

من المصنوب لا يكون ابراء عن فمته وانما هو ابراء عن ضمان الرد لا عن ضمان القيمة لان الواجب حال قيامه الرد لا القيمة فكان ابراء عما لا يجب عليه وفيه نظر لما تقر في كتاب الرهن والغصب أن الواجب الاصل في ضمان القيمة ورد العين مخلص حتى اعتبر قيمته يوم الغصب وصرح الرهن والكفالة بالعين والقيمة كما برهن عليه في المطولات كالظهور فانه واجب أصلي يوم الجمعة لكنه مأمور باسقاطه بالجمعة عندنا والمرضى أن يقال انه أضاف الأبراء الى المصنوب (٣٨٢) وما ورد عليه الغصب هو العين لا القيمة والبراء عن المصنوب في المختار ابراء عن ضمانه حتى ينقلب بعد ابراء أمانة

كذا في خزنة المفتين * والله أعلم

كتاب التحري وفيه أربعة أبواب الباب الأول في تفسير التحري وبيان ركنه وشرطه وحكمه

أما تفسيره فهو عبارة عن طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته كذا في المبسوط * وأما ركنه فهو طلب الصواب بقلبه لان التحري يقوم به * وأما شرطه جواز فقد سائر الأدلة حالة اشتباه المطلوب لان التحري انما جرحه لجهة حال الاشتباه وفقد الأدلة لضرورة تجزئه عن الوصول اليه * وأما حكمه فوقع العمل صوابا في الشرع كذا في محيط السرخسي * رجلان تحزرا فإصاب أحدهما دون الآخر لم يستويا في الاجر لان المصيب اختص بصواب الاصابة كذا في مجموعة الفتاوى * اشتبه عليه وقت الصلاة ان شك في الدخول بصبر حتى يتيقن بالدخول ولا يتحري وان شك في الخروج بنوى تلك الصلاة من ذلك اليوم كذا في جواهر الفتاوى * رجل صلى بالتحري الى الجهة في مفازة والسماء مهيبة لكنه لا يعرف النجوم فتبين له أنه أخطأ القبلة قال أستاذنا طهري الدين المرعشي في تجوز صلاته وقال غيره لا تجوز لانه لا عذر لاحد في الجهل بالأدلة الظاهرة المعتادة فحو الشمس والقمر وغيرهما فائق علوم الهيئة وصور النجوم الثابت فهو معذور في الجهل بها كذا في الظهيرية * امرأته مكفوفة لا تجب من يوجهها الى القبلة فان ضاق الوقت ولم يجد أحدا فانها تحري وتصل كذا في جواهر الفتاوى * ذكر في باب صلاة المريض من الاصل مسألة تدل على أن التحري في باب القبلة كما يجوز في خارج المصير يجوز في المصير وصورته اقوم مرضي في بيت بالليل أتهم واحد وصلى بعضهم الى القبلة وبعضهم الى غير القبلة وهم يظنون أنهم أصابوا يعني تحزروا فصلاتهم جائزة لانه يجوز ذلك من الاصحاء حالة الاشتباه في المرضى أولى ووجه الاستدلال بها أن محمد ارجه الله تعالى حكم بجواز صلاتهم من غير فصل بينهما اذا كان البيت في المصير أو خارج المصير وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الرجل اذا كان ضيفا وكان ليلا ولم يجد أحدا يسأله فأراد أن يصلي فطوعا جاز له التحري وذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى في شرحه مسألة الضيف فقال اذا كان الرجل ضيفا في بيت انسان فنام القوم فأراد الضيف أن يتجهد بالليل وكره أن يوقفهم ذكر أن بعض مشايخنا قالوا لا يجوز له التحري وبعضهم قالوا ان كان يريد إقامة المكتوبة لا يجوز له التحري وان كان يريد تهجد الليل لا يجوز له التحري قال شمس الأئمة الحلواني عن مشايخنا ان الصحيح لا يجوز له التحري في المصير لانه يتوصل الى اصابته الجهة بالسؤال أو يجتهد من يسأله غالب السوا الحكم ينبغي على الغالب قالوا وما ذكر في باب صلاة المريض محمول على البيت الذي يكون في الرباط ولا يكون ثمة ساكنون كذا في المحيط * رجل دخل في مسجد قوم فان كان فيه رجل من أهله يجب السؤال ولا يجوز له التحري وان تحزرا لا يجوز له الا اذا أصاب وان لم يكن أحدا من أهله فصل على التحري ثم بين أنه صلى الى غير القبلة جاز وان لم يتحزرا لا يجوز وان كان في مسجد نفسه قال بعض المشايخ هو كالبيت وقال بعضهم هو كسجد غيره في فتاوى اللجنة رجلان خرجا الى المفازة فتحزرا كل واحد ووقع تحزيره على غير جهة صاحبه جازت صلاتهما فان بدا أحدهما في وسط الصلاة أن يحول وجهه الى صاحبه ويقبض ان استقبل التكبير جاز والافلا كذا في التتارخانية * وقد مر كثير من مسائل التحري

* قيل لصاحب الدين ازين مبلغ حيزي بمان فقال مادم يكون اسقاطه * قال المدعي للمدعي عليه بعد الخصومة وهبت وتركت لا يكون ابراء ما لم يقل منك بخلاف ما اذا قال المدعي عليه أبرئني مالك على أو هب لي فقال وهبت أو تركت أو أبرأت لخروجي من خارج الجواب * ولو قال مرا بفلان كان نيست لا يكون ابراء * أنكر المدعي عليه كون الدار المدعاة في يده فقال المدعي من اين خانه را بدعي عليه أرزاني داشتم بطل دعواه ولا يسمع الا بسبب حادث لانه للتمسك عرفا ذكره القاضي * قال من كان لي عليه شيء فهو في حل قال محمد رحمه الله هو على دعواه وقال الثاني رحمه الله هو على دعواه في العين القائم لافي الدين ولو قال لم يدونه مرا با تو در دنيا حساب نيست در قيامت هست أو قال لا حساب لي معك لا يكون ابراء ولو قال مرا از تو حيزي نمی بايد أو قال چيزی خواستی نيست يكون اقرارا بفرغ ذمته * قيل له

از فلان ترا حيزي می بايد فقال لا أو قال في الجواب حين قيل لك على فلان مقدار كذا أو قال قائل سمعنا أكثر منه فقال ليس في أزيد منه ثم ادعى الاكثر في المسئلة الثانية أو شيأ في المسئلة الاولى لا يسمع وقوله هر چه بود يا فتم اقرارا بالاستيفاء وقوله در کار خدای کردم أو بخدای ماندتم ابراء * قيل للدائن أمهله فقال ان كان المال الى أمهله كان أمهالا الآن يكون قرضا فلما قال المال لغري وأنا وكيله لا يسمع * أبرأ عن الدعاوى ثم ادعى عليه بالوكالة أو الرصاية عن غيره صرح * مادمت حيا لا ادعوى لي معك يكون ابراء أبدا لانه اسقاطوا الاسقاط

لا يتوقف حتى لو قال أبرأ منك سنة لا يصح الدعوى بعدها أصلاً قال المديون لرب الدين تركت الأجل لك حل ما عليه من الدين * قال المديون
أبرأ نفسك عن ديني فأبرأ أصبح ولا يملك الرجوع لأنه صار وكيلاً عنه فيه * قال المديون لرب الدين دفعت دينك إلى فلان فقال ان كنت دفعته
اليه فقد أبرأتك صح لأنه تعليق بأمر كائن * قالوا لها أبرق زوجك عن مهرك فقالت ان كان ألفاً فقد أبرأتك عنه فبان أنه خسمائة لا يبرأ
وكذا لو قالت أبرأت عن ألف ولو قالت أبرأتك ان كان ألفاً يبرأ لأنه يرد به التحقيق عرفاً (٣٨٣) * توجه عليه المدين فقال المدعي برئت من

الحلف أو تركت عليه
الحلف أو وهبت لا يصح وله
التحليف بخلاف البراءة عن
المال لان التحليف للحاكم

﴿نوع في الصلح﴾

ادعى على آخر بالارث من
أبيه فصولح على مال ثم
ادعى المدعي عليه أن بائني
كان اشتراه من أبيه أو
ادعى الدين وصولح ثم ادعى
المديون المصالح الألفاء أو
الأبراء قبل الصلح لا يسمع
* وفي الأصل ادعى المديون
الأبصال وأنكره الدائن
وحلف وصولح ثم برهن
على الألفاء قبل قبيل وقيل
لا * استعار منه دابة وهلك
فأنكر المالك الأعادة وصولح
على شيء ثم برهن المستعير
على الأعادة وهلاكها يقبل
ويبطل الصلح * وفي المشتق
ادعى ثوباً وصالح ثم برهن
المدعي عليه على اقرار
المدعي أنه لاحق له فيه ان
على اقراره قبل الصلح
فالصلح ماض وان بعد الصلح
يبطل الصلح وان علم الحاكم
اقراره بعدم حقه ولوقبل
الصلح يبطل الصلح وعلمه
بالاقرار السابق كاقرار
بعد الصلح هذا اذا اتحد
الاقرار بالمال بان قال لاحق

في القبلة في كتاب الصلاة * والله أعلم

﴿الباب الثاني في التحري في الزكاة﴾

وان اشتبه عليه حال المدفوع اليه بعد ما تحرى ووقع في أكبر رايه أنه فقير أو أخبره المدفوع اليه أو عدل
آخر أنه فقير أو رآه في زى الفقراء أو رآه جالساً في صف الفقراء أو رآه يسأل الناس ووقع في قلبه أنه فقير ففي
هذه الوجوه كلها ان علم أنه فقير أو كان أكبر رايه أنه فقير أو لم يعلم شيء أو كان أكبر رايه أنه غني أو علم أنه غني
جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى الجواب كذلك الا في فصل
واحد وهو ما اذا علم أنه غني فان في هذه الصورة لا يجوز له عن زكاة ما له عنده ثم على قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى اذا ظهر أن المدفوع اليه غني وجازت الصدقة عندهما هل يحل للقابض اختلاف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يطيب وقال بعضهم يطيب (١) وقال بعضهم يردّه الى المدعي على وجه التملك ثم المعطى
هل يثاب على ذلك قال بعضهم يثاب ثواب الجمالة مع الناس والبرّ بهم ولا يثاب ثواب الصدقة واستشهد في
الكتاب حجة لابي يوسف رحمه الله تعالى في المسألة المختلف فيها فقال وهو بمنزلة رجل توضعاً وصلّى ثم تبين
انه كان غير طاهر وذكر أن هذا يجوز له ما لم يعلم فاذا علم أعاد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى ويحت
هذا اللفظ فائنة عظيمة فانه جعل تلك الصلاة محزنة ما لم يعلم أنها فاسدة في الحقيقة قال محمد رحمه الله تعالى
وكذلك كل صلاة وقعت فاسدة وهو يظن أنها وقعت جائزة قبل العلم لم يعاقب والعبرة لما عنده لما
عنده الله قال رحمه الله تعالى وهو نظير ما روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى فممن اشترى أمة ووطئها مراراً ثم
استحق أن وطئها حلال له ولا يسقط احصائه وعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى الوطء حرام الا
أنه لا اثم عليه كذا في المحيط * والله أعلم

﴿الباب الثالث في التحري في الثياب والمساكين والاولاد والموتى﴾

اذا كان مع الرجل ثوبان أو ثياب والبعض نجس والبعض طاهر فان أمكن التمييز بالعلامة يميز وان تعذر
التمييز بالعلامة ان كانت الحالة حالة الاضطرار بأن لا يجد ثوباً طاهراً يقيين واحتاج الى الصلاة وليس معه
ما يغسل به أحد الثوبين أو أحد الثياب يتحرى وان كانت الحالة حالة الاختيار فان كانت الغلبة للطاهر
يتحرى وان كانت الغلبة للنجس أو كانا على السواء لا يتحرى كذا في الذخيرة * واذا وقع تحريه في الثوبين
على أحدهما أنه هو الطاهر فصل في الطاهر ثم وقع أكبر رايه على أن الآخر هو الطاهر فصل في العسر
لا يجوز لنا حين حكنا بجواز الطاهر فيه فان الطاهر ذلك الثوب ومن ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الآخر
فلا يعتبر أكبر رايه بعدم مجرى الحكم بخلافه فان استيقن ان الذي صلى فيه الطاهر هو النجس أعاد صلاة

(١) قوله وقال بعضهم يردّه الى المدعي هكذا وجدته في المحيط وفي جميع نسخ الهندية الحاضرة ولعل
الصواب يردّه الى المعطى ويدل على ذلك كلام النهاية وغيره وانصه واذا جاز والحال هذه هل يطيب للقابض
اختلاف فيه فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بما قبل تصدق وقيل يردّه الى المدعي على وجه التملك ليعيد
الائتاء اه فتأمل اه مصححه

لى بجهة الميراث ثم قال انه ميراث لى عن أبى فاما اذا ادعى ملكاً لا بجهة الارث بعد الاقرار بعدم الحق بطريق الارث بان قال حقى بالشراء أو
بالهبة لا يبطل الصلح وتكذيب المشهود له الشهود قبل الحكم يمنع الحكم وبعده يبطله وعن الامام النسفي أن تقسيمه اياهم بعد الحكم
لا يبطله شيء * ادعى ديناً على وارث فبرهن ثم ان غيره من الورثة صالح معه ثم ان غير المصالح من الورثة ادعى ايفاء مورثه بذلك الدين وبرهن
عليه يسمع ولا يعطى له بديل الصلح وان برهن المصالح لا يسمع ويلزمه تسليم بديل الصلح (١) الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتقاضى ومن

يكون خصما ومن يشترط حضوره ويصلح خصما الغيرة وقيام البعض عن البعض في الدعاوى وتحديد العقار ومسائل أنواع الدعاوى وشرايط صحتها) ومسائل الدفع أجناس وأنواع * نوع في المقدمة * في الصغرى ادعى بعد توجه الحق عليه الدفع وقال لي بينة حاضرة في المصر يؤجل ثلاثة أيام أو إلى المجلس الثاني ولا يحكم للحال كالمكاتب اذا عجز وقال لي مال حاضر أو غائب برجي وصوله لا يرد إلى الرق * واذكر الفضلي برهن المطلوب على ابراء (٣٨٤) الطالب فالخاسر كسأل عن عدالة شهوده قال ابن أبي ليلى يتأني الحالك ولا يأمر المديون

الظاهر وكذلك لم يحضره تحجر ولكنه أخذ أحد الشوبين فصل في فيه الظاهر فهذا هو الموضع بالبحر سوا لان فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يبين الفساد فيه فيجعل كأن الظاهر هذا الشوب ويحكم بجواز صلاته (١) ان تبين خلافه لو كان له ثلاثة أبواب فتحترى وصلى الظهر في أحدها وصلى العصر في الثاني وصلى المغرب في الثالث ثم صنى العشاء في الأول فصلاة الظهر والعصر جائزة وصلاة المغرب والعشاء فاسدة لانه لما صلى الظهر والعصر في الأول والثاني وقد حكم بطهارتهما افتعين الثالث للنجاسة فلم تجز المغرب فيه وحين صلى العشاء في الشوب الظاهر فقد صلى وعليه قضاء المغرب فلم تجز أيضا مراعاة الترتيب وفي رواية أخرى صلاة العشاء جائزة كذا في محيط السرخسي وفي النوادر اذا كان أحد الشوبين نجسا فصل في أحدهما الظاهر من غير تحجر وصلى في الآخر العصر ثم وقع تحجره على أن الأول طاهر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى هذا لم يصل شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى صلاة الظهر جائزة كذا في المحيط وفي النوادر رجلا في السفر ومعهما ثوبان أحدهما طاهر والآخر نجس وصلى أحدهما في الشوب بالبحر وصلى الآخر في الشوب الآخر بالبحر يحوز صلاة كل واحد منهما منفردا ولو أم أحدهما واقتدى به الآخر فصلاة الامام جائزة دون صلاة المقتدى كذا في الذخيرة * رجلا نلعا عافسا من أحدهما فطر دم وحده كل واحد منهما ما ن ذلك منه فصل في كل واحد منهما منفردا جازت صلاته ولو اقتدى أحدهما بالآخر لا تجوز صلاته ومن هذا الجنس مسألة أخرى ثلاثة نفر نلعا عافسا من أحدهم فطر دم أو فسا أحدهم أو فسا جميعا ثم أحدهم في الظهر والثاني في العصر والثالث في المغرب فصلاة الظهر جائزة للكل ولا تجوز صلاة العصر لمام المغرب ولا تجوز صلاة المغرب لمام الظهر والعصر رواية واحدة وفي امام المغرب رواية وقال أبو القاسم الصغار تجوز الصلوات كلها كذا في المحيط * اذا كان الرجل في السفر ومعه أو ان بعضهما نجس وبعضهما طاهر ان كانت الغلبة للطاهر يجوز التحترى حالة الاختيار وحالة الاضطرار للشرب والوضوء جميعا وان كانت الغلبة للنجس أو كانا سواء ان كانت الحالة حالة الاختيار لا يتحترى للشرب والوضوء وان كانت الحالة حالة الاضطرار يتحترى للشرب بالاجماع ولا يتحترى للوضوء عندنا ولكنه يتيم كذا في الذخيرة * وفي الكتاب يقول اذا كانت الغلبة للماء النجس يريق النجس ثم يتيم وهذا الاختياط وليس بواجب ولكنه ان أراق فهو أحوط ان يكون يتم في حال عدم الماء يقين وان لم يرق أجزأه أيضا والطحاوي رحمه الله تعالى يقول في كتابه يخلط الماءين ثم يتيم وهو أحوط لان بالاراقينة قطع عنه منفعة وبالخلط يبق دوابه ويشرب عند تحقق العجز فهو أولى وبعض المتأخرين من أئمة بلغ كان يقول يتوضأ بالاناءين جميعا احتياط لانه يتيقن بزوال الحدث واستئنا خذ هذا لانه اذا فعل ذلك كان متوضعا بقاء يتيقن نجاسته وتنجس أعضاؤه خصوصا رأسه فانه بعد المسح بالماء النجس وان مسح بالماء الطاهر لا يطهره لامي للامر به كذا في المبسوط * وان توضأ بالماءين وصلى فانه تجزئه صلاته اذا مسح في الموضعين من الرأس كذا في محيط السرخسي * اذا اختلط اناؤه بأواني أصحابه في السفر وهم غيب قال بعضهم يتحترى وبأخذ انية ويتوضأ بها بمنزلة طعام (١) قوله ان تبين خلافه كذا في جميع ما وقفت عليه من النسخ الحاضرة ويظهر لي أنه تحريف وان الصواب ان لم تبين خلافه بدليل قوله قبله لان فعل المسلم محمول الخ الا أن يحمل قوله ان تبين خلافه على غير تبين الفساد فتأمل اهـ محصه

بالاداء وبوقف الامر بالاداء الى أن يظهر حال الشهود صونا للقضاء عن البطلان وعندنا يا امر بالاداء فاذا بان عدالة الشهود استردته من الدائن عملا بالاصل وهو البقاع بعد الشوب وأمة خوارزم على ما ذكر في الصغرى كما قال ابن أبي ليلى رحمه الله وقال في الفتاوى وبه يفتى * ولو قال لا دفع لي ثم أتى بالدفع يسمع كالمقال لا بينة لي ثم أتى بها وقول المدعى عليه أتى بالدفع ليس تسليما للدعوى ولا تعديلا للشهود حتى لو أنكر بعده أو طعن في الشهود يسمع * برهن المدعى عليه أن المدعى أقر ببطلان دعواه أو أقر بان برهانه كاذب أو أقر أنه لا شيء له على المدعى عليه يسمع ويندفع * ولو قال أبرهن أن المدعى قال بدروغ كواهان أرم لا يقبل * الدفع الصحيح للدعوى الفاسدة التي أنفقت الأئمة على فسادها صحيح في الاصح وقيل الدفع أيضا فاسد لانه مبني على فاسد البناء على الفاسد فاسد وكما يصح الدفع بعد البرهان يصح قبل

أقامته أيضا وكذلك يصح قبل الحكم كما يصح بعده ودفع الدفع ودفعه وان كثر صحيح في المختار وقيل لا يسمع مشترك بعد ثلاث بان يدعى الملك المطلق فصال المدعى عليه اشتريته منك فدفع قائلا بالاقالة فدفع قائلا بانك أقررت ما اشتريته معنى يسمع في المختار لو كان الشهود عدولا * الدفع من غير المدعى عليه لا يسمع * ودفع أحد الورثة انما يسمع وان ادعى على غيره لقيام بعضهم مقام الكل حتى لو ادعى مدعى على أحد الورثة اذ اقره بن الوارث الاخر أن المدعى أقر بكونه مطلقا للدعوى يسمع * برهن أنه لا وارث له غيره فبرهن

المدعى عليه أن الميت أنما يحية أو أختا أو اختا لا يقبل الا اذا برهن على اقرار المدعى بذلك فيمطل الدعوى والشهادة والحكم أيضا في النوع في الخمسة ادعى عليه دارا فبرهن أنه وديعة في يده يقبل بشرط مختلف وهو أن يكون الدافع عدلا غير معروف بالحيلة ومنفق وهو دعوى الابداع من معروف والمعرفة ثلاثة أنواع بالوجه والاسم والنسب والاخيرين لا غير والوجه لا غير * فلو قال أودعه رجل لأعرفه وقال الشهود لا تعرف بالطرف الثلاثة وهو فلان بن فلان القلاى أو قال الشهود لا تعرفه وقال (٣٨٥) ذواليد أعرفه بالطرق الثلاث لا يقبل الدعوى والشهادة ولا بد

من ذكر الطرق الثلاث على الوجه الذى ذكرناه فلو قال الشهود أودعه رجل لا تعرفه لا يقبل الجواز أن يكون المدعى هو ولو شهدا على اقرار المدعى أنه أودعه رجل لا تعرفه يندفع كالأمر المدعى عينا أن رجلا دفعه اليه وهو لا يعرفه ولو قالوا نعرفه بوجهه اذا رأيناه ولا نعرف اسمه ونسبه عند محمد رحمه الله لا يندفع وان برهن وعندهما يندفع لانه علم وصوله اليه من جهة غيره كالأمر فزبه المدعى ولا يشترط تحويل الخصومة الى يمكن اتساعه كما اذا أحاله الى بعيد معروف يتعذر الوصول اليه * ولو قالوا نعرف بالاسم والنسب لا وجهه يندفع وقال الثانى رحمه الله حين اتبى بالقضاء وعلم فساد الناس لا يقبل للاحتيال * وأجمعوا أن المدعى لو برهن على أن ذاليد ادعى لنفسه لا تندفع الدعوى عنه وان برهن على الابداع * وسيت محضة لان فيها خمس مسائل الابداع والاجارة والاعارة والرهن والغصب وقد يلحق

مشارك بين جماعة غاب أصحابه واحتاج الحاضر الى نصيبه فيرفع قدر نصيبه وكذا رغبه اذا اختلط بأرغفة صاحبه قال بعضهم يتجرى وقال بعضهم لا يتجرى فى الاوائى والأرغفة ولكن يتربص حتى يجي أصحابه وهذا كله فى حالة الاختيار أو ما فى حالة الاضطرار بخازن التجارى فى الاحوال كلها كذا فى الذخيرة * اذا كان للرجل مساليج بعضها ذبيحة وبعضها ميتة فان أمكن التمييز بالعلامة يميز فى الوجوه كلها ويباح التناول وان تعذر التمييز بالعلامة فان كانت الحالة حالة الاضطرار يعنى به أن لا يجد كية بيقين واضطر الى الاكل يتناول بالتجرى على كل حال وان كانت الحالة حالة الاختيار فان كانت الغلبة للحرام أو كانا سواء لم يجز التناول بالتجرى وان كانت الغلبة للحلال يجوز التناول بالتجرى كذا فى المحيط * ومن العلامة أن الميتة اذا ألقيت فى الماء يطفو الماء ما بقى من الدم فيها والذكية يرسب وقد يعرف الناس ذلك بكثرة النيسب وبسرعة الفساد اليها ولكن هذا كله يندفع اذا كان الحرام ذبيحة الجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عددا كذا فى المبسوط * وان كان السمى أو الزيت غالبا لا يحل أكله ويحل الانتفاع به فيما سوى الاكل لان الغلبة لما كانت للحلال صار المغلوب فيه اها لك حكا فاعتبرنا كون الحرام المغلوب كالهلال فى حق الانتفاع فى غير الاكل اذا الخاسة غير مانعة من الانتفاع فيما سوى الاكل فانه يجوز الانتفاع بالارواح بالقائها فى الاراضى وبالتراب النجس واعتبرنا قيام الحرام حقيقة فى حق حرمة الاكل احتياطا كذا فى محيط السرخسى * والله أعلم

الباب الرابع فى المنقرقات

رجل له أربع جوار أعنت واحدة منهم ثم نسيها لم يسعه أن يتجرى للوطه وكلا يتجرى للوطه ههنا لا يتجرى للبيع ولا يخلى الحالكم بينه وبينه حتى تثبت المعنقة فان باع ثلاثا من الجوارى يحكم الحالكم بجوارى بيعته وجعل الباقية هى المعنقة ثم رجع اليه بمبايع شىء بشراء أو هبة أو ميراث لم يسعه أن يوطأها لان القاضى قضى فى ذلك بغير علم ولا معتبر بالقضاء بغير العلم الا أن تزوجها فان تزوجها فلا بأس بوطأها لانها ان كانت حرة فالنكاح بينه وبينها صحيح وان كانت أمة فهى حلال له بالملك هكذا فى المبسوط * قوم لكل واحد جارية أعنت أحدهم جاريته ثم لم يعرفوا المعنقة فلكل واحد أن يوطأ جاريته حتى يعلم أنها معنقة كذا فى محيط السرخسى * فان كان أكبر رأى أحدهم أنه هو الذى أعنت فأحب الى أن لا يقربها وان قرب لم يكن ذلك عليه حراما حتى يتيقن ولو اشتراه جميعا رجلا واحد قد علم ذلك لا يحل له أن يقرب واحدة منهم حتى يعرف المعنقة ولو اشتراه من الاواحدة حتى يحل له ووطأه فان وطأه ثم اشترى الباقية لم يحل له ووطأ شىء منهم ولا يبيعه حتى يعلم المعنقة منهم وكذلك ان كان المشتري أحدا أصحاب الجوارى كذا فى المبسوط * له عشر خواب من خيل وجد فى أحدها فارة ميتة وأخرجها ثم نسي تلك الخلية فانه يرسل فيها الهرة فعلى أيتها جلست فهى النجسة والبواقي طاهرة كذا فى القنية * والله أعلم

كتاب احياء الموات وفيه بابان

الباب الاول فى تقسيم الموات وبيان ما يملك الامام من التصرف فى الموات وفى بيان ما يثبت الملك فى الموات وما يثبت به الحق فيه دون الملك وبيان حكمه

أما تفسيره فالارض الموات هى ارض خارج البلد لم تكن ملكا لادولاء حقاله خاصا فلا يكون داخل البلد

(٤٩ - فتاوى خامس) به دعوى كونها من ارضه فى يده بان ادعى عليه أرضا محمودة فبرهن على أنها فى يده بالمزارعة من فلان بن فلان الفلانى الغائب ويلحق بالمزارعة بالاجارة أو الوديعه فلا يراد على الخمس نص على ذلك فى كتاب الدعارى والبيئات والخمسة من العلماء فيها قول قال قاضى بغداد لا يندفع وان برهن وقال ابن أبي البقي يندفع بلا برهان وقال الثانى يندفع ان برهن لوصالحا لا يعرف بالحيلة وقال الامام يكتفى بالمعرفة ولو بالوجه فقط وقال محمد رحمه الله لا بد من المعرفة بالطرق الثلاث المذكورة وتعويل الأئمة على قول محمد رحمه

الله * ولو قال الشهود أودعه من نعرفه بالطرق الثلاث لكن لا تقوله ولا تشهد به لا يندفع فلو برهن أنه دفعه إليه رجل معروف لكن لم ينصوا على أنه ملك المودع يندفع لأن المقصود دفع الخصومة لا إثبات الملك للغائب حتى لو عاين الحاكم دفع الغائب إليه يندفع كما يندفع دعواه بأقراره دفع الغائب إليه ولا يندفع بلا برهان على ايداع الغائب ما لم يقر به المدعى أو يعاينه الحاكم ويعلمه وكذلك لو كان المدعى عبداً أو أمانة أو دابة فقال سرقته من فلان أو أخذته (٣٨٦) منه أو زنته منه أو ضلت منه فوجدته ولو برهن أنه لقان ولم يذكروا الايداع منه

لا يقبل بخلاف ما إذا شهدوا على اقرار المدعى أنه لقان الغائب حيث يندفع فلو قالوا أودعه فلان لكن لا ندري لمن ذلك الشيء أو قالوا كان المدعى هذا في يد فلان الغائب لكن لا ندري أدفعه إليه أم لا وقال ذواليد هو دفعه إلى يندفع * ولو قالوا هذه الدار لقان الغائب أسكنه فيها وأشهدنا على ذلك والداري يد الغائب يومئذ أو قالوا كانت في يد السالكين أو قالوا لا ندري في يد من كانت الدار يومئذ لكن نعلم أنهم اليوم في يد السالكين أو لم يذكروا ان الدار في يد من كانت يومئذ يقبل ويندفع * وان قالوا أشهدنا أنه أسكنها والدار في يد ثالث لا يقبل ولو برهن المدعى أن الدار يومئذ أشهدهما كانت في يد غير السالكين والمسكن وهو فلان لا يقبل ولو حضر فلان هذا وبرهن على ذلك الوجه أيضاً لا يقبل عندهما خلافاً للثاني رحمه الله * ولو قال المدعى وهما لك بعد ايداع يحلف ذواليد على أنه ما وهبها له ولا بآبائها منه لانه لو برهن عليه يقبل فإذا أنهكر

موات أصلاً وكذا ما كان خارج البلدة من مرافقها محتطباً لاهلها ومرعى لهم لا يكون مواتاً حتى لا يملك الامام اقطاعها وكذلك أرض الملح والقار ونحوهما بما لا يستغنى عن المسلمون لا تكون أرض موات حتى لا يجوز للامام أن يقطعها لاحد وهل يشترط أن يكون بعيداً من العمران شرطه الطحاوي وفي ظاهر الرواية ليس بشرط حتى ان بحر اقرير يامن البلدة جزر ماؤه أو أجرة عظيمة لم يكن ملكاً لاحد يكون أرض موات في ظاهر الرواية وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى وهو قول الطحاوي لا يكون وللصحيح جواب ظاهر الرواية فان الموات اسم لما لا ينفع به فاذا لم يكن ملكاً لاحد ولا حقاً خاصاً له لم يكن منتفعاً به فكان مواتاً بعيداً عن البلدة وأقرير يامن كذا في البدائع * قال القدوري فما كان عادياً (١) أي قدم خرابه لا مالاً له أو كان يملو كافي الاسلام لا يعرف له مالاً بعينه وهو بعيد عن القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العاصم فصاح لم يسمع الصوت فيه فهو موات وقال القاضي نخر الدين وأصح ما قيل فيه أن يقوم الرجل على طرف عمران القرية فينادي بأعلى صوته إلى أي موضع ينتهي إليه صوته يكون من فناء العمران لان أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعي المواشي أو غيره وما وراء ذلك يكون من الموات اذا لم يعرف له مالك والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى يعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنه حقيقة وان كان قري يامن القرية وشمس الأئمة اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله تعالى كذا في الكافي * وعلم الامام اقطاع الموات فلو أقطع الامام انسانا فتركه ولم يمر به لا يتعرض له إلى ثلاث سنين فاذا مضى ثلاث سنين فقد عاد مواتاً ولو أنه قطع غيره والمالك في الموات يثبت بالاحياء باذن الامام عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يثبت بنفس الاحياء وعلم الذي بالاحياء كما يملك المسلم كذا في البدائع * ومن أحياء أرضاً ميتة بغير اذن الامام لا يملكها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال صاحبها يملكها وذكر الناطقي أن القاضي في ولايته بمنزلة الامام في ذلك كذا في فتاوى قاضي خان في آخر كتاب الزكاة * ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قبل الثاني أحق به بالاصح ان الاول أحق به لانه يملكها بالاحياء فلا يخرج عن ملكه بالتروك وان جحر الارض لا يملكها لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صاحب الحق للزراعة والتجوير بوضع علامة من حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك وتبقية عشبها وجعله حولها أو باحراق ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفسد الملك لكنه هو أولي بها فلا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين فلا ينبغي لاحد أن يبيع ذلك الموضع حتى تمضي ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة وأما في الحكم فاذا أحياءها غيره قبل مضى مملكتها كذا في التبيين * ومن تجحر على أرض موات شبه المنارة فقد أحياءها لانه يكون بمنزلة البناء ولو حوطها وسنها بحيث يعضم الماء فانه يكون احياء كذا في محيط السرخسي * وتفسير الاحياء أن يبنى عليها أو يغرس فيها أو يكرمها أو يسقيها كذا في الخلاصة * وأراضي ما وراء النهر وخوار زم ليست بموات لدخولها في القسمة وتصرف إلى أقصى مالاً أو بائع في الاسلام أو ورثته وان لم يعلم حينئذ التصرف إلى الحاكم كذا في الوجه لا كدرى * والاراضي المملوكة اذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقيل كملوات كذا في الذخيرة * ولو تولى فيها بناء أو زرع زرعاً أو جعل للارض مسنة ونحو ذلك يكون له موضع البناء والزرع دون غيره قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان عمراً أكثر من النصف يكون احياء لها وما بقى وان عرّضتها لغيره دون ما بقي فقد اعتبر السكون (١) قوله أي قدم خرابه قال الزبلي كانه منسوب إلى عادته خرابه من عهدهم اه نقله معجمه

يحلف * ولو شهد أن ذا اليداعها من فلان الغائب والمشتري هذا أودعها عنده لا يندفع ولو لم يبرهن لكن المدعى كذا صدقه أنه باعها منه وسلمها إليه ثم أودعها عنده فلا خصومة حتى يحضر المشتري * واذا برهن على ايداع الغائب والندفع الدعوى عنه فحضر الغائب وبرهن أيضاً على أن الغائب الآخر أودعها عنده يندفع أيضاً ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا شهد شهود ذى اليد على اقرار المدعى أنها لفلان ولم يقل ذواليد أو دعنيما فلان ويندفع لثبوت وصول العين من جهة غيره إليه فظهر بأقراره أنه الخصام مع فلان

الغائب حتى يتحول اليه الملك ولم يوجد التحويل * برهن على دار في يد رجل أنها له وقال ذواليد ودعيته عن ذى لفلان أو غصته منه أو كانت دابة فقال ضلت منه فوجدتها أو سرقته ما منه وبرهن لكن الشهود لم يشهدوا بهذه الأشياء فالذى في يده خصم وكذا لو برهن المدعى أنها له سرقته منه لا يندفع وان برهن المدعى عليه على الوصول اليه بهذه الأسباب وان ادعى الفعل عليه بان قال غصته منى أو أودعنا أو اشتريت منك وبرهن ذواليد على وصوله اليه من الغائب على وجه لا يفيد ملك الرقبة له لا يندفع (٣٨٧) بخلاف دعوى الملك المطلق * والفرق

ما عرف أن دعوى الملك لا تصح الاعلى ذى اليد أو نائبه بخلاف دعوى الفعل فإنه يصح على غير ذى اليد فان دعوى الغصب يصح على الغاصب وان كان العين في يد غاصب غائب وقول المدعى ملكي وفي يده بغير حق لا يكون دعوى الغصب فيندفع لو برهن على الايداع بالطريق المذكور * ثم دعوى الفعل لا يتخلو لما أن يدعى المدعى على المدعى عليه أو على غيره والاول قد ذكرنا وان ادعى على غير ذى اليد بان قال غصبه منى فلان فهو كدعوى الملك المطلق على ذى اليد وكذا اذا ذكر باسم مالم يسم فاعله نحو قوله غصب منى وأما اذا قال سرق منى فكذلك عند محمد رحمه الله وهو القياس وفي الاستحسان وهو قول الشيخين رحمه الله كدعوى الفعل عليه لان ذكر الفا على اشاعة الفاحشة بخلاف قوله غصبت منى * وفي دعوى الشراء انما لا تندفع الخصومة عنه اذا ادعى بدون القبض أما اذا ذكر معه القبض فهو دعوى الملك المطلق

هكذا في محيط السرخسي * وقال محمد رحمه الله تعالى اذا كان الموات في وسط ما يحيط به يكون احياء لكل وان كان الموات في ناحية لا يكون احياء لما يلي كذا في التتارخانية * وذكر ابن سميعة عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان حفر فيها ثرا فاساق اليها ماء فقطعها احياءا فزرع أو لم يزرع ولو حفر فيها أنهار لم يكن احياءا الا أن يجري فيها الماء فحينئذ يكون احياءا وان أحرق فيها أحشيشا فليس باحياء كذا في محيط السرخسي * ولو كان أجرة أو غصنة فقطع قصبتها أو أشجارها فسواها فهو احياء كذا في الغنيانية * وكل رجل باحيا الموات له فاحياه فهو للوكل ان أذن الامام له في الاحياء كذا في القنية * ولا يجوز احياء ما قرب من العامر عندنا كذا في الكنز * وما ترك الفرات أو الدجلة فعديل عنه الماء فان كان يجوز عوده اليه لم يجز احياءه لم حاجة العامة الى كونه نهر وان كان لا يجوز أن يعود اليه فهو الموات كذا في السراج الوهاج * أرض غرفت وصارت بحرا ثم نصب الماء عنها أو خربت بوجه آخر ثم جاء انسان وعرفها قيل هي للملك القديم وقيل لمن أحيها كذا في القنية * أمام أمر رجلان بعر أرضا ممتدة على أن ينتفع بها لا يكون للملك له فاحياها لم يملكها لان هذا شرط صحيح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان عنده لا يملك الأرض الا باذن الامام فاذا لم يأن ذلك الامام بالملك لا يملكه كذا في المضمرات * رجل أحيأ أرضا ممتدة ثم جاء انسان وأحيأ أرضا حولها حتى أحاط احياءها بها الاربعه كان له أن يتطرق الى أرضه من الأرض التي أحيها آخر فان جاء أربعة وأحيأ كل واحد منهم جانباً حتى أحاط احياءهم بها كان له أن يتطرق الى أرضه من أي أرض شاء اذا أحياها جواربها معا كذا في الظهيرية * ولو حفر ثرا في الموات وبقي بينه وبين الماء ذراع ثم حفره آخر فالاول أحق به الا أن يعلم أنه تركه وقد ثبت شهر ولو حفره مقدار ذراع فهو تحجير وليس باحياء كذا في الغنيانية * واذا كان نهر مثل دجلة عليه محتطب وممر عاقه فلولن احياءه الا أن يكون فناء قرية فسد فناءهم فيمنع وللاولى أن يقطع من طريق الجادة ان لم يضر ذلك بالمسلمين قال وليس ذلك الا بالخليفة ولن ولاه كذا في المحيط * واذا حفر ثرا في أسفل جبل ملكه الى أعلاه كذا في الغنيانية * وأما بيان حكم أرض الموات فله حكمان أحدهما حكم الحرم والثاني حكم الوظيفة أما الاول فالكلام فيه في موضعين أحدهما في أصل الحرم والثاني في قدره أما أصله فلا خلاف في أن من حفر ثرا في أرض الموات يكون لها حريم حتى لو أراد غيره أن يحفر في حرمه إلا أن يمنعه وكذا العين لها حريم بالاجماع وأما قدره فمقرم العين خمسة أذرع ذراع بالاجماع كذا في البدائع * ثم قيل هو خمسة أذرع من الجوانب الاربع من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح أنه خمسة أذرع من كل جانب والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسره منه قبضة كذا في التبيين * وحريم الثرا لعطن أربعون ذراعا كذا في البدائع * قيل الأربعون من الجوانب الاربع من كل جانب عشرة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب كذا في التبيين * وأما حريم الثرا الناضح فستون ذراعا في قولهما وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أعرف الا أنهم أربعون ذراعا وبه يفى ذكر الصداق الشهيد في قضاء الجامع الصغير أن من أحيأ نهر في أرض موات قال بعضهم ان عندنا في حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحق له حريما وعندهما يستحق والصحيح أنه يستحق له حريما بالاجماع وذكر في النوازل وحريم النهر من كل جانب نصفه عندنا في يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى من كل جانب مقدار عرض النهر والفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله

فندفع ألا يرى أن اعلام المبيع اذا كان مقبوضا بان قال بيعت منه عبدا مجهولا واولسته اليه يقبل وبجاعة من مشايخنا قالوا لا يندفع أيضا لأن دعوى الشراء بغير معتبرا ولهذا لا يحكم القاضي بالزوال والتقصص ولا يكون الباعه ان يرجع بعضهم على بعض ولو كان كدعوى الملك المطلق لكان الامر بخلافه * ووضع محمد رحمه الله المسئلة في الدار وقال بانه يندفع والرواية في الدار رواية في العبد والرواية في العبد رواية في الدار وذكرنا لو تارادى الشراء والقبض منه وقال ثم أجدت عليه اليد فبرهن ذواليد على ايداع الغائب عنده يندفع لمذا كرنا أن دعوى

الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك لانه قضاء الشراء بجميع أحكامه فالو حضر الغائب وبرهن على الشراء من ذى اليد فهو للغائب لان ذى اليد لم يبرهن أنه مودع الغائب وصدقه الغائب فيه وقال أودعته بعد الشراء ثبت اليد للغائب معانته ويد الآخر مشهود بها واليد المعانته أولى من يد المشهود به * أدعى الشراء والقبض من ذى اليد أو ملكا مطلقا وصدقه ذى اليد فيه ثم أدعى أنه وديعة عنده فلان الغائب وبرهن يتدفع وان لم يبرهن يؤمر بتسليمه اليه فالو (٣٨٨) حضر الغائب يؤمر بأقامة البينة أنه له وأنه أودعه عنده فان برهن يحكم له به وان بد أو قال

هذا وديعة فلان عندى ثم قال انه للمدعى ولم يبرهن ودفع للمدعى وحضر الغائب يؤمر بالرد الى المودع ان لم يبرهن عليه لان التسليم الاول كان لغيبته المودع بعد ما ظهر حقه به باقرار المودع أولا فاذا حضر رد اليه فان صدقه المدعى فى الوديعة لا يتعرض له حتى يحضر الغائب لانه كالثابت بالبينة * أودعه نصف عبد ونصف دار غير مقسوم ثم باعه النصف الباقي وغاب بعد التسليم فادعى رجل النصف وبرهن وبرهن ذوا اليد على الشراء والوديعة على النحو السابق فلا خصومة بينهما حتى يحضر البائع الغائب لانه لو استحق النصف يظهر بالاستحقاق ان البائع كان شريكا للمدعى فانصرف يبعه الى النصف الذى كان له والمشتري ليس يخصم فى النصف الآخر لانه وديعة عنده * وفى المنشور غصب جارية وأودعها من رجل ثم اجتمع ما لهما والمودع ببرهن المودع على أنها وديعة عنده يتدفع وان لم يبرهن لا يتدفع * برهن المدعى على الملك

تعالى كذا فى الفتاوى الكبرى وأما الحكم الثانى حكم الوظيفة فان أحباها مسلم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية وان أحباها من حيز أرض الخراج فهي خراجية وقال محمد رحمه الله تعالى ان أحباها بماء العشر فهي عشرية وان أحباها بماء الخراج فهي خراجية وان أحباها ذى فهي خراجية كيف ما كانت بالاجماع وهي من مسائل كتاب العشر والخراج كذا فى البدائع * وروى عن محمد رحمه الله تعالى فى النوادر حريم الناضح ستون ذراعا الا أن يكون الحبل سبعة بين ذراعا فحينئذ يكون له الحريم بقدر الحبل حتى يتهيه الى الانتفاع بالبئر كذا فى محيط السرخسى * واذا احتفر الرجل بئرا فى مفازة باذن الامام جاء رجل آخر واحتفر فى حريمها بئرا كان للاول أن يسد ما احتفره الثانى وكذلك لو بنى أو زرع أو أحدث فيه شيئا للاول أن يمنع من ذلك للملك ذلك الموضع وما عطف فى بئر الاول فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعدي فى حفره وما عطف فى بئر الثانى فهو مضى على الثانى لانه متعدي فى سببه ولو أن الثانى حفر بئرا بأمر الامام فى غير حريم الاول وهي قرية منه فذهب ماء بئر الاول وعرف أن ذهب ذلك من حفر الثانى فلا شئ عليه كذا فى المبسوط * من أخرج قناة فى أرض موات استحق الحريم بالاجماع ثم بأى قدر يستحق قال محمد فى الكتاب القناة بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر ذر هذا القدر ولم يزد عليه الا أن مشايخنا زادوا على هذا فقالوا القناة فى الموضع الذى يظهر الماء منه على وجه الارض بمنزلة العين الفوارة فيكون لهما من الحريم حينئذ مثل ما للعين خمسمائة ذراع بالاجماع أما فى الموضع الذى لا يقع الماء على الارض القناة بمنزلة النهر الا أنه يجري تحت الارض كذا فى المحيط * ثم استحقاق الحريم من كل جانب فى الموات من الاراضى فيما لا حق لاحد فيه فأما فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر انسان بئرا وجاء أحد وحفر بئرا على منتهى حده حريمه فانه لا يستحق الحريم من الجانب الذى هو حريم صاحب البئر الاول وانما يستحق من الجانب الآخر مما لا حق لاحد فيه كذا فى النهاية * قناة بين رجلين أحبا أحدهما أرضا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل نهر بها منها لانه يريد أن يستفضل على شريكه لانه لم يكن لهذا الارض شرب من هذه القناة وليس لاحد أن يستفضل على شريكه الا باذنه كذا فى محيط السرخسى * من غرس شجرة باذن الامام عند السك أو بغير اذن الامام عندهما هل يستحق لهما حريم لوجاء آخر وأراد أن يغرس بجانب شجرته شجرة هل له أن يمنع من ذلك لم يذكر محمد رحمه الله تعالى هذا الفصل فى الكتاب ومشايخنا قالوا يستحق مقدار خمسة أذرع به وردت السنة كذا فى المحيط * واذا حفر رجلان بنفقتهما بئرا فى أرض الموات على أن تكون البئر لهما أحدهما والحريم للآخر لم يجز لانهما اصطالحا على خلاف موجب الشرع فان الشرع جعل الحريم تبع للبئر لا يمكن لصاحبه الانتفاع بالبئر فكان الحريم للمالك البئر فان كانت البئر لواحد كان الحريم له وان كانت البئر بينهما كان الحريم بينهما ولو شرط أن يكون الحريم والحريم والبئر بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر لم يجز ويرجع صاحب الاكثر بنصف الفضل لانهما اشتركا فى احرار مباح ليكون المنفعة بينهما مباشرة والشركة فى احرار مباح تقتضى أن تكون النفقة على قدر الملك فاذا شرط زيادة النفقة على أحدهما لم يصح الشرط ويرجع بالزيادة على صاحبه لانه أنفق عنه بأمره كذا فى محيط السرخسى * اذا شرطوا أن يحفروا نهر او يحجروا أرضا او نهر لواحد والارض لا تخلم لم يجز حتى يكونا بينهما واذا كانا بينهما ما فليس لاحدهما أن يسقى أرضه خاصة وان شرطوا على بعضهم من النفقة أكثر لم يجز

المطلق فبرهن المدعى عليه على ائداع الغائب منه فبرهن المدعى على ان ذاليد غصب منه هذا الشئ يقبل ويندفع الدفع ويرجع لانه لا منافاة بين الدعوىين * وفى الذخيرة من صار خصما لدعوى الفعل عليه اذا برهن على اقرار المدعى بايداع الغائب منه يتدفع وان لم يتدفع بأقامة البينة على الايداع لثبوت اقرار المدعى ان يده ليست بخصومة * وذكرنا لو نادى على غصبا وبرهن على مطلق الملك فبمجرد دعوى الغصب على ذى اليد قبل ان يبرهن عليه لا يتمكن المدعى عليه من اقامة البينة على الايداع وعلى دعوى ايداع الغائب لحصول دعوى الفعل

عليه وهذا مما يحفظ * وذ كرا القاضي ادعى انه ملكه وفي يده غضب فبرهن ذواليد على الايداع قيل يندفع لعدم دعوى الفعل عليه والصحيح انه لا يندفع * ولو ادعى عليه غضبه فافترأه لانه الصغير لا يندفع لدعوى الفعل عليه * وفي الدعاوى والبيئات في يده دارعاها آخر فافترأ ذواليد انها للدعي وأودعها عنده فلان وبرهن عليه يندفع وان لم يبرهن لا يندفع وقد مر فان حضر فلان وصدة في الايداع لا ينزع الدار من يده المدعي حتى يبرهن الحاضر أنها له وكذا ان بدأ بالافترار بالودعية ثم أقر للدعي (٣٨٦) وكذا اذا لم يبرهن وعلم الحاكم أن الدار لرجل

وصارت بعد ذلك في يد آخر وخاصة الذي كانت الدار في يده الى الحاكم فقال ذواليد ان الدار وديعة عندي من ذلك الرجل يندفع ولا يخرج الحاكم الدار من يده حتى يحضر ذلك الرجل فحمد رحمه الله اعتبرها علم القاضي وقال أيضا اذا علم القاضي أن فلانا أي الذي ادعى ذواليد الايداع منه غضبه من المدعي بأخذها من ذواليد ويدفعها الى المدعي وهذا على أصل

الرواية ورجع عن هذا في آخر عمره ولم يجعله حجة وان كان استفاد العلم حال الولاية وجعله بمنزلة شاهد واحد لاحتمال غلطه فيصير مع آخر كشاهدين ومشايخنا على هذا لفساد أحوال القضاة عموما لامن عصمه الله تعالى وذلك الواحد كالعنفاء فلا يفرد بحكم على حدة حتى لا يطمع واحد منهم أنه هو ويفسد أمر العامة * ولو ادعى وديعة الغائب ولم يستطع أن يبرهن على ذلك فحكم عليه بالتسليم الى المدعي فبرهن على ايداع الغائب لا يقبل * ولو قدم الغائب فهو على حجة وان

ويرجع كذا في التتارخاسة * نهران لقريتين في مكان واحد وقع الاختلاف في حريمهما فما كان مشغولا بتراب أحد النهرين فهو في أيدي أهل ذلك النهر والقول في ذلك لهم ولا يصدق الآخرون على دعواهم فيه الا بينة وما كان بين النهرين من موضع فارغ لم يشغل بتراب أحدهما ولا تنازع فيه لاهل القريتين فهو بين أهل القريتين نصفان الا أن تقوم لاحدى القريتين بينة أن ذلك لهم خاصة وقد مر نحو في آخر كتاب المزارعة كذا في الكبرى * من كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا أن يقيم بينة على ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى له مسنة يعيش عليها ويلقى عليها طينه كذا في شرح القدوري * من بنى قصر في مفازة لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكساسة لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البئر لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم كذا في الكافي والتبيين * بئر لرجل في دار غيره لم يكن لصاحب البئر حق القاء الطين في داره اذا حفر البئر كذا في فتاوى قاضيخان * أراد أن يحفر بئرا في مسجد من المساجد أو في محلة فان لم يكن في ذلك ضرر بوجه من الوجوه وفيه نفع من كل وجه فله ذلك كذا قال ههنا وقد ذكر في باب المسجد قبل كتاب الصلاة أنه لا يحفر في المسجد بئرا ومن حفرها فهو ضامن لما حفره والفتوى على المذكور ههنا كذا في الفتاوى الكبرى * والله أعلم

باب الثاني في كرى الانهار واصلاحها

والانهار ثلاثة منها ما يكون كرية على السلطان ومنها ما يكون كرية على أصحاب النهر فاذا امتنعوا يجبرون على ذلك ومنها ما يكون كرية على أصحاب النهر فاذا امتنعوا لا يجبرون أما الاول فهو النهر العظيم الذي لم يدخل في المقاسم كالفرات ودجلة وجيحون وسيحون والنيل وهو نهر في الروم اذا احتاج الى الكرى واصلاح شطه يكون على السلطان من بيت المال فان لم يكن في بيت المال مال يجبر المسلمين على كرية ويجزئهم لاجله فان أرادوا حرم المسلمين ان يكرى منها نهر الارضه كان له ذلك اذا لم يضر بالعامه فان أضر بالعامه بان ينكسر شرط النهر أو يخاف منه الفرق يمنع من ذلك وأما الذي يكون كرية واصلاحه على أهل النهر فان امتنعوا أجبرهم الامام على ذلك فهو الانهار العظام التي دخلت في المقاسم عليه قرى واحتاج الى الكرى والاصلاح كان ذلك على أهل النهر فاذا امتنعوا أجبرهم لان فساد ذلك يرجع الى العامة وفيه تقليل الماء على أهل الشسفة وعسى يؤدي ذلك الى عزة الطعام فاذا كان منفعة الماء تعود اليهم وضرر ترك الكرى يرجع الى العامة أجبرهم على الكرى وليس لاحد ان يكرى من هذا النهر نهر الارضه أضر ذلك بأهل النهر أو لم يضر ولا يستحق بهذا الماء الشسفة وأما النهر الذي يكون كرية على أهل النهر فاذا امتنعوا لا يجبرون فهو النهر الخاص وتكلموا في النهر الخاص قال بعضهم ان كان النهر لعشرة فسادونها أو عليه قرية واحدة يقسم ماؤه فيها فهو نهر خاص يستحق به الشسفة وقال بعضهم ان كان لمادون الاربعين فهو نهر خاص وان كان لاربعين فهو عام وقال بعضهم ان كان لمادون المائة فهو خاص وقال بعضهم ان كان لمادون الالف فهو خاص وأصح ما قيل انه يفوز الى رأى المجتهد حتى يختار أى الاقوال شاء ثم في النهر الخاص لو أراد بعض الشركاء الكرى وامتنع الباقيون قال أبو بكر بن سعيد البلخي رحمه الله تعالى لا يجبرهم الامام

برهن على ايداعه من ذواليد يقبل ويبطل الحكم * ولو لم يبرهن ذواليد على الايداع وجعل خصما فبرهن المدعي على دعواه شاهدا أو شاهدين ثم وجد صاحب اليد برهانا على الايداع وبرهن يقبل ويندفع لانه علم أنه ليس بخصم قبل أن يقبضه القضاء نص عليه الاسيبي رحمه الله * وان ادعى ذواليد وديعة ولم يبرهن عليها أو أراد أن يحلف المدعي عليه أن الرجل الغائب أودعه عنده يحلف الحاكم المدعي عليه بالله لقد أودعها اليه على البتة لا على العلم لانها وان كان فعل الغير لكن تمامه به وهو القبول وان طلب المدعي عليه من المدعي فعلى العلم بالله ما يعلم ايداع

فلان منه لانه فعل الغير ولا تعلق له به ذكر الكل في الذخيرة * وذكر في الذخيرة أنه لا يحلف ذواليد على الايداع لانه مدع الايداع ولا حلف على المدعى ولو حلف أيضا لا يندفع ولكن له أن يحلف المدعى على عدم العلم كأمه لانه لو أقر يندفع فإذا أنكر يحلف * وعلى قول من يقول للمدعى أن يحلفه على أنها ودیعة عنده لو قال ما أودعها عندي بل غصبها منه وحلف عليه لا يلتفت الى مقاله ويجعله خصما للتناقض ويحكم عليه وذكر الوارث قال في غير مجلس الحكم (٣٩٠) انه ملكي ثم قال في مجلسه انه ودیعة عندي أو رهن من فلان يندفع اذا برهن على ما ذكر

* ولو برهن عليه المدعى أنه أقر بكونه ملكا له في غير مجلس الحكم يجعله خصما ويحكم عليه لسبق اقراره عن دفع * وفي الذخيرة برهن على أنه ودیعة عنده من جهة الميت الذي يدعى الوصية منه أو غصبه منه فلا خصومة بينهما ما لا يملك تصادقا على وصول المال من جهة الميت ما غصب أو أمانة فلا تكون يده يد خصومة في حق من يدعى تملك الملك منه و فرق بين الوصية والوراثه فالورثه في دعوى الوراثه عليه انه ودیعة من جهة المورث الذي يدعى منه الوارثه لا يندفع وفي دعوى الوصية كذا ذكرنا يندفع حتى يحضر الوارث أو الوصى * ولو ادعى الايداع من غير الموصى أو الغصب منه فهو خصم الآن ببرهن على مقاله لانه صار خصما بظاهر اليد فلا يندفع بمجرد الدعوى بلا برهان وقال الثلجي لا يندفع وان برهن كمالو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذواليد على ايداع غائب آخر منه لا يندفع لادعاء المدعى تملك الملك من جهة

ولو حضره الذين طلبوا الحفر كانوا متطوعين وقال أبو بكر الاسكاف في النفقات ان القاضي يأمر الذين طلبوا الكرى بالكى فإذا فعلوا ذلك كان لهم منع الاخرين عن الانتفاع به حتى يدفعوا اليهم حصصهم من مؤنة الكرى وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وان أراد كلهم ترك الكرى في ظاهر الرواية لا يجبرهم الامام وقال بعض المتأخرين يجبرهم الامام فإذا اجتمعوا على كرى النهر قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى البداية بالكى من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه مؤنة الكرى وكان على من بقي وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يكون الكرى عليهم جميعا من أول النهر الى آخره بخصص الشرب والاراضى وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يخصصون ويقول أبو حنيفة رحمه الله تعالى أخذوا في الفتوى كذا في فتاوى قاضيان * وبانه أن الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة فؤنة الكرى من أول النهر على كل واحد منهم عشر المؤنة الى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ تكون مؤنة الكرى على الباقيين أنساعا الى أن يجاوز أرضا أخرى ثم يكون على الباقيين أنساعا الى هذا التخصيص الى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم أعشارا من أول النهر الى آخره كذا في الكافي * وان كانت فوهة النهر لارضه في وسط أرضه فكري الى فوهة النهر هل يسقط عنه الكرى في قول أبي حنيفة اختلفوا فيه قال بعضهم يسقط وقال بعضهم لا يسقط ما لم يجاوز أرضه وهو الصحيح ومتى جاوز الكرى أرضه هل له أن يفتح الماء ليس في أرضه قال بعضهم له ان يفتح وقال بعضهم لا يفتح حتى يفرغ السك لانه لو فتح قبل ذلك يختص بالماء قبل الشركاء ولهذا قال المتأخرون يبدأ بالكى من أسفل النهر كذا في الظهيرية * وأما الطريق الخاص بين قوم في سكة غير نافذة اذا وقعت الحاجة الى اصلاحه من أوله الى آخره فاصلاح أوله عليهم بالاجماع فإذا بلغوا دار رجل منهم هل يرفع عنه مؤنة الاصلاح لا رواية لهذه المسئلة قال شيخ الاسلام في شرحه حاكيا عن الفقيه أبي جعفر رأيت في كتب بعض مشايخنا انه يرفع عنه بالاتفاق وأما اذا كان النهر عظيما عليه قري يشربون منها وهي التي تدعى بالفارسية (كلم) فاتفقوا على كرى هذا النهر فبلغوا فوهة نهر قرية هل يرفع عنهم مؤنة الكرى فلا رواية في هذه المسئلة في الاصل قال شيخ الاسلام ذكر هذه المسئلة في النوادر وأنه يرفع عنهم مؤنة الكرى بالاتفاق وعلى قياس النهر الخاص ينبغي أن لا يرفع عنهم مؤنة الكرى ما لم يجاوز الكرى أراضى قريتهم كذا في المحيط * والله أعلم

(كتاب الشرب وفيه خمسة أبواب) *

(الباب الاول في تفسيره وركنه وشرط حله وحكمه) *

أما تفسيره شرعا فالنصيب من الماء للاراضى لا غيرها وأما ركنه فالماء لان الشرب يقوم به وأما شرط حله أن يكون ذا حظ من الشرب وأما حكمه فالارواء لان حكم الشيء ما يفعل لاجله وانما تشرب الارض لتروى كذا في محيط السرخسى * المياه أنواع * الأول ماء البحر وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة وسقى الارض وشق الانهار حتى ان من أراد أن يكرى نهره الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالاتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء * والثاني ماء الادوية العظام كيجون وسيجون ودجلة والفرات والنيل للناس فيما حق الشفة على الاطلاق وحق سقى الارض بأن أحيا

واحد

الغائب لا المالك المطلق وهنا يجب أن يكون كذلك * واذا قال المدعى عليه انه ليس بملك المدعى

ثم برهن على أنه ودیعة فلان الغائب عنده يسمع بخلاف ما لو قال انه ملكي ثم برهن على الوديعة حيث لا يسمع * ولو قال صاحب اليد المدعى في يدي ولم يرد عليه فلما برهن المدعى على الملك برهن ذواليد على الايداع لا يقبل الا اذا وصل بقوله في يدي قوله انه ودیعة فلان عندي * ادعى ملكا ما لمقام ادعى بعده انه غصبه من ذواليد يسمع ويندفع برهان ذواليد على الايداع سواء ادعى في ذلك المجلس أو في مجلس آخر كذا