال الزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذي حصل الزكاة وجباهاً أولى وأيضاً فالعامل هو الذي جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضى في الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشترط له جعل إلا أن يكون معروفاً بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنص فهو كجعل رد الباقي وأولى لورود القرآن به (ومنها) من رد آبقاً على مولاه فإنه يستحق على رده جعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسله وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى في الأرض بالفساد ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الآبق [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفاً

برد (الاباق) [(١) أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه في رواية حرب لا تنصاه
 للمصالح وله حق في بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الأكل من مال اليتيم كما سبق
 (ومنها) من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلاص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع
 يكون هلاكه فيه محققاً أو قريباً منه بالبحر وفم السبع فخص احمد على وجوب الأجرة له في المتاع
 وذكره القاضى وابن عقيل وصاحب المغنى في العبد أيضاً وحكى القاضى فيه احتمالاً بعدم الوجوب
 كاللقطة وأورد في المجرد عن نص احمد فيمن خلاص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرهما فهو للمالك
 الأول ولا شيء للمخلص والصحيح الأول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على ماله بخلاف اللقطة
 وكذلك لو انكسرت السفينة فخلص قوم الأموال من البحر فانه يجب لهم الأجرة على الملاك
 ما ذكره في المغنى لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من التهلكة فان الغواص إذا علم أنه يستحق
 الأجرة غرر بنفسه وبادر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الآبق وفي
 مسودة شرح الهداية لابن البركات: وعندى أن كلام احمد على ظاهره في وجوب الأجرة على تخليص
 المتاع من الممالك دون الآدمى لأن الآدمى أهل في الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو
 عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس في كلام احمد تفرقة فاما من عمل في مال غيره على غير
 ما ذكرنا فالمعروف من المذهب أنه لا أجرة له ونقل أبو جعفر الجرجاني عن احمد في رجل عمل في
 قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذى عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه
 تتخرج على أصلين: أحدهما أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله. والثاني أن يجبر على أخذ قيمة
 آثار عمله من المالك لتملكها عليه وخرج القاضى في خلافه بأن يكون شريكاً بآثار عمله إذا
 زادت به القيمة وذكر نص أحمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هانئ. وتبعه على ذلك
 جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل في مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا في القناة كان
 شريكاً فيها وليس في المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها
 وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً كغيره فيه مصلحة له وهو محتاج إليه كحصاد زرع
 والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تخريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكانهم جعلوه بمنزلة
 تصرف الفضولى فللمالك حينئذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجرة المثل وله أن لا يمضيه فيكون
 العامل شريكاً بالعمل وقد قال القاضى في بعض تعاليقه وقرأته بخطه في الأجير إذا عمل في العين
 المستأجر عليها دون ما شرط عليه أن المالك مخير ان شاء رد عمله وأخذ الأجرة وصار الأجير

شريكا بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الأجير بالأرض وذكر نص أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالأرض ثم حمله على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضى فى خلافه : قياس المذهب اذا لم يأت الحائلك بالثوب على الصفة المشروطة إن شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجره له وان شاء ضمنه قيمته منسوجا وعليه الأجرة ، وتكون الأجرة ههنا بما زاد على قيمة الغزل . ثم ذكر رواية الميموني هذه وقال هى محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولا والتزم قيمة الصنعة التى هى دون التى وافقه عليها وهذا الذى قاله بعيد جداً أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقاءه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن أحمد قال ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالأرض خاصة وأيضاً فلو غصب غزلاً ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطلبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الأجير بذلك ، وذكر ابن عقيل فى هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع أجرة المثل ثم ذكر احتمالاً بالرجوع بالأرض كما هو المنصوص والله أعلم . ومتى كان العمل فى مال الغير انقازاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً كذبج الحيوان الماكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغنى ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقض بذبحه

(القاعدة الخامسة والسبعون)

فيمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : أحدهما من أدى واجباً عن غيره . والثانى من انفق على ما يتعلق به حقه من مال غيره . فأما النوع الاول فيندرج تحته صور :
(منها) اذا قضى عنه ديناً واجباً بغير اذنه فانه يرجع به عليه فى أصح الروايتين وهى المذهب عند المخرق وأبى بكر والقاضى والأكثرين ، واشترط القاضى أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الأداء فلو نوى التبرع أو أطاق النية فلا رجوع له واشترط أيضاً أن يكون المدين ممتنعاً من الأداء ، وهل يرجع الى أن لا رجوع الا عند تعذر اذنه وخالف فى ذلك صاحباً المغنى والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضى فى المجرى والأكثرين وهذا فى ديون الأدميين ، فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من اداها عن من عليه ، وعلى القاضى ذلك بان اداها بدون اذن من هى عليه لا يصح لتوقفها على نيته ويأزم على هذا لو حجج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقتلنا يصح أو أعتق عنه فى نذر أو أطعم عنه فى كفارة وقتلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كاداء أحد الخاطئين الزكاة من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى أسيراً مسلماً حراً من أهل دار الحرب ثم أطاقه أو أخرجه الى دار الإسلام فله الرجوع عليه بدأ اشتراه به سواء أذن له (١٨ - قواعد)

أولم يأذن لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداه غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه وأكثر الأصحاب لم يحكموا في الرجوع ههنا خلافاً وحكى القاضي في كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الإذن . وهل يعتبر للرجوع ههناية أم يكفي إطلاق النية على وجهين . أحدهما تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضي . والثاني يرجع ما لم ينو ابترع وبه جزم في المحرر للآثر المروى عن عمر رضى الله عنه . ولأن انفكاك الأسرى مطاوب شرعا فيرغب فيه بتوسعه طرف الرجوع لثلاث ثقل الرغبة فيه (ومنها) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فانفق عليها غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضي في خلافه وابن عقيل في مفرداته (ومنها) لو انفق على عبده الآبق في حال رده إليه فإنه يرجع بما انفق نص عليه وجزم به إلا كثرون من غير خلاف فإنه يستحق جعلاً على الرد عوضاً عن بذله منافعه فلائ يجب له العوض عما بذله من المال في رده أولى ، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر العجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما انفق عليه نص عليه أحمد في رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم الملقط بمملوكة وحكى أبو بكر وابن أبي موسى في الرجوع بنفقة روايتين ، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الخوافي في الكفاية كالعبد المرهون (ومنها) نفقة اللقطة حيواناً كانت أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح فإن كانت باذن حاكم رجع بها لأن إذنه قائم مقام إذن الغائب وإن لم يكن بإذنه ففيه الروايتان . ومنهم من يرجع هاهنا عدم الرجوع لأن حفظها لم يكن متعيناً بل كان من غير آيينه وبين بيعها وحفظ ثمنها وذكر ابن أبي موسى أن الملقط إذا انفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها وإن كان محتسباً ففي الرجوع روايتان (ومنها) نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين ، ومنهم من قل يرجع ههنا قولاً واحداً وإلى ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على الملقط ونص أحمد أنه يرجع بما انفقه على بيت المال (ومنها) الحيوان المودع إذا انفق عليه المستودع ناوياً للرجوع فإن تعذر استئذان المالك رجع وإن لم يتعذر فطريقتان : إحداهما أنه على الروايتين في قضاء الدين أولى لأن للحيوان جرمة في نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً هي طريقة صاحب المغنى . والثانية لا يرجع أولاً واحداً وهي طريقة المحرر ومناجعة لأبي الخطاب لكن من اعتبر الرجوع في قضاء الدين بعد الإذن فههنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك في الدين واعتبره ههنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براء لزمته وتخليص له من الغريم وههنا اشتغال لزمته بدين لم تكن مشغلة به وهو ضعيف ويتنقض بنفقة الأقارب كما تقدم فإن

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزاه فقد خلصه من ذلك وعجل براءته منه وقضاء الدين لم تبرأ به
ذمته بالكلية بل هي مشغولة بدين المؤدى عنه أيضاً فإن الاذن في الانفاق على الحيوان المؤمن
عليه عرف في منزل منزلة اللفظي (ومنها) نفقة طائر غيره إذا عشن في داره قال أحمد في رواية
المروذي في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فإن كان قد
علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعاً لم يرجع وإن لم يتطوع يحتسب بالنفقة أخذ من صاحبها
ما أنفق ولم يفرق بين إمكان الاستئذان وعدمه ، وخرج القاضى رواية أخرى بعدم الرجوع بكل
حال من نظيرتها في المرتن وغيره

وأما النوع الثانى وهو ما يرجع فيه بالانفاق على مال غيره لتعلق حقه به فله صور
(منها) انفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحمد في رواية أبي القاسم
في رجلين بينهما أراض أو دار أو عبد يحتاج إلى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر . قال : ينظر في ذلك
فإن كان يضر شريكه ويمتنع عما يجب عليه الزم ذلك وحكم به عليه ولا يضر بهما ينفق ويحكم به عليه
ويتفرع على هذه المسألة فروع من جملتها إذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن
يبنى الآخر معه فالذهب أنه يجبر على ذلك ، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالنساء
ويمنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه ، لأن من جاز له
البناء في ملك غيره لم يكن متبرعاً كالوصى والحاكم في ملك اليتيم

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتن بغير إذن الراهن ، قال أكثر الأصحاب
كالقاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على
الخلاف في نفقة الحيوان المرهون لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن
لحق المرتن . وقال صاحب المحرر : لا يرجع بشئ . وأطلق لأن المالك لم يجب عليه الافداء هنا ،
وكذلك لو سلمه لم يلزمه قيمته لتكون رهناً وقد وافق الأصحاب على ذلك وإنما خالف فيه ابن أبى موسى
ومنها مؤنة الرهن من كرى مخزنه وإصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يلزم الراهن إذا قام
بها المرتن بدون إذنه مع تعذره فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سياتى صرح
به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجباً على الرهن لعلاقة حق المرتن
ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتن بغير إذن فقال القاضى في المجرد وصاحب المغنى
والمحرر لا يرجع إلا بأعيان آله لأن بناء الدار لا يجب على المالك ، والمجزم به في الخلاف
الكبير للقاضى أنه يرجع لأنه من مصلحة الرهن . وقال ابن عقيل يحتمل عندي أنه يرجع بما

ينحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى ، ولو قيل ان كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون [به] لم يرجع لأنه لا حاجة له الى عمارتها حينئذ وان كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيتها للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع لمكان مسحها (١) ومنها عمارة المستأجر في الدار المستأجرة ولا يرجع بها نص عليه أحمد في غلق الدار إذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن ، ولكن حتى صاحب التناخيص أن المؤجر يجبر على الترميم باصلاح منكسر واقامة مائل فأما تجديد البناء والاخشاب فلا يلزمه لأنه اجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد والمستأجر الخيار ، قال ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى . فعلى [القول] الأول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما انفق على التجديد وعلى الثاني يتوجه الرجوع

(فصل) وقد يجتمع النوعان في صور فيؤدى عن ملك غيره واجباً يتعلق به حقه وفي ذلك طريقان أحدهما أنه على روايتين وهى طريقة الأول شرين والثاني يرجع ههنا رواية واحدة وهى طريقة القاضى في خلافه فمن ذلك أن ينفق المرتهن على الرهن باطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيواناً ففيه الطريقان أشهرهما أنه على الروايتين كذلك وقال القاضى في المجرد والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والأكثر والمذهب عند الأصحاب الرجوع ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث ، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وأبى هانىء أنه يركب ويحلب بقدر نفقته ، ولم يعتبر إذنا كما دل عليه النص الصحيح وأيضاً فالأذن في الانفاق ههنا عرفى فيقوم مقام اللفظى وبالمرتتهن اليه حاجة لحفظ وثيقته فصار كبناء أحد الشريكين الخائط المشترك ، ونقل [عنه] ابن منصور فيمن ارتهن دابة فملفها بغير إذن صاحبها فالعنف على المرتتهن من أمره أن يعاف وكذلك نقل عنه مهنا في كفن العبد المرهون لكن الكفن من النوع الأول ، وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبى موسى وحمل القاضى في كتاب الخلاف هذا النص على أن الرهن كان حاضراً وأمكن استئذانه وعلف بدون إذن وقد صرح القاضى بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان (٢) واعتبر صاحب المحرر في لزوم نفقة الأقارب

(١) فى نسختي الدار لكان متوجها

(٢) كتب بهامش نسختنا بأزاء هذا الموضع مانصه : نفقة الأقارب ، وكتب بهامش ٢١٧ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الأقارب الى قوله بدون فرض الحاكم لها محله فى آخر سطر فى هذه الصفحة (يريد صفحات الاصل) بعد قوله . ولم يعتبر إذن الحاكم ، وقوله بعد ذلك وكذلك أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلى قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر

أن يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر ، وفي الترغيب ليس لغیر الاب الاستقراض الا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير ، وإنما للزوجة الاخذ من مال زوجها المورس عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكى في أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الاتفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون اذن وليه لانتفاء ولايتها عليه ، وهذا كله مخالف لظاهر كلام أحمد المتقدم واقواء المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص أحمد على أنها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضي وغيره أن من أنفق على أقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فانه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن أبي موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته فانها ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافا في سقوط نفقة [الزوجة بناء على أنها لا تسقط بمضى الزمان في أشهر الروايتين] (٢) بمضى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر مع أنه وافق طريقة الخلاف في الرجوع قولاً واحداً بخلاف ما ذكره في الضمان وضعف صاحب المغنى اعتبار الاذن طرداً لما ذكره في الضمان (ومنها) إذا هرب الجمل وترك الجمل فأنفق عليها المستاجر بدون اذن حاكم ففى الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة ثم أن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة وفي المغنى اشارة الى التسوية من الكل في عدم الاعتبار وان الاتفاق بدون اذنه يخرج على الخلاف في قضاء الدين ، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفي المغنى وغيره وجه آخر أنه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساقى قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه بالجمل إلا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) اذا خاب الزوج فاستدانت الزوجة النفقة على نفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فانها ترجع بذلك نص عليه في رواية أبي زرعة الدمشقى ولم يعتبر اذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا أعاره شيئاً ليرهنه ثم أفنكه المعير بقضاء الدين فانه يرجع هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضي (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فانه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضي فيه خلافاً وهذه المسئلة والتي قبلها قد لا يطرد فيها الخلاف لأن الاتفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كاتفاق الشريك على عمارة الجائط يرجع

(١) في د : يلزم (٣) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخر ما أشير اليه على هامش ٧١٢

(٤) يلاحظ أن هذه الفقرة تقدمت في السطر الثامن معزوة لابن أبي موسى

به بغير خلاف وإنما الخلاف إذا كان الاتفاق لاستصلاح ما يتعلق به حق المنفق إلا أن الأصحاب صرحوا بإطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بمين (١) مال المنفق

﴿ القاعدة السادسة والسبعون ﴾

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى رفع مضرّة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب وفي رواية أخرى إن أمكن أحدهما أن يستعمل بدفع الضرر فعله ولم يجبر الآخر معه لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منعه حتى يعطيه حصّة ملكه من النفقة فإن احتاجا إلى تجديد منفعة فلا إجبار ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) إذا تهدم الحائط المشترك فالذهب إجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نص عليه في رواية جماعة فإن الإجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالانتزاع بالشفعة ويبيع مالا يمكن قسمته والمغنى (٢) فيه أن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل وأما الرواية الثابتة بعدم الإجبار فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الإجبار في بناء حيطان السفلى إذا كان العلو الآخر وانهدم الكل أنه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفلى في السفلى والفرق واضح لأن السفلى ملكه مختص بصاحبه بخلاف الحائط المشترك ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما باباً وذ كر النص بالإجبار في الحائط والنص بانتفائه بالصورة الأخرى وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط فللشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم وصرح القاضي في خلافه واعتبر في المجرّد استئذان الحاكم ونص أحمد على أنه يشهد على ذلك ، وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله وإن أعاده بآلته الأولى فقيه وجهان : أحدهما ليس له المنع لأنه عين ملكهما المشترك وهو قول القاضي في المجرّد وابن عقيل والأكثرين . والثاني له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف لأنه متقوم حيث وقع مأذوناً فيه شرعاً وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر وحكاه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب وإذا أعاده بآلة جديدة واتفقا على دفع القيمة جاز ، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما أنفق عليه ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخوذتهما هل ذلك من باب الرجوع بما أنفق على ملكه باذن معتبر أو هو

معاوضة عن ملك الثاني كضمان سريّة العتق والاستيلاد وان امتنع الثاني من القول وطلب رفع البناء من أصله ليعيده من مالهما فقد يتخرج على هذا البناء فان قلنا هو رجوع بما أنفق على ملكه لم يكن له الامتناع وان قلنا هو معاوضة فله ذلك وفي المجرد والفصول البناء على الاجبار ابتداء وعدمه فان قلنا يجبر أجبر هنا على التبقية والا فلا وقد يقال هو معاوضة سواء كان بالقيمة أو بالنفقة كما إن زرع الغاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية وبالنفقة على أخرى والاجبار على المعاوضات لازالة الضرر غير مستبعد فان قيل فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره فكيف منعتم ههنا قلنا إنما منعناها هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً سواء كان محتاجاً اليه أو لم يكن ، وأما التمكن من الوضع للارتفاق فذلك مسألة أخرى وأكثر الاصحاب يشترطون فيها الحاجة والتزم ابن عقيل في المفردات تخريج رواية من هذه المسألة منع الجار من وضع الخشب مطلقاً ثم اعتذر بان حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة وحمل حديث الزبير وشريكه في شراج الحرة على مثل ذلك

(ومنها) اذا انهدم السقف الذي بين سفلى أحدهما وعلو الآخر فذكر الاصحاب في الاجبار الروايتين والمنصوص ههنا انه ان انكسر خشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الاجبار وان انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فان لم يفعل أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه لانه ستره له نقل ذلك عنه أبو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم ان صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما بنى به السفلى ويكون لهما جميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه ما بنى به الحيطان فيصير البيت كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه ، ويحتمل أن يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما ولذلك حكى الاصحاب روايتين في شراكة صاحب العلو وأصحاب السفلى في بناء الحيطان حتى أخذ القاضي منها روايه بدم الاجبار في الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء ، فلا يالحق به المالك المشترك قبل البناء. وحكى القاضي في خلافه في إيجاب صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها إيجابه منفرداً بنفقه وأخذها من رواية أبي طالب وفيه نظر لأن أحمد عال بانه ستره له فعلم أن إيجابه لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى أشد من تضرر الجار بترك السترة لأن هذا

يمنعه حقه بالكلية بخلاف ترك السترة وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى والثانية يجبر على الاتفاق على وجه الاشتراك نقلها يعقوب بن بختان فقال يشتركون على السفلى وهو مروى عن أبي الدرداء رضى الله عنه الثالثة لا يجبر وهي رواية ابن الحكم وحكى في المجرد اجبار كل منهما على أن يبنى مع الآخر والحيطان روايتان وكذا في الاجبار على بناء السقف الذى يختص بملك صاحب العلو وحاصل هذا يرجع الى انه هل يلزم الانسان بناء ملكه الخاص به اذا كان انتفاع غيره به مستحقا كما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السترة وهل يلزم الشريك فى الانتفاع البناء مع المالك كالشريك فى الملك وعلى هذا يخرج اذا كان له على حائط جاره يحاذيه ساباط بحق فانهدم الحائط هل يجبر المالك على بنائه وظاهر كلام القاضى فى خلافه اجباره أن يبنيه منفردا به بغير خلاف ولعل هذا فيما اذا كان بحق معاوضة ومثله ذكر ابن عقيل فى فنونه فى من له حق اجراء مائه على سطح غيره فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى الاصلاح وكذا لو كان ماء تلك الدار يجرى الى بئر بحق فعابت البئر لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى اصلاحها ويخرج ذلك كله على الخلاف فى السفلى الذى علوه للمالك [آخر] يتوجه ويرجع الى أن الشركة فى الانتفاع هل هي كالشركة فى الملك (ومنها) القناة المشتركة اذا تهدمت نص أحمد على الاجبار على العمارة كما سبق ولم يذكر ابن ابي موسى فيه خلافا وانما ذكر الروايتين فى الحائط والفرق أن الحائط يمكن قسمته بخلاف القناة والبئر وطرد القاضى والاكثر فى الروايتين واذا لم يدل بالاجبار فعمر احدهما لم يكن له منع الاخر من الماء ذكره القاضى فى المجرد وابن عقيل وصاحب التلخيص والمغنى لان الماء باق على ما كان عاياه من الملك والاباحة وانما أزال الضرر عن طريقه ولا يقع الاشتغال على ملك الآلات المعمور بها ، وفى الخلاف الكبير والتمام لا يبنى الحسين له المنع من الانتفاع بالقناة ويشهد له نص عليه بالمنع من سكنى السفلى اذا بناء صاحب العلو ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط اذا أعيد بالانه العتيقة لأن ذلك كله انتفاع بما بذل فيه الشريك ماله فيمنع منه بغير اذنه ولأن انفاقه على نفسه وشريكه جائز فيستحق الرجوع ولا يكون متبرعا (ومنها) ان ما يقبل القسمة من الأعيان اذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلهما ومؤنها لتكميل نفع الشريك ، فأما مالا يقبل القسمة فانه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك فى رواية الميمونى فقال إذا اختلفوا فى القسمة فليس للبضار شئ اذا كان يدخله نقصان ثم يبيع وأعطوا الثمن وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض فى قسمتها ضرر ويقال لصاحبها إنا ان تشتري

وأما أن تتركه إذا كان ضررا وصرح بذلك ابن أبي موسى والقاضي والحلواني والشيرازي وابن عقيل والسامري وصاحب الترغيب ، وصرح بمثله في اجارة العين اذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحا ، وكذلك قال القاضي في خلافه وأبو الخطاب في انتصاره ، وكثير منهم صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وان لم يطلب البيع ، ولهذا مأخذان : أحدهما أنه اذا تعذر قسمة العين عدل الى قسمة بدلها وهو القيمة ، وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلب القسمة ، وهو ظاهر كلام أحمد . والثاني أن حق الشريك في نصف القيمة مثلا لا في قيمة النصف فلو باع نصيبه مفردا لنقص حقه ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن الشرع أمر في السراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركاء قيمة حصصهم ، وقد نص الأصحاب على أن للولي بيع التركة على الصغار والكبار اذا كان في تبعضها ضرر واحتيج الى البيع ، وما دل عليه كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار في غير هذه الصورة قد يكون بناء على أن ضرر ما نقص ليس بمانع من قسمة الاجبار كقول الخرقى ، وإنما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسوم فحينئذ يكون عدم الاجبار على البيع في حالة نقص القيمة مبنيًا على أن القسمة ممكنة ومع الاجبار عليها لا يقع الاجبار على البيع ثم وجدت في مسائل ابن منصور عن أحمد في عبد بين رجلين أراد أحدهما أن يبيع وأبى الآخر ، قال أحمد يبيع كل منهما حصته وهذا يدل على أنه لا اجبار على البيع مع الشريك ، وهذا كله في المشاع المشترك ، فاما المتميز كمن في أرضه غرس غيره أو في ثوبه صبغ لغيره اذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففى اجباره وجهان ، أوردهما صاحب المحرر في غراس المستعير لأنه يستدام في الأرض فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع ، بخلاف غرس الغاصب فإنه يتخلص منه بالقاع ، فاما البيع ففى المغنى وغيره فى بيع الغاصب ان طلب مالك الثوب أن يبيع معه لزمه وفى العكس وجهان وجزم القاضي في خلافه بالاجبار على البيع بطلب الغاصب ، وأما صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع اجبر الآخر عليه ، وهذا لأن الصبغ يستدام فى الثوب فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع ، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه لئلا يتساقط الغاصب بعدوانه على إخراج مالك غيره عنه قهرا (ومنها) قسمة المنافع بالمهايأة هل تجب الاجابة البها أم لا ، المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضي وأصحابه فى المذهب سواه وفرقوا بين المهايأة والقسمة بان القسمة انراز أحد المالكين من الآخر والمهايأة معاوضة حيث كانت استيفاء للنفعة من مثاها فزهن آخر ، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه فلا يازم بخلاف قسمة الاعيان ، ونص أحمد فى رواية صالح وحنبل وأبى طالب فى العبد المشترك إذا اعتق أحد الشريكين نصفه أو كانه فإنه يكون يوما لنفسه ويوما لسيده الباقي ، وتأوله القاضي (١٩ - قواعد)

على النراضى وهو بعيد ، وحكى أبو بكر فى التنبيه فيه روايتين ، أحدهما : يكون يوماً لنفسه ويوما لسيده ، والآخرى أن كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهايأة حكماً من غير طلب وفى المسألة وجه آخر أنه تجب المهايأة بالمكان دون الزمان لانتفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه فى المهايأة بالامكان فهو كقسمة الأعيان واختاره صاحب المحرر وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقاً فيجوز بالنراضى ، وهل يقع لازمة إذا كانت مدتهما معلومة أو جائزة على وجهين ، والمجزم فى الترغيب الجواز ، واختار صاحب المحرر اللزوم ، وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقي الدين لا يفسخ حتى ينتضى الدور ويستوفى كل منهما حقه منه ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم وهى أن من له روجتان فقسم لأحدهما ثم أراد أن يطلق الأخرى لم يجز له حتى يوفيهما حقهما من القسم لئلا يفوت حقهما بالطلاق ، ولا يقال هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة لأنها إنما لزمت لأجل المساواة بين الزوجية ، ولهذا قال القاضى ومن اتبعه أن قسم الابتداء ليس بواجب ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من القبض ، فأفتى الشيخ تقي الدين رحمه الله بأنه يرجع على الأول بيد حصته من تلك المدة التى استوفىها ما لم يكن قد رضى بمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان جعلاً للتالف قبل القبض كالتالف فى الإجارة قال وسواء قلنا القسمة إفراز أو بيع فإن المعادلة معتبرة فيها على القولين ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس انتهى . وهذا على القول بالجواز ظاهر ، ولكن الشيخ رجع للزوم . ويتخرج فى الرجوع حيثئذ وجهان بناء على الروايتين فيما إذا تقاسم الشريكان الدين فى ذمم الغرماء ثم تاف أحدهما قبل القبض هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا ، على روايتين نقلهما معا ابن منصور فى مسائله عن أحمد ، ورواية الرجوع حملها الأصحاب على أن القسمة لم تصح ، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لأن القبض بها محرم باطل ، ولهذا قالوا لو قبض شيئاً باذن شريكه لا انفرد به على الصحيح فيكون حيثئذ شبهه بالمهايأة (ومنها) الزرع والشجر المشترك إذا طالب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه ، ذكره القاضى ، وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع والآخر بقبضه وأخذ من مسائلهم الجدار وهو أولى بالوجوب لأن السقى من باب حفظ الأصل وإبقائه فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل ، وذلك أولى بالوجوب من بناء الساقط لأن إعادة الحائط بعد زواله شبهه بأحداث المنفعة لكن لما كان ردأله إلى ما كان عليه الحق باستيفاء المنفعة ، والحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه مثل الحارس والناظر والدليل على الطريق

والرشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال ، وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طلب السقي لحاجة ملكه اليه أجبر الآخر على التمكن لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطالب دون صاحبه ، وهذا يشمل ما إذا كان [نفع] السقي راجعاً إليهما ، وعلل ذلك في المغنى بأن السقي لحاجته وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فان النفع إذا كان لهما فالمؤونة عليهما كبناء الجدار وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر ففي الاجبار على القطع وجهان ذكرهما في المغنى وعلل الاجبار بأن الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبقيّة والأصل ينحفظ بالقطع فإراعاته أولى ، وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بشجر لرجل وبرقبته لآخر أنه لا يجبر أحدهما على السقي لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشتري في رؤس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما سبق في الوصية بالزرع والتبن

﴿ القاعدة السابعة والسبعون ﴾

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يملكه بالقيمة من ماله ويجبر المالك على القبول وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل ويخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها غراس المستأجر وبنائه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللمؤجر تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نقصه، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثرون ، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء (ومنها) غراس المستعير وبنائه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الإعارة وقلنا يلزم بالتوقيف فالمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة نقله عنه منها وابن منصور ، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد لكن قال في رواية يملك بالنفقة وللمالك القام ابتداء بغير خلاف ، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر وإن لم يكن فيه ضرر فتدرد فيه كلام الأصحاب ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يقلع بدون شرط (ومنها) غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبنائه حيث يتصور ذلك إذا اتزع الشفيع فانه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه وللمالك أن يقلعه أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص (ومنها) غراس المفلس وبنائه إذا رجع صاحب الأرض فالمفلس والغرماء القلع فإن أبوه وطلب البائع

الملك بالقيمة ملكه ، وكذلك إذا طاب القاع مضمونا (ومنها) إذا أصدقها أرضاً فغرس فيها أو بنت ثم طلقها قبل الدخول فطالب الرجوع في نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء قال الحرقى يجبر على القبول ، وقال القاضى يسقط حقه إلى القيمة على قوله فليست المسألة مما نحن فيه فان قيل هذه المسألة والتي قبلها يملك فيهما الغراس والبناء مع الأرض فلا يكو [نا] من صور مسائل القاعدة . قيل بل هما منها فان الشفيع إنما استحق ابتزاع بناء المشتري وغراسه لأنه أحدثه في حال تعلق حقه به ، فكأنه قد أحدثه في ملكه ، وكذلك الزوجة لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لتعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى ، وفي انتقال ملك النصف اليها خلاف مشهور فكذلك [يستحق] الزوج تملكه (ومنها) القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبني فللمالك تملكه بالقيمة كغراس المستعير ولا يقطع إلا مضموناً بالاستناد إلى الاذن ، ذكره القاضى وابن عتيل (ومنها) غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال ، والمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة ولا يقطع مجاناً نقله عنه حرب ويعقوب ابن بختان في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره ، وكذلك نقل عنه محمد بن [ابن] حرب الجرجاني عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخرانه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقطع غرسه ، وحمل القاضى هذه النصوص على أن له القيمة على من غرسه (١) كما في الغرور بنكاح أمة ، قال فاما المستحق الأرض فلا ضمان عليه لانه لم يحصل منه اذن في ذلك ، وهذا مخالف لمذلول هذه النصوص على مالا يخفى وكونه لم يحصل منه اذن لا ينفي كون الغراس محرماً كما تقول فيمن حل السيل إلى أرضه نوى فنبت شجراً انه كغراس المستعير على أصح الوجهين لا يقطع مجاناً لعدم التعدى في غرسه وهو اختياره أعنى القاضى ، وأقرها الباقي في موضع من خلافه رواية ، وكذلك صاحب المحرر ، ولكن الذى ذكره ابن أبى موسى والقاضى في المجرد وتبعه عليه المتأخرون أن للمالك قلعه مجاناً ويرجع المشتري بالنقص على من غرسه والصحيح الأول ولا يثبت عن أحمد سواه ، وهو قول الليث ومالك وأبى عبيد وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما ، لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطى الغراس قيمة غرسه وبين أن يدفع الغراس إليه قيمة أرضه ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز ، لكنه انما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن نفع (٢) قيمة الغراس وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد [القاسم بن سلام]

(١) كذا في نسختي الدار وفي نسختنا : غيره (٢) كذا ولعلها دفع

في كتاب الأموال ، والخلال في كتاب القرعة من الجامع (ومنهـا) غراس الغاصب وبنائوه
والمشهور عن أحد أن للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب ، وعنه رواية ثانية لا يقطع بل يملك بالقيمة
أيضاً ومن حكاهما القاضي وابن عقيل في كتاب الروايتين لها وخرجاها في خلافيهما من مسألة
الصنع ، ونص عليها أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضاً أو داراً وبني فيها قال
يعجبني أن يغرم البناء ، ويغنى لأنه ان أخذ الغاصب بناءً أضرب رب الأرض في الخراب والهدم
ويكون أيضاً ذهب مال الغاصب في الآجر والجص وكل شيء وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد في
رجل أكرى أرضاً فغرس فيها أشجاراً واشترط عليه رب الأرض ان لا يغرس فيها غيره فغرس
فيها شجرة يعني غير ما شرطه وأثمر الشجر وأراد ان يقطع الغراس قال لا يقطع الشجر من الأرض
[لئلا] يضر بهما جميعاً ، وعلى هذه الرواية فلا يقطع الا مضموناً لغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي
وابن عقيل فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنهـا) اذا بنى الوارث في
الأرض الموصى بها قال ابن أبي موسى ان كان غير عالم بالوصية فهو محترم يملك بقيمته غير
مقلوع وجهها واحداً ، وان كان عالماً بالوصية فكذلك ويتوجه ان يقطع بنائه ولم يفرق بين ما قبل
القبول وبعده فان ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فانه ذكر أن من أوصى
لمن لا يعرف حملت وصيته الى الحاكم ليفرقها في أبواب البر ونص أحمد على ذلك أيضاً ولكن
ما ذكره من أن الوارث اذا بنى وهو عالم بالوصية ان بنائه لا يقطع يشكك على ذلك لأنه يكون
كبناء الغاصب ، وأما غير العالم فبنائوه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق ، والمنصوص عن
أحمد في رواية ابن منصور أن البناء المورثه ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم
وذلك يرجع الى أن الموصى له يملكه من حين القبول ، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقبوله
ملكه بالموت فالبنا في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنهـا) من كان في أرضه
نخلة لغيره فالحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي
ورد في ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر صاحبها أن يبيع بأبي فأمره أن يناقل فابى فأمره
أن يهب فابى فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انت مضار ، اذهب فأتع نخلة . قال أحمد كلما كان على
هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فان اجاب والا جبره السلطان ، ولا يضر بأخيه اذا كان ذلك
فيه مرفق له والحديث المشار اليه أخرجه ابو داود في السنن وأورده الخلال في الجامع من وجه
آخر ولا يقال لم يأمره بضمان النقص فيكون كغرس الغاصب فكيف يملك لانا قدمنا الخلاف في
غرس [الغاصب] وايضاً فالامر بالقطع هنا انما كان عند الإصرار على المضاربة والإمتناع من قبول

ما يدفع ضرر المالك ولهذا قال اصحابنا في المستعير اذا امتنع المعير من الضمان مطلقا فطلب قيمة الغراس والبناء اجيب الى ذلك وان طلب القلع وضمان النفس لم يجب ومن ذلك اذا اشترى حيوانا يؤكل واستثنى رأسه أو اطرافه فانه يصح ، فاذا امتنع المشتري من الذبح لم يجب وكان له قيمة المستثنى نص عليه ومن ذلك من ملك ثوباً فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ هل يملك من عاد اليه الملك ويملك الصبغ بالقيمة أم لا قال الاصحاب في بايع المفلس إذا دفع اليه الثوب وفيه صبغ أن له تملكه بالقيمة لانه معد للبيع ولا بد فيكون البائع أولى منه لا اتصاله بملكه ، وأما إن رجع اليه بفسخ بعيب فالمشهور أنه لا يملك تملكه قهراً ، وخرج ابن عقيل وجهاً آخر أنه يملكه بالقيمة من مسئلة الخرق في الصداق حيث قال له تملك الصبغ بقيمته ، ونقل حنبل عن احمد أن المشتري يرد المبيع على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ وهذا يشعر باجبار البائع على دفع قيمته ، وأما الغاصب اذا صبغ الثوب فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهراً أم لا فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصحح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور أنه لا يملك قلعه ويملكه على وجه مضموناً بخلاف البناء والغراس فلا يتخاص من الضرر بدون تملكه فاما الآثار التي يقع بها الشراكة كضرب الحديد مسامير ونجر الخشب ابواباً فان كان ذلك من الغاصب فنص احمد في رواية محمد بن الحكم على أن المالك يدفع اليه قيمة الزيادة ويتملكه عليه وكذا قال ابن أبي موسى والشيرازي لهما جعلاً المردود نفقة العمل دون القيمة

﴿ القاعدة الثامنة والسبعون ﴾

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح تملكه وتخاصه من ملك غيره فان لم يكن ممن دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ماله بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص ، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص وكذا ان وجد ممن دخل النقص عليه إذن في تفريط ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط وإن وجد منه إذن في اشتغال ملكه بماله غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط فوجهان ، ويفرغ على ذلك مسائل كثيرة

(منها) لو باع داراً فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فانه يهدم ويضمن للمشتري النقص (ومنها) لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع فخصده فان لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلها ، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضي

وابن عقيل (ومنها) لو دخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخلت بهيمة غيره رأسها في قدره أو وقع دينار غيره في محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت الدار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار (ومنها) لو حمل السبل إلى أرضه غرس غيره فنبت فيها فقلعه مالكة فعليه تسوية حفره (ومنها) لو اشترى أرضاً فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المقاس والغرماء القلع فعليهم تسوية الحفر وضمان ارش النقص لأنه نقص حصل بنعاهم في ملك البائع ليخاص ماكرهم منه (ومنها) لو غصب نصيلاً وأدخله داره وكبر وتعذر إخراجه بدون هدمها فانها تهدم من غير ضمان لتفريطه، وكذلك اذا غصب غراساً وغرسه في أرضه فانه يقلع ولا يضمن حفره (ومنها) لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه وقلنا يملكه فعليه نقص الثوب بذلك كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه (ومنها) لو اعاره أرضاً للغراس ثم أخذ غرسه فان كان قد شرط عليه القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر لأن المالك رضى بذلك باشتراطه [له] وان لم يشترط عليه القلع فوجهان أحدهما لا يلزمه أيضاً قاله القاضى وابن عقيل لأن الاعارة مع العلم بجواز القلع رضاه بما ينشأ عنه من الحفر والثاني يلزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافي لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل أرش النقص فينبغى أن لا يلزمه التسوية لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك فاما الاعارة للزرع اذا كان عروقه الثابتة تضر بالأرض فقد يقال يجب نقلها وتسوية الحفر لأن الزرع يجبر على تفريغ الأرض منه بخلاف الغرس وقد يقال لا يجب لأن الاذن فيه مع العلم بانه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلعه المعتاد (ومنها) اذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة كان القلع مشروطاً عند انقضائها فلا ضمان وان لم يكن مشروطاً ففيه الوجهان أيضاً ولم يحك صاحب الكافي في الضمان خلافاً وهو ظاهر كلام القاضى في المجرد وعالم بانه قلع غرسه من أرض غيره التي لا يملكه عليها بغير أمره، وجزم صاحب التاخير بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافاً وعلل بأن المالك دخل على ذلك (ومنها) اذا غرس المشتري في الأرض ثم انتزعها الشفيع فقلع المشتري غرسه ففيه وجهان. أحدهما عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقى لأن قلعه في ملك غيره لتخليص ملكه، والثاني لا يلزمه ذلك ذكره القاضى وبه جزم في الكافي معللاً باتقاء عدوانه مع أنه جزم في باب العارية بخلافه والقاضى انما عاله بأنه ملك نفسه من ملك نفسه وهذا انما يكون اذا قلع قبل تملك الشفيع لابعده

(القاعدة التاسعة والسبعون)

الزراع الثابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

القسم الأول أن يزرع عدوانا محضا غير مستند الى اذن بالكلية، وهو زرع الغاصب فالمذهب أن المالك ان أدركه ثابتا في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وان أدركه قد حصد فلاحق له فيه، ونقل حرب عن أحمد أن له تملكه أيضا، وهم أبو حفص العكبري ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها بناء على أن الزرع ثبت على ملك مالك الأرض ابتداء والمعروف في المذهب خلافه والمعتمد عند الأصحاب في المسئلة هو حديث رافع بن خديج، وقد احتج به أحمد تارة ، وقال تارة ما أراه مفضوذا وذكر فيه حديثا آخر مرسل من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية ، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفرق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقطع غرسه كما دل عليه قوله ايس لعرق ظالم حق فان الزرع يتلف بالقطع فقلعه فساد بخلاف الغرس ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بان المتولد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون ملكا للمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقا من مائهما وبطون الأمهات بنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا سمي النساء حراثا ولعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره فجعل الولد زرعاً وهو لما لك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينعقد من المائتين ثم يغتذى من دم المرأة فأكثر أجزائه مخلوقة من الأم كذلك البذر ينحل في الأرض وينعقد الزرع من التربة والحبة ثم يغتذى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض وانما خير مالك الأرض بين تملكه وبين أخذ الاجرة لانه قابل لاستيفائه بقدر الاجارة بخلاف الايلاد وجبر حق صاحب البذر باعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوما بخلاف ما يحتاج منه الولد فانه لاقيمة له فلذلك لم يجب لاحد الابوين شيء وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين في الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقى رجل في أرض رجل شيئا مما تنبت الماء دن لكان الخارج منه لرب الأرض كالتاج والزرع وهذه الطريقة سالكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه

القسم الثاني، ان يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه كمن استأجر لزراع شعير فزرع ذرة أو دخان فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لتعديده بزرعه فانه غير مستند الى اذن والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله ان عليه ضمان أجره المثل للزيادة ولم يذكر تملكه فان هذا الزرع بعضه مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه خسر مأذون فيها، وهي غير متميزة فكيف يملك

المؤجر الزرع كله . وقد يبنى ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسماة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان ؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقى ، والقاضى والثانى اختيار ابن عقيل وحكاية القاضى عن أبى بكر وكلامه فى التنبيه موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يملك المؤجر الزرع كله وعلى الثانى يتوجه ذلك فكيف جزم القاضى بتملكه مع اختياره للوجه الأول فى الضمان . ولو استأجر لأزرع مدة معينة فزرع فيها مالا تنهى فى تلك المدة ثم انقضت فقال الأصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الغاصب للعدوان ، ثم ان القاضى وابن عقيل قالاه عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بجار على قواعد المذهب فانما المالك مخير بين تملكه وتركه بالأجرة فاما القلع فلا

القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد من له ولاية العقد كالمالك [والوكيل] والوصى والناظر اما بزراعة فاسدة أو باجارة فاسدة . فقال الأصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لرب الأرض أجرة مثله . وذكر القاضى فى خلافه أن أحمد نص عليه فى رواية حرب فى البيع الفاسد وانما رواية حرب فى الغرس . وذكره الخرقى أيضا فى المازاعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند الى اذن من له الاذن فلا يكون عدوانا ويحتمل أن (١) هذا التفريق بين إذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالوصى فلا يعتبر اذنه لانتفاء المصلحة فى العقد الفاسد ويحتمل أيضا التفريق بين عقود الملك كالبيع وعقود التصرف بالاذن كالمزاعة لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الاذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري فى العقد الفاسد بخلاف عقود التصرف فان الاذن موجود فى صحيحها وفاسدها ولذلك صححنا التصرف فى فاسدها وقد ورد فى ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعي عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد ، عن اربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبل الأرض ، وقال الآخر قبل الفدان ، وقال الآخر قبل البذر ، وقال الآخر على العمل . فلما استحصد الزرع تفاوتوا فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم ، وجعل لصاحب الفدان شيئا معلوما ، وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال فى رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره . وقال ابو داود سمعت احمد ذكر هذا الحديث قال هو منكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لصاحب الأرض ، وفى هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر ، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الامام

(١) فى نسختى الدار : على هذا التفريق

أحمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض في الاجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة. وقال في رواية إبراهيم بن الحارث الحديث حديث أبي جعفر الخطمي يشير الى ما رواه أبو جعفر عن سعيد بن المسيب. قال قال كان ابن عمر لا يرى بها يعني المزارعة بأساً حتى بلغه عن رافع بن خديج حديث فلقية فقال رافع أتى النبي ﷺ بنى حارثة فرأى زرعاً فقال : « ما أحسن زرع ظهير ، اليس أرض ظهير ؟ » قالوا بلى ولكنه أزرعها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » أخرجه أبو داود والنسائي ولأبي داود معناه من حديث عبد الرحمن بن أبي انعم عن رافع بن خديج والدارقطني نحوه من حديث عائشة ، ولابن عدي معناه من حديث جابر وفيها ضعف ، وكل هذه وارد في المزارعة الفاسدة لا في الغصب وقد رجح الإمام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي اسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج فيمن زرع في أرض قوم بغير اذنهم ، وقال الحديث حديث أبي جعفر وقال في رواية أبي داود أبو اسحاق زاد فيه زرع بغير اذنه وايس غيره يذكر هذا الحرف فقد بين أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة أن يملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون الغصب لاسيما وقد انكر حديث جعل الزرع لرب البذر وصرح بأن العمل على غيره . وقد خرج الشيخ تقي الدين وجها في المزارعة الفاسدة أنها تملك بالنفقة من زرع الغاصب وقد رأيت أن كلام أحمد إنما يدل عليه لا على خلافه

القسم الرابع أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم تبين بخلافه مثل أن تبين الأرض مستحقة للغير فالمنصوص أن المالك الأرض تملكه بالنفقة ايضاً نقله عنه الاثرم وإبراهيم بن الحارث (ومنها) وهذا متوجه على قول القاضي ومن وافقه أن غرسه وبناءه كغرس الغاصب وبناءه ، وأما على المنصوص هناك أن غرسه وبناءه محرم كغرس المستعير والمستأجر وبناءها فيتوجه على هذا أن يكون الزرع للمالك وعليه الأجرة (١) ويرجع بها على الغاصب لتقديره ، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقي الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على أصله في إيجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك ولا يمكن لا نعلم به قائلًا ، ثم وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب . وفي أجرة ما بناه في الأرض المنصوبة وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة . ويشهد لهذا الوجه أن الزرع النابت في أرض الغير بما حمله السيل للمالك مبقى (١) هنا بالأجرة لحصوله من غير عدوان ولا تفريط ، وإن كان الاذن متفياً وههنا مثله ويحتمل أن يملكه مالك الأرض ايضاً كما ازروع بعقد فاسد على ما دل عليه كلام أحمد وليس

الامتناع من قلع الغرس مجانا منافيا لتلك الزرع فان المانع من القاع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو معذور لغرضه وهو يتعذر عليه الرجوع على الغاصب والمقتضى ان ملك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يتملك غراسه وإن قيل باحترامه

القسم الخامس أن يزرع في أرض يملكها أو بأذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها ، وهو نوعان : أحدهما أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته فالزرع للمالك ولا أجر عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال . ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته . ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفلس فان للبائع الرجوع في الأرض والزرع للفلس . ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم . وقتلناه الرجوع فان الزرع مبقى بغير أجر إلى أوان أخذه وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره . يبيع أو غيره يكون الزرع بغير أجر مبقى فيها إلى أوان أخذه . والنوع الثاني أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلى غيره . ومن أمثلة ذلك الوقف اذا زرع فيه اهل البطن الأول أو من أجروه ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم ، فان قيل إن الاجارة لا تنفسخ وللبطن الثاني حصتهم من الاجرة فالزرع مبقى للمالك بالاجرة السابقة ، وإن قيل بالانفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فتبقى بالاجرة إلى أوان أخذه . وقد نص احمد عليه في رواية مهنا في مسألة الاجارة المنقضية وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل زارعة بين المزارع ورب الأرض لنموه من أرض أحدهما وبذر الآخر ، وكذلك أفتى في الاقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر الزرع قائم فيها (ومنها) الشفع اذا انتزع الأرض وفيها زرع للشعير فهو محترم وهل يستحق أجره المثل على المشتري على وجهين : أحدهما لا يستحق شيئاً وهو المذكور في المغنى والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقه ببيع الأرض المزروعة فان الأخذ بالشفعة نوع ببيع قهري : والثاني له الاجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وهو أظهر لأن حق الشفع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليهما جميعاً وفي ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز.

القسم السادس حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الاذن من المالك فيملك بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر من بعد انقضاء المدة لانتفاء العبدوان من صاحب البذر على وجهين ، أشهرهما أنه كزرع المستعير وهو

اختيار القاضى وابنه أبى الحسن وابن عقيل وذكره أبو الخطاب عن احمد لكن هل يترك فى الارض
بجانا أم بأجرة على وجهين : أحدهما أنه يترك مجانا قاله القاضى وابن عقيل لأنه وإن انتفى عنه إذن
المالك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان ولا أنه حصل فى الأرض بغير تفريط فهو كالقائم فى الأرض
المبيعة . والثانى له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن احمد لأنه زرع حصل ابتداءه فى أرض الغير بغير
إذن فأوجب الأجرة على المشتري من الغاصب وهو لا يعلم

القسم السابع من زرع فى أرض غيره باذن غير لازم كالأجرة ثم رجع المالك فالزرع
مبقى لمن زرعه إلى أوان حصاده بغير خلاف لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا على
وجهين أشهرهما الوجوب وهو قول القاضى وأصحابه . والثانى انتفاء لأنه دخل على الانتفاع بغير
عوض ، وهو اختيار صاحب المحرر وظاهر كلام احمد فى رواية صالح يشهد له

القسم الثامن من زرع فى ملكه الذى يمنع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر
بالمستأجر وبالمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب : وكذلك غراسه
وبناؤه فيقلع الجميع ذكره القاضى فى خلافه وإنما قلع الزرع منه لأن مالك الأرض هنا هو الزارع والمتعلق
حقه بها لا يمكنه تملكه لعدم ملكه فيتعين القلع وفيه نظر أما فى الرهن فيمكن أن يقال إن نقص
الأرض ينجر برهنية الزرع فانه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من اتلاف
مال الراهن ، وقد صرح القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول بأن الغراس الحادث فى الأرض
المرهونة بنفسه أو بفعل الراهن يكون رهنا لأنه من نمائها والزرع مثله ولو قيل انه لا يدخل فى
الرهن فيجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما نقص من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنا
وقد وقع فى كلام أحمد فى رواية ابن منصور وكلام ابن أبى موسى ما يدل على جواز انتفاع
الراهن بالرهن باذن المرتهن وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنا وهذا فى معناه وأما المستأجر ولا سيما
ان كان استأجر المزروع فيجوز أن يقال له يملك الزرع بنفقته اذ هو مالك المنفعة كما قد يقال مثله
فى الزرع فى أرض الوقف إن الموقوف عليه يملكه بالنفقة تملكه منفعة الأرض ويحمل تخرج ذلك
على الوجهين فى تملك الموقوف عليه للشعفة بشركة الوقف على طريق من علل ثبوت الشعفة
بكونه مالكا وانتفاءها بتصور ملكه فكذلك هنا ، وكذا القول فى تملكه للغراس والبناء وعلى هذا
يتخرج مالو غصب الأرض [الموصى بمنافعها] أو المستأجرة وزرع فيها فهل يملك الزرع مالك الرقة
أو مالك المنفعة ؟

﴿ القاعدة الثمانون ﴾

ما تكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر فيه وجهان وينبنى على ذلك مسائل :

منها هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا إن الحقناها بالشجر لتكرر حملها جاز فيه صرح القاضي وابن عقيل في موضع وفرقا في موضع آخر بين ما يتباقي منها سنين كالقطن الحجازي فيجوز بيع أصوله ، ومالا يتباقي السنة ونحوها لا يجوز بيعه الا بشرط القطع الا أن تباع معه الأرض كالزرع ورجح صاحب التلخيص أن المقائي ونحوها لا يجوز بيعها الا بشرط القطع فانها مع أصولها معرضة للآفات كالزرع وهو مقتضى كلام الحرق وابن أبي موسى (ومنها) اذا باع الأرض وفيها هذه الأصول فإن قلنا هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الاطلاق أم لا وفيه وجهان، وإن قلنا هي كالزرع لم تدخل في البيع وجها واحدا وللأصحاب في المسئلة أيضا طريقتان: إحداهما أن حكمها حكم الشجر في بقية الأرض وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر : والثانية أنها تتبع وجها واحدا بخلاف الشجر لأن تبقيتها في الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهي كالمنبوذات وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب المغنى وعلى ما قررناه أولا يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لا تتبع وجها واحدا كالزرع (ومنها) اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر حمله فإن قيل هو كالشجر فللمالك قلمه بجانا وإن قيل هو كالزرع فللمالك تملكه بالقيمة وفي المسئلة وجهان المذكوران في المغنى (ومنها) لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلقت بجائحة قبل القطع فإن قيل حكمها حكم ثمر الشجر تلت من ضمان البائع ، وإن قيل هي كالزرع خرجت على الوجهين في اجاحة الزروع (ومنها) لو ساقى على هذه الأصول فإن قيل هي كالشجر صحت المساقاة وإن قيل هي كالزرع فهي مزارعة

﴿ القاعدة الحادية والثمانون ﴾

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة الى من انتقل الملك عنه بالمفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا والمنصوص عن أحمد أنه لا يتبع وهو الذي ذكره الشيرازي في المبهج ، ولم يحكم فيه خلافا وهو اختيار ابن عقيل صرح به في كتاب الصداق والشيخ تقي الدين ويتبع الاصل في التوثقة والضمان على المشهور وينتخرج على ذلك مسائل :

(منها) المردود بالعيب اذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عند

الاصحاب ان الزيادة للبائع تبعا لاصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئا وخرج ابن عقيل بان
 الزيادة للمشتري وكذلك قال الشيرازي وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء وكذلك ذكره
 الشيخ تقي الدين وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب اذا اشترى غنما فنمت ثم استحققت
 فالنماء له قال وهذا يعم المنفصل . والمنفصل قلت وقد نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل
 صريحا كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة فنمت عنده وكان بها داء فان
 شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الداء وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء وتأولها القاضي
 على أن النماء المتصل يرد معها وهو ظاهر الفساد لأن الضمير في قوله رجع يعود الى المشتري وفي
 قوله عليه يعود الى البائع وإنما يرجع المشتري على [البائع بقيمة] النماء المنفصل ، ووجه الاجبار هنا على
 دفع القيمة ان البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها فكذلك نماءها المتصل بها يتبعها في حكمها وان
 لم يقع عليه العقد والمردود بالاقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك الا أن يقال الفسخ للخيار وقع
 للعقد من أصله بخلاف العيب والاقالة وقد صرح بذلك القاضي وابن عقيل في خلافهما وفيه بعد
 ومنهم المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما نماء متصلا قال القاضي
 وأصحابه يرجع به ولا شيء للفلس وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرجوع وهو مأخوذ مما روى
 الميموني وإسحاق بن إبراهيم عن أحمد اذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزيادة والنقصان،
 ولفظ رواية إسحاق قيل له فان كان زاد أو نقص يوم اشتراه قال هو أحق به زاد أو نقص ، وهذا
 يجتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه وان استبعد ذلك فليس في استحقاق الرجوع ما ينافي
 مطالبته بقيمة الزيادة كما لو كانت الزيادة صبغاً في الثوب . وقال الخرقى ليس له الرجوع وذكّر القاضي في
 كتاب الهبة من خلافه أنه منصوص عن أحمد فيكون أسوة بالغماء كما لو طلق الزوج قبل الدخول وقد
 زاد الصداق زيادة متصلة وفارق الرد بالعيب عند من سلمه لأن الرد بالعيب قدرضى المشتري برده بزيادته
 بخلاف المفلس . ولأن الرد بالعيب استند الى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند الى سبب حادث
 وهو حكم الحاكم وهو شبهه بالطلاق قبل الدخول وينتقض الاول بما لو اشترى عبد أثوب فوجد
 صاحب الثوب به عيبا فانه يردّه ويأخذ العبد وان كان قد سمن . والثاني بما لو باعه عينا بعد أفلاسه
 وقبل حجر الحاكم فان حجره انما هو معتبر لثبوت المفلس وظهوره . وقد سبق نص أحمد بذلك
 وأيضاً فلو باعه بعد الحجر ولم يعلم فانه يرجع بها في أحد الوجهين . وفرق الأولون بين رجوع
 البائع ههنا وبين الصداق بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع الى بدله تاما بخلاف البائع فانه لا يمكنه
 الدخول الى حقه تاما إلا بالرجوع ، هذا ضعيف لان اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من

العين لو كان ثابتاً ثم يبطل بما لو كانت الزوجة مفلسة فإن حقه لا يثبت في العين فبطل الفرق ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع ههنا ويرد قيمة الزيادة كما لو صبح المقياس الثوب (ومنها) ما وهب الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة فهل يمنع رجوع الأب أم لا على روايتين معروفتين. والمنصوص عن أحد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع وعلى القول بجوازه فلا شيء على الأب للزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض يتملك لها (ومنها) إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع في نصفه وسقط حقه منه إلى قيمة النصف ذكره الخرقى ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه حتى جعله القاضي في المجرد رواية واحدة وفرق بينه وبين البائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله والطلاق قاطع للنكاح من حينه فلا يكون للزوج حق في الزيادة وهذا ممنوع فإن الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه أيضاً فهو كالطلاق، وخرج صاحب المحرر الرجوع في النصف بزيادة انتصلة من الرواية المحكية عن أحد في الرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى. وسند كراصل هذه الرواية فيما بعد إن شاء الله تعالى ويتخرج فيه وجه آخر بالرجوع في النصف بزياته ويرد قيمة الزيادة كما في الفسخ بالعيب على ما تقدم. وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها. وإن لم يمكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الاضداد (ومنها) إذا اشترى قصيلاً بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتد أو ثمر أو لم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يبطل البيع بذلك أم لا فيه روايتان: أشهرهما أنه يبطل وهو اختيار الخرقى وأبي بكر وابن أبي موسى والقاضي والأكثري وللبلان مأخذان أحدهما أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فبطل البيع كتأخير القبض في الرويات ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم، ووسائل المحرم ممنوعة وبهذا علل أحمد في رواية أبي طالب: والمأخذ الثاني أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تاف فان تلفه في هذه الحال يبطل البيع لضمائه على البائع فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وظاهر كلام الخرقى، ويكون تأخيره إلى ما قبل ذلك جائزاً وقد نص أحمد في روايته الحسن بن بواب على أنه إذا أخره حتى تاف بعاهة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللاً بأن هذا نشأ في ملك البائع ونخذه فلما علل بانفصاله للملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلفه وكان التأخير تفريطاً ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه لانتهى في بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضي في المجرد: وعلى المأخذ الثاني

يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين الا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كالיום واليومين ونص على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوفة وهى طريقة أبى بكر عبد العزيز والقاضى فى خلافه وصاحب المغنى وبمثل ذلك أجاب ابو الحسن الجزرى فيمن اشترى خشبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ ان البيع يفسخ ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به فى المجرى والمغنى وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بنظر اشكال واما على الاول فيحتمل ان يكون على المشتري لأن ملكه انما يفسخ بعد بدو الصلاح وفى تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ على رأى من يرى جواز اقتران الحكم ومانعه كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الاصحاب فيه خلافا لأن الفسخ يبدو الصلاح استند الى سبب سابق عليه وهو تاخير القطع وقد يقال يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التاخير ونقل أبو طالب عن احمد فيما اذا تركه حتى صار شهيرا إن اراد حيلة فسد البيع فمن الاصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالاطلاق مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل استناده للتبعية (١) كابن عقيل فى التذكرة ومنهم من قال بل متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه كصاحب المغنى. ومنهم من قال قصد الحيلة إنما يؤثر فى الاثم لا فى الفساد وعدمه وهى طريقة القاضى، وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تمييزها فى نفسها وهى تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة [بعده]، كذلك قال القاضى فى المجرى ونص عليه احمد فى رواية ابن منصور على ما سياتى، وهو متمش على المأخذ الثانى فى الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الاول فالزيادة هى تفاوت ما بين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشتري وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم فى الكافى وحكاها فى المغنى احتمالا عن القاضى، وبقي الكلام فى حكم الزيادة على الروایتين أما على رواية الانفساخ ففيها روايتان : احدهما أنها للبائع وهى اختيار ابن أبى موسى والقاضى ونقلها أبو طالب وغيره عن احمد لأن البيع متى انفسخ يعود الى بائعه بنائه المنفصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه نماء من يتيقنه فى ملكه لحقه فيه أقوى، والثانية يتصدقان بها مع فساد البيع قال القاضى فى المجرى والروایتين نقلها حنبلى قال وهى محمولة عندى على الاستحباب بوقوع الخلاف فى صحة العقد وفساده ومستحق النماء فاستحب الصدقة به وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال هى سهو من القاضى، قال وإنما ذكرها القاضى فى خلافه

(١) فى نسخى الدار : اشتداده للتبعية

مستدلاً بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق البائع بالفضل لأنه نما في غير ملكه، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة في الردود بالعيب ونحوه، لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع بخلاف الرد بالعيب ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع الى القول بأن الزيادة المتصلة لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري، وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ولولا ذلك لانفرد بها المشتري وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فاما الزرع فلم يذكر فيه خلافاً [الا] أن الزيادة البائع وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات أحدها أنما يشتركان بينهما [فيها]، نقلها أحمد بن سعيد لحدوثها على مالكيها كما سبق وحملها القاضي على الاستحباب ولا يصح، وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكي فيمن اشترى [خشباً] للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ، والثانية يتصدقان بها واخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضاً في المجرى و[كتاب] الروايتين ثم قال وهذا عندي على الاستحباب المنهى عن ربح مالم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب المغنى الى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها، ولحدوثها بجهة محظورة ويشبه هذه الرواية ما نص عليه أحمد في ربح مال المضاربة اذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح مالم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع نقلها القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلاً فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان للبائع صاحب الارض قيل له وكذلك النخل اذا اشتراه ليقلمه فطلع؟ قال كذلك في النخل فان كان فيه زيادة فهو لصاحب الارض البائع، ووجهه القاضي بأن الزيادة من [نماء] ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلغى تصرفه فيه لكونه محظوراً كذلك ههنا ويمكن ان يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب انما له آثار عمل فألغيت وهنا للمشتري عين مال نمت فكيف يسقط حقه من نمائها، ويحجب عنه بأن المشتري إنما يستحق بالامد ما وقع عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حوله فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده. وحمل القاضي قول أحمد ههنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقلمه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها، وقال الشيخ مجد الدين ويحتمل عندي ان

يقال بان زيادة الثمرة في صفتها للمشتري وما طال من الجزة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضى خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد وللبائع مع فسادها ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافاً ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص احمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق ازالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجوب الاجرة للبائع الى حين القطع لكان أقرب كما أفق به ابن بطنة فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه في أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الأرض اجرة أرضه للسدة التي تركها فيه وأخذ من غرس الغاصب ولكن تبقى الشجر في الأرض له اجرة معتبرة وللمالك الزرع فاما تبقى الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له اجرة بحال ذكره القاضى في التفليس وحكم العرايا اذا تركت في رؤوس النخل [حتى أثمرت] حكم الثمر اذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضى وأكثر الاصحاب ، ومنهم من لم يحك خلافاً في البطلان في العرية بخلاف الثمر والزرع كالحلواني وابنه ويفرق بينهما بان يبيع العرايا رخصة مستثناة من المازانة المحرمة شرعت للحاجة الى أكل الرطب وشرائه بالثمن فاذا (١) ترك حتى صار تمرأ فقد زال المعنى الذي شرعت لاجله الرخصة وصار يبيع تمر بتمر فلم يصح الا بتعيين (٢) المساواة والله أعلم . وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره فلم يكن موجوداً حين الايجاب أو ما يقوم مقامه فن ذلك الموصى به اذا نما منفصلاً (٣) بعد الموت وقبل القبول فانه يتبع العين اذا احتمله الثالث ذكره صاحب المغنى ، وقال صاحب المحرر ان قلنا لا ينتقل الملك الا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثالث ، وان قلنا ثبتت من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه ومنه الشقص المشفوع اذا كان فيه شجر فتمى قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذ بنمائه بالثمن الذي وقع عليه العقد ولا شيء عليه في الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فتمى وقلنا يتبع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيهما ولو تابر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع ففى تبعيته وجهان لتعاق حقه بالطلع ونمائه (ومنه) لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نمى عند المشتري نماءً منفصلاً (٤) حتى زادت قيمته فانه ياخذ بالثمن الذي اشتراه به ولا شيء عليه لازيادة فنص عليه أحمد في رواية مهنا ، وأما تبعية النماء في عقود التوثيق فانه يتبع في الرهن وأموال الزكاة والجاني في التركة المتعلقة

(١) في ٧١١ بالتمر (٢) وفيها : يتيقن (٣) ، (٤) وفيها : متصلاً

بها حقوق الغرماء ، وان قيل بانتقالها الى الورثة لان التعاقق فيها إما تعاقق رهن أو جنائية والنماء المتصل تابع فيهما صرح القاضى وابن عقيل بذلك كله متفرقا فى كلامهما ، وأما عقود الضمان فتتبع فى الغصب على ظاهر المذهب وحكى ابن أبى موسى فيه رواية أخرى أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث فى يد الغاصب مضموناً اذا رد الاصل كما قبضه وقياسه العارية لان الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الاصل كنماء العين المستأجرة وتتبع أيضا فى الصيد الذى فى يد المحرم وفى نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان معرفان

(القاعدة الثانية والثمانون)

والنماء المنفصل تارة يكون متولدا من عين الذات كالولد والطلع والصوف والابن والبيض وتارة يكون متولداً من غيرها واستحق بسبب العين كالمر والارش والحقوق المتعلقة بالاعيان ثلاثة : عقود فسخ وحقوق يتعلق بغير فسخ ولا عقد فاما العقود فاما حالتان احدهما [أن ترد] على الاعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء وسواء كان من العين أو غيرها الا ما كان متولدا من العين فى حال اتصاله بها واستتاره وتعيبه فيها باصل الحلقة فانه يدخل تبعاً كالولد والابن والبيض والطلع غير المؤبر او كان ملازماً للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف فانها تلحق بالمتصل فى استتباع العين وفى المجرد والفصول وجه فى الرهن انه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه ولا ورق الشجر المقصود وهو بعيد ، أما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف الا فى التدبير فان فى استتباع الاولاد فيه روايتين ، والحالة الثانية ان يحدث النماء بعد ورود العقد على العين فينقسم العقد الى تملك [وغيره] . وأما عقود التملك المنجزة فما ورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فانه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعق وعوضه وعوض الخلع والكتابة والاجارة والصداق وغيرها وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين ، وفى استتباع الاولاد وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب وما ورد فيها على المنفعة المجردة فان عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها الا الولد فان فيه وجهين مصرح بهما فى الوقف ومخرجان فى غيره بناء على انه جزء أو كسب وفى ارش الجنائية على الطرف بالاتلاف احتمالان مذكوران فى الترغيب هل هو للموقف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وقفا كبذل الجملة فان كانت الجنائية بغير اتلاف فالارش للهوقوف عليه

وجها واحدا وان كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبد كالأجارة فلا تتبع فيه شيئا من النماء المنفصل
بغير خلاف وأما عقود غير التمليكات المنجزة فنوعان أحدهما [ما] يؤول إلى التملك فما كان منه لازما
لا يستقل العاقد (١) أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها
ويندرج في ذلك صور :

(منها) المكاتبه فيملك اكتسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد (ومنها) المكاتب يملك
اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من أمته ولا يتبعه ولده من أمة لغيره
(ومنها) الموصى بعقده إذا كسب بعد الموت وقبل اعتناق الورثة فإن كسبه له ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر لأن اعتناقه واجب لحق الله تعالى ولا يتوقف على قبول فهو
كالعتق بخلاف الوصية لمعين وقال صاحب المغنى في آخر باب العتق كسبه للورثة كأم الولد ولكن
يمكن التفريق بينهما بأن أم الولد مملوكة لسيدها والموصى بعقده غير مملوك للورثة لأن الوصية تمنع
انتقاله إليهم ، وإذا قيل هو على ملك الميت فهو ملك تقديرى لا يمنع من استحقاق الكسب فلو كان
أمة فولدت قبل العتق وبعد الموت تبعها الولد كأم الولد هذا هو الظاهر ، وقال القاضي في تعليقه
لا يعتق (ومنها) المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبدته ان مت ثم دخلت الدار فانت
حر أو انت حر بعد موتى بسنة وصححنا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للورثة ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى كأم الولد بخلاف الموصى بعقده . لأن ذلك وجب عتقه في الحال
وهذا يتردد في وجود شرط عتقه فإنه قد يجزى الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة حتى ذكر
في المغنى في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين وصرح صاحب المستوعب بأنه
باق على حكم ملك الميت لا ينتقل إلى الورثة كالموصى بعقده . وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل
من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعقده قبل العتق ، وأما ان كانت أمة
وولدت بعد الموت فهو تابع لها كأم الولد صرح به القاضي وابن عقيل وهو متوجه سواء قيل
إن هذا العقد تدبير كقول ابن أبي موسى والقاضي في خلافه أو قيل إنه تعليق كقول القاضي
في المجرد وابن عقيل فإنه تعليق لازم مستقر لا يمكن إبطاله فهو كالمكتوبة ، وهذا يشهد لما ذكرنا
من تبعية الولد في التي قبلها (ومنها) الموصى بوقفه إذا نوى بعد الموت وقبل إيقافه فافق الشيخ تقي
الدين أنه يصرف منصرف الوقف لأن نماءه قبل الوقف كنيته بعده (ومنها) (٢) ما نقل يعقوب بن
بختان وإبراهيم بن هاني عن أحمد فيمن جعل مالا في وجوه البر فاتجر به الوصى قال ان ربح

(١) في نسختنا العقد (٢) هذه الفقرة ليست في نسختي الدار

جعل ربحه مع المال فيما أوصى به وإن خسر كان ضامنا ، فهذا إن كان مراده إذا وصى بتفرقة عين المال فواضح وإن كان وصى أن يشتري فيما ينمو ويوقف أو يتصدق بنمائه كان مخالفا لما أفتى به الشيخ (ومنها) الموصى به لمعين يقف على قبوله إذا نهي بعد الموت وقبل القبول نماء منفصلا فينبى على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للميت أو للموصى له ، وفيه ثلاثة أوجه فإن قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه وإن قيل هو على ملك الميت فنمائه من التركة وإن قيل إنه للموصى له بمعنى أنا تبين بقبوله ملكه بالموت أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنمائه كله للموصى له (ومنها) النذر والصدقة والوقف إذا لزم في عين لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أنه يشتري شيئا من نتائجها نص عليه أحمد في الصدقة والوقف في رواية حنبل . ولو اشترى عبدا فاعتقه ثم بان به عيب فاخذ أرشه فهل يملك لنفسه أو يجب عليه صرفه في الرقاب على روايتين ، وخص القاضى الروايتين بالعق عن الواجب إذا كان العيب يمنع الاجزاء إلحاقا للأرش بالولا . ولو اشترى شاة فواجبها أضحية ثم أصاب بها عيبا فاخذ أرشه اشترى به أضحية فإن لم يمكن تصديق به ذكره القاضى وفرق بينه وبين العتق بأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد وقد حصل والقصد من الأضحية إيصال لحمها إلى المساكين فإذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم فوجب رد أرشه عليهم جبرا [وتكميلا] لحقهم وفي الكافي احتمال آخر أن الأرش له كفا في العتق وأما الهدى والأضاحي إذا تعين فإن قيل إن ملكه لا يزول بالتعيين كقول القاضى والاكثرين فهو من هذا النوع وإن جاز إبداله لأن إبداله نقل للحق لا إسقاط له كالوقف ويتبعه نمائه منه كالولد فإذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبعية أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما هو أضحية قاله في المغنى فيجوز أن يأكل منه كامه والثاني ليس بأضحية قاله ابن عقيل قال وإن تصدق به صحيحا فهل يجزى ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حذو الأم والأشبه بكلام أحمد أنه أضحية فإنه قال في رواية ابن مشيش يذبحها ولدها عن سبعة وقال في رواية ابن منصور يبدأ بإيهما شاء في الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ إلا بالأم وعلى هذا فهل يصير الولد تابعا لأمه أو مستقلا بنفسه . حتى لو باع أمه أو عابت وقلنا يرد إلى ملكه فهل يرجع ولدها معها على وجهين ذكرهما في المغنى ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب في الذمة على الصحيح وفيه وجه آخر أن الممينة عما في الذمة لا يتبعها ولدها لأن الواجب في الذمة واحد والصحيح الأول لأنها بالتعيين صارت كالممينة ابتداء وأما اللبن فيجوز شربه ما لم يمجئها للنص ولأن الأكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعها ومن درها وظهرهما فأما الصوف فنص أحمد على كراهة جزئه إلا أن يطول ويكون جزؤه

نفعا لها ، قال الأصحاب ويتصدق به وفرقوا بين الصوف واللبن بان الصوف كان موجودا حال ايجابها فورد الايجاب عليه واللبن يتجدد شيئا بعد شيء فهو كمنفعة ظهرها ، وقال القاضي في المجرد ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به وذكر ابن الزاغوني أن اللبن والصوف لا يدخلان في الايجاب وله الانتفاع بهما اذا لم يضر بالهدى وكذلك قال صاحب التلخيص في اللبن ولو فقأ رجل عين الهدى المعين ابتداء أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضي في خلافه وان قيل بزوال ملكه بالتعين كقول أبي الخطاب فهو من قسم التمليكات المنجزة كالعتق والوقف وان جاز الانتفاع ببعض منافعه كمن وقف مسجدا فانه ينتفع به مع جملة المسلمين وأما ما كان منها غير لازم وهو [١٠] يملك العاقد ابطاله إما بالقول او تمتنع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب ابدال فلا يتبع فيه النماء من غير عينه ، وفي استتباع الولد خلاف ، ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المدبرة فانه يتبعها ولدها على المذهب المشهور وعنه رواية أخرى لا يتبعها وزعم أبو الخطاب في انتصاره أن هذا الخلاف نزل على أن التدبير هل هو لازم ام لا . فان قيل بلزومه تبع الولد والا لم يتبع وإني أكثر الأصحاب ذلك وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون يكون مدبرا بنفسه لا بطريق التبعية بخلاف ولد المكاتب وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقتلنا له ذلك بقى الولد مدبرا هذا قول القاضي وابن عقيل ، وقال أبو بكر في التبني بل هو تابع محض لها ان عتقت عتق وان رقت رقت وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضا (ومنها) المعلق عتقها بصفة اذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففي عتقها معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه الصفة لأنه تابع محض (ومنها) الموصى بعتقها او وقفها اذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره القاضي في الموصى بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تتبع في الوصية بالوقف بناء على أن المقلب فيه شوب التحرير دون التملك (ومنها) المعلق وقفها بالمرت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام أحمد من رواية الميموني [صارت كالمستواة فينبغي أن يتبعها ولدها وان قلنا ليس بل لازم وكلام أحمد في آخر رواية الميموني] (١) يشعر به حيث قال ان كان تناول وشبهه بالمدير يعني أنه يتبعه فهل يتبعها الولد كالمدير أولا ينبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التملك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين .

النوع الثاني عقود لغير تملك العين فلا يملك بها النماء بغير اشكال اذا الاصل لا يملك فالفرع أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا ام غير

مضمون فإن كان العقد وارداً على العين وهو لازم فتحكم النماء حكم الأصل ، وإن كان غير لازم أو لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تاييد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخل في العقد وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان أحدهما : أنه تابع له فيها . والثاني أن شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان أو الائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المرهون فنياؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمرة والولداً من كسبه كالأجرة أو بدلاً عنه كالارث وهو داخل معه في عقد الرهن فتملك الوكيل في بيع الرهن ببيعته معه وإن كان حادثاً بعد العقد والتوكيل (ومنها) الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يارمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخلية فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليها رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد (ومنها) المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له أمساكه بغير استئذان مالكة تبعاً لأصله جعلاً للاذن في إمساكه أصله إذا في أمساكه نمائه أم لا كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين (ومنها) الوديعة هل يكون نمائها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره على الوجهين أيضاً (ومنها) العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله والثاني ليس : مضمون لأن أصله إنما ضمن لأمساكه للانتفاع به [في باب الرهن] والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقال في كتاب الغصب إن في ولد العارية وجهاً واحداً (ومنها) المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمننت لقبضها بسبب الضمان والتملك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه (ومنها) المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بأنه إنما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة (ومنها) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة هنا كتعلق الجنانية فلا

يسرى (ومنها) لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان فاكل من لبنه أو يبيضه لم يحنث لان العقد لم يتعلق ذكره القاضى فى خلافه فان اليمين ليست لازمة بل يخير الحالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيرها [وهذا] بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فانه يحنث باكل لبنها لانه لا يؤكل منها فى الحياة عادة الا اللبن فاما نتاجها ففيه نظر .

(فصل) هذا حكم النماء فى العقود وأما فى الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففي تبعيته فيها روايتان فى الجملة ترجعان الى ان الفسخ هل هو رفع للعقد من اصله او من حينه والاصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها فانه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة على وجهين اظهرهما لا يرجع والثانى يرجع واختاره القاضى فى خلافه (ومنها) المبيع فى مدة الخيار اذا نمت نماء منفصلاً ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع ام لاخرجه طائفة من الاصحاب كصاحب التلخيص والمستوعب على وجهين كالفسخ بالعيب ، وقد ذكر القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده ان الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله لانه لم يرض فيه بازوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل فى الخيار بخلاف العيب (ومنها) الاقالة اذا قلنا هى فسخ فالنماء المشتري ذكره القاضى فى خلافه ، ويتخرج فيه وجه آخر انه يرد مع اصله حكاه ابو البركات فى تعليقه عن القاضى فى خلافه ايضاً (ومنها) الرد بالعيب وفى رد النماء فيه روايتان اشهرهما انه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصرة ونقل عنه ابن منصور ايضاً أنه ذكر له قول سفيان فى رجل باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولدان كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء قال أحمد كما قال وهذا يدل على ان النماء المنفصل يرد مع وجوده ويرد عوضه مع تلفه ان كان تلف بفعل المشتري وان كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لأن المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالأمانة عنده واما إذا ما انتفع به فانه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصرة وكما نقول فى المنهب من الغاصب انه اذا انتفع بالموهوب فاتلفه استقر الضمان عليه وحمل القاضى هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وان كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن أحمد فى المدلس انه يرجع بالثمن وان تلف المبيع الا أن نصه فى صورة الاباق وهو تلف بغير فعل المشتري واطلاق الاكثر من ذلك من غير تفصيل بين ان يتلف بفعله او بفعل غير لانه سلطه على

إتلافه بتغيره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المغرور في النكاح بالمهر ، وحكى طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرض وروجه أبو الخطاب في انتصاره وصاحب المغنى وهذا التفصيل بين أن يكون التلف بانتفاعه أو بفعل الله تعالى كما حمل القاضى عليه رواية ابن منصور أصح ، وهو ظاهر كلام أبي بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة ، وكذلك أجاب القاضى في خلافه . ويمكن أن يقال مثل ذلك في النماء الحادث إذا رد بعيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولا والله أعلم (ومنها) فسخ البائع لأفلس المشتري بالثمن هل يتبعه النماء المنفصل فيه روايتان: إحداهما يتبع وهى المرجحة عند القاضى في الخلاف وابن عقيل ونص أحمد في رواية حنبل فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري رجعت إلى الأول لأنهم مال البائع وقد استحقها وولدها وهكذا ذكره أبو بكر في التنبيه ، وذكر القاضى في خلافه لفظ هذه الرواية أن أحمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري أن الجارية والدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطوه حقه كاملا ويمسكون ذلك فقال أحمد ترجع إلى الأول لأنهم ماله وهذا لا يدل على غير الرجوع في الجارية أو الدابة . وإنما القائل بالرجوع في الولد مالك (١) وليس في كلام أحمد موافقة له وأبو بكر كثيراً ما ينقل كلام أحمد بالمعنى الذى يفهمه منه فيقع فيه تغيير شديد ووقع له مثل هذا في كتاب زاد المسافر كثيراً مع ابن أبي موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجوداً في عقد البيع حملاً ، واختاروه وابن حامد أنها للفلس لأنها نمت في ماكه وهو ظاهر كلام الخرقى وكذلك صححه القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول . (ومنها) اللفظة إذا جاء مالكمها وقد نمت نماء منفصلاً فهل يسترده معها على وجهين خرجها القاضى وابن عقيل من الفلس وفرق بينهما صاحب المغنى ويحتمل الرجوع هنا بالزيادة المنفصلة وجهاً واحداً لأن تملكها إنما كان مستنداً إلى فقد ربها في الظاهر وقد تبين خلافه فانسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده ووجب الرجوع بما وجده منها قائماً ، وهذا [هو] الذى ذكره ابن أبي موسى وذكر له أصلاً من كلام أحمد في طيرة فرخت عند قوم أنهم يردون فراخها (ومنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا كان قد نما نماء منفصلاً هل يسترده معه أم لا فيه وجهان . (ومنها) إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه ونمى نماء منفصلاً [ومات] ولم يحجز الورثة بذكر القاضى في خلافه أن الموهوب له يملكه بالقبض وجاز له التصرف فيه إجماعاً وإنما يثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث وإذا جاز واسقط حقهم من الفسخ فعلى هذا يتخرج في استرجاع النماء وجهان أظهرهما أن النماء للتمتع

(١) فى نسختنا : يملك .

الى حين الفسخ نبه على هذا الشيخ مجد الدين والمعروف في المذهب أن الهبة تقع مراعاة فلا يتبين ما كفاها الا حين خروجها من الثلث عند الموت وان خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبعه نموؤه والزائد مبنى على الخلاف في الاجازة هل هي تنفيذ أو هي عطية مبتدأة . (ومنها) اذا عاد الصداق أو نصفه الى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد نما عند الزوجة نماء منفصلا فهل يرجع بنمائه او نصفه؟ المذهب أنه لا يرجع به ونص عليه احمد في رواية أنى داود وصالح ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان في رجل تزوج امرأة على خادمة ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً، فطلاق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها قال احمد جيد واختلف أصحابنا في معنى هذه الرواية على طريقتين : أحدهما وهو مسلك القاضي أنها تدل على أن الزوجة انما ملكت بالعقد نصف الصداق فيكون لها نصف نمائه وجعل قوله وقيمة ولدها مجرورا بالعطف على قوله نصف قيمتها أى ونصف قيمة ولدها. قال وذكر القيمة ههنا محمول على التراضى عليها أو على أن المراد نصف الأم ونصف الولد ولم يرد القيمة وهذا المسلك ضعيف جدا أو في تمام النصف ما يبطله وهو قول احمد فان أعتقها قبل أن يدخل بها لا يجوز عتقها لأنها من حين تزوجها وجبت لها الجارية وهذا تصريح بانها ملكت الأمة كلها بالعقد إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك وسرى عتقها إلى الباقي مع اليسار وكذلك سلك أبو بكر في زاد المسافر وابن أبي موسى في تخريج هذا النص وبنياه على أن المرأة لم تملك بالعقد الا النصف ثم خرج أبو بكر لاحد قول آخر في هذه المسئلة على قوله تملك الصداق كله بالعقد ان الأولاد والنماء لها ويرجع بنصف قيمة الأم دون الأولاد يعنى الزوج قال وبه أقول وهو اختيار صاحب المغنى أيضاً فراراً من التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان واما ابن أبي موسى فانه خرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد أن الولد للمرأة لحدوثه في ملكها ولها نصف قيمة الأم فجعل للزوجة النقيمة كما في نص احمد وهذا الوجه ضعيف جدا حيث تضمن التفريق بين الأم وولدها بغير العتق ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة وهو أقرب إلى عدم التفريق من أخذ نصف القيمة ، وعند القاضي اذا قيل إن الولد كله له فللزوج نصف قيمة الأم صرح به في المجرد ، وقال في الخلاف يرجع بنصف الأمة والطريق الثاني في معنى الرواية انها تدل على أن النماء المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل ، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب المحرر لكنه استشكل ايجاب القيمة دون المعين وقال لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك فان احمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد لأجل حق الزوج فبطل في نصف الأمة وولدها وليس ذلك بأولى من العكس . وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة

الى الزوج قهراً كالميراث لأنه باق بعينه لاسيما والأموال القهرية يملك بها ما لا يملك بالعقود الاختيارية فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته بل يتعين تكميل الملك له في الأم والولد حذراً من التفريق المحرم . ويشبه هذا ما قاله الخرقى فيما إذا كان الصداق أرضاً فثبت فيه (١) ثم طلقها قبل الدخول أن الزوج يرجع بنصف الأرض ويتملك عليها البناء الذي فيه بالقيمة لكن أحد في تمام هذا النص بعينه من رواية ابن منصور ذكر مسألة البناء وصبغ الثوب وقال للزوج نصف القيمة لأنه استهلك ففرق بين أن يكون المرأة وصلت الصداق بما لها على وجه لا ينفصل عنه إلا بضرر عليها وبين أن يكون باقياً بعينه ففي الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالكين وفي الثاني يرجع بنصف العين لبقائها بحالها وإنما جاء الإجماع على تكميل الملك [للمانع] الشرعى من التفريق ويحتمل عندى فى معنى رواية ابن منصور طريق ثالث وهو أن يكون أراد [أحد] أن للزوجة نصف قيمة الأمة ولها قيمة ولدها كاملة لأن الولد نماء تختص به الزوجة وقد عاد إلى الزوج نصف الأم فيجبر الزوج على أخذ نصف قيمة الأم وقيمة الولد بكاملها حذراً من التفريق ، ولعل هذا أظهر مما قبله والله أعلم . (ومنها) من وجد عين ماله الذى استولى [عليه] الكفار من المغنم قبل القسمة وقد نمت نماء منفصلاً ، فإن قلنا لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنمائه وإن قلنا ملكوه فإنه يرجع فيه وهل يرجع بنمائه يتخرج على وجهين كبائع المفسد لأن حقوق الغائبين متعلقة بالنماء كتعلق حقوق غرماء المفسد بأحواله (٢) وذكر القاضى فى المجرد أنها كانت أمة فوطئها الحربى وولدت منه أن الولد غنيمة لا يرجع به المالك لأنه حدث فى ملك الحربى الواطئ فانهقد حراً لكن هذا قد يختص باستيلاء المالك لها فإن ولده ينعقد حراً وإنما يطرأ عليه الرق بعد ذلك فلا يكون من نمائها بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج فإنه يكون من نمائها لانعقاده رقيقاً . وقد سئل أحمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم فتوقف فى مستحق المال الذى معه ، وقال مرة هو للمسلمين وأنكر أن يكون للسيد وعلى بأن العبد ليس له غنيمة . قال الخلال وهذا هو المذهب لأن العبد لا غنيمة له وحمله القاضى على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون فيئاً قال : وأما أن قلنا هو لأخذه فهو هنا للسيد فصل وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فإن كانت ملكاً قهرياً فتحكمه حكم سائر التملكات . وإن لم تكن ملكاً فإن كانت حقاً لازماً لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاء وسرى حكمه الى الأولاد دون الإكساب لبقاء ملك مالكة عليه وإن كان غير لازم بل يمكن إبطاله إما باختيار

(١) كذا فى الأصل ولعلها فثبت فيها (٢) فى نسختي الدار : بأمواله

المالك او برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الاصل بحال وبتخرج على ذلك مسائل :

(منها) الامة الجانية لا تتعلق الجناية بأولادها ولا اكسابها لأن حق الجناية ليس بالقوى، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا ولأن حق الجناية تتعلق بالجناية لصدور الجناية منها وهذا مفقود في ولدها وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبه . (ومنها) تركه من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته فإن قيل هي باقية على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضا كالمرهون كذا ذكره القاضى وابن عقيل فى كتاب القسمة وينبغى أن يقال ان قلنا أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه فالأمر كذلك وان قلنا تعلق جناية لا يمنع التصرف فلا يتعلق بالنماء ، وأما ان قلنا لا تنتقل التركة الى الورثة بمجرد الموت لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ هو تعلق قهرى كالجناية كذا ذكر القاضى وابن عقيل . وخرج الآمدى وصاحب المغنى تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضا كتعلق الرهن ويقوى هذا على قولنا إن التعلق تعلق رهن وقد ينبغى ذلك على أصل آخر وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت أو انتقل إلى ذمم الورثة أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير وفيه ثلاثة أوجه الاول قول الآمدى وابن عقيل فى الفنون وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الاصحاب فى مسألة ضمان دين الميت : والثانى قول القاضى فى خلافه وأبى الخطاب فى انتصاره وابن عقيل فى موضع آخر [كذلك] قال القاضى فى المجرى لكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبة الورثة بالتوثقة والثالث قول ابن أبى موسى فيتوجه على قوله أن لا يتعلق الحقوق بالنماء إذ هو لتعلق الجناية وعلى الاولين يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن وقد يقال لا يتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا تنتقل التركة الى الورثة بكل حال إلا أن نقول ان الدين فى ذممهم لأن تبعية النماء فى الرهن انما يحكم به اذا كان النماء ملكا لمن عليه الحق فاما ان كان ملكا لغيره لم يتبع كما لو رهن المكاتب سيده فان كسبه لا يكون داخلا فى الرهن لأنه على ملك المكاتب فكذلك ينبغى أن يقال فيمن استعار شيئا ليرهنه فرهنه أن النماء لا يدخل فى الرهن لذلك وقد يقال التركة تعلق الحق بها تعلقا قهرىا مع انتقال ملكها الى الورثة فكذلك نماؤها . ويحاج عنه بان التعلق حالة الانتقال انما ثبت بضعف المانع منه حيث اقترن التعلق وماعه وهو الانتقال ، فلما بعد الانتقال واستقرار الملك فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره والله أعلم .

وأما تعلق الضمان بالأعيان للتعدى فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلا تحت اليد العدوانية . فمن ذلك الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب ولم يحك ابن أبى موسى فى ضماها خلافا مع حكايته الخلاف فى المتصل ولا يظهر الفرق بينهما فالنخريج متوجه بل قد

يقال ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور التي سترناها في الرد بالعيب تدل على عدم الضمان حيث سرى بين ظهور العيب وبين الاستحقاق . (ومنه) الأمانات اذا تعدى فيها ثم تمت فانه يتبعها في الضمان ومنه صيد الحرم والاحرام يضمن ثماؤه المنفصل اذا دخل تحت اليد الحسية وان لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب امساك الام ففيه خلاف مشهور

[تنبيه] اضطرب كلام الاصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة أو متصلة؟ اما الطلع فلا اصحاب فيه طرق أحدها أنه زيادة متصلة سواء أبر أولم يؤبر وبه جزم القاضى وابن عقيل في كتاب الصداق وان الزوج يجبر على قبوله اذا بذلتها الزوجة بكل حال وكذا ذكر صاحب الكافي في كتاب الصداق وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة وصرح القاضى في المجرد في باب الغصب بأن الزيادة المتصلة التي يمكن أفرادها كصبغ الثوب وتزويق الدار والمسامير هل يجبر على قبولها يخرج على وجهين أحدهما يجبر وهو قول الخرقي في الصداق . والثاني أنه زيادة منفصلة بكل حال أبر أولم يؤبر لانه يمكن فصله وافراده بالبيع كذا أطلقه القاضى وابن عقيل أيضا في موضع من التفليس والرد بالعيب وصرح صاحب المغنى بأبدائه احتمالا وحكاه في الكافي عن ابن حامد . الثالث أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضى وابن عقيل أيضا في التفليس والرد بالعيب وذكر أنه منصوص عن احمد اعتبارا بالتبعية في البيع وعدمها . الرابع أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف وفي المؤبر وجهان وهذه طريقة صاحب الترغيب في الصداق . والخامس أن المؤبر زيادة منفصلة وجها واحدا وفي غير المؤبر وجهان واختار ابن حامد أنها منفصلة وهى طريقة الكافي في التفليس : وأما الحمل فقال القاضى وابن عقيل في الصداق هو زيادة متصلة قال القاضى ويجبر الزوج على قبولها اذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل في الآدميات لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البهائم فانه فيها زيادة محضة وقال القاضى في التفليس ينبى على أن الحمل له حكم أم لا فان قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة والا فهو زيادة متصلة كالاسمن وفي التلخيص الاظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع والحب اذا صار زرعاً والبيضة اذا صارت فرخاً فكثر الاصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل كذلك قال القاضى وابن عقيل في الفليس والغصب وذكر صاحب المغنى وجها آخر وصححه أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الاول استحال وكذا ابن عقيل في موضع آخر وفي المجرد : ولو حالف لا يأكل بيضة فصارت فروجا أو حبا فصارت سنبلًا انه لا يحنث بأكله لزوال الاسم ، وهذا انما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين فاما على المشهور فينبغي أن يحنث وبه جزم القاضى في خلافه وكما أشار اليه ابن عقيل

في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا التمر فصار ديسا وقد تفرق في مسألة البيضة ببقاء حلاوة التمر ولونه في الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينان متغايران كما إذا تباعا دابة يظنان بأنها حمار فإذا هي فرس، والقصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي

﴿القاعدة الثالثة والثمانون﴾

إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال استحقاق فإن كان فيه طالع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي في كتاب التفليس من المجرد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالفلس وبيع الرهن بعد أن أطاع بغير اختيار الراهن والرجوع في الهبة بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء كان الانتقال اختياريا كالهبة والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب، وهو ظاهر كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالافلاس والرجوع في الهبة أن الطلع يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغنى في البيع بأن الفسخ يتبع الطلق فيه أصله سواء أبر أو لم يؤبر لأنه نماء متصل فاشبه السمن وصرح بدخول الاقالة والفسخ بالعيب في ذلك وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق وقد قدمنا أن صاحب المغنى ذكر احتمالا في الفسخ بالفلس ونحوه أنه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أو لم يؤبر لتمييزه وإمكان إفراذه بالعقد فهو كالمفصل بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع وهو مع ذلك موافق لإطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا في الفلس فتحرر من هذا أن العقود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين حالة التأخير وعدمه، ونص عليه أحمد في الرهن في رواية محمد بن الحكم إلا أن في الأخذ في الشفعة وجه آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند إلى البيع إذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه: أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأخير وعدمه بناء على أن الطالع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع العقد من أصله: والثاني لا يتبع

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وان لم يؤثر : والثالث ان كان مؤبر اتباع والا فلا كما عقود هذا كله على القول بان النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ ، اما ان قيل بتبعيته فلا اشكال في أن الطلع يتبع سواء أبرأو لم يؤثر وكذلك ان قيل ان الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة فان الطلع لا يتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية اذا بقيت الى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبر أولا يؤبر نقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصى بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل فهو للبوصى له وقال في رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصى البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال ان كان يوم أوصى به له فيه حمل فهو له وأطلق بانه يدخل في الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بان الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضا فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ما ذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرابة من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يتراخي الى ما بعد الموت فلائن العقد اذا انعقد كان سببا لنقل الملك وانما تأخر تأثيره الى حين الموت فاذا وجد الموت استند الملك الى حال الايصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصى له قبل الوضع فالولد للبوصى له بغير خلاف ، وسواء قلنا ان للحمل حكما وانه كالمنفصل أم لا وأما ان تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع فهنا حالتان :

احدهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه ان حدث استحقاقه بعد التأخير لم يستحق من الثمر شيئا وان كان قبله استحقاق . قال جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلا على ولد قوم وولده مات والدوا ثم ولد مولود قال ان كان النخل أبر فليس له في ذلك شيء . وهو ملك الأول وان لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع اذا بلغ الحصاد فليس له شيء . وان كان لم يبلغ الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ههنا منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معللين بتبعية غير المؤبر في العقد فكذا في الاستحقاق وعلل بعض الأصحاب بان غير المؤبر في حكم المعدوم لاستتاره وكونه والمؤبر في حكم الموجود لبروز وظهوره وهو شبيه بقول من يقول ان الحمل ليس له حكم مالم يظهر

الحالة الثانية أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينتقل نصيبه الى غيره قال يعقوب ابن بختان سئل أحمد عن رجل مات فقال ضيعتي التي بالثغر لموالي الذين بالثغر وضيعتي التي ببغداد لموالي الذين ببغداد وأولادهم فلن بالثغر أن يأخذوا من هذه الضيعة التي ههنا ؟ قال لا اقد أفرد هذه من هذه

فقليل له فقدم بعض من الشجر الى ههنا وخرج من ههنا بعضهم الى ثم وقد أبرت النخل الهم فيها شيء. قال لا فقليل فان ولد لاحدهم ولد بعد ما أبرت فقال وهذا أيضا شبيه بهذا كأنه رأى ما كان قبل التأبير جائزا أو كما قال وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضى استحقاقه منه وأما خروج الخارج من البلد فلم يشمل جوابه وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة الاستحقاق شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرا وقد سبق الخلاف فيه لاسيما على قولنا ان الوقف ملك للوقوف عليه فيصير مرته كأنفساخ ملكه في الأصل فيخرج في تبعية الطلع الخلاف السابق فان قيل بالتفريق بين ما قبل التأبير وبعده فلان الطلع اذا لم يؤبر في حكم الحمل في البطن والابن في الضرع فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر . وإن سلم أن له حكما بالملك فالمستحق الحادث لما شارك في غير المؤبر مع ظهوره على ملك الاول دل على أن ملكهم لم يستقر عليه بخلاف المؤبر فان ملكهم استقر عليه فمن زال استحقاقه قبل استقرار الملك سقط حقه

(فصل) هذا كله في حكم ثمر النخل فاما غيره من الشجر فما كان له كمام تفتح فيظهر ثمره كالقطن فهو كالطلع وألحق أصحابنا به الزهور التي تخرج منضمة ثم تفتح كالورد والياسمين والبنفسج والبرجس وفيه نظر : فان هذا المنتظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها كقشر الرمان فظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطلع فانه وعاء للثمرة وكلام الحرقى يدل على ذلك حيث قال وكذلك بيع الشجر اذا كان فيه ثمر ياد وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره وانما كان منضما وللأصحاب وجهان في الورق المقصود كورق التوت هل يعتبر بفتح كالثمر أو يتبع الأصل لمجرد ظهوره وهذه الزهور بمعناه ومنه ما يظهر نوره ثم يتناثر فيظهر فيظهر ثمره كالنفاح والشمس ففيه ثلاثة أوجه أحدها إن تنثر نوره فهو للبائع والا فلا وبه جزم القاضي في خلافه لأن ظهور ثمره يتوقف على تنثر نوره والثاني أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضي احتمالا جعله للنور كما في الصاع لأن الطالع ليس هو عين الثمرة بل هي مستتره فيه فتكبر في جوفه وتظهر حتى يهبط تلك في طرفها وهي قمع الرطبة والثالث للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتناثر النور كما اذا كبر قبل انتشاره وهو ظاهر كلام الحرقى واختيار صاحب المغنى وهو أصح ، وقياس ما في بطن الصاع على النور لا يصح لأن النور يتناثر وما في جوف الصاع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمرا (ومنه) ما يظهر ثمرته من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر يبقى فيه الى أكله كالرمان والموز أوله قشران كالجوز واللوز أولا قشر له كالتين والتوت وقال القاضي ماله قشران لا يكون للبائع الا بتشقق قشره الأعلى . ورده صاحب المغنى بان تشققه في شجره نادر وتشققه قبل كماله يفسده

بخلاف الطلع وفي المبيع الاعتبار بانعقاد له فان لم ينعقد تبع أصله والا فلا ، وأما الزرع الظاهر في الأرض اذا انتقل الملك فيها بالمبيع ونحوه فهو للبائع لأنه ليس من أجزاء الأرض وإنما هو مودع فيها فأشبه الثمرة المؤبرة قال في المغنى : لا أعلم فيه خلافا وفي المبيع للشيرازي ان كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع وإن لم يبدأ صلاحه على وجهين فان قلنا لا يتبع أخذ البائع بقطعه إلا أن يستأجر الأرض من المشتري الى حين ادراكه ، وأما اذا بدا صلاحه فانه يبقى في الأرض من غير أجره الى حين حصاده ، وهذا غريب جدا مخالف [لما] عليه الأصحاب مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له حيث قال إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق والّا لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته ببلوغه للحصاد ، وهكذا قال ابن أبي موسى لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه وأما صاحب المغنى فقال ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع فلا حق فيه المتجدد لأنه كالثمر المؤبّر ، وأما ما كان يتبع في البيع وهو مال يظهر بما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات فيستحق فيه المتجدد وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقا ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع باوغ الحصاد وفي الثمر التأثير ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الرصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أولا يبدو مشكلا ، وأفنى الشيخ تقى الدين بأن الثمر إنما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول وقد أطلع الثمر بعلمه ثم بدا صلاحه بعد موته فانه يكون للبطن الثاني ، وقال في شجر الجوز الموقوف إنه ان أدرك أو ان قطعه في حياة البطن الأول فهو له فان مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني ، ومن الأصل الذي لورثة الأول فاما ان تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطى الورثة أجرة الأرض للبطن الثاني وان غرسه البطن الأول من مال الواقف (١) ولم يدرك الا بعد انتقاله الى البطن الثاني فهو لهم وليس لورثة الأول فيه شيء . واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه ههنا إنما هو اذا كان استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً أو فقيراً أو نحو ذلك ، أما اذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل وكان المغل كالأجرة يبسط على جميع السنة كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة أو ان كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله فانه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثناءه استحق بقطعه وان لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر ادراك ذلك العام

(١) في نسختي الدار الوقف

الى اثناء العام الذى بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه فى عام الادراك واستحق منه من مات فى العام الذى قبله وبنحو ذلك أفى الشيخ تقى الدين رحمه الله (١) وأففى الشيخ شمس الدين بن أبى عمر بأن الاعتناء فى ذلك بسنة المغسل دون السنة الهلالية فى جماعة مقرين فى نزيه حصل لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم يطلبون أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضى وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً فهل يصرف اليهم الناظر بحساب سنة المغسل مع أنه قد نزل بعده هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا فى حساب سنة المغسل فان أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للمتأخرين إلا شئ يسير فأجاب بانه لا يحتمسب الا بسنة المغسل دون الهلالية ووافق جماعة من الشافعية والخنفية على ذلك

﴿ القاعدة الرابعة والثمانون ﴾

الحمل هل له حكم قبل انفصاله أم لاحكى القاضى وابن عقيل وغيرهما فى المسألة روايتين قالوا والصحيح من المذهب أن له حكماً وهذا الكلام على اطلاقه قد يستشكل فان الحمل يتعلق به احكام كثيرة ثابتة بالاتفاق مثل عزل الميراث له وصحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله وتأخير اقامة الحدود واستيفاء التصاغر من أمه حتى تضعه واباحة الفطر لها اذا خشيت عليه ووجوب النفقة لها اذا كانت بائناً واباحة طلاقها وان كانت موطوءة فى ذلك الطهر قبل ظهوره الى غير ذلك من الأحكام ولم يريدوا ادخال مثل هذه الأحكام فى محل الروايتين ، وفصل القول فى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان أحدهما ما يتعلق بسبب الحمل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الاسباب الظاهرة فاذا ظهرت أمانة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه فى الظاهر وان خرج حياً تيناً ثبوت تلك الأحكام فى الباطن وان بان أنه لم يكن حمل أو او خرج ميتاً تيناً فساد ما يتعلق من الأحكام به أو بجهلانه كارهه ووصيته وهذه الأحكام كثيرة جداً وبعضها متفق عليه وبعضها فيه اختلاف فمن أحكامه اذا ماتت كافرة وفى بطنها حمل محكوم باسلامه لم يدفن فى مقابر الكفار لحرمة الحمل

ومنها اخراج الفطرة عن الحمل وهى مستحبة وفى وجوبها طريقان للاصحاب منهم من جزم بنفى الوجوب ومنهم من قال فى المسألة روايتان (ومنها) فطر الحامل اذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة وهل الكفارة من مالها أو بينها وبين من يلزمه نفقة

(١) هذه الفقرة الى آخر القاعدة ليست فى نسخى الدار

الحمل على احتمالين ذكرهما ابن عقيل في فتونه (ومنها) إذا اشترى جارية فبانت حاملا فنص احمد في رواية أبي طالب أن البائع ان أقر بوطنها ردت اليه لأنها أم ولده وان انكر فان شاء المشتري ردها وان شاء لم يردها فابطل البيع مع اقرار البائع بالوطء بمجرد تبين الحمل وقال ابن عقيل عندي لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الامة أم ولد لجواز أن لا يكون كذلك وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء فاما على الرواية فالباع من أصله باطل لعدم استبراء البائع (ومنها) لو وطئ الراهن أمته المرهونة فاحبلها خرجت من الرهن ولزمه قيمتها تكون رهنا كذا قاله كثير من الأصحاب ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أحبلها (ومنها) إذا وطئ جارية من المغنم فحملت فانها تقوم عليه في الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن احمد وقال القاضى في خلافه لا تصير مستولدة بناء على أن الغنيمة لا تملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها لكونها حاملا بحر (١) ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه كذلك (ومنها) إذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت طالق فالمنصوص عن احمد في رواية أنه ينظر اليها النساء فان خفى عليهن فان جاءت به لتسعة أشهر أو لسته أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه وصحح القاضى في موضع من الجامع هذه الرواية وقال أكثر الأصحاب ان ولدت لاكثر من نهاية مدة الحمل لم تطلق وان ولدت لدون اكثر مدة الحمل فان كان لم يطأها بعد اليمين طلقت وان وطئها بعد اليمين فان ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طلقت وان ولدت لاكثر منه فوجهان أشهرهما لا تطلق وجعله القاضى في المجرد وجه واحد لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد والثاني تطلق لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال (ومنها) إذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فمات ولا اب له وقد كان تقدم من الزوج وطئ هذه الزوجة فانه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هي حامل من وطنه المتقدم أم لا لأجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحت حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر فانه يمنع من وطئ زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا لأجل ميراث الحمل من عمه ثم ان جاءت بولد لسته أشهر من حين الموت فانه يرث بلا إشكال وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من أكثر مدة الحمل فان كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل لأن الظاهر أنها كانت حاملا قال احمد في رواية ابن منصور

في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فموتت انها إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم مات منها ورثناه وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورثه الا ببينة ويكف عن امرأته اذا مات ولدها فان لم يكف فجاءت بولد لا أكثر من ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا وظاهر هذا انه ان كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف فان جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضا وكان كمن لم يطأ وإن جاءت به لسته أشهر فصاعداً فظاهر كلام احمد الذي ذكرناه أنه لا يرث وبه جزم القاضى في المجرد الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها وقال في الجامع الكبير يحتمل وجهين خرجهما من مسألة تعليق الطلاق على الحمل التي تقدمت

النوع الثانى الاحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك وتملك وعتق وحكم باسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكا الخلاف في الحمل له حكم أم لا وبعض هذه الاحكام ثابتة بغير خلاف ولذا كرر جملة من هذه الاحكام فيها وجوب النفقة له فيجب نفقة الحمل على الأب وان كانت أمة لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق ، وهذه النفقة للحمل لآلأمه على أصح الروايتين وهى اختيار الخرقى وأبى بكر، ولهذا يدور معه وجودا وعدما فعلى هذه يجب مع نشوز الام وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الاعسار ذكره القاضى في خلافه وصاحب المحرر ، وتسقط بيسار الحمل اذا حكم له بملك ذكره القاضى أيضا في الخلاف وظاهر كلامه في كتاب الروايتين يخالف ذلك ويجب الاتفاق في مدة الحمل ولا يقف على الوضع نص عليه أحمد وخرج الآمدى وأبو الخطاب وجها اذا قلنا لاحكم للحمل انه لا يجب للحمل نفقة حتى ينفصل فترجع بها وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) وأما أم الولد اذا مات عنها سيدها وهى حامل فليست من هذا القبيل وإن كان أبو الخطاب ذكر في وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها ، وفيها أيضا روايتان وليس ذلك مبني على أن النفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغونى وغيره فان نفقة الأقارب تسقط بالموت ولكن هذا من باب النفقة على المحبوسة بحق الزوج من ماله كنفقة البائن الحامل نعم إن يتوجه أن يقال إن قلنا النفقة للحامل وجبت كنفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لأنهما محبوستان لحق الزوج فاذا وجبت لهما نفقة فهى من ماله وإن قلنا النفقة للحمل فهى على الورثة كما سبق ، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغونى وغيره وفي نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد : أحدها لا نفقة لها نقلها حرب وابن بختان والثانى ينفق عليها من نصيب مائى بطنها نقلها محمد بن يحيى السكحال ، والثالثة ان لم تكن

ولدت من سيدها قبل ذلك فنفقتها من جميع المال إذا كانت حاملاً وإن كانت ولدت قبل ذلك فهي في عداد الأحرار ينفق عليها من نصيبها نفلها عنه جعفر بن محمد وهي مشككة جداً ومعناها غنـدى والله أعلم أنها إذا كانت حاملاً ولم تنزع من سيدها قبل ذلك فنفقتها من جميع المال لما ذكرنا من حبسها على سيدها بالحل فتكون النفقة عليه حيث لم يثبت استيلادها بعد ، ويجوز أن لا تصير أم ولد بالكلية وتسترق فإذا أنفق عليها من جميع المال فإن بين عتقها وقد استوفت الواجب لها وإن رقت لم يذهب على الورثة شيء من حيث أنفق على رقيقهم من مالهم وإن كانت ولدت قبل ذلك من سيدها فقد ثبت لها حكم الاستيلاد في حياة السيد وهو معنى قوله هي في عداد الأحرار ، وحينئذ يعتق لموت السيد بلا ريب فأيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيدها ويزيده أيضاً في المسألة الآتية (ومنها) وجوب نفقة الأقارب على الحمل من ماله وقد نص أحمد في رواية الكحال أن نفقة أم الولد الحامل من نصيب مافي بطنها ذكره القاضي في خلافه واستشكله الشيخ مجد الدين قال لأن الحمل إنما يرث بشرط خروجه حياً ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ويجاب عنه بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالأرث من حين موت موروثه وإنما خروجه حياً يتبين به وجود ذلك فإذا حكمنا له بالملك ظاهراً أجاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من يلزمه نفقته لاسيما والنفقة على أمه يعود نفعها إليه كما يتصرف في مال المفقود إذا غلب على الظن هلاكه ويقسم ماله بين ورثته ، وإن جاز أن يكون حياً بل هو الأصل حتى لو قدم حياً وقد استهلك ماله في أيدي الورثة ففي ضمانه روايتان ، وكذا يقال في مال الحمل ويشهد له إذا انفق الزوج على البائن يظنها حاملاً ثم تبين أنها لم تكن حاملاً ففي الرجوع روايتان أيضاً ، وقد يحمل إيجاب الأم من نصيب الحمل على أن الأم ترجع به على نصيبه إذا وضعت حياً وفيه بعد (ومنها) ملكه بالميراث وهو منفق عليه في الجملة لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه وثبوت ذلك بخروجه حياً أو لم يثبت له الملك حتى ينفصل حياً فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه الثابتة له هل هي معلقة بشرط انفصاله حياً فلا يثبت قبله أو هي ثابتة له في حال كونه حاملاً لكن ثبوتها مراعاة بانفصاله حياً فإذا انفصل حياً تبيننا ثبوتها من حين وجود أسبابها ، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال هل الحمل له حكم أم لا والذي يقتضيه نص أحمد في الاتفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالأرث من حين موت أبيه وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضاً فروى عنه جعفر بن محمد في نصراني مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى فأسلمت بعد موته ثم ولدت هل ترث قال لا وقال إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو وإنما يرث بالولادة وحكم له بحكم الإسلام

وقال محمد بن يحيى الكحال قلت لابي عبد الله مات نصراني وامرأته حامل فاسلمت بعد موته قال :
ما في بطنها مسلم قلت يرث أباه اذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال لا يرثه فصرح بالمنع من ارثه من أبيه
معللاً بان ارثه يتاخر الى ما بعد ولادته لانه قبل ذلك مشكوك في وجوده واذا تاخر تورثه الى
ما بعد الولادة فقد سبق الحكم باسلامه زمن الولادة اما باسلام أمه كما دل عليه كلام احمد هنا او
بموت أبيه على ظاهر المذهب، والحكم باسلام لا يتوقف على العلم به بخلاف التورث وهذا يرجع
الى أن التورث يتاخر عن موت الموروث اذا انمقد سببه في حياة الموروث وأصول احمد تشهد
لذلك في اسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث وأما على ما صرح به ابن عقيل وغيره وهو مقتضى
رواية الكحال في النفقة فيرث الحمل بموت أبيه منه وان قلنا يحكم باسلامه بموت أحد أبويه كما
سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم وامانه وأما ان قيل لا يحكم باسلامه بموت أحد على ما ذكرناه
واضح لاخفاء فيه وقد ألم به بعض الأصحاب وأما القاضى والأكثر فاضطربوا في تخريج كلام
أحمد وللقاضى في تخريجه ثلاثة أوجه الأول ان اسلامه قبل قسمة الميراث أوجب منعه من التورث
كما أن اسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب تورثه اعتباراً بالقسمة في التورث والمنع
وهذه طريقة القاضى في المجرّد وابن عقيل في الفصول وهى ظاهرة الفساد لأن اسلام قريب الكافر
بعد موته وثبوت ارثه لا يسقط تورثه منه بغير خلاف فان تورث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيباً
في الاسلام وحثاً عليه وهذا المقصود ينعكس ههنا، والثاني أن هذه الصورة من جملة صور تورث
الطفل المحكوم باسلامه بموت أبيه منه ونصه هذا يدل على عدم التورث فيكون رواية ثانية في المسئلة
وهذه طريقة القاضى في كتاب الروايتين وهى ضعيفة لأن أحمد صرح بالتعليل بغير ذلك ولأن
تورث الطفل من أبيه الكافر وان حكم باسلامه بموته غير مختلف فيه حتى نقل ابن المنذر وغيره
عليه الاجماع فلا يصح حمل كلام احمد على ما يخالف الاجماع الثالث ان الحكم باسلام هذا الطفل
جعل بشيئين بموت أبيه واسلام أمه وهذا الثاني مانع قوى لانه متفق عليه فلذلك [منع] الميراث
بخلاف الولد المنفصل اذا مات أحد أبويه فاه يحكم باسلامه ولا يمنع ارثه لان المانع فيه ضعيف
الاختلاف فيه وهذه طريقة القاضى في خلافه وهى ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل احمد فان احمد
إنما علل بسبق المانع لتورثه لا بقوة المانع وضعفه وانما ورث احمد من حكم باسلامه بموت أحد
أبويه لمقارنته المانع للضعفه (ومنها) ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتورث واختار
القاضى أن الوصية له تعليق على خروج، حياً والوصية قابلة للتعليق بخلاف الهبة وابن عقيل تارة
وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصى وقبول الولي له، وصرح به أبو

المعالي التنوخي وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك اذا كان مالا زكويًا وكذلك في المملوك بالارث وحكي وجهاً آخر أنه لا يجري في حول الزكاة حتى توضع للتردد في كونه حياً مالكا فهو كالمكاتب ولا يعرف هذا التفريع في المذهب (ومنها) الاقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا على وجهين وقال التميمي لا يصح وقال أبو حامد والقاضي يصح واختاف في مأخذ البطلان فقل لان الحمل لا يملك الا بالارث والوصية، فلو صح الاقرار له تملك بغيرها وهو فاسد فان الاقرار كاشف للملك ومبين له لا موجب له وقيل لأن ظاهر الاطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها وهي مستحيلة مع الحمل وهو ضعيف لانه اذا صح له الملك توجه حمل الاقرار مع الاطلاق عليه، وقيل لان الاقرار للحمل تعليق له على شرط في الولادة لانه لا يملك بدون خروجه حياً والاقرار لا يقبل التعليق وهذه طريقة ابن عقيل وهي أظهر وترجع المسئلة حيثئذ الى ثبوت الملك له وانتفائه كما سبق (ومنها) استحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن احمد كما سبق أنه لا يستحق حتى يوضع، وهو قول القاضي والاكثرين وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى صحح الوقف على الحمل ابتداء وقياس قوله في الهبة كذلك إذ تملك الحمل عنده تملك منجزاً لامعاق وانما منع القاضي صحة الهبة له لان تملكه معلق على خروجه حياً والهبة لا تقبل التعليق وأفتى الشيخ تقي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفريق على المنصوص بين الوقف وغيره من الارث والوصية والهبة فان الوقف انما المقصود منافعه وثمراته وفوائده، وهي مستحقة على التأييد لقوم بعد يوم والحل ليس من أهل الانتفاع فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المستفيعين به حتى يولد ويحتاج الى الانتفاع معهم بخلاف الملك الذي يخص به واحد معين لا يشاركه فيه غيره فان هذا ثبت للحمل ولا يجوز انزاعه منه مع وجوده، ويأزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المدين دون استحقاقه مع أهل الوقف (ومنها) الأخذ للحمل بالشفعة اذا مات مورثة بعد المطالبة، قال الأصحاب لا يؤخذ له ثم منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده ومنهم من علل بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة بناء على أن له حكماً وملكاً (ومنها) اللعان على الحمل، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين إحداهما لا يصح نفيه ولا الالتعان عليه لأنه غير محقق، نقلها أبو طالب وحنبل والميموني عن احمد وعلل باحتمال كونه ربحاً وهذا هو المذهب عند الأصحاب، والثانية تلاعن بالحمل نقلها ابن منصور عن احمد قال الحلال هو قول أول وذكر النجاد أنه هو المذهب واختاره صاحب المغنى، وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استحقاق الحمل والاقرار به لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه والمنصوص عن احمد

في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الاقرار به وهو منزل على قوله إنه لا يتنى باللعان عليه (ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتاً من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد انكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللاً بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضي اهداره، ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعى التحقيق ويرضى لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضي اهداره وليس كما ظنه فان هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقه الحياة لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحينئذ فالجاني إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال المدية والقيمة أيضاً فان دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتله ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي، وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنيتها وجب ضمانها لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل اذ لم يبق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب يكفي أن يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها وشوهد الجنين وإن لم ينفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عسر جوفها فخرج الجنين ميتاً فل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر والثاني لا يضمن لأنه منخفق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها، وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس قالوا وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الآمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والأحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضاً لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص ولو ألفت البهيمة بالجناية جنيئاً حياً ثم مات فاحتمل أن ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حياً لا غير والثاني عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغني في الآمة إذا

أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين ثلاث احتمالات والمذهب الأول ولم يذكر القاضي سواه وخرج الشيخ محمد الدين أن جنين الأمة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال ولو قتل صيداً ماخضاً ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها يفديه بمثله من النعم ماخض وهو قول أبي الخطاب ، والثاني يفديه بقيمته مثله لأن اللحم الماخض يفسد بقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضي ، والثالث يحجزه أن يفديه بمثله غير ماخض لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغنى احتمالاً (ومنها) هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت أن كانت تعمدت فاحب إلى أن يعتق رقبة وإن سقطت حياتها مات فالدية على عاقبتها لا ييه ولا يكون لأمه شيء لأنها القاتلة . قيل له فإن شربت عمداً قال هو شبه العمدة شربت ولا تدرى يسقط أم لا عسى لا يسقط . الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمداً للشك في وجوده لا للشك في الاسقاط بالدواء لأنه قد يكون الاسقاط معلوماً كما أن القتل بالسهم ومحوه معلوم ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمدة ولا يصح ذلك فانه صرح بانه ليس بعمدة وإنما هو شبه عمدة (ومنها) عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حياً في المسئلة روايتان ، أحدهما ينفذ من حينه وهو المذهب ، والثانية لا يعتق حتى تضعه حياً نص عليها في رواية ابن منصور قال لا يجب العتق إلا بالولادة ، هو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت وكذلك الخلاف إذا أعتق تبعاً لعتق أمه أو يملكه من يعتق برحم ، ويتفرع على هذا الأصل فروع :

الفرع الأول لو زوج ابنه بأمته فولدت ولداً بعد موت الجد سيد الأمة فإن قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده نص على ذلك أحمد في رواية أبي طالب وصالح وإن قلنا لا يعتق حتى توضع فهو تركة موروثة عن سيده فيرث منه أبوه وأعمامه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك أحمد في رواية المروذي وهذا لأننا إن قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين والأفوه موجود حقيقة ومودع في أمه فالملك فيه قائم وطرده القاضي وابن عقيل الخلاف في ثبوت ملكه أيضاً وذكرنا في الوصية أنه لو وصى بأمه لزوجها وهي حامل منه فولدت فإن قلنا للحمل حكم فهو موصى به معها يتبعها في الوصية ، وإن قلنا لا حكم له لم يدخل في الوصية وكان ملكاً لمن ولدته في ملكه لأنه حينئذ ثبت له حكم بظهوره . فإن ولدته في حياة الموصى فهو له أو بعد موته وقبل القبول فهو لمن حكمنا له بالملك في تلك الحال دلي الخلاف فيه وإن ولدته بعد قبوله فهو له ويعتق عليه ، وهذا يقتضي هنا أن إذا قلنا لا حكم للحمل ولا يعتق على جده فمات الجد ووضع بعد موته أنه إذا كان (٢٤ - قواعد)

وضعه بعد القسمة فهو ملك لمن حصت الامة له ، وان كان قبل القسمة فهو مشترك بينهم لا لانه موروث عن أبيهم بل لانه نماء ملكهم المشترك فظهر بهذا أن للاصحاب في معنى كون الحمل له حكم أولا حكم له طريقين : احدهما انه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وانما يحكم بوجوده بالوضع . والثاني وهو المنصوص انه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أولا يثبت له ذلك حتى ينفصل .

الفرع الثاني اذا اعتق الامة الحامل عتق حملها معها ولكن هل يقف عتقه على انفصاله او يعتق من حين عتق أمه على ماتقدم وقياس ما ذكره القاضى وابن عقيل انه لا يعتق بالكلية اذ هو كالمعدوم قبل الوضع وهو بعيد جداً فان أسوأ ما يقدر في الحمل انه ورد عليه العتق في حال منع من نفوذه مانع فوقف على زواله كعتق المريض لكل رقيقه ، فانه ينف على اجازة الورثة ومن اصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه في ظاهر المذهب فان كان اصله موجوداً في ملكه صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين كمن قال لأمته كل ولد تلدينه حر ، وهذا العتق قد باشر بالعتق أمته وحملها متصل بها فوقف نفوذ عتقه على صلاحيته للعتق بظهوره وقد صرح القاضى في خلافه بانه لو أعتق الحمل وكان علقه عتق وان لم يكن مملوكاً حينئذ نظراً الى هذا المعنى والله أعلم .

الفرع الثالث اعتق الامة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقاً نص عليه في رواية جماعة وتوقف فيه في رواية ابن الحكم ، وخرج ابن أبى موسى والقاضى انه لا يصح استثنائه بناء على أنه كجزء من أجزائها وخرجوه أيضاً من عدم صحة استثنائه في البيع ، ولا يصح لأن البيع تنافيه الجهالة بخلاف العتق .

الفرع الرابع اعتق المورس أمة له حملها لغيره فهل يعتق بالسراية أم لا ؟ ان قلنا انه مستقل بنفسه لم يسر اليه العتق وانما دخل مع الام اذا كان مملوكاً لمالكها تبعاً لاتصاله بالام واجتماعهما في ملكه كما يتبع الطلع المؤبر للنخل في العقد اذا كان ملكاً للمالك ولا يتبع اذا كان ملكاً لغيره وهذا اختيار السامري وصاحبى التلخيص والمحرر ، وقال القاضى والشرىف أبو جعفر وأبو الخطاب يعتق ويضمونه للمالك بناء على أنه كجزء منها .

الفرع الخامس لو اعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حياً مبنى على ما سبق وأشار القاضى وابن عقيل في ديات الأجنة الى خلاف لنا في صحة عتقه بناء على أنه كالمعدوم وهو ضعيف وقياس قول من قال هو كجزء منها أن يسرى عتقه اليها وهو ضعيف أيضاً . وينبنى على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل فاعتق السيد حملها بعد الجنابة أو أعتقه السيد

ثم جنى عليه ثم انفصل ميتا أو انفصل حيا ثم مات عقيب الانفصال، فهذا ينبنى على أن العتق هل حصل قبل الانفصال أو لم يحصل إلا بعده ، وعلى أصل آخر وهو إذا جرح رقيقا ثم عتق فسرى إلى نفسه فمات هل يضمه بدية حر أو بقيمة عبد على روايتين فإذا علم هذا فهنا صور أربعة : (أحدها) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل ميتا فينبنى على أن العتق هل حصل له حال كونه حلام لا فان قلنا لم يحصل له العتق حينئذ وجب ضمانه بضمان جنين ملوك عشر قيمة أمه وان قلنا قد عتق انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية فان قلنا الاعتبار بحال الجناية فكذلك وان قلنا بحال السراية ففيه غرة ضمان جنين حر، وقيل يضمه ضمان رقيق وجهها واحدا كذلك ذكره القاضى وابن عقيل اذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله وحكما أيضا فيما اذا لو اعتق الام بعد الجناية ثم ألقت جنينها وجهين مخرجين من الاختلاف في اعتبار حالة السراية أو الجناية والفرق بينهما غير متوجه (والصورة الثانية) أن يجنى عليه ثم يعتق ثم ينفصل حيا ثم يموت فقد حصل له العتق بغير خلاف فينبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم وفي مسودة شرح الهداية يضمه بدية حر رواية واحدة وهو سهو (الصورة الثالثة) أن يعتق أولا ثم يجنى عليه ثم ينفصل حيا فيجب ضمانه بدية حر ان قلنا عتق وهو حمل وان قلنا لا يعتق الا بعد الانفصال انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة الجناية أو السراية فان قلنا بحالة السراية ضممه بدية حر وإلا ضممه ضمان رقيق وظاهر كلام صاحب المحرر أنه يجب ضمانه بدية حر وجهها واحدا لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر ووجد الموت بعد النفوذ وفيه نظر ، والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بعد وجود الصفة (والصورة الرابعة) أن يعتق ثم يجنى عليه ثم ينفصل ميتا فان قلنا عتق وهو حمل ضممه ضمان جنين رقيق ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بأنه لم يعتق بعد ، وفي الخلاف الكبير والمحرر أن حربا نقل ذلك أيضا عن أحمد وليس كذلك وإنما حكاه أحمد في روايته عن الزهرى وقال ما أدري كيف وجهه ، وقال القاضى وابن عقيل اذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجده كدمه في جميع هذه الصور فهو ضعيف كما سبق (ومنها) ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والاصداق قال القاضى وابن عقيل ان قلنا للحمل حكم فهو داخل في العقد يأخذ قسطا من العوض وان قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطا من العوض وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل فلوردت العين بعيب أو افلاس أو طلاق فان قلنا له حكم (١) رد مع الأصل والا

(١) في ٧١٢ : لاحكم له .

كان حكمه حكم النماء وقياس المنصوص عن احمد في الحمل أنه لا يعتق وأنه تركه موروثه يقتضى أن حكمه حكم الاجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع العين وان قلنا لا حكم له اذ المراد بذلك انه لا يثبت له حكم الأولاد لا انه معدوم وهذا اصح وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسألة الفلس ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود كالرهن والهبة وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لأمره ذكره القاضي في خلافه ويتخرج على هذا الأصل مسألة اشتراط الحمل في البيع والسلم في الحيوان الحامل وغير ذلك (ومنها) جنين الدابة المذكاة هل يحكم بكاته معها قبل الانفصال أم لا قال ابن عقيل في فنونه لا يحكم بكاته الا بعد الانفصال وظاهر كلام احمد خلافه فانه قال هو ركن من أركانها وفرق بين الجنين والولد المنفصل بأن الجنين فيه غرة والولد فيه الدية فعلم انه ليس له حكم الأولاد، وهذا يرجح انه جزء من الأم وان تذكته تابع لتذكيته، وأما ان قيل بأنه ولد مستقل فقيه نظر، وقد ينبني على ذلك انه هل يجب فيه اراقة دمه اذا خرج أم لا وكلام احمد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه يدل على الاستحباب فقط وفي بعضها ما يشعر بالوجوب وهذا ينزع (١) الى انه ولد مستقل لكن عفى عن موته بغير تذكية لاتصاله بأمه عند تذكيته أمم وجب سفع دمه ليحصل مقصود التذكية فيه (ومنها) اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوى الصلاة على حملها قال ابن عقيل في فنونه لا، وعلل بالشك في وجوده وهذا متوجه على القول بأنه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجزم من الأم أيضا. وأما ان قيل بأنه ولد مستقل فقيه نظر. وقد يقال شرط ثبوت الاحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا متوجه.

(القاعدة الخامسة والثمانون)

الحقوق خمسة أنواع (احدها) حق ملك كحق السيد في مال المكاتب ومال القن اذا قلنا يملك بالتملك وما يمتنع ارثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالحرم اذا مات موروثه وفي ملكه صيد على اظهر الوجهين (والثاني) حق تملك كحق الأب في مال ولده وحق العاقد للعقد اذا وجب له وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ماخرج عنه الى ملكه مع ان في هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع في الشقص وههنا صور مختلف فيها هل يثبت فيها الملك او حق التملك ؟ (فمنها) حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان : احدهما انه يملكها بالظهور : والثانية لم يملكه وانما ملك ان يملكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه ولو ألتاف

(١) كتب بهامش نسختنا : لعله يرجع .

المالك المال غرم نصيبه وكذلك الأجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فإن قلنا هو ملكه لم يسقط، وإن قلنا لم يملكه بعد ففى التلخيص احتمالان : أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثانى لا لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سببه بخلاف الغنيمة فإن مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق الغانم فى الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب أنه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الإحراز أم لا على وجهين أحدهما لا يشترط ومملك بمجرد تقضى الحرب وهو قول القاضى فى المجرى ومن تابعه على طريقته . والثانى يشترط وهو قول الخرقى وابن أبى موسى كسائر المباحات ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها إلا من شهد الإحراز، وأما على الأول فاعتبر القاضى والأكثر شهود أحرار (١) الواقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل فى الأحكام السلطانية بين الجيش وأهل المدد فأما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الواقعة إذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر كوت الغازى أو موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود أنجلاء الحرب ونص أحمد فى رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل فى المعركة يعطى ورثته نصيبه . والوجه الثانى لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضى فى خلافه . فعلى هذا إنما ثبت لهم حق الملك كالشفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضى فى خلافه فى باب الشفعة أن الحق ينتقل إلى الورثة بدون القبول والمطالبة وإن قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالأعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما إذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فإنه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره ويصير فينا فان اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بعينه فى المغنم قبل القسمة بما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فإنه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الإسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين على الخلاف فى حق الغانمين (ومنها) حق الزوج فى نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهراً أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والأول هو المنصوص وعلى الثانى فتكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابن الخطاب كرجوع الأب وزعم صاحب الترغيب أن هذا مرتب على الخلاف فى عفو الذى يده عقد النكاح هل هو الزوج أو الولي وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فإن العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس فى قولنا أن الذى يده

(١) فى نسختي الدار: آخر الواقعة .

عقدة النكاح هو الأب ما يستلزم ان الزوج لم يملك نصف المهر لأنه انما يعفو عن النصف المختص بابنته فاما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفى ولا اثبات . والعجب انه حكى بعد ذلك في صحة عفو الزوج عن النصف اذا قلنا قد دخل في ملكه وجهين والصحيح المشهور انه يصح عفو ان كان مالكا لما يصح عفو الزوجة مع ملكها بنص القرآن لكن ان كان الصداق ديناً صح البراء منه بسائر الفاظ المباراة من البراء والاسقاط والهبة والعفو والصدقة والتحليل ولا يشترط له قبول وان كان عينا وقلنا لم يملكه وانما يثبت له حق التملك فكذلك وكذلك يصح عفو الشفيع عن الشفعة ذكره القاضى وابن عقيل وان قلنا ملك نصف الصداق صح بلفظ الهبة والتملك وهل يصح بلفظ العفو على وجهين : احدهما لا يصح قاله ابن عقيل . والثاني يصح قاله القاضى ورجحه صاحب المغنى وهو الصحيح لأن عقد الهبة عندنا ينعقد بكل لفظ يفيد معناه من غير اشتراط ايجاب ولا قبول بلفظ معين . وقال القاضى وابن عقيل يشترط ههنا الايجاب والقبول والقبض وحكى صاحب الترغيب فى اشتراط القبول وجهين والصحيح أن القبض لا يشترط فى الفسوخ كالأقالة ونحوها صرح به القاضى فى خلافه وكذلك يصح رجوع الأب فى الهبة من غير قبض وكذلك فسخ عقد الرهن وغيرها (ومنها) حق الملتقط فى اللقطة بعد حول التعريف وفيه وجهان اشهرهما انه يثبت له الملك بغير اختياره واختاره القاضى وقال انه ظاهر كلام أحمد والثانى لا يدخل حتى يختار وهو اختيار أبى الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك (ومنها) الموصى له بعد موت الموصى وفيه وجهان : احدهما انه يثبت له الملك وقيل إنه ظاهر كلام أحمد . والثانى انما يثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عند الأصحاب (ومنها) من نبت فى أرضه كلاً أو نحوه من المباحات أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك فى المسئلة روايتان معروفتان وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك وعلى الرواية الأخرى انما ثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك إذ لا يلزمه ان يبذل من الماء والكلاً الا الفاضل عن حوائجه ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته اليه فقال القاضى والأكثرون يملكه وخرج ابن عقيل انه لا يملكه لأنه سبب منهى عنه فلا يفيد الملك ويشبه هذا الخلاف فى الطائفة التى تغزو بدون اذن الامام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم ام لا وقرر القاضى فى موضع من خلافه أن الأسباب الفعلية تفيد الملك وان كانت محظورة كأخذ المسلم اموال أهل الحرب غصباً وان دخل اليهم بأمان بخلاف القولية . وفى موضع آخر صرح بخلاف ذلك وانه لا يملك به المسلم وهو الصحيح من المذهب (ومنها) متحجر الموات المشهور انه لا يملكه بذلك ونقل صالح عن أبيه

ما يدل على أنه يملكه وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالاحياء فان بادر الغير فاحياه ففي ملكه وجهان معروفان هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقفاً على اختياره فاما ان ثبت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والخطاب اذار كن اليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً ولكن يصح على المنصوص وخرج القاضى وجهاً بالبطلان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح لأن الحق في البيع انعقد واخذ به ولا كذلك ههنا ولأن المفيد للملك هذا العقد والمحرم سابق عليه فهو كاستيلاد الأب والشريك يحصل له الملك بالعلوق لما كان المحرم وهو الوطء سابقاً عليه .

النوع الثالث حق الانتفاع ويدخل فيه صور:

(منها) وضع الجار خشبه على جدار جاره اذا لم يضره للنص الوارد فيه (ومنها) إجراء الماء في أرض غيره اذا اضطر الى ذلك في احدى الروايتين لقضاء عمرته قال الشيخ تقي الدين وكذلك اذا احتاج ان يجرى ماءه في طريق مائه مثل أن يجرى مياه سطوحه أو غيرها في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ماء ثم يقاسمه جاره ولو وضع على النهر عبارة يجرى فيها الماء فخرجها الاصحاب على الروايتين ونقل أبو طالب عن احمد في قوم اقتسموا داراً كانت لها اربعة سطوح يجرى الماء عليها فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء الآخر عليه وقال هذا قد صار لي وليس بيننا شرط فقال احمد يرد الماء الى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضره . وحمل طائفة من اصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنع من جريان الماء وانه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ويستحدث له مسيلاً فجعل له أن يجره على رسمه الأول كذلك كما يجرى ماؤه في أرض غيره للحاجة أو يضع خشبه على جداره وكذا ذكره ابن عقيل وغيره وحمله بعضهم على أن الدار إذا اقتسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الجمع كالاستطراق في طريقها ، ولهذا قلنا لو حصل الطريق في حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة ، وعلى هذا حمله صاحب شرح الهداية وخرج صاحب المغنى في رواية أبي طالب وجهاً في مسألة الطريق بصحة القسمة وبفاء حق الاستطراق فيه للآخر وبينهما فرق ، فان الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص بخلاف اجراء الماء على السطح فانه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك (ومنها) لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه أو شجراً عليه ثم لم يبد صلاحه كان ذلك مبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغيره أجرة ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينفع بها إلى وقت الجذاذ أو يؤجرها لم

يكن له ذلك كما لا يملك الجار إعاره غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض فإن عليه إبقاؤه إلى وقت صلاحه للحصاد فاما ان باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع على وجهين ذكرهما القاضى وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل وان ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزرع إذا حصد فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع .

النوع الرابع حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به فان كان لا يصطاد به أو كان الكلب جرواً يحتاج إلى التعليم فوجهان (ومنها) الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالايقاد وغيره على القول بالجواز فاما نجاسة العين كدهن الميتة فالمنصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن احمد ما يدل على جوازه (ومنها) جلد الميتة المدبوغ إذا قيل يجوز الانتفاع به في اليابسات فاما مالا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا يد ثابتة عليه وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه من هو في يده بخلاف ما فيه نفع مباح فانه يجب رده نعم لو غصب خمرأ فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب فكأنها تخللت في يده واختلفت (١) عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمير فاطلق الاكثرون الزوال منهم القاضى وابن عقيل وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل ومنهم صاحب المغنى في كتاب الحج وفي كلام القاضى ما يدل عليه وبكل حال فلو عادت خلا عاد الملك الأول لحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها حتى لو خلف خمرأ وديننا فتخللت الخمر قضى منه دينه ذكره القاضى في المجرد في الرهن وذكر هو وابن عقيل أيضاً فيه لو وهب الخمر وأقبضها أو أراقها فجمعها آخر فتخللت في يد الثانى فهل هي ملك له أو للأول على احتمالين وفرقا بين ذلك وبين الغصب بأن الأول زالت يده عنها بالاراقة والاقباض وثبت يد الثانى بخلاف الغصب ورجح صاحب المغنى أن الرهن لا يبطل بتخمير العصور وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لا مكان عودها مالا (ومنها) مرافق الأملاك كالطرق والأبنية ومسيل المياه ونحوها هل هي مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص وفي المسألة وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضى وابن عقيل في باب إحياء الموات وفي الغصب ودل عليه المنصوص عن احمد فيمن حفر في فئانه بئراً أنه متعبد بحفره (١) في نسختي الدار : واختلطت

في غير ملك ، وطرده القاضى ذلك حتى في حريم البئر ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به إذ استطرقه عام بخلاف ما لو باع بطريقها وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء لأنه من الحقوق فهو كمسيل المياه : والوجه الثانى الملك وصرح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغنى وأخذ من نص احمد والخرقى على ملك حريم البئر (ومنها) مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق اليها أحق بها ، وهل ينتهى حقه بانتهاء النهار أو يمتد الى أن ينقل قماشه عنها على وجهين ، وظاهر كلام احمد في رواية حرب الأول لجريان العادة بانتفاء الزيادة عليه ، وعلى الثانى فلو أطلال الجلوس فهل يصرف أم لا على وجهين لأنه يفضى إلى الاختصاص بالحق المشترك (ومنها) الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه الى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس أما ان قام لحاجة عارضة وفيته العود فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أو في وسط الصف فإنه يجوز نقله عنه صرح به القاضى ، وهو ظاهر كلام احمد وعليه حمل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد .

والنوع الخامس حق التعلق لاستيفاء الحق وله صور :

(منها) تعلق حق المرتهن بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفى جميعه (ومنها) تعلق حق الجناية بالجاني ومعناه أن حقه انحصر في مالهته وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الارش (١) على ظاهر كلام الأصحاب ويبيع جميعه في الجناية ويوفى منه الحق ويرد الفضل على السيد ، وذكر القاضى في المجرى أن ظاهر كلام احمد انه لا يرد عليه شيء . وهذا صريح في تعلق الحق بالجميع وللأصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضل عن الارش (٢) هل يبيع جميعه أو بمقدار الارش (٣) ذبه وجهان لكن يبيع جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص (ومنها) تعلق حق الغرماء بالتركة هل يمنع انتقالها بالارث على روايتين وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن ؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك وصرح الأكثرون بأنه كتعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشياء احدها ان تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها فلا ينفك منها شيء حتى يوفى الدين كله . وصرح بذلك القاضى في خلافه إذا كان الوارث واحداً قال وان كان جماعة انقسم عليهم بالحصص ويتعلق كل حصة من الدين بنظيره من التركة وبكل جزء منها فلا ينفك منها شيء حتى يوفى جميع تلك الحصة ولا فرق في ذلك بين أن

(١) - (٣) في نسختي الدار : الارث .

يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق مخرج به جماعة منهم صاحب الترخيب في التفليس الثاني أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو في ذمة الميت أو الورثة على وجهين سبق ذكرهما والثالث أنه يمنع صحة التصرف وفي ذلك وجهان أيضاً سبقا وهل تعاق حقهم بالمال من حين المرض أم لا ؟ تردد الأصحاب في ذلك ونقل الميموني عن أحمد فيمن عليه دين يحيط بجميع ما ترك يجوز له أن يعتق ويهب يعني الميت قال نعم ! قلت هذا ليس له مال قال اليس ثلثه له قلت ليس هذا المال له قال اليس هو الساعة في يده قلت بلى ! ولعله لا غيره قال دعها فانها مسألة فيها لبس والذي كان عنده على ما ناظرته أن هذا جائز . واستشكل القاضي هذه الرواية فيما قرأته بخطه وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين وحملها على أحد وجهين إما أن يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة لتعلق حق الجميع بماله فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منهما . أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء . وقال الشيخ تقي الدين هي بدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت لأن حقهم في الحياة في ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لا معلقاً بالموت بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه دين فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه إذا لاحق لهم في ذمته . قلت : وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافهما في المريض هل لورثته منعه من انفاق جميع ماله في الشهور أم لا ؟ ففي موضع جز ما بثبت المنع لهم لتعلق حقوقهم بماله وأنكر ذلك في مواضع (ومنها) تعلق حق الموصي له بالمال هل يتبع الانتقال إلى الورثة جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين ومنهم أبو الخطاب في انتصاره وأبو الحسين في فروعه ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب أن الموصي به قبل القبول على ملك الورثة وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة مفرقا بين الدين والوصية بأن حق الموصي له في عين التركة ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين فإن حق صاحبه في التركة والذمة وللورثة التوفية من غيره وأخذ ذلك مما رواه ابن منصور عن أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة قال لا يقسم المال حتى ينفذوا ما قال إلا إن يضمنوا أن يخرجوه فلمهم أن يقسموا البقية وكذلك في المجرد والفصول في باب الشركة أن الموصي له أن كان معيناً فهو شريك في قدر ما وصى له به وإن كان غير معين كالفقراء والمساكين لم يجوز للورثة التصرف حتى يفردوا نصيب الموصي له وما يدل على عدم انتقاله إلى الورثة أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث وإن إجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية (ومنها) تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة أو ارتهان أو تعلق الاستيفاء كالجناية اضطرب

كلام الاصحاب في ذلك اضطرابا كثيرا . ويحصل منه ثلاثة اوجه : احدها انه تعلق شركة وصرح به القاضى في موضع من شرح المذهب وظاهر كلام ابى بكر يدل عليه وقد بينه في موضع آخر والثانى تعلق استيفاء وصرح به غير واحد منهم القاضى ، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة . والثالث انه تعلق رهن وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل :

(منها) ان الحق هل هو متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين ؟ وقد نقل القاضى وابن عقيل الاتفاق على الثانى (ومنها) أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتا في ذمة المالك ام لا ؟ وظاهر كلام الاكثرين انه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء الا ان يتلف المال او يتصرف فيه المالك بعد الحول . فظاهر كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر في شرح الهداية انا اذا قلنا الزكاة في الذمة فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة وهو اختيار الشيخ تقى الدين شيخ الاسلام ابن تيمية وهو حسن (ومنها) منع التصرف والمذهب أن لا يمنع كما سبق (ومنها) اعنى صور تعلق الحقوق بالاموال تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه (ومنها) تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له وقد ذكر القاضى في المجرد أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كمال المكاتب مع سيده أولا ؟ كالمرهون بالنسبة الى الراهن على احتمالين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب ، وهو تعلق ديونه بذمة السيد وانما يتوجه على قولنا يتعلق برقة العبد وقد صرح في الخلاف الكبير ببناء المسألة على هذا (ومنها) تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحى المعينة ويقدمون بما يجب صرفه اليهم منها على الغرماء في حينة الموجب وبعد وفاته .

﴿ القاعدة السادسة والثمانون ﴾

الملك اربعة انواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة .

اما النوع الاول فهو عامة الاملاك الواردة على الاعيان المملوكة بالاسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في اصول الفقه اجماع الفقهاء على ان العباد لا يملكون الاعيان وإنما ملك الاعيان خالقها سبحانه وتعالى وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا فن كان مالكا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

وكذا ذكر ابن الزاغوني في كتاب غرر البيان ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله . فعلى هذا جميع الاملاك انما هي ملك الانتفاع ولكن التقسيم ههنا وارد على المشهور .

النوع الثاني ملك العين بدون منفعة وقد اثبتته الاصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة وقد قال احمد في رواية منها فيمن أوصى بخدمة عبده أو ظهر دابة تركب أو بدار تسكن . فقال الدار لا بأس بها واكره العبد والدابة لأنهما يموتان قال أبو بكر الذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك لأن الدار تخرب أيضاً وحمل القاضي كلام احمد على الكراهة دون ابطال الوصية . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله لم يرد احمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه فان هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون هذا الامام ، وانما أراد أن العبد والدابة إذا أوصى بمنافعهما على التأيد فلم يترك للورثة ما ينتفعون به فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث فانه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع بل هو ضرر محض بجواز الوصية وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة لكن ان قصد الموصي ايصال جميع المنافع إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة فلا يحتسب على الورثة منها شيء ولا يصح الايصاء معها بالرقبة وان قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الايصاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . اما ان وصى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره فهو كمالو وصى بعين لاثنتين في وقتين واستدل على أن تملك جميع المنافع تملك للعين بالرقبي والعمرى فانها تملك للرقبة حيث كانت تملك للمنافع في الحياة وهذا المعنى منتف في الوصية بسكنى الدار لأن هذا تملك منفعة خاصة ينتهى بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة .

النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان : احدهما ملك مؤبد ويندرج تحته صور :

(منها) الوصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها الا منفعة البضع فان في دخولها بالوصية وجهين (ومنها) الوقف فان منافعه وثمراته مملوكة للوقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لهما فوائد متعددة (ومنها) الارض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافعها على التأيد . والضرب الثاني ملك غير مؤبد فمنه الاجارة ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، ومنه ما هو غير موقت ولكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال . النوع الرابع ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة :

(منها) ملك المستعير فانه يملك الانتفاع لا المنفعة الا على رواية ابن منصور عن احمد أن العارية المؤقتة تلزم كذا قال الاصحاب ويمكن أن يقال لزوم العارية المؤقتة انما يدل على وجوب الوفاء ببديل الانتفاع لا على تملك المنفعة (ومنها) المنتفع بملك جاره من وضع خشب وممر في دار ونحوه وان كان بعقد صلح فهو اجارة (ومنها) اقطاع الأرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها . (ومنها) الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الغانمون الانتفاع به بقدر الحاجة وقياسه الأكل من الأضحية والنمر المعلق ونحوه (ومنها) أكل الضيف لطعام المضيف فانه اباحة محضنة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا وعن أحمد رواية باجزاء الاطعام في الكفارات وينزل على أحد قولين إما ان الضيف يملك ما قدم اليه وان كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الأكل وإما ان الكفارة لا يشترط فيها تملك (ومنها) عقد النكاح وترددت عبارات الاصحاب في مورده هل هو الملك أو الاستباحة فمن قائل هو الملك . ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها (١) وقيل بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها وقيل بل المعقود عليه ازدواج كالمشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك اليمين واليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات

(القاعدة السابعة والثمانون)

فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال ، أما الأملاك التامة فقابلية للنقل بالعوض وغيره في الجملة ، وأما ملك المنافع فان كان بعقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون دأه أو أعلى منه ويملك المعاوضة عليه أيضا صرح به القاضى في خلافه ويندرج تحت هذا صور :

(منها) اجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الاجرة وأكثر وأقل (ومنها) اجارة الوقف (ومنها) اجارة المنافع الموصى بها وصرح بها القاضى في خلافه (ومنها) اجارة المنافع المستثناة في عقد البيع (ومنها) اجارة [أرض] العنوة الخراجية والمذهب الصحيح صحتها وهوانص أحمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستتجار وحكى القاضى وابن عقيل رواية أخرى بالمنع كرباع مكة (٢) وقد أشار أحمد في رواية حنبل الى كراهة منعها وسند كره في موضعه (ومنها) اعارة العارية المؤقتة اذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها فانه يجوز ولا تجوز الاجارة لأنها أعلى صرح به

(١) يباح في نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) في نسختي الدار : كرباع هذه .

القاضي في خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا نقل فيها نعله ، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الإجارة المنافع لزوم العقد وهذا منتف في الاقطاع وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجدد عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض ولأن اذنه في الإيجار عرفي فجاز كما لو صرح به ولو نهايا الشرى كان على الأرض وقتلنا لا يلزم فهل لأحدهما إجارة حصته الأظهر جوازه لأن المهاييات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا للضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال وتصح المعاوضة على اثباتها واستيفائها . وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؟ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفي جوازه بعوض خلاف ويندرج ذلك في (١) مسائل (منها) ما ثبتت عليه يد الاختصاص كالكلب والزيت النجس المنتفع به فإنه تثقل اليد فيه بالارث والوصية والإعارة في الكلب وفي الهبة وجهان اختار القاضي عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف في الحقيقة لأن نقل اليد في هذه الأعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضي في خلافه ، وأما إجارة الكلب فالمذهب أنها لا تصح لأنها معاوضة ولا مالية فيه وحكى أبو الفتح الحلواني فيها وجهين وكذا خرج أبو الخطاب وجهها بالجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهى عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع إلا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الألفية والأزقة المشتركة تصح إباحتها والأذن في الانتفاع بها كالأذن في فتح باب ونحوه قال في التلخيص ويكون إعارة على الأشبه وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها ذكره في المغنى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه أو وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق أما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة وأما الانتفاع بألفية الاملاك والمساجد بغير إذن من الملاك والامام فإن كان فيه ضرر لم يجز والافقى جوازه روايتان ذكره القاضي في الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على إسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرى (ومنها) متحجر الموات ومن أقطعه الامام مواتا ليحييه (٢)

(١) في نسختي الدار ويستثنى من (٢) بالأصل (ليحييه) .

لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق الى غيره بهبة واعارة وينتقل الى ورثته من بعده ودل له المعاوضة عنه على وجهين اصلهما المعاوضة عن الحقوق فان هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة فان النقل فيها ممتنع لأنها من حقوق الاملاك فهي مما استثنى من القاعدة . قال احمد في رواية ابن منصور الشفعة لا تباع ولا توهب وحمل القاضي قوله لا تباع على ان المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض قال لأنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز اخذ العوض عنه كخيار الشرط والمجلس بخلاف خيار القصاص والعيب لأنه يسقط الى الدية والارش والأظهر حمل قول احمد لا تباع ولا توهب على ان الشفيع ليس له نقلها الى غيره بعوض ولا غيره فاما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه . وذكر القاضي في باب الشفعة أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بعوض وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه فجعل الصلح هنا اسقاطاً من الثمن كالارش ، وعلى قياس خيار الشرط والمجلس لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن (ومنها) السكأ والماء في الأرض المملوكة اذا قلنا لا يملك ان بدون الحيابة فللمالك الاذن في الاخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب . ووقع في المقنع والمحرم ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة وان قلنا بعدم الملك ولعله من باب المعاوضة عما يستحق تملكه فيلتحق بالقاعدة (ومنها) مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيهما بغير عوض لأن الحق فيهما لازم بالسبق ولو آثر بها غيره فسبق ثالث فجلس فهل يكون احق من المؤثر أم لا على وجهين . احدهما نعم لأن حق القائم زال بانفصاله فصار الحق ثابتاً بالسبق . والثاني لا ، لأنه لو قام حاجة ونحوها لم يسقط حقه فكذا اذا آثر غيره لأنه اقامه مقام نفسه وبني بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الايثار بالقرب فاما ان قلنا بكراهيته فالسابق أحق به وجهاً واحداً وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الأسواق فاجاز النقل في المقاعد خاصة لأنها منافع دنيوية فهي كالحقوق المالية (ومنها) الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه الى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع ولا يكون ذلك تمليكا لا تنفاه ملكه بالأخذ حتى لو احتاج الى صاع من بر جيد وعنده صاعان رديتان فله ان يبدلها بصاع اذ هو مأخوذ على الاباحة دون التمليك صرح به القاضي وابن عقيل (ومنها) المباح اكله من مال الزكاة والاضاحى يجوز اطعامه للضيغان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة ولا يجوز المعاوضة عن شيء من ذلك (ومنها) منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض الى من يقوم

مقامه فيها وينتقل الى الوارث ويقوم مقام مورثه فيها : وكذلك يجوز جعلها مهر أنص عليه في رواية عبد الله ونص في رواية ابن هاني وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضا عما يستحقه عليه من المهر وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة فاما البيع فذكره احمد ونهى عنه واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لثلا يتخذ طريقا الى بيع رقبة الأرض التي لا تملك بل هي إمام وقف واما للمسلمين جميعا ونص في رواية المروذي على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوي وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هاني أنه قال يقوم دكانه ما فيه من غلق وكل شيء يحدثه فيه يعطى ذلك ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان ورخص في رواية عنه في شرائها دون بيعها لأن شرائها استنقاذ لها بعوض من يتعدى الصرف فيها وهو جائز ورخص في رواية المروذي أيضا في بيع ما يحتاج اليه للنفقة منها فان كان فيه فضل عن النفقة تصدق به وكل هذا بناء على أن رقبة هذه الأرض وقفها عمر رضى الله عنه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقا كالحلواني وابنه وكذلك خرجها ابن عقيل من نص احمد على صحة وقفها ولو كانت وقفها يصح وقفها وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاذان وابن أبي موسى ما يقتضى الجواز وله مأخذان : أحدهما أن الأرض ليست وقفها وهو مأخذ ابن عقيل وعلى هذا فان كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وان كانت فينا لبيت المال وأكثر كلام احمد يدل عليه فهل تصير وقفها بنفس الانتقال الى بيت المال أم لا على وجهين . فان قلنا لا تصير وقفها فللإمام بيعها وصرف ثمنها الى المصالح . وهل له اقطاعها اقطاع تملك على وجهين ذكر ذلك القاضي في الاحكام السلطانية : والمأخذ الثاني أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقي الدين ويدل عليه من كلام احمد أنه أجاز دفعها عوضا عن المهر ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة وان كان القاضي وابن عقيل والآخرين صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان أحدهما منافع الأعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فهذه قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع (منها) أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قيل هي في فانه ليس بأجرة بل هو شبه بها ومتعدد بينها وبين البيع (ومنها) المصلحة بعوض على وضع الأخشاب وفتح الأبواب ومرور المياه ونحوها وليس باجارة محضة لعدم تقدير المدة وهو شبهه بالبيع (ومنها) لو اعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه على روايتين ذكرهما ابن أبي موسى وهما منصوبتان عن احمد ولا يقال هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال لأن هذه المنافع كانت بملك المعاوضة عنها في حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم

وطء المكتبة اذا استثناء في عقد الكتابة وهل الكتابة لا عقد معاوضة على المنافع .
النوع الثاني المنافع التي ملكت مجردة عن الأعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل الخلاف الذي نتكلم فيه ههنا والله اعلم .

﴿ القاعدة الثامنة والثمانون ﴾

في الانتفاع واحداث ما ينتفع به من الطرق المملوكة في الأمصار والقرى وهوائها وقرارها .
أما الطريق نفسه فان كان ضيقاً أو أحدث فيه ما يضر بالمارة فلا يجوز بكل حال ، وأما مع السعة وانتفاء الضرر فان كان المحدث فيه متابداً كالبناء والغراس فان كان لمنفعة خاصة بأحد الناس لم يجز على المعروف من المذهب وان كان لمنفعة عامة ففيه خلاف معروف ؛ منهم من يطلقه ومنهم من يخصه بحالة انتفاء إذن الامام فيه وإن كان غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وإيقاف الدابة فيه ففيه خلاف أيضاً . وأما القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص . وأما الهواء فان كان الانتفاع به خاصاً بدون إذن الامام فالمعروف منعه وبإذنه فيه خلاف ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة (منها) اذا حفر في طريق واسع بشراً فان كان لنفع المسلمين ففيه طريقان . أحدهما ان كان بإذن الامام جاز وان كان بدون إذنه ففيه روايتان قاله القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر . والثاني فيه روايتان على الإطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغنى اذ البئر مظنة العطب ، وان كان الحفر لنفسه ضمن بكل حال ولو كان في فناءه نص عليه ولا يجوز إذن الامام فيه عند الاصحاب . وفي الاحكام السلطانية للقاضي إن له التصرف في فناءه بما شاء من حفر وغيره اذا لم يضر وأما في فناء غيره فان أضر بأهله لم يجز وان لم يضر جاز وهل يعتبر اذنهم أو اذن الامام في فناء المسجد على وجهين (ومنها) اذا بنى مسجداً في طريق واسع لم يضر بالمارة قال الاكثرون من الاصحاب ان كان بإذن الامام جاز والا فروايتان وقال أحمد في رواية ابن الحكم أكره الصلاة في المسجد الذي لا يؤخذ من الطريق الا أن يكون بإذن الامام ، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحمد أكثره غير مقيد . وفي رواية المروزي المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم . وقال اسماعيل الشالنجي سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم الى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك مسجد ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين مسجد للمسلمين عامة قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال الجوزجاني في المترجم والذي عنى أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي صلى الله عليه وسلم من السبع الاذرع كذا قال ومراده انه

يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن أحمد أن قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق وبذلك فسر ابن بطّة وأبو حفص العكبري والأصحاب وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع (ومنها) بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية وكذا إن كان لمصاحبة عامة كخان مسبل ونحوه وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الإمام الاذن في ذلك وفي كتاب الطرقات لابن بطّة أن بعض الأصحاب أفتى بجوازه وأخذه من نص أحمد في بناء المسجد والفرق واضح لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باق غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبث للعبادة وكلام أحمد يدل على المنع قال في رواية ابن القاسم إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقا فليس لأحد أن يأخذ منها شيئا قليلا ولا كثيرا وقال في رواية العباس ابن موسى إذا نضب الماء عن جزيرة لم يبن فيها لأن فيها ضررا وهو أن الماء يرجع قال القاضي معناه إذا بنى في طريق المارة فضرر بالمارة في ذلك الطريق فلم يجوز له وكره في رواية ابن بختان أن يطحن في الغروب وقال ربما غرقت السفن وقال في رواية مثني إذا كانت في طريق الناس فلا يعجنى والغروب كأنها طاحون يصنع في النهر الذي تجرى فيه السفن وكره شراء ما يطحن فيها وذكر ابن عقيل في الغربية في النهر إن كان وضعها باذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه جاز والالم يجز ، ولعل الغربية كالسفينة لا تتأبد بخلاف البناء وحكم الغراس حكم البناء وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد أنها غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلعها الإمام كان أولى ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة كصاحب المبهج وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء ونص أحمد في رواية ابن هاني وابن بختان في دار السبيل بغرس فيها كرم قال إن كان يضر بهم فلا وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ولعل الغرس كان لجهة السبيل أيضا (ومنها) اختصاص آحاد الناس في الطريق باتِّباع لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء فقال الآكثرون إن كان الطريق واسعا ولا ضرر في الجلوس بالمارة جاز باذن الإمام وبدون اذنه والالم يجز والإمام أن يقطعه من شاء وذكر القاضي في الأحكام السلطانية في جوازه بدون اذن الإمام روايتين وحكى في كتاب الروايتين في المسئلة روايتين بالجواز والمنع ثم حملها على اختلاف حالتين فالجواز إذا لم يضر بالمارة والمنع إذا ضرر وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق لأنه لا يعطل

حق المرور بالكلية فهو كالقيام لحاجة وأظن ابن بطه حكى قبله روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه وكذلك ذكر صاحب المقنع في الجلوس في الطريق الواسع هل يوجب ضمان ما عثر به على روايتين وذلك يدل على الخلاف في جوازه ، وأما القاضى فقال لا يضمن بالجلوس رواية واحدة . ومن ذلك لوربط دابته أو وقفها في الطريق والمنصوص منعه قال في رواية أبي الحارث إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق ، وكذا نقل عنه أبو طالب وحنبلى ضمان جنابة الدابة إذا ربطها في الطريق ، وكذا أطلق ابن أبى موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة وما أخذ أن طبع الدابة الجنابة يفهمها أو رجلها فابقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وحكى القاضى في كتاب الروايتين رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفتحت يده أو رجل فلا شيء عليه قال القاضى ظاهره أنه لا ضمان إذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا ، وأما الآمدى فحمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعته والمذهب عنه الجواز مع السعة وعدم الإضرار رواية واحدة ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة وصرح صاحب التلخيص بجريان الخلاف في صورتي القيام والربط وخالف بعض المتأخرين وقال الربط عدوان بكل حال وربط السفينة وأرسائها في النهر المسلوك . قال ابن عقيل إن كان باذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل جاز والا لم يجز وخالف بعض الأصحاب في اعتبار اذن الإمام في هذا لتكرره قال الميموني ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزوارق يعنى في دجلة فاكترى زورقا من الزوارق فرأيت يتخطى زوارق عدة لأناس ولم أره استأذن احدا منهم قال بعض الأصحاب لأنه حريم دجلة وهو مشترك بين المسلمين فلما ضيقوه جاز المشى عليه وعلى قياس ذلك لو وضع في المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان بخلاف ما إذا بسط فيه مصلى وقلنا لا يثبت به السبق فإنه يرفع ويصلى موضعه ولا يصلى عليه لأن رفعه لامشقة فيه . ومن ذلك الانتفاع بالطريق بالقاء الكناسة والأقذار فإن كان نجاسة فهو كالنخل في الطريق وهو منهي عنه لكن هل هو منهي كراهة أو منهي تحريم كلام الأصحاب مختلف في ذلك وإن كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه والقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثور كالحجر فلا يجوز والضمان واجب به وقد نص عليه أحمد في رش الماء قال في الترغيب إلا أن يرشه ليسكن به الغبار فهو مصلحة عامة فيصير كحفر البئر السابلة وفيه روايتان (ومنها) الحفر في الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاءه واسقف عليه قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فناءه البئر أو المخرج المغلق

قال لا هذا طريق للمسلمين قلت انما هي بئر تحفر ويسد رأسها قال أليس في طريق المسلمين اكره هذا كله فمنع من التصرف في باطن الطريق بالحفر ونقل عنه ابن هانيء وابن بختان والفضل بن زياد في رجل في داره شجرة فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر لمن هذه الشجرة قال ما أدري ما هذا وربما كان ضرراً على صاحب الأرض قال القاضي وظاهر هذا أنه اذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض لا يؤخذ بقلعها لأن الضرر انما يكون بظهورها على وجه الأرض انتهى وفيه نظر وصرح ابن عقيل في الواضح في أصول الفقه بوجوب ازالة عروق شجرته من أرض غيره (ومنها) اشراع الاجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار الى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهنا وغيرهم ولم يعتبر اذن الامام في ذلك وكذلك ذكر القاضي في المجرد وصاحب المغنى وقال القاضي في خلافة والأكثر ان يجوز باذن الامام مع انتفاء الضرر به وفي شرح الهداية للشيخ مجد الدين في كتاب الصلاة ان كان لا يضر بالمارة جاز وهل يفتقر الى اذن الامام على روايتين احدهما يفتقر لانه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة الا للامام . والثانية لا يفتقر لأن منفعة الطريق المرور وهو لا يحتل بذلك وأما الميازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب قال المروزي سقف لابي عبد الله سقف الحاككة وجعل مسيل المياه الى الطريق وبات تلك الليلة فلما أصبح قال ادع لي النجار يحول الميزاب الى الدار فدعوته له فحوله وهذا لا يدل على التحريم لانه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداءً وانما حوله تورعاً لحصول الشبهة فيه وفي المغنى احتمال بجواز مطلقاً مع انتفاء الضرر واختاره طائفة من المتأخرين وقال الشيخ تقي الدين اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس في ذلك والممانعون يقولون ميزاب العباس وضعه النبي صلى الله عليه وسلم بيده فكان أبلغ من اذنه فيه ولا كلام فيما اذن فيه الامام

(القاعدة التاسعة والثمانون)

أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف أما عقود الضمان فقد سبق ذكرها وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة وأما الاتلاف فالمراد به أن يباثر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سبباً عدواناً فيحصل به الاتلاف بان يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً أو يوجب ناراً في يوم ريح عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبساً بشئ وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختيار في انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما اذا حل وكما ذكر مائع فاندفق

أو فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل عبداً بآبقا فهرب هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والا كثرون
لأنه تسبب إلى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل في فتونه ما كان من الطيور بألف البروج
ويعتاد العود فقال لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال
أيضاً في الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي وما لا يحال عليه الضمان
كالحيوانات والجمادات فإذا حل قيد العبد لم يضمن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه
فيقطع مباشرته للتلف بسبب مطلقه وهذا الذي قاله إنما يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيده
فأما إذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الأصحاب إن جناية
العبد المغضوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على
الغاصب لتعديده بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغوني في الإقناع وجهاً
آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمن لتعلقها بالرقبة المملوكة
للمجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله في مطلق العبد لأنه متسبب إلى الاتلاف فإذا
لم يمكن إحالة الضمان على المباشر أحيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الإهدار
مهما أمكن وخرج الآمدي وجهاً آخر أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته يتبع بها بعد
عنته . وههنا فرع متردد فيه بين ضمان اليد وضمن الاتلاف وهو ما إذا حفر بشراً عدواناً أو نصب
شبكة أو منجلاً للصيد ثم مات ثم وقع في البشر حيوان مضمون أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون
فإن جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح في المجرد وابن عقيل في الفصول في باب
الرهن حتى قالوا لو بيعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها لسبق سببه ولو كانت التركة عبداً فأعتقه
الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمروءون صرح به القاضي في الخلاف وإن جعلناه من ضمان اليد
فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف
الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته هل هو تركة مورثة جعلها كيد المشاهدة أو
هو ملك للورثة لأنها صارت كأيديهم . والذي صرح به القاضي وابن عقيل أنه تركة مورثة وقال
أبو الخطاب في الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة إليه كما يتولد من النتاج الموروث
ويشمر من الشجر وأما في العدوان المجرد فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه
من تركة المتعدي لانعقاد سببه في حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه فطولب بنقصه فباعه
ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهان سبق ذكرهما وهل يجب الضمان على من انتقل الملك
إليه إذا استدامه أم لا . الأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً فإنه يقوم مقام البائع فيه

فاذا طواب بازائه فلم يفعل ضمن على رواية ولو حفر عبده بئراً عدواناً بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففي المغنى الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفي التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون ثبوته عايه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب في ملكه فلا ينتقل وهو بعيد تنفيه - لو أ تلف الغاصب المنصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقد نص أحمد على أن من أمسك صيداً في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه انه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة وان كان موجهاً معصية وفيه وجه بالمنع ذكره القاضي في تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم

(القاعدة التسعون)

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان. ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان أما الأولى فيدخل فيها صور :

(منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب (ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب وينتفى الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً مما ثبتت عليه الأيدي كأم الولد ومالم يحوزوه إلى دارهم وما شرد اليهم من دواب المسلمين وارقائهم (١) على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضاً (ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فان كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان وان كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر . وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور :

(منها) من له ولاية شرعية بالقبض (ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فانه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ أبقاً ليرده الى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الأبق فيه اذن شرعى وفي التلخيص وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكماً فهو أولى بنفى الضمان لعموم ولايته وفي التلخيص فيما اذا حمل المنصوب اليه ليدفعه الى مالكه فهل يلزمه قبوله على وجهين وصحح اللزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغنى ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المنصوب الا ان يكون له ولاية عليه

(١) في نسختنا وارقائهم والتصحيح عن ٧١١

بوجه مامثل أن يجده في تركة ميت ووارثه غائب فله الأخذ لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه أو إيجادها في يد سارق فيقطعها وتنزع منه العين تبعاً لولاية القطع والمسئلة المذكورة في مسئلة وجوب القصاص للغائب (١) ومسئلة قطع السارق لمال الغائب (ومنها) الطائفة الممتنعة عن حكم الامام كالبلغاة لا يضمن الامام وطائفته ما ألتفوه عليهم حال الحرب وفي تضمينهم ما ألتفوه على الامام في تلك الحال روايتان أصحهما نفى الضمان الحاقاً لهم بأهل الحرب . وأما أهل الردة اذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففى تضمينهم روايتان واختار أبو بكر عدم التضمين الحاقاً لهم بأهل دار الحرب. وأما اليد الثالثة فهى اليد العارية التى يترتب عليها الضمان

(القاعدة الحادية والتسعون)

يضمن بالعقد وباليد الاموال المحضة المنقولة اذا وجد فيها النقل . فاما غير المنقول فالمشهور عند الاصحاب أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً كما يضمن فى عقود التملكات بالاتفاق ونقل ابن منصور عن احمد أن العقار لا يضمن بمجرد اليد فى الغصب من غير اتلاف وكذلك قال أبو جعفر (٢) العسكبرى فى العارية فيما قرأته بخط القاضى وأما المنقول فان حصل نقله ترتب عليه ضمان اليد والعقد وان لم يوجد النقل فهل يضمن بالعقد فيه كلام سبق فى أحكام القبوض وأما اليد المجردة فقال القاضى فى خلافه لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضاً كالعقد وكما يصير المودع ضامناً بمجرد جحود الوديعة من غير نقل ولا ازالة يد ورتب على ذلك أنه لو باع الغاصب العين المغصوبة وخلى بينه وبين المشتري فتلفت قبل النقل ثم جاء المالك ان له ان يضمن المشتري قال وان سلمناه تعين منع تضمينه فلا أنه لم يحصل كمال الاستيلاء . وهو النقل فيما يمكن نقله وانما تردد فى هذا لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد وباليد وفى التاخيص اثبات اليد [وجزم ابن عقيل فى نظرياته بان المشتري هاهنا لا يضمنه ضمان غصب وان كان يضمنه فى البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التخلية وقاسه على العقار فان البائع اذا خلى بينه وبين المشتري صار من ضمانه بالعقد واو ظهر له مستحق لم يضمنه بذلك ضمان غصب فيما يقبل النقل] (٣) الا فى الدابة فان ركوبها كاف و كذلك الجلوس على الفرش لأنه غاية الاستيلاء وصرح القاضى فى خلافه بمثل ذلك فى الدابة وأما غير الاموال

(١) فى ٧١١ : للغاصب (٢) فى ٧١١ : أبو حفص

(٣) ما بين المربعين أضيف عن نسخة ٧١١ وفى نسختنا فيما ينتقل بالنقل

المحضنة فنوعان : أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدير فيضمن باليد على ما ذكره القاضى والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد فى قياس المذهب قاله أبو البركات فى تعليقه على الهداية والثانى الحر المحض هل تثبت عليه اليد فترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن بها بحال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كن غصب أمة حاملا بحر ذكره القاضى فى خلافه بما يشعر أنه محل وفاق وحكى القاضى فى خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر فى ثبوت اليد على الحر الصغير وضمانه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسبه مع جهالته ودعوى رقه وقال القاضى فى مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبني على ذلك أن الأجير الخاص اذا سلم نفسه الى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منافعه تحت يده . وكذلك يجب المهر بالخلوة فى النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهى فى يد أحدهما فهى له ترجيحاً باليد كذا ذكره القاضى وإنما يتوجه على قولنا بتقديم بينة الداخل وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه صحة اجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجى فى النهاية بصحته وبني عليه جواز صحة اجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين وبني صاحب التلخيص ايضا على ذلك غصب الحر وحبسه عن العمل فان فى ضمان أجرته وجهين

تنبيهه - من الاصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضى فى خلافه وابن عقيل فى تذكرته وغيرهما وفرعوا عليه صحة تزويج الامة المغصوبة وان الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر . وخالف ابن المني وجزم فى تعليقه بضمان مهر الامة بتفويت النكاح وذكر فى الحرة تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الامة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرة اذا زنى بها كرها فحملت ثم ماتت من الصلق قال فى التلخيص لأن الاستيلاء كانه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرة لا تدخل تحت اليد وبمجرد السبب ضعيف وفى المغنى يضمنها مطلقا لحصول التسبب فى التلف

﴿ القاعدة الثانية والتسعون ﴾

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا ؟ فى المسألة خلاف وقد قال أحمد فى رواية ابن

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكة مع أن مذهبه المشهور عند أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه ان زال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والا فلا، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو غصب دابة عليها مالها ومتاعه ففي الخلاف الكبير لا يضمن ، وكذلك قال الأصحاب لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه لأنها في يد المالك ولو كان الحر صغيرا وقتلنا تثبت اليد عليه ففي ثيابه وجهان نظرا إلى [أن] يده لا قوة لها على المنع وهذا يشهد باعتبار بقاء [الامتناع في انتفاء الضمان (ومنها) لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو لحمل شيء فزاد عليه وهي في يد المؤجر فتلفت قال في المجرد يضمن لتعديده بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان كمن غرق ثوبه وهو لا يمنع وفي التلخيص لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالحمل ففي تكميل الضمان عليه وتنصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادر على الامتناع أو لا يكون كذلك فيجب الضمان مع عدم القدرة كمن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان (ومنها) الأجير المشترك إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضي في المجرد ، قال لأنه ليس بأكثر من الغاصب والغاصب لا يضمن مادام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى . ومراده بثبوت يد صاحبه بثبوت سلطته وتصرفه ولهذا لو أعاد الغاصب المغصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه مثل إن رهنه عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح إلا أن يعلم أنه ملكه (ومنها) لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جاس على بساطه بغير إذنه والمالك جالس في الدار أو على البساط ففي الخلاف الكبير لا ضمان وعلى باتفاء الحيولة ورفع اليد. وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع إلى اشتراط الحيولة والقهر للضمان وفي التلخيص لو دخل دار المالك وهو فيها قاصدا للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الداخل وتمكنه من القهر وإن كان المالك غائبا فالدخل غصب بكل حال للحصول الاستيلاء به وذكر بعض أصحابنا في خلافه أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامنا لما جالس عليه منه والداخل إن دخل بنية الغصب صار غاصبا (ومنها) لو أردف المالك خلفه على الدابة قتلت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيرا أم لا لثبوت يد المالك عليها ذكر في التلخيص احتمالين وصحح للشافعي تنبيهه — لو كانت العين ملكا لاثنتين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله فهل يكون غاصبا لنصيب رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعا

قال القاضي وابن عقيل هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقي الدين مستدلاً بأن الأعمال بالنيات، فعلى هذا لو استعمل الغاصب والشريك المملك واتتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء فلو باع العين صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب والمنصوص عن أحمد يدل على خلاف لأنه نص في رواية حرب على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً لم يطب للردود عليه الانفرد بما رد عليه وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع اجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف الا في الربع خاصة والربع الآخر حق لشريكه المغموب منه ولم يجتمع هنا يد الغاصب مع يد المالك في شيء.

(القاعدة الثالثة والتسعون)

من قبض مغموباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغموب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة ثم ان كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وان ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب وان كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين هذا ما ذكره القاضي والأكثرون وفي بعضه خلاف نشير اليه في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة (الأولى) الغاصبة يتعاقبها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التالف تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها (الثانية) الأخذ لمصلحة الدافع كالأستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغريره وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتالف المال تحتها من غير إذن صرح به القاضي في المجرد في باب المضاربة وسيأتي أصله ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك في المرتن ونحوه وأولى وخرجه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الا يداع فان الضمان على الأول وحده كذلك قال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ومن الأصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع ومودع الغاصب فان الموجب للضمان في الأول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فان قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله وبأن الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه والقبض

من يد أمينه ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمتعدى بخلاف مودع الغاصب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعوا قبضا الثمن ثم بان المبيع مستحقا لم يلزمهما شيء لا تناقض هذه المسئلة كما يتوهمه من قصر فهمه لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل . أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا له هنا البتة . وهو بمعزل من مسئلتهم بالسكينة (الثالثة) القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل يجعل والمرتهن ، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً وترجع بما ضمنت لدخولها على الأمانة وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى في الرهن احتمالين آخرين أحدهما : أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض فهي كالعالمة بالحال وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً والثاني لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبغي أن يكون هو المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض مالم يدخل على ضمانه في جميع هذه الاقسام فان المنصوص عن احمد فيمن اشترى أرضاً ففارس فيها ثم ظهرت مستحقة انه لا يملك المستحق قلعه الا مع ضمان نقصه كالغراس المحترم الصادر عن اذن المالك فجعل المغرور كالماذون له فلا يضمن ابتداء مالم يلزم ضمانه . وكذلك نقل حرب وغيره عن احمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة . وقريب من ذلك ما نقل عنه منها فيمن بعث رجلا إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه ديناراً فاخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتغريبه ويرجع هو على الرسول وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فايهما ضمن لم يرجع على الآخر (الرابعة) القابضة لمصلحتها خاصة اما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخلة في الضمان في العين دون المنفعة فاذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتغريبه وفي المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة اذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الاتفَاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض وأصل الروايتين الروايتان في رجوع المغرور بالمهر على من غره وان ضمن الغاصب المنفعة ابتداء ففيه طريقان أحدهما البناء على الروايتين فان قلنا لا يرجع القابض عليه اذا ضمن ابتداء رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع والثاني أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً قاله القاضي

وابن عقيل في موضع آخر. وأما العين فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الاول في القسم الذي قبله يستقر ههنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلقت المنفعة باستيفاء أو بتفويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان مالم يلتزم ضمانه ابتداء ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه مادخلت على ضمانه ويتخرج انما وجه آخر انه لا يستقر عليها ضمان شيء. وسنذكر أصله في القسم الذي بعده (الخامسة) القابضة تملك بعوض مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة فاذا ضمنت قيمة العين والمنفعة لم يرجع بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها ولكن يسترد الثمن من الغاصب لأنه لم يملكه لا تنفاه صحة العقد وسواء كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الاصحاب ههنا وفي البيع الفاسد وفي ضمان المغرور المهر. وفي التلخيص احتمال ان كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى وبه جزم ابن المنى في خلافه وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه احمد في المتجر بالوديعة بغير إذن أن الربح للمالك ثم من الاصحاب من بينه على القول بوقف العقود على الاجازة وهي طريقة القاضى في خلافه وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك وكذا في المضارب اذا خالف وعنه رواية أخرى تصدق بالربح لأنه ربح مالم يضمن وهل للمضارب أجره المثل على روايتين وطردهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية في الغاصب وحكى صاحب المغنى في باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بشيء بما صنعه وحكام في الكافي في باب المضاربة وجهها وصرح القاضى بمثل ذلك في خلافه في مسألة رجوع المغرور بالمهر. وهو عندى قياس المذهب حيث قلنا في احدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الاصحاب هذا الخلاف فيما اذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه وأيضاً فان المنصوص عن أحمد أن البائع اذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فانه يرده بغير شيء. ويأخذ الثمن الا ان يكون حصل له انتفاع بما نقصه فانه يرد عوضه على أحد الوجهين الحاقاله بلبن المصراة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى ولكن سقط عنه كتدليس البائع العيب وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب فلانه لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس

الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى وأما المنافع اذا ضمنها المالك للمشتري بناء على أن المنافع المغصوب مضمونة وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده وعن احمد رواية أخرى لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم وهى اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع اذا ضمنها رجع بيد لها على الغاصب وكذلك الكسب صرح به القاضى فى خلافه الا ان يكون انتفع بشئ من ذلك فيخرج على الروايتين وقد أشار احمد الى هذا فى رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد ان كان احدث فيهم شيئاً أو بأن باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شئ فلو جب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والنتاج دون ما أ تلف فى يده بغير فعله ولم يذ كر رجوعاً على الغاصب وظاهر كلامه ان ما تلف فى يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداءً لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به وهذا يقوى التخرج المذكور فى القسم الذى قبله وكذلك ظاهر كلام ابن أبى موسى لا يضمن المشتري الا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه لكن انتفع به كالخدمة ومهر المشترأة وأما قيمة الأولاد فلا يرجع بها عنده لان نفعها لغيره لا له وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع اذا قلعه المالك ومراده ما نقص بقلعه وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقضه لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فان تفرغ الارض من الغراس الذى لم يأذن فيه لا بد من تمكنه منه ولا ضمان عليه فيه حيث لم يأذن فيه وإنما الضمان على الغار لتعديده كما أن تضمين القابض مالم يلتزم ضمانه ممتنع حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتعديده فظهر بهذا أن الذى يدل عليه كلام أحمد أن القابض لا يضمن الا ما حصل له به نفع فيضمنه وهل يرجع به على روايتين كرجوع المغرور فى باب النكاح بالمهر.

تنبيه - لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففى الرجوع احتمالان ذكرهما القاضى، وقد يخرج كذلك فى الاقرار بالملك حيث علم ان مستنده اليد وقد بان عدوانها (اليد السادسة) القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالصداق وعوض الخلع والعق واصلح عن دم عمد اذا كان معيناً منه أو كان القبض وفاء كدين مستقر فى الذمة من ثمن مبيع أو غيره (١) وصداق أو قيمة متلف ونحوه فاذا تلفت هذه الاعيان فى يد من قبضها ثم استحققت فللمستحق الرجوع

على القابض يبدل العين والمنفعة على ما تقرر، ويتخرج وجها آخر أن لا مطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمنين فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغيره إلا بما انتفع به فإنه يخرج على الرويتين . وأما قيم الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضى ومن اتبعه أنه لا يرجع بها لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وإن كان عوضا متعينا في العقد لم يفسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا أن النكاح على المغيصوب لا يصح لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضى في خلافه ، وقال في المجرد ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعق والصلح عن دم العمد ففيماء وجهان . أحدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لأن هذه العقود لا تفسخ باستحقاق أعواضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاضى في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر . والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة لعوضهما لالهما وهو قول القاضى في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح فابت أن تتزوج به على ذلك فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر أمها وعلى الوجه المخرج في البيع أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب ههنا كذلك . (اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهى يد المستأجر فقال القاضى والأكثرون إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت أجره المثل على الأجرة المسماة فقيه مأمور من زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره وفي تعليقه أبى البركات على الهداية ويتخرج لأصحابنا . وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول الجمهور يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان أحدهما عليه والثاني على الغاصب وهو الذى ذكره القاضى في خلافه انتهى والوجه الأول منزل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتين ونحوه بتلف العين تحت يده: (اليد الثامنة) القابضة للشركة وهى المتصرفه في المال بما ينميه بجزء من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساق ولهم جرة على الغاصب لعلمهم له بعوض لم يسلم ، فاما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال فإذا ضمنوا على المشهور رجعوا

بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك ذكره القاضى وابن عقيل فى المساقى والمزارع نظيره ، اما المضارب والشريك فلا ينبغي ان يستقر عليهم ضمان شئ بدون القسمة سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور اولا لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس لهم الانفراد بالقسمة فلم يتعين لهم شئ مضمون . وحكى الاصحاب فى المضارب بغير اذن وجها آخر ان لا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده ويتخرج وجه آخر ان لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الامانة ، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للمال وانما اعدناه هنا لذكر النماء ، واما المساقى اذا ظهر الشجر مستحقا بعد تكملة العمل فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب وأما الثمر اذا تلف فله حالتان احدهما أن يتألف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه وله أن يضمن الكل للغاصب فاذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه لانه أخذ العوض فهو كالمشتري من الغاصب ، وفى المغنى احتمال لا يرجع عليه لتغيره فاشبهه من قال لغيره كل هذا فانه طعانى ثم بان مستحقا وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة ذكر القاضى فيه احتمالين احدهما نعم لأن يده تثبت على الكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور وبالكل على الاحتمال المذكور والثانى لانه لم يكن قابضا على الحقيقة وانما كان مراعىا حافظا ويشهد لهذا ما قاله ابن حامد فيما اذا اختلف المساقى والمالك فى قدر الشروط للعامل من الثمر واقاما بينتين انه تقدم بيته العامل لانه خارج والمالك هو الداخل لاتصال الثمر بملكه ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدا وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه وذكر بعض اصحابنا انه محل وفاق . الحالة الثانية ان يتلف الثمر قبل القسمة اما على الشجر او بعد جده ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع احتمالا وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت الى ان يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذى عليه أم لا والاظهر أن لا لأن الضمان عندنا لا ينتقل فى الثمر المعلق على شجرة بالتخلية الا أن يقال يده هاهنا على الثمر حصلت تبعا لثبوت يده على الشجر فيقال فى ثبوت يده على الشجر [هاهنا] تردد ذكرناه آنفا حتى لو تلف بعض الشجر ففى تضمينه للعامل الاحتمالان صرح به فى التلخيص ايضا ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر فى ضمانها تبعا لشجره قال ابن عقيل فى فتونه لا يدخل والمذهب دخوله تبعا لانقطاع علق البائع عنه من السقى وغيره وبكل حال فيتوجه ان يضمن العامل الثمر التالف بعد جداده واستحفاظه بخلاف ما على

الشجر (اليد التاسعة) القابضة تملك لا بعوض اما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية او للمنفعة كالموصى له بالمنافع فالمشهور أنها ترجع بما ضمنته بكل حال لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة الا ما حصل لها به نفع ففي رجوعها بضمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر انها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه وذكر القاضى وابن عقيل رواية انها لا ترجع بما ضمنته بحال وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلفت تحت يده وان كان امينا كما سبق ثم اختلف الاصحاب في محل الروايتين في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة احداً ان محلها اذا لم يقل الغاصب هذا ملكى او ما يدل عليه فان قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعترافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض وهى طريقة المغنى والثانية ان ضمن المالك القابض ابتداء ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقا وان ضمن الغاصب ابتداء فان كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة ولو قلنا ان ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه لانه باقراره بالملك معترف بائن المستحق ظالم له بالتغريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه وهى طريقة القاضى. والثالث الخلاف فى الكل من غير تفصيل وهى طريقة أبى الخطاب وغيره (اليد العاشرة) المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذبيح للحيوان والطائخ له فلا قرار عليها بحال وانما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله القاضى وابن عقيل والاصحاب ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيها تلفته كما ودع اذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للاتلاف ويتخرج وجه آخر بلا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل فى غير ملكه بشراً فوقع فيها انسان فقال الحافر ظننت أنها فى ملكه فلا شيء عليه وبذلك جزم القاضى وابن عقيل فى كتاب الجنائيات مع اشتراك الحافر والأمر فى التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب وإنما سقط عنه الضمان لعدم عليه بالحال وههنا أولى لاشتراكها فى ثبوت اليد ولو ألتفته على وجه محرم شرعا عالمة بتحريمه كالتقاتلة للعبد المنصوب والمحركة للمال باذن الغاصب ففي التلخيص يستقر عليها الضمان لأنها عالمة بتحريمه فهي كالعالمة بانه مال الغير ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور لأنها غير عالمة بالضمان فتغريز الغاصب لها حاصل والله أعلم

(القاعدة الرابعة والتسعون)

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثانى ان كان الأول أميناً والأفلا، وان لم يك اقباضه جائزاً فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر ألا يضمن

غير الأول ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) مودع المودع فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما ، وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فإن كان حيث يجوز الإيجار بان كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان والا فلا يثبت (١) الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لأشياء لعين الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما ، على وجهين جزم به القاضي في المجرى بالأول ثم اختار الثاني فيما إذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول إن لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التالف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج أن لا يضمن الثاني بحال وإن علم بالحال فهل هو كالفاسد لا أجر له أو كالمضارب المتعدي له أجره المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماها صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فإن قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فإذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المميز له ولم يرجع على الأول لانتفاء التفرير وإن قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التالف في يده إن كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فإنه يستقر ضمانها على الأول لتفريره ، كذا قال الأصحاب . ويتخرج وجه آخر أنه لا يضمن الثاني إذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامنا (ومنها) المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده فلهوكل تضمين القيمة من شاء منها من الوكيل والمشتري على المشهور ، ثم إن ضمن الوكيل رجوع على المشتري لتلفه في يده

(القاعدة الخامسة والتسعون)

من أ تلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فإن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ التسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن التسبب (٢) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ ولكن الذي ٧١١ والائتبت الضمان .

وان كان مستندا الى اجتهاد مجرد كمن دفع مالا تحت يده الى من يظن أنه ماله السكة أو أنه يجب الدفع اليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه اخراجه لحق الله الى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطأ ففى ضمانه قولان وان تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فان تعلق به حكم فنقص فالضمان على المتلف والا فلا ضمان ويتدرج تحت هذه الجملة مسائل: (منها) أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حيا فنص [أحمد] في رواية الميموني أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضى يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتغيرهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ الى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر العجلي عن أحمد في حاكم رجم رجلا بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه محبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينه هنا لتفريطه اذ الم محبوب لا يخفى أمره غالبا فتركه الفحص عن حاله تفريط (ومنها) لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فان الضمان يختص بهم لاعترافهم ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشيء كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فانه لا يقبل اقراره على الاول ويضمن الثاني (ومنها) أن يحكم الحاكم بمال ويستوفى ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فان حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب في انتصاره . وأما في الظاهر فهو نافذ وهل يجب نقضه ؟ المذهب وجوبه وهو قول الخرقى والقاضى كتبين انتفاء شرط الحكم فلم يصادف محلا ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لا تلافيه له مباشرة قال القاضى ولو كان المحكوم له معسرا فلهستحق مطالبة الامام بقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال ولو حكم لآدمى باتلاف نفس أو طرف قطريقان أحدهما هو كالمال لأن المستوفى هو المحكوم له والامام يمكن لا غير وهى طريقة المحرز . والثاني يضمنه الحاكم صرح به القاضى في المجرد وهو وفق اطلاق الأكثرين لأن المحكوم له لم يقبض شيئا فنسب الفعل الى خطأ الامام كما لو كان المستوفى حقا لله تعالى عز وجل فان ضمانه على الامام وحكى القاضى وغيره رواية أخرى أنه لا ينقض الحكم اذا بان للشهود فساقا ويضمن الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة وهذا ضعيف جدا ولا أصل لذلك في كلام أحد وانما أخذوه من رواية الميموني في المسئلة الأولى وتلك لافسق فيها لجواز عقلة الشهود وانما ضمنوا لتبين بطلان شهادتهم بالعيان فهو أعظم من الرجوع ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عيانا ولا يصح الحاق

الفسق في الضمان بالرجوع لأن الراجعين اعترفوا بطلان شهادتهم وتسليمهم الى انتزاع مال المعصوم وقولهم غير مقبول على نقض الحكم فتعين تغريمهم ، وليس ههنا اعتراف يبنى عليه التغريم فلا وجه له فالصواب الجزم بانه لا ضمان على أحد على القول بان الحكم لا ينقض كما جزم به في المحرر (ومنها) اذا وصى الى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يتبين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة فقي ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما ان قلنا لم ينتقل الى الورثة ولهذا قال أحمد في رواية ابن منصور في التركة هي للغرماء لا للورثة ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان، وخرج الشيخ تقي الدين على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية في مال ثم تبين أنه مستحق (ومنها) لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له صرفه الوصى أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر فان جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق ما فرقه على روايتين : قال ابن أبي موسى أظهرهما لا ضمان عليه وقال أبو بكر في الشافى ان فعله الوصى باذن الحاكم لم يضمن وان فعله بدون اذنه ضمن (ومنها) لو اشترى الورثة عبدا من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فانهم يضمنون للغرماء ذكره القاضى وابن عقيل ويتخرج فيه وجه آخر بانتفاء الضمان من مسئلة الوصى (ومنها) لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير اذنه صح وعق عليه وهل يضمنه العامل فيه ثلاثة أوجه : أحدها يضمن بكل حال سواء كان عالماً بالحال أو جاهلاً قاله القاضى في المجرد وأبو الخطاب ، والثانى ان كان جاهلاً لم يضمن وان كان عالماً ضمن كما لو عامل فاسقاً أو ماطلاً أو سافر سراً مخوفاً أو دفع الوصى أو أمين الحاكم مال اليتيم مضاربة الى من ظاهره العدالة فبان بخلافه فانه لا ضمان في ذلك كله الا مع العلم وهو قول أبو بكر في التنبيه والقاضى في خلافه ، والثالث لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر على الضمان هل يضمنه بالثمن المشتري أو بقيمة المثل ويكون شريكاً في الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر (ومنها) اذا دفع القصار ثوب رجل الى غيره خطأ فتصرف فيه المدفوع اليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه فنقل حنبل عن أحمد في قصار أبدل الثوب فأخذه صاحبه فقطعه وهو لا يعلم أنه ثوبه قال على القصار اذا أبدل قيل له فان كان مالا فأنفقه قال ليس هذا مثل المال على الذى أنفقه لأنه مال تلف ففرق بين المال اذا أنفق وتلف وبين الثوب اذا قطع لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار لجنايته خطأ . وظاهر كلامه أن لا شيء على القاطع لأنه مغرور ولم يدخل على [الضمان] . اما ان دفع اليه دراهم غيره يظنه صاحبها فانفقها فالضمان على المنفق وان كان مغروراً لتلف المال تحت يده بانتفاعه به وذلك مقرر

للضمان مع اليد على (١) إحدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في هذه المسئلة أنه ذكر له قول مالك لا يغرم الذى لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب فقال لا يعجبني ما قال ولكن إذا هو لم يعلم فلبسه فإن عليه ما نقص ليس على القصار شيء. فأوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يعتمد الجناية فكان إحالة الضمان على المستوفى للنفع أولا وهذه الرواية توافق ما قبلها في تقرير الضمان على المنتفع لاسيما والدافع هنا معذور وإنما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته إليه ، فالروايتان إذا متفقتان ومن الأصحاب من جعلها مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع إليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيرا مشتركا فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيرا خاصا فلا يضمن جنائته مالم يعتمدها وأشار القاضي الى ذلك في المجرد (ومنها) لو دفع الملتقط اللقطة الى واصفها ثم أقام غيره البينة أنها له فإن كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وإن كان بدونه فوجهان : أحدهما لا ضمان لو جوب الدافع عليه فلا ينسب الى تفريطه ، والثاني عليه الضمان وهو قول القاضي ، ثم يرجع به على الواصف الا أن يكون قد أقر له بالملك ، أما لو دفع الوديعة الى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الأصحاب يضمن لتفريطه. ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على المتلف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسئلة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباها به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتهاده ذكره ابن عقيل في مفرداته. ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانا أنها اليمين فإنه لا قود وسواء كان الجاني عاقلا أو مجنونا وفي وجوب الدية وجهان (ومنها) لو مضى على المفقود من تيمون فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضي أن أبا بكر حكى في ضمان ماتلف في أيدي الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحمد في رواية الميموني وابن منصور وأبي داود عدم الضمان وهو الذي ذكره أبو بكر في التنبية ووجهه أنه جازاقتسام المال في الظاهر والتصرف فيه ، ولهذا يباح لزوجه أن تتزوج وإذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيما يملكه من مال ويضع موقوفا على تنفيذه واجازته مادام موجودا فإذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فإن اجازته ورده إنما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد في رواية أبي طالب على أنه إذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها ، ويشبه ذلك اللقطة إذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالجمهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى أنه لا يجب الضمان مع التلف وإنما يجب

الرد مع بقاء العين (ومنها) لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففى الرجوع عليها روايتان (ومنها) لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقته بعد الموت على روايتين (ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته الى من يظنه فقيرا فبان أنه غنى ففى وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لاضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضى فى الأحكام السلطانية، وقال فى المجرى لا يضمن الامام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وإن بان عبداً أو كافراً أو هاشمياً ففيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل فى فتونه، وكذلك ذكر القاضى فى آخر الجامع الصغير إلا أنه خرج الخلاف فى الضمان هنا على القول بعدمه فى المغنى وقيل لا يجزئه رواية واحدة لظهور التفريط فى الاجتهاد فان هذه الأوصاف لا تخفى بخلاف الغنى وإن بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجزئه قولاً واحداً كما لو بان أنه عند نفسه والثانى هو لو بان غنيا والمنصوص هنا الاجزاء لأن المانع خشية المحاباة وهو منتف مع عدم العلم. قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفى والخمس والاموال الموصى بها والموقوفة إذا ظن المتصرف فيها أن الأخذ مستحق (١) فإخطأ

{ القاعدة السادسة والتسعون }

من وجب عليه أداء عين مال فاداه عنه غيره بغير إذنه هل تقع (٢) موقعه وينتفى الضمان عن المؤدى هذا على قسمين : أحدهما أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق بها حق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب ديناً وإن لم يكن له ولاية فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزى وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزى إلا أن يميز المالك المتصرف فنقول بوقف عقود الفرض على الإجازة ويتفرع على هذا مسائل :

(منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرى منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الإمام منه قهراً فإنه تجزى عنه ظاهراً وباطناً فى أصح الوجهين وهو ظاهر كلام أحمد والخرق لأن للإمام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوق موقعه (ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبة أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقط عنه (ومنها) ولو الهب والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزى كما يؤدى عنهما ما أثر الواجبات

(١) فى نسختنا أن الأخذ مستحقاً (٢) فى ٧١١ : على نفع

المالية من النفقات والغرامات (ومنها) اذا عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه أجزأت عن صاحبها ولم يضمن الذابح شيئا نص عليه لأنها متعينة للذبح ما لم يبدلها وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوقع وقوعه ولا فرق عند الاكثرين بين ان تكون معينة ابتداء او عن واجب في الذمة وفرق صاحب التلخيص بين ماوجب في الذمة وغيره وقال المعينة عنها في الذمة يشترط لهانية المالك غيره بغير اذنه فقال عند الذبح فلا يجزى ذبح غيره لها بغير اذنه فيضمن (ومنها) لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فأطلقه القاضى والأكثر لا يضمن لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه في هذا الحال وفي المبهج للشيرازى أنه لا يضمن لأن ملكه لم يزل عنه وإرسال الغير اتلاف يوجب الضمان فهو كقتله اللهم الا أن يكون المرسل حاكما أو ولي صبي فلا ضمان للولاية وهذا كله بناء على قولنا يجب [عليه] إرساله والحاقه بالوحش وهو المنصوص ، أما ان قلنا يجوز له نقل يده الى غيره باعارة أو ايداع كما قاله القاضى في المجرد وابن عقيل في باب العارية فالضمان واجب بغير اشكال (ومنها) لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره فقيه وجهان : أحدهما لا ضمان عليه كالأضحية وهو اختيار أبى الخطاب في انتصاره سواء قيل بزوال ملكه أو امتناع الإبدال كما [لو] اختاره أو بقاء (١) المالك وجواز الإبدال اذ لا فرق بين الدراهم المنذورة وبين الأضحية [في ذلك] . الثانى الضمان وهو قول القاضى وابن عقيل ويشكل الفرق بينه وبين الأضحية [لا سيما والمنقول (٢) لا يتعين بالتعيين في العقود على احدى الروايتين بخلاف الحيوان وقد يقال في الفرق إن الأضحية انما يجوز ابدالها بخير منها والنقود متساوية غالبا فلا معنى لبدالها ، وقد أشار القاضى الى الفرق بان النذر يحتاج اخراجه الى نية كالزكاة وهذا ممنوع بل نقول في نذر الصدقة بالمعين ما نقول في الأضحية المعينة . وأما اذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله بغير اذنه حيث لا ولاية له عليه فانه يضمن في المشهور لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه ومن يقوم مقامه ، وخرج الأصحاب نفوذه بالاجازة من نفوذ تصرف الفضولى [بها] . وهذا الذى ذكرناه في العبادات كالزكاة والأضحية والنذر انما هو اذا نواه المخرج عن المالك فاما ان نوى عن نفسه وكان عالما بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه بأداء الزكاة ولا بذبح الأضحية والهدى ولا غيرها لأنه وقع من أصله تعديا وذلك ينافي التقرب وخرج بعض الأصحاب وجها ذكره بعضهم رواية في الزكاة وخرجه ابن أبى موسى وجها في العتق لكن اذا التزم ضمانه في ماله وهذا شبيه بتصرف الفضولى ، وهل يجزى عن المالك في هذه الحال أم لا ، حكى

(١) في ٧١١ أو بانتفاء المالك (٢) وفيها : والنقود لا تتعين

القاضي (١) في الاضحية روايتين والصواب أن الروايتين تنزل على اختلاف حالتين لأعلى اختلاف قولين فإن نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية الغير لم يجزى لغصبه واستيلائه على مال الغير واتلافه له عدوانا ، وإن كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباها عليها اجزأت عن المالك . وقد نص أحمد على الصورتين في رواية ابن القاسم وسندى مفرقا بينهما مصرحا بالتعليل المذكور وكذلك الخلال فرق بينهما وعقد لهما بابين منفردين فلا يصح التسوية بعد ذلك ، ومتى قيل بعدم الاجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة أما على رواية تحریم ذبيحة الغاصب فضمان القيمة متعين ، وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال إن كانت معينة عن واجب في الذمة فحكم هذا الذبح حكم عطبتها وإذا عطبت فهل ترجع إلى ملكه على روايتين فإن قيل يرجوعها إلى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة وإن قيل لا يرجع إلى ملكه فالذبح حينئذ بمنزلة اتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف السكل مصرف الأضحية وإن كانت معينة ابتداء أو تطوعا فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هديا لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب (٢) دون محله ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به ، ويحتمل أن يضمنه قيمتها وهو أظهر لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء فهو كاتلافها وأما إذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب لا يجزى لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقدا أنها أضحيته أنهما يترادان اللحم قالوا وإن تاف فعليه ضمان قيمته وأبدى ابن عقيل في فتواه احتمالا بالاجزاء لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل ماله ذبحها فسرقت ، ويشهد له قول أحمد في رواية المروذي وغيره في رجل اشترى لقوم نسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه قال يتراضيان ويتحالان ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فدل على أن التفريق إذا وقع من غير قصد ولا نعمة أنه يجزى ولو لا ذلك لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشتبهة وقد يكون عن واجب في الذمة ويحمل قوله يترادان اللحم مع بقاءه . القسم الثاني أن يكون الواجب أدائه غير مملوك له فأداه الغير إلى مستحقه فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزى ولا ضمان وإن لم يكن معيناً ففي الاجزاء خلاف ، ويندرج تحت ذلك مسائل .

(منها) المغموب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزاء ولا ضمان (ومنها) إذا

(١) في ٧١١ زيادة هي (وحكى القاضي بوقفه على الاجازة من القول بوقف تصرف الغاصب

وربما) (٢) في نسختنا : كالغاصب

اصطاد المحرم صيدا في احرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان (ومنها) [إذا] (١) دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر وان كانت لغیر معين ففي الضمان وجهان ونص احمد في رواية حنبل فيمن يده وديعة وصى بها المعين ان المودع يدفعها الى الموصى له والورثة قيل له فان دفعها الى الموصى له يضمن قال أخاف قيل له فيعطيه القاضي قال لا ولكن يدفعه اليهم ونص في رواية منها على ضمانه بالدفع الى الموصى وهذا محمول على أنه لم تثبت الوصية ظاهرا وصرح الاصحاح بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه لمعين كان مخيرا في دفعه الى الورثة والموصى له لانه صار حقا له فهو كالوارث المعين وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف الى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه (٢).

(القاعدة السابعة والتسعون)

من بيده مال أو في ذمته دين يعرف مالكة ولكنه غائب يرجى قدومه فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم الا أن يكون تافها فله الصدقة به عنه نص عليه في مواضع وان كان قد آسى من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج أمراته ويقسم ماله وليس له وارث فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان في امرأة المفقود هل تزوج بدون الحاكم أم لا في رواية صالح جواز التصديق به ولم يعين حاكما وان لم يعرف مالكة بل جهل جاز التصديق به عنه لشرط الضمان بدون إذن الحاكم قولاً واحداً على أصح الطريقتين وعلى الثانية فيه روايتان وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وفي موضع من المجرد وجزم في موضع آخر منه بتوقف التصرف على إذن الحاكم والاولى أصح ويتخرج على هذه القاعدة مسائل . (منها) اللقطة التي لا تملك اذا خرنا (٣) الصدقة بها والتي يخشى فسادها اذا أراد التصديق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه ان كان يسيرا باعه وتصدق به وان كان كثيرا رفعه الى السلطان وقال (٤) نقلها منها ورواية منها بما هي فيمن باع من رجل شيئا ثم مات المشتري قبل قبضه وخشى البائع فسادها وهذا بما له مالك معروف ويمكن الاطلاع على معرفة ورثته فليست المسئلة به على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله (ومنها) اللقيط اذا وجد معه مال فانه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حامد قال أبو الخطاب وروى عنه أبو الحارث ما يدل

(١) زيادة من المصحح (٢) ما بين المربعين في هذه القاعدة زيادة في ٧١١

(٣) في نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

على أنه لا ينفق عليه إلا باذن حاكم قال الشيخ مجد الدين وهذه الرواية انما هي في المودع أنه لا ينفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا باذن الحاكم وليس هذا نظير مسئلتنا لأن الولاية هنا على معروف فنظيره من وجد طفلاً معروف النسب أبوه غائب (ومنها) الرهون التي لا تعرف أهلها نص أحمد على جواز الصدقة بها في رواية أبي طالب وأبي الحارث وغيرهما وتأوله القاضي في المجرد وابن عقيل على أنه تعذر اذن الحاكم لما روى عنه أبو طالب أيضاً إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فسادَه يأتي السلطان ليأمر ببيعه ولا يبيعه بغير اذن السلطان وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره وأقروا النصوص على وجوبها فإن كان المالك معروفاً لكنه غائب رفع أمره إلى السلطان وإن جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم وإن علم صاحبه لكنه ليس منه تصدق به عنه نص عليه في رواية أبي الحارث (ومنها) الدائع التي جهل مالكيها يجوز التصرف بها بدون حاكم نص عليه وكذلك أن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق (١) به نص عليه ولم يعتبر حاكماً قال القاضي في المجرد فيحتمل أن يحمل على اطلاقه لأنه من فعل المعروف ويحتمل أن يحمل عند تعذر اذن الحاكم لأن هذا المال مصرفه إلى بيت المال وتفرقة مال بيت المال موكولة إلى اجتهد الإمام انتهى والصحيح الاطلاق وبيت المال ليس بوارث على المذهب المشهور وإنما يحفظ فيه المال الضائع فإذا أيس من وجود صاحبه فلا معنى للحفظ ومقصود الصرف في مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه وهو أولى من الصرف إلى بيت المال لأنه ربما صرف عن فساد بيت المال إلى غير مصرفه وأيضاً فالفقراء مستحقون من مال بيت المال فإذا وصل لهم هذا المال على غير يد الإمام فقد حصل المقصود ، ولهذا قلنا على أحد الوجهين إذا فرق الأجنبي الوصية وكانت لغير معين كالفقراء فإنها تقع الموقع ، ولا يضمن كالموكلات الوصية لمعين ، وعلى هذا الأصل يتخرج جواز أخذ الفقراء الصدقة من يد من ماله حرام كقطاع الطريق وأفتى القاضي بجوازه ونص أحمد في رواية صالح (٢) فيمن كانت عنده ودائع فوكل في دفعها ثم مات وجعل ربحها وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل وورثة الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان وهم ضامنون إذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة في موضع المالك مع الجهل به ، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية (يعني إذا جهل القاتل) ووجه الحجة منه أن الغرم لما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني لأن الظاهر أن الجاني أو عاقلته المختصين بالغرم لا يخلو المكان [منهم] فكذلك الصدقة بالمال

(١) في نسختنا ويتصدق به والتصحيح عن نسختي الدار (٢) في ٧١١ ابن صالح

المجهول مالكة ينبغي أن يختص بأهل مكانه لأنه أقرب إلى وصول المال إليه إن كان موجودا أو إلى ورثته وبراعى في ذلك الفقراء لأنها صدقة كما يراعى في موضع الديه الغنى (ومنها) الغصوب التي جهل ربه فيتصدق بها أيضا وقد نص على ذلك في رواية جماعة ولم يذكر كثيرا لأصحاب فيه خلافا وطرد القاضى في كتاب الروايتين فيه الخلاف بناء على أنه مستحق لبيت المال وكذلك حكم المسروق ونحوه نص عليه ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فكذلك يتصدق به نص عليه أحمد أيضا تنبيهان أحدهما الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نص عليه ومع أنه نص على أن من قال لغريمه تصدق عني بالدين الذى لى عليك لم يبرأ بالصدقة عنه ولو وكله في قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكا له فإن الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله وفرق القاضى في خلافه بين أن يكون المأمور بالدفع إليه معينا أو غير معين فإن كان معينا برى بالدفع إليه كالوكيل وخرج في المجرد المسئلة على بيع الوكيل من نفسه نظرا إلى أن العلة هي القبض من نفسه حيث وكله المالك في التعيين والقبض ، وقد أطلق هاهنا جواز الصدقة به ، فاما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقا أو محمولا على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله وهو الأقرب ، وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن غلبه دين لرجل قد مات وعليه ديون للناس فقضى عنه دينه بالدين الذى عليه أنه يبرأ به في الباطن .

والثاني إذا أراد من يسيده عين جهل ربه أن يملكها ويتصدق بقيمتها عن مالكة فنقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى آجرا وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أربابا أرجو أن يخرج قيمة الآجر فيتصدق به أن ينجو من أثمه ، وقد يتخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه هل له أن يستوفي دينه منه ويتصدق بالفاضل أم يتصدق به كله على روايتين لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده واختار ابن عقيل جوازه مطلقا وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع آخر .

(القاعدة الثامنة والتسعون)

من ادعى شيئا ووصفه دفع إليه بالصفة إذا جهل ربه ولم يثبت عليه يد من جهة مالكة والا فلا . ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اللقطة يجب دفعها إلى واصلها نص عليه وإن وصفها اثنان فهي لهما وقيل يقرع بينهما ، وإن

استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذى يجزىء الدفع فوجهان يخرجان من الترجيح بالفساخ (١) والتأج ذكره ابن عقيل فى مفرداته (ومنها) الاموال المنصوبة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة (ومنها) تداعى المؤجر والمستأجر دفنا (٢) فى الدار فهو لو اصفه منهما نص عليه فى رواية الفضل بن زياد (ومنها) اللقيط اذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس فى يد أحدهما فمن وصفه منهما فهو أحق به (ومنها) لو وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة فانه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل وسئل أتزيد على ذلك بينة قال لا بد من بيان يدل على أنه له وان علم ذلك دفعه اليه الأمير انتهى وقد قضى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه فيها بالعلامة المحضة .

﴿ القاعدة التاسعة والتسعون ﴾

ماتدعو الحاجة الى الاتفايع به من الأعيان ولا ضرر فى بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض فى الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

(منها) الهز لا يجوز بيعه على أصح الروايتين وثبت فى صحيح مسلم النهى عنه ومأخذ المنع ما ذكرنا (ومنها) الماء الجارى والكلاء يجب بذل الفاضل منه للمحتاج الى الشرب واسقاء بهائمه وكذلك زروعه على الصحيح أيضاً وسواء قلنا يملكه من هو فى أرضه أم لا والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض فان النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه المباحات النابتة فى الأرض ويشهد له أيضاً مانص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فى اللقاط لأرى لصاحب الأرض أن يمنعه (٣) الناس فيه سواء مع أنه مملوك له بلا اشكال ولا يقال زال ملكه عنه بمصيره منبوذا مرغوباً عنه لان المنع والبيع يتنافى ذلك (ومنها) وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر وكذلك اجراء الماء على أرضه فى إحدى الروايتين (ومنها) اعارة الحلى ظاهر كلام أحمد وجماعة من الاصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ماخف قدره وسهل كالدلو والفأس والقدر والمنخل واعارة الفحل للضراب وهو اختيار الحارثى واليه ميل الشيخ تقي الدين (ومنها) المصحف تجب عليه اعارته لمن احتاج الى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره نقله القاضى فى الجامع الكبير وذكر ابن عقيل فى كلام مفرد له أن الاصحاب عللوا قولهم لا يقطع

(١) كذا فى نسختنا وفى نسخة الدار بالنسخ (٢) فى الاصل دفنا والتصحيح عن ٧١١

(٣) فى ٧١١ ان يبيعه .

لسرقة المصحف فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع اذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضى التسوية بين سرقة كتيب السنن فانها مضمنة من الأحكام امثال ذلك والحاجة داعية اليها وبذلها من المحايج اليها من القضاة والحكام واهل الفتاوى واجب على مالئها انتهى (ومنها) ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما اطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً بل بالعوض وأما المنافع المضطر اليها كمنفعة الظهر للينقطعين في الاسفار واعارة ما يضطر اليه ففى وجوب بذلها مجاناً وجهان واختيار الشيخ تقى الدين أن المضطر الى الطعام ان كان فقيراً وجب بذله له مجاناً لأن اطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغنى فان الواجب معاوضته فقط وهذا حسن وحكى الآمدى رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذى أخذه من صاحبه قهراً لمنعه اياه (ومنها) ربايع مكة لا يجوز بيعها ولا اجارتها على المذهب المنصوص واختلف فى مأخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة فصارَتْ وقفاً أو فيثاً فلا ملك فيها لاحد وعلى هذا فينبى الخلاف فى البيع والاجارة على الخلاف فى فتحها عنوة أو صلحاً ، وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجيرها بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً لعموم الحاجة اليه فمن احتاج الى ما يديه منه سكنه وان استغنى عنه وجب بذل فاضله للحتاج اليه وهو مسلك ابن عقيل فى نظرياته وسلكه القاضى فى خلافه أيضاً واختاره الشيخ تقى الدين وتردد كلامه فى جواز البيع فاجازه مرة كبيع أرض العنوة عنده ويكون نقلاً للبد بعوض ومنعه فى أخرى إذ الأرض وابعاض البناء من الحرم غير مملوك للبانى وانما له التأليف وقد رجح به بتقديمه فى الانتفاع كمن بنى فى أرض مسبلة للسكنى بناء من ترابها وأحجارها ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جواز البيع دون الاجارة وتأوله القاضى وعلى هذا المأخذ فقد يختص البيع بالقول بفتحها عنوة لمصير الأرض فيثاً وقد نص أحمد فى رواية حنبل على أن علة الكراهة انها فتحت عنوة فصار المسلون فيها شركاء واحداً قال وعمر انما ترك السواد لذلك قال ولا يعجبني منازل السواد ولا أرضهم وهذا نص بكراهة المنع فى سائر أراضي العنوة وبكل حال فلا يجب الاسكان فى دور مكة إلا فى الفاضل عن حاجة الساكن نص عليه

(القاعدة المائة)

الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشروع أو بالمنذوب فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة :

(منها) الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز (ومنها) فعل الصلاة المندورة في وقت النهي وفيه وجهان أشهرهما الجواز (ومنها) نذر أيام التشريق والصلاة في وقت النهي وفيه وجهان أيضا واختار ابن عقيل أنه كنذر المعصية لأن الملزم بالنذر هو التطوع المطلق (ومنها) لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة أم لا بد من ركعتين على روايتين (ومنها) لو نذر عتق رقبة لم يجزئه الا سليمة ذكره القاضي حملا له على واجب الشرع ويحتمل أن يجزئه ما يقع عليه الاسم كالوصية فان القاضي سلمها مع أن المنصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لا يعتق عليه الا سليمة

﴿القاعدة الحادية بعد المائة﴾

من خيرين شيئين وأمكنه الاتيان بنصفيهما معا فهل يجزئه أم لا؟ فيه خلاف ينزل عليه مسائل (منها) لو أعتق في الكفارة نصفى رقبتين وفيها وجهان وقيل ان كان باقيهما حرا أجزأ وجهها واحدا لتكميل الحرية، وخرجوا على الوجهين لو أخرج في الزكاة نصفى شاتين وزاد صاحب التلخيص لو أهدى نصفى شاتين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللحم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدنة. وقدرى عن أحمد ما يدل على الاجزاء هاهنا (ومنها) لو أخرج الجبران (١) في زكاة الابل شاة وعشرة دراهم فهل يجزئه على وجهين (ومنها) لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فانه يجزئ على المشهور وفيه وجه مذكور في شرح الهداية في زكاة الفطر (ومنها) لو أخرج في الفطرة صاعا من جنسين والمذهب الاجزاء ويتخرج فيه وجه (ومنها) لو كفر في محظورات الحج بصيام يوم واطعام أربعة مساكين فالأظهر منعه، وفي أحكام القرآن للقاضي يحتمل الجواز لأنها على التخيير بخلاف كفارة اليمين. وعلى قياس هذا لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة واطعم أربعة مساكين وكسى أربعة انه يجزئه وفيه بعد (ومنها) لو أخرج عن أربع مائة من الابل أربع حقائق وخمس بنات لبون أجزأ بغير خلاف عندنا لأنه عمل بمقتضى قوله في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ولأن هذه واجبات متعددة فهي ككفارات متعددة فان أخرج بتشقيص كما لو أخرج عن مائتين حقتين وبنتى لبون ونصفا فهو كأخراج نصفى شاتين على ما سبق

﴿القاعدة الثانية بعد المائة﴾

من أتى بسبب يفيد الملك أو الجمل أو يسقط الواجبات على وجه محرم وكان بما تدعو النفوس اليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه احكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة:

(١) الجبران : اسم لجبر نصاب الزكاة من جبرته بكذا عادته

(منها) الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجها عن ملكه تجب عليه الزكاة ولو صرف أكثر أمواله في ملك مالا زكاة فيه كالعقار والحلي فهل ينزل منزلة الفار على وجهين ؟ (ومنها) المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من أرثها منه إلا أن تنقضي التهم بسؤال الزوجة ونحوه ففيه روايتان (ومنها) القاتل لموروثه لا يرثه ، وسواء كان متهما أو غير متهم عند أكثر الأصحاب وحكى ابن عقيل في مفرداته وعمد الأدلة وجها أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يمتنع الأثر قال وهو أصح عندى (ومنها) قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقين (ومنها) السكران بشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب بخلاف من سكر بينج ونحوه (ومنها) لو أزال (١) عقله بان ضرب رأسه فجن فإنه لا يقع طلاقه على المنصوص لأن ذلك لما لاتدعو النفوس إليه بل في الطبع وازع عنه ، وكذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذا جن في هذه الحالة على الصحيح (ومنها) تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح (ومنها) ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية وذبح المحل للمحرم لا يبيحه للمحرم المذبوح له وفي حله لغيره من المحرمين وجهان ، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق لأن ذبحهما لا يترتب عليه الإباحة لهما فإنه باق على ملك المالك ولا إباحة بدون إذنه مع أن أبا بكر التزم تحريمه مطلقا وحكاه رواية ويلتحق بهذه القاعدة

(قاعدة) من تعجل حقه أو ما يبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه ويدخل فيها من مسائل : الأولى مسألة قتل الموروث والموصى له (ومنها) الغال من الغنيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين (ومنها) من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأيد على رواية (ومنها) من تزوجت بعبد لها فإنه يحرم عليها على التأيد كما روى عن عمر رضي الله عنه نص عليه أحمد في رواية عبد الله ذكره الخلال في أحكام العبيد عن الخضر بن المثنى الكندي عنه . والخضر هذا مجهول تفرد عن عبد الله برواية المناكير التي لا يتابع عليها (ومنها) من اصطاد صيدا قبل أن يحل من إحرامه لم يحل له وإن تحلل حتى يرسله ويطلقه ، وأما إذا قتل الغريم غريمه فإنه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طردا للقاعدة

(القاعدة الثالثة بعد المائة)

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد ولا ينقطع بالتفرق اليسير ولذلك صور : (منها) مكثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين

(١) في ٧١١ بدون « ومنه الو » وقد اكتفى بكلمة أو

دفعه واحدة (ومنها) الوضوء إذا اعتبر حالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير ، وهل الاعتبار بالعرف أو بحفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر إذا أقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبنى بعضه على بعض وإن زاد لم ين (ومنها) إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال ثم عاد إلى الاستخراج ضم الأول إلى الثاني في النصاب (ومنها) الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة ينبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على أشهر الطريقين للأصحاب (ومنها) لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومى هذا فأكل متوصلاً لم يحنث وإن تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة ولو طال زمن الأكل وإن قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث ذكره القاضى في خلافه في القطع في السرقة والآمدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فإن الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفي الترغيب انه مظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال إن وطئت فوالله لا وطئت ولكن لمنصوص الحنث بالتقاهم الحثانين، وقد ذكر القاضى وجهاً أنه لاحق على من أكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث بآتمامه إلى الانزال (ومنها) لو أخرج السارق من الخرز بعض النصاب ثم دخل وأخرج ما فيه وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصاباً فإن لم يطل الفصل بينهما قطع وإن طال ففيه وجهان ذكرهما القاضى في خلافه وصاحب المحرر عنه في الترغيب وقال اختار به شيوخى أنه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره ثم عاد إليه قبل طول الفصل فهي رضعة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الآمدى أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل فهي رضعة واحدة قال ولو انتقل من ثدى إلى آخر ولم يطل الفصل فإن كان من امرأة واحدة فهي رضعة واحدة وإن كان من امرأتين فوجهان ، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور إلا في صورة المرأتين وذكر أنها مظاهر كلام الخرقى وحكى عن أبى بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وأنه مظاهر كلام أحمد والله اعلم

(القاعدة الرابعة بعد المائة)

الرضا بالمجهول قدراً أو جنساً أو وصفاً هل هو رضا معتبر لازم؟ إن كان الملتزم عقداً أو فسخا يصح إبهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وإن كان غير ذلك ففيه خلاف ، فالأول له صور :

(منها) ان يحرم منها بمثل ما احرم به فلان أو باحد الانساك فيصح (ومنها) اذا طلق احدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب (ومنها) لو اعتق احد عبده فيصح ويعين بالقرعة ايضا على الصحيح، وأما الثاني فله صور :

(منها) اذا طلق بلفظ اعجمى من لا يفهم معناه والتزم موجهه عند اهله ففى لزوم الطلاق له وجهان ، والمنصوص فى رواية أبى الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضى وابن عقيل والأكثرين (ومنها) اذا طلق العجمى بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه ولكنه التزم موجهه عند العرب فيه الخلاف (ومنها) اذا عتق العجمى أو العربى بغير لغته ولم يفهم معناه ففيه الخلاف ونص أحمد من رواية عبد الله أنه لا يلزم العتق (ومنها) اذا قال لامرأته أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته ولم يعلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أولا يلزمه أكثر من واحدة فيه وجهان (ومنها) اذا قال ايمان البيعة تلزمنى لأفعلن كذا ولم يعلم ماهى فيه . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها لا تنعقد يمينه بالكلية : والثانى تنعقد اذا لزمها ونواها وبه أفتى أبو القاسم الخرقى فيما حكي عنه ابن بطة قال أبو القاسم وكان أبى يتوقف فيها ولا يجيب فيها بشئ : والثالث ينعقد فيما عدا اليمين بالله بشرط النية بناء على أن اليمين بالله لا تصح بالكتابة (١) وفيه وجه رابع وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه أنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وصرح به أيضا فى بعض تعاليقه وقال لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة (٢) بالخط وان لم ينوه (ومنها) لو قال ايمان المسلمين تلزمنى ففى الخلاف للقاضى يازمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر نوى ذلك أو لم ينوه وهو مفرع على قوله فى ايمان البيعة قال الشيخ مجد الدين وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبنى على قولنا بعدم تداخل كفاراتها فاما على قولنا بالتداخل فيجزئه لها كفارة اليمين وقياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة أنه لا يازمه شئ حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شئ بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها مع أن صاحب المحرر لم يحك خلافا على اللزوم هاهنا وان لم ينوها لان ايمان المسلمين معروفة بينهم ولا سيما اليمين بالله وبالطلاق والعتاق بخلاف ايمان البيعة (ومنها) البراءة من المجهول وأشهر الروايات صحتها مطلقا سواء جهل المبرى قدره ووصفه أو جهلها معا وسواء عرفه المبرى أو لم يعرفه والثانية لا يصح اذا عرفه المبرى سواء علم المبرى بمعرفته أو لم يعلم وفيه تخريج أنه ان علم معرفته صح وان ظن جهله لم يصح لأنه غار له والثالثة لا يصح البراءة من المجهول وان جهلاه الا فيما تعذر علمه للضرورة وكذلك البراءة من الحقوق (١) و (٢) فى جميع النسخ بالكساية

في الاعراض والمظالم (ومنها) البراءة من عيوب المبيع اذا لم يعين منها شيء. وفيه روايتان . اشهرهما انه لا يبرأ : والثانية يبرأ إلا من عيب عليه فكتمه لتغيره وغشه ، وخرج ابو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقاً من البراءة من المجهول (ومنها) اجازة الوصية المجهولة وفي صحتها وجهان .

﴿ القاعدة الخامسة بعد المائة ﴾

في اضافة الانشاءات والاخبارات الى المبهمات : اما الانشاءات فمنها العقود وهي انواع . احدها عقود التمليكات المحضة كالبيع والصالح بمعناه وعقود التوثقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالمقد أو بالقبض بعده كالهبة والصدقة . فلا يصح في مبهم من اعيان متفاوتة كعبد من عبيد وشاة من قطيع وكفالة احد هذين الرجلين وضمان احد هذين الدينين وفي الكفالة احتمال لانه تبرع فهو كالاغارة والاباحة ويصح في مبهم من اعيان متساوية مختلطة كقفيز صبرة فان كانت متميزة متفرقة ففيه احتمالان ذكرهما في التاخييص ، وظاهر كلام القاضي الصحة فانه ذكر في الخلاف أنه يصح اجارة عين من اعيان متقاربة النفع لأن المنافع لا تتفاوت كالأعيان وان كانت مختلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الاجزاء فوجهان . احدهما البطلان كالأعيان المتميزة . والثاني الصحة وله من كل نوع بخصته .

والثاني عقود معاوضات غير متمحضة كالصداق وعوض الخلع والصالح عن دم العمد ففي صحتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفي الكفاية طريقتان . احدهما انها كذلك وهي طريقة القاضي : والثاني لا تصح وجهاً واحداً لأن عوضها مال محض .

والثالث عقد تبرع معاق بالموت فيصح في المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع كعبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعيين الورثة أو بالقرعة على روايتين . ومثله عقود التبرعات كاغارة احد هذين الثوبين واباحة احد هذين الرغيفين ، وكذلك عقود المشاركات والامانات المحضة مثل أن يقول ضارب باحدى هاتين المائتين وهما في كيسين ودع عنك الأخرى [عندك] وديعة أو ضارب من هذه المائة بخمسين فانه يصح التماثل ذكره صاحب التاخييص . فاما ان كان الابهام في التملك فان كان على وجه يؤول الى العلم كقوله أعطوا احد هذين كذا وصية كما لو قال في الجمالة من رد عبدي فله كذا . وان كان على وجه لا يؤول الى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة : وأما الفسوخ فما وضع منها على التغايب والسراية صح في المبهم كالطلاق والعناق، وخرج صاحب التاخييص وجهاً في الواف انه كالعق لما فيه من التحرير والمذهب خلافه لأن الوقف عقد

تمليك فهو بالهبة أشبه: وأما الاخبارات فما كان منها خيرا دينيا أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم، فان تعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل الا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه ففيه خلاف. وان تعاقب به وجوب الحق على غيره لغير دفع حكمه حكم اخباره من وجب عليه الحق ويخرج على ذلك مسائل: (منها) لو أخبره ان كلبا وانغ في أحد هذين الاناثين لا بعينه قبل وصار كن أشتباه عليه طاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والآخر مذكاة ونحو ذلك (ومنها) الاقرار فيصح المبهم ويلزم بتعيينه مثل أن يقول احد هذين مالك لفلان، أو له عندى درهم اوديتار. ويصح للبهم كما لو اقر انه اعتق احد هذين العبدین، أو اعتقه موروته وكذلك اذا قرانه زوج احدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات فانها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذلك لو اقر ان هذه العين التي في يده لاحد هذين وديعة ولا أعلمه عينا فانها يقرعان عليها نص عليه، وكذا لو اقر أنه باع هذه العين من أحد هذين وهما يدعيانها فانها يقرعان ولو كانت في يد أحدهما. نص عليه أحد في رواية ابن منصور في رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشترى من رجل ثوبا وقال أحدهما اشتريته بمائة وقال الآخر بمائتين وأقر البائع انه باعه بمائتين ولم يعين، فانه يقرع بينهما وان أقاما بينتين وكان الثوب في يد أحدهما، وهذا اختيار أبي بكر ولا اعتبار بهذه اليد للعلم بمسندها. وعنه رواية أخرى أنها يد معتبرة فتكون العين لصاحبها ومع تعارض البينتين يخرج على الخلاف في بيعة الداخل والخارج (ومنها) الدعوى بالمبهم فان كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهما كالوصية والعبد المطلق في المبهم (١) ونحوه فانها تصح قال في الترغيب وألحق أصحابنا الاقرار بذلك قال والصحيح عندى أن دعوى الاقرار بالمعلوم (٢) لا يصح لأنه ليس بالحق ولا موجب فكيف بالمجهول. وأما الدعوى على المبهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها. فلو قال قتل أبي أحمد هؤلاء الخمسة لم يسمع. قال في الترغيب ويحتمل أن يسمع للحاجة فان مثله يقع كثيرا ويخالف كل واحد منهم قال وكذلك يجرى في دعوى الغصب والاتلاف والسرقة ولا يجرى في الاقرار والبيع اذا قال نسيت لانه قد مر (ومنها) الشهادة بالمبهم فان كان المشهود به [يصح] مبهما صحت الشهادة به كاعتق والطلاق والاقرار والوصية والا لم يصح لاسيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى فانها تابعة للدعوى في الحكم إما ان شهدت البينة انه طاق أو اعتق أو ابطال وصية معينة وادعت نسيان عينها ففي القبول وجهان حكاهما في المحرر وجزم ابن أبي موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن احد الوصيتين مطاقا وكذلك حكى عن أبي بكر ونقل ابن منصور عن احمد في شاهدين شهدا على رجل

(١) في نسختي الدار. المطلق في الرهن. (٢) كذا فيهما وفي نسختنا. بالمعدوم.

انه اخذ من يتيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذى اخذها يأخذ الولي بأيهما شاء واعل المراد انه اذا صدق احدى البيتين حكم له بها.

«فصل» ولو تعلق الانشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشر كفة فيه فان لم ينو في الباطن معينا فهو كالتصريح بالابهام وان نوى به معينا فان كان العقد مالا يشترط له الشهادة صحح والا ففيه خلاف والاخبار تابع للانشاء في ذلك ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز مسماه لا يصح. فلو قال زوجتك بنتى وله بنات لم يصح واما ان عينات الباطن واحدة وعقد العقد عليهما باسم غير مميز نحو أن يقول بنتى ولله بنات أو يسميهما باسم وينوي في الباطن غير مسماه ففي الصحة وجهان اختار القاضى في موضع الصحة وأبو الخطاب والقاضى في موضع آخر البطلان ، وما أخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبي حفص العكبرى ان كانت المسماة غاطا لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك صحح النكاح والا فلا ، فلو وقع مثل هذا في غير النكاح مالا يشترط له الشهادة فان قلنا في النكاح يصح ففي غيره أولى، وان قلنا في النكاح لا يصح فقطضى تعليل من عاى باشتراط الشهادة أن يصح في غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجاره محمد وله جار ان بهذا الاسم فله حالتان إحداهما أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدا منهما معينا وأشكل علينا معرفته فهنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للبال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبيعة وغيرها : والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين احدهما بعينه فهو كالوصية لأحدهما مبهما ، وكذلك حكى الأصحاب في الصحة روايتين ولكن المنصوص عن احمد الصحة . قال صالح : سألت اباى عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حرو فرج له مائة وفرج ليس له شىء . قال اباى : يقرع بينهم فن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائة فلا شىء له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما عاى البطلان ههنا لكونه عبدا فدل على انه لو كان حرا لاستحق ، وزعم صاحب المغنى ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر . ونقل حنبل قال ابو عبد الله : في رجل له غلامان اسمهما واحد فوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتى لأحد الغلامين وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر واسمهما واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شىء . وذلك انه عبد والعبد وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل ما دللت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضى ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للإبهايم وليس كذلك لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق وتأولها القاضى وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبداً حال الإيصاء ولا يكفى حرية حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدير وهو ضعيف جداً . وجواب أحمد إنما يتنزل على أن الموصى له بالدرهم غير المعتق . ونقل يعقوب بن بختان أن أبا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر وفرج مائة درهم . قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذي أوصى له بالمائة لاشئ له لأن هذا ميراث ، وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها ببطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة فهذه الروايات التى ساقها الخلال فى الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضى . وسأفها أبو بكر فى الشافى على أن الموصى له بالدرهم هو المعتق وإن أحمد صحح الوصية له فى رواية صالح وابطلها فى رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة أقول ، وفى الخلال أيضاً عن مهنا أن أحمد قال فى رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته لفلان بن فلان من أصحاب فلان الف درهم أو أحاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ، قال : ينظرون فى أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان ؟ قلت : فإن جاء رجلان فقال كل واحد منهما أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان . قال : فلا يدفع اليها شيئاً حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن أحمد لم يتوقف فى الدفع إلا ليتيقن المستحق من غيره لا لصحة الوصية فإنها ههنا لمعين فى نفس وإنما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجلي انكشاف الحال وأما مع الإياس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الأصحاب المتقدمين وهو الحق .

(ومنها) اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضى إلى قاضى بلد آخر أن لفلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب فادعى أن له مشاركا فى ذلك ولم يثبت حكم عليه وإن ثبت أن له مشاركا فى الاسم والصفة والنسب ووقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يحز القضاء مع عدم العلم . أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيواناً أو عبداً موصوفاً ولم يثبت له مشارك فقيه وجهان أشهرهما أنه يسلم إلى المدعى مختوم العنق (١) ويؤخذ منه كفى حتى يأتى القاضى الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضى له به ، وإن (٢) يشهدوا على عينه وجب رده إلى الحاكم الذى سلمه ويكون فى ضمان الذى أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق . والوجه الثانى لا يسلم

(١) فى الاصل محتوج العتق وفى نسختى الدار (مختوم العتق) (٢) كذا فى الاصول ولعل

الصواب وإن لم يشهدوا الخ

الا بالشهادة على عينه . والفرق بينها وبين التي قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته فيبعد الاشتراك في ذلك والعبد والحسيوان إنما حصل الاتفاق في وصفه أو في وصفه واسمه والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم . ونظير هذا ما ذكره في شهادة الأعمى أنه ان عرف المشهود عليه باسمه ونسبه قبلت شهادته وان عرفه برؤيته قبل عماه فوصفه ففى قبولها وجهان لأن الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك (ومنها) لو كان له ابنتان اسمهما واحد فذهب لاحدهما شيئاً أو أقر لها ثم مات ولم يبين فقال القاضى فى بعض تعاليقه قياس المذهب اخراج المستحقة منها بالقرعة كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته ثم مات ولم يبين ، وهذا صحيح لأن الهبة والاقرار هنا وقع لمعنى فى الباطن وإنما أشكل علينا الوقوف عليه فيميز بالقرعة (ومنها) لو وجد فى كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وبنى بنيه واشتبه هل المراد بنى بنيه (جمع ابن) أو بنى بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل فى فنونه : يكون بينهما عندنا لتساويهما كما فى تعارض البيئات . قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البينتين بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ولو كان من تعارض البينتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع ههنا لأن الحق ثبت لأحدى الجهتين ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البنين لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه (١) لا يخص منها الذكور بل يعم أولادها بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه يخص ذكورهم كثيراً كآبائهم (٢) ولأنه لو أراد ولد البنت لسمها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال وهذا أقرب إلى الصواب . وافق رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجهل اسمه أنه يميز بالقرعة

(القاعدة السادسة بعد المائة)

ينزل المجهول منزلة المعلوم وان كان الأصل بقاؤه اذا يئس من الوقوف عليه أو شق اعتباره وذلك فى مسائل :

(منها) الزائد على ما تجلسه المستحاضة من أقل الحيض أو غالبه الى منتهى أكثره ، حكمه حكم المعلوم حيث حكمنا فيها للرأى بأحكام الطاهرات كلها فان مدة الاستحاضة تطول ولا غاية لها تنتظر بخلاف الزائد على الأقل فى حق المبتدأة على ظاهر المذهب حيث تقضى الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار لأن أمره ينكشف بالتكرار عن قرب . وكذلك النفاس المشكوك

(١) فى ٧١١ : بنته (٢) فى ٧١١ كأنائهم

فيه تقضى فيه الصوم لأنه لا يتكرر (ومنها) اللقطة بعد الحول فانها تملك لجهة ربيها ومالا يملك منها يتصدق به عنه على الصحيح وكذلك الودائع والغصوب ونحوها (ومنها) مال من لا يعلم له وارث فانه يوضع في بيت المال كالضائع مع أنه لا يخلو من بني عم اعلیٰ إذ الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسبق الى الاجتماع مع الميت في أب من آبائه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله في المصالح ، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول . ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال ارثاً لهذا المعنى فان أريد أن اشتباه الوارث بغيره يوجب الحكم بالارث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب وان أريد أنه ارث في الباطن لمعين فيحفظ ميراثه في بيت المال ثم يصرف في المصالح للجمل بمستحقه عيناً فهو الأول بمعنى واحد وينبئ على ذلك مسألة اقتصاص الامام بمن قتل من لا وارث له وفي المسألة وجهان منهم من بناهما على أن بيت المال هل هو وارث أم لا . ومنهم من قال لا ينبئ على ذلك ثم لهم طريقتان: أحدهما أنه لا يقتص ولو قلنا بانه وارث لأن في المسلمين الصبي والمجنون والغائب وهي طريقة أبي الخطاب . والثاني يجوز الاقتصاص وان قلنا ليس بوارث لأن ولاية الامام ونظره في المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغوني (ومنها) اذا اشتبهت اخته بنساء أهل مصر جازله الاقدام على النكاح من نسائه ولا يحتاج الى التحري في ذلك على أصح الوجهين ، وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب فيخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر كشياب الكفار وأوانيه (ومنها) طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص (ومنها) اذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها فانها تميز بالقرعة ويحل له وطى البواقي على المذهب الصحيح المشهور وكذلك لو أعتق واحدة من إماءه (ومنها) اذا أحرم بنسك وأنسيه ثم عينه بقران فانه يجزئه عن الحج ، وهل يجزئه عن العمرة وجهين أشهرهما عند المتأخرين لا يجزئه لجواز أن يكون أحرم بحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة بنية القران فلا تصح عمرته . والثاني يجزئه لأنه انما يمنع من ادخال العمرة على الحج مع العلم فاما مع عدمه فلا تنزيلا للمجهول كالمعدوم فكانه ابتداء الاحرام بهما من حين التعيين

(القاعدة السابعة بعد المائة)

تمليك المعدوم والاباحة له نوعان : أحدهما أن يكون بطريق الاصاله فالمشهور أنه لا يصح . والثاني أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والاجازة وهذا اذا صرح بدخول المعدوم فاما

ان لم يصرح وكان المحل لا يستازم المعدوم ففي دخوله خلاف ، وكذا لو انتقل الوقف الى قوم
فحدث من يشاركم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل :

(منها) الاجازة لفلان ولان يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود [وهو] من أعيان
أصحابنا فانه أجاز اشخص وولده ولجل الحبله (ومنها) الاجازة لمان يولد لفلان ابتداء فافق القاضى
فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس توله في الوقف عدم الصحة (ومنها) الوقف
على من سيولد له فصرح القاضى في خلافه بانه لا يصح لأنه وقف على من لا يملك في الحال واقتصر
عليه فلم يصح كما لو وقف على العبد . قال أحمد : في رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده
أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى (١) قال الشيخ مجد الدين
ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عذرى وقف معاق
بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [وجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها
مخدوفا (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها)
لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففي دخوله روايتان وظاهر كلام
أحمد دخوله في المولود قبل تأخير النخل (٢) وقد سبق وهو قول ابن أبي موسى وظاهر كلام القاضى
وابن عقيل وأفتى به [ابن] الزاغونى (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدا على أن من مات عن
ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غيره ولد فنصيبه لمان في درجته فكان في درجته عند موته اثنان
مثلا فتناولوا نصيبه ثم حدث ثالث قبل يشاركم يخرج فيه وجهان من التي قبلها والدخول هنا
أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسى لأن الوقف على الأولاد قد يلاحظ فيهم أعيان
الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلاحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث
من هو أعلى من الموجودين وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفرغه (٣) منهم واما حكم
الوصية فانها لا تصح لمعدوم بالاصالة كمن [أوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضى وابن عقيل وفي
دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصى روايتان . وذكر القاضى فيمن وصى لمواليه وله
مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخاون وتال بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت
وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد
بعد الموت فمنعه أولى وهذا الذى قاله يتوجه إن علقنا الوصية بصدق الائم فاما ان كان قصدا للموصى
(١) كذا في الاصول الثلاثة . وبهامش ٧١١ له (أو من يأتى) . (٢) هذا نص نسختى الدار
ونسختنا تأثير الفعل وله تصحيف . (٣) في ٧١١ فانه ينزعه . وفي ٧١٢ فانه يصير منهم

الوصية لأعيان رقيقه وسماهم باسم يحدث لهم فإنهم يستحقون الوصية بغير توقف . وافق الشيخ أيضا بدخول المعدوم في الوصية تبعا كن وصى بغلة ثمره للفقراء الى أن يحدث لولده ولد فيكون وهو له قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت . والمنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن أوصى أن يتصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكنها قوم بعد موت الموصى قال إنما كانت الوصية الذين كانوا هم قال ما أدري كيف هذا ؟ قبل له فيشبه هذا الكورة قال لا الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلحظ الموصى فيها قوما معينين لعدم انحصار أهلها وإنما المراد تفريق الوصية الموصى بها فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة فإنه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم ، ويفارق الوقف في ذلك الوصية لأن الوقف تحبیس وتسييل يتناول المتجدد من الطابق فكذا الطبقة الواحدة بخلاف الوصية فإنها تمليك فيستدعى موجودا في الحال

(القاعده الثامنة بعد المائة)

ما جهل وقوعه مترتبا أو متقارنا هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب فيه خلاف ، والمذهب الحكم بالتعاقب لبعده التقارن . ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المتوارثان اذا ماتا جملة بهدم أو غرق أو طاعون وجهل تقارن موتهما وتعاقبه حكما بتعاقبه على المذهب المشهور ، وورثنا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه من صاحبه . وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجهل عينه أو علم عينه ثم نسي على المذهب لكن هذا يستند الى أن تيقن الحياة لا يشترط للتوريث (ومنها) اذا أقيم في المصر جمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معا فيبطلان وتعاد الجمعة أو أحرم بهما مترتبتين فتصلى الظاهر على الوجهين أحدهما تعاد الظاهر لأن التقارن مستبعد وعلى الثاني تعاد الجمعة إما لاحتمال المقارنة أو تنزيلا للمجهول كالمعدوم (ومنها) اذا زوج وليان وجهل هل وقع العقدان معا فيبطلان أو مترتبتين فيصح أحدهما بالقرعة ففيه وجهان أيضا أحدهما يبطلان لاحتمال التقارن والثاني لاستبعاده (ومنها) اذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول واختلعا هل أسلما معا أو متعاقبين قبل القول قول مدعى التقارن فلا يفسخ النكاح أو مدعى التعاقب لأن الظاهر معه على وجهين يرجعان الى تعارض الأصل والظاهر (ومنها) اذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلا أن كلا منهما أنه باعه هذا العبد بالف وأقاما بذلك بينتين ولم يؤرخا قبل يصح العقدان

ويلازمه الثمنان لجواز أن يكونا في عقدين في وقتين مختلفين . وحد استرجاع العقد بينهما أو (١)
يتعارض البيئتان ، لجواز أن يكونا عقدا واحدا فيسقطان والأصل براءة ذمته على وجهين

(القاعدة التاسعة بعد المائة)

المنع من واحد مبهم من اعيان أو معين مشتبهة باعيان يؤثر الاشتباه فيها بالمنع بمنع التصرف في تلك الأعيان قبل تمييزه ، والمنع من الجمع بمنع من التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة ، فإن حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوي ، فإن كان لواحد منهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضى العموم ، فللاول أمثلة :

(منها) اذا طلق واحدة مبهمه منع من وطء زوجاته حتى يميز بالقرعة على الصحيح ، وحكى رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه (ومنها) اذا أعتق أمة من إماءه مبهمه منع من وطء واحدة ممن حتى تميز المعتقة بالقرعة وفيه وجه بالتعيين (ومنها) اذا اشتبهت المطلقة ثلاثا بزوجاته منع من وطء واحدة ممن حتى يميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب (ومنها) او اشتبهت أخته بعدد محصور من الأجنيات منع من التزوج بكل واحدة ممن حتى يعلم أخته من غيرها (ومنها) اذا اشتبهت ميتة بمذكاة فإنه يمنع من الاكل منهما حتى يعلم المذكاة (ومنها) اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدة منها حتى يتبين على الظاهر (ومنها) او حاف بالطلاق لا يأكل ثمرة فاختلفت في تمر فانه يمنع من أكل ثمرة منه حتى يعلم عين الثمرة ، وان كنا لانحكم عليه بالحنث باكل واحدة (ومنها) لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يوطأ واحدة ممن ونوى واحدة مبهمه فانه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة وقيل بتعيينه (ومنها) لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف ، وفي استرقاقهم وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعي : والثاني أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقي ، وهو قول أبي بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل في روايته الحاقاله باشتباه المعتق بغيره ، وكلا لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد فافقه فانا نقرع لخراج الحرية (٢) وان كان أحدهما حر الأصل والصحيح الأول لأن أهل الحصن لم يسبق لهم رق فارقاقهم الا واحدا يؤدي الى ابتداء الارقاق مع الشك في اباحته بخلاف ما اذا كان أحد المشتبهين رقيقا فاخرج غيره بالقرعة فانه انما يستدام الرق مع

(١) لعلها ان . (٢) في نسختنا: الجزية والتصحيح عن ٧١١

الشك في زواله ، وللتأني أمثلة :

(منها) اذا ملك أختين أو أما وبنتا فالمشهور أن له الاقدام على وطء واحدة منهما ابتداءً فاذا فعل حرمت الأخرى ، وعن أبي الخطاب أنه يمنع من وطء واحدة منهما حتى تحرم الأخرى ، ونقل ابن هاني عن أحمد ما يدل عليه وهو راجع الى تحريم احدهما مبهمه والأول اصح لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع (ومنها) اذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى يمتنع من وطئهما جميعا حتى يحرم احدهما لثبوت استفراشهما جميعا ؟ ام تباح له الاولى اذا استبرأ الثانية لانهما اخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلًا بوطنها على وجهين ، والظاهر هاهنا الاول لثبوت الفراش لهما جميعا فيكون الممنوع منهما واحدة مبهمه (ومنها) إذا أسام الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة فاسلمن أو كن كتابيات فالأظهر أن له وطء أربع منهن ويكون اختيارا منه لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع وكلام القاضي قد يدل على هذا وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار (ومنها) او قال ازوجاته الأربع والله لا وضئكن وقتنا لا تحنث بفعل البعض فاشهر الوجهين أنه لا يكون موليا حتى يوطأ ثلاثا فيصير حينئذ موليا من الرابعة وهو قول القاضي في المجرى وأبي الخطاب لانه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما اذا وطئ ثلاثا فانه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث ، والثاني هو مول في الحال من الجميع وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده ، وقال هو ظاهر كلام أحمد وما أخذ الخلاف ان الحكم المعاق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مسماها حنث أو على مجموع الاجزاء في حالة الاجتماع دون الانفراد فعلى الثاني يكون موليا من الجميع ويتوaf حنثه بوطنه كل واحدة على وطئ البواقي معها (ومنها) اذا زنى بامرأة وله أربع نسوة ففى التعليق للقاضى يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال لان التحريم هنا لاجل الجمع بين خمس فيكفى فيه ان يمسك عن [وطئ] واحدة منهن لاحتى تستبرى. وصرح به صاحب الترغيب ، وقد ذكر صاحب المغنى مثله فيمن اسلم على خمس نسوة تفارق واحدة فانه يمسك عن وطء واحدة منهن حتى تستبرى. بالمفارقة (ومنها) إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد واحد فالنكاح باطل لأن الجميع حصل به ولا مزية للبعض على البعض فيبطل بخلاف ما اذا تزوجن في عقود متفرقة وذكر القاضي في خلافه احتمالا بالقرعة فيها إذا زوج الوليان من رجلين دفعة واحدة وهذا مثله ولكن هذا لعله يخالف الاجماع قاله الشيخ مجد الدين ولكنه يعتضد بالرواية التي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لعبيده أيكم جاءني بخبر كذا وكذا فوحر فأنه به اثنان معاقتى واحد منهما بالقرعة ، وكذلك لو قال

أول غلام يطلع على فهو حر أو أول امرأة تطلع على فهي طالق فطلع عليه عبيده كلهم ونسأوه
اكلهن أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة نص عليه في رواية منها وأقره القاضي وصاحب المغنى
في موضع منه على ظاهره وتأولا مرة على أنهم طالعوا واحدا بعد واحد وأشكل السابق وهذا هو
الآظهر لأنه اجتهد وغيره بعيد، وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور :

(منها) إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد ففيه وجهان : أحدهما يبطل النكاحان معاً وهو قول
القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى : والثاني يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجزم
به صاحب المحرر لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عرى عن الدخول بخلاف العكس
فكان نكاح الأم أولى بالابطال (ومنها) لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما
فالمذهب أنه يفسخ نكاح الأم وحدها وتحرم عليه على التأيد ويثبت نكاح البنت نص عليه [أحمد] فيما
ذكره القاضي في خلافه واتفق الأصحاب عليه وبناءه القاضي على أن انكحة الكفار صحيحة فإذا صح
النكاح في البنت صارت أمها من أمهات نسائه فحرمت عليه، قال ولولم يكن صحيحاً فيها كان له
أن يختار أيهما شاء وهذا يخالف ما قرره في الجامع الكبير أن العقد الفاسد في النكاح يحرم ما يحرمه
الصحيح وهذا النكاح غاية أنه فاسد لأنه مختلف في صحته والمنصوص عن أحمد في رواية أبي
طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت وقد حرمتا عليه وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول
بهما لأنه قال في تمام هذه الرواية إذا كان تحته أختان فرق بينه وبين أحدهما، وإذا كان تحته فوق
أربع فرق بينه وبين الزيادة فدل على أنه لم يجعله كابتداء المبدأ (ومنها) لو تزوج كبيرة وصغيرة
ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه وفي الصغيرة
روايتان أحدهما يفسد نكاحها أيضاً كمن عتد على أم وبنت ابتداء والثانية لا يبطل وهي أصح
ومسئلة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها وعلى التسليم فيها فالفرق بينهما وبين مسئلتنا أن الجمع
هنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت
(ومنها) لو كان تحت ذمی أربع نسوة ثم استرق للحوقه بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجدد
الدين يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحتيه أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع
كالرضاع إلى الحادث المحرم للجمع (ومنها) لو تزوج حرة وأمة في عقد وهو فاقد لشرط
نكاح الاماء فانه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح لأن الحرة تمتاز عليها بصفة ورود نكاحها
عليها في مثل هذه الحال ولا عكس، وللتألف وهو المنع من القدر المشترك أمثلة :

(منها) لو قال لزوجاته والله لا وطئت أحداً كن ناويا بذلك الامتناع من وطء مسمى أحدهن

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا اما لو قال لا وطئت واحدة منكم فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضي والأصحاب بناء على أن النكرة في سياق النفي يفيد العموم وحكى القاضي عن أبي بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله إذا آلى من واحدة منهن وأشككت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضي كذلك والقاضى مصرح بخلافه فإنه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال متى وطئ واحدة منهن انحلت يمينه من الكل بخلاف ما إذا قال لا وطئت كل واحدة منكم أو لا وطئتكم فإنه إذا وطئ واحدة منهن حلت وبقي الإيلاء من البواقي، وإن لم يحنث بوطنين لأن حقن من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لا أطأ كل واحدة منكم ولا أطأ كن في قوة أيمان متعددة لإضافته إلى متعدد بخلاف قوله لا أطأ واحدة منكم فإنه مضاف إلى مفرد منكم موضوع بالاصالة لنفي الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتحل بالحنث بوطن واحد ولكن مقتضى هذا التفريق أن تتعدد الكفارة في صورتين الأولتين بوطن كل واحدة وهو قياس إحدى الروايتين في الظاهر من نسائه بكلمة واحدة أن الكفارة تعدد ويمكن أن يقال النكرة في سياق النفي إن قيل إنها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجوع فالصور الثلاث متساوية، وإن قيل إن عمومها جاء ضرورة نفي الماهية فالنفي بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضي المذكور والله اعلم (ومنها) إذا قال إن خرجتني من الدار مرة بغير إذني فانت طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير اشكال وإن أطلق فقال القاضي في خلافه تنقيداً (١) يمينه بمرة واحدة، وسلم أنه لو أذن لها مرة فخرجت بأذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه أبو الخطاب وابن عقيل في خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام أبي الخطاب أن العموم أتى من دخول النكرة في الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فإن اليمين عندنا إنما تنحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة بأذنه لم تنحل اليمين بذلك عندنا والمحلوف عليه قائم وهو خروجها مرة بغير إذنه فمتى وجد ترتب عليه الحنث

(القاعدة العاشرة بعد المائة)

من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر، وإن

(١) في نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١

امتنع منهما فان كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الأصلي الثابت له اذا كان مالياً ، وان لم يكن حقاً ثابتاً سقط وان كان الحق غير مالى الزم بالاختيار وان كان حقاً واجباً له وعليه فان كان مستحقه غير معين حبس حتى يمينه ويوفيه ، وان كان مستحقه معيناً فهل يحبس ويستوفى منه الحق الذى عليه فيه خلاف ، وان كان حقاً عليه وأمكن استيفاءه منه استوفى ، وان كان عليه حقان أصلي وبدل فامتنع من البدل حكم عليه بالأصل ويندرج تحت هذه القاعدة صور :

(منها) لو عفى مستحق القصاص عنه وقتلنا الواجب له أحد أمرين تعين له المال ولو عفى عن المال ثبت له القود (ومنها) لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالاً لا يدل على الرضا بامساكه لم يسقط حقه من المطالبة بالأرض عذد ابن عقيل لأن العيب موجب لأحدثيين إما الرد وإما الأرض فاسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر ، وقال ابن أبي موسى والقاضى يسقط الأرض أيضاً وفيه بعد (ومنها) لو أتاه الغريم بدينه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرى غريمه (ومنها) [لو] امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصية (ومنها) لو تحجر مواتاً وطالت مدته ولم يحيه ولم يرفع يده عنه فان حقه يسقط منه (ومنها) لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار حبس وعزر حتى يختار (ومنها) لو أخرجت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة اجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الإقامة بالتمكين من الاستمتاع (ومنها) لو أبى المولى بعد المدة أن يفى أو يطلق فروايتان احدهما يحبس حتى يفى أو يطلق والثانية يفرق الحاكم بينهما (ومنها) لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل في البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه (ومنها) لو ادعى عليه فأنكر وطلب منه اليمين فنكل عنها قضى بالنكول وجعل مقراً لأن اليمين بدل عن الاقرار وعن النكول فاذا امتنع من البدل حكم عليه بالأصل (ومنها) لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية فان كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هاهنا أم يحبس حتى يجيب على وجهين ، وان كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخلى سبيله على وجهين

(القاعدة الحادية عشر بعد المائة)

اذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة يثبت بها أحدهما دون الآخر فهل يثبت أم لا ، على روايتين ويخرج عليهما مسائل :

(منها) اذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين فاذا ادعى أولياء المقتول على ولي القاتل في القسامة

فنشكل فهل يلزمه الدية على روايتين (ومنها) لو ادعى جراحة عمداً على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها على روايتين والصحيح فيها عدم وجوب الدية لئلا يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً وأما أن قلنا أن موجب القتل قصاص عيناً فالدية بدل فلا يجب بما لا يجب به المبدول (ومنها) شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عبدأ عمداً فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود على روايتين حكاهما صاحب المحرر ، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور . وتأملت رواية ابن منصور فإذا ظاهرها أن القاتل كان حراً فلا يكون جنايته موجبة للقود، فلا تكون المسألة من هذا القبيل بل من نوع آخر وهو إذا كانت الجناية موجبة للدمال عيناً وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصل الجناية فهل يجب بها المال على روايتين، كما لو كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب المال دون القود وأتى عليها بشاهد وامرأتين أو ادعى قتل كافر في الصف وأتى بشاهد وحلف معه فهل يستحق بذلك سلبه على الروايتين

﴿القاعدة الثانية عشر بعد المائة﴾

إذا اجتمع للضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلها ضرراً لأن الزيادة لا ضرورة اليها فلا يباح ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا وجد المحرم صيداً وميته فإنه يأكل الميتة نص عليه أحمد لأن في أكل الصيد ثلاث جنایات صيده وذبحه وأكله ، وأكل الميتة فيها جناية واحدة ، وعلى هذا فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميته فإنه يأكل لحم الصيد قاله القاضي في خلافه لأن كلا منهما فيه جناية واحدة ويتميز الصيد بالاختلاف في كونه مذكي وفي هذا نظر فإن أكل الصيد جناية على الاحرام ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة ثم وجدت أبا الخطاب في انتصاره اختار أكل الميتة وعمله بما ذكرناه ، ولو وجد بيض صيد فظاهر كلام القاضي أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جناية كذب الصيد (ومنها) نكاح الاماء والاستمناء كلاهما انما يباح للضرورة ويقدم نكاح الاماء كما نص عليه ابن عباس لأنه مباح بنص والآخر متردد فيه ، وقال ابن عقيل في مفرداته الاستمناء احب الى من نكاح الامة . وفيه نظر وأما نكاح الاماء ووطء المستحاضة فقال ابن عقيل انما يباح ووطء المستحاضة عند خوف العنت وعدم الطول لنكاح غيرها ، وظاهر هذا أن نكاح الاماء مقدم عليه ، ويتوجه بما ذكرناه من النص على اباحة نكاح الاماء دون ووطء المستحاضة فإنه في معنى ووطء الحائض لكونه دم أذى (ومنها) من أبيح له الفطر لشبهه فلم يمكنه الاستمناء

واضطرب الى الجماع في الفرج فله فعله فان وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضة ففيه احتمالان ذكرهما صاحب المغنى أحدهما وطء الصائمة أولى لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرر غيرها وذلك جائز لفطرها لأجل الولد، وأما وطء الحائض فلم يعهد في الشرع جوازه فانه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة اليه : والثاني بخير لتعارض مفسدة وطء الحائض من غير افساد عبادة عليها وافساد صوم الطاهرة والأول هو الصحيح لما ذكرنا من اباحة الفطر لأسباب دون وطء الحائض (ومنها) اذا ألقى في السفينة نار واستوى الأمران في الهلاك أعنى المقام في النار والقاء النفوس في الماء قبل يجوز القاء النفوس في الماء أو يلزم المقام على روايتين ، والمنقول عن أحمد في رواية منها أنه قال أكره طرح نفوسهم في البحر وقال في رواية أبي داود يصنع كيف شاء قيل له هو في اللج لا يطمع في النجاة قال لأدرى فتوقف ورجح ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع تيقن الهلاك فيها لئلا يكون قاتلا لنفسه بخلاف ما اذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالالقاء

(القاعدة الثالثة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الاول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين فلا خلاف في ذلك . فمثال ما دلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى - فيقال كل فرد كامل بفردية قابله لإجراء العرف أو دلالة الشرع على ذلك ، وإما لاستحالة ما سواه أن يؤول لزوجتيه ان اكلمتهما ذين الرغيفين ، فانتما طالقان ، فاذا أكلت كل واحدة منهما رغيفا طلقت لاستحالة أكل كل واحدة لارغيفين أو يقول لعبيده ان ركبتما دابتيكما أو لبستم اثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رجليكما أو دخلتما بزوجتيكما فانتما حران ، فنتي وجد من كل واحد ركب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو ربحه أو أدخل بزوجته ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرف في وفي بعضه شرعي فيتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره في المغنى . ومثال ما دلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلتما زيدا أو كلتما عمروا فانتما طالقان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمروا القسم الثاني : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحمل التوزيع عند هذا الاطلاق على الاول او الثاني في المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسئلة الظاهر من نسائه بكلمة

واحدة . وكذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع ولذلك أمثلة كثيرة (فمنها) قوله صلى الله عليه وسلم في تعليل مسح الخفين (أنى ادخلتهما وهما طاهرتين) هل المراد أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة أو المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين وكل قدم في حال ادخالها طاهرة . وينبنى على ذلك مسألة ما إذا غسل أحدى رجليه ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجملة لا يجوز المسح لأنه في حال ادخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين وعلى الثانى وهو توزيع المفرد على المفرد يصح ، وفي المسئلة روايتان عن أحمد ولكن القائل بان الحدث الأصغر لا يتبعض وأنه لا يرتفع إلا بعد استكمال الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة (ومنها) مسألة مد عجوة وهى قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكر هاهنا مضمونها ملخصا فنقول : اذا باع ربويا بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمدى عجوة أو بدرهمين ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد وله مأخذان أحدهما وهو مسلك القاضى وأصحابه أن الصفقة اذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة يقسط الثمن على قيمتهما وهذا يؤدى ههنا إما الى يقين التفاضل وإما الى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد فى أموال الربا . وبيان ذلك : أنه اذا باع مد يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة دراهم كان الدرهم فى مقابلة ثلثى مد ويبقى مد فى مقابلة مد وثلاث وذلك ربا وكذلك اذا باع مدأ يساوى درهما ودرهمين بمدين يساويان ثلاثة دراهم فانه يتقابل الدرهمان بمد وثلاث مد ويبقى ثلثا مد فى مقابلة مد (١) وأما ان فرض التساوى كمد يساوى درهما (١) ودرهم بمد يساوى درهما ودرهم فان التقويم ظن وتخمين فلا يتعين معه المساواة والجهل بالتساوى ههنا كالعلم بالتفاضل فلو فرض ان المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وان الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان ذكرهما القاضى فى خلافه احتمالين أحدهما الجواز لتحقيق المساواة والثانى المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فنقص قيمته وحده وصحح أبو الخطاب فى انتصاره المنع قال لانا لا نقابل مدا بمد ودرهما بدرهم بل نقابل مدا بنصف مد ونصف درهم وكذلك لو خرج مستحقا لاسترد ذلك وحينئذ فالجهل بالتساوى قائم ، هذا ما ذكره فى تقرير هذه الطريقة . وهو عندى ضعيف لأن المنقسم (٢) هو قيمة الثمن على قيمة

(١) - (١) فى الاصل الذى بيدنا يابض مقدار كلمتين فى المكانين واما فى نسختى الدار فلا يابض .

(٢) فى ٧١١ لأن التقسيم

المثمن [لا اجراء احدهما على قيمة الآخر ففيما اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة لانقول درهم مقابل بثلي مد بل نقول ثلث الثمن مقابل بثلث المثمن فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث درهم ونقابل ثلثا المدين بثلي مد وثلثي درهم فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم (١)] مقابل لثلث المثمن فيقابل ثلث المدين ثلث مد وثلث درهم ويقابل ثلثا المدين بثلي مد وثلثي درهم فلا ينفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم . ولهذا لو باع شقصاً وسيفاً بمائة درهم وعشرة دنانير لأخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير ، نعم ! نحتاج الى معرفة ما يقابل الدرهم أو المد من الجملة الأخرى اذا ظهر احدهما مستحقاً أو رد بعيب أو غيره ليرد ما يقابله من عوضه حيث كان المردود ههنا معيناً مفرداً ، اما مع صحة العقد في الكل واستدامته فانا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء المثمن بحسب القيمة وحينئذ فالمفاضلة المتيقنة كما ذكره متفية وأما ان المساواة غير معلومة فقدت (٢) في بعض الصور كما سبق . والمأخذ الثاني أن ذلك ممنوع سداً للزريعة الربا فان اتخاذا ذلك حيلة على الربا الصريح واقع كبيع مائة درهم في كيس بمائتين جعلاً للمائة في مقابلة الكيس وقد لا يساوى درهما فممنوع ذلك وان كانا مقصودين حسباً لهذه المادة ، وفي كلام أحمد إمامنا الى هذا المأخذ والرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوي من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع احدهما ولكن المفرد أكثر من الذي معه غيره نص عليها أحمد في رواية جماعة جعلاً لغير الجنس في مقابلة الجنس وفي مقابلة الزيادة ، ومن المتأخرين كالسامري من يشترط فيما اذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوى جعلاً لكل جنس في مقابلة جنسه وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره لاسيما مع اختلافهما في القيمة وعلى هذه الرواية فانما يجوز ذلك . ألم يكن حيلة على الربا وقد نص أحمد على هذا الشرط في رواية حرب ولا بد منه . وعلى هذه الرواية يكون التوزيع ههنا للأفراد على الأفراد وعلى الرواية الأولى هو من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل ، وللاصحاب في المسألة طريقة ثانية . وهو أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حايته قولاً واحداً ، وفي بيعه بنقد آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهي طريقة أبي بكر في التنبيه وابن أبي موسى والشيرازي وأبي محمد التميمي وأبي عبد الله الحسين الهمداني في كتابه المقتدى ، ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه كأبي بكر في التنبيه ، وقال الشيرازي الاظهر المنع ومنهم من جزم بالجواز في بيعه بغير جنسه كالتميمي ومنهم من حكى الخلاف كابن أبي موسى ونقل

(١) الزيادة التي بين المربعين من نسخة ٧١١ (٢) يياض في ٧١١

البرباطى (١) عن أحمد ما يشهد لهذا الطريقة في حلى صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس ويبيع كل واحد منهما وحده، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن يبيع المحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي إلى الربا لأنه يبيع ربوى بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوى ولا تتحقق مساواته وأما مع تمييز الربوى ومعرفة مقداره فإنما منعوا [منه] إذا ظهر فيه وجه الحلية (٢) أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح وفسلين أو ألف صحاح بألف مكسورة وثوب أو ألفاً صحاحاً ودينار بألف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن أبى موسى وأما بيعه بنقد آخر أو ربوى من غير جنسه ولكن علة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبنى على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفي جواز روايتان واختيار أبى بكر وابن أبى موسى والقاضى في خلافه المنع وعلوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي إلى الربا من جهة العقد وهكذا عال أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجمولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه إذا أسلم في جنسين لم يحز حتى يبين قسط كل واحد منهما فإن السلم والصرف متقاربان وهذا كله في الجنسين . فاما بيع نوعى جنس بنوع منه ففيه طريقان : أحدهما أن حكم نوعى الجنس حكم الجنسين وهو طريق القاضى وأصحابه نظراً إلى توزيع العوض بالقيمة فيؤدي ذلك هاهنا إلى تعيين المفاضلة وليس هنا شئ من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل : والثانى الجواز ههنا وهو طريق أبى بكر ورجحه صاحب المغنى والتلخيص نظراً إلى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع فكذلك في الجنس الواحد، والتقسيم إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وردي فإن المذهب جوازه ولكن ذكر أبو الخطاب في انتصاره فيه احتمالاً بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد أن كان نقداً لم يحز فإن كان ثمراً جاز، والفرق أن أنواع الثمار يكثر اختلاطها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما إذا كان الربوى مقصوداً بالعقد فإن كان غير مقصوداً بالاصالة وإنما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع : أحدها مالا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كترويق الدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثانى ما يقصد تبعاً لغيره وليس اصلاً

(١) في ٧١١ : البرباطى (٢) في ٧١١ الحيلة

لمال الربا كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه اذا كان المقصود الاصل هو العبد وفيه ثلاثة طرق ،
 احدها انه يصح رواية واحدة سواء قلنا ان العبد يملك أولا يملك وهي طريقة ابى بكر والخرق
 والقاضى في خلافه وابن عقيل في موضع من فصوله وصاحب المغنى وهي المنصوصة عن احمد ، والثانية
 البناء على ملك العبد فان قلنا يملك يصح لأن المال ملك العبد فليس بداخل في عقد البيع كمال
 المكاتب لا يدخل معه في بيعه وان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وهي طريقة القاضى في المجرد
 وأبى الخطاب في انتصاره ، والثالثة طريقة صاحب المحرر ان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وان
 قلنا يملك فان كان مقصودا اعتبر له ذلك والا فلا . وأنكر القاضى في المجرد أن يكون القصد
 وعدمه معتبرا في صحة العقد في الظاهر وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله : النوع الثالث مالا
 يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل لمال الربا اذا أبيع بها فيه منه وهو ضربان : أحدهما ان يمكن افراد
 التابع بالبيع كبيع نخلة عليها رطب برطب وفيه طريقان : أحدهما وهو طريق القاضى في المجرد
 المنع لأنه مال مستقل بنفسه فوجب اعتباره احكامه بنفسه منفردا عن حكم الاصل : والثاني الجواز
 وهي طريقة ابى بكر والخرق وابن بطة والقاضى في الخلاف كما سبق في بيع العبد ذى المال ، واشترط
 ابن بطة وغيره ان يكون الرطب غير مقصود ولذلك شرط في بيع النخلة التي عليها ثمر لم يبد
 صلاحه أن يكون الثمر غير مقصود ونص أحمد عليه في رواية ابراهيم بن الحارث والاثرم ،
 وتاوله القاضى لغير معين (١) ومعنى قولنا غير مقصود أى بالاصالة وانما المقصود في الاصل الشجر
 والثمر مقصود تبعاً : والضرب الثاني أن لا يكون التابع مما لا يجوز افراده بالبيع كبيع شاة لبون
 بلبن أو ذات صوف بصوف وبيع الثمر بالنوى فيجوز ههنا عند القاضى في المجرد وابن حامد
 وابن أبى موسى ومنع منه أبو بكر والقاضى في خلافه ، وقد حكى في المسألة روايتان عن أحمد ولعل
 المنع يتنزل على ما اذا كان الربوى مقصوداً والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد
 ابن عقيل وغيره ويشهد له تعليل الاصحاب كلهم الجواز بانه تابع غير مقصود ، واعلم أن هذه
 المسألة (٢) منقطعة عن مسائل مد عجرة وان القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه .
 وقد نص أحمد في بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه وقاله القاضى في خلافه في مسألة
 العبد والنوى بالثمر وكذلك المنع فيها مطلق عند الاكثرين ، ومن الاصحاب من خرجها أو بعضها
 على مسائل مد عجرة ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره أولا وقد صرح به
 طائفة من الاصحاب كأبى الخطاب وابن عقيل في مسألة العبد ذى المال وكذلك حكى أبو الفتح

(١) في ٧١١ لغير معنى (٢) في الاصل (المسألة يل) ولعله يريد . المسائل .

الحلواني رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالاصالة والجواز مع عدم القصد فيرفع الخلاف حينئذ والله أعلم . وان حمل على إطلاقه فهو متنزل على أن التبعية هاهنا لا عبرة بها وان الربوى التابع لغيره فهو مستقل بنفسه (ومنها) اذا باع رجل عبيدين له من رجلين بشمن واحد فان المبيع يقع شائعاً بينهما فيكون لكل واحد منهما نصف كل عبد ، ولا يخرج هنا وجه آخر أن يكون لكل واحد عبد لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع فيفسد البيع ، نعم لو كان العقد مما يصح به مبهما كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخيير فيه . ولو أقر لرجل بنصف عبيدين ثم فسره بعبد معين قبل بخلاف ما إذا أقر له بنصف هذين العبيدين ثم فسره باحدهما ذكره صاحب الترغيب لأن الأول مطلق فيصح تفسيره بمعين كما لو قال لزوجته أنت طالق نصف تطليقتين فانها تطلق واحدة . وأما اذا أوصى له بثلاث أعبد ثم استحق منهم اثنان فهل يستحق ثلث الباقي أو كله فيه وجهان . وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين وليس كذلك بل ماخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبيد ونحوهم قسمة الاجبار أم لا ؟ وفيه وجهان والمنصوص دخولها .

(ومنها) اذا رهنه اثنان عيين او عيناهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهنه دارا لهما على ألف درهم له عليهما ، نص أحمد في رواية مهنا على أن احدهما اذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على ما بقي . فظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد [رهنا] بجميع الحق توزيعاً للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وأبو الخطاب وهو المذهب عند صاحب التلخيص . قال القاضي : هذا بناء على الرواية التي تقول إن عقد الاثنين مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة ، أما اذا قلنا بالمذهب الصحيح أنهما في حكم عقدين كان نصيب كل واحد مرهونا بنصف الدين قال ويجوز أن يكون كل واحد منهما لما رهن صار كفيلا عن صاحبه فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤدي بجميع ما عليه وتاوله [أيضا] في موضع آخر على أن كل واحد منهما كان كفيلا عن صاحبه فاذا قضى احدهما لم ينفك حقه من الرهن لأنه مطالب بما ضمنه قال واما ان لم يضمن كل واحد منهما ما على صاحبه فله الرجوع بقدر حصته وليس في كلام احمد ما يدل على الضمان وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال على هذا يصح الرهن من ليس الدين عليه وعلى الأول لا يصح ، وتأول القاضي ايضا في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى كلام احمد على أن الرهن انفك في نصيب الموفى للدين لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن

لما عليه من الضرر لا لمعنى ان المعين يكون كلها رهناً (١) وبمثل ذلك تأول صاحب المغنى ما قاله ابو الخطاب والحلوانى وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فوفا احدهما انه يبقى جميعه رهنا عند الآخر وتأوله على المنع من المقاسمة وهو ضعيف لوجهين : احدهما ان احمد نص على ان الدار رهن على مابقى : والثانى ان انفكك احد النصيين وقبض صاحبه له لايتوقف على المقاسمة فان الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير اقتسام ويكون قبضا صحيحا اذ القبض يتأتى فى المشاع ، ويشبه هذه المسألة ما اذا كاتب عبيدين له صفقة واحدة بعوض واحد ثم أدى احدهما حصته من الكتابة هل يعتق ام لا ؟ على وجهين : احدهما يعتق وهو اختيار القاضى واصحابه لانه أدى ما يخصه فهو كما لو أدى احد المشتريين حصته من الثمن فانه يتسلم نصيبه تسليماً (٢) مشاعاً عند الاصحاب وما ذكره فى المغنى من منع التسليم فى هذه المسألة فهو يرجع الى أنه لا يتسلم العين كلها وهذا صحيح وقد صرح به القاضى فى الخلاف والجامع الصغير : والوجه الثانى أنه لا يعتق واحد منهما حتى يؤدى ان جميع مال الكتابة وهو قول أبى بكر وابن أبى موسى ونقل مهناعن أحمد ما يشهد له واختلفوا (٣) فى مأخذه ف قيل لأن الكتابة عتق معلق بشرط فلا يقع إلا بعد كمال شرطه وهو هاهنا أداء جميع المال وهذا بعيد (٤) على أصل أبى بكر لأنه يرى أن الكتابة عقد معاوضة محضة لا تعليق فيها بحال ، وقيل لأن كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه فلا يعتق حتى يؤدى جميع ما عليه ، وقيل لأنها صفقة واحدة فلا تتبع بعض وهذا قد يرجع الى الضمان أيضاً كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه فيكون توزيعاً للفرد على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال [لما] وقف عتقه على أدائه . وقد اختلف كلام القاضى وابن عقيل فى ضمان كل منهما عن الآخر فنفياها تارة وأثبتها أخرى ، ونقل ابن منصور عن أحمد فى رجل له على قوم حق أنه كتب فى كتابهم أيهم شئت اخذت بحق منى يأخذ أيهم شاء ومفهومه أن الغرماء لاضمان بينهم بدون الشرط بكل حال (ومنها) لو وضع المتراهنان الرهن على يدي عداين وكانا عيين منفردين أو كان مما يقسم كالمكيل والموزون فهل لها انقسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصيبه (٥) أم لا على وجهين : أحدهما يجوز ذلك قاله القاضى فى المجرد توزيعاً للفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه وصرح القاضى بذلك ، وعلى هذا فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذى بيده الى الآخر فتلّف فى يده فهل يضمّنه على احتمالين ذكرهما القاضى لأنه انفرد به بعد القسمة

(١) فى نسخة ٧١١ مانصه من الضرر بمعنى ان العين تكون الخ . (٢) فى ٧١١ تسليماً

(٣) وفيها : واختلف (٤) وفيها : يبعد (٥) فى ٧١١ نصفه

بخلاف ما اذا سلم الكل قبل القسمة فانه لا يضمن كذا قال القاضى . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضا : والثانى لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضى فى خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين انما رضا بحفظهما جميعا فلا يجوز لهما الا نفراد كالوصيين والوكيل فى البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنتين والوصية بالنسبة الى الحفظ خاصة دون التصرف فانه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عني بالفى درهم من ثاى فاخذ كل واحد الفأ فتصدق بها على حدة ليكون اسمل عليهما فلم يربه بأساً . وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التى يقصد الحظ والغبطة والكسب . قال فى التلخيص ولو وكل اثنين فى المخاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكيل التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف فى الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى . وقال [القاضى] أيضا : ولو تعدد المعين فاحتملان يعنى فى تعدد الصفقة واتحادها (ومنها) الضمان فاذا ضمن اثنان دية رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد فى رواية منها فى رجل له على رجل الف درهم فكفل بها كفيلا كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر فى التنبيه (١) فيمن قال لرجل اتى متاعك فى البحر على أنى وركبان السفينة ضمنا فالقاه ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبى بكر أن هذا من باب التغرير فانه انما القاه ضمنا (٢) منه ان قيمته ترد عليه اعتمادا على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً [به] . والوجه الثانى أن الضمان بالحصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضمنا لك ، وكل واحد منا الألف التى لك على فلان فان كل (٣) واحد يلزمه الألف حينئذ . وأما مع اطلاق ضمان الألف منهم بالحصة وهذا قول القاضى فى المجرد والخلاف وصاحب المغنى وذكر ابن عقيل فى المسألة احتمالين وبناءه القاضى على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ اذا قلنا بصحة ضمان المبهم يحتمل وجهين الأول أشبه بكلام الأصحاب وشبه بهذه المسألة

(١) فى ٧١ فى السفينة وأعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) فى نسختنا فان

ما اذا كفل اثنان شخصا لآخر فسلمه أحدهما الى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ لأنهما كفالتا والوثيقتان اذا انحلت احدهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامنين اذا برى (١) أحدهما وهذا قول القاضى وأصحابه . والثانى يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين وهو احتمال فى الكافى وقول الأزجى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود الى انها كفالة واحدة والأظهر انهما ان كفلا كفالة الاشتراك فان قالوا كفلا لك زيداً نسلمه اليك فاذا سلمه احدهما برى الآخر لأن التسليم الملتزم واحد فهو كإداء أحد الضامنين للدال ، وان كفلا كفالة انفراد واشترك بان قالوا كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجلين للدين . واعلم أن عقود التوثقات والأمانات اذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أواجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو أجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكامله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التملكيات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل بتعدد الصفقة فيها بتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون المالك ثابتاً فى دين واحدة للمالكين على الكمال ، وانما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صورتان . احدهما أن يوصى بعين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلا منهما مستحقاً للعين بكاملها ويقع التراحم فيشتركان فى قسمها ، فلو مات احدهما قبل الموصى أو رد لاستحقاق الآخر بكاملها : والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فان كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحقاق الوقف كله هكذا ذكره القاضى والأصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم (٢) وأولاد أولادهم أبداً ما تناسلوا فان حدث بواحدة منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولد ولده يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ما تناسلوا وقد واد هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهم يدخلون مع آبائهم

(١) فى ٧١١ إذا أبرأ (٢) فى الاصل وأولادهم وأولادهم (مرة بعد أخرى) والتصحيح عن ٧١١

في القسمة أو يصير هذا الشيء اليهم بعد الموت ، موت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولدا يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا ؟ قال يجرى ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لا يكون للبيت ولد فيرد على الباقيين من إخوته وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده لقوله يتوارثون ذلك . وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده مقتضيا لهذا الترتيب ومخصصا لعموم أول الكلام المقتضى للتشريك ، وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضي في المجرد يدل على خلاف ذلك وأنه يكون مشتركا بين الأولاد وأولادهم ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته ، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله . وأما قوله حتى لا يكون للبيت ولد فيرد على الباقيين من إخوته فيعني به أن من مات عن غير ولد فنصيبه لإخوته وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب أن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقيين منها باطلاق الواقف وقد يقال لا دلالة فيه على ذلك لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبدا بالتشريك فلو تركنا هذا لشركنا بين البطون كلها لكنه استثنى من ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده فيبقى ما عداه داخلا في عموم أول الكلام فاستحقاق الأخوة هاهنا متلقى من كلام الواقف ومثل هذا لانزاع فيه ، أما النزاع فيها إذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى فلم يجعل للثانية حقا فيه مع وجود الأولى فدل على أن الأولى هي المستحقة مادامت موجودة لأنه قد يجاب عنه بأن نفى استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة لجميعه لجواز صرفه مصرف المنقطع إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف والظاهر من مقصوده ما ذكرنا فعلى هذا يكون عوده إلى بقية الطبقة مستفادا من معنى كلام الواقف ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان فاذا انقرض أولاده فعلى المساكين فهل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعدهم على المساكين أو تصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقرض أولاده ثم تصرف على المساكين على وجهين مذكورين في الكافي والأول قول القاضي وابن عقيل ، ولنا في المسئلة مسلك آخر وهو أن يقال الواقف تحبب للمال في وجوه البر والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه فلا يمنع أن يستحقه لكل واحد منهم بانفراده ، ويقع التراحم فيه عند الاجتماع بخلاف التملكيات المحضة فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المالكين جميع ما وقع فيه التملك ، وهذا على قولنا أن الموقوف عليه لا يملك عين الواقف أظهر ويتعاق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبدا فهل يقال لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتقل بعد كل ولد الى ولده ؟ المعروف عند الاصحاب الاول وهو الذى ذكره القاضى وأصحابه ومن اتبعهم . وحكى الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهها آخر الثانى ورجحه على الاول يكون من باب توزيع الجلة على الجلة ، وعلى الثانى يكون من باب توزيع المفرد على المفرد ، ويشهد لهذا من كلام أحمد مارواه عنه يوسف بن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى (١) فى رجل أوقف ضيعة على أن لعلى بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها الولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية . وان مات على بن اسمعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك . ثم ان بعض ولد على بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بنصيبه يدفع الى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت ان مات على بن اسمعيل دفع الى ولد ولده انما قال ولد على بن اسمعيل . قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد على بن اسمعيل الى ولده فان مات بعض ولد على بن اسمعيل دفع الى ولده أيضاً لانه قال بين ولد على بن اسمعيل وهذا من ولد على بن اسمعيل فدل هذا الكلام على أصابن أحدهما أن ولد الولد داخل فى مسمى الولد عند الاطلاق . والثانى أنه انما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشار كين له حيث ذكر [ان] على بن اسمعيل توفى عن ولد وان بعض ولده توفى عن ولد ونقل الى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشار كين للاب من اخوته ، ووجه هذا أنه لما رتب بين على ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فكذلك ينبغى أن يكون الترتيب بين ولده وواد ولده وهذا خلاف ما ذكره الاصحاب من الوجهين فى كيفية استحقاق ولد الولد اذا قبل بدخوله فى مطلق الولد هل يستحق مع الولد مشركا أو بعد انقراض الولد كما هم مرتبات ترتيب طبقة على طبقة فان أحمد جعله مرتبات ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبدأ أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقة ، وقد يفرق بينهما بان الوقف هنا أولا كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب فى استحقاق ولده وولد ولده وليس فى طبقة بعد طبقة ولكن سندكر من كلام أحمد فى مسألة التدبير ما يحسن تخريج هذا الوجه منه ان شاء الله تعالى (ومنها) اذا علق طلاق نسائه أو علق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفى فى وقوع الطلاق والعتاق مع قطع النظر عن الحث بوجود بعض الصفة فان الاصحاب فى الاكتفاء ببعض الصفة فى الطلاق والعتاق طارفاً ثلاثة ، احداً أنه يكتفى بها كما يكتفى بذلك فى الحث فى اليمين وهى طريقة القاضى واستثنى فى الجامع من ذلك أن تكون

(١) تقدم اختلاف النسخ فى اسم أبيه والصحيح عبيد الله كما هنا .

الصفة معارضة . والثانية لا يكتفى بها وان اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحث لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الاثر إلا على تمام المؤثر وهى طريقة ابن عقيل وصاحب المغنى . والثالثة إن كانت الصفة تنفى قطعاً أو تبعاً أو تصديقاً أو تكذيباً فهى كاليمين علة محضة فلا بد من وجودها بكاملها وهى طريقة صاحب المحرر . والقاضى يفرع على اختياره في هذه المسائل فقال فيما اذا قال لعبيده اذا أدبتم الى الغاء فأنتم أحرار عتق كل واحد منهم بإداء حصته ، وكذلك اذا قال لعبيده اذا دخلتم الدار فأنتم أحرار عتق من دخل منهم لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها فتى أدى واحد منهم عتق هكذا ذكره في باب الكتابة ورده الشيخ مجد الدين وقال هو عندى خطأ يقينا لأن هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة هنا لم يصح مقاله القاضى ولم يفرع على الاكتفاء ببعض الصفة اذ لو كان التفريع على ذلك لعتقوا كلهم بإداء بعضهم لبعض الألف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضى وإنما يتوجه مقاله القاضى على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى الى حصته من الألف فهو حر ، وهذا لا تعلق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات ، فانه نص في رواية مهنا في عبد بين رجاين قال له اذا متنا فانت حر ثم مات أحدهما عتقت حصته فقط ، فاذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لانهما كالمعتقين على انفرادهما وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى وتعليل أبي بكر يدل على أنه جمعه من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالوا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتأول القاضى ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة ورده الشيخ مجد الدين بان الصفة انما يكتفى ببعضها اذا كانت في معنى اليميز يقتضى حصاً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدر مزيد فلا يكتفى فيه ببعض ، ونقل الاجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عاينها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وأنا لم يسر الى نصيب صاحبه لأحد أمرين إما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو لإحدى الروايتين أو لأن النديير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعليق العتق على صفة بعد الموت فان في صحته روايتين : إحداهما يصح هذا التعليق ولا يعتق منه شيء هنا حتى يدوت ، الاخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ : والثانية لا يصح هذا التعليق ولا يعتق به شيء من العبد هاهنا لأن كلا منهما علق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد الا بعد موته ، ولكن هاهنا قد يمكن اجتماع موتهما في آن واحد فلا يتوجه

إبطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعد موثى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتي ان دخلت هاتين الدارين أو كلمتها زيدا وعمروا فانتا طالقتان فكلمت احدهما زيدا والاخرى عمروا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكتفى ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ، فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو أحد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكفي في الحنث فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويتخرج في مسألة التدبير السابقة أن تطلق هاهنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الاخرى لأن معنى كلامه من دخلت منكما دارا من هاتين الدارين فهي طالق ويتخرج من هذا القول هاهنا فيما اذا قال لهما ان حضمتا فانتا طالقتان وجه أن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليهما بل يكفي ثبوت حيضها في حقها باقرارها . وكذلك في قوله إن شئتما فانتا طالقتان فشاءت احدهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فانتا طالقتان ثم حلف بطلاق احدهما أنها تطلق . ومن العجب أن القاضى لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعا أو كانت تعليقا محضا ، ومقتضى قوله أن يطلق هاهنا مما بوجود حيض احدهما ، ومشية احدهما ، والحلف بطلاق احدهما في هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الاربع او قعت بينكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الاربع أرباعا ثم يكمل فيقع بين الثلاث جميعا أو يوزع الثلاث على الاربع فيأخذ كل واحدة ثلاثة أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة على روايتين : والاولى اختيار أبي بكر والقاضى : والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب المعنى . قال لان القسمة بالاجزاء انما تكون في المختلفات كالدور ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانها تقسم برءوسها ويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات ويمكن الاولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تمنع الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء . ولهذا قيل في قسمة الاموال المشتركة انها بيع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشر كالجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاهنا بكل واحدة كما لو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد آخر فانه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قال انتن طراقتي ثلاثا طاق كلهن ثلاثا ثلاثا نص عليه في رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضى فيه خلافا لانه

أضاف الثلاث الى الجميع وفي الصورتين الأولتين أرسل الثلاث بينهم أو عليهم. ويتوجه تخريج الخلاف فيها أيضاً لأن إضافة الثلاث اليهن لا ينافي أن يوزع الثلاث على مجموعهن لا على كل واحدة منهن . وما يدخل في هذا الباب قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الأصناف . وينبغي على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة وفي ذلك روايتان أشهرهما أنه غير واجب . وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الأصناف منها أم لا قال ابن عقيل يجب ذلك لتحصل التوفية باستيعاب الأصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية . وقال القاضي يستحب ذلك ولا يجب لأن حق بقية الأصناف يسقط باعطاء الملاك لهم وأيضاً فليس في الآية إيجاب الاستيعاب لصدقات كل عام فيجوز تعويضهم في كل عام آخر ، وما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية هل اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع [نسائهم وتوزيعه مع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين مجموع] (١) نسائه المظاهر منهن ؟ قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثاني واستدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة وكذلك قال في قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم) إلى آخر الآية ، أن المراد حرمت على كل واحد بناته وأخواته وعماته وخالاته فاما الأمهات فجعلها في مقابلة الأفراد بالأفراد قال لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد وأما ما احتل الجمع في مقابلة الواحد فانه عمل حيلة ، والظاهر والله أعلم أن الكل مما قبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة وإن المعنى حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً

(القاعدة الرابعة عشر بعد المائة)

إطلاق الشراكة هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يفتقر الى تفسير فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص في البيع . والذي ذكره الأصحاب في الإقرار أنه مبهم وكذلك صرح به ابن عقيل في نظرياته مختاراً . وقال القاضي في المجرد في البيع في خلافه أيضاً ينزل على المناصفة (٢) وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالتشاطر يحتمل وجهين وكلام الأصحاب يدل على التشاطر ،

(١) الزيادة عن نسخة ٧١١ (٢) فيها على المفاضلة

ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال لمشتري سلعة اشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجهالة على وجهين ذكرهما في التلخيص ، والمجزم به في المحرر الصحة تنزيلا على المناصفة (ومنها) لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان أو هو شريكى ، فيه وجهان المجزم في الاقرار بالابهام ويرجع في تفسيره اليه وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضى في خلافه هو بينهما نصفين (ومنها) لو أوقع طلاقا ثلاثا بامرأة له ثم قال للآخرى شركتك معها فان قلنا بالمناصفة اقتضى وقوع اثنتين وان قلنا بالابهام لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك ويحتمل أن يقع ثلاثا بناء على [أن] الشركة تقتضى الاستحقاق من كل جزء وقد يقال هذا انما يمكن في التمليكات دون الطلاق فان حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن لحمل على استحقاق نظيره أما لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك مثل نصف ما لهم أو مثل واحد منهم على وجهين ذكرهما القاضى في البيع وبنى عليهما لو اشترى اثنان شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه على وجهين ، وخرج صاحب الترغيب والشيخ مجد الدين في المسودة الوجهين فيما اذا قال لثلاث نسوة أو وقعت بينكن طلاقه ثم قال لرابعة أشركتك معهن هل يقع بها طلاقه واحدة أو طلقتين على الوجهين .

﴿ القاعدة الخامسة عشر بعد المائة ﴾

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان : احدهما ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع . والثاني ما يستحق كل واحد من الحق بحصته خاصة والأول أمثلة كثيرة :

(منها) الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكاملها فاذا غنى احدهم عن حقه توفّر على الباقي (ومنها) غرماء المقلّس الذى لا يفى ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشفعاء (ومنها) الاولياء المتساوون فى النكاح (ومنها) العصابات المجتمعون فى الميراث . ويتفرع على ذلك لو اجتمع اثنان نصف كل واحد منهما حر فهل يستحقان المال كله أم لا على وجهين . أحدهما يستحقان جميع المال رجحه القاضى والسامرى وطائفة من الأصحاب ، وله مأخذان أحدهما جمع الحرية فيها فيملك بها حرية ابن وهو مأخذ أبى الخطاب وغيره والثانى أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته فى جميع المال لا فى نصفه وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له وحينئذ فقد أخذ كل واحد

منهما نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حريته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية والوجه الثاني لا يستحقان المال كله لثلاثي (حال) حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلاً لهما حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلاً لهما ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للأصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار أبيه . وقيل يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم وهو اختيار أبي بكر والقاضى في خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذى ذكره ابراهيم الحربى في كتاب الفرائض واختاره القاضى في المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذى حجب عنه الأم يستحقه كله وإنما ينصف عليه ما عداه (ومنها) ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنا الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أحدهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاومة مع قيام الاستحقاق لجميعه ، والثاني يستحق نصفه وله ماخذان : أحدهما أن أم الأب تحجبها عن السدس إلى نصفه فلا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر ، فإن حجب (١) الأم إنما هو بطريق المزاومة ولا مزاومة هنا وحجب الاخوة للأم ليس بالمزاومة فانهم لا يشاركونها في فرضها وإنما وجودهم هو مقتضى لتنقيص فرضها .

والثاني أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لأعلى الأخرى ، ورد بان ولد الأم يحجبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يحجب عنه بان ولد الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا (ومنها) الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال فان حق كل واحد منهم في مجموع وصيته وإنما يأخذ دون ذلك للمزاومة فإذا رد بعضهم توفر على الباقي وان أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجازله القدر الذى كان يأخذه في حال الاجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله إن أمكن اقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاومة بالرد على غيره فيه وجهان صحيح صاحب المحرر الثاني ومن رجع الأول قال القدر المزاوم به كان حقاً للمزاوم فإذا رده الورثة عليه توفر عليهم لأعلى الوصية الأخرى ويشهد للأول ما ذكره الخرقى وابن حامد والقاضى والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله ولآخر بثلث

ماله فان أجازته الورثة فالموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه لمزاحمة الآخر له فيه ولصاحب الثلث ربع العبد وثالث باقى المال وان ردوا قسم الثلث بينهما نصفين فيأخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد ويأخذ الآخر سدس العبد وسدس باقى المال لزوال المزاحمة بالرد فامكن وصول كل منهما الى نصف ماسمى له كاملاً فلا ينقص منه ، وخرج صاحب المحرر وجهاً آخر من الوجه الثانى فى المسألة التى قبلها أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كانا يقتسمان وصيتهما حال الاجازة فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد وهو اختيار صاحب المغنى تسوية (بينهما) فى الرد والاجازة ، وفى تخريج هذا من المسألة التى قبلها نظر لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على احدهما توفير ما كان يأخذه بالمزاحمة عليهم كما لو اجازوا لصاحب الوصية بالكل وردوا على الموصى له بالثلث فلو أعطينا صاحب الكل ما ردوه على صاحب الثلث لم يبق فى ردهم فائدة لهم . وهنا لا يخرج عنهم سوى الثلث فينبغى أن تقسم الوصيتان على قدرهما عملاً بمراد الموصى من التسوية حيث أمكن ولا ضرر على الورثة فى ذلك (ومنها) استحقاق الغانمين من الغنيمة متى رد بعضهم توفر على الباقين وسواء قلنا ملكوه بالاستيلاء او لم يملكوه (ومنها) الموقوف عليهم اذا رد بعضهم توفر على الباقين كما لو مات بعضهم وقد سبقت (ومنها) حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فاذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاءه .

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

(منها) عقود التمايكات المضافة الى عدد فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم هاهنا حالتان : إحداهما أن يكون التمايك بعوض مثل أن يبيع من رجلين عبداً أو عبيدين بثمان فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان الاثنان عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعاهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معيناً بثمان واحد ففى صحة البيع وجمان أصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبيدين ، وذكر القاضى وابن عقيل وجهاً آخر أنها يقسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجاً من أحد الوجهين فيما إذا تزوج أربعا فى عقد بمر واحد أو خالعهن بعوض واحد أنه يكون بينهما أرباعاً وهو هاهنا بعيد جداً لأن البضع ليس بمال محض فكيف سوى به الاموال المتبقى بها الارباح والتكسب وخرجاه أيضاً فى الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة فقياس كلام الأصحاب في التملك بعوض أنهم يتساوون في ملكه ، وحكى صاحب المغني فيما اذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدي عشرة مساكين فقال هو بينكم بالسوية فقبلوه ، ثلاثة أوجه : أحدها وهو الذي جزم به أولاً أنه يجزيه لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة كما لو دفع دين غرمائه بينهم . والثاني وحكاة عن ابن حامد يجزيه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكمها . والثالث وحكاة عن القاضي أنه ان علم أنه وصل اليه الى كل واحد قدر حقه أجزاءً والى لم يجزه هذا ما ذكره . وأصل ذلك ما قاله القاضي في المجرد اذا أفرد ستين مداً وقال لستين مسكيناً خذوها فأخذوها أو قال كلوها ولم يقل بالسوية أو قال قد ملكتموها بالسوية فأخذوها . فقال شيخنا أبو عبد الله بن حامد : يجزيه لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية فان عرف أنها وصلت اليهم بالسوية أجزاءً وان علم التفاضل فمن حصل معه التفضيل فقد أخذ زيادةً ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله وان لم يعلم كيف وصل اليهم لم يجزيه وعليه استئنافها (١) لأنه لم يعلم قدر ما وصل الى كل واحد بعينه انتهى . فحكى الكل عن ابن حامد وصاحب المغني جعل الاجزاء مطلقاً قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضي وليس كذلك وكذلك استشكل الشيخ مجد الدين ما وقع في المجرد وقال لعله وقع غلط في النسخة وليس كذلك أيضاً فاني نقلت ما ذكرته من أصل القاضي بخطه ثم قال عندي أنا ان قلنا ملكوها بالتخليفة وأنها قبض أجزاءه بكل حال قال ولعل هذا اختيار ابن حامد وهذا بعيد جداً بل اختيار ابن حامد عكسه وان الهبة والصدقة لا تملك بدون قبض ، وقد قدمنا ذلك عنه في مسائل القبوض وان القبض في المنقول بالنقل فيتوجه على هذا أنه لا بد من تحقيق قبض كل واحد لمقدار ما يجزى . دفعه اليه لأنه لم يملكه بدونها ولا عبرة بالإيجاب لهم بالسوية وما حكاة القاضي عن ابن حامد يشعر بان اطلاق قوله خذوها هذا وهو لكم لا يحمل على التسوية ، فانه انما علل بان التسوية حكم الكفارة وهذا مخالف لما قرروه في عقود المعاوضات وأما ما حكاة في المغني من طرد الخلاف فيما لو قال هو بينكم بالسوية أو اقتصر على قوله هو بينكم البتة فليس ذلك في كلام القاضي ويخرج ذلك على أصل وهو أن اطلاق البينة هل يقتضى التساوى أم لا ؟ وفي المسألة وجهان : أحدهما أنه يقتضيه وهو الذي ذكره الأصحاب في المضاربة اذا قال خذ هذا المال فاتجر فيه والربح بيننا انهما يتساويان فيه وصرح القاضي وابن عقيل والأصحاب في مسألة المضاربة في أن اطلاق الاقرار بشيء انه بينه وبين زيد

(١) في نسخة استئنافهم والتصحيح عن ٧١١ .

يتنزل على المناصفة أيضا ، وكذلك صرحوا به في الوصايا اذا قال وصيت لفلان وفلان بمائة بينهما أن لكل واحد خمسين ، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن قال بين فلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت ليس للحى الا خمسون درهما وكذلك لو قال لفلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت وانكر قول سفيان بالتفرقة بينهما ، وهذا تصریح بان اطلاق الوصية يتنزل على التساوى كما قال بينهما : والوجه الثانى أن اطلاق البينة لا تقتضى التساوى وبه جزم القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده فى مسألة الاقرار فى كتاب البيع وكذلك ذكره ابو الخطاب فى الاقرار وصاحب المغنى والمحرم (ومنها) القصاص المستحق لجماعة بقتل موروهم يستحق كل واحد منهم بالحصص فمن عفى منهم سقط حقه وسقط الباقي لأنه لا يتبعض . وهاهنا صور مختلف فيها هل يلحق بالنوع الأول أو الثانى كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمشتركين فى قتل آدمى أو صيد [محرم] أو فى الوطنى . فى الحج أو فى الصيام هل يتعدد عليهم الديات والجزاء والكفارة ؟ وكذلك عقود التوثقات كالرهن والضمان والكفالة وقد سبق ذكرها .

(القاعدة السادسة عشر بعد المائة)

من استند تملكه الى سبب مستقر لا يمكن ابطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل ينعطف احكام ملكه الى [أول] وقت انعقاد السبب ويثبت احكامه من حينئذ أم لا يثبت إلا من حين ثبوت الملك فيه خلاف وللأسئلة أمثلة كثيرة :

(منها) ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة وتم نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر وفيه وجهان سبق ذكرهما (ومنها) ملك الموصى له اذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا وفيه خلاف معروف (ومنها) اذا تملك المالك للارض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه فهل يجب زكاته عليه أم على الغاصب على وجهين وقد سبق فى بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك (ومنها) الفسخ بالعيب والخيار فانه يستند الى مقارن للعقد فهل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف (ومنها) دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب [بعد] الموت أو على ملك الموروث لأن سببها وجد فى حياته على روايتين معروفتين وحكى ابن الزاغونى فى الاقناع الروايتين فى القصاص أيضا هل هو واجب للورثة ابتداء أو موروث عن الميت (ومنها) اذا انعقد سبب الملك أو الضمان فى الحياة وتحقق بعد الموت كمن نصب شبكة فوق فم فيها صيد بعد [موته] أو عثر بها انسان فقيه خلاف سبق ذكره (ومنها) [اذا كاتب عبدا ثم مات ولم

(٣٤ - قواعد)

يؤد إليه شيئاً فادى إلى وراثته وعق قبل الولاء للسيد الذي كاتبه لان عقادسيه في ملكه أو للورثة المؤدى اليهم لتحقيق السبب في ملكهم على روايتين والمذهب أن الولاء للسيد الأول [(ومنها) اذا كاتب المكاتب عبداً فادى إليه وعق قبل أدائه أو أعتقه بمال وقلنا له ذلك في ولايته وجهان أحدهما أنه للسيد الأول وهو محكى عن أبى بكر لثبوت الولاء على هذا العتق في حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى . والثاني: هو موقوف فان أدى المكاتب الأول وعق فالولاء له لان عقاده له قبل عتقه وهو قول القاضى في المجرى ورجح في الخلاف قول أبى بكر حتى حتى عنه أنه لو عتق المكاتب الأول قبل الثاني فالولاء للسيد لان عقاد سبب الولاء له حيث كان المكاتب ليس اهلاً له وكلام أبى بكر إنما يدل على استقرار الولاء للسيد اذا وقعت الكتابة أو العتق المنجز باذنه وأما ما وقع بغير اذنه فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الأول فينبغى أن يكون الولاء له كولاء ذوى رحمه والذين اشترأهم في حال الكتابة ، وأما العبد القن اذا عتق باذن سيده بما ملكه وقلنا بما ملكه فحكى صاحب المغنى عن طائفة العاقولى من اصحابنا انه موقوف فان عتق فالولاء له وان مات قنأ فهو للسيد . وفي المجرى للقاضى ان الولاء للسيد مطلقاً ونص احمد في رواية ابن منصور في عبد اذن له سيده أن يتباع عبداً أو يعتقه أن ولأه لسيده وقال اذا اذنوا له فكانهم هم المعتقون وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب باذن سيده وعتقه بدونه كما سبق ويحتمل أن يكون مخرجاً على قوله ان العبد لا يملك وانه أعتقه باذن سيده بطريق الوكالة ثم ليس في نصه أن العبد عتق بعد ذلك وإنما فيه أن سيده باعه . ويشبه هذه المسائل اذا اسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة واسلن معه واختار منهن أربعاً انفسخ نكاح البواقي وهل يبتدئن العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن إنما انفسخ به او من حين الاسلام لأنه السبب على وجهين . فاما تصرف الفضولى اذا قلنا يقف على الاجازة فاجازة من عقده فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون النماء له أم من حين الاجازة على وجهين : أحدهما من حين العقد وبه قطع القاضى فى الجامع وصاحب المغنى فى مسألة نكاح الفضولى : والثانى من حين الاجازة وبه جزم صاحب النهاية ولكن السبب هنا غير مستقر لا مكان زواله بالرد ويشهد للوجه الثانى أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختار فيه إنما يفيد صحة المحكوم به وان عقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلاً . ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التى يكفى بحصول بعض شرائطها فى أثناء وقتها اذا وجد الشرط فى اثنائها فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطها من ابتدائها أم لا فيه خلاف أيضاً وينبى عليه مسائل (منها) اذا نوى الصائم المتطوع الصوم من اثناء النهار فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثاب على صومه الا من

حين النية على وجهين والثاني ظاهر كلام أحمد (ومنها) اذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما محرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الاسلام على روايتين اشهرهما الاجزاء فقليل لأن احرامهما انعقد مراعى أنه قابل للنقل والانقلاب ، وقيل بل يقدر مامضى منه كالمعدوم ويكتفى بالموجود منه ، وقيل ان قلنا الاحرام شرط محض كالطهارة للصلاة ا كتفى بالموجود منه وان قيل هو ركن لم يكتف به .

(القاعدة السابعة عشر بعد المائة)

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين اذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع ؟ في المسألة قولان إلا ان يقتضى اعتبار أحدهما الى ما هو ممتنع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) الوصية لمن هو في الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس والمذهب ان الاعتبار بحال الموت ولم يحك إلا كثرون فيه خلافاً فان الوصية للورثة لا يمكن أن تلزم والوصية للاجنبى بالثلث فما دون لا يمكن ان تقف على الاجازة ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً في الاعتبار بحال الوصية كما حكى ابو بكر وابو الخطاب رواية أن الوصية في حال الصحة (١) من رأس المال ولا يصح عن أحمد وإنما أراد به العطية المنجزة كذلك قال القاضى وغيره (ومنها) اذا علق عتق عبده في صحته بشرط فوجد في مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال على وجهين ، وحكى القاضى في خلافه روايتين واختار أبو بكر وابن أبي موسى أنه يعتق من الثلث وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق فان كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف وقد نص عليه أحمد في رواية صالح أنه إذا قال لامرأته أنت كذا وكذا ان لم أخرج إلى البصرة وقال لم تكن لى نية في تعجيل ذلك فلا تطلق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج فيه . وكذلك لو قال غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا فلم يكن له نية فلا يعتق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الذى قال فاذا طلقت ورثته واعتدت واذا عتق كان من ثلثه وهكذا حكم ما اذا أعتق حمل أمته في صحته ثم وضعته في مرضه وقلنا لا يعتق الحمل الا بعد الوضع (ومنها) اذا علق طلاق امرأته في صحة على صفة فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا على روايتين والمنصوص أنها ترثه في رواية صالح ومنها والأخرى مخرجة من مسألة قذفها في الصحة وملاعنتها في المرض (ومنها) اذا

(١) في نسختنا : حال الصبي

أوصى إلى فاسق وصار عدلاً عند الموت فهل يصح الوصية بناءً على قولنا لا يصح إلا بصاء إلى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل يدخل ملك الانقاض في الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكراً ذلك أبو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين حيث لم يكن مالها حال التعليق لا أكثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فانه يقع الطلاق بدعيًا لا بمعنى الاثم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأوصياء فيه خلافاً، ولو قال إن قمت فانت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعيًا قال في رعاية الانتصار مباح وفي الترغيب بدعي.

﴿ القاعدة الثامنة عشر بعد المائة ﴾

تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده إن كان فيه مقصود معتبر شرعاً صحح والا لم يصح إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه هذا مقتضى قواعد المذهب، ويتخرج على ذلك مسالك:

(منها) إذا علق الطلاق بالنكاح فالمذهب المنصوص عن أحمد أنه لا يصح لأن النكاح لا يقصد للطلاق عقيب العقد. واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجه أن لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليه بنكاحها هل يصح أم لا على روايتين لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها فمن الأوصياء من خص الخلاف بهذه الصورة ولم يخرج ومنهم من خرج في الكل روايتين. هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق في نكاحه فإن كانت في نكاحه حينئذ وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد فنص أحمد في رواية ابن منصور وغيره على أنه يصح هذا التعليق وحكاه القاضي في المجرى عن أبي بكر ورجحه ابن عقيل لأن التعليق هنا في نكاح ومن أصلنا أن الصفة المطلقة تتناول جميع الأنكحة باطلاقها وتعود الصفة فيها فكيف إذا قيدت بنكاح معين ولو علقه في ملك يمينه لآتمته على نكاحها بعد عتقها فنص أحمد في رواية ابن هانيء على أنه يصح معللاً بأن ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء فلا

يكون التعليق كتعليق نكاح الاجنية وكذلك (١) نص فيمن أعتق أمته ثم قال لها متصلا بعقبا ان نكحتك فان طالق انه يصح لانه في هذه الحال يملك عقد النكاح عليها قهرا فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فلذلك انعقدت فيه الصفة (ومنها) تعليق العتق بالملك والمذهب المنصوص صحته لان الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذى الرحم وغيره والخلال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافا وابن حامد والقاضي يحكيان في ذلك روايتين (ومنها) تعليق النذر بالملك مثل ان رزقني الله مالا فله على أن أتصدق به أو بشيء منه فيصح ونقل الشيخ تقي الدين (٢) عليه بالاتفاق وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن) الآيات (ومنها) تعليق فسخ الوكالة على وجودها أو تعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية ، وقد ذكر صاحب التلخيص ان قياس المذهب صحة ذلك بناء على ان الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها وقال الشيخ تقي الدين لا يصح لانه يؤدي الى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وانما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها (ومنها) تعلق فسخ البيع بالاقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالغيب على وجود النكاح وقد صرح الأصحاب ببطالان ذلك منهم القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب معللين بانه وقع العقد (٣) قبل عقده ، ومنهم من يعلل بان الفسوخ لا تقبل التعليق وقد صرح كثير منهم كالقاضي وأبي الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني بهذا المأخذ وهو مخالف لما نص عليه أحمد في مسألة ان جئتني بالثمن الى كذا وكذا والافلاييع بيننا انه يصح ويكون تعلقا للفسخ على شرط وقد صرح القاضي في جوازه في البيع خاصة في خلافه ومن المتأخرين من صرح به في فسخ الاجارة أيضاً (ومنها) تعليق فسخ التدبير بوجوده وصرح القاضي في المجرد بامتناعه فيما اذا قال لامته المدبرة طما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره فقال لا يكون رجوعاً لان الرجوع انما يصح في تدبير موجود هذا بعد ما خلق فكيف يكون رجوعاً كما لو قال لعبده متى دبرتك فقد رجعت لم يصح ، هذا لفظه .

(القاعدة التاسعة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض افراده بحكم موافق للاول أو مخالف له فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراد به بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيتعارضان مع اختلاف الحكم

(١) في ٧١٢ : ولذلك (٢) في ٧١١ : مجد الدين (٣) في ٧١٢ : دفع للعقد

ويتعدد سبب الاستحقاق مع ابقائه (١) هذا على قسمين :

أحدهما أن يكون الخاص والعام في كلام واحد متصل فالمذهب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام وسواء إن كان ذلك الحكم بما يمكن الرجوع عنه كالوصايا أو لا يمكن كالأقرار ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال هذه الدار لزيد ولى منها هذا البيت قبل ولم يدخل البيت في الأقرار صرح به الأصحاب ، ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة كان له على وقضيته أنه لا يقبل منه في القضاء أن لا يقبل هاهنا أفراد البيت لأن ماخذه ان المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها فهي دعوى مستقلة كما قالوا في قوله أنت طالق وعليك ألف أنها تطلق بغير عوض بخلاف الاستثناء والصفات فإنها مع ما قبلها شيء واحد والصحيح الأول وان المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة وهو المنصوص عن أحمد وأما أنت طالق وعليك ألف ففيها روايتان ومأخذ الوقوع بغير عوض ما ذكره (ومنها) لو وصى لزيد بشيء والمساكين بشيء وهو مسكين فانه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ وعلى بن سعيد ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيدا لا يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة وان كان مسكينا مع أن ابن عقيل في فتونه حكى عنه انه خرج وجها آخر بمشاركتهم اذا كان مسكينا (ومنها) لو وصى لزيد بخاتم وبفصه لآخر أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكنها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي انفرد كل واحد بما وصى له به صريحا فقال أبو بكر في الشافى لكل واحد منهما ما وصى له به لا يشاركه الآخر فيه وحمله الشيخ مجد الدين على أنه كان في كلام واحد متصل واخذه من مسألة الأقرار السابقة والمنصوص عن أحمد هاهنا التوقف . قال منها : سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل ثم أوصى به لآخر قال هذه مشكلة فقلت له فان ناساً يقولون يكون العبد بينهم نصفين قال لا فقلت له فان أوصى بدار لرجل وأوصى بغلتها لآخر فقال هذه مثل تلك فقلت لأبي عبد الله انه أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفصل لآخر فقال وهذه أيضاً مثل تلك ولم يخبرني فيهم بشيء فتوقف في المسألة وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد اذا أوصى به لاثنتين وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنتين فدل على أنه لا اشتراك في الفصل والغلة وظاهر كلامه أنه يكون للموصى له به بخصوصه لكن هذا قد يكون ماخذه أن الوصية الثانية

(١) في نسختي الدار : مع اتفاقه

رجوع عن الأولى كما أشعر به كلامه في العبد والمشهور في المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لا يكون رجوعاً بل يشتركان فيها كما نص عليه أحمد في الوصية بالأجزاء المنسوبة كالثالث ونحوه (ومنها) لو وصى لرجل بثلته ووصى لآخر بقدر منه قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب في رجل قال ثلثي هذا لفلان ويعطى فلان منه مائة درهم في كل شهر إلى أن يموت قال هو للآخر منهما قيل كيف ؟ قال لأن الوصية رجعت إلى الذي قال ويعطى هذا منه كل شهر وإذا مات هذا أو فضل شيء يرد إلى صاحب الثلث وظاهر هذه الرواية تدل على تقدم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب لأنهما كالخاصة والعامة وكتب القاضي بخطه على حاشية الجامع للخلال ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضي الرجوع عن الأولى لأن الثانية تستغرق جميع المال إذا العمر ليس له حد معروف . قال وقد قيل لا يكون رجوعاً ويقسم الثلث على أربعة للبوصى له بالثلث سهم وثلاثة للآخر كما لو وصى لرجل بماله ولآخر بثلته انتهى . وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف لأن أحمد رد الفاضل عن النفقة إلى الأول وهذا يبطل أنه رجوع ولأن الوصية للثاني إنما هي من الثلث فكيف تكون وصية بالمال كله فتعين حملها على ما قدمناه أولاً . فاما المسألة التي ذكرها الخرقى في كتابه وهي إذا أوصى لرجل بمعين من ماله كعبد ولآخر بجزء مشاع منه كالثالث أن الوصيتين يزدحمان في المعين مع الإجازة كما لو وصى به لاثنتين وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضي والأصحاب ، فهذا قد يحمل على ما إذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين ولا اشكال على هذا وإن حمل على إطلاقه وهو الذي اقتضاه كلام الأكثرين فهو وجه آخر ونصوص أحمد وأصوله تخالفه كنهه في رواية منها في الوصية بالعبد لاثنتين ونصه على أن من وصى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وزيد من جيرانه أنه لا يستحق من الوصية للجيران شيئاً ، وقد ذكر ابن حامد أن الأصحاب استشكلوا مسألة الخرقى وأنكروها عليه ونسبوه إلى التفرد بها .

القسم الثاني : أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين فهنا حالتان : أحدهما أن يكون المتكلم بها لا يمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالأقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض في الشهادات ولا يكون الإقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الأول هكذا ذكره غير واحد المتأخرين مع أن كلام أحمد وأبي بكر عبد العزيز في أن الخاص لا يدخل في العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره ، وقد يقال إن الخاص لا يدخل في العام طاقاً ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة من العموم ما لم يعارض ذلك قرينة تقتضي دخوله فيه وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقاً فإذا تعارض دلالة العام ودلالة الخاص في شيء واحد فهل ترجح دلالة الخاص أم

يتساويان ذكر ابن عقيل في الواضح أنهما يتساويان وذكر أبو الخطاب في التمهيد أنه يقدم دلالة الخاص وهذا هو الذي ذكره القاضي وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد وفي مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض وإن علم تقدم الخاص حتى قال أبو الخطاب وغيره لا يجوز أن ينسخ العام الخاص لأنه ليس بمساو له : والحالة الثانية أن يكون الرجوع ممكناً كالوصية وعزل الإمام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام الخاص في كلام الشارع في الأحكام وفي ذلك ثلاث روايات : أشهرهن تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم : والثانية أن جهل التاريخ فكذلك والاقدم المتأخر منهما . والثالثة أن إن علم التاريخ عمل بالتأخر وإن جهل تعارضاً ويتصل بهذه القاعدة قاعدتان

إحداهما : إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقر والمسكنة فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة نص عاياه أحمدو يتفرع على ذلك مسائل (منها) إذا وصى لزيد بشيء [ولجيرانه بشيء وهو من الجيران فإنه لا يعطى من نصيب الجيران (ومنها) إذا وصى لزيد بشيء وللفقراء بشيء وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص أحمد على الصورتين وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل في فتونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة (ومنها) لو وصى لأقاربه بشيء ووصى أن يكفر عنه بإيمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك في رواية صالح (ومنها) لو وصى للفقراء وورثته فقراء لم يجوز لهم الأخذ من الوصية نص عاياه في رواية حرب . وقال الوارث لا يصرف في المال مرتين إذا كان وارث لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على أن الوارث لا يحج عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضي على منعه من أخذ الزائد عن نفقة المثل فاما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة .

القاعدة الثانية : إذا اجتمعت صفات في عين فهل يتعدد الاستحقاق بها كالأعيان المتعددة المشهورة في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور (منها) الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها (ومنها) الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة (ومنها) الأخذ من الصدقات المنذورة والفقير والوقوف (ومنها) الموارث بأسباب متعددة كالزوج ابن عم وابن ابن العم إذا كان أخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرابتين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدلى بنسبهم فإنهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنها) في تعليق الطلاق كما لو قال إن كلمت رجلاً [فانت طالق وإن كلمت فقيها فانت طالق وإن كلمت أسود فانت طالق فكلمت

رجلا [فقيها أسود طلقت ثلاثاً، وكذا لو قال ان ولدت ولد أفانت طالق وان ولدت اني فانت طالق فولدت اني طلقت طلقتين . وقال الشيخ تقى الدين : لا تطلق إلا طلقة واحدة في المسائل كلها مع الاطلاق لأن الأظهر من مراد الخالف انت طالق سواء ولدت ذكر أو أنثى وسواء كلمت رجلاً أو فقيهاً أو أسود فينزل الاطلاق عليه لاشتهاره في العرف الا أن ينوى خلافه، ونص الامام احمد في رواية ابن منصور فيمن قال لأمرأته أنت طالق طلقة ان ولدت ذكر أو أنثى فأنثى فولدت ذكر أو أنثى انه على مانوى، إنما أراد ولادة واحدة وانكر قول سفيان انه يقع عليها فالأول ما علق به وتبين بالثاني ولا تطلق به وقول سفيان هو الذي عليه أصحابنا أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه وكذلك ابن حامد وزاد انها تطلق بالثاني أيضاً، والمنصوص اصح لأن الخالف انما حلف على حمل واحد وولادة واحدة والغالب أنه لا يكون إلا ولداً واحداً لكنه لما كان ذكراً مرة وأنثى أخرى نوع التعليق عليه فاذا ولدت هذا الحمل ذكر أو أنثى لم يقع به المعلق بالذكر والأنثى جميعاً بل المعلق باحدهما فقط لأنه لم يقصد الا ايقاع احد الطلاقين وانما رده لترده في كون المولود ذكراً أو أنثى، وينبغي أن يقع أكثر الطلاقين اذا كان القصد تطبيقهما بهذا الوضع سواء كان ذكراً أو أنثى لكنه أوقع بولادة احدهما أكثر من الآخر فيقع به أكثر المعلقين .

• تنبيه، اذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية اليها كالوصية لقربته اذا أدلى شخص بقرايتين والآخرة بقراية واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للاخوة أنه يستوى الاخوة الابوين والاخوة للاب والاخوة للام لان الكل مشتركون في جهة الاخوة فلا عبرة بتعدد الجهات الموصلة اليها .

(القاعدة العشرون بعد المائة)

يرجح ذو القرايتين على ذى القراية الواحدة، وان لم تكن احدهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل :

(منها) في الاخ للابوين على الاخ للاب في الميراث بالولاء رواية واحدة، وخرج ابن الزاغوني في كتابه التلخيص في الفرائض رواية أخرى باشتراكه في مسئلة النكاح (ومنها) تقديم الاخ للأبوين على الاخ للأب في ولاية النكاح في احدى الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغنى (ومنها) تقديمه عليه في حمل العاقلة وفيه الروايتان (ومنها) تقديمه عليه في الصلاة على

الجنابة وفيه الروايتان أيضاً (ومنها) في الوقف المتقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ
 المأثورين على الاخ للائب صرح به القاضي والاصحاب في الوصية ، وعللوا بان الانفراد بالقرابة
 كالنقدم (١) بدرجة ، وخالف الشيخ تقى الدين في الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن
 استحقاق الوقف .

(القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة)

في تخصيص العموم بالعرف وله صورتان : احدهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام
 في بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم بغير خلاف . فلو حلف لا ياكل
 شواء اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض وغيره مما يشوى ، وكذلك لو حلف على لفظ
 الدابة والسقف والسراج والوتد لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك ، دون الآدمي والسماء
 والشمس والجبل فان هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت مجازاً : الصورة الثانية أن لا يكون كذلك
 وهو نوعان . أحدهما ما لا يطلق عليه الاسم العام الا مقيداً به ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل في العموم
 بغير خلاف نعلمه فخييار شنبه وتمر هندي لا يدخلان في مطلق الثمر والخيار ذكره القاضي في
 خلافه ، ونظيره ماء الورد لا يدخل في اسم الماء المطلق . والنوع الثاني ما يطلق عليه الاسم العام لكن
 الاكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الاطلاق دخوله فيه ، ففيه وجهان
 ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) لو حلف لا ياكل الروس فقال القاضي يحنث باكل كل ما يسمى رأساً من رموس
 الطيور والسمك ونقله في موضع عن أحمد ، وقال في موضع العرف يعتبر في تعميم الخاص لافي
 تخصيص العام . وقال أبو الخطاب لا يحنث الا برأس يؤكل في العادة مفرداً وكذلك ذكر القاضي
 في موضع من خلافه أن يمينه تختص بما يسمى رأساً عراً أو حكي ابن الزاغوني في الاقناع روايتين
 احدهما يحنث بأكل كل رأس والثانية لا يحنث الا باكل رأس بهيمة الانعام خاصة وعزى الأولى
 إلى الحرقي وفي الترغيب ذكر الوجه الثاني أنه لا يحنث الا باكل رأس يباع مفرداً الا كل عادة
 قال فان جرت عادة قوم باكل رموس الظباء حنث به في ذلك المكان وفي غيره وجهان مأخذهما
 هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الخالف انتهى (ومنها) لو حلف لا ياكل البيض فهو على الوجهين
 أيضاً فيحنث عند القاضي باكل بيض السمك وغيره ولا يحنث عند أبي الخطاب الا باكل بيض
 (١) كذا في نسختي الدار . وفي أصلنا : كالتعدد .

يزايل بايضة (١) في حياته وزعم صاحب الكافي أن التخصيص هنا إنما كان إضافة الاكل الى الرءوس والبيض حيث كانت العادة تختص بعض أنواعها وظاهر كلامه أنه لو علق حكماً سوى الاكل لعم بغير خلاف وفيه نظر (ومنها) لو حلف لا يأكل اللحم فاكل لحم السمك ففيه وجهان أيضاً . وقال أحمد في رواية صالح هو على نيته . قال القاضي معناه إن نوى لحماً بعينه لم يحنث باكل غيره مع الاطلاق وهو قول الخرقي ، وقال ابن أبي موسى لا يحنث مع الاطلاق وإنما يحنث بادخاله بالنية ولعله ظاهر كلام أحمد (ومنها) لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً أو حماماً فالمنصوص في رواية مهنا أنه يحنث وأنه لا يرجع في ذلك إلى نية واستدل بان المسجد والحمام يسمى بيتاً بالكتاب والسنة وهذا يخالف نصه في رواية صالح في لحم السمك فيخرج له في المسئلة روايتان ، وخرج الاصحاب في هذا وجهاً بعدم الحنث وخرجه صاحب المحرر من نصه الآتي فيمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالا وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فرس سفينة (ومنها) لو حلف لا يشم الريحان فقال القاضي تختص يمينه بالفارسي لأنه المسمى بالريحان عرفاً ، وقال أبو الخطاب وغيره يحنث بكل نبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة وهذا يعاكس قولهما في مسئلة الرءوس والبيض (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم بقر فهل يحنث باكل لحم بقر الوحش على وجهين ذكرهما في الترغيب وخرجهما من وجهين . حكاهما فيما اذا حلف لا يركب حماراً فركب حماراً وحشياً هل يحنث أم لا ؟ والخلاف ههنا يقرب أخذه من مسئلة وجوب الزكاة في بقر الوحش والحنث في مسئلة الركوب أضعف لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي ويشبه هذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشي بين يدي المصلي هل يقطع صلاته أم لا ؟ وقد حكاه أبو البقاء في شرح الهداية (ومنها) لو حلف لا يتكلم فقراً أو سبوح هل يحنث أولاً المشهور أنه لا يحنث وتوقف أحمد في رواية (ومنها) لو حلف بعق عبيده أو أعتقهم منجزاً فقال الخرقي وأبو بكر يتناول القن والمدبر والمكاتب وأم الولد وأشقاه وزاد القاضي عبيد عبده التاجر . ونص عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور وخرج القاضي رواية بعدم دخول المكاتبين بدون نية من رواية مهنا في الاشخاص أنهم لا يدخلون في عتق المماليك إلا أن ينوبهم ومأخذه أنهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفاً ، ولو قيل إن أم الولد كذلك لم يبعد (ومنها) لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذر نذر تبرر فانه يتصدق بثلاث جميع ماله عند الاصحاب ، ونقل الأثر عن أحمد أنه سئل هل الثالث من الصامات خاصة أو من جميع ما يملك فقال ذلك على قدر ما نوى وعلى قدر مخرج

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الأعراب يسمون الأبل والغنم الأموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الأرضين فلو أن أعرابيا قال مالي صدقة أليس كئنا نأخذ به أبله أو نحو هذا قال القاضي في خلافه فظاهر هذا أنه يرجع الى نيته في ذلك فإن أطلق يرجع إلى عرف الإطلاق عند النادر . وقال أحمد أيضاً في رواية صالح إذا قال جاريتي حرة إن لم أصنع كذا وكذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق وإذا قال مالي في المساكين لم يدخل فيه جاريته . قال القاضي فظاهر هذا إن الأمة لا تدخل في عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصاً صريحاً ولا ظاهراً (ومنها) لو حلف لا مال له وله مال غير زكوى فقال الأصحاب يحنث واخذه من المسئلة التي قبلها قال ابن الزاغوني في الإقناع وظاهر كلام أحمد أنه لا يحنث لأنه قال في رواية الحرابي (١) نحن لا نعد الدار والثياب والخدام مالا .

(القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة)

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك في مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه أو أهل بيته قال أحمد في رواية ابن القاسم إذا قال لاهل بيتي أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل إن كان يصل عمته وخالته ونقل سندی نحوه . وقال في رواية صالح في الوصية لاهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فإن كان لا يصل قرابته من قبل أمه فاهل بيته من قبل أبيه ، واختلاف الأصحاب في حكاية هذه الرواية على طريقين . أحدهما أنها رواية ثالثة في قرابة الأم خاصة أنهم لا يدخلون في الوصية إلا إن كان يصلهم في حياته وهذه طريقة القاضي في المجرّد . والطريق الثاني أنها هي المذهب وإن الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكل حال فإن لم تكن له عادة بالصلة فهي لقرابة الأب وهي طريقة القاضي في خلافه ، ونقل عن أحمد أنه لا اعتبار بالصلة ، قال في رواية ابن منصور في رجل وصى في فقراء أهل بيته وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده وكان يصل في حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين في بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكي هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة للبعد والكلام إنما هو فيها تركه مع القدرة عليه ، قال القاضي ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصى بصدقة في أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق (١) في نسختي الدار : الخرقى .

في بعض الأرباض وهو حي ، قال يتصدق عنه في أبواب بغداد كلها (ومنها) لو وصى لقراءة غيره وكان يصل بعضهم ، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم . قال القاضي في خلافه لارواية فيه ولا يمتنع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه (ومنها) لو وقف على بعض أولاده وسماهم ثم على أولاد أولاده فهل يختص البطن الثاني بأولاد المسمين أولاً أو يشمل جميع ولد ولده ، نص أحمد في رواية حرب على أنه يشمل جميع ولد الولد ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بأبائهم فإن هذه عطية واحدة فحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية في الحياة ، وهذا النص هو قوله في رواية حرب في رجل له ولد صغار خاف عليهم الضيعة فاوقف ماله على ولده وكتب كتاباً وقال هذا صدقة على ولده فلان وفلان سماهم . ثم قال وولد ولده وله ولد غير هؤلاء قال هم شركاء ، فحمله الشيخان صاحب المغنى وصاحب المحرر على ما قلنا وتبويب الحلال يدل عليه ، وقد يقال إنما عم البطن الثاني ولد الولد لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان خوفاً عليهم الضيعة وهذا المعنى مفقود في البطن الثاني فلذلك أشرك فيه أولاد الأولاد كلهم ، وحمله القاضي وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه ولد المسمون وغيرهم أخذاً من عموم قوله صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضي التخصيص بالحكم لقوله وملائكته وجبريل وميكال . وهذا فاسد لأن الآية فيها عطف نسق بالواو وهاهنا إما عطف بيان أو بدل وأيهما كان فيقتضي التخصيص بالحكم لأن عطف البيان موضح لمتبوعه ومطابق له وإلا لم يكن بياناً والبدل هو الوسطة المقصود بالحكم فيعين التخصيص به . ولهذا لو قال من له أربع زوجات زوجتي فلانة طالق لم تطلق الثلاث البواقي أو قال من له عبيد عبدى فلان حر لم يعتق من عداه بغير خلاف (ومنها) لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف (ومنها) لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت يمينه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة كالورق والخشب .

﴿ القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة ﴾

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل :

(منها) إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو ما يجب صومه شرعاً كرمضان على اصح الروايتين (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم أكل يتناول يمينه اللحم المحرم على أحد الوجهين (ومنها) لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين حكاهما في الترغيب وظاهر

كلامه الدخول وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه (ومنها) لو وكله في أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر (ومنها) لو نذراعتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع ويخرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع ، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع والأول المذهب كما أنه لا ينقطع في الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي .

﴿ القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة ﴾

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو المقتضى له ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يخصص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضي في الخلاف والآمدى وأبى الفتح الحلواني وأبى الخطاب وغيرهم ، وأخذوه من نص أحمد في رواية على بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال أحمد النذر يوفي به . وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً أنه يحنث بتكليمه تغليباً للتعين على الوصف . قالوا : والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثاني : لا يحنث وهو الصحيح عند صاحبي المغنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المغنى عزى الخلاف إليها ورجحه ابن عقيل في عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب أن الصفة لا تنحل بالفعل حالة البينونة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضى التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضي في موضع من المجرى واختاره الشيخ تقي الدين وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص أحمد إنما هو في النذر والناذر إذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله وإن زال المعنى الذي تركوها لأجله فإن ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وإن كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته ، وهذا أحسن وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الإطلاق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فإن كان ثم سبب يقتضى اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحنث بالكلام بعد زوالها صرح به في الكافي والمحرر فهي كمسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) لو دعى إلى غداء لحلف لا يتعدى فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضي في الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحنث (ومنها) لو حلف لا رأيت منكراً إلا رفعت إلى

فلان القاضى فعزل فهل تنحل يمينه على وجهين ، وفى الترغيب ان كان السبب أو القرائن تقتضى حالة الولاية اختص بها وان كانت تقتضى الرفع اليه بعينه مثل أن يكون مرتكب المنكر قرابة الوالى مثلاً وقصد اعلامه بذلك لأجل قرابته وذكر الولاية تعريفاً تتناول اليمين حال الولاية والعزل وان لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ويحنت بتركه على وجهين ، فان كانت يمينه رفعه الى الوالى من غير تعيين فهل يتعين المنصوص فى الحال أم يبرأ بالرفع الى كل من ينصب بعده على وجهين لتردد الآلف واللام بين تعريف العهد والجنس ولو علم بمنكر بعد علم الوالى احتمال وجهين . احدهما أن البر قد فات كما لو رآه معه . والثانى لم يفت لأن صورة الرفع ممكنة ثم على الوجه الأول يخرج على ما اذا تبدد الماء الذى فى الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه وفيه وجهان انتهى . فجعل محل الوجهين اذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحالة الولاية وجهاً واحداً (ومنها) او حلف على عبده أو زوجته أو لغريمه لا يخرج إلا باذنه ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفى الغريم فهل تنحل يمينه على الوجهين (ومنها) لو قالت له زوجته تزوجت على قال كل امرأة لى طالق فان المخاطبة تطلق بذلك نص عليه فى رواية المروذى وابن هانىء وكذلك نقل عنه أبو داود السجستانى فى رجل تزوج امرأة فقيل له ان لك غيرها فقال كل امرأة لى طالق فسكت فقيل إلا فلانة فقال الا فلانة فانى لم أعنها فانى أن يفتى فيه ، وهذا توافق منه وخرج ابن عقيل فى عمد الأدلة المسألة على روايتين .

﴿ القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة ﴾

النية تعم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيها ، وهل تقيد المطاق أو تكون استثناء من النص على وجهين فيها ، فهذه أربعة أقسام :

أما القسم الأول : فله صور كثيرة (منها) لو حلف على زوجته لا تركت هذا الصبي يخرج بغير اختيارها ، فنص أحمد فى رواية منها أنه ان نوى أن لا يخرج من الباب فخرج فقد حنت وان كان نوى أن لا تدعه لم يحنت لأنها لم تدعه (ومنها) لو قال ان رأيتك تدخلين هذه الدار فانت طالق فنص أحمد فى رواية منها أنه ان أراد ان لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنت وان كان نوى اذا رآها فلا يحنت حتى يراها تدخلها ، وقرر القاضى فى موضع أن هذا اللفظ ونحوه موضوع فى العرف لعموم الامتناع وكذلك ابن عقيل ، فعلى هذا لا يحتاج الى نية العموم

بل إذا اطلق اقتضى الامتناع من شرب الماء فما فوقه خاصة، وصرح به ابن عقيل (ومنها) لو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً آخر حنث، نص عليه في رواية محمد بن يحيى السكحال (ومنها) لو حلف لا يشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل ما يملكه (ومنها) لو حلف أن لا يضربه ونوى أن لا يؤلمه حنث بكل ما يؤلمه من خنق وعض وغيرهما نص عليه (ومنها) لو حلف لا يكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطئها أو ما إليه أحمد (ومنها) لو طلق امرأته طلاقاً رجعية وحلف لا راجعتها وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البينونة نص عليه في رواية ابن منصور (ومنها) لو حلف على زوجته لا خرجت من بيته لتهنئة ولا تعزية ونوى أن لا يخرج أصلاً هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية ؟ فذكر القاضى فى بعض تعاليقه أنه توقف فيها وأن القاضى أبا الطيب الطبرى من الشافعية قال له مقتضى مذهبكم أنه لا يحنث لأن الغرض يختلف فى الخروج ولا يوجد المقصود فى كل خروج بخلاف ما إذا قصد قطع المنة فإن المنة توجد فى غير المحلوف عليه .

قلت : والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً وعليه يدل نص أحمد فى المسألتين الأولتين المذكورتين هاهنا ، ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غزلها يقصد قطع المنة فإنه لا يحنث بالانتفاع بغير الغزل وثمرته من أموالها لأن العموم هناك يستفاد من السبب ، وهنا يستفاد من النية فهو أبلغ . وأما القسم الثانى : فصوره كثيرة جداً (منها) أن يقول نسائى طوائق ويستثنى بقلبه واحدة أو يحلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنى بقلبه ووقع فى كلام القاضى وابن عقيل فى هذه المسألة ما يقتضى حكاية روايتين فى حنثه فى مسألة السلام ، وتأوله صاحب المحرر فى تعليقه على الهداية على أن المراد هل يقبل منه دعوى ارادة ذلك أم لا ، قال وقد صرحا بذلك فى موضع آخر من كتابيهما . واو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره هل يحنث خرجه القاضى وابن عقيل وابو الخطاب على وجهين فى مسألة السلام قال صاحب المحرر وعندى فيه نظر لأن الدخول فعل حسى لا يتميز بخلاف السلام (ومنها) لو قال لزوجته ان لبست ثوباً فانت طالق وقال أحمرأ وقال ان لبست فانت طالق ثم قال أردت ثوباً أحمر وقال ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال أردت فى هذه السنة فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين فى ذلك وفى قبوله فى الحكم روايتان . وشذ طائفة فحكوا الخلاف فى تدينه فى الباطن منهم الحلوانى وابنه وكذلك وقع فى موضع من مفردات ابن عقيل فى الايمان وكذلك وقع للقاضى فى المجرد قال صاحب المحرر ، وهو سهو وذكر القاضى فى كتاب الحيل إنه ان كان المخصص بالنية ملفوظاً

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا يا كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وإن حلف لا يا كل ونوى اللحم لم تنفع نيته لأنه خصص مالم يفسد في لفظه ، وحمل حبل اختلاف كلام أحد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف حالين لأعلى اختلاف قولين ، وذكر السامري في فروقه أن المنوى إن كان يرفع مقتضى الحكم بالكلية كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية إلا مع الظلم ، وقد نص أحد في رواية حرب على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالكلية فهو كالنسخ فلا يصح بالنية إلا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فإنها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لرافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) إذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدرًا معيناً فنص أحمد في رواية أبي داود أنه لا يلزمه مانواه ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية للزوم قال وقد نص أحمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى في نفسه أكثر مما يتناول اللفظ أنه يلزمه مانواه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل للزوم فيما نوى في الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافي أنه لو حلف لا يا كان لحماً أو فاكهة أو ليشرب ماءً أو ليكلمن رجلاً أو ليدخان داراً وأراد يمينه معيناً تعلقت يمينه به دون غيره ، وإن نوى الفعل في وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث أن طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة واحدة أو أكثر فيكون محتملاً للكثرة فينصرف إليها بالنية . ورأيت في كتاب شرح القوافي لابن جني أن الأفعال كلها للعموم وحكامه عن أبي علي وهو غريب ، وأما إذا قال ثلاثاً فتطلق ثلاثاً لكن لنا فيه طريقان . أحدهما أن ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثاني أن ثلاثاً صالح لا يقع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الإيقاع بها كنية الطلاق ويتفرع على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله أنت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو مات مثلاً في حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما في الترغيب ، وهذا إنما يتوجه على قولنا أنه إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً أنه يقع به الثلاث أما إذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث إلا بقوله ثلاثاً بغير خلاف (ومنها) إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين إذا قال زوجتك بنتي وله بنات ونوى واحدة معينة ، وإن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها إلى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر إذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة ونوى نقده من المال

المغصوب ونقده منه فهل يكون العقد [باطلاً] كما لو وقع على دين المغصوب أو يكون صحيحاً على روايتين .
 وإنما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها لأن تخصيص العام نقص منه
 وقصر له على بعض مدلوله وذلك إنما يكون بالنية والارادة فهي المخصصة حقيقة وإنما تسمى
 الأدلة الدالة على التخصيص مخصصات لدلالاتها على الارادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق
 فانه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة . فان قيل هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص
 بالنية فانه الزام زيادة على اللفظ . بمجرد النية ، قيل الفرق بينهما أن الخاص اذا أريد به العام كان
 نصاً على الحكم في صورة لعله فيتعدى الحكم الى كل ما وجدت فيه تلك العلة وهذا غير موجود في
 المطلق اذا أريد به بعض مقيداته .

وأما القسم الرابع : فله صور (منها) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه
 الثلاث في الباطن على وجهين . احدهما لا يلزمه وهو قول ابى الخطاب وصاحبه الحلواني .
 والثاني يقع به الثلاث في الباطن وهو الذى جزم به السامري في فروقه وصاحب المغنى واختاره
 صاحب المحرر لأن النية إنما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتمال فى النص الصريح إنما الاحتمال
 فى العموم ، ويشهد له قول أحمد فى رواية صالح النية فيما خفى ليس فيما ظهر (ومنها) لو قال
 نسأتى الاربع طوائق واستثنى بقوله فلانة فهى كالتى قبلها (ومنها) لو قال كل عبد لى حر واستثنى
 بقلبه بعض عبيده ، فذكر ابن أبى موسى فى صحته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفى كلام
 أحمد فى [مسألة الاشقاص] ما يدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعه لاستغراق ما يضاف اليه
 إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص فى الجملة . • تنبيه حسن ، فرق الاصحاب بين الاثبات
 والنفى فى الايمان فى مسائل وقالوا فى الاثبات لا يتعمق البر الا بتمام المسمى وفى الحنث يتعلق ببعضه
 على الصحيح . وقالوا الايمان تحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهى عن شىء تعلق النهى بحملته
 وأبعاضه واذا أمر بشىء لم يحصل الامتناع بدون الايمان بكماله ، فأخذ الشيخ تقى الدين من هذا
 ان اليمين فى الاثبات لا تعم وفى النفى تعم كما عمت أجزاء المحلوف قال وقد ذكر القاضى فى
 موضع من خلافه ان السبب يقتضى التعميم فى النفى دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب
 فى الايمان وقرره بان المفاصد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه إنما يجب تحصيل ما يحتاج اليه
 منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالاولى وكلامه يشمل
 التعميم بالنية أيضاً حتى ذكر فى العلة المنصوصة فى كلام الشارع أنها كانت فى تحريم تعدت بالقياس
 الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجاباً لم تتعد وذكر ان هذا قياس المذهب وحكى عن

أبي الخطاب أنه لو قال أوجب كل يوم أكل السكر لأنه حلو وحب أكل كل حلو ثم قال وهذا بعيد بل الذي يقال انه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائنا ما كان، قال وفيه نظر لأنه يبطل إيجاب السكر وعلى هذا التقدير فع اشكال في مسألة قول السيد أعتقت غائما لسواده وأنه لا يعتق عليه كل أسود كما هو قول الجمهور خلافا لما ذكره أبو الفتح الحلواني وأبو الخطاب .

(القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة)

الصور التي لا تقصد من العموم عادة إما لدورها أو لاختصاصها بمانع لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا ؟ في المسألة خلاف ويترجح في بعض المواضع الدخول وفي بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها ، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

(منها) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أردّها ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتين (ومنها) لو قذف أباه إلى آدم وحواء فنص أحمد في رواية حرب أن عليه حداً واحداً ولم يجعله ردة عن الإسلام لأنه لم يقصد دخول الأنبياء في ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الإسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرني به هل يكون يميناً ؟ قال القاضي ليس بيمين لأن المشهور تخصيص المعاصي بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندى أنه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها) لو قال لعبيده وهم عنده أتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى . ونص أحمد على عتقها في رواية ابن هاني وغيره وشبهها في رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابته أخرى فطلقها يظنها المنادة وقال تطلق هذه بالإجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسألة المنادة فيها روايتين أحدهما تطلق المنادة وحدها نقلها منها وهي اختيار الأكثرين كأبي بكر وابن حامد والقاضي فيتعين تخريج رواية في أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المنادة والمجيبه وظاهر كلام أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنها يطلقان جميعاً في الباطن والظاهر كما يقول في إحدى الروايتين إذا لقي امرأة يظنها أجنبية فطلقها فإذا هي زوجته إن زوجته تطلق ظاهراً وباطناً ، وزعم صاحب المحرر أن المجيبه إنما تطلق ظاهراً والفرق بينهما وبين المطلقة التي يعتقدها أجنبية إن الطلاق هاهنا

صادف محلا فنفذ فيه وهو المناداة فلا يحتاج الى محل آخر بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبية فانه لو لم يقع بها للغي الطلاق الصادر من أهله في محله ولا سبيل اليه وقد أشار أحمد الى معنى هذا الفرق وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (ومنها) لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يردده بالسلام فحكي الأصحاب في حنثه الروايتين ويشبه تخريجهما على مسألة من حلف لا يفعل ففعله جاهلا بانه المحلوف عليه والمنصوص ها هنا عن أحمد الحنث في رواية منها حتى فيما اذا كان المحلوف عليه مستترا بين القوم ببارية في المسجد وهو لا يراه ونقل عنه أبو طالب ان كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حنث وان كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحنث لانه أراد الجماعة وهذا يشبه ما تقدم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقدها أجنبية فان المحلوف عليه لم يقصد السلام عليه بالكلية وهناك من يصح قصده وغيره فانصرف السلام اليه دونه بخلاف ما اذا كان وحده [فان المحلوف عليه وجد] ولكن مع الجهل به وقد تناول القاضى رواية أبي طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام ولا يصح لأنه لم يكن عالما بحضوره بينهم فكيف يستثنيه بالنية (ومنها) لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نص عليه في رواية حرب وأبي طالب ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار ففي الاقتصار عليه وجهان لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جدا (ومنها) لو تهايا المعتق بعضه هو وسيده على منافعه وأكسابه فهل يدخل فيها الاكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا على وجهين (ومنها) لو قال ما أحل الله على حرام وله زوجة ومال وقال لم أرد زوجتي فهو مظاهر عليه كفارة الظهار نص عليه في رواية ابن منصور لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريره ولا ينصرف الذهن ابتداء الى غيره فلا يصح اخراجه من العموم بعدم ارادة دخوله وانما يصح اخراجه بارادة عدم دخوله، فاما ان لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحريم المباحات واذا كان له زوجة ومال فعليه كفارة ظهار لا غير نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب في صورة كل ما أحل الله على حرام، وقال ابن عقيل يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين لدخول المال في العموم، ووجه القاضى نص أحمد بتوجيهات مستبعدة وعندى في تخريجه وجهان أحدهما ان المتبادر الى الافهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال فانها لا تقصد بالتحريم فلا تدخل في العموم لكونها لا تقصد عادة فتكون المسئلة حينئذ من صور القاعدة والثاني أن تكون مخرجة على قوله بتداخل الايمان وان موجبها واحد فان الجنس ها هنا واحد وهو تحريم الحلال فصار موجبه كفارة واحدة ثم تعينت بكفارة الظهار لدخول كفارة اليمين

فيها من غير عكس .

(القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة)

إذا استندت لآلاف أموال الأديمين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا أن [تكون] المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لاعدوان فيها بالهكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان ، فالاقسام ثلاثة ، ومن صور القسم الأول مسائل :

(منها) إذا حفر واحد بئراً وعدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالمعصوم فسقط فتلف فالضمان على الدافع وحده (ومنها) لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنزله فالضمان على المنفرد وحده (ومنها) لو رمى معصوماً من شاهق فتلقيه آخر بسيف فقتله به فالقاتل هو الثاني دون الأول . فاما إن أضر بطن امرأة فالقتل جنيناً وفيه حياة غير مستقرة فضر به آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني لأن الضارب ليس بمنسبب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فاصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن ما خرق من جلده هذا قول القاضي والاكثرين وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح من بناء ونحوه لأعنته على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثاني مسائل : (منها) إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص أو الدية (ومنها) لو قتل الحاكماً حداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تعمداً والكذب فالضمان والقود عليهم دون الحاكم ونقل أبو النصر العجلي (١) عن أحمد إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم محبوب فالضمان على الحاكم وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالبيان فهو كإقرارهم بتعمد الكذب وقد يفرق بأن المحبوب لا يخفى أمره غالباً فالأقدام على رجمه لا يخلو من تفريط وبأن الشهود قد يشتبه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقلنا ينقض الحكم وكان الحق لأدمى فالضمان على المحكوم له وإن كان لله تعالى فله حالتان . أحدهما أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه . أحدهما الضمان على المزيكين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافي والترغيب لأنهم الجاؤا الحاكم إلى الحكم والحاكم فعل ما وجب عليه والشهود لا يعترفون ببطلانهم شهادتهم

فيتعين احالة الضمان على المزكين . والثاني الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشهادات لانه مفترط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فانها لا تختص بالمحكوم به . والثالث يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكين والقرار على المزكين قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود لما ذكرنا من وجه تغريم كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزكين لالجائز الحاكم الى الحكم . وحكى عن أبي الخطاب وجه رابع ان الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لانهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم بخلاف الراجعين عن الشهادة ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود وهذا ضعيف جداً، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية ضمان الشهود من احدى الروايتين فيما اذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساقاً فانهم يحدون على احدى الروايتين وان لم يعترفوا ببطلان قولهم، وهذا تخريج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها الا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من المشهود عليه الحد أولاً، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة بالمال فلا يترتب عليها ضمان الا بعد ان ينشأ عنها غرم ثم يتبين بطلتها أما باقرار الشاهد أو يتبين كذبها بالعيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تزكية فالضمان على الحاكم وحده ذكره الخرقى والأصحاب لتفريطه بقبول من لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له إلى القبول (ومنها) المكره على اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان . احدهما أنه على المكره وحده اسكن للمستحق مطالبة المثلث ويرجع به على المكره لانه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان بخلاف المكره على القتل فانه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان وبهذا جزم القاضي في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وابن عقيل في عمد الأدلة . والثاني عاينهما الضمان كالديعة صرح به في التلخيص وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالاً وعلل باشتراكهما في الاثم وهذا تصريح بان الاكراه لا يبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام في الوديعة وحكى احتمالاً آخر ان الضمان على المثلث وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فاكله وهذا ضعيف جداً لأن المضطر لم يلجئه الى الاتلاف من يحال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الوديعة الى غير المالك فقال القاضي لا ضمان لأنه ليس باتلاف وكذا ذكره في بعض تعاليقه وصرح به في المجرّد مفرقاً بينه وبين الاكراه على القتل بان القتل لا يعذر فيه بالاكراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضاً وتابع ابن عقيل في الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرى وفى شرح الهداية لآبى البركات المذهب أنه لا يضمن بما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً لأنه افتدى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسألة الإكراه على الأكل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلاف فى أصل جواز تضمين المكره على اتلاف المال وقد ذكر صاحب المغنى فى الإيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً فضاياه على الماكروه وقد نص أحمد فى رواية ابن ثواب على أن جافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمن لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكره على الوطء فى الحج والصيام إذا أفسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى ما لها أولاً لا يجب عليها شيء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتناول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج . والمكره على حلق رأسه فى الأحرام يجب الفدية على الخالق فى أشهر الوجهين قاله أبو بكر . والثانى على المخلوق يرجع بها على الخالق ذكره ابن أبى موسى وجهاً لأن حلق الشعر كالاتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكره على القتل والمذهب اشتراك المكره والمكره فى القود والضمان لأن الإكراه ليس بعذر فى القتل وذكر القاضى فى المجرى وابن عقيل فى باب الرهن أن أبابكر ذكر أن القود على المكره المباشر ولم يذكر على المكره قوداً قالوا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاهنا المكره ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبابكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاهنا غير صالح فى كل واحد منهما لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فانهما يشتركان فى الضمان والقود على إحدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويحبس الماسك حتى يموت (ومنها) لو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها فهل يختص بالضمان الواضع جمعلاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعدد فالضمان على الواضع وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرقها فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله ، ولو دل -لألا- فالضمان على المحرم وحده وهى من صور القسم الثانى (ومنها) لو احرم وفى يده المشاهدة صيد وتمسك من ارساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضى فى المجرى . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ . والثانى الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثانى بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلّف عيناً فى يد من هى مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد او يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى فى كتاب التخريج مسألة الصيد فى حالين صاد أحدهما فى الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه فى يده قبل ارساله ثم يرجع الذى فى يده على القاتل بما غرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالارسال ، وصرح فى (١) أثناء المسألة بأن المنصوب اذا أتلّفه متلف فى يد الغاصب كان المالك مخيراً فى المطالبة لمن شاء منهما .

﴿ القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا اختلف حال المضمون فى حالى الجناية والسراية . فهنا أربعة أقسام :
أحدها : أن يكون مضموناً فى الحالين لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السراية أو حال الجناية على روايتين . والقسم الثانى : أن يكون مهدراً فى الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجناية مهددة والسراية فى حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجناية فى حال الضمان والسراية فى حال الإهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين .
فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجناية وابن حامد وجوب دية مسلم ، وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق ارش جرحه حياً فمات ثم أسلم ومات فانتقل ماله إلى ورثته المسلمين ذكره القاضى فى خلافه

وأبو الخطاب في الانتصار (ومنها) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على روايتين، نقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لالبدية وكذلك ذكره أبو بكر في خلافه ونصره القاضي في الخلاف أيضاً، ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيناً حياً ثم مات هو حر وعابه ديته لأن العتق لا يجب إلا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد، وحكى عنه القاضي أنه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية. وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن ابن حامد أوجب دية حر للدولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته. وذكر القاضي في المجرد احتمالاً بوجوب أكثر الأمرين من القيمة أو الدية. وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في الذمى إذا أسلم وجوب دية مسلم وفي العبد إذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على روايتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك فتتبع السراية الجناية ويكون أرشها مستحق أرش الجناية وهو السيد، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشتري فالقيمة كلها للأول ذكره القاضي، وذكر ابن الزاغوني في الاقتناع فيما إذا قطع يدي عبد وقيمته ألفا دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين. أحدهما: أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية. والثاني: يقسم بينهما أثلاثان للسيد ما يقابل الدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولاقصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها لا انتفاء المكافاة حال الجناية.

« تنبيه » ذكر القاضي في خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب المحرر وزاد أن للسيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وإنما نقل أنه ذكره قول الزهري يضمنه بقيمة مملوك فقال ما أدرى كيف هذا ولم يجب بشيء، وهذا يدل على أنه انكر ضمانه بالقيمة وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله (ومنها) لو ضرب بطن أمة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني فأسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمى على الوجهين (ومنها) لو قطع يدي عبد وقيمته ألفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمته ألف [فقال القاضي في خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة] كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين إذا عتق كذلك ها هنا قال وهذا

موضع مجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمتة في تلك الحال الفان، ويلتحق بهذا ما إذا جرح ذمى خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في المغنى والمحزر. أحدها: الدية على عاقلة حال الجرح وبه جزم في الكافي والمحزر اعتباراً بحال الجنائية. والثاني: على عاقلة ارش الجرح والزائد بالسراية في ماله لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلة. والثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديتة حال الرمي والأصابة على ما يأتى ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى موالى أبيه ففى المحزر هو على هذا الخلاف وفي الكافي الدية في ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فن أمثله: ما إذا جرح عبداً حربياً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً. وأما القسم الثالث فله أمثلة: (منها) لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان (ومنها) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما إذا طرأ الاسلام بعد الرمي وقبل الاصابة (ومنها) لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحل أكله لأنه ذكاة في الحل ذكره القاضى ونصر عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد ذمى في الحل فتحامل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات في الحرم. قال أحمد ما أحسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه (ومنها) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمنه أم لا على وجهين ذكرهما في الترغيب لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون في الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضى أنه يضمنه بدية حر، وأما على قول أبى بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال في عدم ضمانه ولهذا خرج صاحب الكافي على الوجهين في الاعتبار بحال الجنائية أو السراية.

وأما القسم الرابع فله أمثلة: (منها) لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً فارتد ثم مات فهل يجب القود في طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عمداً فسرت الى نفسه هل يقتص في الطرف ثم في النفس أم في النفس حسب؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم غلى وجهين، والمحكى عن أبى بكر أنه يستوفيه الولي. قال في الترغيب أصلهما أن ماله هل هو فى. أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمدى، قال في الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرثه وفي المحرر الوجهان على قولنا ماله فيء ، وأما ضمان طرفه فقيه وجهان أحدهما لاضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهذرة والثاني يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقاً على وجهين المرجح منهما الأول لم يذكر في المحرر سواه (ومنها) لو جرح صيدا في الحرم فخرج الى الحل فمات لزمه كمال ضمانه ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما تغليباً لضمن الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر كالموتولد بين ما كول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التي قبلها .

﴿ القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا تعين (١) حال المرمى أو الرامي بين الرمي والاصابة ، فهل الاعتبار بحال الاصابة أم بحالة الرمي أم يفرق بين القود والضمان أم بين أن يكون الرمي مباحاً أو محظوراً أم فيه للاستصحاب أو وجه يتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو رمى مسلم ذمياً أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعق العبد ثم ماتا فهل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما : لا يجب وهو قول الخرقي وابن حامد وصححه القاضي لفقد التكافي ، حين الجناية وهو حالة الارسال فهو كما لو رمى الى مرتد فأسلم قبل الاصابة . والثاني : يجب وهو قول أبي بكر وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهماً على زيد فأصاب عمرو قال هو عمد عليه القود . فاعتبر الرمي المحذور اذا أصاب به معصوماً وإن كان غير المقصود . وفرق أبو بكر بين رمي المرتد والذمي بأن رمي المرتد مباح ورده القاضي بأن رميه للإمام لا الى آحاد الناس فهو غير مباح لآحادهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضي ويمكن الجواب عنه بأنه قصد هناك مكافئاً وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئاً ، وقد خرج صاحب الكافي وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بغير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فاشبه ما اذا قصد صيدا وهذا ضعيف لأنه قصد معصوماً فأصاب نظيره بخلاف من قصد صيدا ، ولهذا لو قصد صيدا معينا فأصاب غيره حل بخلاف ما اذا رمى هدفاً يعلمه فأصاب صيداً فإنه لا يحل أما لو ظن الهدف صيداً فأصاب صيداً فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفاً يظنه آدمياً معصوماً فأصاب

(١) في نسختي الدار : اذا تغير .

آدمياً معصوماً غيره لأن أصل الرمي كان محظوراً فهذا الكلام في القود. وأما الضمان فيضمنه بديه حرذ كره الخرق والقاضي والأكثر ولم يحكوا فيه خلافاً حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة فإنه إنما أصاب حراً مسلماً وتكون دية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضي (ومنها) لو رمى إلى مرتد أو إلى حربي فأسلم ثم وصل إليهما السهم فقتلتهما فلا قود بغير خلاف لأن دمهما حال الرمي كان مهديراً، وهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه. أحدها وجوبه فيهما قاله القاضي في خلافه والآمدي وأبو الخطاب في موضع من الهداية وعزاه غير واحد إلى الخرق اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لانتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئراً لهما فوقهما فيها بعد إسلامهما فإنه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضي وغيره. قال القاضي ولا نسلم أن رمى الحربي والمرتد مباح مطلقاً بل هو مراعاة أن أسلم قبل الوقوع تبين أنه لم يكن مباحاً. والثاني لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضي في روايته عن أبي بكر في المرتد وقال لا خلاف فيه في المذهب لأن رميهما كان مأموراً به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبهه ما إذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربي وأصل هذا الوجه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب في موضع من الهداية أنه لا يضمن الحربي بغير خلاف وفي المرتد وجهان، والفرق أن المرتد قتله إلى الإمام فالرامي إليه متعد وهو كالرامي إلى الذمي بخلاف الحربي فإن لكل أحد قتله فرميه ليس بعدواناً عكسه وهو لما رمى إلى معصوم فإصابه السهم وهو مهديرتد وضمي نقض العهد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعلاه بين الأصحاب لأن الإصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوماً فإصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فإصابه السهم وقيمه عشرة فإنه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضي وغيره (ومنها) لو رمى الذمي سهماً إلى صيد فإصاب آدمياً وقد أسلم الرامي فقال الآمدي يجب ضمانه في ماله لأنه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلته المسلمون ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والكافي وكذلك حكم ماذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه إلى موالى أبيه ولو رمى مسلماً سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل فهل تجب الدية في ماله اعتباراً بحال الإصابة أم على عاقلته اعتباراً بحال الرمي على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها في المسئلتين الأولى وجهان أيضاً أحدهما أن الضمان على أهل الذمة وموالى الأم. والثاني أنه على المسلمين وموالى الأب (ومنها) لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم قبل أن يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم إلى صيد ثم

احل قبل الاصابة لم يضمه اعتباراً بحال الاصابة فيما ذكره القاضى فى خلافه فى الجنايات قال ويجبى. على قول احمد فيمن رمى طيراً على غصن فى الحل اصله فى الحرم أن يضم هنا فى الموضوعين تغليبا للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما اذارمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربى اذا أسلم قبل الاصابة اعتباراً بأباحة الرمى، إلا ان يفرق بأن قصد الاحرام عقيب الرمى سبب الى الجناية على الصيد فيه ولا سيما ان قصد الرمى قبل الاحرام لذلك (ومنها) لورمى الحلال من الحل صيدا فى الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل رمى صيدا فى الحل فاصابه فى الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً فى روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً فى الحل فدخلت رميته فى الحرم فاصابت شيئاً ضمن لأن يده التى جنت. قال أحمد ما أحسن ما قال! وكذلك نص احمد فى رواية ابن منصور فى شجرة فى الحل غصنها فى الحرم عليه طير لا يرمى ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم وبهذا جزم ابن أبى موسى والقاضى والاكثر ولم يذكر القاضى فى خلافه سواه لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضى فى المجرى وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لا يضمه اعتباراً بحال الرامى ومحله وهو ضعيف ولا يثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضى من رواية ابن منصور فى إباحة الاصطياد بالكلب وارساله من الحرم الى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما فى الحل والآخر فى الحرم فلا ضمان ولا يصح لوجهين. أحدهما أن النص فى الكلب والكلب له فعل اختياري فاذا أرسله فى الحرم على صيد فى الحل فهو بمنزلة من وكل عبده فى الحرم فى شراء صيد من الحل وذبحه فيه. وهذا بخلاف ما اذا أرسل سهمه لأنه منسوب الى فعله ولهذا فرق احمد فى رواية ابن منصور بين ان يرسل سهمه من الحل الى صيد فى الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمنه وبين أن يرسل الكلب فلا يضمّن لأن دخول الكلب الى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامى، ولهذا لو أصاب سهم هذا آدمياً لضمنه ولو أصاب الكلب آدمياً لم يضمّنه وإلى هذا التفريق أشار ابن أبى موسى حيث ضمن فى رمى السهم فى المستثنين ولم يضمّن فى صيد الكلب إذا أرسله فى الحل فصاد فى الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله فى الحرم فصاد فى الحل فخسب فيه روايتين قال والظاهر عنه أنه لا جزاء فيه ولكن القاضى انما صرح بالخلاف فى الكلب وأبو الخطاب هو الذى طرد الخلاف فى السهم. والوجه الثانى أن هذا النص انما يدل على انتفاء الضمان فيما اذا أرسل سهمه من الحرم على صيد فى الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح الحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فممنهم من جزم بنفي الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس من غير خلاف حكاه فيهما وهو في المبيح للشيرازي. ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق وهو صاحب المغنى، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه وهو القاضي في خلافه وأخذ نفى الضمان في الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أنه يضمنه. وفي أخذ الضمان من هذا نظر فإن الغصن تابع للحل معصوم وهو أصل الشجرة الذي في الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير فرماه إنسان فصرعه قال ما كان في الحل فليرم وما كان في الحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ما قال! فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين وليس كذلك فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى الحاقاً للفرع بأصله في الحرم ولم يضمن في الثانية الحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرم وإنما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم لأنه في هواء الحرم وهو معصوم بمحلّه وهو الحرم وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعاً لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومنها) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة فيه وجهان. أحدهما الاعتبار بحال الإصابة وبه جزم القاضي في خلافه في كتاب الجنايات وأبو الخطاب في ردّ وس المسائل فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو مجوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل، وقد سبق الخلاف في المحرم. والثاني الاعتبار بحال الرامي قاله القاضي في كتاب الصيد وأخذ من نص أحد في رواية يوسف بن أبي موسى في رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامي قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرع عليه ما إذا رمياه جميعاً فأصابه سهم أحدهما أولاً فأتخذه ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه. قال وقد أوما إليه أحمد في رواية محمد بن الحكم في رجلين رميا صيداً فأصاباه جميعاً فإن كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضي معناه إذا كانا رمياه جميعاً بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى. ومما يتفرع على ذلك التسمية فإنها تشترط عند الإرسال ولو سمي بعد إرساله فنأزجر بالتسمية وزاد جريه كفى والا فلا نص عليه في رواية الميموني. وقال القاضي في كتاب الجنايات إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة . وهذا مشعر بانه لو سمي عند الاصابة مع العلم بها لاجزأ .

(القاعدة الثلاثون بعد المائة)

المسكن والخادم والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولا يجب فيه الحج والكفارات ولا يوفي منه الديون والنفقات . نص على ذلك احمد في مسائل :

(منها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هي دار واسعة قال أرجو ان لا يكون به بأس ، قيل له فان كان له خادم قال أرجو ، قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج اليه يعطى ، وقال في رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه .

ويتفرع على هذا : ان العرض الذي لا يباع على المفلس في دينه اذا كان يفي بدين صاحبه ويده نصاب فانه لا يجعل الدين في مقابله حتى يزكى النصاب بغير خلاف لانه لا يجب صرفه الى جهة الدين ووفائه منه ، واما ما يباع على المفلس فهل يجعل الدين في مقابله ويزكى النصاب على روايتين (ومنها) الحج قال احمد في رواية الميموني اذا كان المسكن والمسكين والخادم أو الشيء الذي يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لاهله ، وقد يكون المنازل يكرها انما هي قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته وهوته وهوته عياله باع . والضبيعة مثل ذلك . اذا كان فضلا عن المؤنة باعه . وقال في رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلا يرى أن يبيع ويحج ولا يجب عليه عندي إلا أن يشاء . قال اصحابنا ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه أو يده تقدير يدشراهما به في هذا الباب (ومنها) المفلس ولا حد فيه نصوص كثيرة أنه لا يباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه في رواية ابى الحارث وابى طالب . واما الخادم فلا يباع عليه اذا كان محتاجا اليه لزمه أو أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد في رواية عبد الله وابى طالب وغيرهما ، وقال في رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكنا واسما نفيسا أو خادما نفيسا يشتري له ما يقيه ويجعل سائرته للزعماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الاصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها
 أما إذا لم يكن للمفلس سواها وهي عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه وإن
 كان بعده ففي الكافي يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدي إلى الحيلة على أخذ أموال الناس (ومنها)
 الشريك في عبدا إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم فهو معسر لا يعتق عليه سوى حصته
 ولا يباع ذلك في قيمة حصته شريكه. قال ابن منصور قلت لأحمد من أعتق شقصا في عبدا ضمن أن
 كان له مال قال عتق كله في ماله إن كان له مال، قلت كم قدر المال؟ قال لا يباع فيه دار ولا ربايع ولم
 يقيم لي على شيء معلوم. قال القاضي معناه لا يباع مالا غني له عن سكنائه للمفلس (ومنها) التكفير
 بالمال لا يباع فيه المسكن والخادم ذكره القاضي والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى
 لو كان له ربة نفيسة يمكن أن يشتري بشمها رقتان فيستغني بخدمة أحدهما ويعتق الأخرى لزمه
 ذلك، وهكذا الدار والملابس. وأما إن وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج إليه ثم احتاج إليه
 قبل التكفير فمن الأصحاب من جزم هنا بازوم العتق لأنه بمثابة من كان موسرا حال بحث العتق
 ثم أعسر قبل التكفير فإن العتق يستقر في ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لأحمد
 فإن كان له دار يبيعها وينفق على ابنه قال لا بد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن
 نفقة عياله فلينفق عليهم وإن لم يكن له فضل ولا سعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بأن
 نفقة القريب لا يباع فيها إلا ما يباع على المفلس في دينه وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية والخراج
 والعاقلة. وذكر الأمدى أن من وجبت عليه نفقة قريبه فغيب ماله وامتنع منها ووجد الحائم له
 عقاراً فله يبيعه والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغني في نفقة الزوجة والأولاد ولعل
 المراد بذلك العقار الذي لا يحتاج إليه للسكنى أو أن هذا يختص بالمتنع من النفقة مع قدرته عليها
 للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

(القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضي في خلافه وفرع عليه

مسائل :

(منها) إذا فلتت المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف
 (ومنها) أنه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لا تمتنع من
 أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان لمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وإن كان

يجبر على إيجارتها وأخذ أجرتها .

﴿ القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة ﴾

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالا اكتساب ، وهل له الأخذ للفرم إذا كان عليه دين على وجهين . أحدهما له ذلك قاله القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده فى الزكاة وكذلك ذكره فى المجرى والفصول فى باب الكتابة . والثانى لا يجوز وبه جزم الشيخ مجد الدين فى شرح الهداية وهذا الخلاف راجع الى الخلاف فى إجباره على التكسب لوفاء دينه كما سئذ كره ان شاء الله تعالى . والأول ظاهر كلام أحمد لأنه أباح السؤال للمكاتب فقال هو مغرم ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع ان دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب فمن عليه دين يجبر على الكسب لوفائه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوى المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب انتفاء الوجوب وان كان قريباً فوجبه . وقال الشيخ مجد الدين يتوجه على أصلنا فى البعيد ان يجب عليه الحج ان كان قادراً على التكسب فى طريقه كما يجبره على الكسب لوفاء دينه ولكن يمكن بان حقوق الله مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الأدميين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به فى الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفى اجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرقة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضى فى خلافه وكذا ذكر صاحب الكافى وغيره . واما ان لم يكن له حرقة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؟ حكى أبو الخطاب روايتين وخصهما القاضى بغير العمودين وأوجب نفقة العمودين مطلقاً مع عدم الحرقة وفرق فى زكاة الفطر من المجرى بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط فى الابن وغيره الزمانة ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضى فى خلافه وفى المجرى وابن عقيل فى مفرداته وابن الزاغونى والأكثر بالوجوب . قال القاضى فى خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق فى ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرقة للانفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف فى

(٣٨ - قواعد)

اجبار المفلس على الكسب لوفاء دينه (ومنها) أن الفقير المكتسب هل يحتمل العقل مع العاقلة فيه روايتان (ومنها) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

﴿ القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة ﴾

يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً في مسائل :

(منها) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً (ومنها) شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً والدية إن سقط حياً (ومنها) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح (ومنها) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكلوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . أشهرهما لا يفطرون لثلاثي يؤدي إلى الفطر بقول واحد . والثاني بلى ؛ ويثبت الفطر تبعاً للصوم ومن الأصحاب من قال إن كان غيماً أفطروا وإلا فلا (ومنها) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه إمارات تورث ظناً بانفرادها فإذا انضم إليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر (ومنها) صلاة التراويح ليلة الغيم تبعاً للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضي احتمالاً بثبوت سائر الأحكام المتعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعلق به وحلول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم ؛ إذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الأحكام وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عمد الأدلة (ومنها) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل في العمدة أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسئلتين من المسئلة الآتية (ومنها) لو حلف بالطلاق أنه ما غصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكماها القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة والآمدى روايتين وجزم القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامري الوقوع وقال صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت الغصب برجلين (ومنها) لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها هل يقع الطلاق ؟ المشهور الوقوع وبه جزم القاضي في خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبري وأبو الخطاب والآكثرون ويشهد له نص أحمد في رواية منها إذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها طلقاً جميعاً ، وخرج صاحب المحرر فيه وجهاً آخر أنه لا يقع الطلاق من المسئلة التي قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب إذا أخرج نجوم الكتابة فأنكره السيد فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرقى يعتق ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافاً وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين (ومنها) إذا وقف وقفاً معلقاً بموته فإنه يصح على المنصوص في رواية الميموني وذكره الخرقى وقال القاضى لا يصح والأول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليق (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرىء تصح أيضاً لدخولها ضمناً في الوصية نص عليه في رواية المروذى وقاله القاضى والأصحاب وكذلك إبراء المجرور للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هي وصية للقاتل على طريقين فعند القاضى هي وصية للقاتل فيخرج على الخلاف في الوصية ، وعند أبي بكر ليس الإبراء والعفو وصية لأنه إسقاط لامتلاك وقال الآمدى هو المذهب قال وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلى وجهين (ومنها) إذا قال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق بال فإنه يصح ذكره القاضى وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقتنى فلك على ألف فطلقها بانت ولزمها الألف ، قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضى في خلافه ما يقتضى أنه لا يعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت إن طلقتنى فانت برىء من صداقي فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بائناً لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التملك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك يقع معلقاً في الجملة والسبق فها هنا كذلك (ومنها) إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة ظلماً أسلمت واحدة منكن فهي طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط . والثاني : يصح لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً (ومنها) إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك عني وعلى ثمنه فقال القاضى في خلافه هو استدعاء للعق والمملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له وصرح بأنه ملك قهرى حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعى كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سرية عتق الشريك وأولى لأنها إن لاف محض يحصل بغير اختيار أحد ولا قصده . ويتفرع على ذلك إذا اعتق الكافر الموسر شركاً له من عبد مسلم فإنه يسرى ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركعتي الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج وان كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً وقد اشار الامام أحمد الى هذا في رواية الشالنجي (ومنها) ان الوكيل ووصى اليتيم لهما أن يتناحا بزائد على ثمن المثل ما يتغابن بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضي وغيره ، ولكنهم جعلوا ما اخذه أن المحاباة ليست ببذل صريح وانما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة اولى (ومنها) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدى ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة أقرع بينهما فن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد وان كان أقرأه أحبها في ملكه ، وهل يثبت نسب الولد ويرثه أم لا على وجهين . أحدهما انه لا يثبت نسبه ولا يرث به وهو الذي ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل والسامري لأن القرعة لا مدخل لها في الانساب . [قال القاضي وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما اذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما] (١) والثاني يثبت نسبه ويرث وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص (٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حرية الى الاقرار فاشبهه مالو عينه في إقراره (ومنها) لو طلق واحدة معينة من نساءه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهما واخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة ، وتحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضي يعتد الكل باطول الاجلين وستأني المسألة فيما بعد ان شاء الله تعالى (ومنها) لو قال الخنثى المشكل أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح ويزول بذلك إشكاله ؟ أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لثلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكر وديته فيه وجهان .

(القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة)

المنع أسهل من الرفع ، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

(منها) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع ، وتخليها بعد تخميرها ممنوع (ومنها) ذبح الحيوان الماء كحل يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب (ومنها) السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو (١) ما بين المربعين عن ٧١١ فقط . (٢) في نسختي الدار : صاحب المغني .

سائر في أثناء يوم من رمضان ففي استباحة الفطر روايتان والاطماف فيه أفضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضى الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر وان نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعجبني أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر في النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار (ومنها) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه ففي جواز تحليلها روايتان (ومنها) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يبطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الامة هل يبطل نكاحها على روايتين . ومنعها ابتداء وكذلك في القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح وقبله يوجب (ومنها) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها فان سلبت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى في البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلّمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضى وأصحابه في مسألة الحجر الغريب (ومنها) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنع ابتداء ولا يفسخه في الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه (ومنها) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله وانما استرق ولد الامة المسلمة لانه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلموا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لان عقاد سبيهم في الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود في الكفر .

(القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة)

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضى الله عنه .

فن الأول : المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وان باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوصه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال في رواية عبد الله فيمن باع جاريتة على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقرها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا في رواية حرب

وزاد إن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب الى حديث عمر حين قال لابن مسعود وكذلك نقل مهنا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى أمة بشرط لا يقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار اليه هر مارواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها أن باعها فهي لها بالثمن الذي اشترى بها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل قال عبي كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها لأنه شرط لامراته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانيء على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً في رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع (١) الأصحاب في توجيهه والامر فيه واضح على ما قررناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمري وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمري قاصر ولهذا نقول على رواية إذا شرط رجوعها اليه بعد صح فيكون تملكاً مؤقتاً، ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطئها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن هذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبة إذا اشترطوا وطئها في عقد الكتابة والموجرة والجانية. وأما المرهونة فأنما منع من وطئها لوجهين. أحدهما أنه يفضى الى استيلاها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن. والثاني أن الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.

(القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة)

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟ إن كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المشتراة إذا ملكت بعقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وإن كان لغير ذلك من الموانع فهو نوعان. أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهي على ضربين. ضرب يمتنع فيه جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالأحرام القوي وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف. وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى الى الانزال فلا يمنع بما بعد افضائه اليه من (١) كاع الأصحاب: بمعنى اختلفوا والكوع تعوج اليدين من قبل الكوع.

الملاسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحليل والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثاني غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان في المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة (ومنها) الظهار يحرم الوطء في الفرج وفي الاستمتاع بمقدماته . روايتان أشهرهما التحريم (ومنها) الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطئها وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضي في المجرد الجواز (ومنها) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفي مقدمات الوطء وجهان (ومنها) الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما إذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

﴿ القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الواجب بقتل العمد هل هو القود عينا أو أحد أمرين إما القود وإما الدية ، فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والعفو عنه ، والصلح عنه .
«القاعدة الأولى» في استيفاء القود فيتعين حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عينا فلا يكون الاستيفاء تفويتا للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا ؟ على وجهين ، ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقصص الرهن من قاتله بغير اذن المرتهن فهل يلزمه الضمان للمرتهن أم لا على وجهين . أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [قالوا ولا يجوز له القصاص بدون إذن المرتهن] لأن الواجب كان أحد أمرين فإذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتهن وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون فيتعلق ببذله الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر وقال القاضي والأكثرين بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني اذا أعتقه علما بالجناية . والوجه الثاني لا يلزمه ضمان وصحة صاحب المحرر لأن المال انما يتعين (١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتهن لا يلزم ولهذا لم يلزم المفلس أخذ المال اذا جنى عليه جناية

(١) كذا في نسختي الدار وفي أصلنا انما يتعلق .

توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئاً مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فاما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فاما ان قلنا الواجب القود عيناً فانما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضى وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين لا منهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عيناً ، وعلا بأنه انما فوت على المرتهن اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم جدت الشيخ محمد الدين صرح بهذا البناء الذى ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاختاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟ يخرج على المرحون (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل للمالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا؟ صرح القاضى فى خلافه بالمنع كالرهن سواء وهذا يتخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم ييطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جعلاً للوصية بالمنفعة كالهبة التى لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضى فى خلافه قياس المذهب قول أبى بكر فى منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكا فهو كقتل الرهن المرحون بقصاص استحقه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكا له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون إذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً فان كان فى المال ربح فيها شريكاً وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضى وابن عقيل فلو اقتص رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

«القاعدة الثانية» فى العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان إحداها مثبت الدية على الروايتين [وهى طريقة القاضى . والثانية بناؤه على الروايتين]

فان قلنا موجه أحد شيئين ثبتت الدية والا لم يثبت شيء بدون تراض منهما وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة ، فيكون القود باقياً بحاله لأنه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال على كل قول لأنه يعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طاق احدهن فانه يتعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختياراً له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعاً وليس له اختيارهما جميعاً بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع ممن على المشهور .

الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى غير مال مصرحاً بذلك فان قلنا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الأمر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً ، فان كان ممن لا تبرع له كالمفاس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي المحرر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتدين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده . وأما إن أسقطهما في كلام واحد متصل سقطاً جميعاً من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختياراً منه نقول لترك التملك فلا يدخل المال في ملكه (١) ، اذا نقرر هذا فهل يكون العفو تفويتاً للمال ان قلنا إن الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتاً للمال (٢) فلا يوجب ضماناً صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في الكافي بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التأخير ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدمه ولم يذكر في الضمان اذا اقتص خلافاً ، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلاً بل فات عليها جميعاً ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برىء ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجاناً ففى الكافي هو كالعفو عن المال فان كان محجوراً عليه لم يصح وإن كان واهياً ففيه ثلاثة أوجه .

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا نقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدها لا يصح وهو اختياره اعني صاحب الكافي كما لا يصح دفع المفاس . والثاني يصح ويؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه فإذا زال الرهن ردت الى الجاني وهو قول القاضي وإن عقبل ، وأما دلي الوجه الثاني الذي حكناه في أصل المسألة في صحة عفو المفاس والمرضى فيما زاد على الثالث ولورثة ونحوهم في الضمان وجهان - إن كالاقتصاص إذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويتخرج دلي هذا الأصل مسائل :

(منها) عفو الراهن عن الجناية دلي المرهون وتد ذكرنا حكمه مستوفى (ومنها) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجاناً فالمشهور إنما قلنا الواجب القود عينا صح وإن قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال ودلي الوجه الآخر الذي قبل إنه المنصوص يصح ، ودلي طريقة من حكى الضمان في المرهون ، وإن قلنا الواجب القود عينا يخرجها هنا مثله (ومنها) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفاس (ومنها) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك (ومنها) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثالث كذلك (ومنها) إذا دفع الوارث عن العبد الجاني دلي العبد الموصى بالمنفعة هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في الترغيب والأظهر تخريجهما دلي أن حق صاحب المنفعة هل سقط بالاتلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفو في قدر قيمة المنافع لأنها ملك للغير إذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني دلي العبد المستأجر لأن الإجارة تنفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الأجرة (ومنها) إذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك دلي هذا الأصل إن قلنا الواجب القصاص عينا فلم يجب بهذه الجناية مال فاهم العفو ولا سيما دلي قولنا إن ملكه قبل القبول لهم ، وإن قلنا الواجب القود عينا في المرهون يخرجها هنا مثله (ومنها) العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت من دم العمد إن قلنا الواجب القود عينا فهو صحيح وإن قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسألة الوائف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تنبيهان » أحدهما : لو أطلق العفو عن الجاني عمداً فهل ينزل عفو دلي القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ومن دأبه أحد رحمه الله في رواية منها . والثاني ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العاني بإرادة

الدية مع القود . والثالث يكون عفواً عنهما إلا أن يتول لم أرد الدية فيحلف وبقبل منه . وفي الترغيب ان قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وان قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص في أصح الروايتين والأخرى يسقطان جميعاً . « الثاني » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية ان قلنا الواجب هو القصاص عيناً فله تركه الى الدية وان قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب . أحدهما نعم ، وهو قول الناعني وابن عقيل . ولأن أكثر ما فيه أنه معين له النصاص فيجوز له تركه الى مال كما اذا قلنا هو الواجب عيناً . والثاني لا ، وهو احتمال في الكافي والمحرم لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ما اذا قلنا أن القود هو الواجب عيناً لأن المال لم يسقط باسقاطه ويجب عن هذا بان الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجنابة ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجنابة ، فإن قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها اذ الدية غير واجبة بالجنابة وكذلك اذا اختار القود أو لا ثم رجع الى المال وقلنا له ذلك فان الدية سقط وجوبها وان قلنا أحد شيئين فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

(منها) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا ؟ قال أبو الخطاب في الاتصار لا يصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها الا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذاراً من ربا النسيسة وربما الفضل ، وأطلق الا كثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل . قال في المغني لأعلم فيه خلافاً وصرح السامري في فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية . وان قلنا الواجب أحد شيئين وعلى بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فمجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة . وأما القود فقد يقال انما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرّد المعاوضة في عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه انما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمد بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا إن قلنا الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبي بكر والقاضي والاكثرين خلافاً لابن حامد ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالي إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغني والتلخيص

وكذلك السامري في المستوعب وهو خلاف ماقرره في الفروق ، ويتوجه على قول من قال الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان وهو وقف على اطلاق الاكثرين (ومنها) لو قتل عبده (١) عبداً من مال التجارة عمداً فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضي في التخريج أنه إن قلنا الواجب القصاص عينا لم يصير المال المصالح به للتجارة الا بنية (٢) وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع ، وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ ، وهذا منزل على أن الصلح وقع على المال أما إن قيل إنه واقع عن القود فقد يقال كذلك لأنه بدل عن العبد وقد يقال لا يصير للتجارة إلا بنية وظاهر تعليل القاضي يدل عليه لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجاني من اراقه دمه بخلاف ما اذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية فانه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول . وذكر القاضي وابن عقيل في المضاربة اذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً فصالح عنه بمال من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة فهو كالضمن ولم يبنياه على الخلاف في موجب العمد اذ هو بدل عنه بكل حال فلا حاجة هاهنا الى نية ولكن قد يبنى على ما ذكرناه من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية يحتمل عندى أنه متى قلنا القصاص يجب عينا أن المضاربة قد بطلت ويكون جميع ما صالح عنه للسيد ملسكا جديداً .

﴿ القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة ﴾

العين المتعلق بها حق لله تعالى أو لأدمى ، اما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فان كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والاتلاف بكل حال ، وان لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالاتلاف ان كان مستحق موجود والا فلا ، أما الاول فله أمثلة : (منها) الزكاة فاذا قلنا تتعلق بالعين على المشهور فانها لا تسقط بتلف المال ويجب ضمانها (ومنها) الصيد في حق المحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء . وأما الثاني فله أمثلة كثيرة : (منها) الرهن يضمن (١) في ٧١١ : عبد عبداً . وفي ٧١٢ . لو قتل عبداً من (٢) من هنا الى قوله كقتل الخطأ عبارة أصلنا ويقابل ذلك في ٧١١ [بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين وهو مال التجارة بغير ركنين وعلل بأنه عوض عن المقتول] وفي ٧١٢ . هكذا [وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع]

بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتلف (ومنها) العبد الجاني اذا أعتقه سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الأمرين منه ومن قيمته على روايتين ذكرهما القاضى فى المجرّد وأنكر فى الخلاف رواية الضمان بالأرّش مطلقاً قال لأنه أتلف محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداء، فانه مع بقائه قد يرغب فيه راغب فيئذ فيه ما يستوفى منه الارش كله فلذلك ضمنه بأرّش كله على رواية ونقل عنه ابن منصور انه اذا علم بالجناية ضمنه بالأرّش كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتله المالك لزمه قيمته للمجنى عليه ذكره القاضى فى خلافه وان قتله اجنبى ففى الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى فى كتاب الروايتين والآمدى روايتين . احدهما يسقط الحق قال القاضى نزلها منها لفوات محل الجاية . والثانية لا تسقط نقلها حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى فى المجرّد فيتعلق الحق بقيمته لأنها بدل له فهو كما لو مات القاتل عمداً فان الدية تجب فى تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب الجاني بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل قال احمد فى رواية ابن ثواب فى رجل قتل رجلاً عمداً ثم قتل الرجل خطاهم الدية قيل له وان قتل عمداً قال وان قتل عمداً فليل له فان قوماً يقولون انه اذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياء بالخيار ان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعيّن الدية فى تركته وعال بان الواجب بقتل العمداً حديثين وقد فات أحدهما قمتين الآخر . وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً أو أحد شيئين لأن الدية انما تجب بأزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو فيكون موته كموت العبد الجاني والعجب من القاضى فى خلافه كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يخبرون فى القاتل الثانى بين أن يقتصوا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب المحرر فحكاه رواية ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً فى خلافه الدية واجبة فى التركة سواء قلنا الواجب أحد شيئين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيت وكذلك نص عليه فى رواية ابن القاسم فى الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليقاد منه فيأتى رجل فيقتله قال الولي الأول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم فينظر الى أولياء هذا المقتول الثانى فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد وقال إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله إن كان له مال لأنه مخير إن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية في ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني وللاصحاب وجهان فيها إذا قتل الجاني بدخ الورثة حيث لا ينفرد بالاستيفاء هل الباقي حصتهم من الدية في مال الجاني أم على المقتصص على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتصص بما فوق حقه ، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البيعة عند الحاكم فأمر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل مال الحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما إن قلنا الواجب بقتل العمد القود عيناً (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا (١) عن واجب في الذمة فإن أتلفه أو تلف بتفريط فدايه ضمانه بمثله لأن مستحقته موجود وهم المساكين وإن تلف بغير تفريط فلا شيء عليه ، ونتم القاضى في خلافة وأبو الخطاب في انتصاره [وابن عقيل في عمده رواية] بوجوب الضمان كالزكاة وأخذوه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فعطب دون محله فعليه مكانه ، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى إنما هو في الواجب في الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمه على الرايتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه أحمد لم يجزه عن المنذور ، وإن قتله السيد فهل يلزمه ضمانه على وجهين . أحدهما لا يلزمه قاله القاضى وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الأحكام والمصرف للعبد فاذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثاني يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمة في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاء إذا حصل من المعتق في الكفارة صرف في الرقاب والولاء أليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات وإذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه ، ولو أتلفه اجنبى فمات أبو الخطاب لسيد القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فإن قيمته له إذا قتل . (٢)

(١) في أصلنا : عن واجب في الذمة (٢) كذا في أصلنا وفي ٧١١ . وفي ٧١٢ ولهذا : لو وصى بعبد فقبل قوله فإن قيمته له إذا قتل (ولعله الصواب) .

(القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة)

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدراً بالشرع وبعضها غير مقدر به ، فهي ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه بحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض مع العصابات في الميراث فها هنا نزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثاني ان يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر ، وكولا الى الرأي والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه الا يراد الحق الذي لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

(منها) الحد والتعزير فلا يبالغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز ان يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفى وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفي حق العبد خمسين الا سوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدا مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال في المغنى ويحتمله كلام أحمد والخزقي . وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبي بردة (ومنها) السهم من الغنيمة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لادعى سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر . النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرا شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به فهل هو كالمقدراً أم لا ؟ ان كان محلهما واحدا لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف وان كان محلهما مختلفا فالخلاف في باوغ المقدر وبجاوزته فالاول كاللحكومة اذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفي باوغه وجهان والثاني كدية الحر مع قيمة العبد فاذا جاوزت قيمة العبد فهل تجب القيمة بكاملها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها على روايتين ، وقد يخرج عليهما جواز باوغ الحكومة الارش المقدر مطلقا .

(القاعدة الأربعون بعد المائة)

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له المانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذ قتل مسلم ذميا عمداً ضمنه بدية مسلم (ومنها) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نص عليه وقيل يختص ذلك بالثر والكثير (ومنها) الضالة المكتومة يضمن بقيمتها مرتين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بان التضعيف في الضمان هو لدرء القطع وهذا

متوجه على أصله في تطاع جاحد العارية (ومنها) أو قلع الأدور دين الصحيح نانه لا يقتص منه وتلزمه الدية كاملة نص عليه (ومنها) الصغير إذا قتل عمداً وقتلنا ان له عدداً صحيحاً ضوعف عليه الدية في ماله (ومنها) السرقة عام المجاعة قال القاضي في خلافه يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحد لأنه احتج في رواية الأثرم بحديث عمر في رقيق حاطب (ومنها) السرقة من الغنيمة إذا قلنا هي كالغلول وإن الغل يحرم سهمه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقة مع حرمان سهمه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر. وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذى الرحم عمداً لأن القصاص فيه قد يكون واجبا في ذير الابن وإنما هو لزيادة جرمة الجناية فهو كالتضعيف بالقتل في الحرم والاحرام .

(القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة)

إذا أتلف عيناً تعاقبها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها الى مدة معلومة تلزمه ضمانها بقيمتها في ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها على صفاتها في ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين ، ويتخرج على ذلك صور :

(منها) لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابسا لا رطباً على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطباً (ومنها) لو أتلف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الاتلاف أو يوم النحر، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبياً، وفي الكافي يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الأمانة والتفرقة بعد لزومها فإلزامه ضمانها كما لو أتلف شيئين قال ويشتري بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به ، ويأتحق بهذا ما إذا أكل المضحي جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فإنه يضمنه بمثله لحماً نص عليه في رواية ابن منصور، لا تلزمه الأمانة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فلزمه ضمانه ولو أتلفه غيره فعليه قيمته لأنه لا يلزمه الأمانة فلزمته القيمة ويشتري بها مثله .

(القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة)

ما زال من الأعيان ثم عاد بأصل الحلقة أو بصنع آدمي هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد في مسائل :

(منها) لو قلع سنه أو قطع اذنه فأعاده في الحال ثبت وانتم كما كان ولم يرح فحل يحكم بطهارته أم لانص احمد على طهارته اذا ثبت والتحم وعلى نجاسته اذا لم يثبت وحكى القاضى المسألة على (١) روايتين ، وفرق ابن أبى موسى بين أن يثبت ويلتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة اليه وهذا بخلاف ما اذا لم يثبت وهذا حسن . فان كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولادية سوى حكومة نفسه واختاره أبو بكر وبناءه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضى حقه بحاله فأما إن اقتصر من الجاني فأعاده والتحم فحل للفتنص إباته ثانياً أم لا نص أحمد في رواية ابن منصور على أن له إباته وعمل بأن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضى في المجرد ليس له ذلك (ومنها) لو قلع ظفر آدمى أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فاذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب لأن أطراف آدمى لا تضمن بالانلاف اذ ليست أموالاً فانما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأئمة دون الحرية على وجه لنا وقد ذكروا في الجارية المغصوبة اذا هزات عند الغاصب ثم تمت فحل يضمن نقصها على وجهين والاشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص في رواية ابن منصور فيمن كسر خاتماً لغيره ان عليه اصلاحه وبينهما فرق فان اصلاح الخخال نوع ضمان بخلاف عود السمن ولكن صرح صاحب التلخيص بانه لو غلب جداراً فنتقه ثم أعاده فعليه أرش نقصه الا أن هذا بناء على أن الواجب الارش فالبناء عدوان ولا يسهط به الواجب . وكذلك ذكر القاضى فيما اذا باع الغاصب الدار المغصوبة فنقصها المشتري ثم بناها أن على المشتري ضمان قيمتها مبنية ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم اذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد ففى ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الاحرام ثم نبت فحل يضمنه على وجهين لتردد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد الحرم بين ضمان الأول اذ هي أموال في الجملة وبين ضمان الآدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والاشبه أن صيد الحرم ونباته مباح بالآدميين لعصمته بحله بالنسبة الى جميع الناس بخلاف صيد الحرم فان تحريمه يختص به فهو شبه بالآموال المماوكة التي تحمل لمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاره حائطاً لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فحل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون اذن لان الثاني غير الأول فلم تتناوله الاعادة والصاح ذكره القاضى وابن عقيل في العارية والثاني له ذلك ان أعاده بآلته العتيقة والا فلا وحكى عن القاضى

(١) في أصلنا: فحكى القاضى في المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقا بعقد صالح فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً (ومنها) إذا أجره داراً فأنهدم جدارها فأعادته المؤجر فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله أن جدد فلا خيار له ، وحكى وجهاً باجباره على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعادياً لأنها العتيقة أو غيرها كفاً التي قبلها (ومنها) مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاد أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . إن أعاده بآلة جديدة لم يعد وإن كان بآلته العتيقة فوجهان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بدار فأنهدمت فأعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعد البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة ، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت ، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) إذا تهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام فهل يمكن من أعادتها على روايتين معروفتين ، بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهمة تقرر فهل يجوز بناؤها ؟ فيه طريقتان . أحدهما المنع منه مطلقاً . والثاني بناؤه على الخلاف في بناء المنهمة .

﴿ القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة ﴾

يقوم البذل مقام المبدل ويسد مسده ويبني - حكمه على حكم مبدله في مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) إذا مسح على الخف ثم خلعه فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فاتت الموالاة لأن المسح كمال الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع فإذا وجد الخلع وتعقبه غسل القدمين فالوضوء كالتواصل . وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يلزمه إلا غسل باقي الأعضاء وهو ظاهر ما ذكره الشيخ محمد الدين في شرح الهداية لكنه بناء على سقوط الموالاة للعذر (ومنها) لو افرق انتصار فان ثم واحد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل يأنقض الصرف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بمثلهم انعقدت الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب ، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا في ابدال أحد النقيدين بالآخر فان فيه روايتين وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية بالبناء في الابدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف ما لو باعه بضمن وذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا على روايتين؛ وانكر القاضي ذلك وقال هي بيع بلا خلاف وانما أجاز أحمد ابدال المصحف بمثله لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دينوى بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحي بما ينتفع به في البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت (ومنها) ابدال الهدى والأضاحي بخير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا بادأهله، وفي الوقف مع عمارته بخير منه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما في التلخيص وغيره وأشار إليهما القاضي وابن عقيل بأن كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وان قلنا لا يصح فخرجهما القاضي على وجهين. قال في التلخيص ان قلنا هو ابتداء فلا يصح وان قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراه وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع إليه بخلاف الابتداء أما اذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وراثته وكان المال عرضاً فهو كالا ابتداء وجهاً واحداً قاله القاضي والا كثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فإنه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده معيباً فرده فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق أم يرتفع العتق برده على وجهين وبناء بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المكاتب على وجهين (ومنها) أن الموضع هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا على وجهين.

﴿ القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة ﴾

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهي نوعان: حق له وحق عليه.
فاما النوع الأول فما كان من حقوقه يجب بموته كالمدينة والقصاص في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل إليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبة بالقصاص توجب

تحتّمه فلا يتمكنون بعدها من العفو وما كان واجباً له في حياته ان كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحمد في أكثر الروايات وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضي ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه انما يستوفى للبيت بمطالبة منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبني على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحمد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ذكره القاضي في خلافه (ومنه) الأرض الخراجية التي بيده لأن هذا حق قد أحدثه وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها (ومنه) حصة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشتراطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغانم ان سلمناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للغنيمة وانا جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والغنيمة تابعة، وأما ان لم يكن يطالب به فهو ضربان . أحدهما : حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالفقاص وحد القذف ففيه قولان في المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج في ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث مطالبة على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحمد أحدهما : أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبة به ولو علمت رغبته من غير مطالبة لكفى في الارث ذكره القاضي في خلافه . والثاني أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا إنها على الفور ، فعلى هذا لو كان غائباً فلمهم المطالبة وليس لهم ذلك على الاول ونقل عنه أبو طالب (١) اذا مات صاحب الشفعة فلولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفي (٢) ارثها في رواية منها وغيره وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بآرثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً صرح به القاضي وظاهر كلام [أبي الخطاب] تخريج الخلاف فيه وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الوهاب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه او هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) في ٧١١ : أبو الجارث (٢) فيها : ببقاء إرثها .

فاذا لم يفعل سقط أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظالمين فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيمادون النفس وظاهر كلام أحمد كما قدمناه أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضى والاكثرين أنه يستوفى وعلاوا بأنه يسقط الى مال فهو كخيار الرد بالعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصرص عن أحد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضى والاكثرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقى يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقربته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميit وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له. قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقى وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس في النص ما ينفيه صريحا ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثانى : حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الاموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فان الحقوق فيه من حقوق المالكين لامن حقوق الاملاك ولهذا لا نجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الرهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لأنه توثقة فهو كالشهادة وعلاه القاضى بأنه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات واه دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين فى حياته فانه ينفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه فى رواية منها لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل فى أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضى فى خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث وهو المشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار الثابت بفوات الصنة المشروطة فى العقد مثله ذكره القاضى أيضا ممللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضى فى كتاب التخريج أن من باع سلعة الى أجل ثم مات المشتري فاشترى فاشترى البائع من وارثه بانل من الثمن لم يحز لأن الوارث يملكها على

(١) فى نسختي الدار : بالارث مطلقا (٢) فى أصلنا : لمورثه الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني : الحقوق التي هي على الموروث ، فإن كانت لازمة قام الوارث مقامه في إيفائها وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في امضائها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيا (ومنها) إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كاللحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا . ولو فعلها عنه أجنبي بدون إذنهم ففى الاجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال في المغنى ان أعتق فيها الأجنبي لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام الموروث في ماله وإداء واجباته ، وفي البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجنبي فلا يصح عتقه عنه وفي صحة إطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه في الذبح

« تنبيه » : كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالأقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصة ، فاما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصبات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصة وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة (ومنها) إذا مات الراهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه في اختيار التقييض والامتناع ذكره الأصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب (١) لأنه عقد يؤول الى لزوم فلا يبطل في الموت كالبيع في مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن في المضاربة خلافا سبق (ومنها) إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه في ذلك كالأرهن قاله أبو الخطاب والثاني يبطل وهو المنصوص في رواية ابن منصور واختيار ابن أبي موسى وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة ، وأما العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فجعلها الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

﴿ القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة ﴾

المعتدة البائن في حكم الزوجات في مسائل :

(منها) أن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منعه فلم يعمل في المنع مادامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت في عدة اختها البائن ، والخامسة في عدة الرابعة تنزيلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن العدتين من رجلين (٢) لا يتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها أتمت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة كما لا يحبس عليهما في نكاح واحد ، وإن كان لواطىء بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لا تحل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ مجد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين (ومنها) لو طلق المدخول بها إطلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين في الرجعية إذا رجعت أو طلقت في العدة قبل الإصاغة هل تبني أو تستأنف وهو المذكور في المجرد والفصول والمحرم . والثاني تبني هنا رواية واحدة وهو مافى تعليق القاضى وعمد الأدلة لانقطاع النكاح الثاني عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة الميراث فنص أحمد في رواية البرزاطى على أنها ترث ما لم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها وحكى القاضى عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ما حكمهم أو على مالك الموروث ولم يذكر القاضى المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل والا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز. وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً ، وعنه لها النفقة والسكنى حكاه ابن الزاغونى وغيره مطلقاً وقيل هى كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول بأذن الزوج مطلقاً .

(١) في أصلنا من رجل ، وعلى رجل .

﴿ القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة ﴾

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور:

(منها) ان في ابحاثها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الايلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر نفلى بها ثم طلقها وقلنا يجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الترغيب (ومنها) اذا عاقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل تاحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبي من طفلها (١) هل تعود الى حضنته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة أو تعتد باطولهما على روايتين (ومنها) أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالماتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

﴿ القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة ﴾

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع :

(منها) الميراث (ومنها) المدية (ومنها) العقيدة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة (ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعثت رجل في الفكاك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبي موسى في المسئلة روايتين . احدهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والامة في ذلك سواء (ومنها) عطية الاولاد في الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً وهو نصف الشهر .

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة ﴾

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق ارثه سقط به ، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مستثانان : احدهما ، ولد الام يدلون بالام ويرثون معها لانهم يرثون بالاخوة

(١) في أصلنا وفي ٧١٢ : متى طلقها . وفي نسختي الدار : هل تعود الى حضنتها منه

لا بالأمومة . والثانية الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة
لا ميراث جد .

(القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة)

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في احكام :

(منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض
ولا عصبية ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الاصحاب من بناهما على
هذه القاعدة ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصبية وارث أم لا ويتعلق بهذا إذا أقر
الامام بنسب من لا يعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل يثبت نسبه لأن المال للسلبين
والامام نائبهم وهذا كأنه تفريع على القول بتوريث بيت المال ، ويتوجه مثل ذلك في اجازة
الامام وصية من وصى بكل ماله وقتلنا لا يجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل
ولا وارث له فالامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له
أن يقتص على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الاموال التي يجهل ربها يجوز التصديق
منها بخلاف ما علم ربها وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذامات من لا وارث له وعليه
دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل في المجرى وصاحب المغنى يحل لأن الأصل يستحقه
الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى في خلافه احتمالين لأن له وارثاً ولكنه غير معين ، وقد يتخرج
على هذا ما إذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الاجارة أولاً ؟ فان أحد نص فيمن
اكثرى بديراً ليحج عليه فمات في بعض الطريق فان البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ،
ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت
الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذامات من لا وارث له بعد المطالبة
بها ، وفي عمدة الادلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك في قياس المذهب (ومنها) أن المال
المستحق لغير معين كالزكاة لا تقف ادائه على مطالبته ولا على مطالبة وكيابهم وهو الامام ولهذا
لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الاداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب
الاداء اليه بدون مطالبة .

(القاعدة الخمسون بعد المائة)

تعتبر الاسباب في عقود التملكيات كما يعتبر في الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :

(منها) مسائل العينة (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء فانه لا يجوز قبولها ممن لم يجز له منه عادة (ومنها) هدية المشركين لا أمير الجيش فانه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فيء على اختلاف الاصحاب (ومنها) هدايا العمال قال أحمد في رواية ابن طالب في الهدايا التي تهدي للامير فيعطى منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فان سببها طلب استدامة النكاح فان طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه احمد في رواية عبد الله (ومنها) الهدية ان يشفع له بشفاعه عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضي وأوماً اليه لانها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح في السنن ، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده ودیعة فأداه فامدیت اليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند اداء سائر الامانات حكم الوديعة (ومنها) مانص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بغيب فالزيادة لصاحب اللحم لانها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد لانها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضي على انها ان كانت مأخوذة في المجلس فلحققت بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة الى ذلك (ومنها) ما حكاه الاثرم عن احمد بن المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدي هدية يردونها عليه . قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كآجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الأجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد

﴿ القاعدة الحادية والخسون بعد المائة ﴾

دلالة الاحوال المختلفة بها دلالة الاقوال في قبول دعوى ما يوافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بمجرد ما يتخرج عليه مسائل :

(منها) كنيات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها (ومنها) كنيات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح (ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أرد الاسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضي في روايته ويتخرج عليهما لو أقر بما ل في هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به (ومنها) لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه قبل قوله نص عليه . ولو احضر الى سلطان فأقر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضا . ويتخرج قبله اذا ظهرت منه اماره ذلك من تلجلجه في الكلام وورعه ونحوها (ومنها) لو دخل حربى الينا ومعه سلاح فادعى انه جاء مستامنا لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح قبل نص عليه . وكذلك لو جاء بعض نسكرا بحربى وادعى انه اسره وقال بل امتننى ففية روايتان وثالثها أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه او قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتمام كتابته فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقا وقال السيد انما أردت الاخبار بعقته بالاداء ولم ارد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضي في المجود وابن عقيل وقد نص احمد في رواية المروذى في رجل قالت لامرأته ان خرجت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فابصرها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدنيه في ذلك . وأيضا فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذى منعها منه ولم يكن موجودا وهذا يشهد لقول القاضي فيما إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الهاء انه تطلق مطلقا سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافا لما ذكره ابن ابي موسى انها لا تطلق اذا لم تكن دخلت من قبل لانه انما طلقها لعله فلا يثبت الطلاق بدونها ، وكذلك أفتى ابن عقيل في فتونه فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق . وجعل السبب كالشرط اللفظى وأولى وهذا هو قول عطاء بن ابي رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها ملكه ففي قطعه روايتان ثالثا ان كان معروفا بالسرقه قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه الى من يخطه أو يقصره أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الاجرة على ذلك استحق الاجرة (ومنها) الهبة التى يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل حنبل عن أحمد ما يدل على وجوب اثابته والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيط وبجنبه مال ظاهر أو مدفون دفنا طريا فانه يحكم له به .

وكذلك ما يكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل وما صلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها في ابرة أو مقصر أو تنازع المؤجر والمستاجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بمعاقد القمط وهو رواية حكاه ابن أبي موسى والحاق النسب بالقافة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه ما فيه ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه وإن أطلق الدعوى عليه ففى سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول من يدعى مهر المثل على احدى الروايتين .

(القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة)

المحرقات في النكاح أربعة أنواع .
النوع الاول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الأدنى وإن سفلن وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فيدخل في أصوله أمه وأم أم أبيه وإن علون ، ودخل في فروعه بنته وبنت بنته وبنت ابنه وإن نزان ، ودخل في فروع أصله الأدنى اخواته من الابوين أو من أحدهما وبناتهن وبنات الاخوة وأولادهم وإن سفلن ، ودخل في فروع أصوله البعيدة العمات والخالات وعمات الابوين وخالاتهما وإن علون . ولم يبق من الاقارب حلالاً سوى أصول فروعه البعيدة وهن بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات .
النوع الثاني : المحرمات بالصهر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلال الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وإن علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهي الربيبة وبنت بنتها وإن سفلت ، وتحرم بنت الربيب أيضاً نص عليه في رواية صالح وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وإن علا وامرأة ابنه وإن سفل .
(١) في ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ

النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احدهما ذكراً لم يحز له التزوج بالآخرى لأجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأمها وان علت . قال الشعبي : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احدهما رجلاً لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد في رواية ابنه عبد الله بإسناده . وانما قلنا لأجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذلا محرمية بينهما ليخشى عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه في رواية الاثرم وحرب وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمه من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لا يساوى تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به ما يحرم من النسب في الانواع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع . وقال أحمد في رواية ابن بدينا في حليلة الابن من الرضاع لا يعجنى أن يتزوجها يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس على هذا الضابط ايراد صحيح سوى المرضعة بلبن الزنا والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أنها محرمة كالبنات من الزنا فلا ايراد إذا والله أعلم .

(القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة)

ولد الولد هل يدخل في مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع : أحدها أنه يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه وذلك في صور :

(منها) المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء (ومنها) امتناع القصاص بين الأب وولده (ومنها) امتناع قطعه في السرقة من مال ولده (ومنها) رد شهادة الوالد لولده (ومنها) وجوب اعتاق الولد على والده (ومنها) جر الولاء فإذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فبعتق جده انتقل الولاء إلى موالى الجد سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في إحدى الروايتين وفي الأخرى ان كان الأب مفقوداً جر الجد الولاء إلى مواليه وان كان موجوداً لم يحرمه بحال وفي الثالثة لا يحرمه الجد بحال فيختص جر الولاء بعنق الأب (ومنها) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نص

عليه أحمد في رواية المروزي ويوسف بن أبي مرسى ومحمد بن عبيد الله المنادي وهو الذي جزم به الخلال وابن أبي مرسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أولا يدخلون لا بعدهم على الترتيب على وجهين للأصحاب ، وفي الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الأولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثاني هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفي أحكام القرآن للقاضي ان كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بآية المواريث قال وبصح حمل اللفظ على حقيقة ومجازه في حالين مختلفين لافي جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالاً بأن إطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة نفيه ، وفي المجرد للقاضي لو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء ومن الأصحاب من فهم منه أن ولد الوالد لا يدخلون في إطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما رتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الأولين خاصة بخلاف حالة الإطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص (ومنها) الوصية لولده وقد جعل الأصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف وأشار الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تملك للوجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فإنما هو في ولد البنين فاما ولد البنات ففيه وجهان . للأصحاب اختار الخزي والقاضي أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروزي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد فمن الأصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الولد اذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي ومال إليها صاحب المغني (ومنها) المنع في دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء في ذلك ولد الذكور والاناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الوالد في موضع فثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فان المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته في العرف لاجريان الحكم والله أعلم .

النوع الثاني : ما يدخل فيه عند عدم الوالد لا مع وجوده وذلك في صور : (منها) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كما يرثون آباءهم ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كأب مطلقاً بحيث يحجب الاخوة كلهم اختاره ابن بطه وأبو حفص

البرمكي والشيخ تقي الدين (ومنها) ولاية النكاح فيلبي الجدة فيها بعد الاب مطلقاً مقدماً على الابن على قول الخرقي والقاضي لكن لا يقوم مقام الاب في الاجبار على المذهب وحكي ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنابة فيلبي الجدة بعد الاب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحضنة فان الجدة أولى رجالاتها بها بعد الاب .

النوع الثالث : ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور كثيرة (منها) الرجوع في الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان في الجهاد (ومنها) الاستتباع في الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذي معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر ارثه على روايتين أصحهما لا يلزمه أكثر من مقدار ارثه منه وفي الاقناع لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجد والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لا يلزم منهم الغنى النفقة إلا بالحصة بغير خلاف .

(القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة)

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر ؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد وأكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوا هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاة قولاً في المذهب ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فانه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتعلم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثاني أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا الصنف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استعمل بها الاجنبي لذلك ازمه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد . وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الاب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا ؟ على وجهين مذكورين في المغنى وغيره . وهما متزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا ، إذ لا غرم هنا على الزوج ، ونقل منها عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال فقالت له ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها . قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذي غرم لا ابنتها قال لا وإنما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الفساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان : أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هذا أولى لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجنبي فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى إذا الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فإنها تنقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله : والوجه الثاني أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين . وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الأصحاب لا ضمان عليها بغير خلاف لثلا يازم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عليها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الأصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عنما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما اتفق به حق توفيه بالتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فإنهم يغرمون نصف المهر وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه . وعلى التفرع يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه بخير بين زوجته وبين المهر فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعنى الأول لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين . وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاه الثاني وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة على

روايتين . احدهما يرجع به عليها لأن الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها . والثاني لا يرجع به لأن المرأة استحقته بالاصابة فلا يجوز أخذه منها (ومنها) إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني وقبلها على رواية أن الثاني أحق بها فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضي الضمان لأن خروج البضع متقوم (ومنها) إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت اليها ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الاسلام فهل يارزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الاصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت في قصة صالح الحديدية وكان الصلح قد وقع على رد النساء قبل تحريمه فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر . وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صاح الحديديّة ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من العارفين (ومنها) خلع المسلم زوجته بمحرم يعلمان بحريمه كخمر أو خنزير قال أبو بكر والقاضي والاصحاب هو كالخلع الخالي عن العوض فاذا صححناه لم يازم الزوج شيء بخلاف النكاح على ذلك وعند الشيخ تقي الدين يرجع إلى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الخرقى في خلع الأمة على سبعة بيدها أنه يصح ويتبع بقيمتها بعد العتق (ومنها) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها فالمذهب انه غير جائز وأن الضمان على الأب نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتهجرين وجهاً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التي نقول فيها ان للاب العفو عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الذي بيده عدة النكاح وذكر صاحب المغنى احتمالاً في ولي الصغيرة والسفينة والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ في ذلك وكذلك أشار اليه ابن عقيل في الفصول (ومنها) اذا قال لزوجته أنت طالق بالف فلم تقبل طلقت رجعيّاً ولم يلزمها شيء نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية منها ولو قل لعبد أنت حر بالف فلم يقبل لم يعتق عند الاصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يعتق العبد بغير شيء كما في الطلاق لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما اذ لم يعلقهما عليه بل اوقعهما منجزاً وشرط فيهما العوض فاذا لم ياتزما العوض لنفى وقوع الطلاق والعتق لما فيهما من الحق لله تعالى الذي لا يمكن ابطاله

(القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة)

يتقرر المهر كله الدراة باحد ثلاثة اشياء :

(الاول) الوطء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللبس للشهوة والنظر الى الفرج أو الى جسدها وهى عارية فن الاصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقررأ رواية واحدة لأنه آكد من الخلوة المجردة ومنهم من خرجه على وجهين أو روايتين من الخلاف فى تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عادته فعل ذلك فى المملأ استقر به المهر لأن ذلك خلوة مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله فى رواية منها أنه اذا تعمد النظر اليها وهى عريانة تغتسل وجب لها المهر (والثانى) الخلوة ممن يمكن الوطء : مثله فان كان ثم مانع اما حى كالجب والرتق أو شرعى كالاحرام والحيض فهل يقرر المهر على طرق للاصحاب. احدها أن فى المسئلة روايتين مطلقتين وهى طريقة القاضى فى الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغنى الا انه اورد رواية ثالثة بالعوض بين المانع المتأكد شرعا كلالاحرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطء ودواعيه كلالاحرام وصيام رمضان ففيه روايتان وان كان لا يمنع الدواعى كالحيض والجب والرتق استقر رواية واحدة وهى طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل فى الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصداق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهى طريقة القاضى فى خلافه ومن الاصحاب من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالخلوة لمجرد ما بدون الوطء اخذا بما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلا بها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف الصداق وعليها المدة وانكر الا كثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن الخلوة انما قررت المهر لانه مظنة الوطء المقرر فقامت مقامه فى التقرير لأن حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالبا [فعاق الحكم على] مظنته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التى هى الوطء لم يقبل ذلك فى اسقاط المدة لأن فيها حقاً لله تعالى وهل يقبل فى سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض للزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الا كثرون عدم قبوله لملازمته للمدة وهذا يرجع الى أن الخلوة مقررة لمظنة الوطء ومن الاصحاب من قال انما قررت لحصول التمكن بها وهى طريقة القاضى وردها ابن عقيل بأن الخلوة مع الجب لا تمكن بها قال وانما قررت لأحد أمرين اما لاجتماع الصحابة وهو حجة أولان طلاقها بعد الخلوة به اورد ما زهداً فيها ففيه ابتذال وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح الا بالنكاح من المرأف دخل فى ذلك الخلوة واللبس

بمجرد همالان ذاك كله معقود عليه في النكاح . والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب قيل له فإن أخذها وعندها نسوة فمساها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخاو بها قال إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر . وعلى هذا فقال الشيخ تقي الدين يتوجه أن يستقر المهر بالخارة وإن منعه الوطء بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقيل الفرقة وان طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على توحيها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو إذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغنى وقد سبقت.

(القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة)

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقة قبل الدخول . إن كانت من جهة الزواج وحده، أو من جهة اجنبي وحده تنصف بها المهر المسمى وإن كانت من جهة الزوجة وحدها يسقط بها المهر وإن كانت من جهة الزوجين معاً أو من جهة الزوجة مع اجنبي ففي تنصف المهر وسقوطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[القسم الأول ما استقل به الزوج وله صور (منها) طلاقه وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لأن السبب كان منه وهو الطلاق وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقي الدين إن كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بد فلا مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعلته فإن في إرثها روايتين وبشبه ذلك مسألة التخيير فإنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها فهل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبي موسى والتخيير توكيل محض والتعليق بفعلها في موانه والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للخيرة قال مهنا سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال في قلبي منها شيء ثم قال لا ينبغي أن يكون لها شيء قلت أني سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق . فقال لي فإن أسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم يكون لها عليه صداقها قال في هذا يدخل عليهم انتهى (ومنها) خلعه ونص عليه أحمد في رواية مهنا أنه يوجب نصف المهر وعمله القاضي بأن الخلع يستقل به الزوج لأنه يصح مع الاجنبي بدون رضی المرأة فلذلك نسب إليه . وفيه وجد آخر أنه يسقط به

المهر فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جمعه مما يشترك به الزوجان لأنه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط أثرها بالخام في المرض وهذا على قولنا لا يصح مع الأجني أظهر . فاما ان وقع مع الأجني وصحناه فينبغي أن يتنصف به المهر وجهاً واحداً ومنها اسلامه والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين وفي الأخرى يسقط المهر لأنه فعل الواجب عليه وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلا يكون لها مهر (ومنها) رده عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فينفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هاني ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر ياحقه اما لظهور عيب في الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحققت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثاني : ما استقل به الاجنبى وحده (ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . ما استقلت به الزوجة وحدها وله صور (منها) ردها (ومنها) اسلامها وفيه رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ الى امتناع الزوج (ومنها) ارضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج وكذلك ارضاعها منها وهي صغيرة (ومنها) فسخها النكاح لعيب الزوج قال الأصحاب هو منسوب اليها لا اليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسخه لعيبها رد للمعقود عليه بعيب فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب بخلاف فسخها لعيبه فان العيب ليس في المعقود عليه بل في غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح وفيه خلاف سبق ذكره والظاهر في الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لازالة ضرر حاصل فاذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين [على الآخر] إلى ما بذله سابقاً كما خرج منه فلا حق له في غيره بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فإنه يحصل به للزوجة انكسار وضرر فجبهره الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر

وبالمصلحة عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل منها عن أحد في محبوب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق إذا لم ترض به . قال الشيخ تقي الدين هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي معذورة في الفسخ وأما القاضي فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للمانع القائم به (ومنها) فسخها النكاح لا عسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح قال القاضي والاكثرون هر منسوب اليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر في التنبيه فسخها لفوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به اليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها مما هو من فعل الزوج وهو قادر على إزالته ، وأما الفسخ لعساره فهو كالفسخ لعيبه كما تقدم قال الشيخ تقي الدين ويلزم من قال ان خروج البضع مقوم بمهر المثل وأن الفرقة من جهتها كأنلاف البائع للبيع قبل القبض أن يخير الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمى لها وبين إسقاط المسمى (ومنها) فسخ المعتقة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان أحدهما لا مهر لها اختارها الخرق وغيره لاستقلالها بالفسخ كالحره والثانية يتنصف المهر نقلها منها واختارها أبو بكر لأن السيد هو مسحق المهر فلا يسقط بفسخ غيره ويجاب عنه بان اعتاق السيد لسبب في الفسخ يسقط إحقه لتسبيه في سقوطه وان باشره غيره كمن قال لغيره القمتاعى في البحر ففعل

القسم الرابع : ما اشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة انما تقع بلعانها وقال القاضي يخرج على روايتين أصلهما إذا لاعنها في مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعهما وقد سبق أن المنصوص عن أحد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي وأصحابه ولأن لنا فيه وجها آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسخ فانه يكون منسوباً اليهما فيكون كاتلاعن بخلاف ما إذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستقل به الزوج فهو كالمطلو قال لها ابتداء أنت طالق بألف قباته ويتمخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وان قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بسؤالها وإذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه هل ترثه أولا روايتان . وجزم ان أبي موسى أنها لا ترثه لأن الفرقة جاءت من قبلها فلا يكون لها شيء من الصداق حيثئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي وله صور (منها) شراؤها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضى وأصحابه أنه يتنصف بها المهر تغليبا لجهة الاجنبى هنا وهو البائع إذ هو أصل العقد ومنه نشأ وعنه تلقى والثانى يسقط المهر تغليبا لجهة الزوجة إذ الانفساخ من قبيل لقبولها فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كمجىء الفسخ من الحرية المستحقة للمهر وهذا متجه على ما اختاره فى فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذى زوجها الاجنبى ثم باعها الاجنبى للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثانى وهو غير مستحق للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافى سقوط المهر بأن الزوجة شاركتة فى الفسخ فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب الفسخ فاسند اليه وان لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعيب الزوج اليه وان لم يكن باختياره وعلى هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى اطلاق الاكثرين (ومنها) اذا مكنت الزوجة من نفسها من يفسخ النكاح بوطنه كأب الزوج أو ابنه فقال القاضى ومن اتبعه يسقط مهرها اسناداً للفسخ اليها وقال الشيخ تقي الدين يتخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الاجنبى وبقي هنا قسم سادس : وهى الفرقة الاجبازية ولها صور (منها) أن يسلم الكافر وتحتة عدد لا يجوز له جمعه فى الاسلام فيفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب لهن شئ من المهر ذكره القاضى فى الجامع والخلاف معلل بأنه ممنوع من امساكن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التى بعدها. وأما الطلاق فى النكاح الفاسد فذكر ابن عقيل وجها أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فانما يسقط لأن المهر يجب فى النكاح الفاسد بالاصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اختين فى عقدتين وأشكل السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه فى المهر قولان. أحدهما يجب نصف المهر ثم يقتصران فمن وقعت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحدهما فى نفس الأمر فتعين بالقرعة. والثانى لا يجب شئ به لأنه مكره على الطلاق فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئا والمنقول عن أحمد فى هذه المسألة ما نقله عنه منها أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لهما جميعاً وما أخلقه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئا وهذا يدل على أنهما يقتسمان نصف المهر لا يترهان عليه. ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجهل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل يجب لهما نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لهما شئ على وجهين وحكى عن أبي بكر أنه اختار أنه لا شئ لهما وبه أفتى أبو يعلى النجاد. قال الشيخ تقي الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاشتباه الزوج .

(القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة)

اذا تغير حال المرأة [المعتدة] بانتقالها من رق الى حرية أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكناً من تلافى نكاحها في العدة لزمها الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الابانة في المريض . ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك امام فاسلين واعتقن فان عدتهن عدة حرائر لانه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهي في معنى عدة الرجعية بخلاف ماذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على الشك فان عدتهن عدة امام لان الزوج لا يمكنه تلافى نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه في رواية ابن منصور لانه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهي تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

(القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لا اعتضاده بما يرجحه ، فان تساوى خرج في المسألة وجهان غالباً (ومن صور ذلك) ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغنى والمحرم لأن الأصل عدم بلوغه قلتين . والثاني هو ظاهر وهو أظهر لأن الأصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل الى التيمم الا بعد تيقن عدمه ، وأيضاً فلا صحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمشقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا أن يكون يسيراً فينجس] لان اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثاني يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في اثبات نصف القرية الذي روى

الشك فيه في ضبط القلتين واسقاطه ، وينبنى على ذلك أن القاتنين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة على خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المارخص هاهنا فيبقى على الأصل . والثاني أنه طاهر وهو المرجح عند الأكثرين لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة ونص أحد في رواية محمد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لحمار أو برذون فرخص فيه إذا لم يعرفه (ومنها) إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة ففيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل بقاء الرطوبة نقلها أبو بكر عن أحمد . والثاني لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) إذا أدرك الإمام في الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة لأن الأصل عدم الإدراك وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال صاحب التلخيص يحتمل وجهين أحدهما أنه يعتد له بها لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع (ومنها) إذا شك هل ترك واجباً في الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لأن الأصل عدم الاتيان به . والثاني لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) إذا كان ماله غائباً فإن كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة وإن لم يكن خبره منقطعاً كما ودع ونحوه ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان والمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه لا يجب وعلل بأنه لا يدري لعل المال ذهب . وينبنى بعض الأصحاب هذا على الخلاف في محل الزكاة فإن قلنا في العين لم يجب الإخراج - حتى يقبضها - ويمكن من الإخراج منها وإن قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها . ويتوجه عندي أن يخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على عمل التعليق فإن قلنا هو العين وجب لأن الأصل بقاؤها لكن لا يلزم إخراج الزكاة - حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو للذمة لم يجب لأن الأصل براءة الذمة وقد شك في اشتغالها وأما إن قلنا لا تجب الزكاة في المال الضال والمغصوب فهذا مثله (ومنها) العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا ؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح أنه لا تجب لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة ويخرج لنا وجه آخر أنه يجب بناء على جواز عتقه لأن الأصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه في الكفارة والمشهور عدده . وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالأجزاء لأن الأصل بقاؤه

وذكر ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجهين عن الأصحاب وصحح عدم الاجزاء لأن الأصل بقاء الكفارة في الذمة وقد عضد الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره فرجح هذا الأصل باعتضاده بهذا الظاهر، وأيضاً فالكفارة ثابتة في الذمة وقد شك في وقوع العتق عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) اذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع ففيه روايتان أحدهما القول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفرق . والثانية القول قول المشتري لأن الأصل عدم القبض المبرى، وأطلقا كثر الأصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين ان يكون المبيع عيناً معينة او في الذمة فان كان في الذمة فالقول قول القابض وجهها واحداً لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله في دعوى العيب لأنه غارم والأصل ابراء ذمته أو قول خصمه في انكار العيب لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) اذا أجره عبداً وسله اليه ثم ادعى المستأجر ان العبد ابق من يده وانكر المؤجر ففيه روايتان، أحدهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لأن الأصل عدم الابق وأن المؤجر ملك الاجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها ولو ادعى ان العبد مرض فالقول قول المؤجر نص عليه في رواية ابن منصور مفترقا بينه وبين الابق لأن المرض يمكن اقامة البينة عليه بخلاف الابق (ومنها) اذا ضرب للعنين الاجل واختلفا في الاصابة والمرأة ثيب فهل القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الوطء أو قول الزوج لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة انه يخلى معها ويؤمر باخراج مائه وهذا يرجع الى ترجيح الظاهر على الأصل (ومنها) اذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج اسلمت في عدتك فالنكاح باق فقالت بل اسلمت بعد انقضاء عدتي فوجهان . أحدهما ان القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني ان القول قولها لأن الأصل عدم اسلامه في العدة (ومنها) اذا قال اسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل اسلمت قبلك فلي النفقة ففيه أيضاً وجهان أحدهما القول قولها لأن الأصل وجوب النفقة والثاني والقول قوله لأن النفقة انها تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافي ، وعلى القاضي ان النفقة تجب يوماً فيوماً فالأصل عدم وجوبها وينتقض التعليان بالاختلاف في النشوز (ومنها) اذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين أحدهما لا يقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثاني يقع ونقل منها عن احمد ما يدل عليه فيمن حلف لبأ كلن ثمرة فاختلطت في تمر كثير ان لم يأكله كله حنث وبذلك جزم ابن أبي

موسى والشيرازى والسامرى ورجحه ابن عقيل فى فئونه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو العدم [وهذا بخلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه فان وجد ما يدل على بقاءه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهرا وكان حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وإن كان اشارة محضة وقع أيضا على المشهور ، وإن وجد ما يدل على انتفاء العدم يقينا لم يقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على انتفائه ظاهرا فوجهان على قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى [المطلق عليه (ومنها) لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه او كفره وانكر الولى ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولى لان الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجرد المانع على وجهين اشهرهما الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه لكن المحكى هاهنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملفوفا نصفين ثم ادعى انه كان ميتا فانكر الولى لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقدود وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل فالقت ولدا لوقت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع لتعارض اصل الحياة وبراءة الذمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت الزيادة باضطراب المقتصر منه وانكر ذلك لان الاصل عدم الاضطراب ووجوب الضمان والاصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل (ومنها) لو شهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لأنه وجب بالعقد ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لأن النصف الآخر لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والاصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله (ومنها) اذا رمى صيدا فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موحيا ثم سقط فى ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والاصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب اباحته لكن الاصل الاول معتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون غيره (ومنها) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم آمنه وأنكر ففيه روايتان احدهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك لأن الاصل فى الدماء الحظر الا يبين الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما ترجيحاً لاحد الأصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسألة اذا دخل حربى دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقده أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المغنى ونص احمد أنه اذا ادعى أنه جاء مستأمنا فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرجها هنا مثله .

(القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاختبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا يلتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الاصل وتارة يخرج في المسألة خلاف، فهذه أربعة أقسام .
القسم الأول: ما ترك العمل فيه بالاصل للحجة الشرعية وهي قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كذا ولغ في هذا الاناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابر بكر بين أن يراه في المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطاوع الفجر في رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) اخباره بغروب الشمس في رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين . احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعاً له وقد ثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال شوال والثاني أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليها اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد العلم بخلاف هلال الفطر فانه لا اماراة عليه وفي صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان صائماً أمر رجلاً فأوفى على شيء فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان ويبعث مرتقباً يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

عن يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه من مال أو غيره (ومنه ايضاً) قبل قوله المعتدة في انقضاء عديتها بالاقرار ولو في شهر في أحد الوجهين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالبينة في الشهر ، وفرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا ببينة بخلاف من لاعادة لها وفي الفنون لابن عقيل لا يقبل مع فساد النساء الا ببينة تشهد أن هذه عاداتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً

القسم الثاني ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ، (منها) اذا ادعت الزوجة بعد طول متانها مع الزوج انه لم توصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الاصحاب القول قريها مع يمينها لأن الاصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقي الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبغي أن يخرج على وجهين كما اذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلقة لها بعد مدة وقالت لم يعلمني الزوج وادعى هو أنه علمها فان في المسئلة وجهين (ومنها) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فانه يبني على الاصل الى أن يتيقن زواله ولا يكتفى في ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبني على الاصل وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما (ومنها) اذا شك في طلوع الفجر في رمضان فانه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احدى ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً الى اخبار ثقة بالطلوع (ومنها) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته قال اصحابنا لا يرجع لان الاصل عدم الوطء ولحق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الاصل وله صور (منها) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الاصل عدم الاتيان به وعدم براءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الاصل ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احدى وفي الوضوء وجه أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها (ومنها) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وان كان الاصل عدم انعقاد الصلاة

وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال وعضد ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حينئذ إلى تعارض أصلين رجح أحدهما بظاهر عضده (ومنها) إذا اختلف الجنسان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد كما إذا ادعى البائع أنه كان صدياً أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب ونصر عليه أحمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والاذن . وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الاذن من مكلف فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح . قال الشيخ تقي الدين وهكذا يجيء في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الأصل في العقود الصحة فاما أن يقال هذا عام وأما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكاً فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا في شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما في الحالة الأخرى فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الأهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى يتعلق به حق مثل مثل إسلامه بإسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعاً لأبيه أو بعد تصرف الولي له أو تزويج ولي أبعد منه لموالاته فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا أثبت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين فيما إذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتي وشبهه أيضاً بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً كاللقيط المقر بعد البلوغ فإنه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط ثم ادعى الرق ففي قبوله خلاف معروف (ومنها) إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب وحكي عن ابن حامد أن يعتبر اتيقن (ومنها) الفطار في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب ، ومن الأصحاب من قال لا يجوز الفطار إلا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التاخير والاول أصح لأن الوقت عليه إمارات تعرف بها فاكفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا إماره عليه من اتمام الصلاة والطهارة والحديث ونحوها وأيضاً فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعالية مطاوعة الوجود فإذا شك في فعل شيء منها فالأصل إبعده فلا يخرج من عهده إلا بيقين والهوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فمضى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها لم يحكم ببطلانها وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوي لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يعارضه فإذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم ببطلانه بوقوع محظوراته حينئذ لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الاظهر ولهذا جاز الاكل أو استحب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الأمساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فهما سواء . والثاني أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجوع وقتها بل تفعل في جزء منه فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهي من باب الكف والترك لا من باب الاعمال فيكفى اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام الا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حينئذ الاقدام على الافطار ولا تبرأ الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها وان لم تكن لها عادة فالى تمييزها وان لم يكن لها عادة وتميز رجعت الى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لهن وان كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ (ومنها) امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار اربع سنين ويقسم ماله حينئذ لان الظاهر موته وان كان الأصل بقاءه لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده اولا يثبت الامن حين اباحه ازواجه وقسمه ماله على وجهين يبنى عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص احمد على انه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللا بانه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى الا بعد المدة وهو الاظهر ويلحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعتد للوفاة ثم تباح للازواج فهل يجب لها النفقة من ماله في مدة العد كما في مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاقتناع وقال ابو البركات في الشرح هو قياس المذهب عندي لانه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثاني يجب لها النفقة قاله الفاضل لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم توجد هنا وكذا ذكر صاحب المغنى وزاد أن نفقة زوجها لا تسقط بعد العدة أيضا لانها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن النوم المثقل ينقض الوضوء لانه مظنة خروج الحدث وان كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة . وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجها آخر أن النوم

نفسه حدث لكن يعفى عن يسيره كالدّم ونحوه (ومنها) إذا زنا من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه وإن كان الأصل عدم علمه بذلك (ومثله) إذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعق أو بثبوت الخيار ومثامها لا يجهل ذلك فإنه لا يقبل قولها (ومنها) إذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الاذن فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها. وإن كان قبله فإن كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياءً لارضائها لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الأثرم، لأن السكوت في حكم الشارع اقرار به ورضاً فلا يسمع دعوى خلافه. وإن ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فانكرته فقال القاضي القول قولها لأن الأصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكاحان ولي المهران وقال الزوج بل نكاح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بيّنة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بشمن وشهدت بيّنة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بشمن. فقال المشتري هو عقده واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدهان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضي والإصحاب. وقال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يكون القول قوله لأن الأصل عدم الفرفة بينهما والأصل براءته من المهر الثاني.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والأصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) إذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان إليه ففي كراهته وجهان. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فيه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولو غره أم بطهارته لأنها الأصل على وجهين ذكرهما الأزهري (ومنها) إذا وقع في ماء يسير مالا نفس له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش فإن كان البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وإن كان إلى الحش أقرب فوجهان. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر ما لم يعاين خروجه من الحش نقل ذلك صاحب المبهمة عن شيخه ابن تيميم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. أحدهما أنه طاهر ونص أحمد عليه في مواضع وجعله أبو البركات في شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الأعيان كلها. والثانية أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجعله صاحب التلخيص المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا (٤٤ - قواعد)

يعفى عن يسيره وابدئ احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاترازو حكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسته من الأرض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن تميم أنه قال إذا كان الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففي نجاسة الأرض روايتان فإذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تدبى عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الأصل والظاهر . والثاني طهارة الأرض وغسلاتها بماء المطر وغيره إذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التي على الأرض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثاني بالاستحالة وفي المذهب خلاف يبني عليه طهارة الطين إذا بقيت (١) فيه عين النجاسة ثم استهلك في حقه حتى ذهب أثرها . والثالث طهارة الأرض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه أحمد وذهب كثير من الأصحاب إلى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر في شرح الهداية . ويبني على ذلك طهارة الأرض مع مشاهدة النجاسات فيها وإن لم يصبها الماء والله أعلم (ومنها) المقبرة المشكوك في نبشها إذا تقدم عهدا دليلاً يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) ثياب الكفار وأوانيهم وفيها ثلاث روايات عن أحمد . أحدها الإباحة ترجيحاً للأصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية خشية أصاب النجاسة لها اذ هو الظاهر . والثالثة إن قوى الظاهر جداً لم يجز استعمالها بدون غسل ويتفرع على هذه الرواية روايتان . أحدهما أنه يمنع من استعمال ماولى عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الاواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بأذنيته ميتة كالشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخرقى في شرحه وابن أبي موسى لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير وزاد الخرقى ولا اواني طبيخهم دون اوعية الماء ونحوها مما يبعد أصابته بالنجاسة وزاد ابن أبي موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحمل ذبيحته كالمجوس مطلقاً وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بآبدانهم حتى تغسل (ومنها) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة أوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تغسل وهو اختيار ابن أبي موسى (ومنها) إذا شك المصلى في عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن أحمد رحمه الله رضى عنه . أحدها أنه يبني على الأقل وهو المتيقن لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبني على غالب ظنه للحديث الوارد في ذلك . والثالثة إن قوى الظن باقرار غيره له عليه بنى على غالب ظنه وهو الامام إذا اقره المأمومون وإن كان منفرد

بنى على اليقين وهى المشهورة فى المذهب . فاما ان سبىح له اثنان من المامومين فانه يرجع اليهما مالم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا يبنى على غالب ظنه لان تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والاول اصح لان الرجوع الى قولهما رجوع الى بينة شرعية فيترك الاصل لاجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يجوز له ترك العمل باليقين صرح به الفاضى فى كتاب احكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المامومين على الامام انه احدث فى صلاته وانكره وبقية المامومين اعدوا الصلاة كلهم نص عليه فى رواية منها واحتج بخبرذى اليدى (ومنها) اذا شك فى عدد الطواف وفيه روايتان احدهما يرجع الى الاصل وهو المتيقن . والثانى يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلى من ليس معه فى الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفى المغنى يرجع الطائفت الى خبر الثقة الواحد العدل لانه خبر دينى فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد فى الصلاة لخبرذى اليدى فبقى ما عداها على الاصل (ومنها) لو وجد فى دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الاصحاب من قال يصلى عليه والمنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الاصل والظاهر إذ الاصل فى دار الاسلام الاسلام والظاهر فى هذا الكفر ، ولو كان الميت فى دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الاصل هاهنا كما رجحه فى الصورة الاولى ولم يرجح الاصحاب هنا الاصل كما رجحوه ثم لأن هذا الاصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الاصل فى كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر ولا بينة فقيه روايتان . احدهما القول قول الزوج لانه مكر وغارم والاصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لان الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلمنا معاً فتحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على التعاقب فلانكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لان الاصل معه . والثانى القول قول الزوجة لان الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً فى آن واحداً نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يقرر المهر بذلك لان الغالب أن الولد ، انما يتعقد عن الإصابة أولاً لان الاصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فانهقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضى فى المجرّد وفيه نظر فان سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والاظهر فى تعليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر (ومنها) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت مميّة وادعى الولي أنه لم يعلم عيبتها ففيه وجهان . أحدهما القول قول الولي مع بيّته لأن الأصل معه الا أن يكون العيب جنونا ويكون الولي ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثاني ان كان الولي قريبا كالأب والجد وابن لم يقبل قوله مطلقا لأن الظاهر يكذب به وان كان بعيدا قبل قوله مع يمينه وهو قول القاضى ووافقه ابن عقيل الا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم فى عيوب الفرج بخلاف غيرها (ومنها) اذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز التناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل فى الأعيان الإباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد فى رواية حرب اذا كان أكثر ماله [النهب أ] والربا ونحو ذلك فكأنه ينبغي له أن يمتنزه عنه الا أن يكون شيئا يسيرا أو شيئا لا يعرف ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان فى جواز التحرى روايتين وظاهر كلام أحمد فى رواية المروذى جوازه واختاره أبو بكر وابن شافلا وأبو على النجاد وصححه ابن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الظاهر اصابة الطاهر لكثرة (ومنها) اذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقدوف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين (ومنها) اذا قال لدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً بل اطلاق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال اذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة اذا كرر ثلاثاً فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الاطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد ما نقله صالح عن أبيه أنه قال اذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد ان كان اراد إفهامها فهو الذى اراد وان اراد غير ذلك فهو على ما اراد فلم يوقع الثانية بدون النية . وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما اذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طائفة أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضى عنه فى كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه اذا قال أنت طالق وكرره واطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحد في رواية ابن منصور فيما إذا قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق قال هي تطليقتان هذا كلام مستقيم وإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة ، والفرق بينهما أن بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك لأن اسم الفاعل من المفردات وإن كان متحملاً لضمير بدليل أنه يعرب والجل لا تعرب ولأنه لا يقع صلة ولو كان جملة لوقع صلة وحينئذ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعني أنه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو وثم ونحوهما - وأما قول النحويين إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي فهذا فيما يتعلق بالنفي بعد اثباته والطلاق ليس كذلك فتعين إثبات الأول وعطف الثاني عليه. وأما إذا قال أنت طالق لا بل أنت طالق فقد صرح بنفي الأول ثم أثبتته بعد نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلقة ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسي أن الطلاق الموقوع لا ينفي فاستدرك وأثبتته لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة الأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمي أو أنت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الألف واللام قد يراد بها العهد أي الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به ما دونها فهل يقع به ما نواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث فيه طريقان للأصحاب ولو قال الطلاق يلزمي وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص عمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لا أفراده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً وإنما يدل على مفعولاته بواسطة فلنفظ الأكل والشرب مثلاً يعم الأنواع منه والاعداد أبلغ من عمومه الماء كونه والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لا أفراده عموم أنواع مفعولاته (١) ذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه. وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات وقد يقال إن قوله الطلاق يلزمه وإن كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من

في الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حينئذ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجتي طالق أو عبدي حر وله زوجتان وعبيد فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعق بالجميع إلا أن ينوى عدداً معيناً لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغنى احتمالاً لا يرجح أنه لا يقع الطلاق والعق مع اطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر (ومنها) إذا قال له عندي درهم ودرهم ودرهم فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافى ونزلها صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الإطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغنى في الطلاق احتمالاً لا أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيّد مع حرف العطف لمخالفة الظاهر لأن ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

﴿ القاعدة الستون بعد المائة ﴾

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوى أهل الاستحقاق. ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الإطلاع عليه وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر أنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز الممين المنسية.

ونحن نذكرها هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به فقيه وجهان أحدهما يترعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه. والثاني يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً حدثاً أصغر وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضلة لا يكفي الآخر فقيه ثلاثة أوجه أحدها المحدث أولى لأن فضله يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضلة الجنب فأنما لا ترفع حدث المحدث ولا شيئاً منه. والثاني الجنب أولى لغاظ حديثه. والثالث هما سواء فيقرع بينهما أو يعطيه بأذن الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه وبعد

وضع الايدى للجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاء قال ويتصور ذلك عندى فى الوصية بالماء لأولاهم به انتهى . ويتصور ايضا فى النذر لأولاهم به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة أولاهم ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدحموا وتشاحوا فى تناول اولاء (ومنها) اذا تشاحوا فى الاذان مع تساويهم المرجح بها فيه فانه يقرع بينهم نص عليه احمد فى رواية ابى داود وابى طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سعدا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونص فى رواية ابى داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفى رواية محمد بن ابى موسى على ان المتعاهد للمسجد بالعمارة احق (ومنها) اذا اجتمع عراة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحجب له اعارته لرفقائه فان ضاق الوقت وفيهم من يصالح الائمة استحجب اعارته فيصلى فيه اماما والعراة خلفه فان استوا ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المغنى (ومنها) اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الائمة من كل وجه وتشاحا اقرع بينهما كما فى الاذان (وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولوولى امامة المسجد رجلا نصح وكانا فى الائمة سواء وايهما سبق اليها كان احق بها فان حضرا معا احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما ذكر ذلك القاضى فى الأحكام الساطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة مسبلة فى آن واحد ولم يكن لاحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب. وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما فعل معاذ بن جبل بامرأته (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحدا الكفنين أجود من الآخر ولم يعين البازل مال كل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبلت صفية يعنى أمه فاخرجت ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لآخى حمزة فسكنوه فيهما قال فجئت بالثوبين ليسكن فيهما حمزة فاذا الى جنبه رجل من الانصار قتيل قد فعل به ما فعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء أن يكفن حمزة فى ثوبين والانصارى لا كفن له فقال لحمزة ثوب والانصارى ثوب فقدرناهما فكان أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الاثرم للامام أحمد لما عدد أحاديث القرعة فعرفه أحمد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم. قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المراضاة ولو سلمناه فلا نالهم هنا بغير فعله فعفى عنها قال وأجود ما يقال فيها أنهما يبيعان العبدان ويقسمان الثمن على قيمة العبدان كما قلنا إذا اختلط زيته بزيت الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويقسمان الثمن على قدر القيمة انتهى (ومنها) إذا ادعى الوديعه اثنان فقال المودع لا أعلم من هي منكما فإنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها نص عليه أحمد وهي من فروع مسألة تدعى دين بيد ثالث يعترف بأنها لأحدهما وسند كرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالاماكن المباحة كالطرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمنذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبق فقياهان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذي ذكرهما في المدارس والخوانق المختصة بوصف معين أنه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزيله فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات. وقد يقال أنه يرجع بالقرعة مع التساوي (ومنها) إذا سبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما ففيه وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختارده صاحب المغنى. والثاني قاله القاضي وإن كان أحدهما للتجارة هائلاً الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وإن كان للحاجة فاحتمالات. أحدها يقرع بينهما. والثاني ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه أحوج وأولى. وأما أن وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يوم خلاف ذلك فليس بشيء (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقي منه وكانا متقايين ولم يكن تسمية الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة فإن كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه الآخر فإنه يساويه في استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس الأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه ذكره في المغنى (ومنها) إذا وصف للقطعة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فهي له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا في الصفات أقرع بينهما ولم يقرع بأيديهما جميعاً كافي الحضانة وإن ادعى نفسان التقاط طفل فإن كان في أيديهما أقرع بينهما فاقهر

يد من خرجت له القرعة فإن استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما، فقال القاضي والأكثرون لاحق لأحدهما فيه ويعطيه الحاكم إن شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق. وقال صاحب المغنى الأولى أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما فاشبه مالو تنازعا وديعة وفيه نظر. فإن الوديعة لأمين ولا مدعى طامس، وهما بخلاف القبط فإن الحق لمن سبق إليه ولم يثبت سبق لواحد منهما نصراً كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطعة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت إليها أقرع بينهما ذكره القاضي بخلافه. وهذا في اظاهر يخالف قوله في دعوى النقاط الغفل إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تقول لي الملك فهي كمدعى اثنين ملكية دين يزأيديهما لا يد عليها لأحد كما سيأتي إن شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره مائة وله جار إن بهذا الاسم فهل تبطل الوصية أو تصح ويوزع أحدهما بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً، وكذا سبق ذكر من وهب أحداً أولاده وتعذر الوقوف على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا أوصى لزيد بعد من تبينه قل الخرقى يعطى واحداً منهم بالقرعة كما لو أعتق واحداً مبيعاً والمذهب من أحد في رواية ابن منبه ورأى له أخسهم يعنى أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه المتيقن، وإنما أقرعنا في النوق لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا في استحقاقه فيميز بالقرعة وهذا الحق للوصوله وإنما يستحق ما يصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات المتوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي. فقال القاضي لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جهلوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من نلاد ماله دون ماورثته منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر ولا يثبت لهما أو تعارضت البيتان ففيه أوجه. أحدها يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبي موسى وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف. والثاني يتوارثان كما لو جهل الورثة الحال وهو قول أبي الخطاب وقول القاضي في المجرى وابن عقيل هو قياس المذهب. والثالث يحرف ورثة كل واحد لاسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه أحمد واختاره الخرقى لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق مشاركة وهم يتكبرون ذلك فيكون القول قولهم مع أيماهم بخلاف مسائل الفرقى فإن الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق وليس فيهم مدعى لاستحقاق أفرادهم بالميته. والوجه الرابع وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف أنه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفيين وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما (ومنها) إذا مات من زوجات واد طاق أحدها من طلاقا يقطع الارث أو كان نكاح باطن فاسد أو لا توارث فيه، وجعل دين المأخوذة وذات النكاح الفاسد فاما تعيين بالقرعة والميراث للبواقي نص عليه أحمد (ومنها) الأولياء المستوون في النكاح إذا اشاحوا أقرع بينهم (٤٥ - قواعد)

فان سبق من اخطأته القرعة فزوج فهل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجهل
 أسبق العقدین فقیه روایتان . احدهما یمین الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة ذهبى زوجته
 ولا يحتاج الى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر الى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن
 منصور وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه ، القاضي في المجرد [وابن عقيل وغيرهما و ذكر القاضي
 في الجامع] والخلاف والروایتین وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في
 النكاح الفاسد وفيه ضعف فان هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً ، وأيضاً
 فمجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة من زوجيتها معاً فلها أن تزوج من
 الأصحاب بمجرد الذي خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له بيقين . وقد حكى ذلك القاضي في كتاب
 الروایتین عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فانه اذا أمر
 أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خلت المرأة من زوجيتها معاً فلها أن تزوج من
 شاءت منهما ومن غيرها ولا فائدة حينئذ للقرعة . وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما
 سيأتى . وقال الشيخ تقي الدين لو كان الأمر كما ذكره لم يبق من الروایتین فرق ولا للقرعة فائدة
 وانما يجب على رواية القرعة أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنائها ، ولو مات
 ورثته لكن لا يطأها حتى يمدد العقد فيكون تجديد العقد يحل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب
 أو يقال انه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق
 واجباً على الآخر قال وليس في كلام أحد تعرض الطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فان القرعة
 جعلها الشارع حجة وبينه تفيد الحل ظاهراً كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يوقف معه على
 حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكلف به العباد بل هو في نظر الشرع كالمعلوم مادام مجهولاً ،
 ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب ان من طلق واحدة من زوجانه ثم أنسيها
 فانها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقي فكذلك هاهنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة
 ويفيد حل الوطء ولا يقال هنالك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع
 الطلاق عليها وهذا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون تيقن
 العقد الصحيح لأننا نقول الاستصحاب بطل بيقين وقوع الطلاق المحرم . ولهذا أبطل أصحابنا
 الاستصحاب في مسألة اشتباه المساء الطاهر بالنجس ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري لأن
 الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس . وحينئذ تتفق صورتان لأن في أحدهما اشتبهت الزوجة
 بالمطلقة ثلاثاً وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد إحدى أمائه ابنه ثم مات ولم يعينه بين القرعة وإن كان حراً الأصل . واعلم أن القاضي حكى عن أبي بكر بن سليمان النجاد أنه يقرع بين الزوجين فمن قرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جرد الآخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضي في بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبرك منك على صداق ألف درهم قبضها منى . وعدم كل واحد منهم البينة في الحال وقالت البنت أعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة تزوجنى يقيناً ولكن لا أعرفه عينا فقال أبو علي النجاد ترفع أمرها إلى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طائفة واحدة ثم يقترع بين الثلاثة على الألف فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أيهم شئت أن أحببت فإن كانت هذه الحكاية مستندة للقاضي في الحكاية عن النجاد فقد وهم في تسميته فإن الحكاية عن أبي علي ونسبها هو إلى أبي بكر بن سليمان وليست المسئلة في نكاحين مشتبهيين بل في دعوى القرعة فيها انما هي الدال لا المحل البضع فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالكلية فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ثم تزوج من شاءت منهما أو من غيرهما إذا شاءت نقلها أبو الحرث ومهنا ، وهى اختيار أبي بكر في خلافه والخرق وحكى ابن أبي في موسى المسئلة روايتين . أحدهما يبطل النكاحان . والثانية يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهى له قال الأول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له ما نقله ابن منصور عن أحمد في ولين زوجا امرأة لا تدرى أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما ما هنا نكاحاً ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً وقيداً بما إذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضي في خلافه المذهب كذلك . وإما أن علم وقوعهما معا فهما جميعاً باطلان غير منعدين . وذكر القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين أن حكمه حكم مالو وقعا مترتبين وجهل سبقهما فيه الروايتان . قال أبو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع ، فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهيين فقد سبق ذكره وإن في وجوب نصف المهر على من تخرج القرعة عليه منهما وجهين ، فإن ماتت المرأة قبل الفسخ ففي المغنى احتمالان . أحدهما يوقف نصف ميراثها أو ربه حتى يصطلحان عليه . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقي الدين وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب ، أما الأول فلا نالنا نقف الخصومات قط . وأما الثاني فيكيف يحلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلا يمين، وأما على قولنا لا يقرع فإذا قلنا إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى، وإما أن قلنا لا مهر فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً انتهى . وإن مات الزوجان جميعاً فلها ربع ميراث أحدهما فإن اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث لها منه بغير اشكال وإن ادعت أن أحدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع إيمانهم . فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تقر المرأة بسبق أحدهما ففي المغنى احتمالان أحدهما أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثاني يتعين فيما إذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص أحمد في رواية حنبل وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما فأيتهن أصابتها القرعة فهي التي ترثه ، وقد ذكر ذلك صاحب المغنى أيضاً فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم يقر الواحد منهما بذلك ثم مانا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيكن المختارات وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهومات فيميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق فيباح له نسكاحن بدون زوج وأصابة بعد انقضاء عدة البواقي . وقال القاضي في خلافه في كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثاً لأن نكاحن ثابت لم يحكم بفساده فيأحقهن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئاً منهن إلا بعد زوج وأصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولا يمكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هاهنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهما فيورث أربع منهن بالقرعة ، وأما عدة قضيتها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عدة الوفاة وإسلامه لم يوجب البيئونة في الزائد على الأربع بل البيئونة تقف على اختياره فإذا اختار في حياته أربعاً فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام . والثاني وهو قول القاضي في المجرى وابن عقيل وصاحب المغنى أن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء وعلوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطأت بشبهة فيجب على الجميع أطول العديتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة ييقن، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيئونة ثبتت بالإسلام وتبين بالاختيار فإذا اختار أربعاً

فعدة البواقي من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فهن زوجات له حتى يختار فلا يتوجه أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحهن في حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويحجب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أوجب عدة الوفاة على المنصوص فهذا أولى. ويلتحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسها ثم مات قبل القرعة فانا نقرع بينهما ونخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقي كما نص عليه أحمد، وأما العدة فقد ذكر القاضي في خلافه انه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخل بهن يسقط الفرض يقين وان دخل بهن لزمهن أطول الامر من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة وأن تكون زوجة فلا تبرا الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصرص عن أحمد فانه نص في رواية ابى طالب أنه يقرع بينهما فأيتهم اصابها القرعة لم تورث ولم تعتد ومراده أنها لا تعتد عدة الوفاة وهذا يدل على أن العدة تابعة لليراث وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها لأن القرعة بينة شرعية وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يبنى عليها حكم العدة لأنها من توابع الطلاق ولوازمه ، فعلى هذا المنصوص يتخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيمكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم البواقي عدة الوطء من حين الاسلام اذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضي على الجميع أطول الأجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب في المسئلة روايتين. احدهما أنه يتعين بالقرعة. والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين احدهما أنه يعطيا ما يختاره هو. والثاني يعطى ما تختاره هي واختار أنهم إن تساوا فلها واحد بالقرعة والا فلها الوسط ، والمنصوص عن أحد في ذلك ما نقله مهنا في رجل تزوج امرأة على عبد من عبيده فقال اعطياها من أحسنهم ؟ قال ليس له ذلك ولكن يعطيا من أو سطهم فقلت له ترى أن يقرع بينهم . قال : نعم اقلت : تستقيم القرعة في هذا ؟ قال نعم ! يقرع بين العبيد . وتناول ابو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه . قال القاضي ولا يصح هذا التأويل لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معيناً لم يعتبر الأوسط ونقل عنه جعفر بن محمد يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلاً (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احدهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر باحدى زوجاته او البداة بها لم يجز بدون قرعة الا أن يرضى البواقي بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمه بأن قال لامرأته احدا كما طالق ولم ينو معيناً فإنه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب ونص عليه احمد في رواية جماعة ، وفيه رواية ثمانية أن له تعيينها باختياره ، وتوقف احمد مرة فيها في رواية ابن الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم أنسها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غراباً ففلانة طالق وان لم يكن غراباً ففلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالمشهور أيضاً أنها تعين بالقرعة وبحل له البواقي كما أنه لو اعتنق أمته من اماء وأنسها عينها بالقرعة وحل له البواقي لأن القرعة قامت مقام المأهر والمخر للضرورة والتمار لم يكن العباد بما نفس الامر بل بما ظهر وبدا وان كان مخالفا لما في نفس الامر والمجهول كالمعروف ما دام مجهولاً فاذا علم ظهر حكمه كالاجتهاد مع النص والتيمم مع الماء ، وقد نص احمد صريحاً على هذا في رواية جماعة وعن احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشانجي سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم ايتهن طلق قال اكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قل أقول بالقرعة أي لأجل الميراث بعد الموت . وهذه اختيار صاحب المغني والمذهب الأول وعليه فلو ذكر أن المطلقة غير من أصابتها القرعة وأنه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة توقف فيه احمد مرة وقال في رواية الميموني ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لأن حق الزوج الثاني تعلق بها فلا يقبل قوله في اسقاط حقه وفسخ نكاحه ، وان لم تزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع اليه أيضاً نص عليه في رواية الميموني أيضاً . قال ابن أبي موسى وهو يرجع الى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتعلق حكم الزوج وأولى ، وان لم تكن القرعة من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضاً لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن يتضمن ابطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا ، وعن أبي بكر وابن حامد لا يرجع اليه لأنه متهم في نفى الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومنها) لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما إن كان غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً وقال الآخر إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً ففيه وجهان . أحدهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فإنه ييقن زوال النكاح في إحدى زوجتيه فلذلك عذبت بالقرعة وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين . والثاني أنه يقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في الايضاح وابن عقيل والحلواني وفي الجامع للقاضي أنه قياس المذهب وعلى الأول فمن اعتقد خطأ الآخر

دونه حل له الوطء وان شك وتردد كف عنه وجوباً عند القاضي. وورعاً عند ابن عقيل والمنصوص عن احمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله انه قال يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكم لوقوع الطلاق على احدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشاننجي عنه ويحتمل وهو الاظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي. قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص احمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري اهو بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فان لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً وان علم أنه بار في وقت اعتزلها وقت الشك وحاصله أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فانه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) اذا قال ان كنت حاملاً فانت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل (ومنها) إذا وكل وكبلاً في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري ما يفعل (ومنها) إذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الاوخر لا مكان أن يكون أول ليلة (ومنها) إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر فانه يعتزلها مطلقاً نكلاً عنه منها (ومنها) مسألة إن كان الطائر غراباً وهي هذه المسئلة (ومن مسائل القرعة) اذا قال لامرأته ان ولدت ذكراً فأنت طالق طلقه وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقته فولدت ذكراً وأنثى متعافين وأشكل السابق منهما فوجهان. أحدهما أنه يقع بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟ وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغنى. والثاني يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل لأنه تيقن وقوع احد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق احدى الزوجتين وشك في عينها، ومأخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الاعيان المشبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين احدى الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك ومن منعها نظر الى القصد بها هنا هو اللازم وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا أظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق) اذا قل أزواجته الأربع أي تكن لم أطأها الليلة فصواحبها طواقي ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن فالمشهور عند الاصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً لأن شرط الطلاق وهو خلو الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها اذا بقي جزء منها لا يتسع للإيلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث صواحيبات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليا. وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الاصحاب. أحدهما هذا. والآخر وهو الذي ذكره أولاً وجزم به ان احدها من نطاق ثلاثاً والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين، وعلمه بأنه لما أمتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة فلما امتنع عن اثنائية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين

فثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فلي هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج واصابة ومملك رجعة البواقي وشرح كلامه ان يقدر الامتناع من وطئن مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فاذا بقي من الليلة زمن لا يتسع للإيلاج في أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فتطلق الثلاثة البواقي طلقة طلقة فاذا بقي زمن لا يتسع للإيلاج في الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة وعلى الثالثة والرابعة طلقتان اذا بقي زمن لا يتسع للإيلاج في اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتحرر حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطاً لطلاق صواحبتها لأن تقدير الكلام ايتسكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت انه لا يحث لأن حنثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت فيستدعي وجود المحلوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب انه يحث في حال التعذر كما لو حلف ليشرين ماء هذا الكوز اليوم فحلف قبل مضى اليوم بانه يحث في الحال، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحث وقل صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى منهن من كان وقت اليمين حظه من القسم والثانية التي تأيها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في آن واحد ففيه وجهان. أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدعوهي منكرة. والثاني يقرع بينهما فن قرع فالقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فانها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وإن آلى من واحدة غير معينة ففي المحرر وجهان. أحدهما يعين بالقرعة. والثاني بتعيينه وهما مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق وفي المعنى له وطء الجميع سوى واحدة منهن فاذا لم يبق سوى واحدة تعين الأيلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحث في هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة اما لعدمها أو لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور انه لا يباحق بالقرعة وقد قل أحد في رواية على ابن سعد في حديث علي في ثلاثة وتعووا على امرأة فأقرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال في رواية يعني ابن منصور في حديث عمر في القافة أعجب الى يعني من هذا الحديث وعلى هذا فهل يضيع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينتسب الى من يميل طبعه اليه من المدعين له فيلحق به على وجهين والأول قول أبي بكر والثاني قول ابن حامد واختار صاحب المحرر انه يلحق بالمدعين معاً كالمدينين لعين

ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدما فان العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يالحق النسب
بهما إذ لا يمكن الحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن
رجلين اختصما اليه أيهما وقع على امرأة في طهرها ايش تقول فيه؟ قال أحمد ان ولدت خيرت الابن
أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً ، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار . قال القاضي هذا
موافق لقول ابن حامد انه ينسب الى من شاء منهما وقال الحارثي إنما دل على انه ينسب اليهما كما اختاره
صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه الى بلوغه وتخييره انما هو للحضانة ، والاظهر عندي أن مراد
أحمد أنه اذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير في المقام عند من يختار منهما . فانه سئل عن
حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الحكمان . وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيالحق نسبه بالقرعة ذكرهما
في المغنى في كتاب الفرائض وهى مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها
قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مراضع فذكر منها وأقرع في الولد من حديث الأجاج
عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه ، وأذهب الى القرعة لأن النبي صلى الله
عليه وسلم أقرع . قلت ان بعض الناس لا يجيزون القرعة إلا في الأموال قال أليس قد أقرع النبي
صلى الله عليه وسلم بين نساءه والقرعة في القرآن في موضعين ، وظاهر هذا انه أخذ بالقرعة في النسب
وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من
توزيع العزم في جزء مفرد . وقد قال أبو بكر عبد العزيز : لو صح لقائنا به وأما حكم تحريم النكاح فإن
ألحقت القافة الولد بأحد الوائثير وكان بنتاً حلت لأولاد الآخر ولم تحل لأحد من الوائثير لكونها
ربيبه له وان لم توجد قافة فإن قانا يضيع النسب حرمت على الوائثير وأولادهم كما إذا اشتمت
ذات محرم بأجنبي وان قانا يترك حتى يبلغ فينسب الى أحدهما بميل الطبع ففي حلها لولد الآخر
باب هذه المرأة احتمالاً لا ذكرها صاحب الترغيب في الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكثر الأصحاب
ان ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر وان ألحقته بهما انقضت به
عدتها منهما . وفي الانتصار لأبي الخطاب لا يمتنع على أصاننا أن نقول تنقضى به عدة أحدهما لا بعينه
وتعتد للآخر فيما اذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السابق . وأما إن ضاع نسبه
فان لم توجد قافة واشكل عليهم ففي الاقتاع لابن الزاغوني يضاف الى أحدهما بالقرعة وتنقضى به
عدتها منه . قال ويحتمل أن تستأنف العدة لهما لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما حيث لم ينسب
إلى واحد منهما ، وفي المجرد والفصول والمغنى يلزمه أن تعتد به بدو وضعه بثلاثة قرو . لأنه ان كان من
الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول ليسقط

الفرض يقيين . وأما حكم الميراث إذا تعذر إلحاق النسب بواحد منهما ومات الولد ففي المجرد في العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تمتع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا إذا طلق أحدى نسائه ومات ثم قال فإن كان للطفل أم وأب أحدهما المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولا أحدهما ولد فيجوز أن يكون للبيت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثلث ولا تحجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين وفي هذا عندى نظر من وجهين . أحدهما أن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثاني أن القاضى ذكر في المجرد في كتاب الفرائض أنه يوقف المشكوك فيه حتى يصطاح عليه ثم العجب أنه جعل للآم هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس ؟ وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فصلاً للأحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه وإنما التعويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً ، وأما دخول القرعة فيما نستحقه الام من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الخنثى من ميراث ذكر أو أنثى ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه - هذا الكلام فى إلحاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقرب ولد منهم من أمة له ثم مات ولم يتبين وتعذرت القافة أقرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجح (ومنها) إذا بلغ سبع سنين فإنه يخير بين أبيه وأمه فى الحضانة على ظاهر المذهب فإن لم يختر واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور، وفيه وجه يعطى لأمه . وأما قبل السبع فإذا استوى فى استحقاق حضائته رجلان كماخوين أو امرأتين كماختين فإنه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً (ومنها) إذا استحق القود جماعة وتشاحوا فى مباشرة الاستيفاء ففيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثانى بتعيين الامام قاله ابن أبى موسى هذا إذا كان المقتول واحداً فإن كانوا جماعة وطلب ولى كل واحد منهم أن يقتل على الكمال ففيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيده ويجب للباقيين الدية . والثانى يبدأ بالسابق فى القتل فيقاد به وتعين الدية للباقيين، فإن قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المغنى سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب فى الانتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم، وحكى أن المنصوص عن أحمد أنهم إذا طلبوا القتل فلا يسلم لهم غيره ويكونون قد أخذوا بعض حقه وسقط بعضهم، وبعد بأن القصاص لا يتبعض فى الاستيفاء والاسقاط (ومنها) إذا أعطينا الأمان لمشرك فى حصن ليفتحه

لنا ففعل، ثم اشتبه علينا وادعى كل منهم انه المستأمن ففيه وجهان. أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هانئ أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً. والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقيون وحكى ذلك عن أبي بكر والخرق لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه، ولو كان حر الأصل كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فأنانقرع بينهما للحرية وإن كان حر الأصل. ومن نصر الأول قال إرقاق الباقيين هنا يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته بخلاف من أعتق أحد عبده واشتبه عليه فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله فلا استدامة تبقيه على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المنتهق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتبهت علينا لنرجه جواز إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن إرقاء بنفس السبب فقد اشتبه هاهنا الرقيق بحر الأصل كمسئلة الإقرار بالشار إليها، وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم انه المسلم فإنه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقيون لأنهم إنما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتبه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه، فيميز بالقرعة وجعل أعجابنا حكم هذه المسئلة حكم مسئلة دعوى الأمان في جريان "الخلاف فيها" (ومنها) إذا جعلنا مالاً لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما انه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنبيه فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سوا بدعواهما له. والآخر يقرع بينهما فمن أصابه القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف يمين ولم يدر أي الإيمان هي فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء. قال في رواية ابن منصور في رجل حلف يمين لا يدرى ما هي طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الإيمان كلها لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحمد في رواية أخرى قال صالح سألت أبي عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ما حلف بالله أم بالطلاق أو بالمشى (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف إذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران. أحدهما أنه يقرع بين الإيمان كلها من الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه، وهو بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعتاق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فنونه. وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استثنى في هذه المسئلة فتوقف فيها ثم نظر فإذا قيس المذهب أنه يقرع بين الإيمان كلها الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فأى يمين وقعت عليها القرعة فهي المحاوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل علي بن عيسى والتصحيح على النابلسية. (٢) في الأصل: وبالمشيئة والصحيح عنها

ما يقتضى أنه لا يلزمه حكم هذه اليمين وذكر رواية ابن منصور . والثاني أنه يلزمه كفارة كل يمين لأنه يتيقن وجوب أحدهما وشك في عينه وذكره ابن عقيل في فنونه أيضاً ، وهو متجه فيما إذا علم أنها إحدى الايمان المكفرة ، وأما ان شك هل هي مما يدخله التكفير أو لا فلا يزول شكه بالتكفير المذكور . وفي مسائل ابراهيم الحربي سمعت رجلاً سأل احمد بن حنبل عن يمين حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدري كيف حلفت فقال احمد حدثنا يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك حلفت وليس أدري كيف حلفت ؟ فقال له شريك ليتنى إذا دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افتيك انتهى . وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر بما إذا حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك في شرط الطلاق وهو عدمى فلا يلزمه طلاق على المذهب عند صاحب المحرر ، وفيه وجه يحتمل في آخر أوقات الامكان لأن الاصل وجود [ما علق عليه وهو العدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فهنا شرط الطلاق وجردى] (١) وهو الفعل فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده وافق الشيخ تقي الدين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ثم نسيه أنه لا يحتمل لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور في الصورة الأولى (ومنها) إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختافوا في البادى بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرماة في المبتدى بالرامي وتشاحوا أقرع بينهم في قياس المذهب قال الأمدى واختار القاضي أنه يقدم من أخرج السبق فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب الترغيب أنه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدى فيه بالرمي (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل الفى ، في درجة ففى المجرد يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفى الأحكام السلطانية يقدم بالسابقة فى الاسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالشجاعة ثم ولى الأمر بخير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافأ فى صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة قال القاضي هذا قياس المذهب كالأذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنين فى عقدين مترتين وجهل السابق منهما فقال القاضي يخرج على روايتين . إحداهما بطلان العقد فیهما . والثانية استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا انتهى . ولكن المشهور فى حكاية الرواية الأولى فى كتاب القاضي وأصحابه أنه يفسخ النكاحان وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين فى بلد .

(١) ما بين المربعين من النابلسية وكذا فيما سيأتى

عملاً واحداً وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحتكمان إليه فالقول قول المدعى فان تساويا في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين إليهما فان استويا أقرع بينهما، وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقان على أحدهما قال القاضي والأول أشبه بقولنا (ومنها) إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة وتشاحوا في التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا إذا ادعى الخصمان عنده معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) القرعة في القسمة إذا عدل القاسم السهام بالأجزاء ان تساوت وبالقيمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضى الرد فانه يقرع بين الشركاء وهو مخير ان شاء كتب اسم كل واحد منهم في رقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رقعة منها، وان شاء كتب اسم كل سهم في رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء فإذا تمت القرعة لزم القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة لأنها بيع إذا دخلها الرد فيشترط لها التراضي (ومنها) إذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فافر بها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عينه فانه يقرع بينهما فمن قرع فهي له، وهل يخالف؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين وعليه حمل حديث أبي هريرة إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهي له بغير يمين، ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهنا أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما نص عليه في المردود في رواية ابن منصور. وإن قال من هي في يده ليست لي ولا أعلم من هي؟ ففيها ثلاثة أوجه. أحدها يقترعان عليها كما لو اقر بها لأحدهما بهما. والثاني يجعل عند أمين الحاكِم. والثالث تقر في يد من هي في يده والأول ظاهر كلام الامام أحمد في رواية صالح وأبي طالب وأبي النصر وغيرهم. والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من هي في يده شيء معترف بأنه ليس له ولا يعرف مالكة فادعاه معين فهل يدفع إليه أم لا وهل تقر بيد من هو في يده أم ينتزعه الحاكِم فيه خلاف (ومنها) إذا تداعى اثنان عينا ليست في يد أحد [هما] ففيها وجهان. أحدهما يقسم بينهما كالتي بأيديهما. والثاني يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت بيد ثالث وهو ظاهر كلام أحمد في رواية صالح في اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستتمان عليه فمن خرج سهمه فهو له مع يمينه ولم يفرق بين أن يكون في يد غيرهما أولاً يكون في يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البيعتان ففي المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض وبصيران كمن لا بينة لهما والثانية يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحدهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا حكى القاضي في بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها في كتاب المجرد

والخلاف وقال إنما معناها ان البيئتين يسقطان بالتعارض وتصير العين في يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل فقال لو أقام البيعة جميعا سقطت البيئتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبها ويستهمان على اليمين ، وحكى ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى أنه يوقف الأمر حتى يتبين أو يصطاحا عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل ندم بيعة الخارج في أشهر الروايتين وفي الأخرى بيعة الداخل، إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بأن يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتيها منه ويقم بذلك بيعة فقيه روايتان أحدهما أنه كيسة الداخل والخارج على ما سبق وهي المذهب عند القاضي. والثانية يتمارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستندها وهو الشراء الذي عورض به، وهذه الرواية اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وصاحب المحرر . واختار أبو بكر هاهنا وابن أبي موسى أنه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البيعة أنه اشتراه بمائة وأقام الآخر البيعة أنه اشتراه بمائتين والبائع يقول بعته بمائتين والثوب في يد البائع بعد . قال ليس قول البائع بشيء يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له بالذي ادعى أنه اشتراه به . قلت : فإن كان الثوب في يد أحدهما ولا يدري أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما في يده إذا كان مقرأ أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما في يده، والعجب أن القاضي في المجرد حكى هذا النص عن أحمد وذكر أنه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على أنه كان في أيديهما وإنما أجاب أحد فيه بالقرعة كما ذكرناه وإنما المجيب بالقسمة سفيان الثوري فإن إسحاق ابن منصور يذكر لأحد أولاً المسألة وجواب سفيان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالخالفه وربما يشبهه جواب أحمد بجواب سفيان وقد وقع ذلك للقاضي كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور، ووقع في الإرشاد لابن أبي موسى في هذه المسألة كما وقع للقاضي فإنه نقل عن أحمد أنه إذا كان الثوب في يد البائع فهو بينهما نصفين وإن كان في يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً . وذكر الشيخ تقي الدين أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البيئتان بالعقدين أو الإقرارين أو الحكمين أن يصدق البيئتان به أن علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بيعة واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فهنا إما أن يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر في يد ذي اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن انتقل عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما إذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يفسخهما إلا إذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فإنه يقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو المالك بغير المالك

الملك فأنا نقرع فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من حظر القرعة (ومنها)
الاقراع في العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالاقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) اذا
أعتق في مرضه عبده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فإنه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص
عليه أحمد في رواية جماعة قال القاضي ويكون العتق مراعى فان مات ولم يحز الورثة تبينا أن الحر
منهم اثنان مثلاً وأن العتق كان واقعا عليهما دون غيرهما ولكهما كانا غير معينين وانما تميزاوتعيينا
بالقرعة كما يميز ويتعين الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالاقراع في القسمة وغيرها ويستثنى من
هذا صور لا إقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) اذا كان عتق أحد العبدین مرتباً على الآخر بان
قال ان أعتقت سالمًا فغانم حر فانه يعتق سالم وحده اذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى الى
عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) اذا قال في مرضه اعتقوا سالمًا
ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ما عتق وقال أيضاً اعتقوا غانمًا ان خرج من الثلث والا
فاعتقوا منه ما عتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد
بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع كما لو قال اعتقوا نصف سالم والا فنصف غانم (والثالثة)
اذا أعتق أمة حاملًا في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها قالوا لا يجوز الاقراع لأن الحمل تبع
لامه وجزء منها فلا يجوز افراذه بالعتق دونها والقرعة قد تفضى الى ذلك ولا ان تعتق هي دون حملها
اذا استوعبت قيمتها الثالث لان الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا
يعتق منه مثله فيتعين ان يعتق منها ومن حملها بالحصة وذهب على بن ابي موسى الى ان الاقراع
انما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما ان كان لمعين فلا اقراع وكذا
ان لم يتشاح فيه العبيد وحكى عن ابي بكر في خلافه ما يوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبده ولم
يحز الورثة اعتقوا منهم بمقدار الثلث فان تشاح العبيد في العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم
الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن ابي موسى وذكره أبو بكر فيما اذا شهدت بيته على مريض
انه اعتق عبده هذا وشهدت أخرى انه اعتق عبده هذا انه يجب العتق لهما ويتخاص فيه العبدان قال
أبو بكر لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً يعنى اذا كان العتق لواحد لا للجميع
وهذا مناقض لما ذكره ابن ابي موسى في تدبيرهم كالم إلا أن نقول تدبيرهم يقع موقوفاً مراداً كعتقهم
المنجز في مرضه فيعتق منهم من عدم الاجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز بالقرعة بخلاف ما اذا أعتق
عبدین معينين وهو ضعيف فانه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلاً اذ لا بد من الرد
الى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه اعتقوا عني أحد عبيدي هذين انه يعتق أحدهما

فان تشاحا في العتق يقرع بينهما وانما قال يعتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم كما لو وصى بأحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبيده فانه يعين بالقرعة ويخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق ولو أعتق عبدا من عبيده ثم أنسيه أو جهله ابتداء كمسئلة الطائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة ايضا ويخرج وجه آخر انه لا يقرع هاهنا من الطلاق وأشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق انه يقرع فن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك في غيره إلا أنه لا يستباح وطىء شيء منهن اذا كن إماء ولو قال رجل ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر وقال آخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر وجعل أمره فالشهور أنه لا يعتق واحد من العبدین فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر فقيه وجهان: أحدهما يعتق ما اشتراه لأن استدامته لا سترقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذي عتق فاذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه. والثاني أنه يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحاباً للأصل لا غير وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادق على أمر يتفقان عليه وعلى الثاني أن وقعت الحرية على المشتري فكذلك وان وقعت على عبده فولأؤه له ويتوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهذا وكذلك يقال لو كان عبيد بين شريكين موسرين فقال أحدهما ان كان الطائر غراباً فنصبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصبي حر فان العبد يعتق على أحدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأُمته أول ماتادينه حر فولدت ولدين واشتبه أولهما خروجاً فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداء ولو قال أول غلام لي يطاع فهو حر فطاع عبيده كلهم أو قال لزوجاته ايتكن طلع أولافى طالق فطلعن كلهن فصاحبه على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية مهنا واختلف الاصحاب في هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق فميز بالقرعة كمسئلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وانهم طلعوا دفعة واحدة وقال صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراده والمعتق انما أراد عتق واحد منهم فميز بالقرعة وهي طريقة القاضى في خلافه ومن الاصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ولفظه صالح للعموم لأنه مفرد [مضاف] أو يقال الأولية صفة للمجموع لا الافراد وهو الذى ذكره صاحب المغنى في الطلاق ومنهم من قال لا تطلق ولا يعتق شيء منهم لأن الاول لا يكون الا فرداً لا تعدد فيه والفردية مشبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل في الطلاق والسامري وصاحب الكافي ، ويتخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بعدهم من عبيده وزوجاته طلقن وعتقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره فيتحقق له بذلك صيغة الأولية وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . وقريب من هذه المسئلة ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق فقال واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده أيكم جاءني بخبر كذا فهو حر فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر على روايتين قال في أحدهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق وقال في الأخرى فقد عتقا جميعاً انتهى . فأما وجه عتقهما جميعاً فظاهر لأن أياً من صيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر إلى الأنفهام من هذا التعليق الخصوص وأنه إنما أريد به عتق واحد يحمي . بالخبر فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لا عموم شمول فلا يعتق به أكثر من واحدة فإذا اجتمع اثنان على الاتيان بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهي طالق فإذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة إلى الجميع سواء . وأما الاخبار فالمقصود منه يحصل من أحد المخبرين فلا حاجة إلى الآخر ، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضي أنه لو قال لزوجاته من أخبرني منكن بكذا فهي طالق فأخبرنه متفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الأولى لأن مقصوده من الاخبار وهو الاعلام حاصل بها . ولهذا لو قال من دخل دارى فله درهم فدخل جماعة فلكل واحد منهم درهم ولو قال من جاءني فله درهم فجاءه جماعة فلهم درهم واحد بينهم ذكره القاضي في كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فإن كل واحد وجد منه دخول كامل ، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً فقيه وجهان . أحدهما السبق المذكور بينهما كما لو قال من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة . والثاني لكل منهم سبق كامل لأنه سابق بافتراده ، وحاصل الأمر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه كرد الأبق ونحوه فلا يتعدد المشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للعدد وهو نوعان . أحدهما ما يكون التعدد فيه مقصوداً لدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح كما إذا قال من دخل دارى فهو حر أو فله درهم أو فهي طالق وكذلك تسمى على هذا إذا قال من جاءني فله درهم لأن تعدد الاثنين مطلوب بخلاف ما ذكره القاضي . ومسألة السبق قد يقال هي من هذا النوع وقد يقال للسبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقي بل هو سابق لمن تأخر عنه ومساو لمن جاء معه فالمتصف بالسبق هو المجموع لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

(٤٦ - قواعد)

جعلنا واحدا وهذا اظهر . والنوع الثاني ما لا يكون التعدد فيه مقصودا كالإتيان بالخبر فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى . والذي نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل أبو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هذا يتخرج مسألة أو لكن يطلع على إذا قيل إن الأولي صفة لكل واحد من المجتمعين لأن هذا التعليق لم يقصده إلا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قيل الأولي صفة للمجموع بوجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتبه عبده بعبيد غيره قال القاضي قياس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتبهت زوجته بأجنبية فطلقها فله إخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا أنه يخرج أربعاً بالقرعة ثم ينكح البواقي ، ولو اشتبهت اخته بأجنبيات فقال القاضي في خلافه لا يمنع التميز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبهت فيهن فانها تميز بالقرعة على المنصوص . وفي عهد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه إلا بإجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تعمل في أكد التحريمين وتعمل في أيسرهما .

فصل

وهذه فوائد تليق بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب ، ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة

١ - (الأولى) فمن ذلك ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها وفي هذه المسئلة روايتان عن الإمام أحمد . أحدهما ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائد (أحدها) محل الاستفتاح فعلى الأولى يستفتح في أول ركعة يقضيهما إذ هي أول صلاته نقلها حرب وفي شرح المذهب للقاضي لا يشرع الاستفتاح فيها لغوات محله وعلى الثانية يستفتح في أول ركعة يدركها لأنها أولته نقلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التعمد فعلى الأولى يتعمد إذا قام للقضاء خاصة وعلى الثانية يتعمد في أول ركعة يدركها وهذا بناء على قولنا إن التعمد يختص بأول ركعة فأما على قولنا هو مشروع في كل ركعة فتلغى هذه الفائدة (الفائدة الثالثة) هيئة القراءة في الجهر والاختفات فإذا فاتته الركعتان الأولتان من المغرب أو

العشاء جهر في قضائهما من غير كراهة نص عليه في رواية الاثرم وان ام فيهما وقلنا بجوازه سن له الجهر وهذا على الرواية الاولى وعلى الثانية لا جهر ها هنا (الفائدة الرابعة) مقدار القراءة والاصحاب في ذلك طريقان . احدهما انه اذا ادرك ركعتين من الرباعية فانه يقرأ في المقضيتين بالحمد وسورة معها على كلا الروایتين . قال ابن ابى موسى لا يختلف قوله في ذلك وذكر الخلال ان قوله استقر على ذلك وفي المغنى هو قول الأئمة الاربعة لا نعلم عنهم فيه خلافا . والطريق الثانى بناؤه على الروایتين فان قلنا ما يقضيه أول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفاتحة وهى طريقة القاضى ومن بعده وذكره ابن ابى موسى مخربا وقد نص عليه احمد في رواية الاثرم وأوماً اليه في رواية حرب وغيره وانكر صاحب المحرر الطريقة الاولى وقال لا يتوجه إلا على رأى من رأى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأى من رأى قراءة السورتين في الآخريتين اذا نسيهما في الاولتين . قلت وقد اشار احمد الى مأخذ ثالث وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة سنة مؤكدة فيحتاج لها اكثر من الاستفتاح والاستعاذة ولو ادرك من الرباعية ركعة واحدة فان قلنا ما يقضيه اولى صلاته قرأ في الاولتين من الثلاثة بالحمد وسورة وفي الثالثة بالحمد وحدها . ونقل عنه الميمونى يحتاج ويقرأ في الثلاث بالحمد وسورة قال الخلال رجع عنها احمد .

(الفائدة الخامسة) قنوت الوتر اذا ادركه المسبوق مع من يصلى الوتر بسلام واحد فانه يقع في محله ولا يعيده ان قلنا ما يدركه آخر صلاته وان قلنا اولها اعاده في آخر ركعة يقضيها .

(الفائدة السادسة) تكبيرات العيد الزوائد اذا ادرك المسبوق الركعة الثانية من العيد فان قلنا هى اول صلاته كبر خمسا في المقضية وإلا كبر سبعا (الفائدة السابعة) اذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنازة فان قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الامام في الذكر الذى هو فيه ثم قرأ في اول تكبيرة يقضيها وان قلنا ما يدركه اول صلاته قرأ فيها بالفاتحة (الفائدة الثامنة) محل التشهد الاول في حق من ادرك من المغرب او الرباعية ركعة وفي المسئلة روايتان . احدهما يشهد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين نقلها حرب . والاولى اختيار ابى بكر والقاضى وذكر الخلال ان الرويات استقرت عليها ، واختلف في بناء الروایتين فقل على الروایتين في اصل المسئلة ان قلنا ما يقضيه أول صلاته لم يجلس الا عقيب ركعتين وان قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لانها ثانيته وهذه طريقة ابن عقيل في فصوله وأوماً اليها احمد في رواية حرب . وقيل ان الروایتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهى طريقة صاحب المحرر وغيره ونص احمد على ذلك صريحا في رواية عبد الله والبرائى مفرقا بين القراءة والتشهد وعلي في رواية عبد الله بانه

احتياط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر في القراءة في الركعتين وقد صح عن ابن مسعود انه يجلس عقيب ركعة مع قوله ان ما ادركه مع الامام آخر صلاته نقله عنه احمد . وزعم صاحب المغنى ان الكل جائز ويرده ما نقله منها عن احمد انه اذا جلس عقيب ركعتين سجد للسهو فجعله كتارك التشهد الاول ، وما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجده منقولاً تطويل الركعة الاولى على الثانية وترتيب السورتين في الركعتين فأما رفع اليدين اذا قام من التشهد الاول اذا قلنا باستحبابه فيحتمل أن يرفع اذا قام الى الركعة المحكوم بانها ثلثه سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل ان يرفع اذا قام من تشهده الاول المعتمد به سواء كان عقيب الثانية أو لم يكن لانه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان وهذا اظهر والله اعلم

٣- (الثانية) الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة المالك . اختلف الاصحاب في ذلك على طريقتين . (احداها) ان الزكاة تجب في العين رواية واحدة وهي طريقة ابن ابي موسى والقاضي في المجرى (والثانية) ان الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة وهي طريقة ابي الخطاب في الاتصار وصاحب التلخيص متبعة للخرقي (والثالثة) انها تجب في الذمة وتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي و ابي الخطاب وغيرهما وهي طريقة الشيخ تقي الدين (والرابعة) أن في المسئلة روايتين . احدهما تجب في العين والثانية في الذمة وهي طريقة كثير من الاصحاب المتأخرين وفي كلام ابي بكر في الشافعي ما يدل على هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك واعصاره فان كان موسراً وجبت الزكاة في ذمته وان كان معسراً وجبت في عين ماله وهو غريب وللاختلاف في محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة (الاولى) اذا ملك نصاباً واحداً ولم يؤد زكاته احوالاً فان قلنا الزكاة في العين وجبت زكاة الحول الاول دون ما بعده ونص عليه احمد واختاره اكثر الاصحاب لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق تملكه والمستحق في حكم المؤدى فصار كالمنذور سواء فان المنذور يجوز عندنا ابداله بمثله وهذا كذلك وان قلنا الزكاة في الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا ان دين الله عز وجل يمنع الزكاة وقال السامري يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام احمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت زكاته من جنسه فاما ان كانت من غير جنسه كالابل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين نص عليه معللاً بانه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاماً وهذا ما ذكره الحلال وابن ابي موسى والقاضي والا كثرون وذكر الشيرازي في المبهج انه كالاول لا يجب سوى زكاة واحدة ومتى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صرح به في التلخيص ونص احمد في رواية منها على

وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكى لا وجود له في الخارج فتتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نص احمد في رواية غير واحد على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيما بعد الحول الاول، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداء فيه وجهان. احدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الآدمي وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضى في شرح المذهب وصاحب المغنى . والثاني أنه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضى في المجرد وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال في الجامع واورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الاولى من غير النصاب في اثنا الحول الثاني بنى الحول الثاني على الاول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الاول يستأنفه من حين الاخراج ويفنى على هذين الوجهين مشكلة معروفة في باب الخلطة والله اعلم (الفائدة الثانية) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لا تسقط بذلك الا زكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجائحة قبل القطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا تنفاه التمكن من الانتفاع بها وخرج ابن عقيل وجها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف مخالف للاجماع . وعن احمد رواية ثانية بالسقوط فمنهم من قال هي عامة في جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشي . واختلفوا في ما خذ الخلاف على طريقين . أحدهما أنه البناء على الخلاف في محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلواني في النبصرة والسامري وقيل إنه ظاهر كلام الخرقى وفي كلام أحمد إيماء إليه أيضا . والطريق الثاني عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضى والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا إنما إن قلنا التعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلا وجوبها كان شكرا لنعمه ثم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الإجارة وأيضا فمنهم من قال تعلقها بالعين ولا يبقى تعلقها بالذمة فهي كدين الرهن ووجه السقوط مطلقا أنا ان قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجاني وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتتمكن من الفعل كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة لفقراء من المال فيسقط بتلفه وفقير صاحبه واختار السقوط مطلقا صاحب المغنى (الفائدة الثالثة) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاعت التركة عنهما

فلمنصوص عن أحد أنهما يتحاصن نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلف
الأصحاب في ذلك فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة
لأننا إن قلنا هو الذمة فقد تساوى في محل التعلق وفي أن كلا منهما حقاً لآدمي وتمتاز الزكاة بأنها من
حق الله عز وجل وإن قلنا العين فدين الآدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً في تساويان وهذه طريقة
إلى الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة
لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن
وهذه طريقة القاضي في المجرى والسامري. وفي كلام أحمد إيماء إليها ومن الأصحاب من وافق على هذا
البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة
في الذمة فيساوي دين الآدمي وهذا تخريج في المحرر مع أن صاحبه ذكر في شرح الهداية أن النصاب
مضى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا يتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يزداد بزيادته
وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مومن المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك
على سائر الديون ، وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب . فاما ان كان المالك حياً وافلس
فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائغ
للعذر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الآدمي له وملازمته وحبه فيكون عذراً له في التأخر
بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الآدمي لفاتت الزكاة بالكلية وظاهر كلام القاضي
والأكثرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد ينتزل على القول بالوجوب في العين إلا أن
صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق
(الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منها هاهنا حالتان .
إحدهما أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه صرح به الخريقي والأصحاب
وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين فيقدم عند
التزاحم ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجاني على المرتهن اذا لحق المنحصر في العين بفوت
بفواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفي من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ
القاضي وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقاً بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي اذا
كدين الرهن ، والاظهر في هذا ان يقال تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري والقهرى اقوى
كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية
العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتعلق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين

وصرح به بعض المتأخرين و لما أخذ الثاني ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مزاحمة غيره من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل افلس وهذا مأخذ صاحب التاخير وعلى هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب وذكره الخرقى ايضا لان تتعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون اذن والزكاة لا يتعين اخراجها منه وذكر السامري انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله اخراجها منها ايضا لانه يتعلق قهرى وينحصر في العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول بيع او غيره والمذهب صحته ونصر عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة وذكر ابو بكر في الشافى أنا ان قلنا الزكاة في الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا في العين لم يصح التصرف في مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تتعلق الزكاة تتعلق شركة او رهن صرح به بعض المتأخرين وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن احمد في المرأة اذا وهبت زوجها مهرها الذى لها في ذمته فهل تجب زكاته عليه أو عليها قال فان صح حناحية المهر جيعه فعلى المرأة اخراج زكاته من ماله وان صح حناحية الهبة فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين في ذمة الزوج فيلزمه اداؤه اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بناء غريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة بذمته حيثئذ بغير خلاف كما لو تالف فان حجز عن أدائها فطريقان . أحدهما ما قاله صاحب الهداية ان قلنا الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كولو وجب عليه دين لآدمى وهو موسر فباع مائة ثم أعسر وان قلنا في العين فسخ العقد في قدرها تقديماً لحق المساكين لسبقه . والثانى ما قاله صاحب المغنى انها تتعين في ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالاً بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بناء على محل التعلق (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائباً عن مالكه لا يقدر على الاخراج منه لم يلزمه اخراج زكاته حتى يتمكن من الاداء منه نص عليه أحمد في رواية منها وصرح به الشيخ محمد الدين في موضع من شرح الهداية لان الزكاة هو إساءة فلا يلزم اداؤها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه ، ونص احمد في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه آداء زكاته حتى يقبضه لأن عوده مرجو بخلاف التالف بعد الحول وهذا لعلة يرجع الى ان اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال القاضى وابن عقيل يلزمه آداء زكاته قبل قبضه لأنه في يده حكماً ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف الدين الذى في ذمة غريمه وكذلك ذكر صاحب الهداية في موضع آخر وأشار في موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا الذمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لا تسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن الغائب اذا تلف قبل قبضه . يخالف الكلام احمد (الفائدة السابعة) اذا اخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرج من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق فان قلنا الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كالمؤونة لان الزكاة انما تجب في المال النامي فيحتسب من نمائه ، ويمكن أن ينبنى على هذا الأصل ايضا الوجهان في جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله الاخراج منه والا فلا وفي كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تزكيته بدون اذنه نص عليه في رواية المروذي اللهم الا ان يصير المضارب شريكا فيكون حكمه حكم سائر الخطاء والله اعلم .

٣- [الثالثة] المستفاد بعد النصاب في اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد ما لا زكوا من جنس النصاب في اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا ولكن هل نضمه الى النصاب في العدد ونخلطه به ويزكيه زكاة خلطة أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول فيه ثلاثة اوجه (أحدها) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه يختص بما اذا كان المستفاد نصابا أو دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يتأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب شرح الهداية لانه مضموم الى النصاب في العدد فيلزمه حينئذ جعل ما ليس بوقص في الملك وقصا وهو ممتنع ويختص هذا الوجه أيضا بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول تجتمع مع النصاب في الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر باطراده في كل الاحوال وصرح القاضي ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجها . والوجه الثاني أنه يزكى زكاة خلطة وصححه صاحب شرح الهداية كما لو اختلط نفسان في اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب فيزكى زكاة ضم وعلى هذا فهل الريادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يزك زكاة انفراد وهذا قول ابى الخطاب في انتصاره وصاحب المحرر . والثاني أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإنما زكاة النصاب زكاة انفراد لانفراده في أول حوله الأول بخلاف الحول الثاني وما بعده فعلى هذا إذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تنمة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول إذا تم حول المستفاد وجب فيه ما بقى من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فإنه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتمين وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ما سبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناءه على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته . ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تنمة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه مسنة فإذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني وهو الأظهر وعلى الأول يمتنع الضم هنا لثلاثي يؤول إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تباع على وجه الانفراد أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثاني) أن تكون تنمة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستاً وسبعين من الإبل ثم ستاً وأربعين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه ابتالبون فإذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثاني يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فإن وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصا محضاً يضمه إلى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده فكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يمتنع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثاني وهو الأظهر يجب اخراج تنمة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبنى لبون ونصفا عن مائتين من الإبل فهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يختلفان حيث أدى الاتفاق إلى أحد الأمرين وسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين . أحدهما أن لا يكون في واحد منهما أعنى النصاب والمستفاد وقص ولا حدث من اجتماعهما وقص فيزى كما تقدم وهو أن يأخذ فرضي الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد - صاته منه ويترك منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خدساً من الإبل

بعد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فان الشارع أوجب أربع شياه في عشرين بنت
مخاض في خمس وعشرين فتكون مقدرة في خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد
ثلاثين فانه يجب للزيادة ربع مسنة لأن التبيع مقابل لثلاثة أرباع مسنة والمسنة تعدل تايحا وثلاثا
أبدا . (الضرب الثاني) أن يكون في المال وقصر أما حالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيختلف هاهنا وجه
الضم والخلطة فانا على وجه الضم نجمع من النصاب الأول ما تعلق به الفرض منه ويضم اليه تمة النصاب
المجموع من الباقي ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التمة وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع
المال ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم، فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع
لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فاذا تم حول الثانية ضمنت الى العشرين الأولى خمسا تكن
خمس وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقي خمس
بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت
مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر
بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه شاتان فاذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تمة النصاب
وهي عشر فاجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لأن فيهما جميعاً وقصا لم يؤد عنه والمال عند
الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله اذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج
عن جميع ما لم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمسان من بنت مخاض
وخمس خمس بنت مخاض فاذا تعذر هذا فاستفاد لا يخلو من أربعة أقسام . (الأول) أن يكون نصابا
معتبرا للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم إحدى وثمانين بعدها ففي الأربعين شاة عند حولها فاذا
تم حول الثانية فوجهان أحدهما فيها شاة أيضاً وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها شاة
واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لأن ذلك حصة
المستفاد من الشاتين الواجبتين في الجميع . وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا
كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً لثلاث يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم
أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع (القسم الثاني) أن تكون الزيادة
نصاباً لا يغير الفرض كن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففي الأول إذا تم حولها شاة فاذا تم
حول الثانية فثلاثة أوجه . أحدها لا شيء فيها وهو وجه الضم لأن الزيادة بالضم تصير وقصاً . والثاني
فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون
الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا تغير الفرض كن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففي الأول

إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهى الضم والانفراد . والثانى فيها ثلث شاة وهو وجه الخلطة (القسم الرابع) أن لا تبلغ الزيادة نصاباً وتغير الفرض كمن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرأ بعدها فاذا تم حول الأولى ففيها تبيع فاذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكروا فيها خلافاً ، ومنهم من صرح بنفى الخلاف كصاحب المحرر وعلل بأن وجه الانفراد متعذر لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتمين وجه الخلطة وأما صاحب الكافي فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذى تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبيعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب لإخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

ع — [الرابعة] الملك فى مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا فى هذه مسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهى المذهب الذى عليه الأصحاب (والثانية) لا ينتقل حتى ينقضى الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حكى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة (منها) وجوب الزكاة فاذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فزكاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له (ومنها) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو فى مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) لو كسب المبيع فى مدة الخيار كسباً أو نماء نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع (ومنها) مؤونة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) إذا تلف المبيع فى مدة الخيار فإن كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشتري على المذهب وعلى الثانية من مال البائع (ومنها) لو تعيب المبيع فى مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لا تنفاء القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال (ومنها) تصرف المشتري فى مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحد فى رواية أبى طالب أن له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما أن ذلك فرج فيحتاج له . والثانى أن ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالاستخدام والاجارة وانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تبرضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال الا بالتقوى ونقل منها وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري الرايتين وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى أنه ان أجاز البائع صح والتمن له وان رده بطل البيع وعلى المشتري استرداده فان تعذر فعليه قيمته وان سرق أو هلك فهو من ضمان المشتري فحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشتري وآخرها يبطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لسكنها مفرعة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتبين به أن الملك كان للبائع وعلى أن تصرف الفضل موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لانقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد في رواية حرب أنه لا ينفذ حتى يتقدمه امضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغنى والمحرر ، وفي المجرد للقاضي احتمالان هذا كله تفريع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشتري ، فأما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما وللبيع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشتري فانه يختار به الامضاء وحق الفسخ يقدم عليه (ومنها) الوطء في مدة الخيار فان وطئ المشتري فلا شيء عليه لأن الملك له وان وطئ البائع فان كان جاهلاً بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً فالمقصود عن أحمد في رواية منها أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والاكثرين لأنه وطئ لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطء المرتن ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن المالك لا يفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه يفسخ بوطئه فلا حد لأن تمام الوطء وقع في ملك فتمكنت الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحب المغنى والمحرر لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي افساخ العقد بوطئه بل وبعمدات وطئه فيكون الوطء حينئذ في ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشتري الخلاف (ومنها) ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو حالف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأنكر الشيخ
 مجاهد الدين ذلك وقال بحمله على الروايتين . فاما الأخذ بالشفعة فلا يثبت فى مدة الخيار على الروايتين عند
 أكثر الأصحاب ونصر عليه أحد فى رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بان الملك لم يستقر
 بعد ومنهم من علل بان الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها
 فى مدته وهو تعليل القاضى فى خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده اثبتت الشفعة
 وذكر أبو الخطاب احتمالاً بثبت الشفعة مطلقاً اذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري (ومنها)
 إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته فى مدة الخيار فعلى المذهب يستحق
 المشتري الأول انتزاع شقص الشفيع من يد مشتربه لانه شريك الشفيع حالة بيعه وعلى
 الثانية يستحق البائع الاول لأن الملك باق له (ومنها) لو باع الملتقط اللقطة بعد الحول بشرط
 الخيار ثم جاء ربها فى مدة الخيار فان قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وان قلنا بانتقاله فوجهان .
 المحذور به فى الكافى الوجوب (ومنها) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم احرم فى مدته فان قلنا
 انتقل للملك عنه فليس له الفسخ لانه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه وان قلنا لم ينتقل
 الملك عنه فله ذلك ثم ان كان فى مدة المشاهدة أرسله والافلا (ومنها) لو باعت الزوجة قبل الدخول
 الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فان قلنا الملك انتقل عنها ففى لزوم استردادها وجهان وإن
 قلنا لم يزل فيها استرده وجهها واحداً (ومنها) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع
 الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يازمه لبقاء الملك (ومنها) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها
 فى مدته فان قلنا الملك لم ينتقل اليه لم يكفه ذلك الاستبراء وان قلنا بانتقاله ففى الهداية والمغنى يكفى
 وفى الترغيب والمحرم وجهان لعدم استقرار الملك

هـ - [الخامسة] الاقالة هل هى فسخ أو بيع فى المسألة روايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى
 والاكثرون أنها فسخ وحكاها القاضى عن أبى بكر وفى التنبيه لأبى بكر التصريح باختياره أنها بيع
 ولهذا الخلاف فوائد عديدة (الاولى) اذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز
 على قولنا هى فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكها القاضى فى المجرد فى الاجازات أنه يصح
 بيعه من بانه خاصة قبل القبض (الفائدة الثانية) هل يجوز فى المكيل والموزون بغير كيل ووزن
 إن قلنا هى فسخ جازت كذلك وان قلنا هى بيع فلا هذه طريقة أبى بكر فى التنبيه والقاضى والاكثرين .
 وحكى عن أبى بكر أنه لابد فيها من كيل ثاب على الروايتين كما أن الفسخ فى النكاح يقوم مقام
 المطلاق فى إيجاب العدة (الفائدة الثالثة) اذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس

الثن فان قلنا هي فسخ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد فتبين اذاً أن العوضين على وجههما كالرد بالعيب وغيره وان قلنا هي بيع فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده ، أحدهما يصح وقاله القاضي في كتاب الروايتين كسائر البيوع . والثاني لا يصح وهو المذهب عند القاضي في خلافه ، وصححه السامري لأن مقتضى الاقالة رد الأمر الى ما كان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجوز بأكثر من الثمن وان كانت بيعاً فبيع التولية وهذا ظاهر مانقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة فقدم فقال أفاني ولك كذا وكذا قال أحمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعته ومعها فضل الا أن يكون تسمرت السوق أو تاركا البيع فباعه بيعاً مستأنفاً فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال أفاني ولك كذا وكذا فهذا مكروه فقد كره الاقالة في البيع الأول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتبايعاه بيعاً مستأنفاً اذا تسمرت السوق جازت الاقالة بنقص في مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص في رواية أحمد بن القاسم وسندي وحنبل على الكراهة بكل حال نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللاً كشبهة مسائل العينة لانه ترجع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشتري فضل درهم ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً لانه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً لاسيما والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه ما يدل على جوازه قال في رواية الأثرم وسأله عن بيع العربون فذكر له حديث عمر فقيل له تذهب اليه قال أى شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال أليس كان ابن سيرين لا يرى بأساً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربون من جنس الاقالة بربح وهو يرى جواز بيع العربون وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر ، فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوباً بعشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشتراه باثنين وعشرين نقداً قال لا بأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم يرب به بأساً وصرح أبو الخطاب وطائفة من الأصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لا يجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن أحمد انه بعد القبض يبيعه كيف شاء (الفائدة الرابعة) تصح الاقالة بلفظ الاقالة والمصالحة ان قلنا هي فسخ ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي في خلافه قال ما يصلح للحل لا يصلح للعقد وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا الاقالة بلفظ البيع . وظاهر كلام كثير من الأصحاب انعقادها

بذلك وتكون معاطاة (الفائدة الخامسة) إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغنى فى التفليس ، ولو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضى مدة لان يتغير فى مثلها أو بعد إباقه واشتباهاه بغيره صح على الأول دون الثانى ولو تقايلا مع غيبة احدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل الدار وقال على الفور أقتلك فان قلنا هي فسخ صح وان قلنا هي بيع لم يصح ذكره القاضى وأبو الخطاب فى تعليقهما الآن البيع يشترط له حضور المتعاقدين فى المجلس . ونقل أبو طالب عن احمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس واختلاف الاصحاب فى تأويلها وفى كلام القاضى أيضا ما يقتضى أن الاقالة لا تصح فى غيبة الآخر على الروايتين لأنها فى حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد بالغيب والفسخ بالخيار وهل يصح مع تلف السبع على طريقين . احدهما لا يصح على الروايتين وهى طريقة القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى ان قلنا هي فسخ صحت وإلا لم تصح قال القاضى فى موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى إن قلنا هي فسخ صحت وإلا لم يصح قول القاضى فى موضع من خلافه هو قياس المذهب وفى التاخييص وجهان فان أصابهما الروايتان اذا تلف المبيع فى مدة الخيار (الفائدة السادسة) هل تصح الاقالة بعد النداء للجمعة ان قلنا هي بيع لم تصح والا صحت ذكره القاضى وابن عقيل (الفائدة السابعة) نهى المبيع نماء منفصلا ثم تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يقبع النماء بغير خلاف وان قلنا فسخ فقال القاضى النماء للمشتري وينبغى تخريجه على الوجهين كالرد بالعيب والرجوع للمفاس (الفائدة الثامنة) باعه مخلصا ثم تقايلا وقد اطاع فان قلنا المقابلة بيع فالثمرة ان كانت مؤبرة نهى المشتري الأول وان لم تكن مؤبرة نهى للبائع الأول وان قلنا هي فسخ تبعث الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه نماء منفصل ذكره فى المغنى وقد سبقت المسألة فى قاعدة النماء (الفائدة التاسعة) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هي بيع ففى التاخييص يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندى أن لا يثبت أيضا لان الخيار وضع للنظر فى الحظ والمقيد وعلى دخل على أنه لاحظ له وانما هو متبرع والمستقبل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظ له فى ذلك وندم على أن العقد الأول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر والله أعلم (الفائدة العاشرة) هل يرد بالعيب ان قلنا هي بيع ردت به وان قلنا هي فسخ فيحتمل أن لا يرد به لأن الاصحاب قالوا الفسخ لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالعيب لأحد الشفيعين وأفتى الشيخ تقي الدين بفسخ الخلع بالعيب فى عوضه وبفوات حقه فيه وبإدلاس الزوجة به (الفائدة الحادية عشرة)

الاقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . أحدهما على الخلاف فإن قلنا هي فسخ جازت وإن قلنا بيع لم يحز وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب الروضة وابن الزاغوني والثانية جواز الاقالة فيه على الروايتين وهي طريقة الأكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك (الفائدة الثانية عشرة) باعه جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فإن قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شركة في الأرض قبل المقابلة شيئا من الشقص بالشفعة وإن قلنا هي بيع ثبتت لهم الشفعة وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفعتها ثم تقايلا وأراد العافي أن يعود إلى الطلب فإن قلنا الاقالة فسخ لم يكن لذلك والا فلا الشفعة (الفائدة الثالثة عشرة) اشترى شقصا مشفوعا ثم تقايلاه قبل الطلب فإن قلنا هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائعه وإن قلنا فسخ فقيل لا تسقط أيضا وهو قول القاضي وأصحابه لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقيل يسقط وهو المنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبي حفص والقاضي في خلافه (الفائدة الرابعة عشرة) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه من الأصحاب من قال إن قلنا الاقالة بيع ملكه والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله والأكثر على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار (والخامسة عشرة) هل يملك المفلس بعد الحجز المقابلة لظهور المصلحة إن قلنا هي بيع لم يملكه وإن قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على الأصح لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف بل من تمام العقد الأول ولو أحقه (الفائدة السادسة عشر) لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع إليه باقالة فإن قلنا هي بيع امتنع رجوع الأب فيه وإن قلنا هي فسخ فوجهان ، وكذلك حكم المفلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه باقالة ووجدها بأثمها عنده (الفائدة السابعة عشرة) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استبرأؤه فيه طريقان . أحدهما قلله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وإن قلنا فسخ لم يجب والثاني أن في المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الأصل ثم قيل إنه مبني على انتقال الضمان عن البائع وعدمه وإليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع إلى أن تجديد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب الاستبراء وهذا أظهر (الفائدة الثامنة عشرة) لو حاف لا يبيع أو يبيع أو عاق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال فإن قلنا هي بيع ترتب عليها أحكامه من البر والحنث والا فلا وقد يقال الإيمان تبنى على العرف وليس في العرف أن الاقالة يبيع (الفائدة التاسعة عشرة) تقايلا في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصحة العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه . إن قلنا هي بيع فحكمه بصحة العقد الأول صحيح

لأن العقد باق وقد تأكد ترتيب عقد آخر عاياه وإن قلنا هي فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة
فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم
ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمد الادلة (الفائدة العشرون) لو باع
ذمي ذمياً آخر خمرأً وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها فان
قلنا الاقالة يبيع لم يصح لأن شراء المسلم للخمر لا يصح . وإن قلنا هي فسخ احتمل أن يصح
فيرتفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى اسقاط الثمن عن المشتري واحتمل أن لا
يصح لأنه استرداد للملك الخمر كما قال أصحابنا في المحرم أنه لا يسترد الصيد بخيار ولا غيره فان رد
عياه بذلك صح الرد ولم يدخل في ملكه فيلزمه ارساله . وفي التخييص لو رد العبد المسلم على بايعه
الكافر بعيب صح ودخل في ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم
بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك اذا قلنا يملك بالقبول (الفائدة الحادية والعشرون)
الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضي في موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل
بالموت ولا يصح بعده . وقال في موضع آخر ان قلنا هي بيع صححت من الورثة وان قلنا فسخ فوجها
٦- [السادسة] النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا في المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما
أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات حتى أن القاضي في تعليقه أنكر ثبوت الخلاف في
ذلك في المذهب والا كثرون أثبتوه ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (منها) أنه يحكم بملكها للمشتري
بجرد التعيين فيملك التصرف فيها وان تلفت تلفت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الاخرى
لا يملكها بدون القبض هي قبله ملك البائع وتناف من ضمانه (ومنها) لو بان الثمن مستحقاً فعلى
المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبانت مستحقة وعلى
الثانية لا تبطل وله البدل ، وهما من مسئلة مشتملة على قواعد المذهب وهي اذا غصب نقوداً واتجر
فيها دربح فان نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك فن الاصحاب من بناء على القول بوقف
تصرف الغاصب على الاجارة كابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من بناء على أن تصرفات الغاصب
صحيحة بدون اجازة لانه مدة تطول فيشتق استندراكها وفي القضا يبطلانها ضرر عليه وعلى
المالك بتفويته الربح وهي طريقة صاحب التخييص والصحة عنده مختصة بالتصرف الكثير وأشار
اليه صاحب المغنى وأن مالم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح التصرف فيه بدون انكاره
لهذا المعنى . ومن الاصحاب من نزل على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم نقد الثمن وهي طريقة
القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر ويشهد لهذا أن المروذي نقل عن أحمد التفرقة

بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة فتزول نصوصه المطلقة على هذا المقيد وانما كان الريح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المصوب منه وفائدته فهو كالمثول من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء (ومنها) اذا بان النقد المعين معيماً فله حالتان. احدهما أن يكون عيبه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الاصحاب وعللوه بأنه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبان حماراً وأوماً اليه أحد في رواية الميموني فقال ان كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه اذا كان كله أو غالبه كذلك واما ان كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن اجباره على قبول هذا وانما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل في الباقي وللمشتري الخيار لتبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما اذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبان تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بثمن الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فاذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانع عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه ربا ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمن وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من السمن وانما فرق بين السمن وغيره لأن السمن شأنه بيع السمن فكأنه باعه بمقدار الظرف سمناً وأما غيره فانما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الاول لا الثاني (الحالة الثانية) أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبائع بالخيار بين الامساك والفسخ وليس له البدل اتعيين النقد في العقد ومن أمسك فله الارش الا في صرفها بحبسها صرح به الحلواني وابنه وصاحب المحرر وفي بعض نسخ الخرقى ما يقتضيه وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فاما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال الا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه في المجلس ولافسخ بذلك وانما يثبت به البدل دون الارش لان الواجب في الذمة دون المعين (ومنها) اذا باعه سلعة بنقد معين فبلى المشهور لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منهما ثم يقضي بينهما لتعاقب حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد في الذمة فيجبر البائع أولاً على التسليم لتعان حق المشتري بالعين
دونه . ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور . وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة
(ومنها) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيياً وأنكر المشتري فيه
ثلاث طرق . أحدهما أن قلنا النقود تتمين بالتعيين فالقول قول المشتري لأنه يدعى عليه استحقاق
الرد والاصل عدمه وان قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشتري أيضاً لأنه أقبح في
الظاهر ماعليه . والثاني قول القابض لأن الثمن في ذمته والاصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها
منه وهذه طريقة السامري في المستوعب . والطريقة الثانية أن قلنا النقود لا تتمين فالقول قول البائع
وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت براءتها منه وان قلنا تتمين فوجهان
مخرجان من الروايتين فيما اذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة . أحدهما القول قول
البائع لأنه يدعى سلامة العقد والاصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والاصل عدمه . والثاني قول
القابض لأنه منكر التسليم والاصل عدمه وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه وجزم صاحب
المغنى والمحرم بان القول قول البائع اذا أنكر أن يكون المردود بالعيب هو المبيع ولم يحكما خلافاً
ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيئاً نظراً الى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والاصل
عدمه . وذكر الاصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف وفرق السامري في فروقه بين أن يكون المردود
بعيب وقع عليه معيئاً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون في الذمة فيكون القول قول المشتري
لما تقدم وهذا فيما اذا أنكر المدعى عليه العيب ان ماله كان معيئاً أما إن اعترف بالعيب فقد فسخ
صاحبه وأكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو في يده صرح به في التفليس في المغنى
معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر والاصل معه ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار اذا
رده المشتري بالخيار فانكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشتري حكاة ابن المنذر عن أحمد
لاتفاهم ما على استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجه صاحب المغنى وقد يفتى على ذلك أن المبيع
بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره .
فان الامانات القول قول من هي في يده مع الاختلاف في عينها وقد نص عليه أحمد في الرهن وكذلك
نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه
أنه أمانة عنده ومن الاصحاب من علل بان الاصل براءة ذمة البائع مما يدعى عليه فهو كما اقر بعين
لرجل ثم أحضرها فانكر المقر له أن تكون هي المقر بها فان القول قول المقر مع يمينه (ومنها) لو
كان عهدين شريكين قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لا أحدهما اعتق نصيبك عنى على هذه الدنانير العشرة ففعل عتق نصيب المسؤول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتعيين لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء. فصار معسراً وإن قلنا لا يتعين سرى إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بشمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامري ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

٧ - [السابعة] العبد هل يملك بالتمليك أم لا ؟ في المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الأصحاب أنه لا يملك وهو اختيار الخرقى وأبي بكر والقاضى والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شافلا وصححها ابن عقيل وصاحب المغنى ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً (فمنها) لو ملك السيد عبده مالا زكوا فإن قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وإن قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لا تنفاه ملكه له ولا على العبد لأن ملكه مزلول ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأfarب ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الأصحاب منهم أبو بكر والقاضى وهو ظاهر كلام الخرقى وفى كلام أحمد إيماء إليه وحكى بعض الأصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بأنه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك اذن السيد لقول أحمد فيزيكه باذن سيده وإنما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزيكى بدون اذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالاً بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين لأنه إما ملك له أو فى حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله (ومنها) إذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال الفطر فإن قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وإن قلنا يملكه فوجبهما لأفطرة له على أحد قاله القاضى وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثانى فطرته على السيد صححه صاحب المغنى لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته (ومنها) تكفيره بالمال فى الحج والأيمان والظهار ونحوها ، وفيه للأصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فإن قلنا يملك فله التكفير بالمال فى الجملة والأفلا وهذه طريقة القاضى وأبى الخطاب وابن عقيل واكثر المتأخرين لأن التكفير بالمال يستدعى ملك المال فإذا كان هذا غير قابل للملك بالكلية ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فإنه يكفر بالإطعام وهل يكفر بالتعق على روايتين لأن التعق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجزاء الصيام المترجه أن كان فى ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وإن لم يكن فى ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحر المعسر إذا بذل له مال . وعلى هذا ينزل ما ذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال فى الحج ونفى اللزوم فى الظهار

(الطريقة الثانية) أن في تكفيره بالمال باذن السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك حكاهما القاضى فى المجرى عن شيخه ابن حامد وغيره من الاصحاب وهى طريقة أبى بكر فوجه عدم تكفيره بالمال مع القول بالملك أن يملكه ضعيف لا يحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا نفقة الأقارب فكذلك الكفارات والوجء تكفيره بالمال مع القول بانه مال له ملكه مأخذان. احدهما أن تكفيره بالمال انما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير لا يشترط دخوله فى ملك المكفر عنه كما يقول فى رواية فى كنزارة المجمع فى رمضان إذا عجز عنها وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا بانه جاز أن يدفعها اليه وكذلك فى سائر الكفارات على إحدى الروايتين ولو كانت قد دخلت فى ملكه لم يجز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حينئذ اخراجا للكفارة (والمأخذ الثانى) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته اليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام فيجوز أن يثبت له فى المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون ييمه وهبته كما اثبتنا له فى الأمة ملكا قاصراً أيسح له التمسرى بها دون ييمها وهبتها على ما سنده و هذا الاختيار الشيخ تقي الدين . ووجه التفريق بين العتق والاطعام أن التكفير بالعتق محتاج الى ملك بخلاف الاطعام ذكره ابن أبى موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه ففعل اجزأته ولو أمر أن يعتق عنه ففى اجزأته عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق لم يصح ولو اعتق الاجنبى عن الموروث لم يصح ولو اطعم عنه فوجهان (الطريقة الثالثة) أنه لا يجزى . التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقتين وهى ظاهر كلام أبى الخطاب فى كتاب الظهار وصاحب التاخيص وغيرهما لأن العبد وإن قلنا يملك فان ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون مخاطباً بالتكفير بالمال بالكلية فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فانه قابل للتملك ومن هاهنا والله أعلم قال الخرقى العبد اذا حنث ثم عتق إنه لا يجزئه التكفير بغير الصوم بخلاف الحر المعسر اذا حنث ثم أيسر وقال أيضاً فى العبد اذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مدمن قيمة الشاة يوماً وقال فى الحر المعسر انه يصوم فى الاحصار صيام التمتع . والفرق بينهما أن العبد ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات والاحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فارجبنا على العبد صياماً يقوم مقام الهدى ويعدل قيمة الشاة كما وجب فى جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالأصالة ليس بدلاً عن الهدى وهو يعدل الهدى وشبه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فان الواجب فى ذمته بالأصالة هو الهدى فاذا عجز عنه انتقل الى البدل الذى شرع للهدى وهو صيام المتعة (ومنها) اذا باع عبداً وله مال وفيه

للأصحاب طرق (أحداها) البناء على الملك وعدمه فان قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر
 شرائط البيع فيه لانه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك
 صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا لا يملك اشترط لمالكه
 معرفته وأن يبعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط
 التقابض لأن المال حينئذ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وأبي الخطاب
 في انتصاره وغيرهم (والطريقة) الثانية اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فان كان المال مقصوداً
 للمشتري اشترط عليه وسائر شروط البيع وأن كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع
 به وحده لم يشترط ذلك لانه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر
 أصحابه كالخرقي وأبي بكر والقاضي في خلافه وكلامه ظاهر في الصحة . وإن قلنا ان العبد لا يملك
 وترجع المسئلة على هذه الطريقة الى بيع ربوي بغير جنسه ومعه من جنسه ما هو غير مقصود وقد استوفينا
 الكلام عليها في القواعد ورجح صاحب المغنى هذه الطريقة (والطريقة الثالثة) الجمع بين الطريقتين وهي
 طريقة القاضي في الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أن قلنا العبد يملك ام يشترط لماله شروط
 البيع بحال وان قلنا لا يملك فان كان المال مقصوداً للمشتري اشترط له شرائط البيع وان كان غير مقصود
 له لم يشترط له ذلك (ومنها) اذا أذن المسلم لعبده الذمي أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتراه
 فان قلنا يملك لم يصح شراؤه له وان قلنا لا يملك صح وكان مملوكاً للسيد . قال الشيخ مجد الدين
 هذا قياس المذهب عندى قلت ويتخرج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين
 أنه لا يصح شراء الذمي لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بان يأذن الكافر لعبده المسلم الذي ثبت ملكه
 عليه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً . فان قلنا يملك صح وكان العبد له وان قلنا لا يملك لم يصح
 (ومنها) تسرى العبد وفيه طريقتان أحدهما بناؤه على الخلاف في ملكه فان قلنا يملك جاز تسريه
 وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة
 القاضي والأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهي طريقة الخرق وأبي بكر
 وابن أبي موسى ورجحها صاحب المغنى وهي أصح فان نصوص أحمد لا تختلف في إباحة
 التسرى له فتارة عال بأنه يملك وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لاجماع الصحابة عليه وهذا
 يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل انه لا يملك اتباعاً للصحابة في ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل
 إنه لا يملك فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج الى الاتفاع به ولذلك يملك عقد النكاح وهو
 ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسري ويثبت له هذا الملك الخاص لحاجته اليه ولا يجوز تسريه

بدون اذن نص عليه في رواية جماعة كنيكاحه ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماليته ويضربه
لتعلق حق السيد به والتسرى فيه في اضرار بالجارية وتنقيص لما ليتها بالوطء والحمل وربما أدى الى
تلفها . ونقل عنه أبو طالب و ابراهيم بن هانيء يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده
في ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضي فيما علقه على حواشي الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه
من غير اذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده اذا
كان مأذونا له ونصه يقدم على اشتراط تسريه في مال نفسه الذي يملكه وقد أومأ الى هذا في رواية
جماعة وهو الاظهر ونقل الاثر من عنه في الرجل يهب لعبد جارية لا يوطأها ولكنه يتسرى في ماله
اذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذي في يديه وهذا في اعتبار الاذن في التسرى من مال
نفسه وتفريقه بين ذلك وبين الأمة التي يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون اذن
السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لأذن السيد بكل حال . واعلم أن الامام احمد متردد في تسرى العبد بأمة
سيده ونكاحه هل هما جنس واحد أم لا فقال في رواية حنبل لا يبيع أمته المازوجة بعبيده
حتى يطلقها العبد فجعله تمليكاً لازماً ونقل عنه الآكثرون جوازه واختلاف عنه في بيع سرية
عبيده فنقل عنه الميموني الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع معالاً بأن التسرى بمنزلة
النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هانيء وغيره واختلاف عنه في جواز
تسرى العبد بأكثر من أمتين فنقل عنه الميموني الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه
في أن العبد وسريته يوجب تحريرهما عليه لزوال ملكه عنها ونقله عن ابن عمر واختلاف عنه في عتق
العبد وزوجته هل ينفسخ به النكاح دلي روايتين بناء على تغليب جهة التملك فيه أوجهة النكاح وقد
استشكل أكثر هذه النصوص القاضي وربما أوطأ ونزل على ما ذكر الشيخ تقي الدين وهذه
المسائل المذكورة منصوصة عن السلف حكماً وتعديلاً كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ مجد الدين
ظاهر كلام أحمد إباحة التسرى للعبد وإن قلنا لا يملك ويكون نكاحاً عنده وحمل قول أبي بكر على
مثل ذلك وعلى هذا قلنا لا يشترط له الاشهاد وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير وفي ثبوت المهر به خلاف
معروف (ومنها) لو باع السيد عبد نفسه بمال في يده فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق
بذلك وذكره الحرق مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد
مع عبده في بيعه نفسه بماله اقراراً له دلي ما ملكه فيه صح بيعه ويعتق وإن قلنا لا يملك لم يصح بيعه
ويمتثل أن يقال يبعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب ان يبع
السيد عبده نفسه بمال تعايق لعتقه دلي انتزاعه فيعتق على ملك السيد فيكون هاهنا تعليقاً على ابقاء

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل يشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشتري فهل يصح العقد ويعتق ان اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال صح وعتق وإن اشتراه بغير المال انبنى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ما سبق والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله وأبي الحارث وأبي داود البطلان معللا بما ذكرنا وذكره الخرقى والفرق بين هذه والتي قبلها أن السيد لم يعلم ههنا أنها ماله فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد ونص في رواية منها وحنبل على أنه يعتق ويغرم المشتري الثمن وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تتعين وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد ناسد مختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق في النكاح المختلف فيه وهو أحد الوجهين للأصحاب وكذلك نقل مهنا عنه في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فإن استملك كان ديناً على العبد ويعتق العبد وحمل القاضى في موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [في] المسئلة على أن العبد وكل الرجل في شراء نفسه من سيده فيكون المشتري وكيلًا للعبد ويكون وكالة صحيحة قال الشيخ مجدد الدين فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال ويازم المشتري الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً في موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح أو وكيله فيه ولهذا قل أحد لا ربا بين العبد وسيده نال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة غايها في كتابها يعنى القاضى وابن عقيل وإن هو اب في ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده (ومنها) إذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه فإن قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والا فلا وهي طريقة أبي بكر والقاضى في خلافه وصاحب المحرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فإن قلنا يملك انفسخ نكاحه وإن قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فإن قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وإن قلنا يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فإذا عتق ولم يزد منه قبل عتقه عتق عليه اتهام ماكه حينئذ ذكره القاضى في المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه ان قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وإن قلنا يملك نظاهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده قال القاضى في الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجوع فيه قبل عتقه قل وإن حمل على ظاهره فلان عتقه يتضمن الرجوع في التملك (ومنها) الوقف على العبد فص أحمد على أنه لا يصح فقيل ان ذلك يتفرع على القول

بأنه لا يملك فاما إن قيل انه يملك صح الوقف عليه كالمكانبني أظهر الوجهين والأكثر على أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لعبد بشيء من ماله فان كان بجزء مشاع منه صح وعق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكل عتقه من بقية الوصية نص عليه ، فقيل لأن الوصية إنما صحت لعتقه فتقديم العتق أهم وأنفع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين فتمين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه فعتق عليه وملك به بقية الوصية فصار معسراً فسرى العتق إلى الباقي مضموناً بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها كقول ملك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفي كلام أبي الحسن التميمي ما يشعر به أيضاً . وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسرى العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر ففي صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناها على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حل الصحة على أن الوصية كقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه أياها سيده فان قلنا يملكها لم يسهم لها لان الفرس تبع لملكها فاذا كان ملكها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وان قلنا لا يملكها أسهم لها لأنها لسيدة كذا قال الأصحاب ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لا يسهم لها متحداً ونقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن الكل للسيد ولا يسهم لأكثر من فرسين . « تنبيه » اختلف في ملك العبد بالتملك هل هو مختص بتملك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) ما يملكه اللقطة بعد الحول قال طائفة من الأصحاب ينبغي على روايتي الملك وعدمه جعلاً لتملك الشارع كتملك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة وإن لم يملك بتملك سيده لانه تملك شرعى يثبت قهراً فيثبت له حكماً وفارق الميراث لان العبد ليس من أهله لا لقطع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بغير خلاف وكذلك في الهداية والمغنى أنها ملك لسيد (ومنها) حيازته المباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطيد أو معدن أو غير ذلك . فمن الأصحاب من قال هو ملك سيده دونه رواية واحدة كلقاضى وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيد

٥٠٠ - قواعد

فهي كيد نفسه فالحاصل في يد عبده كالحاصل في يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكك إياه ذكره القاضي وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ مجد الدين وقاسه على اللقطة وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر (ومنها) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله بأذن سيده أو بدونه إذا أجزأ له ذلك على المنصوص فالمال للسيد نص عليه في رواية حنبل وذكره القاضي وغيره وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالع العبد زوجته بعوض فهو للسيد ذكره الخرقى وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد ويعضده أن العبد هنا يملك البضع فلنك عوضه بالغلغلة لأن من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الامة فهو للسيد لأنه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكه كاجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملكه .

٨ - [الثامنة] المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الاكثرون في المسئلة روايتان (إحداها) يملكه بالظهور وهي المذهب المشهور والرواية الثانية لا يملك بدون القسمة ونصرها القاضي في خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالحاسبة التامة كابن أبي موسى وغيره وبذلك جزم أبو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد ولهذا الاختلاف فوائد : (منها) انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة فإن قيل لا يملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار ففيه للأصحاب طرق (أحدها) لا ينعقد الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهي طريقة القاضي في المجرد والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقة أبي بكر وابن أبي موسى إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة وعندها بالحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في رواية صالح وابن منصور وحنبل (والطريقة الثانية) إن قلنا يملكه بالظهور انعقد الحول عليه من حينه وإلا فلا وهي طريقة القاضي من موضع من الجامع الصغير وأبي الخطاب (والطريقة الثالثة) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينعقد الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينعقد قبله على وجهين وهي طريقة ابن عقيل وصاحبي المنفى والحرر لسكنهما رجماً عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح وينعقد الحول عليها بالظهور وأما بقية الربح فلا يلزمه زكاته سواء قلنا يملكه العامل بالظهور أولاً في ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضي والاكثرين لأنه إن سلم فهو للعامل وإن تلف تلف عليهما وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته إذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة المزارعة وهو ضعيف (ومنها) لو اشترى العامل بعد ظهور

الربح من يعتق عليه بالملك ففيه طريقان (أحدهما) البناء على الملك بالظهور وعدمه فإن قلنا يملك به عتق عليه والا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني (والطريق الثاني) ان قلنا لا يملك بالظهور لم يعتق وان قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يعتق عليه وهو قول القاضي وأبي الخطاب وأوماً إليه أحمد في رواية ابن منصور . والثاني لا يعتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فإن الملك فيه غير تام ولهذا لا يجزئ في حول الزكاة كما سبق والعتق يستدعي ملكاً بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فإن العتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمنه الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر العتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم ان كان موسراً سرى عليه لان العتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الاسواق وذكره في التلخيص (ومنها) لو وطئ العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فإن قلنا يملكه بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وان لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعزر ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغني لأن الربح مبنى على التقويم وهو وهو أمر اجتهدى لا يقطع به . والثاني عليه الحد قاله القاضي لا تنفاه الملك وشبهته (ومنها) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فإن لم يظهر ربح صح نص عليه لانه ملك لغيره وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور وإن قلنا يملكه به فهو كسراء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يبطل في قدر حقه لانه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخير فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالنفس عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى (ومنها) لو اشترى العامل شقصاً للمضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقان . أحدهما ما قال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لا يملك الأخذ واختاره في رؤوس المسائل لانه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصي والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثاني له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فانه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولانه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصي والوكيل وعلى هذا فالمسئلة متيدة بحالة ظهور الربح ولا بد (والطريقة الثانية) ما قال صاحب المغني ان لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لا يملكه بالظهور فله الاخذ لان الملك

غيره فكذا الاخذ منه وإن كان فيه ربح وقلنا يملكه بالظهور ففيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق (ومنها) لو اسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فان قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد (ومنها) لو قارض المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والاصحاب يجوز ولا يعتبر من الثلث لان ذلك لا يؤخذ من ماله وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا أما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وان قلنا لا يملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث لانه خارج حينئذ من ملكه واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم لان المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئا وأما زادم فيه ربحاً .

٩ — [التاسعة] الموقوف عليه هل يملك رقة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانية لا فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل : (منها) زكاة الوقف اذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها وان قلنا ملك لله فلا زكاة وهذه طريقة المحرر وهو ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا وعلى بن سعيد وعلى هذا فان قلنا يملكه الواقف فعليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه فان الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضي وابن عقيل لقصور الملك فيه (فأما) الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازي لازكاة فيه مطلقاً ونقله غيره رواية (ومنها) لو جنى الوقف فلرث اجنابته على الموقوف عليه إذا قيل انه مالكة لأنه امتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه وان قيل هو ملك لله فالارش من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الارش على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال (ومنها) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل انه يملكها وان قيل هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها باذن الموقوف عليه وان قيل هي ملك الواقف فهو أولى (ومنها) نظر الواقف إذا لم يشترط له ناظر فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبي موسى قال الحارثي وعندى أن هذا القول لا يختص بالقول باتفاء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وان قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعد (ومنها) هل يستحق الشفعة وبشركة الوقف فيه طريقان . أحدهما البناء على انه هل يملكه الموقوف عليه فان قيل يملكه استحق به الشفعة

والا فلا (والثاني) الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من المعلق أما على الوجه الآخر بمنع القسمة فلا شفعة اذ لا شفعة في ظاهر المذهب الا فيما يقبل القسمة من العقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة (ومنها) لو زرع الغاصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالنفقة ان قيل هو المالك فله ذلك والافهوكالمستأجر ومالك المنفعة فيه تردد سبق ذكره في القواعد (ومنها) نفقة الوقف وهي في غلته ما لم يشترط من غيرها فان لم يكن له غلة فوجهان . أحدهما نفقته على الموقوف عليه والثاني هي في يد المال فقيل هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه وقد يقال بالوجوب عليه وان كان الملك لغيره كما نقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه (ومنها) لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الهبة فقيل هو بناء على ان الملك لا ينتقل الى الموقوف عليه فان قلنا بانتقاله لم يجز كالهبة وهو قول أبي الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القرابة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبيه بهذا وقف المريض على وارثه هل يقف على الاجازة كهبة أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان (ومنها) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فان قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الانسان ملك نفسه الى نفسه وان قلنا لله تعالى صح (ومنها) الوقف المنقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو الى ورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه وظاهر كلامه انه يعود اليهم إرثاً لا وقفاً وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره ويشهد له ان أحمد في رواية حنبل شبه الوقف بالعمرى والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمرى والرقبي إلى ورثة المعطى وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى انه انما يرجع وقفاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنقطع وبين العمرى بأن العمرى ملك للعمر والوقف ليس يملك به شيئاً انما هو لمن أوقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الوقف عليه لا يملك سوى [منفعة] الرقبة وان الرقبة ملك للواقف (ومنها) لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها اما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له ان قلنا هي ملك له صارت مستولدة له فتعتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشتري بها رقبة مملكتها تكون وقفاً وان قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بمالها (ومنها) لو تزوج الموقوف

عليه الأمانة الموقوفة فان قيل هي ملك له لم يصح والا صح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فانه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [العاشرة] اجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية في المسألة روايتان معروفتان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف اما على البطلان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقي الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فانه يسقط وطرد هذا في الاعيان المشاعة كالغنم إذا استثنى حقه من الغنيمة والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالديون في جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : (منها) انه لا يشترط لها شروط الهبة من الايجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأنفذت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له في المجلس وان قلنا هي هبة افتقرت الى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره وكلام القاضى يقتضى ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ محمد الدين والصحة ظاهر المذهب وهل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ففي الخلاف للقاضى والمحرر هو مبني على هذا الخلاف وصرح بعد ذلك صاحب المحرر بأنه لو أجاز قدرًا منسوبًا من المال ثم قال ظننت المال قليلا لم يقبل قوله ولا تنافي بينهما لوجهين (أحدهما) أن صحة اجازة المجهول لا ينافي بثبوت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلمه استدراكا لظلالته كما تقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلا فبان كثيرا فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثاني أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهما فبان ألفاً فهو انما أجاز مائة وخمسين درهما ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كأنما كان فانه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالإبراء وطريقة صاحب المغني أن الاجازة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة على وجهين ومن الأصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازته فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازته فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه (ومنها) إذا كان المجاز عتقا فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصيته وان قلنا عطية فالولاء لمن أجاز وان كان أنثى (ومنها) لو كان المجيز أباً للمجاز له كمن أوصى لولد ولده فأجازته ولده فليس للمجيز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذ وان قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وهب لولده مالا (ومنها) لو

حلف لا يهب فجاز فان قلنا هي عطية حث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفتقرة الى الاجازة قبل الاجازة ثم اجيزت فان قلنا الاجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت الملك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا اجيز هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت معنوصيتان احدهما مجاوزة للثلث والاخرى لا تجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والاخر خمسه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تلق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فيقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو اجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه تمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخراجه في المرض ونظيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابي الخطاب في انتصاره وهما منزلان على أصل الخلاف فى حكم الاجازة وقد ينزلان على أن الملك هل ينتقل الى الورثة في الموصى به أم يمنع الوصية للانتقال وفيه وجهان فان قلنا ينتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخراج مال مملوك والا فهي من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل به في ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفي المغنى هي نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى في التالى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المغنى في الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع

١١ — [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها في المسئلة وجهان معروفان وعلى القول بانه انما يملكها من حين قبوله فهل هي قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة على وجهين ايضا واكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصى له وهو قول أبى بكر والخرقى ومنصوص أحمد بل نص أحمد في مواضع على أنه لا يعتبر له القبول فيملكه قهراً كالميراث وهو وجه للأصحاب حكماء غير واحد ولهذا الاختلاف فوائد عديدة (فنها) حكم ثمانية بين

الموت والقبول فان قلنا هو على ملك الموصى له فهو له لا يحتسب عليه من الثلث وان قلنا هو على ملك الموصى فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث وان قلنا هو على ملك الورثة فتأوه لهم خاصة وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول وان التأم قبله للورثة مع ان العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكا له حين الوفاة وذكر أيضا اذا قلنا انه مراعى وانا نبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت فان التأم يكون للموصى له معتبرا من الثلث فان خرج من الثلث مع الاصل فهما له والا كان له بقدر الثلث من الاصل فان فضل شيء من الثلث كان له من التأم (ومنها) لو نقص الموصى به في سعر أوصفة ففي المحرر ان قلنا بملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت الى القبول لان الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بعضها بطات الوصية في التالف وأما نقص الاسعار فلا تضمن عندنا وان قلنا بملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سعرا وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخري أن يعتبر قيمته يوم الوصية ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافا فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها لأن حقه تعلق بالموصى له تعليقا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصى به أمة فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت فان قلنا الملك له فهي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فان قلنا الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصى له وان قلنا لا يملكها لم تكن أم ولده (ومنها) لو وصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى اولدها اولاد ثم قبل الوصية فان قيل يملكها بالموت فولده حر والامة أم ولده ويبطل نكاحه بالموت وان قيل لا يملكها الا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول وولده رقيق للوارث (ومنها) لو وصى لرجل بابنه فمات الموصى له قبل القبول وقلنا يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وعق وهل يرث من أبيه الميت أم لا ان قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حرا عند موت أبيه فيرث منه وان قلنا انما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبيه رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فان قلنا يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونه ووصاياه وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل ذكره في المحرر ويخرج فيه وجه آخر انه يكون ماسكا للموصى له على الوجهين لأن التامليك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا نقول على إحدى الروايتين إن المكاتب إذا مات وخلف وفاء أنه يؤدي من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حرا مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب الا بعد الاداء (ومنها) لو وصى لرجل بارض فبنى لوارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل ففي الارشاد ان كان الوارث عالما بالوصية قلع بناءه غرسه مجانا

وان كان جاهلاً فعلى وجهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هي قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً يتلاك بقيمته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حقه فيها (ومنها) جريانه من حين الموت في حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المسكاتب فيه تردد .

١٢ - [الثانية عشر] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ في المسألة روايتان أشهرهما الانتقال وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه قال ابن عقيل هي المذهب وقد نص أحمد ان المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل ثقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين فجاء الغرماء ينتفون المال وقال أحد بنيهم أنا أعطى ربع الدين ودعوا لي ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعني الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضي الضمان كحفر بئر ونحوه صرح به القاضي . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصريح في قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقاً ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية فيه خلاف يتعذر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يتقسط ؟ صرح القاضي في خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسند ذكره والثالثة هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمم الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافهما وابن عقيل ومنهم من قيده بالمؤجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم . والثاني هو باق في ذمة الميت ذكره القاضي أيضاً والامدى وابن عقيل في فنونه وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتعلق باعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى ورد بازوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف وإذا عرف هذا فلماذا الاختلاف فوائد : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال إليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالانتقال فوجهان . أحدهما لا ينفذ قاله القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحمل القاضي في غير المجرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والقسمة وجماعه المذهب وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومتى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالدين ونصب الحاكم من يوفيههم منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيما طولبوا بآيوان كلها كما تقول في سيد الجاني إذا فداه أنه ينفذه بارش الجناية بالغاً ما بلغ على رواية وكلام أحمد في رواية البرزاطي هاهنا يدل عليه وسند كره وفي الكافي إنما يضمون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن ذكره أبو الخطاب في انتصاره وحكى القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين وأنه لا ينفذ مع العلم وجعل صاحب الكافي مأخذها أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة استقاطها بالترامهم الأداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كان ملكه ثابتاً فيها بنير خلاف ولا ينفذ عتقه مع الإعسار فلأن لا ينفذ عتقهم مع إعسارهم والاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المجرد لا يصح وعلى بأنها كالرهونة عندهم بحقهم والمرهون لا يصبح رهنه وبأن التركة ملك للورثة فلا يصح رهن ملك الغير بغير إذنه فعلى التعليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للورثة (ومنها) بناء التركة فإن قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنماء كالأصل وإن قلنا ينتقل إليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنماء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة النماء (ومعها) لو مات رجل عليه دين وله مال زكوى فهل يبتدىء الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة إليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجري في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل انبنى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فإن قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة انبنى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكمتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب هاهنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام أصحابنا أن تعلق الدين بالمال مانع وسند كره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فمات فهاهنا صورتان . أحدهما أن يموت قبل أن يشر ثم اثمرت قبل الوفاء فينبى على أن الدين هل يتعلق بالنماء أم لا ؟ فإن قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لا ينتقل فلا زكاة عليه الا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه ، الصورة الثانية أن يموت بعد ما أتمرت فيتعلق الدين بالثمرة ثم ان كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وان كان قبل وقت الوجوب فإن قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين ولا سيما ان قلنا إنه في ذمتهم وان قلنا لا تنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن الماء المنفصل يتعلق به حتى الهرماء بغير خلاف (ومنها) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فإن قلنا لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وان قلنا ينتقل ففطرهم على الورثة (ومنها) لو كانت التركة حبيراً فان قلنا بالانتقال الى الورثة فالشفعة عليهم والا فن التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المسال كأجرة المحرن ونحوه (ومنها) لو مات المدين وله شقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة ان قلنا بالانتقال اليهم فلمهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث ربيع نصيب الموروث في دينه فان قلنا بالانتقال فلا شفعة للوارث لان البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وان قيل بعده فله الشفعة لان المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته (ومنها) لو وطئ الوارث الجارية المورثة والدين يستغرق فأولدها فان قلنا هي ملكه فلا حد ويلزمه قيمتها يوفي منها الدين كما لو وطئ الراهن وان قلنا ليست ملكه فلا حد أيضاً شبهة الملك فانه يملكها بالفسك فهي كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين ذكره أبو الخطاب في انتصاره ففائدة الخلاف حينئذ وجوب المهر (ومنها) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها ان مات أبي فأنت طالق وقال أبوه ان مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة فلا ثلاث للميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضى في المجرد نعم وعال بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل لا تطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يدبرها الأب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وان قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ماسبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه في القواعد (ومنها) لو أقر لشخص فقال له في ميراثه ألف فالمشهور انه متناقض في اقراره وفي التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا ان الدين لا يمنع الميراث فهو كما لو قال له في هذه التركة ألف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فاذا قلنا يمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف (ومنها) لو مات وترك ابنين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم أبرأ الغريم الورثة فذكر القاضى انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه عن أبيه وذكره في موضع إجماعاً وعلة في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا يفهم منه انه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب لانه هو الباقي من الورثة وابن الابن ليس

بوارث معه والتركه لم تنقل إلى أبيه وإنما انتقلت بعد موته ويشهد لهذا ما ذكره صاحب المحرر في الوصية إذا مات الموصى له وقبل وارثه فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا بذلك الوصية من حين القبول (ومنها) رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه حال الامام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لاسيا والحق هنا متعلق في الحياة تعلقاً متناً كذاً ومن العجب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء كغريم المفلس حكاه القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه للغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لغرمائه اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا المستحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخرونه في الباقي ماشاءوا قال بعض شيوخنا تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل قال وإن قلنا تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أقدم بالمذهب وتوجيه ما قال إن حق الغرماء في عين التركة دون ذمة الورثة فإذا اسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيهم الورثة بقية حقوقهم فهو إسقاط بعوض غير لازم للوارث فإن قيل بانتقال التركة إلى الوارث فقد أذن له في الاتفااق بماله بعوض يلزمه له في ذمته وإن قيل بعدم الانتقال فهو شبيهة بمليكه ألفاً بألفين إلى أجل وإن لم يكن تملكاً مع أن قول أحمد لا خير فيه ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل الكراهة قوله ويؤخرونه في الباقي ماشاءوا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركة صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به ومتى كان الدين في ذم الورثة قوى الجواز لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركة إليهم فيبقى كالمفلس إذا طلب من غرمائه الامهال واسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفيهم إياها كاملة إلى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عبد الله في رجل مات وخلف وديعة عند رجل ولم يوص إليه بشيء وخلف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين يعلمون أنه مودع ويخاف تبعثهم أن يرجعوا عليه ليخلفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم جميعاً ونقل صالح نحوه وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركة ملك للورثة ولهم الوفاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركة ملك لهم فاهم ولاية الطالب والقبض وإن قلنا ليست ملكاً لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ [مجد الدين عندى أن نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة كالرهن والجاني فلا يجوز الدفع إلى بعضهم قال وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم ولعله أراد إذا

وثق بتوفيتهم الدين (انتهى) ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وإن قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصى عند عدمه أيضاً في إيفائه الديون وغيرها عند طائفة من الأصحاب فالتوجه هو الدفع إلى الورثة والغرماء جميعهم ولا يملكون الدفع إلى الغرماء بافترادهم بكل حال وقد نص أحمد في رواية منها فيمن عنده ودعة وصي بها ربهما لرجل ثم مات أن المودع لا يدفعها إلى الموصى له فإن فعل ضمن وإن لم يجمع الورثة والموصى له فإن أجازوا والدفع اليهم جميعاً ولعل هذا فيما إذا لم يثبت الوصية في الظاهر وإنما المودع يدعى ذلك أو أنها لا تخرج من الثلث وكذلك قال أن أجازوا لغير الورثة والا فالعين الموصى بها إذا خرجت من الثلث لاحق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر أن من عليه دين يوصى به لمين فهو مخير أن شاء دفعه إلى الموصى وإن شاء دفعه إلى الموصى له بخلاف الوصية المطلقة فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الوارث والوصي جميعاً لأنها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقصا ربه عنه أنه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لاحق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ - [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان ينبني عليهما فوائد كثيرة : (منها) لو قتل المدبر سيده هل يعتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين أن قلنا هو عتق بصفة عتق وإن قلنا وصية لم يعتق لأن المذهب أن الموصى له إذا قتل الموصى بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره والثانية أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه (ومنها) بيع المدبر وهبته والمذهب الجواز لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كلاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لأنه وصية ونقل جنبل أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كلاستيلاء (ومنها) إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناهما الخرق والأصحاب على هذا الأصل فإن قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وإن قلنا عتق فلا وللقاضي وأبي الخطاب في تعليقهما طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا أنه وصية لأنها وصية نتجت بالموت من غير قبول بخلاف بقية الوصايا وهو منتقض بالوصية لجهات البر ولا في الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع أما أن قلنا ينتنع الرجوع بالمنع فالقول الأول (ومنها) لو باع المدبر ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدييره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية بطلت بخروجه

عن ملكه ولم يبعد نفوذه وإن قلنا هو تعليق بصفة عاد يعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفة يعود الملك في العتق والطلاق وطريقة الخرق وظائفة من الأصحاب أن التدبير يعود يعود الملك هاهنا رواية واحدة بخلاف ما إذا أبطال تدبيره بالقول وهو ينزل على أحد أمرين أما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود بعوده وأما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبيد فلان حر بعد موتى بسنة فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك ؟ على روايتين بناءهما طائفة من الأصحاب على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية صح تقييدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وإن قلنا عتق بصفة لم يصح ذلك وهؤلاء قالوا لو صرح بالتعليق فقال إن دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يعتق رواية واحدة وهي طريقة ابن عقيل في إشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنيًا على هذا الأصل فإن التدبير والتعليق بالصفة إنما يبطل بالموت مع الإطلاق لأن مقتضي الإطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتنفيد به ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تدبيراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لو كاتب مدبرة فهل يكون رجوعاً عن التدبير إن قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وإن قلنا هو وصية ابنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدير ليست رجوعاً عن تدبيره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى بعبده ثم دبره فعتقه وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثاني ليس برجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تدبيره بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المغنى وقال الشيخ نقي الدين يبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية فإن قلنا هو عتق بصفة قدم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في هذا العبد فينبى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على روايتين فإن قلنا بالمخاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه وبصح ذلك على المنصوص (انتهى) وقد يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وإن قيل يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده ببيعة (ومنها) الوصية بالمدير والمذهب أنها لا تصح ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافهما لأن التدبير الطارىء إذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له وبني الشيخ هذه المسائل أيضاً على الأصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثاً بينهما وحكى القاضي في كتاب الروايتين في تبعية الولد روايتين وبناءهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالأستيلاد ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره

تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجها أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجودا معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة بناءً على أن التدبير تعليق بصفة فينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجودا في أحد الحالين فهل يتبعها على وجهين بناءً على أن المدبر وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الأصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجوع وقال الأصحاب إن قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعاً وإن قلنا هو وصية فوجهان بناءً على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا .

١٤ - [الرابعة عشر] نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها في المسألة روايتان مشهورتان أحدهما أنها للحمل وهي اختيار الخرق وأبي بكر ، وينبنى عليهما فوائده . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيقاً ، فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعاً وفي الهداية نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد وإن قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فنفته على مالكه . (ومنها) إذا كان الزوج معسراً فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت عليه وإن قلنا للحمل لم تجب عليه لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة إن قلنا هي للحمل لزمّت الورثة وإن قلنا هي للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته فيه طريقان . أحدهما إن قلنا هي للزوجة ثبتت في ذمته ولم تسقط بمضى الزمان على المشهور من المذهب وإن قلنا : هي للحمل سقطت لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة والثاني لا تسقط بمضى الزمان على الروایتين وهي طريقة المغنى وعال بأنها مصروفة الى الزوج ويتعلق حتماً بها فهي كنفقتها . ويشهد له قول الأصحاب لو لم ينفق عليها يظن أنها حائلاً ثم تبين أنها حامل لزم نفقة الماضى [(ومنها) إذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جعل النفقة عوضاً للخلع . قال الشيرازي : إن قلنا النفقة لها تصح وإن قلنا للحمل لم تصح لأنها لم تملكها . وقال القاضى والا كثرون : يصح على الروایتين لأنها مصروفة اليها وهي المنتفعة بها] (ومنها) لو نشزت الزوجة حاملاً فإن قلنا نفقة الحمل لها سقطت بالنشوز وإن قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبه أو نكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطئ إن قلنا النفقة لها لم تجب لأن النفقة لا تجب الموطوءة بشبهة ولا في نكاح فاسد لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها إلا أن يسكنها في منزل يابق بها تحصيناً لما فيه فيلزمها ذلك ذكره في المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين . وإن قلنا : النفقة للحمل وجبت لأن النسب لاحق بهذا الواطئ ونص أحمد في رواية ابن الحسك على وجوب النفقة لها وقار الشيخ تقي الدين يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب

لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد ولو ألزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته فللزواج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساده ذكره القاضي في المبرد وذكر صاحب المغنى احتمالاً بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز ما لم يخالف كتاباً أو إجماعاً وذكر في المغنى أيضاً انه لو أنفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساده كان متبرعاً وان لم يعلم فهو مفروط (ومنها) لو كان الحمل موسراً بأن يوصى له بشيء فيقبله الأب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لأمه لم تسقط ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو دفع إليها النفقة فتلفت بغير تفریط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدائها وان قلنا للحمل وجب إبدالها لان ذلك حكم نفقة الأقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقتها ان قلنا النفقة لها لم تجب الا حيث تجب نفقة العتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل فطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكنى أيضاً وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملاً وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغوني على هذا الا انه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من التركة كما لو كان الأب حياً وان قلنا للمرأة لم تجب وهذا لا يصح لان نفقة الأقارب لا تجب بعد الموت والاظهر ان الأمر بالعكس وهو أنا ان قلنا للحمل لم تجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحل. هل له حكم أم لا ؟ (ومنها) البائن في الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملاً فلها النفقة وحكى الحلواني وإبنيه رواية أنه لا نفقة لها كالتوفى عنها وخصها إبنيه بالمبتوتة بالثلاث وبناها على أن النفقة للمرأة والمبتوتة لا تستحق نفقة وإنما تستحق النفقة إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه في القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والاجماع فيما أظن ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل (ومنها) لو تزوج امرأة على أنها حرة فبانّت أمة وهو ممن يباح له نكاح الإماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه ففي كتاب النكاح من المبرد هو النكاح الفاسد ان قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح فيلزم فيه النفقة وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حمل يمكن أن يكون من الزوج والواطئ فيلزمها أن تعند بعد وضعه عدة الواطئ فأما نفقتها في مدة هذه العدة فان قلنا النفقة للحمل فعليهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما يقينا ولا نعلم عنه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها (عليه) فلا تجب بالشك فإذا وضعته فقد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمهما جميعاً النفقة حتى ينكشف الأب منهما وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء الفاسد لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعاً ثم إذا زال الاشكال والحقة القافة بأحدهما بعينه عمل بمقتضى ذلك فإن كان معها وفق حقها من النفقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائناً فالحكم كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المجرد . ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا النفقة للحمل إنها تجب على من خرجت عليه أقرعة من الزوج والوطء وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما ليوحبه إلا أن يقال يحتمل أن يكون، نهما جميعاً فتمتنع القرعة على أحدهما لذلك ومتى ثبت نسبه من أحدهما فقال القاضي في موضع من المجرد يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعاً وقيده في موضع آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فإن شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فعمل على روايتين كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى في القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقاً لأنه واجب عليه في الظاهر وقد ذكر صاحب المغنى أن الملاءمة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاءمة رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظن أنها له وأما إذا قلنا النفقة للحامل فإنما لم نوجب لها النفقة على واحد منهما لأن الحامل لا نفقة لها على الوطء بشبهة أو في نكاح فاسد كما سبق والزواج ليس بمتكمن من الاستمتاع بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حلت في عدة من شبهة انقطعت عدة الزوج من مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء بقية عدته عليها على وجهين وجزم القاضي في خلافه بالمنع ورجع صاحب المغنى الجواز على الوجهين لا نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء كانت مكنت من الوطء أو لا فإنه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها .

١٥ [الخامسة عشرة] القتل العمد هل موجه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يغنى عنه

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول ملكه بل هو باق عليه كالستمر على عصمته وأثانية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته مرتداً والثانية من حين رده فان أسلم أعيد إليه ماله ملكاً جديداً وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وفيه

رواية ثالثة أنا تتبين بموته مرتدا زوال ملكه من حين الردة ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فان قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بغير تردد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكى ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال واختارها ابن عقيل وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد المعسر ثم أسير في زمن ارتداده ثم عاد إلى الإسلام وقد أعسر فان قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وإن قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار يبنى على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة وإن قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفذت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض والخوف وإنما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيثماً بموته مرتداً وإن قلنا يزول ملكه في الحال جمل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم رد إليه ملكاً جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فان أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها (تنبيه) إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف لغيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الاقرار على النكاح وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقصاً مشفوعاً في الردة فان قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والا فلا ولو بيع في زمن رده شقص فجعل في تركته فان قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والا فلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة فان قلنا ملكه باق ملك ذلك وإن قلنا زال ملكه لم يملكه فان عاد إلى الإسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان مذكوران في الغنى (ومنها) الوصية له وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه وبقائه فان قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فان قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذي اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك وإن قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فعاله فيء ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فان قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعى أنفق عليهم من ماله مدة الردة ، وإن قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملكه (ومنها) قضاء

ديونه وهو كالتفقة فيقضى ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة وتقضى منه الديون الماضية فانه إنما يكون فيثاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقي فيثاً (ومنها) لو دبر عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد الى الاسلام فان قلنا لا يزول ملكه فالتدبير بحاله وان قلنا زال ملكه انبنى على أن زوال الملك عن المدبر هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى ببطالان تدبيره .

١٧ [السابعة عشرة] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبي الخطاب في انتصاره أنهم لا يملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته وصحح فيها عدم الملك وقال الشيخ تقي الدين أن أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائد : (منها) أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً بغير عوض وان وجد بعد القسمة فالمنصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط حقه منه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به مجاناً بكل حال وقد قال أحمد في رواية أبي طالب هذا هو القياس لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عمر قال لا حق له فيه (ومنها) اذا قلنا يملكون أموال المسلمين فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فانه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لا يملكوها فقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كالأقطة ذكره صاحب المغني وغيره وأما ما عرف مالكة من المسلمين فانه لا يجوز قسمته بل يرد اليه على القوتين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبي داود فيما اذا كان ماله بالتقرب (ومنها) إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد وقال في رواية أبي طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا ينزل على القول بالملك فان قيل لا يملكونها فهي لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب في انتصاره ونفى صاحب المغني الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فانه لم يقف على الانتصار . ولعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر باسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فهذا تمامك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الاول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع الى كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقدون جوازه فانه يستقر لهم بالاسلام كالعقود الفاسدة والاذكحة والموارث وغيرها ولهذا لا يضمنون ما أتلفوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) لو كان لمسلم أمتان أختان فأبقت احدهما إلى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أختها وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم الآبقة بعق أو نحوه لأنه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حول أو أحوال فإن قلنا ملكوه فلا زكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف وإن قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المنصوب والضائع من ربه (ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار فإن قلنا ملكوه لم يعتق وإلا عتق (ومنها) لو سبى الكفار أمة مزوجة بمسلم فإن قلنا يملكونها فالقياس أنه يفسخ النكاح لأنهم يملكون رقبتهن ومنافعها فيدخل فيه منفعة بضعها فيفسخ نكاح زوجها كما يفسخ نكاح الكافرة المسيية لسبينا لها لهذا المعنى . ومن الأصحاب من علل انفساخ الكافرة المسيية بالجهل ببقاء زوجها فيكون كالعدوم وعلى هذا يمنع انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبى بكل حال وهو قول شاذ مخالف الكتاب والسنة . والعين المؤجرة كالامة المزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا يفسخ النكاح بسببها لأنهم لا يملكون الحرة بالسبى فلا يملكون بضعها وفي مسائل ابن هاني عن أحمد إذا سبيت المرأة ولها زوج ثم استنفذت تعود الى زوجها إن شاءت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبى ووجهه أن منافع الحرة في حكم الاموال ولهذا تضمن بالغصب على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيما والاستيلاء سبب قوى يملك به مالا يملك بالعقود الاختيارية ولهذا يملك به المصاحف والرقيق المسلم ويملك به كام الولد على رواية فجاز أن يملكوا به منفعة بضع الحرة ولا يلزم من ذلك اباحة وطئها لهم لأن تصرفهم في أموال المسلمين لا يباح لهم وإن قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجيالاً مستأجراً لمسلم انفسخت الاجارة أيضاً . وقد تأول الآمدى قول أحمد ترجع اليه إن شاءت على أن المراد ان شاءت ترجع اليه في العدة في من وطء أهل الحرب وإن شاءت اعتدت في موضع آخر لأن العدة ليست بحق له وإنما هي حق عليها لزمها في غير جهته ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه (ومنها) لو استولى الكفار على مدير لمسلم ثم عاد الى سيده فهل يبطل تديره؟ إن قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وإن قلنا ملكوه انبنى على أن المدير إذا زال الملك فيه فهل يبطل التدير أم لا على روايتين وجزم ابن أبي موسى يبطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لانه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك المرهون لأن الملك ينتقل فيه بالارث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد بل بالحيازة الى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الاسلام وعلى الرواية الاخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالمستولي عليه اما أن يكون

عقاراً فلا يتصور استيلاءهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الاسلام أيضاً وأما أن يكون منقولاً فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار لأن العقار يختص بدار الاسلام والكافر ملتجئ اليها ومستند ومتحصن بها وليس من أهلها بالأصالة فهو كالمستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من احياء الموات في دار الاسلام على قول مع أنه زيادة عمارة وليس الموات ملكاً للمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وإبطال حقه منه بعد سبقه اليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله وإذا لقيتموهم في طريق فاء طرهم الى أضيقة مع أني لم أر أحداً استدل به وقد استدل أحمد بحديث الطريق وبالأمر باخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التملك المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيابة كالمباحات أم لا قال القاضي في خلافه لا يملك بدون احتياز الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبني على هذا الخلاف فوائد عديدة (منها) جريانه في حول الزكاة فان كانت الغنيمة أجناساً لم ينمقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان أحدهما ينمقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني لا ينمقد بدون القسمة قاله القاضي في خلافه وحكاه عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد لأن أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانمقد الحول عليها باختيار التملك دون القسمة إذ القسمة مجردة لا يفيد الملك عند القاضي وإنما مأخذ أبي بكر أن استحقاق الغانمين ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لا يتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينمقد عليها الحول قبلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الغانمين رقيقاً من الغنم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك عتق إن كان بقدر حقه وإن كان حقه دونه فهو كمن اعتق شقصاً من عبد نص عليه في رواية المروذي وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضي في المجرد وقال في الخلاف لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً وواقفه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المحرر المنصوص فيما إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً أو قول القاضي فيما إذا كانت أجناساً كما سبق في الزكاة وفي الارشاد لابن أبي موسى أن أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فإن حصلت له

بعد ذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبي من يعتق عليه بالملك عتق عليه أن كان بقدر حصته والا عتق منه بقدر حصته فكأنه جعله عتقا قهريا كالارث وفرق بينه وبين العتق الاختياري (ومنها) لو استولد أحد الغائبين جارية من السبي قبل القسمة فالمنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغائبين حقوقهم منها وقال القاضي في خلافه لا تصير مستولدة له وإنما يتعين حقه فيها لأن حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على أهل الغنيمة فوجب تسليمها إليه من حقه وهذا بعيد جداً . ولا في الخطاب في انتصاره طريقة أخرى وهي أنه إنما نفذ استيلادها لشبهة الملك فيها وإن لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاذ الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ما ذكره صاحب المحرر وحكي في تعليقه على الهداية احتمالا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أتلف أحد الغائبين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فإن قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونص عليه أحمد في الاستيلاذ وإن قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغائب حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبني على الخلاف فإن قلنا بملكوها لم يسقط الحق بذلك والا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه والثاني يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحد قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك وجعل المورث هو الحق دون المال وفي الترغيب إن قلنا لا يملك بدون الاحتياز فمن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكتفي بالمطالبة في ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغائبين بشيء من المغنم قبل القسمة فإن قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادة أحد الشريكين للآخر وإن قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملكوا لأنها شهادة تجر نفعا قلت هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغائبين جارية من المغنم وذكر في مسألة السرقة من بيت المال والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغائبين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هي افراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهي مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه افراز لا بيع وذبح ابن بطة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدي روايتين قال الشيخ مجد الدين الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافرأ في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلاق عن الوقف إذا كان فيها رد من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلاق وإن كان في جهة صاحب الطلاق لم يجوز ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة : (منها) لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتدما في أثناء الحبل واستد اما خلطة الإوصاف فإن قلنا القسمة

افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع الماشية بمجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذها الخلاف في اشتراط الايجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التي حكاهما في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر أو الزرع المشتمل في سنبله خرصاً أو الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا هي إفراز جاز ونص عليه أحمد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص وإن قلنا بيع لم يصح وفي الترغيب إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض العقار وقفاً وبعضه طلقاً وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هي افراز وإن قلنا بيع لم يجوز لأنه يبيع للوقف فأما إن كان الكل وقفاً فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كإفراز الطلق من الوقف سواء وهو المجزوم به في الحرر . والثاني أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة الترغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقي الدين (ومنها) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعاً إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع لم يصح ولو استقر بها المرتهن فإن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصة شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه على القول بالافراز قل صاحب المغنى يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبنى أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحدثت الأرض يقع غرسه وبنائه فإن قلنا هي افراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا بيع رجع عليه بقيمة القبض إذا كان عالماً بالحال دونه ذكره في المغنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما ينبئ على الخلاف وإن قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وإن قلنا بيع ثبت وهو المذكور في الفصول والتلخيص وفيه ما يوم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثاني يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى في خلافه معالاً بأن ذلك جعل للارتياح فيما فيه الحظ وهذا المعنى موجود في القسمة . وقال الشيخ تقي الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضي افراز لأن قسمة الاجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها إذ في كل لحظة يملك الاجبار فلا يقع ثبوت الخيار في فسخها وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة فينبغى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسخها كان للآخر مطالبته بإعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فانه قد يتصرف فيما حصل له ولغيره فإذا انقضت

القسمه تقرر بذلك ولم يحصل له الاتماع ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره القاضى في خلافه في المعنيين بالنفقة إذا طلق الخاكم عليه رجعيًا ثم ارتجع من غير يسار تحدد له أنه لا يصح رجعه لما فيه من إعادة الضرر الذى أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل فى عمد الأدلة وصاحب المغنى له الرجعة فإذا ارتجع عادت المطالبة له فان طلق عليه حتى يستوفى الطلاق الثلاث وأخذ ابن عقيل من المولى عليه إذا طلق فى أثناء المدة بعد طلب الفیئة طلاقاً رجعيًا فان له رجعتها ويطلب بالفیئة ثانياً والقاضى يفرق بينهما بأن رجعة المولى أقرب الى حصول مقصود المرأة من الفیئة من حال العدة الجارية إلى البينونة بخلاف رجعة المفسر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكن من فسخ قسمه الاجبار هنا لأن الضرر فى الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فانه يكون لانهايه له وذكر الشيخ تقى الدين ان المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يفىء لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله لمن أراد الإصلاح فكيف بالمولى الذى يظهر منه قصد الاضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفیئة لائن ارتجاعه زيادة فى الاضرار وذكر فى الكافى فى هذه المسألة أنهما ان اقتسما بأنفسهما لم يلزم القسمه إلا بتراضيهما وتفرقهما كالبيع وان قسم بينهما الخاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصفاه بينهما لزم قسمته بغير رضاهما إلا أن يكون فيها رد فوجهان نظراً الى أنها بيع فيقف على الرضاء والى ان المقاسم كالحاكم وقرعته كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت والا ثبت وهو ما ذكره السامرى فى باب الربا والثانى لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضى وصاحب الحرر لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر لثبت للآخر عليه فيقتضى إيمان ومنها قسمه الميثاريين فى الهدى والاضاحى اللحم فان قلنا افراز جازت وإن قلنا بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف لا يبيع فقامم فان قلنا القسمه بيع حث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الأيمان محمولة على العرف ولا تسمى القسمه بيعاً فى العرف فلا يحنث بها ولا بالحوالة ولا بالافالة وإن قيل هي بيع (ومنها) لو اقتسم الورثة القمار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فان قلنا هي افراز فالقسمه باقية على الصحة وإن قلنا بيع فوجهان بناء على الخلاف فى بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر فى القسمه غبن فاحش فان قلنا هي افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وإن قلنا بيع صححت وثبت فيها خيار الغبن ذكره فى الترغيب والبلغة (ومنها) لو اقتسما داراً نصفين ظهر بعضها مستحقاً فان قلنا القسمه افراز انتقضت القسمه لفساد الافراز وإن قلنا بيع لم ينتقض ويرجع على شريكه بقدر حقه فى المستحق كما اذا قلنا بذلك فى تفريق الصفقة كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً ذكره الأمدى وفى الحرر ان كان المستحق معيناً وهو فى الحصتين فالقسمه باطلاً ولم يهلك خلافاً وذكر صاحب السكاني احتمالاً بالبطلان بناء على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق مبيعاً في إحدى الحصتين أو شائئاً فيهما أو في أحدهما فتلازمة أوجه في المحرر
أحدهما تبطل والثاني لا تبطل والثالث تبطل بالإشاعة في أحدهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول
اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة قال الشيخ محمد الدين والوجهان الأولان فرع على
قولنا بتفريق الصفقة في المبيع فأما إن قلنا لا تفريق هناك بطلت هاهنا وجهها واحداً وفي البلغة إذا ظهر
بعض حصّة أحدهما مستحقاً انتقضت القسمة وإن ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان مبيعاً لم ينتقض
وإذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجمله وإن عللناه بأشغالها على مالا يجوز بطلت وإن كان المستحق مشاعاً
انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لها السكنى
فأراد للورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها بأن يملأوا الحدود بخط أو نحوه بغير
نقص ولا بناء ففي المغنى يجوز ذلك ولم ينبه على الخلاف في القسمة مع أنه قال لا يصح بيع المسكن في هذه
الحال لجمله مدة الحمل المستثناة فيه حكماً وهذا يدل على أن هذا يغتفر في القسمة على الوجهين ويحتمل أن
يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذم الغرماء
فإن قلنا القسمة إفراز صحت وإن قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين وهذا البناء
متوجه على طريقته من طرد الخلاف في قسمة التراضي كاشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى
دخول الاجبار في قسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملازمة لأن الذم عندنا تنكافأ بدليل الاجبار على
قبول الحوالة على الملى وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً فإن كان
في ذمة واحد لم تصح قسمة رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ محمد الدين ويشهد لقوله إن القاضي في
خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه وفرق في موضع آخر بين
الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بآث ونحوه فلا يختص
وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص في روايته على جواز القسمة
بالتراضي في الذمة الواحدة وسلك صاحب المغنى في توجيه الروايتين في المسألة طريقة ثانية وهي أن
قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالأبراء فإن قلنا هو
قسمة لم يجوز لأحدهما الافراد باقبض فإن أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القابض
لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثاني لا يصح وهو قول أبي بكر لأن حق الشريك في الذمة لا في عين
المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان وفيه ضعف فإن الأعيان هي متعلق حقه وكذلك يتعلق حقوق
غرماء الناس بماله وإن قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين إلا
بقبض الغريم أو وكيله فقبض الشريك تعيين لحقه لا غير فيختص به دون شريكه سواء كان بأذن الشريك

أو بدونه وكذلك حكى صاحب المغني هذه الرواية وذكر عن أحمد ما يدل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فأنما قبض حقه المختص به لكن ليس له القبض دون شريكه لا شريكه في أصل الاستحقاق كغرماء المفلس فإذا قبض بدون إذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة كالإرث أو من الأعيان المتعلقة بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقباض ولهذا لو ألتف في يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الأعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض بأذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض بأذنه فهل له محاصة فيه على وجهين لأن حقه في المحاصة إنما ثبت بعد القبض فهو كاسقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة في الأعيان تقع في المحاسبة والأقوال في المنصوص فكذا في الديون وأما إن كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العيز وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة وحكاها عن ابن عباس وقال لا يكون إلا في الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم لأن هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين قد يطردها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثل مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون إذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد والوجهان على قولنا القسمة إفراز فان قلنا هي بيع لم يجز وجمعاً واحداً فاما غير المثل فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولي والحاكم (ومنها) لو اقتسما داراً خصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغني والمحرر تبطل القسمة وخرج صاحب المغني فيه وجمعاً آخر أنها تصح ويشارك في الطريق من نص أحمد على اشتراكهما في مسيل الماء وتدذكراً ذلك فيما سبق في القواعد ويتوجه أن يقال إن قلنا القسمة إفراز بطلت وإن قلنا بيع صححت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقاً صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط دأبه الاستطراق في القسمة صح قال الشيخ مجد الدين هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر (ومنها) لو حاف لائياً كل مما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحنث بالأكلي منه فتقاهما ثم أكل الخائف من نصيب عمرو فذكر الآمدي أنه لا يحنث لأن القسمة إفراز

حق لا يبيع وهذا يقتضى أنه يحث اذا قلنا هي بيع وقال القاضى قياس المذهب أنه يحث مطلقاً لان القسمة لا تخرجه عن ان يكون زيدا اشتراه ويحث عند أصحابنا باكل ما اشتراه زيد ولو انتقل الملك عنه إلى غيره وفي المعنى احتمال لا يحث هنا وعليه يتخرج أنه لا يحث اذا قلنا القسمة بيع. ونختتم هذه الفوائد بذكر فائدتين بل قاعدتين يكثر ذكرهما في مسائل الفقه وانتشر فروعهما انتشاراً كثيراً ونذكر ضوابطهما واقتسامهما

٢٠ — [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقف على إجازته أم لا ويعبر عنها بتصرف الفضولى وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف في مال الغير أو حقه ويتعذر استئذانه اما للجهل بعينه أو لغيبته ومشقة انتظاره فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الاجازة وهو في الاموال غير مختلف فيه في المذهب وغير محتاج إلى اذن حاكم على الصحيح وفي الابضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضاً وفي افتقاره إلى الحاكم خلاف فاما الاموال فكالتصرف باللقطة التي لا تملك وكان تصدق بالودائع والغصب التي لا تعرف ربها أو انقطع خبره وقد سبق في القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفاً فان أجازته المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضي الله عنهم وأما الابضاع فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فان امرأته تتربص أربع سنين ثم تعتد وتباح للزواج وفي توقف ذلك على الحاكم روايتان واختلاف في مأخذهما فقيل لأن أمارات موته ظاهرة فهو كالميت حكماً وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه كما لو ضارها بالغيبة وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبغي أن الفرق هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبنى الاختلاف في طلاق المولى لها وله ما أخذ ثالث وهو الاظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف في حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ ويزوجها بغيره ابتداء للحاجة فان لم يظهر فالامر على ما هو عليه وإن ظهر فان ذلك موقوف على إجازته فاذا قدم فان شاء أمضاه وان شاء رده. والقسم الثاني أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بان تطول مدة التصرف وتكثر ويتدد استرداد أعيان أمواله فلا صاحب فيه طريقان أشهرهما أنه على الخلاف الآتي ذكره والثاني أنه ينفذها هنا بدون اجازة دفعا لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التاخير في باب المضاربة وصاحب المغنى في موضع منه والقسم الثالث أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دواماً فهذا القسم في بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على اجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتان (أحدهما) أن يتصرف فيه المالك
فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والاجارة ونحوهما. وأما في
النكاح فللاصحاب فيه طريقان أحدهما اجراؤه على الخلاف وهو ما قال القاضى والآكثرون
والثاني الجزم بطلانه قولاً واحداً وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى ونص أحمد على التفريق
بينهما في رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي لم ينفذ بغير خلاف كما
لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنهما أو زوج الولي
الكبيرة بدون إذنهما فهل يبطل من أصله أو يقف على إجازتهما على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى
(الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك
فأما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكيمة روايتين أحدهما البطلان والثانية الصحة
قال وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وعلى
ذلك جماعة ممن بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الإجازة ومنهم من قيده بها
كالقاضى في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى في موضع من كلامهما فإن أريد بالصحة من غير وقف
على الإجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثانى فى القسم الثانى
الذى سبق ذكره وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة ففاسد قطعاً فى صورة شراؤه فى الذمة
إذا نفذ المال من المغصوب فإن الملك ثبت له فيها نص عليه فى رواية المروذى ولا ينافى ذلك قولنا
إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل الملك لغيره صرح به القاضى
فى خلافه ومن فروع ذلك فى العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالشهور أنه
يقع باطلاً وحكى عن أحمد أنه إن أجاز المالك أجزأته والأفلا (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال
فانه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير
طهور ولا صدقة من غلول ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً لعدم نسبته إليه ذكره ابن عقيل فى
فتونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجعه بعض شيوخنا
هذا الذى تولد من مال اكتسبه فيؤجر وإن لم يقصده كما يؤجر على المصائب التى تولد له خيراً
وعلى عمل ولده الصالح وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة
فذهبها لمتعته أو قرانه مثلاً فانه لا يجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد
لأن أصل الذبح لم يقع قربة من الابتداء فلا يتقلب قربة بعده كما لو ذهبها للحمى ثم نوى بها المتعة
وحكى الأصحاب رواية موقوفة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزيه وبين أن يظنها لنفسه فتجزيه في رواية ابن القاسم وسندي وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف ولا يصح (ومنها) لو أنكح الأمة المغصوبة وفي وقفه على الإجازة الخلاف وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً ويبعد هاهنا القول بنفوذه مطلقاً بدون إجازة بل هو باطل مخالف لنص السنة ولنصوص أحمد المتكاثرة وأما من يملك مال غيره لنفسه بعوض أو غيره فيجيزه المالك فهو شيء يتصرف الفضولي المحض فيخرج على الخلاف فيه . ومن صور ذلك ما إذا قال عبد فلان حر في مالي فأجازته المالك فالمنصوص عن أحمد أنه لا ينفذ وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذه بالإجازة ويلزمه ضمائه (القسم الرابع) التصرف للغير في الذمة دون المال بغير ولاية عليه فإن كان بمقد نكاح ففيه الخلاف السابق وإن كان بيع ونحوه مثل أن يشتري في ذمته فطريقان أحدهما أنه غير الخلاف أيضاً قاله القاضي وابن عقيل في موضع وأبو الخطاب في الانتصار . والثاني الجزم بالصحة هاهنا قولاً واحداً ثم إن إجازته المشتري له ملكه والا لزم من اشتراه وهو قول الخرق والاكثرين وقال القاضي في موضع آخر وابن عقيل يصح بغير خلاف لكن هل يلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له على روايتين واختلاف الأصحاب هل تقتصر الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا فمنهم من قال لا فرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من قال إن سماه في العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضي وأبو الخطاب في انتصاره في غالب ظني وابن المنى (كذا) وهو مفهوم كلام صاحب المحرر (القسم الخامس) التصرف في مال الغير بأذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الأذن وهو نوعان أحدهما أن تحصل مخالفة الأذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالأذن العرفي (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بهائة فباعه بثمانين فإنه يصح . وكذلك لو قال اشترى لي بهائة فاشترى له بثمانين (ومنها) لو قال له بعه بمائة نسيئة فباعه بمائة نقداً فإنه يصح (ومنها) لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فإنه يصح على الصحيح وفيه وجه لا يصح لمخالفته في جنس النقد (ومنها) لو قال بعه هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فإنه يصح قال القاضي هو المذهب ثم ذكر احتمالاً أنه يبطل في الثوب بمحضته من الشاة لأنه من غير الجنس (ومنها) لو أمر أن يشتري له شاة بدينار فاشترى شاتين بالدينارين تساوى كل واحدة منهما ديناراً فإنه يصح لذلك فإن باع لأحدهما بدون إذنه ففيه طريقان . أحدهما أنه يخرج على تصرف الفضولي . والثاني وجهاً واحداً وهو المنصوص عن أحمد لخبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعين أنه صحيح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثاني) أن يقع التصرف مخالفا للاذن على وجه لا يرضى به الاذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفقة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نساء على قولنا بمنعه منه أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه أو يبيع نساء أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم فالاصحاب هاهنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضامنا للمالك وهو اختيار القاضي في خلافه ومن اتبعه في المخالفة في الثمن لان التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانا وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد باصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صنته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه على المنصوص في رواية ابن منصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله في صورة الشراء كصاحب المغنى والسامري ولا فرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أو لأعلى أصح الطريقتين وصرح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الاثرم وابن داود وابن منصور والثاني أنه يبطل العقد مع مخالفة التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ما إذا لم يسمه فانه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نساء وبغير نقد البلد فأبطلوه فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقا بان المخالفة في النساء وبغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور . والطريقة الثانية أن في الجميع روايتين احدهما الصحة والضمان والثانية البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فيأخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولي سواء وظاهر كلام الخرق في الوقف هاهنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله مالم يأذن له في شرائه فانه صرح في البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولي المحض ونص أحمد في رواية عبد الله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشتري له شيئاً فخالفه كان ضامنا فان شاء الذي أعطاه ضمنه وأخذ مادفعه اليه وان شاء أجاز البيع فان كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة الا أنه لم يقيد بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد اذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولي والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان بناء على أن

الامر بالمأهية الكفاية ليس أمراً بشيء من جزئياتها والبيع نساء كالبيع بغير نقد البلد وهذه طريقة
 سلكها القاضي في المجرد وابن عقيل أيضاً في موضع آخر وهي بعيدة جداً بمخالفته لمنصوص أحمد
 وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوليها أن يزوجهها بمهر شتمته فزوجها بدونه فإنه يصح
 ويضمن الزيادة نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى
 ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فإن الإطلاق ينصرف إلى مهر المثل ويستثنى من ذلك
 الأب خاصة فإنه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية
 منها وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه
 فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حامد والقاضي والصحة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد
 والبطلان بمخالفته وكيله والصحة بخالفة وكيلها وهو قول أبي الخطاب ومع الصحة يضمن الوكيل
 الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما
 إذا وقع التقدير فاما مع الإطلاق فيصح النكاح وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي
 أحدهما يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل والثاني يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له
 غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر
 أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البنا (القسم السادس) التصرف للغير بمال
 المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففي المجرد يقع باطلاً رواية واحدة ومن الأصحاب
 من خرجه على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح لأن العقد يقف على الإجازة ويعتبر الثمن من
 ماله يكون إقراراً للشترى له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد في ماله قبله الآخر بعد المجلس وقد
 نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف
 العقود على الإجازة وهو مأخذ ابن عقيل وغيره فعلى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد فكل
 من أوجب عقد الغائب عن المجلس فباغاه قبله فقد أجازاه وأمهضاه ويصح على هذه الرواية ويرى أبو
 بكر رواية أخرى أنه لا يصح إلا في مجلس واحد واختارها

٢٩ — [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون
 بعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل كلها في المسألة روايتان أشهرهما أنها تتفرق والمسألة صور أحدها أنه
 يجمع العقدان ما يجوز العقد عليه ولا يجوز بالكلية أما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقدان لا يجوز
 عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي على الروايتين ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها
 كالرهن والهبة والوقف ولا يبين ما يبطل بجماله عوضه كما لم يبيح وما لا يبطل كالنكاح فإن النكاح فيه روايتان

منصوستان عن أحد غير أن صاحب المغني اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبدین
أحدهما منصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالاجراء
كفيز من صيرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفقة كما قالوا فيما إذا باع معلوماً
ومجهولاً أنه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفي التاخيص أن
للبطالان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفقة لا تقبل التجزؤة ولا تقسام والثاني جهالة العوض قال فعلى
الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه
كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم انه حكى في
تعدد الصفقة تفصيل الثمن وجهين وصحح بدمدها فعلى هذا يصح في قوله يقبل كل واحد بكذا على
المأخذين ثم انه اختار أن المتبايعين إن علما أن بعض الصفقة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة
لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل بمثل ذلك تأثير في
الصحة كما لو شري المبيع الذي لا يسقط إرشه بعد العتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا
يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فإن البيع يصح في ذلك كله
ويسقط بعض الثمن وهما هنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم
ذكره القاضى وابن عقيل وجهاً في باب الشركة والكتابة من المجرد والفصول فيما إذا باع عبدین
أحدهما له والآخر لغيره أن الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد
جداً ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنسا واحداً . وذكرنا في باب الضمان من كتابيهما طريقة
ثالثة وهي أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل اثنى أو يردده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن
ينخص هذا بمن كان عالماً بالحال ، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على
بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته
بشيء أن الوصية كلها للحي . ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي أن كان مما لا يجوز عليه
العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه
الحزبان وإن كان قابلاً للصحة فقيه الخلاف . ذكره الأزرعى ولا يثبت ذلك في المذهب . وعلى
القول بالتفريق فلا شترى الخيار إذا لم يكن عالماً بتعيين الصفقة عليه وله أيضاً الأرض إذا أمسك
بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغني في الضمان
الصورة الثانية أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفقة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر فهما هنا
حالتان إحداهما أن يمتاز بعض الأفراد بمزية قبل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل فيه

خلاف والظاهر صحة ذى المزية (فمن أمثلة صور ذلك) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعت بين حرة وأمة في عقد فقيه روايتان منصوصتان إحداهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهى أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهى كالبنات مع الأم وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعت غير واجد للطول حرة تعفه بافراها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان . أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرى لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها باختصاص بالصحة . والثانى يصح نكاحهما معا قال القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لأن له فى هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة . والأول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة فمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع . أما اذا كان المتزوج عبداً وقتلنا بمنعه من نكاح الأمة على الحرة التى تعفه فقيه وجهان . أحدهما أنه كالحر سواء . قاله القاضى فى الجامع وصاحب المحرر . والثانى يصح جمعه بينهما فى عقد بغير خلاف و [.] (١) وصاحب المغنى لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة [.] مقارنة نكاحيهما وإنما يمنع إسبق نكاح الحرة . الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالشهور البطلان فى الكل اذ ليس بعضها أولى ببعض فى الصحة مثل أن يتزوج أختين فى عقد أو خمساً فى عقد فالذهب البطلان فى الكل نص عليه أحمد فى رواية صالح وأبى الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج أختين فى عقد يختار إحداها وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد . وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجاين وقعا معا أنه يقرع بينهما فن أقرع فهى زوجته ويخرج هنا أمثلة . الصورة الثالثة أن يجعلا فى صفقة شيئين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد فى أحدهما قبل استقراره فإنه يختص بالبطلان دون الآخر . قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض البعض أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفى الباقي روايتان . تفريق الصفقة وهذا تفريق فى الدوام إلا أن يقال القبض فى الصرف شرط لانعدام العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار يباح بالأصل متأكل مكانه ولم نعث عليه

حينئذ في الابتداء غير ان القاضي حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف تصريحه في المسألة بأن القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضي ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة اذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فاذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي يخرج على روايتي تفريق الصفقة وهذا تصريح باجراء الخلاف في التفريق في الدوام فان انفسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فان طرأ ما يقتضي تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضي تحريم الجمع بينهما فان لم يكن لأحدهما مزية بأن صارنا أمأ وبننا بالارتضاع فروايتان أصحهما يختص الانفساخ بالأم وحدها اذالم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم وبنات لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنت دون الأم والله أعلم .

وجد في آخر النسخة مانصه

الحمد لله كثير ابلا انتماء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم تمت القواعد بتجديد مالكمها الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلي غفر الله له ولوالديه ومشايخه في الدين أمين



فهرس كتاب

القول في القواعد

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المنوف سنة ٧٩٥هـ

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان
خطري أن أرتبة (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الأولى ثم التي تليها وهكذا الى
الآخر وكان معنى ذلك ان آتى بما يخص القاعدة وفي ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل
المندرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) في استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما
صنع محبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم . وترددت بين هذا ذاك حتى ظفرت بنسخة
وصلتني من نابلس وفي آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله
البغدادى الحنبلي فأسرعت في الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما
كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد
للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تغمد الله برحمته مطولا ، اجتمعت في جمع مسائله
حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا لا على ترتيب
أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أى القواعد هي فانظر الى
حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة
فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة (١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدأت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات
فالارقام التي على اليمين تشير الى الصفحات والتي على اليسار تشير الى القواعد

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٤٨	١٦٠	١٥	١٢
	عندهما ما يكفي أحدهما		اجابة المؤذن
١٠	٧	١٢٥	٧٠
	المتيمم اذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء		الامر باجابة المؤذن
٣٠١	١٣٤	٥	٣
	وجرد الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة		اذا أدرك الامام في الركوع
٢٠	١٥	٦	٤
	اذا ليس خفا ثم أحدث ثم صلى		يجوز تقديم صلاة العصر الى وقت صلاة الظهر
١٢٠	٦٨	٦	٤
	لوشك في المسح هل ابتدأه في السفر او الحضر		صلاة الجمعة سببها اليوم
٢٤٨	١١٣	٨	٥
	قوله عليه السلام اني ادخلتهما وهما طاهرتان		اذا صلى الصبي في الوقت ثم بلغ
٣١٤	١٤٣	٨	٥
	اذا مسح على الخف ثم خلعه		اذا جمع بين الصلاتين في وقت اولهما
	باب الحيض		اذا صلى الظهر من لا جمعة عليه لاجل العذر ثم زال
٢٣٧	١٠٦	٩	٦
	الزائد على ما تجلسه المستحاضة من اقل الحيض		اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى جهة تحريك اللسان في القراءة
٣٠٣	١٣٦	١١	٨
	الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج		المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه
٣٤٢	١٥٩	١١	٨
	المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها		العاجز عن القراءة يلزمه القيام
	كتاب الصلاة وما يتعلق بها		من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها
	يعني من الاحكام وذكر الصلوات الى الجنائز		من عجز عن بعض الفاتحة
٥٥	٠٢	١٢	٩
	لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته في الصلاة لكن له الحية تستر		الصلاة في أوقات النهي
١٢	٠٩	١٣	١٠
	الصلاة بالنجاسة وبغير سترة		التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز الترجمة عنه
١٢	٠٩	١٣	١٠
	الصلاة في الثوب المغصوب والحرير		خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية
١٢	٠٩	١٣	١١
	الصلاة في البقعة المغصوبة		اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد النفل
١٢	٩	١٣	١١
	صلاة من عليه عمامة حرير		اذا شرع في النفل بعد اقامة الصلاة هل يصح
٣٤٩	١٦٠	١٥	١٢
	اذا جمع العراة ومعهم ثوب ليس هو لاحد منهم		الاستفتاح (في الصلاة)

صفحة قاعدة	صفحة	قاعده
١٥	١٢	سنة الجمعة بعد ها
١٢	١٥	الفاظ الصلاة في التشهد
٢٢	١٧	اذا تعارض صلاة ركعتين وصلاة اربعة
٢٢	١٧	رجل قرأ بتدبر وآخر قرأ سرداً
٢٢	١٧	رجلان أحدهما ارتاضت نفسه للطاعة
٢٤	١٨	والآخر يجاهد نفسه عليها أي ما أفضل
		لو أدرك الإمام راكعاً فكبر تبيرة
		ينوي بها الاحرام والركوع
٢٥	١٨	اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة
		فصلى معهم سقطت التحية
٢٥	١٨	لو سمع سجدةً معاً
٢٥	١٨	اذا صلى عقب الطواف مكتوبة هل
		تسقط عنه ركعتا الطواف
٢٥	١٨	إذا أدرك الإمام راكعاً فكبر للاحرام
٢٥	١٨	اذا اجتمع في يوم عيد وجمعة
٢٦	١٩	اذا طرأ على المكلف ما سقط تكليفه
		بعد الوقت وقبل التمكن
٢٦	١٩	اذا وصل غادم الماء الى الماء وقد
		ضاق الوقت فعليه أن يتطهر ويصلي
٣١	٢٣	اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد
		فهل يتوقف على إذن السيد
٤٠	٣١	اذا صلى المسافر خلف مقيم
١٠٧	٥٨	اذا تعمد المأموم سبق إمامه
١٢٠	٦٨	اذا صلى بطن نفسه محدثاً فتيقن متطهراً
١٢٥	٧٠	النهى عن الكلام والإمام يخطب
٢٢٩	١٠٠	فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي
٢٣١	١٠٣	الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهياً
	١٠٣	المسافر اذا أقام أربعة أيام فهو
		سفر واحد
	٢٤٠	١٠٨ اذا أقيم في المصر جمعتان
	٢٩٨	١٣٣ صلاة التراويح ليلة النسيم
	٢٩٩	١٣٣ صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف
	٣١٤	١٤٣ اذا حضر الجمعة أربعون من
		اهل وجربها
	٣٢٠	١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام
		الرجال في مواضع
	٣٣٦	١٥٨ اذا أدرك الإمام فكبر وركع معه
		وشك هل رفع إمامه
	٣٣٦	١٥٨ اذا شك هل ترك واجبا في الصلاة
	٣٤٠	١٥٩ الاخبار بدخول وقت الصلاة بعد
		الفراغ من الصلاة في ترك ركن
	٣٤٠	١٥٩ لو صلى ورأى عليه نجاسة وشك هل
		لحقته قبل الصلاة
	٣٤١	١٥٩ اذا غاب على ظنه دخول وقت
		الصلاة
	٣٤٤	١٥٩ اذا شك المصلي في عدد الركعات
	٣٤٩	١٦٠ اذا استوى اثنان في الصفات المرجح
		بها في الإمامة
		باب الجنائز
	١٨٨	٨٤ اذا مات الحامل وصلى عليها هل ينوي
		الصلاة على حملها
	٢٧٣	١٢٠ يقدم الاخ للابوين على الاخ
		الاب في الصلاة على الجنازة
	٣٢٧	١٥٣ ولاية الصلاة على الجنازة
	٣٤٤	١٥٩ المقبرة المشكوك بنسبها هل يحكم
		بنجاستها

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٤٥	١٥٩	لو وجد في دار الاسلام ميتا
		مجهولا فهل يصلى عليه
٣٤٩	١٦٠	اذا قدم بميتين الى مقبرة للسبيل
		وضاقت وتشاحا
٣٤٩	١٦٠	اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان
		الواحد أجود وتشاحا
		باب الزكاة
٥	٣	اذا أدى عن خمس من الابل بعيرا
٥	٣	اذا أخرج سنا أعلى من الواجب
٧	٥	اذا عجل عن أربعة وعشرين من الابل أربع شياه
٨	٥	اذا عجل الزكاة الى فقير فتغير حاله
١١	٨	اذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر
٢٦	١٩	الزكاة اذا تلف المال قبل التمكن فعليه الزكاة
٢٧	٢٠	لو كان عنده دون نصاب فكمثل يحتاجه
٢٧	٢٠	لو عجل الزكاة عن تمام النصاب قبل وجوده
٣٩	٢٩	لو أدى زكاته الى واحد وقلنا يجب الاداء الى ثلاثة
٤٠	٣٠	اذا عجل الزكاة فدفعها الى فقير ثم هلك المال
٤٠	٣٠	لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيها ثم نتجت
٥٢	٤٠	عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره
١٢٠	٦٨	لو كان له مال حاضر وغائب فأدى ونوى عن الغائب
		هل يكون الرجل مصرفا لزكاته
		إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به
		إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقلنا له الرجوع بها
		إخراج الزكاة عن الحل
		هل الحق متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة
		ومع التعلق بالمال هل يكون ثابتاً في ذمة المالك
		وهل يمنع من التصرف
		المباح أكله من مال الزكاة
		لو امتنع من أداء الزكاة
		لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة
		ولي الهبى والمجنون يخرج عنهما الزكاة
		لو أخرج الجبران في زكاته للابل شاة وعشرة دراهم
		لو أخرج عن أربع مائة من الابل أربع حقائق
		لو أخرج في الفطر صاعاً من جنسين
		الفار من الزكاة قبل تمام الحول
		إذا ترك العمل في المعدن ثم عاد هل يضم
		الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم
		الأخذ من الخمس بأوصاف
		الأخذ من الصدقات المندورة
		المسكن والخادم والمركب ليس يمنع من أخذ الزكاة
		لا تمنع المرأة من أخذ الزكاة إذا

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
	أفلس		
٢٩٦	١٣٢	١٧٨	٨٤
	الزكاة		فطر الحامل اذا خافت على جنينها
٣٠٨	١٣٨	٢٦٦	١١٦
	الزكاة إذا قلنا تتعلق بالعين لا تسقط		اذا نوى الصائم المتطوع الصوم
٣١٢	١٤١	٢٩٨	١٣٣
	بأن المال		لو أخبر واحد بطولوع الشمس
٣١٤	١٤٣	٣٠٠	١٣٤
	بأن المال فأنلفها		السفر قبل الشروع في الصيام يبيح
	لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة		الفطر
٣٢١	١٤٩	٣٣٩	١٥٩
	بأن المال المستحق لغير معين كالزكاة		إخبار الثقة بطولوع الفجر في رمضان
	لا يقف أدائه على مطالبة		إخباره بغروب الشمس في رمضان
٣٢٦	١٥٣	٣٣٩	١٥٩
	المنع من دفع الزكاة إلى الولد		الفطر في الصيام بغلبة ظن طلوع
٣٣٦	١٥٨	٣٤١	١٥٩
	إذا كان ماله غائباً فإن كان منقطعاً		الشمس
٣٣٩	١٠٨		
	خبره لم يجب إخراج الزكاة		كتاب الحج
	العبد الآبق المنقطع خبره هل		صيام التمتع والقرآن فان سببه العمرة
	تجب فطرته		إذا أحج المعضوب عن نفسه
	كتاب الصيام		الحج بالمال المعضوب
١١	٨		إذا حج تطوعاً قبل حجة الاسلام
١٢	٩		لو حج عن نذر وعليه قضاء
١٢	٩		هدى المتعة إذا عده
١٣	١١		القارن إذا نوى الحج والعمرة كفاه
٢٧	١٩		طواف واحد
٣٧	٢٧		لو طاف عند خروجه من مكة
٣٧	٢٧		طوافاً واحداً نوى به الزيارة والوداع
	٥٨		إذا قدم المعتمر مكة فانه يبدأ
١٠٤	٥٨		بطواف العمرة
١٢١	٦٨		لو أخر طواف الزيارة إلى وقت
			خروجه نطافه هل يسقط عنه
			طواف الزيارة
			الحج لا يشترط لوجوبه التمكن
			حج الزوجة الفرض باذن الزوج
			لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقمل فداء

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	كتاب البيع
٣٦	٢٦	لو وقعت بيضة نعامة في الحرم على عين إنسان فدفعها فانكسرت
٤٠	٣١	إذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه
١٠٤	٥٨	إذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه في الحال
١٠٦	٥٨	غسل الطيب للحرم
١٣٣	٧٢	إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه
٢٢٢	٩٦	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فاطلقه
٢٢٣	٩٦	إذا اصطاد المحرم صيداً
٢٣١	١٠٣	الطواف إذا تخلله صلاة
٢٣٢	١٠٤	أحرم بمثل ما أحرم به فلان
٢٣٨	١٠٦	إذا أحرم بنفسك وأنسيه
٢٤٦	١١٢	إذا وجد المحرم صيدا وميته يأكل الميتة
٢٤٧	١١٦	إذا باع الصبي أو عتق العبد وهما محرمان
٢٨٨	١٢٧	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد وتمكن من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم
٢٩٥	١٣٠	المسكن والخادم أو الذي يعود نفعه على العيال لا يباع في الحج
٢٩٧	١٣٢	وجوب الحج على القوى المكتسب
٣٠١	١٣٤	الرجل يملك منع زوجته من حج النذر
٣١٣	١٤٢	نبات الحرم إذا قطعه
٣١٨	١٤٤	إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والنذر
٣٤٥	١٥٩	إذا شك في عدد الطواف
١٣	١٧	لو باع أمة له فولدت عند المشتري فادعاه البائع
١٦	٢٢	لو اشترى عينا ورهنها
٢٠	٢٧	لو اشترى شيئا فاستغله ونما عنده
٢٣	٣٢	إذا اشترى عبدا بشرط العتق
٢٤	٣٣	لو باذر الغال قبل إحراق رحله وباعه
٢٤	٣٣	لو باع المشتري الشقة صر المشفوع
٢٤	٣٣	لو أمر الذمي بهدم بنائه فباعه لمسلم
٢٤	٣٣	لو مال جداره الى ملك جاره فامر بهدمه فباعه
٢٤	٣٤	لو اشترى عبدا بشرط العتق ثم باعه بالشرط
٢٤	٣٤	لو باع العبد الجاني لزم افتدائه
٢٤	٣٤	لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب المبيع إذا استثنى البائع نفعه
٣٣	٤١	لو باعه أمة حامل بحر
٣٣	٤١	لو باعه عقارا يستحق السكنى فيه
٣٣	٤١	بيع الدار المأجورة
٣٣	٤٢	لو اشترى أمة مزوجة
٣٣	٤٢	لو اشترى أمة أو عبدا محرما
٤٧	٦٧	البيع الفاسد
٤٨	٦٩	قاعدة كل من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه
٤٩	٧١	قاعدة القبض في العقود قسمان أحدهما موجب العقد ومقتضاه
٥٠	٧٢	والثاني من تمامه
		قاعدة هل يترقب المالك في العقود القهرية على دفع الثمن أو بدونه

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٧٤	٥١	قاعدة فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة
٧٨	٥٢	قاعدة التصرف في المملوكات قبل قبضها
٨٨	٥٣	بيع النصاب بعد الحول
٨٨	٥٣	بيع الجاني
٩٠	٥٤	مفارقة أحد المتبايعين الآخر بغير إذنه
٩٠	٥٤	تصرف المشتري في المشفوع بالوقف
٩١	٥٥	إذا باع بشرط الخيار وتصرف
٩٢	٥٥	إذا باع أمة بعبد ووجد بالعبد عيبا
٩٥	٥٦	لو باعه شيئا بشرط أن يرهنه على ثمنه
١٠٢	٥٧	إذا اشترى المريض أباه بضمن لا يملك غيره
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع في مدة الخيار
١٠٧	٥٩	إذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه
١٠٨	٥٩	إذا تبايعا جارية بعبد ثم وجد أحدهما بما قبضه عيبا
١٠٨	٥٩	إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده
١٠٩	٥٩	إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ
١٠٩	٥٩	إذا اشترى ربويا بجنسه فبان معيبا
١٠٩	٥٩	الإقالة تصح بعد تلف العين
١١٥	٦٣	فسخ المبيع المعيب
١١٦	٦٣	الفسخ بالخيار
١١٦	٦٤	لو أذن البائع للمشتري في التصرف في مدة الخيار
١١٧	٦٥	لو باع مال أياه بغير إذنه ثم بان أنه كان قد مات
١٢٩	٨٤	إذا اشترى جارية فبان حاملا
١١٨	٦٥	من اشترى آبقا يظن أنه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه
١١٨	٦٦	قاعدة لو تصرف مستند إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه
١١٩	٦٧	باع عينا ثم وهب ثمنها للمشتري ثم بان بها عيب
١١٩	٦٧	لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها
١٢٨	٧٠	شراء الوصي من مال اليتيم
١٣٣	٧٢	لو باع ثوبا بنفقة عبده
١٣٧	٧٥	لو اشترى أسيرا حراما من أهل الحرب
١٥٠	٧٨	لو باع دارا فيها نافذة لم تخرج من الباب إلا بهدمه
١٥٠	٧٨	لو اشترى أرضا فيها زرع للبائع
١٥٧	٨٠	إذا باعه أرضا وفيها أصول البقل
١٥٧	٨١	المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة
١٦٥	٨٢	النذر والصدقة والوقف إذا لزمت لم يحز لمن أخرجهما أن يشتري من تناجها
١٦٧	٨٢	المقبوض على السوم إذا ولدت في يد القابض
١٦٧	٨٢	المقبوض بعقد فاسد
١٦٨	٨٢	المبيع في مدة الخيار إذا نما نماء متصلا ثم فسخ البيع
١٦٨	٨٢	نماء المردود بالعيب
١٧٤	٨٣	قاعدة إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ تتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٧	٨٤	ورود العقد على الحامل إن قلنا	٣٤١
١٩١	٨٥	للحمل حكم فهو داخل في العقد	٣٤٩
٢٢٧	٩٩	لو باع أرضا فيها زرع	١٥٩
٢٢٨	٩٩	الزراعي لا يجوز بيعه	١٦٠
٢٣٣	١٠٤	بيع رباة مكة وإجارتها لا يجوز	اشتبه عبده بعبده غيره فهل يصح
٢٤٥	١١٠	البراءة من عيوب المبيع	بيع عبده المشتبه قبل تمييزه
٢٤٨	١١٣	لو اشترى شيئا فظهر على عيب فيه	باب بيع الأصول والثمار
٢٥٢	١١٣	مسألة مد عجوة	لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى
٢٦٣	١١٥	إذا باع رجل عبدين له من رجلين	اختلطت
٢٦٥	١١٦	بشمن واحد	لو اشترى شجرا عليه ثمر
٢٦٩	١١٨	عقود التمليكات المضافة الى عدد	لو اشترى طامالم يؤبر بشرط قطعه
٣٠١	١٣٥	الفسخ بالعيب والخيار	إذا تلف الثمر في الشجر
٣١٤	١٤٣	تعليق فسخ البيع بالاقالة	اشتراط مشترى الزرع حصاده
٣١٥	١٤٣	قاعدة الملك القاصر لا يستباح به	على البائع
٣١٥	١٤٣	الوطء كالمشترى بشرط الخيار	أصول البقل هل يجوز بيعها منفردة
٣١٦	١٤٤	إذا افترق المتصارفان ثم وجد	لو اشترى لقطة ظاهرة فتلفت
٣١٦	١٤٤	أحدهما بما قبضه عيبا	بجائحه
٣١٧	١٤٤	لو أبدل مصحفا بمثله جاز	إذا اشترى قصيلا بشرط القطع
٣٢٢	١٥٠	العوض هل يقوم مقام المعوض	باب السلم
٣٢٧	١٥٨	خيار الشرط إذا طالب به الميت	إذا أسلم في شيء حالا
		قام وارثه مقامه	لو قال له في دين السلم صالحني منه
		حق الفسخ بخيار الشرط فلا يورث	على مثل الثمن
		بغير مطالبة	شرط ابقاء المسلم فيه في غير مكان
		الرد بالعيب هل هو ثابت للورثة	العقد
		ابتداء أو بطريق الارث	باب الرهن
		فيمن اشترى لحما ثم استزاد البائع	إذا امتنع الراهن من بيع الرهن
		ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب	إذا رهنه شيئا ثم أذن له في الاتفايع
		اللحم	به
		إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا	ورود عقد الرهن على الغصب

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٨	٣٧	رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه	٥٢	٤٠ رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها
٤٨	٣٧	قال الراهن للمرتحن إن جشك بحقك والافالرهن لك	٥٣	٤٢ الذي لا يجب أدائه بدون مطالبة
٥١	٤٠	رهن عيناً ثم زال ملكه عنها	٨٧	٥٣ اذا حل الدين على الغريم وازد السفر
٥١	٤٠	لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه	٨٧	٥٣ المفلس اذا طالب البائع منه سلعته
٥٢	٤٠	لو أعاد الرهن بطل	١٣٠	٧١ ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله
٥٣	٤١	لو أتلّف الرهن مناب وأخذت قيمته	١٤٧	٧٧ غراس المفلس وبنائه اذا رجع بائع الأرض
٦٥	٤٥	اذا تعدى المرتحن زال اتّميانه	١٥٨	٨١ المبيع إذا أفلس مشتره قبل تقديمه
٨٧	٥٣	التصرف في الموهون لا يصح	١٦٩	٨٢ نماء فسخ البائع لافلاس المشتري
١٣٩	٧٥	مؤنة الرهن	١٩٥	٨٥ تداق حق غرماء المفلس بماله
١٣٩	٧٥	لو خربت الدار الموهونة	٢٤٥	١١٠ لو أناه الغريم بدينه في محله ولا ضرر
١٦٧	٨٢	نماء الموهون	٢٦١	١١٥ غرماء المفلس الذي لا يقى ماله
١٧٩	٨٤	لو وطىء الراهن أمته الموهونة	٢٩٥	١٣٠ المفلس لا يباع داره ولا خادمه
٢٢٥	٩٧	الموهون التي لا يعرف أهلها	٢٩٦	١٣٠ الشريك اذا عتق حصته وليس له سوى مسكن وخادم فهو معسر
٢٤٥	١١٠	اذا حل دين الرهن وامتنع من توفيقه	٢٩٦	١٣١ إذا أفلس المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها
٢٥٠	١١٣	اذا رهنه اثنان عينين وقضى أحدهما ما عليه	٢٩٦	١٣١ لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها
٢٥٣	١١٣	لو وضع المتراهنان الرهن على يد عدلين	٢٩٧	١٣٢ في اجبار المفلس على التكسب
٣٠٨	١٣٨	الرهن يضمن بالاتلاف	٣١٧	١٤٤ لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق الورثة
٣١٨	١٤٤	اذا مات الراهن قبل اقباض الرهن	٣١٨	١٤٤ إذا مات وعليه دين فللورثة تنفيذها
		باب الحجر والتفليس	٣٢١	١٤٩ إذا مات من لا وارث له وعليه دين فهل يحل
١٤	١١	التصرفات المالية وعليه دين		
١٧	١٣	استيفاء الحق من مال الغريم		
٣٣	٢٣	اذا أنى الغريم بدينه فأبى قبضه		

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	باب الصلح	صفحة قاعدة
٢٢٧	٩٩	الماء الجارى والكلا* يجب بذل الفاضل منه	٢٢٧
٢٢٧	٩٩	وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر به	٢٢٧
٣١٤	١٤٢	الجدار المشترك اذا تهدم وأقامه أحد الشرىكين	٣١٤
٣١٤	١٤٢	اذا تهدمت الكنيسة التى تقرر فى دار الاسلام	٣١٤
٣٥٠	١٦٠	اذا استبقى اثنان الى الجملوس بالأما كن المباحة	٣٥٠
٣٥٠	١٦٠	اذا استبقى اثنان الى معدن مباح	٣٥٠
٣٥٠	١٦٠	اذا اجتمع اثنان بين نهر مباح	٣٥٠
٣٢	٢٣	باب الحوالة والضمان الحوالة على الملى	٣٢
٣٦	٢٦	لو أشرفت السفينة على الفرق فالقى متاع غيره	٣٦
٥٥	٤٣	قاعدة فيما يضمن من الاعيان بالعقد أو اليد	٥٥
٦٧	٤٧	قاعدة فى ضمان المقبوض بالعقد الفاقد كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب فى فاسده	٦٧
١٢٠	٦٧	لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم له	١٢٠
١٣٧	٧٥	اذا قضى عنه ديناً واجبا عليه بغير أذنه	١٣٧
١٣٨	٧٥	لو أنفق على عبده الآبق فى حال رده اليه	١٣٨
١٣٩	٧٥	نفقة طائر غيره اذا عشن عند	١٣٩
١٤١	٧٥	اذا غاب الزوج فاستأذنت الزوجة للفقة على نفسها فانها ترجع بذلك	١٤١
٣١	٢٣	أخذ فاضل الماء والكلا* من أرضه	٣١
١٤٢	٧٦	اذا تهدم الحائط المشترك	١٤٢
١٤٣	٧٦	اذا تهدم السقف بين سفلى وعلو	١٤٣
١٤٤	٧٦	القناة المشتركة اذا تهدمت	١٤٤
١٤٦	٧٦	الزرع والشجر المشترك اذا طلب أحد الشرىكين سقيه	١٤٦
١٤٩	٧٧	من كان فى أرضه نخلة لغيره	١٤٩
١٩٠	٨٥	من نبت له فى أرضه نخل أو نحوه من المباحات	١٩٠
١٩١	٨٥	وضع الجار خشبه على جدار جاره	١٩١
١٩١	٨٥	اجراء الماء فى أرض غيره	١٩١
١٩٢	٨٥	مرافق الاملاك هل هى مملوكة	١٩٢
١٩٣	٨٥	مرافق الأسواق المتسعة	١٩٣
١٩٣	٨٥	الجلوس فى المساجد ونحوها	١٩٣
١٩٧	٨٦	المنتفع بملك جاره	١٩٧
١٩٧	٨٦	اقتطاع الارفاق كمقاعد الأسواق	١٩٧
١٩٨	٨٧	مرافق الاملاك من الأفتية والازقة	١٩٨
١٩٩	٨٧	الماء والكلا* فى الارض	١٩٩
١٩٩	٨٧	منافع الارض الخراجية	١٩٩
٢٠٠	٨٧	المصالحة بمعرض على وضع الاخشاب	٢٠٠
٢٠١	٨٨	اذا حفر فى طريق واسع بئراً	٢٠١
٢٠١	٨٨	اذا بنى مسجداً فى طريق	٢٠١
٢٠٢	٨٨	بناء غير المساجد	٢٠٢
٢٠٢	٨٨	اختصاص آحاد الناس فى الطريق	٢٠٢
٢٠٣	٨٨	الحفر فى الطريق	٢٠٣
٢٠٤	٨٨	اشراع الاجحة	٢٠٤

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٦٧	٨٢	الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء
٢٠٤	٨٩	قاعدة أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف
٢٠٦	٩٠	من له ولاية شرعية بالقبض
٢٠٦	٩٠	من قبض المال لحفظه على المالك
٢٠٧	٩١	قاعدة يضمن بالعقد وباليد الاموال المحضنة المنقولة
٢٢١	٩٥	لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله
٢٢١	٩٦	لو امتنع من وفاء دينه وله مال
٢٥٤	١١٣	اذا ضمن اثنان دين رجل
٢٦٥	١١٦	اذا انعقد سبب الملك أو الضمان
٢٨٥	١٢٧	لو فتح قفصا عن طائر
٢٨٦	١٢٧	المكره على اتلاف مال الغير
٣١١	١٤٠	الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين
٣١٧	١٤٤	الكفيل هو كالرهن
٣١٧	١٤٤	اذا مات وله دين به ضامن ائتمه الى الورثة مضمونا
٣٣٧	١٥٨	من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة

باب الشركة

باب الوكالة

٢٧	٢٠	لو قارض المريض في مرض الموت
٢٨	٢٠	وسمى للعامل أكثر من أجره المثل
٢٨	٢٠	لو فسخ المالك المضاربة
٢٨	٢٠	المشاركة بين اثنين بمال أحدهما
٢٩	٢٢	لو خلط زيت به زيت غيره فهل هو استهلاك أو اشتراك
٢٩	٣٩	الوكيل في البيع بملك البيع بضمن المثل
٤٤	٦١	قاعدة في قبول قول الأمانة في الرد والتلف
٤٥	٦٤	الوكيل اذا تعدى
٥٦	٩٦	لو قال اذا تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١١٠ ٦٠ الوكيل في بيع الرهن	٢٣٢ ١٠٤ البراءة من المجهول
١١٢ ٦٠ اذا وكله ثم عزله وتصرف قبل العلم	٢٣٤ ١٠٥ الاقرار يصح بالمبهم
١١٦ ٦٤ لو تصرف في مال غيره ثم تبين انه كان قد اذن له	٢٧٠ ١١٩ لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا البيت
١٢١ ٦٨ لو وكله في شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل	٢٩٩ ١٣٣ البراءة المتعلقة بموت المبرى
١٢٤ ٦٩ الوكيل وتوكيله	٣٢٣ ١٥١ لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه
١٢٤ ٦٩ العبد المأذون له هل له أن يوكل	٣٤٨ ١٥٩ اذا قال له عندى درهم ودرهم ودرهم
١٢٤ ٦٩ الصبي المأذون له هل له أن يوكل	باب العارية
١٢٧ ٧٠ الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه	٤٨ ٣٧ اذا أعاره شيئا ليرهنه
١٢٨ ٧٠ شراء الوكيل ما وكله من ماله	٤٩ ٣٨ لو أعاره شيئا وشرط العوض
١٢٩ ٧٠ اذا وكل غريمه أن يبرى غرماء	٥١ ٤٠ لو أعاره شيئا وزال ملكه عنه
١٣١ ٧١ الوكيل والأجير هل لهما الأكل	٤٠ ٤٠ الاعيان المضمونة يجب ردها
١٣٣ ٧٢ يجوز اشتراط الوكيل النفقة	١٤١ ٧٥ أعاره شيئا ليرهنه ثم افسكه المعير
٢١٧ ٩٤ وكيل الوكيل	١٤٧ ٧٧ غراس المستعير وبنائه اذا رجع المعير
٢١٧ ٩٤ المشتري من الوكيل المخالف	١٤٨ ٧٧ القابض بعقد فاسد من المال اذا غرس فللمالك تمامه بالقيمة كغرس المستعير
٢٦٩ ١١٨ تعاقب فسخ الوكالة على وجودها	١٥١ ٧٨ لو أعاره أرضا للغرس ثم أخذ غرسه
٢٧٨ ١٢٣ لو وكله في أن يطلق زوجته	١٦٧ ٨٢ لا يرد عقد الاعارة على ولدها
٣٠٠ ١٣٣ الوكيل ووصى اليتيم لهما ان يبتاعا بزيادة على ثمن المثل	١٩٧ ٨٧ اعارة العارية
٣٥٧ ١٦٠ اذا وكل وكيل في طلاق زوجته يعتزلها	١٩٨ ٨٧ المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع
باب الاقرار	٢٠٩ ٩٣ لو أردف المالك خلفه على الدابة
٣٦ ٢٥ لو أقر له بمظروف في ظرف	٢١٧ ٩٤ المستعير من المستعير
١١٧ ٦٥ لو أبرأ معتقدا انه لا شيء عليه ثم تبين انه كان عليه	٢١٧ ٩٤ المستعير من المستأجر
١٨٣ ٨٤ الاقرار المطلق للحمل	٢٢٧ ٩٩ اعارة الحلي
	٢٢٧ ٩٩ المصحف يجب اعارته
	٣١٣ ١٢٢ لو أعاره حائطاً لوضع خشبة عليه فسقط

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
باب الغصب	١٥٥	٧٩	الشفيع اذا انتزع الارض وفيها زرع
٣٠	٢٢	لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة	١٨٣
١١٦	٦٤	لو غصب طعاما ثم أباحه له المالك	٢٦١
		فا كله غير عالم بالاذن	٢٦٥
١٤٨	٧٧	غرس المشتري من الغاصب	٣١٦
١٤٩	٧٧	غرس الغاصب وبنائه	٣١٦
١٥١	٧٨	لو غصب فصيلا وادخله داره فكبر	
١٥١	٧٨	لو غصب ثوبا نصبه	١١٠
١٥٢	٧٩	زرع الغاصب	١١١
١٥٧	٨٠	اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر حله	١٣٣
٢٠٩	٩٢	لو غصب دابة عايبها مالها	١٣٤
٢٠٩	٩٢	لو دخل دار انسان بغير إذنه	
٢٠٩	٩٢	لو كانت العين ملكا لثنين فرغ	١٤١
		الغاصب يد أحدهما	١٥١
٢١٠	٩٣	قاعدة من غصب مغصوبا من مالكة	١٥٥
٢٢٣	٩٦	الغصوب والودائع لو أداها أجنبي	
٢٢٦	٩٧	الغصوب التي جهل ربهها	١٥٦
٢٢٧	٩٨	الأموال المغصوبة والمنهوبة مع اللصوص	
٢٦٥	١١٦	اذا تملك المالك زرع الغاصب	
		باب الشفعة	٣٥
٨٧	٥٣	الشفيع اذا طالب بالشفعة	٣٨
١٤٧	٧٧	غراس المشتري في الأرض	٤٢
		المشفوعة	٤٣
١٥١	٧٨	اذا غرس المشتري في أرض م	
		انتزعها الشفيع	٤٤
		باب المساقاة والمزارعة	
		اذا فسخ عقد المساقاة	٦٠
		اذا زارع رجلا على أرضه ثم فسخ	٦٠
		المساقاة والمزارعة وما بقى معهم بعد الفسخ	٧٢
		الفسخ	
		اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة والمزارعة بما لا يلزم الآخر	٧٣
		اذا هرب المساقى قبل اتمام العمل	٧٥
		لو حمل السيل الى أرض غرس غيره	٧٨
		احتمل السيل بذر انسان الى أرض غيره	٧٩
		من زارع في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره	٧٩
		باب الاجارة	
		لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار	٢٥
		لو استأجر دابة فزاد	٢٨
		لو أجر عبده مدة ثم أعتقه	٣٤
		لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها	٣٥
		استأجر دارا من أبيه ثم مات الأب	٣٥

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٤	٣٦	قاعدة من استأجر بمن له ولاية
		الايجار ثم زالت ولايته
٤٦	٣٨	لو استأجر المكيل أو الموزون
٤٩	٣٨	لو أجره الأرض بثلاث ما يخرج منها
٥٠	٣٩	لو أجره عينا بلفظ البيع
٥١	٤٠	استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه
٦٥	٤٥	إذا استأجره لحفظ شيء مدة
٦٨	٤٧	حكم الاجارة الفاسدة
١٠٧	٥٩	إذا تلفت العين المستأجرة قبل
		مضى مدة الاجارة
١٢٣	٦٩	الاجير المشترك يجوز له الاستئابة
١٢٥	٧٠	إذا أذن له بعد في التجارة لم يملك إجارة
		نفسه
١٣٢	٧٢	استئجار الظئر بالطعام والكسوة
١٣٢	٧٢	استئجار غير الظئر
١٤٠	٧٥	عمارة المستأجر في الدار المستأجرة
١٤٧	٧٧	غراس المستأجر بعد انقضاء المدة
١٥١	٧٨	إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت
		المدة
١٥٣	٧٩	إذا أجره لزرع شيء فزرع ما ضرره
		أعظم منه
١٥٣	٧٩	الزرع بعقد فاسد ممن له ولاية
		العقد
١٥٤	٧٩	الزرع بعقد ممن يظن أن له ولاية
		العقد فبين بخلافه
١٥٥	٧٩	زرع أرضاً بملكها أو بأذن مالكها
		ثم انتقل ملكها إلى غيره
١٦٧	٨٢	الاجير كالراعي ألتم في يده أمانة
١٦٧	٨٢	المستأجر ألتم في يده أمانة
١٩٧	٨٧	إجارة المستأجر
		إجارة الوقف
		اجارة المنافع المستثناة
		اجارة أرض العنوة
		لو استأجر الدابة إلى مسافه
		الاجير المشترك اذا جنت يده
		المستأجر من المستأجر
		إذا دفع القصار ثوب رجل إلى
		غيره خطأ
		لو استأجر أجيراً يعمل له مدة
		إذا أجر داراً فانهدم جدارها
		لو دفع ثوبه إلى من يخطه أو يقصره
		وهو معروف بأخذ الاجرة
		إذا أجره عبداً أو سلمه إليه ثم ادعى
		أن العبد أبق
		باب إحياء الموات
		متحجر الموات
		متحجر الموات ومن أقطعه الإمام
		لو تحجر مواتاً ولم يحبه
		باب الجعالة
		فيمن يستحق العوض عن عمل
		بغير شرط
		من رد أبقاً على مولاه
		من أنقذ مال غيره من التلف
		باب الوقف
		لو ولدت الأمة الموقوفة
		يصح أن يقف ويستثنى منقذته
		إذا أتلف الوقف
		هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٣١ ٧١ ناظر الوقف والصدقات لها الأكل	٢٣٧ ١٠٥ او كان له ابتزاز اسمها واحد فذهب
١٦٦ ٨٢ المالح وقفها بالموت	لاحداهما شيئا ولم يبين
١٨٣ ٨٤ استحقاق الحمل من الوقف	٣١٦ ١٤٤ الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة
١٩٦ ٨٦ منافع الوقف وثمرته	لا يشترط بدون مطالبة الميت
٢٣٧ ١٠٥ وجد في كتاب وقف أن رجلا	٣١٨ ١٤٤ اذا مات الواهب قبل لزوم الهبة
وقف واشتبه	٣٢٠ ١٤٧ احكام النساء على النصف من احكام
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على من يولد لفلان	الرجال من عطية الاولاد
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على ولده وولد ولده	٣٢٢ ١٥٠ هدية المقرض
٢٣٩ ١٠٧ وقف على ولده ثم على ولدهم	٣٢٢ ١٥٠ هبة المرأة زوجها صداقها
٢٦٣ ١١٥ الموقوف عليهم اذا رد بعضهم	٣٢٢ ١٥٠ هدايا العمال
٢٧٤ ١٢٠ يقدم الاخ للابوين في الوقف	٣٢٢ ١٥٠ الهدية لمن شفيع له شفاعته
المقدم فيه بالقرب	٣٢٣ ١٥١ الهبة التي يراد بها الثواب
٢٧٧ ١٢٢ لو وقف على بعض اولاده	٣٢٧ ١٥٣ الرجوع في الهبة
٢٨٤ ١٢٦ لو وقف المسلم على قرابته وأهل قرابته	٣٢٧ ١٥٣ الأخذ من مال الولد بغير حاجة
٣١٥ ١٤٣ ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا اباد	وولاية ماله
٣٢٥ ١٥٣ الوقف على الولد يدخل فيه ولد الولد	٣٤٦ ١٥٦ اذا اختلط مال حرام بحلال
باب الهبة	باب اللقطة واللقيط
٠٤١ ٣٢ يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفقه	١٣٨ ٧٥ نفقة اللقطة وفيها نفقة اللقيط
٠٥٢ ٤٠ الهبة قبل القبض	١٦٩ ٨٢ نماء اللقطة إذا جاء مالها
٠٥٢ ٤٠ رجوع الاب	١٩٠ ٨٥ حق الملقط في اللقطة
٠٨٩ ٥٣ تصرف من وهبه المريض	٢٢٠ ٩٥ لو دفع الملقط اللقطة الى واصفها
٠٩٣ ٥٥ لو وهب الاب لولده شيئا	٢٢٤ ٩٧ اللقطة التي لا تملك إذا أجزنا
٠٩٣ ٥٥ لو تصرف الوالد في مال ولده	الصدقة بها
٠٩٣ ٥٥ تصرف السيد في مال عبده	٢٢٤ ٩٧ اللقيط إذا وجد معه مال
١٥٩ ٨١ ما وهبه الأب لولده اذا زاد زيادة	٢٢٦ ٩٧ إذا أراد من بيده عين جهل مالها
متصله	أن يملكها
١٦٩ ٨٢ رجوع الأب فيما وهبه لولده	٢٢٦ ٩٨ اللقطة يجب دفعها الى واصفها
١٦٩ ٨٢ هبة المريض جميع ماله	٢٢٧ ٩٨ اذا تنازع اثنان أمما التقطه
٢٠٦ ٩٠ استيلاء الأب على مال الابن	٣٢٣ ١٥١ لو وجد لقيط وبقره مال
	٣٥٠ ١٦٠ اذا التقط اثنان طفلا واختلفا

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
باب الوصايا والموارث	٢٨
لو وادت الموصى بمنافعها	٢١
لو وصى له برطل زيت معين ثم خلطه	٣٠
الموصى بعقده	٣٢
يصح أن يوصى برقبة عين لشخص وينفعها لآخر	٤١
الوصية تبطل بازالة الملك	٥١
الموصى له بعين اذا أتلغها متلف	٥٣
الوصى اذا تعدى	٦٥
تصرف الورثة في التركة	٨٨
تصرف الموصى له في الوصية	٩٥
صححة الوصية لمن ثبتت أهليته	٩٦
اذا وجدت الحرية عقب موت الموروث	٩٦
اذا مات الذمي وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه	٩٨
ترريث الطفل المحكوم باسلامه	١٠٠
الموصى اليه هل له رد بعد القبول	١١٠
لو وصى لبعده بثلث ماله	١٣٠
لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت	١٤١
اذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها	١٤٩
الموصى بعقده اذا كسب	١٦٤
الموصى بوقفه اذا نما	١٦٤
الموصى به لمعين	١٦٥
الموصى بعقدها أو وقفها اذا ولدت	١٦٦
تركة من عليه دين اذا تعلق بها	١٧٢
حق الغرماء	
الحل هل له حكم	١٧٨
اذا كان لرجل زوجة ولها ولد من غيره فوات	١٧٩
ثبوت الملك للحمل بالوصية	١٨٢
الحل يملك الميراث	١٨٤
الموصى له بعد موت الموصى	١٩٠
تعلق حق الغرماء بالتركة	١٩٣
تعلق حق الموصى له بالمال	١٩٤
الوصية بالمنافع	١٩٦
اذا أوصى لرجل بتفريق ثلثه	٢١٩
لو وصى لشخص بشئ فلم يعرف	٢١٩
لو اشترى الورثة عبداً من التركة	٢١٩
لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله	٢٢٠
اذا دفع أجنبي عينا موصى بها الى مستحقها	٢٢٤
قبل الموصى له الوصية	٢٣٠
اجازة الوصية	٢٣٣
الوصية لجاره محمد	٢٣٥
مال من لا يعلم له وارث	٢٣٨
الاجازة لفلان ولمن يولد له	٢٣٩
الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء	٢٣٩
الموارثان اذا ماتا جميعا	٢٤٠
لو امتنع الموصى له من القبول والرد	٢٤٥
العصبات المجتمعون في الميراث	٢٦١
ذور الفروض	٢٦٢
الوصايا المزدحمة	٢٦٢
ملك الموصى له اذا قبل	٢٦٥
الوصية لمن هو في الظاهر وارث	٢٦٧
اذا أوصى الى فاسق	٢٦٨
لو أوصى له بدار ثم انهدمت	٢٦٨

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٧٠	١١٩	لو وصى لزيد بخاتم و لآخر بنفسه	١٢٩
٢٧١	١١٩	لو وصى بثلاثة لرجل ووصى لآخر بمقدر	١٣٥
٢٧٢	١١٩	إذا أوصى لزيد بشئ وللفقراء بشئ	٣٢١
٢٧٢	١١٩	لو وصى للفقراء وورثته فقراء	٣٦٢
٢٧٢	١١٩	الموارث بأسباب متعددة	
٢٧٣	١٢٠	يرجع الاخ للأبوين على الاخ للأب في الميراث	
٢٧٦	١٢٢	لو وصى لأقاربه	١٠
٢٧٧	١٢٢	لو وصى لقرابة غيره	١٣
٢٧٧	١٢٣	لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون	١٧
٣١٤	١٤٢	لو وصى له بدار فأنهدمت فاعادها	٢١
٣١٧	١٤٤	قبول الوصية	٣١
٣١٩	١٤٥	المبتوتة في مرض الموت	٣٢
٣١٩	١٤٥	لومات مسلم وزوجته ذمية فأسلت في العدة ورثت	٣٣
٣٢٠	١٤٧	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الميراث	٣٣
٣٢٠	١٤٨	قاعدة من أدلى بوارث وقام مقامه سقط به	٣٨
٣٢١	١٤٩	من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه	٤١
٣٢٥	١٥٣	جر الولاء	٤٢
٣٢٦	١٥٣	الوصية لولده حكمها حكم الوقف	٦٨
٣٢٦	١٥٣	ميراث والد الولد	١٠
٣٥١	١٦٠	إذا أوصى لزيد بعبد من عبده	٩١
		كتاب الفیء والصدقة	٩٥
١٢٩	٧٠	المأذون له في الصدقة هل له أن يأخذ لنفسه	٩٦
		الأموال التي تجب الصدقة بها لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها	
		العامل على الصدقات	
		الأموال التي تجهل	
		إذا استوى اثنان من أهل الفیء في درجة	
		كتاب النكاح وما يتعلق به	
		إذا نكح المعسر الخائف الغنت	
		الفاظ النكاح تنعقد بغير العربية	
		لو أصدقها تعام سورة	
		لو تزوج بكرأ فادعت أنه عنين	
		لو أصدقها شجرة فأثمرت	
		بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها المولى إذا امتنع من الفته	
		العنين إذا انقضت مدته	
		المولى في النكاح إذا امتنع من التزويج	
		إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة	
		لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي فأذهب عذرتها	
		عوض الصداق والخلع على مال	
		إذا أعتقت الأمة المزوجة	
		لو أذن السيد في النكاح	
		النكاح الفاسد	
		وطء العبد زوجته إذا أعتقت	
		تصرف الزوجة في نصف الصداق	
		إذا أعتق السيد أمته وجعل عتقها صداقها	
		لو وجدت الكفأة في النكاح حال العقد	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	قاعدة	قاعدة
٩٨	٥٧	لو أعتق الزوجان معا	واحد
١٠٠	٥٧	إذا تزوج العادم للطول في عقد	١٠٩ ٢٤٣
		واحد حرة وأمة	١٠٩ ٢٤٣
١٠٣	٥٧	لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول	١٠٩ ٢٤٣
١١٥	٦٣	فسخ المعتقة تحت عبد	١٠٩ ٢٤٣
١١٩	٦٧	لو أصدق زوجته عينا فوهبتها له ثم طلقها	١٠٩ ٢٤٣
١٢٤	٦٩	لو أصدقها عملا معلوما مقدرا	١١٠ ٢٤٥
١٢٨	٧٠	الوكيل في نكاح المرأة ليس له أن يزوجه لنفسه	١١٠ ٢٤٥
١٥٩	٨١	إذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة	١١٢ ٢٤٦
١٧٠	٨٢	نماء عود الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول	١١٢ ٢٤٦
١٨٩	٨٥	حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق	١١٥ ٢٦١
١٩٧	٨٦	أكل الضيف لطعام المضيف	١٢٠ ٢٧٣
١٩٧	٨٦	عقد النكاح هل هو ملك منفعة	١٢٥ ٢٨١
٢٣٠	١٠٢	من تزوج امرأة في عدتها	١٢٥ ٢٨١
٢٣٠	١٠٢	من تزوجت بعدها	١٣٤ ٣٠١
٢٣٥	١٠٥	ورود عقد النكاح على اسم لا يميز	١٣٤ ٣٠١
٢٣٨	١٠٦	إذا اشتبهت أخته بنساء أهل مصر	١٣٦ ٣٠٣
٢٤٠	١٠٨	إذا زوج الوليان	١٤٥ ٣١٩
٢٤٠	١٠٨	إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول	١٤٦ ٣٢٠
٢٤١	١٠٩	إذا اشتبهت أخته بعدد مخصوص	١٤٦ ٣٢٠
٢٤٢	١٠٩	إذا أسلم الكافر وتحتته أكثر من أربع نسوة	١٤٦ ٣٢٠
٢٤٢	١٠٩	إذا زنا بامرأة وله أربع نسوة	١٤٧ ٣٢٠
٢٤٢	١٠٩	إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد	١٤٧ ٣٢٠
		المولى يتزوج الغريبة يفرق بينهما	١٥٠ ٣٢٢

[illegible]

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
	وأنتما طالقان		الرجعيين وأنتما طالقان
١١٥	٦٣ الطلاق والخلع يصح مع الأجنبي	٢٤٧	١١٣ إن كلمتما زيدا أو كلمتما عمرا
١١٦	٦٤ لو قال لزوجته إن خرجت بغير		فأنتما طالقان
	أذن فأنت طالق	٢٥٧	١١٣ إذا عاق طلاق بعض نسائه
١١٧	٦٥ لو طلق امرأة يظنها أجنبية	٢٦١	١١٤ لو أوقع طلاقا بامرأة ثم قال لامرأة
١٢٢	٦٨ الرجعة في نكاح شك في وقوع		أخرى أشركتك
	الطلاق فيه	٢٦٨	١١٧ إذا عاق طلاق امرأته في صحته
١٢٩	٧٠ من دخل داري أو قل من دخل	٢٦٨	١١٧ لو قال العبد لزوجته ان دخلت
	دارك		الدار فانت طالق
١٤٨	٧٧ إذا أصدقها أرضا فغرست فيها ثم	٢٦٨	١١٧ لو علق طلاق امرأته قبل الدخول
	طلقها قبل الدخول	٢٦٨	١١٨ إذا علق الطلاق بالنكاح
١٧٩	٨٤ إذا قال لزوجته ان كنت حامل فانت	٢٧٢	١١٩ في تعاقب الطلاق
	طالق	٢٧٩	١٢٤ لو قالت له زوجته تزوجت علي
١٨٣	٨٤ اللعان على الحمل		فقال كل امرأة لي طالق
٢٣٠	١٠٢ المطلق في مرضه	٢٧٩	١٢٥ لو قال لزوجته ان رأيتك تدخلين
٢٣٢	١٠٤ طلق احدى زوجاته		هذه الدار فانت طالق
٢٣٢	١٠٤ إذا طلق بلفظ اعجمي	٢٨٠	١٢٥ لو طلق امرأة طلبة رجعية وحلف
٢٣٢	١٠٤ إذا طلق المعجمي بلفظ الطلاق		لا يراجعها
٢٣٢	١٠٤ إذا قال لامرأته أنت طالق مثل	٢٨٠	١٢٥ نسائي طوالق ويستثنى بقاءه واحدة
	ما طلق فلان	٢٨٠	١٢٥ لو قال لزوجته ان لبست ثوبا
٢٣٨	١٠٦ إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها		فانت طالق
٢٤١	١٠٩ إذا طلق واحدة مبهم	٢٨١	١٢٥ لو قال انت طالق ونوى ثلاثا
٢٤١	١٠٩ إذا اشتبهت المطلقة ثلاثا	٢٨٢	١٢٥ أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه
٢٤١	١٠٩ لو حلف بالطلاق أن لا يا كل	٢٨٢	١٢٥ نسائي الأربع طوالق
	ثمرة فاختلفت	٢٨٣	١٢٦ تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة
٢٤١	١٠٩ لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يبطأ		لي طالق
	واحدة ممنهن	٢٩٨	١٣٣ لو عاق الطلاق بالولادة فشهد بها
٢٤٤	١٠٩ إن خرجت من الدار بغير إذن		النساء
	فأنت طالق	٢٩٩	١٣٣ إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق
٢٤٧	١١٣ قال لزوجته ان أكتما هذين		بالحلف

قاعدة	صفحة	قاعدة	صفحة
ان لم يكن غرابا فامرأتى طالق		قال من أسلم على أكثر من أربع	٢٩٩ ١٣٣
إذا قال أنت طالق قبل موتى بشهر	١٦٠ ٣٥٧	زوجات كل ما أسلمت واحدة منكن	
إذا قال لامرأته ان ولدت ذكرا فانت طالق وان ولدت أنثى فانت طالق	١٦٠ ٣٥٧	فهي طالق	
إذا قال ان كنت حاملا فانت طالق	١٦٠ ٣٥٧	لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينا	٣٠٠ ١٣٣
إذا قال أنت طالق ليلة القدر	١٦٠ ٣٥٧	او طالق المدخول بها طلاقا باثنا ثم تكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول	٣١٩ ١٤٥
إذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطاها الليلة فصواحباتها طوائى	١٦٠ ٣٥٧	الطلاق في مدة العدة بدعة	٣٢٠ ١٤٦
كتاب العدد		كنايات الطلاق في حال الغضب	٣٢٣ ١٥١
ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه	٧ ٩	إذا طلق رجل امرأة في العدة	٣٢٩ ١٥٤
عدة أم الولد اذا توفي سيدها	٥٦ ٩٧	خام المسلم زوجته بحرم	٣٢٩ ١٥٤
لو تزوجت امرأة المفقود ثم تبين أنه كان ميتا	٦٥ ١١٧	وخالعة الأب ابنته الصغيرة	٣٢٩ ١٥٤
العدتان من رجل لا يتداخلا	١٤٥ ٣١٩	إذا قال لزوجته أنت طالق بألف فلم تقبل	٣٢٩ ١٥٤
تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في اباحتها في مدة العدة	١٤٦ ٣٢٠	إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده	٣٣٧ ١٥٨
إذا عقلت الرجعية في مدة العدة بولد المعتدة من أجنبي	١٤٦ ٣٢٠	إذا قال الطلاق يازنى فهل يازمه واحدة	٣٤٣ ١٥٩
لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة	١٤٦ ٣٢٠	زوجتى طالق أو عبدى حر	٣٤٨ ١٥٩
الرجعية اذا اعتقت او توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة	١٥٧ ٣٣٥	إذا مات عن زوجات وقد طاق احدها	٣٥١ ١٦٠
إذا كان تحت عبد مشترك إمام فاسلمن واعةن فان عدتهن عدة حرائر	١٥٧ ٣٣٥	إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثا	٣٥٤ ١٦٠
المرتد اذا قتل في عدة امرأة فانها تستأنف عدة الوفاة	١٥٧ ٣٣٥	لو طلق واحدة من نسائه مبهمه	٣٥٥ ١٦٠
لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضائها العدة	١٥٧ ٣٣٥	إذا طلق واحدة من نسائه معينة ثم أنسها أو جعلها ابتداء كن قال ان كان هذا الطائر غرابا فقلانة طالق وان لم يكن فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان	٣٥٦ ١٦٠
		لو رأى رجلان طائرا فقال أحدهما ان كان غرابا فامرأتى طالق وقال الآخر	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		
١٣٨	٧٥	باب الرضاع والنفقة	٢٤٥
٢٩	٢٣	نفقه الرقيق والزوجات والاقارب والبهائم	٢٦٥
٣٢	٢٣	اللبن المشوب بالماء	٢٦٥
٣٢	٢٣	نفقه الزوجة الواجبة	٢٨٥
١٣٣	٧٢	إذا امتنع من الاتفاق على بهائم	٢٨٥
١٨١	٨٤	النكاح تقع النفقة فيه عوضاً	٢٨٥
٢٢١	٩٥	وجوب نفقة الاقارب على الحمل	٢٨٥
٢٣١	١٠٣	لو قبضت المطابقة البائن النفقة	٢٨٧
٢٩٦	١٣٠	إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره	٢٨٧
٢٩٧	١٣٢	نفقة الاقارب لا تباع فيها الدار	٢٨٧
٣٢٧	١٥٣	القدرة على الكسب تمنع وجوب نفقته	٢٨٨
٣٢٧	١٥٣	الحضانة للجد أولى رجالها بعد الأب	٢٨٩
٣٦٠	١٦٠	الانفراد بالنفقة مع عدم وارث غيره موسر	٢٨٩
١٦	١٣	الغلام إذا بلغ سبع سنين	٢٩٠
٣٧	٢٨	باب الجراح وما يتعلق به	٢٩٠
٣٨	٢٨	لو جرح آدمياً معصوماً ثم مات	٢٩٠
١١٧	٦٥	لو اقتص من الجاني ثم جرحه	٢٩١
١٨٤	٨٤	لو اشتراك في جرم آدمي مقتص	٢٩٢
١٨٥	٨٤	وغيره فهل يجب على شريكه المقتص	٢٩٢
٢٤٥	١١٠	كمال الدية	٢٩٨
		لو جرحه جرحاً فففى عن السراية	٣٠٣
		فسراً	
		وجوب الغرة بقتل الحمل	
		هل يوصف قتل الجنين بالعمدية	
		لو عفا مستحق القصاص وقتلنا	
		الواجب أحد أمرين	
		إذا قلنا بوجوب قتل العمد أحد شيئين	
		القصاص المستحق للجماعة	
		دية المقتول	
		إذا حفر واحد بئراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً	
		لو رمى معصوماً من شاحق قتلناه	
		آخر بسيف	
		إذا قدم إليه طعاماً مسموماً	
		المكره على القتل	
		الممسك مع القاتل	
		لو حفر بئراً عدواناً في الطريق	
		لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات	
		لو جرح عبداً ثم أعتق ثم مات	
		لو ضرب بطن امرأة حامل فاعتقت أو جنينها	
		لو قطع يدي عبد وقيمته الفان	
		لو جرح حراً ثم أسلم	
		لو جرح عبد نفسه ثم عتق	
		لو جرح مسلماً وقطع يده عمداً فارتد	
		لو رمى مسلماً ذمياً أو حر عبداً	
		لو رمى إلى مرتد أو حرى فأسلما	
		لو رمى الذمي سهماً إلى الصيد فأصاب آدمياً	
		الفقير المكتسب هل يحمل العقل	
		قاعدة الواجب بقتل العمد هل هو	
		القود عينا أو أحد أمرين	
		العبد الموصى بمنفعته إذا قتل عمداً	
		لو قتل العبد الموصى به لمعين	
		لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٧ ٢٧ لو دفع صائلاً عن نفسه أو غيره	٣٠٤ ١٣٧ الثانية في العفو عن القصاص
٣٧ ٢٨ إذا زاد الامام سوطاً في الحد	٣٠٦ ١٣٧ عفو الورثة عن القصاص
٢٠٧ ٩٠ الطائفة الممتنعة عن حكم الامام	٣٠٦ ١٣٧ عفو المريض عن القصاص
٢٣٠ ١٠٢ السكر أن يشرب الخمر عمداً	٣٠٦ ١٣٧ عفو المسكاتب عن القصاص
٢٣٠ ١٠٢ تخليل الخمر	٣٠٦ ١٣٧ إذا عفى للوارث عن العبد الجاني
٢٣١ ١٠٣ لو أخرج السارق من الحرز بعض النصاب	٣٠٦ ١٣٧ إذا قتل العبد الموصى به لمعين فمهل للورثة العفو
٢٨٣ ١٢٦ لو قذف أباه إلى آدم وحواء	٣٠٦ ١٣٧ العفو عن الوارث الجاني
٣١١ ١٣٩ الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما	٣٠٧ ١٣٧ الثالثة الصلح عن موجب الجنابة
٣١١ ١٤٠ من سرق من غير حرز	٣٠٧ ١٣٧ هل يصح الصلح على أكثر من الدية
٣١٢ ١٤٠ السرقة عام المجاعة	٣٠٧ ١٣٧ لو صلح عن دم العبد بشقص
٣١٢ ١٤٠ السرقة من الغنيمة	٣٠٨ ١٣٧ لو قتل عبده عبداً
٣١٧ ١٤٤ حد القذف لا يورث بدون مطالبة	٣٠٩ ١٣٨ إذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل
٣٢٣ ١٥١ كذايات القذف	٣١١ ١٤٠ إذا قتل مسلم ذمياً عمداً
٣٢٣ ١٥١ لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه	٣١٢ ١٤٠ إذا قلع الأعور عين الصحيح
٣٢٥ ١٥٣ امتناع قطعه في السرقة من مال ولده	٣١٢ ١٤٠ الصغير إذا قتل عمداً
٣٤٠ ١٥٩ إذا زنا من له زوجة وولد فأنكر أن يكون وطئ زوجته	٣١٣ ١٤٢ لو قلع سنه أو قلع أذنه وأعاد في الحال فثبت
٣٤٣ ١٥٩ إذا زنا من نشأ في دار الاسلام	٣١٣ ١٤٢ لو قلع ظفر آدمي أو شعره ثم عاد
باب الجهاد	٣١٨ ١٤٤ القصاص فيما دون النفس لا يورث بدون مطالبة
٢١ ١٦ لو جعل الامام لمن دله على حصن	٣٢٠ ١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الدية
٥١ ٤٠ لو سبي الكافر العبد المرهون	٣٢٥ ١٥٣ امتناع القصاص بين الأب وولده
٨٨ ٥٣ ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده	٣٦٠ ١٦٠ إذا استحق القود جماعة
١٣٤ ٧٢ إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً	باب الحدود
١٣٥ ٧٤ من قتل مشركاً في حال الحرب	٢٩ ٢٢ لو خلط خمرأ بماء واستهلك فيه ثم شربه
١٧١ ٨٢ من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المغنم	٣٩ ٢٦ لو صال عليه فدفعه بالقتل
١٧٩ ٨٤ إذا وطئ جارية من المغنم فحملت	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٩	٨٥	حق الغانم في الغنيمة	٣٦٠
١٨٩	٨٥	حق من وجد ماله بعينه في المنعم	٣٦١
١٩٧	٨٦	الطعام في دار الحرب	١٦٠
١٩٩	٨٧	الطعام المباح في دار الحرب	١٦٠
٢٠٦	٩٠	استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب	١٦٠
٢٠٦	٩٠	استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين	١٦٠
٢٢٧	٩٨	من وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة	١٦٠
٢٣٠	١٠٢	الغال من الغنيمة	١٦٠
٢٤١	١٠٩	لو أعطينا الأمان لواحد من أهل الحصن	١٦٠
٢٤٧	١١٢	إذا ألقى في الغنيمة (١) نار	١٦٠
٣٠٣	١٣٦	الأمة المسيية يحرم وطؤها في مدة الاستبراء	١٦٠
٣١١	١٣٩	السهم من الغنيمة والرضخ	١٦٠
٣٢٢	١٥٠	هدية المشركين لأمر الجيـش	١٦٠
٣٢٣	١٥١	لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر	١٦٠
٣٢٣	١٥١	لو أنى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء	١٦٠
٣٢٣	١٥١	لو دخل حربى الينا فادعى أنه جاء مستأمناً	١٦٠
٣٢٧	١٥٣	الاستئذان في الجهاد	١٦٠
٣٢٧	١٥٣	الاستتباع في الاسلام	١٦٠
٣٢٩	١٥٤	إذا أسلمت امرأة من أهل دار الحرب	١٦٠
٣٣٨	١٥٨	وهاجرت الينا ثم تزوجها مسلم	١٦٠
		إذا جاء بعض العسكر بمشرك وادعى أن المسلم أمنه	١٦٠
		(١) في الأصل في السفينة	١٦٠
		إذا أعطينا الأمان لمشارك	١٦٠
		إذا ضمننا مالا لمن يمنح الحصن	١٦٠
		إذا قسم خمس الغنيمة	١٦٠
		باب الصيد، والذبائح، والاضاحي، والاطعمة	١٦٠
		لو جرح صيداً ثم غاب عنه	١٦٠
		لو جرح المحرم صيداً	١٦٠
		إذا رمى حيواناً ما أكله بسم	١٦٠
		أهدى بدنة سمينة بعشرة وبدتين بعشرة	١٦٠
		لو رمى صيداً فأثبته	١٦٠
		إذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد	١٦٠
		لو أكل المضحى جميع أضحيته	١٦٠
		إذا أوجب هدياً أو أضحية من واجب	١٦٠
		إذا عين عما في ذمته من الهدى والأضحية	١٦٠
		الأضحية المعينة	١٦٠
		إذا ألتف الأضحية	١٦٠
		لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل	١٦٠
		الأكل من الأطعمة في دار الحرب	١٦٠
		إذا مر بثمر غير محوط بها	١٦٠
		جنين الدابة المذكاة	١٦٠
		الكلب المباح اقتناؤه	١٦٠
		الأدهان النجسة	١٦٠
		تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاضاحي	١٦٠
		إذا عين أضحية فذبحها غيره عنه	١٦٠
		ضيافة المجتازين	١٦٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٢٩ ١٠٠	الأكل من أضحية النذر
٢٣٠ ١٠٢	ذبح الصيد في حق الحرم
٢٣٠ ١٠٢	من اصطاد صيداً قبل أن يحل
٢٤١ ١٠٩	لو اشتبهت ميتة بمذكاة
٢٩٠ ١٢٨	لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم
٢٩١ ١٢٨	لو جرح صيداً في الحرم فخرج الى الحل
٢٩٢ ١٢٩	لو رمى الحلال الى صيد ثم أحرم
٢١٣ ١٢٩	لو رمى الحلال صيداً في الحرم
٢٩٤ ١٢٩	هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الرامي أم بالاصابة
٣٠٠ ١٣٤	منع تخمير الحل ابتداء
٣٠٠ ١٣٤	ذبح الحيوان المأكول
٣٠٨ ١٣٨	الصيد في حق الحرم
٣١٠ ١٣٨	لو عين أضحية أو هديا
١١٢ ١٤١	لو أتلغ الأضحية أو الهدى
٣١٥ ١٤٣	لو أبدل جلود الأضاحي
٣٣٨ ١٥٨	إذا رمى صيداً فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتاً
أبواب الايمان ، والنذور ، والكفارات	
٤ ١	لو حلف لا يقف في هذا الماء
٥ ٢	لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً الى الشعر
٦ ٣	إذا كفر الواطئ في الحيض بدينار
٦ ٤	كفارات الاحرام وكفارات اليمين
٧ ٤	اخراج كفارة القتل
٧ ٤	النذر المطلق
٧ ٥	إذا كفر بالصيام قبل الحنث
٧ ٥	إذا كفر المتمتع بالصوم
٨ ٦	إذا كفر العاجز عن الصيام
١٠ ٧	من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين
١١ ٨	عتق بعض الرقبة في الكفارة
١٧ ١٣	لو قال في مرضه إن مت فسالم حر وإن برئت فغائم حر
٢١ ١٦	كفارة اليمين أو الظهار
٢٤ ١٨	إذا نذر الحج من عليه حج الفرض
٢٤ ١٨	إذا نذر صوم شهر وقدم رمضان
٢٤ ١٨	نذر الصدقة بنصاب المال
٢٦ ١٨	اجتماع الاسباب الموجبة للكفارات
٣٠ ٢٢	لو حلف لا يأكل حنطة فأككل شعيراً فيه حبات حنطة
٣٠ ٢٢	لو حلف لا يأكل شيئاً واستهلك في غيره فأكله
٣٧ ٢٧	لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه
٤٠ ٣١	لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان
١٠٥ ٥٨	إذا وطئ امرأته فحاضت فتزعر
١٦٨ ٨٢	لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان
٢٢٢ ٩٦	لو نذر الصدقة بمال معين
٢٢٩ ١٠١	لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة
٢٢٩ ١٠١	لو أعتق في الكفارة نصفى رقبتين
٢٢٩ ١٠١	لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين
٢٢٩ ١٠١	لو كفر في منخطورات الحج بصيام
٢٣٢ ١٠٤	إذا حلف أيمان البيعة تلزمي
٢٣٢ ١٠٤	إذا قال أي إن المسلمين تلزمي
٢٤٢ ١٠٩	لو قال لزوجاته الأربع والله لا وطنتك

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٦٩ ١١٨ تعليق النذر بالملك	٢٨٤ ١٢٦ لو حلف لا يسلم على فلان
٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل الروس	٢٨٤ ١٢٦ لو قال ما أحل الله على حرام
٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل البيض	٢٩٦ ١٣٠ التكفير بالمال
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يأكل اللحم فأكل السمك	٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق على حديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد	٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق أنه ما غضب شيئاً ثم ثبت بشاهد ويمين
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يشم الريحان	٣١٠ ١٣٨ لو نذر عتق عبد معين
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يأكل لحم بقر	٣٦١ ١٦٠ اذا حلف يمين ولم يدرك أي الايمان هي
٢٧٦ ١٢١ لو حلف لا مال له	٣٦٢ ١٦٠ اذا تناضل رجلان حزبان واقسموا الرجال
٢٧٧ ١٢٢ لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة	باب القضاء والشهادات وما يتعلق به
٢٧٧ ١٢٣ اذا نذر صوم الدهر	٦ اذا حكم بشهادة عدلين
٢٧٧ ١٢٣ لو حلف لا يأكل لحماً	١٣ لو ادعى رق بمحول النسب
٢٧٨ ١٢٣ لو نذر اعتكاف شهر	١٣ لو قال رجل هذا ابني من زوجتي
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يصطاد من نهر اظلم	١٣ لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت فيه
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يكلم صديقاً	١٦ تعذر وجود المثل وحكم الحاكم بالقيمة
٢٧٨ ١٢٤ لو ادعى الى غداً فحلف أن لا يتعدى	٣٢ ٢٣ طاب القسمة التي تلزمه الاجابة عليها
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا رأيت منكراً الا رفعته الى فلان القاضي	٣٤ ٢٥ لو ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعه ولد
٢٧٩ ١٢٤ لو حلف على عبده لا يخرج الا باذنه	٣٥ ٢٥ لو ثبت ملك أرض في يد غيره وفيها شجر
٢٧٩ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تترك هذا الصبي يخرج	٩٦ ٥٦ لو ادعى أنه وكيل لزيد
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف أن لا يضربه	١١٣ ٦١ قاعدة المتصرف تصرفاً عاماً كالامام
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يكلم امرأته	هل تصرفه بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يشرب له الماء	الحاكم اذا قيل بانعزاله
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يدخل هذا البيت	
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته	
٢٨١ ١٢٥ اذا نذر الصدقة بمال أو نوى قدراً معيناً	
٢٨٣ ١٢٦ لو قال عصيت الله فيما أمرني به	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٢٠ ٦٧ لو شهد شاهدان بمال لزيد ثم رجعا ٢٩٨ ١٣٣ لو شهد واحد برؤية هلال رمضان	١٢٢ ٦٨ لو حكم الحاكم في مختلف فيه ٢٩٩ ١٣٣ لو ادعى المكاتب أداء آخر نجوم الكتابة
١٢٣ ٦٨ الحكم بإسلام من اتهم بالردة	١٣١ ٧١ الحاكم أو أمينه هل لهم الأكل ٣٢٠ ١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الشهادات
١٤٤ ٧٦ اذا طلب أحد الشريكين قسمة ما يقبل القسمة ٣٢٤ ١٥١ لو تنازع الزوجان في متاع البيت	١٤٥ ٧٦ قسمة المنافع بالمهاياة ٣٢٨ ١٥٤ شهود الطلاق إذا رجعوا
٢١٨ ٩٥ لو شهد شاهدان بموت زيد ٣٣٨ ١٥٨ لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه أو كفره	٢١٨ ٩٥ لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود ٣٣٨ ١٥٨ لو شهدت بيته بالنكاح وقد ثبت الطلاق
٢٢٧ ٩٨ تدعى المؤجر والمستأجر دفينا في الدار ٣٣٩ ١٥٩ شهادة عدلين بشغل ذمة	٢٣٤ ١٠٥ الدعوى بالمبهم ٣٣٩ ١٥٩ شهادة عدلين ببراءة ذمة
٢٣٤ ١٠٥ الشهادة بالمبهم ٣٣٩ ١٥٩ شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان	٢٣٦ ١٠٥ اشتباه المدعى عليه ٣٤٠ ١٥٩ إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها نفقة
٢٤٠ ١٠٨ اذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلا أن كل منهما أنه اشتراه ٣٤٣ ١٥٩ لو ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر	٢٤٥ ١١٠ لو ادعى عليه فانكر ونكل عن اليمين ٣٦٢ ١٦٠ إذا تنازع اثنان في الامامة العظمى
٢٤٥ ١١٠ لو نكل المدعى عليه عن الجواب ٣٦٢ ١٦٠ لو عقدت الامامة لاثنتين في عقدين	٢٤٦ ١١١ لو ادعى حراقة عمد على شخص ٣٦٢ ١٦٠ إذا ولي الامام قاضيين في بلد
٢٤٦ ١١١ لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عمدا ٣٦٣ ١٦٠ إذا هجم الخصوم على القاضي	٢٨٤ ١٢٦ لو تهايا المعتق بعضه هو وسيدة ٣٦٣ ١٦٠ القرعة في القسم
٢٩٨ ١٣٣ شهادة النساء بالولادة ٣٦٣ ١٦٠ إذا تدعى اثنان عينا في يد ثالث فأقر لأحدهما مبهما	٢٩٨ ١٣٣ شهادة امرأة على الرضاع ٣٦٣ ١٦٠ إذا تدعى اثنان عينا ليست في يد أحد
٢٩٨ ١٣٣ شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٣٦٣	١٦٠	إذا تعارضت البيئتان
		كتاب العتق وما يتعلق به
١٦	١٣	لو قال لأمته ولها ولد هذا الولد مني
١٩	١٤	إن كان هذا الطائر غراباً فأمتي حرة
		وقال الآخر إن لم يكن غراباً فأمتي حرة
	١٧	تعارض عتق رقبة نفيسة وعتق رقاب متعددة
٢٨	٢١	هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة
٣٢	٢٣	إذا مثل بعبده يعتقه
٣٣	٢٣	الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد
٤١	٣٢	يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعته
٤١	٣٢	إذا كاتب أمة واستثنى منفعة الوطء
٤٨	٣٧	لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب
٥٢	٤٠	التدبير
٥٢	٤٠	صفة العتق تعود
٥٢	٤٠	فراش الأمة يعود
٦٨	٤٧	الكتابة الفاسدة
٩٦	٥٦	لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة
٩٨	٥٧	عتق العبد المعلق عتقه على بيعه
١٠٠	٥٧	إذا قتلت أم الولد سيدها
١١٥	٦٣	العتق على مال
١١٧	٦٥	لو لقي امرأة فقال تنحى يا حرة
		فإذا هي أمته
١١٧	٦٥	لو أمره باعتاق عبد يظن أنه للآخر
		فتبين أنه عبده
١٢٦	٧٠	إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن
		كفارته من رقيق سيده
١٦٤	٨٢	المسكوبة تملك اكسابها
١٦٤	٨٢	المسكاتب يملك اكسابه
١٦٤	٨٢	المعلق عتقه بموت أو صفقة
١٦٦	٨٢	المدبرة يتبعها ولدها
١٧٢	٨٢	الأمة الجانية لا تتعلق الجانية بأولادها
١٨٥	٨٤	عتق الجنين
١٨٥	٨٤	إذا أعتق الأمة الحامل
١٨٥	٨٤	عتق الأمة واستثنى حملها
	٨٧	لو أعتق عبد عبده
٢٤١	١٠٩	إذا أعتق أمة من إمامته
٢٤٢	١٠٩	إذا ملك أختين أو أما وبتاً
٢٤٢	١٠٩	إذا وطئ أختين واحدة بعد أخرى
٢٤٧	١١٣	قال لعبديه إن ركبتهما دابتيكما فأنيما حران
	١١٣	إذا كاتب عبيدين صفقة بموضع
٢٦٥	١١٦	إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد إليه شيئاً
٢٦٦	١١٦	إذا كاتب المسكاتب عبداً
٢٦٧	١١٧	إذا علق عتق عبده
٢٦٨	١١٧	لو قال العبد متى ملست عبداً فهو حر
٢٦٩	١١٨	تعليق العتق بالملك
٢٦٩	١١٨	فسخ التدبير بوجوده
٢٨٢	١٢٥	لو قال كل عبد لي حر
٢٨٣	١٢٦	قال لعبيده أتم أحرار وفيهم أم ولد
٢٩٩	١٣٣	اعتق عبدك مني وعلى ثمنه
٣٠٠	١٣٣	لو كان له أمتان لكل منهما ولد
٣٠١	١٣٤	الاسلام يمنع ابتداء الرق
٣٠٣	١٣٦	الجمع بين الاختين

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٠٤ ١٣٧ اذا جنى على المكاتب	٣٩٤ التاسعة : الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف
٣٠٩ ١٣٨ العبد الجاني اذا أعتقه سيده	أم لا
٣١٥ ١٤٣ لو كاتبه على عوض فاداه فبان معيباً	٣٩٦ العاشرة : اجازة الورثة هل تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية
٣١٥ ١٤٣ لو اعتاض عن دين الكتابة	٣٩٧ الحادية عشرة : الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أو من حين قبوله لها
٣٢٠ ١٤٧ يعدل عتق امرأتين بفتق رجل	٣٩٩ الثانية عشرة : الدين هل يمنع انتقال التركة الى الوارثة أم لا
٣٢٣ ١٥١ لو جاء المكاتب سيده تمام كتابته ثم قال له أنت حر	٤٠٣ الثالثة عشرة : التدبير هل هو وصية أو عتق
٣٦٥ ١٦٠ الاقراع في العتق	٤٠٥ الرابعة عشرة : نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها
٣٦٦ ١٦٠ لو قال لامته أول مات لدينه حر	٤٠٧ الخامسة عشرة : القتل العمد هل موجه القود عيناً أو أحد أمرين
٣٦٨ ١٦٠ لو اشتبه عبده بعبد غيره	٤٠٧ السادسة عشرة : المارته هل يزول ملكه بالردة أم لا
فصل	٤٠٩ السابعة عشرة : الدفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا
وهذه المسائل الملاحقة بالقواعد وعدتها إحدى وعشرون مشتهرة فيها اختلاف في المذهب ينبني على الاختلاف فيها فوائد متعددة مذكورة في كل مسألة	٤١١ الثامنة عشرة : الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرى أم لا بد معه من نية التملك
٣٦٨ الأولى : ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها	٤١٢ التاسعة عشرة : القسمة هل هي افراز أو بيع
٣٧٠ الثانية : الزكاة هل تجب في عين النصاب أو في ذمة مالكه	٤١٧ العشرون : التصرفات للغير بغير اذنه هل تقف على اجازته أم لا
٣٧٤ الثالثة : المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول	٤٢١ الحادية والعشرون : الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا
٣٧٧ الرابعة : الملك في مدة الخيار	والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
٣٧٩ الخامسة : الاقالة هل هي فسخ أو بيع	والله المرجع والمآب
٣٨٣ السادسة : النقود هل تتعين في العقد أم لا	
٣٨٦ السابعة : العبد هل يملك بالتملك أم لا	
٣٩٣ الثامنة : المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا	