

الفتاوى الطرسوسية

أو

انفع الوصايا

ال

تحرير المسائل

للإمام العلامة قاضي القضاة نجم الدين إبراهيم
ابن علي بن أحمد بن عبد الواحد بن
عبد المنعم بن عبد الصمد الطرسوسي
المتوفى سنة ٧٥٨ من الهجرة



صححه وراجع نقوله للمرة الاولى

مصطفى الخياجي

المدرس بقسم التخصص في القضاء الشرعي

(حقوق الطبع على هذه الصورة محفوظة لمصححه)

ومن اجترأ على طبعه منها يعاقب قانوناً

قام بطبعه ونشره جماعة من الافاضل

١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦ م

مطبعة الشون

اصحابها: عبدالعزیز فايد وأخيه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله نحمده ونستعينه ونصلى ونسلم على سيدنا محمد أشرف نبي وأكرم مبعوث وعلى آله وصحبه والتابعين (وبعد) فإن من أجل الكتب نفعا وأجز لها فائدة كتاب (أنفع الوسائل الى تحرير المسائل) للأمام الفقيه قاضي القضاة نجم الدين ابرهيم بن علي بن أحمد الطرسوسي المتوفى سنة ٧٥٨ هجرية . كتاب جمع من الفتاوى والنقول في المسائل العلمية ما لم يجمعه كتاب قبله ولم يشمله كتاب بعده خصوصا ما يتعلق بالوقف والقضاء حتى كان عمدة لأفاضل العلماء السابقين ومرجعا ثقة للمتأخرين . ولما كان هذا الكتاب عسير المنال لا يوجد منه الا نسخ خطية قليلة لا تتجاوز أصابع اليد الواحدة . منها اثنتان في دار الكتب المصرية احدهما حديثة العهد وأخرى في دار الكتب الأزهرية ورابعة في مدرسة القضاء الشرعي وكلها مشوهة محرف سواء في عبارة المؤلف أم فيما نقله عن غيره مما يعنى المعنى او يفهم خلاف المقصود بحيث لا يستطيع القارىء فيها الاهتداء الى الصواب مهما أوتي من الذكاء والفطنة وما كان يظفر بنسخة منها الا من أوتي بسطة من المال يستطيع بها استنساخها ونقلها على ما فيها وربما زادتها أيدي النساخ مسخا من غير أن يكلف نفسه عناء ضبطها أو مراجعتها . فلما وجدنا من كبار العلماء ورجال القضاء شغفا بهذا الكتاب وميلا الى اقتنائه . استعنا الله على ضبطه وتصحيح نقوله وطبعه واخرجه مرتبة مسائله موضحة معالمه وبدلنا في سبيل ذلك جهدا - وهو غير قليل - حيث قارنا نسخة بعضها ببعض فأثبتنا منها أصحها وأحسنها عبارة وراجعنا نقوله على مصادرهما وما استعصى علينا فهمه بسبب التحريف ولم نهتمد الى تصحيحه أو مرجعه أثبتناه مع الإشارة الى ما فيه وسيرى من أطلع على احدى النسخ الخطية عند قراءة هذا الكتاب كم عانينا من المشاق وأنفقنا من الجهد حتى جاء والفضل لله وحده غاية في الصحة ونهاية في الاتقان اللهم الا ما ليس دفعه في الإمكان والله نسأل أن ينفع به انه أكرم مسئول

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم﴾

الحمد لله الذى نور قلوب العلماء بمصاييح خلاصة الرعاية وخصهم بكشف الأسرار فاصبحت هماتهم العلية تسمو الى غاية النهاية . ومنحهم كنوزاً هي خير مطالب وبها تحصل السكينة . أحمدته على مبسوط افضاله النافع وأشكره على عطاءه الجامع . وأستزيده تبصرة من نوره اللامع . وأشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له شهادة أدرها ليوم الميعاد ذخراً واردها سرّاً وجهراً وأشهد أن محمداً عبده المختار الهادى الى خير ملة ورسوله الذى ايدته وسدد قوله وفعله . صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه صلاة تترادف بالزيادات وتتضاعف بالبركات . وتبقى مع الباقيات الصالحات وتدوم دوام الارض والسموات وسلم تسليماً (وبعد) فيقول العبد الضعيف ابراهيم بن على بن احمد بن عبد الواحد الطرسوسى الحنفى (١) وفقه الله ولا وقفه . وفتح له مقفل المشكلات ولوجوه البيان عرفه . لما رأيت المسائل الواقعة فى المحاكمات متفرقة فى الكتب . ويحصل فى الكشف عنها غاية التعب . ورأيت العمل فى بعضها على غير القول الصحيح ؛ وبالتلويح أنسب من التصريح . وربما وقع بعض القضاة فى مسائل خارجة عن المذهب بالكلية . والمنصوص فيها على خلاف ما حكم به فى القضية ؛ استخرت الله فى جمع المسائل المشار اليها وترتيبها على ترتيب كتب الفقه وكنت فى أول الامر اختصرت أسماء الكتب المنقول منها الحكم فى المسألة فلما دخلت فى الجمع تبين أن الأولى اعزاء (٢) النقول الى المصنفات بالتصريح . والخروج عن عهدة الغريب منها

(١) هو قاضى القضاة ابراهيم بن على بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد المنعم بن عبد الصمد نجم الدين أبو اسحق الدمشقى الطرسوسى تولى وظيفة قاضى القضاة بدمشق سنة ٧٤٦ هـ بعد والده قاضى القضاة عماد الدين وأفتى ودرس وصنف كثيراً من المؤلفات النفيسة منها كتاب الفوائد وهو منظومة فى ألف بيت وقد توفى رحمه الله سنة ٧٥٨ هـ «تاج التراجم»

(٢) كذا بالأصل وصوابها عزو «اللسان»

والصحيح . فاختت في جمع ذلك وتحريره وايضاحه وتقريره وجمعت الابتداء في كل مسألة بعد ترجمتها بعبارات الأصحاب فيها الى آخر ما انفق لي من الوقوف على عباراتهم في ذلك واتبعت الكلام عقبيه بما تحرر واتضح من كشف معنى تلك العبارة وبما يعمل به في المسألة على حسب الوسع والطاقة وكل ما وقع في هذا الكتاب بعد ذكر النقول في المسألة ماصورته « قلت » فهو من كلام العبد وكذا كل ما كان من ترجمة المسألة قبل ذكر النقول فهو في كلامي أيضا وكنت سميت هذا الكتاب « بالتنقيح والتحقيق والتدقيق والتنميق » ثم رأيت ان أسميه « بانفع الوسائل الى تحرير المسائل » والله أسأل أن ينفع بكلامه كما نفع بكلام أوليائه الصالحين بمحمد وآله الطيبين الطاهرين . وهذا حين أبتدى وعلى الله أتوكل وبه أهتدى

مسألة

لا تجب الزكاة في مال الصغير والصغيرة على ما عرف . فاذا لم تجب فهل يجوز للقاضي الحنفي أن يحكم بسقوطها قبل بلوغها أم لا . وهل يرفع هذا الحكم الخلاف في المسألة أم لا . وهل يشترط الدعوى له أم لا . واذا اشترطت فمن يكون الخصم فيها . وهل تصح دعوى الفقير فيها على ولي الصغير أم لا ؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في الهداية قال . وليس على الصبي والمجنون زكاة خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالمخرج والعشر . ولنا انها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لها لعدم العقل بخلاف المخرج لأنه مؤنة الأرض وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع . همدعبارة الهداية . قلت المسألة معروفة وليس فيها خلاف بين الأصحاب فيما علمت أن الزكاة لا تجب على الصغير والصغيرة فلا فائدة في الاشتغال بنقل كلام بقية الأصحاب فيها . وهذا الحكم أعني الحكم باسقاطها

فعله جماعة من قضاة المذهب وهو صحيح رافع للخلاف يشترط له الدعوى من خصم شرعى غير أن الطريق اليه فيها نظر وذلك لأنه يحتاج فيه الى دعوى صحيحة من خصم شرعى وألا يكون الحكم على وجه الفتوى ولم يحصل المتصود به من رفع الخلاف لأن القاضى المخالف يطلب الولى ويلزمه بأداء الزكاة الى الفقير. والذى رأيت من القضاة الذين حكموا بسقوطها أنهم كانوا يسلكون طريقا وهي أنه كان يحضر عند القاضى ولى اليتيم ومعه فقير فيدعى الفقير على ولى اليتيم أن فى يد من مال اليتيم الفلانى كذا وأنه حال عليه الحول وهو فقير ويطلب منه عشرة دراهم مثلا من الزكاة فيجيب الولى بأن المال فى يدي وأن هذا اليتيم لم يبلغ بعد وأن الزكاة لا تجب عليه ويسأل من الحاكم الحكم بسقوطها عن اليتيم مادام صغيرا لم يبلغ فيحكم الحاكم بذلك . وعندي أن هذه الدعوى ليست بصحيحة وما ذاك الا لأن الفقير ليس له ولاية الطلب شرعا وليس الحق له وإنما هو مصرف للحق الثابت المتعين لجهة الزكاة . قال شمس الأئمة فى المبسوط : ولنا أنها عبادة لأنها أحد أركان الدين لقوله عليه السلام « بنى الاسلام على خمس » وعدمها الزكاة والمتصود من أصل الدين العبادة ولذلك كانت من أركان الدين وذلك لأن المتصدق يجعل ما له لله تعالى بصرفه الى الفقير ليكون له كفاية من الله قال الله تعالى (ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات) وقال تعالى (من ذا الذى يقرض الله قرضا حسنا) ويجعل المال له خالصا يكون عبادة خالصة ولهذا يحصل به التطهير . وبهذا تبين أنه ليس فيه حق للعباد لأن الشركة تنافى معنى العبادة . هذه عبارته . وخلاصته أنه جعل الحق لله تعالى وبالذم الى الفقير يحصل الكفاية والخروج عن العهدة به فكان الفقير مصرفا لصاحب الحق واذا لم يكن الفقير صاحب الحق فالدعوى من جهته غير صحيحة . ومما يؤيد هذا ما ذكره الزاهد فى القنية وهو قال : ومن يؤخر الزكاة ليس للفقير أن يطالبه ولا يأخذ ماله بغير عامه ويضمن بالأخذ . وذكر أيضا مما يؤيد هذا فى الفتاوى الكبرى للخاصى فقال ولو وجبت الزكاة على غنى وهو لا يؤديها لا يحل للفقير

أن يأخذ من ماله بغير علمه وان أخذ كان له أن يسترد ان كان قائماً وان كان هالكا يضمن لأن الحق ليس لهذا الفقير بعينه . وقال في المبسوط في موضع آخر في الفرق بين الزكاة والعشر انه مال سبب وجوبه الأرض النامية بالخارج فباعتبار الأصل وهو الأرض النامية مؤونة كإيين في الاصول ومعنى العبادة تابع لأنه باعتبار أن مصرفة الفقير. وذكر أيضا في أصل البحر المحيط مثل ما ذكره الخاصي وذكر في الذخيرة قال وكذا لو أخرجت الأرض العشرية طعاماً أو استهلكها وضمن مثله ديناً في الذمة (١) وذلك قبل حولان الحول على الدراهم ثم تم الحول على الدراهم فليس عليه زكاة فيها لأن هذا دين له مطالب من جهة العباد وهو الامام . وذكر في شرح القدوري للزاهدي دين الزكاة يمنع وجوب الزكاة في الأموال الظاهرة والباطنة سواء كانت الزكاة في العين القائمة أوفى الذمة بأن استهلكها عندهما وعند أبي يوسف ان كان في العين يمنع استحساناً وان كان في الذمة لا يمنع وعند زفر لا يمنع أصلاً لأنها عبادة كدين الحج . ولنا أن هذا دين له مطالب من العباد وهو الامام في السوائم ونوابه وهم الملاك في العروض والذهب والدراهم . وذكر في البدائع قال ليس للامام أن يأخذ الزكاة من صاحب المال من غير رأيه جبراً ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة وذكر قبله في البحث مع الشافعي في هلاك مال الزكاة بعد الحول وبعد التمكن من الأداء أنه يسقط عندنا خلافاً له واستدل له فقال من جملة كلامه والخلاف ثابت فيما اذا طالبه الفقير أو طالبه الساعي بالأداء فلم يؤد حتى هلك النصاب ثم قال : ولنا أن المالك إما أن يؤخذ بأصل الواجب أو بضمانه الى أن قال وأما قوله انه منع الحق بعد طلبه فنقول هذا الفقير ما تعين مستحقاً لهذا الحق فان له أن يصرفه الى فقير آخر . وذكر في موضع آخر . قال في دين الزكاة قال ولابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما أن كل دين له ثم مطالب

(١) وجدنا هذه الجملة في جميع النسخ هكذا (ومن كان عليه ديناً في الذمة وذلك الخ) والمعنى غير مستقيم فرجنا الى الذخيرة فوجدناها {ومن كان مثله ديناً في الذمة الخ} ولا يستقيم المعنى أيضاً وبالبحث والاستقصاء عثرنا على جزء واحد خطي من نسخة أخرى من الذخيرة وفيه العبارة كما اثبتنا هنا

من جهة العباد يمنع وجوب الزكاة . وأما زكاة السوائم فلائها يطالب بها من جهة السلطان عينا كان أو دينا ولهذا يستحلف اذا أنكر الحول أو أنكر كونه للتجارة وما أشبه ذلك فصار بمنزلة ديون العباد . وأما زكاة مال التجارة فيطالب بها أيضا تقديرا لأن حق الأخذ للسلطان وكان يأخذ رسول الله صلى الله وسلم وأبو بكر وعمر الى زمن عثمان رضى الله عنه فلما كثرت الأموال في زمانه وعلم أن في تتبعها زيادة ضرر بأربابها رأى المصلحة في أن يفوض الأداء الى أربابها بإجماع الصحابة رضى الله عنهم وصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الامام ألا ترى أنه قال من كان عليه دين فليؤد ويلتزمك فيما بقي من ماله^(١) وهذا توكيل لأرباب الأموال باخراج الزكاة فلا يبطل حق الامام عن الأخذ ولهذا قال أصحابنا ان الامام اذا علم أن أهل بلدة يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فإنه يطالبهم بها لكن لو أراد الامام أن يأخذها بنفسه من غير تهمة التوك من أربابها فليس له ذلك لمسا فيه من مخالفة إجماع الصحابة . بيان ذلك اذا كان لرجل مائتا درهم فلم يؤد زكاتها سنتين فعليه للسنة الأولى وليس عليه للثانية شيء عند أصحابنا . قلت فتحرر لنا من هذا كاه أن الفقير ليس له ولاية المطالبة وإنما المطالبة للامام في الأموال الباطنة عند علمه بترك أداء الزكاة من أرباب الأموال . فاذا جاء الفقير في هذه الصورة فطلب من ولى الصغير زكاة مال الصغير وادعى بذلك عند القاضي فهذه الدعوى غير صحيحة لعدم الولاية له شرعا فبقي حكم القاضي المرتب عليها فتوى وهو لا يرفع الخلاف . ولا يقال ان الفقير هو المستحق للزكاة فكان طلبه طلب صاحب الحق لحقه فيقبل لأننا نقول الفقير مستحق بلا شك وما يلزم من الاستحقاق ولاية المطالبة كما قلنا في مستحقي الوقف أنه ليس لهم ولاية دعوى في أموال الوقف ولا ولاية اجارة ولا مزارعة وإنما ذلك للقيم وان كان الربيع حقه^(٢) ومما يدلنا على فساد هذه الدعوى وان الفقير ليس له مطالبة في الزكاة

(١) في نسخة من كان عليه زكاة فليؤد وليترك الخ . وفي أخرى من كان عليه دين فليؤد وليترك الخ (٢) هذا هو المشهور الذى عليه الجمهور وقال بعضهم يجوز للوقوف عليه طلب الحق وان لم يكن قيما كذا في جامع الفصولين

أنه لو جاء الى غنى كبير ورفعته الى القاضى وطالب منه زكاة عن ماله الذى حال عليه الحول وادعى بذلك لديه وأجاب بالغنى والحول وقال ما أعطيه شيئا ما كان يلزمه الحالك بالدفع ولو كانت الدعوى صحيحة لألزمه لأن المدعى عليه رتبته أن يجبر على ما ادعاه المدعى فى الدعوى الصحيحة فحيث ثبت أنه لا يجبر ولا يلزم علمنا أن الدعوى من الفقير فى الزكاة لا تصح سواء كانت على كبير أو ولى صغير . ومما يؤيد هذا أن مذهبنا فى الزكاة أن الحق لله تعالى والفقير مخلص للخروج عن عهده بالدفع اليه ولا شك أن الحقوق التى لله تعالى النائب فى قبضها وإقامتها هو الامام الأعظم لا غير والزكاة فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانت ولاية قبضها له ثم من بعده لأبي بكر ثم لعمر ثم لعثمان رضى الله عنهم فلما رأى المصلحة فى تفويض زكاة الأموال الباطنة الى أربابها وواقفه الصحابة صار ذلك بولاية الامام لأرباب الأموال فصاروا نوابا عن الامام فى الصرف الى الفقراء فصاروا كأنهم مطالبون ومطالبون فالفقير من ابن له مطالبة لاهو نائب عن الامام ولا له المطالبة أصالة بالشرع فتعذر أن تسمع دعواه . وفكرت فى طريق يكون دعوى صحيحة فى هذه المسألة فما رأيت فيها سوى أن الامام يطالب ولى الصغير بأداء الزكاة عند القاضى أو وكيل الامام فيجيب ولى الصغير بأن الزكاة لم تجب بعد عليه لكونه صغيرا ويسال الولى من القاضى باسقاط الزكاة عن الصغير الى وقت بلوغه وبإسقاطها عن ماله أيضا لأجل خلاف الخنابلة فيجيبه الى سؤاله بعد ثبوت الولاية للولى وحصول المال فى يده وحولان الحول عليه وصغر الصغير ويحكم بذلك . هذا الذى ظهر لى من بيان وجه الدعوى فى هذه المسألة على وجه الصحة . وهذه الدعوى تشبه الدعوى فى فسخ الاجارة بالوت فانه يحضر المؤجر ويطلب الأجرة من ورثة المستأجر فيجيبونه بأن الذى ادعاه من الايجار صحيح غير أن مورثنا مات وان الاجارة انفسخت بموته وأن هذا الحق لم يجب علينا فيحكم القاضى بافضاء الفسخ ونم يرتفع الخلاف وصور كثيرة من الدعاوى تعمل على هذا الطريق فان الامام لا شك ان له الولاية الأصلية فى المطالبة فكانت

الدعوى من جهته دعوى من جهة من له الولاية لذلك فتسمع أما من جهة غيره فلا يمكن لأنحصار الولاية فيه وفي نوابه . هذا آخر ما اتفق لي من الكلام دلي تحرير هذه المسألة ومن فتح عليه بطريق أخرى في الدعوى في هذه المسألة وتكون صحيحة من جهة صاحب الولاية شرعا بعد أن يتأمل ما أثبتته في هذه الأسطر وما بينته في أمر دعوى الفقير فليثبتته على الحاشية فإنه فائدة جليلة

مسألة

في زيادة المهر وتحرير كلام الأصحاب فيها وما يشترط لصحتها - : ذكر في البدائع قال وتجاوز الزيادة في المهر اذا تراضيا بها والخط عنه اذا رضيت به . وذكر في المبسوط تزوجها على مهر مسمى ثم زادها في المهر بعد العقد ففي قول أبي يوسف الأول ينتصف الزيادة والأصل بالطلاق وفي قوله الآخر لا ينتصف بالطلاق الا المسمى في العقد خاصة وأما الزيادة بعد العقد فتستقط كلها بالطلاق وهو قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وذكر في فتاوى قاضيخان قال رجل طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم راجعها وقال لها زدتي في مهرك لم يصح لأنها مجهولة . ولو قال راجعتك بمهر الف درهم ان قبلت جاز والافلا لأن هذه زيادة في المهر تتوقف على قبولها . ولو تزوج امرأة بالف درهم ثم جدد النكاح بالف درهم اختلفوا فيه ذكر خواهر زاده أن علي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الألف الثانية ومهرها ألف درهم وعلي قول أبي يوسف يلزمه الألف الثانية وبعضهم ذكر الخلاف على عكس هذا . ثم قال قاضيخان بعد هذا امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم ان زوجها أقر بين يدي الشهود أن لها عليه كذا وكذا من المهر تكلموا فيه قال أبو الليث يصح اقراره اذا قبلت ويحمل على أنه زادها في مهرها والزيادة في المهر بعد هبة المهر جائزة لكن لا بد من القبول لأن الزيادة في المهر لا تصح من غير قبول المرأة . وذكر في الفتاوى الظهيرية المطلقة الرجعية اذا قل لها زوجها زدتي في مهرك لم يصح لأنها مجهولة ولو قال راجعتك بمهر الف درهم ان

قبلت بجاز والا فلا لأنه زيادة في المهر فيتوقف على قبولها وهل يشترط
القبول في المجلس الأصح أنه يشترط وذكر بقية ما قلناه عن فتاوى قاضيخان
ببهارته فلا نعيده . وذكر في البحر المحيط قال الزيادة في المهر صحيحة حال قيام
النكاح عند المائتا الثلاثة خلافا لزفر والخلاف فيه نظير الخلاف في الزيادة في الثمن
هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه . وفي المنتقى عن أبي يوسف أن الزيادة
في المهر جائزة عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف لا يجوز وقبول المرأة الزيادة في المهر
شروط صحة الزيادة : وفي فتاوى أبي الليث أن الزيادة في المهر بعد هبة المهر
صحيحة وفي إكراه شيخ الإسلام أن الزيادة في المهر بعد الفرقة باطلة وهكذا
روى بشر عن أبي يوسف وصورة ما رواه بشر قال إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل
الدخول بها أو بعده ثم زادها في المهر لم تصح الزيادة وفي القدوري أن الزيادة في
المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبي حنيفة وقبول هذه الزيادة إلى ورثتها وعندهما
لا يجوز . وفي فتاوى أبي الليث المرأة إذا وهبت مهرها من زوجها ثم إن الزوج
بعد ذلك أشهد أن لها دليه كذا وكذا من المهر تكلموا فيه واختار الفقيه أبو
الليث أنه يجوز إقراره . وذكر حسام الأئمة في طلاق واقعاته قول أبي الليث إلا
أنه شرط قبول المرأة ثم قال وإنما شرطنا قبول المرأة لأن الزيادة في المهر لا تصح
إلا بقبول المرأة ولم يذكر أنه هل يشترط القبول في المجلس أم يصح القبول
بعد المجلس وقد كتبت في الفصل الحادي عشر من البيوع أن قبول الزيادة
في الثمن في المجلس ولو لم يقبل حتى اختلفا بطلت بقياس ذلك أن تكون الزيادة
في المهر كذلك وهكذا ذكر في فصول المهر من جمع التفاريق قتال وإذا قبل
يعنى النكاح من الإيجاب والقبول فهو زيادة إن قبلت جازم قال وروى في المجلس .
ثم ذكر بعد هذا في البحر المحيط أيضاً قال وتؤكد الزيادة إما بالدخول بها
أو بالخلوة الصحيحة أو بموت أحدهما حتى لو وقعت الفرقة بينهما قبل وجود واحد
من هذه الأشياء بطلت الزيادة وينصف الأصل دون الزيادة هذه عبارة البحر
المحيط . وذكر في فتاوى الخالصي لو زاد في مهرها بعد هبة المهر جازت الزيادة إذا

قبلت وإنما شرطنا قبول المرأة الزيادة لأن الزيادة في المهر لا تصح إلا بقبول المرأة،
 وذكر في القنية قال في باب الزيادة في المهر (ط) (١) الزيادة في المهر بعد هبة
 المهر تصح . (فخ) (٢) قال بعد الهبة جعلت ألف درهم مهر ك لا يلزم (نخ) (٣)
 جدد للحال نكاحها بمهر يلزم أن جدد له لأجل الزيادة لا احتياطاً (دك) (٤)
 ابرئني فاني أمهر لك مهراً جديداً فأبرأته فجدد لها مهراً مع الحل يبرأ من الأول
 ويجب الجديد (خج) (٥) وهبت أو أبرأت ثم جدد بمهر فعلى قياس قول أبي
 حنيفة ومحمد يثبت خلافاً لأبي يوسف وقيل بالاتفاق لا يثبت الثاني بعد الإبراء
 وإنما الاختلاف فيه حال قيام المهر والأصح أنه مختلف (دك حم) (٦) لا يثبت
 الثاني . وذكر في اختلاف الفقهاء للطحاوي قال قال أصحابنا الزيادة في الصداق بعد
 النكاح جائزة وهي ثابتة إن دخل بها أو مات عنها وإن طلقها قبل الدخول بطلت
 الزيادة وكان لها نصف المسمى في العقد وقال زفر والشافعي الزيادة بمنزلة الهبة
 إن قبضتها جازت وإن لم تقبضها بطلت وقال مالك تصح الزيادة فإن طلقها قبل
 الدخول بطلت الزيادة وكان لها أن ترجع بنصف ما زادها وإن مات عنها قبل
 أن تقبض فلا شيء لها منه لأنها عطية لم تقبض . قلت فتحرر لنا من هذه التناول
 أن الزيادة في المهر صحيحة بشرط القبول لها من المرأة في مجلس الزيادة وهذا
 هو الأصح وسواء كانت الزيادة من جنس المهر أو من غير جنسه وإذا صححت
 التحقت بالمهر وبقيت مع الأصل كأنه وقع العقد عليها إلا أنه إن طلقها قبل الدخول
 بها سقطت الزيادة ولا تنتصف مع الأصل عند أصحابنا ولا يشترط في الزيادة
 لفظ الزيادة بل تصح بلفظ الزيادة وبقوله راجعتك بكذا إن قبلت ذلك منه يكون
 زيادة وإن لم يكن بلفظ زدتك كذا في مهر كذا وكذا تصح الزيادة بالتجديد للحلال
 النكاح وإن لم يكن بلفظ الزيادة وكذا لو أقر لزوجته بمهر وقد وهبته له
 فإنه يصح وإن لم يكن بلفظ الزيادة لكن لا بد من القبول في مجلس الإقرار

(١) هذه رموز القنية لمن نقل عنهم ومراده من ط المحيط (٢) فتاوى خواهرزاده

(٣) نجم الائمة البخاري (٤) عين الائمة السكرياسي (٥) المحجدي (٦) أبو حامد

وكذا لا يشترط بقاء المهر في ذمة الزوج لصحة الزيادة بل يجوز وان كانت أبرأته أو وهبته له وكذا لا يشترط قيام النكاح حالة الزيادة على قول أبي حنيفة فيما ذكره القدوري عنه خلافاً لها . لكن القدوري ذكر صورة الموت فقال الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبي حنيفة وقبول هذه الزيادة الى وراثتها وعندهما لا يجوز ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الرجعي والظاهر أنه يجوز عنده أيضاً قياساً على حالة الموت بل بالطريق الأولى لأن بالموت انتطع النكاح وفاته محل التملك وبعد الطلاق المحل قابل وقد ثبت لنا ذلك عنه في الموت ففي الطلاق أولى . وما ذكره في البحر المحيط عن أبي يوسف من رواية بشر عنه بحمل على أنه قول أبي يوسف وحده لاعلى قول أبي حنيفة لأن أبا يوسف خالفه في الزيادة بعد موت المرأة فيكون قد مشى على أصله ولم ينقل عن الأمام في الزيادة بعد الطلاق البائن شيء فيحمل الجواب فيه على ما نقل عنه في الزيادة بعد موتها تخريجا لكل من الجوابين على أصل الأمام وأصل أبي يوسف وكذا نقول لا يشترط لصحة الزيادة بلوغ المرأة بل تصح اذا كانت صغيرة والقبول الى الولى كما في سائر العقود ولأنه تصرف فيه مصلحة للصغيرة فيصح اللهم الا أن يقال انه لا تصح الزيادة اذا كانت صغيرة لاتعقل لأن شرطها القبول والصغيرة ليست من أهل القبول ولا يكون قبول الولى كافيا لما نقله صاحب البدائع في مسألة الكفالة للصغيرة . وصورة ما ذكره في الكفالة قل في الذى يرجع الى المكفول له ومنها وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذى لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب فليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله . هذه عبارته . وهذا البحث موجود بعينه في حق الزيادة في مهر الصغيرة التي لاتعقل . والذى يظهر لى أنه سهو وقع من صاحب البدائع في الكفالة فلا يمتد عليه لأنه مخالف لأقوال أهل العلم وخصوصاً لمذهبنا وقد تكلمنا عليه في كتابنا (الاختلافات الواقعة في المصنفات) فلا يلتفت الى

هذا البحث في هذه المسألة أيضا

والخط من المهر يصح عندنا لأنه حقها والخط يلاقيه فيصح ولكن لا يشترط لصحته القبول في المجلس كما يشترط في الزيادة لأنه إبراء أو تملك وأيا ما كان فلا يحتاج إلى القبول . لكن الظاهر أنه يرتد بالرد كهيئة الدين ممن عليه الدين إذا رده ولم أرفيه تالا صريحا . ثم الزيادة تنأكد بأحد ثلاثة أشياء كما ذكرنا فيما تقدم من الدخول والخلوة الصحيحة احترازا عن الغامدة قلنا لا تؤكد لها . وتستط بالفرقة قبل الدخول أو موت أحدهما كما قلنا في تأكيد كل المسمى بالموت قبل الدخول لأنه منه لا قاطع فمى وقعت الفرقة قبل وجود واحد من هذه الأشياء الثلاثة أى ان وقعت الفرقة قبل الدخول تستط . أو وقعت قبل الخلوة تستط أو وقعت بموت أحدهما قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وما لهذه الثلاثة من رابع فيما علمت والله أعلم

مسألة

في تزويج الصغار والصغار ومن له الولاية عليها في ذلك وبيان ما يشترط لولاية القاضى وهل اذا باشر القاضى بقد صغير أو صغيرة بنفسه هل يكون ذلك حكما منه بحيث انه لا يجوز له ، مخالف أن يفسخ النكاح أم لا وهى مسألة فعل القاضى هل يكون حكما أم لا .

ذكر في الذخيرة قال الفصل الخامس في معرفة الأولياء . يجب أن يعلم بأن الولي من كان من أهل الميراث وهو عاقل بالغ حتى لا تثبت الولاية للصبي والمجنون ولا تثبت الولاية للكافر على المسلم ولا للمسلم على الكافر ولا تثبت الولاية للعبد . وبعد هذا يحتاج الى معرفة ترتيبهم فقول . أقرب الأولياء الى المرأة الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الأب ثم الجد أبو الأب وان علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم أم ثم ابن الأخ لأب وان سفلوا ثم العم لأب وأم ثم العم لأب وأم ثم ابن العم لأب وان سفلوا ثم عم

الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم رجل هو أبعد العصبات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد ثم مولى العناقة ثم الام ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه وهو استحسن . وللأم والخال وسائر ذوى الأرحام تزويج الصغير والصغيرة عند أبي حنيفة عند عدم العصبات خلافاً لمحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات والكرخي ذكره مع محمد والأصح أنه مع أبي حنيفة رضى الله عنهما ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضى ومن نصبه القاضى اذا شرط تزويج الصغار والصغار في عهده واذا لم يشرط فلا ولاية له .

وانما يحتاج الولي في الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة واذا زال الصغير والمجنون تزول الولاية عندنا . وان زوج الصغير والصغيرة أبعد الأولياء فان كان الأقرب حاضراً وهو من أهل الولاية توقف نكاح الأبعد على اجازته وان لم يكن من أهل الولاية فان كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً جاز وان كان الأقرب غائباً غيبة منقطعة جاز نكاح الأبعد . وتكلموا في حد الغيبة المنقطعة وأكثر المشايخ الكلام فيها وكذلك اختلفت الروايات فيها والأصح أنه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر فالغيبه منقطعة ومن المشايخ من تجاوز وقال لا بد من حد فاصل بينهما وقدر ذلك بثلاثة أيام ولياليه او هو قول أبي حنيفة المروزي ومحمد بن مقاتل الرازي فصار الحد على قولها ثلاثة أيام ولياليه او هكذا كان يفتى القاضى ركن الاسلام على السعدي وكان يقول اذا زوج الولي الأبعد ولا يعرف أين الولي الاقرب يجوز وان ظهر أنه في ذلك المصر . والرجل الذي يمول الصغير والصغيرة لا ولاية له في انكاحها . وكذلك الوصي لا ولاية له في النكاح سواء أوصى إليه الأب بالنكاح أو لم يوص الا اذا كان الوصي وليهما فينفذ بملك الانكاح بحكم الولاية . واذا زوج الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغت فلها الخيار عند أبي حنيفة ومحمد . ولو زوجتها أمها أو القاضى فبلغت فلها الخيار عند أبي حنيفة على أصح الروايتين وهي معروفة . وكما ثبت خيار البلوغ للأثني عشر

لأنكر ولا تكون الفرقة فيه الا بقضاء القاضي . وتبطل هذه الخيارات في جانبها بالسكوت اذا كانت بكرا ولا يمتد الى آخر المجلس حتى لو سكنت كما بلغت وهي بكر يبطل خيارها . وان كانت نديا في الأصل أو كانت بكرا الا أن الزوج قد نفي بها ثم بلغت عند الزوج لا يبطل خيارها بالسكوت ولا بقيامها عن المجلس وانما يبطل خيارها اذا رضيت بالنكاح صريحا أو يوجد لها فعل يدل على الرضا وذلك نحو التمكين من الجماع وطلب النفقة وما أشبه ذلك . واذا زوج القاضي صغيرة لا ولي لها ولم يكن السلطان أذن للقاضي في تزويج الصغار ثم أذن له في ذلك وأجاز ذلك النكاح لم يجوز ان كان قد أذن له قبل التزويج فزوج جائز . سنل الاوزجندی عن صغيرة لها أخ لا يزوجه فزوجها القاضي بغير أمر الأخ قال لا يصح النكاح الا إذا كان الأخ عاضلا أو غائبا فحينئذ يجوز .

والأب والجد اذا زوج الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها أو زوج الصغيرة بأقل من مهر مثلها ان كانت الزيادة والنقصان بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز بالاتفاق وكذلك الجواب في غير الأب والجد من سائر الأولياء . ولو كان فاحشا لا يتغابن الناس في مثلها ففي الأب والجد قال أبو حنيفة صح النكاح وصح الخط والزيادة وقلا لا يجوز ولم يبيننا ماذا لا يجوز النكاح أو التسمية . فروى الحسن عن أبي يوسف أن النكاح جائز وفي الجامع الصغير منهما أن النكاح لا يجوز وأجمعوا على أن غير الأب والجد لو زاد أو نقص بحيث لا يتغابن الناس فيه أنه لا يجوز النكاح حتى لو أجاز بعد البلوغ لا تعمل اجازته .

واذا جن الولي جنونا مطابقا تزول ولايته فان كان يجن ويفيق لا تزول ولايته وينفذ تصرفه في حالة الافاقة . وذكر في المبسوط أنه اذا أنكح الوالد الصغير والصغيرة فذلك جائز عليها وكذلك سائر الأولياء . واذا اجتمع في الصغير أخوان لأب وأم فأبهما زوجه جاز عندنا ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمع ما عليه وان كان أحدهما لأب وأم والآخر لأب فعدنا الأخ من الأب والأم أولى

بالتزويج وعلى قول زفر يستويان . ثم أولى الأولياء في الصغيرة أبوها ثم الجد أبو الأب بعده وهو قائم مقامه في ظاهر الرواية ثم بعد الأجداد من قبل الآباء وأن علوا الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب وأم ثم لأب . ومولى العناقة تثبت له الولاية إذا لم يكن هناك أحد من القرابة . وأما ذوو الأرحام كالأخوال والخاللات والعمات فعلى قول أبي حنيفة تثبت لهم ولاية التزويج عند عدم العصبية . ومولى الموالاة له ولاية التزويج للصغير والصغيرة إذا لم يكن لهما قريب هذا عند أبي حنيفة وليس له ولاية عند محمد . ولا ولاية للأب الكافر والملوك على الصغير والصغيرة إذا كان حراً مسلماً لأن اختلاف الدين يقطع التوارث فكذا يقطع الولاية . وأما الكافر فيثبت له ولاية التزويج على ولده الكافر كما يثبت للإسلام . ولو زوج الأب ابنته الصغيرة بمن لا يكافئها أو زوج ابنته الصغير امرأة ليست بكفء جاز عند أبي حنيفة استسناها ولم يجز عندها . وإذا أقر الولي على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يثبت النكاح باقراره ما لم يشهد به شاهدان عند أبي حنيفة وعندها يثبت النكاح باقراره . وينبئ على هذا الخلاف فيما إذا أقر الولي عليهما ثم أدركا فكذباه وأقام المدعى عليهما بعد البلوغ شاهدين باقرار الولي بالنكاح في الصغير . وإذا كان للصغيرة وليان فزوج كل واحد منهما رجلاً فان علم أيهما أول جاز نكاح الأول منهما . وإذا تزوج الصغير امرأة فأجاز ذلك وليه جاز عندنا لأن الصبي العاقل من أهل العبارة عندنا وعلى هذا الصغيرة أيضاً لو زوجت نفسها فأجاز الولي ذلك فانه يجوز . وذكر في البحر المحيط إذا كان للصغير أبوان بأن ادعى ولد جارية بينهما فانه ينفرد بكل واحد منهما بالتزويج ولا خيار للصغير إذا بلغ بخلاف التصرف في ماله فيما له منه بد فانه لا ينفرد واحد منهما بذلك على قول أبي حنيفة ومحمد . وذكر في المنتقى قال محمد إذا كان للصغيرة والد أو جد لم يزوجه القاضي . وإن كان الأب فاسداً أو الجد ينبغي أن يزوجه من الكفء وإذا كان للصغيرة أب امتنع من تزويجها لا تنتقل الولاية إلى الجد بل يزوجه

القاضي . وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة أنه قال للوصي ولاية التزويج قلت ولا يشترط علي هذه الرواية عن أبي حنيفة أن يكون الأب قد نص في الوصاية على التزويج . سئل شيخ الاسلام عن رجل غاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجها أختها لأب وأم أولاً وبالأب والأم حاضرة قال ان لم يكن لها عصبة أولى من الأخت جاز النكاح قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم أولاً من قوم الأب والنساء اللواتي من قوم الأب هن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين أصحابنا وهن الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم وأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم فهن ولاية التزويج عند أبي حنيفة وعند محمد لا ولاية هن

المرأة اذا اختارت الفسخ . يقول القاضي للزوج فارقها فان فارقها والا فالولى يفرق بينهما . وصورة التفريق أن يقول القاضي فسخت هذا العقد بين هذه المدعية وبين هذا المدعى عليه بسبب خيار البلوغ بينهما . ولو قال حكمت بينهما أو فرقت بينهما يجوز ولكن الأحوط أن يقول فسخت هذا العقد بينهما لأن محمداً ذكر في الكتاب لفظ الفسخ

غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة فالاحتياط أن يعقد مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لأمرين أحدهما ان كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الأول فيصح النكاح الثاني بمهر المثل والثاني ان الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوجها بلفظ ان أو بلفظ كل امرأة يتزوجها فهي طالق فاذا تزوجها ينحل المين بالنكاح الأول ويقع الطلاق ونحل بالنكاح الثاني ويحل له وطؤها . وان كان الأب والجد زوجها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد للمعنيين جميعاً وعند أبي حنيفة للمعنى الثاني . وذكر قاضيخان في الفتاوى اذا اجتمع الجد الفاسد والأخت فعند أبي حنيفة الولاية للجد . ومادام للصغير قريب فالقاضي ليس بولى في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه مادام له عصبة . والوصي ليس له ولاية وروى هشام عن أبي حنيفة ان أوصى اليه الأب جاز له تزويج الصغير

والصغيرة . والوليان المستويان اذا زوجا متعاقبا جاز الأول دون الثاني . وان زوج كل منهما من رجل فوقهما معا ولا يعرف الأول أيهما بطل العقدان . وذكروا في تنمة الفتاوى : لو زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا . واذا لم يشترط في تقليد القاضي تزويج الصغار فزوج ثم أجاز السلطان ذلك فإنه لا يصح ويكون فاسداً . وذكر في المنتقى : قال أبو يوسف رجل زوج ابنته صغيرة من غائب ثم مات الأب وبلغ الغائب فجاز فهو جائز في قول وتخصيص قوله لمكان الخلاف المعروف في توقف شرط العقد بلا قبول . أما موت الأب قبل الاجازة يجب الا يبطل النكاح عندهم جميعاً

القاضي اذا زوج الصغيرة ولم يكن السلطان أمره بذلك ثم أمره فباز ذلك النكاح قيل لا يجوز والصحيح أنه يجوز^(١) رجل زوج اخته الصغيرة من صبي له طاقة النفقة وليس له طاقة المهر فقبل الأب النكاح وهو غني جاز لأنه يعد غنيا بغنى الأب في حق المهر دون النفقة

قلت تحرد لنا من هذا كله أن تزويج الصغار والصغائر جائز عندنا بلا خلاف بين الأصحاب لكن وقع الاختلاف في ترتيب بعض الأولياء على بعض كالجد مع الأخت . وكذا وقع في جواب شيخ الاسلام أن الأخت لأب وأم مقدمة على الأم وكذا بقية النساء الاواني من قبيل الأب وأخرجه على وجه الرواية والنقل لاعلى وجه الاختيار وهي مسألة دواردة ذكرها في التتمة وفي البحر المحيط وفي النخيرة وفي الغاية شرح السروجي على المداية وهي في الظاهر مخالفة لبقية الكتب وترتيب الأصحاب للأولياء ثم وجاءوا بذكر الأم بعد مولى العتاقة ثم ذكروا بعدها ذوى الأرحام كما ذكرنا عن النخيرة . والذي يظهر لي أن شيخ الاسلام تفقه في هذا من غير أن يظهر برواية أن الأخت لأب وأم أو لأب والعمتو بنت الأخ وبنت العم يقدمن على الأم في التزويج . وذلك لأن صورة المنقول عنه في مجموع النوازل أنه سئل عن رجل غاب غيبته منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها

{١} وفي نسخة قيل لا يجوز والصحيح أنه لا يجوز وفي أخرى والصحيح أنه لا يجوز

أختها لأب وأم أرلأب والأم حاضرة فأجاب ان لم يكن لها عصبية أولى من الأخت جاز النكاح . قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم أولأب من قوم الأب والنساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزوج عند عدم العصبات باجماع بين أصحابنا وهن الأخت والعمة و بنت الأخ و بنت العم هذه عبارته . فقله في الجواب لما قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم من قوم الأب . هذا تنقحه منه . ثم قوله « والنساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزوج عند عدم العصبات باجماع بين أصحابنا » هذا نقل المذهب فتقحه هو في هذا المنقول واستنبط منه أن يكون من ذكرهن من النساء من قوم الأب لهن ولاية التزوج عند عدم العصبات وما يلزم منه التقديم على الأم حتى يحصل الجمع بينه وبين من عدمن الأولياء على الترتيب بتم . فالأم لاشك أن لها الولاية عند عدم العصبات عرف بالرواية عن الأصحاب كما عرف هذا بالرواية عنهم أيضاً . فصار معنا روايتان رواية الأخت ومن معها ورواية الأم وكتا الروايتين ينطآن بان الأم لها الولاية عند عدم العصبات فنظرنا بعد ذلك فوجدنا الأم تستحق التقديم على الأخت بكونها مرتبة بتم وهي لا تقتضي التخلل بل يكون الذي دخلت عليه مرتبا على ما تقدم من غير أن يتخلل بينهما شيء آخر كما في الأب مع الجسد والأخ مع العم وهي أقرب من الأخت وهذه الولاية دائرة مع القرب حتى جعلوا الأخ من الابوين أقرب من الأخ الذي من الأب وجعلوا الجد الفاسد أولى من الأخت فالأم أولى عند أبي حنيفة على ما نقله قاضيخان في فتاويه فاذا كان الجد الفاسد أولى من الأخت فالأم أولى بطريق الأولى

ومما يدل على أن ما قاله شيخ الاسلام ليس بصحيح انه عد مع الأخت العمة و بنت العم وهؤلاء من ذوى الأرحام وولاية ذوى الأرحام مختلف فيها . وهو قال باجماع بين أصحابنا وهذا ظاهر الدخول عليه ولا شك أن الأم مقدمة على ذوى الأرحام بلا خلاف . وهو قال أن العمة و بنت العم و بنت الأخ يقدمن عليها وليس الأمر كما ذكر فيحمل ما نقله عن الأصحاب من قولهم أن لهن ولاية

عند عدم العصبية اذا لم يكن للصغيرة أم أيضاً لما ذكر . ولنا أن تقول أن الأم عصبية بدليل أنها تحوز جميع الميراث في ولد الملائنة وولد الزنا وأصحابنا قد جعلوها من العصبية في الجملة حتى قالوا قوله عليه السلام (النكاح الى العصبية) يتناول الأم لأنها عصبية في الجملة بدليل أن ولد الملائنة ترث منه الأم كل المال وكذا ولد الزنا . هذه عبارة الأئمة في كتبهم . فما نقله شيخ الاسلام من قوله ان ولاية التزويج عند عدم العصبية أي وعند عدم الأم أيضاً لأن لفظ العصبية يتناولها .

فلحاصل أن الذي يجب أن يقال في هذه المسألة أن الأم مقدمة على الأخت ومن ذكرن معها ولا يلتفت الى ما قاله شيخ الاسلام لأنه تفقه في مقابلة الرواية المنقولة في الترتيب أو محمول على ما ذكرنا آخرها .
وأما مسألة العضل فاني استنبطت فيها حكماً لم أسبق اليه فيما علمته وهو فائدة جلية وهو أن الولي الأقرب اذا عضل عن تزويج الصغيرة ورفعت القضية الى القاضي واستوفى الشرائط وزوج هل يكون تزويج الناضى بطريق النيابة عن الولي العاضل باذن الشرع أم بما الى الناضى من الأذن بتزويج الصغائر . ويترتب على هذا البحث ان الناضى اذا لم يكن مأذوناً له في تزويج الصغائر هل له أن يزوج في هذه الصورة ويكون تزويجه بطريق النيابة عن العاضل باذن الشرع لا بغيره . وأخذت ذلك من قول الأئمة : ان العاضل ظالم وان الناضى يكف يد الظالم ومن قولهم في اللعان ان الزوج اذا امتنع من التطليق ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقال في الهداية لأن فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين ، وقال في العنين لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنما طلقها بنفسه ، ومن قولهم ان الولي الأقرب اذا امتنع من التزويج لا تنتقل الولاية الى الأب بعد بل القاضي يزوج كما للظلم فلو قلنا ان قولهم القاضي يزوج بمعنى ان كان مشروطاً له تزويج الصغائر لكان تناقضاً لانهم صرحوا بأنه لا تنتقل الولاية الى الأب ولا شك ان القاضي المأذون له ولي أبعد فيتناقض الكلام واذا حملنا على ما نقلناه لا يبقى فيه تناقض فينتهين أن يقال

ان تزويج القاضي في هذه الصورة بطريق النيابة عن العاضل باذن الشرع بالولاية
الثابتة له من السلطان في تزويج الصغائر والله أعلم
وأما مسألة الوصي فظاهر المذهب أنه لا يملك سواء أوصى إليه بذلك أم لا
ورواية هشام عن أبي حنيفة أنه يملك التزويج ان أوصى إليه بذلك والظاهر
أنه يكون مقدما على الجد وجميع الأولياء لقيامه مقام الأب . ومن أصلنا أن وصي
الأب في المال مقدم على الجد فكذا في الولاية وما ذكر في البحر المحيط من
قوله في المسألة: قلت ولا يشترط على هذا الرواية ان يكون الأب قد نص في الوصاية
على التزويج: لم نعرفه في غيره وفيه نظر لأنه تفقه فيما نقل من رواية هشام وبقية
الأصحاب نقلوها أنه ان أوصى إليه بذلك من غير اطلاق وما أطلقها أحد غير
صاحب البحر وما ذكره غيره أولى لأنه حمل المطلق على المقيد وهو اعمال لكل
من النقلين وعلى ما قاله الغاء للتقييد والاعمال بتقدير الامكان أولى من الالغاء .
وأما ولاية تزويج القاضي فلا خلاف بين الاصحاب أن القاضي لا يملك تزويج
الصغار والصغائر الا ان اذن له السلطان في تقليده فاذا لم ياذن له لا يملك ذلك ولا
يجوز له تزويجهم وغلط بعض المفتين في زماننا وقال الفقيه الحنفي يملك ذلك عملا
بأن المذهب أنه يجوز تزويج الصغار والصغائر وجاء الى وسألني عن ذلك وانه
أمر أشكل عليه وما كان يعلم في القاضي ذلك فبينت له وجهه وعرفته النقل ففهم
ورجع . وبلغني أيضا عن قاضي القضاة صدر الدين البصروي الحنفي أنه قال لما
ولاني السلطان القضاء بدمشق طلبت منه ان يشافهني بالاذن في تزويج الصغار
والصغائر وكان يقول هذا هو الفقه انه لا بد ان يكون مشافهة من السلطان وليس
كإزعم بل ذكر في تقليده يكفي ولم يشترطوا التلقي منه مشافهة ولكن لو قيل
بانه أحسن لكان له وجه

ثم الولاية التي يملكها القاضي في تزويج الصغار والصغائر هي ولاية مرتبة
مؤخرة عن جميع العصبات والاقارب من ذوى الأرحام — ولا يشترط الحرمية في
قراة ذوى الأرحام هنا حتي كان لابن العم و بنت العم وهذا التأخير عند أبي حنيفة

وفي أكثر الروايات عن أبي يوسف (١) . فإذا طلب من القاضي الحنفى المشروط في تقليده تزويج الصغار والصغار ذلك يكشف عن أمر الأولياء والعصبات وذوى الأرحام فإذا ثبت عنده عدم الأولياء نظر في أمر الكفاءة ومهر المثل فإذا تبين ذلك لديه عقد النكاح وزوج . والأولى له أن يعقد مرتين كما نقلناه عن الأصحاب مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لأنه الأحوط للأمرين اللذين ذكرناهما عن البحر المحيط وقاضيخان وما رأيت أحدا فعل هذا والذي يظهر عنسدى أنه إنما قيل هذا إذا كان مهر المثل لم يظهر عند العاقد . أما إذا ظهر وشهد به أو علم العاقد فلا فائدة في إعادة العقد ثانياً إلا أن يقال لاجل الأمر الثانى وهو أنه يحتمل أن يكون قال الزوج ان تزوجت امرأة فهى طالق أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتنحل الميىن بالنكاح الأول ويحل لها وطؤها بالنكاح الثانى . ثم بعد هذا تقول هل هذا العقد الذى عقده القاضي الحنفى المشروط له تزويج الصغار فى تقليده بمنزلة حكمه حتى لا يجوز للشافعى ولمن خالفه أن يبطله أم لا . اعلموا رحيم الله أنى تتبعت هذه المسألة زماناً فلم أجده فيها نقلاً صريحاً وبقيت أميل الى أنه بمنزلة الحكم وانه لا يجوز لأحد نقضه وجمعت مسائل تشهد لما قلته من أن فعل القاضي بمنزلة قوله وحكمه وهى هذه : المسألة الاولى : قال فى التتمة اذا زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلاً : المسألة الثانية : ذكر فى الأصل قال اذا حضر الورثة وطلبوا من القاضي القسمة وفيهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة لا أقسم بينهم باقرارهم حتى يقيموا البينة على المسوت والمواريث وقال أبو يوسف ومحمد أقسم ذلك باقرارهم . فأبو حنيفة قال لا أقسم بقولهم ولا أقضى على الغائب والصغير بقولهم لان قسمة القاضي قضاء منه . المسألة الثالثة . ذكر فى الأحكام فى الفتاوى عن المنتقى . قاض باع مال يتيىم أو أودعه أو باعه أمينه وهو يعلم ذلك ثم مات القاضي وامتنقى غيره فشهد قوم عنده أنهم سمعوا القاضي الأول يقول بعث فلانا مال اليتيم بكذا يقبل . ويؤخذ المشتري بالمال

(١) كذا فى أكثر النسخ . وفى بعضها عند أبي حنيفة وأبى يوسف وفى أكثر الروايات الخ

وكذلك الوديعة وان لم يكن الأول أشهدهم أنه قضى بذلك فلما وصلت الى العمل في هذه المسألة نظرت في التتمة في الفتاوى فوجدته قد ذكر المسألة كما نقلناها وهي اذا زوج القاضى الصغيرة من ابنه كان باطلا في كتاب النكاح قال يأتى الكلام عليها في البيوع قبل مسائل العيب فنظرت في البيوع فرأيت ما صورته. القاضى اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأن بيع القاضى يسكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان كان هذا القاضى جعله وصياً والذي يؤكد هذا أن القاضى لوزوج الصغيرة من ابنه كان باطلا. ومسألة بيع القاضى مال اليتيم في السير الكبير عن محمد قال أبو العباس الناطقى في الأجناس وما ذكر محمد في السير الكبير من عدم جواز البيع اذا باع القاضى مال اليتيم من نفسه محمول على قوله. أما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز كما يجوز في الوصى. والصحيح أن ما ذكر في السير الكبير قول الكل لأن بيع القاضى في مال اليتيم يقع على وجه الحكم. ألا ترى أنه لا يلزمه العهدة فلو جاز بيعه مال اليتيم من نفسه كان هذا منه حكماً لنفسه والانسان لا يصلح حاكماً لنفسه بخلاف بيع الوصى لأنه لا يقع على وجه الحكم. وهذه عبارة التتمة فانكشف بحمد الله ما كان ملتبساً ووافق النقل ما كان في الخاطر وما جنح اليه الذهن في أول الأمر والله الحمد. وذكر قاضيخان في الفتاوى في البيوع قال لا يجوز بيع القاضى مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من اليتيم لان بيع القاضى قضاء وانه لا يصلح قاضياً لنفسه ولهذا لو زوج اليتيمة من نفسه لا يجوز. فقد درح أن فعل القاضى حكم كما ذكر في التتمة وذكر في منية المفتى في البيوع: بيع القاضى مال اليتيم من نفسه أو ماله من اليتيم لا يجوز حكمه لنفسه فليعلم ذلك ويعتنى به فانه فائدة جليلة. فاذا عقد القاضى الحنفى عقد صغير أو صغيرة ليس لهما ولى غير القاضى وللقاضى ولاية التزويج كان عقده حكماً فليس لغيره أن يبطله ولا يتعرض اليه وحينئذ لا يجوز للقاضى أن يزوج الصغيرة من ابنه ولا من أبيه ولا من ابنته لا يجوز له حكمه لأن فعله حكم. بقى لنا أن من أذن له القاضى في تزويج الصغار والصغائر وزوج هل يكون حكمه حكم

تزويج القاضى ؟ الظاهر أن حكمه مثل تزويج القاضى أعنى أنه يقع أيضا على وجه الحكم وليس المخالف أن يبطله لأنه نائب عن القاضى ولهذا لا يستفيد هذه الولاية الا باذن القاضى فصار بمنزلة نائبه المستقل فى جميع الأحكام . وهل يملك القاضى المأذون له فى تزويج الصغار الأذن بذلك وان لم يكن السلطان أذن له فى الاذن لغيره بمنزلة الاستخلاف أم لا ؟ الظاهر أنه يملكه ان كان فى تقليده الاذن له فى الاستخلاف مطلقا لأنه استخلاف أيضا فيدخل تحته وان كان السلطان أذن له فى تزويج الصغار ولم يأذن له فى الاستخلاف ينبغى ألا يملك الاذن لغيره فى تزويج الصغار كما لا يملك الاستنابة ما لم يأذن له السلطان فيها ولو أذن له فى الاستخلاف ولم يأذن له فى تزويج الصغار هل يملك الاذن فى تزويج الصغار ؟ لا يملك لأنه ليس له تزويج الصغار بنفسه فليس له الاذن وهذا ظاهر . وهل اذا مات القاضى أو عزل تبقى الولاية للمأذون له أم تبطل وهل يفترق الحال بين العزل والموت أم لا ؟ الظاهر أنه اذا مات القاضى أو ترك القاضى القضاء من نفسه تمنزها من غير عزل من السلطان أنه لا يبطل الاذن للمأذون له لأنه نائبه والحكم أن القاضى اذا مات لا تنعزل نوابه والترك بنفسه كذلك . بقى العزل اذا عزله السلطان هل تنعزل نوابه أم لا ؟ ذكر فى الخلاصة أن السلطان اذا عزل القاضى انعزل نوابه بخلاف موت القاضى وهو غريب . فعلى ما ذكره فى الخلاصة يبطل الاذن للمأذون له فى تزويج الصغار بعزل القاضى : وبقى لنا أن السلطان اذا كتب فى تقليده للقاضى تزويج الصغار والصغائر والاستخلاف ثم مات ذلك القاضى أو عزل ثم ولى السلطان شخصا بعده وكتب فى تقليده على عادة من تقدمه وقاعدته ولم ينص صريحا بالاذن له فى الاستخلاف ولا فى تزويج الصغار هل يكتب به هذا أم لا ويحتاج الى صريح الاذن على الخصوص - الظاهر أنه يكتب بذلك ولا يفتقر الى التنصيص عليه خصوصا . واذا استخلف القاضى المأذون له فى الاستخلاف شخصا وقد شرط فى تقليد هذا القاضى تزويج الصغار ولم ينص القاضى لنائبه على تزويج الصغار هل يملك النائب ذلك أم لا ويحتاج الى اذنه فى ذلك خصوصا ؟

الظاهر أنه لا يملك لأنه كان فوض إليه الحكم بين الناس وفصل الحكومات فهذا مخصوص بالمرافعات والمحاکمات. وان قال استنبتك في الحكم فكذلك لا يتعدى الى التزويج أما لو قال له استنبتك في جميع ما فوض الى السلطان ففي هذه الصورة نقول يملك تزويج الصغار والصغائر لأنه استنابه في التزويج ايضا حيث عم له الولاية في جميع ما هو متوليه فيملكه. ولا يقال ينبغي الا يملكه لأن النائب في الحقيقة هو نائب عن السلطان ولهذا لو عزل القاضى لا ينزل واذا كان كذلك فكأن السلطان ولاء الحكم ولم ينص على تزويج الصغائر فلا يملك تزويجهم كما في حق الأصل . لأننا نقول هذا مسلم عند عدم التعميم أما مع التعميم فلا لأنه وان كان صار نائبا عن الأصل وهو السلطان لا يمنع أن يكون نائبا عن القاضى في تزويج الصغار وهذه الولاية استفادها من تعميم استنابته فلا منافاة بينها وبين ما ذكرت. وهل يقال ان النائب اذا ملك تزويج الصغار في الصورة الأخيرة وهي صورة التعميم هل له أن يأذن لأحد في تزويج الصغار أم لا ؟ ليس له ذلك لأن ولايته في المعنى من السلطان والسلطان لم يأذن له في ذلك فلم يملك الأذن في تزويج الصغار فبقي كأنه في حق تزويج الصغار كأحد العقاد المأذون لهم من الحاكم الأصلي في تزويج الصغائر لأنه انما استفاد التزويج من جهة القاضى لامن جهة السلطان فصار كأحدهم وهم لا يملكون ذلك فكذا هو، ولأنه بمنزلة الوكيل عن القاضى في ذلك وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الا باذن من الموكل . فللهذا لا يملك هو الأذن ولا أحد من العقاد المأذون لهم ما لم يأذن له القاضى الأصلي في الاذن فاذا أذن له صح . هذا كله فيما اذا كانت الصغيرة أو الصغير لاولى لهما سوى القاضى أما اذا كان لهما ولي من العصبية أو من ذوى الأرحام واذن ذلك الولي للقاضى في التزويج وزوج القاضى فانه يكون كالوكيل عن ذلك الولي لا أنه نفسه هو الولي، وهل يكون تزويجه هذا بمنزلة تزويجه اذا كانت الولاية له ويكون حكما أم لا وكذا هل يملك ذلك لابنه ولمن لا يجوز له قضاؤه له أم لا؟ الظاهر أنه لا يكون حكما ولا يكون بمنزلة تزويجه وهو الولي وكذا يملك مباشرة هذا العقد لابنه ولمن لا يجوز قضاؤه

له على الخلاف الذي بين الامام وصاحبيه المعروف في الوكالة . واتماثل أن يمنع ويسوى بين هذا وبين الأول من حيث ان القاضى ولي أبعده فاذا أذن له الأقرب باشر بأهليته وبولايته لأنه انما كان بمنزلة المحجوب فاذا زال الحجب عمل الأول بنفسه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض اذ دين الصحة مقدم . فاذا رضى صاحبه بتقديم دين المرض يقدم وأخذ بدينه السابق لبرضا صاحب دين الصحة لان رضاه ليس بدين بخلاف غيره من الناس اذا باشر بوكالة من الولي لأنه لا ولاية له أصلاً فهو وكيل محض وفيه صون مافعله القاضى عن أن يتعرض اليه بنقض ولو لم يجعله بمنزلة الأول وأنه وقع على وجه الحكم لم نأمن من توقع النقض له وهذا لا بأس به والله تعالى أعلم

مسألة

الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولا في النكاح الثانى أم لا وتحريم الكلام فى ذلك :

ذكر السروجى فى شرح الهداية قال . قوله اذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها فى العدة وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهذا قول ابراهيم والشعبى ورواية عن أحمد بن حنبل . وقال محمد والشافعى ورواية عن أحمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى . وقال زفر لعدة عليها اسقوط الأولى بالنكاح ولا تجب العدة بعد الطلاق الثانى لانه طلاق قبل الدخول والخلوة : واعلم أن هنا عشر مسائل مبنية على أن الدخول فى العقد الاول هل يكون دخولا فى العقد الثانى حكماً أولاً . عندهما يكون دخولا فى الثانى وعند محمد لا يكون

المسألة الاولى اذا دخل بها فى الصحة وطلقها فيها طلاقاً بائناً ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها فيه طلاقاً بائناً قبل الدخول هل يكون فاراً وترته أم لا؟ فعندهما ترث فى العدة ولها المهر كاملاً وعليها عدة مستقبلة وكذا لو كان الطلاق الأول فى المرض . والطلاق بالصرح يكون رجعياً وتثبت الرجعة عندهما وعند محمد بائن ولا رجعة له

المسألة الثانية لو تزوجت غيره ودخل بها ففرق القاضى بينهما ثم تزوجها ثانياً بغير اذن الولى وفرق القاضى بينهما قبل الدخول كان لها المهر كاملاً وعليها عدة مستقبلية عندهما استحساناً وعند محمد لها نصف المهر فى العقد الثانى وتام العدة الاولى

المسألة الثالثة تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها فى العدة على الخلاف وهى مسألة الكتاب

المسألة الرابعة - تزوج صغيرة ودخل بها فاختارت نفسها بخيار البلوغ ثم تزوجها فى عدتها ثم طلقها بائناً فى العدة قبل أن يدخل بها فعلى هذا الخلاف

المسألة الخامسة - تزوج امرأة ودخل بها ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول

المسألة السادسة - تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل أن يدخل بها فعلى الخلاف

المسألة السابعة - تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائناً ثم تزوجها فى عدتها ثم عتقت واختارت نفسها قبل الدخول

المسألة الثامنة تزوج امرأة تزوجاً فاسداً ودخل بها ففرق القاضى بينهما ثم تزوجها نكاحاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول بها . ووقع نقص فى تعداد

المسائل وفى بعضها نظر : وذكر فى الذخيرة - واذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد وكان ذلك بعد الدخول بها حتى وجبت العدة ثم تزوجها

فى العدة نكاحاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول بها فلها المهر الثانى كاملاً وعليها عدة مستقبلية عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وعند محمد يجب نصف المهر

ويأزمها بقية العدة الاولى - وكذا لو كان النكاح الاول صحيحاً وطلقها تطليقة بائنة بعد ما دخل بها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها فى النكاح الثانى قبل

الدخول بها فلها المهر كاملاً عندهما - فالحاصل أن الدخول فى النكاح الأول دخول فى النكاح الثانى إذا حصل النكاح الثانى فى العدة - وأجمعوا على أن النكاح

الثاني لو أن فاسدا وفرق بينهما قبل الدخول به في النكاح الثاني لا يجب المهر الثاني. وذكر في الهداية: قال وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزويج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها. ولها أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وقرأه وهو العدة. فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالمغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر لأعدة عليها أصلاً لأن الأولى قد سقطت بالتزويج فلا تعود والثانية لم تجب بعد. وجوابه ما قلناه. قلت: فتحرر لنا من هذا أن المهر يكمل بمعنى أنه إذا طلقها بائناً والتقيد بالبائن فيه فائدة والمراد مادون الثلاث لأنه هو الذي يظهر فيه الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد فإنه إذا كان الطلاق رجعياً ما يكون فيه مهر وهي زوجة وإذا كان ثلاثاً لا يحمل له العود إليها إلا بعد التزويج بآخر فتعين أن يكون ذلك في البائن بمادون الثلاث، وسواء كان بطلاق بائن أو بخلع أو بفرقة فإذا طلق زوجته المسخولة طلاقاً بائناً دون الثلاث ثم تزوجها قبل أن تنقضي عدتها ثم طلقها قبل الدخول بها أي في هذا العقد الثاني فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون لها مجموع المسمى بكامله وتجب عليها عدة كاملة ابتداءً من وقت التطليق الثاني ولا يعتبر ما كان قد مضى من العدة الأولى ولا تحتسب به من هذه العدة وعند محمد يجب لها نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى. وقال زفر لأعدة عليها أصلاً بعد ذلك لأن الأولى سقطت والساقط لا يعود والثانية لم تجب لأنه طلاق قبل الدخول وهذا في الظاهر قوى لكن فيه ترك مقصود الشارع من إيجاب العدة وهو تعرف براءة الرحم فإنه يحتمل أن يكون الرحم مشغولاً بالأول فإذا قلنا لأعدة يجوز لها أن

تزوج بأجنبي فيدخل بها فتختلط الأنساب . وقول محمد ظاهر من حيث الظاهر وقولها أدق وأولى نظرا للأثر المتقدم وهو قيام العدة وهي أثر من آثار النكاح الذى دخل فيه : واعلم أن قيام العدة شرط حتى لو انقضت العدة ثم تزوجها فطلق قبل الدخول فإنه لا خلاف في أن المهر لا يجب كاملا وإنما يجب نصفه كسائر المطلقات قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ لانها مطلقة قبل الدخول والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . وقد جرت العادة أن الحاكم الحنفى يطلب منه الحكم بتكميل المهر وإن كان طالق قبل الدخول فى العقد الثانى فاذا رفعت القضية الى الحاكم الحنفى المذهب وطلب منه ذلك فعليه أن ينظر فى العدة ويتجرى فيها فاذا ثبت عنده أن العدة فى وقت الطلاق الثانى باقية حكم بتكميل المهر وأوجب على المرأة عدة مستقبلة ابتداءها من وقت الطلاق الثانى لا من وقت الحكم الذى حكم به والله أعلم .

مسألة

« فى معرفة حكم الأصدقة والمهور وما يترتب على ذلك »

المهور التى تذكر فى الأصدقة فى ديارنا مثل أن يتزوج الرجل امرأة على ألف درهم ومائة دينار مثلا ثم يقول معجل لها أو عجل لها من ذلك قبل الدخول كذا وبقي لها عليه بعد ذلك كذا حالا وقد صار العرف أن ذلك المتأخر عن المعجل تأخذه من الزوج وقت الطلاق أو بعد الوفاة فهل اذا أرادت أن تمنع نفسها بعد ما قبضت منه القدر المعجل والزوجية قائمة بينهما هل لها ذلك أم لا وهل يجوز للحاكم أن يجيبها الى ذلك ويحكم لها بالمنع أم لا . وما الذى يفسر به كلام الاصحاب من قولهم ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها . وهل هذا المنع يكون فى بيت أهلها وتخرج من منزل الزوج اذا لم يعطها المهر المعجل بعد ما زفت اليه ام ليس لها ان تخرج وتمنع نفسها بعد ما قبضت منه القدر المعجل والزوجية قائمة وهي عنده فى منزله ؟ فنقول وبالله المستعان — ذكر فى الهداية قال: والمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنع أن يخرجها أى يسافر بها ليعتقن حقها فى البذل كما تعين حق الزوج

في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيه المهر كله أى المعجل . وذكر في المبسوط قال : والمراد من المهر ما تعارفوا تعجيله وما عداه مؤجلاً عرفاً فلا يشترط القدرة عليه في الكفاءة وإن كان حالاً . وذكر في الفتاوى الصغرى الظهيرية قال : إذا تزوج امرأة على مهر مسمى ولم يقدر المعجل لها أن تطالبه بالمعجل لأن الموجب للتسليم قائم إلا أن التأجيل بحكم العرف فيتأجل بقدر العرف ويجب في الحال ما تعارفوا لمثل هذه المرأة وذلك بأن ينظر إلى جهازها وإلى حالها ولها أن تمنع نفسها لأجل المهر المعجل . وذكر السروجي في شرح الهداية ناقلاً عن ملتقى البحار قال : على هذه المسألة المراد بالمهر المعجل : وفي جوامع الفقه لها أن تمنع نفسها لاستيفاء المعجل من المهر . وفي الولوالجي إذا أدى المعجل ولم يؤد المؤجل فله أن يبنى بها للعرف . وفي الواقعات تزوجها على مهر فأرادت أن تمنع نفسها حتى تأخذ المسمى كله ليس لها في عرفنا لأن البعض مؤجل والبعض معجل في عرفنا والمعروف كالمشروط فينظر كم يكون المعجل لهذه المرأة وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف إلا أن يشترط تعجيل الكل في العقد . وفي مجموع النوازل يقضى لها بنصف المهر معجلاً وهو عرف أهل سمرقند أنهم يعجلون النصف والصحيح الأول . وفي منية المفتى التقييد بتعجيل المعجل جواب المتأخرين هذه عبارة السروجي . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال : رجل تزوج امرأة على مهر معلوم وأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفى جميع المهر ليس لها ذلك في عرفنا ولكن ننظر إلى المسمى وإلى المرأة إن مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمى كم يكون منه معجلاً وكم يكون منه مؤجلاً في العرف ويقضى بالعرف ويسمى هذا بالفارسية كذا كذا^(١) كذا اختار الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى : ولو شرطاً تعجيله في العقد تعجل الكل ، ثم بحث ثم قال وإذا أدى المعجل له أن يبنى بها وإن لم يؤد المؤجل وبالطلاق الرجعي يتعجل المؤجل ولو راجعها لا يتأجل . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي : رجل تزوج امرأة على مهر

{١} كذا في جميع النسخ التي بأيدينا

معلوم فأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفي جميع المهر ليس لها ذلك في عرفنا لأن في عرفنا البعض معجل والبعض مؤجل والمعروف كالمشروط فننظر إلى المسمى وإلى المرأة أن مثل هذا المسمى لمثل هذه المرأة كم يكون معجلاً وممكناً يكون مؤجلاً في العرف فيقتضى فيه بالعرف ، فإن شرطاً تعجيل الشكل في العقد وجب التعجيل لأن الثابت بدلالة العرف إنما يعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافه . وذكروا في العمدة في الفتاوى للصدر الشهيد قال : والمرأة لو منعت نفسها لتستوفي مهرها ليس لها ذلك باعتبار العرف فينظر إلى المرأة وإلى ما يعجل لمثلها فإن عجل مثل ما يعجل لها لا تمنع . وذكروا في شرح الجمع فإذا امتنعت عن تسليم نفسها وأن يسافر بها للمهر المعجل جازم قال وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفى مهرها كله أعنى المعجل منه . وذكروا السقناني (١) في شرح الهداية قوله (والمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر) كان هذا في عرفهم . أما إذا كان في موضع تعارفوا تعجيل البعض وترك الباقي في الذمة إلى وقت الطلاق أو الموت كما هو عرف ديارنا كان لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المعجل وليس لها أن تطالبه ببقية المهر المؤجل قال فإن بينوا فيه المعجل يعجل ذلك وأن لم يبينوا شيئاً ينظر إلى المرأة وإلى المهر المذكور في العقد أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك . وذكروا في منية الفقيه (٢) في الفتاوى قال والمرأة أن تمنع نفسها حتى تقبض مهرها أو نصفه والأصح حتى تقبض معجل مثلها من مثله فإن عين المعجل فذلك كالمشروط عادة فإن شرطوا ألا يدفع منه لا يجب فإن سكتوا يجب ما تحقق في العرف لمثلها والعرف الضعيف لا يلحق المسكوت بالمشروط . هذه عبارته : قلت فالكلام في هذه المسألة في مقامين - المقام الأول في بيان أن المرأة هل لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها وما تحرر من تحقيق كلام الأصحاب فيه وكشف معنى قولهم تمنع نفسها وهل هذا المنع يكون في بيت أهلها

(١) هو حسام الدين الحسين بن علي بن حجاج بن علي السقناني المتوفى سنة ٧١٠ وشرحه على الهداية يسمى النهاية (٢) كذا في بعض النسخ وفي بعض آخر منية الفقيه .

أم في بيت الزوج - المقام الثاني في بيان أن المرأة هل لها أن تطالب الزوج ببقية المهر بعد ما قبضت المعجل اذا كانت الزوجية قائمة بينهما وتحبسه وهل يكون ذلك الباقي مؤجلاً عرفاً ويعمل عمل المؤجل شرطاً وان كان كتب في الصداق يبقى لها عليه بعد ذلك كذا دينا لها عليه ثابتاً وحققاً لازماً حالاً تطالبه به متى شاءت ولانتملك المطالبة مادامت الزوجية قائمة أم لا - أما الأول فلا شك أن عبارة الأصحاب المتأخرين ناطقة متعاضدة بأن المراد من قول المتقدمين ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها أى المعجل لا المجموع فان شمس الأئمة السرخسي صرح في المبسوط بذلك كما نقلناه عنه وزاد في التنبيه بقوله فلا تشترط القدرة عليه في الكفاءة وان كان حالاً وقال وما عده مؤجلاً عرفاً . وفي الخلاصة قال تزوج امرأة على مهر معلوم و ارادت أن تمنع نفسها حتى تستوفى جميع المهر ليس لها ذلك في عرفنا الى آخر كلامه، ومثله في الفتاوى الكبرى وزاد فيها وفي الواقعات على الخلاصة فيقضى بالعرف الا أن يشترط تعجيل الكل، ونص في الواقعات أيضاً على أن الصحيح من الأقوال القول بالعرف وأبو الليث قال الفتوى عليه لا كما ذهب اليه أهل سمرقند من التقدير بالنصف . فتحزر لنا من هذا كله أن الزوج اذا دفع المعجل فليس للمرأة أن تمنع نفسها منه بعد ذلك وما يريدون بالمعجل الذي يكون في عقد وقع أولاً مؤجلاً ثم ذكر فيه أنه يجعل لها من ذلك كذا لأن ذلك ليس مؤجلاً عرفاً بل هو مؤجل شرطاً كيف وان شمس الأئمة قد صرح وقال وما عده مؤجلاً عرفاً وان كان حالاً وما نهت على هذه الاخشية أن يسبق اليه الذهن الضعيف ويتبادر الى ادراكه الفهم القصير فيظن صاحبه أنه شيء لم يطلع عليه غيره وهو في الحقيقة ليس بشيء، بل يريدون بقولهم ما تعارفوا تعجيله في عقد وقع حالاً بان تزوج رجل امرأة على الف درهم مثلاً ولم يذكر فيه تأجيل شيء منها فهذا عقد وقع على مال خال عن التأجيل المشروط فيكون الكل حالاً فالمتقدمون قالوا ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها والمتأخرون قالوا والمراد منه أى من كلام المتقدمين المعجل لا المجموع ثم فرعوا وقالوا فان لم يبينوا شيئاً

أي لم يبينوا مقدار المعجل كالصورة التي ذكرناها قالوا ينظر الى المرأة والى المهر
المدكور فى العقد وكم يكون لهذه المرأة من هذا المهر معجلا وكم يكون المؤجل منه
فيقضى بالعرف فعند الاطلاق حكموا العرف وما جعلوا لها أن تمنع نفسها حتى
تأخذ السكل فبالطريق الاولى اذا ذكر فى العقد أنه يعجل لها من ذلك كذا وعجله
ألا يكون لها أن تمنع نفسها على البقية لأن الثابت عرفا كالثابت شرطا فالمنع
به أقوى بلا خلاف ، وعلى أنهم نصوا على هذه الصورة أيضا فيما نقلناه عنهم وانه
ليس لها أن تمنع نفسها على بقية المهر الا على القدر المعجل اعتبارا للعرف فى
الحالتين حالة السكوت عن بيان المعجل وحالة التكلم به وان كان السكل حالا
فى الاصل ، فاذا طلبت المرأة من الحاكم الحكم لها بالمنع حتى يعطيها بقية صداقها
بعد ما قبضت المعجل لا يجيبها الى ذلك ولا يجوز له أن يحكم لها بالمنع حتى يعطيها بقية
صداقها . ثم المنع الذى ذكره الاصحاح هو عبارة عن عدم التمكين من الوطاء بمعنى
أن لها ألا تمكنه من نفسها أى من وطئها . فبقى هل لها أن تقعد فى بيت أهلها حتى
يعطيها مهرها أم ليس لها ذلك وانما تمنع نفسها وهى فى منزله . فنقول . المنع المذكور
ليس ينقيد أن يكون فى منزله وانما لا تمنع نفسها فى بيت أبيها حتى يوفىها المعجل
ويكون ذلك مفوضا اليها ان اختارت أن تقعد فى منزله وتمنع نفسها منه من الوطاء ،
وان اختارت أن تخرج الى بيت أهلها وتمنع نفسها حتى يوفىها المعجل . هكذا
نص عليه الأصحاب وقد حكيناه عن شرح المجمع فى هذه الاوراق .

وأما الكلام فى المقام الثانى . فنقول لا يخلو اما أن يذكر فى الصداق تزوجها
على كذا ويقتصر عليه أو أن يذكر تطالبه به متى شاءت بعد قولهم حالا كما هو
عرف ديارنا . ففى الاول الظاهر أنها لا تملك المطالبة مادامت الزوجية قائمة لأن
الأصحاب نصوا على ان الباقى بعد المهر المعجل مؤجل عرفا أو شرطا كما قدمناه
والمؤجل لا يملك صاحبه المطالبة به قبل حلول الأجل وحلول الأجل هنا عند
الطلاق أو الموت والمعروف كما المشروط بمعنى انه لو كان قل والباقى مؤجل الى كذا
لا تملك المطالبة قبل حلول ذلك الاجل فكذا الأجل الثابت عرفا وكذا أقول

في قولهم : والباقي دين حال من غير ذكر المطالبة به متى شاءت لأن شمس الأئمة قال : وما عداه مؤجل عرفا وان كان حالا فصفة الحلول لا تمنع التأجيل العرفي ولو قيل بالمنع لكان له وجه . وأما اذا قال في الصداق : والباقي دين حال تطالبه به متى شاءت أو تزوجها على كذا دينها عليها ثابتا وحقا لازما حالا تطالبه به متى شاءت فهذا كله لا يمنع المطالبة به بالعرف بأن البعض يعجل لأن العرف إنما عمل في انه هل لها أن تمنع نفسها حتى تستوفي الكل أم لا لأنه عمل في انها لا تملك المطالبة به مع تصريحه في الصداق (ولها أن تطالبه به متى شاءت) كما اذا صرح في الصداق بتعجيل الكل بأن تزوجها على ألف درهم يجعلها لها فان العرف هنا لا يعمل شيئا لأن الثابت بدلالة العرف انما يعتبر اذا لم يوجد الصريح والصريح هنا موجود فلا يظهر عمل العرف في منع المطالبة ولا يقال : ينبغي ألا يعمل العرف أيضا في عدم المنع ببقية المهر اذا كان في الصداق قد ذكر « ويبقى لها عليه بعد ذلك كذا دينها حالا تطالبه به متى شاءت » لأننا نقول هذا ليس هو الصريح الذي يبطل عمل العرف في هذه الصورة لأن الصريح فيها ان يشترط تعجيل الكل أما اذا ذكر أنه دين حال وانها تطالبه به متى شاءت ليس فيه ما يمنع العمل بالعرف لانها تطالبه ولا تمنع نفسها منه كسائر الديون الحالة التي لها عليه فانها لا تملك شرعا أن تمنع نفسها منه ان لم يوفها اياها فكذا القدر الزائد على المعجل عرفا من الصداق ولا يقال : قد يفرق بين بقية الديون وبين هذا من أن هذا القدر هو في مقابلة البضع ولا كذلك سائر الديون . لانا نقول هذا كما اذا كان التأجيل مصرحا به مشروطا فانها لا تملك المنع وان كان المهر ثمة في مقابلة البضع فكذا هذا فاقول بانه ليس لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ بقية المهر لامنافاة بينه وبين ما يدكر في الاصدقة انه دين حال تطالبه به متى شاءت لأن ذلك تأكيد المطالبة وما يلزم من القول بتوجه المطالبة القول بمنع نفسها حتى تأخذ البقية كما في بقية الديون الحالة التي تكون للمرأة على زوجها المعنى الذي قد مناه والله سبحانه أعلم

مسألة

في احكام الخلوۃ في النكاح التي تؤكّد مجموع المهر وتعمل عمل الدخول حقيقة وتحرير الكلام فيها وما يشترط لها وما يفسدها وتحقيق كلام الاصحاب فيها ويضم اليها ما يؤكّد المهر من الدخول والخلوة وغيره

ذكر في البدائع قال : وأما بيان ما يتأكّد به المهر ، فالمهر يتأكّد باحد معان ثلاثة: الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط شيء منه بعد ذلك الا بالبراء من صاحب الحق . اما التأكيد بالدخول فمتفق عليه ، واما التأكيد بالخلوة فذهبنا حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى وان لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل . وتجب العدة بعد الخلوۃ عندنا . ثم تفسير الخلوۃ الصحيحة هو الا يكون هناك مانع من الوطء لاحتمال ولا شرعي ولا طبعي . اما المانع الحقيقي فنحو أن يكون أحدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء لانهما يمنعان من الوطء . وتصح خلوۃ الزوج عنينا كان أو خصياً لانهما لا يمنعان من الوطء . وتصح خلوۃ المجهول في قول ابي حنيفة خلافاً لهما — وأما المانع الشرعي فهو أن يكون أحدهما صائماً صوماً رمضاناً أو محرماً بحجة في فرض أو نفل أو بعمره أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء . وأما غير صوم رمضان فقد روى بشر عن ابي يوسف أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع صحة الخلوۃ . وذكر الحاكم الجليل في مختصره أن نفل الصوم كفرضه فصار في المسألة روايتان . وأما المانع الطبيعي فنحو أن يكون معها ثالث وسواء كان الثالث بصيراً أو أعمى يتظان أو نائماً بالغاً أو صبياً بعد أن كان عاقلاً رجلاً أو امرأة أجنبية أو منكوحته . ولو كان الثالث جارية له فقد روى بشر أن محمداً كان يقول أولاً تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح . ولا خلوۃ في المسجد ولا في الطريق والصحرَاء وعلى سطح الاحجاب عليه . ولو خلا بها في محل أو قبة

فأرخی السطور عليه فهي خلوة صحيحة . ثم في كل موضع صححت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة وفي كل موضع فسدت الخلوة لا يجب كمال المهر، وهل تجب المدة؟ ينظر في ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقى لا يجب وان كان المانع شرعيا أو طبيعياً يجب لأن الوطاء مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فيتممان في الوطاء فتجب العدة عند الطلاق احتياطاً . وأما التأكيذ بموت أحدهما فنقول لا خلاف في أن أحد الزوجين اذا مات حتف انفه قبل السخول في نكاح فيه تسمية أنه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة أو أمة وكذلك اذا قتل أحدهما سواء قتله اجنبي أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل الزوج نفسه . فاما إذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لا يسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتأكد الكل عندنا وعند زفر والشافعى يسقط . وأما اذا مات أحد الزوجين في نكاح لانسمية فيه فإنه يتأكد مهر المثل عند اصحابنا . وذكر في فتاوى قاضيخان المهر يتأكد بثلاث بالوطاء وبموت أحد الزوجين وبالخلوة الصحيحة . والخلوة الصحيحة ان يجتمعان في مكان ليس هناك مانع بمنعه من الوطاء حساً أو شرعاً أو طبيعياً . وذكر مثل ما ذكر في البدائع، وزاد: ولو كان معهما أصم أو أخرص لا تصح الخلوة ولو كان معهما جارية أحدهما لا تصح الخلوة . ولو كان معهما كلب أحدهما حكى عن شمس الأئمة الحلونى انه قال كلب المرأة يمنع بخلاف كلب الرجل . ولا تصح في المسجد والحمام وقيل في الليل تصح الخلوة في المسجد كما في الحمام . ولو ادخل على الرجل امرأته ولم يعرفها از ادخل الرجل على امرأته فسكت ساعة ثم خرج ولم يعرفها اختلفوا فيه قال الفقيه أبو الليث لا تكون خلوة ويصدق أنه لم يعرفها . ولا تصح الخلوة في صحراء ليس يقربها أحد اذا لم يأمنها مرور انسان . وكذا لو خلا على سطح ليس على جوانبه ستر أو كان الستر رقيقاً وقصيراً بحيث لو قام انسان يقع نظره عليهما لا تصح الخلوة اذا خافا اطلاع غيرهما عليهما فان أمننا من ذلك صححت . وفي البيوتات الثلاثة أو الأربعة واحد بعد واحد إذا خلا بالمرأة في البيت الاقصى إن كانت الابواب مفتوحة من اراد أن يدخل عليهما يدخل من غير استئذان ان لا تصح الخلوة

وكذا لو خلا بها في بيت من دار وللبيت باب مفتوح الى الدار اذا اراد ان يدخل عليهما غيرهما من المحارم أو الاجانب يدخل لا تصح الخلوّة . ولو اجتمع مع امرأته على رواق والناس قعود في سفلى الخسان لو نظروا اليهما يقع بصيرهم عليهما لا تصح الخلوّة . مريض جىء بامرأته وادخلت عليه في بيته وهو لا يشعر بها فخرجت بعد الصبح فأخبر الزوج بذلك فقال لم أشعر بها ثم طلقها وادعت المرأة أنه علم بذلك كان القول قول الزوج انه لا يعلم ، وإن علم الزوج وهو يقدر على وطئها صححت الخلوّة وكان عليه كمال المهر . ولا تصح الخلوّة من الغلام الذى لا يجامع مثله ولا الخلوّة بصغيرة لا يجامع مثلها . وفي كل موضع صححت الخلوّة لو طلقها لا يكون له حق الرجعة وبعد ما صححت الخلوّة كان لها كمال المهر وان أقرت المرأة أنه لم يجامعها في ظاهر الرواية . الكافر اذا خلا بامرأته بعد ما أسلمت صححت الخلوّة ولو أسلم الكافر وامرأته مشرّكة فخلا بها لا تصح الخلوّة . وفي كل موضع فسدت الخلوّة مع القدرة على الجماع حقيقة فطلقها كان عليها العدة استحساناً وان كان عاجزاً عن الجماع حقيقة لا تجب العدة . اذا قل ان تزوجت ثلاثة وخلوت بها فهى طالق فتزوجها وخالها كان لها نصف المهر . وذكر في الفتاوى الظهيرية اذا خلا بها زوجها وقال لم أدخل بها وقالت المرأة لا بل دخلت فهنا على وجهين: إما أن يكونا عند الخلوّة صائمين صوم فرض أو محرّمين تطوعاً أو فرضاً أو أحدهما أو كانت المرأة حائضاً لا تصح الخلوّة والقول قول الزوج فلا يقضى بكالمهر الا ان عليها العدة احتياطاً . وذكر في الذخيرة اذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه وفي طلاق النوازل عليه نصف المهر . وسئل ركن الاسلام السعدي عن تزوج امرأة فادخلتها أمها عليه وردت الباب الا أنها لم تغلقه والبيت في خان يسكنه ناس كثير ولهذا البيت طرائق مفتوحة والناس قعود في ساحة الخان ينظرون من بعيد هل تصح هذه الخلوّة؟ قال ان كانوا ينظرون في الطاق ويرصدون إياها وهما يعلمان ذلك لا تصح الخلوّة فأما النظر من بعيد والقعود في الساحة فغير ائع من صحة الخلوّة . وذكر في الفتاوى الكبرى رجل حمل امرأته

الى الرستاق^(١) ان حملها في طريق الجادة لا تكون خلوة لان طريق الجادة لا تكون خالية غالباً. وان حملها في غير طريق الجادة تكون الخلوة لأنها تكون خالية غالباً. رجل تزوج صبوية فدفعها دفعة فاذهب بكارتها ثم طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الصداق في قول أبي حنيفة لأنه طلاق قبل الدخول وزاد شرح في مجمع البحرين وقال محمد لها المهر كله لأن فعله ذلك بمنزلة الوطاء وقول أبي يوسف كقول محمد في رواية محمد وكقول الامام في رواية الحسن

قلت : فالخلاص أن الخلوة تنقسم الى قسمين فاسدة وصحيحة فالصحيحة هي ألا يكون هناك مانع حقيقي ولا شرعي ولا طبعي وتقدم بيان كل من ذلك والفاصلة ضد الصحيحة وقد عرفت . ثم الخلوة الصحيحة تعمل عمل حقيقة الدخول عندنا في أحكام ولا تعمل عمله في أحكام. فأما الأحكام التي أقيمت فيها مقام نفس الوطاء فهي تكميل المهر جميعه ان كان في العقد تسمية والا فتأكد مهر المثل، وثبوت النسب، ووجوب العدة، ووجوب النفقة والسكنى في هذه العدة، وحرمة نكاح أختها مادامت العدة قائمة، وحرمة نكاح أربع سواها، وحرمة نكاح الأمة عليها على قياس قول أبي حنيفة في حرمة نكاح الأمة على الحر في العدة عن طلاق بائن ومراعاة وقت الطلاق في حقها . وأما الأحكام التي لم يقيموا الخلوة فيها مقام نفس الوطاء فهي الاحصان، وحرمة البنات ، والاحلال للزوج الأول، والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهي في العدة لارتث . وأما وقوع طلاق آخر في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقيل يقع وهو أقرب الى الصواب . ونظمت هذه الأحكام كلها في أبيات وأثبتها في كتابي الفوائد المنظومة وهي هذه

وقد أقيمت خلوة النكاح	في صور تأتيك بالايضاح
مقام نفس الوطاء حتى كملوا	جميع مهرها كذا قد نقلوا
كذلك مهر المثل فيما لم يسم	وحرمة الأخت عليها فاستقم
كذا ثبوت نسب الصغير	ونجب العدة عن تحرير

كذا اعتبار زمن الطلاق وتجب السكنى مع الانفاق
 وتحرم الاربع والاماء وتم هذا النظم والاملاء
 ولم يقيموها مقام الوطاء في ستة احكام تجبى فافتنى
 احصائه وحرمة البنات وعدم التوريث في الحالات
 ثم وفي جمع التفاريق ذكر بانها ترثه كذا سطر
 وحبها لبعليها الأول قل كذلك رجعة فعنه لا تحل
 لكن اذا طلق أخرى وهى في وقت اعتدادها فخذنه واكتفى
 فقيل ان ذالطلاق لا يقع وعكسه هو الصواب المستمع

فاذا جاءت المرأة الى القاضى وادعت النكاح والخلو وطالبته بكل المهر
 فلا يخلو اما ان صدق الزوج على ذلك أو كذب فان صدق وطلبت من التامضى
 الحكم بتأكد كل المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها الى ذلك
 ويحكم لها عليه بتأكد كل المسمى مع العلم بالخلاف فيه . وان صدقها الزوج على
 النكاح وكذبها في الخلو يحلف بالله انه ما خلاها خلو صحیحة فان حلف ولا
 بينة لها لم يتأكد مهرها كاه . وان أقامت بينة بالخلو الصحیحة قبلت وحكم عليه
 بتأكد مهرها كاه كما يحكم عليه في صورة تصديقه لها في ذلك . وان قال خلوت بها
 ولكنها لم تمكنى من نفسها سألها الحاكم عن ذلك فان صدقته فهذه المسألة قد
 اختلف فيها المتأخرون كما ذكرنا والذي يظهر لى أنه ينبغى أن يقال فيها بالتفصيل
 ان كانت بكراً يتكمل المهر لأنها تستحي بالطبع ولا تطيع في تسليم نفسها للفحل
 بلا مدافعة فلم تكن مختارة لعدم التأكد للمهر بهذا الامتناع فلا يسقط حقها في
 التأكد بخلاف الثيب لأن عدم تمكينها يدل على عدم اختيار التأكد وحبس
 منافع المبدل عن الاستيفاء لصاحبها فلا يتأكد حقها . وهذا الذى قلته هو على
 وجه التفقه ولم أظفر فيه بنقل عن الأصحاب وانما المنقول عنهم ما قدمناه في
 حكاية أقوالهم : وان كذبته والمسألة بحالها فالقول قولها لأنها منكورة والقول قول
 المنكر مع اليقين . وخلو النساء في زماننا فيها نظر فانها لا تعرى عن امرأه تكون

معها في البيت وهي تترصد وتتطلع الى ما يجري لها فتقضي ظهر ذلك عند الحاكم لا يسوغ له الحكم بتأكد المهر لفساد الخلوّة وهذا غالبا انما يقع في حق الأبكار فعلى الحاكم أن يحرص ويتثبت في ذلك قبل الحكم فاذا ظهر له أن الخلوّة صحيحة حكم والا فلا

مسألة

إذا طلب الزوج السفر بزوجه الى بلد آخر وقد أوفاهما جميع المهر وهي تأتي الخروج معه هل له أن يجبرها على ذلك أم لا . وتحرير كلام الأصحاب في ذلك

ذكر في الهداية قال : وإذا أوفاهما مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وقيل لا يخرجها الى بلد آخر غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة . وذكر في شرح مجمع البحرين قال : وإذا أوفاهما نقلها حيث شاء وقيل لا يسافر بها الى بلد غير بلدها . وقيل ان أوفاهما المؤجل أيضاً وهو ما مؤن سافر بها والا فلا ثم اذا أوفاهما المهر المعجل كان للزوج ان ينقلها حيث شاء لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى ويجوز نقلها الى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغربة . وقال بعض مشايخنا ان أوفاهما المهر المعجل وحده لا يتمكن من ذلك لأن التأجيل انما يثبت بحكم العرف دلالة لا بالصرح فلعلها انما رضيت بالتأجيل اذا امسكها في بلدها أما اذا أخرجها الى دار الغربة فلا . وبعض اصحابنا أفتى بالقول الاول ، وهذا القول المفصل أقرب الى التحقيق وبه يفتى . وهذه المسائل من الزوائد . وذكر في المحيط قال أبو القاسم الصفار الباعث لا يملك الزوج أن يسافر بها في زماننا وان أوفى صداقها وهو المختار لمشايخه لأن الناس قد فسدوا في زماننا . فالمرأة متى كانت بين عشيرتها فالزوج لا يمكنه أن يظلمها وفي بلدة أخرى يظلمها وهي لا تقدر أن تستغيث بأحد ولا

كذلك لو أخرجها من بلدة الى قرية أو من قرية الى بلدة لأن ذلك ليس بسفر .
 وذكر في الكافي شرح الوافي : واذا أوفأها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى
 (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) و كثير من المشايخ على أنه ليس
 للزوج أن يسافر بها في زماننا وان أوفأها مهرها لأن الغريب ممتن ولو كان طويل
 الذيل ولكن ينقلها الى القرية ان أحب لانه لا تحقق الغربة وعليه الفتوى . وله
 أن ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية . وذكر اللؤلؤي في الفتاوى
 قال وهذا التفصيل جواب ظاهر الرواية . قال أبو القاسم الصفار هذا كان في زمانهم
 أما في زماننا لا يملك الزوج أن يسافر بها وان أوفى صداقها لأن في زمانهم
 الغالب من حالهم الصلاح . أما في زماننا فقد فسد الناس . والمرأة متى كانت فيما
 بين عشيرتها فالزوج لا يمكنه أن يظلمها ومتى نقلها الى بلدة أخرى ظلمها وهي
 لا تقدر أن تستغيث عليه بأحد . وذكر في المختار للفتوى قال : والمرأة أن تمنع
 نفسها ولا يسافر بها حتى يعطيها مهرها فاذا أوفأها نقلها الى حيث شاء وقيل
 لا يسافر بها وعليه الفتوى . وذكر في فتاوى قاضيخان قال : واذا أراد الرجل أن
 ينقل المرأة من بلد الى بلد بغير اذنها ان كان ذلك قبل ايفاء المهر لا يملك وله
 ذلك بعد ايفاء المهر في ظاهر الرواية . وقال أبو القاسم الصفار لا يملك نقلها
 من بلد الى بلد وان أوفأها مهرها وبه أخذ الفقيه أبو الليث السمرقندي لأن الزمان
 قد فسد فيخاف عليها من الضرر في الغربة مالا يخاف عليها في عشيرتها وله ان يخرجها
 من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر ومن القرية الى القرية لان النقل الى بلاد
 السفر لا يعد غربة ويكون ذلك بمنزلة النقل من محلة الى محلة . وذكر في متن البحر
 المحيط قال : وفي فتاوى أبي الليث واذا أراد الزوج أن يخرج المرأة من بلد الى بلد وقد
 أوفأها مهرها فنجواب الكتاب أن له ذلك . واختيار الفقيه أبي الليث على انه ليس
 له ذلك ولو أراد أن يخرجها من البلد الى القرية أو من القرية الى البلد فله ذلك . وذكر
 في البحر المحيط قال رأيت قول أبي القاسم الصفار في النوارل في كتاب النكاح
 بهذه العبارة . وسئل يعني أبا القاسم عن امرأة يريد زوجها اخراجها من بلد الى

بلد ولم يوف لها جميع الصداق قال أبو القاسم لها ألا تخرج من بلدك الى بلد آخر أوفاه المهر أو لم يوفها لفساد الزمان لأنها لا تأمن على نفسها في منزله فكيف اذا خرجت الى السفر قال أبو الليث وبه نأخذ فكيف لو أدرك زماننا هذا أبو القاسم .
لمت فتحرر لنا من هذا أن ظاهر الرواية اذا أوفاه مهرها نقلها الى حيث شاء من البلاد وله أن يسافر بها الى حيث أحب . والمراد من المهر المعجل الذي تعارفوا تعجيله وقيل المؤجل أيضاً . فاما منع السفر بها وان أوفاه مهرها فهو قول أبي القاسم الصفار واختيار أبي الليث وجماعة من المشايخ وهو ليس برواية عن الأصحاب . يدل عليه قول الولوالجي هذا كان في زمانهم اما في زماننا فلا يملك الزوج أن يسافر بها وان أوفاه صداقها فيشير الى أنه اختلاف عصر وزمان كما قلوا في مسألة الاستئجار على الطاعات . وقد نص بعض الأصحاب على ان الفتوى على ما قاله أبو القاسم وبعضهم قال وهو المختار لمشايخه ورأيت عمل القضاة عليه في زماننا من غير تفصيل . والذي ينبغي أن ينظر الى وطن المرأة الذي فيه عشيرتها وقومها فان كان تزوجها فيه بين قومها ثم طلب بعد ذلك أن ينقلها الى بلد آخر لا يجاب الى ذلك ويحكم لها بالمنع . وان كانت في مصر ليس لها فيه عشيرة وقد تزوجها فيه وأصلها من مصر آخر ينبغي ألا يحكم لها بالمنع . وأيضا ينبغي للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال وينظر في طلب الزوج السفر باهله فان كان طلب مضارة لأجل أن تهبه شيئاً من المهر أو ترك الكسوة أو لأمر جرى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه الى ذلك وخصوصاً اذا لم يكن مأموناً عليها ويحكم لها بالمنع . وعلى أن ظاهر الرواية أحكم . وقول أبي القاسم الصفار أرفق بالنساء وأرحم والله اعلم

مسألة

قال علماؤنا رحمهم الله المبتوتة لها النفقة والسكنى مادامت في العدة حاملا كانت أو حائلا وهذا مذهبنا . والمبتوتة هي المطلقة بائناً أو على مال أو ثلاثا

وأما المطلقة رجعياً فلها النفقة والسكنى بلا خلاف مادامت في العدة . ثم هي والمبتوتة القول قولها في انقضاء العدة مع يمينها . فلو ادعت حبلاً انفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلقها فان مضت سنتان ولم تلد انقضت النفقة فان قالت كنت أظن اني حامل ولم احض يعني انها ممتدة الطهر وأظن هذا الذي بي ربح وأنا أريد النفقة حتى تنقضي العدة وقال الزوج قد ادعيت الحبل وأكبر مدته سنتان فالقاضي لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة مالم تنقض العدة وتكون معذورة في ذلك والنفقة لها حتى تنقضي العدة بالحيض أو تدخل في حد الايس وتمضي ثلاثة أشهر بعد ذلك . فان حاضت في الأشهر الثلاثة استقبلت العدة بالحيض لأنه ظهر أنها لم تكن آيسة والنفقة واجبة لها في جميع ذلك لأنها ممنوعة بحقه مالم يحكم بانقضاء عدتها . فان أقام الزوج بينة على اقرارها بانقضاء عدتها برى من النفقة . وإذا طلق الرجل امرأته وهي صغيرة لم تحض بعد وقد دخل بها ومثلها يجامع فعدتها ثلاثة أشهر وينفق عليها مادامت في العدة . وهذا اذا لم تكن مرهقة . فاما اذا كانت مرهقة فعدتها لا تنقضي بثلاثة أشهر بل يتوقف في حالها الى أن يظهر أنها حبلى بذلك الوطاء ام لا . فينبغي أن يدر عليها النفقة مالم يظهر فراغ رحمها . فلو أنها حاضت في الثلاثة الأشهر تستأنف العدة بالحيض ويكون لها النفقة حتى تنقضي عدتها : وهذه النفقة في الوجوه كلها كنفقة النكاح ويعتبر فيها ما يعتبر في النكاح وكل امرأة تستحق النفقة حال قيام النكاح تستحق النفقة حال قيام العدة . وكل امرأة لا تستحق النفقة حال قيام النكاح لا تستحقها حال قيام العدة فان المولى اذا بوأ الأمة بيناً استحققت النفقة فلو طلقها استحققتها أيضاً واذا لم يبوءها لا تستحق النفقة فلو طلقها لا تستحق أيضاً — والمعتدة اذا لم تخاصم في النفقة ولم يفرض لها القاضي شيئاً حتى انقضت العدة فلا نفقة لها . فلو كان غائباً فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء عدتها يقضى عليه بنفقة مثلها على قول أبي حنيفة الأول ثم رجع وقال لا يقضى كما في نفقة النكاح . واذا فرض لها القاضي نفقة العدة وقد استدانت على الزوج أولم تستدن ثم انقضت عدتها قبل أن تقبض شيئاً من الزوج

فان استدانت بأمر القاضي كان لها أن ترجع على الزوج بذلك لأن استدانتها بأمر القاضي بمنزلة استدانة الزوج بنفسه . وأما اذا استدانت بغير أمر القاضي أو لم تستدن أصلا هل ترجع على الزوج بذلك أم لا ؟ قال شمس الأئمة الحاواني فيه كلام وقال الشيخ الأجل الشهيد عندي انها لا تسقط . وأشار السرخسي أنها تسقط وهو الصحيح

وان لم يكن للزوج منزل مملوك يكتري منزلا لها ويكون الكراء على الزوج وان كان معسرا تؤمر المرأة أن تستدين الكراء وتوفى ثم ترجع على الزوج اذا أيسر كما هو الحكم في النفقة حال قيام النكاح : - ثم الاصل أن الفرقة متى وقعت بين الزوجين ينظران ككأن الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة سواء كانت بمعصية أو بغير معصية . وان كانت الفرقة من جهتها ان كانت بحق فلها النفقة وان كانت بمعصية فلا نفقة لها . وان كانت الفرقة بمعنى من جهة غيرها فلها النفقة . فاذا عرفنا هذا فنقول الملائنة لها النفقة والسكنى لان الفرقة بالامان فرقة بطلاق فكانت من قبل الزوج و كذلك المباشرة بالخلع والايلاء وردة الزوج ومجامعة أمها تستحق النفقة في هذه الوجوه لأنها فرقة من قبل الزوج . وامرأة العنين اذا اختارت الفرقة فلها النفقة والسكنى وكذلك المدبرة وأم الولد اذا أعتقتا وهما عند زوج قدبواهما بيتاً فلها النفقة والسكنى . و كذلك الصغيرة اذا أدركت واختارت نفسها . وان جاءت الفرقة من قبل المرأة في هذه لأنها ماجأت بمعصية وكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب عدم الكفاءة بعد الدخول فلها النفقة . والمنكوحه اذا ارتدت أو طأعت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها فلو أسلمت والعدة باقية لا تستحق النفقة . ولو أنشزت فطلقها ثم تركت النشوز فلها النفقة مادامت العدة باقية . والختلة تستحق النفقة اذا وقع الخلع مطلقا فاما اذا شرط في الخلع أن لا سكنى لها ولا نفقة فلها السكنى ولا نفقة لها . فلو شرط الزوج في الخلع ألا تكون عليه مؤونة السكنى ورضيت المرأة أن تسكن في بيت نفسها أو تلتزم بمؤونة السكنى من مالها فان كانا يسكنان في بيت بكراء صح وتجب الاجرة عليهما . واذا

شرط في الخلع براءة الزوج عن النفقة صح . وإذا خالعهما والمنزل منزل الزوج ينبغي أن يخرج الزوج منه ويعتزل عنها ويتركها في ذلك المنزل إلى أن تنقضي عدتها وكذا إن كان المنزل بكراء فإن استكرى لها منزلاً آخر يجوز لكن الأفضل أن يتركها في المنزل الذي كانا فيه قبل الطلاق . هذا كله في الطلاق البائن . أما إذا كان رجعيًا فقد ذكر الخصاص أنه يسكنها في المنزل الذي كانا فيه قبل الطلاق لأنه لا يجب على الزوج أن يعتزل عنها . الأمة إذا كانت في بيت المولى قبل الطلاق ولم تعد إلى بيت الزوج حتى طلقها الزوج ثم عادت إلى بيته بعد الطلاق فلا نفقة لها عند علمائنا الثلاثة . وفرقوا بينها وبين الحرة إذا كانت ناشئة وقت الطلاق ثم عادت فانها تستحق النفقة . ولو أخرجها المولى من بيت الزوج بعد الطلاق ثم أعادها كان لها النفقة وهل للمولى أن يطالب الزوج بالنفقة مادامت معتدة؟ ذكر الخصاص أنه ذلك ، وقال الصدر الشهيد أنه ليس لها نفقة . ولو اعتق أم ولده لانتفقه لها في العدة . وإذا أقر الرجل بجرمة امرأته وقد دخل بها وفرق بينهما فلها المسمى ونفقة العدة . وإذا قال قد انقضت عدتك وقالت لم تنقض فالقول قولها مع يمينها فإن حلفت أخذت النفقة وإن نكحت صارت مقرة أن لا نفقة لها وإقرارها حجة في حقها

ويسقط النفقة أعني نفقة المطلقة باننا ما يسقط نفقة الزوجية من الارتداد في العدة والحبس بسببها والنشوز فإن المعتدة إذا خرجت من بيت العدة تسقط نفقتها عندنا مادامت على النشوز فإن عادت إلى بيت الزوج كان لها النفقة والسكنى كما في حال قيام النكاح ذكر هذا في الذخيرة . أو الحبس في الدين . أو الخروج إلى الحج . فلو ارتدت ولم تحبس بعد ولسكنها في بيت الزوج أو قبلت ابن الزوج أو ما أشبه ذلك فلا تسقط نفقتها . ولو ارتدت وحبست حتى سقطت نفقتها ثم رجعت إلى الإسلام وهي في العدة فلها النفقة والسكنى . ولو كانت منكوجة والمسألة بحالها فإنها لا نفقة لها ويفرق بينهما . فأما المعتدة عن طلاق رجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها وهي بطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها . وإذا

صالح الرجل عن نفقتها مادامت معتدة على دراهم مساة لا يزيد بها عليها حتى تنقضى عدتها ينظر ان كان عدتها بالحيز لا يجوز الصلح وان كانت بالاشهر جاز . ولو طلقها باثنا أو خالها ثم صالحها من السكنى على دراهم فان هذا لا يجوز . ولو قال الرجل كنت طلقته منذ سنة وانقضت عدتها وجحدت المرأة الطلاق لا يقبل قوله فان شهد شاهدان بذلك أو أقرت أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها عليه . فان كانت أخذت منه شيئاً ردت عليه . ولو أن مستأناً أو ذمياً تزوج ذمياً في ديارنا ودخل بها وطلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمية العدة . ولو أرسل اليها بالنفقة رسولاً فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحدت هي كان القول قولها مع يمينها . ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هي الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها . وإذا كان الزوج عبداً أو مديراً أو مكاتباً أو ولد أم الولد فعليه المهر والنفقة لزوجته سواء كانت الزوجة حرة أو مملوكة فان كان الزوج عبداً يباع في ذلك الا أن يقضى السيد . وأما المكاتب والمدير وولد أم الولد فلا يباعون في ذلك بل يسعون فيما وجب عليهم . وعن أبي يوسف المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي اذا تزوجت ودخل بها ثم فرق بينهما فلا نفقة لها لأنها تزوجت في عدة الغير ودخل بها الزوج الثاني فعلى الأول نفقتها في الطلاق البائن بخلاف الرجعي لأن نكاحها قائم فقد فوتت على الزوج الأول بالزواج الثاني منافع البضع فصارت ناشزة فسقطت نفقتها . وإذا اختلعت على نفقة العدة والسكنى تسقط نفقة العدة ويكون لها السكنى . رجل كف للتمكوحه عن زوجها بالنفقة كل شهر بكذا ثم طلقها زوجها كان للمرأة أن تطالب الكفيل بالنفقة لأن نفقة العدة بمنزلة نفقة النكاح . فرض لها القاضي نفقة العدة فلم تأخذ حتى مات أحدها سقطت وان لم يميت أحدها وانقضت العدة اختلفوا فيه قال الحلواني تسقط . اذا حبست المعتدة بحق عليها تسقط النفقة كالتمكوحه . تزوج بتمكوحه الغير ودخل بها فان كان لا يعلم أنها تمكوحه الغير كان عليها العدة ولا نفقة لها وان كان يعلم أنها تمكوحه الغير لا عدة عليها . وفي النكاح بغير شهود

إذا دخل عليها العدة على كل حال . وإذا دخل على معتدته لأجل الاطلاع هل يباح له ذلك فيه روايتان . رجل طلق امرأته ثلاثاً وكنتم فلما حاضت حيضتين دخل بها فحبلت ثم أقر بالطلاق كان لها النفقة عليه ما لم تضع . فرض لها القاضى النفقة فأخذت النفقة أشهراً ثم شهد الشهود أنها أخته من الرضاع وفرق القاضى بينهما رجع الزوج عليها بما أخذت من النفقة . أبرأت زوجها عن النفقة حين الخلع يصح ابرأؤه . امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك الولد منه سبع سنين بالنفقة فانها تجبر على ما شرطت وليس لها أن ترد الولد حتى لو هربت وتركت الولد يرجع عليها بقيمة نفقة سبع سنين . المرأة إذا كانت ناشرة ثم سافر الزوج فعادت الى منزل الزوج الذي يسكنان فيه أجابوا أنها خرجت من أن تكون ناشرة . إذا فرض لها ما لا يكفيها لها أن ترجع عن ذلك ولو فرض على الزوج زيادة له أن يتنعم بهذا آخر ما انفق من الاحكام فى نفقة المبتونة والسكنى .

بقى أمر الكسوة: اعلموا رحمكم الله أن الأصحاب رحمة الله عليهم لم يطلقوا الجواب فى الكسوة كاطلاقهم فى أمر النفقة فى العدة والسكنى بل غالب كتبهم تنطق بالنفقة والسكنى دون الكسوة كما سئد كره ان شاء الله تعالى عنهم بعباراتهم فى هذه الأوراق وفيه نظر وتقييده بما لم يكن يعرف قبل ذلك وان شاء الله تعالى أتبع الكلام عقب ذلك بتحرير ما يفهم من كلامهم وما يجب أن يعمل به فى ذلك فأقول وبالله التوفيق

ذكر فى الذخيرة فى نفقة المطلقات: وكما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة لأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة غير أن فى الكتاب لم يذكر كسوتها لأنها لا تبقى فى العدة مدة تحتاج الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت يفرض لها ذلك أيضاً . والدليل على أن المعتدة تستحق الكسوة أنها تستحق النفقة واسم النفقة كما يتناول الطعام يتناول الكسوة . قال هشام فى نوادره قال محمد النفقة ليست هى الطعام وحده قال لكن الطعام والكسوة قال فى الكتاب هذه عبارة الذخيرة . وذكر فى

شرح القدوري للزاهدي قال : كما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة وانما لم يذكرها في الكتاب لأن العدة لا تطول غالباً فيستغنى عن الكسوة . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال هشام سألت محمداً عن النفقة قال النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى . وذكر السروجي في شرح الهداية : ولم يذكر كسوة العدة لأنها لا تبقى في العدة مدة يحتاج فيها الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت اليها يفرض لها ذلك أيضاً . قال محمد النفقة هي الطعام والكسوة ذكره عنه هشام في نواذره . وذكر في فتاوى قاضيخان : وكما تستحق المعتدة نفقة العدة تستحق الكسوة . هذه عبارة الاصحاب في الكتب المذكورة : والذي يظهر لي من ذلك أن ما ذكر في الذخيرة يقتضي أن الكسوة تجب للمعتدة لكن على وجه الحاجة اليها وذلك بطول زمن العدة لأنه قال (لأنها لا تبقى في العدة مدة تحتاج الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت يفرض لها ذلك) . فتبين بهذا أن الجواب في الكسوة على التفصيل لا على الاطلاق . وهو ان طالت العدة واحتاجت اليها فرضت والا فلا فلاول من منطوق اللفظ والثاني من مفهوم العبارة وهو حجة في التصانيف كما عرف ولا يشكل قرله (وكما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة) لأننا لم نقل انها تستحق الكسوة بل تستحقها على وجه التفصيل الذي قدمناه . وكذا لا يشكل أيضاً قول محمد لما قلنا من عدم القول بمنع الاستحقاق . فتحرر من هذا أن المرأة اذا ادعت الطلاق وطلبت الكسوة لا يلزم الزوج بها في الحال بل ينظر الى زمن عدتها هل هو بالحيض أم بالاشهر واذا كان بالحيض وهي ممن لا تحتاج فيها الى الكسوة لا يفرض لها كسوة ولا يجبس الزوج فيها لأن المدة قصيرة لا تحتاج فيها الى الكسوة . وان كانت عدتها بالأشهر فلا يخلو اما ان كانت ممن تنقضي عدتها بثلاثة أشهر كالأيسة والصغيرة التي هي غير مراهقة وليست محتاجة فلا تجب لها الكسوة وان كانت ممتدة الطهر ويحتمل أن يكون من حبل أو امتداد طهر حتى طال زمن العدة ويحتاج الى الكسوة فيه تفرض لها الكسوة وتبقى كزمن الزوجية . وهذا هو الذي لحظوه بقولهم لانها لا تبقى في العدة مدة تحتاج الى الكسوة أي لما كان زمناً قصيراً

لم تجب لعدم مشابهته لزمن النكاح اذ الأصل في إيجاب النفقة والكسوة في العدة اعتبارها بحالة النكاح قبل الطلاق فلهمنا قالوا لا تبقى من العدة مدة يحتاج فيها الى الكسوة غالباً . والذي ذكره الزاهدى من قوله فيستغنى عن الكسوة مؤيد لما حررناه في التفصيل من الحاجة وعدمها وهو أصرح في الباب من غيره . والذي ذكره السروجي يحمل على هذا أيضاً . وكذا ما أطلق من العبارة ككلام قاضيخان وغيره يحمل على هذا التفصيل . وهذا الذى خطر لى فى هذه المسألة لم أسمع من أحد قبل جمى هذا الكتاب ولا نظر فيه قاضيخان نظر محقق بل كل من أدركناه من القضاة كانوا يجسسون الرجل فى كسوة العدة متى طلبتها المطلقة سواء طالت المدة أو قصرت احتاجت أم استغنت من غير تفصيل وهو موضع مشكل والله اعلم

مسألة

النفقة تجب للرحم المحرم على قريبه الغنى — قال علماؤنا النفقة تجب للرحم المحرم على قريبه الغنى اذا كان فقيراً صغيراً أو كانت المرأة بالغة فقيرة أو كان الذكر بالغاً فقيراً زماً أو أعمى أو مقعداً أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو معتوها أو مفلولجا أو مجنوناً

الكلام فى هذه المسألة يقع فى مواضع : فى بيان صفة من تجب عليه هذه النفقة . وفى بيان صفة من تجب له . وفى بيان ما تجب به . وفى بيان القدر المفروض وفى بيان ما يسقطها . وفى بيان يحصنها من السقوط اذا وجبت
أما الاول فاعلم أن الكلام فى هذه المسألة يقع فى موضع مختص بنفقة القريب الذى هو غير الولد والوالد لأنه هو الموضع الذى فيه اختلاف أهل العلم وهو من خصائص مذهب اصحابنا رحمهم الله فنقول . اما بيان صفة من تجب عليه هذه النفقة فهو كل ذى رحم محرم على ما يأتى بيانه بشرط اليسار والغنى وان كان قادراً على الكسب . فحد هذا اليسار الذى يتعلق به وجوب هذه النفقة يختلف فيه .

فروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أنه اعتبر فيه نصاب الزكاة حتى قال لو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لأجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما فروى هشام عن محمد أنه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل نفقة شهر له ولعِياله أجبره على نفقة ذى الرحم . وقال محمد اما من ليس له شيء وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفى منه بأربعة دوايق فانه يرفع لنفسه ولعِياله ما ينتفع به وينفق فضله على من يجبر على نفقته . والفتوى على قول أبي يوسف . وكذا اشترط الدين ايضاً حتى لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم . وسواء كان من يفرض عليه هذه النفقة كبيراً أو صغيراً اذا وجدت فيه هذه الشروط التي ذكرناها من القرابة والمحرمية والغنى والدين حتى يفرض على الصبي والصبية نفقة قريبهما في ماليهما ويؤمر الولي بالدفع

وأما بيان صفة من تجب له هذه النفقة فهو من كان ذا رحم محرم وهو الضابط عندنا . واحراز الارث ليس بشرط حتى وجبت على الخال والخالة والعم والعمة دون ابن العم والميراث له . وان يكون فقيراً معسراً . ثم لا يخلو اما ان كان صغيراً أو كبيراً بالغاً . فان كان صغيراً فيشترط فيه الفقر خاصة سواء كان ذكراً أو أنثى . وان كان كبيراً بالغاً فلا يخلو اما ان كان ذكراً أو أنثى . فان كان ذكراً فيشترط فيه مع الفقر أن يكون اما زماً أو أعمى أو مقعداً أو مفلوجاً أو أشل اليدين أو مقطوع الرجلين أو اليدين أو مقعود العينين او معتوها او مجنوناً او كان به علة من العوارض مما يمنعه من الاكتساب . حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضى له بالنفقة على غيره فحينئذ تجب له النفقة وان كان بالغاً . وان كان أنثى فيشترط فيها ما اشترطنا في الصغير والصغيرة وهو الفقر خاصة . ثم اختلف في حد المعسر الذي يستحق هذه النفقة . قيل هو الذي يحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة . وقيل هو المحتاج والذي له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلف الرواية في رواية لا يستحق حتى لو كانت أختاً لا يؤمر الأح بالانفاق عليها . وكذا لو كانت بنتاً او اما وفي رواية يستحق وهو الصواب .

وأما بيان ما يجب به : فاعلم أنه ذكر في الذخيرة ما صورته : الأصل أن القضاء على الغائب باطل وإيفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز . والقضاء بنفقة الوالدين والمولودين والزوجة إيفاء لما وجب على الغائب وليس بقضاء على الغائب لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبا قبل القضاء . ونفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء حتى إذا ظفر واحد من هؤلاء بجنس حقه كان له الأخذ من غير رضاء ولا قضاء . فأما نفقة سائر الأقارب لا تجب إلا بالقضاء أو بالرضاء حتى لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقه لم يكن له الأخذ بقضاء أو رضاء . فلما كانت نفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء كان القضاء من القاضي إيفاء لما وجب عليه لا إيجابا مبتدأ فجاز . أما نفقة الأقارب لما لم تكن واجبة قبل القضاء كان القضاء من القاضي إيجابا مبتدأ والقضاء على الغائب باطل . وذكر السروجي في شرح الهداية على قوله « ولا يقضى بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء » ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوها إذا ظفروا بها فكان قضاء القاضي إيعانة لهم لا إيجابا ، وأما غيرهم من المحارم فنفقة لهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز . وفي شرح ادب القاضي للخصاف قال . الفرق بين نفقة الزوجة والاولاد والوالدين وبين نفقة المحارم أن نفقة الزوجة والاولاد والوالدين متفق عليها فلم يكن الانفاق قضاء على الغائب بل يكون إيعانة لهم على أخذ حقهم . فأما نفقة المحارم فمختلف فيها فإما تجب بالقضاء فيكون الانفاق قضاء على الغائب والقاضي لا يقضى على غائب ليس عنه نائب . هذه عباراتهم . فتبين بهذا الذي ذكرناه ان النفقة على الأقارب لا تجب إلا بقضاء القاضي أو بالرضا فلماذا جعلناه قسما في أصل المسألة . وهو مشكل من حيث أنهم جعلوا القاضي نفسه «والذي أوجب هذه النفقة ابتداء وليست له هذه الولاية . ولم لا قيل بأن الوجوب ثبت بقوله تعالى « وعلى الوارث مثل ذلك » فقضاء القاضي إيعانة كما في نفقة الولاد . كيف وأنهم استدلوا في أصل المسألة بهذه الآية على وجوب نفقة القريب . وكان ينبغي أن يكون الحكم في فرض النفقة

في مال القريب الغائب أيضاً كما في نفقة الولاد لانه ثبت بقوله تعالي (وعلى الوارث مثل ذلك) وعلى كلمة ايجاب فيثبت الايجاب له كما يثبت للاولاد . ولا يعكر على هذا اختلاف العلماء لان المسائل الخلافية يعمل فيها على الاختلاف ولا يكون الاختلاف مؤثرا في عدم القول فان ذلك كان واجبا قبل القضاء كما قلنا في نفقة المبتوتة انه يقضى لها باعتبار انها ثابتة قبل القضاء والقضاء اعانة لا أن نفس القاضى هو المثبت لها . وكذا بقية المسائل الخلافية . ولم يظهر لى الموجب انفرادهم من هذا . وقد استشكل السروجى رحمه الله ما استشكلته وقال : القاضى ليس بمشترخ وما ذاك إلا للنبى عليه السلام وانقطع من بدمه وهو مشكل جدا . وأما بيان التدرى المفروض فنقول . مقدار الواجب من هذه النفقة مقدر بالكفاية لانها تجب للحاجة فيتمدر بقدرها من الماء كل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا فان كان له نفق عليه خادم يحتاج الى خدمته فيفرض له ايضا لانه من جملة الكفاية وأما بيان ما يسقطها . فاعلم أن القاضى اذا فرض هذه النفقة ومضت مدة ولم يأخذها المفروض له فانها تسقط . ومن هنا يفارق نفقة الزوجات . وكذا اذا أذنه القاضى بالاستدانة ولم يستدن ومضت مدة فانها تسقط اما اذا استدان بأمر القاضى فانه يرجع المدين على المفروض عليه ولا يكون مضى المدة مسقطا لما استدان . وهذا معنى قول صاحب الهداية « الا أن يأذن القاضى بالاستدانة » أى ويستدين . ولقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب الهداية وقال اذا أذن القاضى بالاستدانة ولم يستدن فانها لا تسقط وهذا غلط . بل معنى الكلام اذا أذن القاضى فى الاستدانة واستدان أما مجرد الاذن من غير استدانة لا يكون محصنا لها من السقوط وهكذا ذكره الشيخ حافظ الدين وصرح بما قلناه . وكذا نص عليه السفناقى وقال أى لا يسقط نفقة دين الاستدانة . وهذا القسم هو الذى ذكرناه أولا انه يحصن النفقة من السقوط . ويجب أن يعلم بان الحال فى القرابة الموجبة لهذه النفقة لا يتخلو : اما أن كان حالة انفراد أو حالة اجتماع فان كانت حالة انفراد بأن لم يكن هناك من تجب عليه نفقته الا واحد وجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب كما

ذ كرنا . وان كانت حالة اجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فان
النفقة على الأقرب في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم . والمعتبر قرب القرابة
والحرمية لا الارث حتى لو كان له بنت بنت أو أسفل منها وله أخ لأب وأم
كانت نفقته على ولدا بنته ذ كر ا كان أو أنثى وان كان الميراث للأخ دون أولاد
البنت . ذ كره في أدب القاضى للخصاف . فان كان الأقرب معسرا والابعد موسرا
فاعلم أن عبارات الأصحاب اختلفت هنا : فقال في البدائع لو كان له ابن وابن ابن
والابن معسر وابن الابن موسر فالنفقة على الابن اذا لم يكن زمنا لأنه هو الاقرب
ولاسبيل الى ايجاب النفقة على الأبعد مع قيام الاقرب الا أن القاضى يأمر ابن
الابن بأن يؤدي عنه على أن يرجع عليه اذا أيسر فيصير الأبعد نائباعن الاقرب .
وذ كر في موضع آخر قال : والأصل في هذا أن كل من كان يحوز جميع الميراث
وهو معسر يجعل كالميت واذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقيين على قدره واريثهم
وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدره واريث
من يرث معه . بيان هذا الاصل : رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر
عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه
لابيه وامه وعلى أخيه لأمه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها
على الاخ لاب وأم . ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الابن يحوز
جميع الميراث فيجعل كالميت فتكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما
منه وميراثهما من الاب هذا . فاما الابن فوارثه العم لأب وأم لا العم لاب
ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم اه . وذ كر في شرح أدب القاضى
للخصاف . قال واذا اجتمع الموسرون والمعسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين
يعتبر المعسرون أحياء في حتى اظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجب الكل
على الموسرين . بيانه اذا كان للصغير أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام
وأم والاخت من الابوين والام موسرتان والاختان الاخريان معسرتان فكل
النفقة تجب عليهما لكن على أربعة أسهم ثلاثة أسهم على الاخت لأبوين وسهم

على الام ولا يلحق الاختان بالأموات بل يعتبر ان لظهار النصيب ثم يسقط نصيبهما لعسرتهما . وانما يلحق بالأموات من لو كان مع الموسرين حياً لا يرث معهم أما اذا كان يرث لا يلحق بالأموات بل يعتبر لظهار النصيب ثم يسقط نصيبه لعسرتة . وذكر في الحيط قال: الاصل اذا اجتمعت القرابة الوارثون وبعضهم موسرون وبعضهم معسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين يجعل المعسرون كالميت في حق الاستحقاق ولكن لا يجعل كالميت في حق اظهار حق الباقيين عند الحاجة الى القسمة على المعسرين فيظهر نصيب المعسر ثم يسقط نصيبه بعسرتة فلا يلحق بالأموات بل يجعل معهم ثم يسقط نصيبه لعسرتة وعلى الآخرين كل النفقة بقدر ميراثهم . وذكر المسألة التي ذكرها الخصاص . هذه عبارة الاصحاب قلت : وحاصل هذا أنه لا يخلو اما ان كان المعسر القريب الرحم المحرم يجوز جميع الميراث أم لا . فان كان يجوز جميع الميراث يجعل كالميت كالعم مع الخلال او الاخ العصبية مع الخلال فانه اذا كان الخلال موسراً كانت النفقة عليه ويجعل العم كالميت وان كان بعض الورثة معسرين وبعضهم موسرين كالمسألة التي ذكرها الخصاص فان المعسرين يجعون احياء في حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين وتفرض كل النفقة عليهم أمواتا في استحقاق المفروض له كل النفقة على بقية الورثة الموسرين . وانما كان كذلك لان هذه النفقة لا تجب الا على القريب الموسر لا المعسر فاليسار شرط فيها . فالمعسرون لاشيء عليهم فبقى الموسرون فلهمنا أو جنبناها بمجموعها عليهم ثم احتجنا الى قبضها وتوزيعها عليهم وليس لنا دليل لذلك سوى الميراث فقد رنا كأن المفروض له قدمات الآن ومعنا من الورثة الام والاخت الشقيقة والاخت من الاب والاخت لام فسألتهم من ستة للام السدس سهم والاخت الشقيقة النصف وهو ثلاثة أسهم والاخت من الاب السدس سهم والباقي وهو سهم للاخت من الام . فخص المعسرين سهمان في مقابلتهما ثلث النفقة وخص الام والاخت الشقيقة أربعة أسهم سهم اللام وثلاثة للاخت الشقيقة في مقابلتهما ثلثا النفقة فنظرنا في ذلك فوجدنا الاختين المعسرتين ليس عليهما شيء من النفقة

لعمسرتيها فسقط ما خص سهامهما منها ثم نظرنا فوجدنا الأخت الشقيقة والأم
موسرتين وقد خصهما أربعة أسهم ثلاثة للأخت وسهم للأم فقدرنا النفقة على
سهامهما ربهما على الأم وثلاثة أرباعها على الأخت فهذا معنى قول الأصحاب إن
المعسرين من الوراث المشاركين للموسرين أحياء في حق اظهار التهمة أموات في
حق الاستحقاق . ولا يقال فينبغي ألا تسقط حصة المعسرين أصلاً ولا يرد ما
قابلها من النفقة على الموسرين لأن فيه اجحافاً بهم لأننا نقول الواجب على الموسرين
كفاية الفقير القريب الصغير أو الفقير العاجز الكبير وبعض الكفاية إذا جعل
عليهم يكون فيه اجحاف بالمفروض له وينتقص من حقه ولا اجحاف بالموسرين لأنه هو
الواجب عليهم . وإذا فرض عليهم ما واجب عليهم شرعاً لم يكن فيه اجحاف وإذا دار الأمر
بين أن ينظر إلى جانبهم كما ذكرت وبين أن ينظر إلى جانب المفروض له كما ذكرنا فالنظر
إلى جانب المفروض له أولى لأننا لم نجحف بأحدنا بالموسرين فلا نأوجبنا عليهم القدر
المفروض شرعاً وليس في إيجابه اجحاف . وأما المفروض له فقد قدرنا له حقه من غير زيادة
فلم يكن فيه شطط ولا مراعاة له . وهذا الذي قررناه وبسطنا الكلام فيه يحسن جواباً عن
السؤال الذي ذكرناه في كتابنا (الاختلافات الواقعة في المصنفات) وبالله التوفيق

« مسألة »

التدبير نوعان مطلق ومقيد: قال علماء نازحة الله عليهم التدبير نوعان مطلق ومقيد
فالمطلق نحو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقاً . وله ألفاظ . منها ما يكون بصريح اللفظ
مثل أن يقول أنت مدبر وقد دبرتك . وقد يكون بلفظ التحريروالاعتاق تقول أنت حر بعد
موتى أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتقتي بعد موتى أو أعتقتك بعد موتى : وكذا
أنت حر عند موتى أو مع موتى أو في موتى وقد يكون بلفظ التمين نحو أن يقول إن مت فأنت
حر أو إذا مت أو متى مت أو إن حدث بي حدث أو إذا حدث أو متى حدث . وكذا إذا ذكر
في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك . وبأن مات فلان فأنت حر لا يكون مدبراً لأنه
تعليق بشرط لا تدبير فصار بمنزلة سائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد . وبأن
مت وفلان فأنت حر أو أنت حر بعد موتى وموت فلان أو بعد موت فلان وموتى

لا يكون مدبراً الا أن يكون فلان مات قبله فيصير حينئذ مدبراً
ثم اعلم انه لا يصح التدبير الا بعد صدوره مطاقاً عن الاستثناء من أهله مضافاً
الى محله. ولا يصح الا في الملك سواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط أو مضافاً الى وقت
أو مضافاً الى الملك أو سبب الملك نحو أن يقول لأميد لا يملكه ان ملكتك فأنت
حر أو ان اشتريتك فأنت حر ، وان يكون معلقاً بموت المولى لا بموت غيره
وحكم هذا التدبير نوعان نوع يرجع الى حال المدبر في حياته ونوع يرجع الى ما بعد موته .
فالذي يرجع الى حياته فهو ثبوت حق الحرية للمدبر عندنا خلافاً للشافعي . وكل تصرف
يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز . وفي النخبة : كل تصرف يقع على الحر نحو
الاجارة والاستخدام والتزويج لا يمنع في المدبر والمدبرة . وكل تصرف لا يقع في الحر نحو
البيع والامهار يمنع في المدبر والمدبرة وهذا لان المدبر باق على حكم ملك المولى الا انه انعقد
سبب الحرية في حقه فكل تصرف يبطل هذا السبب يمنع المولى عنه صيانة الحق المدبر عن
البطلان وكل تصرف لا يبطل هذا السبب فالمولى يكون مطلقاً به بحكم ملك الرقبة . اهـ .
والأجرة للمولى والمهر والعقروالكسب والغلة للمولى لانها بديل المنافع والمنافع ملكه ولا
يتعلق الدين برقبته بل يتعلق بكسبه ويستوفى بالسعاية . وجنايته على المولى وهو الأقل من
قيمتها ومن أرشها . ويجوز اعتاقه وتجزؤ كتابته . وولد المدبرة من غير سيدها مدبر يعتق
بعته ويرق برقبها . فلو اختلف المولى والمدبرة في الولد فقال المولى ولدته قبل التدبير وهو
رقيق وقالت بعد التدبير وهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لان الولادة ليست
فله والبينة بينة المدبرة . وأما النوع الذي يرجع الى ما بعد موت المدبر فنه عتق المدبر لكن من
ثلث المال فان كان يخرج كله من الثلث يعتق كله وان لم يكن له مال آخر سواه يعتق ثلثه
ويسمى في الثلثين للورثة . وان كان على المولى دين يسمى في جميع قيمته في قضاء دين المولى لان
الدين مقدم على الوصية . ومنه الولاء : واعلم أن ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق ولا ينتقل هذا
الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبر بين شرى يمين أعتقه أحدهما وهو موسر
وضمن فيه نصيب شرى يمينه عتق المدبر ولم يتغير الولاء : واعلم ان المملوك اذا ادعى التدبير
على سيده بين يدي القاضي وأنكر السيد فأقام المدبر البينة بما ادعاه قبلت بينته . ولا بد

من الدعوى من جهة المملوك في قول أبي حنيفة خلافا لها حتى لو قامت البينة بلا دعواه وأنكر التدبير ولم يدعه وواقفه المولى على الإنكار لا تقبل البينة عند أبي حنيفة وعندها تقبل هنا في العبد والأمة . وفي العتق تقبل بينة الاعتاق من غير دعوى الأمة بالاجماع . وفي تدبيرها القبول على الخلاف لأن تدبير الأمة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة في حق الله تعالى : ولو شهد الشهود أنه دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة وعندها تقبل ويجبر على البيان وأما التدبير المقيد فهو أن يقول المولى لعبده ان مت من مرضى هذا أو في سفرى هذا فأنت حر فهذا التدبير لا يمنع جواز البيع ولكن إذا لم يبعه ووجد الشرط يعتق كما يعتق في التدبير المطلق . ولو قال لعبده أنت مدبر على الف فقبل فهو مدبر والمال ساقط إذا مات المولى وعتق العبد . أما المدبر المطلق أو المقيد كما ذكرنا فما كان في يده من المال وعتق فهو ملك المولى . ولو أوصى بوصية صححت ثم ينظر ان خرجت الوصية ورقبته من الثلث كان له ذلك وان لم يخرج من الثلث فيصرف المال كله الى الرقبة فاذا فضل الثلث عن الرقبة تصرف الوصية الى الزيادة سواء كانت الوصية بعين أو بثلاث مرسل . ولو قال لعبد أنت حر قبل موتى بشهر ثم مات بعد شهر قال بعضهم يعتق من ثلث ماله وقال بعضهم من جميع المال وهو الصحيح . كتب في وصيته أن عبده فلانا حر بعد موته ولم يسمع ذلك منه أحد ثم مات وجحدت ورثتها تدبيره يستحلف الورثة على علمهم فان أقر الوارث بما كان في الوصية عتق العبد اذا كان يخرج من الثلث ويلزمه السعاية فيما زاد على الثلث ان كان لا يخرج . ولو كان على المولى دين يحيط به يعتق ويسعى في جميع قيمته واختلفوا في قيمته . قال بعضهم قيمة المدبر قيمته لو كان قنا . وقال بعضهم ثلثا قيمته لو كان قنا . وقال بعضهم ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن فيجعل قيمته ذلك . وقال الفقيه ابو الليث قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا وهكذا ذكره خواهر زاده . ولو كان التدبير مقيدا يقوم قنا . ذكر هذا كله قاضيخان . رجل قال لعبده لا سبيل لي عليك بعد موتى قالوا يصير مدبرا . قال للملوكه اخدم ورثتى بعد موتى سنة ثم أنت حر فمات بعض

الوثة قال بعضهم اذا مضت السنة من وقت الموت يعتق . رجل قال لأُمَّته عند الوصية اذا خدمت ابني هذا وابنتي هذه حتى يستغنيا فانت حرة قالوا ان كان الابن والبنت كبيرين تخدمهما حتى تزوج البنت والابن . وان كانا صغيرين فتخدمهما حتى يدركا لأن استغناءهما يكون عند ماقلنا . وان كانا كبيرين فتزوجت الابنة وبقي الابن تخدمهما جميعا لان شرط العتق خدمتهما حتى يستغنيا فلا تعتق عند استغناء احدهما . وكذا لو كانا صغيرين فادرك احدهما تخدمهما جميعا حتى يدرك الاخر . فاذا مات احدهما قبل ذلك بطلت الوصية لوقوع اليأس . رجل قال لعبدين له احدهما حر بعد موتى وله وصية مائة درهم ثم مات عتقا ولها وصية مائة درهم بينهما لأنه لما مات شاع العتق فيهما جميعا فتشيع الوصية . ولو قال لكل واحد منهما مائة درهم بطلت احدي المائتين لان احدهما عبد . رجل قال كل مملوك لي بعد موتى حر فما كان في ملكه يوم المقالة يكون مدبرا وما يملكه بعد المقالة لا يكون مدبرا . رجل قال اذا ملكت فلانا فهو حر بعد موتى فملكه كان مدبرا

مسألة

اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح : قال علماؤنا رحمهم الله تعالى اسلام الصبي العاقل صحيح اتفاقا وارتداده صحيح عند أبي حنيفة ومحمد ولا يقتل . وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح رده وانفرد الشافعي بانه لا يصح اسلامه أيضا . ثم قول أصحابنا اسلام الصبي الذي يعقل أو العاقل هل هذا العقل مقدر بمدة من العمر أم لا ؟ لم أر احدا قدره بمدة . وانما الذي ذكره فيه ما نقله الشيخ جلال الدين الخبازي في الحاشية على الهداية فقال « قوله الصبي الذي يعقل » أي يعرف أن الاسلام سبب للنجاة ويميز الخبيث من الطيب والخالو من المر كذا قال في جامع السرخسي فاذا أتم صبح هذه عبارته . وفي المحيط اسلام الصبي العاقل صحيح ولم يفسر وانما ذكر في الردة قال . ارتداد الصبي المراهق تصح رده عنده ولا يقتل وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح وفيه شيء . لأن قيمة الاصحاب لم ينصوا على

المراهق ولا نصبوا الخلف فيه وانما نصبوا في الذي يعقل فبقى فيه نوع لبس ان ردة العاقل الذي ليس بمراهق أنها لا تصح اتفاقا ويجعل أن قول الاصحاب الذي يعقل المراد به المراهق ويلزم منه محذور آخر وهو أن تكون المراهقة أيضا معتبرة في اسلامه فان صاحب الهداية جمع في اللفظ وقال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد واسلامه اسلام . فان فسرنا العقل بالمراهقة نفسر الاسلام بها أيضا وفيه نظر . واعلم أن الارتداد فيما نقل عن الامام أن يقول برئت من الاسلام أو دخلت في النصرانية أو يقول تركت دين الاسلام ودخلت في اليهودية أو المجوسية أو قال برئت من الاسلام أو برئت من دين الاسلام أو أنا بريء من محمد صلى الله عليه وسلم وان كذب باحد من الانبياء أو نقص أحدا من الانبياء أو جحد أن الله خالقه أو ربه أو كذب بالجنة أو النار أو بالحساب كان مرتدا وبانت منه امرأته فان لم يتب قتل فان قال تبنت يقال له أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذي ينتحل فاذا قال ذلك فقد تاب فان عاد الى الردة ثانيا وطلب التأجيل أجل وكذا في الثالثة وفي الرابعة استتابة من غير تأجيل فاذا أسلم قبل اسلامه وضرب ضربا وجيعا ويحبس ولا يخرج حتى يظهر عليه خشوع التوبة وقبل الرابعة اذا أسلم لا يضرب ولا يحبس ، ذكر ذلك في الروضة الناطقى : هذا فيما يتعلق بالارتداد سواء كان كبيرا أو صغيرا يعقل على الخلف الذي فيه . وأما ما يتعلق بالاسلام فاعلم أن اليهود والنصارى الذين بين اظميرنا اذا قال الواحد منهم اشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله لا يحكم بالامه حتى يتبرأ عن دينه الذي كان عليه بان يقول أنا بريء من النصرانية ان كان نصرانيا ومن اليهودية ان كان يهوديا ومع ذلك يقول دخلت في الاسلام لأن من اليهود من يقر برسالة النبي صلى الله عليه وسلم الا أنهم يقولون كان رسولا الى الاعراب لا الى بنى اسرائيل فلا يصير مسلما باقراره بالرسالة وبالوحدانية لله تعالى حتى يتبرأ من دينه ويقر أنه دخل في الاسلام . ولو قال اليهودي أو النصراني انا مسلم أو أسلمت لا يحكم بالاسلامه . وعن الحسن بن زياد اذا قال الرجل لدمي أسلم فقال أسلمت كان اسلاما لانه خاطبه بجواب ما كلفه به فيكون اسلاما . ولو قال

اليهودى أو النصرانى لاله الا الله محمد رسول الله برئت من اليهودية ولم يقل مع ذلك دخلت في الاسلام لا يحكم باسلامه حتى لومات لا يصلى عليه . ذكر ذلك قاضيخان في الفتاوى وغيره . وذكر في النخبة . اذا قال اليهودى أو النصرانى أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله لا يحكم باسلامه ما لم يقل تبرأت عن دينى ودخلت في دين الاسلام . وانما شرط محمد رحمه الله التبرؤ عن دينهم ودخولهم في الاسلام لان اليهودى قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية أو المجوسية فيجوز أن يتبرأ عن اليهودية لدخوله في النصرانية لافي الاسلام فلا يحكم باسلامهم ما لم يقرؤ بالدخول في الاسلام . وكذلك لو قال برئت من دينى وأشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله لا يصير مسلما . وعن بعض المشايخ اذا قيل للنصرانى أ محمد رسول الله بحق . قال نعم أنه لا يصير مسلما وهو الصحيح لانه يمكنه أن يؤول فيقول انه رسول الله بحق الى العرب والمعجم لالى بنى اسرائيل . فان قيل يجب ألا يحكم باسلام اليهودى والنصرانى وان أقر برسالة محمد وتبرأ عن دينه ودخل في الاسلام ما لم يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسوله ويقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله تعالى فان هذا من شرائط الاسلام قلنا الاقرار بهذه الاشياء ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لانه لما أقر بدخوله في الاسلام فقد التزم جميع ما كان شرط صحة الاسلام وكما ثبت ذلك بالتصريح يثبت بالدلالة . واذا قال اليهودى أو النصرانى انا مسلم أو قال أسلمت لا يحكم باسلامه لأنهم يدعون ذلك لأنفسهم فان المسلم هو المستسلم للحق المتقاده وهم يدعون أن الحق ما هم عليه فلا يكون مطلق هذا اللفظ دليل الاسلام في حقهم . وفي مجموع النوازل اذا قال أنا مسلم مثلك يصير مسلما . واذا قال الحربى الذى ليس من أهل الكتاب لا اله الا الله محمد رسول الله يصير مسلما . هذه عبارة النخبة . وذكر في الفتاوى الظهيرية اليهود والنصارى الذين اليوم بين أظهر المسلمين اذا قال واحد منهم أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله لا يكون مسلما بهذا لانهم يقولون هذا غير أنهم اذا استفسروا قالوا محمد رسول الله بعث اليكم لالينا فلا يكون هذا دليل اسلامه حتى يضم اليه التبرؤ فان كان نصرانيا قال وأتبرأ من النصرانية وان كان

يهوديا قال وأتبرأ من اليهودية فحينئذ يكرن مسالما لاظهاره ما يخالف اعتقاده .
 وذكر في البدائع قال . الكفرة أصناف أربعة . صنف منهم ينكرون الصانع أصلا
 وهم الدهرية المعطلة . وصنف منهم يقرون بالصانع وينكرون توحيدهم وهم الوثنية
 والمجوس . وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيدهم وينكرون الرسالة رأساً وهم
 قوم من الفلاسفة . وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيدهم والرسالة في الجملة
 لكنهم ينكرون رسالة رسولنا صلي الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى : فان كان
 من الصنف الأول أو الثاني فقال لا إله الا الله يحكم باسلامه لأن هؤلاء يمتنعون
 عن الشهادة أصلا فاذا أقروا بها كان ذلك دليل ايمانهم . وكذلك اذا قال أشهد أن
 محمداً رسول الله لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كلمتي الشهادة فكان الايمان
 بواحدة منها أيتهما كانت دلالة الايمان : وان كان من الصنف الثالث فقال لا إله
 الا الله لا يحكم باسلامه لأنه منكر الرسالة ولا يمتنع عن هذه المقالة . ولو قال أشهد
 أن محمداً رسول الله يحكم باسلامه لأنه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها
 دليل الايمان : وان كان من الصنف الرابع فأتى بالشهادة فقال لا إله الا الله محمد
 رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ عن الدين الذي هو عليه من اليهودية
 أو النصرانية لأن من هؤلاء من يقر برسالة محمد صلي الله عليه وسلم لكنه يقول
 بعث الى العرب دون غيرهم فلا يكون ايمانه بالشهادتين بدون التبرؤ دليل على
 ايمانه . وكذا لو قال يهودى أو نصرانى أنا مؤمن أو مسلم أو قال آمنت أو أسلمت
 لا يحكم باسلامه لأنهم يدعون أنهم مؤمنون ومسلمون وأن الايمان والاسلام هو
 الذي هم عليه . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا قال اليهودى أو النصرانى أنا
 مسلم أو قال أسلمت سئل عن ذلك أى شىء أردت به فان قال أردت به ترك
 اليهودية أو النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن
 ذلك كان مرتداً . وان قال أردت بقولى أسلمت أنى على الحق ولم أرد بذلك الرجوع
 عن دينى لم يحكم باسلامه . وذكر في المحيط قال : باب ما يصير به الكافر مسلماً .
 الكافر اذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم باسلامه . ثم الكافر على ثلاثة ضروب .

عبدة الاوثان وعبدة النيران . والمشرك في الربوبية المنكر للوحدانية كالثنوية .
والمقر بالوحدانية المنكر للرسالة كاليهود والنصارى : فلجأ أحد الربوبية والمشرك فيها
إذا قال لا إله الا الله يحكم باسلامه . وكذا لو قال أشهد أن محمداً رسول الله أو
قال أسلمنا أو آمنة بالله لأنه أثر بما هو مخالف لاعتقاده . وأما المقر بالوحدانية المنكر
للرسالة أصلاً من أهل الكتاب كاليهود والنصارى إذا قال لا إله الا الله لم يكن
مسلماً حتى يقول وأشهد أن محمداً رسول الله لأنهم كانوا يجحدون الرسالة فلم يقرأوا
بخلاف ما اعتقدوا فإذا شهد برسالة محمد صلى الله عليه وسلم يكون مسلماً . ومنهم
من يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ولكنهم يزعمون أنه رسول الى العرب لا
الى بنى اسرائيل كما في بلاد العراق . فمن يقر منهم أن محمداً رسول الله لا يكون
مسلماً حتى يتبرأ من دينه مع ذلك ويقر أنه دخل في الاسلام . ولو قال برئت من
اليهودية أو النصرانية ولم يقل مع ذلك دخلت في الاسلام لا يحكم باسلامه لأنه
يحتمل أنه برئ من اليهودية ودخل في النصرانية أو على عكسه فإذا قال مع ذلك
ودخلت في الاسلام فحينئذ يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا إذا قال
دخلت في الاسلام يحكم باسلامه وان لم يتبرأ مما كان عليه لأن في لفظه ما يدل
على دخول حدث منه في الاسلام وذلك غير ما كان عليه فاستدلنا بهذا اللفظ
أنه تبرأ عما كان عليه . وذكر في الفتاوى البرهانية وتعرف بالتمتة قال : أما
اليهود والنصارى الذين بين ظهراني المسلمين إذا قال أحد منهم أشهد أن لا إله
الا الله وأن محمداً رسول الله لا يكون مسلماً بهذا لأنهم جميعاً يقولون هذا حتى لا يوجد
نصراني ولا يهودي عندنا نسأله الا قال هذه الكلمة وإذا استفسر قال رسول الله
اليكم لا الي بنى اسرائيل ويستدلون عليه بقوله تعالى « هو الذي بعث في
الأميين رسولا منهم » والاميون غير أهل الكتاب ولا يكون هذا دليل اسلامه
حتى يضم اليه التبرؤ . فان كان نصرانياً قال وأتبرأ من النصرانية وان كان
يهودياً قال واتبرأ من اليهودية فحينئذ يكون مسلماً لاظهاره ما يخالف اعتقاده . وفي
سير المتقي عن أبي حنيفة . إذا قال النصراني أشهد ان لا اله الا الله وان محمداً

عبده ورسوله وأنا مسلم أو بدأ بقوله أنا مسلم وثني بالشهادتين فهذا ليس باسلام حتى يتبرأ من النصرانية . وذكر في شرح مختصر الطحاوي للاسبيجاني في كتاب المرتد منه قال سئل أبو يوسف رحمه الله عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم من عند الله عز وجل ويتبرأ من الدين الذي انتحل اليه . وكذلك النصراني اسلامه أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية وإن كان يهوديا يتبرأ من اليهودية . فأما اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله قال لا يكون مسلما لأنهم يقولون جميعا هكذا غير أنهم اذا فسروا قالوا رسول الله اليكم . هذا في اليهود والنصارى الذين هم بين ظهرائي الاسلام . فأما اذا كان في دار الحرب فحمل عليه رجل من المسلمين فقال أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله فهذا دليل اسلامه . أو قال محمد رسول الله أو قال دخلت في دين الاسلام أو قال دخلت في دين محمد رسول الله فهذا كله دليل على اسلامه . ولو قال لا اله الا الله فان كان الرجل ممن لا يقر بالله سبحانه وتعالى فهذا دليل اسلامه . وكذلك اذا قال أشهد أن محمدا رسول الله لأنه ينكر الأمرين جميعاً . وان كان الرجل ممن يقر بلا اله الا الله فقال هذا حين حمل عليه لا يكون هذا دليل اسلامه لأنه مقربه . ولو أن يهوديا أو نصرانيا قال أنا مسلم لم يكن بهذا مسلما . هكذا ذكر محمد بن الحسن هذه المسائل كلها في السير الكبير وذكروها الكرخي في مختصره أيضا : وذكر في شرح السير الكبير لشمس الأئمة السرخسي في باب ما يكون الرجل به مسلما قال . فأما اليهود والنصارى الذين اليوم بين ظهرائي المسلمين اذا قال أحد منهم أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فانه لا يكون مسلما بهذا لأنهم جميعا يقولون هذا وليس من نصراني ولا يهودي عندنا نسأله الا قال هذه الكلمة فاذا استفسرته قال رسول الله اليكم لا الى نبي اسرائيل فعرفت أن هذا لا يكون دليل اسلامه حتى يضم اليه التبوء فان كان نصرانياً قال وأتبرأ من النصرانية وان كان يهوديا قال وأبرأ من اليهودية فحينئذ

يكون مسلماً لاظهار ما هو مخالف لاعتقاده : فتحذر لنا من هذا كله أن اليهودي أو النصراني الذي من أهل الذمة اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ولم يتبرأ من اليهودية ان كان يهودياً أو من النصرانية ان كان نصرانياً لا يصير مسلماً . و كنت قد اختصرت في هذه المسألة على ما نقلته من فتاوى قاضيخان فاتفق أنه أحضر شخص نصراني من حمص في شوال سنة احدى وخمسين وسبعمائة الى دمشق الى دار العدل بسبب كلام وقع منه في حق الجناب الرفيع الشريف النبوي نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فلما حضر قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ولم يتبرأ من النصرانية فادعى عليه بذلك القول عند قاضي القضاة جمال الدين الحنبلي المرادوي ومن مذهبه أنه يرى قتله بذلك القول وان أظهر الاسلام . فقال بعض الحنفية ان هذا صار مسلماً بهذا القول فلا يجوز أن يلبس السوح ولا يغل بالحديد . فقلت له هذا بانفراده لا يصير به مسلماً بل لا بد معه من التبرؤ من النصرانية والاخبار بالدخول في الاسلام . فانكر هذا وقال لا بل يصير بهذا القول وحده مسلماً ولا يشترط التبرؤ فعند ذلك أوردت هذه النقول في هذه المسألة حتى لا يقع غيره من الحنفية في هذه المقالة وكذلك اخترت أن أضم اليه خطوط المفتين الحنفية في زماننا حتى تبقى أبلغ في ازالة هذا الوهم الذي حصل لهذا الحنفي . فأخذت خط الشيخ الامام العلامة جمال الدين ابن الشيخ العلامة سراج الدين الحنفي وهو الذي اسمه في الفتوى وكتب تحته الشيخ الامام نجر الدين ابن الفصيح واسمه احمد بن علي الحنفي . وكتب تحته القاضي شرف الدين الكفري نائبي في الحكم واسمه احمد بن علي الحنفي . وكتب في مقابلة خط الشيخ جمال الدين المشار اليه الشيخ الامام العالم الفاضل ناصر الدين القونوي مدرس المقدمة ويعرف بالشريف واسمه محمد بن احمد القنوي الحنفي . وكتب تحته الشيخ الامام العالم الحقيق صدر الدين ابن الشيخ علاء الدين منصور الحنفي واسمه محمد بن علي الحنفي . وكتب في الورقة الصفري الشيخ الامام العلامة أفضى القضاة عماد الدين اسماعيل ابن ابي العز الحنفي واجاد في كتابته . فهو لاء هم أعيان الحنفية في وقتهم .

فهذا جميعه في حق اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا .
 أما عبدة الاوثان والنيران والمشرک في الربوبية والمنکر للوحدانية كالثانوية
 اذا قال الواحد منهم لا إله الا الله يحکم باسلامه . وكذا لو قال أشهد أن محمداً رسول
 الله أو قال أسلمنا أو آمننا بالله . وأما المقر بالوحدانية والمنکر للرسالة أصلاً كطائفة
 من اليهود والنصارى إذا أتى بالشهادتين يكون مسلماً : وذكر أصحابنا أن الاسلام
 من الكفار كما يصح بالقول يصح بالفعل وسماه في البدائع إيماناً بطريق الدلالة
 ولم أر من حقق الكلام في ذلك وهل يشمل هذا اليهود والنصارى الذين بين
 أظهرنا أولاً . أعنى الاسلام بالفعل . لكن في البدائع قال . وأما بيان ما يحكم به بكونه
 مؤمناً من طريق الدلالة فنحنو أن يصلى الكتابي أو واحد من أهل الشرك في
 جماعة يحكم باسلامه . وهذا فيه احتمال وهو أنه يحتمل أن يكون الكتابي الذي يقر
 بالوحدانية وينکر الرسالة أصلاً سوى الذين بين أظهرنا ويحتمل الكل . فان رجح
 الاحتمال الاول بأنه اذا ثبتت التفرقة بين اليهود والنصارى المقرين بالوحدانية
 وهم منكرين الرسالة أصلاً وبين الذين بين أظهرنا في الصريح فلأن ثبتت في الدلالة
 أولى . قلنا هذا الترجيح لا يحسن أن يرجح . فان الاصحاب رحمهم الله انما فصلوا بين
 اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا وبين المنكرين الرسالة أصلاً أن الذين بين
 أظهرنا معترفون بأن نبينا محمداً صلى الله عليه وسلم أرسل ولكنهم قالوا انه أرسل
 الى العرب فقط فاذا أقروا بالشهادتين من غير تبرؤ ولا اقرار بالدخول في الاسلام
 لا يحكم باسلامهم . لأنه جاز أن يكون مرادهم بهذا القول الاخبار عما هم عليه لا الاقرار
 برسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم الى بني اسرائيل وغيرهم فلا يصح اسلامهم
 الا بالتبرؤ وبالاقرار بالدخول في الاسلام لينقطع ذلك الاحتمال . أما في الاسلام
 بالفعل على الوجه الذي قد ذكره فهذا الاحتمال مفقود . فلهذا قلنا انه يصح منهم
 سواء كانوا ممن يعترفون برسالة محمد أو ينكرونها أصلاً للمعنى الذي ذكرنا: فتحرر
 من هذا كله أن الاسلام بالفعل على الوجه الذي يأتي بيانه ان شاء الله تعالى يصح

من الكفار سواء من أهل الكتاب أو من المشركين أو من عبدة الأوثان أو من اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا الذين يقرؤون برسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وأنه أرسل إلى العرب خاصة أو من الطائفة الأخرى الذين ينكرونها أصلاً كما قدمناه ولا يلتفت إلى ما كتبناه في الترجيح للاحتمال الأول لقوة الثاني والله سبحانه وتعالى أعلم .

جئنا إلى الكلام في الإسلام بالفعل وبيانه . وكان العبد الضعيف مؤلف هذه المسائل غفر الله ذنبه وستر في الجلالاد يوم الجلال عيبه نظم ما يصير به الكافر مسلماً وأثبت ذلك في مصنفه الفوائد المنظومة . وهذه هي الآيات :

يصح إسلام من الكفار	بالفعل كالتقول مع الأظهار
كما إذا صلى مع القوم فقل	في مسجد أو وحده فلا تحل
سجوده عند سماع السجده	يصير مسلماً به فعده
كذلك أحرام مع الطواف	مذهبننا في غاية الانصاف
كذلك لو أدى زكاة الأبل	بلا مرأ فيه فاسمع وانقل

مسائل الوقف

- هذه المسائل تشتمل على ثلاثين مسألة
- (الأولى) في تحرير قول أبي حنيفة في الوقف .
 - (الثانية) في تحرير مذهب أبي يوسف ومحمد فيه .
 - (الثالثة) في بيان أن الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف .
 - (الرابعة) في وقف الإنسان على نفسه وجعل الولاية له .
 - (الخامسة) في وقف المشاع .
 - (السادسة) في وقف البناء والغراس بدون الأرض .
 - (السابعة) في قسمة الوقف من الملك والوقف من الوقف .
 - (الثامنة) في الكلام في قسمة الوقف بين مستحقه وبيان أنها لا تجوز .

- (التاسعة) في الوقف علي الأقرب فالأقرب وبيان من يختص به من الأقرباء .
 (العاشرة) في بيان وقف أهل الذمة .
 (الحادية عشرة) في وقف المريض في المرض المتصل بالموت .
 (الثانية عشرة) في الاستدانة على الوقف للحاجة .
 (الثالثة عشرة) مسألة الاستبدال وتحرير كلام الأصحاب فيها .
 (الرابعة عشرة) في بيع الموقوف اذا خرب .
 (الخامسة عشرة) في الواقف اذا شرط أن يوفى دينه من ريع الوقف .
 (السادسة عشرة) في الواقف اذا شرط في كتاب الوقف الولاية لشخص هل يملك عزله وتولية غيره أم لا ؟
 (السابعة عشرة) اذا قال وقفت حصتي من هذه الدار وهي الثلث وكانت حصته النصف أو أكثر من الثلث هل تكون جميع حصته وقفاً أم ما سمي ؟
 (الثامنة عشرة) اذا قال وقفت حصتي من هذه الدار ولم يسم مقدارها هل يصح أم لا ؟
 (التاسعة عشرة) في وقف المرهون .
 (العشرون) اذا وقف على بنيه وله بنون وبنات هل تدخل البنات مع البنين أم لا ؟
 (الحادية والعشرون) اذا وقف على اخوته هل تدخل الاخوات أم لا .
 (الثانية والعشرون) في وقف الفضولي واجازة المالك .
 (الثالثة والعشرون) اذا شرط الولاية في الوقف الى الأفضل فالأفضل من ولده وكانوا في الفضل سواء لمن تكون الولاية
 (الرابعة والعشرون) اذا شرط الولاية لفلان حتى يدرك ابني فلان هل يصح أم لا .
 (الخامسة والعشرون) اذا اشتبهت مصارف الوقف كيف يصرف ريعه

(السادسة والعشرون) اذا وقف وعليه ديون قصدا منه للمطالبة هل يصح أم لا
(السابعة والعشرون) في المسجد اذا احتاج الى نفقة وليس عليه وقف هل
يجوز أن يؤجر منه قطعة لنفقته أم لا

(الثامنة والعشرون) في متولى الوقف اذا قبض مال الوقف ومات مجهلا
ولم يبين ماذا صنع به هل يضمن أم لا .

(التاسعة والعشرون) في بيان من حجر عليه القاضى لسفه أو لدين عليه
فوقف أرضا له هل يجوز أم لا .

(الثلاثون) في ذكر خاتمة لمسائل الوقف تشتمل على ما اذا وقف
أرضه تليجئة هل ينفذ أم لا ؟

أما المسألة الأولى * فاعلم أن الوقف جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد
وزفر والحسن بن زياد . هكذا نص عليه قاضيخان في الفتاوى قال : وذكر في
الأصل كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وبظاهر هذا اللفظ أخذ بهض الناس فقال
عند أبي حنيفة لا يجيز الوقف . وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل الا أن عند
أبي حنيفة يجوز جواز الاعارة وتصرف منفعتة الى جهة الوقف وتبقى العين على
ملك الوقف وله أن يرجع عنه ويجوز بيعه وان مات يورث عنه . ولا يلزم عنده
الا بطريقتين أحدهما قضاء القاضى بلزومه لأنه مجتهد فيه يسلم الواقف ما وقفه الى
المتولى ثم يريد أن يرجع فينازعه بعلة عدم اللزوم ويختصمان الى القاضى فيقضى
بلزومه . ولو حكما رجلا فحكم بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح أنه بحكم
الحكم لا يرتفع الخلاف والقاضى أن يبطله . والثاني أن يخرج مخرج الوصية . فيقول
أوصيت بعلة دارى هذه أو بعلة أرضى هذه أو يقول جعلت هذه الدار وقفاً
فتصدقوا بعلتها على المساكين . وكذا لو أوصى بأن يوقف يجوز من الثلث .
وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكاليف . والناس لم يأخذوا بقول الامام في هذا
الا نثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وتعامل الناس باتخاذ
الرباطات والخانات أولها وقف الخليل صلوات الله عليه . هذه عبارة قاضيخان :

وذكر في الذخيرة ماصورته قال . الفصل الثاني فيما يتعلق بجواز الوقف وشرائط صحته . وذكر في ظاهر الرواية أن شرط جواز الوقف عند أبي حنيفة الاضافة الى مابعد الموت حتى لو لم يضاف الى مابعد الموت ولم يوص به لم يصح . وقال أبو يوسف ومحمد ليس هذا بشرط حتى يمتنع من بيعه ولا يورث عنه لومات . وحاصل الخلاف راجع الى تفسير الوقف . فاذا قال أبو حنيفة تفسيره حبست العين على ملكي وتصدقت بشهرتها على المساكين فلا يصح اذا كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية وعلى قولها تفسير الوقف أزلت العين عن ملكي الى الله وجعلته محبوسا في ملكي ومنفعته للعباد فهذا صحيح وان لم يكن موصى به كافي المسجد . قال شمس الأئمة السرخسي : الاضافة الى مابعد الموت أو الوصية عند أبي حنيفة ليست بشرط الجواز فان الوقف جائز عنده بدون ذلك ولكنه غير لازم وانما يصير لازما بالاضافة الى مابعد الموت أو بالوصية وهذا لأن أبا حنيفة يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا المنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة . ومعنى الجواز جواز صرف الغلة الى تلك الجهة . هذه عبارة الذخيرة . وذكر في الكافي قال ثم قيل المنفعة معدومة والتصديق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عند الامام . والأصح أنه جائز اجماعا الا أنه غير لازم عنده كالعارية فيرجع فيه ويباع ويوهب ويورث . وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه اليه تعالى على وجه يعود نفعه الى العباد فلزم . هذه عبارته : وذكر في شرح المنظومة في الكلام على قول الشيخ أبي حفص « والوقف قال باطل » أي يبطل ويلزم الوقف الذي يسجل . قال أبو حنيفة الوقف باطل أي الواقف أن يرجع عنه وأن يبيع ما وقف واذا مات يورث عنه الا أن يقضى القاضي بلزومه فحينئذ يصير لازما . وقال هو لازم وان لم يقض القاضي بلزومه . وأصل الاختلاف في تفسير الوقف ، فعنده الوقف شرعا حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة كالعارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصديق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المذكور في الأصل ، والأصح

أنه جائز عنده غير لازم كالعارية وعندنا حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعتة الى العباد فيلزم . والعمل اليوم بقولهما . هذه عبارته . وذكر في البدائع قال لاخلاف بين العلماء في جواز الوقف في حق وجوب التصديق بالفرع مادام الواقف حيا حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصديق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصديق بالغلة ؛ ولاخلاف أيضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضي أوأضافه الى ما بعد الموت بان قال اذا مات فقد جعلت داري أو أرضي وقفاً على كذا أو قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي ؛ واختلفوا في جوازه مزيلا لملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لافرق بين ما اذا وقف في حال الصحة وبين ما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم ، وروى الطحاوي عنه أنه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد الموت وأما عندهما فهو جائز في الصحة والمرض اهـ . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال : قال شمس الأئمة السرخسي وظن بعض أصحابنا أن الوقف غير جائز على قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية فنقول فأما أبو حنيفة فكان لا يجوز ذلك ومراده ألا يجعله لازما فأما أصل الجواز فنابت عنده لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا بالمنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصى بعد موته يكون لازما بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت : فأما أبو يوسف ومحمد فقالا الواقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن الدخول في ملك غيره فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته . وذكر في شرح القدوري للزاهدي قال قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم

أويعلقه بموته وذكر من هبهما واستبدل لهما ثم استبدل للإمام فقال . ولأبي حنيفة وهو قول زفر أن الوقف تبرع بالمنافع فلا يلزم كالأعارة إلا إذا حكم به حاكم فيلحقه بالقطع ولأنه مجتهد فيه فينفذ اجتهاده أو يعلقه بموته فيصير وصية فيعتبر فيه ما يعتبر بالوصية حتى اعتبر خروجه من الثلث . ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف عنده أصلاً وهو المفلوظ في الأصل والأصح أنه جائز لكنه غير لازم كالعارية هذه عبارته . وذكر في الهداية قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقد وقفت داري على كذا . وقال أبو يوسف يزول الملك بمجرد القول . وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف واليا ويسلمه إليه . قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو المفلوظ في الأصل والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيأزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمها والترحيج بالدليل هذه عبارة الهداية . وذكر في المبسوط ما صورته قال أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي أملاء أعلم أن الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يوقف أيقافاً ووقف يقف وقفاً قال الله تعالى « وقفوهم إنهم مسئولون » الآية وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن الملك من العين . وظن بعض أصحابنا أنه غير جائز على قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية فنقول : فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ومراده إلا يجعله لازماً فأصل الجواز ثابت عنده لأنه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صار بالمنفعة إلى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والمارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصى بدموته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت . فأما أبو يوسف ومحمد فقالا الواقف يزيل ملكه وإنما يحبس العين عن الدخول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع

زوال ملكه فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه وكان أبو يوسف يقول
أولا بقول أبي حنيفة فلما حج مع هارون الرشيد فرأى وقوف الصحابة بالمدينة
ونواحيها رجع وأقْبى بالزوم هذه عبارته . قلت وحاصل ما نقلناه من ههنا التصانيف
وتحرير الكلام فيما نحن فيه ان الأصح من قول الامام أبي حنيفة رحمه الله تعالى
أن الوقف الذي ليس بمضاف الى ما بعد الموت ولا هو دى به ولا يحكم به صحيح
عند أبي حنيفة في الأصح المنقول عنه لا كما ظن عنه بعض الناس وعزود اليه من
أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة ألا يصح أو باطل بل هو بمنزلة العارية والعارية
صحيحة غير لازمة فكذا الوقف صحيح ليس بلازم . أما الذي هو بطريق الوصية أو
المضاف أو المحكوم به فهو صحيح لازم في الحال حتى لا يملك بيعه ولا يورث
عنه اذا مات كقول أبي يوسف ومحمد في الوقف مطلقا . هذا ما حررناه من نقل مذهب
الامام أبي حنيفة في الوقف ونقل مذهب أبي يوسف ومحمد لكن محمدا شرط
شروطاً أخر معروفة من كونه لا يكون مشاعا واخرجه من يدد وتسليمه الى المتولى
وأن يجعل آخره لجهة بر لا تنقطع كما عرف . فأما الفتوى في الوقف مطلقاً فاعلم أن
الزاهدي ذكر في شرح القدوري أن فتوى أئمة بلخ ومتأخري مشايخ بخارى
وخوارزم بقول أبي يوسف . وذكر في القنية ان الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف
وكذا في كتاب القضاء . وفي المحيط قال ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيباً
للناس في الوقف ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد . وذكر هلال في وقفه بعد ما ذكر
قول أبي حنيفة في الوقف وأنه يفتقر الى قضاء القاضى قال وأما قولنا « وقول أبي
يوسف فهذا وقف صحيح جائز » يكون أصل الأرض وقفاً ويتصدق بغلتها على
المساكين وما جاء في الأحاديث من اجازة الوقف فاكثر وأظهر من حديث
ابن مسعود رضى الله تعالى عنه وبها نأخذ . وذكر في فتاوى قاضيخان بعد ما ذكر
قول أبي حنيفة قال : وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكاليف والناس لم يأخذوا
بقول أبي حنيفة في هذه الآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وذكر
في السكافي الفتوى على قولهما . وذكر في الذخيرة ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي

يوسف في وقف المشاع ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد. وذكر في الفتاوى الظهيرية قال كان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة ثم رجع وقد استبعد محمد قول أبي حنيفة في الكتاب وسماه تحكما على الناس من غير حجة وقال ما أخذ الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه إلا تركهم التحكم على الناس ولو جاز تقليد أبي حنيفة في هذا لكان من مضى قبل أبي حنيفة أخرى أن يقلدوا. وذكر في شرح مجمع البحرين وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد والفتوى عليه. وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال وأكثر أصحابنا أخذوا بقولها. وذكر في منية المفتي قال الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف وقد مر في الاجارات. وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي قال ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن أيضا نفتي بقوله. وذكر في الفتاوى الصغرى الحسامية قال الصدر الشهيد في واقعاته نحن نفتي بقول أبي يوسف ومشايخ بلخ كانوا يفتون بقوله. وذكر في الفتاوى الصغرى الظهيرية والفتوى في جواز الوقف على قول أبي يوسف ومحمد

المسألة الرابعة : في وقف الانسان على نفسه :

ذكر الخصاص في وقفه . باب الرجل يقف الأرض على نفسه ثم من بعده على المساكين . قال أبو بكر : واذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله عز وجل أبدا على نفسه ثم من بعده على الفقراء أو قال على أن غلتها لى أبدا ما عشت ثم من بعدى على الفقراء أو قال على نفسى ومن بعدى على ولدى وولد ولدى ونسلهم أبدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا فهي على المساكين أو قال على نفسى ثم من بعدى على فلان وولده وولد ولده ونسله أبدا ما تناسلوا فاذا انقرضوا فهي موقوفة على الفقراء والمساكين فانما لا يحفظ في ذلك شيئا عن أصحابنا المتقدمين الا ما روى عن أبي يوسف أنه قال : اذا استثنى الواقف أن ينفق غلة ما وقف على نفسه وولده وحشمه مادام حيا فذلك جائز . وقاس ذلك على ما استثناه عمر بن الخطاب رضى الله عنه مما استثناه لوالى صدقته أن يأكل منها ويؤكل صديقه فقال ذلك قياسا على ما قاله . وكان عمر رضى الله عنه هو والى تلك الصدقة . فقلنا وبالله التوفيق : ان استثناء

انفاق الغلة على نفسه وولده وحشمه هو بمنزلة قوله قد وقفت هذه الأرض على
نفسى ثم من بعدى على المساكين ألا ترى أن له أن ينفق الغلة كلها على نفسه
وولده وحشمه أبدا مادام حيا اذا استثنى . فلما استثناه أن يزيد من يرى زيادته
وأن يخرج من صدقته من شاء اخراجه منها وأن يدخل فيها من شاء ادخاله
وينقص من شاء أن ينقصه منها مما كان جعله له فقد جوز هذا من أجاز الوقف من
أصحابنا ومن غيرهم ان شاء الله . وقال بعض فقهاء البصرة . اذا قال قد جعلت
أرضى هذه صدقة موقوفة على نفسى او قال على أن لى غلتها ما عشت ثم من
بعدى على الفقراء ان الوقف باطل من قبل أنه اذا قال قد وقفت على نفسى ثم من
بعدى على الفقراء لم تخرج الأرض من ملكه لأنه اذا كان واقفا على نفسه فملك
الأرض له على حاله . قلنا كيف يكون ملك الأرض له على حاله وقد جعلها وقفا
على المساكين من بعده فهي خارجة عن ملكه بالوقف الذى وقفها . ألا ترى انه
لو قال قد جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة لله أبدا على الفقراء كانت بهذا القول
خارجة عن ملكه الى الصدقة . ولو قال صدقة موقوفة لله أبدا على أن يبدأ بفلان
فتكون غلتها له أبدا ما عاش فاذا توفى فلان كانت غلتها للفقراء كان ذلك جائزا
فكذلك قوله على نفسى ثم من بعدى على الفقراء ولا يحفظ عن أبي يوسف في
هذه اللفظة شيئا وهى قوله قد جعلتها وقفاً على نفسى ومن بعدى على الفقراء
ولكننا قلنا ذلك قياسا على ما أجاز من الاستثناء أن له أن ينفق على نفسه غلة هذه
الصدقة أبدا ما عاش . ومما يقوى هذا القول ما روى عن محمد بن الحسن انه أجاز
الوقف على أمهات اولاد الواقف وعلى مدبراته فقال فى كتاب الوقف يكون ذلك
لهم فى حياته وبعد مماته وهؤلاء مماليكه فى أحكامهم الا أنه لا يجوز أن يملك
انسانا منهم شيئا . وقال بعض فقهاء أهل البصرة . ان الرجل اذا وقف أرضا له
على أمهات اولاده او على مدبراته ومن بعدهم على الفقراء ان ذلك لا يجوز من
قبل ان الأرض لم تخرج من ملكه لأن وقفه الأرض على هؤلاء بمنزلة وقفه على
نفسه فلما رأينا أبا يوسف قد أجاز للواقف ان يستثنى غلة وقفه فيقفها على نفسه

ما عاش أبداً فإن مات صار ذلك للمساكين . ورأينا محمد بن الحسن قد أجاز أن
 يوقف على أمهات أولاده ومدبراته يجوزنا هذه اللفظة له وقلنا إذا قال على نفسه
 ومن بعدى على المساكين ان ذلك جائز على ما شرطه هذه عبارته : - وذكري
 الذخيرة قال : إذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على نفسى قال هلال لا يجوز
 الوقف وعلى قياس قول أبى يوسف يجوز لان الواقف لو شرط لنفسه أن يأكل
 من غلته على قول أبى يوسف يجوز . وليس عن محمد رواية ظاهرة في هذه الصورة
 واختلف المشايخ على قول بعضهم قالوا لا يجوز عنده لأن الاخراج من يده
 والتسليم إلى المتولى شرط وإذا كان الوقف على نفسه كان المتولى قابضاً للوقف
 فكأنه لم يخرج من يده . وبعضهم قالوا على قول محمد يجوز . وكان الفقيه أبو بكر
 الاسكاف يميز أن يشترط الواقف لنفسه الأكل فيقول على أنى آكل منه ولا
 يميز الوقف على نفسه وكان يقول الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فيبطل
 وشرط الأكل لنفسه خرج مخرج الوقف على وجه الصحة فيصح . وذكري
 المبسوط : لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حياً فذلك جائز عند أبى يوسف
 اعتباراً للابتداء بالانتهاء لأنه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها وإذا انقطعت
 عادت الغلة إليه في الانتهاء وكما يجوز في الانتهاء يجوز في الابتداء أن يقدم نفسه
 على غيره في الغلة وهذا لأن معنى التقرب لا ينعدم بهذا . قال عليه السلام
 « نفقة الرجل على نفسه صدقة » وقال عليه السلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول »
 فأما عند محمد إذا جعله وقفاً على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حياً فالوقف
 باطل . وهو مذهب أهل البصرة . وكذا شرط الغلة لأنها بمنزلة اشتراطها لنفسه
 ولكن ذكر محمد أنه إذا اشترط الغلة لأمهات أولاده فهو جائز . وهذا على أصل
 أبى يوسف غير مشكل . وذكري في فتاوى قاضيخان : رجل قال أرضى هذه
 صدقة موقوفة على نفسى قال هلال لا يجوز هذا الوقف . وقال الفقيه أبو جعفر
 ينبغي أن يجوز في قياس قول أبى يوسف . ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف
 وقالوا يجوز الوقف والشرط جميعاً . وذكري المصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبى

يوسف ترغيباً للناس في الوقف . وقال الفقيه أبو جعفر ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد الا فيما اذا وقف على أمهات أولاده فانه يجوز عنده أيضا . قال الفقيه أبو جعفر الوقف على أمهات أولاده بمنزلة وقفه على نفسه لأن ما يكون لأمهات أولاده في حياته يكون له . وفي الفتاوى الكبرى الظهيرية مثله . وذكر في الهداية قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه مدة حياته جاز عند أبي يوسف . قال رحمه الله ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه . اما الاول فهو جائز عند أبي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال وبه قال الشافعي وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب

ولو أن الواقف شرط الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كماله أن يخرج الوصي نظرا للصغار . وكذا اذا شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع . وذكر في وقف ابن مازة قال : اذا وقف الرجل أرضه على نفسه فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه . اما ان قال وقفت أرضي هذه على نفسي ثم على الفقراء . أو قال وقفت أرضي هذه على نفسي وعلى فلان ثم على الفقراء . أو قال وقفت أرضي هذه على نفسي ثم من بعده على نفسي ثم على الفقراء . ففي الوجه الاول الوقف جائز في قول أبي يوسف وعند هلال لايجوز . ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف . وفي الوجه الثاني جائز عند أبي يوسف في جميعه وعند هلال يجوز في حصة الاجنبي . وفي الوجه الثالث يجوز عند أبي يوسف وعند هلال لايجوز وفي الوجه الرابع جائز عند أبي يوسف وعند هلال لايجوز . وذكر في الفتاوى الصغرى الظهيرية ماصورته . اذا وقف وشرط لنفسه مادام حيا على قول من قال لا يصح هذا الشرط يبطل الوقف . والفتوى على انه يجوز

المسألة الخامسة في وقف المشاع

ذكر الخصاص في وقفه قال . لو أن رجلا وقف نصف أرض له أو نصف دار وذلك مشاع فوقف ذلك وقفاً صحيحاً ان ذلك جائز على منذهب أبي يوسف . قلت ولم جاز ذلك وهو مشاع غير معلوم ؟ قال ان كنت تريد بقولك غير معلوم أنه ليس بمقسوم ، فهو مشاع ليس بمقسوم لأنه لا يحتاج الى قبض وان كنت تريد بقولك ليس بمعلوم انه مجهول فهو معلوم لانه سمي نصفها . وكذلك ان سمي ثلثاً أو ربعاً وكذلك ان سمي سهاماً من سهام فهذا معلوم معروف . قلت فان قال قد وقفت جميع حصتي من هذه الأرض أو من هذه الدار ولم يسم سهام ذلك . قال : أستحسن أن أجاز ذلك اذا كان الواقف ثابتاً على الاقرار بالوقف . فان جحد الواقف الوقف فان جاءت بينة تشهد عليه بالوقف وبمقدار حصته من الأرض أو من الدار وسموا ذلك قبل القاضي ذلك وحكم بالوقف على ما صح عنده منه . وان شهدوا على الواقف باقراره بالوقف ولم يعرفوا مقدار ما له من الأرض أو من الدار أجبره التناهي بان يسمى ماله من ذلك فما سمي من شيء فالقول فيه قوله ويحكم عليه بوقفه لذلك ^(١) . وان كان الواقف قد مات فوارثه يقوم مقامه في ذلك فما أقر به من ذلك لزمه الا أن يصح عند القاضي غير ذلك فيحكم بما يصح عنده منه . وذكر في الذخيرة : اعلم ان الشيوخ فيما لا يمتثل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف . وأما الشيوخ فيما يمتثل القسمة هل يمنع صحة الوقف ؟ على قول محمد يمنع . وعلى قول أبي يوسف لا يمنع . ولو وقف بجميع أرضه أو داره ثم استحق نصفها أو ربعها شائماً بطل الوقف فيما بقي عند محمد . بخلاف ما لو استحق شيء بعينه حيث لا يبطل الوقف في الباقي . ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف في وقف المشاع ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد .

المسألة السادسة في وقف البناء والنراس بدون الارض

اعلم ان هذه المسألة لم أر أحداً من الأصحاب ذكرها الا صاحب الذخيرة

(١) هنا صريح في قبول الشهادة بالاقرار بالوقف مع الجهالة ولكن لا يمتثل الا بقوله البيان

والاسبيجابى . وصورة ما ذكره فى الذخيرة قال : وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح لأنه منقول ووقفه غير متعارف . واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قرية فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قرية أخرى اختلف المشايخ . قال بعضهم لا يجوز . وقال بعضهم يجوز لأن جهات القرية وان اختلفت فأصل القرية يجمعها واختلف الجهة لا يوجب اختلاف الحكم بعد اتفاق أصل القرية كما قلنا فى سبعة نفر نكروا بدنة أو بقرة ونوى بعضهم الأضحية وبعضهم هدى المتعة أو القران وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم التطوع جاز . ويمثله لو نوى بعضهم اللحم لا يجوز كذا هنا . وأما اذا غرس شجرة ووقفها ، ان غرسها فى أرض غير موقوفة فلا يخلو اما ان وقفها بموضعها من الأرض فيصح تبعا للأرض بحكم الاتصال . وان وقفها دون أصلها لم يصح . فان كانت فى أرض موقوفة فوقفها على تلك الجهة جاز وان وقفها على جهة أخرى فعلى الاختلاف الذى مر فى البناء . وهذا لأن الشجر نظير البناء من حيث ان قيامها بالأرض وهى تبع بحكم الاتصال كالبناء . وصورة ما ذكره الاسبيجابى فى شرح مختصر الطحاوى قال : والوقف انما يجوز فى غير المنقول من العقار والأرضين وغيرهما ، فاما المنقول فلا يجوز وقفه الا اذا كان تبعا لغيره من غير المنقول وهو ان يقف أرضا فيها بقر وعبيد لمصالحها فيشترط ذلك فى الوقف فيكون وقفا معها . أو اذا جرت العادة به كما اذا وقف المر والقدم لحفر القبور أو وقف الجنائز أو ثياب الجنائز . ولو وقف الاشجار القائمة مع الأرض لا يجوز قياسا ويجوز استحسانا : قلت . فتحرر لنا من هذا أن وقف البناء والغراس يجوز ان كانت الارض موقوفة على الصحيح لانه جاز على وجه الاستحسان كما ذكره الاسبيجابى والأصل أن ما يثبت على وجه الاستحسان يكون العمل عليه الا فى مسائل محصورة ، وهذه المسألة ليست منها . ولا يقال ان صاحب الذخيرة قد قال « ان وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح » ان هذا فى كل الصور ، بل نقول انه محمول على ما اذا وقف بناءه أو شجره بدون الارض وهى ملكه يدل عليه قوله بعد « واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قرية

أخرى فبنى عليها بناء ووقفه على جهة قرربة أخرى جاز « لأنه لو كان قوله أولاً وهو « وقف البناء من غير وقف الأصل لا يجوز هو الصحيح » شاملاً لكل الصور لما جاز أن يعيد ما قلناه ولا كان يحسن أن يقال اختلف المشايخ فيه . فان المشايخ إنما اختلفوا في الصورة التي هي أنه وقف بناءه على جهة قرربة وأصل البقعة على جهة أخرى . وهذا التقرير ظاهر . وكذا يجب أن يحمل قول الاسبيجاني من قوله استحسانا على صورة وقف البناء في أرض موقوفة جمعا بين ما هو الأصل من قوله استحسانا وبين قوله في الذخيرة وهو الصحيح والا كان يلزم أن يكون وجه الاستحسان غير الصحيح وهذا لا يجوز لأن هذا ليس من المسائل الخارجة عن الأصل في القياس والاستحسان فتعين الحمل على ما ذكرناه والله أعلم

واستفدنا من قول صاحب الذخيرة « وإذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قرربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قرربة أخرى الى قوله وقال بعضهم يجوز أن يشمل البناء والغراس الذي غرس والبناء الذي بنى بطريق الاجارة وان كانت الاجارة لها نهاية ولا يضر ذلك ويبقى باجر المثل ، لان قوله « فبنى » اما ان يكون البناء بطريق الاجارة او بطريق الغصب او بطريق العارية . لاجاز ان يكون بطريق الغصب لأن الوقف يقصد به الأجر والثواب والغصب ينافيه . ولا جائز ان يكون بطريق العارية لان الوقف لا يعار لان العارية تملك المنافع بنير عوض وفي الوقف لا يجوز ذلك . فتعين ان يكون بطريق الاجارة . ومن المعلوم ان الاجارة لا تكون الا بأجرة . فاذا انقضت المدة اما ان نقول بمجده الناظر اجارة او انه يلزم بأجر المثل في ريع البناء والغراس . وعلى كل تقدير من الغصب والعارية والاجارة فليس البناء والغراس بمؤبد لأنه ان كان غصب وبنى فللناظر ان يطالبه بالقاع وان كان جهل واعار فللقاضي ان يلزمه بالرفع . وان كان بطريق الاجارة فلها نهاية . وقد نقل صاحب الذخيرة عن بعض المشايخ انه يجوز الوقف ، فاعلمنا ان هذا الانتهاء لا يضره على هذا القول

فتلخص لنا من هذا كله أن الشخص اذا استأجر بياض ارض موقوفة على

جهة ونبي فيها أو غرس ثم بدا له أن يقف البناء أو الغراس الذي له على جهة
بر غير تلك الجهة التي وقف عليها العقار أنه يجوز على قول بعض المشايخ . وكذلك
يتخرج لنا أنه لو ناصب مكان الاجارة مناصبة صحيحة ثم وقف نصيبه من
الاشجار أنه يجوز على قول من يجوز وقف المشاع . وكذلك يتخرج لنا لو بني
في الأرض الموقوفة المستأجرة مسجدا ووقفه لله تعالى أنه يجوز . فاذا جاز فعلى
من يكون حكره ، الظاهر انه يكون على المستأجر ما دامت المدة باقية فاذا انقضت
ينبغي أن يكون من بيت المال من الخراج واخواته ومصالح المسلمين .

المسألة السابعة في قسمة الوقف من المالك أو من وقف آخر :

اعلم أن هذه المسألة ذكرها هلال في وقفه قل : قلت رأيت رجلين وقفا
أرضا لهما وقفا صحيحا جائزا ألهدا أن يقسما هذه الأرض ؟ قال لهما أن يقسماها ويكون
في يد كل واحد منهما حصته من هذه الأرض محدودة على مثل ما وقفها عليه . قلت
وسواء وقفها على وجه واحد أو على وجوه مختلفة ، قال هما سواء . قلت : اذا
وقف أرضين ودورا بينه وبين رجل فأراد أن يقاسم شريكه أنه ان يجمع الوقف
في أرض واحدة او يقسم كل واحدة على حدتها ولا يجمع ذلك في أرض واحدة
قال أما على قياس قول أبي يوسف فإنه يجمع ذلك اذا كان في ذلك حظ للوقف .
وقال ابو يوسف في أرضين بين رجلين اني أقسم بينهما فأجمع لكل واحد منهما
حصته في أرض او أرضين اذا كانت في ناحية واحدة وكذلك الدور . وقال ان
كانت الدور بالبصرة وبالكوفة لم أولف بينهما وإنما أولف بينهما اذا كانا في
مصر واحدهما قولنا وكذلك الوقف على هذا القول . قلت : رأيت أرضا بين
رجلين وقف أحدهما حصته منها على وجه مسمى فأراد شريكه أن يقاسمه الأرض
قال فله ذلك ويؤخذ بمقاسمة شريكه . قلت : فان قاسم الآخر بدون القاضي ، قال
القسمة جائزة لأن الولاية الى الواقف واذا كانت الولاية للواقف كان له ان يقسم
ما وقف منها ويجوز . قلت . لو كان الواقف قد هلك وأوصى الى رجل أ كان
لوصيه ان يقاسم الشريك في الأرض قال نعم . قلت وكذلك لو كان الواقف

وكل بالمقاسمه وكيلاً كانت الوكالة جائزة قال نعم : قلت - رأيت الواقف ان مات ولم يوص الى أحد قال لا تجوز القسمة في الوقف الا بالقاضى . قلت . رأيت اذا وقف نصف أرضه ثم أراد أن يقسم ذلك ويجوز له أن يقسم هذه الأرض لأنه يقاسم نفسه حتى يكون القاضى هو الذى يقسمها أو يوكل بذلك من يقسمها . قلت . رأيت لو باع نصيبه فيها بيعاً صحيحاً قال فله أن يقاسم المشتري ويجوز الوقف قال نعم . قلت . رأيت لو أوصى فى مرضه بوقف ثلث أرضه على وجوه مسماة قال فالوصية جائزة . قلت : وسواء أوصى به شائعاً أو مقسوماً قال هما سواء وهو جائز . قلت . رأيت الوصى أنه أن يقاسم الورثة هذه الأرض قل نعم اذا كانوا كباراً قاسمهم ذلك فان كان فيهم الصغير والكبير قال فللوصى أن يجعل الوقف وحصه الأيتام حيزاً واحداً ويقاسم الكبار فيدفع اليهم حصتهم مقسومة . قال رأيت ان قسم الوصى الأرض فأخذ الكبار حصتهم وحاز حصص الصغار والوقف أيقسم بين الوقف والصغار قال لا يجوز شئ . من ذلك وليس للوصى أن يقاسم بين الموقوف عليهم واليتيم . قلت ولم قلت ذلك ؟ قال ألا ترى أنه ليس للوصى أن يقسم بين الأيتام وله أن يجعل سهامهم حيزاً واحداً فكذلك ما وصفت لك . قلت . فلو كان الوصى وارثاً وقد أوصى الميت أن يقف ثلث أرضه قال فالوصية جائزة وليس لهذا الوصى الوارث أن يقاسم هؤلاء الورثة الا أن يجعل نصيبه ونصيب الوقف حيزاً واحداً فان فعل ذلك جازت القسمة فأما أن يقسم حصته من جهة لوقف فليس له ذلك الا بالقاضى . قلت رأيت الميت لو أوصى الى جماعة أحدهم وارث الميت قال لا يجوز قسمة الوقف الا بالقاضى . قلت : رأيت الواقف اذا قاسم شريكه الارضين أنه أن يأخذ فضل دراهم قال ليس له ذلك لأنه يبيع بعض الوقف . قلت فلو كان الواقف أعطى الشريك دراهم قال فالقسمة جائزة . قلت ويكون للواقف مما يقسم بقدر حصته التي جمعت له مطلقاً أو وقف . قال بل تكون مطلقة لأنها بمنزلة الشراء : قلت . فلهذا الواقف المناقلة قال ليس له أن يناقل الى شئ من الارضين لم يقف منها شيئاً . فاما اذا كان وقف منها شيئاً فله ذلك على قول أبي يوسف وأما

على قول أبي حنيفة فليس له ذلك . قلت : فلهذا الواقف أن يقاسم شريكه باختيار أو بقرعة قال هما سواء وهو جائز كله ما لم يأت غبن فالحش بين أكثر مما يتعابن الناس به . قلت : رأيت رجلا وقف نصف أرضه على وجوه مسماة معلومة ثم وقف ما بقي منها بعد ذلك على وجوه أخرى قال فهذا جائز . قلت : فإن أراد أن يقسم بين الوقفين قل ليس له ذلك . قلت : ولم قلت ذلك ؟ قال لأن الواقف واحد والوالى واحد فليس له ذلك . قلت : وسواء وقفها وقنين مختلفين أو وقفها واحدا قال نعم هذا كله سواء وهو جائز . وذكر الخصاص في وقفه . رأيت رجلا إذا وقف نصف أرضه أو نصف داره مشاعا هل له أن يقسم ذلك فيفرز حصة الوقف قال لا ليس له أن يقاسم نفسه . قلت : فكيف تكون القسمة في هذا وكيف يحوز ؟ قال ان رفع أهل الوقف ذلك الى القاضي وسألوه أن يفرز حصة الوقف فان القاضي يجعل للوقف قيا فيقسم الواقف ويحوز حصة الوقف . رأيت رجلا وقف نصف أرضه ثم مات وأوصى الى ابن له والى رجل أجنبي وترك ورثة صغارا أيضا هل للأجنبي أن يقاسم الابن فيفرز الوقف قال لا . قلت : رأيت الرجل يجعل نصف بستانه وقفنا وللبستان دولا ب قال الوقف جائز ويدخل نصف الدولا ب في الوقف . قلت : فان مات الواقف فاراد القاضي ان يقاسم الورثة هذا البستان قال يقسم ذلك ويكون الدولا ب والشرب مشاعا بين الوقف والورثة . قلت : رأيت الرجل اذا وقف نصف أرضه في وجوه مسماة ثم ولى هذا النصف رجلا في حياته وبعد وفاته ثم وقف النصف الآخر في وجوه اخر سماها وولى ذلك رجلا آخر ثم توفى فاراد الوصيان أن يقسما ذلك قال لهما أن يقسماها ويأخذ كل واحد منهما النصف الذى جعل اليه ولايته فيكون في يده . قلت : وكذلك لو كان وقف النصف الآخر في تلك الوجوه التى وقف فيها النصف الأول ثم مات قال لهما أن يقسما ذلك قلت رأيت اذا وقف نصف أرضين ونصف دور والنصف الثانى من ذلك لشريك له هل للواقف أن يقاسم شريكه ذلك فيجمع حق الوقف من الأرضين في أرض واحدة ومن الدور في دار واحدة أو دارين ؟ قال اما في قول أبي حنيفة فانه يقسم

كل أرض على حدتها وكذلك كل دار على حدتها وأما في قول أبي يوسف ان كان الأصلح للوقف أن يجمع ذلك جمعه اذا كانت الأرضون من أرض قرية واحدة . قلت . رأيت الرجل اذا وقف حصته من أرضين أو من دور وهي النصف أو الثلث هل له أن يناقل شريكه ، قال في قول أبي حنيفة ليس له ذلك فأما في قول أبي يوسف فله ذلك اذا كان أصلح وأدر على أهل الوقف . وذكر في الفتاوى الظهيرية . ولو أن قرية بعضها وقف على قول من يرى وقف المشاع وبعضها للمطاني ينهى المملوكة وبعضها ملك فأرادوا قسمة بعضها ليعتد الملك فيجعل مقبرة قالوا ان ارادوا قسمة موضع من هذه القرية لا يجوز لأن المقصود من القسمة تمييز الوقف من غيره وبهذه القسمة لا يتعين الوقف من الملك ، وان ارادوا قسمة كل القرية على مقدار نصيب كل فريق جاز لأن هذه القسمة تفيد التمييز بين الوقف وبين غيره . وذكر في النخيرة : اذا كانت الارض بين شريكين وقف أحدهما نصيبه مشاعا ثم اقتسما فوق نصيب الوقف في موضع لا يجب عليه أن يقفه ثانياً وان أراد الاجتناب عن الاختلاف يقفه ثانياً وان كانت الأرض كلها له فوقف بعضها ثم أراد القسمة فالرجح في ذلك أن يبيع ما بقي ثم يقتسما وان لم يبيع ورفع الأمر الى القاضى فأمر انسانا بالقسمة معه جاز لأن القسمة جرت بين اثنين . فان طلب بعضهم القسمة يعنى الواقف أو الطرف الآخر قال أبو حنيفة لا يقسم المشاع ويتهايئون وقال أبو يوسف يقسم . وذكر قاضيخان في الفتاوى قال : دور بين اثنين أو أراض وقف أحدهما نصيبه على جهة البر ثم أراد القسمة فقسم القاضى بينهما فجمع الوقف في دار واحدة أو أرض واحدة جاز في قول دلال وهو قول أبي يوسف ومحمد كما لو كان بينهما دار فطلبا القسمة فجمع القاضى نصيب أحدهما في دار ونصيب الآخر في دار جاز ذلك فكذلك هنا الا أن تمت يجوز سواء كان في مصر واحد أو في مصرين وهما في المصر الواحد يقسم القاضى وفي المصرين لا يقسم . وعلى قول أبي حنيفة يقسم كل دار على حدة وأرض على حدة الا أن يرى القاضى الصلاح في الجمع فيجمع الوقف كله في دار واحدة وأرض واحدة

ويصير عند جمع القاضى فى الحسب كأن الشريكين اقتسما بأنفسهما وذلك جائز .
ولو أن رجلين بينهما أرض فوقف أحدهما نصيبه . جاز فى قول أبى يوسف .

فلو أن الواقف مع شريكه اقتسما وأدخلا فى القسمة دراهم معلومة أن كان الواقف هو الذى يأخذ الدراهم مع طائفة من الأرض لا يجوز لأن الواقف يصير بائنا شيئاً من الوقف بالدراهم وذلك فاسد ، وإن كان الواقف هو الذى أعطى الدراهم جاز ويصير كأنه أخذ الوقف واشترى بعض ما ليس بوقف من نصيب شريكه بالدراهم فيجوز . ثم حصص الواقف وقف وما اشترى بالدراهم فذاك ملك له ولا يكون وقفاً . فإن احتاج الى تمييز الوقف عن الملك يرفع الأمر الى القاضى حتى ينصب قسماً فيقاسمه . رجل وقف جريباً شائماً من أرض ثم قسمه فاصاب الوقف أقل من جريب لجودة هذه الطائفة التى وقعت فى الوقف وزيد فى ذرعان الطائفة الأخرى أو على العكس جاز لأن مثل هذه القسمة تجوز فى الملك فكذلك فى الوقف اذا كان فيه صلاح الوقف لتحقق المعادلة : هذه عبارة الأصحاب : قلت قال الكلام فى هذه المسألة يقع فى موضعين : الأول فى بيان أن قسمة الوقف لا تجوز بين مستحقه — الثانى فى جواز قسمة الوقف من الملك أو من وقف آخر .

أما الكلام فى الأول وهى المسألة الثامنة من مسائل الوقف . فاعلم أن هذه المسألة وقع فيها فيما بلغنى قاضى القضاة شمس الدين ابن الحريرى ونائبه القاضى شمس الدين بن العز وولده القاضى علاء الدين .

فالذى وقع فيه القاضى شمس الدين المذكور وقفت عليه وهو أهون مما وقع فيه ولده المذكور . وكذلك وقفت على ما وقع فيه القاضى علاء الدين أشار اليه وأما ما نقل لى عن ابن الحريرى فلم أقف عليه ولكنه بلغنى أنه قسم وقفاً بين مستحقية لا غير وهو أسهل من الذى فعله القاضى علاء الدين المشار اليه . وأنا إذ كر ان شاء الله تعالى ما وقع فيه كل منهما وما نقل عن الأصحاب فى هذه المسألة ليتضح وجه الحق ويذول الاشتباه فيها وأبين أن ما فعله المذكورون ليس هو مذهب أبى حنيفة ولا أحد من أصحابه . واتبع الكلام بعد ذلك بما نقل عن الأصحاب

في هذه المسألة وتحرير أقوالهم فيها على وجه ظاهر ليس فيه اشكال ولا احتمال ولا ايهام . فاقول والله المستعان . فالذي وقع فيه القاضى شمس الدين المذكور وهو جدى رحمه الله فصورته : أنه قسم وقف ابن السلعوس بين مستحقيه وحكم بذلك والذي فعله ولده القاضى علاء الدين أنه قسم وقف بهاء الدين الخنفي بين مستحقيه وجمع فيه بين الجنس المختلف مثل الخناوت مع الضيعة والارض مع الدار وقسم ذلك قسمة جمع بين مستحقيه وحكم بصحة القسمة ولزومها حالا وما آلا . وسألته قبل أن يحكم بها هل تنفل المسألة ؟ قال لى لا ، وإنما والذى فعل هذا وقال انه كان ينقلها ولكن لم أعرف أين مكانها ولا وقفت على نقل فيها . ومراده بالذى فعله والده وقف ابن السلعوس المذكور . وأنا وقفت عليه بعد ذلك ولم يكن فيه أنه حكم بها ولا بلزومها حالا ولا ما آلا ولا ما يدل على هذا . هذا ما وقع لى في هذه القسمة من القاضى شمس الدين وولده المذكورين وما نقل عن ابن الحريري كما تقدم . فأما مذهب أبى حنيفة وأصحابه ان هذا لا يجوز بالاجماع . فانه ذكر في الذخيرة قال في قسمة الوقف من المالك أنه لا يجوز عندهما وقل أبو حنيفة لا يقسم ويتهايتون . وقال وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب فطلبوا القسمة لا يقسم ، ذكر المسألة في النوازل وفي واقعات الناطفي . وصورة ما ذكره في النوازل . رجل وقف ضيعة له على بنيه وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة . قال قسمة الوقف لا تجوز من أحد وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة وإنما ذلك للقيم . هذه عبارة الذخيرة . وذكر في الكافي اذا قضى الناضى بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقاً عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة ، قال أبو حنيفة لا يقسم وقال أبو يوسف ومحمد يقسم . وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم . كذا في المحيط هذه عبارة الكافي . وذكر في المحيط مثل ما ذكره الكافي بعبارة . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال والوقف متى كان على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم . وذكر في الخلاصة في الفتاوى : وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفاً على

الأرباب فأرادوا القسمة لا يجوز . فهذه النقول كلها ناطقة بأن قسمة الوقف بين أربابه لا تجوز . فتبين أن ما فعله القاضي شمس الدين وولده وابن الحريري على خلاف المذهب واجماع الاصحاب فلا يجوز لأحد من قضاة الحنفية أن يفعل مثل ما فعلوا ولا يتبعهم فيما وقعوا فيه . وما حملني على ذكر ما فعلوا الا خشية من أن يقف أحد من الحكام على شيء منه فيظن أن المذهب فيتبعه فيه فأردت أن أبين ذلك وأنه خلاف المذهب كيلا يقع فيه أحد ويستمر الحال جيلا بعد جيل وما كل أحد عنده كتب توجد فيها هذه المسألة ولا عند كل أحد من الحكام ثبت فهذا هو الحامل لي على ذكر ما وقع لأنه على وجه التخطئة لهم وتزييف فعلهم والله سبحانه وتعالى هو العليم بالنسر والنجوى . ولكن بقي شيء من هذه المسألة أذكره ان شاء الله تعالى لاحتمال أن يظفر به أحد فينسب العبد الى عدم الاطلاع عليه وأنه حجة لهم في فعلهم ويبقى حاملا لهم على الوقوع فيه وهو ما ذكره في خزائن الأكمال قال : لو اقسام أرباب الوقف أرض الوقف وهم ينتفعون بنصيبهم جاز ومن أبي منهم بطلت القسمة هذه عبارة الخزانة . وفي القنية اذا اقسام الموقوف عليهم الأرض الموقوفة عليهم فلا أحدهم ابطالها وفي فتاوى قاضيخان . لو أراد الواقف أن يقسم أرض الوقف ويعطى كل واحد من الذين الوقف عليهم حصّة يزرعها ويكون له ربهادون سائر شركائه لم يكن له ذلك الا أن يرضى أهل الوقف بذلك ولو قسم وفعل ذلك كان لأهل الوقف ابطاله وكذلك للواحد منهم . ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ذلك ولما أبي بعد ذلك ابطاله : وفي موضع آخر ذكر ما صورته . رجل وقف أرضه على أقوام معينين فأرادوا المهايأة فيأخذ كل واحد منهم بعضا يزرعه لنفسه قال ان كانت التولية الى غيرهم فدفع المتولى اليهم مزرعة جاز وان كانت التولية اليهم أو الى غيرهم فأخذ واحد منهم بعضا يزرعه لنفسه لا يجوز لأن حق الوقف مقدم على حقهم كالبداءة بالمارقة المؤنة فلا يجوز . فهذه النقول أفادت جواز القسمة من الأرباب على جهة التراضي لاعلى جهة الاجبار واللزوم عليهم في الحال كما ذكره في القنية من قوله

(فلا أحدهم ابطالها) ولا على جهة الزوم مالا لأنه قال في فتاوى قاضيخان (وان أبي بعد ذلك ابطاله). فلا بد أن ينظر فيما نقلناه أولا وفي هذه النقول الأخيرة وهل بينهما مخالفة أم لا. وهل يجوز العدول عن العمل بالأولى الى ما ذكره في الخزانة والقنية وفتاوى قاضيخان مع احتمال أن تكون اختيارات لامذهبننا أم لا؟ فأقول لا مخالفة بين ما نقلناه أولا من اجماع الاصحاب وبين ما ذكره في الخزانة والقنية وفتاوى قاضيخان لأن الذي نقلناه أولا وهو قولهم « لا يقسم » معناه لا يجيبهم الناظر ولا اقتصى الى قسمته ولا يقسم بينهم وهذا اجماع. وما ذكرناه أخيرا معناه على وجه التهاؤ في الغلة لانفس القسمة التي هي ذرع ومساحة وتعديل لانها تقتصر الى أشياء لا يمكن عملها هنا من طلبها أولا ومن ثبوت الوقفية وقابلية القسمة وكل ذا يقتضى سابقه الدعوى الصحيحة وبعدها الاذن من القاضى وهذا لا يمكن عمله في هذه القسمة لأن الدعوى فيها لا تصح وكذا الطلب والاذن فيها وأيضا فان أرباب الوقف حقهم في الغلة لافي العين حتى جازت اجارة الوقف منهم وليس لهم أن يعقدوا عليه عقد مزارعة ولا اجارة وهو أخف من القسمة الشرعية فلأن لا يملكوا ما هو أعلى منه بالطريق الأولى. فلهمنا المعاني حملنا قوله في الخزانة وما معها على التهاؤ في الغلة بمعنى أن كل واحد يأخذ غلة مكان ويقطع حقه من غيره وذا صحيح وليس بقسمة بل نزل منزلة الاقرار بأنه لا يستحق مع صاحبه شيئا. ألا ترى أنه قال في القنية. فلا أحدهم ابطالها ولو كانت قسمة لما كان يملك أحد ابطالها بعد الاقسام. ويؤيد ما ذكرناه من الحمل على وجه التهاؤ ما صرح به قاضيخان فيما نقلناه عنه ثانيا من قوله « فأرادوا المهايأة » وفصل بين ما اذا كانت التولية لهم أو لغيرهم كما قدمناه فعلمنا أنها على وجه التهاؤ والقسمة في الجملة واذا دار الامر بين أن نحمله على ما ذكرناه وبين أن نحمله على حقيقة القسمة كان حمله على ما قررناه أولى جمعا وتوفيقا بين النقول كلها. هذا اذا تنزلنا وسلمنا التساوى. أما اذا نظرنا الى النقول الأولى وقول الاصحاب « وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم » لا يلتفت الى ما سواها

لأنها نقول فتاوى والأول نقل المذهب وإذا دار الأمر بين أن نفتى بنقول الفتاوى وبين أن نفتى بما هو نص المذهب لانفتى بنقول الفتاوى بل نقول الفتاوى إنما يستأنس بها إذا لم يوجد ما يعارضها من كتب الأصول ونقل المذهب أما مع وجود غيرها لا يلتفت إليها خصوصا إذا لم يكن نص فيها على الفتوى. وبهذا يحصل الجواب عن السؤال الثاني

جئنا إلى ما وقع فيه القضاة المذكورون : أما ما نقل عن ابن الحريري فما أعلم حقيقة ما فعل فإن كان أذن وقسم ومسح وعدل وحكم بها أو أثبتنا بلا حكم فكل ذلك لا يجوز . وإن كان قد أثبت اقرار المستحقين بما تهايثوا عليه لا غير فقد يقال فيه بالجواز على قول مرجوح وهو أن الثبوت ليس بحكم . وأما الذي وقع فيه القاضي شمس الدين بن العز فلا يجوز أيضا لأنه حكم وأثبت وأذن وكل ذلك لا يجوز . وأما ما وقع فيه ولده القاضي علاء الدين فهو أصعب من الكل فإنه أذن وندب اشهود للتعديل والتقويم وجمع بين الجنسين المختلفين وأثبت ذلك وحكم بصحة القسمة ولزومها حالا ومآلا . وهذا مشكل من وجوه كثيرة : من الأذن في الجمع بين الجنسين المختلفين إلى الحكم بها إلى ندب الشهود للتقويم بالدراهم إلى ثبوت ذلك إلى الحكم بصحته والحكم بلزومه حالا إلى الحكم بلزومه مآلا فهذا حكم لا يجوز أصلا على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة وأصحابه ولا على تخریج ولا على قول ضعيف بل هو فعل يستوجب النقض نسأل الله العافية فيجب على كل من تقلد القضاء على مذهب هذا الإمام أن يتجافى هذه المسألة والدخول فيها ويتحفظ منها ولا يبتدع غيره ولا يقلده بل يقف عند ما قد أثبتته في هذه الأوراق والله المستول أن يصمنا وإياه من الخطأ والخلل ويحمينا عن الزيغ والزلل : هذا ما يتعلق ببيان عدم جواز قسمة الوقف بين مستحقيه

فأما ما يتعلق بجواز قسمة الملك من الوقف أو الوقف من الوقف فنقول : إذا وقف الإنسان نصف أرضه مثلا على جهة فلا يخلوا إمانا كان النصف الآخر له أولا ، فإن كان له فلا يخلوا إمانا إن وقفه أم لا فإن كان وقفه فلا يخلوا إمانا كان

وقفه على الجهة التي وقف النصف الأول عليها وجعل ولايته الى ناظر الاولى أم وقف النصف الثاني وجعل ولايته الى آخر أو لم يقفه أصلاً : ففي الوجه الأول وهو أن يكون وقف النصف الآخر على جهة النصف الأول وجعل ولايته الى ناظر النصف الأول وهذه الصورة غير منقولة بمجموعها ولكن ذكر هلال فيما نقلناه عنه ما يستأنس به في تخريج جوابها . وصورة ما قاله هلال قال لو وقف نصف أرضه ثم أراد أن يقسم ذلك ويجوز له أن يقسم هذه الأرض لأنه يقاسم نفسه حتى يكون القاضى هو الذى يقسمها أو يوكل بذلك من يقسمها . فامتنت قسمته فيها لكونه يقاسم نفسه فاذا وكل أو رفع الأمر الى القاضى يجوز لزوال المانع . فكذا في هذه الصورة التي ذكرناها يقال لا يملك أن يقسمها لأنه يقاسم نفسه من نفسه وهو لا يجوز . فان كان الواقف حياً ينبغي أن يقاسم أو يوكل من يقاسم الناظر ويكون ناظراً آخر لأن الواقف يملك أن يقيم ناظراً آخر بعد الناظر الأول ويشارك بينهما . ولا يقال ينبغي ألا تجوز هذه القسمة وان أقام ناظراً آخر لأن الجهة واحدة ، لأننا نقول اتحاد الجهة ليس مانعاً للقسمة مع تعدد الناظر ، ألا ترى ما قال الخصاص فيما نقلناه عنه من قوله : قلت رأيت رجلاً وقف نصف أرضه في وجوه سماها ثم ولى هذا النصف رجلاً في حياته وبعد وفاته ثم وقف النصف الآخر في وجوه أخرى سماها وولى ذلك رجلاً آخر ثم توفي فأراد الوصيان أن يقسما ذلك قال لهما أن يقسماها ويأخذ كل واحد منهما النصف الذى جعل اليه ولايته فيكون في يده . قلت وكذلك لو كان وقف النصف الآخر في تلك الوجوه التي وقف فيها النصف الأول ثم مات قال لهما أن يقسما ذلك بعد ان صرح بأن اتحاد الجهة مع تعدد الناظر غير مانع للقسمة فكذا فيما نحن فيه . وأما الوجه الثاني وهو اذا وقف النصف الثاني وجعل ولايته الى آخر ففي هذا الوجه تصح القسمة سواء كان الوقف على الجهة الأولى أم على جهة أخرى وقد تقدم . ولا شك أن هذا بمنزلة الوصيين اذا ارادا قسمة المال فإنه يقسم بينهما فيدفع الى كل وصي نصفه يحفظه عنده : وأما الوجه الثالث وهو اذا لم يقف الواقف النصف الآخر وأبقاه على ملك نفسه

ثم أراد قسمته من النصف الذى وقفه وهذه الصورة ذكرها الخصاص أيضاً فيما نقلناه عنه وجعل الجواب أنه ليس له أن يقسم لأنه يقاسم نفسه ولكن يرفع الامر الى القاضى حتى يقيم قوماً فيقاسم الواقف ويجوز حصة الوقف . هذا كله اذا كانت الأرض لشخص واحد : فلو كانت بين اثنين فوقف أحدهما نصيبه فنقول : لا يخلو اما أن يكون وقف الآخر أولاً ، وفي كلتا الصورتين تجوز القسمة ويفرز كل نصيب على جهته . ولو كان مكان الأرض الواحدة التى ذكرناها أراض أو دور وهى بينهما نصفان ووقف أحدهما نصيبه أو وقف كل منهما نصيبه ثم أراد اقسمة ذلك على جهة الجمع بحيث تجمع سهام كل نصيب فى أرض أو أرضين أو دار أو دارين هل يجوز ذلك أم لا ؟ فاعلم أن فى الصورة الاولى وهى اذا وقف أحدهما ولم يقف الآخر أنه تجوز القسمة على وجه الجمع ان كان فى ذلك حظ للوقف وهذه الصورة ذكرها هلال فيما نقلناه عنه . وأما الصورة الثانية وهى اذا وقف كل منهما نصيبه وأراد أن يجمع كل نصيبه فى أرض أو أرضين أو دار أو دارين أو طلب ذلك قيم كل وقف من القاضى فالظاهر أنه لا يجوز الجمع بل يقسم كل أرض أو دار على حدة، وما ذلك الا ان الخصاص وهلالا قالا فى الصورة الاولى ان فى قول أبى حنيفة لا يجوز وفى قول أبى يوسف يجوز ان كان اصلح للوقف فى الخصاص، وفى هلال ان كان فى ذلك حظ للوقف وفى هذه الصورة لا يمكن لأنه ان كان فى ذلك حظ لأحد الوقفين فليس للوقف الآخر حظ وقد شرط أن يكون فى ذلك حظ للوقف وهو متعذر فى هذه الصورة فلماذا قلنا ينبغى ألا يجوز وصار كما قال فى المحيط وغيره فى انه لا يجوز أن يشتري مال يقيم لیتيم آخر وعلوا هناك بأنه ان كان فيه مصلحة لأحدهما فليس للأخر مصلحة ومسألة الوقف أخت مسألة مال الیتيم . بقى لنا انه هل يقال أن للواقف مع شريكه فى الصور المتقدمة أو الناظر مع شريكه او مع ناظر آخر من جهة وقف آخر او مع شريك مالك أن يقسم الوقف بدون أمر القاضى كالقسمة على جهة التراضى فى الأملاك أم لا بد من قسمة القاضى بين الوقف والوقف أو بين الوقف والمالك . الظاهر انهم يملكون

ذلك من غير دخول دراهم في القسمة من جهة شريك مالك وهذه المسألة ذكرها هلال فيما نقلناه عنه من قوله « فأراد شريكه أن يقاسمه الأرض قال فله ذلك ويؤخذ بمقاسمة شريكه . قلت فإن قاسم الآخر بدون القاضى قال القسمة جائزة لان الولاية للواقف ، قلت وكذلك لو كان الواقف قد هلك وأوصى الى رجل كان لوصية أن يقاسم شريكه في الأرض قال نعم » فقد صرح بأن الواقف يملك ذلك بغير أمر القاضى وكذلك وصية . ولا يقال ان المراد من الوصى الذى هو وصى فى أمور الواقف وأمواله وأولاده دون ناظر الوقف . لأننا نقول الوصى يملك نظر الوقف ضمناً للوصاية وفى ذلك خلاف بين المشايخ وناظر الوقف يملك الولاية قصداً ولاخلاف فيه فاذا أريد كما قلتم بقوله وصى الواقف وصى المال والأولاد وأنه هو الذى يملك القسمة فى الوقف أيضاً كملك الواقف لها فبالطريقة الأولى أن يملك ناظر الوقف القسمة لأن ما ثبت ضمناً هو أضعف مما يثبت قصداً . على أن هلالاً والخصاف وغيرهما يذكرون لفظ الوصى فى كتب الأوقاف ومرادهم به ناظر الوقف كما يذكرون لفظ القيم ومرادهم الناظر فهذا فى الحقيقة تعبير اصطلاح لاتعبير حكم والله أعلم . وهذا الذى ذكرته من قسمة الجمع فى حق الوقف من الملك انما يجوز أن يجمع سهام الوقف فى مكان واحد اذا كانت القسمة بالتراضى أما اذا كانت على وجه الاجبار فلا . وسببه أن هلالاً والخصاف قالا « اذا كان فيه حظ للوقف ومصالحة » وهذا يمنع التعديل فى جهة قسمة الاجبار فان القاضى لا يجوز له أن يجبر على ما فيه مصلحة لجهة الوقف أو حظ لجهة دون جهة بل من شرط قسمة الاجبار اعتبار جهة التعديل لكل واحد من الشركاء مأخوذ من العدل ، وفى الوقف مع الملك لا يمكن اعتبار التعديل فيه اذا كانت القسمة على وجه الجمع لأنهم شرطوا أن يكون للوقف الأصلاح وأن يكون فيه حظ له أيضاً بخلاف الملك مع الملك لأنهم لم يشترطوا أن يكون لأحد من الشريكين حظ فى القسمة بل قالوا اذا كان فيه مصلحة لكل فيفوز الرأى فيه الى القاضى ولاشك أن هناك يمكن اعمال المصلحة لكل من الشركاء بأن تجمع سهامه على جهة التعديل فى مكان واحد

من غير أن يكون فيه حظ له دون صاحبه وفي الوقف لا يمكن ذلك كما نقلناه .
فتأخذ من هذا كله أن القاضى لا يجوز له أن يقسم قسمة الجمع بين الملك والوقف
على وجه الاجبار بمعنى أنه اذا طلب ذلك ناظر الوقف وامتنع الشريك المالك
عن القسمة أن يجبره القاضى ويقسم بل لا بد أن يكون على وجه التراضى من
الشركاء كلهم

المسألة التاسعة فى الوقف على الأقرب فالأقرب

وأما مسألة الأقرب فالأقرب كما يقع فى كتب الاوقاف من الشروط من قول
الواقف وعلى أنه من توفى منهم عن غير ولد ولا ولد ولد ولا نسل ولا عقب عاد
نصيبه من ذلك الى من معه فى درجته وذوى طبقته من أهل الوقف يقدم الأقرب
اليه منهم فالأقرب ، ويسأل فيها عن توفى منهم عن غير ولد كما ذكرنا وفى درجته
اخوة متفرقون أخ لأب وأم وأخ لأب وأخ لام فالى من يصرف المتصرف نصيب
المتوفى هل يخص به الشقيق أم يشاركه الذى لأب أو الذى لام أم يشتركون فيه؟
فاعلم أن هلالا ذكر فى وقفه فى باب « الرجل يقف أرضا على قرابته يبدأ
بالأقرب فالأقرب منهم الى الواقف فيعطى من الغلة ثم الذى يليه » قلت : رأيت
رجلا قال أرضى صدقة ووقوفة على قرابتي يبدأ بالأقرب فالأقرب الى نسبا ورحما
فيعطى من غلة هذه الصدقة فى كل سنة ما يكفيه من طعامه و كسوته ثم يعطى بعد ذلك
من يليه فى القرب حتى ينتهى ذلك الى من بلغته هذه الصدقة منهم ، قال فالوقف
جائز وهو على ما شرط . قلت : رأيت لو كان له أخوان أحدهما لأب وأم والآخ
لأب قال يبدأ بالذى للأب واللام قبل الذى للأب . قلت : رأيت ان كان أحدهما
لأب والآخ لأم قال أما على قول أبى حنيفة فيبدأ بالذى لأب قبل الذى لأم
وأما على القول الآخ فهما جميعا سواء . قلت : رأيت ان كان له عم وخال قال
يبدأ بالعم فى قول أبى حنيفة وأما القول الآخ فهما جميعا سواء . قلت ارأيت ان
كان له أخ لأب وابن أخ لأب وأم قال يبدأ بالأخ من الأب قبل ابن الأخ
من الأب واللام . قلت : رأيت ان كان له ثلاثة أعمام متفرقين بل يبدأ بالعم

لأب وأم ثم بالعم لأب ثم بالعم لأم على قول أبي حنيفة وأما في القول الآخر فالعم من قبل الأب والعم من قبل الأم سواء . وذكر في موضع آخر في باب « الرجل يقف على قرابته الأقرب فالأقرب » قال : قلت رأيت رجلا قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله على قرابتي الأقرب فالأقرب كيف تقسم الغلة بينهم قال يبدأ بأقرب قرابته إليه فيعطى جميع غلات هذه الصدقة دون من أبعد منه . قلت رأيت ان كان أقربهم الى الواقف واحدا قال يعطى الغلة كلها . وان كانوا جماعة فهلك بعضهم قال تكون الغلة لمن بقي منهم . قلت : فاذا اتقروا لمن تكون الغلة ؟ قال لمن يليهم في القرب من القرابة بطنا بمد بطن حتى تصير الغلة الى أبعدهم قرابة على ما وصفت لك . وقال أبو يوسف اذا قال الرجل أرضى صدقة موقوفة على قرابتي الأقرب فالأقرب فالغلة لهم جميعا بينهم بالسوية وأقربهم من الواقف وأبعدهم فيها سواء . وهذا القول ليس عندي بشيء والقول الأول قولنا وهو قول محمد بن الحسن . قلت وكذا لو قال على قرابتي على أن يبدأ فيعطى غلتها الأقرب فالأقرب قال نعم هذا الباب هو والأول سواء . قلت : وكذلك لو قال على قرابتي على أن يبدأ بأقربهم الى ثم الأقرب ولم يقل يعطى غلتها قال هذا والباب الاول سواء ويعطى أقربهم جميع الغلة عندنا . وذكر الخصاص في وقفه في باب « الرجل يقف الارض على أقرب الناس منه أو على أقرب رجل الى الواقف » فن قامت : رأيت ان قال قد جعلت أرضى صدقة موقوفة لله أبدا على أقرب الناس مني أو على أقرب الناس الى ومن بعده على المساكين قال فالوقف جائز وتكون الغلة لأقرب الناس منه . قلت : فان كان له ثلاثة أخوة متفرقين قال الغلة لأخيه لأبيه وامه . قلت فان كان له أح لأب وأخ لأم قال فالغلة لهما جميعا لأن الأخ من الأب قرابته منه بأبيه والأخ من الأم قرابته منه بأمه وليس يكون الوقف على قدر حال الموارث . وذكر في باب « الرجل يقف الأرض على قرابته على أن يعطى الأقرب فالأقرب يبدأ بأقربهم » قال رأيت رجلا قال يبدأ بأقرب الناس الى من قرابتي فيعطى من غلة هذه الصدقة ما يكفيه اطعامه وكسوته ثم يعطى

بعد ذلك من يليه في القرب حتى ينتهي ذلك الى آخر قرابتي ، قال هذا جائز
وينفذ على ما شرط من ذلك ، قلت . رأيت إن كان له اخوان أحدهما لأب وأم
والآخر لأب قال يبدأ بالأخ من الأب والأم ثم بعده الأخ من الاب ،
وكذلك الأخ من الأم فانه يقدم الأخ من الأب والأم ثم الاخ لأب ثم لام
في أحد القولين ، قلت . رأيت ان كان له اخوان أحدهما لأب والآخر لام قال
أما على قول أبي حنيفة فانه يبدأ بالذي للأب ثم الذي للأم وأما على القول الآخر
فالغلة لهما جميعا . قلت فان كان له ثلاثة أخوة متفرقين قال يبدأ بالأخ للأب
والأم وعلى قول أبي حنيفة يبدأ بعده بالأخ للأب ثم الاخ للأم وعلى القول
الآخر يكون ما بقي من الغلة بعد الذي يأخذه الاخ من الاب والأم بين الاخ
من الاب وبين الاخ من الام . وذكر في الذخيرة قل : اذا وقف على أقرب
الناس منه ومن بعده على المساكين وله ابن وأب دخل تحت الوقف الابن لانه
أقرب الناس اليه ، فان كان له ثلاثة أخوة متفرقين فالغلة للاخ للاب والام فان
كان له أخ لاب وأخ لام فالغلة لهما جميعا ، وعند أبي حنيفة الأخ لاب أولى . فان
كان للواقف أم واخوة كانت الغلة للام دون الاخوة . وكذلك اذا كان له أم وجد
فالأم أقرب من الجد ومن الاخوة . فان كان له جد أبو أب واخوة فالغلة للجد في قول
أبي حنيفة لأنه يرى الجد بمنزلة الاب ، وفي قوله الآخر للأخوة دون الجد . وذكر
في وقف خزائنة الاكمل قال : وقف ارضه على قرابته يبدأ بالأقرب الى الواقف
فيعطى له القوت من الغلة ثم الذي يليه من هو أمس رحماً من طعامه وكسوته ثم
من يليه الى من بلغته هذه الصدقة على ما شرطها ، ويبدأ بالاخوة لاب وأم
ثم بالذي من الأب ثم من الام أما لو كان أحدهما لأب والآخر لام فعند
أبي حنيفة يبدأ بالذي من الاب وعندهما هما سواء . والاخ مقدم من أى جهة
كانت على ولد الاخ لاب وأم وكذا في الاعمام . وذكر بعد هذا قال لو وقف
على أقرب قرابته يعطى ان هو أقرب الى الواقف دون من بعد وان كان الاقرب
واحدا فانه يعطى الكل له ، ثم ان انقرض الاقرب يعطى الذين يلونه وعند أبي

يوسف يعطى لمن قرب ولمن بعد على سواء وان شرط على أقرب القرابة، والأول أحسن وهو قول محمد: هذه عبارة الخزانة . قلت : فبان لنا من هذا اختلاف غريب وحكم عجيب من أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب في التقديم بل سوى بينه وبين الأبعد ولم أعرف عنه هذا من غير هذا الكتاب . وما نقلناه في وقف هلال في الوقف على قرابته الأقرب فالأقرب فانه في معنى ما ذكره في الخزانة عن أبي يوسف فيبقى في المسألة التي سبق الكلام لأجلها وهي الواقعة في كتب الاوقاف « أن من مات من غير ولد يصرف نصيبه الى من هو في درجته وذوى طبقته يقدم الأقرب اليه منهم فالأقرب » خلاف وحينئذ لو كان للميت عن غير ولد اخوة متفرقون أنهم يشتركون فيه ولا يختص به الشقيق على ما نقله في الخزانة من قوله « ان عند أبي يوسف انه يعطى لمن قرب ولمن بعد » كما قدمناه لأنه لا فرق بين أن يقول على أقرب قرابتي أو على الأقرب فالأقرب لأن كلا صيغة أفعل التفضيل فقد صرح في وقف هلال بما قدمناه وقد ثبت لنا في أقرب قرابتي وفي الأقرب فالأقرب ان عند أبي يوسف كما ذكره في الخزانة ، وكما ذكره هلال لا يختص به من هو أقرب الى الواقف بل يشترك فيه الأقرب والأبعد فيكونا فيما نحن فيه . وبهذا يسان حكم قاضي القضاة حسام الدين الرازي عن أن يتعرض اليه بنقض وهو الذي حكم به لأناس منهم شخص يقال له صلاح الدين بن الكمكي ووقفني عليه . وصورته انه حكم في كتاب وقف شرط فيه ما ذكرناه وهو أن من توفي منهم عن غير ولد ولا ولد ولا نسل ولا عقب عاد نصيبه الى من هو في درجته وذوى طبقته من أهل الوقف يقدم الأقرب فالأقرب . فحكم بانتقال هذا النصيب الى الأخ الشقيق والاخ من الاب ان لم يظهر من كلامه ما يدل على أنه ظفر بهذا النقل بل عمل في اسجاله بأن هذا قوة قرابة لا أقربية . ولا يقال انه ينبغي أن ينقض لانه لما عمل بأنه قوة قرابة خرج أن يكون قصد مذهب أبي يوسف من التسوية بين الأقرب والأبعد لأننا نقول نهايته أن يكون جاهلا بمذهب أبي يوسف فيها وهذا لا يخرج عن أن يكون حكمه في محل اجتهاد في المسألة فيكتفي

به ولا ينتقض وخصوصا موافق لقول أبي يوسف والفتوى في الوقف على قوله على ما هو عليه أكثر المشايخ . وكان قاضي القضاة تقي الدين الشافعي السبكي قد تحدث معي بعد ذلك وقال هذا الحكم غير صحيح وطلب تقضه فإوافقته عليه وقلت له هذا موضع اجتهاد وهو وجه عندك في مذهب الشافعي وأحمد وملائم لقول أبي يوسف على ما نقلناه من وقف هلال والنزارة ، والحكم إذا لاقى محل اجتهاد لا ينتقض ؛ وما كنت أذكر هذا النقل عن أبي يوسف مع اني مررت عليه مرارا وفي الجملة فوجهه ضعيف لأنه يلزم منه الغاء صيغة أفعال بلا دليل والغاء مقصود الواقف من تقديم الاقرب وهو مشكل والله أعلم

المسألة العاشرة في وقف أهل الذمة

ذكر الخصاص في وقفه « باب وقف أهل الذمة » وإذا وقف الرجل من أهل الذمة نصرانيا أو يهوديا أو مجوسيا أرضا له أو دارا أو عقارا على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا وجعل آخر ذلك للمساكين فذلك جائز قلت فهو لأهل المساكين من هم ؛ قال من ساءم الواقف . قلت فان لم يساهم الواقف قال فأى المساكين فرق ذلك فيهم فهو جائز قلت فان فرق ذلك في مساكين المسلمين قال فهو جائز وان فرق ذلك في مساكين أهل الذمة جاز قلت فان قال جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على مساكين أهل الذمة والواقف نصراني قال الوقف جائز تفرق غلته في مساكين أهل الذمة فان فرق ذلك في مساكين النصارى أو اليهود أو المجوس جاز ذلك . قلت : فما تقول ان خص الواقف النصارى فقراء النصارى فقال اذا انقضى ولدى ونسلى ولم يبق منهم أحد جعلت غلة هذه الصدقة في فقراء النصارى قال هو جائز وتفرق الغلة بعد انقراض أهل الواقف في فقراء النصارى على ما وقف . قلت : فلو فرقها القيم على فقراء اليهود أو المجوس قال فهو مخالف ويضمن ما فرق من ذلك . قلت : ولو شرط الواقف وهو نصراني أن تصرف غلته في فقراء اليهود أو المجوس قال هو جائز . قلت أرأيت الذمي اذا وقف وقفنا وجعل غلته لفقراء المسلمين قال هو جائز وتفرق الغلة في فقراء المسلمين

كما قال من قبل أن هذا مما يتقرب به أهل الذمة في دينهم فهو طاعة لله عز وجل: قلت رأيت إذا جعل الذمي داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار في حياته وصحته وأشهد على ذلك وأنه قد أخرجه عن ملكه للوجه الذي ذكره . قال هذا باطل وهو كسائر أمواله ويورث عنه إذا مات . قلت : فما تقول في الذمي الذي يجعل داره مسجدا للمسلمين وبناءه كما تبنى المساجد وأشهد عليه وأخرجه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه قال هذا عندنا قرينة وليس قرينة عندهم وهو باطل لا يجوز من قبل أن هذا ليس مما يتقرب به أهل الذمة إلى الله تعالى ، كما لو أوصى أن يحج عنه فإنه باطل . قلت : فلو أوصى الذمي أن تبنى داره هذه مسجدا لقوم بأعيانهم أو لأهل محلة بأعيانهم قال أستحسن أن أجيز هذا من قبل أنها وصية لقوم بأعيانهم كما لو أوصى أن يدفع ثلث ماله إلى قوم بأعيانهم يحجون به فالوصية لهم جائزة ويدفع ذلك إليهم إن شاء واحجوا وإن شاء والمحجوا . قلت : رأيت الذمي إذا وقف أرضا له أو دارا على بيعة أو كنيسة أو بيت نار قال إن كان فعل هذا في صحته فالوقف باطل وهو ميراث عنه إذا مات وله بيعة في حياته . قلت وكذا لو قال على أن تصرف غلة هذه الصدقة فيما يحتاج إليه هذه البيعة من البناء والمرمة قال هذا باطل لأنه معصية وليس مؤبدا وكذا في الأسراج فيها وأصلاحها وكذا لو قال تجرى غلة هذه الصدقة على الرهبان والقسيسين قال هذا باطل ، قلت فإن خص فقال الرهبان والقسيسين الذين في بيعة كذا وكذا قال هذا باطل ، قلت فما تقول إن قال تجرى غلتها على فقراء بيعة كذا وكذا قال هو جائز من قبل أنه إنما قصد في هذا إلى الصدقة . ولو جعل أرضه صدقة موقوفة تنفق غلتها على بيعة كذا فإن خربت هذه البيعة كانت غلة هذه الصدقة بعد النفقة عليها في الفقراء والمساكين قال يجوز الوقف وتكون الغلة في الفقراء والمساكين ولا ينفق على البيعة من ذلك شيء . قلت وما الذي يجوز لأهل البيعة من ذلك ؟ قال ما كان عند المسلمين قرينة إلى الله تعالى وما كان عند أهل الذمة فاجتمع في ذلك الأمر من المسلمين ومنهم أنفذته وأمضيته وما كان عند أهل الذمة قرينة وليس هو قرينة عند المسلمين لم يجز وكذلك ما كان عند المسلمين قرينة ولم يكن عند أهل الذمة قرينة لم يجز ذلك إلا

ماذا كرهناه مما خص به قوما بأعيانهم . قلت فان قال الذمي تجعل غلاة صدقتي هذه
 في أكفان الموتى أو قال في حفر القبور قال هذا جائز وتكون الغلاة في أكفان موتاهم
 وحفر القبور لفقرائهم . ولو قال أرضى صدقة موقوفة تفرق غلتها في فقراء جيرانى
 وله جيران مسلمون ونصارى ويهود ومجوس وهو نصرانى قال الوقف جائز وتفرق في
 فقراء جيرانه من المسلمين وغيرهم . قلت . فان قال أرضى صدقة موقوفة تكون
 غلتها في ثمن زيت للاسراج في بيت المقدس قال هذا جائز لانه قرينة عندنا
 وعندهم . فان قال يشتري بما استغل من هذه الصدقة بعد النقطة عليها عبيد فيعتقون
 عني في كل سنة أو قال في بعض ذلك ، قال هذا كله جائز . قلت فما تقول في المرتد
 عن الاسلام اذا انتحل ديناً من أديان أهل الذمة اما دين النصارى أو دين اليهود
 أو دين المجوس فوقف زقفا في حال رده ، قال أما قول أبى حنيفة رحمه الله فانه
 ان قتل على رده أو مات بطل وقفه ولم يجز ما صنع من ذلك . وأما قول محمد بن
 الحسن رحمه الله فانه يجوز له من ذلك ما يجوز لأهل الدين الذى انتحله ويسلك به
 تلك السبيل . قلت والنساء من أهل الذمة في جميع ما ذكرت من أمر صدقاتهن
 ووقوفهن بمنزلة الرجال قال نعم . قلت فما تقول في المرتدة من أهل الاسلام قال
 أما في قول أبى حنيفة فانه يجوز لها الوقف ان وقفت شيئاً ويمضيه على ما سببته الا
 أن تكون جملة ذلك لقوم بنير أعيانهم مثل الحج والعمرة وما أشبه ذلك فلا
 يجوز هذا . قلت فما تقول ان وقف النصرانى وقفاً على ولده وولد ولده ونسلهم
 أبداً ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين وشرط أن كل من اسلم من ولده وولد
 ولده ونسلهم فهم خارجون من صدقته قال هذا جائز وهو على ما شرط من ذلك .
 قلت وكذلك ان قال من انتقل من دين النصرانية من ولدى وولد ولدى ونسلى
 وعقبى الى غير دين النصرانية فهو خارج من صدقتى ولاحق له فيها فانتقل بعض
 ولده الى دين الاسلام وبعضهم الى دين اليهود وبعضهم الى دين المجوس قال له
 شرطه وما استثنى من ذلك ينفذ على ما قال وعلى ما حد من ذلك . قلت فما تقول
 ان وقف الذمي وقفاً ثم ججده فشهد عليه بذلك شاهدان يهوديان أو نصرانيين

أو مجوسيان قال الكفر كاه ملة واحدة وشهادة بعضهم على بعض جائزة إذا كانوا عدولا في أديانهم . قلت فإن شهد شاهدان على شهادة شاهدين والشهود كلهم من أهل الذمة قال ان كانوا عدولا في أديانهم فالشهادة جائزة: قلت فإن شهد عند القاضي مسلمان على شهادة نصرانيين على اقرار الواقف بالوقف قال فالشهادة جائزة . قلت فإن شهد ذميان على شهادة رجلين مسلمين على اقرار الواقف بالوقف قال لا تقبل شهادة أهل الذمة على شهادة المسلمين من قبل ان أهل الذمة لا يؤدون عن المسلمين ما عندهم من الشهادة فلا يقبل قول أهل الذمة على المسلمين فيما يشهدون من الشهادة على شهادتهم . قلت والذمي فيما يشترطه في وقفه اذا كان صحيحا بمنزلة المسلم فيما يشترطه من الزيادة والنقصان وادخال من أراد ادخاله واخراج من أراد اخراجه من الوقف وفي الاستثناء لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف قال نعم هو بمنزلة المسلم في ذلك فما جاز للمسلم أن يشترطه من هذه الشروط كان للذمي مثل ذلك . قلت والبيع والاستبدال كذلك قال نعم ذلك كاه جائز له . قلت وكذلك النساء ممنهن بمنزلة الرجال قل نعم . قلت وان أقر الذمي أن الأرض التي بيده وقفها مسلم على البيع والكنائس أو أقر أن المسلم وقفها على شيء من الوجوه التي لا يتقرب بها المسلمون الى الله تعالى قال اقراره بالوقف على هذه الاشياء باطل لا يجوز . قلت وما حال هذه الأرض وما السبيل فيها قال أخرجها من يده واجعلها لبيت مال المسلمين لأنه أقر أن ملكها لرجل مسلم . قلت : فإن كان الاقرار في المرض الذي مات فيه قال ان كانت تخرج من ثلث ماله فاقراره بما أقر من ذلك جائز على ورثته، وان كانت لا تخرج من الثلث كان مقدار ثلث ماله خارجا من أرضه فيجوز اقراره في ذلك فيما يتقرب به المسلم الى الله تعالى ويبطل اقراره في ذلك فيما لا يتقرب به الى الله تعالى وتكون تلك الأرض لبيت المال . قلت فإتقول ان كان لم يقر بأن مسلما وقفها ولكنه قال رجل من أهل الذمة كان يملكها وقفها على وجوه سماها ، قال يجوز اقراره في هذه الأرض فيما كان يجوز وقفه فيها أن لو وقفها على ما فسرنا وشرحنا في باب وقف الذمي ويبطل اقراره فيما لا يجوز وقفه فيها لو وقفها

هو . قلت فاذا بطل اقراره فما حال الأرض ربما السبيل فيها؟ قال تخرج من يده
وتكون لبنت مال المسلمين لأنه لم يسم مالكها

المسألة الحادية عشرة : الوقف في المرض الذي اتصل به الموت

ذكر الخصاص في وقفه قال . لو أن رجلا مريضا جعل أرضا له صدقة موقوفة
لله أبدا على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين
فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث أخرجت وكانت موقوفة تستغل ثم تقسم
غلتها على جميع ورثته على قدر مواريتهم منه ، فإن كان له زوجة وله ولد كان لزوجته
اثنان ، وإن كان له أبوان كان لهما السدسان ويكون الباقي من الغلة بين ولده لصلبه
للذكر منهم مثل حظ الأثنين فتكون هذه الغلة جارية على هذا ما دام ولده لصلبه
أحياء . هذا إذا لم يكن له ولد ولد ، فإن كان له ولد لصلبه وولد ولد قسمت الغلة
على عدد ولده لصلبه وعلى عدد ولد ولده فما أصاب من ذلك ولده لصلبه قسم بين
ورثته جميعا على قدر مواريتهم من قبل أن هذه وصية والوصية للوارث لا تجوز ، فما
أصاب من كان يرثه من ولده من غلة هذا الوقف قسم ذلك بين جميع ورثة الواقف
على قدر مواريتهم عنه وما أصاب من لا يرثه من ولد ولده من هذه الغلة كان ذلك
لهم . فإذا انقضى ولده لصلبه قسمت غلة هذه الصدقة بين ولد ولده ونسله على
ما قال ولا يكون لزوجته ولا لأبويه من ذلك شيء . قلت فإن كانت هذه الأرض
لا تخرج من ثلث مال الواقف قال يكون ثلثاها ميراثا بين جميع ورثته على قدر
مواريتهم عنه ويكون ثلثها موقوفا تقسم غلته إذا جاءت على ولده لصلبه وولد ولده
جميعا إن كان له ولد وولد ولده فما أصاب ولده لصلبه يقسم ذلك بينهم وبين سائر
ورثته على قدر مواريتهم وما أصاب ولد الولد من ذلك سلم لهم . وإن لم يكن له ولد
ولد قسمت الغلة بين ولد الصلب وبين سائر الورثة على قدر مواريتهم ، فإذا انقضوا
أنفذت الغلة على ما سبيلها الواقف . قلت رأيت أن جعل أرضه صدقة موقوفة لله
أبدا وهو مريض على وارث من ورثته دون غيره وهي تخرج من ثلث ماله قال
إن أجاز ذلك بقية ورثته فالوقف جائز وتكون الغلة للوارث الذي وقفها عليه ،

وان لم يجز ذلك الباقيون من الورثة كانت الأرض وقفاً من الثلث فتكون غلتها بين من وقفت عليه وبين سائر الورثة على قدر مواريتهم من الواقف ، فاذا مات الوارث الذي وقفت عليه هذه الأرض كانت غلتها للفقراء . قلت فان مات بعض ورثة الواقف والذي وقفت عليه الأرض في الحياة قال تكون الغلة بين من وقفت عليه وبين من بقي من الورثة وبين من مات منهم فأصاب الأحياء منهم أخذوه وما أصاب من مات منهم كان ذلك لورثته فلا يزال ذلك كذلك مادام الموقوف عليه الأرض حيا فاذا مات كانت الغلة للمساكين . ولو قال قد جعلت ارضي هذه صدقة لله أبدا تجرى غلتها على جميع ورثتي ثم من بعدهم على المساكين وهي تخرج من الثلث ، ان ذلك جائز على ما جملة تكون غلتها جارية على جميع ورثته على قدر مواريتهم فاذا اتقروا كانت الغلة للمساكين . قلت : وكذلك اذا مات بعض الورثة وبقي البعض قال من مات منهم سقط سهمه وأجريت الغلة على من كان باقيا منهم حتى ينقروا جميعا فاذا اتقروا أجريت الغلة على المساكين . قلت أرأيت اذا قال ارضي هذه صدقة ، ووقوفة لله أبدا على ولدي بينهم بالسوية وله أولاد ذكور وانا قال ان أجازوا ذلك فهو جائز على ماسي وان لم يجزوا كانت وقفاً من الثلث للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وان كانت له زوجة أو والدة دخلت معهم في غلة هذا الوقف وكان لها بقدر ميراثها من هذه الغلة ، قلت ومن مات من ولده كان نصيبه من غلة هذه الصدقة لورثته قال نعم . وذكر هلال في وقفه قال . قلت : لو قال في مرضه ارضي هذه صدقة موقوفة على ولدي بالسوية وله أولاد ذكور وانا قال ان أجازوا ذلك فهو جائز والا كانت الغلة لهم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . قلت أرأيت ان كانت له زوجة قال فلها الثمن من الغلة : قلت وسواء ذكرها في الوقف أو لم يذكرها قال نعم . قلت : أرأيت ان مات بعض الولد بعد ذلك قال يكون لورثة من هلك منهم مثل ما كان نصيب المورث من غلة هذه الأرض لو كان حيا فيقسم ذلك على قدر مواريتهم منه . قلت وكذلك لو لم يبق من الولد الا ولد واحد كانت الغلة على ما وصفت قال نعم . قلت أرأيت

إذا انقرض ولد الصلب كلهم فلم يبق منهم أحد قال الغلظة لمن جعلها له بعدهم .
قلت فإن كانت امرأة الميت حية بعد ذلك قال فلا شيء لها . قلت ولم ذلك؟ قال
لأنني كنت أعطيها وبعض ولد الصلب باق لأنه لا يجوز لي أن أعطيها شيئاً وهو
وارث ولا أعطي من ورثة الميت على حساب ما يصيبه . قلت أرأيت إذا قال أَرْضِي
صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ عَلَى وَلَدِي فِي مَرَضِهِ فَأَبُوهُ أَنْ يَجِزُوا ذَلِكَ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ لَمْ يَجِزِ
الوقف ولم تبطلها وتجعلها بين الورثة؟ قال لأن فيها وصية من بعد الوالد لان مرجعها إلى
الفقراء فإذا كان مرجعها إلى الفقراء لم أبطل الوقف وأبطل ما جعل من الغلظة لبعض
الورثة دون بعض فجعلت ذلك بينهم وبين سائر الورثة على قدر مواريتهم عن الواقف
ولا يشبه هذا الوصية للوارث فإن الوصية للوارث تبطل فتصير بين الورثة والوقف إذا
جعلت غلته للوارث أجزت الوقف وأبطلت الغلظة فجعلتها للورثة إذا كان ذلك في مرض
الواقف قلت . أرأيت إذا جعل أرضه في مرضه صدقة موقوفة وهي لا تخرج من الثلث ثم
برأ بعد ذلك وصح ثم مات بعد ذلك قال هي جائزة على ما وقفها عليه . قلت : وكذلك لو
كان وقفها على وارث من الورثة ثم برأ بعد ذلك وصح قال نعم . قلت : فإذا جعلها صدقة
موقوفة على الفقراء وهي لا تخرج من الثلث فأجاز ذلك بعض الورثة دون بعض قال يجوز
منها قدر ثلث جميع المال وحصصة من أجاز منهم مما بقي منها ويبطل منها بقدر حصصة من لم
يجز ذلك منهم بعد إخراج قدر ثلث المال . قلت وكذلك لو أوصى بذلك وصية بعد وفاته
قال نعم : قلت . أرأيت إذا جعل أرضه أو وصى بها في مرضه صدقة موقوفة على وجوه
سواء معلومة أو وصى بوصايا سوى ذلك فلم تجز هذه الأرض والوصايا من الثلث
وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يقسم الثلث بين الوصايا التي أوصى بها وبين
الوقف فيضرب لأهل الوقف منه بقدر قيمة الأرض ويضرب لأهل الوصايا
بقدر وصاياهم فيكون ذلك بينهم على ذلك فما أصاب أهل الوصايا فلهم وما أصاب
قيمة الأرض الوقف جاز ذلك من الأرض فكان وقفاً على ما شرط الميت .
قلت : فالوقف وغير الوقف في ذلك سواء قال نعم . قلت . ولا يكون الوقف
بمنزلة العتق الذي يبدأ به قال لا . قلت . أرأيت ان كان الميت أعتق غلامه

مع هذه الأشياء التي وصفت لك قال يبدأ بالعتق فيتمحصون بعد ذلك كما وصفت لك . قلت أرأيت إذا جعل أرضه صدقة موقوفة بعد وفاته على قوم ومن بعدهم جعل الغلة للورثة قال تكون الغلة جائزة للقوم الذين جعل ذلك لهم فإذا انقضوا رجعت الغلة للورثة فكانت بينهم على قدر مواريتهم ما بقي منهم أحد فإذا انقضوا كانت للفقراء . قلت أرأيت رجلاً قال أرضي موقوفة بعد وفاتي ولم يزد بعد ذلك شيئاً قال الوقف باطل لا يجوز . قلت . ولم أبطلت ذلك ؟ قال لأن الوقف يكون للغني والفقير ولم يوص لأيهما هو فإذا لم يوص بذلك أبطلت الوقف . ألا ترى أنه لو قال ذلك في صحته أبطلت ذلك حتى يقول صدقة موقوفة أو يقول وقفاً على الفقراء . قلت أرأيت لو قال أرضي بعد وفاتي صدقة ولم يزد على ذلك وهي تخرج من الثلث قال يتصدق بأصلها على الفقراء أو تباع فيتصدق بثمنها على الفقراء . فإذا قل أرضي بعد وفاتي صدقة موقوفة جوزت ذلك وجعلتها وقفاً على الفقراء والمساكين . فلو قال محبوسة بعد وفاتي لا يجوز هذا ولا يكون وقفاً ولا صدقة . قلت . فإذا قال أرضي هذه موقوفة بعد وفاتي على عبد الله مدة حياته قال فهي لعبد الله مدة حياته فإذا هلك عبد الله رجعت إلى الورثة ولم تكن وقفاً . قلت أرأيت لو قال ذلك في صحته قال لا يكون وقفاً ولا يجوز ذلك . قلت ولم أبطلت ذلك ؟ قال لأن هذا وقف ولم يجعل آخره للمساكين ولم يقل صدقة موقوفة . قلت . أرأيت إذا قال أرضي بعد وفاتي صدقة موقوفة للفقراء والمساكين وليس له مال غيرها فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يجوز الثلث منها ويبطل الثلثان منها فيكون للورثة . قلت . أرأيت ان قال أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على ورثتي فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ولا مال له غيرها قال يكون الثلث منها وقفاً على ورثته ومن بعدهم على المساكين ويكون الثلثان الباقيان منها لجميع الورثة مطلقين لا وقف فيهما . قلت : أرأيت ان قال أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على الفقراء والمساكين ولا مال له غيرها وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يكون الثلث منها وقفاً على ما وصفت لك ويبطل الثلثان الباقيان . قلت . فإذا أطلق القاضي

الثلاثين منها الورثة وحبس الثالث منها للوقف ثم خرج بعد ذلك مال كثير تخرج
الأرض من ثلثه قال يرد الثلثين الى الوقف فتكون الأرض كلها وقفاً ويكون المال
للورثة . قلت . أرأيت ان كان الثلثان من الأرض لما دفعهما القاضي الى الورثة باع
بعضهم حصته من ذلك ولم يبع الآخرون ثم ظهر الميت مال كثير ما يكون التول
عندك في ذلك ؟ قال يؤخذ جميع ما بقى من هذه الأرض للميت فيكون وقفاً من
الثلث ويؤخذ من مال الميت قيمة ما يبيع من الأرض ويشتري بها أرض فتوقف
على مثل ما أمر به الميت ويقسم الورثة الباقي بعد ذلك على واريثهم ويحسب
على الذي باع حصته من الأرض بقيمة ما صار في يده منها . قلت . ولا يرد بيعه
قال لا . قلت فاذا قال أرضي صدقة موقوفة بعد وفاتي على الفقراء والمساكين وله
مال كثير غائب عنه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يكون لهم الثلثان ويكون
الثلث الباقي وقفاً على ما وقفه الميت فاذا قدم المال رددت ما بقى من الأرض الى
الوقف ، ولو قدم بعض المال رددت من الأرض ثلث ذلك على ما فسرت لك . قلت :
أرأيت رجلاً وقف أرضاً له في مرضه وله مال كثير ثم ان ماله ذهب قبل أن
يموت ثم مات ولا مال له غيرها قال يجيز الثلث منها ويبطل الثلثين الباقيين .
قلت أرأيت لو وقفها أو أوصى بوقفها وله مال كثير ثم مات على ذلك فلم يقبض
الورثة ما صار لهم من مال حتى ضاع المال قال يجوز الوقف في الثلث منها ويبطل
الثلثان الباقيان منها . قلت . أرأيت اذا أوصى بوقف أرضه بعد وفاته على أوجه
مسماة معلومة فحدثت فيها ثمرة قبل موت الموصى ثم مات الموصى قال الثمرة ميراث
ولا تكون لأهل الوقف . قلت فلو حدثت الثمرة بعد وفاته والأرض والثمرة
يخرجان من الثالث قال فالثمة للوقف عليهم الأرض . قلت وسواء في الباب
الأول كانت الأرض تخرج من الثلث أولاً تخرج قال نعم هما سواء . وكل ثمرة
تحدث قبل موت الموصى فهي لورثته دون أهل الوقف . قلت : أرأيت
لو وقفها في مرضه الذي مات فيه وفيها ثمرة يوم وقفها لمن تكون الثمرة ؟ قال للوقف
قلت . ولا تكون لأهل الوقف قال لا . وكذلك لو أن رجلاً وقف أرضاً له كانت

الثمرة له خاصة والوقف جائز قال نعم . وذكر ابن مازة قال في « باب الوقف في المرض » . المريض اذا وقف أرضه لا يخلو من أربعة أوجه أما أن يقف أرضه على الفقراء ، أو يقف أرضه على وارث بعينه ثم من بعده على الفقراء ، أو يقف أرضه على المحتاجين من أولاده ونسله ثم من بعدهم على الفقراء ، أو يوصي بأن توقف أرضه بعد موته على فقراء المسلمين . وكل وجه على وجهين اما أن خرجت الأرض من الثلث أو لم تخرج : ففي الوجه الأول ان خرجت من الثلث جاز ذلك في جميعها ، وان لم تخرج فهذا على وجهين . ان أجازت الورثة جاز ، وان لم يميزوا جاز في مقدار الثلث وأبطل القاضي الثلثين ، فاذا أبطل الثلثين ثم ظهر له مال يخرج الكل من الثلث فهذا على وجهين ، اذا كان قائماً في يد الورثة يصير ذلك كله وقفاً وان لم يكن بأزباع الوارث لا ينقض بيعه لكن يؤخذ منه قيمة ما باع ويشترى بها أرضاً أخرى فتوقف مكانها : وكذا لو باع القاضي الارض في الدين ثم ظهر للميت مال فيه وفاء الدين تخرج الأرض من ثلثه لا ينقض البيع لكن يدفع من مال الميت مقدار ثمن الأرض ويشترى به أرضاً أخرى وتوقف على الفقراء . وفي الوجه الثاني ان خرجت الأرض من الثلث جاز ذلك في جميعها وان لم تخرج فهذا على وجهين ، ان لم تجز الورثة جاز في مقدار الثلث ويصير ذلك القدر وقفاً . ثم بعد ذلك اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لا يعطى للفقراء شيئاً من الغلة للحال بل يقسم جميع غلة الأرض ما جاز فيه الوقف وما لم يجز بين الورثة كلهم من وقف عليه ومن لم يوقف عليه على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه في الأحياء فاذا مات صرف حصة الوقف من الغلة الى الفقراء . وقال بعضهم الغلة في حصة الوقف للفقراء ولا يكون للورثة من ذلك شيء . وفي الوجه الثالث اذا لم تجز الورثة جاز في الثلث وكان مقدار الثلث بينهم ، ثم هذا الوجه لا يخلو من أربعة أوجه . اما أن يكون أولاد الصلب والنسل كلهم أغنياء أو كان الفريقان فقراء أو كان أولاد الصلب كلهم أغنياء ونسله فقراء أو على العكس . ففي الوجه الأول من هذا الوجه الغلة للفقراء من المسلمين الا أن يفتقر أحد منهم بعد ذلك . وفي الوجه الثاني

وهو أن يكون أولاد الصلب ونسلهم كلهم فقراء أو كان في كل فريق بعضهم فقراء فانه يقسم الغلة بين فقراء الفريقين بالسوية فما أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بينهم وبين أولاد الصلب الأغنياء والفقراء جميعا على فرائض الله تعالى وما أصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الأغنياء منهم . وفي الوجه الثالث من هذا الوجه تصرف الغلة كلها الى النسل وتقسم بينهم بالسوية . وفي الوجه الرابع من هذا الوجه وهو أن يكون أولاد الصلب كلهم فقراء أو منهم فقراء ومنهم أغنياء فالغلة كلها بين فقراء أولاد الصلب وبين الأغنياء على فرائض الله تعالى . وكذا هذا الجواب على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه وكان له أولاد ذكور فان الغلة تقسم بين الموجودين من يوم خلقت الغلة على عدد رؤسهم بالسوية ثم ما أصاب أولاد الصلب يقسم بينهم ثانيا على فرائض الله تعالى وما أصاب أولاد أولاده والنسل يقسم بينهم بالسوية . وفي الوجه الرابع من الوجه الأول ينظر ، ان خرجت من الثلث يوقف كأمر . وان لم يخرج فهذا على وجهين . ان أجازت الورثة فكذلك الجواب . وان لم تجز فمقدار ما يخرج يوقف اعتبارا للبعض بالكل . وذكر في فتاوى البقالى قال . الوقف في المرض كالوصية في الحواز . ذكره الطحاوى . وقد روى عن محمد أنه وقف كالصحة وعن أبي يوسف مثله في رواية ابن سماعة . وذكر في وقف خزانة الأكل لو وقف أرضه في مرضه أو بعد مرضه وعليه دين لا يستغرق يجوز فيها بقدر الثلث بعد الدين . ولو وقف أرضه على ورثته ولا مال له غيرها ولم يجزوا فثلثها وقف على ورثته والثلثان ميراث . وذكر في الذخيرة قال وفي الفتاوى الصغرى الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت حتى صح بالاجماع يعتبر من جميع المال وأنه مشكل يخالف المذكور في الكتب ، هذه عبارة الذخيرة وقد ذكرت هذا في كتابي الملقب بالاختلافات الواقعة في المصنفات .

المسألة الثانية عشرة : الاستدانة على الوقف للحاجة

ذكر هلال في وقفه قال قلت : رأيت الصدقة اذا احتاجت الى العمارة ولم يكن عند القائم بأمرها ما يعمرها أتري له أن يستدين عليها قال لا . قلت : لم ؟

قال انما تجعل العبرة في الغلة ولم تجعل في شيء سوى ذلك قلت : اقترى لوصي اليتيم أن يستدين عليه في نفقته قال نعم ، قلت فلم لا يكون القائم بأمر هذه الصدقة بمنزلة ولى اليتيم ؟ قال لا يشبه ولى اليتيم القائم بأمر هذه الصدقة ألا ترى أن وصي اليتيم انما يستدين على انسان بعينه وفي الصدقة ليس يستدين على رجل بعينه . وذكر في النخيرة ما نقلناه عن هلال ثم قال . وعن الفقيه أبي جعفر أن القياس هذا ، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون في أرض الوقف زرع يأكله الجراد ويحتاج القيم الى النفقة لجمع الزرع أو طالبه السلطان بالخراج جازله الاستدانة لأن القياس يترك للضرورة . قال والأحوط في هذه الصورة أن تكون بأمر الحاكم لأن ولاية الحاكم أعم في مصالح المسلمين من ولايته الا أن يكون بعيدا من الحاكم ولا يمكنه الحضور فلا بأس أن يستدين بنفسه ، وهذا اذا لم يكن في تلك السنة غلة فأما اذا كانت وفرقها القيم على المساكين ولم يمك للخراج شيئا فانه يضمن حصة الخراج وما ذكره أبو جعفر مشكل لأنه جمع بين أكل الجراد الزرع وبين الخراج ويتصور الاستدانة في أكل الجراد الزرع لأنه مال الفقراء وهذا الدين انما يستدان لحاجتهم فأمكن إيجاب الدين في ما لهم ، فأما في باب الخراج فلا يتصور لأنه ان كان في الأرض غلة فلا ضرورة الى الاستدانة لأنها تباع ويؤدى منها الخراج وان لم يكن في الأرض غلة فليس هنا الا رقبة الوقف ورقبة الوقف ليست للفقراء فلا يستقيم إيجاب دين يحتاج اليه الفقراء في مال ليس لهم ، فهذا مشكل من هذا الوجه الا أن يكون تصوير المسألة فيما اذا كان في الأرض غلة وكان بيعها منعذرا في الحال وقد طولب بالخراج . ثم قالوا وليس قيم الوقف في الاستدانة على الوقف كالوصي في الاستدانة على اليتيم لأن اليتيم له ذمة صحيحة وهو معلوم فيتصور مطالبته . وفي فتاوى أبي الليث قيم طلب منه جبايات وخراج الوقف وليس في يده من مال الوقف شيء ، وأراد أن يستدين فهذا على وجهين : ان أمره الواقف بالاستدانة فله ذلك ، وان لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه ، قال الصدر الشهيد والختار ما قاله الفقيه أبو الليث انه اذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر الى

القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة لأن للقاضي هذه الولاية. وفي واقعات الناطفي، المتولى إذا أراد أن يستدين على الوقف ليجعل ذلك في ثمن البندر إذا أراد ذلك بأمر القاضي فله ذلك بلا خلاف لأن القاضي يملك الاستدانة على الموقوف فيملك المتولى ذلك أيضا بأذن القاضي. وإن أراد ذلك بغير أمر القاضي ففيه روايتان هذه عبارة الذخيرة وفي المحيط ولو استدان القيم على الوقف للخراج والجبايات ينظر إن أمره الواقف بالاستدانة جاز ولو لم يأمره ففيه روايتان والأصح أنه إذا لم يكن بد من الاستدانة تفرغ الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة لأن هذه الولاية للقاضي: قلت فهلال منع الاستدانة مطلقا سواء كانت بأمر القاضي أو بغير أمره لأنه قال لا يشبهه ولي اليتيم القائم بأمر الصدقة أي الناظر باعتبار أن وصي اليتيم يستدين على إنسان بعينه وذمته صحيحة فيتصور مطالبته وفي الصدقة ليس يستدين على رجل بعينه فهذا يقتضي أنه ولو أذن له القاضي في الاستدانة ليس له أن يستدين لأن الاستدانة ليست على إنسان بعينه ولا على ذمة صحيحة فسواء كانت بأمر القاضي أو بغير أمره للمعنى الذي ذكره وهو عدم الشخص المعين في الوقف وقد ذمته الصحيحة. وأبو الليث جوز الاستدانة بشرط وهو إذا لم يكن منها بد وبشرط أذن القاضي فيها. وفي بعض الفتاوى صرح بأنه إذا استدان القيم بغير أمر القاضي يضمن وقول الناطفي فله ذلك بلا خلاف مشكل لأن هلالا يخالف فيه وقد قدمناه. فحاصل هذا أن في الاستدانة اختلافا بين هلال وبين أبي الليث والناطفي والذي يظهر أن مآقله هلال قياس وما ذهب إليه أبو الليث والناطفي استحسان حفظاً للاوقاف من الخراب وانقطاع الثواب عن الواقف والراجح عندي مآقله أبو الليث والناطفي وعمل الناس عليه وعمل من أدر كناه من القضاة وهو حسن. ثم ما يشترط لهذه الاستدانة وكيفية الأذن فيها وشروط الأذن فكله بيناه في كتابنا «الاعلام بمصطلح الشهود والحكام» والله سبحانه وتعالى أعلم

المسألة الثالثة عشرة: الاستبدال بالاوقاف

اعلم وفقك الله وإياي أن هذه المسألة تعزى إلى مذهب الإمام الأعظم أبي

حنيفة وعمل بها بعض القضاة بالديار المصرية لكن منهم من عمل على الوجه المرضى ومنهم من عمل بها ليحصل الدنيا الدنية والتقرب الى أهل الدولة لينال بها سحتنا مما في أيديهم أو يتستر بما يفعله معهم فيها لما يقصد من أخذ أوقاف المسلمين بأبخس الأثمان مما يكون ريعه أكثر مما استبدل به وقراره أجود وأعلى مما عوض عنه فلا جرم أن الله تعالى رد قصدهم وكيدهم في نحرهم وشميت بهم الإبداء هذا ما حصل لهم في الدنيا ولعذاب الآخرة أخزى وهم لا ينصرون فالله المسئول أن يعصمنا من الأهواء والطمع ويجعلنا ممن أطاع الأمر واستمع ولا يجعل لأحد من خلقه عندنا ظلمة ويبيض وجوهنا يوم الطامة وإسلامنا فيما بقي ويوقفنا لطاعته بمحمد صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم . فالذي نقل عن أصحابنا رحمهم الله في مسألة الاستبدال بالأوقاف ما سأذكره أن شاء الله تعالى عنهم في هذه الأوراق محرراً واضحاً مستوفياً بحسب الوسع والامكان بتوفيق العزيز المنان . فاعلم أن هنا مسألتين . المسألة الأولى إذا شرط الواقف في كتاب الوقف ان له الاستبدال أولم ولي هذه الصدقة الاستبدال بها أو ان يبيعها ويشترى بثمنها مكانها أرضاً أخرى . والمسألة الثانية اذا لم يشترط الاستبدال في كتاب الوقف فهل للتيمم أو الحاكم الاستبدال بها اذا كان فيه مصلحة للوقف أم لا

أما المسألة الأولى فقد ذكر هلال في « باب الرجل يقف أرضاً له على أن له أن يبيعها » قلت أرأيت رجلاً قال أرضى صدقة موقوفة لله أبداً على أن لي أن أبيعها وأشترى بثمنها أرضاً وتكون موقوفة لله أبداً على ما وصفت لهذه الأرض قل الوقف جائز والشرط جائز وله أن يبيعها ويستبدل بها . وقال أبو خالد السمي الوقف جائز والشرط باطل في البيع . وأما أبو يوسف فقال الشرط في البيع جائز والوقف جائز والقول عندنا ما قال أبو يوسف قلت أرأيت ان اشترط أن يبيعها ولم يشترط أن يستبدل بها قال الوقف باطل لا يجوز قلت . نلو قال على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها قال فهو جائز وهو على ما شرط ولو قال مكان أستبدل اشترى بها أرضاً ولم يزد على ذلك قال أما القياس فالوقف باطل حتى يقول تكون بدلها

أو يقول أرضاً أوقفها على شروطها أو يتكلم بكلام يستدل به على البديل ، وأما في الاستحسان فهو جائز وتكون الأرض بدلها . قلت فإن قال علي أن أستبدل بها داراً أله أن يستبدل بها أرضاً قال لا . قلت فإن قال علي أن اشتري بها أرضاً أله أن يشتري بها أرضاً من أرض الخراج قال نعم . قلت فإن قال علي أن اشتري بها أرضاً من أرض البصرة أله أن يشتري بها من غير أرض البصرة قال لا . قلت فإن باعها بثمن يتغابن الناس في مثله قال البيوع جائز وبما لا يتغابن الناس فيه باطل . قلت فإن باعها بعرض من العروض قال البيوع جائز في قياس قول أبي حنيفة . قلت فله بيع هذه الأرض الثانية ويستبدل بها أرضاً قال لا يكون له ذلك إلا أن يشترط . قلت فإن قال أرضى صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها فباعها وقبض الثمن فضع في يده قال لا ضمان عليه والقول قوله مع يمينه وقد بطل الوقف . قلت فلو باع الوقف للاستبدال فوهب الثمن للمشتري قبل أن يقبضه قال فالهبة جائزة في قول أبي حنيفة وهو ضامن للثمن يشترى به أرضاً فتوقف وأما في قول أبي يوسف فالهبة باطلة والثمن دين على المشتري على حاله . قلت فلم جوزت له أن يقبل فيها قال لأن له أن يشتري بثمنها أرضاً بدلها فالأقالة فيها بمنزلة شرائه لها بعد ما يبيعها فإذا شرط أن يبيعها ويستبدل بها فباعها ثم أقال فيها أله أن يبيعها بعد ذلك قال لا . قلت ولم قلت ذلك ؟ قال لأنها عادت على غير الملك الأول فإذا عادت على غير الملك الأول فكأنه باع الوقف الأول واشترى بثمنه أرضاً فوقفها فليس له أن يبيع البديل لأنه لم يشترط بيع البديل . قلت فلو ردت عليه بعيب بعد البيع بقضاء قاض قبل القبض أو بعده قال فله أن يبيعها ويستبدل بها لأنها قد عادت على الملك الأول ولوردت عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له أن يبيعها ويستبدل بها لأنها بمنزلة الأقالة ولم تعد على الملك الأول . قلت أرأيت لو باعها على أن المشتري بالخيار أو البائع بالخيار فأبطل الذي له الخيار البيوع قال فقد عادت على الملك الأول وله أن يبيعها . قلت وكذلك لو ردت عليه بخيار رؤية بقضاء أو بغيره قال نعم وله أن يبيعها . قلت فلو باعها واشترى بثمنها أرضاً فوقفها ثم ردت إليه الأرض الأولى بعيب بقضاء

قال فقد عادت الى الوقف وأما الأرض التي اشتراها ووقفها فهي للوقف يصنع بها ما بداله. قلت رأيت اذا قال على ان لي أن أبيعها واستبدل بثمانها فلم يبيعها حتى مات هل للذي أوصى اليه أن يبيعها ويستبدل بثمانها قال لا يكون له وإنما هذا شرط له خاصة. قلت رأيت ان شرط ذلك لوصيه من بعده قال فلو وصيه أن يبيعها ويستبدل بثمانها. قلت رأيت ان شرط ان لكل من ولي هذا الوقف الاستبدال به قال فالشرط جائز ولهم الاستبدال به. قلت رأيت ان جعل الاستبدال لرجل آخر سواء قال فالشرط جائز وللوقف ان يبيعها ويستبدل بها. قلت وللرجل الذي اشترط له الاستبدال بها قال نعم اذا شرط الاستبدال بها لرجل كان ذلك جائزا وله من الشرط مثل ما شرط لذلك الرجل لانه كالوكيل فما كان للوكيل أن يفعله فلموكل ان يفعله. قلت رأيت ان قال الواقف للرجل الذي شرط له الاستبدال بالوقف قد أخرجتك مما جعلت اليك من البيع قال فهو مخرج من ذلك وائس له أن يبيع هذه الصدقة بعد ذلك. قلت فلو باع الواقف ثم باع الرجل الذي شرط له الاستبدال قال فبيع الواقف أولى من بيعه ولو باعها الرجل ثم باعها الواقف كان بيع الواقف باطلا وإنما ينظر الى أسبق البيعين. قلت فهل ان شرط له الاستبدال أن يشتري ما بداله من البلاد قال نعم. قلت او يشتري به قطعة أو قطعتين. قال نعم قلت ويشتري به دارا أو أرضا قال نعم لأنه شرط البديل ولم يسم اي شيء البديل قال فكل ما اشتري بثمانها فهو بدل. قلت رأيت ان اشترط بيعها والاستبدال بها فباعها واشتري بثمانها أرضا ولم يشهد أن هذه الأرض الثانية بدل الأرض الأولى قال فهي بدلها اشهد على ذلك او لم يشهد اذا علم أنه اشتراها بثمان الأولى. قلت رأيت رجلا جعل داره مسجداً لله على أن له بيعه والاستبدال به قال المسجد جائز والشرط باطل ولا يكون له بيعه. قلت ولم فرق بين هذا وبين الوقف؟ قال لان الوقف انما يراد منه الغلة فاذا كانت الغلة المراد منه فاشترط بيعه الاستبدال به جائز ذلك بخلاف المسجد لان المراد منه الصلاة والصلاة فيه وفي غيره سواء فلا يجوز له. وذكر الخصاص في وقفه: قلت رأيت ان جعل أرضاً له صدقة موقوفة لله أبداً على رجل

وعلى ولده وولده ولد ونسله أبداً ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين واشترط
لوصيه ولمن يصير اليه ولاية هذة الصدقة بيعها والاستبدال بثمنها ما يكون وقفاً
مكانها قال الوقف جائز على هذا والشرط جائز. قلت فهل للواقف ان يبيعهامادام
حياً ويستبدل بثمنها أرضاً مكانها قال نعم

وأما المسألة الثانية وهي اذا لم يشترط الواقف الاستبدال فهل للقيم ان يستبدل
بما هو أنفع واجود باذن الحاكم أو بغير اذنه أم لا ؛ وهذه المسألة هي التي وقع فيها
من وقع وهي المنسوبة على السنة الفقهاء الى أبي حنيفة فنقول . ذكر قاضيخان في
فتاويه قال في أثناء كلامه : أما بدون الشرط أشار في السير الى أنه لا يملك الاستبدال
الا القاضي اذا رأى المصلحة في ذلك ، هذه عبارته . وذكر هلال في وقفه في «باب
الرجل يقف الأرض على أن يبيعها» قال قلت رأيت لو قال صدقة موقوفة لله
ابداً ولم يشترط أن يبيعها أنه أن يبيعها ويستبدل بها ما هو خير منها ؟ قال لا يكون
له ذلك الا أن يكون شرط البيع والا فليس له أن يبيع . قلت ولم لا يجوز له ذلك
وهو خير للوقف ؟ قال لأن لوقف لا يطلب به التجارة ولا يطلب به الأرباح
وانما سميت وقفاً لانها لا تباع وانما جوزت ذلك اذا اشترطه في عقدة الوقف
لأن الواقف انما وقف على مثل ذلك ولو جاز له بيع الوقف بغير شرط كان في
أصله كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف فيكون الوقف يباع في كل يوم وليس هكذا
الوقف . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال : سئل شمس الأئمة الحلواني عن اوقف
للمسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى
قال نعم . قيل ان لم تعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها ؟ قال لا
ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال .
وهكذا حكى في فتاوى شمس الأئمة السرخسي . وفي السير الكبير قال ابو يوسف
يجوز الاستبدال بالواقف . وذكر في الفتاوى الظهيرية الصغرى ما صورته وفي السير
الكبير أن استبدال الوقف باطل إلا رواية عن أبي يوسف . وذكر في المحيط قال
لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها أخرى فتكون

موقوفة مكان الأولى قال فالوقف جائز والشرط جائز عند أبي يوسف وهلال
وعند يوسف بن خالد الوقف جائز والشرط باطل . وقيل كلاهما باطلان :
لأبي يوسف أن اشتراط الاستبدال شرط يقتضيه العقد لأنه ربما تقع الضرورة
الى استبدال الوقف لأن الأراضى ربما لا يخرج فيها من الغلة ما يفضل عن المؤن
فيؤدى الى ألا يصل الى الموقوف عليهم شيء لفساد يحدث بالأرض وتكون
الأرض الاخرى أصحح وأنفع للموقوف عليهم فلهذه الضرورة جوزنا اشتراط
الاستبدال فى الوقف . وقال فى المحيط واستبدال الوقف جائز فى الجملة ألا ترى
أنه لو أتلف انسان الوقف بأن هدم العقار أو أجرى الماء على الأرض حتى صارت
بجال لا تصلح للزراعة يفرم قيمتها ويشترى بقيمتها أرضا أخرى وتوقف مكان
الاولى على تلك الشروط . وذكر فى الفئيلة : مبادلة دار الوقف بدار أخرى
انما تجوز اذا كانتا فى محلة واحدة أو تكون المحلة المملوكة خيرا من الموقوفة وعلى
عكسه لا يجوز وان كانت المملوكة اكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها
لقلة رغبات الناس فيها . وذكر فى أدب القاضى لمحمد بن أبى بكر الرازى قال : رجل
وقف أرضا وأراد أن يبدلها بأرض اخرى أو دار أخرى ان شرط ذلك لنفسه
فى أصل الوقف فله ذلك بلا خلاف بين أصحابنا وان لم يشترط ذلك قيل
للقاضى ولاية الاستبدال اذا رآه مصلحة فى رواية عن أبى يوسف وليس لغير
القاضى ذلك وقيل ليس للقاضى أيضا ذلك . وذكر فى الذخيرة قال روى عن
أبى يوسف انه قال لا بأس باستبدال الوقف لما روى عن على بن أبى طالب رضى
الله عنه أنه وقف على الحسن والحسين رضى الله عنهما فلما خرج الى صفين قال ان
نأت بهم الدار فبيعوها واقسموا ثمنها بينهم ولم يكن شرط البيع فى أصل الوقف
ثم أمر بالبيع . وقال فى موضع آخر عن محمد اذا ضعفت الأرض الموقوفة عن
الاستغلال والقيم يجذب ثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا ان يبيع هذه الأرض ويشترى
بثمنها ما هو أكثر ريعا . هذه عبارة الذخيرة : قلت فتحرر من هذا أن فى المسألة
اختلاف المشايخ ورواية عن أبى يوسف ، فهلال منع ذلك أصلا وكذا شمس الأئمة

السرخسي ومن وافقه من المشايخ كما نقلناه عن الفتاوى الظهيرية فلرواية التي هي عن ابي يوسف بالجواز مقيدة بأن يكون الاستبدال باذن القاضى بقيد المصلحة لا ان غيره يملك ذلك فان قاضيخان صرح فيما نقلناه عنه أنه لا يملك الاستبدال الا القاضى اذا رأى المصلحة فى ذلك ، وكذا فى أدب القاضى المذكور صرح بأن ولاية الاستبدال الى القاضى اذا رآه مصلحة. لكن ما ذكره قاضيخان يقتضى الحصر صريحا لأنه أتى فيه بالنفي والاثبات فقال لا يملك ذلك الا القاضى اذا رآه مصلحة وما ذكره فى أدب القاضى يقتضى اختصاصه بالقاضى أيضا دون غيره لكن بالمفهوم وأياما كان فهو كاف لأن مفهوم التصنيف حجة . فبقى لنا ما ذكره فى الذخيره والمحيط والفتاوى الظهيرية من غير تنصيص على القاضى فيحمل على ما ذكره قاضيخان وصاحب أدب القاضى توفيقا بين كلام الاصحاح. والذي كان يفعله بعض القضاة الجهال انه يثبت استبدال ناظر الوقف من غير أن يأذن له فيه ويحكم بصحته ويستبدل بالضياح الجيدة والبساتين الكبار المشتمنة كبيت قائم بمرج دمشق ومزرعة البيسرى بالسوق الشامى والصور وأمثال ذلك يأخذ عوضا عن هذا اماربعا أودارا بالقاهرة واما كن لا ينتفع بها ولا يصلح أن توقف فهذا لا يجوز لاعلى قول ابي يوسف ولا على قول غيره وهو خطأ بين واجب النقض ويثاب من تقضه واعاده الى الوقف على حاله الأولى . ولكن الطريق فى هذا اذا دعت الضرورة اليه ومست الحاجة الى فعله أن يقف القاضى بنفسه على الوقف الذى يستبدل به ان أمكنه ذلك وعلى المكان الذى يدفع عوضه فاذا رأى المصلحة فى الاستبدال لجهة الوقف بحيث تكون محلة المملوك أجود من محلة الوقف وأصلها خيرا من اصل الوقف أو يكون الوقف والمملك فى محلة واحدة ولكن المملك أكثر ريعا وأجد بناء أو أجود أرضا فحينئذ يأذن الحاكم لعمدين أمينين ضابطين لها خبرة بالقيمة والمساحة غير متهمين ولا متساهلين فى شهادتهما يقف كل واحد منهما على ذلك ويشهد به ويكتب خطه فاذا ثبت ذلك كله عند القاضى وسكن قلبه الى شهادتهما واتصل به كتاب الوقف أذن القاضى فى الاستبدال باذنه ويكتب الشهود خطوطهم بالمصلحة والغبطة لجهة

الوقف في الاستبدال ويكتب القاضي على طرة كتاب الوقف بحذاء البسملة أذنت في ذلك ويشهد الشهود على الناظر بالاستبدال وعلى صاحب العقار المملوك أيضا ثم بعد ذلك يأتون الى القاضي ويدعى بأن ناظر الوقف المذكور فلان استبدل بالمكان المحدود عن الوقف المذكور وأنه بعد ذلك وضع يده على الوقف ولم يسلمه الى صاحب الملك الذي استبدل به ويسأل سؤاله عن ذلك فيجيب بأنه يثبت ما ادعاه فبعد ذلك يستأدى المدعى الشهود على ما وقع من الاستبدال فيشهدون عند القاضي بذلك فاذا ثبت المدعى سألته المدعى الحكم بصحة الاستبدال المذكور فيه ولزومه وبصيرورة الوقف المذكور ملكا مطلقا وبجمل الملك المستبدل به وقفا على شرط واقفه مع العلم بالخلاف فيه فيجيب السائل الى سؤاله ويحكم الحاكم بذلك كله ويوقع على هامش كتاب الاستبدال على العادة كما بيناه في كتابنا الاعلام ، وان كان ذلك في كتاب الوقف فهو أجود بحيث يخصم عن الذي دفع البديل عن الوقف ويكتب بيده نسخة بذلك أيضا فتبقى نسخة مع ناظر الوقف ونسخة مع الذي اخذ الوقف ودفع بدله . وفي الجملة فالأولى للحاكم الخنفي سد هذا الباب بالجملة فانه اذا فتح يدخل منه عليه الدخيل ويثقل عليه من لا يقدر على دفعه ورده وبالله المستعان . بقي لنا مساله ثالثة لا يستغنى عن ذكرها وتحرير الكلام فيها في هذا المقام وهي : أن الواقف اذا شرط انه لا يباع هذا الوقف ولا يستبدل به كما هو المتعارف في كتب الاوقاف ببلادنا فهل يجوز أن يقال ان للقاضي أن يستبدل اذا رأى المصلحة في الاستبدال مع مخالفة ما شرطه الواقف من عدم الاستبدال والبيع ام لا؟ وما الذي يرجح من الجواب في هذه المسألة وهي موضع النظر وهي اخفى مما قدمناه لان ذلك منقول وهذه ليس فيها نقل فيحتاج فيها الى نظر يليق بها أن نتخرج عليه فأقول وبالله التوفيق

أما تخرجها على ما نقلناه عن هلال فظاهر بل بالطريق الأولى ألا يجوز أن يستبدل به بعد ذلك لأن هلالا قال لا يجوز الاستبدال الا اذا شرطه الواقف واذا لم يشرطه فلا يجوز فبقي بالطريق الأولى اذا نص على ألا يستبدل به ألا يجوز

لاستبدال وعلى ما نقلناه عن بعض المشايخ وهو رواية عن ابي يوسف فالظاهر أنه يجوز الاستبدال للقاضي اذا كان فيه مصلحة للوقف وان كان الواقف نص على ألا يستبدل به وذلك لأن ابا يوسف رحمه الله علل في جواز الاستبدال بعلة تصلح أن يخرج جوابنا هنا عليها وهي أن الضرورة قد تقع الى الاستبدال لأن الارض ربما لا تخرج من الغلة ما يفضل عن مؤنهما وكفاهافيؤدى الى أنه لا يصل شئ الى الموقوف عليهم . هذه عبارة الأصحاب لأبي يوسف رحمه الله فالواقف اذا شرط ألا يستبدل بالوقف حتى رأى الحاكم المصلحة للوقف في استبداله فاجتمع معنا نص الواقف ورأى الحاكم والمخالفة بينهما ظاهراً فان عملنا بما شرطه الواقف فقد فوتنا مصلحة الوقف وتتعطل مصلحة الموقوف عليهم ، وان نظرنا الى رأى الحاكم فقد عملنا بمصلحته فبقى شرط الواقف في معنى اشتراط شرط لا فائدة فيه للوقف واشتراطه شرطاً لا فائدة فيه ولا مصلحة للوقف غير مقبول كما قال أصحابنا في اشتراط الواقف ان القاضي أو السلطان لا يكون له كلام في الوقف وقالوا ثمة انه شرط باطل والقاضي الكلام لان نظره أعلى وهذا شرط ليس بموافق للشرع فلا يستمع . وكما قال أصحابنا في ان الوقف اذا شرط ألا يؤجر الوقف أكثر من سنة مثلاً والقيم لا يجرد من يستأجره هذه المدة قالوا ليس للقيم أن يخالف شرط الواقف ولكن يرفع الأمر الى القاضي فاذا رأى ذلك مصلحة آجره مدة أكثر من المدة التي اشترطها ، نص على هذا الفرع في الفتاوى البديعية وغيرها . فسألنا هذه تشابه مسألة الاجارة والمسألة المتقدمة والمعنى فيها واحد وهو أن نظر القاضي أعلى والواقف انما يختار ما فيه المصلحة للوقف ولا يظن به أنه يكرهها والوقف قد خرج عن ملكه وللحاكم الولاية العامة فاذا رأى الحاكم المصلحة لجهة الوقف في الاستبدال فعليه ولا يضره قول الواقف لا يستبدل به . ولان ما قلناه لا يكون أبلغ مما قالوا في أن القاضي اذا عزل الوصي العدل الكافي يصح وله أن يولى غيره وان لم يظهر منه خيانة في الظاهر فهذا دونه . وكذا لا يكون أبلغ مما قالوا في ان الواقف اذا وقف على من يقرأ عند قبره ان التعمين باطل ولا شك أن فيه زيادة راحة وثواب للميت

ذكره في القنية وغيرها . وكذا اذ انص الواقف أن أحدا لا يشارك الناظر في الكلام في هذا الوقف ورأى الحاكم أن يضم اليه مشاركا يجوز له ذلك كالوصى إذا ضم اليه غيره حيث يصح فهذه المسائل كلها شهدت بصحة تخريجنا هذه المسألة وبالله التوفيق .

المسألة الرابعة عشرة : بيع الوقف إذا خرب

الوقف إذا خرب وليس له ما يعمر منه أو خرب بعضه هل للقيم أن يبيع البعض لعامة الباقي أم لا ؟ وكذا بيع البناء الموقوف والاشجار الموقوفة قبل التلغ وبعد هل يجوز أم لا ؟ ذكر في الذخيرة قال : سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى قال نعم . قيل له لولم تعطل ولكن يوجد بئسها ما هو خير منها هل له أن يبيعها قال لا ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل . وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف . وهكذا حكى عن فتوى شمس الأئمة السرخسي . وروى عن محمد أنه إذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يحد بئسها أرضاً أخرى أكثر ريعاً له أن يبيع هذه الأرض ويشترى بئسها ما هو أكثر ريعاً . وفي المنتقى قال هشام سمعت محمداً يقول في الوقف إذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فلا قاضى أن يبيعه ويشترى بئسها غيره وليس ذلك الا للقاضى وإذا خربت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرم الباقي بئس ما باع ليس له ذلك . والاشجار الموقوفة ان كانت مشجرة لا يجوز بيعها الا بعد القطع لأنها بمنزلة البناء الموقوف وبيع البناء الموقوف لا يجوز قبل الهدم ويجوز بعد الهدم . وكذا باب الوقف لا يجوز بيعه الا بعد القلع . وان كانت الاشجار غير مشجرة جاز بيعها قبل التلغ لأنها بمنزلة الغلة . وبيع أوراق أشجار التوت في الاشجار الموقوفة جائز لانه بمنزلة الغلة . وذكر هلال في وقفه . قلت أرأيت رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً فخربت فلم تصلح لشيء أتري للقيم أن يبيع بعض تربتها ويعمر ما بقى منها بئس ذلك وفي ذلك صلاح لها قال لا أرى ذلك له وأنها عنه ولا يجوز أن يبيع شيئاً من ذلك . وذكر في

الخلاصة في الفتاوى قال في المسجد أو الحوض إذا خرب ولا يحتاج إليه لتفريق الناس إنه يصرف أو قائه في مسجد آخر وحوض آخر . وفي فتاوى النسفي بيع عقار المسجد لمصلحته لا يجوز وإن كان بأمر القاضي وإن كان خراباً وقد روى عن محمد إذا ضعفت الأرض عن الاستغلال والقيم يجذب بثمنها أرضاً هي أكثر ريباً كان له أن يبيعها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريباً . وفي الفتاوى قيم وقف خاف من السلطان أو من وارث أن يتغلب على أرض وقف يبيعها ويتصدق بثمنها . قال الصدر الشهيد والفتوى على أنه لا يبيع . ويوافق هذا ما ذكره الامام السرخسي في السير السكبر في باب الاسير في دفتر الثاني ذكر مسألة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف . والشيخ الامام ظهير الدين كان يقضي بجواز الاستبدال ثم رجع . علو وقف انهدم وليس له من الغلة ما يمكن عمارته به بطل الوقف ورجع نقص البناء الى الواقف ان كان حياً والى الوارث ان كان ميتاً . قال الصدر الشهيد في الفتاوى وفي جنس هذه المسائل نظر . وعلى هذا حانوت وقف احترق السوق والحانوت وصار بحال لا يمكن عمارتها واستغنى أهل المحلة فهي لواقفها أو لوارثه وإن كُن لا يعرف واقفها فهي لقطعة هذه عبارة الخلاصة . وذكر في المحيط قال لا يجوز بيع رقبة الوقف ولا قطعة منها ليرم ما بقي بثمنها لأنه يؤدي الى ابطال شرط الواقف فيه وهو التأييد وكذا ما احتاج الى العماره ولو جاز بيع بعضها يؤدي ذلك الى افناء الوقف كله وكذا لا يجوز بيع البناء القديم والعمارة القديمة . وإذا كانت أشجار قد نبتت في أرض الوقف إذا كان في تركها ضرر بالوقف وينتفع به لا يجوز بيعها . شجرة جوز في دار وقف فخرت الدار ليس للمتولى بيعها ويعمر الدار بثمنها ولكن تكري الدار ويستعين به على عمارة الدار لا بالشجرة لأنه إذا باع الشجرة لا يبقى شيء من الوقف وإذا أجز الدار يبقى الكل . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال: أرض وقف خاف عليها القيم من السلطان أو وارث الواقف أن يتغلب عليها كان للقيم أن يبيعها ويتصدق بثمنها . وكذا كل قيم خاف شيئاً من ذلك فله أن يبيعه ويتصدق بثمنه . قال الصدر الشهيد الفتوى على أنه لا يبيع . وسئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقف

المسجد اذا تعطلت وتمذر استغلالها هل للمتولى أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى قال نعم قيل له لو لم تعطل ولكن يوجد بضمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها قال لا ومن المشايخ من لم يجز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة . وذكر في عمدة الفتاوى للصدر الشهيد قال أشجار الوقف اذا كانت مثمرة لم يجز بيعها الا بعد القلع أو اليبوسة لأنها بمنزلة بناء الوقف وبيع بناء الوقف لا يجوز الا بعد الهدم. ولو كانت غير مثمرة يجوز بيعها قبل القلع . وذكر في أدب القاضي لمحمد بن أبي بكر الرازي وروى عن محمد ان الارض الموقوفة اذا ضعفت عن استغلالها والمتولى يحد بضمنها أرضاً أنفع للفقراء أو أكثر ريعاً فله أن يبيعها ويشتري تلك الارض بضمنها . وروى عنه أيضاً ان الوقف اذا صار بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بضمنه غيره وليس ذلك لغير القاضي ومثله في الفتاوى الصغرى الظهيرية . قلت ههنا مسائل :

المسألة الاولى : اذا تعطلت أوقاف المسجد وتمذر استغلالها .

المسألة الثانية : اذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال .

المسألة الثالثة : اذا خرب الوقف فأراد القيم أن يبيع بعضه ليرم به الباقي .

المسألة الرابعة : الاشجار التي في أرض الوقف هل يجوز بيعها أم لا .

المسألة الخامسة : الشجرة التي تكون في الدار اذا خربت الدار هل للقيم ان

يبيعها ليعمر بضمنها الدار أم لا .

المسألة السادسة : اذا خاف القيم من السلطان أو من وارث الواقف على

الموقوف هل للقيم ان يبيعه ويتصدق بضمنه أم لا . ؟

أما المسألة الأولى فقد تقدم الجواب فيها على ما نقلوه عن شمس الأئمة

الخلواني وهو جواز البيع . ولا يقال بشكل على هذا الجواب في المسألة الثالثة وهي

اذا خرب الموقوف وأراد القيم ان يبيع بعضه ليرم به الباقي وقالوا انه لا يجوز فانه

اذا جاز بيع الكل مع تغيير عين الموقوف أصلاً ورأساً فلا يجوز بيع بعضه لاجياء

البعض أولى، لأننا نقول انما يجوزنا بيع الكل وأن يشتري به عوضه ببقية للوقف

ونظرا للمستحقين أما في هذه المسألة التي أوردتها هنا السائل فانا لو جوزنا ذلك أدى الى افناء الوقف من غير أن يتعوض عنه بخلاف ما اذا باع الكل فانه لا يذهب شيء بلا عوض بل ربما يكون عوضه أجود منه وابقى للوقف فلهدا قلنا بالجواز في الأولى وبالمنع في الثانية. وأما المسألة الثانية وهي اذا ضعفت الأرض عن الاستغلال فهذه المسألة عرفت الرواية فيها عن محمد كما ذكرناه . والفرق بينها وبين المسألة الأولى ان في الأولى شرط التعطل والتعذر وفي الثانية الضعف والجواب صحيح على قول محمد لأنه روى عنه أيضا القول بالاستبدال اذا كانت المصلحة فيه للوقف فلا يشكل قوله بالبيع هنا . وتناخص حينئذ من الجواب في المسألة أن نتوى شمس الأئمة السرخسي على أنه لا يجوز بيع وقف المسجد تعطل اولم يتعطل وواقفه بعض المشايخ وهكذا روى عن هلال أيضا. قلنا ان قول محمد أولى مما ذهب اليه هلال وشمس الأئمة ومن واقفه من المشايخ وبقية المسائل جوابها ظاهر والله أعلم

المسألة الخامسة عشرة : اذا وقف وشرط أن يقضى منه دينه

اعلم أن الخصاص ذكر في وقفه قال . قلت رأيت الواقف اذا شرط في الوقف أن له أن يقضى من غلته دينه أذلك جائز؟ قال ذلك جائز وكذلك ان قال ان حدث على حادث الموت وعلى دين يؤدي من غلة هذا الوقف لقضاء ما على من الدين فاذا قضى ديني كانت غلة هذا الوقف جارية على ما سبيلها . قال ذلك جائز . قلت هذه المسألة فيما بلغني أنها وقعت في زمن قاضي القضاة شمس الدين بن الحريري وحصل له توقف فيها وسأل عنها الأصحاب ولم ينقلها أحد منهم وما رأيت أحدا تعرض اليها سوى الخصاص وأظن أن صاحب الفتاوى البديعية ذكرها وهي مسألة حسنة وصحيحة التخريج على قول من يرى وقف الانسان على نفسه وما وقعت لي الى الآن

المسألة السادسة عشرة . اذا شرط الواقف في كتاب وقعه الولاية لشخص الواقف اذا شرط النظر في وقفه لزيد مثلا فانه يملك عزله بعد ذلك واقامة غيره أو شرط أن ولاية صدقته الى الأفضل فالأفضل من ولده فكانوا في

الفضل سواء كيف يكون الحكم فيهم؟ أو شرط أن ولايتها إلى زيد فلما حضرته الوفاة أوصى إلى رجل في ماله هل يشارك ناظر الوقف أم لا؟ أو شرط أن يلي هذه الصدقة فلان حتى يدرك ابن فلان فإذا أدرك كان له هل يصح أم لا؟ ومسائل أخر يناسب ذكرها هنا

المسألة الأولى ذكرها هلال وغيره قال هلال: قلت رأيت إذا قال أرضي صدقة موقوفة على أن ولايتها إلى فلان بن فلان قال الوقف جائز والولاية لفلان. قلت فلو اوقف أن يلديها بنفسه دون فلان الذي شرط له الولاية قال نعم. قلت فله اخراج الذي شرط له الولاية من ولاية هذه الصدقة قال نعم له اخراجه وانما هو بمنزلة الوكيل فله اخراجه كلها بداله. وذكر في الذخيرة قال. وان لم يكن شرط الواقف أن له عزل القيم واخراجه فعلى قول أبي يوسف له ذلك وعلى قول محمد ليس له ذلك فلو جعل الواقف الولاية لرجل كانت الولاية له كما شرط الواقف ولو أراد الواقف اخراجه كان له ذلك. ولو جعل الولاية إليه في حال الحياة وبعد الوفاة كان جائزا وكان وكيله في حال الحياة وصيا بعد الموت، ولو قال وليتك هذا الوقف فانما له الولاية حال حياته لا بعد وفاته، ولو لم يشترط الواقف الولاية لأحد حتى حضرته الوفاة فقال لرجل أنت وصيي ولم يزد على هذا فهو وصي في ماله وولده وفيما كان في يد من الوقف. ولو أوصى إليه في الوقف قال محمد هو وصي في الوقف خاصة على قول أبي يوسف وعلى قول أبي حنيفة هو وصي في الأشياء كلها. وأوصى إلى رجل في الوقف وأوصى آخر في ولده وأوصى إلى آخر في وقف بعينه كانا وصيين فيهما جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (١). ولو وقف أرضه وجعل ولايتها إلى رجل حال حياته وبعد وفاته فلما حضرته الوفاة أوصى إلى رجل آخر ذكر هلال أن للوصي الثاني أن يلي ذلك الوقف مع الذي شرط له الولاية في الوقف جميعا. وذكر هلال أيضا في وقفه قال: قلت ان كان هذا الواقف أرضي إلى كل واحد

(١) عبارة الذخيرة: لو أوصى إلى رجل في الوقف وأوصى إلى آخر في ولده وأوصى إلى آخر في وقف بعينه وأوصى إلى آخر في وقف بغيره ويظهر انه سقط منها همزة قبل وأوصى الثالثة

من هؤلاء الموقوف عليهم هذه الأرض ثم حضرته الوفاة فقال قد أوصيت الى فلان ورجعت عن كل وصية لي قال فقد بطل ما أوصى به الى هؤلاء وصارت ولاية هذا الوقف الى هذا الرجل . قلت فلو قال رجعت عما أوصيت به ولم يوص الى أحد قال ينبغي للقاضي أن يولى هذا الوقف من يثق به وقد بطلت وصاية هؤلاء الموقوف عليهم هذه الأرض فيما أوصى اليهم مما وقف عليهم . قلت . رأيت الواقف اذا أوصى الى رجل في وقفه وشرط أنه ليس له أن يوصى بذلك الى أحد قال فالشرط جائز وللموصى أن يلى الوقف في حياته وليس له أن يوصى فيه . قلت فان شرط ولايتها الى رجل بعد الوصى قال فالشرط جائز والولاية بعد الوصى الى من شرط له ذلك . قلت : رأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على أن ولايتها الى ولدى وفيهم الصغير والكبير قال يدخل القاضي مكان الصغير رجلاً وان شاء أقام الكبار مقامه . قلت رأيت لو أوصى في وقفه الى صبي قال القياس أن تكون وصيته باطلة ولكني أستحسن أن أبطلها مادام صغيراً فاذا كبر كانت الولاية اليه : قلت اذا شرط الواقف ولاية هذه الصدقة الى عبد الله ومن بعد عبد الله الى زيد مات عبد الله وأوصى الى رجل أيكون للموصى ولاية مع زيد قال لا يجوز له ولاية مع زيد . وذكروا في خزائن الاكمل . لو مات الواقف وأوصى الى رجل ولم يذكر الوقف فانه يصير وصياً له في أوقافه وأمواله واولاده ولو خص له بوصيته في ماله فهو وصى في كله عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يتقيد بما خصه . وذكروا الخصاص في وقفه قال اذا جعل ولايتها بعد وفاته الى رجلين فقبل أحدهما ذلك ولم يقبل الآخر قال ينبغي للقاضي أن يجعل مع الذي قبل رجلاً يقوم مقام الذي لم يقبل وان كان الذي قبل موضعاً لذلك عند القاضي ففوض اليه ذلك فهو جائز . قلت رأيت . ان قال الواقف قد جعلت ولاية صدقتي هذه الى فلان هذا في حياتي وبعد وفاتي الى أن يدرك ابني فلان فاذا أدرك كان شريكاً لفلان في ولايتها في حياتي وبعد وفاتي قال روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه قال لا يجوز ما جعل الى ابنه من ذلك ، وقال أبو يوسف هو جائز على ما جعله . قلت وكذلك ان

قال فإذا أدرك ابني فلان فاليه ولاية صدقتي هذه في حياتي وبعد مماتي دون فلان قال فذلك جائز في قول أبي يوسف. قلت لو وقف أرضين له كل واحدة منهما على قوم بأعيانهم وجعل ولاية كل أرض منهما إلى رجل سماه ثم أوصى بعد ذلك إلى رجل قال فلوصيه أن يتولى كل وقف وقفه مع الذي جعل إليه ولاية ذلك الوقف. قلت فان أوصى هذا الموصى إليه إلى رجل قال فلوصيه من ذلك مثل الذي كان إلى الوصي. قلت أرأيت ان قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله أبدا على وجوه سماها على أن ولايتها في حياتي وبعد وفاتي إلى أفضل ولدي قال فذلك جائز قلت فان كان ولده في الفضل سواء قال يكون لا أكثرهم سنا. قلت. فان قال على أن تكون ولايتها إلى الأفضل فلا فضل من ولدي وأبي أفضلهم أن يقبل ذلك قال تكون الولاية إلى الذي يليه. قلت وفسر في الذخيرة الأفضل فقال هو الأورع والأصلح والأهدى في أمور الوقف وإذا استوى اثنان في الصلاح فالأعلم بأمور الوقف أولى. وذكر في فتاوى الخاصي قال وقف على أرباب معلومين بحصى عددهم إذا نصبوا متوليا بدون استطلاع رأي القاضي قال يصح إذا كانوا من أهل الصلاح. والمختار أنه لا يصح بدون استطلاع رأي القاضي. بنى مسجداً في سكة فنازعه بعد بعض أهل السكة في عمارته وفي نصب الأمام والمؤذن ففي العارة الباني أولى، وتكلموا في نصب الأمام والمؤذن والمختار أن الباني أولى الا اذا كان من يريده القوم أصح ممن يريده الباني فحينئذ هم أولى لأن منفعة ذلك ترجع إليهم. وذكر الخصاصي أيضاً في موضع آخر قال قلت أرأيت اذا جعل الواقف للقيم بالوقف من غلته في كل سنة شيئاً معلوماً لقياهه بأمر الوقف هل يجوز قال نعم. قلت وهل يجزى القيام الذي يستحق به هذا الرجل ما جعله له الواقف من غلة هذه الصدقة؟ قال ليس عندنا في هذا شيء محدود وإنما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيام بعمارة ما وقعت عليه عقدة هذه الصدقة واستغلال ذلك وبيع غلاته وتفرقة ما يجتمع من غلاته في الوجوه التي سبها فيها. قلت أرأيت ان لم يباشر هذا الرجل بنفسه قال إنما يكلف من هذا ما يجوز أن يفعل مثله فلا ينبغي له أن يقصر عن ذلك وأما ما كان يفعله الوكلاء والأجراء

فليس ذلك عليه . ولو كان الناظر امرأة وجعل لها مالا كل سنة هل تكلف من القيام الا مثل ما يفعله النساء قال ليس عليها من ذلك الا ما يتعارفه الناس في هذا الامر . قلت أرأيت ان حلت بهذا القيم آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج وأشبه ذلك هل يكون هذا الأجر له قائما قال اذا حل به من ذلك شيء يمكنه معه الكلام والأمر والنهي فلا أجر له قائم واذا حل به شيء لا يمكنه معه الكلام والأمر والنهي والأخذ والاعطاء لم يكن له من هذا الأجر شيء . قلت فلو طمن في امانته فرأى الحاكم أن يدخل معه آخر في هذا الوقف أو رأى اخراج الوقف من يده وتصويره الى غيره قال أما اخراج هذا الرجل فليس ينبغي ان يكون ذلك الا لخيانة ظاهرة منه واذا جاء من ذلك ما يصح واستحق اخراج الوقف من يده قطع عنه ما أجرى له الواقف وأما اذا أدخل معه رجلا في القيام بذلك فلا أجر له قائم فان رأى الحاكم ان يجعل للرجل الذي أدخله معه شيئا من هذا المال فلا بأس بذلك وان كان المال الذي سمي له قليلا ضيقا فرأى الحاكم أن يجعل للرجل الذي أدخله مع القيم رزقا من غلة الوقف فلا بأس بذلك وينبغي للحاكم أن يقتصد فيما يجريه من ذلك . قلت . فلو كان الذي جعله الواقف اكثر من أجر مثله قال هذا جائز ولا ينظر في هذا الى أجر المثل . قلت فما تقول ان كان الواقف جعل هذا المال في كل سنة لهذا الرجل ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره ، قال فليس لهذا القيم أن يوصى بهذا المال ولا بشيء منه لغيره فاذا مات انتقطع هذا المال عنه وعن غيره . قلت والجنون المطبق وذهاب العقل الذي يخرج به القيم من القيام بأمر الوقف ما هو؟ قال قول اصحابنا اذا دام ذلك بالرجل سنة اخرج من القيام بذلك . قلت فان زال عقله سنة او سنتين فخرج من القيام بأمر الوقف ثم رجع اليه عقله وصح هل يعود الى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف؟ قال نعم لان خروجه من ذلك انما كان لتلك العلة فاذا ذهبت تلك العلة عاد الى ما كان عليه . قلت . فما تقول ان كان الحاكم أخرجه من القيام بأمر هذا الوقف وقطع عنه ما كان أجراه له الواقف ثم جاء حاكم آخر فتقدم

اليه هذا فقال ان الحاكم الذي كان قبلك انما اخرجني من القيام بأمر هذا الوقف
بتحمل قوم سعوانى اليه ولم يصح على عنده شئ أستحق به اخراجه من القيام
بأمر هذا الوقف قال أمور الحاكم انما تجرى عندنا على الصحة والاستقامة ولا ينبغي
للحاكم أن يقبل قول هذا الرجل فيما ادعاه على الحاكم المتقدم ، ولكنه يقول له
صحح عندي أنك موضع للقيام بأمر هذا الوقف حتى أردك الى القيام بأمره فان
صحح أنه موضع لذلك رده وأجرى ذلك المسال له . وكذا لو كان الحاكم الذي
أخرجه صح عنده بعد ذلك انه قد تاب ورجع عما كان وصار موضعاً للقيام به وجب
أن يرده الى ذلك . وذكر في تنمة الفتاوى قال : المتولى اذا أراد أن يفوض الى
غيره عند الموت بالوصية يجوز لأنه بمنزلة الوصى عند الموت . والموصى له أن
يوصى الى غيره . واذا اراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته وصحته لا يجوز ذلك
الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم . وذكر في فتاوى قاضيخان : قال متولى
الوقف اذا قرب موته وفوض التولية الى غيره جاز لأنه بمنزلة الوصى والموصى أن
يوصى الى غيره . وذكر في القنية . للقيم أن يفوض فيما فوض اليه ان عم القاضى
التفويض اليه والا فلا . ولومات القاضى أو عزل يبق ما نصبه على حاله فان نصب
القاضى فيما آخر لا يعزل الأول ان كان منصوباً من الواقف وان كان منصوباً
من جهته ويعلمه وقت نصب الثانى يعزل بخلاف ما اذا نصب السلطان قاضياً
آخر في بلدة لا يعزل الأول على أحد القولين لأنه قد يكثر القضاة في بلدة دون
القوام في الوقف . لو قال متولى الوقف من جهة الواقف عزلت نفسى لا يعزل
الا ان يقول الواقف أو للقاضى فيخرجه . قلت فتحرر لنا أن للواقف أن يعزل القيم
ويولى غيره وهو بمنزلة الوكيل . وهذه المسألة وقعت في زمن قاضى القضاة شمس
الدين عبد الله بن عطاء الحنفى أول من ولى قاضى القضاة بدمشق في الدولة الظاهرية
البيبرسية في سنة أربع وستين وستمائة في نظر القرية البرانية بالشرف الأعلى الشامى
فان الواقف لها عز الدين أيبك المعظمى شرط في كتاب الوقف النظر للارشد فالارشد
من ذرية ثم من بعد ذلك كتب كتاب تفويض بالنظر في القرية الى الشيخ شمس

الدين الجوزي ورجع عن الأول الذي في كتاب الوقف وثبت هذا الكتاب على قاضي القضاة شمس الدين المشار اليه وحكم فيه بصحة التفويض مع العلم بالخلاف وسمى هذا الكتاب كتاب الرجوع واتصل الى يومنا هذا وخرج الوقف عن ذريته بمضى الكتاب المذكور وهو حكم جيد . واعترض بعض الفقهاء وقال : ينبغي أن يفرق بين ما اذا حكم حاكم لا يرى صحة الرجوع من الواقف بالوقف وبين ما اذا لم يحكم بالوقف أحد لأن حكم الحاكم بالوقف يتضمن النظر وغيره وهو في موضع الخلاف فيرتفع به الخلاف فلا يسوغ للقاضي الحنفى ان يثبت الرجوع بعد ذلك ويحكم به لما فيه من ابطال الأول . وجوابه أن الذي أثبت كتاب الوقف أولاً اذا كان من رأيه ان الواقف لا يملك الرجوع ولا عزل الناظر الذي شرطه في كتاب وقفه لم يقصد هذا المعنى بحكمه وانما أثبت اقرار الواقف بالوقف لا غير ، ألا ترى أن الرجوع لم يكن مذكورا وقت ثبوت الوقف ولا كان له وجود أصلا فالحكم ببطلانه لا يصح لأنه معدوم ولم يوجد بعد والحكم لا يكون الا على شيء معلوم لا على معدوم والحكم بالمعدوم باطل . فلو قلنا انه حكم به أيضا وقت حكمه بالوقف لكان باطلا فللقاضي الذي يراه أن يحكم به لانه لا يخلو . اما أن يكون حكم ببطلانه وقت ثبوت الوقف او بعده فان كان وقت ثبوته فهو باطل لما قلناه انه حكم بالمعدوم والحكم بالمعدوم باطل والحكم الباطل لا يرفع الخلاف وللقاضي المخالف ابطاله والقضاء برأيه ويصير وجود هذا الحكم وعدمه سواء في منع الحاكم المخالف أن يحكم بمذهبه . وان كان بعده فلا يمنع من القضاء بما يراه الحاكم الحنفى لأن الحكم بثبوت الوقف اولا يقتصر على ما وقع عليه وقت الحكم فلا يتعدى بعد الثبوت الى غيره . فاذا أشهد الواقف عليه بعد ذلك بالرجوع عن الولاية لمن شرطها له في كتاب الوقف ورفعت القضية الى حاكم حنفى يرى صحة ذلك والعمل به فهذه قضية جديدة ومسألة مبتدأة اجتهادية فيجوز للحكم فيها ولا يكون الحكم فيها بمذهبه ابطالا للحكم بالوقف ولا نقضا له لما بيناه .

فماصل هذا ان الواقف يملك عزل ناظر الوقف والاستبدال به سواء حكم حاكم

بالوقف وأثبتته أولاً على ماقررناه .

بقي لنا مسألة : وهي ان هذا الحكم الذي قد تقرر أن للواقف أن يعزل من جعل الولاية اليه ويولى غيره هل يثبت لناظر الوقف الذي لم يعزله الواقف ويكون له اذا أسند النظر الى شخص ثم أراد أن يرجع عن ذلك التفويض والاسناد ويفوض ذلك الى غيره أو يليه بنفسه هل له ذلك أم لا ؟ صورته أن شخصاً وقف وقفاً وجعل النظر فيه الى شخص وجعل له أن يسند ذلك الى من شاء فأسنده هذا الشخص الى زيد مثلاً وفوض اليه النظر حسبما هو مفوض اليه ومسند ثم أراد المفوض أن يرجع عن ذلك التفويض ويفوض الى غيره أو يتولى بنفسه فهل يملك الرجوع عما فوض الى غيره أولاً ويكون كالواقف اذا أراد الرجوع أم لا ؟ والذي يظهر لي أن الكلام في هذه المسألة على التفصيل : وهو ان كان الواقف قال وجعل له أى للناظر ان يسند النظر في هذا الوقف الى من شاء ويعزله اذا أراد ويعيده اذا اختار فان في هذه الصورة يملك الناظر أن يرجع في التفويض الذي فوضه ويفوض الى غيره أو يباشر بنفسه . وان كان سكت عن الأخير وهو « ان يعزله اذا أراد » ففي هذه الصورة لا يملك الرجوع ولا العزل فيبقى كالوكيل اذا اذن له الموكل في أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل وكالتقاضى اذا اذن له السلطان في الاستخلاف فاستخلف شخصاً فانه لا يملك أن يعزله الا أن يكون السلطان قد شرط له ان يعزله . ولا يقال ان ناظر الوقف ليس كالوكيل : فاني أقول ان القائل بهذا القول لم يعرف مذهب أصحابنا فانه لو عرفه لما قال هذه المقالة ، الا يرى الى ماقلناه عن هلال في أول هذه المسألة وهو انه هل الواقف أن يخرج الذي شرط له الولاية قال نعم له اخراجه وانما هو بمنزلة الوكيل فله اخراجه كما بدا له : هذه عبارة هلال . وأيضاً فان أصحابنا قالوا اذا جعل الواقف الولاية الى شخص ولم يقل بعد وفاته فانه يكون له الولاية في حياة الواقف فاذا مات الواقف تبطل ولايته . فقد جعلوا حكم ناظر الوقف حكم الوكيل حتى أبطأوا ولايته بموت الواقف كما أبطأوا ولاية الوكيل بموت الموكل . فان قلت

هذا أشبه بالوصى من الوكيل لأن ولايته تكون بعد موت الواقف وكلامنا في ناظر
تبقى له الولاية بعد موت الواقف . والفرق بين الوكيل والوصى ظاهر في صور :
منها ان الوصى يملك أن يوصى الى غيره وان لم يشـرط له الموصى ذلك . ومنها
أن الوكيل يملك عزل نفسه والوصى بعد القبول لا يملك العزل . ومنها ان القبول
شرط في الوصية وليس بشرط في الوكالة . ومنها ان الوصى يلي بالوصاية اليه ما كان
يليه الموصى وان خص له الوصاية في نوع ، ولا كذلك الوكالة . ومنها أن الوصى
يستحق أجر مثله على عمله ويطلب ذلك من الحاكم ويجوز للحاكم الاذن له بذلك
والوكيل ليس له شيء من ذلك . ومنها ان الوصاية تصح في حال الحياة وحال
الممات والوكالة تنتهى بالموت . وقولنا تصح في حال الحياة والموت يعني أن القبول
لها يصح في حال حياة الموصى وهو أحد الركنين ولا كذلك الوكالة . واذا كان
ناظر الوقف أشبه بالوصى من الوكيل كان إلحاقه بالوصى أولى من إلحاقه بالوكيل .
قلت هذا البحث ما تحته ثمرة ولا ينتج شيئاً يخالف ما قررناه : وبيان ذلك أنا
وان سلمنا أنه أشبه بالوصى من الوكيل وان الفرق يقع بين الوكيل والوصى في
صور كما ذكرت فلندعي أولاً أن الواقف اذا جعل للناظر ان يفوض ولم يذكر أن
له أن يعزل انه لا يملك العزل قياساً على الوكيل والوصى ، وما ذكرت من ان ناظر
الوقف أشبه بالوصى من الوكيل لا ينفك في أنه اذا فوض الى غيره وقد شرط له
الواقف ان له ان يفوض الى غيره أنه يملك العزل لأن الوصى لم ينتقل في حقه
خلاف ما نقل في حق الوكيل والقاضي وبه تقول انه اذا نص الموصى في الوصية ان
للموصى ان يوصى بذلك من غير ذكر العزل يكون حكمه كالوكيل وكالقاضي فلا
فرق بين ان يقول ناظر الوقف يشبه الوكيل أو الوصى . فهذا معنى قولنا انه بحث
لاثمرة له ولا ينتج شيئاً . اللهم الا أن تأتي بنقل صريح في الوصى أنه يملك
العزل وهذا نوع من المحال

فتحرر من هذا كانه أن الناظر اذا فوض النظر الى غيره وقد ذكر الواقف
أن له أن يفوض ذلك من غير ذكر العزل انه لا يملك الرجوع عن التفويض ولا

العزل على ماقررناه . فيبقى لنا صورة ثالثة : وهي أن الواقف اذا جعل الولاية الى شخص ولم يذكر له أن يفرض ذلك هل يملك الناظر التفويض ؟ الظاهر أنه يملك قياساً على الوصي أنه يملك أن يفرض الوصية الى غيره وان لم يشرط له الموعى . فلو فرض هل يملك الرجوع والعزل في هذه الصورة أم لا ؟ الظاهر أنه لا يملك عزله ولا الرجوع فيه لأن التفويض صحيح واذا صح خرج المفوض من أن يبقى له ولاية التصرف فصار أجنبياً فلا يملك الرجوع ولا العزل ، أما الرجوع فلا أنه اما ملكه من له حق قائم شرعاً كالمهبة لغير ذى الرحم المحرم . والناظر لم يبق له حق بعد التفويض فلم يملك الرجوع . وأما العزل فلأن الولاية تكون فيه للمفوض أو للواقف . أما للناظر فلا لانعدام الولاية العامة في حقه وانتقال الولاية الخاصة عنه فلها قلنا انه لا يملك الرجوع ولا العزل

التنبيه الثاني : وقع في كلام الخصاص فيما نقلناه عنه انه لو وقف أرضين له كل أرض على قوم بأعيانهم وجعل ولاية كل أرض منهما الى رجل سواه ثم أوصى بعد ذلك الى رجل قال فإوصيه أن يتولى كل وقف وقفه مع الرجل الذى جعل اليه ولاية ذلك الوقف . ووجه ذلك أن الوصاية خلافة وكان الواقف يملك الكلام في الوقفين مع كل ناظر لما فكنا خليفته . وكذا لو أوصى هذا الرضى الذى أوصى اليه الواقف الى شخص يملك الذى أوصى اليه مثل ما كان له ؛ ووجهه ظاهر أيضاً لان الوصي الثانى بمنزلة وصى الواقف لأنه خليفته فكان له ما كان للذى أوصى اليه الأترى أن وصى الواقف اذا أوصى الى رجل فى ماله وأولاده فقط فانه يكون وصياً فى ذلك كله وفى تركة الموصى الذى أوصى الى هذا الوصى أيضاً فكنا نظر الوقف للمعنى الذى قدمناه . وهو حكم غريب ولم يقع الى الآن

التنبيه الثالث . اذا شرط الولاية الى الأفضل فالأفضل من أولاده وكانوا كلهم فى الفضل سواء تكون الولاية الى أكبرهم سناً . هذه المسألة واقعة فى كتب الاوقاف ولكن صورتها خلاف هذا اوضح فان المذكور فى كتب الاوقاف ان الواقف جعل النظر فى هذا الوقف والولاية عليه لنفسه أيام حياته ثم من بعده

الى الارشد فالارشد من اولاده وأنساله وأعتابه فيجيبه شخص من الذرية ويقوم
بينه أنه أرشد الموجودين من نسل الواقف وعقبه ويسأل الحكم له بالنظر فيسمع
القاضي بينته ويمر الى بقية الموجودين ويحكم له بالنظر . وفي بعض كتب الأوقاف
يقيم شخص أيضا من بقية الأولاد بينه أنه أرشد الموجودين ، فعلى ما قال الخصاصف
أنه يرجح أكبرهم فان كان الأول أكبرهم سنا استحق النظر بانفراده وان كان
الثاني أخذه بعده وحده . وهذا الترجيح حسن قياسا على التقديم في الصلاة فانهم
ان تساوا في الفضل والقراءة يرجح أكبرهم سنا ويقدم على غيره

التنبية الرابع . فيما اذا شرط وقال ان ولاية صدقتى هذه الى فلان في حياتي
وبعد وفاتي الى أن يدرك ابني فلان فاذا أدرك ابني فلان كان شريكا لفلان في
ولايتها في حياتي وبعد وفاتي ، او قال فاذا أدرك ابني فلان فاليه ولاية صدقتى هذه
في حياتي وبعد وفاتي دون فلان ، هذا كله جائز على قول أبي يوسف ، اما على
قول أبي حنيفة مما رواه الحسن بن زياد عنه فإنه لا يجوز ، هكذا ذكره الخصاصف
ولم يذكر قول محمد . والذي يظهر لي أن قول أبي يوسف استحسان وقول أبي
حنيفة قياس ، فان هلالا ذكر مسأله تؤيد هذا وهي انه قال : لو أوصى في وقفه
الى صبي قال القياس ان تكون وصيته باطلة ولكني أستحسن أن ابطالها
مادام صغيراً فاذا كبر كانت الولاية اليه . وينبغي أن تكون الفتوى على قول
أبي يوسف اما لأنه أخذ بالاستحسان والأصل ان الاستحسان مقدم على
القياس الا في مسائل ليست هذه منها وهي مجموعة في كتابنا « رفع الكلفة عن
الاخوان في كشف ما قدم فيه القياس على الاستحسان » واما لأن الفتوى في
الوقف على قول أبي يوسف كما قدمناه . وهذه المسأله وقعت في نظر الشامية
البرانية بدمشق لبني السيرجي فان والد عماد الدين أسند النظر فيها الى والده عماد
الدين وجعل أنه اذا أدرك ابنه علاء الدين وتأهل يكون شريكا لهام الدين في
النظر المذكور ولكن مات علاء الدين واستقل عماد الدين بحكم أنه يزعم ان
علاء الدين مات سفيها فاسقا . والذي يظهر أن ناظر الوقف لو فوض النظر الى

غيره وقال اذا أدرك ابني فلان كان شريكاً له أو كانت الولاية كلها له أنه يصح ويكون بمنزلة اشتراط الواقف على قول ابى يوسف لأن الخصاص ذكر مسألة تؤيد هذا التخرج وهي انه قال « اذا وقف ارضين كل واحدة منهما على قوم بأعيانهم وجعل ولاية كل أرض منهما الى رجل سماه ثم أوصى بعد ذلك الى رجل قال فلوصيه أن يتولى كل وقف وقفه مع الرجل الذى جعل الولاية اليه . قلت فان أوصى هذا الموصى اليه الى رجل قال فلوصيه من ذلك مثل الذى كان الى الموصى » فقد جعل وصى الوصى بمنزلة الواقف حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر اليه فكنا هنا إذا شرط الناظر هذا الشرط ينبغى أن يصح ويكون بمنزلة اشتراط الواقف بنفسه . فان قلت كيف جعلت ناظر الواقف بمنزلة الواقف نفسه حتى جعلت له ان يشترط هذا الشرط في تفويضه وما جعلته كالواقف في أنه يملك عزل من فوض اليه والرجوع عنه ؟ قلت في هذه المسألة هو يشبه الواقف فإنه اذا فوض وشرط هذا الشرط فاما أن نقول الشرط صحيح وهو الظاهر فيصح واما أن نقول الشرط باطل فتبقى على حالها فشا به الواقف لأن ولايته لا تنتقطع مادام حياً فبالنظر الى هذا المعنى قلنا انه يكون بمنزلة الواقف وبالنظر الى ما أوردت من مسألة ملك العزل والرجوع فليس يشبه الواقف لأنه بالتفويض المنتجز صار أجنبياً فلم يبق له شيء من الولاية فما صار بمنزلة الواقف فلهذا المعنى جعلنا في هذه المسألة بمنزلة الواقف نفسه ولم نجعله في تلك المسألة بمنزلة الواقف والله اعلم بالصواب .

التنبيه الخامس : فيما ذكرنا الخصاص مما نلناه عنه من قوله « قلت وهل يحد القيام الذى يستحق به هذا الرجل ما جعل له الواقف من غلة هذه الصدقة الى قوله قلت فلو طعن » استفدنا من هذا ما يجب على ناظر الواقف من العمل الذى يستحق به المعلوم المقرر له على نظره واستنبطنا من أثناء كلامه جواب مسألة واقعة وهي : أن المدرس أو الفقيه أو المعيد أو الامام أو من كان مباشراً شيئاً من وظائف المدارس اذا مرض أو حوج أو حصل له ما يسميه الناس عنراً شرعياً على اصطلاحهم المتعارف بين الفقهاء انه لا يحرم مرسومه المعين له بل يصرف اليه ولا تكتب له غيبة .

ومقتضى ما ذكره الخصاصف أنه لا يستحق شيئاً من المعلوم مدة ذلك العذر ، فانه قال « قلت . أرأيت ان حلت بهذا التبع آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج وأشباه ذلك هل يكون هذا الاجر له قائماً . قال اذا حل به من ذلك شيء يمكنه معه الكلام والأمر والنهي فالأجر له قائم . واذا حل به شيء لا يمكنه معه الكلام والأمر والنهي والاعطاء لم يكن له شيء » فقد جعل الجواب فيه على التفصيل وهو أنه ان أمكنه الأمر النهي الى آخره فالأجر له قائم وان كان لا يمكنه شيء من ذلك فلا أجر له ، فالمدرس اذا مرض أو التقية أو أحد من أرباب الوظائف بالمدرسة فانه على ما قال الخصاصف ان كان يمكنه أن يباشر ذلك استحق وان كان لا يمكنه فلا يكون له شيء من المعلوم وما جعل هذه العوارض عذراً في عدم منعه عن معلومه المقرر له بل أدار الحكم في المعلوم على نفس المباشرة فان وجدت استحق المعلوم وان لم توجد فلا يكون له معلوم وهذا هو الفقه . واستخرجنا أيضاً من هذا البحث والتقرير جواب مسألة أخرى : وهي أن الاستنابة لا تجوز سواء كانت لعذر أو لغير عذر ، فان الخصاصف لم يجعل له أن يستناب مع قيام الاعذار التي ذكرها ولو كانت الاستنابة تجوز لقول ويجعل له من يقوم مقامه الى أن يزول عذره وهذا أيضاً ظاهر الدليل وهو فقه حسن .

التنبيه السادس : ما ذكره الخصاصف أيضاً من قوله « فلو طعن في أمانته فرأى الحاكم أن يدخل معه آخر أو رأى اخراج الوقف من يده وتصويره الى غيره الى آخره » أفادنا هذا حكماً وهو أنه بمجرد الطعن يسوغ للحاكم ان يدخل معه غيره اذا رآه من غير ثبوت ذلك عليه عنده ولا يجوز العزل بمجرد من غير بيان خيانة ظاهرة ، ففي الادخال يكفي بمجرد الطعن بلا ثبوت ، وفي العزل والاخراج لابد من الثبوت لما يوجب ذلك من ظهور الخيانة .

ثم قوله « فان كان الذي جعله للقيم أكثر من أجر مثله قال هذا جائز » ولم يذكر اذا كان الذي جعله أقل من أجر مثله كيف يكون الحكم فيه هل يجوز للحاكم أن يزيده الى مقدار أجر مثله أم لا ؟ وذلك بشرط أن يطلب منه الناظر ذلك بطريقة : هذه المسألة لم أؤنب عليها

ولا وجدت أهدأ من الأصحاب ذكر سوى ما نقلته عن الخصاص من كون القدر الذي جعله الواقف أكثر من أجر المثل هل يجوز له أخذه أم لا . ولكن الذي يظهر أنه يجوز للمعطي أن يكفل له أجر مثله ويقتصد في ذلك من غير توسع ولا كثرة في القدر الذي يزيد بل بقدر أجر المثل فما دونه بقليل يتسامح فيه القوام غالباً نظراً للوقف . على أني رأيت انزاهدي قد ذكر في القنية مسألة يحسن أن يتمسك بها ويخرج عليها جوابنا هنا وهي . لو قال الإمام للقاضي ان مرسومي الأمين لا يفي بنفقتي ونفقة عيالي فزاد القاضي في مرسومه من أوقاف المسجد بنهر رضا أهل المحلة والإمام مستغن وغيره يؤم بالرسوم المعهود قال تطيب له الزيادة إذا كان عالماً تقياً . هذه عبارة القنية . فقد جوز الزيادة للأمام مع أن غيره يقوم مقامه بالوظيفة من غير زيادة فلأن يجوز للناظر أولى لأن معلومه في مقابلة عمل ليس هو بدل عن إقامة أمر ديني هو فرض عليه فلا أولى أن يجوز ان يزداد لتكملة أجر مثله ، ولأن من الجائز أن يكون ما قرره الواقف للناظر من المعلوم المذكور في كتاب الوقف كان في زمانه أجر مثل العادل في ذلك الوقت اما لكثرة العمل أو لرخص الأسمار أو لكثرة المغل بأن يكون له نصف العشر مثلاً ولا يظن بالواقف ان يختار الاضرار بالتقسيم في تقليل معلومه خوفاً ان يتطرق الى غيره أو يتهاون في قيام المصلحة ، على أن الواقفين يشترطون في كتب الأوقف أن يبدأ من ارتفاعه بعبارة وما فيه سبب البناء والمزيد لا جوره ومغله واذا رأى الناظر ان معلومه قليل ينصرف في العمل . فاذا كمل له أجر مثله وحصلت له الكفاية اجتهد في العمل فحصل البناء للوقف والمزيد في مغله فكان هذا القدر الذي يزداد بشرط الواقف أيضاً ، ولأن الحاكم يملك ان يفرض للناظر الوقف أجر مثله اذا لم يكن ذكره معلوم في كتاب الوقف فيه ملك التكميل بالطريق الأولى

وقوله « ان الواقف اذا جعل المال لهذا الرجل في كل سنة ولم يشرط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره قال فليس لهذا القيم أن يوصي به واذا مات انقطع عنه وعن غيره » معنى هذا الكلام أن المال الذي هو أكثر من أجر المثل إنما هو زناه

باشتراط الواقف لهذا الرجل لاغير فاذا لم يشرط له ولمن يجيء من بعده من
النظار فليس لهذا الرجل ان يوصى به الى غيره لان الواقف انما خص هذا به
دون غيره فلا يجوز أن يتعمده « فاذا مات انقطع هذا المال عنه وعن غيره »
الضمير في اذا مات أى الناظر وقوله انقطع عنه تأكيد لانه معلوم أنه ينقطع
بموته ، ولايتوهم أنه يعود الى الواقف لعدم الفائدة فيه ، وعلى قوله وعن غيره
دخل اعتراض وهو أن يقال الاتقطاع يقتضى سابقة الدور والحكم أنه مادراً على
الثانى شىء فكيف يقول انقطع عن غيره . ويجب بان هذه مؤاخذه لفظية وكلام
المتقدمين كثيراً ما يقع فيه اطالة ووضوح لا يخل بالحكم وما فيه طائل

التنبيه السابع . فيما قاله من الجنون المطبق وتقديره بسنة وأنه اذا زال تعود
الولاية اليه كما كانت . الجنون المطبق بفتح الباء وهو فى اللغة الدائم المنصل ،
وتقديره بسنة فيه فائدة فان بها يتكامل سقوط الفرائض عنه كالزكاة والصوم .
وقوله « واذا زال تعود » معناه بعد السنة لأنه مقيد بالعود فى السنة ألا ترى الى
قوله « فان زال عقله سنة أو سنتين نخرج من القيام بأمر الوقف ثم رجع اليه هل
يعود الى ما كان من القيام بأمر الوقف قال نعم » فالسنة حد للخروج لا للعود ،
فهذا الخروج كالزوال المرامى ان عاد عادت ولايته كما قال أصحابنا اذا عمي
القاضى أو ارتد والعاذ بالله تعالى ثم أبصر أعود الى الاسلام فان ولايته تعود
ولا يحتاج الى ولاية جديدة ، فسواء عاد اليه عقله بعد سنتين أو ثلاث أو أكثر
تعود الولاية اليه على مقتضى ما ذكره الخصاص وقياساً على مسألة القاضى وليس
تقديره بسنة أو سنتين ينبنى أن تعود اليه الولاية اذا زال الجنون لأكثر من ذلك
التنبيه الثامن : فيما ذكره فى التتمة من « أن ناظر الوقف اذا أراد أن يفوض
النظر الى غير عند موته بالوصية حيث يجوز وان أراد أن يفوض فى حياته وصحته
لايجوز الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم » يجب أن يعلم ان متولى الوقف
عندنا بمنزلة الوكيل من وجه وبمنزلة الوصى من وجه . أما مشابهته الوكيل فمن
حيث انه اذا مات الواقف تبطل ولايته كالوكيل اذا مات فان الوكالة تبطل . ومن

حيث انه ليس له أن يفوض في حياته وصحته كما أن الوكيل ليس له أن يوكل .
وأما مشابهته الوصى فهو أنه إذا أراد أن يفوض الى غيره عند موته بالوصية حيث
يجوز كما ذكره في التتمة ولو كان بمنزلة الوكيل من كل الوجوه لما ائتمن الحال بين
أن يفوض في حال الحياة والصحة وبين أن يفوض في حال المرض بالوصية. والذي
يظهر لى أنه إنما كان كذلك لان الوقف يبقى في حياة الواقف وبعد موته على حاله
فاذا ولاء النظر بقى بالنظر الى أنه استفاد الولاية من الواقف كالوكيل عنه فيبطل
بموته وله عزله كما بداله ، و بالنظر الى بقاء الذي وكله لاجله بعد موته وهو
الموقوف جعل كالوصى حتى كان له أن يسند ويوصى به عند موته فعملنا بالشبهين .
وقلنا انه ليس له أن يفوض النظر في حياته كالوكيل . وعند موته قلنا له ذلك
كالوصى لمشابهته الوكيل من وجه والوصى من وجه فعملنا بذلك في الموضوعين عملا
بالشبهين بالقدر الممكن . وأما قوله « إلا اذا كان التفويض اليه على سبيل
العموم » هذا الاستثناء بخصوص بالأخير وهو التفويض في حال الحياة بمعنى أن
قوله « على سبيل العموم » أنه ولاء وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسند ويوصى به
الى من شاء ففي هذه الصورة يجوز التفويض منه في حالة الحياة وفي حالة المرض
المتصل بالموت

التنبيه التاسع : فيما ذكره في القنية « ان للقيم ان يفوض ما فوض اليه ان عمم
القاضى التفويض اليه والا فلا » هذا الفرع أخص من الفرع المذكور في التتمة فان
الذى في التتمة يشمل الناظر الذى من جهة الواقف والناظر الذى من جهة القاضى .
والذى ذكره في القنية يختص بالناظر الذى من جهة القاضى والحكم واحد وتفسير
التعميم هنا مثل ما فسرناه فيما تقدم . وأما قوله « اذا مات القاضى او عزل يبقى
مانصبه على حاله قياسا على نائبه فى القضاء ولكن ينبغي أن يكون محمولا على
ما اذا عمم له الولاية وولاه فى حياته وبعد موته فان القاضى :نزلة الواقف والواقف
اذا جعل الولاية الى رجل ثم مات ولم يقل فى حياته وبعد موته تبطل ولايته فكذا
القاضى » فقوله يبقى مانصبه على حاله بشرط تعميم الولاية فى الحياة وبعد الموت

اللهم الا أن يقال ان ولاية القاضى أعم من ولاية الواقف وفعله حكم فتكون ولايته بمنزلة حكمة، وحكمه لا يبطل بموته ولا بعزله وكذا ما فعله من التولية وله وجه جيد، ولا يقال ينبغي أن يفترق الحال بين الموت والعزل هنا كما افترق في نائبى الحكيم فان القاضى اذا استخلف ثم مات لا ينعزل نائبه بموته ولو عزل ينعزل نائبه بعزله لأن القاضى ليس له أن يستخلف على القضاء الا اذا فوض اليه ذلك فاذا فوض اليه الاستخلاف فاستخلف يبقى نائبه نائباً عن الاصل فاذا عزل انعزل نائبه لأن السلطان بعزل الاصل تبين انه لا يرضى بما فعله فينعزل نائبه ، اما ولاية الوقف فهي للقاضى سواء شرطها السلطان فى تقليده ونص عليها أم لا وتبقى بمنزلة أحكامه واحكامه لا تبطل بالعزل فكذا تولية الوقف لا تبطل بالعزل، فلماذا قلنا انه لا ينعزل بموته ولا بعزله . وقوله « واذا نصب القاضى قوماً آخر لا ينعزل الا ان كان منه وبا من الواقف وان كان من جهته ويعلمه وقت نصب الثانى ينعزل » فالأول لا اشكال فيه . ولا يقال ينبغي أن ينعزل كما أن القاضى ليس له أن يعزل الوصى العدل الكافى ولو عزله ينعزل فلم لا يجعل توليته لآخر عزلاً للأول ؟ لانا نقول هذا ليس بشيء لأن فى مسألة الوصى حصل العزل صريحاً من القاضى وهنا لم يحصل عزل ويبقى بمنزلة ما اذا ضم القاضى الى الوصى رجلاً فى الوصية فانه لا ينعزل الوصى الذى من الميت وقوله « وان كان من جهته » أى من جهة القاضى « ويعلمه وقت نصب الثانى فانه ينعزل » ففرق بين العلم بالأول وقت نصب الثانى وبين عدم العلم . والفرق بينهما أن نصبه للثانى وهو لا يعلم بالأول الظاهر منه أنه إنما فعله نظراً للوقف لا عزلاً لأنه اطلع على خيانة من الأول توجب العزل ، بخلاف وقت العلم لأنه إنما استبدل به لظهور ما يوجب عزله ولكن الستر أفضل فلماذا قلنا لا ينعزل فى الأول وينعزل فى الثانى . ويؤيد هذا ما قاله الأصحاب من أن القاضى اذا قضى بخلاف مذهبه فانه ان كان ناسياً ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان عالماً لا ينفذ اتفاقاً ، وعللوا هناك للامام بان حكم القاضى فى الأول وهو حالة النسيان يعذر فيه اتزاحم الحوادث وكثرة الخصومات فيعذر بخلاف الثانى . وأما قوله

« متولى الوقف من جهة الواقف اذا قال عزلت نفسى لا يعزل وبقية الكلام فيه نقص^(١) فليتنظر فى نسخة اخرى » هذا يحمل على ما اذا كان بغير حضرة الواقف أو القاضى اما لأنه يشبه الوصى وبعده القبول لا يملك عزل نفسه الا بحضرة الموصى أو فى مجلس القاضى ، واما لأنه يشبه الوكيل والوكيل ليس له أن يعزل نفسه من الوكالة الا بعلم الموكل ، وجعله بمنزلة الوصى أولى لأنه يشمل الواقف والقاضى بخلاف الثانى . ولا يقال ان قوله « متولى الوقف من جهة الواقف » ان هذا مخصوص به دون المنسوب من جهة القاضى . لأننا نقول مانص على متولى الوقف من جهة الواقف الا لأنه ينتظم الواقف والقاضى فانه قال « الا اذا قال » وحصل نقص فى العبارة ولكن بقوة الكلام يظهر أن الناقص يكون تقديره الا أن يقول له الواقف أمضيت او القاضى فيخرجه لأنه مقيد بالمنسوب من جهة الواقف بل الذى من جهة القاضى حكمه ينبغى أن يكون كذلك والله أعلم بالصواب

المسألة السابعة عشرة : اذا أقر أنه وقف جميع حصته من هذه الدار أو الأَرْض وهى الثلث وشهد عليه الشهود بذلك وكانت حصته أكثر من الثلث كيف يكون الحكم فيها ؟

اعلم أن الخصاص ذكر هذه المسألة فى وقفه فقال قلت : فان شهد الشهود على اقرار الواقف أنه وقف جميع حصته من هذه الأَرْض وهى الثلث منها وكانت حصته النصف أو أكثر من الثلث قال تكون حصته كلها ان كانت النصف أو أكثر من ذلك وقفنا ، ألا ترى أن أصحابنا قالوا لو أن رجلا قال قد أوصيت بثلث مالى وهو الف درهم فوجد ثلثه الفى درهم انا نعطي الموصى له الثلث كله وهو الف درهم وان كان أكثر من الفى درهم فله جميع ذلك . وكذلك الوقف هو قياس على الوصية الا ترى أن رجلا لو قال أوصيت لفلان بحصتى من هذه الدار وهى الثلث فوجدنا حصته النصف أنا نحكم للموصى له بالنصف كله والوقف بمنزلة

(١) عبارة القنية التى أشار المؤلف هنا وفيها بعد الى أن بها نقصا قد أثبتناها صحيحة بالسطرين ١٨ و ١٩ من الصحيفة ١٢٥ فلتنظر ومنها يستبين الحكم

الوصية . قلت هذا الذى ذكره الخصاص فى المسألة مخرج على مسألة الوصية وهى منقولة عن الأصحاب ذكرها الكرماني ايضا وغيره لا أنه وجد فيها رواية محفوظة عنهم . ولقائل أن يفرق ويقول باب الوصية أوسع من الوقف ومن غيره ولهذا جازت الوصية للحمل وبه وجات فى المنقولات وبالدرهم والوقف لا يجوز فى ذلك كله . ولان حالة الوصية حالة اشتغال بالمرض فالظاهر أنه نسي مقدار الحصص حالة اشتغاله بالمرض اما حالة الوقف فحالة يقظة وتنبه وما تم ما يشغله عن ذكر مقدارها فلا يحمل كلامه « وهى الثلث » على أنه نسي مقدارها لاشتغال خاطره فيصرفه الى جميعها بل جاز ان يكون مراده أن يستثنى لنفسه منها شيئا ينتفع بشئ منه ، والظاهر يساعدنا على ذلك فان الانسان يخشى الفقر ونفسه تشح بخروج الكل عن ملكه فكان الظاهر مؤيدا له . اما فى الوصية فالظاهر من حاله أنه يقصد التقرب بما يرجو به الزيادة من الاجر والثواب ويعلم أنه صار الى حالة قريبة من الموت فالمظنون به فى ذلك الوقت أنه يختار ان يقدم بين يديه كل ماله . ولهذا القائل أيضا أن يلتزم الفرق بين الوقف فى حالة الصحة وفى حالة المرض ويجعل الوقف فى حالة المرض بمنزلة الوصية وفى حالة الصحة يجعل الوقف للثلث الذى ذكره لا غير المعنى الذى ذكرناه:

المسألة الثامنة عشرة : وقف الحصص من هذه الارض ولم يسم مقدارها هل يصح أم لا ؟

ذكر الخصاص فى وقفه قال: لو قال وقفت جميع حصتى من هذه الارض أو قال من هذه الدار ولم يسم ذلك قال أستحسن أن أجزئ ذلك اذا كان الواقف ثابتا على الاقرار بالوقف ، وان جحد الواقف الوقف فان جاءت بينة تشهد عليه بالوقف وبمقدار حصته من الأرض أو الدار وسموا ذلك قبل القاضى ذلك وحكم بالوقف على ما صح عنده منه . وان شهد الشهود على الواقف باقراره بالوقف ولم يعرفوا مقدار ماله من الأرض أو من الدار اجبره القاضى بأن يسمي ماله من ذلك فما يسمي من شئ فالقول فيه قوله ويحكم عليه بوقفه لذلك . وان كان الواقف قد مات فوارثه يقوم مقامه فى ذلك فما أقر من ذلك لزمه

المسألة التاسعة عشرة . الراهن اذا وقف المرهون هل يصح أم لا ؟
 ذكر الخصاص في وقفه قال . الراهن اذا وقف المرهون ثم افتكه ولو بعد سنين
 فهو وقف وليس له ان يبطل الوقف قبل فكك الرهن بل متى افتكها فهي وقف
 وذكر في موضع آخر منه قال : قلت فلو أن رجلا وقف دارا له وهي في يد رجل قال
 ان افتكها فالوقف جائز وان لم يفتكها لم يجوز قلت فان آجر داره سنة أو أكثر ثم
 وقفها قال فالوقف جائز في الاجارة فاذا انقضت مدة الاجارة كانت الدار وقفا .
 وذكر في وقف خزانة الاكل قال : لو وقف الرهن ان افتكه جاز والا بيع في
 الدين . وذكر هلال في وقفه في باب « الرجل يشتري ارضا بيعا فاسدا فيقفها
 قبل أن يقبضها » قال لو رهن رجل رجلا أرضا فوقفها الراهن على المساكين قال
 ان افتكها الراهن جاز الوقف وان لم يفتكها لم يجوز الوقف وبعث الارض في الدين
 وأبطلت الوقف ، ألا ترى أنه لو باعها الراهن نقضت البيع فكذا الوقف . ولو كان
 الراهن اعتمق العبد المرهون جوزت العتق والعتق مخالف والبيع بالوقف أشبه
 ألا ترى ان قولنا في عبد لرجل أسره العبد وفاشتره رجل منهم أن مولاه أحق
 به بالثمن فان باعه الذي اشتراه من العدو كان لمولاه أن يأخذه ولو كان أعتمقه
 المشتري من العدو كان العتق جائزا ولا يرد لان العتق استهلاك انتهى كلامه .
 قلت لم أقف على تقدير مدة الفكك وانما اذا مضت مدة ولم يفتك الراهن الواقف
 الوقف هل يبطل أولا ؟ ومتمضى ما ذكره الخصاص أنه يبقى موقوفا وان ظالت
 المدة الى أن يفتكه ، وما ذكره هلال من قوله « وان لم يفتكها لم يجوز » الظاهر
 ان مراده بعدم الجواز عدم النفاذ والزموم والا لاشك انه جائز قبل الفكك ولهذا
 لو افتكه عمل الاول عمله ولا يحتاج الى تجديد الوقف نائبا ثم قوله وان لم يفتكها لم
 يجوز معناه على ما ذكرنا لم يلزم . فلو مات الراهن ولم يفتكها هل يبطل الوقف
 أصلا ورأسا أم لا ويلزم الورثة بان يقضوا الدين من بقية التركة ، وكذلك لو لم يمت
 وامتنع من الايفاء بان كان مستحقا عليه هل يبطل أم لا ؟ وان لم يمتنع ولكنه
 معسر هل يبطل الوقف مع تعلق المقرء به ام لا يبطل وينتظر قدرته ويسرته .

وكذا لو امتنع من الايفاء وهو قادر هل يبطل الحاكم الوقف ويبيعه في الدين أم يبيع عليه عروضه وعقاره في الدين ويسلم الوقف ام لا . وهل اذا طلب المرتهن من الحاكم فسخ الوقف بعد تقدمه اليه بالفكك ولم يفتكدهل يجيبه ويفسخه أم لا . وهل اذا أراد الواقف أن يفسخه بنفسه هل يفسخ بفسخه ام لا . وهل اذا مات معسرا ولا شيء له سوى الرهن الذي وقفه هل يبيعه الحاكم في الدين أم لا ؟

اعلم وفتك الله أن الكلام في هذه المسألة يستدعي ذكر مقدمة وهي تحرير الكلام أولا على بيع المرهون ونقل المذهب عن الأصحاب فيه ثم بعده نشرع إن شاء الله تعالى في الأجوبة عن هذه الأسئلة المفصلة ملتزمين من الله المعونة في ذلك وهو خير معين

أما بيع المرهون فقد ذكر في الذخيرة في البيوع قال : اختلفت عبارة الكتب في بيع المرهون ، وقع في بعضها أن بيع المرهون فاسد ، ووقع في بعضها أن البيع موقوف فن مشايخنا من قال في المسئلة روايتان وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف ، ان قضى الراهن المال أو أبرأه المرتهن منه ورد الرهن عليه ورضى به تم البيع . وان لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشتري من القاضى التسليم فالقاضى يفسخ العقد بينهما وهذا لأن البيع صدر من المالك والمرتهن حق في الحبل ، وكما يجب مراعاة حق المالك يجب مراعاة حق المرتهن وإنما يصير الحقان مرعيين إذا قلنا بالتوقف . ومعنى قوله في بعض الكتب فاسد أنه لاحكم له فكان فاسدا في حق الحكم . ثم قال وبعد ذلك فهل المرتهن حق فسخ هذا البيع ؟ اختلفت المشايخ فيه ، منهم من قال ليس له ذلك لأن حقه في اليد لاني الرقبة والبيع يصادف الرقبة . ومنهم من قال له حق الفسخ لأن البيع يبطل ملك الرقبة وهو وسيلة الى استيفاء الدين منه عند الهلاك . وفي شرح الجامع أن في ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ وروي ابن سماعة عن محمد أن له حق الفسخ ، وليس للراهن فسخ هذا البيع لأن هذا البيع انعقد صحيحا في حقهما وإنما التوقف في حق المرتهن هذه عبارة الذخيرة . وذ كر في الفتاوى الصغرى الظهيرية ماصورته :

بيع المرهون يقضى بأنه غير نائذ في حق المرتهن بل هو موقوف حتى لو انقضت مدة الأجرة أو قضى الرهن المال ينفذ ذلك البيع هذا هو الصحيح وليس للراهن والمرتهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستأجر. وذ كر في الهداية : اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله توقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل .

وإذا نفذ البيع باجازه المرتهن ينتقل حقه الى بدله وهو الصحيح لأن حقه يتعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المأذون المديون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكنا هذا .

وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيزه وله أن يفسخه . وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه لأنه لو ثبت له حق الفسخ انما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانقضاء هذا العقد فبقى موقوفاً ، فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر الى القاضى وللقاضى أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه ، وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا . هذه عبارة الهداية . وذكر الاسبيجاني في شرح مختصر الطحاوى قال : اعلم أن الراهن اذا تصرف في الرهن قبل سقوط الدين فتصرفه لا يخلو اما أن يتصرف تصرفاً لا يلحقه الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاء واما أن يتصرف تصرفاً يلحقه الفسخ كالبيع والكتابة والاجارة والهبة والصدقة والاقرار ونحوها بغير رضا المرتهن فلا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن ولا يبطل حقه في الحبس فاذا قضى الراهن الدين

وبطل حق المرتهن في الحبس نفذت تصرفات الراهن وإن أجاز المرتهن تصرف الراهن نفذ وبطل الرهن والدين على حاله إلا في البيع خاصة فإنه يكون الثمن رهنا مكان المبيع ، وكذا لو كان تصرف في الابتداء وأذن المرتهن نفذت تصرفاته .
وأما إذا تصرف الراهن تصرفاً لا يلحقه الفسخ فإنه ينفذ ويبطل الرهن ، وذكر كلاماً في التضمين فيه طول وليس هذا موضعه ، ثم كلام الأسيديجاني : فتحرر من هذا كله أن بيع المرهون موقوف على اجازة المرتهن أو قضاء الدين أو الإبراء .
وتحرر لنا أن الراهن لا يملك فسخ البيع وكذلك لا يملك المرتهن فسخه على الصحيح من الرواية حتى قال في المحيط في بيع ما هو متعلق به حق الغير قال فيما إذا باع الراهن المرهون أو المؤجر المستأجر قال فإنه موقوف ولا يشتري أن يفسخه علم أو لم يعلم أن ما شره رهن أو مؤجر . ثم قال وليس للراهن ولا للمؤجر فسخه لأن البيع نافذ في حقهما وكذلك المرتهن والمستأجر لا يملكان الفسخ في ظاهر الرواية نص عليه في الجامع . هذه عبارة المحيط . وإنما الذي يملك الفسخ هو القاضى لكن بمرافعة المشتري للراهن بطالب التسليم . وقد تقدم أن الوقف أشبه بالبيع من العتق كما نقلناه عن هلال وكذلك الأسيديجاني لوح في كلامه عليه فإنه ذكر الصدقة والهبة والوقف يشبههما . فتأخذ لنا أن الوقف يعمل فيه كما يعمل في البيع لمشابهته به فجيئنا إلى الجواب عن السؤال الأول وهو أنه إذا مات الراهن بعد ما وقف المرهون هل يبطل الوقف أم لا وهل تلزم الورثة بقضاء الدين من التركة فنقول :
الظاهر أنه لا يبطل الوقف لأن التصرف صحيح لأنه صدر من أهله في محله وتوقف نفاذه على اجازة المرتهن أو أداء الدين أو الإبراء فوث الواقف لا يبطل الوقف مع إمكان مراعاة حق المرتهن وهو أن يستوفي الدين من التركة ولا حق للمرتهن في العين كما قلنا في البيع إذا مات لا يبطل لأنه تعلق به حق المشتري وتوقف نفاذه لأجل حق المرتهن فوثه لا يؤثر في بطلاله . وأما قوله وهل تلزم الورثة بأداء الدين من التركة . نعم للمرتهن أن يطالب الورثة بالدين ويستوفيه من التركة ولا يمنع من ذلك ما عنده من الرهن لأن الوارث خليفة الميت وهو كان له ذلك

في حياة المورث وكذا بعد وفاته

وأما الجواب عن السؤال الثاني وهو أنه إذا لم يمت الرهن وامتنع من الايفاء هل يبطل الوقف أم لا؟ الظاهر أنه لا يبطل ولكن للمرتهن أن يرفعه الى القاضى ويجبسه بدينه حتى يوفيه الدين

وأما الجواب عن السؤال الثالث وهو أنه إذا لم يمتنع لكنه معسر هل يبطل الوقف مع تعلق حق الفقراء به أم لا يبطل وينتظر قدرته ويسرته. هذا سؤال مشكل ولم أقف عليه في باب البيع ، ولكن لقائل أن يقول يرفع المرتهن الأثر الى القاضى فاذا ثبت عنده أنه معسر ليس له سوى الرهن الذى وقفه وثبت الدين أيضاً عنده وألح المرتهن فى الطلب ولم يمهل عليه الى مدة مسرة فان القاضى يجيبه الى ذلك ويبطل الوقف ويبيع الرهن فى الدين لأنه ظهر ظلمه بمنعه بوقفه المرهون فينوب القاضى منابه فى إيصال الحق الى مستحقه، ولأنه قد اجتمع معنا حقان حق العبد وحق الله تعالى أما حق العبد فظاهر وهو المرتهن وأما حق الله تعالى فهو الوقف فان الوقف هو حبس العين على ملك الله تعالى والتصديق بالمنفعة على الصحيح فيقدم حق العبد لضمنه وغنى الله تعالى . ولا يقال انه اجتمع معنا حق الفقراء أيضاً لأن الفقراء لاحق لهم فى الرقبة انما حقهم فى المنفعة فكان حقهم ضعيفاً بالنظر الى حق المرتهن والضعيف لا أثر له مع القوى . ولقائل أن يعكس هذا ويقول ينبغى ألا يبطل الوقف لأن المرتهن لا حق له فى الرقبة والوقف انما صادف الرقبة لا المالية وانما توقف نفاذه فى الحال رعاية لحق المرتهن ولهذا لا يملك فسخه على الصحيح وحقه لا يبطل بهذا المقدم فيبقى موقوفاً فندار الأمر بين أن يؤخر حق المرتهن ولا يبطل الوقف وبين أن يبطل الوقف ولا يؤخر حق المرتهن والقول بالتأخير أولى من الابطال كيف وان المال غاد ورائح ويحتمل أن يعود اليسار قبل وجود من يشتري الوقف فيفوت التأخير الى بدل واذا قلنا بالابطال يفوت الوقف لا الى بدل وفيه ابطال حق الفقراء . وقد قال أصحابنا قريباً من هذا ان المديون اذا وقف ماله قصداً منه الى المناظرة قالوا يصح وان كان يفرق بينهما بأن هذا ليس لأرباب الديون

فيه حق بخلاف مسألتنا . لكن يقال أيضاً ان المرتهن ماله حق في العين انما له احتباس العين لحقه والاحتباس لا ينافي الوقف فشابه مسألتنا من هذا الوجه . وأيضاً فلو قال بأنه يبطل فن الذي يلي إبطاله ؛ لاجاز أن يليه الواقف لأنه لازم في حقه بدليل أنه لا يجوز له بيعه بعد ما وقفه ولو باعه ثم قضى الدين ينفذ الوقف ويبطل البيع ، وللاجاز أن يليه المرتهن لأن الصحيح أن المرتهن لا يملك أن يفسخ البيع وكذا لا يفسخ الوقف ، وللاجاز أن يليه القاضى لان مذهب الامام انه لا يرى الحجر دلى الحر العاقل البالغ ولا يبيع عليه عروضه في دينه اذا امتنع عن إيفائه ولا عقاره وعندهما يملك القاضى بيع العروض وفي المقار روايتان والأظهر عندهما أنه يبيع . فاذا كان عند امتناعه من الايفاء مع قدرته على الأداء وظهور الظلم منه لا يبيعه فهنا أولى . ولا يخرج أيضاً على قولهما لأن وضع المسألة في الممتنع وهنا الواقف ليس بممتنع ولا متمرد بل هو موافق حريص على الأداء وإنما منع منه مانع لا يقدر على ازالته وليس له ما يوفى منه الدين فيعذر في التأخير والقاضى ينظر في مصلحة الوقف وله لا عليه والى الآن لم يترجح عندى شيء لا القول بالبطلان ولا عكسه .

وأما الجواب عن السؤال الرابع وهو اذا كان ممتنعاً وهو قادر هل يبطل الحاكم الوقف ويبيعه في الدين أم يبيع عليه عروضه أو عقاره في الدين ويسلم الوقف أم لا ؛ ليس للحاكم أن يبيعه في الدين في هذه الحالة وانما الأولى أن يختار قولهما في هذه المسألة ويبيع عليه عروضه ان وقت بالدين وان لم تف يكمله بالعقار نظر الواقف كل ذلك عند تعذر مطالبة المرتهن بطريقه وامتناع المدينون من الايفاء ولا يبيع الوقف في هذه الحادثة على الاقوال كلها .

وأما الجواب عن السؤال الخامس وهو اذا طلب المرتهن من الحاكم فسخ الوقف بعد تقدمه اليه بالفكك ولم يفتكه هل يجب ويفسخه أم لا ؛ فهذا لا يملكه المرتهن لأن المرتهن له حق في المطالبة بدينه وليس له طلب ابطال عقد صحيح لا ينافي حقه في الرهن وهذه الدعوى ليست صحيحة ، ألا ترى الى ما قاله صاحب

الهداية في البيع وكيفية الفسخ من جهة القاضى وجعله بدعوى المشتري على الراهن التسليم ولو كان يصح هذا من المرتهن أيضاً لكان أمس أن يذكره لكن انما نص على المشتري لأن الدعوى من جهته صحيحة يتعين الاصفاء اليها : أما من المرتهن فلا لأنه ان طلب التسليم فهو متناقض في دعواه لأنه متسلم بالاتفاق اذ الرهن ما خرج من يده ، وان طلب بيعه فليس له ذلك لأن حقه في الذمة فلم تصح الدعوى من جهته فلا يسمع الحاكم منه ، وانما اذا ادعى على الراهن الدين يسمع دعواه ويحبسه فيه بطريقة

وأما الجواب عن السؤال السادس وهو اذا أراد الواقف أن يفسخ بنفسه وفسخه هل يفسخ الوقف بذلك أم لا . الظاهر أنه لا يفسخ بذلك قياساً على البيع فانه قرن به في الحكم وفي البيع لا يملك ذلك فيما قدمناه فكذا في الوقف .

وأما الجواب عن السؤال السابع وهو اذا مات الراهن الواقف معسراً وليس له شيء سوى ما وقفه من المرهون هل يبيعه الحاكم في وفاة دين المرتهن أم لا ؟ الظاهر أن للحاكم أن يبيعه في وفاة دين المرتهن لأنه تعذر افتكاكه وايس منه وحق المرتهن تعلق به بعد الموت وصار كما اذا وقف ما يملكه في مرض موته وعليه ديون مستغرقة فانه يبطل الوقف ويبيع في الدين وعلى هذا الوجه يتعين أن نحمل كلام الخصاف وهلال وغيرهما من قولهم انه موقوف ان افتكه جاز ولو بعد سنين وليس له أن يبطل الوقف قبل الفكك وما يتحقق الايس الا في هذه الصورة . أما في الصورة التي ذكرناها أولاً فامكان الفكك فيها موجود فلهذا لم نجوز ابطال الوقف وهنا جوزناه . ثم رأيت بعد ذلك في متن البحر المحيط ما صورته : قل ولو أن رجلا رهن ضيعة له من رجل ثم انه وقفها وقفنا صحيحا فان افتكها الراهن فالوقف جائز نافذ وان لم يفتكها حتى مضت سنة أو سنتان لا يبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك كانت وقفنا . فان مات صاحب الضيعة في فصل الرهن قبل الفكك ، ان كان له مال غير الضيعة أدى الدين من ماله وكانت الضيعة وقفنا ، وان لم يكن له مال غير هذه الضيعة بيعت الضيعة في الدين ويبطل الوقف اه

كلامه . فانظر وفقك الله الى صحة ماخرجناه في هذه المسألة كيف وافق المنقول عن الأصحاب فيها فإله الحمد . فقله ان لم يفتكها حتى مضت سنة أو سنتان لا يبطل الوقف وجعل في مسألة الموت معسرا يبطل الوقف فعلمنا أنه مادام الواقف حيا لا يبطل الوقف سواء كان موسرا أو معسرا للمعنى الذى ذكره أولا

فتلخص لنا حينئذ من الجواب في هذه المسألة أن الواقف مادام حيا لا يجوز أن ينقض الوقف ولا يباع في الدين ، وإذا مات فلا يخلو ، أما أن مات موسرا أو معسرا فإن مات موسرا لا يبطل الوقف أيضا ويوفى الدين من بقية المال ، وإن مات معسرا وليس له سوى ماوقفه بعد مارهنه فإنه يباع في وفاء الدين ومن ضرورته بطلان الوقف والله أعلم بالصواب .

المسألان العشرون : والحادية والعشرون : إذا وقف على بنيه وله بنات وبنون هل تدخل البنات في لوقف أم لا ؟ وكذلك إذا قال على أخوتي وله أخوة وأخوات هل تدخل الأخوات في الوقف أم لا وما الضابط في ذلك ؟ (١)

ذكر في وقف هلال قال : قلت رأيت إذا قال على بنى وله بنون وبنات قال فهم جميعا في الوقف سواء لان البنين والبنات إذا جمعوا كانوا مذكرين : قلت رأيت لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على أخوتي وله أخوة وأخوات قال هم جميعا سواء في الوقف . قلت . وهذا بمنزلة قوله بنى فلان فالبنون والبنات فيه سواء هذا كاه سواء وهم جميعا أسوة . وذكر في وقف الخصاص قال . قلت . رأيت إذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على بنى وله بنون وبنات قال تكون الغلة للبنين والبنات جميعا ، من قبل أن البنات إذا جمعن مع البنين ذكروا ، ألا ترى أنه لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على أخوتي وله أخوة وأخوات أن الغلة لهم جميعا ، ألا ترى الى قوله تعالى « فإن كان له أخوة » والأخوة والأخوات في ذلك سواء . وذكر في النخيرة قال : إذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على بنى وله ابنان فصاعدا استحقا جميع الغلة ، ثم قال ولو قال على بنى وله بنون وبنات قال هلال هم

(١) سيأتى هاتين المسألتين مزيد بحث في المتفرقات

جميعا في الوقف سواء لأن البنين والبنات عند الاجتماع يسمون بنين . هكذا ذكره الخصاص في وقفه ورواه عن أبي حنيفة وعن يوسف بن خالد السمتي فيمن أوصى بثلاث ماله لبني فلان وله بنون و بنات فالثالث لهم جميعا وهم فيه سواء وكذا الوقف . قال هلال وروى يعقوب عن أبي حنيفة أن ذلك للبنين دون البنات ، وعمل فقال ألا يرى أنه لا يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان . وبعض المشايخ قالوا ان في هذه المسألة روايتين عن أبي حنيفة . وبعضهم وفق بين الروايتين فقال ما روى أنه يدخل فيه البنون والبنات محمول على ما اذا كان فلان أبا قبيلة كبنى تميم وما روى انه لا يدخل فيه البنات محمول على ما اذا كانوا بني أب يحصون وقد أشار في التعليل الى ما قلناه حيث قال « لا يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان » وهذا انما يستقيم اذا كانوا بني أب يحصون ، أما اذا كانوا بني أب لا يحصون صح ذلك فانه يستقيم أن يقال هذه المرأة من بني تميم . وبنحوه روى عن أبي يوسف في الوصية فانه قال الثلث للبنين دون البنات الا في كل أب يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان مثل نخذ أو قبيلة ، هذه عبارة النخيرة . وذكر في الكشف شرح البزدوى قال ناقلا عن المبسوط : لو أوصى بثلاثة لبني فلان ولفلان ذلك أولاد فالثالث المذكور من ولده دون الاناث في قول أبي حنيفة الآخر وفي قوله الأول وهو قولها اذا اختلط الذكور والاناث فالثالث بينهم فان انفردت الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق . وذكر في المنار في الاصول لحافظ الدين قال : والجمع المذكور بعلامة الذكور يتناول الذكور والاناث عند الاختلاط ولا يتناول الاناث المنفردات . قال محمد في السير الكبير اذا قال واحد من أهل الحصن أمنوني على بني وله بنون وبنات فان الامان يتناول الفريقين . وذكر في شرح مجمع البحرين قال : رجل أوصى لبني فلان ولفلان ذكور واناث فالوصية للذكور منهم دون اناتهم لأن قوله بنو فلان بمنزلة الذكور من أولاد فلان لأن الابن اسم للذكر والبنون جمعه . وقال محمد الوصية لهم جميعا بالسوية لان البنين جمع الابن كما أن الاخوة جمع الاخ فيتناول البنين والبنات المختلطة بالبنين كما

يتناول لفظ الاخوة الأخوات المختلطة بالأخوة كما في قوله تعالى « فان كان له اخوة فلأمه السادس » وعن أبي حنيفة رحمه الله في ذلك راويتان ومثله في الزوزنى شرح المنظومة . وذكر القدورى في شرح مختصر الكرخي قال : باب الوصية لبني أب في الناس يعرف : قال بشر عن أبي يوسف في رجل أوصى بثلاث ماله لبني فلان رجل من الناس يعرف فان أبا حنيفة قال في ذلك هو لولده جميعا الذكور والاناث سواء ثم رجع عن ذلك وقال هو للذكور دون الاناث ، وقال أبو يوسف ومحمد هو للذكور والاناث جميعا . وجه قول أبي حنيفة أن الابنة لا يتناولها اسم الابن على الحقيقة وإنما يتناول الاسم الذكور والاناث جميعا على سبيل المجاز ومن حكم اللفظ الحمل على حقيقة ولا يحمل على مجازه الا بدليل وليس كذلك الا اذا كان فلان أبا قبيلة أو نخذ لان النسبة اليه لا يقصد بها الاعيان وإنما يقصد بها الانتساب وهو موجود في الذكور والاناث ولهذا المعنى يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن معهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتي لا ذكر معهن . وجه قول أبي يوسف ومحمد أن الذكور اذا اجتمعوا مع الاناث غلب عليهم اسم الذكور ويتناولهم الاسم جميعا وان كان لا يتناولهم حالة الانفراد فوجب أن يحمل على جميعهم . وذكر في آخر الباب أيضا قال : قال هشام سألت محمدا عن رجل قال قد أوصيت بثلاث مالى لبني فلان أو لأخوة فلان وفيهم ذكور واناث فأخبرني أن أبا حنيفة قال هو للذكور دون الاناث قال محمد هو بينهم بالسواء لا يزداد ذكر على أنثى . وهذا على ما قدمنا أن اسم الذكور انما يتناول الاناث اذا اجتمع مع الذكور على وجه المجاز ومن حكم الاسم أن يحمل على حقيقة وعلى قول محمد اسم الذكور غالب على الاناث ويتناولهم الاسم جميعا . قلت فتحرر من هذا أن في المسألة خلافا بين أبي حنيفة وصاحبيه ، فعند أبي حنيفة في قوله الآخر أن البنات لا يدخلن في لفظ البنين ، وفي قوله الأول وهو قولها يدخلن ، هذا اذا كان الايصاء لبني أب من الناس رجل يعرف . أما اذا كان أبا قبيلة أو نخذ كبنى تميم فانه لا خلاف في دخول البنات حتى لو لم يكن له بنون وله

بنات فقط فانهن يدخلن وحدهن كما ذكره القدوري فيما نقلناه عنه . وبهذا تبين خطأ من وفق بين الروايتين وقال ان ماروي في دخول البنات محمول على ما اذا كان فلان أبا قبيلة كبنى تميم لأن تلك لا خلاف فيها انما الخلاف فيما اذا كان رجلا معروفا من الناس ليس أبا قبيلة . والظاهر أن الصحيح قولها ، اما لكون القدوري أخرجه قولها بعد ذكر وجه قول الامام وهذا أمانة الترجيح على العرف الصناعي بين الاصحاب ، واما لأن أهل الأصول جعلوه أصلا وفرعوا عليه كما نقلناه عن المنار وهو دليل الصحة أيضا . هذا من حيث الكلام على اصطلاح الأصحاب في الترجيح ، وأما من حيث الدليل فهو أيضا أقوى لأن الاخوة جمع أخ وهو اسم للذكر كما أن البنين جمع ابن وهو اسم للذكر وفي الجمع الأول جعلناه متنا ولا للبنين والبنات جميعاً فكذا في الثاني وهذا قوى جدا . وكنت جمعت هذا وما يناسبه في بيت وهو

بنى وأولاد أقارب اخوة وآباء قل قد شارك الذكر الأثني

فمسألة البنين تقدمت . ومسألة الأولاد ظاهرة أيضا والاقارب كذلك والاخوة تقدمت أيضا . وأما مسألة الآباء فهي أن أهل الحصن اذا قالوا أمنونا على آباؤنا تدخل الامهات . وقولنا « قد شارك الذكر الاثني » في النظم معناه أن الذكر لا يختص به بل بينه وبين البنت أو بين الأب وبين الأم في مسألة الآباء . ولم أر أحدا سبقني الى هذا ولا حرره وهو فائدة جلية فليعلم والله أعلم

المسألة الثانية والعشرون : في وقف الفضولي والاجازة له هل تصح أم لا ؟ ذكر الخصاص في وقفه قال : قلت فان قال قد جعلت أرض فلان صدقة موقوفة لله أبدا على فقراء المسلمين فبلغ صاحب الأرض ذلك فقال قد أجزت ما فعله فلان في أرضي قال تكون الأرض وقفاً وهي وقف من قبل مالكا واليه ولايتها . هذه عبارة الخصاص قلت : فهذا بناء على ذلك الأصل المعروف وهو أن الاجازة اللائحة كالوكالة السابقة وهو ظاهر في نفسه وليس فيه شيء يحتاج الى حل وتفكيك

المسألة الخامسة والعشرون : اذا اشتبهت مصارف الوقف بحكم ضياع كتابه كيف يعمل فيه ؟ (١)

ذكر في النخيرة قال : سئل شيخ الاسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقد مر ما يصرف الى مستحقه قال ينظر الى المهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه والى من يصرفونه فينبى على ذلك لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك . هذه عبارة النخيرة قلت : وهذا أيضا ظاهر لاخفاء فيه وهو موافق للتواعد المذهبية ، والمراد بشيخ الاسلام والله اعلم خواهر زاده

المسألة السادسة والعشرون : اذا وقف وعليه ديون قصدا منه للماطلة .

ذكر في النخيرة : رجل عليه ديون وله ضبعة تساوى عشرة آلاف درهم فوقها وشرط غلاتها الى نفسه قصدا منه الى الماطلة وشهد الشهود على افلاسه جاز الوقف وجازت الشهادة ، أما جواز الوقف فلمصادفته ملكه ، وجواز الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف على ما مر قبل هذا ، وأما جواز الشهادة فلأنها صدق لأن الرقبة خرجت عن ملكه فان فضل شيء من قوته من هذه الغلات فللغرماء أن يأخذوا منه لأن الغلات بقيت على ملكه . قلت : قوله « وجواز هذا الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف » معناه شرط جعل الغلة لنفسه لا قوله قصدا منه للماطلة لأنه لا يختص بأبي يوسف بل لو وقف على جهة أخرى غير نفسه قصدا منه للماطلة صح عند الكل

المسألة السابعة والعشرون : المسجد اذا احتاج الى نفقة هل يجوز أن يؤجر منه بقدر ما ينفق عليه أم لا ؟ وكذا اذا أراد قيم المسجد ان يبنى فى حده أو فى فئاته حوائت المسجد هل يجوز أم لا ؟

ذكر في النخيرة قال : وفي واقعات الناطقى رجل جعل فرسا حبسا فى سبيل

(١) ذكر المؤلف المسائل الثلاثة والعشرين والرابعة والعشرين من تقسيمه أثناء الكلام على المسألة السادسة عشرة بصفحتي ١٢٩ و ١٣٠ ولم يجعل لها بحدنا خلاصاً فليلاحظ

الله فليس لأحد أن يؤجره لأنه أعد لأمر آخر فإن احتاج الى أمر النفقة يؤجر بقدر نفقته . قال الناطقي هذه المسألة دليل على أن المسجد اذا احتاج الى النفقة يؤجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه أيضا

وأما المسألة الثانية فذكرها في الذخيرة أيضا قال : قيم المسجد اذا أراد أن يبنى حوائت في حد المسجد أو في فناءه لا يجوز . قلت فالناطقى رحمه الله ذكر مسألة المسجد على وجه التخرج على مسألة الفرس لا أنه ظفر بالرواية فيها . ويظهر لي فرق بين المسجد وبين الفرس الحبيس في سبيل الله وهو ان الفرس اذا لم يؤجر لأجل النفقة يموت فيفوت التحبيس فيه أصلا ورأسا بخلاف المسجد اذا احتاج الى العمارة لأنه لا يخلو ، اما ان احتاج البعض أو المجموع ، فإن احتاج البعض وليس له ما يعمر منه يجب أن يعمر من بيت المال ولأنه يمكن أن تقام الجماعة في الباقي بخلاف الفرس الحبيس في سبيل الله لأنه اذا لم يكن له ما ينفق عليه يهلك فيؤدى الى فوات المقصود بالجملة والمسجد ليس كذلك لأنه يحصل اقامة المقصود في بقيته وان كان المجموع محتاجا الى العمارة وليس له ما ينفق عليه فهو أيضا ليس كالفرس لأنه يمكن اقامة القرية في العرصة فلا يؤدى الى فوات المقصود ولا كذلك الفرس لما ذكرنا ، فعلى كلا التقديرين ليس هو نظير مسألة الفرس فلا يقاس عليها . وأضاف ان المسجد اذا قيل بأنه يؤجر منه قطعة للعمارة يؤدى الى تغيير عين الموقوف باعتبار تغير الأحوال الى حال أقبح من الأولى فإن كان مسجدا تقام فيه الصلاة فاذا أوجر يبقى بعرضية أن يصير اصطبلا للدواب أو سكنى الناس وكان التغيير الى حالة أرزى من الحالة الاولى والتصرف في الاوقاف انما يجوز باعتبار الأثر لها لا باعتبار الأذى بخلاف الفرس لأن الانتفاع به لا يتغير الى أقبح من الأولى لأنه معد للركوب خلقة وعادة وفوات وقت الاجارة عن الاحتباس في سبيل الله لأجل النفقة لا مشاعه فيه ولا نقص في حقه ولا كمال المسجد والفرق الأول أوضح وأرجح والله أعلم

المسألة الثامنة والعشرون: اذا قبض متولى الوقف مال الوقف ومات مجهلا لم يبين ماذا صنع به :

اعلم أن هذه المسألة دوارة في السكتب مع مسألتين وجعلوا الحكم فيها وفيها حكما واحدا وهو عدم التضمن. لكن ذكر قاضيخان في الفتاوى ما صورته : متولى المسجد اذا أخذ من ذلات المسجد ومات من غير بيان لا يكون ضامنا . قال وذكر الناظف أن الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل : أحداها هذه . والثانية السلطان اذا خرج الى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغائبين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه . والثالثة : القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودعه عند غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه هذه عبارة قاضيخان . وذكر في التجنيس والمزيد لصاحب الهداية قال : الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل : أحداها مسألة الوقف والثانية مسألة السلطان والثالثة : أحد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذي كان في يده لم يضمن نصيب شريكه ، هذه عبارة التجنيس ، ولم يذكر مسألة القاضي اذا أودع مال اليتيم . وعلى مقتضى ما ذكره من الحصر أنه يضمن وقاضيخان لم يذكر مسألة المتفاوضين اذا مات أحدهما وعلى ما ذكره من الحصر من النفي والاثبات يقتضى أنه يضمن ، فحصل اختلاف في تضمين أحد المتفاوضين وفي تضمين مودع القاضي وهو مشكل والجمع بينهما صعب ، وقد ذكرناه في كتابنا « الاختلافات الواقعة في المصنفات » فمسألة الوقف توافقوا فيها في عدم التضمن . لكن الذي أقوله أنه ينبغي أن يكون التفصيل فيها أنه ان حصل طلب المستحقين منه المال وأخر ثم مات مجهلا يضمن ، وان لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا فينبغي أن يقال أيضا ان كان محمودا بين الناس معروفا بالديانة والأمانة أنه لاضمان عليه وان لم يكن كذلك ومضى زمن والمال في يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعي انه يضمن والله أعلم .

المسألة التاسعة والعشرون : المحجور عليه لسفه أو دين اذا وقف هل يصح أم لا ؟

ذكر الخصاص في وقفه قال : قلت فماتقول في رجل حجر عليه القاضى اسفه أولدين عليه فوقف أرضا له هل يجوز وقفه ؟ قال لايجوز من قبل أن السفية انما حجر عليه لئلا يبذر ماله ولا يخرج شيئا من ملكه ، والذي عليه الدين انما حبس عليه القاضى ماله لئلا يخرج شيئا من ماله عن ملكه فلو جاز وقفه لأرضه لم يكن للحجر معنى . وفي فتاوى أبى الليث . سئل ابو بكر عن رجل محجور عليه وقف ضيعة له قال وقفه باطل الا أن يأذن له القاضى . وقال أبو القاسم لايجوز وان أذن له القاضى . قلت هذا الذى ذكره الخصاص حسن على قولها وهو ظاهر لاختفاء فيه ، وكذلك ما قاله أبو القاسم . فأما ما قاله أبو بكر ففيه نظر أعنى من أنه يجوز اذا أذن له القاضى ، ثم انى وقفت في ربيع الآخر سنة ثلاث وخمسين وسبعائة على كتاب وقف ابن المنجنيق يشتهل على حصاة من عماد المرج والمرج من جنود دمشق وغيرها وتاريخه في سنة احدى وثمانين وستائة وقد ثبت على يد قاضى القضاة حسام الدين الرازى الحنفى وثبت فيه الملك والحيازة وحكم فيه بصحة الوقف المذكور ولو كان الواقف محجورا عليه لاسفه مع العلم بالخلاف ونفذه قاضى القضاة تقى الدين سليمان الحنبلى ونفذ تنفيذه تقى الدين بن الحافظ شرف الدين ونفذ تنفيذه ابن الحافظ قاضى القضاة شمس الدين بن مسلم الحنبلى وهو آخر منفذ وتاريخ تنفيذ ابن مسلم في سنة ست عشرة وسبعائة وهذا الحكم غريب لم أقف على مثله لاحد من قضاة المذهب وهو مخالف لما نقلناه عن الخصاص وأبى الليث ووجهه أذكره ان شاء الله تعالى فأقول وبالله المستعان

الكلام على هذا الحكم يفتقر الى تحرير مسألة الحجر لاسفه وهل الحجر من القاضى حكم يرفع الخلاف أم لا ؟ واذا تقررت هذه المسألة فالكلام حينئذ في حكم قاضى القضاة حسام الدين المذكور في موضعين : الأول في بيان جواز ما فعله قاضى القضاة حسام الدين المذكور وأنه اخذ بقول الامام الأعظم امامنا أبى حنيفة رضى الله عنه فيما حكم به ؛ وان ما نقلناه عن الخصاص وأبى الليث ليس منهيب الامام بل هو منهيب الصاحبين وأنه في التحقيق حكم مركب من منذهبين . والثانى

في بيان عدم جواز التعرض اليه بنتقض أو غيره على ما يأتي ان شاء الله تعالى
قال كلام على تقرير مسألة الحجر للسفه وأنه ليس بحكم رافع للخلاف : قال
في الهداية . واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه
جازلان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى أنه لم يوجد المقضى له والمقضى
عليه، ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من القضاء حتى لو رفع تصرفه
بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره يقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض
آخر ينفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك . وقال في البدائع
ولو حجر القاضي على السفه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة حتى لو تصرف بعد الحجر
ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر ههنا على الاجتهاد ، لأن الحجر من القاضي
قضاء منه وقضاء القاضي في المجتهدين انما ينفذ ويصير كالمثفق عليه اذا لم يكن نفس
التضاء مجتهداً فيه فاما اذا كان فلا ؛ بخلاف سائر المجتهدين التي لا يرجع الاجتهاد
فيها الى نفس القضاء . وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي اه . وفي الذخيرة
مثله معنى . فاستفدنا من هذا ان الحجر من القاضي للسفه لا يكون حكماً والقائل قائلان
قائل بجواز الحجر على السفه وينحجر به وهو الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقائل
بأنه لا يحجر على السفه وتصرفه نافذ ولو حجر عليه لا ينحجر وان كان سفهياً وهو
الامام الأعظم أبو حنيفة رحمه الله فبقي التصرف قبل الحجر وبعده سواء وليس
الحجر بحكم عند بل هو فتوى والفتوى لا ترفع الخلاف في جميع المسائل الاجتهادية
على ما عرف .

وأما الكلام على حكم قاضي القضاة حسام الدين المذكور وبيان مأخذه واستناده
فوجهه انه أخذ بقول الامام في هذه القضية فانه تكرر لنا أن الحجر من القاضي ليس
بحكم يرفع خلاف الامام فيها فبقي وجود الحجر وعدمه سواء فصح حكمه وان كان
الواقف محجوراً عليه للسفه . وما ذكره الخصاص وأبو الليث فهو مذهبهما الامذهب
أبي حنيفة لأن مذهبه في الحجر قد تقرر نقله ، فان قلت كيف يجوز الحكم بصحة
هذا الوقف وأبو حنيفة لا يراه فصارت القضية حينئذ مركبة من مذهبين مذهب

أبي حنيفة ومذهب أبي يوسف فإن الوقف صحيح عند أبي يوسف والحكم بنفاد تصرف المحجور غير صحيح وعند أبي حنيفة عكسه . قلت هذا الشكل في القضية ولكن رأيت في منية المقي في مثل هذه الواقعة المركبة من مذهبين وقد نص فيها على الجواز . وصورة ما ذكره قال . لو قضى القاضى بشهادة الفساق على غائب أو بشهادة رجل وامرأتين في النكاح على غائب فإنه ينفذ وإن كان من يجوز القضاء على الغائب يقول ليس للفساق شهادة ولا للنساء في باب النكاح شهادة، هذه عبارة المنية فقد جعل الحكم وإن كان مركبا من مذهبين جائزا فكذا نقول في هذه المسألة لأنه حكم بصحة الوقف وإن كان محجورا عليه للسفوه من قال بأن تصرف المحجور نافذ لا يقول بصحة الوقف ومن يقول إن الوقف يصح يقول إن تصرفه بعد الحجر غير نافذ فصارت هذه المسألة كسألة المنية فاندفع الاشكال . وأما بيان أنه لا يجوز التعرض اليه بنقض ولا غيره فلا أنه حكم في موضع الاجتهاد غير مخالف للكتاب أو السنة أو اجماع الأمة ، ولأن نفس القضاء مختلف فيه وقد نفذ فلا يجوز نقضه ولا تغييره والله أعلم

وبسبب هذه المسألة والخوض فيها لاح لي من كلام صاحب الهداية فائدة طلبت غير مرة من الكتب فلم ترجد وبحث فيها الفضلاء واختلفوا فيها . وهي أن القاضى إذا اذن في بيع عقار اليتيم لوفاء الدين أو عند الحاجة أو في الشراء لجهة وصية فباع المأذون له بهذا الاذن أو اشترى ثم رفع الاتباع الى هذا القاضى الآذن هل يجوز له أن يبيعه ويحكم به وإن كان إنما يحصل بأذنه وفعل القضاة على هذا الى يومنا هذا أم لا يجوز لكونه مشبها بالفعل؟ فرأيت في كلام صاحب الهداية ما يدل على الجواز ، وهو انه قال اذا حجر على السفه ثم تصرف بعد الحجر ثم رفع تصرفه الى هذا القاضى الحاجر فإنه يحكم ببطان تصرفه وإن كان إنما حجر عليه باذن هذا القاضى خصوصا على قول أبي يوسف على ما عرف فصار حكمه ببطان تصرفه كأنه حكم بتنفيذ حجره وتقريره وقد ثبت بها أنه يجوز ولا يمنع الحجر السابق منه فكذا هذه المسألة البيع إنما يحصل بأذنه فلا يمنع من الحكم به والله اعلم

المسألة الثلاثون: وتشتمل على عدة مسائل: الأولى عدم دخول أولاد البنات في لفظ الأولاد والنسل والعقب والذرية والآل والجنس والاهل وتحرير كلام الاصحاب فيها فنقول

ذكر في المحيط باب الرجل يقف على ولده أو ولد ولده أو نسله ويجعل آخره للفقراء قال وفيه فصول . فصل في الولد وفصل في ولد ولده وفصل في نسله . فصل الولد في : مسأله على قسمين أحدهما اذا ذكر الولد مطلقا . والثاني اذا ذكر موصوفا . فالأول لو وقف على اولاده يدخل فيه أولاده لصلبه وأولاد ابنته فأما أولاد البنات ففيه روايتان . ذكر هلال والخصاف عن محمد انهم يدخلون فيه وعلل . ثم قال وذكروا في السير الكبير استأمن الحربى على أولاده فأولاد بناته لا يدخلون في الأمان لأنهم ليسوا بأولاده . وهكذا ذكر على الرازى في مسائل جمعها في الحسابيات لأن اسم الولد لا أولاد البنات مجاز لأن الولد حقيقة من ولده وحكما وعرفا من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد الابنة قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الأبعد

قلت والنبي عليه السلام انما سمي الحسن والحسين ولدا مجازا بدليل قوله تعالى « ما كان محمدا أبا احد من رجالكم » او كان لأولاد فاطمة على الخصوص ، والأظهر أن ذلك بطريق المجاز . ثم بحث ثم قال : فصل اذا وقف أرضه على ولده وولد ولده فهو على ثلاثة أوجه : الاول لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى يدخل فيه ولده لصلبه وولد ولده الموجودون يوم الوقف ومن حدث بعده واشترك البطنان في الغلة ولا يدخل فيه من كان أسفل من هذين البطنين لأنه خص هذين البطنين بالذكر فلا يدخل فيه غيرهما ، ويدخل فيه اولاد البنات في رواية الخصاف وهلال لأن اسم الولد لمن ولده حقيقة فما ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة، ولا يدخلون في ظاهر الرواية وعليه الفتوى لأن اولاد البنات ليسوا بأولاد اولاده مطلقا لانهم منسوبون الى الأب لا الى الام . ثم بحث ثم قال :

فصل في النسل مسأله على أوجه « الاول » لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على

نسلى يدخل فيه من كان من ولد ونسله سواء خلق يوم الوقف أو خلق بعده لأن النسل اسم عام يقع على البطون كلها. وان كان في نسله أولاد البنات ، ذكر هلال أنهم لا يدخلون في الوقف ، وعن محمد روايتان فيمن أوصى بثلث ماله لذرية فلان أو استأمن الحربى على ذراريه فأمنوهم ففي رواية لا يدخل اولاد البنات فى الوصية والأمان لأن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الام ألا يرى الي أن أولاد الخلفاء من ذرية آبائهم كما قال المأمون

وانما ادهات الناس أوعية مستودعات وللانسان آباء

وفي رواية يدخل فيه لأن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل الا يرى أن الناس كلهم ذرية آدم ونوح والأب والأم اصلان للولد ثم الأم من ذرية امها فما يتولد منها يكون من ذريته ايضا. ومعنى الاصلية والتولد فى جانب الام راجح لأن ماء الفحل يكون مستهلكا فى رحمها فاعسا يكون الولد متولدا منها بواسطة امسالك ماء الفحل فى رحمها فاذا جعل النافلة من ذرية أبى أبيه فكذلك يجعل من ذرية أبى امه ولما ثبت ذلك فى الذرية ثبت فى النسل لانها سواء انتهى كلامه - وذكر فى الذخيرة قال : نوع آخر واذا وقف على اولاده يدخل فى الوقف بنو البنين وهل يدخل فيه بنو البنات ففيه روايتان وكذلك اذا وقف على ذريته يدخل فيهم بنو البنين وهل يدخل فيه بنو البنات ففيه روايتان. وأصل هذا ما ذكر محمد فى السير الكبير فى باب من ابواب الأمان: اذا قال أهل الحرب للمسلمين امنونا على ذرارينا فأمنوهم على ذلك فهم آمنون ، وذراريهم اولادهم واولاد اولادهم من الرجال كاولاد البنين وأن سفوا دون اولاد البنات وكذلك اذا قالوا امنونا على اولادنا فهم آمنون على انفسهم وعلى اولادهم لاصلابهم وعلى اولاد اولادهم من قبل الرجال بنى البنين دون بنى البنات . وكذلك اذا قالوا امنونا على بنينا فهم آمنون على بنينهم لاصلابهم وبنى بنينهم دون بنى بناتهم . وذكر فى باب آخر من ابواب الأمان ان بنى البنات يدخلون فى الأمان فيصير فى المسألة روايتان وكان الشيخ الجليل الامام أبو بكر محمد بن الفضل يميل الى أن ولد البنات لا يدخل تحت الأمان .

وذكر في السير أيضاً اذا قال واحد من أهل الحصن أمنوني على بناتي وله بنات ابن وبنات بنت دخل في الأمان بنات الابن ولا يدخل فيه بنات البنت ، قيل هذا على الرواية التي فيها ان ابن البنت لا يدخل تحت الامان وقوله أمنوني على بنى ، أما على الرواية التي قال ثمة ان ابن البنت يدخل فبنت البنت تدخل أيضاً ههنا ، وقيل بنت البنت لا تدخل تحت الامان رواية واحدة بخلاف ابن البنت على احدي الروايتين . والفرق ان قضية القياس ان ابن البنت وبنت البنت لا يدخلون تحت الأمان لانهما ابن ابن المستامن وبنت ابن المستامن لا ابن المستامن وابنته لكن تركنا القياس في ابن البنت باستعمال الشرع وهو قوله تعالى « ووهبنا له اسحاق ويعقوب كلا هدينا ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس » جعل عيسى من ذرية ابراهيم وعيسى لابراهيم كان ولد البنت . وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمي الحسن والحسين ابنيه . ومثل هذا الاستعمال لا يوجد في بنت البنت ففرد بنت البنت الى ما يقتضيه القياس والجواب في الوقف يجب أن يكون كذلك . قال في السير عقيب هذه المسألة الا اذا سمي شيئاً يعرف به انه أراد به بنات البنات كما اذا قال المستامن لي بنات وقد توفيت امهاتهن فامنوني في بناتي أو قال على بناتي فيمنئذ دخل فيه بنات البنات لان دلالة الحال دلت على ارادة بنات البنات ولدلالة الحال من السلطان ما للصریح فصاركأ انه قال أمنوني على بنات بناتي وهناك يدخل في الامان بنات البنات ، كذا هنا ويجب أن يكون الجواب في الوقف هكذا . وذكر في السير ايضاً: اذا قال امنوني على اولاد اولادى دخل في الامان بنو البنات . قال القاضى ركن الاسلام على السغدي والشيخ الامام شيخ الاسلام هذه المسألة على الروايتين ايضاً . وذكر الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى أن في هذه الصورة اولاد البنات يدخلون رواية واحدة وأما الروايتان فيما اذا قال امنوني على اولادى وهذا لأن المذكور ههنا ولد الولد وولد الولد حقيقة امم لمن ولده ولده وابنته ولده

فن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة ، فاما اذا ذكر اولاده فأولاده حقيقة من ولده وهو من حيث الحكم من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك اولاد البنين دون اولاد البنات. والجواب في الوقف على قول شمس الأئمة يكون هكذا: اذا وقف على اولاد اولاد فلان دخل تحت الوقف اولاد البنات رواية واحدة انتهى كلامه

وذكر الخصاص في وقفه قال « باب الرجل يجعل أرضه موقوفة على ولده وولد ولده ونسله » قلت : رأيت رجلا جعل أرضا له صدقة موقوفة لله أبدا في صحته على ولده وولد ولده وأولاد اولادهم ونسلهم أبدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز ويشترك ولده وولده ولده ما تناسلوا أبدا في غلة هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف وكل ولد حادث له بعد الوقف وولد الولد أبدا ما تناسلوا فيكون فيه سواء ثم بحث ثم قال: قلت فهل يدخل في ذلك ولد البنات؟ قال قد روي عن اصحابنا في رجل أوصى لولد فلان رجل بعينه بثلث ماله قالوا ان كان له ولد اصلبه ذكور واناث كان الثلث بينهم جميعا على عددهم، وان لم يكن له الا ولد واحد ذكرا أو انثى كان الثلث كله له، فان لم يكن له ولد لصلبه وكان له ولد ولد من اولاده الذكور وأولاده الاناث كان الثلث لولد الذكور دون ولد الاناث، فقال من أجاز الوقف منهم ان سبيل الوقف في هذا مثل سبيل الوصية فقال لا يدخل ولد البنات في الوقف. وقال محمد يدخل ولد البنات في الوقف واحتج في ذلك في كتاب حججه على مالك وهذا عندنا احسن. ثم قال بعد ذلك باوراق « باب الرجل يجعل أرضه صدقة على نسل رجل أو على ذريته أو على عقبه » قلت رأيت رجلا قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على نسل فلان بن فلان أبدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز قلت : ومن نسل فلان؟ قال ولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا قلت : وولد البنين وولد البنات في ذلك سواء قال نعم. ثم بحث ثم قال قلت : فان كان الواقف قد قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على ذرية زيد أبدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال هذا جائز ويكون للذرية زيد ما بقي منهم احد فاذا انقرضوا كانت الغلة للمساكين. قلت :

ومن ذرية زيد؟ قال الذرية والنسل سواء والحكم فيهما واحد. ثم بحث ثم قال قلت: فان قال علي ولدى وولد ولدى الذكور قال كانت الغلة للذكور منهم دون الاناث قلت: فالذكور من ولد البنين والبنات في ذلك سواء؟ قال نعم. ألا ترى أنه لو قال علي ولدى وولد ولدى الاناث كانت الغلة للاناث دون الذكور من ولد البنين والبنات.

ثم بحث ثم قال «باب الوقف على العقب» قلت رأيت: اذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على عقب زيد ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز والغلة لعقب زيدا بما توالدوا قلت: ومن عقب زيد؟ قال ولده وولد ولده بما توالدوا من أولاد الذكور دون أولاد الاناث الا ان يكون ازواج الاناث من ولد ولد زيد فكل من يرجع بنسبه بأبائه الى زيد فهو من عقب زيد وكل من كان ابوه من غير ولد زيد فليس من عقب زيد الا يرى أن رجلا من ولدوا وعمره ولو تزوج امرأة من ولد ولد زيد لم يستقم ان يكون ولد هذه المرأة من عقب زيدا وانما هو من عقب عمرو لأن أباه من ولد عمرو وانما العقب من ولد الذكور دون أولاد الاناث، وكل من لا يرجع بنسبه بأبائه الى زيد فليس من عقب زيد. ثم بحث ثم قال قلت: رأيت رجلا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على عقب زيد ابدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين هل يجوز هذا الوقف؟ قال نعم الوقف جائز قلت: فان كان لزيد ولد لصلبه ذكور وانث وله ولد ولد من أولاد الذكور وأولاد الاناث لمن يكون هذا الوقف؟ قال لولد زيد لصلبه من الذكور والاناث وأولاد الذكور من ولده ذكورهم واناثهم في ذلك سواء ولا يكون لولد البنات من غلة هذا الوقف شيء قلت: فلم قلت ان ولده لصلبه من الذكور والاناث هم عقبه ولا يكون ولد البنات من عقبه؟ قال من قبل أن العقب انما هم من كان يرجع بنسبه الى ولد زيد فابنة زيد من صلبه هي ممن ترجع بنسبها الى زيد فهي من عقب زيد وأما ولد الابنة فانهم انما يرجعون بالنسبهم الى من ينسبون بأبائهم اليه. ألا ترى أن ابنة ابن زيد من عقب زيد فكذلك ابنة زيد لا تكون أسوأ حالا من بنت أخيها وهي ابنة زيد لصلبه

وقال أيضا « باب الرجل يقف الشيء على أهل بيته أو على جنسه أو على قرابته أو على أرحامه أو أنسابه » قلت رأيت رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا - علي أهل بيته فاذا انقضوا فهي وقف على المساكين قال فالوقف جائز ويكون ذلك وقفاً على الغني والفقير من أهل بيته قلت: ومن أهل بيته؟ قال كل من يناسبه بأبائه إلى أقصى أب له في الاسلام، ومعنى أقصى أب في الاسلام أبوه الذي أدركه الاسلام وان كان لم يسلم، وكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته ويدخل في الوقف: قلت فهل يدخل هذا الأب الذي أدرك الاسلام في الوقف؟ قال لا يدخل: قلت فهل يدخل أبو الوافق وولد الوافق لصلبه وولد وولد وان سفلوا في ذلك قال نعم يدخل ولد الذكور من ولده في هذا الوقف وأما أولاد الاناث من ولده فانهم لا يدخلون في الوقف اذا كان آباؤهم من قوم آخرين، وان كان آباؤهم ممن يناسبه إلى جده الذي أدرك الاسلام فهم من أهل بيته قلت: فما تقول في الواقف نفسه هل يدخل في هذا الوقف؟ قال لا قلت: ولا يدخل أولاد عماته وأولاد أخواته في هذا الوقف اذا كان آباؤهم من قوم آخرين قل لا قلت: فما تقول ان قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على جنسي ومن بعدهم على المساكين أو قال على آلي. قال الجنس والآل بمنزلة أهل البيت والحكم فيهم واحد. ثم بحث ثم قال قلت رأيت رجلا لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على آل العباس بن عبدالمطلب قال هم سواء والغلة جارية لكل من ينسب بأبائه من ذكر وانثى إلى العباس بن عبدالمطلب رضى الله عنه.

وذكر هلال في وقفه في « باب الرجل يقف على ولده ونسبه كيف يقسم الغلة » قلت. رأيت اذا قال علي ولدي ونسلي فولد البنين والبنات سواء قال نعم. ثم ذكر في « باب الرجل يقف أرضا له على ولده وليس له ولد » قال قلت رأيت ان قال علي ولدي وولد ولدي الذكور قال فهي لمن كان ذكرا من ولده وولد ولده: قلت والولد الذكور من ولد البنين والبنات سواء قال نعم ألا ترى أنه لو قال صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي الفقراء أنى أعطى من كان فقيرا من ولد البنين والبنات

فكذلك قوله الذكور ، وقوله الذكور والفقراء واحد . ثم بحث ثم قال : لو قال أرضى صدقة موقوفة على ذكور ولى وذكور ولى ولى قال هى للذكور من ولىه لصلبه ولذكور من ولىه وولد ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فى ذلك سواء . ثم بحث ثم قال : قلت أرأيت لو قال أرضى صدقة موقوفة على الذكور من ولىه ولى ولى الذكور من نسلى قال فهى للذكور من ولىه لصلبه وعلى أولادهم من البنين والبنات وعلى ولد كل ذكر من نسله سواء كان من ولد الذكور أو ولد الإناث . ثم بحث ثم قال : قلت أرأيت لو قال صدقة موقوفة على نسلى فانقرضوا جميعا الا ولد بنت أعطيتها الغلة قال نعم قلت : وكذلك على نسل فلان قال نعم . ثم بحث ثم قال فى « باب الرجل يقف الأرض على آل فلان أو جنس فلان من آل فلان وجنسه » قال قلت أرأيت رجلا قال أرضى صدقة موقوفة لله أبدا على آل العباس بن عبد المطلب قال الوقف جائز ويكون الوقف لآل العباس بن عبد المطلب قلت : ومن آل العباس ؟ قال كل من كان ينسب بأبائه الذكور من الذكور والإناث الى العباس فهو من آل العباس قلت : أرأيت لو كان حيا كان يدخل فى الوقف قال لا قلت : أرأيت من كان أبوه من سائر بنى هاشم وامه من آل العباس أيدخل فى هذا الوقف . قال لا يدخل الا من ينسب بأبائه الذكور الى العباس قلت أرأيت من قربت ولادته من بنى العباس ومن بعدت ولادته سواء ؟ قال نعم بعد ان يكون ينسب بأبائه الذكور الى العباس قلت : وكذلك كل آل بيت مثل على بن أبى طالب بن عبد المطلب فهو على ما وصفت لك قال نعم قلت : أرأيت لو قال صدقة موقوفة على جنسى ، من الجنس ومن الذين يعطون ؟ قال الجنس كل من كان ينسب بأبائه الذكور الى الرجل الواقف الى ثلاثة آباء على ما وصفت لك من الذكور والإناث فهو من الجنس . قلت : أرأيت الأحوال أتكون من الجنس قال لا قلت أرأيت ابن اخته أ يكون من الجنس ؟ قال لا يكون من جنسه اذا كان أبوه من قوم آخرين قلت وكذلك ابن ابنته قال نعم قلت . أرأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على اهل بيتى من أهل بيته ؟ قال الذين ينسبون بأبائهم الذكور الى الجد الثالث قلت

أرأيت الواقف أيدخل في الوقف قال نعم . قلت : وكذلك ولده لصاحبه قال نعم قلت
أرأيت امرأة قالت أرضى صدقة موقوفة على أهل بيتي أيدخل ولدها في الوقف ؟
قال لا يدخلون اذا كان أبوهم من قوم آخرين . قلت : وكذلك لو قالت لجنسي
قال نعم . قلت : أرأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على أهل عبد الله قال أما
على قول أبي حنيفة فهو على الزوجة خاصة دون ماسواها ، ولكننا استحسن فنجعل
الوقف على جميع من يعوله ممن بجمعه في منزله وداره من الاحرار ولا يدخل في ذلك
مما ليكاه ولا يدخل في ذلك وارث الموحى ولا يدخل عبد الله الموقوف على أهله
الارض في شيء من ذلك . انتهى كلام هلال . وفيه مخالفة لما ذكره الخصاص من
أن الواقف نفسه لا يدخل وقد نبهنا عليها في كتابنا «الاختلافات الواقعة في المصنفات»
. وذكر في وقف ابن مازة في « باب الرجل يقف أرضه على ولده وولد ولده
ويشترط آخره للفقراء » قال : وأما الوجه الثالث وهو أن يقول الرجل أرضى هذه
صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي وأولادهم وجه القياس أنه ان لم يذكر الوجه
الرابع فلا يدخل ، ألا ترى أن في الوجه الثاني لما ذكر البطين ولم يذكر البطن
الثالث لم يدخل البطن الثالث فكذلك هذا . وجه الاستحسان أنه لما قال أولادهم
فقد ذكر أولادهم على العموم فيقع ذلك على البطون كلها ويدخل فيه أولاد البنات
لأنه قال أولادهم وأولاد البنات من أولادهم . وقال في « باب الرجل يقف أرضه
على ولده ونسله ويشترط آخره للفقراء » قال : أما الوجه الأول أن يقول الرجل
أرضى هذه صدقة موقوفة على نسلي فإنه يدخل فيه هؤلاء الذين ذكرناهم لان النسل
اسم عام فيقع على البطون كلها ، فان كان في نسله أولاد البنات . ذكر هلال بن يحيى
في وقفه أنهم لا يدخلون وروى عن محمد بن الحسن روايتان في رجل أوصى بثلاث
داله لذرية فلان ، قال في رواية يدخل أولاد البنات وقال في رواية لا يدخلون ،
فلما ثبت ذلك في الذرية ثبت في النسل لانها سواء . وذكر في خزائنه الاكمل قال
عن محمد فيمن قال هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي ونسلهم ، ولد البنات
يدخلون في هذا الوقف اسوة المذكور . وفي مسائل علي الرازي اذا وقف وقفا على

ولده وولدولده فهو لولد الواقف الذكور والاناث فان انقرضوا فامن كان من ولد ابن الواقف دون ولد الابنة للواقف - أما ان قال لولدى وأولادهم كان ذلك لولد الابن وولد الابنة كلهم فيه سواء . وعن محمد بن شجاع في قوله وولد ولده ما تناسلوا مصروف الى ولد ولده الذكور دون الاناث فالتسل من الذكور دون الاناث . ولو قال وقفت على نسلي ولم يبق الاولاد الابنة نعطيها الوقف . ولو قال أرضى هذه صدقة لله أبدا على آل العباس بن عبد المطلب ، فالآل كل من ينسب بأبائه من الذكور والاناث الى العباس ولا يدخل فيه العباس وأبوه وامه لو كانوا في الاحياء ، قال ومن بعدت ولادته وقربت سواء . وكذا على اهل بيت العباس من ينسب بأبائه الذكور للجد الثالث . ولو قال على اهل بيتي يدخل فيه ابو الواقف وولده من الصلب . وفي كتاب الوصايا منها : لو أوصى بثلث ماله لجنسه او لاهل بيته فالوصية ان اتصل به من قبل آباءه الى اقصى أب له في الاسلام من اولاده الذكور منهم . وكذا مثل اهل بيت علي واهل بيت العباس لا ينسب اليهم اولاد البنات ولا اولاد الأخوات ويدخل فيه ولد الموصى ووالده . والوصية لآل فلان كالوصية لاهل بيته . ولو أوصى لذريته لا يدخل فيها ولد الابنة . والعقب اولاد الذكور دون البنات ؛ وعند بعض الناس ولد البنات من العقب - وذكر في فتاوى قاضيخان قال « فصل في الوقف على الاولاد والقرباء والجيران » : رجل قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدي كانت الغلة لولد صلبه يستوى فيه للذكر والانثى الا أن يقول على الذكور من ولدي فلا يدخل فيه الاناث . واذا جاز هذا الوقف فما دام يوجد واحد من ولد الصلب كانت الغلة له لا غير فان لم يبق واحد من البطن الاول تصرف الغلة الى الفقراء ولا يصرف الى ولد الولد شيء ، وان لم يكن له وقت الوقف ولد لصلبه وله ولد الابن كانت الغلة لولد الابن لا يشاركه من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم ولد الصلب بمنزلة ولد الصلب ولا يدخل فيه ولد البنات في ظاهر الرواية وبه اخذ عمال ، وذكر الخصاص عن محمد أنه يدخل فيه اولاد البنات أيضا ، والصحيح ظاهر الرواية لأن اولاد البنات ينسبون الى آباءهم لا الى

أمهاتهم بخلاف ولد الابن. وذكر في السير الكبير ما يوافق ظاهر الرواية ، ولو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولي؛ ولد ولي ولم يزد على هذا يدخل فيه ولده لصلبه وأولاد بنيه يشتركون في الغلة ولا يتدم ولد الصلب على ولد الابن لأنه سوى بينهما في الذكر وهل يدخل في ذلك ولد البنت؟ قال هلال يدخل. وكذا لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولي وولد ولي قال هلال يدخل فيه الذكور من ولد البنين والبنات - وقال على الرازي إذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه الذكور من ولده فاذا انقرضوا فهو لمن كان من ولد ابن الواقف دون ولد ابنة الواقف . ولو قال أولادي وأولادهم كان ذلك لكلهم يدخل فيه ولد الابن وولد البنت . والصحيح ما نال هلال ، لأن اسم ولد الولد كما يتناول أولاد البنين يتناول أولاد البنات ، فانه ذكر في السير إذا قال أهل الحرب أمنونا على أولادنا وأولادنا يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، قال شمس الأئمة السرخسي لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنته، ولده فمن ولده ابنته يكون ولد ولده حقيقة، بخلاف ما إذا قال على أولادي فانه ثمة ولد البنت لا يدخل في الوقف في ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه وإنما يتناول ولد الابن لأنه ينسب إليه عرفاً . وعن محمد أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا ، ذكر هلال في الوقف إذا قال وقف على ولي وولد ولي الذكور فالذكور من ولد البنين والبنات سواء يدخلون في الوقف . ثم بحث ثم قال : رجل وقف ضيعة له على ابن له وأولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وله أولاد أقسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الإناث لأنه أوجب الحق لهم على السواء ، وأولاد البنات هل يدخلون؟ ذكر هنا أنهم يدخلون وهي رواية الخصاص . أما في ظاهر الرواية لا يدخلون وكذا لو كان مكان الوقف وصية، والفتوى على ظاهر الرواية لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لانهم منسوبون إلى الأب لا إلى الأم . وذكر في فتاوى الحسام الشهيد الصغرى قال : ولو قال على ولي وليس له ولد لصلبه وإنما له ولد الولد دخل فيه ولد الابن بلا خلاف وهل يدخل فيه ولد البنت؟ ذكر هلال أنه لا يدخل ،

وهكذا ذكر محمد في السير الكبير . وفي شروط الخصاص ولد البنت يدخل في الوقف . فصار في المسألة روايتان : وفي كتاب الحجج على أهل المدينة لمحمد رحمه الله في قوله ولد الولد أنه يدخل فيه ولد الابنة عند أصحابنا . وفي مسائل على الرازي : اذا وقف على أولاده وأولادهم دخل فيه ولد الابن وولد الابنة . وفي السير الكبير : اذا قال أولاد أولادهم دخل فيه أولاد الابنة وهذا لأن وار الولد حقيقة اسم من ولده ولده وابنته ولده فن ولدته ابنته يكون ولدوله حقيقة بخلاف ما لو أستأمنونا على أولادهم لأن أولاد الرجل في الحقيقة من ولدهم هو ومن حيث الحكم من يكون منسوباً إليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات . واذا وقف على نسبه دخل فيه ولد الابن وهل يدخل فيه ولد الابنة ؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا . وذكر في واقعات الحسام الشهيد : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبداً ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الإناث لأنه أوجب الحق لهم على السواء وأولاد البنات هل يدخلون ؟ ذكر ههنا أنهم يدخلون في رواية الخصاص ، أما في ظاهر الرواية لا يدخلون وكذلك لو كان مكان الوقف وصية ، والفتوى على ظاهر الرواية لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم منسوبون إلى الأب لا إلى الأم . وذكر في منية المقي قال : وقف على أولاده وأولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده لا يفضل الذكور على الإناث ولا يدخل أولاد البنات فيه وبه يفتى . وذكر في فتاوى الولوالجي : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبداً ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الإناث لأنه أوجب الحق لهم على السواء وأولاد البنات هل يدخلون في ذلك ؟ ذكر الخصاص أنهم يدخلون ، وذكر في ظاهر الرواية أنهم لا يدخلون ، وكذا لو كان مكان الوقف وصية . والفتوى على ظاهر الرواية لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم ينسبون إلى الأب لا إلى الأم . وذكر في التعجيس والمزيد لصاحب الهداية في «باب الوقف على الأولاد» قال : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبداً ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل

الذكور على الاثا لانه اوجب الحق لهم على السواء فولاد البنات هل يدخلون ؟ ذكر أنهم يدخلون وهذه رواية الخصاص اما في ظاهر الرواية لا يدخلون وكذا لو كان مكان الوقف وصية . والفتوى على ظاهر الرواية ، لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم منسوبون الى الأب لا الى الأم . وذكر في الروضة للناظف قال : فان جعلها وقفاً على ولده وولد ولده فهي لولد الواقف الذكور والاثا داخلون فيه ولا يدخل فيه ولد الولد مع ولد الصاب فيكون لولد ابن الواقف دون ولد ابنة الواقف . ولو قال لولدى وأولادهم كان ذلك لولد الابن ولولد الابنة كلهم داخلون في ذلك لانه مضاف ههنا الى الاولاد وفي الاول مضاف الى نفسه ، ذكره على الرازي ، قال ورأيت في حجيج محمد بن الحسن أن ولد الابنة يدخل في وقفه في قوله واد الولد . وقال بعد ذلك بورقنين ، فان جعل الارض صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى أبدا ما تناسلوا بعد موتي في مرض موته فالغلة لولد الصلب ولولد ولده على عدد رؤسهم فما أصاب ولد الصلب فهو بينهم وبين سائر الورثة من الواقف وزوجته على فرائض الله تعالى ، وما أصاب ولد الولد والنسل فهو لهم بالسوية . والنسل لا يكون الا من ولد الابن دون ولد الابنة . وذكر في كتاب الوصايا من شرح الزيارات لقاضيخان قال : الفصل الثاني اذا أوصى لاهل بيته أو لجنسه أو لآله فالوصية لبني ابيه الذين ينسبون اليه الى أقمى اب له في الاسلام يدخل فيه المحرم وغيره وللواحد والوالد اذا لم يرثه ، ولا يدخل فيه الأب الأكبر الذي ينسب اليه ، ويستوى فيه المسلم والكافر والأبني والذكر . أما أهل البيت فلا يراد به بيت السكنى ، وإنما يراد به بيت النسبة . وكل من مجمه وإياه من اهل بيت النسب يدخل فيه ، ولا يدخل فيه أقصى أب في الاسلام لما قلنا في الفصل الاول ، ولا يدخل الأب الأكبر الذي ينسب اليه البيت لانه أوصى لاهل بيته لالصاحب البيت . والجنس والآل واهل البيت سموا ، يقال آل العباس واهل العباس . ولا يدخل فيه قوم الام لأن الانسان يعد من جنس قوم الاب لا من جنس قوم الام ، ألا يري أن ابرهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا ولم يكن

قبطيا : والآل اسم ان يرجع هو اليه بالنسب ، والنسبة تكون بالأباء لا بالامهات ولا يدخل في هذه الوصايا أولاد البنات لانهم ينسبون الى آبائهم لا الى امهاتهم . وكذا لو أوصت امرأة لأهل بيتها اولادها أو لجنسها فالوصية تكون ان ينسب الى أبيها الى أقصى اب في الاسلام ولا يدخل ولدها ولا امها : أما الولد فلانه ينسب الى ابيه ، حتى لو كان زوجها ابن عمها يدخل اولادها : وأما الام فلانها تنسب الى قوم أبيها لا الى قوم الموصية اه وذكروا في تنمة الفتاوى : ألا يرى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده وليس له ولد صرفت الغلة للمقرأ ، فان حدث له بعد ذلك ولد صرفت له الغلة المستقبلية وكذا هنا . ولو كان الوقف باسم الولد دخل فيه البنون والبنات لأن الولد اسم مشتق من الولادة وهذا المعنى يوجد فيها ، ولو قال على ولده وليس له ولد اصلبه وانما له ولد الولد دخل فيه ولد الابن وكذا الابن بلا خلاف ، وهل يدخل فيه ولد البنت ؟ ذكر هلال أنه لا يدخل ، وهكذا ذكر محمد في السير الكبير ، وفي شروط الخصاص أن ولد البنت يدخل في الوقف ، فصار في المسألة روايتان . وفي كتاب الحجج على أهل المدينة لمحمد في قوله ولد الولد يدخل فيه ولد الابنة عند أصحابنا . . وفي مسائل الرازي التي جمعها في الحسابيات : اذا وقف على اولاده وأولادهم وأولاد أولادهم دخل فيه ولد الابنة ، وهذا لأن ولد الولد حقيقة اسم لمن ولده ولده ، وابنته ولده فمن ولده ابنته يكون ولد ولده حقيقة ، بخلاف ما لو استأمنونا على أولادهم لأن أولاد الرجل في الحقيقة من ولدهم هو ومن حيث الحكم من يكون منسوباً اليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات . واذا وقف على نسله دخل فيه ولد الابن وهل يدخل فيه ولد الابنة ؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا . واذا وقف على ولده ونسله وله أولاد الصلب وأولاد الأولاد دخل فيه أولاد الصلب وأولاد الأولاد وان بعدوا ، فأولاد الصلب يدخلون تحت اسم الولد وتحت النسل وأولاد الأولاد يدخلون تحت النسل . وذكروا في التجريد للكرمانى في كتاب الوصايا منه : وعن محمد رحمه الله فيمن أوصى لعقب فلان فمات الموصى والموصى لعقبه حتى فالوصية

لعقبه باطلة . ولومات قبل موت الموصى فالوصية جائزة . وعقب الرجل ولده من الذكور والاناث وان لم يكن له ولد فولد ولده الذكور دون الاناث . وذكر في البدائع للكاساني في كتاب الوصايا : ولو وصى لأهل بيته يدخل فيه من جمعه واياهم أقصى أب في الاسلام حتى ان الوصى لو كان علويا يدخل تحت هذه الوصية كل من ينسب الى علي من قبل الأب وان كان عباسيا يدخل فيه كل من ينسب الى العباس من قبل الأب سواء كان نفسه ذكرا أو ائتي بعد أن كانت نسبه اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبه اليه من قبل الأم لأن المراد من أهل البيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آبؤهم قوم آخرون فلا يكونون من أهل بيته . ويدخل تحت الوصية لأهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث . وكذلك لو وصى لنسبه أو جنسه فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا في الوصية . وكذا الجنس فان الهاشمي اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه . وجنسه أهل بيت أبيه لأمه . فثبت أن النسب والجنس يختص بالأب دون الأم . وكذا الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لأهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الأم في هذه الوصية . وذكر في شرح مختصر الكرخي للقدوري في كتاب الوصايا منه : قال ابن سماعه عن محمد بن رجل أوصى لفلان ولعقب فلان رجل آخر ان مات الموصى والموصى لعقبه حتى فالوصية لعقبه باطلة والثالث لفلان الذي أوصى له لأن العقب في قول محمد انما يكون بعد الموت . وان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصى فالوصية جائزة ويكون الثالث لفلان ولعقب فلان على عدد الرؤوس ، وعقب فلان ولده من الذكور والاناث فان لم يكن له ولد فولد ولده الذكور والاناث غير ولد الاناث لأن ولد ابنه من الذكور والاناث عقب له فاما ولد بنته فليسوا من عقبه . ثم بحث ثم قال : وانما لم يدخل ولد البنات في ذلك لانهم لا بأبهم فسوى بين الذكور والاناث . وذكر في التحرير شرح الجامع الكبير للخصيري في كتاب الوصايا منه قال : وان أوصى بثلاثة لولد فلان وله بنون وبنات كان الثالث بينهم بالسوية

لأن لفظ الولد اسم جنس للمولود ذكرا كان أو أنثى واحدا كان أو أكثر . ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لأنه دخل تحت اسم الولد في الميراث فكندا في الوصية . فان كانت له بنات و بنو ابن فالوصية لبناته دون بنى ابنه لأن لفظ الولد يتناول الابنة حتمية وأولاد الابن مجازا فمهما أمكن صرفه الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز ، وان لم يكن له ولد لصلبه فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم وانثاهم لانه تعذر الصرف الى الحقيقة فيصرف الى المجاز تصحيحا للكلام ولا يدخل أولاد البنات لأنهم من قوم آخرين وليسوا من اولاده لأن النسب الى الآباء دل عليه قوله ته الى « ما كان محمد أبأحد من رجالكم » فلو كان أولاد البنات ينسبون الى جدهم لكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أبأ الحسن والحسين . وذكر في الخصاصف عن محمد أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين . وذكر في السير الكبير : اذا أخذ الامان لنفسه وولده فانه يدخل فيه ولد البنات ، وفي بعض النسخ أنه لا يدخل وهذا لأن الولد ينسب الى أبويه فهو ابن لأبيه وابن لأمه حقيقة وابن لجده مجازا فاذا نسب الى أبي أبيه بأنه ابنه فكذلك الى أبي أمه . ولأن عيسى عليه السلام من بنى آدم وان كان لا ينسب اليه الا من الأم ، الا أن الأصح أن ولد البنت لا يدخل في الوصية والوقف . وأما مسألة السير فقيل هو قول محمد : والفرق أن مبنى الأمان على التوسعة ولهذا ثبت بالاشارة والتعريض والدلالة فانه لا ضرر على البنين في دخول ولد البنت في الأمان بخلاف الوصية والوقف ألا ترى ان في الوصية للأقارب يعتبر ابو حنيفة الأقرب فالأقرب دفعا للضرر عن الأقرب بمشاركة الأبعد كذا هنا . وذكر في التحرير أيضا في باب من الوصايا التي تكون رجوعا والتي لا تكون رجوعا قال : قال ابن سامة عن محمد في رجل أوصى لفلان ولعقب فلان يعنى رجلا آخر قال فان مات الموصى والموصى لعقبه حتى فالوصية باطلة والثالث لفلان الذي أوصى له لأن العقب في قول محمد انما يكون بعد الموت . وان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصى فالوصية جائزة ويكون الثالث لفلان ولعقب فلان على عدد الررس وعقب فلان ولده من الذكور والاناث وان لم يكن له ولد فولد

ولده من الذكور والانات غير ولد الاناث لأن ولد ابنه من الذكور والانات عقب له فاما ولد بناته فليسوا من عقبه . ثم بحث ثم قال : فالعقب ولد الولد لأن الاسم يتناولهم ، كما لو أوصى لولد فلان وله ولد لصلبه وولدولد . وإنما لم يدخل ولد البنات لانهم عقب لأبائهم . وذكر في القنية في كتاب الوصايا منها قال : وعقب فلان ولده الذكور والانات ثم أولاد الابن ولكن بعد موت فلان . وذكر في عمدة الفتاوى للصدر الشهيد رضى الله تعالى عنه قال اذا وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده ابدا ماتناسلوا يقسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الانثى وأولاد البنات لا يدخلون فيه . وكذلك لو كان مكان الوقف وصية :

قلت فتحرر لنا من هذا كاه أن أولاد البنات هل يدخلون في لفظ الأولاد وأولاد الأولاد أم لا ؟ ففي رواية الخصاص وهلال يدخلون . وفي ظاهر الرواية لا يدخلون وعليه الفتوى . وكذا هل يدخلون في الوقف على الذرية أم لا في رواية يدخلون وفي رواية لا يدخلون . وكذا في لفظ النسل والعقب هل يدخلون أم لا ؟ فذكر في المحيط أن هلالا ذكر أنهم لا يدخلون ، وفي وقف الخصاص أنهم يدخلون ، وفي وقف ابن مازة عن هلال أنهم لا يدخلون . وفي فتاوى قاضيخان ان في أولاد البنات روايتين . وفي الروضة للناظف قال والنسل لا يكون الا من ولد الابن دون ولد الابنة . وفي تمة الفتاوى أن فيه روايتين عن أصحابنا وكذا في لفظ العقب هل يدخلون فيه أم لا ؟ فقال الخصاص العقب أولاد الذكور دون أولاد الاناث . وفي خزانة الاكمل العقب اولاد الذكور دون أولاد الاناث . وفي التجريد للكرمانى وكذا لفظ الآل والجنس واهل البيت الحكم فيهم واحد لا يدخل أولاد البنات في ذلك . وقد نظمت ذلك في بيتين وأثبتهما في كتابي الملقب بالفوائد وهما

آل وأهل وأولاد كذا عقب نسل وجنس كذا ذرية حصروا

، فلا دخول لأولاد البنات فقل فيما ذكرت فقد تم الذى ذكروا

ورأيت بعض الناس يقول: انه اذا قال على أولادى وأولاد أولادى وأولاد

أولادى أن اولاد البنات يدخلون حينئذ من غير أن يقول فى المسألة روايتان وليس الامر كذلك فان تعليل الاصحاب يرد ذلك ولو ذكر عشرة بطون على ظاهر الرواية ، فان تعليل ظاهر الرواية فيما نقلناه عن المحيط هو انه جمل المانع من دخولهم كونهم منسوبين الى آباؤهم دون أمهاتهم ، فعلى هذا لو ذكر خمس بطون أو أكثر لا يدخلون على ظاهر الرواية للمعنى الذى ذكرنا ، وقد صرح صاحب الهداية فى التجنيس كما ذكرنا أن الفتوى على ظاهر الرواية أنهم لا يدخلون والله أعلم

المسألة الثانية من المتفرقات : الزيادة فى أجره المأجور اذا كان وقفا وهل تنفسخ الاجارة بها أم لا وتحرير الكلام فى ذلك فنقول :

ذكر فى فتاوى قاضىخان: المتولى اذا أجر حمام الوقف من رجل ثم جاء آخر وزاد فى أجره الحمام قالوا ان كان حين أجر الحمام من الأول أجره بأجرة مثله أو بنقصان يسير يتغابن الناس فى مثله فليس للمتولى أن يخرج الأول قبل انقضاء مدة الاجارة. وان كانت الاجارة الاولى بما لا يتغابن فيه تكون فاسدة وله ان يؤجرها اجارة صحيحة اما من الأول او من غيره باجرة المثل أو بالزيادة على قدر ما برضى المستأجر به . وان كانت الاجارة الاولى باجرة المثل ثم ازداد أجر مثلها كان للمتولى أن يفسخ الاجارة وما لم يفسخ يكون على المستأجر المسعى . كذا ذكره الطحجارى . وذكر فى فتاوى الخايعى . رجل استأجر أرض الوقف ثلاث سنين بأجرة معلومة وهى أجره المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت رغبات الناس وازدادت أجره الأرض ليس للمتولى أن ينقض هذه الاجارة لنقصان أجر المثل لأن أجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل . وفيها فى كتاب الاجارات حمام وقف أجره المتولى من رجل ثم جاء آخر وزاده فى الاجرة ان كان حين أجر الحمام أجره بمقدار أجر مثله أو بنقصان يتغابن الناس فى مثله فليس للمتولى أن يخرج الاول قبل مضي مدة الاجارة ليؤجر غيره . وان كانت الاجارة الاولى بما لا يتغابن اناس فى مثله فهى فاسدة فله أن يؤجر اجارة صحيحة اما من الاول أو من الثانى بأجرة المثل أو الزيادة على قدر ما رضى به المستأجر . وذكر فى واقعات الحسام

الشهيد رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة هي اجرة المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت الرغبات وازداد أجر الارض ليس للمتولى ان ينقض هذه الاجارة لتقصان أجر المثل لان اجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل . وفيها ايضا من الاجارات : حمام وقف آجره المتولى من رجل فجاء آخر وزاد في الاجر ليس للمتولى أن ينقض الاجارة الاولى اذا آجر باجر المثل أو نقص قدر ما يتغابن الناس في مثله لان الثاني في الزيادة على أجر المثل تمتعت وان نقص عنه مالا يتغابن الناس في مثله فالاجارة فاسدة وله أن ينقضه .

وذكر في الفتاوى البديعية : رجل استأجر ارضا موقوفة ثلاث سنين باجرة معلومة وهي اجرة المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت رغبات الناس فازداد اجر الارض قالوا ليس للمتولى أن ينقض الاجارة لتقصان اجر المثل لان المسمى أجر المثل وأجر المثل انما يعتبر وقت العقد ووقت العقد كان المسمى اجر المثل فلا يعتبر التغيير بعد ذلك - وذكر في الذخيرة : اذا استأجر ارض الوقف ثلاث سنين باجرة معلومة هي اجر المثل حتى جازت الاجارة فرخصت اجرتها لا تنفسخ الاجارة واذا ازداد اجر مثلها بعد مضي مدة على رواية فتاوى سمرقند لا يفسخ العقد ، وعلى رواية شرح الطحاوى يفسخ ويحدد العقد . والى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى ، ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخ الاجارة فيها بان كان فيها زرع لم يستحصده بعد فالى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعده الزيادة الى تمام السنة يجب أجر المثل ، وزيادة الاجر تعتبر اذا ازدادت عند الكمل . هذه الجملة في مزارعة شرح الطحاوى وذكر في خزانة الأكل . لو آجر المتولى ارض الوقف فزرعها المستأجر ثم طلب غيره بزيادة الاجرة ينظر . ان كان فيه غبن وقت الاجارة لا يتولى ان يلزمه هذه الزيادة يعنى المستأجر ، وان امتنع يفسخ . وان لم يكن فيها غبن لا يتعرض له وذكر في المحيط ولا يجوز اجارة الوقف الا باجرة المثل ولو آجره ثلاث سنين باجر المثل ثم ازداد اجره لكثرة الرغبات ليس للمتولى أن ينقض هذه الاجر لتقصان اجر المثل لان اجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى المارة

المثل ، وذكروا في الاحكام: استأجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة والاجرة في السنة الاولى اجرة المثل وفي السنة الثانية ازدادت رغبات الناس ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة. وفي النوازل : حسام وقف آجره القيم ثم جاء آخر فزاد في الاجرة ان كان حين آجر آجره بمقدار آجر مثله او نقصان يتغابن الناس في مثله فليس للمتولي ان يخرج المستأجر منه قبل تمام المدة وان كان مما لا يتغابن الناس فيه فالاجارة فاسدة. وذكر حسام الدين في اجارة الوقف : اذا ازداد آجر مثله كان للمتولي ان يفسخ العقد ومالم يفسخ يجب المسعى : وذكر في التنية ويجوز استئجار الاراضي مدة طويلة عشر سنين أو أكثر رخص السعر او غلا في الملك وفي الوقف اذا ازداد آجر مثلها في خلال السنة يفسخ ويحتاج الى تجديده العقد ثانيا. وذكر في البدائع في كتاب الاجارات منه : آجر دارا هي ملكه ثم غلا آجر الدار ليس له أن يفسخ العقد الا في الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى يجب المسعى بقدره وقيل هذا اذا ازداد آجر مثل الدار فأما اذا جاء واحد وزاد في الاجرة تغتاعلى المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك . ثم انما تفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فأما اذا لم يمكن فلا تفسخ بل يترك الى ان يستحصد الزرع بأجر المثل والى وقت الزيادة يجب المسعى بقدره وبعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا آجر مثل الوقف . فاما اذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لأن المستأجر رضى بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ. وذكر في فتاوى قاضيخان في الوصايا ما صورته : وصى باع شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر مما باع فان القاضي يرجع الى أهل البصر، ان أخبره اثنان من أهل البصر والأمانة أنه باع بقيمته وأن قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت الى من يزيد، وان كان في المزايدة يشتري بأكثر وفي السوق بأقل لا ينقض بيع الوصي لاجل ترك الزيادة بل يرجع الى أهل البصر والأمانة فان اجتمع رجالان منهم على شيء وخذ بقولها، هذا على قول محمد اما على قولها قول الواحد يكفي في التزكية ونحوها.

وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر مستغل الوقف ثم جاء آخر وزاد في الاجرة . وذكر في تنمة الفتاوى اذا استأجر : أرضا ثلاث سنين بأجرة معلومة هي اجرة المثل حتى جازت الاجارة فرخصت اجرتها لا تفسخ الاجارة . واذا ازداد أجر مثلها قبل مضي المدة على رواية فتاوى سمرقند لا يفسخ العقد وعلى رواية شرح الطحاوى يفسخ ويجدد العقد والى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى . ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخ الاجارة فيها بان كان فيها زرع لم يستحصد بعد فالى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى تمام السنة يجب أجر المثل . وزيادة الاجر تعتبر اذا ازدادت عند السكل . هذه الجملة من مزارعة الطحاوى وذكر في الينابيع لو كانت الارض المستأجرة وقفا وقد استأجرها مدة طويلة ان كان السعر بحاله لم يزد ولم ينقص جاز . وان غلا أجر مثلها يفسخ ويجب المسمى فيما مضى وتجدد ثانياً فيما بقى ولو كانت الارض بحال لا يحتمل الفسخ بان كان فيها زرع لم يستحصد لا يفسخ العقد لكنه يجب المسمى الى وقت زيادتها وبعد الزيادة الى تمام السنة يجب أجر مثلها . ولا تعتبر الزيادة في السعر الا اذا زادت عند السكل أما لو زادت عند بعض الناس في اجرتها لم يلتفت اليه لعله متعنت فيها . وذكر في فتاوى برهان الدين أبى المعالى محمود بن عبد العزيز في الوقف : المستأجر اذا زاد أجر مثله كان للمتولى أن يفسخ العقد . ويحتاج الى تجديد العقد فيقضى بأن له ان يفسخ العقد . وما لم يفسخ يجب المسمى هذه الجملة في مزارعة الطحاوى . وذكر في منية المفتى . اذا زاد أجر المثل في الوقف بعد العقد ليس للمتولى ان يفسخ لأن أجر المثل يعتبر وقت العقد

فمحرر لنا من هذا ما حاصله : أن الاجارة في الوقف لا تفسخ ولا تفسخ بمجرد زيادة من جاء يريد في الاجرة ما لم يتبين ازدياد أجر المثل في المأجور بعد العقد وسواء كان ما زاده مقدار ثلث الاجرة أو ربعها أو أقل أو أكثر . ثم من الاصحاب من اعتبر أجر المثل وقت عقد الاجارة فقط ولم يعرج على ازدياد أجر المثل بعد العقد وسواء حصلت مزايدة مستندة الى أن أجر المثل زاد أم لا

ولا يقول بالفسخ بعد ذلك ، ومنهم من قال إذا ازداد أجر المثل بعد العقد كان
المتمولى أن يفسخ العقد ويحتاج إلى تجديد العقد ثانياً ، وخرج الامام برهان الدين
أبو المعالي فيما نقلناه عنه أنه يقتضى بان له أن يفسخ العقد وما لم يفسخ يجب المسعى .
لكن شرطوا أن يفسخ إذا كانت الزيادة معتبرة عند الكل ، أما لو جاء واحد
وزاد في أجرتها لم يلتفت اليه لاحتمال أنه تمتعت فيها . ولم يقل أحد من أصحابنا
أنه إذا جاء شخص وزاد في الاجرة أما الربع أو الثلث أو أقل أو أكثر ان الاجارة
تفسخ أو يسوغ فسخها بمقتضى زيادة هذا الرجل فقط . بل نصوا فيما ذكرنا عنهم
في هذد الاوراق انه لا يلتفت الى زيادته ولا يعمل بها وعلوا فقالوا لعله تمتعت
وكلام المتعنت لا يعاب به ولا يرج عليه . وقاضيهان خرج فيما نقلناه عنه من
كتاب الوصايا بما قررناه وأن القاضى لا يلتفت الى من جاء يزيد بل يرجع فيه الى
أرباب الخبرة فيما نقلناه عنه . فان قيل هذا مسلم اذا كانت الاجارة الاولى وقعت
بأجر المثل وثبت ذلك عند الحاكم . أما اذا حصلت اجارة اما من عامل الوقف
أو من جانيه أو فاعله ولم يشهد الشهود فيها بأن الاجرة أجر المثل وقت
العقد فاذا جاء من يزيد على هذا المستأجر في الاجرة اما عقب العقد أو بعده
من غير أن يظهر للحاكم أنه تمتعت لم لا يقبل هذه الزيادة نظراً للوقف ؟ وربما
تبين بذلك أن الاجارة الاولى كانت بدون أجر المثل ، قلت الاجارة الاولى اذا
كانت صحيحة غارية عن شرط يفسدها لم يضرها زيادة من يزيد ما لم يتبين أن
أجر المثل زاد بعد العقد . وما ذكرت من كون أجر المثل مسكوتاً عنه ولم يشهد
به الشهود وقت العقد فلا يضرها أيضاً لأن الذى يشترط لصحة الاجارة في الوقف
هى الشروط التى تشترط فى الملاك لكن يزيد عليها بأن تكون الاجرة فيه اجرة
المثل وقت العقد فاذا سكتوا عن ذلك فالأصل الصحة الا أن يتبين من جاء
يزيد ان الاجارة الاولى وقعت بدون أجر المثل وان أجر مثلها اذ ذلك أكثر
مما أوجرت به . فاذا تبين ذلك انفسخت الاجارة الأولى بكونها حصلت بدون
أجر المثل لا بالزيادة التى زادها . فاما اعتبار ما زاد فيحتاج الى شرط آخر وهو ان

يبين أن أجر مثلها قد زاد بعد العقد مطلقاً من غير أن يشترط عليه أن مازاده هو أجر المثل فإن بين ذلك الآن تسمع الزيادة: ثم الزيادة هذه لا تخلو . أما أن تكون اجر المثل أو اقل أو أكثر . فإن كانت مقدار أجر المثل ساغ ايجار الوقف منه بهذه الزيادة وان كانت أقل لا يؤاجر الوقف منه بها فقط بل تمام أجر المثل ان اختار وان كانت اكثر من أجر المثل فيجوز أيضاً

بقي ان الذي يفسخ هذا العقد من هو ؟ فظاهر كلامهم أن المتولى للوقف هو الذي يفسخه لا الحاكم فيكون العمل فيه حينئذ الى المتولى برفع الامر الى القاضي ويأتي بالرجل الذي جاء ودفع الزائد ويبين عند القاضي أن هذا القدر الذي زاده هو أجر مثل هذا المكان في هذا الوقت عند كل الناس دون الذي دفعه وحده ، فإذا تكفل ذلك يقول المتولى فسخت هذا العقد ، كل ذلك بحضور المستأجر الاول فإذا فسخه يسأل من القاضي امضاء ذلك الفسخ ويحكم به مع العلم بالخلاف حتى يرفع اختلاف العلماء في المسألة كما قلنا في امضاء الفسخ بموت أحد المتعاقدين في الاجارة اذا كان عقد لنفسه ، لا أن امضاه هو الذي يبتدىء بالفسخ من غير أن يفسخ المتولى . اللهم الا اذا امتنع ناظر الوقف عن ذلك فحينئذ يجوز للقاضي أن يبتدىء بالفسخ ويحكم به ، فهذا خلاصة ماظهر لنا من كلام الاصحاب قدس الله ارواحهم مما نقلته في هذه المسألة

المسألة الثالثة من المتفرقات . غلة الوقف هل تكون على حكم البسط أم على اعتبار الادراك ؟ أعنى أن الذي أدركت في زمانه يختص بها دون من كان قبله من المستحقين أم لا ؟ وتتضمن هذه المسألة أيضاً مسألة غلة أوقاف المدارس وهل يكون حكمها حكم غلة الوقف على الاولاد والاقارب أم ينفرد الحكم بينهما وتحرير الكلام في ذلك كله . فنقول وبالله المستعان

ذكر هلال رحمه الله في : وقفه : رأيت رجلاً قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وعلى من يحدث لى من الولد فان انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين قال هذا جائز ، قلت : فان لم يحدث له ولد وجاءت الغلة أتعطى هؤلاء الولد القيام

الغلة . قال نعم اعطيهم الغلة ولا أحبس لمن يحدث له من الولد شيئاً وإنما انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة ألا ترى لو أن رجلاً قال قد وقفت أرضي هذه صدقة على قرابتي فاذا انقرضوا جميعاً فعلى الفقراء والمساكين أني انما انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة ولا أعطي من يحدث من القرابة من الغلات الماضية شيئاً واعطيهم من الغلات الحادثة وإنما انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة وكذلك الباب الاول لا يكون لمن يحدث من الولد وإنما انظر الى مجيء الغلة فمن كان منهم موجوداً يوم تأتي الغلة فقد وجبت له الغلة ولا التفت الى من مات منهم قبل ذلك : قلت رأيت لو كان له ولد يوم وقف الوقف عشرة قال كل من مات منهم بطات حصته وكان الوقف على من بقي منهم ما بقي منهم احد : قلت رأيت من مات منهم بعد مجيء الغلة قال حصة من مات منهم بعد مجيء الغلة ميراث لورثته على كتاب الله تعالى أقضى من ذلك دينه وانفذ منه وصاياه واورث زوجته منه لانه مال قد ملكه قبل أن يموت وأما ما يحدث من الغلة بعد وفاة من هلك منهم فهي لمن بقي منهم دون من هلك منهم قلت : رأيت رجلاً قال أرضي صدقة موقوفة على قرابتي مات بعضهم قال اجعلها لمن بقي منهم ما بقي منهم احد ولا التفت الى من هلك قبل مجيء الغلة وادخلت فيهم من يحدث منهم قبل مجيء الغلة، ومن مات منهم بعد مجيء الغلة فقد وجبت حصته وهي ميراث على ما وصفت لك ولا حق له فيما يحدث من الغلات . وكذلك الولد ذكر ايضاً في صدر الباب قال قلت : رأيت رجلاً جعل أرضاً له صدقة موقوفة على ولده ومن بعد ذلك على المساكين قال هذا جائز . قلت : رأيت ان حدث له بعد ذلك ولديكون له من غلات الوقف شيء قال نعم هو أسوة من كان من ولده يوم وقف الوقف قلت : ولم قلت ذلك ؟ قال لانهم كلهم من ولده والاسم يجمعهم جميعاً وإنما انظر الى الغلة يوم تكون غلة فمن كان له من الولد يومئذ فهم جميعاً فيها سواء لان الغلة انما تجب لمن كان منهم مخلوقاً يوم تكون غلته فمن كان للواقف يومئذ من الولد فهم جميعاً سواء وإنما هذا عندي بمنزلة رجل قال قد أوصيت بثلاث مالى لولد عبد الله وإنما انظر الى ولد عبد الله

الذين يكونون يوم موت الموصى فيكون الثلث لهم ولا أنظر الى من مات منهم قبل ذلك وأدخل في الثلث من كان مخلوقا يوم موت الموصى ومن كان مخلوقا يوم أوصى وكذلك الوقف انما أنظر الى الغلة يوم تجيء فمن كان مخلوقا من الولد فهم جميعاً في ذلك سواء ولا ألتفت الى من مات قبل ذلك وأدخل من كان منهم قبل مجيء الغلة كما أدخلت في الباب الاول من حدث قبل موت الموصى ولم ألتفت الى من مات منهم قبل موت الموصى قلت : ولم لا تجعل الوقف على من كان حيا يوم وقف الأرض ولا تجعل لمن يحدث شيئا والوقف يومئذ لهم خاصة فيكون على الذين كانوا مخلوقين دون من يحدث كما تقول في الوصية انما يكون لمن كان يوم موت الموصى ولا يجعل ان يحدث بعد ذلك شيئا لأن الوصية وجبت بالموت والوقف وجب بالشهاد، قال هما مختلفان اما الوصية فقد ملكها الموصى لهم يوم مات الموصى ولا يتحول ملكهم عنها ولا يدخل فيها من يحدث بعد ذلك لأنها وجبت للأولين وأما الوقف فلم يملك الموقوف عليهم من الأرض شيئا بالشهاد بالوقف وانما يملكون الغلة يوم تجيء وليس بملكها قوم قبل أن تتم تحقق وانما أنظر الى الغلة يوم تجيء والوصية يوم تجب لأهلها الا ترى أن الوصية لم يملكها أهلها بالشهاد لهم بالوصية دون الموت ، وكذلك الوقف لم يملك الموقوف عليه بالشهاد بالوقف منه شيئا دون ان يتحقق الغلة وانما يملكون الوصية بموت الموصى والغلة في الوقف يوم تتم تحقق الغلة قياس الوصية يوم تجب بموت الموصى قياس الغلة يوم تتم تحقق . قال ابو خالد يوسف بن محمد بن خالد ان الوقف والوصية في هذا سواء . فان قال قائل فما حججتك على من قال يكون الوقف لمن كان مخلوقا من الولد يوم وقف دون من يحدث من الولد ؟ قيل له فما تقول في رجل قال أرضى هذه صدقة موقوفة على الفقراء من ولد عبد الله وكان من ولد عبد الله يوم وقف الوقف فقراء واغنياء ، فان قال اعطى فقراء هم يوم وقف ولا يعطى للاغنياء شيء قيل له لان الوقف وجب لهم باعيانهم خاصة دون الاولين ، فان قال نعم هو لهم كما أن الوقف وجب للولد المخلوقين يوم وقف الوقف دون من يحدث . قيل له فما تقول ان استغنى الذين كانوا فقراء وافقر الذين كانوا اغنياء ينبغى في

قياس قولك ان يعطى الذين هم اليوم اغنياء لانهم كانوا يوم الوقف فقراء وقد وجب لهم وبنع الذين هم فقراء لانهم كانوا اغنياء يوم وقف الوقف وهذا قبيح وليس هذا بشيء وليس هذا على معانى كلام الناس ومذاهبهم ووقوفهم ، وانما مذهب الناس ووقوفهم على من يكون فقيرا منهم يوم تأتى الغلة وعلى ان يحرموا من استغنى منهم ويدخلوا من افتقر منهم . وكذلك الوقف على الولد ايضا ينظر الى من كان يوم تأتى الغلة: وذكر في النخيرة . لو قال ارضى هذه صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد وليس له ولد فانه يجوز وان ادركت الغلة قسمت على الفقراء فان حدث له ولد بعد ذلك فلا حظ له من هذه الغلة لأن اوان استحقاق هذه سبق حدوث هذا الولد . وذكر الخصاص في وقفه : قلت فما تقول ان قال قد جعلت ارضى هذه صدقة موقوفة لله تعالى ابدأ على ولى وولد ولى واولادهم ونسلهم ابدأ ما تناسلوا على ان يبدأ في ذلك بالبطن الأعلى ثم البطن الذين يلونهم ثم الذين يلونهم بطنا بعد بطن حتى ينتهى الى آخر البطن منهم ثم من بعدهم على المساكين قال هذا جائز على ما شرطه وتكون الغلة للبطن الأعلى ثم بطنا بعد بطن ابدأ ما بقى منهم أحد قلت : فما تقول فيمن يموت من البطن الأعلى قال يسقط سهمه وتكون الغلة لمن يكون موجودا منهم حين تطلع الغلة : قلت فان مات البطن الأعلى واحدا قال فالغلة لهذا الواحد دون البطن الذى يليه قلت : فما تقول في ولد من مات من البطن الأعلى هل يكون لهم شيء من الغلة؟ قال لا يكون لهم من الغلة شيء الا ان يموت الأعلى بعينه ان تطلع الغلة فيكون الميت منهم قد استحق سهمه منها فيكون سهمه هذا لورثته جميعا قلت . فمن مات منهم قبل ان تطلع الغلة قال فلا حق للميت منهم في هذه الغلة ، وفي الخصاص ايضا : قال قلت رأيت رجلا قال ارضى هذه صدقة موقوفة لله ابدأ على ولد زيد ومن بعدهم على المساكين قال الوقف جائز والغلة لولد زيد من كان منهم يوم وقف هذا الوقف وكل ولد يحدث لزيد فينظر الى الغلة يوم نجى فيشترك فيها ولد زيد جميعا ومن مات منهم سقط سهمه وكانت الغلة كلها لمن بقى منهم ، ولو بقى واحد كانت الغلة كلها له . ذكرها في باب

الوقوف على ورثة فلان منه : وذكر في التجنيس والمزيد. لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الي من كان فقيرا وقت حدوث الغلة فيعطى له . وقال أيضا رجل وقف ارضا له على أولاد فلان وجعل آخره للفقراء وليس لفلان اولاد فالوقف جائز وتكون الغلة للفقراء فان حدث لفلان اولاد يصرف ما يحدث من الغلة في الموقوف الى اولاده . وان كان لفلان اولاد وحدث له اولاد آخرون ينظر الى ولده وقت حدوث الغلة فما كان ولد له وقت حدوث الغلة يصرف الغلة اليه لان هذا يجب عند حدوث الغلة فينظر الى ولده وقت الايجاب . وقال أيضا صاحب التجنيس فيه : رجل وقف داره اوضيعة على الموالى وأولادهم فولد ولد فنى غلة الدار لهذا الولد نصيب فيما مضى قبل الولادة لأقل من ستة أشهر وان كان اكثر من ذلك لا نصيب له فيما مضى من ذلك الوقت . وفي غلة الضيعة له نصيب فيما حدث من الغلة قبل الولادة لأقل من ستة اشهر لان العبرة للوجود قبل حدوث الغلة . ومن التجنيس أيضا امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة ثم استغنت فهذا على وجهين : اما ان استغنت قبل الخروج أو بعد خروجها قبل الادراك . فنى الوجه الاول عليها أن ترد وفي الوجه الثانى لا لأن الحقى انما ثبت عند حدوث الغلة . وذكر في فتاوى الخايعى وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الى من كان منهم فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له . ومنها وقف ضيعة اوداره على الموالى واولادهم فولد ولد فنى غلة الدار فيما مضى قبل الولادة لاقل من ستة اشهر لهذا الولد نصيب ولا نصيب له في غلة ما قبل ذلك فيما مضى من ذلك الوقت وفي غلة الضيعة له نصيب فيما حدث من الغلة قبل الولادة لأقل من ستة اشهر لان العبرة للوجود قبل حدوث الغلة . وذكر في تمة الفتاوى : اذا وقف ارضه على والده وليس له ولد لصلبه وله ولد ابن صرفت الغلة الى ولد الابن فان حدث له ولد لصلبه بعد ذلك صرفت الغلة للمستقبل الى الولد لان كل غلة تدرك فاما ينظر الى مستحقها وقت الادراك ولا ينظر الى ما مضى لما مر . فاذا وجد وقت الادراك من سماء الواقف صرفت اليه سواء كان موجودا يوم الوقف

أوحدث بعده . وذكر قاضيخان في فتاويه: رجل وقف ضيعة على ولده وليس له ولد
لصلبه وله ولد ابن فان الغلة تصرف الى ولد الابن فان حدث لواقف بعد ذلك
ولد لصلبه قال النقيه ابو جعفر تصرف الغلة الى الولد الحادث وينظر في كل غلة
تصرف الى مستحقها يوم الادراك ولا يعتبر ماضى سواء حدث بعد الوقف او
كان موجودا وقت الوقف . ومنها رجل جعل ارضه صدقة موقوفة على ولده ومن
بعدهم على المساكين جاز هذا الوقف ، واختلفوا في الوالد الذي يستحق هذا الوقف
قال هلال المستحق هو الولد الموجود عند وجود الغلة سواء كان موجودا وقت الوقف
او حدث بعده و به أخذ مشايخ بلخ . وقال يوسف بن خالد السمني المستحق هو الموجود
وقت الوقف ومن حدث بعد الوقف لا يدخل في الوقف . وكذلك ولد الولد لا يدخل
في الوقف ان كان له ولد وقت الوقف او حدث قبل وجود الغلة لانه خص ولده
بالذكر فلا يدخل فيه ولد الولد . ومنها لو قال على ولدي وولد ولدي دخل الفريقان جميعا
ويعتبر ولده وولد ولده يوم وجود الغلة ويستحق واحد منهم كل الغلة . ووقت
وجود الغلة الوقت الذي ينعمد فيه الزرع حبا ، وقال بعضهم يوم يصير الزرع
متقوما . ومنها لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على بني وله ابنان او اكثر كانت
الغلة لهم وان لم يكن له الا ابن واحد وقت وجود الغلة كان نصف الغلة له والنصف
للفقراء . ومنها لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على فقراء قرابتي او قال على
فقراء ولدي يصح الوقف ويستحق الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة في قول
هلال وعليه الفتوى . ومنها لو قال ارضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي وكان
في قرابته يوم مجيء الغلة فقير واحد فاستغنى قبل ان يأخذ حصته من غلة
الوقف كان له حصته لأن الملك ثبت له وقت مجيء الغلة فانه لو مات بعد مجيء الغلة
قبل ان يأخذ حصته تصير حصته ميراثا له . ومنها لو قال على ايتام قرابتي فان
احتمل الغلام بعد مجيء الغلة فله حصته من هذه الغلة لأنه كان يتما قبل مجيء الغلة
فلا يزول استحقاقه بزوال اليتيم كما لا يزول بزوال الفقير ، فان وقعت بينه وبين غيره
من المستحقين خصومة في هذه الغلة فقال غيره من المستحقين انما احتملت قبل

مجىء الغلة فلا حصة لك وقال هو انما احتملت بعد مجىء الغلة كان القول قوله مع
اليمين وكذلك في حيض الجارية لان الاستحقاق تعلق باليتم وصمة اليتيم كانت
ثابتة فكان القول قوله لانكاره زوال الاستحقاق . ومنها رجل وقف على فقراء
جيرانه في القياس وهو قول الامام يكون الوقف لفقراء جيرانه الملاصقين ،
وفي الاستحسان وهو قولها يكون لكل فقير يجمعه مسجد المحلة ، والسالكين
والمالك فيه سواء فان كان السالك غير المالك كان الوقف للسالك دون المالك . ويدخل فيه
المكاتب لا العبيد وامهات الاولاد ويدخل الصبيان والنسوان . ولو كان للواقف
جيران وقت الوقف فانتقل بعضهم الى محلة اخرى وباعوا دورهم وانتقل قوم آخرون
بعد ادراك الغلة قبل الحصاد الى جواره فالمعتبر فيه كل من كان جاره وقت قسمة
الغلة . وذكر في خزائن الاكل : ولو جعل ارضه وقفاً على ولده وآخره للفقراء
فمن حدث له من الولد بعده يدخل فيعتبر وقت شئء الغلة قيام الاولاد لا وقت
الوقف . بخلاف الوصية حيث يعتبر وجود الولد وقت الوصية حتى لا يدخل من
حدث بعدها . ولو قال هذه صدقة ، ووقوفة على من سكن بالبصرة من وادى فهى
لسكانها ثم لو انتقل بعضهم من البصرة الى الكوفة سقط حق من خرج منها ونبت
للآخرين بالتدوم على البصرة فيقسم غلاتها على من سكن بالبصرة وقت الغلة . و
قال على فقراء قرابتي يعتبر فقرهم وقت ادراك الغلة ، ومن استغنى منهم بعده سقط
حقه ، ومن افتقر ثبت حقه . ولو قال على ولدى فاذا انقرضوا فللمساكين تقسم
غلاتها على اولاده من غير انتظار من يحدث بعده وانما هى لمن كان مخلوقاً وقت
الغلة فالجمل الذى ولد لأقل من ستة اشهر من يوم جاءت الغلة يدخل في القسمة
وكذا في الوصية لولد فلان ثم ولدت امرأته لأقل من ستة اشهر بعد موت الموصى
فهو مستحق وما ولد لستة اشهر فصاعداً لا يستحق . ومنها قال أبو جعفر او وقف
على ولده ولا ولد له فهو للفقراء فان حدث له ولد بعده يصرف الى ولده ولو
وقف على فقراء قرابته يعتبر الفقر يوم حدوث الغلة فمن كان منهم فقيراً يومئذ
يعطى له والا فلا . ومنها لو وقف على فقراء الجيران صح وهم الذين يلتزقون بداره

عند أبي حنيفة وعند آخرين هم الذين يجتمعون في مسجدهم فهم أهل مسجدهم، وقيل الذين يستمعون النداء على صوت وسط . ويستحق أهل الذمة والمكاتب غلتهما بشرط الفقر . ومن استغنى من جيرانه فالغلة لمن كان فقيرا يوم قسمتها . بخلاف قوله على فقراء قرابتي فهو لمن يكون فقيرا يوم تدرك الغلة لا يوم القسمة . وقال بعضهم هما سيان يوم تدرك الغلة . ويستوى في القسمة من قرَّب جوارده ومن بعد الاناث والذكور والكبار والصغار والسكان والارباب لا يفضل البعض على البعض امامن غاب عن جوارده ومن طال في سفره فالغلة لمن في جوارده في بلده . ومنها ولو وقف على الجيران ينظر يوم قسمة الغلة لا قبله ولا بعده فلو باع بعض الجيران دورهم وانتقلوا الى محلة اخرى بعد ادراك الغلة قبل حصادها لا شيء له، ومن انتقل الى جوارده قبل يوم القسمة فلا حصته من الغلة . وذكر في المحيط : واو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى ولد فلان فعند هلال بن يحيى يدخل كل من كان موجودا يوم حدوث الغلة وعند يوسف بن خالد السَّقي يدخل من كان موجودا يوم الوقف لا من يحدث بعده لان الحق يجب لهم عند الوقف بدليل ان الواقف لو اراد أن يرجع عن الوقف في حال حياته لا يصح رجوعه . وهلال يقول بأن الحق انما يجب في الغلة لافي العين لان التصديق جرى في الغلة لافي العين لما بينا فينظر الى وقت الغلة فصار يوم حدوث الغلة في وقت وجوب الحق كيوم موت الموصى في حق وجوب الملك المرصى له في الوصية . فكذلك لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الى من كان فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له

ثم في كل موضع يثبت الحق للولد في الغلة انما يثبت للولد له نسب معروف من الواقف لا من لا يعرف نسبه الا بقول الواقف : حتى لو جاءت جاريته بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فادعاء الواقف ثبت النسب ولا حصه له من الغلة . ولو جاءت امرأته أو أم ولده بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فله أن يشاركهم لأنه يعلم أنه كان موجودا وقت وجوب الحق في الغلة ، والواقف غير متهم في هذا لأنه ثبت النسب بالفراش لا بقوله . وفي ولد الجارية يثبت النسب بقوله ودعوته فيكون متهما

فيه فلا يصدق في حق غيره . وحكى عن الفقيه ابى جعفر أنه قال يجوز أن يقال على قول علمائنا الثلاثة انه يدخل في الوقف ولد جاريته الذي ادعى نسبه قياسا على ما اذا باع دارا بجارية فأخذها الشفيع بالشفعة ثم ولدت الجارية ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعاه البائع ثبت نسبه منه وبطل البيع والشفعة وقد صدق في ابطال الشفعة فكذا يصدق في استحقاق الغلة . وحكى عن الفقيه أبى الليث أنه قال يجوز أن يقال لا يصدق في حق الوقف بالاتفاق بخلاف الشفعة : والفرق أن هناك يصدق في ابطال البيع لا غير الا أنه لما صدق فيه يبطل الشفعة حكما وضرورة . وهنا ما قصد بهذا الاقرار الا ايجاب الشركة لهذا لولد في الوقف ، وفي ذلك ابطال حق الباقيين قصدا فلا يصدق فيه ، وهناك بطات الشفعة حكما لا قصدا ، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل

ثم تكلموا في معرفة اليوم الذي يجب الحق في الغلة : ذكر هلال هو اليوم الذي صارت للغلة قيمة ولم يشترط الفضل عن المؤن . وقيل هو اليوم الذي صارت لها فيه قيمة بحيث يفضل عن المؤن . وقيل في بلادنا هو اليوم الذي صارت لها فيه قيمة بحيث يفضل عن المؤن والخراج . فيصير بمنزلة مريض مات وعليه دين وله مال فان كان الدين محيطا بماله يصرف الى الدين ، وأن لم يكن محيطا بماله يكون ملكا للورثة مشغولا بالدين . فكذا حالة الغلة اذا كان المؤن والخراج محيطا فانها تصرف اليهما وان كان فيها فضل عن المؤن يكون ملكا للموقوف عليهم مشغولا بالخراج والمؤن . فان مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن يصير للغلة قيمة لا يصير ميراثا ، وان مات بعدما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا . وهذا قول هلال . وعلى هذا القياس قول الآخزين فافهم .

وذكر في الفتاوى الظهيرية : رجل وقف ضيعة على ولد وليس له ولد وله ابن ابن فان الغلة تصرف الى ولد الابن ، فان حدث للواقف بعد ذلك ولد لصلبه قال أبو جعفر تصرف الغلة المولود الحادث ، وينظر في كل غلة الى مستحقها يوم الادراك

ولا يعتبر مامضى سواء حدث بعد الوقف أو كان موجودا وقت الوقف . وان مات الواقف ساعة جاءت الغلة فجاءت امرأته بولد ما بينها وبين سنتين من الساعة التي أدركت فيها الغلة فان هذا الولد يشارك الولد الاول في الغلة .

قلت : فعبارات الاصحاب قد اختلفت في هذه المسألة : فهلال عبر فيها « بمجيء الغلة وبيوم تأتى الغلة » وصاحب الذخيرة جعل « أو ان استحقاق الغلة ادراكها » . والخصاف قال « حين تطلع الغلة ويوم تأتى الغلة » وصاحب الهداية « اذا جاء وقت حدوث الغلة وقبل الخروج أو بعد الخروج قبل الادراك » وفي كلامه شيء محتاج الى ايضاح يأتي ان شاء الله تعالى . والخاصي أورد « يوم حدوث الغلة ووقت جنود الغلة » وصاحب التتمة قال « وقت الادراك » وقاضيخان صرح « بيوم الادراك في موضع ، وفي موضع عند وجود الغلة ويوم وجود الغلة ووقت وجود الغلة » ثم قال : والوقت الذي هو وقت وجود الغلة الوقت الذي ينعمد الزرع فيه حبا ، وفي موضع قال : يستحق الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة في قول هلال وعليه الفتوى . وفي موضع قال في الوقف على فقراء جيرانه فلو انتقل بعض الجيران الى محلة أخرى وباعوا دورهم وانتقل قوم بعد ادراك الغلة قبل الحصاد الى جواردها اعتبر فيه كل من كان جاره رقت قسمة الغلة . وفي خزانه الاكمل ذكر « وقت مجيء الغلة ووقت ادراك الغلة ويوم تدرك الغلة » وفي موضع قال في الوقف على فقراء جيرانه : ان من استغنى من جيرانه فالغلة لمن كان فقيرا يوم قسمتها بخلاف قوله على فقراء قرابتي فهو ان كان فقيرا يوم تدرك الغلة لا يوم القسمة . وقال بعضهم هما سيات . وفي موضع آخر قال : في الوقف على الجيران أنه ينظر يوم قسمة الغلة لا قبالة ولا بعده فلو باع بعض الجيران دورهم وانتقلوا الى محلة أخرى بعد ادراك الغلة قبل حصادها لاشيء لهم ، ومن انتقل الى جواره قبل يوم القسمة فله حصة من الغلة . وفي المحيط قال « وقت حدوث الغلة » وقال بعد ذلك : ثم تكلموا في معرفة اليوم الذي يجب الحق فيه في الغلة : ذكر هلال هو اليوم الذي صارت للغلة فيه قيمة ، ولم يشترط الفضل عن المون وقيل

هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن وقيل في بلادنا هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن والخراج ، فان مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن يصير للغلة قيمة لا يصير ميراثا ، وان مات بعد ما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا وهذا قول هلال وعلى هذا القياس قول الآخريين فافهم .
وفي الفتاوى الظهيرية قال : ينظر في كل غلة الى مستحقها يوم الادراك ولا يعتبر ماضى سواء حدث بعد الوقف أو كان موجودا وقت الوقف : هذه عباراتهم وقد نقلناها عنهم فيما تقدم ، وفيها من الاختلافات ما لا يخفى ، فلا بد أن ينظر في ذلك ويجهد في التوفيق ان أمكن في البعض وفيما لا يمكن ينظر الى ما يرجح بعضا على بعض مما هو موافق للقواعد والفروع والشواهد فيكون هذا القول الصحيح الذي يعمل به وما عداه مرجوح مستمد من الله تعالى المعونة والتوفيق وهو خير معين . فنقول وبالله المستعان :

عبارة هلال رحمه الله أوردتها فيما اذا وقف فقال « أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وعلى من يحدث لى من الولد فان انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين قال هو جائز قلت : فان لم يحدث له ولد وجاءت الغلة أعطى هؤلاء الولد القيام الغلة ؟ قال نعم أعطيتهم الغلة ولا أحبس لمن يحدث له من الولد شيئا وانما أنظر الى عددهم يوم تأتى الغلة » واستشهد لما ذكره بمسألة الوقف على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى المساكين ، وقال فيها : انى انما أنظر الى عددهم يوم تأتى الغلة ولأعطى من يحدث من القرابة من الغلات الماضية شيئا وأعطيتهم من الغلات الحادثة ، وكذلك الباب الأول لا يكون لمن يحدث من الولد فانما أنظر الى بحىء الغلة فن كان منهم مخلوقا يوم تأتى الغلة فقد وجبت له الغلة ولا ألتفت الى من جاء منهم قبل ذلك » فتقوله يوم تأتى الغلة وتبجىء الغلة واحد ليس بينهما اختلاف :

بقى هل المراد من قوله « يوم تأتى الغلة وتبجىء الغلة ومن ادراك الغلة » هو صيرورة التمح والشعير والحبوب قوتا متكامل الانتفاع به ، أم زمن ظهور ذلك من الارض وهو أول ما يخرج الزرع من الارض والثمار من الغصون من غير أن

ينظر فيه حب أصلاً ، أم زمن التوسط فيما بين ذلك وهو صيرورة الزرع مليناً
والثمار عاقدة قبل ادراكها : فلذئ وقف عليه من كلام هلال في وقفه هو ما نقلته
لأغير . ولكن صاحب المحيط نقل عن هلال في معرفة اليوم الذي يجب فيه الحق
في الغلة وقال « اليوم الذي صار للغلة قيمة » فعلى هذا يحمل كلام هلال من « يوم
تجىء الغلة ويوم تأتى » على أن المراد منه ظهور الزرع من الأرض والزهور
من الفصول لأن له قيمة في الجملة ، كما قالوا في جواز بيع ما لم يبد صلحاً واعتبروا
مطلق الانتفاع ، فكذا هنا ،

وأما ما ذكره في الذخيرة فإنه أورد ذلك فيما إذا قال « أرضى هذه صدقة
موقوفة على من يحدث لى من الولد وليس له ولد فإنه يجوز فإن أدركت الغلة قسمت
على الفقراء فإن حدث له ولد بعد ذلك فلا حظ له من هذه الغلة لأن أو ان
استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » فهذا غير مخالف لما ذكره هلال ،
وان كان يتبادر الى الذهن أول وهلة أنه مخالف : وبيانه أنه قد تقرر لنا أن هلالاً
اعتبر يوم تصير للغلة قيمة فن أدرك هذا الوقت استحق ومن مات قبله لم يستحق
شيئاً وكذا من حدث بعده . والذي ذكره صاحب الذخيرة صورته أنه حدث
للواقف ولد بعد ادراك الغلة وأجاب بأنه لا يستحق شيئاً ، فكان جواب الذخيرة
موافقاً لقول هلال . ولا يقال ان صاحب الذخيرة قال « لأن أو ان استحقاق
هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » فيقتضى أن وقت الاستحقاق وقت ادراك
الغلة ، لأننا نقول قوله « أو ان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » يصدق
على يوم يصير للغلة قيمة فإن من ولد بعد ادراك الغلة هو مولود بعد ظهورها من
الأرض قطعاً . وليس في كلام الذخيرة ما يدل على ان المراد بأوان الاستحقاق زمن
الادراك . فان قيل فعلى ما قررت وأطلت فما الفائدة في قوله في الذخيرة
« فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء » ثم قال « فان حدث له ولد بعد ذلك »
وهو يشير الى زمن الادراك . فلو لم يكن مراده بأوان الاستحقاق زمن الادراك
والأما كان في قوله « فان أدركت » فائدة : قلت نظرت حسناً وأندت أمراً

مستحسننا وحركت ما كان ساكنا. فاعلم أن قوله « فأن أدركت الغلة قسمت على الفقراء » فيه فائدتان : الواحدة تعليم ناظر الوقت متى يصرف هذه الغلة على الفقراء فإنه لو قال فإذا ظهرت الغلة أو أتت الغلة تكون للفقراء لكان يفهم منه أنه يجوز لناظر أن يعطي الغلة للفقراء قبل ادراكها ولو لم يحصل به النفع التام للفقراء ، والناظر ممنوع عن تصرف يكون فيه نقص ، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر الوقف الأباجر المثل ولو آجر بدونه يبطل الاجارة فولايته نظرية فما كان أنظر للوقف فعله وما كان فيه ضرر على الوقف تركه فلا ينفذ تصرفه فيه

الفائدة الأخرى أنه في معنى جواب عن سؤال مقدر ، وتقديره ان الواقف وقف على من يحدث له من الولد وليس له ولد وقد قلتم بأنه يجوز ، فغلات هذا الوقف اذا جاءت لمن تكون ؟ فقال فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء ، ليحصل به جواب عن هذا السؤال المقدر ويحترز عن الدخول الأول بلفظ أدركت . وعلى ان كلام الذخيرة ما يعارض كلام هلال ، فإنه ينقل من الفتاوى وغيرها وهو متأخر جدا ، وهلال معاصر الأئمة كالشافعي وأحمد والبخاري ومسلم . وفي الجملة فإذ كرنا هذا التوفيق إلا يحسن الظن بالمصنفين

وأما ما ذكره الخصاص من قوله « حين تطلع الغلة » فظاهره موافق لما قال هلال لأنه يصدق على الزرع اذا ظهر من الأرض أنه طلعت الغلة ، وكذا ما في الشجر من الزهر على اعتبار الحقيقة أو اعتبار المجاز . وذلك لأن حقيقة الطلوع بدو الزرع وخروجه من الأرض وذلك الطالع هو الغلة لأنه وان كبر وأدرك ما يتغير عينه بل ينمر ويتزايد في نفسه فكان حقيقة لما يطلع من الأرض أولا ولما يخرج من الغصون . وان قلنا المراد من قوله « حين تطلع الغلة » القمح عينه أو الحبوب أو نفس الثمار المتكاملة وأنه على وجه المجاز فما يضرنا ، وذلك لان تسمية الشيء بما يؤول اليه تجوز قال الله تعالى « انى أرانى أعصر خمرأ » وقال تعالى « إنك ميت وانهم ميتون » وهنا تسمية الزرع قمحا أو حبوبا باعتبار ما يؤول اليه تجوز على وجه المجاز . واذا جاز فصار قوله يوم تطلع الغلة نفس ظهورها من الأرض

والا فوقت الادراك مايقال له طلوع فيعتبر زمن الظهور حينئذ اما على اعتبار الحقيقة بأن نفس الزرع غلة واما على اعتبار المجاز بأنه غلة بما يؤول اليه ، وأياماً كان فيجب اعتبار زمن الظهور من الارض لاوقت الادراك . الأيرى أن اصحابنا قالوا فيما اذا قال اقتديت بهذا الشيخ فاذا هو شاب يصح واو قال بهذا الشاب فاذا هو شيخ لايجوز ، وعلموا هناك بأن الشيخ لم يمكن أن يعود شاباً وأما الشاب فيصير شيخاً

وأما ما ذكره صاحب الهداية في التجنيس والمزيد مما قلنا انه يحتاج الى ايضاح فنذكر صورة ما قاله ثم نتكلم عليه : فصورة ما ذكره قال « امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة ثم استغنت فهذا على وجهين اما ان استغنت قبل الخروج أو بعد خروجها قبل الادراك : ففي الوجه الاول عليها أن ترد وفي الوجه الثاني لا لأن الحق انما يثبت عند حدوث الغلة . فقوله « ثم استغنت » معناه ثم تبين غناها فجعل الجواب على التفصيل . اما ان استغنت قبل الخروج أي خروج الغلة أو بعده قبل الادراك وهذا ظاهر . وقوله « ففي الوجه الأول عليها أن ترد » معناه انها صارت غنية وقت استحقاق الغلة : وهو موافق لما قاله هلال ولما قررنا حيث قال عليها ان ترد لأنها قبضت مالا تستحقه . وفي الوجه الثاني لا ترد لأن أو ان الاستحقاق جاء وهي فقيرة وما يضرها غناها بعد ذلك كما في الزكاة لو قبضها وهو معسر ثم أيسر لايجب عليه الرد ويسقط عن المزكى . وفي كلام التجنيس فائدة جلية وهي ان وقت الادراك لاعبزة به لانه صرح فقال « أو بعد خروجها قبل الادراك » ثم قال « لأن الحق انما يثبت عند حدوث الغلة » فإدنا هذا الكلام قوله « ان وقت حدوث الغلة » المراد منه خروجها من الأرض والغصون وانما يسمى في ذلك الوقت غلة لأن حدوث الغلة المراد منه قرب الادراك أو وقت الادراك . وبهذا يجب ان يحمل كلام الخصاص وغيره من قولهم « حدوث الغلة أو مجيء الغلة أو يوم تأتي الغلة أو يوم تطلع الغلة » انه ليس المراد الادراك وان الزرع اذا خرج من الارض يسمى غلة . وكذا الثمار وهذا من

أهم ما يجب على الفقيه الاعتناء به فله الحمد على ما ألهم وعلم
وأما مقاله الخاص من « يوم حدوث الغلة ووقت حدوث الغلة » فيحمل
على ما فسره صاحب الهداية . وأما مقاله في التتمة من قوله « فانما ينظر الى
مستحقها يوم الادراك الى آخره » فمحمول على حالة الظهور من الارض لاعلى ان
الادراك منه يوم الحصاد توفيقا بين الاقوال

وأما ما ذكره قاضيخان من قوله « ووقت وجود الغلة الوقت الذي ينقصد
الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما » فهذا يشير الى أن في المسألة
اختلاف المشايخ . فمنهم من قال بأن تفسير وجود الغلة الوقت الذي ينقصد فيه الزرع
حبا . ومنهم من قال يوم يصير الزرع متقوما وهذا قول هلال . فصار لنا في المسألة
اختلاف المشايخ في تفسير وقت وجود الغلة . وقال في موضع آخر أعني قاضيخان « يستحق
الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة في قول هلال وعليه الفتوى » فلا يتوهم متوهم
ان قوله « وعليه الفتوى » أي في تفسير وقت وجود الغلة انما قوله « وعليه الفتوى »
في أنه يستحق الغلة من كان فقيرا زمن وجودها . فالاصل أن في ذلك اختلاف
المشايخ . والأولى ان يكون العمل على مقاله هلال وصاحب الهداية من اعتبار
وقت الخروج لا الادراك لأنه اقرب الى أقاويل الأصحاب والقواعد المذهبية
وهو اعدل ويحمل كلام صاحب التتمة على انه مال الي قول بعض المشايخ

وقال قاضيخان في موضع آخر : لو وقف على فقراء خيرانه فان المعتبر فيه من
كان جاره وقت قسمة الغلة لا وقت الادراك . وهو ظاهر الفرق بينه وبين ما تقدم
من الوقف على الاولاد . وذلك لان الوقف على فقراء الجيران تصدق على اقوام
بصفة فاذا زالت الصفة قبل القبض لا يستحقونها بخلاف ما تقدم لأنه غير مقيد
بوصف ولا بصفة الفقر فلم يكن مجرد مجرى الصدقة ولهذا يأخذ منه الغنى والفقير
وأما ما ذكره في المحيط من قوله « وتكلموا في معرفة اليريم الذي يجب فيه
الحق في الغلة . وذكر قول هلال » الخ : فهو بحث حسن غير انه من فحوى كلامه
ظهر انه يميل الى اشتراط المؤن والخراج وليس تحته طائل لأن الكلام في معرفة

الوقت الذي يثبت فيه الحق في الغلة لافي ان المؤن والخراج يقدمان على المستحقين ولا شك ان الحق ثبت لهم بنفس الظهور وان كان الزرع في ذلك الوقت لم يبين ألا ترى أنهم لو دفعوا المؤن والخراج من اموالهم وحصدوا الزرع كان لهم ذلك . فالذي قاله هلال أولى : فتلخص لنا من كلامه هذا كله أن العمدة ماقاله هلال وهو اعتبار قيمة الغلة لاقبلها ولا بعدها . هذا فيما يتعلق بالوقف على الاولاد والاقارب أما في الاوقاف التي على جهات كالمدارس والترب والمساجد وما شاكل ذلك : فاعلم انه ذكر في القنية للزاهدي ماصورته : اذا لم يدرس المدرس ولا يؤم الامام في اكثر السنة فللمتولى أن يعطى كل واحد ماشاء اذا كان الوقف على كل من يدرس ويؤم ويؤذن ولا يعتبر وقت خروج الغلة . وذكر بعده ناقلا عن أم في المسجد سنة فلما أدركت غلة الوقف فيه مات فهي لورثته ، بخلاف رزق القاضي . ثم ذكر بعد هذا ناقلا عن (ط) أخذ الامام الغلة وقت الادراك ثم انتقل لا يسترد منه حصة ما بقي من السنة كلقاضي اذا مات وأخذ رزق السنة . وهكذا الحكيم في طلبية العلم في المدارس يعني اذا كان العطاء مسانمة فأخذ المتعلم وقت القسمة ثم ترك المدرسة . وذكر قبله ناقلا عن (عك) الاوقاف على الفقهاء تجوز للاغنياء اذا فرغوا أنفسهم للتفقه فانه اذن كالفقير وان لم يفرغ نفسه فان كان معيناً جاز والا فلا . وذكر عن (فك عت) الوقف على الحنفين المختلفين الى هذه المدرسة لا بأس للغنى منهم أن يأخذ (شب حم) يستوى فيه الغنى والفقير . وفي (عت) للامام الغنى اخذ غلة الامامة .

فهذه الفروع التي ذكرها صاحب القنية فيها ما هو صريح وذلك في أن المدرس والامام والمؤذن لا يعتبر في حقهم وقت خروج الغلة وما ذلك الا لأن هذه الوظائف فيها شوب الاجارة ، وذلك لان المدرس يتردد الى مكان معين ويقرأ ويفيد الطلبة ويهدي ثواب قراءته الى الواقف ، وكذلك الفقيه والامام وهذا كله عمل ليس بواجب عليه فعليه فكان القدر الذي يتناوله من الوقف الذي هو في مقابلة هذا العمل في معنى الاجرة . الا يرى الى قوله في الوقف على الفقهاء الحنفية

انه يجوز للغنى منهم أن يأخذ، ولو لم يكن في معنى الاجرة للمجاز للغنى أن يأخذ منه شيئاً . فحيث جوزوا علمنا أنه انما جاز لكونه في مقابلة عمل فيجوز أخذه قياساً على الاستئجار على أفعال الطاعات على اختيار المتأخرين وعليه الفتوى . واذا كان كذلك فالمدرس اذا مات في اثناء السنة قبل مجيء الغلة قبل ظهورها من الارض وقد باشر مدة ثم مات أو عزل ينبغي أن ينظر وقت قسمة الغلة الى مدة مباشرةه والى مباشرة من جاء بعده ويبسط المعلوم على المتدين وينظر كم يكون منه للمدرس المنفصل والمتصل فيعطى بحسب مدته . ولا يعتبر في حقه ما قدمناه من اعتبار زمن مجيء الغلة وادراكها كما اعتبر في حق الاولاد في الوقف عليهم بل يفترق الحكم بينهم وبين المدرس والفقير وصاحب وظيفة ما في جهات البر للمعنى الذي قدمناه وهذا هو الاشبه بالفقه والاعمال . وفيها ما هو في الظاهر مخالفاً لما قررناه ولكن اذا أمعن الفقيه فيه التأمل ثبت له أنه لا مخالفة فيه : وهو الفرع الذي نقله في التنية عن (ط) من قوله « أخذ الامام الغلة وقت الادراك ثم انتقل لا يسترده منه حصة ما بقى من السنة » وقوله « وهكذا الحكم في طلبه العلم في المدارس » ووجه المخالفة أنه لما نظر الى وقت الادراك علمنا انه لم ينظر الى المباشرة وانما الحقه بالاقارب والاولاد . والجواب على هذا اننا نقول ان في الجامكية شرب الاجرة وشوب الصلة وشوب الصدقة ولو رجحنا شائبة الاجرة على البقية لوجب الاسترداد وهو قول بعض المشايخ انه يسترده منه ، ولو رجحنا شائبة الصلة في كل الاحوال لما كنا نعتبر غير حالة القبض فقط لان بها تملك الصلات ، ولو رجحنا شائبة الصدقة فقط لما كنا نقول انه يجوز للغنى أن يأخذ من معلوم المدارس أصلاً ، وقد نصوا على أنه يجوز له الاخذ فلا بد أن ينظر في ذلك كله ويعمل في كل شائبة بحسبها من غير اخلال بالآخرة ، فأعملنا شائبة الاجرة في اعتبار زمن المباشرة وما يقابلها من المعلوم ، وأعملنا شائبة الصلة بالنظر الى المدرس اذا قبض معلومه ومات أو عزل أنه لا يسترده منه حصة ما بقى من السنة ، وأعملنا شائبة الصدقة في تصحيح أصل الوقف فان الوقف لا يصح على الاغنياء ابتداءً لانه لا يد فيه

من ابتغاء قرينة ولا يكون الا بملاحظة جانب الصدقة وهذا في كل الاوقاف من الاوقاف على الاولاد والاقارب والمدارس أو غير ذلك .

هذا مما ينفعنا في تمهيد الكلام في أنه لا مخالفة بين ما ذكره في (ط) وبين ما قررناه أولاً ، وذلك لان قوله « أخذ الامام الغله وقت الادراك ثم انتقل لا يسترد منه حصه ما بقي من السنة » فذكر الادراك لاجل تحقق القبض وهل يسترد بعد حقيقة القبض أم لا ؟ لانه سيق لبيان أن وقت الادراك الوقت الذي يثبت فيه الحق للامام وللطلبه لانه قد تقرر لنا في الوقف على الاولاد أن المعتبر على الصحيح وقت مجيء الغلة أو حدوث الغلة . وبيان هذه الالفاظ هو أنه ليس فيه شائبة أجره أصلاً من غير اعتبار زمن الادراك وهذا الاشك أن فيه شائبة أجره فبا لطريق الاولى لا يعتبر زمن الادراك هنا أيضاً .

بقي هل يعتبر زمن الظهور كما في حق الاولاد أم لا ؟ الظاهر أنه لا يعتبر بل يكون على حكم المباشرة بالبسط لانه أعدل كما قدمناه والله تعالى أعلم .

المسألة الرابعة من المتفرقات: اذا آجر ناظر الوقف الموقوف مدة تزيد على المدة المقدرة في كتب الاصحاب ولم يكن في شرط الواقف تقدير مدة الاجارة ولا أنه لا يستأنف عقداً حتى ينقضى العقد الاول بان آجر الوقف مثلاً أربع سنين أو ست سنين والموقوف ضيعة أو آجر سنتين أو ثلاثاً مثلاً والموقوف داراً وحانوت فهل يقال ان السنة الزائدة في اجارة الحانوت أو السنتين على الاختلاف وقعت الاجارة فيها غير صحيحة تستحق الفسخ وتصح السنة الاولى بحصتها من الاجارة؟ أو يقال ان الاجارة بمجموعها فاسدة ويفسخ العقد في المدة كلها ؟ وكذا في اجارة الضياع اذا وقعت الاجارة على مدة أربع سنين أو ست سنين هل يقال ان السنة الزائدة على الثلاث أو الثلاث الزائدات على الثلاث الأول لا تصح الاجارة في السنة الزائدة أو الثلاث الزائدات وحدهن ويصح في البقية أم لا تصح في كل المدة المعينة في الاجارة بمجموعها ؟ وهل يفترق الحكم فيما اذا كانت الاجارة عقداً واحداً أو عقوداً وكل عقد مثلاً مقداره مقدار المدة التي تجوز الاجارة

فيها شرعا أم لا يفترق الحال؟ وتحرير الكلام في ذلك :

ذكر في شرح مجمع البحرين لابن الساعاتي قال : فصل في اجارة الوقف :
يتبع شرط الواقف في اجارته فان أهمله قيل يطلق وقيل يقيد بسنة . ويختار
الفتوى أن يؤجر الضياع ثلاث سنين وغيرها سنة . وهذا الفصل جميعه من
الروايد . فان أهمل ذلك ولم يقيد الاجارة قال المتقدمون من أصحابنا يجوز اجارته
أى مدة كانت . وقال المتأخرون لا يجوز اجارته أكثر من سنة واحدة لانه
إذا طالت مدة الاجارة أدى ذلك الى تملك الوقف واندراسه . وإنما قالوا ذلك
لغلبة أهل الظلم والفسق . وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين ولا يؤجر غيرها الا
سنة واحدة وهذا هو المختار للفتوى لان الرغبات في الضياع لا تتوفر اذا نقصت
المدة عن ذلك . وفي غيرها لاضرورة الى الزيادة على السنة فيتقيد بها . وذكر في
الاختيار شرح المختار قال : فصل لا يجوز اجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها
الواقف لانه يجب اعتبار شرط الواقف ، وان لم يشرط مدة فالمتقدمون من
أصحابنا قالوا يجوز اجارته أى مدة كانت ، والمتأخرون قالوا لا يجوز أكثر من سنة
لثلاث يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الواقفين ويتسم بسمة الملكية
لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم واستحلالهم وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين
وفي غير الضياع سنة هو المختار لانه لا يرغب في الضياع اقل من ذلك . وذكر في
متن البحر المحيط قال : ولا يجوز الاجارة الطويلة على الوقف ، ولو احتيج اليها فالوجه
في ذلك أن يعقدوا عقودا متفرقة مترادفة كل عقد على سنة ويكتب استأجر فلان
ابن فلان كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد على سنة ، فيكون العقد الاول
لازما لانه ناجز ويكون العقد الثانى غير لازم لانه مضاف .

وأن آجر متولى الوقف دارا ، موقوفة أو أرضا موقوفة أكثر من سنة فان كان
الواقف شرطا ألا يؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها سنة وكانت
اجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع لا يجوز اجارته أكثر من سنة : فان كان
قد شرط ألا يؤجر أكثر من سنة الا اذا كان أنفع الفقراء فيئخذ يجوز اجارته أكثر

من سنة اذا رأى ذلك خيرا للفقراء. وان لم يشترط في الوقف ألا يؤجر أكثر من سنة، روى عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول في الدور لا يؤجر أكثر من سنة، وأما في الارض فان كانت الأرض تزرع في كل سنة فكذلك، وان كانت في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة أو تزرع في كل سنة طائفة منها فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن به المستأجر من زراعة الكل على العادة. وكان الشيخ الامام أبو حفص البخاري يجهز في الضياع ثلاث سنين وكان لا يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة. وكان الفقيه أبو الليث يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع والدار وغيرها. وقال الصدر الشهيد في واقعاته: المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على السنة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وهذا أمر مختلف باختلاف الموضوع واختلاف الزمان. وكان القاضي أبو علي النسفي يقول لا ينبغي للمتولى أن يؤجر أكثر من ثلاث سنين ولو فعل جازت الاجارة وصححت، وعلى هذا القول لا يحتاج الى الحيلة التي ذكرناها في الاجارة من الطويلة. وفي وقف الخصاص: الواقف اذا آجر الوقف اجارة طويلة فان كان يخاف على رقبتهما التلف بسبب هذه الاجارة فلا يحكم أن يبطلها وكذلك ان آجرها من رجل يخاف على رقبتهما من المستأجر فينبغي للحاكم ان يبطل الاجارة. ومثله في الذخيرة. وذكر في فتاوى قاضيخان مثل ما نقلناه وزاد فقال: ولو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين قال الشيخ أبو القاسم البلخي لا تجوز اجارة الوقف أكثر من سنة الا لأمر عارض يحتاج الى تعجيل الاجر بحال من الاحوال. وقال الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل انا لا أقول بفساد هذه الاجارة اذا آجر مدة طويلة لكن الحاكم ينظر فيها: ان كان ضررا بالوقف أبطلها. وهكذا قال الامام أبو الحسن علي السعدي فان احتاج القيم أن يؤجر الوقف اجارة طويلة قالوا فالوجه فيه أن يعقد عقودا مترادفة كل عقد على سنة ويكتب في الصك استأجر فلان ابن فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد على سنة بكذا من غير أن

يكون بعضها شرطاً في بعض فيكون العقد الاول لازماً لانه ناجز والتالى غير لازم لانه مضاف قال : وكان فيما قالوا نظر فاتهم قالوا الاول لازم والسانى غير لازم لانه مضاف ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أن الاجارة المضافة تكون لازمة في إحدى الروايتين وهو الصحيح . وذكر في المحيط قول : اذا أراد المتولى أن يعقد على المنفعة أو على العين فان عقد على المنفعة بان آجره سنين معلومة بأجرة مثلها ينظر : ان كان الواقف اشترط ألا يؤجر أكثر من سنة لايجوز لان شرط الواقف مراعى ، وان لم يشترط ذلك قال المتقدمون من مشايخنا ان له ذلك لان الواقف فوض الأمر الى المتولى فنزل بمنزلة الواقف ولواقف أن يؤجره سنين كثيرة فكذا من يقوم مقامه . وقال المتأخرون من مشايخنا لايجوز أكثر من سنة واحدة لانه لرجاز ذلك يخاف على الوقف أن يتخذ ملكاً ، وكان الشيخ أبو حفص الكبير يجيز الاجارة في الضياع ثلاث سنين لان مصلحة الوقف في ذلك ولا يجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الضياع في عدم جواز اجارته ثلاث سنين وفي غير الضياع المصلحة في جواز اجارته أكثر من سنة واحدة ، وهذا أمر مختلف باختلاف الموضع والزمان وهو المختار للفتوى . وكذا المراجعة والمعاملة : وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال : المتولى اذا آجر دار الوقف أكثر من سنة ، ان كان الواقف شرط في صلح الوقف ألا يؤجر أكثر من سنة لايجوز ، وان لم يشترط شيئاً جاز مقدار سنة الى ثلاث سنين كذا اختار الفقيه أبو الليث . وقال الشيخ أبو حفص الكبير في الضياع يجوز قدر ثلاث سنين وفي غير الضياع لايجوز أكثر من سنة . وقال القاضي الامام على السغدى لا ينبغي له أن يفعل ولو فعل صححت الاجارة ، وذكر في الفتاوى الكبرى للخاضى : متولى الوقف اذا آجر داراً موقوفة أكثر من سنة واحدة فان كان الواقف شرط ألا يؤجر أكثر من سنة لايجوز لان شرط الواقف مراعى ، وان لم يكن شرط ذلك تكلموا فيه : كان الشيخ أبو حفص البخارى يجيز في الضياع ثلاث سنين ولا يجيز في غير

الضياع أكثر من سنة واحدة . وكان الفقيه أبو الليث يجيز في ثلاث سنين ونحو ذلك مما يجرى بين الناس مطلقاً من غير تفصيل . فإذا اختار في الضياع أن يفتى بالجواز في ثلاث سنين الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الموضوع والزمان . وذكر في موضع آخر أن الاختيار أن الواقف اذا شرط في وقفه ألا يؤجر أكثر من سنة واحدة لم تجز الاجارة وان كان الواقف لم يشترط ذلك جازت الاجارة ما لم تكن المدة الطويلة فاحشة .

وذكر هلال في وقفه قال: ان آجرها الواقف سنة أو سنتين قال نعم الاجارة جائزة اذا آجرها الى وقت معلوم . قلت : رأيت الواقف اذا آجرها سنين معلومة ثم مات هل تنتقض الاجارة قال القياس أن تنتقض الاجارة ولكن أستحسن ان أجعلها الى الوقت الذي سمي . وذكر الخصاص في وقفه قال : قلت رأيت ان آجر الواقف الارض سنين معلومة ثم مات قبل أن تنتقض مدة الاجارة قال لا تبطل الاجارة .

قلت : فتحذر لنا من هذا أن المتقدمين من أصحابنا لم يقدرُوا الاجارة الوقف مدة بل جوزوا اجارته مطلقاً أي مدة كانت سواء كان الموقوف ضيعاً أو غيرها . وظاهر ما نقلناه من وقف هلال والخصاص يدل عليه . والمتأخرون من الاصحاب تعرضوا لتقديرها : فمنهم من قال لا يجوز أكثر من سنة واحدة ومنهم قال لا تجوز اجارة الوقف أكثر من سنة الا الأمر عارض ، والقائل بهذا القول هو الشيخ أبو القاسم البلخي . والشيخ أبو حفص الكبير البخاري كان يجيز في الضياع ثلاث سنين ولا يجيز في غيرها أكثر من سنة واحدة . وقال الفقيه أبو الليث يجوز من سنة الى ثلاث سنين وقال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البلخي والامام شيخ الاسلام ابو الحسن علي السعدي انه لا يقال بفساد هذه الاجارة أي اذا آجر الوقف خمس سنين ولو آجر مدة طويلة لكن الحماكم ينظر ان كان فيها ضرر بالوقف أبطلها . وقال القاضي أبو علي النسفي لا ينبغي للمتولى أن يؤجر أكثر من ثلاث سنين ولو فعل جازت

الاجارة وصحت . وحكى في الخلاصة في الفتارى عن الامام السغدى أنه لا ينبغي له ان يفعل ولو فعل صحت الاجارة .

فاجتمع لنا من أقوال المتأخرين على عدم اشتراط التقدير في مدة الاجارة قول ركن الاسلام أبى الحسن على السغدى وقول أبى بكر البلخى وقول القاضى أبى على النسفى فصار قول المتقدمين من أصحابنا وقول هؤلاء المشايخ من المتأخرين جهة واحدة ، وقول الشيخ أبى حفص الكبير وحده جهة واحدة وهو الذى قال فى المختار ان الفتوى عليه، وكذا فى مجمع البحرين وأما قول أبى الليث فهو يفارق ما قاله أبو حفص الكبير فى أنه سوى بين الضياع والدور ، ولم ينصوا على ان الفتوى عليه . وأما ما قاله الصدر الشهيد فى واقعاته مما ذكرنا عنه فهو أيضا لم يوافق أبى حفص فى الاطلاق فانه جعل الامر مختلفا باختلاف الموضع والزمان ، وقد نص على ان الفتوى عليه ، فوجب أن يحمل اطلاق أبى حفص الكبير على ما ذكره الصدر الشهيد من اختلاف الزمان والموضع لأننا ان أجريناه على ظاهره لم يفصل بين موضع وموضع وزمان وزمان بل يكون الجواب أنه لا يجوز اجارة الوقف فى الضياع أكثر من ثلاث سنين ولا فى غيرها أكثر من سنة فى كل الموضع والأزمنة ، وفيه مخالفة بينه وبين ما قال الصدر الشهيد . وان حملناه على ما قاله الصدر الشهيد لم يبق مخالفة وهو أولى فصار ما ذكره فى المجمع وشرح المختار ومن صرح بأن الفتوى على أنه فى الضياع ثلاث سنين وفى غيرها سنة ، مقيدا باختلاف الموضع والزمان لا أنه فى كل الأماكن والازمنة فاذا كان الموقف ضيعة وهى فى موضع لا يرغب فى استئجارها ثلاث سنين أو فى زمان يخاف من أهله على الوقف فانه على ما قاله الصدر الشهيد وحمل كلام أبى حفص عليه لا يؤجر أكثر منها ، وان كان ضد ذلك فيجوز أن يؤجر أكثر من ثلاث سنين فى الضياع وفى غيرها فاطلاق شرح المختار والمجمع يحمل على الذى ذكرناه وقررناه لأنه يعمل بظاهره فاذا تقرر لنا هذا صار الكلام بصدد ذلك فى موضعين الموضع الاول : اذا دار الامر بين أن يعمل بقول المتقدمين وبقول من ذكرنا من المتأخرين ، لا يجوز

ان يعدل عن أقوال المتقدمين أجمع وأقوال من ذكرنا قوله من المتأخرين ويعمل بقول الصدر الشهيد وأبي حفص الكبير على المحمل الذي قررناه أولاً . الموضع الثاني : انه اذا أوجب الحال المصير الى قول أبي حفص والصدر الشهيد وكان الزمان مما يخاف فيه على الوقف اذا أوجر أكثر من ثلاث سنين فأوجر أربع سنين او خمس سنين هل يقال ان الاجارة غير صحيحة في كل المدة ام في الزائد على الثلاث سنين ويكون الجواب فيها سوى الضياع كذلك ؟ وهذا الموضع الثاني تقدم ذكره في السؤال في صدر المسألة فنقول وبالله التوفيق

وأما الكلام في الموضع الاول فانه يجب العمل بأقوال المتقدمين من الاصحاب رحمهم الله لوجوده ، الاول لوفور علمهم واجتهادهم . الثاني لقربهم من عصر الامام والأئمة الاعلام . الثالث لحسن نظرهم وقوة تحريمهم للمسائل التي لم يوجد فيها رواية منصوصة . الرابع لان ما قالوه موافق للأصل المعروف من ان المقادير لا تعرف الا سماعاً لا مدخل للقياس فيها . الخامس ان قولهم لا يخلو اما أن يكون عن رواية وهو الظاهر اولاً عن رواية لكنه موافق للقواعد والفروع والشواهد . وأما البحث عن بيان الرواية فلا قدرة لنا عليه لأنها نقل ولم تقف في ذلك على رواية منقولة عن الامام ولا عن أبي يوسف ومحمد . وأما البحث عن انه موافق للقواعد والفروع والشواهد فهو ان بيع المنافع كبيع الأعيان وهو أصلها وفي بيع الأعيان لم يحفظ للتقدير فيها مدة عن احد من الاصحاب ولا من أهل العلم فكذا في بيع المنافع لأنها فرعها ، فلا يرد السلم لانه يخرج بالنص فلا يقاس عليه . السادس أنا ان تنزلنا وقلنا ان قول المتقدمين عن تخريج لاعن رواية فقد تأيد بموافقة من قال من المتأخرين وهم الأشياخ الاعلام ركن الاسلام أبو الحسن على السفندي وكفى به مؤيداً وأبو بكر البلخي الذي غالب فتوى أبي الليث أخذت عنه والقاضي أبو على النسفي علامة وقته والامام أبو القاسم البلخي فان ظاهر كلامه يشهر بأن الاولى لناظر الوقف ألا يؤجره أكثر من سنة فهو لاء كلهم توافقوا في القول بعدم التقدير ، ولا شك أن لاجتماع الآراء قوة معتبرة

كما قال أصحابنا في حق الامام أبي يوسف ومحمد وأنه اذا كان الامام في طرف
وهما في طرف أن يخير المقتى والأولى أن يقتى بقول الامام واذا كان احدهما
معه لا يجوز أن يقتى بخلافه، فلحظوا أن للاجتماع قوة زائدة فنحن أولى أن نعمل
بهذا الضابط في حق أصحابه، ولا يرد علينا ما نقل أن الفتوى عليه وان كان قول
زفر كمثل الوكيل بالخصومة هل يكون وكيلا بالقبض؟ وقد قالوا بأنه يكون وكيلا
وقال زفر لا يكون وكيلا والفتوى على قوله، لأننا نقول هو قول عن الامام أيضا
كما نقله أبو نصر البغدادي في تاريخ أبي حنيفة وأصحابه ونقل عن زفر انه قال
ما قلت بقول الأقال به أبو حنيفة، وكذا أورده في حق أبي يوسف ومحمد ولا يمكن
أن يقول هذا القول غير هؤلاء من بقية الاصحاب. ولا يقال ان ما قاله أبو حفص
والصدر الشهيد يلحق بالمذهب باعتبار أنه مخالف لاختلاف العصر والزمان لا
اختلاف حجة وبرهان وأن الامام لو كان في زمنهم لقال به لأننا نقول هذا حسن
أن لو كان قائلا به فانه يفرض الامر فيه الى القاضى فان رأى أن المدة مما يخاف
على الوقف فيها أبطل الاجارة وان كان لا يخاف لا يبطلها لأنهما يقدران
اختلاف العصر والزمان بثلاث سنين في الضياع وفي غيرها بسنة، لأنه ان كان
الخوف في زمانهم على الوقف اذا زادت المدة على هذا القدر فجاز أن يتغير بعدهم
ويخاف عليه في أقل منها وهو الظاهر من حال الناس فان الزمان كما له الى ادبار
والطمع في أهله والتطلع الى أخذ الاملاك والاستيلاء على الاوقاف أكثر من
الزمان الذي كانا فيه فصار اعمال اختلاف العصر والزمان في التفويض الى رأى
القاضى لا الى التقدير بثلاث سنين أو سنة فلم يبق دوران الحكم على ثلاث سنين
في سائر الازمنة فلا يجوز أن يوضع ويثبت عليه المذهب أن الفتوى عليه فان من
وقف على هذا القول ممن لم يقف على ما وقفنا عليه ما يظن الا أنه هو المذهب
المروى عن أبي حنيفة وخصوصا أنه أثبتته صاحب الاختيار في شرح المختار للفتوى
وفي ذهن العوام الضعفة من الفقهاء أنه هو العمدة في المذهب وأن جميع ما فيه
لا يجوز أن يقتى بخلافه بل غالبهم ما يعرف زمن مصنفه ويظن أنه من المتقدمين

الاعلام ولو وقف على كلام شمس الأئمة السرخسي ووجده مخالفا له لا يلتفت اليه ويقول قد قال في المختار للفتوى . فالواجب اتباع المتقدمين في أمر الدين وشكر المتأخرين على تهذيب كلامهم وتسهيله لمن بعدهم فجزاهم الله خيرا ورضى عنهم أجمعين .

وأما الكلام في الموضوع الثاني فنقول : الظاهر أنه إنما يفسخ العقد في المدة الزائدة على ثلاث سنين ان كان المأجور ضيعة أو على سنة ان كان غيرها . وذلك لأن الأصل عندنا أن العقد في الاجارة يقدر حكما عند حدوث كل منفعة لأن المنافع تقدر وقت العقد جملة ويرد العقد عليها حتى جعلوا أن الاجارة تنفسخ بالاعذار الظاهرة وتستحق الفسخ بالاعذار الباطنة الخفية ولا يظهر ذلك الفسخ في مجموع المدة وأما يظهر فيما بقي منها وان كان كذلك لانه بالعدر تعذر المضي في الباقي من المدة لحصول العذر فتعذر أن يقدر العقد عند حدوث كل منفعة فلهذا قالوا بأن الاجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ، ولو كانت المنافع تقدر موجودة عند العقد لما جاز أن يقال هذا لأن فيه تفريق الصقعة على المؤجر وهو يتضرر بذلك فلا يجوز . وهذا الذي نحن فيه يشابه هذا من حيث انه تعذر المضي في بقية المدة لأن تصرف الناظر على الوقف ولايته كل منهما أمر نظري ، فما كان أنظر للوقف فعله وما كان فيه ضرر على الوقف لا يعتبر تصرفه في حق الوقف ، كما قالوا انه اذا أجر بدون أجر المثل لا يجوز واذا عقد عليه ممن يخاف تغلبه على الوقف لا يجوز . وهنا لما كانت المدة الزائدة مظنة الخوف على الوقف وأنه يتضرر بها زالت ولايته على الوقف عن التصرف فيها فتعذر أن يقدر فيها أنه عاقده عند حدوث كل منفعة لان ما تعذر من حيث الحقيقة هو متعذر من حيث الحكم ، وبالوت تعذر العقد منه حقيقة وكذا حكما فتعذر المضي فاستحققت الفسخ كما في الأعدار ، وثمة لا يظهر عمل الفسخ في كل المدة بل في باقيها فكذا هنا . لا يقال ان كان كذلك ينبغي ان تنفسخ اجارة ناظر الوقف بموته لأنه تعذر العقد من جهته عند حدوث كل منفعة فتعذر المضي فاستحققت الفسخ ، لانا نقول ناظر

الوقف نائب عن الفقراء فيما لهم النفع فيه والمصلحة فما كان من تصرفه أفع لهم أمضى ، وما كان فيه ضرر بهم يفسخ ، وبموته لم يحصل الضرر لهم فشابه الوكيل مع الموكل والوصى مع الموصى ، وأما هنا الضرر يخشى منه والمدة مظنته فيرد عليه تصرفه فيه خاصة لا فيما لا ضرر فيه وهو الثلاث من السنين في الضياع والسنة في غيرها . وهذا البحث ماسمعه من أحد قبلي وجاريت فيه أعيان الفقهاء من المذهب فلم يحصل منهم تعرض اليه في كلامهم ولا لي أيضاً في ذلك الوقت وإنما فتح الله سبحانه له المنة على به وقت سمعي لهذه المسألة تفضلاً منه وتكرماً فله الحمد أولاً وآخراً كما يجب ربنا ويرضى وهذا كله ثمرة سؤال له سبحانه وتعالى في الكشف عن هذه المسألة لما علم من نيتي وقصدي وهو نعم المولي ونعم النصير

فإذا تقرر لنا هذا جئنا الى ذكر تقسيم ما يقع في هذه الاجارة من الصور فنقول لا يخلو اما أن عقداً على هذه الاجارة هذه المدة الكثيرة عقداً واحداً أو عقوداً . فان كانا عقداً عليها عقداً واحداً اشتمل مثلاً على ست سنين جملة فنقول تفسخ في الثلاث الثانية وتصح في الثلاث الاولى لسكون المنافع ترتب عقيب العقد . وان كانا عقداً عقوداً متفرقة فلا يخلو : اما أن كان كل عقد سنة أو سنتين أو ثلاثاً فان كان سنة فيصح منها ثلاثة عقود ويفسخ في الباقي ، وان كان كل عقد سنتين فيصح فيه عقد ونصف عقد ويفسخ في الباقي ، ولا يقال ان العقد حصل على سنتين فان انتصفتا تفرقت الصفقة فتضرر المستأجر ، لأننا نقول المنظور اليه حدوث المنفعة لا العقد على ما تقرر فلم يبق فيه تفريق الصفقة على أحد . وان كان العقد ثلاثاً جاز منه في عقد واحد وتفسخ في الباقي المعنى الذي ذكرناه

بقي بيان معرفة من يطلب هذا الفسخ في المدة الزائدة من القاضى هل يقال انه يطلبه ناظر الوقف أو المستأجر؟ أولاً يقتدر الى طلب أحد بل اذا دخلت المدة الزائدة تفسخ الاجارة فيها بنفس الدخول كالعذر الظاهر الذي لا يحتاج فيه الى فسخ الحاكم ، أم ذلك مفوض الى رأى القاضى بمعنى أن ينصب شخصاً فيدعى بالفسخ حسبة : الظاهر أن ذلك لناظر الوقف ولا يمنع منه كونه هو الذى باشر العقد ولا

يكون هذا تناقضا منه ، كما قال أصحابنا في الوصى اذا باع مال الصغير ثم ادعى انه باع ببغين فاحش تسمع دعواه ، فاقدامه على البيع لا يمنع دعوى الفساد، وكذا متولى الوقف اذا باع غلة الوقف ثم ادعى أنه باع ببغين فاحش تسمع دعواه وتناقضه هذا لا يمنع دعواه ذكر الفرعين الزاهدى فى القنية . فلنا هنا أن نقول ان الدعوى لناظر الوقف قياسا على الدعوى فى الغلة لان المنافع أبدا تقاس على الاعيان ولا شك أن الدعوى منه صحيحة لأنه يطلب منه تسليم المأجور كما فى الدعوى فى امضاء الفسخ فى الاجارة بالاعدار . ولا تصح من المستأجر لأنه لا يطلب بدعواه حقا منع منه ، اللهم الا أن يقال تصح منه الدعوى أيضا اذا كان عجل الاجرة عن المدة الزائدة ثم رفع ناظر الوقف الى القاضى فطلب منه الاجرة بحكم أن الاجارة فى المدة الزائدة مستحقة لفسخ التعذر المضى فيها كما قلنا فى الدعوى فى امضاء الفسخ فى الاجارة بالعدر اذا كانت من جهة المستأجر بهذا الطريق ، والحسبة لا تجرى هنا الا اذا كان الوقف منجزا على الفقراء محضا لله تعالى فانه يملك ذلك القاضى قياسا على بقية الحقوق المحضة لله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم . وهذه المسألة وقعت زمن قاضى القضاة صدر الدين سليمان وطلب ناظر الوقف لفسخ الاجارة من قاضى القضاة سليمان المذكور وحصل فيها اختلاف بين المشايخ فى ذلك العصر ورأى قاضى القضاة صدر الدين سليمان المشار اليه أن الفسخ يقع فى المدة الزائدة لافى مجموع مدة الاجارة ، وقال أيضا القاضى عماد الدين المذكور ان خاله قاضى القضاة صدر الدين على كان يروى ذلك واستثبت منه هذه الحكاية فثبت عليها وجزم بما قاله عن خاله المذكور ورواه عنه لى، وسألته عن المأخذ فقال لا أدري ولا ذكر لى خالى ذلك لاعن نفسه ولاعن الصدر سليمان وقصدت باثبات هذه الحكاية فى هذه المسألة حتى يعرف أن الذى قلته فيها سبقت اليه من هذين القاضيين الكبيرين وانها رأيا مارأيت

المسألة الخامسة من المتفرقات: اذا قال اشهدوا انى وقفت دارى التى فى محلة كذا على جهة كذا ولم يحددها هل يصح هذا الوقف أم لا ؟ وهل تقبل هذه

الشهادة أم لا؟ وتحرير الكلام في ذلك كله فنقول وبالله المستعان
 ذكر هلال في وقفه قال (باب الشهادة في الوقف) قلت: رأيت رجلا شهد
 عليه شاهدان أنه وقف أرضه ولم يحدها الشاهدان قال الشهادة باطلة. قلت:
 ولم؟ قال لانهما لا يدريان ماشهدا به ولا يدري الحاكم ما يحكم به وهذا عندنا
 كالجهول وهو كالبيع. قلت: رأيت ان حدها أحدهما ولم يحدها الآخر قال
 فالشهادة باطلة لا تجوز قلت: وكذلك ان حدها بثلاثة حدود قال فالشهادة جائزة
 في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وأما على قول زفر فالشهادة باطلة قلت: رأيت
 اذا قال الشاهد ان نشهد أنه وقف أرضه وحددها لنا ونسبنا الحدود قال فالشهادة
 باطلة لا تجوز. قلت: رأيت ان قال جميعاً لم يحدها لنا ولكننا نعرف الحدود
 قال فالشهادة باطلة لا تجوز قلت: وكذلك لو قال جميعاً لم يكن له بالبصرة الا تلك
 الارض قال نعم وهذا والباب الاول سواء قلت: ولو قالا أشهدنا في الارض
 وهو فيها انه قد وقفها ولم يحدها لنا قال فالشهادة جائزة قال ونكلف المدعى للوقف
 شاهدين على معرفة الحدود. وذكر في فتاوى قاضيخان قال: ولو شهد شاهدان
 أنه وقف أرضه ولم يحدها لنا ولكننا نعرف أرضه لا تقبل شهادتهما لعل للواقف
 أرضاً أخرى سوى التي يعرف الشاهدان، وكذا لو قالوا لا نعرف له أرضاً أخرى
 لم تقبل شهادتهما لعل له أرضاً أخرى وهما لا يعلمان، ولو قالوا أشهدنا على وقف
 أرضه وهو فيها ولم يذكر لنا حدودها جازت شهادتهما لأنهما شهدا على وقف
 أرض بعينها الا أنهما لم يعرفا الحدود فلم يتمكن الخلل في شهادتهما. ولو شهدا
 أن الواقف وقف أرضه وذكر الحدود ولكننا لا نعرف تلك الارض انها في اى
 مكان جازت شهادتهما ويكلف المدعى اقامة البينة أن الارض التي يدعيها هي
 هذه الارض.

وذكر في النخيرة: اذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يحدها
 الشاهدان فالشهادة باطلة وكذا ان حدها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة
 باطلة، وكذلك أن شهدا انه وقف أرضه التي في موضع كذا وقالوا لم يحدها لنا

فالشهادة باطلة . وقال الخصاصف الا أن تكون أرضا مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بانها وقف . وان شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وحدها لنا الا انا نسينا الحدود لم تقبل شهادتهما لانهما شهدا على انفسهما بالغفلة ، فان قالوا لم يحدها لنا ولكننا نعرف الحدود ، ذكر هلال أن القاضي لا يقبل شهادتهما . قال القاضي الاستاذ الكبير أبو زيد فتأويل هذا أنهما لم يبينا للقاضي أما اذا بيناه وعرفاه تقبل . وذكر الخصاصف في هذه الصورة : أني اجيز الشهادة وأقضي بالارض بمحدودها وقفنا وأقول للشهود سموا الحدود وأقضي بما يسمون وبمحدوده ، قال هلال وكذا لو قالوا لم يكن له في المصر الا تلك الارض لم تقبل ، وان شهدا انه حددها لنا ولكن لا نذكر الحدود التي حددها لنا فالشهادة باطلة وذكر الخصاصف في وقته في « باب الشهادة في الوقف » قال . قلت فما تقول اذا شهد شاهدان انه أقر عندهما أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وقالوا لم يحدها لنا قال الوقف باطل الا أن تكون أرضا مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بانها وقف قلت : فان حددها أحدهما وقال أقر عندي بهذه الحدود وقال الآخر لم يحدها قال الوقف باطل لا يجوز من قبل أني لا أقضي الا بأمر معروف بين . قلت : فان شهدا أنه أقر عندهما أنه وقف أرضه هذه أو داره هذه ونحن جيرانه ونحن نعرف حدودها ولم يحدها لنا قال اجيز الشهادة وأقضي بالدار أو الارض بمحدودها وقفنا وأقول للشهود سموا الحدود فأقضي بما يسمون وما يحدون . قلت : فان شهدا أنه وقفها وحددها لنا ولكن لا نذكر الحدود التي حددها لنا قال فالشهادة باطلة

وذكر في الخلاصة في الفتاوى مثل ما ذكر قاضيخان وقد قدمناه . وذكر في خزائن الاكمل : لو قال الشهود وقفها وحددها لنا ونحن قد نسينا حدودها أو قالوا ما حددها لنا لكننا نعرف حدودها أو قالوا لم يكن في هذا المصر الا تلك الارض لا تجوز هذه الشهادة . أما لو قالوا أشهدنا في الارض وهو فيها حين وقفها ولم يحدها لنا جازت اذا عرفوها

وذكر في الفتاوى الظهيرية : لو شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يجدها لنا ولكننا نعرف الحدود ذكر هلال أن القاضي لا يقبل شهادتهما . قال القاضي أبو زيد تأويل هذا أنهما لم يبيننا للقاضي أما إذا بيناه وعرفناه يقبل ذلك ، وذكر الخصاص هذا وقال أنا أجزى هذه الشهادة وأقضى بالأرض بحدودها وقفا وأقول للشهود سمو الحدود وأقضى بما يسمون . وإن كان الشاهدان يعرفان الحدود ولكنهما لم يعرفا الأرض لأنهما كانا غائبين عنها تقبل شهادتهما ويكلف القاضي مدعى الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان أن هذه الأرض بحدودها تلك الأرض التي شهد الشهود بوقفيتها . وإن شهدا أنه أدارنا على حدودها ووقفنا عليها ولكن لم يسم لنا حدودها قبلت شهادتهما . وذكر فيها أيضاً في «الدعوى والشهادات» ماصورته : قال ولو شهدا أن الدار التي في بلد كذا في محلة بني فلان تلاصق دار فلان ابن فلان هي بيد فلان المدعى عليه هذا لهذا المدعى لكننا لا نعرف حدودها ولا نقف عليها وقال المدعى للقاضي أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدود هذه الدار وأني بشاهدين يشهدان أن حدودها كذا وكذا ، اختلف جواب هذه المسألة في النسخ : ذكر بعضها أنه لا يقبل ولا يحكم بها المدعى لأن الشهادة الأولى في هذه المسألة ليست بحجة أصلاً بدون الشهادة الثانية فكان وجودها وعدمها على السواء . وكذلك القرى والخوانيت وجميع العقارات على هذا . وهذا كله إذا لم تكن الدار مشهورة فإن كانت مشهورة باسم رجل نحو دار عمرو ودار حريث بالكوفة ودار الزبير بالبصرة فشهد بها الشاهدان لأنسان ولم يذكرا الحدود لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وتقبل في قول صاحبيه . وأجمعوا على أن الرجل إذا كان مشهوراً كشهرة أبي حنيفة وابن أبي ليلى لا يحتاج فيه إلى ذكر الاسم والنسب

وذكر في متن البحر المحيط « نوع من مسائل التي تعود إلى الشهادة على الوقف » إذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يجدها الشاهدان فالشهادة باطلة . وكذلك إن حدها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة . وكذلك

لو شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وقالوا لم يجدها لنا فالشهادة باطلة .
وقال الخصاصف الآن تكون مشهورة تعنى شهرتها عن تحديدها . فان كان كذلك
قضيت باتها وقف وان حداها بحدين فالمشهور عن أصحابنا من قال اذا ذكرنا
حدين متقابلين تقبل . وان حداها بثلاثة حدود قبلت الشهادة عند علمائنا
الثلاثة . سئل الخصاصف ثقيل اذا قبلنا هذه الشهادة وحكمنا بثلاثة حدود كيف
يحكم بالحد الرابع قال أجعل الحد الرابع بازاء الحد الثالث حتى ينتهي الى مبتدأ
الحد الاول أى بازاء الحد الاول . وان شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع
كذا وحدها لنا الا انا نسينا لا تقبل شهادتهما ، وان قالوا لم يجدها لنا ولكننا
نعرف حدودها ذكر هلال أن القاضى لا يقبل شهادتهما . قال القاضى ابو زيد
تأويل هذا انهما لم يبيننا للقاضى اما اذا بينا له وعرفاه يقبل ، وذكر الخصاصف في
هذه الصورة أنى اجيز الشهادة وأقضى بالدار والارض بحدودها وقفنا وأقول للشهد
سموا الحدود واقضى بما يسمون ويحدون ، قال هلال وكذا لو قالوا لم يكن له في
المصر الا تلك الارض لم يقبل . فأما اذا قالوا اشهدنا أنه وقف هذه الارض وهو
فيها ولم يجدها لنا فالشهادة جائزة اذا كانا يعرفانها ، وان شهدا انه حداها لنا ولكننا
لا نذكر الحدود التي حداها لنا فالشهادة باطلة وان كانا يعرفان الحدود ولكنهما
لا يعرفان الارض لأنهما كانا غائبين عنها تقبل شهادتهما ويكلف القاضى مدعى
الوقف أن يقيم البينة ان هذه الارض بحدودها هي تلك الارض التي شهد الشهود
بوقفيتها وان شهدا انه ادارنا على حدودها ووقفنا عليها ولكن لم يسم لنا حدودها
قبلت شهادتهما

وذكر في شرح مجمع البحرين في الدعوى قال وان كان عقارا فتحديده في
الدعوى والشهادة شرط واكتفيا بالشهرة في المشهور . وذكر الحدود باسماء
اصحابها والسابهم الى الجدد شرط عند أبى حنيفة لتعلق تمام التعريف بذكر
الحدود وهذا هو الصحيح الا أن يكون الرجل الذي ينسب اليه الحد مشهورا
فيكتفى بذكره لحصول المقصود . وهذا بخلاف ما اذا كان العقار مشهورا في نفسه

فلا يستغنى بشهرته عن تحديده عند أبي حنيفة خلافا لها فانهما اعتبرا شهرة العقار
 بشهرة الرجل في الحد وأبو حنيفة راعى فائدة التحديد وهو دفع وقوع المنازعة
 في الحد بزيادة أو نقصان بخلاف الرجل ، ويشترط التحديد في الشهادة كما يشترط
 في الدعوى لتطابق الشهادة الدعوى ولتكون الشهادة بين المدعى وليس ذلك الا
 بالتحديد . وذكر في فتاوى قاضيخان ايضا في الدعوى قال : اذا ادعى محدودا
 وذكر الحدود الاربعة وقال الشهود نحن نعلم حدودها اذا ذهبنا اليها وتفتتمة
 ولكن لانعرف جيرانها ولا نعرف أسامي الجيران قال الشيخ الامام شمس الأئمة
 الحلواني هنا مسائل ثلاث . أحدها ان يقول الشهود لهذا المدعى دار في محلة كذا
 في سكة كذا تلاصق دار فلان في زققة كذا غضبها هذا المدعى عليه وانها في
 يده بغير حق ولم يذكروا حدودها أو قالوا لا نعلم حدودها وجاء المدعى بشهود
 آخرين شهدوا بحدودها فان القاضي لا يقضى للمدعى لان الذين شهدوا بالملك لم
 يشهدوا بالحدود والذين شهدوا بالحدود لم يشهدوا له بملك الدار ، والمسألة الثانية .
 لو قال الشهود نحن نعلم حدودها أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا
 والرابع كذا ولكن لا ندرى أتوافق الحدود التي سميناها دعوى المدعى وهل
 هذه الحدود حدود تلك الدار فانا تحملنا الشهادة بهذه الحدود وسمى لنا حدودها
 هذه الحدود وأقر البائع بهذه الحدود ولكن مارأيناها ولا مررنا بتلك المحلة
 ولانسكنها (واكثر ما يكون تحمل الشهادة على الدار والارض على هذا الوجه
 يسمى البائع حدودها والشهود يتحملون الشهادة بتعريف البائع) وفي هذه المسألة
 القاضي يبعث أميين الى الدار لينظرا الى الدار والى هذه الحدود هل هي حدود
 تلك الدار ؟ فان وافق قضى بها للمدعى اذا رجعا اليه وشهدا عنده أن حدودها
 هذه الحدود وان خالف لا يقضى . واما المسألة الثالثة . اذا قال الشهود ان لهذا
 المدعى دارا في محلة كذا نعرف حدودها اذا قمنا عند حيطانها ونشير أن أحد
 حدودها الى ههنا والثاني الى ههنا والثالث الى ههنا والرابع الى ههنا ولكن لا نعلم
 جيرانها قال اذا اراد القاضي ان يقضى للمدعى يأمر الشهود بان يذهبون الى

الدار ويبحث معهم شاهدين أو أميين من أمنائه ويدينوا الحدود للاميين ثم يتعرف الأئمين جيرانها ويسألوا أساميهم فاذا رجعوا الى القاضي وشهد أميناه أن الشهود يبنوا حدود الدار وأشاروا اليها وانا تعرفنا عن جيرانها فوجدنا دار فلان وفلان وفلان وفلان في سكة كذا فان القاضي يقضى بشهادة الشهود الذين شهدوا بملك الدار للمدعى. وان قال الشهود نشهد أن الدار التي تلاصق دار فلان ابن فلان لهذا المدعى أو قالوا الدار التي بين دار فلان وبين دار فلان لهذا المدعى لا يلتفت الى شهادتهم لانهم ذكروا حدين وذلك لا يكفي . فان كانت الدار مشهورة باسم رجل ولم يذكر الشهود حدودها لا تقبل شهادتهم في قول ابي حنيفة وكذا القرية والارض والخانوت ويجوز في قول ابي يوسف ومحمد . وأجمعوا على ان الرجل اذا كان مشهوراً لا يشترط في تعريفه ذكر الاسم واللقب انتهى كلاًه

قلت هنا مسائل لا تخرج عن صور سبع « ١ » فصورة لم يحددها لهم وهم ذا كرون الحدود عالون بمجلها « ٢ » وصورة حددها ونسوا الحدود « ٣ » وصورة لم يحددها أصلاً وهم يعرفونها « ٤ » وصورة لم يحددها وهم يعرفون حدودها « ٥ » وصورة لم يحددها لكنه وقفها وهو والشهود فيها « ٦ » وصورة حددها وهم يعرفون الحدود لكنهم لا يعرفون مكانها « ٧ » والصورة السابعة استغنوا عن ذكر الحدود لشهرتها الشهيرة التي تغني عن التحديد . وهذه الصور كلها انما يحتاج اليها عند انكار الواقف أو ورثته ، أما اذا كان الواقف حياً معترفاً فلا يحتاج اليها فان الواقف قادر على التحديد وكذلك وارثه

أما الصورة الأولى فالوقف صحيح والشهادة جائزة ويجب العمل بها في وقفها وأما الصورة الثانية اتفق هلال والخصاف وبقية من نقلنا عنه أن الشهادة فيها باطلة ومعناه لا يجوز العمل بها لانها شهادة بالمجهول لا تصح لأن الوقف ليس بصحيح في نفسه بل هو صحيح لكنه لم يمكن ثبوته بالبينه لما قلنا وسيأتي الكلام فيها ان شاء الله تعالى أبسط من هذا في الصورة الثالثة

وأما الصورة الثالثة فقال الخصاف فيها الوقف باطل إلا أن تكون شهيرة تغني

شهرتها عن تحديدها فان كان ذلك قضيت بأنها وقف . وقال فيها هلال الشهادة باطلة . وقال في متن البحر المحيط الشهادة باطلة . وقال قاضيخان انها لا تقبل وزاد والشهود يعرفونها . وقال في الذخيرة الشهادة باطلة وذكر ما قاله الخصاص بعبارته ، ولا شك أن الذي قاله الخصاص يحتاج الى تأويل ولا يجوز العمل بظاهره ، وذلك لأن الوقف لا يشترط لصحته التحديد في نفس الامر بل يصح بقول الواقف وقت دارى على كذا وتصير وقفا وان لم يذكر الحدود أصلا واذا أنكر الوقفية وباعها أتم ولا يجوز الحكم بابطال الوقف بمجرد قول الشهود لم يحدھا لنا ولا نعرفھا ولا هي مشهورة فاذا كان كذلك وجب تأويل قول الخصاص « الوقف باطل » بمعنى الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره وهذا مما يجب الاعتناء به والتمعن لفهمه ، فمن وقف على كلام الخصاص هنا ممن يكون من أهل الفتوى أو من قضاة الاسلام فلا يجوز له أن يقى بهذه العبارة ولا يحكم ببطلان الوقف بمجرد ذلك فانه خطأ والعبارة واجبة التأويل ، فاذا وقعت هذه المسألة عند الحاكم الحنفى المذهب فجزابه فيها أن يقول للشهود اذهبوا فان شهادتكم لا تفيد شيئا ولا هي صحيحة ويقول للواقف ان كان حيا أو لورثته ان كان الامر كما ذكر الشهود فلا يحل لك انكاره ولا يجوز لك بيعه ولا اخراجه عن الوقفية ولا تعتمد على قولى للشهود ان شهادتهم لا تفيد شيئا ولا هي صحيحة . وليحذر كل الحذر من أن يقع منه حكم ببطلان الوقف مستندا الى عبارة الخصاص التي قدمناها لما قدمناه من القول بوجوب تأويلها . وللقول بالتأويل وجوه . الأول أنه يحتمل صدق الشهود فيما قالوه وهو معروف عند الواقف وعدم ذكره للحدود لا يمنع من صحة الوقف عنده . الثانى لاحتمال أن تقوم بينة أخرى بالتحديد والوقفية . الثالث لاحتمال رجوع الواقف عن الانكار الى الاعتراف فيتبين خطأ الحاكم وبطلان الحكم بعد ذلك فلندا قلنا لا يجوز الحكم ببطلان الوقف ولأن التحديد ليس من شرائط صحة الايقاف بل من شرائط صحة ظهوره فى الخارج عند الحاكم فاذا تعذر ظهوره عند الحاكم لا يقال ببطلانه كما اذا تعذر ثبوت النزكية للشهود الدين مع انكار الخصم لا يجوز الحكم ببطلان الدين كذا هنا

ونظائره كثيرة. وقد وقع بعض القضاة فيما نهينا عليه ونهينا عنه فنسأل الله السلامة والعصمة. هذا مما يجب على القاضي أن يعمل به. فأما فيما يتعلق بجواب المفتي في هذه الحادثة إذا سئل عنها فجاوبه فيها أن يكتب لا تصح هذه الشهادة والحالة هذه ولا يلزم من عدم صحتها بطلان الوقف أن يكن حصل والله اعلم. وكذا ما نهيت على جواب المفتي أيضاً إلا لفائدة وهي ان القاضي اذا رأى خطه بأنه لا تصح الشهادة قد يقع في قلبه أن الوقف باطل فيبطله فلهدنا زدت عليه ولا يلزم الى آخره. واما ما قاله هلال وغيره فهو ظاهر لا كلام فيه وزيادة قاضيخان يأتي الكلام عليها ان شاء الله تعالى في الصورة الرابعة. واما قول الخصاصف «الا أن تكون مشهورة شهرة تغني عن التحديد» فهو على الخلاف فيه بين الامام وصاحبيه على ما يأتي بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى

واما الصورة الرابعة وهي التي لم يذكر الواقف للشهود حدودها ولكنهم يعرفون الحدود وقد قال هلال فيها ان الشهادة باطلة لا تجوز وكذا قال لو لم يكن له بالبصرة الا تلك الارض وجعله والباب الاول اى المسألة التي تقدمت سواء. وقاضيخان أتى بلفظ يعرف ارضه مكان يعرف الحدود وهو مثله لانه يلزم من معرفة الحد معرفة الحدود واجاب فيها قاضيخان بان الشهادة لا تقبل: وصاحب النخيرة قال عن هلال ان القاضي لا يقبل شهادتهما وتقل عن القاضي ابي زيد الشروطي انه أول قول هلال بأنه محمول على انهما لم يبيننا للقاضي أما اذا بيناه وعرفاه تقبل. وكذا نقله صاحب البحر المحيط عن القاضي ابي زيد المذكور وحكي كلام الخصاصف كما قدمناه وكأنه هو الذي أوجب للقاضي ابي زيد تأويل كلام هلال وهو سهو منه ولا يحتاج كلام هلال الى تأويل فأن المسألة التي صورها هلال وأجاب فيها غير المسألة التي ذكرها الخصاصف وما ذاك الا ان الصورة التي قالها هلال هي اذا قال لم يحدها ولكننا نعرف الحدود والصورة التي ذكرها الخصاصف قال قلت فأن شهدا انه اقر عندهما انه وقف ارضه ووقفنا عليها او داره هذه ونحن جيرانه ونحن نعرف حدودها ولم يحدها لنا. ولا شك ان هذه الصورة غير التي

قالها هلال بل لا تشابهها اصلا بل قال هلال في الصورة التي ذكرها بعدها بمثل ما أوجب الخصاص وتلك تشابه هذه وليست الصورة التي ذكرها هلال محتاجة الى تأويل وما ذلك الا أن الواقف لما لم يحدد الدار وقت الاشهاد وذكر مثلا محلته ووقع عند الشهود انها هي الدار التي يعرفونها أو يعرفون حدودها من غير أن يحددها ومن الجائز أن يكون له دار أخرى في تلك المحلة سوى هذه فكان معرفة الشهود بناء على ظنهم وحدسهم لاعلى تحديد من الواقف فلهمنا لا تقبل شهادتهم، فأما الصورة التي ذكرها الخصاص فليس فيها شيء من ذلك فانه قال «ووقفها عليها أو داره هذه» وأتى بالاشارة وكأن الواقف لما أشهدهم على الوقفية كانوا جميعا عند الدار عيانا فأمن حينئذ هذا الالتباس فلهمنا قال الخصاص اجيز الشهادة واقضى بالدار والارض وقفا . وهلال يوافقه ايضا في هذه الصورة فانه قال فيما نقلناه عنه «ولو قالوا أشهدنا في الارض وهو فيها أنه قد وقفها ولم يحددها لنا قال فالشهادة جائزة اذ كانا يعرفانها» . فالذي أوله القاضي أبو زيد ليس هو موضع تأويل وكيف يحسن قوله « هذا اذا لم يبيننا للقاضي أما اذا بينا له وعرفاه فيقبل» وهلال ذكر صورتين أما لو لم يذكر الصورة الاخرى كان يحسن ذلك اما بعد ذكره للصورة الاخرى لا يكون مراده تصويرا واحدا وحاشا هلالا أن ينسب اليه هذه الغفلة التي لا تقع من آحاد الفقهاء فكيف من هلال . فتلخص لنا من هذا كله أن الحق في المسألة أن جواب هلال ظاهر لا يحتاج الى تأويل وأن جواب الخصاص كذلك أيضا ولا مخالفة بين ما ذكره الخصاص وهلال . ومما يؤيد قولهما تأكيذا قول هلال «وكذا لو قال لم يكن بالبصرة سوى تلك الدار» ومع هذا يقال ان الشهادة باطلة فعلمنا من هذا أن مراده بقوله « لم يحددها لنا ولكننا نعرف حدودها» أي نعرف حدودها من خارج لا أننا وقفنا نحن وهو فيها ووقفها بحضورتنا فيها لان تلك الصورة قالها بعدها وقال ان الشهادة جائزة فزال ما توهم القاضي ابو زيد من التأويل والله الحمد

وأما الصورة الخامسة وهي التي لم يحددها الشهود ولكن وقف وهو وهم فيها

وهذه الصورة ظاهرة والأجوبة فيها متفقة ووجهها بين لأنها شهادة على أرض بعينها وعدم معرفتهم للحدود لا يؤثر خلافاً في شهادتهم، وقول الخصاص فيها «وأقول للشهود سموا الحدود فأقضى بما يسمون ويحدون» وفائدته لأجل الحكم في الغيبة عن الدار والكتابة بالحكم حتى لو كان الحاكم والشهود عند الدار فإنه لا يحتاج إلى التحديد ويجوز له أن يقضى بوقفيتها من غير ذكر الحدود لأن صفة الحضرة لا يحتاج فيها إلى تحديد في الغائب كما أن القاضي لا يعمل في أمر الغائب إلا بعد ذكر اسمه واسم أبيه وجده ولو كان حاضراً ألزمه بالحق وإن لم يعرف اسمه أصلاً فهذا معنى قول الخصاص أقول للشهود حدودها لأن شهادتهم الأولى غير معتبرة مطلقاً وإنما صارت معتبرة بذكر الحدود.

وأما الصورة السادسة وهي ما إذا كان قد حددتها لهم ولكنهم لا يعرفون مكانها وهم ذاكرون أسماء الحدود وهذه الصورة أيضاً الشهادة فيها جائزة ويكلف المدعى بينة على التشخيص بأنها هذه الأرض وهي ظاهرة والأجوبة فيها متفقة وأما الصورة السابعة فهي مسألة معروفة مشهورة إن المكان إذا كان مشهوراً شهرة تغني عن التحديد فوقفه مالكة أو باعه أو شهدوا فيه بنصب أو بنوع من أنواع الانتقالات قالوا وشهرته تغني عن تحديده ولم يحدده ففي المسألة خلاف بين الإمام الأعظم أبي حنيفة رحمه الله وبين صاحبيه فعنده لا يكتفي بذلك بل لابد من التحديد وعندها يكتفي به، وقال في شرح المجمع وفي الهداية وهو الصحيح أي قول الإمام. فالجواب الذي قاله الخصاص خرج على قولها. أما لأنه اختاره أو لأجل الوقف لكونه قرية. وهذا آخر ما قصدته وحررته في المسألة والله الحمد أولاً وآخراً كما يجب ربنا ويرضى

المسألة السادسة من المتفرقات: إذا وقف ضيعة وقال خلا ما فيها من المساجد والمقابر ولم يحدد المساجد ولا المقابر ولا الأرض الموقوفة على المساجد فهل يصح هذا الوقف أم لا؟ وهل يكون عدم تحديده المستثنى مفسداً للوقف لأنه مجهول واستثناء المجهول لا يصح؟ وهل يكون الشراء في ذلك بمنزلة الوقف؟ أعني إذا اشترى ضيعة

وحددها ثم قال خلا ما في ذلك من مسجد الله تعالى ووقف عليه ومهجرة برسم دفن موتى المساكين كما يفعله المؤمنون ولم يحدد المستثنى وتحرير الكلام في ذلك كما. وهذه المسألة هي التي وقعت في سنة إحدى وخمسين وسبعائة وحصل فيها النكار من قاضي القضاة عز الدين بن جماعة الشافعي بالديار المصرية على قاضي القضاة تقي الدين السبكي الشافعي به مشق وسبب ذلك انه اشترى الأمير سيف الدين طاز قرية ببلاد السواد وكتب بها كتابا على العادة وثبت على قاضي القضاة تقي الدين المشار اليه وحكم بها ثم جهزه الى الامير سيف الدين المذكور فارسله الى قاضي القضاة عز الدين بن جماعة لينفذه فقال قاضي القضاة عز الدين هذا التبابع ما هو صحيح لان المستثنى غير محدود ولكن ارسل الى دمشق حتى يحددوا المستثنى وثبت حدوده عند القاضي الذي اثبت الكتاب ثم هكذا نأعود أنفذه. هكذا بلغني من له اطلاع على القضية فأرسل الامير المشار اليه الى نائب الشام يسأل منه أن يعل ذلك فارسل النائب الى قاضي القضاة تقي الدين السبكي وعرفه ماجرى فقال الصواب ما فعلته أو معنى هذا الكلام ولا يحتاج الى تحديد المستثنى والتبابع صحيح وحصل بينهما كلام في ذلك. والذي رأيت منقولاً عن الاصحاب في هذه المسألة هو ما يأتي ذكره ان شاء الله تعالى فأقول وبالله الاستعانة

ذكر في الفتاوى الظهيرية الكبرى في كتاب الدعوى والمحاضر والسجلات منه قال : وان كان المبيع قرية فان لم يكن شيء منهما مستثنى كتبت جميع القرية الخالصة المدعوة كذا قال وان كان شيء مستثنى كتبت بعد الفراغ من ذلك قبل ذكر الثمن الا ما فيها من المساجد والمقابر والطرق النافذة والاقواف والحياض العامة ولا بد من تحديد المستثنى حتى يقع به الامتياز وما يكتب في زماننا في تحديد المستثنى حدوده الاربعة لزيق أراضي دخلت في هذه الدعوى لا يصح لأنه لا يقع به الاشارة وقد وقع هذا في زمن والذى رحمه الله وأجاب قال لا يصح التحديد على هذا الوجه لأنه لا يقع به التمييز، وقيل له اذا كانت الأرض المبيعة محيطة بالمستثنى كيف يحدد المستثنى حتى يقع به التمييز قل رحمه الله يذكر الكاتب في التحديد نهراً

يكون بقرب هذا المستثنى أو شجرا بحيث يقع به التمييز وما يكتب في زماننا
« وقد عرف هذان العاقدان جميع ذلك وأحاطا به علما وخبرة » فقد استرذله بعض
الناس وهو المختار لان المبيع لا يصير به معلوما للقاضي عند الشهادة فلا بد من
التعيين اه كلام صاحب الفتاوى الظهيرية

وذكر في القنية في باب « ما يتعاق بالمقابر والمساجد والطرق الداخلة في الوقف »
(قع) رعية وقفت واستثنيت منها مساجدها ومقابرها لكانها لم تحدد فاشترى رجل
أرضا منها فادعى الموقوف عليه فساد الشراء وبطلان الوقف بسبب عدم تحديده
المستثنيات وادعى المشتري صحته وبطلان الوقف وحكم الحاكم بصحة البيع
وفساد الوقف ينفذ الحكم (سم صح) ينفذ البيع وانما يبطل الوقف ان لم يكن
محكوما به (صح) وقف رعية يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرق
والمساجد والحياض العامة (قع) لا بد من ذكر حدودها (سم) لا بد من ذكر
الحدود ان أمكن (شئ) لا يصح الوقف بدون الحدود (كح كص كصب)
وبقية أئمة خوارزم وقف أراضي المملوكة على أولاده وأولاد أولاده وقفا لازما
مع شرائطه وكان في حدودها ارض مسبلة الى قنطرة نهر عام وهذه مسبلة قديمة
معلومة حدودها معروفة مشهورة عند أهل الرعية أو الواقف والموقوف عليهم وحكم
الحاكم بنفاذ هذا الوقف ولم يستثن هذه المسبلة لشهرتها عند الناس يصح هذا
الوقف . قلت فتحرر لنا من كلام صاحب الفتاوى الظهيرية والقنية انه لا بد من
تحديد المستثنى على هذا اتفقت اجوبة المشايخ رحمهم الله، فما نقله في القنية من انه
لا بد منه من غير أن يقيد بشيء وفي (سم) « ان أمكن » معناه ان كان الذي
الى جانب المسجد والمقابر؟ وأمکن التحديد به بان يكون مثلا هناك حجر كبير
ثابت أو جبل أو شجرة عظيمة بحيث يقع به التمييز اما اذا لم يكن هناك شيء مما
يمكن أن يحصل به فلا يفتقر الى التحديد فهذا هو المراد من قوله « ان أمكن »
لان المراد ان كان البائع أو المشتري أو أحد من اهل القرية لا يعرف حدود
المساجد والمقابر فيجعل الشهود هذا عذرا في عدم التحديد ويتركون تحديده

المستثنى ويظنه من وقف عليه من الفقهاء الضعفاء ان هذا يؤخذ من قوله ان أمكن ويجب أن يعنى بهذا الذى ينسبته فانه موضع يقع فيه من لم يكن له قوة النظر والاستنباط . ولا شك أن اشتراط التحديد اعنى تحديد المستثنى مما هو موافق للقواعد فان استثناء المجهول لا يصح ولا يختص هذا بالبيع والوقف بل بهما وبالاجارة وبكل ما يلحق بهذه الاحكام كالرهن مثلاً والهبة وما يشابه ذلك فان العلة شاملة وهى الجهالة . والعجب من القضاة المتقدمين فى ديارنا فأنهم ما اعتبروا هذا القدر ولا فعلوه فى كتب الاوقاف فى زمن نور الدين الشهيد ولا فى التبايعات والا حسن أن يحمل حالهم على أنهم مالوا الى ما نقله فى الفقيه عن (شم) «ان أمكن» فكانهم لم يجدوا ما يحصل به التمييز من الامارات التى ذكرناها وله وجه لان فيه ضرورة وفى الضرورة يتساهل فيها مالا يتساهل فى غيرها فان الاتبايعات لا يمكن سد بابها وكذلك الاوقاف فلهذا نقول أنهم لم يحددوا المستثنى لانه كان يمكنهم وتركه من غير ضرورة فالذى يجب على القاضى أنه اذا قدم اليه كتاب تبايع قرية أو وقف أو ما شاكل ذلك ولم يذكر فيه تحديد المستثنى فإنه لا يشته حتى يقين له ان ذلك مما لا يمكن تحديده ولا يسمع شهادة على هذا فانها شهادة على النفي وليست من الاحكام التى يقبل فيها بل طريقه أن يكون يعلم ذلك بنفسه ، هذا كله على قول من قال ان أمكن واما على قول البقية فلا يثبت اصلاً ، ولو قيل انه ينبغى ان يحمل كلام من اطلق على هذا التقييد لكان له وجه للمعنى الذى قدمناه. ثم رأيت قد ذكر فى الخلاصة فى الفتاوى ما صورته : قال الامام السرخسى يشترط فى استثناء المساجد والمقابر والحياض وطريق العامة ونحوها فى شراء القرية الخالصة ان يذكر حدود هذه الاشياء ومقاديرها طولاً وعرضاً وكان يرد المحاضر والسجلات والصكوك التى فيها استثناء هذه الاشياء مطلقاً من غير بيان الحدود ، وقال السيد الامام ابو شجاع لا يشترط ذكر الحدود لهذه الاشياء قال رضى الله عنه ينبغى هذا سهيلاً على الناس تم كلامه . وفى فتاوى ركن الاسلام على السعدي مثله والله اعلم

المسألة السابعة من المتفرقات : اذا وقف على اولاده وأولاد اولاده ونسله

وعقبه بطنا بعد بطن هل يكون هذا الوقف مرتبا يعني أن أولاده لصلبه يختصون به وخدمهم ماداموا أحياء ولا يشاركونهم أولادهم ومن أسفل منهم من البطون وكذا أيضا في أولادهم إلى آخر النسل والعقب كذلك ويكون بمنزلة قوله ثم من بعدهم على أولادهم أم لا يمنع من التشريك وتحرير الكلام في ذلك وهذه المسألة وقعت سنة ثلاث وخمسين وسبعمائة في كتاب وقف المزرعة العسرونية بدمشق وعقد لها مجالس وذكرتها في درسي بالمدرسة الريحانية داخل دمشق المحروسة وصنفت فيها مصنفا على حدة سميتها (بإيضاح الاسرار الخفية في كتاب وقف المزرعة العسرونية) ثم أني اخترت أن أثبتته في كتابي هذا وهو بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما شهد به الشهود الثابتة خطوطهم واسماؤهم آخر هذا المسطور وهم من أهل العلم والخبرة الباطنة بما يشهدون به شهادة علموا صحتها وتحققوا معرفتها لا يشكون فيها ولا يرتابون بها أنهم يعرفون القاضي الأجل قاضي القضاة نحر الدين أبا حامد محمد بن قاضي القضاة شرف الدين أبي سعيد عبد الله بن محمد بن هبة الله بن أبي عصرون معرفة جامعة وأنه وقف على ابنه محبي الدين عمر وعماد الدين عبد الله بن قاضي القضاة نحر الدين أبي حامد محمد المسمى أعلاه بينهما بالسوية نصفين جميع الأراضي المزراع اللواتي من أراضي قرية بلدان وحددهن وقفنا مؤبدا وحبسا لوجه الله الكريم محرما أيام حياتهما أبدا ما عاشا ودأما ما بقيا ثم على أولادهما من بعدهما وأولاد أولادهما ونسلهما وعقبهما من بعدهما أبدا ما تناسلوا بطنا بعد بطن على ما عينه الواقف المسمى أعلاه فاذا انقضوا بأسرهم وخلت الأرض منهم عاد ذلك وقفنا على الفقراء والمساكين يعرف الشهود صحة ذلك ويخبرون به ويشهدون أن الواقف المذكور لم يزل مالكا حائزا مستحقا لجميع هذه الأراضي المزراع المحدودات والمياه المختصة بهم ملكا صحيحا وحيازة تامة متصرفا فيهن تصرف المالكين الحائزين المستحقين وتاريخه العشر الأوسط من ذي القعدة سنة ست وعشرين وستمائة وثبت هذا المحضر على قاضي القضاة صدر الدين الشافعي في يوم الأحد لخمس مضين من ذي القعدة سنة إحدى وخمسين وستمائة بشهادة شاهد أصل وثلاثة شهداء على شهادة

بدر الدين بن يوسف الفارقي وحكم بما ثبت عنده مع بقاء كل ذي حجة على حجته
ونفذه بعده قاضي القضاة شمس الدين عبد الله بن عطاء الحنفي وبعده قاضي القضاة
حسام الدين الشيرازي ونفذ تنفيذ حسام الدين قاضي القضاة تقي الدين سليمان الحنبلي
وفيه أنه ثبت عندنا ايضاً مضمون المحضر وهو متضمن معرفة شهوده لمحبي الدين عمر
ابن قاضي القضاة نحر الدين الواقف أحد الأخوين الموقوف عليهما وشهادتهم أنه
توفي وأعقب ولدين شرف الدين محمداً وأمة الرحيم لم يترك عقباً سواهما ويشهدون
أيضاً ان الأختين الشقيقتين ملكة وفاطمة بنتي زينب بنت عماد الدين عبد الله
الموقوف عليه المثنى بذكره في كتاب محضر الوقف وأن زينب المذكورة لم تترك
عقباً سواهما وأن الأخوين شرف الدين محمداً وأمة الرحيم والأختين ملكة وفاطمة
من نسل الأخوين محبي الدين وعماد الدين حسبما تضمنه وهو مؤرخ بالعشر الأخير
من شهر رجب سنة اثنتين وسبعائة. فلما تكامل ذلك سأله الخادم الحكم بمضمون
كتاب المحضر المذكور وبانتقال نصيب كل واحد من الأخوين محبي الدين عمر
وعمد الدين عبد الله المذكورين من الوقف وهو النصف منه الى ولده ثم الى ولد
ولده وباستحقاق الأختين فاطمة وملكة لنصف الموقوف وهو النصف الموقوف
على جدهما عماد الدين عبد الله واختصاصهما به بينهما بالسوية نصفان دون
الأخوين شرف الدين محمد وأمة الرحيم المذكورين وكذا عم أمهما زينب
المسماة بحكم حصر عقب عماد الدين عبد الله في ابنته زينب ووفاتها ولا ولد لها
سوى ابنتها ملكة وفاطمة فتأمل ذلك ورأى مشاركة الأخت مع الأخوين
محمد وأمة الرحيم المذكورين في الموقوف المعين واختصاص الأختين بالنصف
الموقوف على جدهما لأمههما عماد الدين عبد الله ورأى الحكم بذلك وبدخولهما في
أولاد الأولاد مع علمه باختلاف العلماء في ذلك وحكم بمضمون كتاب المحضر
المذكور وبانتقال النصف الموقوف على عماد الدين عبد الله الى ابنته
الأختين المذكورتين لشبوت حصر عقبه في ابنته زينب ووفاتها وحصر ولدها في
ابنتها الأختين المذكورتين ولكونه يرى أن بنات البنات من أولاد الأولاد

وقضى بذلك وألزم بمقتضاه وتاريخه سنة اثنتين وسبعمائة . ونفذ تنفيذ تقي الدين سليمان وماحكم به ولده عز الدين زمن ولايته نيابة وتاريخه في رمضان سنة اثنتين وسبعمائة ونفذ تنفيذ عز الدين صدر الدين الداراني في صفر سنة سبع وسبعمائة وعمل بعدية مضمونها أنه حكم بتشريك محمد واخوانه عروس ونسب ومحمودة وزينب أولاد فاطمة بنت زينب بنت عماد الدين عبد الله أحد الموقوف عليهم مع والديهم فاطمة المذكورة وعمل بعدية أخرى مضمونها أنه ثبت عنده وفاة شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر ابن الواقف وأنه خلف ابنتيه سيدة وأمة الرحيم لم يخلف عقباً سواهما وأن شرف الدين هو ابن عمر عم والدة فاطمة بنت زينب بنت عماد الدين عبد الله وأن فاطمة المسماة لها من الولد محمد واخوانه المذكورون أعلاه الخمسة وحكم بتشريك الاخوة الخمسة المذكورين في الموقوف المعين مع الأختين المذكورتين سيدة وأمة الرحيم ابنتي شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر الموقوف عليه ومع خالتهم ملكة بنت زينب المذكورة ونفذ ما عمله الداراني نجم الدين الدمشقي وعمل الدمشقي بعدية مضمونها أنه ثبت عنده ان لمحمد بن فاطمة بنت زينب ولداً يسمى علياً ولأخته نسب بنت تدعى ماما ومحمودة بنت تدعى اسن ولزينب ولد يدعى أبا بكر وأنه حكم بتشريك من سعى من هؤلاء مع أصولهم ومع من عين من المستحقين ونفذ ما عمله الدمشقي شرف الدين الحنبلي ابن الحافظ وحكم بتشريك احمد وفاطمة ولدي محمودة وعلي بن زينب وخلة بنت صلاح الدين يوسف وملكة بنت خلة مع أمهاتهم ومع صلاح الدين يوسف المذكور والدخلة ومع من عين من بقية المستحقين للوقف المذكور وباستحقاق المذكورين ذلك مع بقية المستحقين المشار اليهم بأعلى هذا الكتاب وتناولهم ذلك على حكم التشريك ونفذ برهان الدين الدرعي تنفيذ ابن الحافظ وحكمه ونفذ تنفيذ الدرعي شهاب الدين الدرعي الشافعي وحكم الدرعي بمثل ما حكم الدمشقي ونفذ شهاب الدين الشافعي البعلبكي وبعد البعلبكي القاضي علاء الدين ابن العز الحنفي فتكمل المحكوم لهم بهذه الأحكام أربعة وعشرين نفساً بعد من مات من المحكوم لهم على شهاب الدين البعلبكي

مقتى دار العدل ثم مات منهم عشرة أنفس ولم يحكم بانتقال نصيبهم الى أحد وهو
الربع والسادس من الوقف وبقي من المحكوم لهم الآن أربعة عشر نفسا منهم سيدة
بنت شرف الدين محمد بن محبي الدين عمر ابن الواقف أحد الموقوف عليهما وهي
التي شملها حكم التقي سليمان وبناتها فاطمة وملكة وسعلى بنت أمة الرحيم أخت
سيدة المذكورة وأحمد وخلة ولدا يوسف بن ملكة بنت زينب بنت عماد الدين
عبد الله ابن الواقف وعلى بن محمد بن فاطمة المذكورة أعلاه وبنته أسن ونسب
بنت فاطمة المذكورة وبنها ماما وزينب بنت فاطمة المذكورة وابنها على وعروس
بنت فاطمة المذكورة أحد الاخوة الخمسة المذكورين أعلاه وأسن بنت محمود
بنت فاطمة المذكورة . فسيدة بنت شرف الدين محمد بن محبي الدين عمر ابن
الواقف أعلاه وبعدها في الطبقة الثانية بنتها ملكة وفاطمة وبنت أختها سعلى
بنت أمة الرحيم وزينب وعروس ونسب بنات فاطمة أم الخمسة . والطبقة الثالثة
سنة أنفس أحمد وخلة المذكوران وماما المذكورة وعلى بن زينب وعلى بن محمد
وأسن بنت محمود . والطبقة الرابعة أسن بنت على بن محمد بن فاطمة لاغير فالى
من ينتقل نصيب من توفى وهو ربع الوقف وسدسه والذين توفوا العشرة
المذكورون وهم فاطمة بنت سيدة بنت شرف الدين المذكورة وأخت سيدة ولدهما
أمة الرحيم المذكورة وابن أمة الرحيم عمر وصلاح الدين يوسف بن ملكة
المذكورة وابنه أحمد ومحمودة بنت فاطمة بنت زينب وولداها أحمد وفاطمة
وأحمد وبيرم ولدا على بن محمد بن فاطمة لاغير .

الكلام في هذه المسألة يفتقر الى نقل الحكم في قول الواقف وقفت على
أولادى وأولاد أولادى وسلام بطنا بمد بطن وما يتحرر من كلام الأصحاب
في ذلك وهل هو يقتضى الترتيب أم لا يمنع من التشريك وهل ترتيبه ترتيب
كل شخص بأبيه خاصة أم بأبيه ومن في درجة أبيه واذا تقرر لنا ذلك فالكلام
فيها حينئذ يقع في مواضع . منها أنه هل يقال هذا المحضر المتضمن لذكر ههنا

الشرط هو شهادة بالاستمناضة أم شهادة على الواقف وتظهر ثمرة الكلام في جواز ثبوت الشرط بالاستمناضة وعدمه على ما يأتي بيانه وتقريره . ومنها أن هذا الوقف هل هو بمنزلة وقفين أم بمنزلة وقف واحد وتظهر ثمرة ذلك في عمر هل يكون هو وأولاده كأنهم وقف عليهم نصف هذه الاماكن وعبد الله وأولاده كذلك ويكون الترتيب المذكور متعلقا بكل منهما وفي اولاده ونسله وعقبه يعني انه اذا مات من نخذ عمر أحد ينتقل نصيبه الى ولده وان كان ثم من نخذ عبد الله أحد ممن هو في درجة هذا الميت أم لا يكون كذلك ويكون وقفا واحدا والشرط في الترتيب عائدا اليهما . ومنها ما معنى قوله في المحضر على ما عينه الواقف المسمى أعلاه وهل يعود الى الترتيب ثم أم اليها والى التشريك بالواو أم اليهما أم لا يلتفت الى هذه العبارة . ومنها حكم قاضي القضاة تقي الدين سليمان الحنبلي والنظر فيه . ومنها حكم صدر الدين الداراني في البعديتين والكلام عليه . ومنها حكم الدمشقي ابن الحافظ والدرعي الشافعي والبعلي الشافعي . ومنها وفاة من مات من هؤلاء المحكوم لهم الذين بلغ عددهم أربعة وعشرين نفرا ذكورا وأنثانا وعدد من مات منهم عشرة أنفس ذكور واناث والى من ينتقل نصيب العشرة الذين ماتوا هل ينتقل الى سيدة أم اليها والى من بقي من المحكوم لهم وكلهم أنزل منها وهذا مقصود المستفتي بالسؤال

أما الاول وهو نقل الحكم عن الأصحاب في مسألة بطننا بعد بطن وهل يقتضى الترتيب أم لا يمنع من التشريك الى آخره فاقول وبالله التوفيق .

ذكر قاضيخان في الفتاوى رجل قال وقفت أرضي هذه على ولدي وولد ولدي وآخره للمساكين قال تصرف الغلة الى ولده وولد ولده فاذا ماتوا ولم يبق أحد منهم ووجد البطن الثالث تصرف الغلة الى الفقراء ولا تصرف الى البطن الثالث وان قال على ولدي وولد ولدي وولد ولدي فانه تصرف الغلة الى أولاده أبدا ماتوا ولا تصرف الى الفقراء ما بقي أحد من أولاده وان سفلوا . قال الفقيه ابو جعفر وهكذا ذكر هلال في وقفه اذا ذكر ثلاثة بطون يكون الوقف عليهم وعلى

من اسفل منهم الاقرب والأبعد فيهم سواء الا ان يذكر الواقف في وقفه الاقرب
فالاقرب او يقول على ولدى ثم من بعدهم على ولد ولدى أو يقول بطنا بعد
بطن فحينئذ يبدأ بها بدأ به الواقف هذه عبارته . وذكر في الخلاصة في الفتاوى
مثل ما ذكره قاضيخان بعينه وذكر مثله أيضا في الفتاوى الظهيرية . وذكر في الذخيرة
إذا قال أرضى صدقة موقوفة على ولدى تصرف الغلة الى البطن الأول يريد ولده
لصلبه ولا يشارك البطن الثاني الأول يريد بالبطن الثاني ولدا لابن فإدام أحد
من البطن الأول باقيا فالغلة له وان لم يبق واحد من ذلك فالغلة تصرف الى الفقراء
ولا تصرف الى البطن الثاني وان لم يوجد البطن الأول ووجد البطن الثاني وهو
ولد الابن فالغلة الى البطن الثاني ولا يشاركه من دونه من البطون ولو قال أرضى
هذه صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى اختص بها البطن الأول والثاني الأيرى
انه لو ذكر البطن الأول ولم يذكر غيره اختص به البطن الأول فاذا ذكرهما
اختصا به . وذكر في متن البحر المحيط وتتمه الفتاوى والفتاوى الصغرى الخاصة
مثل ما ذكره في الذخيرة . وذكر في المحيط لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على
أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد وان يكون الكل للبطن
الأول مادام باقيا فاذا انقرض يكون للثاني فاذا انقرض يكون للثالث والرابع
والخامس فتشترك هذه البطون في القسم والاقرب والأبعد سواء لأن المراد بهذا
الوقف صلة أولاده وبرهم والانسان في العادة يقصد صلة ولده خلقة اما لخدمته
ايه أو لقربه منه فالبطن الأول أكثر خدمة وأقرب منه وأحب نفسا اليه فكانت علة
استحقاقهم أرجح فكان الصرف اليهم أحق ثم البطن الثاني لأن النافلة قد تخدم
الجد ويكون أقرب اليه ممن هو أسفل منه فكان البطن الثاني أولى بعد انقراض البطن
الأول وأما ما عدا هذين البطينين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فكان قصده بالوقف عليهم
برهم وصلتهم لأجل انتسابهم اليه لا لأجل الخدمة وهم في انتسابهم اليه على السواء
فاستووا في الاستحقاق . وذكر في وقف الخصاص ما صورته قلت رأيت البطن الثاني
من هم قال هم أولاد هؤلاء السبعة وذكر كلاما كثيرا يشعر بأن البطن يكون

اعلى وأسفل وكذا وقع في وقف هلال ووقف خزافة الأكل ووقف ابن مازة. وذكر في القنية (قع عك) وقف ضيعة على مواليه وأولادهم بطننا بعد بطن وعلى أولاد رجل وأولاد أولادهم بطننا بعد بطن فلو مات واحد من الموالى أو من الفريق الآخر وبقي منه أولاد فلاولى أن يصرف نصيب الميت الى أولاده دون من بقي من البطن الأول «نج» وقف أرضا على أولاده وهم فلان وفلان وفلان ثم من بعدهم على أولادهم وأولاد أولادهم مانوالدوا بطننا بعد بطن فلو مات واحد منهم عن أولاد فلا شيء لهم مادام في البطن الأول حتى انتهى نقل كلام الاصحاب. وتحريره ان العبارات كلها متفقة عن الاصحاب على أن البطن الأول أولاد الصلب والبطن الثانى أولاد أولاد الصلب والبطن الثالث أولاد أولاد أولاد الصلب لاشك في أن هذا عين الترتيب وغير التثريبك ومما يعضده تنصيص قاضيخان وصاحب الخلاصة والفتاوى الظهيرية على أن قول الواقف بطننا بعد بطن مثل قوله ثم على اولاده ومثل قوله الأقرب فالأقرب ولاخلاف في أن ثم الترتيب وكذا لفظ الأقرب فالأقرب وقد ألحقوا بطننا بعد بطن بهما فدل أنه للترتيب لا للتثريب وهذا الترتيب يكون ترتيب مجموع أهل البطن الثانى على انقراض مجموع البطن الأول لأنه ترتيب كل شخص بأبيه خاصة بل بأبيه وعمه وعمته لانهم جعلوا لفظ بطننا بعد بطن مثل ثم والأقرب فالأقرب وترتيب ثم والأقرب ترتيب المجموع على المجموع يوضحه اذا كان أولاد الصلب مثلا ثلاثة فمات منهم شخص عن ولد لا ينتقل نصيبه الى ولده بل ينتقل الى أخويه الباقين فاذا ماتا ينتقل كما هو منقول صريحا في ثم فانه قال في الخصاص وغيره: رجل وقف على ولديه فلان وفلان ثم على أولادهما من بعدهما فمات واحد عن ولد لا يصرف اليه شيء مادام الأول باقيا لأنه شرط انتقال النصيب اليه بوفاة أبيه وعمه وحيث ألحقوا بطننا بعد بطن ثم في الترتيب تعين حملها على الترتيب الثابت لنا في ثم وكذا ما ذكره في القنية آخر السكونه صرح بأنه لاشيء لأولاد الأولاد مادام في البطن الأول حتى وهو عين الفتوى المسئول عنها. بقی قول صاحب القنية فيما نقله عن (قع عك) والأول اما بالفاء رمز

فناوى العصر أو بالقاف رمز فناوى القاضى عبد الجبار والثانى عين الأئمة الكرايسى وظاهره أنه اختيار بعض المشايخ فانه قال الأولى أن يصرف نصيب الميت الى أولاده دون من بقى من البطن الأول لكن لا على وجه التشريك بل على الترتيب أيضا أعنى ترتيب كل ولد على أبيه خاصة لا على عمه وعمته وما سببه إلا أنه قال فى آخر كلامه «دون من بقى من البطن الأول» فلما نص على البطن الأول علمنا أنه لم يرد التشريك بالواو والفاء ترتيب «بطننا بعد بطن» وأنه يكون لهذا الولد الذى مات أبوه نصيبان نصيب أبيه ونصيبه الذى كان يستحقه فى حياة أبيه بل عمل بالترتيب على الوجه الذى قلناه .

وأما الكلام على الموضع الثانى وهو أن المحضر هل هو شهادة بالاستفاضة أم على الواقف فنقول وبالله المستعان . بل هو والله أعلم شهادة على الواقف لأنه قال وقف على ابنيه فلان وفلان وهذا ظاهره شهادة على فعل الواقف ويحتمل الاستفاضة أيضا لكن يرجح الأول بأن تاريخ المحضر فى سنة ست وعشرين ومائة وفى ذلك الوقت كان يمكن ان يكون الواقف حيا ولو كان على الاستفاضة فعندنا فيها اختلاف ونص فى المجتبى أنها تقبل هو المختار وبالجملة فقد حكم بها حاكم

وأما الكلام على الموضع الثالث وهو أن هذا الوقف بمنزلة وقفين أم بمنزلة وقف واحد : الظاهر أنه بمنزلة وقف واحد ويبدل عليه قوله ثم من بعدهما على أولادهما فجعل شرط انتقال النصيب الى ولد الولد موت أبيه وعمه ولو كان مراده أنه يكون وقفين لقال ثم من بعد كل واحد يعود نصيبه الى ولده وان كان يحتمل أن يكون بمنزلة وقفين ويلزم هذا الموضع قائل يقول ان ولد الولد لا يتوقف على موت عمه لكن أصحابنا لم يعتبروا هذا الاحتمال فانهم قالوا فى رجل وقف ضيعة على ولديه فاذا اتقرضا فعلى أولادهما مات أحد الولدين عن ولد لا ينتقل نصيبه الى ولده بل الى اخيه مع انه يحتمل ما محه هذا القائل وهو انه يجعل اتقراض كل شخص شرطا لانتقال الوقف الى ولده لاتقراض الاثنين فحيث لم يعتبروا هذا الاحتمال هناك خاصة لم نعتبره نحن فى هذه المسألة

وأما الكلام على الموضع الرابع وهو قوله «على ما عينه الواقف المسمى أعلاه» وأنه هل يعود إلى ثم وحدها أم إليها وإلى الواو: الظاهر أنه يعود إلى ثم وحدها وذلك أنه لو قال ثم من بعدهما على أولادها وأولاد أولادها على ما عينه يصرف إلى ثم ويكون الوقف كله لأولادها فإذا اتراضوا انتقل إلى أولاد أولادها فكذا إذا زاد ونسليهما وعقبهما. فإن قيل لو كان المراد ما قلت فافائدة قوله بطننا بعد بطن؟ فإننا إذا أعدناه إلى الترتيب ثم يترتب، قيل له إنما ذكر هنا على ما عينه الواقف بعد قوله بطننا بعد بطن أما لو أخر بطننا بعد بطن لكان برد ما قلت. فإن قيل إذا كان الترتيب حاصلًا بقوله بطننا بعد بطن فما الفائدة في قوله «على ما عينه الواقف» بعد قوله بطننا بعد بطن وقد حملتموه على الترتيب ثم قيل له لا يحجر على المتكلم في كلامه والكلام تارة يفيد معنى بنفسه وتارة يؤكد غيره، على هذا استعمال الناس ولأن لفظ بطننا بعد بطن لما كان الترتيب فيه جاء من جهة استعمال بعض الفقهاء وكونه لم يستفد منه الترتيب صريحًا كما استفيد من ثم قصد الواقف تأكيد الحال ليندفع القول بانها لا تمنع التشريك ويتأيد البحث على الرد على الترتيب بقصد الواقفين فإن الواقفين لا يظن بهم أنهم يقصدون تقليل النصيب على الولد القريب بمشركة من هو أبعد منه. ولأننا لو حملنا على ثم والواو لزم منه الغناء بعض الكلام وهو بطننا بعد بطن، وإذا حملناه على ثم لم يبلغ شيء فحمله على ما ليس فيه الغناء بعض الكلام أولى لأنك إذا جعلته يعود إلى ثم في حق أولاد عمر وعبد الله فحسب وإلى الواو في حق من هو أنزل ولا شك أن بطننا بعد بطن قبل قوله على ما عينه الواقف وهو يقتضي الترتيب على ما قررناه يلزمه قطعًا تغيير ما اقتضاه من الترتيب وإذا أعدناه إلى ثم لا يتغير بها شيء فلمنا قلنا إن حملها عليه أولى، ولا يقال الإلغاء لا بد منه لأنكم إذا حملتم قول الواقف «على ما عينه» على أنه يعود إلى ثم فقد ألغيت التشريك لأننا نقول الغناء التشريك ما جاء من هذا بل من قوله بطننا بعد بطن وهي متفق عليها عندنا أنها تصلح أن تكون مغيرة للتشريك كما نقلناه من كلام الأصحاب فيما تقدم فلم يحصل الإلغاء بقوله على ما عينه الواقف

فان قيل التمييز بالاخير جائز فقوله على ما عينه الواقف متأخر عن قوله بطنا بعد بطن ، قيل له ليس هذا محكما في التغيير كما تقول في قول الواقف وقفت على أولادى وأولاد أولادى وأنسأهم الاقرب فالاقرب بل هو محتمل والترتيب حصل بقوله بطنا بعد بطن كما تقدم نقله وانه وزان ثم الأقرب فالأقرب فلا يغيره ما هو محتمل

وأما الكلام على الموضوع الخامس وهو النظر في حكم تقي الدين سليمان . فالذي سمعته من قاضى الحنابلة الآن وهو رفيقنا قاضى القضاة جمال الدين المراد اوى أيده الله تعالى أن بعض أصحاب مذهب الامام أحمد تعرض الى قول الواقفين بطنا بعد بطن وغالبهم لم يتعرض اليها والذي لم يتعرض لها قال انه للترتيب والظاهر أن تقي الدين سليمان لاحظ أن يكون بمنزلة وقفين فلا يمنع أن يحكم بانتقال نصيب عبد الله الى ابنتي بنته فان كان مذهب الحنابلة يوافق ذلك فسلم ولم يكن الغناء بطنا بعد بطن . وان كان لا يوافقه فلا ينفذ لانه قاض مقلد

وأما الكلام على الموضوع السادس وهو النظر في حكم صدر الدين الداراني : فأقول هو موافق لما نص عليه النووي والرافعي من أن « بطنا بعد بطن » لا يمنع من التشريك ولا يرتب شيئا لکن يشكل عليه قول الواقف « على ما عينه الواقف المسعى أعلاه » وقد قدمنا ترجيح العود الى ثم فان كان اعتماد على أنه أعاد الكلام الى ثم والواو وأعمل ثم في حق أولاد عمر وعبد الله معا وبالواو في باقى البطون فله وجه

وأما الكلام على الموضوع السابع وهو النظر في بقية الاحكام فالكلام فيه كالكلام في حكم صدر الدين الداراني وقد قدمناه لکن حكم ابن الحافظ لم يوافق عليه من جهة أصحاب مذهبه فيما بلغني عن فقهاء الحنابلة وسمعته من قاضيه المذکور فان لم يكن أبدا مستندا فلا ينفذ لانه مقلد

وأما الكلام على الموضوع الثامن وهو السؤال عن انتقال نصيب العشرة الذين ماتوا بمصهم له أولاد و بعضهم لا ولد له وكانهم أنزل من سيدة بنت شرف الدين محمد ابن محيي الدين عمر ابن الواقف وسئل هل ينتقل الى سيدة المد كورة ام اليها والى

من بقي من المحكوم لهم . والظاهر أن سيدة تختص به دونهم لانها بمقتضى شرط الواقف تختص بكل الوقف على قول من يقول بأن «بطنا بعد بطن» مرتب ويحمل قوله «على ما عينه الواقف» على العود الى ثم وحدها وعلى قول من يقول بالتشريك ولم يعد الى ثم يحكم بانتقال العشرة لاسيما الى الجميع وهم أربعة عشر نفرا وسيدة فصارت المسألة حينئذ خلافية، عندنا ينتقل الى سيدة وحدها، وعند الشافعية اليها والبقية فلا بد من حكم يرفع الخلاف في المسألة اما من الحنفية او من الشافعية ولكل من القولين وجه .
وأما مذهب المالكية فلا أعرفه في المسألة ولا نقله قاضيهما والظاهر ان مذهب الحنابلة موافقنا لان مسألة بطنا بعد بطن قد تقدم نقل مذهبهم فيها من قاضيهما والظاهر انهم يحملون قول الواقف على ما عينه على العود الى ثم لان من أصلهم اعتبار مقاصد الواقفين وقد قدمنا أنه أقرب الى مقصود الواقف والله سبحانه اعلم .

المسألة الثامنة من المنفردات : هل يجوز ان يشتري من غلة أوقاف المسجد عقار يوقف على المسجد أم لا ؟ واذا جاز فهل يصير وقفنا بنفس الشراء من ربيع أوقاف المسجد أم لا بد من وقف هذا العقار المشتري ؟ واذا وقف فهل يكون كبقية أوقاف المسجد بمعنى انه لا يجوز بيعه بعد ذلك أم يجوز بيعه اذا احتاج المسجد الى ثمنه للعارة مثلا . ونحري كلام الاصحاب في ذلك

ذكر في القنية ناقل عن (عك) اجتمع من مال المسجد شيء فليس للقيم أن يشتري به دارا للوقف ولو فعل ووقف يكون وقفنا ويضمن (ث) أفى محمد بن سلامة بأنه يجوز (ت) وهذا استحسان والقياس لا يجوز وينبغي ان يشتري ويبيع بأمر الحاكم (نح) ويجوز شراء عمارة أرض أو دار للمسجد اذا كانت الرقبة وقفنا (ط) اذا اشترى بمال المسجد دارا أو خانوتا ثم باعها جاز اذا كان له ولاية الشراء وفي التحاقه بالخوانيت الموقوفة اختلاف المشايخ . وذكر في الواقعات في الفتاوى للحسام الشهيد: المتولى اذا اشترى بمال المسجد دارا للمسجد ثم باعها جاز لأنه اختلف المشايخ أن هذه الدار هل تلحق بالموقوفة على المسجد والختار أنها لا تلحق لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ففتبين أن في المسألة اختلافا . وذكر في فتاوى قاضيخان المتولى اذا اشترى من غلة المسجد خانوتا

أو دارا أو مستغلا آخر جاز لأن هذا من مصالح المسجد فإن أراد المتولى أن يبيع ما اشترى وباع اختلفوا فيه: قال بعضهم لا يجوز هذا البيع لأن هذا صار من أوقف المسجد وقال بعضهم يجوز هذا البيع وهو الصحيح لأن المشتري لم يذكر شيئا من شرائط الوقف فلا يكون ما اشترى من جملة أوقف المسجد . وذكر في الذخيرة : متولى المسجد اذا اشترى بمال المسجد حانوتا أو دارا ثم باعها جاز اذا كانت له ولاية الشراء وهذه المسألة بناء على مسألة اخرى أن متولى المسجد اذا اشترى من غلته دارا أو حانوتا هل تلحق بالخوانيت الموقوفة على المسجد ومعناه أنه هل يصير وقفا ؟ . اختلف المشايخ فيه قال الصدر الشهيد المختار انه لا يلحق ولكن يصير مستغل المسجد وهذا لأن الشرائط التي يترتب بها لزوم الوقف وصحته حتى لا يجوز فسخه ولا يبيعه لم يوجد شيء من ذلك هنا فلم يصير وقفا فيجوز بيعه . وذكر في الخلاصة في الفتاوى : الفاضل من وقف المسجد يشترى به مستغلا حانوتا أو دارا والمشتري بمال الوقف لا يلحق بالدور الموقوفة هذا هو المختار . وذكر في متن البحر المحيط مثل ما ذكره في الذخيرة

المسألة التاسعة من المتفرقات: اذا أوصى أن يشتري من ربيع داره أو حمامه في كل شهر كذا من الخبز ويفرق على الفقراء والمساكين فهل يكون هذا اللفظ مجردة وقفا للدار والحمام أم لا ؟ وتحرير الكلام في ذلك .

ذكر في الذخيرة في كتاب الوقف ماصورته : قال اشترى من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا على المساكين صارت الدار وقفا لأن هذا اللفظ يؤدي الى معنى الوقف فصار كما لو قال وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين . وذكر في فتاوى قاضيخان في الوقف . رجل قال في مرضه اشترى من غلة داري هذه بعد موتي كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا ذلك على المساكين قال رحمه الله تصير الدار وقفا كما لو قال وقفت داري بعد موتي على المساكين . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي في كتاب الوقف : قال في مرضه اشترى من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا على المساكين صارت الدار

وقفنا أن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف فصار كما لو قال وقف داري هذه بعد موتى على المساكين

قلت فتحذر لنا من هذا أن الدار أو الحمام تصير وقفا بمجرد هذا اللفظ من غير أن يتلفظ بوقف داري على الفقراء وجعلوا أن هذا اللفظ يؤدي الى معنى الوقف بمنزلة قوله وقف داري بعد موتى على الفقراء وهو حكم غريب

واتفق أنه رفع الى كتاب وصية وهو المذكور فيه بهذا اللفظ الذي أذكره وأوصى الموصي المذكور الى الوصي المذكور أن يقبض من ريع الحصة المخلفة عنه ومبلغها ستة أسهم من أربعة وعشرين سهما وهي الربع من جميع الحمام الذي خارج باب الجابية بقصر حجاج ويعرف بحمام الفيدى وحدده ويشترى من ذلك عشرين رطلا خبزاً في كل ليلة جمعة من كل أسبوع ويفرق ذلك عند ضريح الواقف بالتربة بسفح قايسون صدقة على الفقراء والمساكين على ما يراه وقد حكم الجدرحه الله تعالى فيه بأن الربع المذكور من الحمام المحدود وقف مؤبد على الفقراء والمساكين على ما يراه حسبما أوصى به الموصي وأن صريح لفظ الموصي يقتضى ذلك. هذه عبارته بعد نبوت الملك والحيازة عنده للموصي الى حين الوصية ونفذه قاضى القضاة علاء الدين بن المنجا الحنبلي واسم الموصي المذكور الأئمة مير فارس الدين علي بن جمال الدين خضر ابن الأئمة شجاع الدين محمود بن هرون بن الدباغ والموصى اليه الأئمة شهاب الدين أحمد بن أبي ليلى المعروف باستاذ داره وتاريخ الوصية في خامس جمادى الأولى سنة ثمان وثمانين وستمائة وجعل النظر فيها للقاضى شمس الدين الملقب وثبت عند قاضى القضاة حسام الدين الرازي وثبت عنده أيضاً أن الحصة تخرج من الثلث بعد وفاة الدين وحكم بموجبه وتاريخ اسجالات حسام الدين في تاسع عشر جمادى الآخرة سنة ثمان وثمانين وستمائة واتصل بالجد ونفذه وحكم بما نقلناه عنه وتاريخ اسجالاته في الثالث من المحرم سنة سبع وسبعائة ونفذه الحنبلي كما نقلناه ونفذت ذلك وكتبت بخطى على كتاب الوصية ماصورته: ليسجل بثبوته وتنفيذه وذلك بعد أن تأملت ما حكم به الجد برد الله نراه

وجعل الجنة أو أواه من جعل الحصاة من الحمام المذكورة في كتاب الوصية المسطورة أعلاه وفقا بمجرد قول الموصى ان الوصى يقبض من ريعها ويشترى من ذلك عشرين رطلا من الخبز في كل ليلة جمعة من كل أسبوع ويفرق ذلك على الفقراء والمساكين وهو حكم صحيح . والمسألة المذكورة في النخيرة وفتاوى قاضيخان وفتاوى الخاصي ونصوا فيها على أن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف وصار كما لو قال وقفت دارى هذه بعد موتى على المساكين ولا أعلم فيها خلافا بين الأصحاب وبالله المستعان

مسألة

بيع التعاطى هل يجرى في الخسيس والنفيس أم لا وهل يشترط في بيع التعاطى قبض الثمن والمثمن في المجلس أم لا وتحرير الكلام في ذلك كله ذكر في فتاوى قاضيخان: قل وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع بالبيع بالتعاطى واختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا البيع يختص بالأشياء الخسيسة كالقبل واللحم والخبز والحطب وقال بعضهم ينعقد في الكل واليه أشار في الجامع الصغير في الوكالة وقال الامام أبو الحسن على السعدي هذا البيع لا يكون الا بقبض البدلين جميعا وقال بعضهم قبض أحدهما يكفي وذكر في الهداية قال وقوله رضيت أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعث واشتريت لأنه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطى في النفيس والخسيس هو الصحيح .

وذكر في المحيط قال: وأما الثاني ذكر الكرخي أن البيع ينعقد بالتعاطى بدون الايجاب والقبول في خسائس الأشياء وفيما جرت العادة بين الناس بذلك كما لو وضع عند صاحب الرمان فلسا وحمل رمانة برضا صاحبها ولم يتكلم انعقد البيع وكذا لو قال لقصاب كم تعطى من هذا اللحم بدرهم فقال منوبين فقال زن فوزن القصاب ودفعه اليه وأخذ الدرهم ينعقد البيع وفيما لم تجر العادة لا ينعقد

البيع بالتعاطى . ونص في الجامع أنه ينعقد بالتعاطى في نفائس الأشياء وان لم تجر العادة بالتعاطى وهو الصحيح

وذكر في الذخيرة قال : وينعقد البيع بالتعاطى بدون لفظ الايجاب والقبول على هذا اتفقت الروايات والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم . ثم اختلف المشايخ فيما بينهم قال بعضهم انما ينعقد بالتعاطى في الأشياء الخسيسة نحو البقل والرمان واشباه ذلك وهكذا ذكر الكرخى في كتابه وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنظيسة في ذلك سواء وهو الصحيح .

واختلف المشايخ أن الشرط في بيع التعاطى الاعطاء من الجانبين أو الاعطاء من أحد الجانبين يكفي . وأشار محمد في الجامع الى أن تسليم المبيع يكفي . وفي مسائل التوكيل مسألتان احدهما تدل على أنه يشترط الاعطاء من الجانبين والأخرى تدل على أن الاعطاء من أحد الجانبين يكفي وكان الشيخ الامام شمس الأئمة الحلوانى يشترط الاعطاء من الجانبين وكذا الامام السعدي وكان يقول اذا وجد قبض البديلين في المجلس ينعقد البيع بالتعاطى ومالا فلا . وبعض المشايخ اكتفوا بالاعطاء من احد الجانبين . وهذا القائل يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع وتسليم المبيع وهكذا حكى فتوى أبي الفضل الكرماني . وفي المنتقى رجل ساوم رجلا برا أراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء يأخذ فيه ثم فارقه ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم فهذا جائز . فقد حكم بجواز البيع باعطاء الدراهم فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطى من أحد الجانبين . وعن أبي يوسف رجل قال لغيره كيف تبيع هذه الخنطة فقال كل قفيز بدرهم فقال كل لي خمسة أقفزة فقال وذهب بها قال هذا بيع وعليه خمسة دراهم . وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالاعطاء من أحد الجانبين . وذكر في الكافي شرح الوافي : والتعاطى أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطى الاعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلوانى وقيل الاعطاء من أحد الجانبين يكفي . وذكر في البدائع : وأما المبادلة بالفعل فهو التعاطى ويسمى هذا البيع المراضة وهذا عندنا . وذكر القدوري أن التعاطى

يجوز في الأشياء الخسيسة ولا يجوز في الأشياء النفيسة ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي بالاختصاص والاعطاء من غير لفظ ويسمى هذا بيع التعاطي واختلف المشايخ فيه : قال بعضهم هذا البيع مختص بالأشياء الخسيسة كالبقول والخبز والخطب واللحم وقال بعضهم ينعقد في الكل . قال القاضي السغدني وهذا البيع لا يكون الا بقبض البدلين جميعا . وقال بعضهم ينعقد البيع بقبض أحد البدلين . وذكر الزاهدي رحمه الله في شرح القدوري بكم تباع قفيز حنطة قال بدرهم قال اعزله فعزله فبيع . وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت ثم امتنع من دفع الثمن فأخذ اللحم أو دفع الدراهم وامتنع القصاب من وزن اللحم أجبرهما القاضي عليه قلت فثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يثبت بتقابض البدلين يثبت بقبض أحدهما أيهما كان على وجه الشراء ونص عليه صدر القضاة وغيره أن بيع التعاطي بيع وان لم يوجد تسليم الثمن . هذه عبارة الزاهدي

قلت : وظهر لنا من هذا أن البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد بالتعاطي وان لم يحصل الايجاب والقبول . وحقيقة التعاطي وضع الثمن وأخذ المثلث عن تراض منهما من غير لفظة بعث واشتريت وأن الصحيح من المذهب أنه يجوز في الخسيس والنفيس . والبيع بالتعاطي يعمل عمل البيع باللفظين الماضيين بمعنى أنه اذا حصل التعاطي عن تراض منهما ازم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب كما في البيع بالايجاب والقبول فلو أراد أحدهما أن يمتنع عنه يرفعه الى القاضي ويسأل منه الحكم عليه بصحة هذا ولزومه وعدم الرد الا من عيب قديم يثبت بطريقه ويحكم له الحاكم بذلك مع العلم بالخلاف لأجل من يخالفنا في المسألة وان هذا ليس يبيع عنده فاذا حكم القاضي الحنفى بذلك ارتفع الخلاف

بقى لنا تحرير الاعطاء من أحد الجانبين هل يكفي أو لابد من الاعطاء من الجانبين : لاشك أنا قد نقلنا اختلاف المشايخ وفتاويهم فيه فمنهم من كان يقول يكفي الاعطاء من أحد الجانبين وعامتهم على أنه لا يكفي به بل لابد من الاعطاء من الجانبين وهو الذي يظهر من حيث البحث لأن الاعطاء من الجانبين أقيم مقام الايجاب

والقبول ولو حصل الايجاب في المجلس والقبول وراءه لما صح البيع فكذا في التعاطي بل أولى . ولان التعاطي في أصله من المعاطاة وهي مفاعلة فيقتضى حصولها من الجانبين كالمضاربة والمقاسمة والمخاصمة وذلك لا يتصور من واحد فكذا التعاطي وقد ذكرنا عن النخيرة أنه استشهد على صحة الاعطاء من أحد الجانبين بمسألتين وجعل أن كلامهما يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين وفي الأولى نظر فإنه قال في المنتقى: رجل ساوم رجلا برا وأراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء يأخذه فيه ثم فارقه ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم فهذا جائز فقد حكم بجواز البيع باعطاء الدراهم فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين . هذه عبارته وفيها نظر لأن قوله ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم أى وأخذ البر وهذا يكون من الجانبين . وما قال في المنتقى انه يبيع قبل مجيئه في المرة الثانية بالدراهم والوعاء لأنه قال ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم ومعناه وأخذ البر فهذا لا يدل على المدعى

وأما المسألة الثانية فلا شك أنها شاهدة للمدعى ولم أقف على تصحيح لاحد الطرفين على الآخر بل كلهم قالوا باختلاف المشايخ ولا شك أن أكثرهم اشترطوا الاعطاء من الجانبين كالحلواني والسفدي ومن حيث الدليل فهو قوى فلا ينبغي أن يعدل عنه الا أن يوقف على تصحيح الطرف الآخر ممن يعتمد على قوله وفي كلام حافظ الدين في الكافي اشارة الى أن الظاهر اشتراط الاعطاء من الجانبين فانه صدر به كلامه ثم قال «وقيل» وهي تشير الى الضعف. ثم تحقيق قولهم من الجانبين ومن أحد الجانبين أما قول من شرط من الجانبين فظاهر لأنه يساوم ثم يضع الثمن ويأخذ المتاع عن رضا من صاحبه . وأما قولهم من أحد الجانبين معناه أن الانسان يجيء الى البائع فيساومه على شيء مما يبيع فاذا حصل الرضا منه بذلك القدر الذي دفع فيه أخذ المتاع برضاه وذهب فهذا تصوير الاعطاء من جانب البائع فاذا جاء الذي أخذه بعد ذلك وأراد رده ليس له ذلك على قول من قال بالاكتفاء من أحد الجانبين بالاعطاء ولا يرد عليه الا من عيب قديم

يثبته بطريقه كما اذا حصل بالايجاب والقبول . وأما تصويره من جانب المشتري فهو أنه يساوم البائع على شيء يريد شراءه منه فاذا تراضيا على ذلك القدر وضع الثمن عنده وذهب فاذا جاء بعد ذلك وطلب من البائع المتاع فإنه يجبر على دفعه البتة ويكون في شرائه من ذلك الوقت المتقدم وليس للبائع أن يبيعه ولا يتصرف فيه بعد ذلك بل يبقى في بيع المشتري من المجلس الاول بمنزلة الشراء بالايجاب والقبول فهذا معنى قولهم من أحد الجانبين أى من جانب البائع وجانب المشتري وصورة كل واحد منهما قد بينها . وما ذكره الزاهدى يدل على أن القبض من أحد الجانبين يكفي في المختار لأنه قال قلت فثبت بهذا أن بيع التعاطى كما ثبت بتقابض البدلين يثبت بقبض أحدهما وهذا أمانة الترجيح والتصحيح وما رأيت أحدا قال في هذا أكثر منه

مسألة

في شراء الحصة من الفراس والبناء القائم في أرض غير داخلية في البيع وشراء حصة من ثمرة أو من زرع وشراء حصة من مقناة وشراء ما يخرج أياما كورد ونحوه وتحريم الكلام في ذلك

ذكر في المحيط باب بيع نصيبه من المشترك . زرع بين رجلين لم يدرك في أرض بينهما أو حائط بين رجلين أو نخل بينهما وعليه ثم فباع أحدهما نصيبه من الزرع والحائط والتمر فلا يخلو اما ان باعه مع أرضه ومع النخل أو بدون أرضه ونخله ولا يخلو اما ان باع من أجنبي أو من شريكه : فان باع نصيبه بغير أرضه ونخله ان باعه من أجنبي لم يجوز وكذا لو باع نصيبه برضا شريكه لا يجوز لأن في قلعه وهدمه ضررا والانسان لا يجبر على تحمل الضرر وان رضى به وكذا لو كان كله له فباع نصفه من رجل لم يجوز لأنه يطالبه المشتري بالقلع والهدم فيتضرر البائع فيما لم يبيعه وهو النصف الآخر فصار كبيع الجندع في السقف ، بخلاف ما لو باع عرصة الدار دون البناء جاز وان تضرر البائع حيث يؤمر برفع البناء لأن هذا الضرر

أما يلحقه فيما هو تبع بتسليم ما هو أصل لأن البناء تبع للعروة فلا يعتبر كما لو غرس أشجارا في أرض الغير بأمره يؤمر بقلعها وهنا كل واحد منهما أصل فيعتبر . واما اذا باع نصيبه من الزرع والحائط والثمر من شريكه في رواية يجوز لا اهدام الضرر وفي رواية لا يجوز وهو المختار للفقهاء أبي الليث لأن البائع يطالب المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ نصيبه من الأرض ولا يمكنه ذلك الا بقلع الكل لأن الزرع في أطراف الأرض متفاوت وكذلك الثمر ومتى قلع الكل يتضرر به المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه. وكذا لو كان الزرع لرب الأرض وأكاره فباع رب الأرض نصيبه من أكاره لا يجوز لما قلنا ولو باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز لأن يمكنه التسليم بدون القسمة فلا يتضرر أحدهما . باع نصيبه من الشجر دون الأرض بغير اذن شريكه فان كانت الأشجار بلغت أو ان قطعها جاز لأن المشتري لا يتضرر بالقسمة وان لم تبلغ لا يجوز لأن يتضرر بالقسمة وذكروا في الذخيرة مبطخة بين شريكين باع أحدهما نصيبه من انسان من غير أرض لا يجوز لأن في قلعه ضررا يلحق غير البائع فيذنبى أن يشتري كل المبطخة من الشريك ثم يفسخ البيع في النصف . وأحد الشريكين اذا تصرف في الحبل المشترك تضرر فالتضرر به صاحبه فانه يقبل الرد ولا يجوز تصرفه الا برضا صاحبه

ومسألة المبطخة التي ذكرناها تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وان رضى به صاحبه . واذا لم يجز بيع نصف الزرع بدون الأرض ولم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزا لأن المانع من الجواز قد زال . ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل . واذا كان الزرع كله لرجل باع نصفه من رجل بدون الأرض ان كان الزرع مدركا يجوز وان لم يكن مدركا لا يجوز لأن هذا البيع يتضمن الحاق الضرر بالبائع في غير ما تناول البيع فيكون فاسدا كبيع الجندع في السقف . واذا كان الزرع والأرض مشتركا بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الزرع من شريكه بدون الأرض لا يجوز اذا لم يكن الزرع مدركا وعلى هذا القطن وسائر أنواع الزرع اذا كان مشتركا بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه بدون الأرض

وأما إذا باع النصف مع نصف الأرض من شريكه أو من أجنبي بغير رضا شريكه جاز وقام المشتري مقام البائع . وفي الأجناس إذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه يجوز في ظاهر الرواية . وروى هشام عن محمد أنه لا يجوز وإن كان الزرع بين رب الأرض وبين الأكار فباع رب الأرض نصيبه من الأكار لا يجوز . وإن باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز . ولو كان مدركا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه . وإذا باع بدون الأرض من أجنبي أو باع المزارع نصيبه من أجنبي والزرع لم يدرك لم يجز البيع لدفع الضرر عن صاحبه . ثم لو باع صاحبه نصيبه بعد ذلك من ذلك المشتري انقلب البيع الأول جائزا لأن المانع من الجواز قد ارتفع . إذا كانت الأرض بين رجلين فزرعها أحدهما ونبت الزرع قراضيا على أن يعطيه رب الأرض مثل نصف البندر ويكون الزرع بينهما لا يجوز ولا يجوز قبل أن ينبت . ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض ويؤمر المزارع بقلع ما في نصيب الشريك إن كانت المزارعة قد انقضت . ثم يبيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع في ملكه أما إذا لم يكن له حق القرار بأن كان متعمدا في الزراعة كالغاصب جاز يبيع نصف الأرض لأنه إذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقا ومستحق القلع كالمقلوع ولو كان مقلوعا حقيقة جاز يبيع نصفها كذا هنا . وعلى هذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض إن كان مستحقا في البناء لا يجوز وإن كان متعمدا جاز . وذكر في فتاوى قاضيخان رجل باع نصيبه من المبطخة المشتركة قال إن كان القلع يضره لم يجز البيع ونصيب البائع يكون للمشتري ما لم ينقض البيع ، قيل له لو أن الشريك الذي لم يبيع أجاز بيع الشريك هل له ألا يرضى بعهد الاجازة . قال له ذلك لأن قلمه ضرر والانسان لا يجبر على تحمل الضرر . ولو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما نصف الشجر من رجل لا يجوز ، وكذا لو كانت الدار لرجل فباع نصف بنائها من غير أرض لا يجوز . وإذا كانت الشجرة بين اثنين فباع

أحدهما نصيبه من أجنبي لا يجوز وان باع من الشريك جاز . ولو كانت بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه لا يجوز وان باع منهما جاز . وذكر في البدائع في البيوع قال والأصل المحفوظ ان ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز . والقياس على هذا الأصل أن يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزم بالجز الا أنهم استحسنا عدم الجواز بالنص ولان الجز من أصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان . ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم . وعلى هذا بناء بين رجلين والأرض لغيرها فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو تقض البناء . وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لها حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكنه تسليمها الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذلك اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر . وذكر في تنمية الفتاوى قال الشجرة اذا كانت مشتركة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من أجنبي لا يجوز ولو كانت بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه لا يجوز ولو باع منهما جاز وكذلك الزرع المشترك وفي نوادر هشام: في الزرع المشترك اذا باع أحدهما نصيبه من غير شريكه لا يجوز وهكذا ذكر الصدر الشهيد أنه لا يجوز بيع الزرع المشترك من الأجنبي ومن الشريك . واذا باع العامل من رب الأشجار حصته من الثمار جاز ولو باع رب الأشجار حصته من العامل لا يجوز

وفي المنتقى: رجلان بينهما أرض وفيها زرع فباع أحدهما حصته من الزرع من صاحبه لا يجوز الا أن يقطع المشتري الزرع كله فيجوز له البيع . بناء بين رجلين

باع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن شريكه لا يجوز وكذا الزرع والشجر ولوباع من شريكه يجوز، وفي نوادر هشام لا يجوز. وذكر في الخلاصة في الفتاوى باع نصف الزرع بدون الأرض أن باع العامل من رب الأرض جاز وعلى العكس لا يجوز. وفي التجريد قال محمد بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز. وذكر في شرح مختصر الكرخي للقدوري قال وأما بيع الفرصاد فكبيع ألية الشاة الحية وأما بيع الأتباع فكبيع نتاج الفرس وكبيع اللبن في الضرع. فأما الأول فلا يجوز بيعه لأن استباحة ذلك من الحيوان محرم قبل الذبح ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر. وأما الثاني فلما روى من النهي عن بيع اللبن في الضرع قل وكذا ما لا يتبعض من غير الحيوان إلا بضرر وهذا كبيع ذراع من ثوب ونوى في تر لأن البائع لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر لم يستحق بالعقد. وأما إذا كان مما لا ضرر في تبيعضه فيجوز مثل أن يقول أبيعك عشرة دراهم من هذه النقرة فيجوز لأنه لا ضرر في تبيعضها فهو كبيع ففيز من صبرة. ثم ذكر بعد هذا في باب «البيع يقع على شيء فيصادف على خلافه وما يفسد وما لا يفسد». قال في أواخره وقد مننا أن بيع ما يلحق بتسليمه ضرر لا يصح وقد ذكر محمد في كتاب الشفعة في بناء بين شريكين والأرض لغيرهما باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقبض البناء وفي ذلك ضرره وذكر في الكافي شرح الوافي لوباع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لا يصح عندنا خلافاً للمالك وكان شمس الأئمة الحلواني والفضل يفتيان بالجواز في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعده تبعاله استحساناً لتعامل الناس. وقد روى عن محمد في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والأصح أنه لا يجوز. وذكر في الأجناس للناطفي قال وذكر في كتاب الشفعة من الأصل لو اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء من غير أرض لم يجز البيع وكذلك النخل والشجر في هذا. فقد صرح أن في شجرة مشتركة إذا

باع أحد نصيبه من رجل لم يجز وكذلك النخل والشجر ولو باع من شريكه جاز .
 وفي نوادر هشام ولا يجوز أيضا من شريكه . ولو كان الزرع بين ثلاثة فباع أحدهم
 نصيبه من أحدهما لم يجز وان باع منهما جاز ، هذا لفظ كتاب الصلح . ولو اشترى
 أذرا من خشبة أو من ثوب من جانب معلوم لا يجوز وان قطعه وسلمه الى المشتري
 ليس للمشتري ألا يقبله وله أن يفسد البيع قبل تسليم البائع اليه فعلى هذا اذا
 باع غصنا من شجرة من موضع معلوم لم يجز هذه عبارة الأجناس . وذكر في منية
 المفتي باع نصيبه من مال مشترك من شريكه أو من الأجنبي باذن شريكه جاز
 وان كان بغير اذن شريكه فان كانت الشركة بالخلط أو بالاختلاط بنفسه لا يجوز
 وان كانت بالارث أو الهبة أو الشراء جاز . باع نصيبه من شجرة مشتركة من
 الأجنبي لا يجوز ولو من أحد شريكه اذا كانوا ثلاثة ومن شريكه جاز ولا يجوز
 بيع الزرع المشترك لا من الأجنبي ولا من الشريك الا أن يقطع ولو لم يفسخ حتى
 أدرك جاز . باع العامل من رب الأشجار حصته من الثمار جاز وعكسه لا لأنه ليس
 للعامل تركه عليها ولو لم يتنازعا حتى أدركت جاز لزوال الفساد كمن باع الجذع
 في السقف وأخرجه وسلمه . وعلى هذا رب الأرض من الأكار في الزرع . باع
 نصيبه من بناء من أجنبي بغير اذن شريكه لا يجوز . اشترى نصف حائط بأرض
 جاز وبلا أرض لا الا من الشريك وبيع نصف الزرع مع الأرض جائز . وذكر
 في القنية مبطخة بينهما باع أحدهما نصيبه من انسان بغير أرض لا يجوز (شب)
 يجوز برضا صاحبه (مح) ولو أجاز الشريك له الا يرضى بعد ذلك (قع شب)
 بيع نصف الزرع مشاعا من غيره قبل أن يدرك لا يجوز الا برضا صاحبه وقال الأمام
 ابو بكر محمد بن الفضل لا يجوز وان رضى صاحبه (جت) الشجر كزرع في ذلك وكذا
 شراء نصف حائط بأرضه جائز وبغير أرضه لا يجوز من غير شريكه والظاهر في
 الحائط جوازه (قع) باع أحد الشريكين نصف المصرم مشاعا وسلم ثم باع شريكه
 نصفه منه أيضا صحح الثاني وانقلب الأول جائزا (سم لا كج) باع نصف عمارة
 ضيعته مشاعا والرقبة للوالي قال رحمه الله تعالى وعند الشافعي يجوز بيع نصف

العمارة مشاعا وبه كان يقنى (بج عج) من غير تفصيل (شب) مثله بخلاف بيع نصف الزرع لأن العمارة للبقاء فاشبهت ببيع الرقبة ولا كذلك الزرع. قال رحمه الله فالخاص أن في جواز بيع نصف العمارة اختلاف الرواية بين المشايخ والجواز أصح وأرفق (ص) زرع بين ثلاثة باع أحدهم نصيبه من أحدهم لم يجز ولو باع منها جاز (قع عب) بنيا في أرض الغير أوزرعا فيها غصبا فباع أحدهما نصيبه جاز لأن القلع مستحق عليهما

قلت فتحرر لنا من هذه النقول أن بيع الحصة من الزرع المشترك والمبطخة المشتركة والثمرة بغير الأرض لا يجوز من الأجنبي فلو رضى شريكه هل يجوز؟ ذكر في الذخيرة مما قد مناد ما صورته: ومسألة المبطخة تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وإن رضى به صاحبه أى شريكه. وذكر في القنية لا يجوز إلا برضا صاحبه وقال محمد بن الفضل لا يجوز وإن رضى به صاحبه ورواية هشام عن محمد أنه لا يجوز بيع نصف الزرع المشترك من شريكه ولا من غيره تدل على أنه وإن رضى به صاحبه أنه لا يجوز في هذه الصورة بالطريق الأولى. وما ذكره قاضيخان من قوله (قيل له لو أن الشريك الذي لم يبيع أجاز بيع الشريك هل له ألا يرضى بعد الأجازة قال له ذلك) يقتضى أنه إذا رضى جاز. وفي المحيط وكذا إذا باع نصيبه برضا شريكه لا يجوز. وفي البدائع فباع أحدهما نصيبه قبل الإدراك لم يجز لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القطع للحال وفيه ضرر به. فصار معنى نقل الذخيرة وقول أبي بكر محمد بن الفضل البخارى ودلالة رواية هشام ونقل المحيط أنه لا يجوز البيع وإن رضى به شريكه. وخالف هؤلاء ما ذكر في القنية وفتاوى قاضيخان أنه يجوز برضا شريكه وما ذكره في البدائع فهو صريح في أنه إنما لم يجز لأجل الضرر الذي يلحق بالشريك فظاهره أنه إذا رضى به يصح لأن الرضا جاء من قبل من له الحق والإنسان قد يرضى باسقاط حقه ويتحمل الضرر كما إذا أراد الجار أن يخرج جزوعا على جاره فإنه ليس له ذلك فلو رضى به جاره جاز وإن كان فيه ضرر عليه كذا هنا فحصلت مخالفة بين هذه

النقول التي ذكرناها ولا بد لنا من أن نتمحل للجمع بينها . والذي يظهر لي من التوفيق والجمع أن يحل ما ذكره في الذخيرة والمحيط ونقل عن أبي بكر بن الفضل على أن المراد من قول هؤلاء أنه لا يجوز وأن رضى به إذا كان يقصد المشتري اجبار الشريك على القلع لأنه وان رضى به لا يجبر على تحمل ذلك الضرر ولا شك أنه ضرر بين كما قالوا فيما إذا باع نصف زوعه من رجل وكل الزرع له حيث لا يجوز قالوا لأنه يطالب المشتري بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر فصار كبيع الجذع في السقف، أما إذا لم يقصد المشتري اضرار الشريك وقد رضى به الشريك فيجوز ويبقى على حاله إلى الإدراك فهذا ليس فيه ضرر على أحد . وما علة في المحيط يفهم منه هذا الذي ذكرنا من التوفيق فإنه قال «لأن في فعله ضررا والانسان لا يجبر على تحمل الضرر وان رضى به» فجعل العلة لعدم الجواز نفس القلع والضرر المرتب عليه فإذا أمن الضرر جاز، وعلى ما قرناه قد أمن الضرر فيجوز فانتفى الاختلاف بين النقول وحصل الجمع بين المنقول، فإن قيل القصد الذي ذكرتم لا يمكن الوقوف على حقيقته ولأننا طريق إلى الإلزام به فيبقى بعرضية أن يتغير ويطلب القلع في ثاني الحال وله ذلك فكأن الضرر ما أمن فاحصل الجمع حينئذ، قيل له الكلام فيما إذا دام الرضا بالبقاء إلى وقت الإدراك أما إذا تغير فلا كما قال قاضيخان في أنه يصح البيع برضا الشريك فلا وأنه بمد الرضا له ألا يرضى قال له ذلك وكذا هنا نقول ان دام الحال ولم يطلب المشتري القلع فالبيع جائز إلى وقت الإدراك فينفذ ويلزم وان لم يستمر الحال وطلب القلع لم يجب إلى ذلك نظرا للشريك فان طلب هو أو البائع النقص فسخ البيع لأنه فاسد مستحق الفسخ وان سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزا لأن المانع من الجواز قد زال . هذا الذي ينبغي أن يحمل عليه كلام صاحب المحيط والذخيرة لأجل الجمع والتوفيق . على أن في كلام الذخيرة نظرا: وهو انه ذكر أولا أن أحد الشريكين إذا تصرف في المحل المشترك تصرفا يتضرر به صاحبه وان كان يقبل الرد لا يجوز له تصرفه الا برضا شريكه ثم قال: ومسألة المطبخة تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وان

رضى به صاحبه فما نقل الرواية انه وان رضى به صاحبه أنه لا يجوز بل أتى بها على وجه التفقه وان مسألة المبطخة تدل عليه وليس كذلك لأن مسألة المبطخة ليس فيها رواية « وان رضى به شريكه لا يجوز » بل الجواب فيها خرج على وجه الاطلاق فيحمل على التقييد في غير هذا الموضع وهو أولى فبقي نقل صاحب المحيط وحده هو الذي ذكر فيه أنه لا يجوز وان رضى به شريكه ويتمين حمله على ما ذكرنا لأنه أولى من الاختلاف ومن خالفه فقله أقرب الى الفقه لأن الحق للشريك فاذا رضى به لم يصح

وأما ما يتعلق ببيع نصف الزرع والثمرة وسائر أنواع الزراعة من الشريك بدون الارض كارض بين رجلين وفيها زرع لها فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الارض فان هذا لا يجوز أيضا كما نقلناه من المحيط والذخيرة. لكن في المحيط ذكر فيه روايتين والمختار للفقهاء أبي الليث عدم الجواز وفي الذخيرة أطلق الجواب على عدم الجواز. هذا كله فيما اذا لم يكن الزرع مدركا. ولو باع نصيبه من الزرع مع نصيبه من الارض بن شريكه أو من أجنبي فانه يجوز رضى به شريكه أو لم يرض

بقي مما يشكل علينا ما ذكره في الذخيرة ناقلًا عن الأجناس وهو. قال اذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه يجوز في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد أنه لا يجوز هذه عبارة الذخيرة. ثم فشت الأجناس على هذا فلم أجد مسألة الزرع التي ذكرها في الذخيرة تقلا عنه بالكلية ولا أنه ظاهر الرواية بل الذي ذكره في الأجناس ما قدمناه وهو قد نص على الجواز فيه فانه قال: زرع بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لو احد لم يميز ولو باعه منهما جاز. ونص في المنية أن بيع الزرع المشترك لا يجوز لانه أجنبي ولا من الشريك الا أن يقطع: فصار لنا في هذه المسألة وهي بيع الحصة من الزرع والثمرة من الشريك روايتان في رواية يجوز وفي رواية لا يجوز وهذه الرواية اختارها أبو الليث وعليها جواب عامة الاصحاب ولكنها لا تجرى على اطلاقها بل تحمل على ما اذا كان في صورة يحصل فيها ضرر

بالقطع كما إذا باع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع فإنه لا يجوز لأن يكلف الأكار بالقلع فيتضرر بقلع نصيبه الذي كان له قبل الشراء. وأما إذا كان في صورة ليس فيها ضرر على أحد فلا يمنع من الجواز بالاتفاق كما إذا باع الأكار حصته من الزرع أو من الثمرة لشريكه مالك الأرض فإنه يجوز اتفاقاً لأنه يمكنه تسليمه من غير ضرر ولا يجبره أحد على قلعه وتفريغ الأرض. فالرواية التي اختارها أبو الليث وعليها عامة الأجوبة محمولة على هذا ولا يجوز أن تجرى على إطلاقها، والدليل عليها ما ذكره في المحيط في التعليل لها حيث قال «لأن البائع يطالب المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ نصيبه من الأرض ولا يمكنه ذلك إلا بقلع الكل ومتى قلع الكل يتضرر به المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه» وعلاه في مسألة بيع الأكار نصيبه من رب الأرض فقال لأنه يمكنه التسليم بدون القسمة فلا يتضرر به أحدهما. فعلمنا أن ما قاله أبو الليث واختاره من عدم الجواز إذا كان في صورة يتضرر المشتري بالقلع أما إذا لم يتضرر فلا. وكذا يجب أن يحمل جواب من أطلق من الأصحاب كصاحب المنية وغيره على هذا التفصيل. فنلخص الجواب حينئذ أنه إذا باع من شريكه الذي لاحق له في الأرض لا يجوز على المختار. هذا آخر ما اتفق من تحرير الكلام على مسألة بيع الحصة من الزرع والمبطخة والثمر من الشريك ومن الأجنبي

بقي لنا مسألة الفراس والبناء المشترك إذا بيع منه حصة لأجنبي أو لشريك هل يجوز أم لا وهل يكون حكمه حكم الزرع والثمر أم لا وهل يفترق الحكم بين الفراس والبناء أم لا؟ وتحرير الكلام في ذلك كله فنقول وبالله المستعان ما قلناه من المحيط في هذه الأوراق يقتضى التسوية بين الزرع والثمر والنخل والحائط والجواب في الكل واحد وقد قدمنا في مسألة الزرع وما ذكره غيره كقاضيخان فإنه قال: لو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما نصف الشجر من رجل لا يجوز وقال أيضاً ولو كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من أجنبي لا يجوز وإن باع من الشريك جاز ولو كانت بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه

لا يجوز ولو باع منهما جاز. فقوله من الأجنبي ظاهر أنه لا يجوز وأما قوله في الصورة الثانية فيما إذا كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من الشريك جاز أيضا مما لا يجوز أن يجرى على ظاهره بل يجب أن يقال لا يخلو أما ان كانت الأرض لهما أيضا أو لغيرهما أولا أحدهما، فإذا كانت لهما فلا يجوز بيع أحدهما حصته من الآخر بدون الأرض قياسا على الزرع كما تقدم وان كانت الأرض لغيرهما بأن غرسا في أرض الغير بطريق شرعي فباع أحدهما نصيبه من الشجر لشريكه فلا يخلو أما ان كانت الأرض مناصبة أو استأجرا أرضا للغرس فغرسا في المدة وباع أحدهما نصيبه من الغرس في المدة فن كانت مناصبة فينبغي أنه إذا باع من شريكه الذي الأرض له أنه يجوز، وان باع من الشريك الذي لأرض له أنه لا يجوز كما في الأكار مع رب الأرض. وان كانت اجارة فينبغي ألا يجوز بيع نصيب أحدهما من الشريك ولا من الأجنبي أما الأجنبي فظاهر وأما من الشريك فلا يجوز أيضا قياسا على ما إذا كان الزرع لهما والأرض بينهما وقد قدمنا انه لا يجوز فكذا هنا. وان كانت الأرض لأحدهما فلا يخلو أما ان باع صاحب الأرض نصيبه لشريكه وأما ان باع الشريك نصيبه لشريكه صاحب الأرض ففي الأول لا يجوز وفي الثاني يجوز قياسا على مسألة الأكار في الزرع وقد تقدمت. فقول قاضيخان « وان باع من الشريك جاز » محمول على هذا التفصيل ويتقيد بالصورة الأخيرة لا على اطلاقه، ويبقى قوله وان باع من الشريك جاز أى باع الشريك حصته من الشجر لشريكه الذي له الأرض لا غير تصحيحا للكلامه وجمعا بينه وبين غيره. ومما يؤيد هذا قوله في الصورة الثانية وهي ما إذا كانوا ثلاثة فإنه جعل الجواب كالجواب في الزرع فليستأنس به على أن مراده التقييد المعروف في مسألة الزرع لأن الغراس حكمه حكم الزرع. وفي التتمة جعل مسألة الشجرة مقيسا عليها كمسألة الزرع فإنه قال وكذلك الزرع المشترك. وكذا اطلاق جواب الأجناس الذي نقلناه هنا يجب أن يحمل على هذا التفصيل أيضا وهو قوله وان باع من شريكه جاز مثل ما ذكر قاضيخان. والذي ذكره في الفقهية يؤيد ما نقلناه من أن الشجر

حكيمه حكم الزرع فانه صرح وقال والشجر كالزرع في ذلك

مسألة

واما مسألة بيع الحصة من البناء المشترك بدون الأرض فاعلم أن هذه المسألة ذكرها الأصحاب بعبارات مختلفة مما نقلناه عنهم في هذه الأوراق وانا ان شاء الله تعالى أعيد عبارة كل واحد منهم وأتكلم عليها بمفردها وأتبع الكلام بعد ذلك بتلخيص الجواب وتحرير ما نقل عنهم بحسب الوسع والطاقة مستمدا من الله سبحانه المعونة وهو خير معين فأبدأ بالكلام بعبارة المحيط فأقول

ذكر في المحيط هذه المسألة وصورها في الحائط وجمعها مع مسألة الزرع والثمرة على الدخّل وذكر أنه اذا باع الشريك، نصيبه من الزرع أو الحائط بأرضه أو بغير أرضه وأنه اذا باع من شريكه أو من أجنبي الى ما نقلناه عنه، ثم قال في أثناء كلامه . وأما اذا باع نصيبه من الزرع والحائط والثمر من شريكه في رواية يجوز لانعدام الضرر وفي رواية لا يجوز وهو المختار للفقهاء أبي الليث، هذا الذي ذكره في مسألة بيع الحصة من البناء وأفردها في الحائط. فالكلام فيها على ما قاله كالكلام فيما تقدم في مسألة الزرع والثمرة . وأما صاحب الذخيرة فانه أفردها في ضمن الكلام فانه قال . وعلى هذا اذا باع نصف البناء بدون الأرض ان كان مستحقا للبقاء لا يجوز وان كان متمديا جاز . وأما قاضيخان فانه وضع المسألة فيما اذا كانت الدار لرجل فباع نصف بناءها من غير أرض من رجل لا يجوز . أما صاحب البدائع فانه قال بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لا يمكنه تسليمه الا بضرر وهو تقض البناء . وأما صاحب التتمة فانه ذكر المسألة فقال . بناء بين رجلين باع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير اذن شريكه لا يجوز وكذلك الزرع والشجر ولو باع من شريكه يجوز . وفي نوادر هشام لا يجوز . وأما صاحب الخلاصة فانه قال وفي التجريد قال محمد في بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز . وأما القدوري فانه ذكر

في شرحه مختصر السكرخي فقال وقد ذكر محمد في كتاب الشفعة في بناء بين رجلين والأرض لغيرهما باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجوز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بئقض البناء وفي ذلك ضرر . فأما الزاهدي فإنه ذكر المسألة في التقنية فقال باع نصف عمارة ضيعته مشاعا والرقبة للوالى صح قال رحمه الله وعند الشافعي يجوز بيع نصف العمارة مشاعا والرقبة للوالى به كان يقتى (بج عج) من غير تفصيل (شب) مثله . بخلاف بيع نصف الزرع لأن العمارة للبقاء فأشبهت الرقبة ولا كذلك الزرع . قال رحمه الله فالخالص أن في جواز بيع نصف العمارة مشاعا اختلاف الروايتين من المشايخ والجواز أصح وأرفق . وأما الناطفي فإنه ذكر في أجناسه فقال . وذكروا في كتاب الشفعة من الأصل لو اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء من غير أرض لم يجوز البيع وكذلك النخل والشجر في هذا فقد صرح أن في شجرة مشتركة باع أحدهما نصيبه من رجل آخر لم يجوز وكذلك النخل والشجر . ولو باع من شريكه جاز . وفي نوادر هشام لا يجوز أيضا من شريكه . وأما صاحب المنية فإنه قال باع نصيبه من بناء من أجنبي بغير إذن شريكه لا يجوز . اشترى نصف حائط بأرض جاز و بلا أرض لا إلا من الشريك . هذه عبارات الأصحاب . فنقول . البناء المشترك بين اثنين لا يخلو إما أن كانت الأرض لهما أيضا أو لغيرهما أو لأحدهما . فإن كانت الأرض لهما فباع أحدهما نصيبه من الأرض والبناء جاز بالاتفاق سواء باع من شريكه أو من أجنبي وإن باع نصيبه من البناء دون الأرض فلا يخلو إما أن باع من شريكه أو من أجنبي وإن باع نصيبه من البناء دون الأرض فلا يخلو إما أن باع من شريكه أو من أجنبي . فإن باع نصيبه من شريكه ففيه روايتان كما ذكره صاحب المحيط . والمختار عدم الجواز لأنه يكلف المشتري القلع فيتضرر به كما علله أبو الليث وإن باع من أجنبي لا يجوز رواية واحدة . وإن كانت الأرض لغيرهما فهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب البدائع والقدرى وصاحب الخلاصة وجعلوا الجواب فيها أنه إذا باع نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجوز فقتضى هذه العبارة أنه إذا باع من شريكه يجوز لكن ما ينبغي أن يتعدى هذا المفهوم إلى الكلى

الصور بل يختص بالصورة التي لا يمكن الشريك البائع فيها ان يكلف المشتري قلع البناء وصورتهما . اذا اعارهما ارضا للبناء مدة معلومة فبينا فيها بناء مشترك بينهما فباع احدهما حصته من البناء لشريكه بعد انقضاء المدة قبل ان يطالب بالقلع فان في هذه الصورة لا يمكن البائع ان يكلف المشتري القلع لأنه لاحق له في رقبة الارض لا من جهة ملك العين ولا ملك المنفعة لأنه في المدة كان مالاً كالمنفعتها مع شريكه فلما باعه نصيبه من البناء لم يبق له فيها حق يخشى منه القلع لأن العارية قد انقضت مدتها فيجوز البيع من شريكه في هذه الصورة . فاما اذا استأجر ارضا للبناء مدة معلومة اجارة صحيحة شرعية فبينا فيها بناء مشترك بينهما ثم باع احدهما حصته من البناء لشريكه من غير أن يؤجر منه نصيبه من الأرض فان في هذه الصورة يمكن البائع الزام المشتري بقلع البناء لأن الأرض في ايجاره ويطالب اخلاءها حتى يستوفي منفعتها المملوكة له بعقد الاجارة كما لو كان فيها عوض البناء زرع لم يدرك ويجرى في هذه الصورة أيضا اختلاف الروايتين رواية الجواز وعدمه وهي الرواية المختارة كما ذكره أبو الليث . فالأليق ان يحمل مفهوم قولهم على هذا الذي فصلناه حتى يكون على هذه العبارة محمولا على الرواية المختارة القريبة من الفقه وان كان يمكن أن يعتمد الى غير ذلك عملا بالرواية الأخرى ولكن الأليق ما قلناه لأنه أشبه بالفقه وموافق لاختيار رأي أبي الليث السمرقندي كيف وان رواية هشام صريحة في انه لا يجوز أيضا من شريكه كما نقله الناطقي . وان كانت الأرض لاحدهما وصورتهما رجلان بنيا حائطا بين مراضهما وارض الحائط لاحدهما وتراضيا على ذلك وبنيا الحائط من مالهما ثم باع احدهما نصيبه في هذا الحائط فلا يخلو اما ان باع نصيبه من البناء لأجنبي أو لشريكه فان باعه لأجنبي لا يجوز وان باع لشريكه فلا يخلو اما ان باع صاحب الأرض نصيبه من الشريك الآخر او على العكس وفي كلتا صورتين ينبغي أن يجوز هذا البيع . ويفارق بيع الزرع والغراس في الصورة الواحدة وهي بيع صاحب الأرض من شريكه فان في مسألة الزرع والغراس لا يجوز أن يبيع صاحب الأرض من الاكار وعكسه يجوز لانه هنا ليس البناء مستحقا للبقاء بعقد لازم لأنه

لا يكون الاعلى وجه الاباحة أو العارية فان الأرض التي تحت الحائط اذا كانت ملكا لأحدهما والبناء بينهما فما يكون بناء الآخر مع صاحبه الا بطريق الاباحة أو العارية وأياما كان فليس بلازم بخلاف الزرع والغراس لأنه يكون بعقد لازم وهو المزارعة أو المناصبة فاذا باع صاحب الأرض نصيبه من الشريك في الزرع أو الغراس فقد باع ما هو مستحق للبقاء بأصل المزارعة والمناصبة فيكلف البائع المشتري القلع فيتم ضرر بقلع النصيب الآخر الذي لم يبع وهو كان مستحقا للبقاء فلا يجوز بخلاف هذه المسألة لأن بناء الشريك انما كان بأحد الطريقتين اللتين ذكرناهما فلم يكن مستحقا للبقاء فصار كالفاسد الذي لم يكن للشريك في البناء في الحائط حق القرار فصار للقلع مستحقا ومستحق القلع كالمقلوع ولو كان مقلوعا حقيقة جاز بيع نصفه كذا هنا . على ان هذا البحث بعينه ذكره صاحب النخيرة كما نقلناه عنه اللهم ألا ان يقال انه قد يكون في صورة لازمة وهو أن يؤجره نصف أرضه ثم يبني هو والمستأجر فيها بناء وفي هذه الصورة يجاب بأنه مثل مسألة الزرع وأنه يجري فيه روايتان رواية الجواز وعدمه وعدم الجواز هو المختار

وأما قول التتمة والمنية : فباع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن شريكه لم يجز وان مفهوم ذلك أنه اذا كان بأذن الشريك يجوز فالكلام في هذا كالكلام في مسألة الزرع وقولهم برضا صاحبه وبغير رضا صاحبه وقد تقدم الكلام فيها وأما قول صاحب القنية : باع نصف عمارة ضيعته والرقبة للوالى وانه يجوز بيع العمارة المذكورة وبه كان يفتى بكر خواهر زاده والعلاء الحماني او العلاء الخياطى او عبد الرحيم الخونى أو عمر الحافظ فإنه رمز (عج) وهي تحتل الكل وفرق بما فرق وهذه هي المسألة التي ذكرها القدورى وصاحب البدائع والخلاصة، ونقله هنا فتوى من ذكره لا يصلح معارضا ولا يجوز العدول به عما نقله القدورى عن الاصل وصاحب البدائع وصاحب الخلاصة فان الذى نقلوه رواية وهذا اختيار فتوى بعض الاشياخ ولم ينص على أن الفتوى عليه بل قال وبه كان يفتى فلان وفلان ويحتمل أنهما لم يظفرا بالرواية وهو الأليق بهما ، واذا

دار الامر بين أن يفنى بما ذكره القدورى وصاحب البدائع والخالصة من الرواية وبين ما ذكره فى القنية من هذا القدر فلا يجوز أن يفنى الا بما ذكره القدورى ومن وافقه . وأما الفرق الذى فرق به فأتخته طائل ولا هو قريب من الفقه لأن الضرر فى الزرع والبناء واحد وخشية القلع متوقعة . وقوله « لأنها للبقاء فاشبهت ببيع الرقبة » ليس بشيء لانه لا يمنع المطالبة بالقلع التى يتضرر بها . وقوله فالخاصل أنه فى جواز بيع العمارة مشاعا اختلاف الرواية بين المشايخ والجواز اصح وأرفق . أما قوله اختلاف الروايتين فهو فى الشريك . أما فى الاجنبى فلا واذا كان كذلك فأبو الليث رحمه الله قد اختار عدم الجواز وهو موافق لرواية هشام أيضا وما ذكر أحد أن الاصح هذا الا فى هذا الموضوع من القنية والظاهر انه من عند المصنف لا أنه ظفر بالرواية أن الذى ذكره هو الاصح . وفى الجملة فالذى يجب أن يعمل بما نقله القدورى وصاحب البدائع والخالصة لا يعدل عنه الى ما ذكره فى القنية والله اعلم . فتأخيص الكلام فى بيع الحصاة من البناء المشترك بدون الأرض انه ان باع الشريك حصته من الأجنبى لا يجوز وان باعها لشريكه الآخر ينبغى أن يجوز البيع سواء كانت الأرض للبائع أو للمشتري . فان كانت لغيرهما فلا يخلو اما ان كانت فى أيديهما باجارة أو باعارة أو بغصب فان كانت باجارة بينهما فلا يخلوا اما ان أجر البائع نصيبه من الأرض من المشتري أولا ثم باعه نصيبه من البناء أولا . فان أجره نصيبه من الأرض ثم باعه حصته من العمارة صح البيع وان لم يؤجره نصيبه من الأرض لا يجوز ، وان كانت باعارة لهما من مالكها وقد اعارها منها مدة معلومة فبينا ثم باع أحدهما نصيبه من البناء لشريكه وقد مضت المدة فانه يصح وان باعه قبل مضي المدة ينبغى أن يجرى فيه الروايتان وان كانت غصبا بينهما بان تعديا فى أرض الغير وبنيا بناء ثم باع أحدهما نصيبه من البناء لاجنبى فانه يجوز هذا البيع للاجنبى والشريك لأنه غير مستحق البقاء بل هو مستحق للقلع والمستحق للقلع كالمقوع حقيقة فكأنه باع نصيبه وهو مقموع ولو باع وهو مقموع صح فكندا هنا . فاما الأحكام التى فى ديارنا فالغالب فيها أنها

تكون بغير أجراء بل تعرف بمسح الارض وتعرف بكسرها ويفرض على كل مائة ذراع مكسورة مبلغ من الدراهم على اختلاف البقاع والمحال ويبقى الذي يبني فيها يؤدي ذلك القدر في كل سنة من غير اجارة شرعية فهذا ينبغي أن يكون من قبيل العمارة التي هي غير مستحقة البقاء فينبغي أن يجوز بيع الحصة منها من الاجنبي ومن الشريك مطلقا كما نقلناه عن النخيرة لأن مستحق القلع كالمقلوع حقيقته ولان الذي باع نصيبه من العمارة ليس له فيها حق يخشى منه الزام المشتري بتفريغ الارض فيتضرر ، هذا في نفس الحكم في هذه المسألة ، أما اذا رفع الى القاضي بيع حصته من بناء وطلب منه ثبوت ذلك التباعد والحكم به ولم يطلب منه الحكم فانه يكشف عن امر القرار فاذا تبين عنده ان البناء الذي بيع منه الحصة مستحق للبقاء والقرار فيعمل فيه على ما قدمناه أولا من التفصيل ، وان ثبت عنده أنه غير مستحق للبقاء سمع بينه التباعد وأثبتته وحكم به ان شاء . وكذا الجواب في الغراس والزرع ان ثبت عنده ان ذلك مستحق للبقاء اثبتته كما نقلناه في البناء والله سبحانه وتعالى اعلم

مسألة

بيان حكم المقبوض على سوم الشراء اذا هلك في يد الذي أخذته ونحوه
الكلام في ذلك .

ذكر في القنية في باب الضمان في القبض على سوم الشراء (بم ط) عن أبي حنيفة رحمه الله قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيري فأخذه على هذا وضاع منه فلا شيء عليه ، ولو قال هاته فان رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن (ط) أخذ منه ثوبا وقال ان رضيته اشتريه فضاع فلا شيء عليه ، وان قال ان رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته لأن المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى . ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال السائم هاته حتى أنظر فيه وقبضه على ذلك فضاع لا يلزمه

شئ (حب) ولا يجب ضمان السوم الا بند كر الثمن ، قيل هو قول أبي يوسف
ويكفي عند محمد رحمه الله أن يميل قلبها . و ذكر في المحيط قال : وأما حكم
المقبوض على سوم البيع مضمون بالقيمة متى بين له ثمننا وان لم يبين له ثمننا لم يكن
مضمونا لأنه متى بين ثمننا يكون الاستيلاء أخذنا للعقد فيكون وسيلة الى العقد فالحق
بحقيقة العقد في حق الضمان دفعا للضرر عن المالك لأنه ماضى بتبضه الا بعوض
فصار القابض ملتزما للعوض وعوضه الأصلي هو القيمة ما لم يصطلحا ويتفقا على
المسمى ومتى لم يبين له ثمننا لم يكن أخذه للعقد فلا يمكن الحاقه به . وفي المنتقى:
ولو قال لآخر خذ هذا الثوب بعشرين فقال المشتري أخذه بعشرة فذهب بالثوب
وهلك في يده فعليه قيمته لأن قبضه لجهة البيع وقد بين له ثمننا ولو استهلكه فعليه عشرون
لأنه بالاستهلاك صار راضياً بالبيع بالمسمى دلالة حمل الفعل على الصلاح والسداد.
ولو قال البائع رجعت عما قلته أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت
انتقض جهة البيع . فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة
البيع لو انتقض يبقى المبيع في يده مضمونا فكذا هنا . و ذكر في فتاوى قاضيخان:
رجل أخذ من البزاز ثوبا فقال أذهب به فان رضيته اشتريته فضاع من يده
لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا . الوكيل بالشراء اذا أخذ
السلعة على سوم الشراء بعد بيان الثمن فأراها الموكل فلم يرض بها الموكل فردها
على الوكيل فهلكت عند الوكيل كان على الوكيل قيمتها لأنه أخذها على سوم
الشراء وان لم يكن أمره لا يرجع لأن الأمر بالشراء لا يكون أمرا بالأخذ . رجل
يبيع سلعة فقال لغيره انظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت في يده لا يضمن وان
قال الناظر بعد ما انظر فيكم تباع قالوا يضمن والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا
قال صاحب السلعة بكذا . و ذكر في الفتاوى الظهيرية . والمقبوض على سوم الشراء
لا يضمن الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية . و ذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي
المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا بالقيمة اذا بين الثمن و به أخذ الفقيه
أبو الليث . و ذكر في تنمة الفتاوى الكبرى: المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا

إذا كان الثمن مسمى ، نص عليه الفقيه أبو الليث في بيوع العيون ، فإنه ذكر :
إذا قال اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ، وإن
قال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك يضمن قيمته وعليه الفتوى . وذكر
في خزانة الأكل قال في موضع منها . وكل موضع يكون المبيع مضمونا عند
المشتري بالثمن لابد من تحديد الثمن أما إذا كان مضمونا بالقيمة كسوم البيع
والمضمون والمفصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق فلا يحتاج إلى تحديد .
وذكر في موضع آخر قال . من المنتقى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو قال هذا
الثوب بعشرة فقال المشتري هاته أنظر أو أزنه فأخذه فضاغ لاشيء عليه أمواله
قال هاته فإن رضيته أخذته فضاغ يلزمه ثمنه . ساوم رجلا ثوبا فقتل هولك بعشرين
فقال المشتري لا بل بعشرة فذهب به ولم يرض البائع بعشرة لا يبيع بينهما ولكن إن
استهلكه فعليه عشرون والقياس أن تجب القيمة . وعن محمد أبيك هذا الثوب
بعشرين فقال لا أخذه إلا بعشرة فذهب به يلزمه خمسة عشر إن كان في يد المشتري
حين ساوم . ذكر في التحرير من شرح الجامع الكبير للحصيري قال : أصل الباب
أن القبضين إذا تجانسا تناوبا وإذا تغابرا ينوب الأعلى عن الأدنى ولا ينوب
الأدنى عن الأعلى فالقبض الذي يجانس القبض المستحق بجهة الشراء هو القبض
الذي يوجب كون المقبوض مضمونا بنفسه وهو القيمة كقبض الغنم فينوب عن
قبض الشراء حتى لو هلك قبل القبض وقبل التمكن منه يملك من مال المشتري ، وكل
قبض لا يوجب على القابض ضمان المقبوض كقبض الودعة والعارية أو يوجب الضمان
لكن لا يوجب ضمان المقبوض بنفسه كقبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء لكن
ينوب عن قبض الهبة . وكذلك كل قبض هو قبض ضمان أو قبض أمانة ينوب
عن قبض الهبة لأن الشيء إنما ينوب عن غيره ويتضمنه إذا كان مثله أو فوقه
لأنه وجد القبض المحتاج إليه . أما لا ينوب عما هو فوقه لانعدام القبض المحتاج إليه .
وقبض الشراء قبض لنفسه مضمون بنفسه كالتبضع في الغنم . فقولنا قبض
لنفسه لا شك فيه لأن المشتري يقبضه لنفسه لا لغيره . وقولنا مضمون بنفسه لأن

الموجب الاصلى فى البيع هو القيمة وقيمتة معناه ونفس الشيء معناه فعنى قولنا مضمون بنفسه أى بقيمتة وأما قلنا ذلك لان الاصل وجوب التساوى رعاية للجانبين والمساوى هو القيمة وأما يصار الى الثمن عند صحة التراضى منهما شرعاً لان وجوب المساوى للنظر لهما فاذا تراضيا على شيء كان النظر لهماى وجوب ذلك تحصيلاً لغرضهما ومقصودهما ولهذا كان الواجب فى العقد الفاسد هو القيمة حكماً للعقد لا للقبض وكذا فى المقبوض على سوم الشراء والمقبوض بحكم البيع الذى فيه الخبار للبايع. فعلم أن الضمان الاصلى فى البيع هو القيمة كما أن الموجب الاصلى فى الشكاح مهر المثل وأما يصار الى المسمى عند صحة التسمية كذلك هنا. قلت فتحرر لنا من هذا كله أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة اذا ذكر الثمن فى حالة المساومة والمراد بذكر الثمن فيه ذكر الثمن من جانب المشتري لامن جانب البائع وحده، فانه قال فى القنية عن ابى حنيفة رحمه الله قال له هذا الثوب بعشرة دراهم فقال هاته حتى انظر اليه أو قال حتى أريه غيرى فاخذه على هذا فضاع منه فلا شيء عليه، ولو قال هاته فان رضيت اخذته فضاع فهو على ذلك الثمن. فجعل ذكر البائع وحده ليس بموجب الضمان. وكذا فى المسألة التى ذكرها بعد هذه المسألة لو قال ان رضيت اخذته بعشرة فعليه قيمته ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم حتى انظر اليه وقبضه وضاع لا يزمه شيء. فعلمنا أن المراد من قول الاصحاب اذا ذكر الثمن أى من جهة المساوم لامن جهة البائع وحده وبقيية الاصحاب الذين ذكرنا كلامهم ذكروا مثل ما ذكر فى القنية. فليعتن بهذا وليفهم فانه فائدة جلييلة، فان المبتادر الى الاذهان كان هو ذكر الثمن مطلقاً سواء كان من جهة البائع أو من جهة المشتري وكذا المسموع من الفقهاء والشيوخ وليس الأمر كذلك فان كل المسائل تشهد بصحة ماحررناه فانه لو كان يكتبى بذكر الثمن من جهة البائع وحده لكان يجب الضمان فى قولهم قال صاحب الثوب هو بعشرة أو خذه بعشرة وقال المساوم حتى انظر اليه وقبضه وضاع وهلك فى يده أنه يضمن وقد لصوا فى جميع الكتب انه لا يضمن ونصوا فى جميع الصور التى فيها

ذكر الثمن من جهة المساوم وحده انه يضمن فعلنا أن ذكر الثمن الذي هو شرط في الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان يكون من جهة البائع والمساوم معا أو من جهة المساوم وحده وأما من جهة البائع وحده فلا . وتصوير المساومة تقدم فيما نقلناه عن الاصحاب

بني انه وقع في بعض المصنفات ما نقلناه عنه انه يجب القيمة وفي بعضها يجب الثمن ولا يخفى ما بين القولين من الاختلاف فان قول من قال الثمن المراد به المسمى في حالة المساومة وقد يكون اكثر من القيمة أو أقل منها ، واذا نظرنا الى ما قاله الشيخ جمال الدين الحصري فيما نقلناه عنه وفيما قاله في المحيطين أن يكون المراد من قول من قال الثمن أنه القيمة لانفس المسمى وذلك أن الشيخ جمال الدين المذكور قال في تهديد أصله لان الأصل وجوب التساوي رعاية للجانبين والمساوي هو القيمة وأما يصار الى الثمن عند صحة التراضي منهما شرعا ، ثم قال وكذا المقبوض على سوم الشراء . ولا شك أن صحة التسمية لم توجد لأنها لا تكون الا عند التراضي منهما ولم يحصل ذلك بعد اذ لو حصل لكان بيعاً تاماً لأنه يكون بيعاً بالتعاطي وما كانت المسألة حينئذ تبقى مسألة المقبوض على سوم الشراء إنما كانت مسألة البيع بالتعاطي . وكذا قول صاحب المحيط ولأنه مارضى بقبضه الا بعوض فصار التابض ملتزماً للعوض وعوضه الأصلي هو القيمة ما لم يصطالحا ويتفقا على المسمى فيتعين أن يحمل قول من قال « فضاع يلزمه ثمنه » أي قيمته . وقد وقع هذا في عبارة الخزانة مما نقلناه في هذه الاوراق ، وفي القنية أيضا من قوله « فهو على ذلك الثمن » والمراد القيمة لما ذكرنا فليحفظ هذا أيضا فانه مزيل للاشتباه على من يقف على كلام القنية والخزانة . ثم وقع في كلام المحيط الفرق بين الهلاك والاستهلاك فانه نص على ما اذا قال خذ هذا بعشرين فقال المشتري آخذه بعشرة فذهب بالثوب وهلك في يده ان عليه القيمة وعلل بأنه قبضه لجهة البيع وقد بين له ثمننا ، وقال ولو استهلكه فعليه عشرون وعلل فقال لأنه بالاستهلاك صار راضيا بالبيع بالمسمى دلالة حملا لفعله على الصلاح ، هذه عبارته وهو

فقه حسن ونظر صحيح وهو موافق للقواعد والمنقول في الفتاوى ، فيحتاج الى التفصيل بعد ذلك في هذه المسألة فنقول

المقبوض على سوم الشراء اذا ذكر الثمن في حالة المساومة لا يخلو اما أن ذكر البائع الثمن وحده أو المشتري وحده أو ذكرهما معا ، وبعد ذلك فلا يخلو اما أن هلك بعد القبض بنفسه مثل أن يكون ضاع أو تلف بنفسه ، واما أن استهلكه المشتري: ففي الوجه الأول من القسم الأول لا يلزم المشتري الضمان بذكر البائع الثمن وحده على ما قدمناه . وفي الوجه الثاني والثالث من هذا القسم انه اذا هلك بنفسه من غير استهلاك من المساوم فانه يضمن قيمته للبائع ، وظاهر كلام الاصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت سواء كانت القيمة أقل مما سمي أو أكثر ، ولكن ينبغي أن يقال اذا وجبت القيمة لايزاد بها على المسمى سواء كان ذكر المسمى في حالة المساومة من البائع والمساوم أو من المساوم وحده وذلك لأنه اذا كان ذكره منهما فقد رضى البائع بهذا القدر فلا يزداد عليه كما قلنا في الواجب في الاجارة الفاسدة وان كان من المساوم وحده فكذلك أيضا لأن البائع راض بهذه التسمية حيث سلم المبيع الى المساوم فصار في معنى ذكره الثمن بنفسه ، وفي الوجه الثاني من هذه التسمية وهو ما اذا استهلك المساوم المبيع أنه يلزمه المسمى لأنه صار راضيا بالتسمية دلالة فيلزمه المسمى

فتلخص لنا من هذا كله ان المقبوض على سوم الشراء مضمون ان ذكر البائع والمساوم في حالة المساومة ثمنا أو ذكره المشتري وحده واذا هلك في يد المساوم بنفسه يلزمه قيمته وينبغي أن يكون على ما قررناه وان استهلكه المساوم يلزمه الذي سمي البائع فان لم يكن للبائع تسمية تجب القيمة ولو قيل انه يجب ما سمي المشتري لكان له وجه والله أعلم

وأما قول صاحب القنية « ولا يجب ضمان السوم الا بذكر الثمن قيل هو قول أبي يوسف ويكفي عند محمد أن يميل قلبهما » فمعناه أن اشتراط ذكر الثمن لأجل التضمنين هو قول أبي يوسف وغيره فقد قال هو الصحيح وعليه الفتوى

ومعنى قوله ويكفي عند محمد أن يميل قلبهما أى ان لم يذكرنا، ووجهه أن الشرط في الشرع حصول الرضا في باب البيع وقد حصل ولكن هذا لا يمكن الوقوف على حقيقة ولا يتوجه الالتزام به عند القاضى الا بتصادقهما على ميل كل واحد منهما فيما يتعلق بنفسه. وتفسير هذا الميل والله أعلم أن يميل قلب البائع الى بيعه من هذا المساوم ويميل قلب المساوم أيضا الى شراء هذه السلعة، هذا الذى يظهر لى في تفسير الميل وما وقعت عليه في كتاب الا في القمية كما نقلته لا غير. وأما قول قاضيخان «رجل يبيع سلعة فقال لغيره انظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت في يده لا يضمن وان قال الناظر بعد ما نظر بكم تبيع قالوا يكون ضامنا والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا» فالوله لا اشكال فيه وآخره وهو قوله «والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا فهذا في الظاهر يشير الى أن ذكر الثمن من جانب البائع يكفي في الضمان ويبقى بعكس على ما قدمناه وقررتاه وليس كذلك لان الجمع أولى من التعارض. وقول قاضيخان الا اذا قال صاحب السلعة بكذا اى وقال المشتري بكذا والا لزم الاختلاف بين الاقوال والتناقض الكلام نفسه. واما قول صاحب الخزانة «عن محمد أبيعك هذا الثوب بعشرين فقال لا آخذه الا بعشرة فذهب به يلزمه خمسة عشر ان كان في يد المشتري حين ساوم» فوجهه مشكل ولم أقف له على وجه وانما ظهر لى شيء وهو أن العشرة لازمة بيقين وما زاد عليها ففيه نظر ان نظره من جانب البائع ونظر من جانب المساوم واجتماعهما بوجب التنصيف أما الذى من جانب البائع فهو رضاه بتسليم الثوب مع قول المساوم لا آخذه الا بعشرة واذا اقتصرنا على هذا وحده كان يجب الا يلزم بشيء سوى العشرة وأما الذى من جانب المساوم فهو أخذه للثوب مع قول البائع بعشرين وقوله دليل على عدم رضاه بما دونها فلما أخذها مع قوله بعشرين دل على انه راض بها ففضية هذا أن يلزمه الذى قال البائع فدار الأمر بين أن تلزمه العشرة الزائدة بمجموعها وبين ألا تلزمه فيتنصف نظرا للجانبين هذا الذى ظهر لى في ترجمة قول محمد في هذه المسألة والله أعلم

مسألة

البراءة من العيوب في المبيع والشراء بشرط البراءة من كل عيب وتحريم الكلام في ذلك كله

ذكر في شرح مختصر الطحاوي للاسيب جابى قال : والبيع بالبراءة من العيوب جائز في الحيوان وفيما سواه ويدخل في البراءة ما علمه البائع وما لم يعلمه ، وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه ، وسواء سمى جنس العيوب أو لم يسم وأشار إليه أو لم يشر ، ويبرأ من كل عيب هو وجوده وقت البيع وعما يحدث بعده الى وقت القبض في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يبرأ عن الحادث . وأجمعوا أن البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لأنه لما قال « به » اقتصر على الموجود . ولو قال بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد ولو وجد المشتري بالمبيع عيباً فجاء يريد رده بعد ما وقع الشراء بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان هذا العيب موجوداً وقت البيع ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث ولم يدخل في البراءة فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا فائدة لهذا الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جميعاً عندهما وإنما يفيد هذا الاختلاف على قول محمد ، فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث . ولو أن رجلاً قال لرجل بعت منك هذا العبد على أنه آبق أو على أبي بريء من آباقه وقال الآخر قبلت بطلت خصومته مع بآعه في الآبق . ولو اختلف البائع والمشتري وادعى البائع أن البيع كان بشرط البراءة من كل عيب وأنكره المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه . ولو اقام البائع البينة على ما ادعى بطل حق المشتري في الفسخ . وذكر في الذخيرة قال : نوع آخر في البراءة عن العيوب . إذا باع شيئاً على أنه بريء من كل عيب صح البيع وثبتت البراءة عن العيوب كلها وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة والصحيح مذهبنا لأن الأبراء اسقاط فيه معنى التملك أما كونه اسقاطاً فبدليل أنه صح من غير قبول كالطلاق والعناق وأما كونه فيه معنى التملك فبدليل أنه يرتد بالرد وإنما كانت

الجهالة لا تمنع صحته ، أما صحة الاسقاط فظاهر ، وأما صحة التملك فلا نه تملك لا يحتاج فيه الى التسليم لأن ما وقعت البراءة عنه مسلم لمن وقعت البراءة له والجهالة اذا لم تمنع التسليم والتسلم لا تمنع اذاً صحة التملك كما لو اشترى قنيزان صبرة . ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث ، وهذا بناء على انه اذا باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض هل يصح أم لا فعند أبي يوسف يصح وعند محمد لا يصح . ولو شرط أنه برىء من كل عيب به لم يصرف الى الحادث في قولهم جميعاً . وكذا اذا خص ضرباً من العيوب صح التخصيص . ولو كانت البراءة عامة واختلفا في عيب وادعى المشتري أنه حادث وقال البائع كان به يوم العقد فالقول قول البائع في قول محمد ، وقال زفر والحسن القول قول المشتري ولا يتأني هذا على قول أبي يوسف لأن البراءة العامة تناول التأم والحادث فلا يفيد هذا الاختلاف . وذكر في شرح القدوري لازاهدي قال : واذا اشترى عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يردّه بعيب وان لم يسم العيوب ويعدها ، ويدخل في هذا البراءة من العيب الموجود والحادث قبل القبض عند أبي يوسف وقال محمد وزفر لا يدخل الحادث والخلاف بناء على أن شرط البراءة من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافاً لمحمد ، ولو شرط أنه برىء من كل عيب لم يدخل الحادث إجماعاً ، ولو اختلفا في حدوته فالقول قول المشتري . وكذا في البراءة العامة عند زفر والحسن خلافاً لمحمد . وكذا اذا اختلفا في ازدياد العيب فالقول قول المشتري ، ولو خص ضرباً من العيوب صح التخصيص . ولو قال أبرأتك من كل عيب بعينه فاذا هوأعور لا يبرأ ، ولو قال أنا برىء من كل عيب الا اباقه برىء من اباقه ، ولو قال الا اباق فله الرد بالاباق ولو قال أنت برىء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك . وذكر في فتاوى قاضيخان : رجل باع جارية وقال أنا برىء من كل داء ولم يقل من كل عيب فانه لا يبرأ عن العيوب عند أبي يوسف ، اذا اشترى رجل عبداً فقال له رجل ضمننتك عماد وكان أعشى يردّه على البائع فانه لا يرجع على الضامن

بشيء من الثمن ، ولو قال الضامن وان كان أعشى فعلى حصصة العمى من الثمن فراه أعشى كان له أن يضمه حصصة العمى . وذكر في البدائع : ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيوب عندنا سواء عمم العيوب بأن قال بعث على انى برىء من كل عيب أو خص بأن سمي جنسا من العيوب . ولو شرط على أنى برىء من العيب الذى يحدث روي عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد . وذكر في المبسوط قال : واذا برىء البائع الى المشتري عند عقد البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا، ثم بحث ثم قال : فاذا عرفنا جواز العقد بهذا الشرط قلنا تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود وقت العقد فاذا حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو الظاهر من قول أبي يوسف وقال محمد وزفر والحسن لا تدخل البراءة من العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن أبي يوسف . فأبو يوسف يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرؤية فكذلك يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب لأن مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه، وفي هذا لا يفرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض . ولو شرط البراءة من كل عيب به لا يتناول الحادث بالاتفاق . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي قال : ومن اشترى شيئا وبرىء اليه البائع من كل عيب غائلة ثم وجد به عيبا فان وجد عيب السرقة والفجور والابق لا يرد وان وجد عيب المرض فله أن يرد . وهكذا روي عن أبي يوسف فان الغائلة اذا ذكرت في البيع يراد بها هذا وان كانت تقع على غير هذا . باع وقال أنا برىء من كل داء ولم يقل من كل عيب لم يبرأ لأن الداء داخل في العيب أما العيب فليس بداخل في الداء . باع جارية فقال برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لا يبرأ ؛ وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها فاذا يدها مقطوعة لا يبرأ لأن هذا ليس بعيب وان كانت اصبع واحدة مقطوعة برىء لأنه عيب في اليد ، ولو قال من كل عيب بها برىء من ذلك كله لأن

الكل عيب في الحاربية . ولو قال لاخر أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار ولا يدخل الدرك لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا وذكر في الكافي شرح الوافي قال : واذا بريء البائع من كل عيب عند البيع صح وان لم يسم العيوب وليس له أن يرده بعيب ، وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يسم فيقول من عيب كذا وكذا وفي جواز البيع بهذا الشرط قولان وعند زفر يصح البيع ويبطل الشرط . والكلام في صحة شرط البراءة من كل عيب بناء على صحة البراءة عن الحقوق المجهولة كالديون فعند الشافعي لا تصح وعندنا تصح لأن البراءة اسقاط حتى يتم بالا قبول كالطلاق والعتاق ويصح بقوله اسقطت عنك ديوني ، والجهالة في الاسقاط لا تنفي الى النزاع وان كان في ضمنه التملك باعتبار انه يرتد بالدلالة لا يحتاج فيه الى التسليم فيدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يدخل الحادث . وذكر في شرح مختصر الكرخي للقدوري قال : اذا باع رجل شيئاً على انه بريء من كل عيب فعمم ولم يخص شيئاً من العيوب فذلك جائز في قولهم ، وقال الشافعي البراءة من العيوب المجهولة لا تصح الا أن يكون في باطن الحيوان فنيها قولان ، وهل يفسد العقد بشرط البراءة ؟ ففيه قولان : لنا أن كل عيب لو ظهر وجب فسخ البيع به جاز ان ينعقد العقد غير موجب للفسخ به كالعيب المعاموم ولأن البراءة حكم يتعلق بالعيب والبراءة المجهولة جائزة وقال الشافعي لا يجوز وهو خلاف النص والاجماع ، أما النص «فأروي أن رجلين تخاصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث قد درست فقال استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه» . وأما الاجماع فلأن المسلمين في سائر الاعصار اذا حضر أحدهم الموت استحلوا معاملتهم من غير نكير ، وأما قول الشافعي ان شرط البراءة من المجهول يفسد العقد بخلاف الاجماع لأن زيد بن ثابت ابتاع من عبد الله بن عمر عبداً بشرط البراءة من كل عيب فأراد أن يرده بعيب فقال

ابن عمر بعثك بشرط البراءة وقال زيد انك لم تعد العيوب فاختصما الى عثمان
رضي الله عنه فقضى على ابن عمر بالثمن ، فقد أجمعا على صحة العقد مع هذا الشرط
ولأن العيوب المجهولة معنى يثبت به الفسخ فشرط اسقاطه لا يبطل العقد كاختيار
المشروط وذ كر مثل نقلناة

قلت فتحزر لنا من هذه النقول كلها أن البيع بشرط البراءة من كل عيب
صحيح ويبرأ الباع من العيوب القديمة والحديثة قبل قبض المشتري منه المبيع على
قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول إبي يوسف وتقدم نقل الخلاف
فيه بخلاف شرط البراءة من كل عيب به فإنه لا يدخل في الإبراء العيب الحادث
قبل القبض اجماعا لأنه لما قال « به » وقعت البراءة عن العيوب التي عند العقد
لا غير فلا يبرأ من الحادث ، ولو قال بشرط البراءة من كل عيب به وما يحدث
فالمبيع فاسد . واعلم أن الإبراء من المجهول صحيح عندنا كما تقدم نقله فسواء باع
شيئا بشرط البراءة من كل عيب أو باع ولم يشترط ذلك في صلب العقد ثم قال
بعد البيع أبرأتك من كل عيب فإنه يبرأ من العيوب كلها كما لو قال بشرط البراءة
من كل عيب على أن شمس الأئمة في المبسوط لم يذكر هذه الصيغة وإنما قال فيما
نقلناه عنه واذا برى الباع الى المشتري عند العقد من كل عيب فهو جائز وان لم يسم
العيوب عندنا ؛ هذه عبارته . وهذه العبارة وقعت في كلام الاصحاب لاجل ذكر
الخلاف في البيع بالشرط لان البراءة من العيوب كلها لا تكون الا بهذه الصيغة كما
وقع في كلام أكثرهم «ومن اشترى عبدا أو باع عبدا» اذ لافرق في هذا بين العبد
وسائر الاشياء فإنه لو باع ثوبا بشرط البراءة من كل عيب صح وكذا ما يكال أو
بوزن ووضع المسألة في العبد ليس لتخصيصه بالحكم بل اتفاق وضع لا غير ، ألا ترى
الى قول القدوري اذا باع الرجل شيئا على أنه برى وكذا عبارة الدخيرة ، فاذا
رفعت هذه الواقعة الى الحاكم الحنفي المذهب وادعى فيها عنده وطالب الباع منه
الحكم بذلك فالأولى أن يقول حكمت بصحة البيع بهذا الشرط وعدم الرد بعده
بعيب من العيوب مع العلم بالخلاف . وهو اصطلاح لشرط فإنه لو لم يقل مع العلم

بالخلاف يصح ، ويقال ان عند المالكية يشترط ذلك ، هذا اذا كان البيع وقع بشرط البراءة من كل عيب كما اذا قال بعتك هذا الثوب مثلا بألف درهم بشرط البراءة من كل عيب فقال المشتري اشتريت أو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا الثوب بكذا بشرط البراءة من كل عيب وقال البائع بعته منك على هذا الحكم ويقول المشتري قبلت . أما لو قال بعته منك هذا الثوب بكذا وقال المشتري اشتريت من غير ذكر الشرط ثم قال بعده أبرأتك من كل عيب فان هذا ما يحتاج أن يحكم الحاكم فيه بصحة البيع بل يحكم بصحة البراءة من العيوب وان كانت مجهولة وعدم الرد بعيب من العيوب مع العلم بالخلاف وما ذاك الا لأن البيع صحيح بالاجماع والبراءة مختلف فيه والحكم يحتاج اليه في المختلف لرفع الخلاف فأما المتفق عليه فلا يحتاج الى الحكم بصحته . ويقع في بعض العهد ما صورته « ولم يضمن البائع سوى دوك الحلال والجنون والجذام والبرص والحبل حسب لا غير » ، فهل يكون بمنزلة الشراء بشرط البراءة من كل عيب سوى كذا وكذا وأن البائع برئ من بقية العيوب التي ليست مستثناة أم لا ؟ فالذي يظهر أن الحاكم ينبغي له أن يطلب شهود العهدة ويسألهم كيف حصل هذا الضمان أعني عند جحود البائع البراءة عما خلا المستثنى فلو صدق البائع على البراءة صح بلا نظر وإنما يحتاج الى الشهود عند الجحود فاذا حضروا يسألهم القاضي عن ذلك فان قالوا أبرأ البائع عن بقية العيوب بحضرتنا أو أقر بالبراءة عندنا أو تراضيا على ذلك عندنا صح أيضا ولم يبق له الرد بما عدا المستثنى . وان قالوا لم يقع بحضرتنا ابراء ولا اقرار سوى صورة ما كتب في العهدة وشهدنا عليهما فيها فهذه الصورة تحتاج الى نظر وتأمل فان قوله ولم يضمن البائع سوى كذا وكذا مقتضاة البراءة عن البقية فبالنظر الى هذا لم يبق له ذلك وبالنظر الى أن البراءة انما يكون بأحد شيئين اما البيع بشرط البراءة من كل عيب أو بلفظ البراءة بعد العقد نحو قوله أبرأتك من كل عيب أو أبرأتك من عيب كذا اما بالتعميم أو بالتخصيص فأما بهـذه الصيغة فلم يحصل البراءة بصريح اللفظ ولا شك ان العيوب جميعها مضمونة على البائع سواء نص على شيء منها

أو لم ينص فقوله ولم يضمن البائع سوى كذا فقد نفى عنه الضمان عن البعض وأثبت الضمان في البعض وليس له ذلك لأن فيه تغيير المشروع فإن الحق ثابت للمشتري شرعاً في الرد بالعيب القديم فإذا استثنى البائع بعض العيوب أنه لم يضمنها لا يصح استثناءه لأن الشرع جعل للمشتري حق الرد بالعيوب القديمة كلها ولم يوجد من المشتري ابراء لشيء فلا يبرأ ، ولا يقال ان تصديقه على ذلك ابراء منه للبائع عمداً المستثنى ، لأننا نقول قد تقدم أن الابراء يكون بأحد شيئين اما الشراء بشرط البراءة أو الابراء بالصریح ، أما التصديق فلأنه تصادق على خلاف ما أوجبه الشرع لأن الشرع أوجب الضمان على البائع في الصور كلها فتصديق المشتري على أنه لم يضمن سوى كذا ليس بصحيح لأنه يضمن المستثنى وغيره شرعاً فلماذا قلنا انه لا يصح ولا يبرأ من بقية المستثنى كيف وان المشتري يقول أنا ما أبرأتك من بقية العيوب والبائع يقول صدقت وهو ابراء فالمشتري حينئذ يتمسك بالأصل وهو ايجاب الضمان على البائع في العيوب كلها والبائع يدعي عليه الابراء وهو ينكر والقول قول المنكر ، وتثبت كتب الأصحاب كما عندي فلم أجده هذه الصورة أصلاً وهذا الذي قلته ههنا فهو على سبيل البحث والراجح عندي أنه يكون في حكم الابراء لأن الشهادة على المشتري بالتصديق شهادة على اقراره أن البائع برى بطريق شرعي فيؤخذ به لأن الشاهد لما كتب ههنا « ولم يضمن البائع سوى كذا وكذا » وان المشتري صدق على ذلك كان المشتري مقراً على براءة البائع عن بقية العيوب والشهادة على الاقرار لا تفقر الى معارضة السبب فيكتفى بالشهادة على المشتري بالتصديق والله اعلم . وحكى القاضى عماد الدين اسماعيل بن العز أن أخاه جدى أقضى القضاة شمس الدين بن العز كان يرى الذى رجحت فى هذه المسألة ويحكم به ويجمله بمنزلة التصريح بالابراء كما قلنا والله أعلم

مسألة

بيع المزرکش والمصوغ من الذهب والفضة والحلى اذا بيع بالدرهم أو الدينار هل يجوز أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر في المبسوط قال: وعن محمد بن سيرين أنه يكره بيع السيف المحلى بالفضة بالنقد مخافة أن تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأساً أن يبيعه بالذهب وبه تأخذ لأن يبيعه بالذهب جائز لقوله عليه السلام « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باده بالذهب أو بالفضة لأن للعقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه يفسده ولا تنزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر، وأما بيعها بالفضة على أربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد، وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد في الوزن لأن الجفن والحمايل فضل خال عن العوض فان في مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالأجزاء. وان كان يعلم ان الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بازاء الجفن والحمايل عندنا خلافاً للشافعي وان كان لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل، وعند زفر هذا جائز فان الأصل هو الجواز والمفسد الذي هو الفضل الخالي عن العوض ما لم يعلم به يكون العقد ملحقاً بالجواز. قلت وفي الهداية بمعناه وكذا في بقية الكتب

فتحور لنا أن بيع المفضض الأولى أن يباع بالذهب وكذا المزركش بالفضة ولو بيع بالفضة أعنى الدراهم المضروبة أو غيرها من الفضة فالواجب أن ينظر الى ما في المبيع من الفضة فان كانت قدر الدراهم فلا يجوز وان كانت أقل من الدراهم التي هي الثمن فيجوز وان كانت أكثر فلا يجوز وان كانت لا يمكن معرفة قدرها فلا يجوز أيضاً وفيه خلاف زفر. فصار في صورة واحدة يجوز وهي أن تكون الفضة التي في المبيع أقل من الثمن الذي هو الدراهم وفي بقية الصور لا يجوز. هذا اذا بيعت بالفضة فلو بيعت بالذهب لا يحتاج الى هذا بل يجوز بالأقل وبالأكثر لكن لا بد من قبض العوض كما في الأول أيضاً لا بد من القبض في صورة الجواز. ولو بيع المصوغ من الذهب او المزركش منه أيضاً بالدراهم فلا يحتاج الى معرفة قدره وهل هو أقل أو أكثر بل يشترط التقابض في المجلس لا غير فلو باعه بالذهب يحتاج فيه الى ما قدمناه

من الوجوه الاربعة وفيه وجه واحد يجوز كما في الفضة . والضابط في هذا وأشكاله ان عند اتحاد جنس الثمن والمبيع يعتبر التساوي في الوزن والتقايض في المجلس وعند اختلاف الجنس ، لا يعتبر التساوي بل التقايض وحده والله اعلم

مسألة

اذا هلك المبيع قبل القبض هل ينتقض المبيع أم لا وهل يلزم البائع قيمته للمشتري ويلزم المشتري الثمن الاول للبائع أم لا؟ وتحرير الكلام في ذلك ذكر الزوزنى في شرح المنظومة في باب «مالك» قال اذا هلك المبيع قبل القبض لا ينتقض البيع عند مالك لانه في ضمان البائع فيضمن قيمته كما في الغصب فتقوم القيمة مقامه فيكون للمشتري وعليه الثمن للبائع ، وعندنا يبطل البيع ولا يضمن البائع شيئاً لانه لو ضمن يضمن لنفسه في حق القبض لأن المبيع كان عنده ممسكاً بالثمن فلا يستقيم ضمان الانسان لنفسه فاذا لم يضمن فقد تلف المبيع بغير بدل فيبطل العقد فيه بالضرورة . وذكر في البدائع قال : هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع . وجملة الكلام فيه : ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلاً واما أن يكون تبعاً وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلاً فلا يخلو اما أن هلك كله واما أن هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك بأفة سرورية أو بفعل المبيع أو بفعل البائع أو بفعل المشتري بفعل أجنبي : فان هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع ، وكذا اذا هلك أو بفعل المبيع بأن كان حيواناً فقتل نفسه وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري خلافاً للشافعي وان هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضاً وسواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار للمشتري وان كان البيع بشرط الخيار للبائع او كان البيع فاسداً فعليه ضمان مثله ان كان مماله مثل وان كان ممالاً مثل له فعليه قيمته . وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو بالقيمة والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع البائع الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمه ان لم يكن وان شاء اختار البيع فاتبع الجاني بال ضمان واتبع البائع المشتري بالثمن . ولو كان المشتري عبداً فقتله

أجنبي قبل القبض فإن كان القتل خطأ لا ينفسخ البيع والمشتري خيار الفسخ ، وان كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة افعال . قال أبو حنيفة ان المشتري بالخيار فان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص من القاتل بعبدته وان شاء اختار البيع وله أن يقتص من القاتل بعبدته وعليه جميع الثمن . وقال ابو يوسف المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع ان يقتص ولكنه ياخذ من مال القاتل القيمة في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع والمشتري أن يقتص وعليه جميع الثمن ، وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشتري بالخيار ان شاء فسخ والبائع ياخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين . هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فاما اذا هلك بعد القبض فنقول فان هلك بأفة سهاوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهالك على المشتري وعليه الثمن ، وكذا اذا هلك بفعل اجنبي ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيّب له الفضل ، وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشتري قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سواء . وان كان قبضه اذن البائع صار مشروط للمبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كماله استهلاك وهو في يده . هذا اذا هلك كل المبيع بغير قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك بأفة سهاوية ينظر ان كان النقصان تقصان قدر بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك ويسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه . وان كان النقصان تقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الارض وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا ينفسخ البيع أصلا ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الأوصاف لاحصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية والمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ولا يستط عن المشتري شيء من الثمن وان كان بفعل نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من

التمن لان جنائته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بمضه بأفة ماوية ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك. ولو كان المشتري حيوانين سوى بنى آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن فعل المعجاء جبار فصار كأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه . ولو كان المشتري عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كان جارية فولدت قبل القبض و كبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية وان شاء أخذ القتال منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأنه لو أخذ القتال منهما بحصته من الثمن لانفسخ البيع في المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين أن عبد المشتري قتل عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار في أخذ الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال أخذ بجميع الثمن في المآل فخير نافي الا ابتداء بين الاخذ بجميع الثمن والفسخ، عندا وان هلك بفعل البائع يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفة عليه. وان هلك بفعل المشتري لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن. ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشتري سقطت عن المشتري حصة جناية البائع ولزمه ثمن ما بقى فلو برى العبد لا خيار للمشتري، فلو ابتداء المشتري بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برى العبد من الجنائتين فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وان شاء ترك . ولو اختلف البائع والمشتري في هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض وقال المشتري قبل القبض فالقول قول المشتري مع يمينه . ولو أقام البيئنة يقضى ببيئنة البائع وكذا دعوى الاستهلاك . قلت فتحذر لنا من هذا كله أن المبيع اذا هلك كله قبل القبض بأفة سماوية بغير صنع من البائع ولا من المشتري ولا من المبيع ولا من الاجنبي فانه يهلك على البائع وينفسخ البيع ولا يجب على المشتري شيء من القيمة. وكذلك الحكم فيما اذا

هلك بفعل البائع حيث يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري ، وان هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن ، وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه ففي المثل بالمثل وفي القيمة بالقيمة والمشتري بالخيار هنا ان شاء فسخ البيع وان شاء اتبع الجاني الاجنبي بالضمان واتبعه البائع بالثمن ، هذا اذا هلك كل المبيع فأما اذا هلك بعضه قبل القبض وهلك بأفة سهاوية ينظر ان كان النقصان تقصان قدر بأن كان مثلاً كل المبيع عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم فهلك منها قفيزان أو من الموزون بأن كان مثلاً مائة رطل من الزيت فهلك منها عشرون رطلاً أو من المعدود كالبيض والجوز مثلاً بأن كان مائة بيضة أو جوزة فهلك منها عشرون فانه يفسخ العقد في كل نوع من هذه الانواع بقدر الهالك ويسقط حصته من الثمن ولكن يخير المشتري في الباقي ان شاء اخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك وهذا ظاهر ، وان كان النقصان نقصان وصف وقد فسره في البدائع بما يدخل تحت البيع على وجه التبع كالشجر والبناء وقد حررنا ما قاله صاحب البدائع فيما نقلناه عنه الى آخره فلا نعيده لأنه يبقى كالمكرر والله اعلم

مسألة

اذا قبض البائع الثمن أو المؤجر الأجرة أو رب الدين دينه من المديون ولم ينقد الثمن ولا الأجرة ولا الدين ثم جاء بعد ذلك واحد من المذكورين وذكروا أن فيما قبضه رديئاً وهو الذي تقوله العامة نحاس ورفعته الى الحاكم وطلب منه الحكم له ببقية حقه من الثمن ورد ذلك على خصمه والخصم ينكر ويقول دراهمي جياذ وما أعلم هذا منها فهل يكون القول قول القابض أو الدافع؟ وتحرير الكلام في ذلك ذكر في القنية (ص) تكاري دابة الى بغداد بعشرة ودفعتها اليه فلما بلغ بغداد رد بعضها وقال هي زيوف أو ستوقة فالقول لرب الدابة لأنه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم يقبل قوله في الزيوف لأنه من جنس حقه فلا يكون تناقضاً ولا يقبل في الستوقة للتناقض ، وان أقر باستيفاء الأجرة أو باستيفاء حقه أو الجياذ فالقول له ، هذه عبارة القنية . وذكر في المبسوط قال : اذا كان اجر الدار عشرة

دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نَبَهْرَجَة والطعام معيب فاقول قوله لأنه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بصفته ويختلف باختلاف الصفة فلأما اقضية في كلامه واسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب. وان كان حين اشهد قال قبضت من أجر الدار عشرة دنانير جياذ او قفيز حنطة جيدة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف ، وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفاً لم يصدق بينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياذ وكان أجر الدار من الجياذ فيكون هو مناقضاً في قوله وجدته زيوفاً والمناقض لا قول له ولا تقبل بينته . ولو كان ثوباً بعينه فقبضه ثم جاء يردّه بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبي فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعتود عليه وأنه كان شيئاً بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان اقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيراً أو فاحشاً على قياس البيع. قلت فتحرر لنا من كلام شمس الأئمة السرخسي أن المؤجر متى قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدت فيه زيوفاً لم يقبل قوله ولا بينته ، ولو قال قبضت من المستأجر كذا من الدراهم ولم يقل الأجرة ثم جاء وقال هذه الدراهم نَبَهْرَجَة فالقول قوله فصار جواب المسألة أن القابض متى أقر بقبض الحق ثم ادعى أنه زيوف لم يصدق لانه ناقض كلامه لأن اقراره بقبض الحق اقرار بقبض الجياذ فاذا قال بعد ذلك هو زيوف أو بعضه فقد ناقض كلامه والمناقض لا يقبل قوله ولا بينته بخلاف ما اذا قال قبضت عشرة مثلاً ولم يقل من أجرة دارى ثم ادعى أنه زيوف فانه يقبل قوله لأنه في القول الثاني منكر استيفاء الحق وما سبق منه ما يناقض هذا القول فيكون القول قوله . هذا خلاصة مقاله في المبسوط واما ما ذكره في القنية ورمز له بـ (ص) وهي علامة كتاب الاصل فهو موافق لما قررنا ، لانه قال ودفعها اليه ولم يقل واقر باستيفاء الاجرة وفي هذه الصورة ليس القابض بمناقض في قوله فيقبل ، وبقية ما ذكره في القنية هو من المبسوط فانه رمز بـ (س) وهي علامة المبسوط ، ومعنى ما ذكره انه اذا أقر

بقبض الدراهم بان قال مثلاً قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق ولو قال هي ستوقة لا يصدق وذلك لأنه في الزيوف ما ناقض كلامه لان الزيوف من جنس حقه ، وفي الستوقة ناقض كلامه لأنه أقر أولاً بالدراهم وثانياً ادعى أنها ستوقة والستوقة ليس من الجنس فكان مناقضاً على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى من تفسير الزيوف والستوق والنهرجة . وقوله (وان أقر باستيفاء الأجرة الى آخره) هذا مشكل مخالف لما قاله في المبسوط مما نقلناه وسنبينه فانه قال وان أقر باستيفاء الأجرة تقديره والمسألة بحالها حتى يتم الكلام ، واذا كان كذلك فيبقى تقدير الكلام : تكارى دابة الى بغداد بعشرة دراهم وأقر الأجر بقبض الأجرة ثم ادعى أنها زيوف أو ستوقة يقبل قوله في ذلك وهذا خلاف ما ذكره شمس الأئمة في المبسوط فانه قال اذا اقر باستيفاء الأجرة ثم قال هي زيوف لم يقبل قوله والحرف قد بيناه وهو الموافق للفتنه فانه يناقض كلامه بعد ذلك والمناقض لا قول له فكيف يقول في القنية القول له فهذا والله اعلم سهو فانه ينقل كلام المبسوط وما يقوله محررا الى آخره فالذى يجب أن يعمل به هو ما ذكره في المبسوط أعنى في هذه الصورة الخاصة وأما بقية الصور فكماها موافقة لما ذكره في المبسوط واذا تقرر لنا هذا في الاجارة والأجرة عديناه الى استيفاء الأثمان في البياعات والديون في المعاملات فان العلة تجمع الكل فنقول : اذادفع اليه دراهم وهي ثمن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيئاً يزعم أنه مردود في المعاملات بين الناس وانكر المشتري أن ذلك من دراهمه التي دفعها فلا يخلو اما أن يكون البائع أقر بقبض الثمن أولاً فان أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله في ذلك ولا يلزم المشتري أن يدفع عوض ذلك الرد ، ولو اختار البائع يمين المشتري أنه ما يعلم أن هذا الرد من دراهمه التي أعطاه له فينبغي أن يجاب الى ذلك ويحلفه القاضي على العلم فان حلف انقطع الخصومة ولم يبق له مع المشتري منازعة وان نكل ينبغي أن يردها عليه لأنه أقر بما ادعاه بطريق النكول ، وان كان البائع لم يقر بقبض الثمن ولا الحق الذي على المشتري من جهة هذا البيع وانما أقر بقبض دراهم مثلاً ولم يقل هي الثمن

ولا الحق قال في هذه الصورة يكون القول قول البائع لأنه منكر استيفاء حقه ولم يتقدم منه ما يناقض هذه الدعوى فيقبل منه مع يمينه ، هذا اذا أنكر المشتري أنها من دراهمه أيضاً . وكذلك الديون أيضاً ينبغي أن يكون الجواب فيها كالجواب في الأجرة والثلث في باب البيع . وهذا كله اذا كان الذي يردده زيوفاً أو بنهرجة فان ستوقه فلا يقبل قوله ولا يردده لأنه ناقض كلامه ، أما في صورة اقراره بقبض الدراهم فظاهر لان الستوقه ليس من جنس الدراهم وقد أقر بقبض الدراهم أولاً ثم قال هي ستوقه فكان مناقضاً ، وكذلك في اقراره بقبض الاجرة أو الحق بل بالطريق الأولى وعبارة المبسوط خالية عن ذكر الستوقه وليس فيها ما يمنع ماقاله في القنية بل يوافقه من حيث المعنى

واما تفسير الدراهم النهرجة والزيوف والستوقه فذكر في الصحاح قال . النهرجة الباطل والردىء من الشئ وهو معروف ، وقال في المغرب النهرج الدرهم الذي فضته رديئة وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وعن ابن الاعرابي المبطل السكة وقد استعير لكل ردىء باطل ومنه بهرج دمه اذا أهدر واطل ، وعن اللحياني درهم مبهرج أي نهرج ولام اجده بالنون الاله وهذه عبارة المغرب . والزيوف المرودة يقال زافت عليه دراهمه اي صارت مرودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زَيْفٌ ودراهم زيوف وزَيْفٌ وقيل هي دون النهرج في الرداءة لان الزيوف ما يردده بيت المال والنهرج ما يردده التجار . والستوقه بالفتح أردأ من النهرج وعن الكرخي الستوقه عندهم ما كان الصفر أي النحاس هو الغالب الاكثر ، وفي الرسالة اليوسفية النهرج اذا غلبها النحاس لم يؤخذ وأما الستوقه فخرام أخذها لأنها فلوس هذه عبارة المغرب . وقيل هو تعريب سه توا . وحاصل ماقالوه في تفسير الزيوف والنهرجة والستوقه ان الزيوف أجود من الكل ؛ وبعد الزيوف النهرجة وبعدها الستوقه فتكون الزيوف بمنزلة الدراهم التي يقبلها بعض الصيارفة دون بعض والنهرجة ما يرددها الصيارفة وهي التي تسمى معيرة ولكن

الفضة فيها أكثر والستوقة بمنزلة الدراهم الزغل وهي التي نحاسها أكثر من فضتها . فاذا عرفنا هذا فالزيوف والنهرجة يكون القول قول القابض فيها اذا لم يقر باستيفاء الحق أو الاجرة أو الجياد بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعى أن بعضها زيوف أو نهرجة كما قدمناه فيقبل قوله ويردها واما اذا قال انها ستوقة بعد ما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها

مسألة

قبول الكفالة في مجلس العقد شرط حتى ان المكفول له اذا لم يقبل الكفالة في المجلس لا يصح سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس وتحرير الكلام في ذلك ذكر في البدائع قال : وأما الذي يرجع الى المكفول له فأنواع منها أن يكون القبول في مجلس العقد وانه شرط الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا يجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس ؛ وعن ابى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل أنها جائزة على قواه الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد . وسأله المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئا لا يلزم الورثة شيء فعلى هذا لا يلزمهم ؛ وبعضهم أجازة على سبيل الكفالة ومنها وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لأنها ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله . وذكر في الهداية قال : ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ؛ وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه وأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الا جازه . والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا هو وجه هذه الرواية

ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولى في النكاح ولها ان فيه معنى التملك وهو تملك
 المطالبة منه فيؤمر بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال
 الا في مسألة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما على من الدين
 فتكفل به مع غيبة الغرماء لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم
 المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب
 لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب فصار كما اذا حضر بنفسه . وانما يصح
 بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة وهو ظاهر في
 هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح . ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ
 فيه . وذكر في الكافي شرح الوافي قال ولا تصح الكفالة بالنفس أو بالمال الا بقبول
 الطالب في مجلس العقد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف واختلفوا
 على قوله فقيل عنده يجوز بوصف التوقف حتى لو رضى به الطالب ينفذ ولا يبطل
 وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح
 لأنه تصرف التزام من الكفيل ولا التزام فيه على الغير فيتم بالالتزام وحده
 كالأقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولى
 في النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء
 المجلس كأنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف
 للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لان شرط العقد لا يتوقف على ما
 وراء المجلس وهذا لأنه عقد تملك على أن المطالبة لم تكن مملوكة ومملوكة بعقد
 الكفالة والتمليك يقوم بالشرطين فكان كلام الواحد شطرا للعقد وشرط العقد
 لا يتوقف على ما وراء المجلس الا في مسألة واحدة هي قول المريض لورثته
 أو لبعضهم تكفلوا عني بما على من الدين لغرمائي فضمنوا به مع غيبة الغرماء فانه
 جائز استحسانا . وذكر في شرح مختصر الطحاوى للاسيبى جابى قال : ولا تجوز
 الحوالة والكفالة الا بقبول المحتال والمكفول له في قول أبي حنيفة ومحمد . وبيانه
 أن الذى عليه الدين اذا قال لرجل ان لفلان بن فلان على ديننا فاكفل به عني

أو تكفل به عني ففعل ذلك الآخر ثم بلغ الطالب ذلك فأجازها فان ذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف يجوز . وكذلك لو ان فضوليا قال اشهدوا اني قد ضمننت ما لفلان على فلان من الدين وها غائبان فبلغهما فأجازا فهو على هذا الاختلاف . وان قبل عن الغائب أحد يتوقف في قولهم جميعاً ، ولو ان مريضاً لم يأمر ورثته بالضمآن ولكنه أمر أجنبياً فضمن الأجنبي ثم حضر الطالب فأجازته على قول أبي يوسف لا يشكل أنه يجوز وعلى قولهما على العلة الاولى يجوز وعلى الثانية لا يجوز وليس عنهما رواية أيضاً في هذه المسألة . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال : وفي الاصل اذا كفل رجل لرجل والمكفول له غائب فهو باطل . وقال أبو يوسف آخره هو جائز . وأجمعوا انه لو قال بطريق الاخبار جاز فان قال الطالب انه أخرج الكلام مخرج الاخبار فصح وقال الكفيل لا بل انشاء فالقول قول الطالب ، هذا اذا لم يقبل عن الغائب في المجلس أحد . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال : الكفالة بالنفس للغائب لا تصح عند أبي حنيفة ومحمد الا ان يقبل عن المكفول له فضولي فاذا قبل عنه فضولي يتوقف فان أجاز جاز وعند أبي يوسف يجوز وان لم يقبل عنه فضولي ؛ واذا جازت الكفالة على قول أبي يوسف هل تلزم قبل اجازة المكفول له فيه روايتان . وذكر في الذخيرة قال . وأما ركن الكفالة فلا يجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أولاً حتى ان عندها لا يتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول الأجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لا آخر اكفل بنفس فلان لى فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره اكفل بنفس فلان أو بما ل فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت فتصح الكفالة ويتوقف على ما وراء المجلس على اجازة المكفول له ولا كفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفاله وأما اذا لم يوجد شيء من ذلك بل قال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما على فلان من الدين فانه لا يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو بلغ الطالب فقبل لا يصح

ثم رجع أبو يوسف فقال الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو الخطاب أو لم يوجد. إذا قال الكفيل لقوم اشهدوا اني كفلت لفلان بنفس فلان والطالب غائب فإن اتفقا على ان هذا انشاء كفالة لا يصح عندهما وان اتفقا على ان هذا اقرار بكفالة وجد فيها الخطاب والقبول كان معتبرا وان اختلفا فالقول قول الطالب الذي يدعى ان هذا اقرار عن كفالة وجد فيها الخطاب والقبول حتى يؤخذ الكفيل به . وذكر في المبسوط قال : ولو كفل بنفس رجل لرجل والطالب غير حاضر فهو باطل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفي موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبي يوسف في قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب قبله جاز . وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي يوسف وهو غلط . ولو خاطب فضولي عن الطالب على قولها يتوقف على اجازة الطالب وعلى قول أبي يوسف هو جائز قبله الفضولي أو لم يقبل الا في مسألة واحدة وهي مسألة المريض وذكر في المحيط : وأما ركن الكفالة فعند أبي حنيفة ومحمد هو قول الكفيل كفلت بمالك على فلان وقول المكفول له قبلت فركن الكفالة هو الايجاب والقبول جميعاً ، وعند أبي يوسف الركن هو الايجاب وهو قوله كفلت والقبول ليس بشرط . قلت فتحزر لنا من هذا ان الكفالة بالنفس أو بالمال لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس أو يقبل عنه فضولي ثم يميز ذلك اذا بلغه فتصح ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف في قوله الآخر لا يحتاج الى قبول لا من المكفول له ولا من الفضولي والفتوى على قولهما . ومسألة المريض ففيها اختلاف المشايخ على قولهما فمنهم من قال انما تصح اذا كان للميت مال أما اذا لم يكن له مال فلا يصح في موضعين . الموضع الاول ان الكفالة لا تصح من الورثة اذا لم يكن للمورث مال ، والموضع الثاني ان الكفيل لو كان غير وارث والمسألة بحالها هل يصح أم لا كل ذلك على قولها وما وقفت على الصحيح في الاختلافين المذكورين (١)

{١} الصحيح قول أبي حنيفة في أنها لا تصح كما في التتارخانية

ويقع في بعض الاوقات شهادة بحجة بدين كفالة على اصطلاح الشهود ولم يذكروا فيها قبول عقد كفالة وتارة يكتب رسم الشهادة في هذه الصورة على المقر بالدين والحاضر وهو الكفيل والمقر له ويكون هذا في رسم شهادة الشهود ولم يذكروا قبول عقد الكفالة في أصل الصك وتارة يكتب الشهادة على المقر والحاضر لا غير ويرفع صاحب الحق الكفيل الى القاضي ويدعي عليه بالكفالة فيجيب بأنه كفل ولكنه لم يكن رب الدين حاضراً مجلس الكفالة ولم يقبها وان هذه الكفالة باطلة ويجيب رب الدين بأنه قبل عقد الكفالة ولا بينة لها وهذا موضع فيه نظر وتأمل فانه لو قيل ان يكون القول قول الكفيل لكان له وجه وما ذلك الا أنه يدعي عليه لزوم الكفالة وهو منكر والقول قول المنكر ، ويوضحه ان المكفول له لما قال قبلت في المجلس وهو يقول لم تقبل فلو صدقه الكفيل على ذلك لازمه الحق بلا نظر فلما كذبه صار منكراً لما يدعيه من لزوم الكفالة عليه فالقول قول المنكر . ولو قيل بأنه ينبغي أن يكون القول قول المكفول له لكان له وجه أيضاً وهو انه لما أقر الكفيل بأنه كفل فقد أقر بشيء لا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه فلا يقبل ويكون القول قول رب الدين . وهذا الفرع أشبه بأن يقاس على مسألة البيع من قياسه على مسألة الطلاق على مال ، فان في مسألة البيع اذا قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول للمشتري . ولو قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج، وفرقوا بين الطلاق وبين البيع بأن في مسألة الطلاق بالمال الواقع يمين من جانبه والاقرار به لا يكون اقراراً بالشرط لصحته بدونه وأما مسألة البيع فان البيع لا يتم بدون القبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه وهو لا يملكه فلماذا كان القول قول المشتري، فمسألة تناهذه تشبه البيع لان الايجاب والقبول ركن فيه وكذا في الكفالة على قولها فاقراره بالكفالة اقرار بما لا يتم الا بالقبول فكأنه أقر بالكفالة وبالقبول ثم قال لم تقبل الكفالة فذلك رجوع منه عما أقر به وهو لا يملكه فصار كالبيع وفي البيع القول قول

المشترى فكذا ينبغي ان يكون القول قول رب الدين لأنه في منزلة المشتري فان الايجاب من جانب الكفيل والقبول من جانب المكفول له كما أن الايجاب في باب البيع من جانب البائع والقبول من جانب المشتري فالكفيل كالبائع والمكفول له كالمشترى وقد ثبت لنا في مسألة البيع أن يكون القول قول المشتري عند انكاره قبول الشراء فكذا ينبغي أن يكون القول قول رب الدين للمكفول له عند انكار الكفيل القبول منه ولا يشبهه مسألة الطلاق لأنه يمين كما تقدم والفرق بينهما ظاهر . فان قيل يشكل على هذا ما ذكره في الذخيرة من قوله اذا قال الكفيل اشهدوا اني كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فان اتفقا على أن هذا انشاء كفاالة لا يصح عندهما وهذا الذي ذكرت هو تصادق على انشاء كفاالة لم يحضرها الطالب فينبغي ألا يصح ولا يكون القول قول الطالب قيل هذا ليس بتصادق على انشاء كفاالة لم يحضرها الطالب بل هو تصادق على انشاء كفاالة وقعت في الزمن الماضي وفيها قبول الطالب وذلك لأن الطالب يقول قبلت في المجلس والكفيل يقول كفلت ولم تقبل فالكفيل يصدق الطالب في القبول لانه أقر بالكفاالة وهي مما لا يتم الا بالقبول فكان اقراره بها اقرارا بالقبول والطالب يصرح بالقبول أيضاً فقد تصادقا على الغيبة وعدم القبول في المجلس فلماذا لم يصرح والله أعلم بالصواب

وأما قول صاحب البدائع في الذي يرجع الى المكفول له من أن يكون عاقلاً فلا يصح قبول المجنون ولا الصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول معتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل للمقبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قوله هذا آخر كلامه : وهذا مشكل مخالف لبقية الكتب والقواعد وقد صرح غيره بخلاف ما قاله فانه ذكر في الذخيرة : ولو كفّل للصبي ان كان الصبي تاجراً جازت الكفاالة وان كان الصبي محجوراً عليه فان خاطب وليه وقبل صححت الكفاالة وان خاطبه أجنبي وقبل عنه يتوقف على اجازة وليه وان لم يخاطب وليه ولا أجنبي انما خاطب

الصبي فالمسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا تصح الكفالة وعلى قول أبي يوسف تصح . وفي المبسوط : ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا المجنون ولا لمغنى عليه وفي رواية أبي سليمان ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف . وأصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا ان الكفيل عند أبي يوسف ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ما لم يقبله قابل وقبول الذي لا يعقل والمجنون باطل . وذكر في المحيط : الكفالة للصبي لا تجوز الا أن يخاطب وليه عنه عندهما وقال أبو يوسف يجوز لان عنده قبول المكفول له ليس بشرط لصحة الكفالة وعندهما شرط وقبول الصبي لا يصح فان كان أبو الصبي أو وليه يخاطبه في الكفالة فذلك جائز في قولهم جميعاً لأنه قبول صحيح قائم مقام قبول الصبي هذه عبارته . والذي يظهر لي ان صاحب البدائع حصل له سهو في هذه المسألة فالذي يظهر أن يعمل بما قاله غيره فيما هو موافق للقواعد كما نقلناه ولا يلتفت الى ما ذكره في البدائع أعني من قوله (ولا يجوز قبول وليهما عنهما) وأى فرق بين الكفالة والبيع وسائر التصرفات والعقود الشرعية التي أقيم الولي فيها مقام الصبي أو كان بالغاً نحو الرهن والكفالة وقبول الحوالة اذا كان الحال عليه أملاً الى غير ذلك وقد ذكرنا هذا أيضاً في كتابنا الاختلافات الواقعة في المصنفات) والله سبحانه أعلم

مسألة : الكفالة المعلقة بالشرط وتحرير الكلام فيها

ذكر في المبسوط في مسألة جهالة الأجل في الكفالة بعد ما بحث ثم قال : بخلاف ما لو قال الي قدوم فلان غير المكفول به لأن ذلك غير مفيد لتسليم ما التزمه فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار وكلام زيد وهذا لانه انما يحتمل التعليق كما يجوز ان يحلف به كالطلاق والعتاق ونعني بقولنا باطل أى الشرط باطل فأما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسد كالنكاح ونحوه، وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء ان الكفالة

جائزة والأجل باطل لأنّه غير متعارف فيبقى شرطاً فاسداً فلا تبطل به الكفالة هذه عبارته . وذكّر في الفتاوى الكبرى للخاصي قال : والأصل في الكفالة ان يجوز تعليقها بشرط متعارف لأن الكفالة تشبه النذر من حيث انه التزام وشبهه المعاوضة من حيث ان الكفيل يملك ما في ذمة الاصيل عوضاً عما يؤدي اذا كفل بأمر الأصيل فمن حيث انها تشبه النذر صح تعليقها بشرط متعارف ومن حيث انها تشبه المعاوضة لم يصح تعليقها بشرط غير متعارف بخلاف الوكالة لأنه ليس فيها معنى المعاوضة فيصح تعليقها بمطلق الشرط . وذكّر في فتاوى قاضيخان قال : الكفالة على وجهين منجزة ومعلقة فالمنجزة جائزة والمعلقة كذلك ان كانت معلقة بشرط متعارف . ثم قال ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو ان يقول اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان الاجنبي فأنا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلاً وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشروط . فان علق الكفالة بما هو سبب الحق او هو سبب لامكان التسليم نحو ان يقول اذا قدم فلان المطلوب البلد فأنا كفيل بنفسه فقدم فلان صار كفيلاً بنفسه لأنّه متعارف . وذكّر في الكافي شرح الواي : وصح تعليق الكفالة بالشروط كما لو قال ما بايعت فلاناً فعلىّ وما ذاب لك عليه فعلىّ وما غصبك فعلىّ بخلاف ما لو قال ما غصبك أحد شيئاً . ثم قال فان كان الشرط ملائماً بأن كان شرطاً لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا غاب عن البلد يصح . وان لم يكن ملائماً كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر أو ان دخل زيد الدار لا يصح . وكذا اذا كفل به الى محيء المطر أو هبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار . والكفالة مما يصح تعليقها بالشروط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق . وذكّر في الايضاح قال وان علق الكفالة بشرط فان كان ذلك سبباً للحق مثل ان يقول ان قدم فلان المطلوب فأنا كفيل به فالكفالة جائزة وكذلك اذا قال اذا استحق المبيع فأنا به كفيل لان التقدم اثر في توجه المطالبة عليه وكذلك

استحقاق المبيع سبب لوجوب الضمان فكان هذا اضافة الى حين وجود السبب فجاز وأما اذا قل اذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار فانه لا يجوز لأنه شرط محض والكفالة فيها معنى التملك وهو ينافى التعليق بالشروط المحضة وذكر في الهداية قال : ثم الاصل أن يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لا يمكن الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشرط في معنى ما ذكرناه، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وكذا اذا جمل كل واحد منهما أجلاً الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق . وذكر في شرح مجمع البحرين قال : ويجوز تعليقها بشرط ملائم كشرط وجوب الحق أو إمكان الاستيفاء أو تعذره كما بايعت فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو اذا قدم المكفول عنه أو غاب عن البلد لا بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر ، ولو جعله أجلاً وجب المال حالاً لأن الكفالة يجوز تعليقها بالشرط مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى أو ما غضبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) والاجماع منقاد على صحة ضمان الدرك . ثم ان كان الشرط ملائماً كما اذا شرط شرطاً يجب عنده الحق كقوله ما بايعت فلانا فعلى فان البيع شرط ثبوت الحق في الذمة فجاز التعليق به لملاءمة الشرط وكذا اذا قل اذا استحق المبيع . أو ذكر شرطاً لا يمكن الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو المكفول عنه ، أو ذكر شرطاً لتعذر الاستيفاء كقوله ان غاب عن البلد فعلى فان ذلك ملائم للكفالة بخلاف ما اذا علقه بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر فانه تعليق لوجوب المال بالخطر فلا يصح وقد منا الكلام فيه فلو جعل ذلك أجلاً صححت الكفالة وبطل التأجيل ولزم المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق . وقوله ملائم الخ من الزوائد . وذكر السفناني في

شرح الهداية قال (قوله الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسد) اعلم ان في هذا اللفظ اشنباهالانه لو أراد بقوله (لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة) ابتداء تعليق الكفالة مثل ان يقول اذا هبت الريح فأنا كفيل فانه غير صحيح فان هناك لا يصير كفيلاً أصلاً ذكره في أوائل كتاب الكفالة من فتاوى قاضيخان حيث قال ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو ان يقول اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان الاجنبي فأنا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلاً وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشروط وقال في الكتاب الا انه تصح الكفالة، وان أريد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة الى هذه الشروط الفاسدة فهو صحيح قال السغناقي بعيد هذا فعلم بهذا ان حكم تأجيل الكفالة الى هذه الشروط مخالف لحكم تعليق الكفالة بهذه الشروط الفاسدة، فبعد هذا نقول فالوجه الصحيح فيما ذكره في الكتاب انه ذكر التعليق وأراد به التأجيل وقلد في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر هناك هكذا حيث ذكر التعليق وأراد به التأجيل. هذه عبارة السغناقي ومثله في شرح الهداية للكافي الا انه زاد وقال: الشرط الجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق كأن قال طلقت أو أعتقت على دن من خمر أو الى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطف. وذكر الشيخ جلال الدين الخبازي في حاشيته على الهداية قال: قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلاً يعني مجيء المطر وهبوب الريح لا يجوز تعليق الكفالة ولا تأجيلها اليه ولو علق الكفالة بها مع ذلك صححت الكفالة ولزم المال حالا لأن ما جاز تعليقه بالشرط لا يبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولأنه في الحال تملك المطالبة بلا عوض ولو كان تملك مال من غير عوض كالهبة فالشرط لا يفسده فهنا أولى

قلت فتحرر لنا من هذا الكلام كاه: أن الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم للعقد كقدوم المكفول عنه أو غيبته عن البلد أو استحقاق المبيع، وإذا وجد واحد من هذه الشروط صار كفيلاً عند وجود الشرط لا قبله. وفي كلام

قاضيخان مايشير الى هذا فانه قال فقدم فلان صار كفيلا فتمتضاه أن بالقدم صار كفيلا لا قبل القدم وهذا شأن المعلق فانه عدم قبل وجود الشرط فاذا وجد الشرط صار كالرسل عنده على ما عرف في الطلاق . هذا ما يتعلق بالكفالة المعلقة بالشرط الملائم للعقد . بقي لنا الكفالة المعلقة بالشرط الذي ليس بهلائم كالتعليق بهبوب الريح ومجىء المطر ونحوهما كما اذا قال اذا هبت الريح فأنا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه من الدين أو اذا جاء المطر فأنا كفيل به فهل يصير كفيلا في الحال ويبطل الشرط أم لا يصير كفيلا أصلا ؟ . واعلم أن هذا المقام يحتاج الى نظر وتأمل والموضع مشكل جدا وقد وقع في كلام صاحب الهداية فيما نقلناه عنه ما حصل فيه اختلاف بين الشراح أعنى السفناقي وجلال الدين الخبازي وكل واحد منهما حمل كلام صاحب الهداية على محمل وجعل الجواب فيه خلاف ما جعله الآخر وقد ذكرنا كلام كل واحد منهما ، وأما خلاصة ما قاله السفناقي أنه لا يصير كفيلا أصلا ، وأول كلام صاحب الهداية وهو قوله (الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا) وجعله محمولا على التأجيل الى هبوب الريح ومجىء المطر لا على أنه يكون في تعليق الكفالة به وهو معذور في ذلك فان قاضيخان وغيره صرحوا بأنه لا يصير كفيلا والشيخ جلال الدين الخبازي قال بخلاف هذا وجعل الكلام على ظاهره من غير تأويل ، وقال ولو علق الكفالة بها مع ذلك صححت الكفالة ولزمه المال حالا أي ولو علق الكفالة بهبوب الريح أو مجىء المطر لا يجوز التعليق وصحت الكفالة ولزمه المال حالا ، وبحسب فقال لأن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولأنه في الحال تملك مطالبته بلا عوض ولو كان تملك مال من غير عوض كالهبة فالشرط لا يفسده فهنا أولى وفي كلام ابن الساعاتي ما يصلح أن يستأنس به لكل واحد من كلام السفناقي والخبازي فإنه قل بخلاف ما اذا علقه بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجىء المطر فإنه تعليق لوجوب المال بالخطر فلا يصح ، ثم قال ولو جعل ذلك أجلا صححت الكفالة وبطل التأجيل ولزم المال حالا . فأوله يشهد لما جنح اليه الخبازي فانه قال فلا يصح أي فلا يصح التعليق

فبقى أصل الكفالة : وآخره يشهد لما قاله السفنأقي من حيث انه جعل حكم التأجيل على حدة فصرح فيه بأنه تصح الكفالة ويبطل التأجيل ويلزم المال حالا ولو كان حكمهما واحدا لما فصل بينهما مع أنه يميل الى الإيجاز ويحترز في الكلام وكذا وقع في كلام صاحب الإيضاح ما فيه احتمال لكل من المقالتين أعنى مقالة السفنأقي ومقالة الخبازي فإنه قال : اذا علق الكفالة بشرط فان كان سببا للحق يجوز وأما اذا قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار فإنه لا يجوز لأنه شرط محض فيحتمل أن يكون قوله لا يجوز أي لا يجوز التعليق ويبطل الشرط ويحتمل أنه لا تجوز الكفالة بهذا الشرط : وقد يقال انه يشبه كلام الخبازي أكثر فإنه قال لأنه شرط محض أي فيبطل الشرط ولا يلزم من بطلان الشرط بطلان الكفالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة

والذي يظهر لي في ذلك أن ما قاله الشيخ جلال الدين أولى وأشبهه فان الشيخ في الهداية صرح بلفظ التعليق و بلفظ التأجيل ، فأما نصريحه بلفظ التعليق ففي موضعين أحدهما انه قال ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم مثل أن يكون كذا وكذا الى آخره كما ذكره غيره في عهد الشروط التي للتعليق للتأجيل ، والموضع الثاني فقوله فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر وصرح بالتأجيل في قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا . فعلمنا أن كلامه يتعلق ببيان صورة التعليق والتأجيل اليهما فلا يجوز أن يقال يحمل كلامه في التعليق على أنه أراد به التأجيل اليهما بل هذا يكون ان لو لم يكن ذكر التأجيل أصلا اما بعد ذكر التعليق والتأجيل كيف يحسن أن يحمل على أنه أراد بالتعليق التأجيل فإنه عطف بيان حكم التأجيل على صورة التعليق فإنه صدر كلامه بالكلام على صورة التعليق حيث قال لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم عطف عليه بيان حكم التأجيل قال وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا أي من هبوب الريح أو مجيء المطر فكيف يقال حينئذ أنه أرد بالتعليق التأجيل فكيف عطف الشيء الواحد على نفسه وهذا خلاف الاصل وأيضا فلو كان يحسن ذلك لما كان

اشكل على السفناني في كلامه وحده بل كان ينبغي أن يستشكل كلام جميع
الاصحاب فأنهم كلهم عدوا صورة التعليق مثل ما عدها صاحب الهداية ولا يجوز
أن يقال أن يحمل ما ذكره من صورة التعليق على أن مرادهم التأجيل لأنه يلزم
منه ترك الكلام في مسألة التعليق واختلاؤها من الكتب فكذا لا يجوز أن يحمل كلامه
وحده فأنفى أن يحمل كلامه وحده هذا الحمل وإذا انتفى ذلك فقوله وكذا إذا
جعل كل واحد منهما أجلا أى هبوب الريح ومجىء المطر وتكون صورته كفل
بنفس فلان الى هبوب الريح أو الى مجىء المطر ثم قال (الا أنه تصح الكفالة ويجب
المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق
والعتاق) هذه عبارة الشيخ فقوله الا أنه تصح الكفالة أى في صورة التعليق والتأجيل
ويلزم المال حالا ويبطل الشرط وذلك لأنه ذكر جملتين وعقبهما بالا وهى تقضى
تعليقها بكل من الجملتين على ما عرف في مسألة الجمل إذا عقبها استثناء فإنه يتعلق
بكل جملة ولا يختص بالجملة الاخيرة وحدها كما اذا قال عبده حر وزوجته طالق ان
شاء الله فان الاستثناء ينصرف الى الجملتين ولا ينصرف الى الأخيرة وحدها
فكنا هنا لما ذكر حكم التعليق على حدة وعطف عليه بيان حكم التأجيل وعقب
ذلك بالاستثناء اقتضى ذلك أن ينصرف الاستثناء الى كل من الجملتين التعليق
والتأجيل . ومقتضاه أن الكفالة تصح ويبطل الشرط . كيف وانه علل بعلته تؤيد
ما قلناه فأنه قال (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة)
فمعناه أن لنا من التصرفات ما يقبل التعليق بالشرط وما لا يقبل التعليق بالشرط فالكفالة من
باب ما يقبل التعليق بالشرط أى في نفس الامر فاذا كانت تقبل التعليق بالشرط لا تبطل
بالشروط الفاسدة وما لا يقبل التعليق يبطل بالشروط الفاسدة فكأنه يقول لما كانت
الكفالة تصح بالتعليق بالشرط الملائم وتصح بالشروط فيها أيضاً فلا تبطل
بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويبقى الاصل كما قلنا في الطلاق اذا قال طلقت
أو أعتقت على دن من خمر أو الى قدوم الحاج أو الى الحصاد أو الى القطاف فإنه
يقع الطلاق ويبطل الشرط ، ويؤيد هذا ما قلناه عن الامام شمس الأئمة السرخسي

من قوله (ومعنى قولنا باطل أن الشرط باطل فاما الكفالة فصحيحة لأن الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسدة) فأى تصريح أقوى من هذا التصريح . فان قيل قد ذكر في البدائع أن الشرط ان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الأداء في الجملة لا يجوز بأن يقال ان جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فانا كفيل لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكر في الاصل أنه لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه في الجملة فيكون ملائما للمقد فيجوز ولأن الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره هذه عبارة البدائع . فكأنه يقول الاصل أن الكفالة المتعلقة لا يجوز وانما جاز تعليقها بالشرط الملائم للعرف ولكونه سببا لظهور الحق فاذا علقها بشرط ليس بملائم فلا يصح جريا على الأصل واذا كان كذلك فترجح كلام السفناني وتعين تأويل عبارة الهداية وظهر أن الذي قاله الشيخ جلال الدين فيه نظر ، قيل له ليس في كلام صاحب البدائع ما يخالف ما قررناه وذلك لانه قال ولا يجوز الشرط الذي ليس بملائم ولم يقل لا يصير كفيلا في الحال وقوله (الاصل ان الكفالة لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق الى آخره) هذا أيضا فيه نفي صحة التعليق لا نفي أصل الكفالة فان قوله (لا يجوز تعليقها) مسلم وهو المدعى أيضا فأما أصل الكفالة فلم يتعرض اليه بل لو قيل ان في كلامه ما يشير الى صحة الأصل لكان له وجه . وسببه انه قال (الاصل انه لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق) معناه ان الكفالة بدون الشرط على وفاق الاصل فاذا علق بالشرط لا يصح تعليقها بما ليس بملائم فالشرط يبطل لأنه لا يعمل فيما وضع له واذا بطل كأن الكلام عرى عنه أصلا ورأسا فيصح لأنه موافق للأصل ، ويعضده أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة فيصح الاصل ويبطل الشرط . فان قيل قد ذكر في الاجناس للناطفي قال كل موضع أضاف الضمان الى ما هو سبب لزوم المال فذلك جائز وكل موضع أضاف الضمان الى ما ليس بسبب اللزوم فذلك الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فمالك على فلان فعلى هذه عبارة الناطفي . قيل له هذا

أصرح مما تقدم وهو قوي في عدم صحة أصل الكفالة ولكن يمكن أن يقال المراد من قوله (فذلك الضمان باطل) أى التعليق بما ليس بملائم لا أن أصل الكفالة باطل أيضا وفيه تعسف . ورأيت قد ذكر في الفتاوى ماصورته : قال لو كفّل الى أن تمطر السماء أو يقدم فلان جاز. وهذا يساعدنا في المسألة وذلك لأنه ان كان قوله جاز يعنى الكفالة والتأجيل أيضا وهو الظاهر لأنه لو كان التأجيل باطلا لكان صرح به فحيث أطلق الجواز علمنا أن مراده الكفالة والتأجيل فصار في المسألة روايتان في صحة التأجيل لا في صحة أصل الكفالة فانه رواية واحدة يصح فجاز أن يستأنس في مسألة التعليق ايضا لأنها أختها وان المراد من قوله جاز أى جاز الكفالة وبطل التأجيل لأنه معلق في نفس الامر . فساغ لنا التأويل فيما نقلوه من انه لا يصير كفيلا ومن قول الناطقى (فذلك الضمان باطل) الى غير ذلك كما نقلناه من عبارة الاصحاب ثم رأيت بعد ذلك قد ذكر الشيخ حافظ الدين في الكنز ما صورته قال ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لا يمكن الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصر ولا يصح بنحو ان جاء المطر أو هبت الريح وان جملا أجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا هذه عبارة الكنز ، ثم جاء الاقصرائى في شرحه قال هذه العبارة بعينها ثم قال يعنى اذا كفّل بالمال الى مجئ المطر وهبوب الريح بطل الأجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار والكفالة مما يصح تعليقها بالشروط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق انتهى كلام الاقصرائى

قلت ليت شعرى من لم يفرق بين التعليق والتأجيل كيف يتصدى للتصنيف ومن أين له أن مراد الشيخ حافظ الدين بهذا الكلام الذى هو ظاهر في التعليق انه أراد به التأجيل وغير التصوير الذى ذكره الشيخ حافظ الدين لأن الشيخ حافظ الدين ذكر تقسيم للتعليق وما يكون ملائما منه وما ليس بملائم وصرح بالحكم انه تصح الكفالة ويجب المال حالا وهذا ليس من التأجيل فى شيء ولا فى

التأجيل ما يكون ملائماً وما يكون غير ملائم .
فإن كنت لا تدري فتلك مصيبة وأن كنت تدري فالمصيبة أعظم
فالواجب على كل فقيه مر بكلام الاقصرائي المذكور أن يصرف النظر
عنه ولا يتبعه فيه ولا فيما أول وأخطأ بل يتبع ما قاله الشيخ حافظ الدين في الكنز
فإن الذي قاله الاقصرائي من زبد المعدة وظاهره ينادى عليه بالجهل وقلة العلم وكان
لائبث عبارة الكنز في هذه الاوراق بسبب وهو ان العبد الضعيف حضر
بجمعا في بستان بنى الرضا بالمزة لولية عملت هناك وحضر ذلك المجلس فضلاء من
الحنفية القاضي شهاب الدين قاضي العسكر والقاضي عماد الدين بن العز والقاضي
شرف الدين الكفري والشيخ الامام العالم الفاضل المستحضر لحفظاته القاضي
ناصر الدين القونوي مدرس المقدمة وغيرهم ووقع بحث في هذه المسألة فذكر العبد
كلام الشيخ في الهدية وكلام الشيخ جلال الدين الخبازي وكلام السغناقي
وحصل بحث ومال غالب الجماعة الى ما قاله السغناقي بالقوة من غير تدبر ولا انصاف
وحصل منهم تجاهل انتشا عن حظ نفس وهوى متبع ومعارضة محضه لا تحقيق تحتها
فعند ذلك نقل الشيخ ناصر الدين المشار اليه نفع الله به عبارة الكنز كما أثبتناها هنا
فأخذ بعض المكابرين من الجماعة الحاضرين المذكورين يغالطه في نقله وانه ليس على
هذه الصيغة حتى قال القاضي عماد الدين بن العز أنا أراهن على ان الشيخ حافظ الدين
لم يقل هذا في الكنز ولا نعرفه ولا نحفظه فسألت من الشيخ ناصر الدين احضاره
وأرسل ولده وجاءه بالشرح الذي للأقصرائي المذكور عليه وأحضره الى بعد
التفرق من ذلك المجلس فأثبتته هنا ثم بعد ذلك وقفت على الكفاية للبيهقي من
أصحابنا وهو كتاب جليل موقوف بالخزانة التي بالمدرسة النورية بدمشق فرأيت
قد ذكر المسألة وصرح بما قاله الشيخ جلال الدين وزيادة . فصورة ما ذكر فيه قال
« باب الكفالة الى اجل مجهول أو معلوم » اذا علق وجوب المال في الكفالة بما
يذكر على سبيل التأجيل كما لو كفل بمال الى الحصاد أو الدياس أو صوم النصراني
أو الى النوروز جازت الكفالة وان كان مجهولا ، وما ذكر على سبيل الشرط

ان كان سبباً لوجوب الحق أولاً مكان الاستيفاء جاز فان قال ان استحق المبيع فعلى ضمانه جاز فان قال اذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال ، ثم بحث ثم قال : فأما مسألة الهبوب الجهالة فاحشة ولا تعلق لوجوب المال به ولا يسهل الاستيفاء فيبطل الشرط وتثبت الكفالة لأنها لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق هذه عبارته . وذكر في شرح العيون لأبي الليث قال سألت أبا يوسف عن رجل زوج ابنه وضمن المهر على أنه ان مات ابنه أو امرأة ابنه قبل أن يبنى بها فهو براء من الضمان قال الضمان له لازم والشرط باطل لأنه شرط الضمان وصح شرطه وشرط براءة ذمته عنه وشرط الضمان يضاد البراءة فلا تصح البراءة فهذه الكفالة معلقة على شرط وقد قال أبو يوسف صح الاصل وبطل الشرط ، وذكر في المختار للفتوى قال : ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كقوله ما بايعت فلانا فعلى أو بشرط امكان الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلى أو بشرط تعذر الاستيفاء كقوله ان غاب فعلى ، ولا يجوز بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر فيجب حالا .

وذكر في فتاوى الولوالجي قال : رجل كفّل عن زيد بدين عليه على أن فلانا يكفل عنه بكفا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة لان الكفالة لا تتعلق بالشرط ، وذكر في موضع آخر قال : ولو قال الى أن تمطر السماء فالكفالة له جائزة والشرط باطل لأن هذه الاوقات لا تصلح للتأجيل ، لانه يتوهم حصولها ساعة فساعة ولهذا لا يستعمل التجار فيما بينهم هذا الاجل فلم يكن هذا تأجيلاً فكان هذا شرطاً فاسداً الا ان الشرط الفاسد مما لا يفسد الكفالة لانه للحال تملك مطالبة بلا عوض ولو كان تملك مطالبة بعوض لا يبطلها فهذه أولى ، وكذلك الى قدوم الاجنبي فان الشرط باطل والكفالة جائزة . وذكر في شرح مختصر الكرخي للقدوري : قال أصحابنا جميعاً أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد اذا كفّل الرجل الرجل بمال الى التقاط أو الى الحصاد أو الى الجذاذ أو الى الدياس أو الى النيروز أو المهرجان فالكفالة جائزة قال وجهلة هذا ان كل شيء يذكر على طريق التأجيل اذا علق وجوب المال في

الكفالة به صح وان كان مجهولاً . وما يذكر على طريق الشرط دون الأجل على ضربين ان كان الشرط سبباً لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز أن يتعلق الكفالة به فان كان بخلاف ذلك لم يجوز، ثم بحث فيما يتعلق بجواز الآجال المجهولة ثم قال : وأما الشرط فان كان سبباً لوجوب الحق مثل أن يقول اذا قدم زيد أو استحق المبيع فالكفالة جائزة لأن الاستحقاق سبب لوجوب الحق وقدم زيد سبب يتسهل به الاداء فجاز تعليق الكفالة بذلك ، فأما اذا قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار فان ذلك لا يجوز لأن هذا لا يذكر على طريق التأجيل ولا سبب لوجوب الحق ولا سبيل الاستيفاء والاموال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط . واذا كفل رجل عن رجل بمال الى أجل مجهول لا يشبه آجال الناس مثل المطر والريح وأشبه ذلك فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال على الكفيل . أما بطلان الشرط فقد بيناه وانما لا تبطل الكفالة به لان ما جاز أن يعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق واذا بطل الشرط بقي المال على حوله باطلاق العقد . هذه عبارة القدوري . فانظر بصرك الله ونور قلبك وألهمك الرجوع الى الحق الى ما قاله في الكفالة مما نقلناه وتصرح به بأن الكفالة جائزة والشرط باطل وكذا قوله فيها وأما مسألة الهبوب أى قوله اذا هبت الريح وما ذكره من قوله لان الجهالة فاحشة ولا تعلق لوجوب المال به للاستيفاء فيبطل الشرط وتثبت الكفالة لأنها لا تبطل بالشرط الفاسدة . فعنى هذا الكلام ان القول بصحة التعليق في صورة هبوب الريح وأمثاله منع منه شيئا أحدهما أن الجهالة فاحشة وتفاحشها مانع لانه لا يدري متى تهب الريح الساعة أو ساعة أخرى أو بعد يوم أو بعد شهر فلا شك أنها جهالة فاحشة لما تعلق عليه الكفالة والجهالة الفاحشة في الشرع معتبرة فلماذا لم يصح التعليق بالهبوب ، والثاني ان هذا الشرط الذى هو هبوب الريح لا تعلق لوجوب المال به ولا الاستيفاء فلا يمكن اعماله بوجه فلماذا قال بأنه باطل لانه انما يتوقف الكلام على الشرط اذا كان فيه فائدة وله عمل فأما اذا لم يكن له تعلق بالكفالة فلا حاجة الى التوقف بسببه

لانه كالمعدوم فيبطل ، هذا معنى قوله في الكفالة في مسألة الهبوب وهو في غاية الظهور والصراحة بالمدعى . وأما ما ذكرناه عن العيون فانه انما ذكرته للرد على من يقول ان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده وتفسيره بأن التعليق لما لم يصح بالشرط الذي ليس بملائم فصار مجموع الكلام كالمعدوم فيبطل الاصل والشرط فانه في العيون ذكر صورة الكفالة معلقة على شرط وقال فيها ببطلان الشرط دون الأصل فلو كان ماقله هذا القائل صحيحاً لبطلت الكفالة أيضاً . وأما ما ذكره في المختار فانه متمسك أيضاً على المدعى أولاً فانه قال فيجب حالاً ولا يوصف بأنه يجب الا بعد القول بصحة الأصل وعدم الاعتماد بالشرط الذي ليس بملائم . وأما ما نقلناه من الفتاوى الولوالجية فانه سبب الرد على القائل بأنه اذا بطل الشرط يبطل الأصل فانه صرح في الفتاوى المذكورة ما يرد عليه مقالته حيث ذكر صورة كفالة عن رجل بدين معلقة أن يكفل فلان بكذا من المال فلم يكفل ، فعلى قول هذا القائل ان الكفالة باطلة لأنه انما قصد الكفيل أن تكون كفالته على هذه الصورة وقد امتنع فلان الآخر من الكفالة فينبغي على قوله أن تبطل الكفالة لأن الشرط لم يعمل به وقد قال الولوالجي الكفالة لازمة لأن الكفالة لا تتعلق بالشروط ولعمري هذا فيه كفاية لمن أنصف ، وقوله في الموضع الاخر ان الشرط الفاسد مما لا يفسد الكفالة لأنه تملك مطالبة بلا عوض وهي أخف من التملك بعوض فاذا جاز في القوي يجوز فيما دونه أولى كالهبة بالشرط الفاسد يبطل الشرط وتصح الهبة ففي الكفالة أولى وما ذكره القديري فهو ساكت في أول كلامه عن البطلان أو الجواز فانه ذكر أولاً الشرط الملائم وقال جاز أن تتعلق الكفالة به وقال في الذي ليس بملائم لا يجوز وهذا لا تعرض له بأصل الكفالة بل لو قيل أن فيه اشارة الى صحة الكفالة لكان له وجه ، وهو أنه قال أولاً جاز التعليق وآخرها لم يجوز وقد وقع في كلامه أن ماجاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة ، فقوله (لم يجوز تعليقه) يشير الى انه تصح الكفالة وأما قوله في أواخر كلامه (اذا جاء المطر أو هبت الريح فان ذلك لا يجوز) فالمراد الشرط لأصل الكفالة وذلك

لأنه قال عقبه (لأن هذا لا يندكر على طريق التأجيل ولا هو سبب لوجوب الحق ولا يسهل الاستيفاء والاهوال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشرط) فعلمنا أن كلامه الأول كان في حق الشرط لا في الكفالة. ومما يدل على هذا أيضاً وعلى المدعى في المسألة قوله بعد ذلك في تعليل مسألة الأجل (أما بطلان الشرط فقد بيناه وإنما لا تبطل الكفالة به لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) فبدأت هذه العبارة على شيئين أحدهما أن كلامه كان فيما تقدم في الشرط لا في أصل الكفالة فإنه قال أما بطلان الشرط فقد بيناه وهذا ظاهر، وأما الشيء الآخر فهو المتمسك به على المدعى في المسألة وهو أنه قال (أما بطلان الشرط فقد بيناه) أي في مسألة إذا جاء المطر أو هبت الريح وما علل عقبيه في بطلان الشرط ثم أدخل بين ذلك مسألة الأجل قال فيها هذه العبارة (أما بطلان الشرط فقد بيناه) وعطف عليه قوله (وإنما لا تبطل الكفالة لأن ما جاز أن يتعلق بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق). واستندنا من هذا كله أن الشرط الذي ليس بملائم بمنزلة الأجل المجهول جهالة فاحشة أعني أن كلا منهما يبطل وتبقى الكفالة لأنه لما قال في مسألة الأجل (أما بطلان الشرط فقد بيناه) أي من أن الشرط باطل وما ذكره في الكفالة هناك فاحتاج إلى أن يذكره هنا لأن حكم الأجل المجهول فاحشاً والشرط واحد، فآخر الكلام في الكفالة إلى ما بعد الكلام على بطلان الشرط والأجل فإنه قال (وإنما لا تبطل الكفالة لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لا تبطله الشروط الفاسدة) هذا في صورة تعليق الكفالة بالشرط الذي هو ليس بملائم في صورة التأجيل لأنه لا يقال فيه تعليق ولا شرط وإنما يقال أجل فعلمنا أن مراده من قوله (أما بطلان الشرط فقد بيناه) الشرط الذي ليس بملائم لا الأجل لأنه ليس بشرط ولم يتقدم وبقى قوله (وإنما لا تبطل الكفالة به) أي بالشرط لأنه أقرب إليه من غيره والضمير يصرّف إلى أقرب المذكورين. ويدل على أنه المراد أيضاً قوله (لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لا تبطله الشروط الفاسدة) وهذا في التعليق لا في التأجيل. ومما يؤيد قولنا أن الكفالة لا تبطل وإنما يبطل

الشرط وحده قول القديري أما بطلان الشرط فقد بيناه ولم يقل بطلان الكفالة لبطلان الشرط الذي ليس بملائم ولهذا قال أيضا وإنما لا تبطل الكفالة به أي بالشرط الباطل فكل ذلك يدل على أن الكفالة لا تبطل وإنما يبطل الشرط . وأما قول القديري (وإذا بطل الشرط بقي المال على حلوله باطلاق العقد) معناه أن المعلق بالشرط يتأخر عمله الى وقت وجود الشرط الصحيح فهو كالمؤجل الذي لم يحل بعد وإذا كان الشرط باطلا والاصل صحيحا يجب المال في الحال لأن اطلاق العقد يقتضى الحلول فبقي لما كان الشرط الباطل وجوده وعدمه سواء فلماذا بقي الحال على حلوله باطلاق العقد لأنه المراد ، هذا كله في التأجيل لا التعليق بالشرط لأن السياق يأباه ويرده والتجوز في لفظ واحد أولى من التجوز في ألفاظ كثيرة فإنه تقدم لفظ التعليق ولفظ الشرط وتكرر ذلك ، ولو قيل بأن ذلك كله مجاز عن التأجيل لازم ارتكاب المجاز في ألفاظ كثيرة وهو خلاف الاصل وإذا حملت هذه اللفظة على المجاز بانفرادها كان أقل مخالفة للأصل وهو الحقيقة . فصار معنا من المنقول في هذه المسألة أعني الصريحة بأن الكفالة لا تبطل وإنما يبطل الشرط الذي ليس بملائم وحده وما هو في قوة الصريح نقل الهداية وكفاية البيهقي والكبير والمختار وشرح العميون وفتاوى الولوالجي وشرح الكرخي للقديري وحاشية الشيخ جلال الدين الخبازي وبقية الكتب التي ذكرناها ههنا والتي لم نذكرها مما بظاهرها اطلاق الجواز أما بأنه لا يجوز ، أو لا يصير كفيلا ، أو فذلك الضمان باطل ، الى غير ذلك من العبارات على اختلافها وكلها يجب أن تحمل على ما بيناه توفيقا بين النقول ونحسينا للظن بالمصنفين ومن أنصف من نفسه وترك عنه الهوى استحسن ما أثناه في هذه الاوراق وظهر له الحق ومن أعرض بعد ذلك ولم يرجع الى هذا التوفيق ولم يعلق شيئا في هذه المسألة أحسن من هذا فليعلم انه معاند بالفائدة ولا يعبأ حينئذ بمكاريته . ثم رأيت قد ذكر في الذخيرة ما صورته : ذكر محمد في كتاب الكفالة وفي الحليل أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف لا يجوز ، ثم قال : وذكر محمد في الجامع أن العبد المأذون إذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يعتقه المولى فقال رجل

لصاحب المال ان أعتقه المولى فأنا ضامن لدينك عليه صحت الكفالة ، قال
الصدر الشهيد هذه المسألة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز ،
وعندى أن هذه المسألة لاتصلح دليلا لأن المولى باعتراف العبد يضمن قيمته
للغرماء فهذه إضافة الضمان الى سبب الوجوب وليس بتعليق على الحقيقة ، وإضافة
الضمان الى سبب الوجوب جائزة فيصح الضمان في تلك المسألة من هذا الوجه ، هذه
عبارة النخيرة . فقوله أولا ذكر محمد في كتاب الكفالة والحيل . الظاهر أن
المراد من كتاب الكفالة والحيل أنهما من كتاب الأصل وقد قال ان التعليق لا يجوز
ولو كانت الكفالة لا تجوز لكان قال (لا تجوز الكفالة) لأنه أبلغ في التصريح بالجواب
وليس فيه احتمال بخلاف (لا يجوز التعليق) لأنه يحتمل لا يجوز التعليق وحده
وتجوز الكفالة ويحتمل ألا يجوز الكل وتركه ما فيه عدم الاحتمال وذكره ما فيه
احتمال لا يكون الا عن فائدة وهو أن الكفالة تجوز ويبطل الشرط ، ويؤيده
ما ذكره في الجامع من قوله (صحت الكفالة) ولم يقل صحح التعليق ، وفائدة ذكره
في الأصل لا يجوز ولم يذكر صحت الكفالة صريحا وذكر في الجامع (صحت
الكفالة) أن السياق في الأصل كان في صحة التعليق وعدمه فخرج الجواب على
ما كان في السياق لأنه مخالف لما ذكره في الجامع بل بهندا الاعتبار وقع ، فأما
ما ذكره في الجامع من قوله (صحت الكفالة) فيمكن المقام مقام بيان التعليق الصحيح
من الباطل بل مقام تعريف الكفالة هل تصح أم لا لا يناسب أن يقول صحت الكفالة .
على أننا ننزلنا وذكرنا هذا على هذا الوجه والا فلنا أن نقول في صحة تعليق
الكفالة بالشرط الذي ليس بملازم روايتان ، في رواية الأصل لا يصح التعليق
وفي رواية الجامع يصح ، وهذا هو الذي لحظه الصدر الشهيد فانه قال هذه المسألة
دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز ، فكأنه يقول في رواية
الأصل لا يصح التعليق وهو الذي كنا نعرفه ، وهذه المسألة تدل على جواز
التعليق وصحته فيحمل على الروايتين توفيقا بين الأصل والجامع . ولا يقال مادلت
عليه مسألة الجامع لا يصح أن تكون في مقاومة رواية الأصل لأن هذا استنباط

في المسألة من الصدر الشهيد والاستنباط ليس رواية فلا يعدل عما قاله في الأصل إلى هذا ؛ لأننا نقول قد وقع مثل هذا العبارة في كلام شمس الأئمة وصاحب الهداية وغيرهما وعدل عما فيه الرواية إليه . فمن ذلك ما قاله في اقتداء الحنفى بالشافعى فانهم قالوا : ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشافعية وعارض بهذه رواية مكحول عن الامام في أنه لا يجوز الاقتداء بمن يرفع يديه ، وعدل عن رواية مكحول إلى هذا الاستنباط وحمل على أنه رواية أخرى والا لما كان يرجح على الرواية المنقولة بكونه استنباطا لا غير لأن الاستنباط لا يمارض الرواية ولا يصر إليه الا عند تعذر الوقوف عليها . فكندا هنا نقول قول الصدر الشهيد يحتمل على أنه رواية أخرى كما حملنا غيره . وأما بقية ما نقلناه من الذخيرة فهو كلام المصنف وهو ليس في رتبة الصدر الشهيد وما تحت الذى قال طائل ، وسببه أنه قال لأن هذا إضافة إلى سبب الوجوب وليس كذلك فإنه في العبد المأذون الدين واجب في ذمته يطالبه غريمه متى شاء فلم يكن عتق الولي له سبباً لوجوب الحق وانما عتقه إتلاف فيضمن للغرماء قيمته بمنزلة ضمان الاتلافات لأنه سبب لوجوب الحق للغرماء لأن حقهم واجب قبله فصار اعتاقه كماله أتلّف شيئاً مما في يده فإنه يضمن للغرماء فتعلق الكفالة بعتقه شرط محض ليس بملازم لأن الشروط الملازمة أن تكون إما لوجوب الحق كاستحقاق المبيع وهذا ليس في معناه لأن حق الغرماء ثابت بدونه يطالبونه به في الحال فأما استحقاق المبيع فلم يوجد بعد فما صار نظيره ، ولا هو من قبيل امكان الاستيفاء لان الغريم حاضر وهو قادر على الاستيفاء منه بدون العتق وليس بغائب وشرط الاعتاق ليس سبباً لاحتضاره ، ولا هو من قبيل تعذر الاستيفاء فيبقى مجرد شرط ليس بملازم ، وقد قالوا بصحة الكفالة فيه وهو المدعى . فأما القول بصحة التعليق أيضا وهو الذى فهمه الصدر الشهيد وقد قلنا انه ينبغي أن يحتمل على رواية أخرى كما قدمنا . فنلخص من كلام الذخيرة أيضا كما نقلناه وحررناه انه يجب أن يلحق مع السكتب التى قطعت بجواز أصل الكفالة . وحصل من هذا البحث ما ينفع في حمل كلام بقية السكتب التى أطلقت الجواب بعدم الجواز وبأنه

لا يصير كفيلا على ما حررناه. وذكر في فوائد خواهر زاده على القدوري قال يجوز تعليق الكفالة بشرط لان عقد الكفالة يشبه النذر من حيث انه التزام ابتداء ويشبه التملك من حيث ان المكفول له يملك الكفيل المطالبة لأجل المكفول عنه ولهذا عند أبي حنيفة ومحمد قبول المكفول له شرط لصحة الكفالة فمن حيث انه يشبه النذر يصح بكل الشروط ومن حيث انه يشبه التملك لا يصح أصلا فوفرنا حظهما بالشبهين فقلنا انه جائز تعليقها بشرط ملائم ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم . ثم الملائم بأن كان شرطاً لوجوب الحق مثل ان يقول اذا استحق المبيع فعلى أو شرطاً لامكان الاستيفاء بأن قال ان قدم المكفول عنه فعلى أو شرطاً لتعذر الاستيفاء بأن قال ان غاب المكفول عنه فعلى . وأما غير الملائم كهبوب الريح ومجيء المطر . ومعنى قوله انه لا يجوز تعليق الكفالة بشرط غير ملائم أى لا يصير تعليقاً بذلك الشرط وانما تصح الكفالة وتكون حالة . وذكر في فوائد أخرى على القدوري ولم يذكر اسم مصنفها ما صورته : الاصل في الكفالة انه يصح تعليقها بشرط ملائم مثل ان يكون شرطاً لوجوب الحق كقولنا اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم فلان وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد . فأما تعليقها بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح وأمثاله فلا يصح وهذا لأن الكفالة تشبه النذر ابتداء من حيث انها التزام وتشبه البيع انتهاء من حيث انه يرجع عند الانتهاء الى المكفول عنه ولأن فيها تملك المطالبة فلشبهها بالنذر يصح تعليقها ولشبهها بالبيع لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم توفيراً للشبهين حظهما واذا لم يصح التعليق بقيت الكفالة صحيحة ابطلان التعليق وتكون حالة هذه عبارته . وذكر في شرح القدوري للزاهدى ويصح تعليق الكفالة بالشروط . ثم اعلم انه يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطاً لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا استحق المبيع أو اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو اذا غاب عن البلد وما ذكر من الشروط ملائمة لها على ما ذكرنا من التفسير . فأما التعليق

بمجرد الشرط لا يصح كقولہ اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا لسكنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأنه لما صح تعليق الكفالة بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسدة كالطلاق والعناق هذه عبارته وذكر في شرح الهداية للسغناقي في كتاب الهبة منه ما صورته قال : وجملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعا : البيع والقسامة والاجارة والرجعة والصلح على مال والابراء للدين والحجر على المديون وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية. وما لا يبطل بالشرط الفاسدة ستة وعشرون موضعا الطلاق والخلع بال وبيع مال والقضاء والامارة والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصية والشركة والمضاربة والتحكيم عند محمد والكفالة والحوالة والاقالة والنسب واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمدة والجراحة التي فيها القصاص حالا أو مؤجلا وجناية الغصب والوديعة اذا ضمن فيها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة وعقد الذمة وتعليق الزد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضى والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر وكذا الهبة والصدقة والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف فتصح ويبطل الشرط فهذه الجملة في بيوع العدة انتهى كلام السغناقي . وذكر في شرح مجمع البحرين في كتاب الهبة منه قال والهبة لا تبطل بالشرط الفاسدة بخلاف البيع لأنه عليه السلام (نهى عن بيع شرط) ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وذلك يعمل في عقود المعاوضات لا في التبرعات هذه عبارته . فالسغناقي ناقض كلامه الذي نقلناه عنه من كتاب الكفالة فانه هناك جعل ان الكفالة تبطل بالشرط الفاسد وهنا عدها مع الذي لا يبطله الشرط الفاسد ، وقد يعتذر له بأنه لما بلغ في الشرح الى الهبة تبين له أن الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسد وسها عن أن يصلح ما وقع منه في كتاب الكفالة ولا شك أن الذي وقع منه في كتاب الكفالة تفقه منه لا على وجه النقل عن

الأصحاب والذي أورده في الهبة نقل والتقل لا يدخله الغلط وإنما يدخل الغلط في التفقه كما قيل

وكم من عائب قولاً صحيحاً وآفته من الفهم السقيم
 فزال بحمد الله ما اشتبه من كلامه في الكفالة بهذا الذي نقلناه عنه في الهبة
 وإن كان غير ملتفت إليه لوجود النقول التي ذكرناها ولكن الرد على الإنسان
 من كلامه أحسن وأفصح في الحجج . وأما ما نقلناه عن شرح الجمع ففيه فائدة
 جلية وهي أنه وقع في بعض المصنفات أن العقود الشرعية تؤثر في إبطالها الشروط
 الفاسدة حتى قالوا ينبغي في الهبة أن تبطل بالشروط الفاسدة وأجابوا عنه بأنه فعل حسي
 أي القبض في الهبة فالذي يرى ما وقع في بعض المصنفات من الإطلاق يقول الكفالة
 أيضاً من العقود الشرعية ولهذا شرط فيها القبول في المجلس على اتحاده فدخلت
 تحت هذا الإطلاق وليس الأمر كما يزعم فإن ابن الساعاني حقق وقال وذلك يعمل
 في عقود المعاوضات لا التبرعات فخرجت الكفالة لأنها من عقود التبرعات ولهذا
 لا تصح من الصبي فإن الأصحاب كلهم صرحوا بأنها عقد تبرع ابتداء فلا تصح
 ممن لا يصح تبرعه هذه عبارتهم وهذا الحرف أشهر من أن ينقل فيه كلام الأصحاب
 على وجه الاعزاء إلى واحد واحد ولقد أخذت هذه المسألة حاجتها من البحث
 والنقل وتحرر بحمد الله الكلام فيها وانكشف وجه الصواب وأنجلي وأضحى المكابر
 في جوى والله أعلم :

مسألة : الكفالة بالدين عن الميت المفلس هل تصح أم لا ؟ وتحرير الكلام

في ذلك

ذكر في الهداية قال : وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فكفل عنه
 رجل للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة وقالوا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب
 لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به
 إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال، وله أنه كفل بدين ساقط لأن

الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكتبه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان به كفيل أوله مال فيخلفه أو الأفضاء إلى الأداء باق. وذكر في المبسوط قال: وإذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئاً فكفل ابنه أو أجنبي للغريم بماله على الميت لم تجز الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي، وإن كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم، وإن ترك شيئاً ليس فيه وفاء فإنه يلزم الكفيل بقدر ما ترك في قوله وفي قولها يلزم بجميع ما كفل به، ولو قتل عمداً وهو مفلس وكفل عنه كفيل بالدين الذي عليه صح اتفاقاً ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالاته وكذلك الرهن يبقى على حاله. وذكر في المحيط قال: كفل عن ميت مفلس بدين لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما ولو ترك مالا جاز بمقداره. وذكر في الكافي شرح الوافي: إذا مات المديون مفلساً فكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح. وذكر في شرح مجمع البحرين: إذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فكفل عنه رجل للغرماء لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة وقالوا تصح قلت فتحرر لنا من هذا كله أن الكفالة عن الميت المفلس لا تصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تصح هذا إذا لم يكن للميت مال لا قليل ولا كثير أصلاً فأما إذا كان له قليل من المال تصح بالاتفاق لكن عند أبي حنيفة بمقدار ذلك لا غير وعندهما تصح في جميع ما كفل من غير تقدير. يوضحه ترك الميت مثلاً مائتي درهم أو ما يساوي مائتي درهم ودينه ألف وكفل عنه رجل بالألف فعند أبي حنيفة يصح في مقدار الخلف وهو مائتان ولا يلزمه أزيد من ذلك وعندهما تصح ويلزمه الألف بنامها ولا فرق بين أن يكفل عن الميت المفلس ابنه أو أحد ورثته أو أجنبي واختلاف في الكل واحد والله أعلم

مسألة: إذا كفل بالقرض إلى أجل هل يتأجل على الأصيل أم لا؟ وتحرير الكلام في ذلك: ذكر القدريني في شرح مختصر الكرخي: ألا ترى أن رجلاً لو

أقرض رجلا مالا وكفل به عنه رجل الى وقت كان على الكفيل الى وقته وكان على المقرض حالا . وذكر في المحيط قال الكفالة بالقرض الى أجل جائزة وهو حال على الأصيل لأن ماوجب على الأصيل قرض لأنه وجب بالاستقراض والقرض لا يقبل الأجل وماوجب على الكفيل ليس بقرض لأنه وجب بسبب الكفالة وهي ليست باستقراض حقيقة لسن الكفيل يصير بمنزلة المقرض بالأداء فإنه يملك الدين بمقابلة ما أدى فيصير معاوضة ومبادلة حقيقة. وذكر في خزائن الأكل الكفالة بالقرض الى أجل جائزة والمال على الكفيل الى الأجل وعلى الأصيل حال . وذكر في شرح النكحة وغيره مثل هذا وبقية الكتب أيضا

قلت فتحذر لنا أن الكفالة بالقرض الى أجل تصح ويكون مؤجلا على الكفيل وحده وعلى الأصيل حالا كما كان ولا يلتفت الى ما قاله الحصري من قوله في التحرير اذا كفل بالقرض الى أجل يتأجل على الأصيل وهذه الحيلة في تأجيل القرض فان كل الكتب ترد ذلك ولم يقل هذه العبارة أحد غيره ، واذا دار الأمر بين أن يفتى بما قاله الحصري وحده أو بما قاله القدوري وكل الأصحاب فلا يفتى الا بما قاله القدوري وبقية الأصحاب ولا يفتى بما قاله الحصري ولا يجوز أن يعمل به وكان بعض القضاة يحكم بما قاله الحصري من غير أن يعرف ان الحصري ذكره وإنما كان يقول سمعنا ذلك من المشايخ أنه هو الحيلة في تأجيل القرض وهو خطأ لا يجوز أن يعمل به والله أعلم

مسألة : اذا كفل بنفس فلان أو بماله عليه الى شهر هل يصير كفيلا في الحال فاذا مضى الشهر لا يبقى كفيلا أم لا يصير كفيلا في الحال وإنما يصير كفيلا بعد مضى الشهر أبدا وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في فتاوى قاضيخان قال : رجل كفل بنفس رجل الى ثلاثة أيام ذكر في الأصل أنه يصير كفيلا بعد الأيام الثلاثة وجعله بمنزلة مالو قال لامرأته أنت طالق الى ثلاثة أيام فان الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام وكذا لو باع عبدا بألف الى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الأيام الثلاثة ، وعن أبي يوسف أنه يصير كفيلا

في الحال وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال وقال الفقيه أبو جعفر يصير كفيلا في الحال قال وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة الى ثلاثة أيام للتأخير الكفالة ألا ترى أن هذا الكفيل لو سلم نفس المكفول به قبل الأيام الثلاثة يجبر الطالب على القبول كمن عليه دين مؤجل اذا عجل قبل حلول الأجل يجبر الطالب على القبول وما ذكره في الأصل أنه يصير كفيلا بعد الأيام الثلاثة أراد به أنه يصير الكفيل مطالبا بعد الأيام الثلاثة . وغيره من المشايخ أخذوا بظاهر الكتاب وقالوا لا يصير كفيلا في الحال فاذا مضت الأيام لا يبقى كفيلا ولو قال أنا كفيل بنفس فلان الى عشرة يصير كفيلا بعد العشرة كما قال في الأصل ولو قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة أيام يصير كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا في قولهم لأنه وقت الكفالة بعشرة أيام والكفالة مما تقبل التوقيت . رجل قال لغيره فلان على نفسه الى شهر عن محمد أنه قال لا سبيل عليه حتى يمضي الشهر . وذكر في الفتاوى الظهيرية : واذا كفل بنفس رجل الى شهر أو الى ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك فهو جائز وانما يطالب الكفيل بعد انقضاء المدة ولا يطالب به في الحال في ظاهر الرواية عن أصحابنا على أن الكفالة متى حصلت الى أجل فانما يصير كفيلا بعد انقضاء الأجل وعن أبي يوسف أنه يطالب به في الأجل فاذا مضى الأجل يبرأ الكفيل وهو قول الحسن بن زياد ومسألة الظهار والايلاء تشهد على ما قاله أبو يوسف والحسن لأنهما يقعان في المدة ويبطلان بانقضاء المدة ومسألة الطلاق تشهد على ما ذكر في ظاهر الرواية فإنه اذا قال لامرأته أنت طالق الى عشرة أيام فانما يقع الطلاق بعد انقضاء العشرة الا على قول زفر . ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة الى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بالاخلاف ولو قال كفلت بنفس فلان شهرا أو ثلاثة أيام لم يندكر محمد هذا الفصل في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم هذا وما لو قال الى ثلاثة أيام سواء ومنهم من قال ان الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضي المدة واليه مال الشيخ عبد الواحد الشيباني وكان والدي يقول اذا أراد رجل أن يتكفل بنفس رجل

ولا يصير كفيلا أصلا فالطريق فيه على ظاهر الرواية أن يقول الكفيل عند الكفالة كفلت بنفس فلان شهرا على الأ أ كون كفيلا بعد الشهر فانه لا يصير كفيلا أصلا لأنه لا يصير كفيلا بعد الشهر لنفيهما الكفالة فيما وراء الشهر صريحا ولا يصير كفيلا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية فاذا لا يصير كفيلا . وفي متن المحيط قال : الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة قال محمد في الأصل اذا كفل بنفس رجل الى شهر أو الى ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك فهو جائز واذا صحت الكفالة فانما يطالب الكفيل بعد مضي الشهر ولا يطالب به للحال في ظاهر الرواية ، فظاهر مذهب أصحابنا أن الكفالة اذا جعلت الى أجل فانما يصير كفيلا بعد مضي الاجل ويطالب به بعد مضي الأجل وعن أبي يوسف أنه يطالب به في الأجل فاذا مضى الأجل يبرأ الكفيل وهو قول الحسن بن زياد ومسألة الظهار والايلاء تشهد لهما فانه اذا ظاهر منها مدة معلومة أو آلى منها مدة معلومة فالايلاء والظهار يقعان في المدة ويبطلان بمضي المدة ومسألة الطلاق تشهد لظاهر الرواية فانه اذا قال أنت طالق الى عشرة أيام فانما يقع الطلاق عليها بعد مضي عشرة أيام ولو قال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة الى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف . وذكر في المحيط والمنتقى : روى هشام عن محمد رجل ضمن رجلا بنفسه ثلاثة أيام قال هو ضامن أبدا حتى يرده الا أن يشترط أنه اذا مضت الثلاثة فهو بريء فيكون على ما شرط . وذكر في الذخيرة مثل ما ذكر في متن البحر المحيط الا انه زاد فقال الا انه يجب على المفتي ان يكتب في الفتوى اذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرج عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب فان وجد هناك قرينة تدل على انه اراد جواب الكتاب فهو على جواب الكتاب

قلت فتحذر لنا من هذا ان جواب ظاهر الرواية ان الكفالة الى شهر او الى ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك صحيحة ولا يطالب بها الكفيل في الحال ولا قبل مضي الشهر وانما يطالب بعد مضي الشهر الى الأبد ، ولا تكون مؤقتة بخلاف ما لو قال من الساعة الى شهر او الى ثلاثة أيام فانها تكون مؤقتة . وله أن يطالبه في المدة ويبرأ

بعد انتضاءها بلا خلاف . ولو قال كفلت شهرا بنفسه من غير ذكر من والى فهذه الصورة اختلف المشايخ فيها . فمنهم من جعل الجواب فيها كالجواب في قوله كفلت الى ثلاثة أيام وقد تقرر لنا أن ظاهر الرواية انه لا يطالب بالكفالة قبل الثلاثة بل يطالب بعدها من غير تأقيت ابد افاذى ذهب اليه بعض المشايخ انه جعل الجواب هنا كالجواب في الصورة التي بالى بكونه خرج الجواب فيه على ظاهر الرواية، وقد نقل هشام عن محمد انه يصير كفيلا ابد كما ذكرنا عن المحيط فقوى جانب من قال هذا القول من المشايخ . ومنهم من قال ان الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضيها . وعبارة الفتاوى الظهيرية والذخيرة في هذه الصورة من حكاية اختلاف المشايخ فيها اشارة الا أن أكثر المشايخ قالوا في صورة الكفالة بالى بجواب ظاهر الرواية لا بما روى عن أبي يوسف فانه قال ومنهم من قال ان الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضيها فتنصيصهم على هذه الصورة فيه اشارة الى أن قولهم في الصورة التي بالى جواب ظاهر الرواية والاما كان فيه فائدة . وأما قوله في الذخيرة (انه يجب على المفتى أن يكتب في الجواب اذا مضت المدة فالقاضي يخرج) هذا والله اعلم من فقه كلام أبي على النسفي فانه قال في الذخيرة وقال أبو على النسفي قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس وانه كان يقضى به ثم عقبه بما ذكرناه فلا يتوهم متوهم أن الفتوى على هذه الرواية التي عن أبي يوسف كما أفتى به أبو على النسفي فانه لو كانت الفتوى على هذه الرواية مطلقا لما قال (أن يكتب المفتى اذا مضت المدة فالقاضي يخرج) وانما يقول اذا مضت المدة يرى من الكفالة فحيث ذكر هذا على هذه الصورة علمنا أنه جعل الجواب مفوضا الى رأى القاصي والقاضي المقلد لا يجوز له أن يحكم الا بما هو ظاهر المذهب لا بالرواية الشاذة الا أن ينصوا على أن الفتوى عليها فصار كأنه راعى جهة العرف من وجه وما يمكنه أن يخرج بالفتوى عليه مع مخالفة الأصل وظاهر الرواية وأقوال الأصحاب فلهمنا قال يكتب المفتى في الجواب اذا مضت المدة فالقاضي يخرج والله اعلم

مسألة : اذا كفل بنفس رجل وقال ان لم أوف به غدا فعلى كذا من المال ولم يقل

الذى على المكفول هل يصح أم لا؟ وإذا قال فان لم أوف به غدا فأنا كفيل
بنفس عمرو شخص آخر هل يصير كفيلا اذا لم يوف به أم لا؟ وتحرير الكلام
فى ذلك وما يشاكله

ذكر فى المحيط قال: باب الكفالة بالنفس، ان شرط ان لم يوف به فعليه
كذا مسائله على ستة أوجه: احدها لو كفل بنفس رجل عليه مال لرجل حال
أو مؤجل فان لم يوف به الى وقت كذا أو لم يوقت فعليه المال الذى عليه جاز فان
لم يوف به لزمه المال ولا يبرأ من الكفالة بالنفس. والثانى لوقال فان لم أوفك به
غدا فعلى ألف درهم ولم يقل الألف التى لك عليه والطلب يدعى ألفا يلزمه ألف
درهم عند أبى حنيفة وقلا لا يلزمه ثم رجع أبو يوسف الى قول أبى حنيفة. الثالث
لو قال ان لم أوفك به غدا فعلى الألف التى لك عليه والطلب يدعى عليه مائة
دينار لا يصح لأنه كفل بدين غير واجب. الرابع لوقال ان لم أوفك به غدا
فعلى ألف سوى الألف التى لك عليه. اختلف المشايخ فيه على قولها قيل لا يصير
كفيلا بالمال أصلا وقيل يصير كفيلا بالمال. الخامس لوقال ان لم أوفك به غدا
فالمال الذى لك على رجل آخر على وهو الف درهم جاز عندهما خلافا لمحمد.
السادس كفل بنفس رجل لرجلين فان لم يوف به الى كذا والا فعليه ماعليه لهما
فوفى به لاحدهما والآخر غائب برى من كفالة الشاهد ولزمه نصيب الغائب من
المال وما أخذ الغائب يكون بينهما لأنه مال مشترك ولكفيل أن يتقدم لى الحاكم
لينصب عن الغائب من يسلم اليه نصيبه، وأنكر الخصاص جواز نصب القاضى.
وذكر فى الذخيرة قال: يجب أن يعلم بأن من هذا الجنس مسائل عشرًا: احداها
اذا شرط الكفيل فى الكفالة بالنفس ان لم أوفك به غدا فعلى المائة التى لك
عليه فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والكفالة بالمال جائزة عندنا استحسانا والقياس
ألا تجوز: المسألة الثانية اذا شرط فى الكفالة بالنفس ان لم أوفك به غدا فعلى
مالك عليه من المال ولم يسم مقدار المال صححت الكفالة الثانية أيضا واذا لم يوف به
غدا ان تراضوا على مقدار من المال أو قامت البينة بذلك لزم الكفيل ذلك وان اختلفوا

في مقدار ما على المكفول بنفسه فالقول قول الكفيل . المسألة الثالثة اذا شرط في الكفالة بالنفس ان لم أوف به غدا فعلى مائة درهم ولم يقل المائة التي عليه ولم يواف به غدا ينظر ان أقر الكفيل أن عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك يصير كفيلا وهذا ظاهر وان قال الكفيل لم يكن للطالب عليه شيء وانما كان هذا من اقرار الطالب بمائة درهم وكان الطالب يقول لي عليه مائة درهم وقد تكفلت لي عنه بذلك معلقا بعدم الموافقة فالقياس ألا يلزم الكفيل ويكون القول قول الكفيل وبه أخذ محمد وهو قول أبي يوسف الاول وفي الاستحسان لزم الكفيل المال وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخر . فصار تأخيره ان الكفالة صحيحة أعني الكفالة بالمال على التقديرين تقدير تصديق الكفيل بأن للطالب على المكفول به مائة درهم وتقدير تكذيبه والطالب يقول لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي بها على وجه عدم الموافقة وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الآخر . وأما المترجم لها ثانيا وهي اذا كفل بنفس زيد وقال ان لم أوف به فأنا كفيل بنفس عمرو وعمرو عليه حق للطالب فهذه المسألة هي المسألة العاشرة التي ذكرها في الذخيرة وقد قال ان الكفالة الثانية جائزة أي الكفالة المعلقة بشرط عدم الموافقة حتى اذا لم يواف به يصير كفيلا بنفس الثاني والله أعلم

مسألة . الكفالة بالدرك وتحرير الكلام فيها

ذكر في الهداية قال : ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض به البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع لأن احتمال الاجازة ثابت فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بمجرد الاستحقاق فعلى قياسه يؤخذ بمجرد الاستحقاق . وذكر في الكافي شرح الوافي قال : ومن اشترى شيئا وكفل له رجل بالدرك فاستحق المبيع ليس للمشتري أن يأخذ من الكفيل الثمن حتى يقضى له على البائع لأن الكفالة بالدرك كفالة بالثمن ولا بد من وجوب الثمن على البائع ليصير هو كفيلا به وبنفس

الاستحقاق والقضاء بالبيع للمستحق لا يجب على البائع ما لم ينفسخ العقد ويجب الثمن على البائع ولهذا لو أجاز المستحق البيع صح البيع . وذكر في المحيط قال . الكفالة بالدرك جائزة وهي التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع لأن الكفالة بالدرك إنما تعقد لتحقيق أحكام البيع وتأكيدها لأن المشتري ربما لا يرغب في الشراء إلا بهذه الكفالة، فلو كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى به على البائع، ثم قال بعد هذا ولو ضمن الدرك في دار اشتراها لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل أن يلحقه الدرك . قلت فتحرر لنا من هذا أن ضمان الدرك جائز باتفاق بين أصحابنا وهو الذي يكتب في كتب البياعات بعد الثمن والمعاقدة وحضر فلان ما يكتب على العادة وهو يحدّث به لحفظ الثمن لكن إذا استحق المبيع لا يلزم الكفيل بالثمن بنفس ثبوت الاستحقاق بل لا بد من قضاء القاضي على البائع بالثمن وعن أبي يوسف أنه بمجرد الاستحقاق يرجع على الكفيل والأول هو ظاهر الرواية وهو المذهب والله أعلم بالصواب

مسألة

إذا وكل رجلاً أن يبيع دارة مثلاً أو شيئاً مما يملكه توكيلاً صحيحاً ثم كفل الوكيل للبائع الثمن على المشتري لأجل الموكل هل تصح الكفالة أم لا؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في الهداية قال فصل في الضمان : ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان يعتبر بحكم الشرع فيرد عليه . وذكر السعفاقي في شرح الهداية قال : قوله (ومن باع لرجل ثوباً إلى أن قال فالضمان باطل) وذلك لأن حق القبض للوكيل بجهة الاصل في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ولا بعزله ولهذا لو وكل الموكل بقبضه من المشتري ثم عزل الموكل صح وهذا لأن الثمن بالعقد وجب للوكيل على المشتري

على ماهو الأصل أن حقوق العقد راجعة الى الوكيل والعاقد لغيره في حقوق العقد كالعاقدين لنفسه ولهذا كان أحق بالمطالبة ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً ولو حلف مالو الوكيل عليه شيء كان حائناً فلما ثبتت أصالة الوكيل في القبض ثم لوصح الضمان منه يصير ضامناً لنفسه وأنه لا يجوز بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن للمرأة عن الزوج المهر لأنه في باب النكاح سفير لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامناً لنفسه كذا ذكره الامام. قلت فتمحور لنا من هذا أن كفالة الوكيل الذي باع للموكل لا تصح لأنه يكون ضامناً لنفسه بناء على أن حقوق العقد ترجع اليه والأصل معروف في موضعه والله أعلم

مسألة

هل يشترط أن يكون القاضي مجتهداً أم لا ؟ وهل يجوز تولية المقلد أم لا ؟
وبيان من يصلح للقضاء وتحرير الكلام في ذلك
ذكر في الهداية قال: كل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاقد أهل للقضاء حتى لو قلد يصح إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي للقاضي أن يقبل شهادته ولو قبل شهادته جاز عندنا. وأهلية الاجتهاد شرط الأولوية في الصحيح. وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي. وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يستعمل القياس في المنصوص عليه وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس: وذكر في البدائع قال: وأما بيان من يصلح للقضاء فالصلاحية للقضاء لها شرائط منها العقل والبلوغ والاسلام والحرية والنظر والنطق والسلامة عن حد القذف فلا يجوز تقليد الصبي والمجنون والكافر والعبد والاعمى والاخرس والحدود في القذف. وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام فليس بشرط لجواز التقليد عندنا وليكنه شرط الكمال فيجوز

تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حدود الشرع . وذكر في فتاوى قاضي خان قال: الفصل الاول في معرفة أهل القضاء. فأهله من يكون أهلا للشهادة ومن لا يكون أهلا للشهادة كالعبد والصبي والأعمى والكافر لا يكون أهلا للقضاء وكذا المحدود في القذف. وبعض العلماء منهم الخصاص والطحاوي ألحقوا بهؤلاء الفاسق والمرثى فعندهما اذا قلده الفاسق لا يكون قاضيا واذا فسق ينعزل وكذا المرثى . ومع أهلية الشهادة لا بد أن يكون عالما ورعاً فان كان جاهلا عدلا أو عالما غير عدل لا ينبغي أن يتقلد ولا يقلد . والجاهل التقي أولى بالقضاء من العالم الفاسق . وذكر في المحيط قال: وأما أهله فأهل القضاء من كان عالما بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي ، وأما العدالة فليست بشرط الأهلية لكن هي شرط الاولوية والافضلية حتى ان الفاسق يصلح قاضيا لكن الأفضل أن يكون القاضي عدلا وهذا بناء على أن كل من صلح شاهد اصلح قاضيا والفاسق يصلح شاهدا عندنا فصلح قاضيا وأما أهلية الاجتهاد قال بعض مشايخنا ينبغي أن يكون عالما بالمنصوص من الكتاب والسنة بما يتعلق به الاحكام الشرعية وأن يكون عالما بوجود العمل بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وذكر في الكافي شرح الوافي قال: وأهله من كان أهلا للشهادة فما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ومن صلح شاهدا صلح قاضيا والا لا والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلده يصح الا أن الاول لا يقلد الفاسق كما في حكم الشهادة فان الأولى ألا يقضى القاضي بشهادة الفاسق ولو قضى نفذ عندنا. ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر المذهب. وقال القاضي فخر الدين أجمعوا على انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال اذا تولى القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه، وقال بعض مشايخنا اذا قلده الفاسق ابتداء لا يصح ولو قلده وهو عدل ينعزل بالفسق وقيل لا يصلح الفاسق مفتيا وقيل يصلح والاجتهاد شرط الأولوية في القضاء حتى يصح تقليد القضاء للجاهل عندنا . وذكر في الفتاوى الظهيرية كون القاضي عالما أو مجتهدا ليس بشرط حتى ان

الجاهل لو استقضى يصير قاضيا . ثم أجمع الفقهاء ان المتقي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد فانه لا يقدر أن يقى اذا لم يكن من أهل الاجتهاد ألا ترى الى ما روى عن أبي حنيفة أنه قال لا يحل لاحد أن يقى بقولنا ما لم يعلم من أين أخذنا أو من أين قلنا فالمتقي في زماننا لا يقى الا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء : وكونه عدلا ليس بشرط أيضا حتى قال أصحابنا الفاسق يصلح أن يكون قاضيا وبالفسق لا يعزل عن القضاء ولكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق القضاء ، واذا فسق بعد تقلد القضاء يجب على السلطان أن يعزله والناسي اذا قضى فيما ارتشى لا ينفذ قضاؤه . وذكروا في شرح مجمع البحرين قال لا تصلح ولاية القاضي حتى يكون أهلا للشهادة لأن القضاء والشهادة من واحد فمن اجتمعت فيه شروط الشهادة كان أهلا للقضاء قال ويفضل تولية المجتهد العدل ويجوز تولية الجاهل . وذكروا القدوري أن أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية : وقال صاحب الهداية والصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية وهذا بناء على أن تولية الجاهل تصح عندنا خلافا للشافعي فلذلك زدنا التنبيه على الأفضلية على ما هو الصحيح . وذكروا في الأجناس للناظي من لا يصلح أن يكون شاهدا لا يصلح أن يكون قاضيا لأن الشهادة تتضمن قبول قول غيره عليه كما يتضمن ذلك في القضاء فلذلك يصح اعتبار أحدهما بالآخر . وذكروا الزاهدي في شرح القدوري قال المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا وقد نص عليه صاحب هذا الكتاب حيث شرط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد . وذكروا الخصاص ما يدل على جوازه ثم بحث ثم قال ، فالصحيح عندنا أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله . وذكروا في الخلاصة في الفتاوى : العلم شرط الأولوية لا شرط جواز التقليد حتى لو قضى بفتوى غيره يصح وكذا العدالة شرط الأولوية وعند الشافعي والخصاص شرط لازم قلت فتمحرننا من هذا أن الاجتهاد شرط الأولوية في الصحيح من المذهب لا شرط جواز التقليد فأما شرائط الجواز فهي شرائط أهلية الشهادة فمن كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وعلى العكس ، ثم ان بعض الأصحاب اقتصر على هذا

التعريف وبعضهم عد الشرائط كصاحب البدائع فإنه قال منها العقل والبلوغ والاسلام والحرية والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف ولا شك أن هذه شرائط أهلية الشهادة أيضاً على المسلمين . وكنت في وقت تبعت حكم الصم هل يكون كالخرس والعمى أعني أن العمى مانع من أهلية القضاء والخرس كذلك فالصم هل يكون في حكمهما أم لا ؟ فم أجد فيها نقلاً فلما وصلت الى هنا رأيت في كلام الأصحاب ما يدل على أنه ليس بمانع فانهم قالوا : كل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء وصاحب البدائع عد على وجه التفصيل ولم يذكر الصم ولا شك ان الأصم تقبل شهادته وله شهادة معتبرة شرعاً وقد قالوا ان كل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء فيدخل تحت هذا ان الأصم اهل للقضاء بخلاف الأعمى والأخرس ومن حيث الفقه فهو موافق أيضاً فان الأصم يمكنه أن يدرك الاحكام بالكتابة ويحكم عن يقين فانه يميز المحكوم له من المحكوم عليه بخلاف الأعمى والأخرس أما الأعمى فظاهر وأما الأخرس فانه لا يفهم منه الحكم والالزام بالحق فلم يحصل منه قطع الخصومات ونصلها وهذه المعاني كلها منتفية في الأصم فيجوز تقليده على مقتضى ما قالوه . وأما اختلاف الأصحاب في ان القاضي اذا فسق هل يعزل او يستحق العزل فلا شك أن الاختلاف الذي بين القولين ظاهر فان القول بأنه يعزل بالفسق لا يحتاج معه الى عزل السلطان وتمرته في احكامه التي تقع بعد فسقه فن قال بأنه يعزل يقول جميع احكامه بعد فسقه باطالة لا تصح والقائل بالقول الذي يستحق به العزل يقول احكامه صحيحة لكن يجب على السلطان أن يعزله فحصل الفرق بين القولين . بقي لنا بيان ما يصير به الانسان فاسقاً وموضعه مسألة سماع القاضي البينة على الفسق واثباته وسيأتي ان شاء الله تعالى

مسألة : طلب القاضي الخصم خارج البلد . العدوى وتفسيرها ومتى يجوز للقاضي ان يرسل خلف الغريم وكيفية الارسال اذا طلب ذلك منه وتحرير الكلام في ذلك ذكر في شرح ادب القاضي للخصاف قال : ثم قال في الكتاب وأراد عليه عدوى وهو في انصر فهذا اشارة الى أن الخصم اذا كان خارج المصر لا يعديه : مجرد

الدعوى قالوا وهذا اذا كان الموضوع بعيدا عن المصر فأما اذا كان قريبا منه يعديه بمجرد الدعوى كما لو كان في المصر ، والحد الفاصل بين القريب والبعيد انه اذا كان بحيث اذا ابتكر من أهله أمكنه ان يحضر مجلس القاضى ويجيب الدعوى ويمكنه أن يبيت في منزله فهذا قريب ، وان كان يحتاج الى ان يبيت في الطريق فهذا بعيد وقد نص على هذا الحد وهذا القول قول صاحب الكتاب ونظيره ما ذكر في شرح الجامع الصغير ان الفرقة متى وقعت بين الزوجين وبينهما ولد فأرادت المرأة ان تنتقل من القرية التي كان فيها العقد الى قرية اخرى مع الولدان كان الزوج يمكنه ان يحضر ويطلع ولده وينظر في أمره ثم يعود ويبيت في منزله كان لها ذلك والا فلا ، فاذا كانت المسافة بعيدة وادعى المدعى كيف يصنع القاضى؟ اختلف المشايخ فيه : منهم من قال يأمر الذى يجيء يدعى باقامة البينة على موافقة دعواه ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء بل تكون لأجل الأخصار كما في كتاب القاضى الى القاضى والمستور في هذا يكفي فاذا أقام أمر انسانا أن يحضر خصمه فاذا حضر أمر المدعى باعادة البينة فاذا أعادها وظهرت عدالة الشهود قضى بها عليه ، ومنهم من قال يحلفه القاضى فان نكل أقامه من مجلسه وان حلف أمر انسانا أن يحضر خصمه . ومنهم من قال يستكشف حال المدعى فيقول هل لك معه خلطة أو أخذ واعطاء أو شركة أو مضاربة أو مبايعة فان فسر ذلك أمر انسانا باحضار دوالا فلا والأول أصح وعليه أكثر القضاة . وذكروا في منية المفتى للسجستاني قال مسائل العدوى : والمدعى اذا طلب من التناضى احضار الخصم وهو خارج المصر ان كان الموضوع قريبا بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبيت في منزله يعديه بمجرد الدعوى كما لو كان في المصر وان كان أبعد من ذلك قيل يأمره باقامة البينة على موافقة دعواه لأحضار خصمه والمستور في هذا يكفي فاذا أقام يأمر انسانا فيحضر خصمه ، وقيل يحلفه القاضى فان نكل أقامه من مجلسه وان حلف يأمر باحضار خصمه . وذكروا في فتاوى قاضيخان قال اذا جاء رجل الى القاضي وذكروا أن له على فلان بن فلان دعوى فان كان المدعى

عليه غائبا يدفع القاضى اليه طية عليها ختم القاضى مکتوب فيها أجب خصمك الى مجلس الحكم وان كان المدعى عليه حاضرا في المصر أحضره القاضى بمجرد دعوى المدعى وكذا اذا كان قريبا من المصر فان كان بعيدا لا يعدى القاضى خصمه بمجرد قول المدعى حتى يقيم البينة أن له على فلان حقا فان أقم البينة أعداه القاضى استحسانا وفي القياس لا يعدى كما لو كان بعيدا والفاصل بين القريب والبعيد ما قاله الخصاص انه ان كان في موضع يمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويعود الى منزله في ذلك اليوم ولا يفسد عشاؤه فهو قريب والا فهو بعيد. وعن محمد أنه يجب على الامام أن ينصب قضاة في الكور فيما دون مدة السفر لأجل مشقة الاعداء. ويسقط الاعداء بعذر المرض وكذا اذا كانت المرأة مخدرة وان كان المدعى عليه غائبا بعيدا عن المصر على التفسير الذى ذكرناه لا يشخصه القاضى ما لم يقيم المدعى البينة على ما ادعى فاذا أقم قبلت بينته للاستحضار لا للقضاء والمستور في هذا يكفى. وذكر في المحيط باب العدوى والاعداء: ذكر الخصاص قال أبو يوسف اذا ادعى رجل على رجل دعوى وأراد عليه عدوى وهو في المصر والقاضى لا يعلم أمحق هو أم مبطل فانه يعديه عليه ويبعث من يحضره استحسانا والقياس لا يعديه بمجرد الدعوى، واذا كان الخصم خارج المصر قالوا ان كان قريبا من المصر بان كان بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبعث من منزله يعديه وان كان بعيدا من المصر بحيث لا يمكنه أن يعود في اليوم ويبعث من منزله لا يعديه، ثم كيف يصنع القاضى؟ اختلف المشايخ قيل يأمر المدعى باقامة البينة أن له عليه حقا ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء بل لأجل الاعداء كما في كتاب القاضى الى القاضى فاذا أقم البينة أمر انسانا أن يحضر خصمه فاذا أحضره أمر المدعى باعادة البينة فاذا أعاد البينة العادلة قضى بها عليه، وقيل يحلفه القاضى فان نكل اقامه من مجلسه وان حلف أمر انسانا أن يحضر خصمه والاول أصح وعليه أكثر القضاة وذكر في أدب القاضى لأبي بكر الرازي قال: واذا تقدم رجل الى القاضى

وادعى على رجل غائب حقا وهو غائب عن المصر وسأل احضاره والكتاب الى
الوالى فى اشخاصه فان كان بين الموضوع الذى فيه المدعى عليه وبين المصر من
المسافة مقدار ما يأتى الرجل مجلس القاضى ويروح من يومه فيبيت فى منزله أعداه
عليه وذلك أن المسافة التى قدرها ما يندو الرجل من منزله ويروح اليه فى يوم
حكها حكم المصر مثل أن يكون فى محلة أخرى ، وأما إذا كانت أكثر فان كان
ذلك لكونه فى مصر آخر فلا يعدى عليه لكن يستعدى الى قاضى ذلك المصر
حتى يقيم بينة أن له عليه حقا . وذكر فى خزنة الأكل قال أبو يوسف رجل
ادعى على رجل وأراد عليه المدوى وهو فى المصر فانه يعديه القاضى ويبعث اليه
ليحضره وان لم يعلم أنه محق فى دعواه على هذا عادة الحكم ولو اختفى المدعى
عليه فى البيت بعث القاضى نساء يأمرهن ليدخلن داره وينظرن الى النسوة فان كان
فيهن عرفته والا يعزل النساء اللواتى فيها فى بيت ثم يدخل الرجال فيفتشون بقية
الدار ، قال هشام قلت لمحمد ما تقول فى رجل له حق على ذى سلطان فلا يجيبه
القاضى فأخبرنى أن أبا يوسف كان يعمل بالاعداء وهو قول أهل البصرة وبه تأخذ
والاعداء ان يبعث الى بابهم من يناديه أياما ان القاضى يدعوك الى مجلس الحكم
فان أجابه والا جعل القاضى وكيلاً عنه ولا يأخذ أبو حنيفة بالاعداء . وذكر فى
موضع آخر ناقلا عن فتوى الناطفى قال القاضى يعدى للمدعى وان لم يعلم أنه محق
إذا طلب ويبعث ليحضره الا أن يكون فى مسيرة ثلاثة أيام لم يحضره : قلت فتحرر لنا
من هذا ان المطلوب اذا كان بعيدا عن مجلس القاضى على البعد الذى ذكره
لا يرسل القاضى خلفه بمجرد طلب غريمه بقوله ان له عليه حقا بل لا بد أن يقيم
الطالب بينة عند القاضى ان له حقا على المطلوب ولا بد فيها من العدد ولا يكفى
الواحد لأن الخصاص قال يأمر المدعى باقامة البينة كفى كتاب القاضى الى القاضى
والبينة لا تكون الا باثنين وقوله (كفى كتاب القاضى الى القاضى) فيه تنبيه على
هذا فان فى مسألة كتاب القاضى لا بد فيها من اعتبار العدد فكنا هنا ولكن
لا يشترط فى هذه البينة العدالة بل المستور يكفى وقولهم (المستور يكفى) حتى

يخرج منه المطعون فيه بنسق ونحوه فإنه لا يكفي لأن المستور هو من كان حاله مستورا عن القاضي بمعنى أنه لا يعلم عدالته ولا ما ينافيها فيما يحتاج إليه من الأرسال خلف الغريم إذا كان بعيدا عن التحديد الذي ذكره. والفاصل بين القريب والبعيد لم يتعرضوا إليه بتحديد ولا شك أنه يحتاج إلى ذكر حد له لأن القاضي مثلا إذا كان بدمشق هل يقال يعدى إلى من هو في غزوة أو في حمص فاطلاق كلامهم يقتضي أنه إذا قامت البيئنة بالحق يعدى وإن كان فيه ضرر ومشقة على المطلوب. وما ذكرنا أيضا أنه إذا كان في البر قضاة هل يملك قاضي المصر أن يعدى البعيد أم لا يملك أو أن ينظر إلى أيهما أقرب إلى الغريم المطلوب من قاضي المعسر أو قاضي البر فيكون الطلب للقاضي القريب من المطلوب ويسقط أعداء القاضي البعيد عنه بأن يكون المطلوب مثلا في غباغب أو في الكسوة فإن نظرنا إلى اعتبار القرب من القاضي فلا يكون للقاضي الذي في دمشق أن يطلب الذي في غباغب وإن كان في ولايته بل يكون أعداؤه من قاضي الضمين وإن كان المطلوب في الكسوة فليس للقاضي الضمين أن يعديه بل يكون أعداؤه من جهة قاضي دمشق، بل الذي رأيت قد ذكر في ذلك ما قاله قاضيخان فيما تقدم عن محمد أنه يجب على الإمام أن ينصب قضاة في الكور فيما دون السفر لأجل مشقة الأعداء فهذا محفوظ عن محمد وحده ولا شك أن فيه إشارة إلى أنهما خالفاه في ذلك أما من كونه نقل عنه خاصة والتنصيب عليه بانفراده يشير إلى الخلاف وأما لكونه ذكر في هذا انقام وهو مقام أعداء البعيد بعد إقامة البيئنة وقد صرحوا بأنه يعديه القاضي فقله بعد ذلك وعن محمد أنه يجب على الإمام أن ينصب قضاة في الكور فيكون قولها أنه يعدى القاضي بعد إقامة البيئنة وإن كان المطلوب بعيدا عن القاضي بقدر مدة السفر وما نقلوا أن الفتوى على ما روى عن محمد فيجب أن تكون الفتوى على قولها على الأصل المعروف، فإن قيل المروى عن محمد فيه مصلحة لأن المطلوب يتضرر إذا كان بعيدا ببعيد مسافة القصر قلنا كما ننظر إلى مصلحة المطلوب يجب أن ينظر إلى مصلحة الطالب أكثر لأنه قد تكون بينته في المصر الذي فيه القاضي الأصلي

فاذا قلنا لا يعديه فحينئذ يتكلف السفر الى مكان المطلوب ويتكلف بسفر البيئنة ايضا لأجل ثبوت الحق عند الانكار فيحصل عليه ضرر ان ضرر نفسه وضرر سفر البيئنة وقد يتعذر سفرها وهو الظاهر فيؤدى الى أحد أمرين اما ضياع الحق بالكلية بان تموت البيئنة أو يتأخر الحق فكان أشق من أعداء المطلوب لأنه يلزم منه ضرر واحد، وأيضاً ان البيئنة اذا سافرت مع الطالب الى المكان الذى فيه المطلوب جاز ألا يعرفها القاضى الذى فيه ويحتاج الى من يعد لها عنده والظاهر أنه لا يتم إلا له تعد يلها من غير أهل بلد ها فيحتاج الى كلفة الممدلين ايضاً بالسفر، وأيضاً فان قضاء البر يصلحون بين الناس لأنهم قضاة على الاطلاق ولهذا لا تنفذ احكامهم فيحتمل أن ينكل عن اليمين ويحتاج الى القضاء عليه بالنكول وهو لا يملكه ولا يجوز رد اليمين على المدعى فيتعذر الوصول الى الحق . وأيضاً فجاز أن يكون الحق مما يحتاج في اثباته ابتداء الى قضاء القاضى كنفقة القريب فانها لا تجب الا بالقضاء وليس قضاء القاضى فيها اعانة لظهور الحق بل لا تثبت الا بقضاء القاضى وكل ذلك لا يملكه قضاء البر فلو قلنا ان قاضى المدعى لا يعديه أدي الى ضياع هذا الحق بالكلية فان المطلوب يعلم أن قاضى المصر لا يعديه وقاضى البر لا يملك ذلك فيمتنع هو من الحضور الى المصر بالكلية خشية القضاء عليه بالنفقة فيؤدى الى فوات هذا الحق وفي هذه الصور كلها من الضرر ما لا يخفى . والذي يظهر لى انه ينبغي ان ينظر ان كان بين المطلوب وبين القاضى مسافة سفر فان القاضى لا يعديه بل يسمع البيئنة ويكتب الى قاضى ذلك المكان على ما هو المعروف من كتاب القاضى الى القاضى وان كان بينهما أقل من مسافة سفر فان كان الطالب أقام بيئنة على الحق كما ذكرنا أولاً أعداءه بشرط ألا يكون هناك قاض فان كان هناك قاض لا يعديه واخذت ذلك من قول صاحب البدائع فى شرائط كتاب القاضى الى القاضى فانه قال : ومنها ان يكون بين القاضى المكتوب اليه وبين الكاتب مسيرة سفر فان كان دونه لم يقبل فان القضاء بكتاب القاضى أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة لأنه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر لكنه يجوز ما كان الضرورة ولا ضرورة فيما دون السفر

هذه عبارته، ومن قول قاضيخان فيها نقلناه (وروى عن محمد أنه يجب على السلطان أن ينصب قضاة في الكور فيما دون السفر لأجل مشقة الاعداء) فاستفدت من قوله في البدائع (ولا ضرور فيما دون السفر انه يمكن خلاص الحق بالاداء واحضار الغريم لسماع البينة بخلاف مدة السفر فانه لا يعديه ويكتب القاضي لما في الاعداء من المكان البعيد الذي هو مدة السفر من الضرر والمشقة) فظاهره يقتضى ان يعديه فيما دون السفر سواء كان في ذلك المكان قاض أم لا فشا به القول الاول واستفدنا مما قاله قاضيخان (انه روى عن محمد انه يجب على السلطان أن ينصب قضاة في الكور) وقلنا ان هذا هو الذي ينبغي أن يقال فيه انه يشير الى خلاف بينه وبين أبي حنيفة وأبي يوسف أعنى من أمر وجوب التولية في هذه الاماكن وعدم وجوبها لأن موضع الخلاف بينهم في الاعداء مع وجود قضاة في الكور، يوضحه أنه لما قال يجب على الامام ان ينصب فيما دون مدة السفر هذا الحرف هو الذي ينبغي ان يقال فيه انه يشير الى الخلاف لما يفهم من قوله لأجل مشقة الاعداء فان الذي يفهم منه انه اذا كان ثمة قضاة في الكور فلا يعدى قاضى المصر خصما من عندهم بل يسقط الاعداء لأجل المشقة فهذا القدر متفق عليه، أما وجوب النصب فهو المختلف فيه فيبقى الجواب حينئذ على التفصيل فيما دون مدة السفر انه اذا كان ثمة قضاة في الكور لا يعدى قاضى المصر فيما لا يمكن أن يحضر الخصم ويسمع الخصامة ويعود الى اهله قبل الليل وفيما يمكن يعدى وان لم يمكن ثمة قضاة اعدى قاضى المصر الى مسافة السفر والله اعلم

مسألة . ما يكون حكما من القاضى وما لا يكون، والكلام فى فعل القاضى

هل يكون حكما أم لا؟ وتحرير كلام الاصحاب فى ذلك كله

ذكر فى القنية قول القاضى حكمت له او قضيت له ايس بشرط وقوله ثبت عندى يكفى وكذا اذا قال ظهر عندى أو صح عندى فهذا كله حكم هو المختار. وفى (معجم) الحبس بعد اقامة البينة بالحق قضاء منه وأمور القاضى بحبس المدعى عليه قضاء بالحق هذه عبارة القنية. وذكروا فى تمة الفتاوى اذا قال القاضى ثبت عندى ان

لهذا على هذا كذا كان القاضي الامام العامري وشمس الأئمة الحلواني يفتيان أنه حكم وقال بعض مشايخنا انه لا يكون حكما . وفي التتمة أيضا من كتاب البيوع قال القاضي: اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأن بيع القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز، ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان كان هذا القاضي جعله وصيا لان الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي . والذي يؤيد هذا أن القاضي لو زوج الصغيرة من ابنه كان باطلا ومسألة بيع القاضي مال اليتيم مذكورة في السير الكبير . وقال أبو العباس الناطقي في الاجناس ما ذكر محمد في السير الكبير من عدم الجواز محمول على قوله أما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز البيع كما في الوصي والصحيح ان ما ذكر في السير الكبير قول الكل لأن بيع القاضي يقع على وجه الحكم ألا ترى انه لا تلزمه العهدة فلو جاز بيع مال اليتيم من نفسه كان هذا منه حكما لنفسه والانسان لا يصلح حاكما لنفسه هذه عبارة التتمة . وقد ذكرناها في مسألة تزويج الصغار من هذا الكتاب . وذكر في المحيط في كتاب البيوع قال : ولا يجوز بيع القاضي ماله من يتيم أصلا لانه يكون ذلك قضاء منه ولهذا لا ترجع حقوق العقد اليه والانسان لا يصلح قاضيا لنفسه . وذكر في النخبة في كتاب السير قال : والامير اذا اشترى شيئا من الفتيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وان كان للغائبين فيه منفعة ظاهرة فمن المشايخ من قال هذا قول محمد أما قول أبي حنيفة واحمدى الروايتين عن أبي يوسف ينبغي أن يجوز شراؤه اذا اشتراه بأكثر من قيمته لأن الوصي اذا اشترى شيئا من مال الصغير لنفسه على وجه فيه منفعة ظاهرة للصغير يجوز عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف فكذا الامير . ومن المشايخ من قال لا بل هذا قول الكل وهو الصحيح لأن الامام انما يبيع الغنائم على وجه الحكم على المسلمين ولهذا لا تلزمه العهدة فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكما له من نفسه وحكم الامام والقاضي لنفسه لا يجوز وهذا المعنى معدوم في حق الوصي لأن الوصي لا يبيع مال اليتيم على وجه الحكم حتى يقال بيعه من نفسه يكون حكما لنفسه بخلاف بيع الامام من نفسه . قال شمس

الأئمة السرخسي ولولا المعنى الذى ذكرنا فى حق الامام والا كان ينبغى أن يجوز بيعه من نفسه وان لم يكن فيه منفعة ظاهرة للغائبين لانه لا تلحقه العهدة بخلاف الوصى فانه تلحقه العهدة فيؤدى الى التضاد فى الاحكام وانه لا يجوز وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه فى حق الامير والقاضى لأن العهدة لا تلحقهما فلا يؤدى الى التضاد فى الاحكام ومع هذا فلم يجوز بيع الامير من نفسه لأن بيعه خرج على وجه الحكم وهو لا يصلح حاكما لنفسه . وبما ذكرنا من المعنى يقع الفرق بين شراء القاضى شيئا من مال اليتيم لنفسه وبين شراء الأب من مال الصغير لنفسه وبين شراء الوصى شيئا من نفسه فان شراء القاضى لا يجوز وان كان فيه منفعة لليتيم وشراء الأب يجوز بالاجماع اذا لم يكن للصغير فيه ضرر وشراء الوصى يجوز عند ابى حنيفة وهو رواية عن ابى يوسف اذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة لأن شراء القاضى وبيعه على اليتيم انما يجوز دلى وجه الحكم عليه والانسان لا يصلح حاكما لنفسه بخلاف الأب والوصى لأن بيعهما وشراءهما على الصغير ليس على وجه الحكم . وذكروا فى الفتاوى الكبرى للخاصى : لو قال القاضى ثبت عندى ان لهذا عند هذا كذا قال بعض مشايخنا لا يكون حكما وقال بعضهم ومنهم القاضى الامام ابو عاصم العامري وشمس الأئمة الحلوانى انه حكم والفتوى على هذا . وذكروا فى فتاوى قاضيخان فى البيوع قال ولا يجوز بيع القاضى مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من اليتيم لأن بيع القاضى قضاء منه وانه لا يصلح قاضيا لنفسه ولهذا لو زوج اليتيمة من نفسه لا يجوز . وذكروا فى كتاب الاصل لمحمد بن الحسن قال اذا حضر الورثة الى القاضى فطلبوا القسمة وفيهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة رحمه الله لا أقسم بينهم باقرارهم حتى يقيموا بينة على الموت والمواريث وقال أبو يوسف ومحمد أقسم ذلك باقرارهم ، فأبو حنيفة رحمه الله قال لا أقسم بقولهم ولا أقضى على الغائب والصغير لأن قسمة القاضى قضاء منه . وذكروا فى الاحكام فى الفتاوى ناقلا عن المنتقى قال : قاض باع مال اليتيم أو أودعه أو باعه أمينه بأمره وهو يعلم بذلك ثم مات القاضى واستقضى غيره فشهدوا عنده

أنهم سمعوا القاضى الاول يقول بعث فلانا مال اليتيم بكذا يقبل ويؤخذ المشتري بالمال وكذلك لو دعيه وان لم يكن الاول أشهدهم أنه قضى بذلك . قلت فتحررنا من هذا كاء أشياء . منها أن الثبوت حكم على المختار وهو القول المقتضى به ، ومنها أن الحبس بعد إقامة البينة حكم ، وتظهر فائدة هذا الفرع في أن القاضى اذا حبس شخصا ثبت عليه حق بالبينة ليس لقاض آخر أن يبطل ذلك الحكم بعد ذلك ، ويوضحه أنه لو حبس الحنفى رجلا في دين أصله معاملة بنائفة كما جرت العادة ولم يحكم بلزوم الدين وصحة المعاملة بل ادعى عليه عنده وثبت عليه الحق وحبسه فيه ثم أفرج عنه رب الدين فرفع المديون بعد ذلك صاحب الدين الى القاضى المالكى الذى لا يرى المعاملة أصلا وادعى عليه وسأله الحكم بابطال المعاملة فانه ليس للقاضى المالكى أن يبطلها لأن حبس المديون عند القاضى الحنفى أولا قضاء منه بذلك فليس للمالكى ابطال قضاؤه بعد ذلك . ومنها أن فعل القاضى حكم أعنى فيما يكون موضعا للحكم (حتى تخرج منها الافعال وماشا كلها) نحو تزويج الصغار اللواتى لاولى لهن سوى القاضى وبيع القاضى مال اليتيم وقسمة القاضى العقار الى غير ذلك مما هو فى هذا المعنى ، وتظهر فائدة هذا القول فى أن القاضى الحنفى اذا زوج صغيرا أو صغيرة لاولى لها وقد شرط فى تقليده تزويج الصغار والصغار أنه بعد ذلك ليس للقاضى المخالف أن يفسخ هذا العقد لأنه وقع من القاضى على وجه الحكم كما ذكره فى التتمة وفى فتاوى قاضيخان وغيرهما وصرحوا بالصورة فقالوا للزوج القاضى الصغيرة من نفسه لا يجوز وكذا من ابنه لأن فعله حكم وقد بسطنا الكلام عليه فى مسألة تزويج الصغار والصغار من هذا الكتاب وكذا بيه مال الايتام الذين لاوصى لهم فانه وقع على وجه الحكم كما ذكره فى المنتقى مما قدمناه والله أعلم .

مسألة : تعليق الولاية بالشرط وبالإضافة الى زمن فى المستقبل وتحرير كلام الأصحاب فى ذلك

ذكر فى متن البحر المحيط قال : اذا علق السلطان الامارة والقضاء بالشرط أو أضافها الى وقت فى المستقبل بأن قال لرجل اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيا

أو إذا أتيت مكة فأت أمير الموسم أو قال جعلتك قاضياً رأس الشهر أو جعلتك أمير الموسم الشهر فذلك جائز ، وأما تعليق الحكومة بين اثنين وإضافتها إلى وقت في المستقبل ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد وسيأتي بيانه في باب التحكيم إن شاء الله تعالى — وتحرير تعليق عزل القاضي بالشرط إليه أشار في أدب القاضي للخصاف والمذكور أنه إذا كتب الخليفة إلى القاضي إذا وصل كتابي إليك فأنت معزول فوصل إليه الكتاب العزل. وإذا قلنا السلطان رجلاً القضاء يوماً يجوز ويتأقت في هذا الوقت وإذا قيده بالمكان يجوز ويتقيد بذلك المكان أيضاً ذكره شمس الأئمة السرخسي. فعلى هذا إذا قيد القاضي اناة نائبه بمسجده معين لا يكون للنائب أن يقضى في مسجد آخر — والذي وعد به في التحكيم هو . قال أبو يوسف لا يجوز التحكيم دعماً بالأخطار ولا مضافاً إلى وقت في المستقبل وقال محمد يصح، فصورة التعليق إذا قال لعبد إذا عتقت فأحكم بيننا أو قال للرجل إذا هل الهلال فأحكم بيننا وصورة الإضافة إذا قال للرجل جعلناك حكماً غداً أو رأس الشهر، وإذا اصطالحا على حكم بينهما على أن يسأل فلانا الفقيه ثم يحكم بينهما بقوله جاز وكذا إذا اصطالحا على حكم بينهما على أن يسأل الفقهاء ثم يحكم بينهما بما أجمعوا عليه جاز فإن سأل ذلك الفقيه في الفصل الأول وحكم بينهما بقوله جاز وهذا ظاهر وإذا سأل فقيها واحداً في الفصل الثاني وحكم بقوله جاز ، وإذا اصطالحا على حكم بينهما في يومه هذا أو في مجلسه هذا فهو جائز ألا ترى أنه جاز تقليد القضاء وقتنا فكذا التحكيم فإن مضى ذلك اليوم أو قام من مجلسه ذلك لا يبقى حكماً. وإذا اصطالحا على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد فذلك باطل لأن الجهالة هنا بين وأظهر ألا ترى أنه لو قال أول من يدخل المسجد هذا فقد وكلته في بيع هذا العبد لا يجوز . ولو سافر الحكم أو مرض أو عوى ثم قدم من سفره أو برى من مرضه وحكم جاز . والأصل في هذا أن الحكومة متى صححت لا يخرج الحكم عن الحكومة إلا بانتهاء الحكومة بأن كانت مؤقتة أو بفصل الخصومة أو بخروج الحكم من أن يكون أهلاً للحكومة باعتبار الردة وما أشبه ذلك أو بالعزل لأن الحكم عن

المتخصصين بمنزلة القاضى المولى والقاضى المولى لا يخرج عن القضاء إلا بأحد ما ذكرنا من الاسباب كذا هنا . و ذكر في أدب القاضى لأبى بكر الرازى قال :
تولية القضاء ببعض الاحكام دون بعض جائزة كما تجوز الوكالة ببعض الاشياء دون بعض . و ذكر في تنمة الفتاوى قال : تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط أو مضافا الى وقت في المستقبل يجوز بأن قال اذا قدم فلان فأنت قاضى بلد كذا أو قال اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيتها أو قال اذا قدم فلان فأنت قاضى هذه البلدة أو قال اذا قدم فلان فأنت أمير هذه البلدة هذا متفق عليه . أما تعليق التحكيم لانسان بالخطر أو مضافا الى وقت في المستقبل بأن قال اذا قدم فلان فاحكم بيننا في هذه الحادثة قال أبو يوسف لا يصح وعليه الفتوى وقال محمد يصح . وأما تعليق عزل القاضى بالشرط ذكر في باب (موت الخليفة) اذا كتب الخليفة الى القاضى اذا وصل كتابي اليك فأنت معزول فوصل يصير معزولا لأن هذا تعليق العزل بالشرط وقد وجد ، قال الشيخ ظهير الدين لا يبقى بصحة تعليق العزل وهكذا كان فتوى عمى وغيره . اذا قلد انسان القضاء يوما أو مجلسه هذا يجوز به أقتى . و ذكر في المحيط ولا يصح التحكيم معلقا بالخطر والاضافة الى المستقبل بأن قال لعبدى أو لعمى ان أسلمت أو أعتقت فاحكم بيننا أو قال لآخر اذا هل الهلال فاحكم بيننا لا يصح عند أبى يوسف وعند محمد يصح لأن التحكيم ليس الا التولية وتفويض الأمر فيصح معلقا بالخطر ومضافا الى وقت في المستقبل كما فى التوكيل والقضاء والامارة لأبى يوسف ان التحكيم تولية صورة صلح معنى لأنه لا يثبت الا برضا الخصمين وانما يصار اليه لقطع الخصومة والمنازعة المتحققة بينهما وليس الصلح الا هذا والصلح لا يصح معلقا ولا مضافا والتولية تصح فلا يصح بالشك والاحتمال بخلاف القضاء بأن قال الخليفة لرجل اذا قدمت من الحج فأنت الى قضاء بغداد لأنه تولية وتفويض حقيقة . و ذكر فى الفتاوى الكبرى للخاصي : الخليفة اذا مات وله عمال وأمراء وقضاة فهم على حالهم لأنهم نواب عن العامة وهم قائمون . و ذكر فى فتاوى قاضىخان : ويصح تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط كتعليق الوكالة

وكذا الاضافة الى وقت في المستقبل بأن قال الخليفة لرجل اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها أو أميرها أو قال اذا قدم فلان فأنت قاضي بلدة كذا . وأما تعليق عزل القاضي بالشرط فصحيح ، ذكر الخصاص ان الخليفة اذا كتب الى القاضي اذا وصل اليك كتابي فأنت معزول فوصل اليه الكتاب يصير معزولا وتعليق التحكيم لانسان بين اثنين والاضافة الى وقت في المستقبل على قول محمد يصح وعلى قول أبي يوسف لا يصح وعليه الفتوى . واذا مات الخليفة لا ينعزل قضائه وعماله وكذا لو كان القاضي ،أذونا له في الاستخلاف واستخلف غيره فمات القاضي لا ينعزل خليفته ، فاذا قلد الامام رجلا يوما أو مجلسا جاز ويتوقت بالمكان والزمان . وذكر في تمة القنية للكافي : تعليق تقليد القضاء والامارة بالشروط أو مضافاً الى وقت في المستقبل يجوز كذا قدم فلان أو قدمت بلدة كذا وتعليق التحكيم لا يتقيد بالزمان والمكان ولا ينعزل القاضي بموت الخليفة وكذا الوالى فلو مات القاضي أو عزل انعزل خلفاؤه . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال: تقليد القضاء بالشرط أو مضافا الى وقت في المستقبل يجوز بأن قال اذا قدم فلان فأنت قاضي بلد كذا أو اذا قدمت فأنت أميرها جاز بالاجماع . وتعليق عزل القاضي بالشرط صحيح حتى ان الخليفة لو كتب اذا وصل اليك كتابي فأنت معزول فوصل الكتاب انعزل . الخليفة اذا مات وله عمال وأمراء فهم على حالهم في أدب القاضي للخصاص وقال في المحيط والمداية والاجناس للناظف لو مات القاضي انعزل خلفاؤه وكذا موت أمير الناحية بخلاف موت الخليفة . السلطان اذا عزل القاضي انعزل النائب بخلاف موت القاضي ، وذكر في أدب القاضي لو أن الخليفة مات أو خلع وولى غيره بان اجتمع الناس على خلعه والاستبدال به وللميت أو للمخلوع قضاة كان قد ولاهم فان قضائه على حالهم أحكامهم نافذة وأمورهم جائزة لأنهم قوام المسلمين جعلوا لمصالحهم وليسوا ولاية له في شىء خاص والخليفة نائب عن المسلمين في تقليده للقضاة والمسلمون على حالهم فلا ينعزل القاضي بموت النائب وكذلك الوالى لو مات وله عمال لا ينعزلون حتى

يستبدلوا لأنهم نصبوا المصالح أهل المدينة في أمور المسلمين فكان نائبا عنهم، وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر شيئا من الموقوف ثم مات لا تبطل الاجارة لأن القيم نائب عن الأوقاف وهي على حالها فلا يبطل العقد بموت النائب . وذكر في البدائع قال فصل وأما بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء فكل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضى عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء نذكرها في كتاب الوكالة ولا يختلفان الا في شيء واحد وهو أن الموكل اذا مات انعزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته وولاته . ولو استخلف القاضى بأذن الامام ثم مات القاضى لا ينعزل خليفته لأنه نائب الامام في الحقيقة لا نائب القاضى ولا ينعزل بموت الخليفة أيضا كما لا ينعزل القاضى ولا يملك القاضى عزل الخليفة لأنه نائب الامام فلا ينعزل بعزله كالوكيل فانه لا يملك عزل الوكيل الثانى : وذكر في الوكالة من البدائع قال : واما بيان ما يخرج به الوكيل من الوكالة فنقول وبالله التوفيق ان الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء : منها عزل الموكل اياه ونهيه ، ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل والثانى ألا يتعلق بالوكالة حق الغير فأما اذا تعلق فلا يصح العزل ، ومنها موت الموكل ومنها جنونه جنونا مطبقا رحده ابو يوسف بشهر ومحمد بما يستوعب الحول ، ومنها الحاقه بدار الحرب مرتدا عند أبى حنيفة خلافا لهما . ومنها عجز الموكل والحجر عليه كالمكاتب يوكل رجلا ثم يعجز وكأذن يوكل ثم يحجر عليه . ومنها موت الوكيل لأن الموت يبطل لأهلية التصرف . ومنها جنونه مطبقا . ومنها أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل . ومنها هلاك العبد الذى وكاه ببيعه . وذكر في النخيرة في كتاب الوكالة قل : الفصل الثالث في تعليق الوكالة بالشرط ان كان الشرط متعارفا صحيح وبشرط غير متعارف غير صحيح . وذكر شيخ الاسلام ان الوكالة لا يصح تعليقها بشرط غير متعارف حتى لو قال لغيره اعتق عبدى ان دخل الدار يكون التوكيل باطلا . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال ويصح تعليق القضاء والامارة بالشرط كتعليق الوكالة وكذا الاضافة في المستقبل . فأما تعليق

عزل القاضى بالشرط فهل يصح؟ ذكر الخصاص انه يصح وذكروا في منية المفتى تعليقا تقليد القضاء والامارة بالشرط ومضافا الى وقت في المستقبل جائز بان قال اذا قدم فلان فانت قاضى بلد كندا او اذا قدمت بلدة كندا فانت أميرها أو قال ان قدم أو ان قدمت ، وتعليق عزل القاضى بالشرط قبل لا وبه يقى . قلت : فتححرر لنا من هذا كله أشياء: منها أن الولاية المعلقة بالشرط المتعارف وغير المتعارف جائزة والتعليق صحيح أيضا ولا يظهر عملها الا عند وجود الشرط الذى علق عليه وكذا اذا أضاف الولاية الى زمن في المستقبل كقوله جعلتك قاضيا مثلا رأس الشهر أو عند مضي الشهر وهذا باتفاق الاصحاب . بقى لنا أنه اذا ولى القاضى شخصا وظيفه عند شغورها عن كان بها أو قال اذا خلا مكان بالمدرسة الفلانية فلتقرر فيها أو فقد قررتك فيها ثم مات القاضى الذى قال ذلك قبل شغورها أو قبل خلو مكان بالمدرسة الفلانية ثم شغل مكان هل تعمل الولاية المعلقة من القاضى الذى مات بعد موته عند وجود الشرط الذى علقها عليه أو أضافها اليه أم تبطل الولاية المعلقة المذكورة؟ وهل يفترق الحال بين المضافة والمعلقة أم لا؟ الظاهر انها تبطل سواء كانت معلقة بأدوات التعليق أو الاضافه وذلك لأن من كلام الاصحاب أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط والمعلق بالشرط كالمسئل عند وجود الشرط والتعليق ليس بسبب في الحال عندنا كما عرف من قواعد المذهب ولا شك أن الولاية التي كانت من القاضى المقرر زالت بزوال اهليته بموته والاصحاب شرطوا قيام الاهلية وقت وجود الشرط لما من حيث الحكم كالمجنون أو من حيث الحقيقة كالسلامة من الموت عند وجود الشرط فالصحيح اذا علق بشرط ثم وجد الشرط وهو مجنون فانه يعمل لأنه يعمل كالصحيح من حيث الحكم لامن حيث الحقيقة ولو مات وهو صحيح والمسألة بحالها بطل التعليق ، وانما كان كذلك لأن المعلق عند وجود الشرط جعل كأنه منجز وبعد الموت افتقت الاهلية فبطل التعليق والمضاف مثله لفوات الاهلية فاذا قال لامرأته أنت طالق غدا فمات قبل مجيء الغد بطلت الاضافه فن هذا

الوجه صارت الاضافة والتعليق على حد سواء ، وكونها سببا في الحال لا أثر له في بقاءها بعد الموت وانما يظهر أثره في الجنون فكندا في هذه الصورة لما ولاء مطلقا بشرط ومات قبل وجوده فعند وجود الشرط تعذر أن يجعل موليا لزوال الاهلية فتبطل الولاية المعلقة قياسا على بقية التعليلات من الأيمان هذا من حيث البحث والتخريج على القواعد ، فأما من حيث التمسك بما نقلناه من كلام الاصحاب فنقول : اختلفت عبارات الاصحاب فيما اذا مات القاضى هل ينعزل خلفاؤه أم لا ؟ فذكر الناطقي وصاحب المحيط والكافي انهم ينعزلون بموته وذكر الخصاص وقاضيخان وغيرهما انهم لا ينعزلون وكل من هؤلاء الاصحاب لم يذكر خلافا فيما قاله ، فعلى قول من قال ان القاضى اذا مات تنعزل خلفاؤه تبقى الولاية المعلقة باطلة بالطريق الاولى وهذا ظاهر : وأما على ما نقله الخصاص وغيره من أن موت القاضى لا يوجب انعزال الخليفة فالظاهر انها تبطل على ما قررناه أولا من ذكر قواعد المذهب واشتراط قيام الاهلية وقت وجود الشرط وبعد موت القاضى لم تبقى الاهلية قائمة وقت وجود الشرط فتبطل . بقى هل للقاضى اذا علق الولاية بشرط أن يملك الرجوع عنه وأن يعزل من علقها له قبل وجود الشرط أم لا ؟ فهذا المقام يحتاج فيه الى ذكر مسألة يخرج عليها جواب هذا السؤال وهى ما قال في المحيط : رجل وكل رجلا في شيء وكالة مرسله ثم قال له كلما عزلت فأنت وكيل في ذلك وكالة مستقبله ثم قال عزلت في تلك الوكالة كلها فانه ينعزل عن الوكالة المرسله وهل ينعزل عن الوكالة المعلقة ؟ قال نصير بن يحيى انه ينعزل رهكندا روى عن محمد وقال محمد بن سلامة لا ينعزل وهكندا روى عن أبي يوسف فهذا بناء على ان الوكالة متى كانت معلقة بالشرط وعزل الموكل الوكيل قبل وجود الشرط يصح العزل عند محمد ولا يصير وكيل متى وجد الشرط وعند أبي يوسف لا يصح العزل حتى انه يصير وكيل متى وجد الشرط لأن الوكالة قبل وجود الشرط غير ثابتة فلا يصح العزل قبل وجودها كما قبل التوكيل ، لمحمد انه انعقد سبب ثبوت الوكالة فيصح العزل بعد وجود السبب قبل أن يصير وكيل

كلا براء عن الاجرة قبل استيفاء المنافع يصح لأنه وجد بعد وجود سبب وجوب
 الأجرة وهو الاجارة وان لم تجب الاجرة بعد فكذا هذا هذه عبارة المحيط . فاجواب
 هذا السؤال يخرج على الاختلاف الذي بين أبي يوسف ومحمد اذ لا فرق بين
 الموكل وبين القاضي هنا لان الولاية المعلقة كالوكالة المعلقة ومناط البحث وماخذ
 كل من أبي يوسف ومحمد لا يختص بالوكالة وحدها بل العلة فيهما تعم لان أبا
 يوسف لحظ ان التعليق كالمدم قبل وجود الشرط والعزل يقتضى سابقه التقرير
 والاثبات وفي التعليق لا يظهر فلا يصح وهذا يحسن أن يعلل به في الولاية أيضا
 لأنها مشابهة له من كل الوجوه وكذا ما علل به لمحمد يحسن أن يعلل به للولاية
 المعلقة أيضا ان أريد بقوله انه انعقد سبب ثبوت الوكالة بالتعليق وفيه نظر، لأننا
 لم نعرف ان محمداً قال ان التعليق سبب في الحال كما قال الشافعي وان أريد بقوله
 انعقد سبب ثبوت الوكالة المنجزة المرسله أولاً وجعل التعليق في ضمنها فصار
 المجموع سببا للوكالات المعلقة فهذا لا يحسن أن يخرج عليه مسألة الولاية المعلقة بل
 يبقى جواب محمد فيها وجواب أبي يوسف واحدا في انه لا يصح العزل، ويفرق محمد
 بينهما اذا حصلت الوكالة على وجه التعليق ابتداء أو في ضمن وكالة منجزه وله
 وجه فانه كم من شيء ثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصداً فالتعليق ليس بسبب في
 الحال اذا كان على وجه القصد أما اذا حصل في ضمن المنجز ينبغي أن يكون سببا
 واستشهاده بمسألة الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنافع يشهد لهذا الحل الثاني
 وانه لحظ الوكالة المنجزه أولاً فان الاجارة اذا صححت صارت المنافع الحادثة في
 الحال موجودة يقابلها شيء من الاجرة قطعا فكانت كالوكالة المنجزه والمنافع التي
 لم تجيء بعد بمنزلة الوكالة المعلقة وقد ثبت لنا جواب الابراء عن مجموع الاجرة
 وان لم يجب الكل بعد فكذا هنا وهذا قوى وتفقه حسن والله أعلم

مسألة

الحبس في الديون وغيرها من الحقوق الشرعية ، وبيان وقت الحبس ، وسماع

البينة بالعسرة وهل يكون القول قول المدعى ان المدعى عليه غنى أو قول المدعى عليه انه فقير؟ وهل تقبل البينة بالأفلاس قبل الحبس؟ وبيان مدة الحبس وبيان ما يحبس فيه من الديون الشرعية وتحرير كلام الاصحاب في ذلك كله

ذكر في الهداية قال: واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه وهذا اذا ثبت الحق بقراره أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت فان امتنع حبسه في دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كسمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبس فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لأنه لم توجد دلالة ايسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الاصل هو العسرة، ويروى ان القول له الا فيما بدله مال. وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتناق العبد المشترك القول قول المعتق والمسألان تؤيدان القولين الأخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الاعتناق.

ثم فيما كان القول قول المدعى ان له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبس شهريين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة أشهر الى ستة أشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعنى بعد مضي المدة. ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ. قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسند كره في كتاب الحجر. ويحبس الرجل في نفقة زوجته ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة ولا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الاتفاق عليه، وذكر ما وعد به في كتاب الحجر فقال في كتاب الحجر فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي

حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكمفالة وكذا اذا اقام البيعة انه لا مال له يعني خلى سبيله . ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر . وقالوا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البيعة أن له مالا لأن القضاء بالافلاس عندهما يصح فثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لأن مال الله غاد ورائح . وقوله (الا أن يقيموا البيعة أن له مالا) اشارة الى أن بيعة اليسار ترجح على بيعة الاعسار، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب الا اذا علم القاضى أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين ألا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبس دفع الضرر عنه هذه عبارة الهداية في موضعين . وذكر في فتاوى قاضيخان قال اذا توجه الحبس على المديون فان القاضى لا يسأل المديون ولا يسأل المدعى هل له مال في ظاهر الرواية فان سأل المديون من القاضى أن يسأل صاحب الدين أنه مال سأل القاضى بالاجماع فان قال الطالب هو موسر قادر على القضاء وقال المديون أنا معسر تكلموا فيه، قال بعضهم القول قول المديون انه معسر وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمان المبيع فالقول قول مدعى اليسار وهو مروى عن أبي حنيفة وعليه الفتوى وان لم يكن الدين بدلا عما هو مال كان القول قول المديون . والذي يؤيد هذا القول مسألتان احدهما أحد الشرعيين اذا اعتق العبد المشترك وادعى أنه معسر كان القول قوله فيه لان الضمان وجب بدلا عما هو ليس بمال والاصل في الآدمى العسرة والثانية اذا طلبت نفقة الموسرين والزوج يدعى العسرة كان القول قول الزوج وقال بعضهم كل ما وجب بعقد لا يقبل قول المديون انه معسر وان لم يكن ذلك بدلا عما هو مال، والمديون اذا اقام البيعة على الافلاس قبل الحبس فيه روايتان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل الصحيح انها تقبل قال رحمه الله وينبغي أن يكون مفوضا الى القاضى ان علم القاضى انه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس وان علم انه لين تقبل بينته، ولو اقام المديون بيعة على الاعسار وصاحب الحق بينة على

اليسار كنت بينة صاحب الحق أولى فان شهدوا انه موسر قادر على أداء الدين جاز ذلك وكفى ولا يشترط تعيين عين المال . وان اقام المديون بينة على الاعسار بعد الحبس في الروايات الظاهرة أنها لا تقبل الا بعد مضي المدة واختلفت الروايات في تلك المدة روى محمد عن أبي حنيفة أنه مقدر بشهرين أو ثلاثة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها من أربعة أشهر الى ستة أشهر وعن أبي جعفر الطحاوي أنها مقدره بشهر قال الحلواني هذا أوفق الاقوال وقيل بعضهم ان كان المحبوس رجلا لينا كهصاحب عيال شكاه عياله الى القاضي لأجل النفقة يأخذ بقول الطحاوي وان كان وقحا يعرف القاضي تمرده يحبس ستة أشهر فلخالص انه مفوض الى القاضي ان وقع عند القاضي بعد مضي ستة أشهر انه متمرد يديم حبسه وان وقع عنده قبل تمام شهر واحد أنه عاجز أطلقه وهذا اذا كان أمره مشكلاً أما اذا كان فقره ظاهراً سأل القاضي عنه عاجلاً وتقبل البينة على الافلاس ويخلى سبيله بحضرة خصمه وانما يسأل عن عسرته من جيرانه واصدقائه وأهل سوقه من الثقات دون الفساق فاذا قالوا لا نعرف له مالا كفى ولا يشترط في هذا لفظ الشهادة . وبعد ماخلى سبيله هل لصاحب الدين أن يلازمه ؟ اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يلازمه وأحسن الاقوال في الملازمة ما روى عن محمد انه قال يلازمه في قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء ولا من الوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه واخوانه وولده ومن أحب . فان قال المديون لأحبس مع غلامك وأحبس معك قال بعضهم كان له ذلك وقيل هذا قول أبي حنيفة أما على قولهما ليس للمديون ذلك وجعلوا هذه المسألة فرعاً لمسألة التوكيل في الخصومة من غير رضا الخصم على قول أبي حنيفة والصحيح في الملازمة الرأى فيه الى صاحب الدين لا إلى المديون ان شاء لازمه بنفسه وان شاء غيره لأن المقصود حصول الدين فملازمة الغير عسى أن يكون اقرب الى ذلك

مسألة : اذا قال المدعى عليه انا فقير وقال المدعى هو غني موسر قال قول لمن يكون

منهما؟ وتحرير كلام الاصحاب في ذلك

قال في الهداية: انه اذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه وهذا اذا ثبت الحق بالقرار لأنه لم يعرف كونه مماطلاً أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور مطلقه فان امتنع حبسه في كل دين الزمه بدلا عن مال حصل في يده كضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدمه على التزامه باختياره دليل يساره اذا هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه . والمراد بالمهر المعجل دون المؤجل ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعى اثبات غناه ، ويروى ان القول قول من عليه في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له الا فيما بدله مال قال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتناق العبد المشترك القول للمعتق والمسألان تؤيدان القولين الاخيرين، والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطابق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الاعتاق. ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه هذه عبارته. وذكر في المحيط: وأما بيان متى يحبسه؟ فانما يجب اذا عرف القاضى يساره من قبل أنه وجب الدين بدلا عما هو مال كضمن متاع أو بدل قرض حتى ثبت يساره بما دخل في ملكه وزواله محتمل فيئتمد يحبسه لأنه موسر يتمتع عن ائتمان ما عليه . وان اختلفا وزعم الطالب أنه موسر وزعم المطلوب أنه معسر ذكر الخصاص في أدب القاضى القول قول المطلوب لأن العسرة أصل في بنى آدم فالمديون متمسك بالأصل والطالب يدعى أمرا عارضا فيكون القول قول المطلوب . وذكر في المبسوط القول قول الطالب لأنه متمسك بما هو ثابت في الاصل باتفاقهما وهو اليسار ومتى عرف يساره من قبل أنه وجب الدين بدلا عما هو مال والمطلوب يدعى أمرا حادثا وهو هلاك المال فيكون القول لمن تمسك بالأصل ، واما اذا وجب الدين بدلا عما ليس بمال كالمهر وبطل الخلع وغيرهما فقال المطلوب أنا معسر وقال الطالب هو

موسر فالقول قول المطالب في ظاهر الرواية فانه ذكر في النكاح لو اختلف الزوجان فقال أنا معسر وعلى نفقة المعسرين وقالت المرأة بل أنت موسر وعليك نفقة الموسرين فالقول قول الزوج. ونص في العتاق عبد بين شريكين اعتقه أحدهما وقال المعتق انا معسر لاسبيل لك على وقال الساكت انك موسر ولى أن أضمنك فالقول قول المعتق . وذكروا في كتاب الكفالة اذا مات المحتال عليه فقال الطالب مات مفلسا وعاد الدين اليك وقال المحيل مات موسرا فالقول قول الطالب وروى عن أبي حنيفة رحمه الله القول قول الطالب الا في دعوى الاعسار وبه تأخر المطالبة الى وقت اليسار لمعنى دعوى الاجل . ولو ادعى المطالب أجلا في هذه الديون وانكر الطالب فالقول قول الطالب فكذا هذا ، وجه ظاهر الرواية أن المطالب متمسك بالاصل وهو الافلاس فانه أصل في بني آدم والغنى عارض فكان الطالب مدعيا أمرا عارضا والمطلوب متمسكا بالاصل فيكون القول قوله بخلاف دعوى الاجل لأن الأجل لا يثبت الا بالشرط والشرط أمر عارض فكان مدعى الأجل مدعيا أمرا عارضا ودعوى الاعسار وان كانت بمعنى دعوى الاجل الا أنه ثبت من غير شرط فكان بمنزلة دعوى الاجل في الكفالة لما كانت تثبت في حق الكفيل من غير شرط كان القول قول مدعى الاجل فكذا هذا هذه عبارة المحيط . وذكروا قاضيخان في الفتاوى ماصورته : فان قال الطالب هو موسر قادر على القضاء وقال المديون أنا معسر تكلموا فيه قال بعضهم القول قول المديون انه معسر وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار يروى ذلك عن أبي حنيفة وعليه الفتوى لأن قدرته كانت ثابتة بالمبدل فلا يقبل قوله في زوال تلك القدرة وان لم يكن الدين بدلا عما هو مال كان القول قول المديون والذي يؤيد هذا القول مسألتان احدهما أحد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وادعى انه معسر كان القول فيه له لأن الضمان وجب بدلا عما ليس بمال والاصل في الأدمى هو العسرة . والثانية المرأة اذا طلبت نفقة الموسرين والزوج يدعى العسر كان القول قول الزوج ، وقال بعضهم كل ما وجب بعقد لا يقبل قول المديون

انه معسر وان لم يكن ذلك بدلا عما هو مال تم كلامه . وذكر في المبسوط وأدب
القاضي للخصاف وان طلب المديون من القاضي أن يسأل المدعى هل له مال يسأله
بالاجماع فان سأل المديون وسأل القاضي من المدعى وزعم المدعى انه موسر وزعم
المديون انه معسر يجعل القول قول المديون لأن العسرة في بني آدم أصل فالمديون
متمسك بالأصل وصاحب الدين يدعى أمرا عارضا فيكون القول قول المديون .
وقال بعضهم ان كان الدين بدلا عن مال كتمن متاع أو بدل قرض يكون القول
قول المدعى وان كان الدين وجب بدلا عما ليس بمال يكون القول قول المدعى .
عليه لأنه اذا وجب بدلا عما هو مال فقد عرف قدرته على قضاء الدين بما دخل
في ملكه وزوال ذلك محتمل واذا وجب بدلا عما ليس بمال لا يعرف قدرته على
قضاء الدين فبقي متمسكا بالأصل أنه معسر، والذي يؤيد هذا الأصل مسألتان احدهما
نص في كتاب النكاح أن المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر رادعت نفقه
الموسرين وزعم الزوج أنه معسر وعليه نفقه المعسرين يجعل القول قول الزوج لأن
السبب الذي به وجبت النفقة ديناً في ذمته لم يدخل في ملكه شيئاً يصير به قادر على قضاء
الدين فبقي متمسكا بالأصل والثانية نص في كتاب العتق أن أحد الشرعيين اذا أعتق
العبد المشترك وزعم أنه معسر كان القول قوله لأن هذا الضمان وجب بسبب لم
يدخل في ملكه بذلك السبب شيء، ثم صاحب الكتاب نسب هذا القول الى أبي
حنيفة وأبي يوسف والقاضي المنتسب الى اسبيحان نسبته الى الفقيه أبي جعفر
الهندواني، وقال بعضهم ان كان الدين لزمه مباشرة العقد يكون القول قول المدعى
وان كان الدين لزمه حكماً لا مباشرة عقد فالقول قول المديون لأن الظاهر من حال
الانسان ألا يشرع في أمر لا يقدر عليه وألا يلتزم مالا لا وفاءه به وهذا القول
يوجب التسوية بينهما اذا ثبت ذلك بدلا عما هو مال أو لم يثبت بدلا عما هو مال
وفرق هذا القائل بين مسألة النفقة وبين العتق وبين غيرهما وقال ذلك ليس بدين
بل هو نفقة فان النفقة تسقط بالموت وضمان العتق كذلك على قول أبي حنيفة ونسب
الشيخ شمس الأئمة السرخسي هذا القول الى الفقيه أبي جعفر الهندواني وقال

بعضهم يحكم فيه الزى ان كان عليه زى الفقراء فان القول قول المديون وان كان عليه زى الأغنياء فان القول قول المدعى لأن ذلك علامة الأغنياء الا في العلوية والفقهاء . ونسب الشيخ الامام شمس الأئمة أبو محمد عبد العزيز بن أحمد الحلواني هذا القول الى الفقيه أبي جعفر الهندواني فعلى هذا القول ان كان على المديون زى الفقراء وقد ادعى المدعى أنه غير زيه وأنه كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القاضى فان القاضى يسأله البيئنة فان أقام البيئنة على ذلك سمع القاضى وجعل القول قوله وان لم يمكنه الاقامة يحكم زيه فى الحال ويجعل القول قول المديون . وذكر فى الكافي شرح الوافى : واذا ثبت الحق عند القاضى وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كالثمن والقرض أو التزمه كالمهر المعجل والكفالة لثبوت أمانة غناه فى هذين الموضوعين . أما فى الأول فلأنه قد ظهرت قدرته بما دخل فى ملكه وزواله محتمل وأما فى الثانى فلأن التزمه باختياره دليل يساره اذ الظاهر أنه لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه . وأما اذا طلبت المرأة المؤجل من المهر بعد ما دخل بها فالقول قول الزوج فى عسرته لانه لا دلالة هنا على القدرة ولا يحبس فى غير ذلك ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه بما رأى لأنه لم يوجد أمانة غناه والأصل فى الآدمى العسرة فيكون القول لمن عليه وعلى المدعى اثبات غناه . وذكر الخصاص أن القول للمديون فى جميع ذلك لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ورب الدين يدعى أمرا عارضا ، وقيل ان كان الدين واجب بدلا عما هو مال فالقول للمدعى فيه وان كان الدين بدلا عما ليس بمال فالقول للمدعى عليه ومما يؤيد هذا القول مسألتان وذكر المسألتين ههنا عبارته . وذكر الشيخ حسام الدين السغناقى فى شرح الهداية ماصورته : قال قوله (فان امتنع حبسه فى كل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده) الى آخره : اعلم أن هنا اختلاف العلماء على أقوال خمسة بيان ذلك ما ذكره فى الذخيرة فى الفصل التاسع من أدب القاضى وما ذكره الصدر الشهيد فى شرح أدب القاضى من باب الحبس ، واذا جاء رجل

برجل الى القاضى وأثبت عليه ماله ببينة أو أقر الرجل به وقال المدعى انه موسر
 وطلب من القاضى أن يحبسها وقال المطلوب لا بل أنا معسر فقد اختلفت الروايات
 فيه ، قال الخصاص وهو رواية عن أصحابنا ان القول قول المديون لأنه متمسك
 بالأصل لأن الفقر أصل في بني آدم فانه يولد ولا مال له وصاحب الدين يدعى
 أمرا عارضا والتمسك بالأصل واجب حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون
 مع اليمين ، واختيار أبي عبد الله البلخي وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف
 أن كل دين أصله مال كشمس البياعات والقروض فالقول للمدعى لأنه عرف دخوله
 في ملكه وزوال ذلك عن ملكه محتمل فكان القول فيه للمدعى ، وكل دين لم
 يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه
 لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف قدرته على قضاء الدين فبقي متمسكا بالأصل وهو
 العسرة فيكون القول قوله ، وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه
 قول المدعى عليه انه معسر كافي نفقة المحارم وما أشبه ذلك وفيما سوى ذلك فالقول قول
 المدعى ، وقال بعضهم كل دين لزمه بما قدرته فالقول قول المدعى وكل دين لزمه حكما
 لا يباشره العقد فالقول قول المديون لأن الظاهر من حال الانسان ألا يشرع في
 في أمر لا يقدر عليه ولا يلتزم مالا لا وفاء له به وهذا القول يوجب التسوية بينهما اذا
 ثبت ذلك بدلا عما هو مال أو لم يكن بدلا عما هو مال وفرق هذا القائل بين مسألة
 النفقة وبين مسألة العتق وبين غيرهما وقال ذلك ليس بدين على الحقيقة بل ذلك
 صلة حتى سقطت النفقات بالموت وكذلك ضمان العتق صلة على قول أبي حنيفة
 وقال الفقيه البلخي وهو القول الخامس يحكم الزى والهيئة ان كان عليه زى الفقراء
 كان القول قول المديون وان كان عليه زى الاغنياء كان القول قول المدعى في أنه
 موسر الا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكفون للباسهم مع
 حاجاتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزى فيهم دليلا على اليسار ، وتحكيم
 الزى ممد في الشرع حتى حكم بالزى في باب الزكاة في جواز الصرف الى من رأى
 عليه زى الفقراء فان ادعى الطالب أنه قد كان عليه زى الاغنياء ولكن غير زيه

حتى حضر مجلس القاضى فان القاضى يسأله عن البيئنة فان اقام البيئنة يسمع منه وكان القول قوله وان لم يقيم بيئنة يحكم زيه في الحال فيكون القول قول المديون ، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل فبعد ذلك لا تسمع دعواه انه لا يقدر على تسليم المعجل وقد ذكر الامام التمر تاشى وذكر في النكاح يحبس في المهر . وذكر الزوزنى انه أراد به المعجل لأن العادة في النكاح ألا يقدم عليه من لا وفاء عنده بالمعجل وقوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك كضمان المغصوب وأرش الجنائية وقوله لانه لو لم يوجد دلالة اليسار متصل بالمستثنى وهو قوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك ، ثم ههنا ذكر قول من يقبل قوله من رب الدين والمديون في موضعين وذكر أيضا قبول بيئنة المدعى اذا أقام بيئنة على أن للمديون مالا بقوله (الا أن يثبت غريمه ان له مالا) وبقي الوجه الثالث وهو ما اذا أقام البيئنة على ما ادعيه فرب الدين على اليسرة والمديون على العسرة فبيئنة من تقبل ؟ ذكر في الذخيرة بيئنة رب الدين اولى ورى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويدخل تحته ثمن المبيع والقرض وغيرهما هذه عبارته . وذكر تاج الشريعة في حاشيته على الهداية ماصورته : قوله فيما سوى ذلك مثل ضمان المغصوب وأرش الجنائية وبدل الكتابة وضمان اعتناق العبد المشترك ونفقة الزوجات . وذكر الشيخ حميد الدين الضرير في حاشيته على الهداية ماصورته : المراد بالمهر معجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فلا يقبل قوله انه فقير وأما في المؤجل القول قول المدعى عليه لأن الأصل العسرة وقوله (فيما سوى ذلك) وهو ما سوى المذكور وهو مثل عوض الغصب وأرش الجنائية وقوله (القول لمن عليه في جميع ذلك) أى المهر وبدل المبيع وفي سائر الصور القول لمن عليه في رواية وفي رواية القول قوله أى المديون الا فيما بدله مال كثمن المبيع فما يكون بدله مالا القول للدائن لا للمديون . وقال أيضا وانما جعلنا القول قول من عليه في النفقة وفي الدين الواجب بالعقد القول لمن له الدين لان الدين مطلق والنفقة ليست بدين مطلق لأنها صلة وكذا ضمان الاعتناق صلة عند أبى حنيفة بدليل سقوطه

بالموت فإذا لم يكونا ديننا مطلقا فقلنا القول قول من عليه . وذكر في الاختيار شرح
 المختار : وان قال المدعى هو ومسر وهو يقول أنا معسر فان كان القاضى يعرف
 يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة
 وبدل الخلع ونحوه حبسه لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده والتزامه يدل على
 القدرة ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا ادعى الفقر لأنه الأصل وذلك مثل ضمان
 المتلفات وأرش الجنائيات ونفقة الأقارب والزوجات واعتاق العبد المشترك إلا أن
 تقوم البينة أن له مالا فيحبسه لأنه ظالم ثم كلامه . وذكر في شرح الهداية للكافى
 قال قوله (بدلا عن مال حصل في يده الى آخره) وفي الذخيرة وشرح أدب
 القاضى للصدر الشهيد : لو قال المديون بعد ثبوت الدين أنا معسر وقال المدعى هو
 ومسر ولا بيينة له له فالقول للمديون مع يمينه وهو روايه أصحابنا واختيار الخصاص
 وبه قل الشافعى فى وجهه وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أن كل دين أصله مال
 كضمن المبيع والقرض فالقول قول المدعى وبه قل الشافعى فى وجهه فالمديون يحتاج الى
 البيينة لأنه عرف دخول شيء فى ملكه وزوال ذلك محتمل فالظاهر قول المدعى
 وكل دين لا يتأمله مال كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول للمديون لأنه لم
 يدخل شيء فى ملكه فبقى متمسكا بالأصل اليه أشار محمد فى كتاب النكاح فى
 مسألة ادعاء المرأة نفقة المورسين وزعم الزوج انه معسر فقال القول للزوج . وقوله
 والمراد بالمهر الى آخره وذكر ما قاله السعفاقى بعبارة تم كلامه . وذكر فى اختلاف
 الفقهاء للطحاوى ما صورته . وسمعت ابن أبى عمران كان متأخرو أصحابنا منهم
 ابن شجاع يقول كل دين كان أصله من مال وقع فى يد المديون كأثمان البياعات
 والقروض ونحوها حبسه وما لم يكن أصله من مال وقع فى يده مثل المهر والخلع
 والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت وجوده وهـ لاءته . وذكر فى
 المنافع قال والمراد بالمهر معجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك كبديل المغصوب والمتلف
 وأروش الجنائيات فان اماراة الغنى وجدت فى هاتين الصورتين لأنه اذا حصل المال
 فى يده ثبت غناه واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ الظاهر انه لا يلتزمه

الا ما يقدر على أدائه ولم يوجد في غيرها اماره الغنى والأصل في بنى آدم العسرة فيكون القول قول من عليه وعلى المدعى اثبات غناه تم كلامه . وذكر في متن البحر المحيط: فان قال المدعى انه موسر وقال المديون أنا معسر فقد اختلفت الروايات فيه واختلف المشايخ فيه أيضا فاختر الخصاص وهو رواية عن أصحابنا أن القول قول المديون مع اليمين واختيار أبي عبد الله البلخي وهذا روى في بعض الروايات عن أبي حنيفة وأبي يوسف ان كل دين أصله مال كتمن البياعات والقروض فالقول قول المدعى في يساره وعسره وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه، وذكر في الفتاوى الكبرى للخامس: وان زعم رب الدين أنه موسر وزعم المديون انه معسر قال الخصاص القول قول المديون وقال بعضهم ان كان الدين واجب بدلا عما ليس بمال فالجواب كذلك وان كان بدلا عما هو مال فالقول قول الدائن . ونسب الخصاص هذا القول الى أبي حنيفة رأبى يوسف ونسبه الاسيبيجاني الى الفقيه أبي جعفر ، وقال بعضهم ان لزمه الدين بعقد باشره فالقول قول الدائن وان لزمه حكما لا مباشرة العقد فالقول قول المديون ونسب السرخسي هذا القول الى الفقيه أبي جعفر . قال القاضي فخر الدين الفتوى على انه ان كان الدين واجب بدلا عما هو مال فالقول قول مدعى اليسار وان واجب بدلا عما ليس بمال فان واجب بعقد باشره باختياره فكذلك لوجود دليل اليسار وهو المبادلة والتزام الدين باختياره وإلا فالقول قول مدعى الاعسار لانعدام دليل اليسار تم كلامه

قلت فتحزر لنا من هذه النقول كلها أن المذهب المفتى به أن القول فيما لزم المديون ببطل هو مال أو بعقد وقع باختياره قول المدعى لا قول المديون ولا يلتفت الى ما قاله الخصاص ولا يفتى به لأنه مدفوع بما ذكرناه من الدليل وبما نقل من الروايات فاننا نقلنا أن هذا نقل عن أبي حنيفة وأبي يوسف وكفى بهما حجة في التقليد من غير ظهور الدليل فكيف يكون مع ظهور الدليل ، وحكى لى والدى نعمده الله برحمته أن الأذرعى لما ولى القضاء بدمشق وكانت ولايته سنة واحدة

كان يقبل قول المديون في الكل ويقول الأصل هو الفقر وهذا خطأ منه ويعندر فإنه ما كان يعرف المذهب ولا سلك طريق أهل المذهب في اشتغاله حتى تقل أن أهل زمانه كانوا يسمونه الفقيه المغلوب فالحق ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف يعنى من جهة التفصيل كما تقدم نقله عنهما فليعلم

تذييه : ويتعين على القاضي إذا ادعى عنده رب الدين على المديون واعترف له به أو قامت به بينة والمديون يقول أنا فقير معسر أن القاضي لا يعجل بحبسه بل يسأله عن سبب هذا الدين فإن قال انه بدل غير مال وليس باختياره بعقد وهو معسر لا يحبسه ويطلقه وان قال انه مؤسر وطالب حبسه يحبسه وان قال المديون هو يعلم انى مؤسر واسأله عن ذلك فإن القاضي يعيد عليه القول فإن أجب بالتصديق أطلقه وان أنكره فإن قل المطلوب حانته انه ما يعلم أنى معسر بحبسه القاضي الى ذلك ويحلفه أنه ما يعلم اعساره فان حلف حبسه في دينه بطالبه الحبس وان نكل عن اليمين لا يحبسه ويطلقه، وان قال المديون ان الدين لزمى من غير عقد ولا بدل مال فيسأله الحاكم عن ماذا لزمك فان قال انه بدل الخلع أو بدل العتق في جهة نصيب الشريك أو من جهة غصب مال متقوم للمدعى وقد تلف أو من جهة نفقة الزوجة أو نفقة الأقراب أو من جهة أرش جنائية أو من جهة صلح عن دم عمد أو من جهة بدل الكتابة أو من جهة بقية مهر قد عجل بعضه قبل الدخول فان صدقه المدعى في ذلك فالقول قول المديون مع يمينه في الفقر والعسرة وان كذبه المدعى وقال أنه من جهة ثمن متاع فاعلم أن هذه الصورة ما ذكرها الاصحاب وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون الا أن يقيم رب الدين البيينة أن الدين ثمن متاع فيكون القول حينئذ قوله ويحبسه ، وقولهم (بدل الخلع) معناه القدر الذى وقع خلع الرجل امرأته عليه وهو اما أن يكون في ذمة المرأة المختلعة أو في ذمة أجنبي فاذا ادعى الزوج على امرأة أنها كانت اختلعت منه على شيء في ذمتها أو على الأجنبي ان كان الخلع وقع على شيء في ذمته واعترفت المرأة أو الأجنبي بذلك لكن قالت المرأة أنا فبيرة أو معسرة أو وقال الأجنبي ذلك وقال الزوج لا بل هما غنيان فان القول في ذلك قول

المرأة والاجنبي مع اليمين لا قول الزوج ، وأخطأ صاحب المختار في هذه الصورة في نقل الحكم في الخلع فانه جعله مع ثمن المتاع والقرض وقال فيه ان القول فيه قول رب الدين لا قول المديون فلا يلتفت الى ما قاله وانما ذكرنا كلامه في هذه المسألة لأجل أن نذبه الى هذا وأنه خطأ لا يعمل به . وقد نقلنا فيما تقدم من نقل متن البحر المحيط واختلاف العلماء كالطحاوي والسغناقي والمحيط وشرح الهداية للاسكاكي ما يخالفه وهن جهة المعنى فانخلع ليس ببديل عن مال لأن بضع الحرة ليس بمال قطعاً ولا عقد النكاح عقد بمبادلة مال بمال بل هو مبادلة مال ببضع وفي المهر فصلوا فيه بين المعجل والمؤجل وجعلوا أن في المؤجل التول قول الزوج في الاعسار لا قول المرأة وان كان العقد انما وقع على المجموع فكيف يكون بدل الخلع أقوى منه ، وقولهم (أو بدل العتق) معناه أن العبد اذا كان بين شريكين فأعتقه أحدهما بغير اذن صاحبه واختار الشريك الذي لم يعتق تضمنين الذي اعتق وادعى عليه عند القاضي فاعترف بالاعتاق أوقامت به بيعة فادعى أنه فقير فقال الشريك الذي لم يعتق انه غني فان القول في هذا قول الذي أعتق مع يمينه ولا يجبس اذا حلف ، قال في الهداية وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق بكسر التاء والعلّة فيه كونه ليس بدين مطلق حتى يسقط بالوت عند أبي حنيفة ، وعلل قاضيخان هنا بأن الضمان وجب بدلا عما ليس بمال وفيه وفي تعليل الهداية نظر ، أما النظر الذي في كلام الهداية فهو كونه يسقط بالوت عند أبي حنيفة وينبغي ألا يسقط قياسا على بقية الختوق ، وأما النظر الذي في تعليل قاضيخان فهو في قوله (ان الضمان هنا وجب بدلا عما ليس بمال) وليس كذلك بل وجب بدلا عما كان يملكه شريكه في العبد وهو مال بدليل جواز بيعه من اجنبي ومن الشريك وبدليل جواز اعتاقه ولاعتق الا في المملوك ، فان أراد بالمال ما يتمول به أو ما فيه تمول بنفسه كأموال الزكاة فينتقض عليه في الأموال التي لازكاة فيها واذا تلفت يضمن ولا يسقط الضمان فيها أصلا ، وان اراد ما هو أعم من ذلك فيشكل عليه ما قلناه من أن النصف من العبد المشترك كان مملوكا للشريك . كما صححنا تماما ببيعته ويتصرف فيه كل تصرفات المالكين .

وقولهم (أوضمان المصوب) معناه اذا اعترف بالغصب وقال انه فقير وقال المصوب منه انه موسر وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العم بالهلاك فان القول قول الغاصب في العسرة لا قول المصوب منه هكذا ذكره السنناني وتاج الشريعة وحيد الدين الضرير فيما نقلناه عنهم . وفيه نظر أيضا وينبغي ألا يكون القول قول الغاصب لأنه بدل مال حصل في يده فيبقى كسائر الديون التي هي من أمان البياعات أو القروض وكذا مسألة المتلفات ينبغي أن تكون مثل مسألة الغصب ويجب أن انما قلنا في أمان البياعات والقروض بأن القول فيها قول المدعى لأن المدعى عليه اعترف بالغنى بدخول ذلك في ملكه ويدعى أمرا حادثا وهو زواله وكان المدعى متمسكا بالأصل فيكون القول قوله ، ولا كذلك مسألة الغصب والمتلفات لأن المدعى عليه لم يعترف باليسار ولا ثبت غناه بدخول شيء في ملكه بدلا عن مال لأن الغصب لا يحصل به الغنى ولا يحصل بالمال المتلف فكان المدعى عليه متمسكا بالأصل وهو العسرة فيكون القول قوله وبهذا يجب أيضا عن ضمان الاعتاق لأنه بمنزلة المتلفات لا غير وما استشكلته من قول أبي حنيفة انه يسقط بالموت . ومسألة الغصب وقعت عندي في يوم الجمعة حادى عشرين ذى الحجة سنة أربع وخمسين وسبعمائة ولم تقع عندي قبل ذلك من أول مباشرتى الحكم وأردت الحكم فيها على قول الغاصب كما نقله الأشياخ وذلك بعد تصديق المصوب منه والغاصب على هلاك الاعيان المصوبة وعلى القيمة المذكورة . وقولهم (ونفقة الزوجات والاقارب) معناه اذا اتفقت الزوجة مع الرجل كل يوم على نفقة وتراضيا عليها فمضت مدة بعد ذلك فادعت المرأة عليه عند القاضى وطالبت بذلك المتجمد من النفقة المفروضة وصدقها على ذلك وقال انى فقير وقالت هي بل هو موسر فالقول قول الزوج مع يمينه ولا يجبس اذا حلف أنه فقير معسر عن هذا المطلوب منه ، فان أقامت المرأة البينة بأنه موسر وطلبت حبسه حبسه ، ونفقات الاقارب يجب أن تكون صورتها أن القريب فرض على نفسه لقريبه في كل يوم شيئا معلوما وأذن في الاستدانة والافتاق والرجوع عليه فاستدان القريب المفروض له وأنفق ثم ادعى على القاضى بذلك

القدر المستدان عليه فقال الفارض أنا فقير وقال الدائن أو المفروض له هو موسر
 فالقول قول الفارض وكذا لو امتنع ففرض عليه القاضي وأذن بالاستدانة واستدان
 وأنفق وادعى عليه فقال أنا فقير يجب أن يكون القول قوله . وكذا يجب أن يكون
 في نفقة الزوجة إذا فرض القاضي بعد امتناع الزوج من الفرض . وإنما قلت إنما
 يجب أن يكون كذا لأنني قبلته على وجه التفقه فاني لم أر أحدا ذكر هذا التصوير
 ولا بسطه مثل ما بسطته . وقولهم (واروش الجنائيات) معناه إذا جنى عليه جنابة
 وجب فيها المال وادعى على الجاني وصدقه على الجنابة أو قامت البينة فادعى الجاني
 أنه فقير وقال الجنى عليه أنه موسر فالقول قول الجاني . وقولهم (أوصلح عن دم
 العمدة) معناه أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول
 قول القاتل في ذلك لأنه ليس بدلا عن مال وما صرح بهذه الصورة أحد ممن نقلنا
 عنهم سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء وهو صحيح موافق للقواعد ودخل
 تحت قولهم بدلا عما ليس بمال . وقولهم (أو من جهة بدل الكتابة) هذه الصورة
 ما ذكرها أحد سوى تاج الشريعة ولا يحتاج إليها لأن المكاتب لا يجبس في بدل
 الكتابة لمولاه بالاتفاق وفي دين سوى بدل الكتابة فيه اختلاف ، والفتوى على
 أنه لا يجبس فيه أيضا . وقولهم (أو المهر المؤجل) معناه أن الرجل إذا تزوج امرأة
 على مهر مبلغه مثلا الف درهم ولم يذكر أن منه شيئا مؤجلا فإنه يكون حالا
 ثم ينظر إلى البلدة التي هم فيها فإن تعارفوا تعجيل كل الالف قبل الدخول
 فيكون للمرأة أن تمنع نفسها حتى تقبض كل الالف ويكون القول لها في قدرته على
 الألف بجمعها ولا يسمع قوله أنه معسر ، وإن تعارفوا تعجيل البعض منها
 قبل الدخول كبلادنا فطالبت بذلك المعجل عند القاضي فقال اتى فقير لا يقبل
 منه والقول للمرأة ، وإن دفع المعجل ثم دخل فطالبته ببقية المهر فقال أنا فقير
 وقالت هي هو موسر فالقول قول الزوج في هذه الصورة ، وهذا معنى قول صاحب
 الهداية (والمراد بالمهر معجله دون مؤجله) والشيخ حافظ الدين قيد المهر بالمعجل
 والشيخ حميد الدين أشار إلى هذا القول لأن العرف ما جرى على تعجيل المؤجل

فعلينا أن مرادهم المؤجل الذي من جهة العرف لا المؤجل الذي شرط في أصل
الصداق بالتصريح وقت العقد ، ومثل هذا قالوا في المرأة لها أن تمنع نفسها حتى
تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها من البلد ، وقال صاحب الهداية والمراد ما تعارفوا
تعميله ولو كان التأجيل نصا في البعض لا يقترب الحكم لأنه إذا حل الأجل
فطالبته وقال أنا فقير كان القول قوله . فالخاصل أن التأجيل على قسمين تأجيل
بطريق العرف وهو قولهم في الاصدقة (وتزوجها على ألف درهم حالة يعجل لها من
ذلك قبل الدخول بها خمسمائة مثلا وبقي عليه بعد ذلك خمسمائة حالة) ففي هذه
الصورة أقول إذا دفع اليها الخمسمائة التي قبل الدخول ثم دخل فطالبته بالخمسائة
الأخرى وقال أنا فقير يكون القول قوله : وتأجيل بطريق التنصيص على الاجل
كما إذا تزوجها على ألف درهم منها خمسمائة حالة والباقي مؤجل الى سنة مثلا وقال
في الصداق يعجل لها قبل الدخول بها الخمسمائة الحالة فدخل بعدما قبضت الحال
ثم ادعت عليه بالخمسائة المؤجلة الى سنة يكون القول قوله فيها فلا فرق بين
التأجيل الذي من طريق العرف أو من طريق التنصيص فلو كان المهر كله حالا
ولم يشترط تعجيل شيء منه هل يكون كله بمنزلة المعجل بمعنى أن القول في يسرته
قولها أم لا ؟ الظاهر انه ينبغي أن ينظر الى المرأة والى هذا المهر وكما يكون المتعارف
تعميله منه لهذه المرأة فإذا ثبت ذلك يكون ما حكم العرف بتعميله القول فيه قول
المرأة وما عدا ذلك القول فيه قول الزوج قياسا على ما قالوا في منع نفسها حتى
تأخذ مهرها ان لم يبينو قدر المعجل منه أنه ينظر الى المرأة كما قلنا ويجعل المعروف
كالمشروط ولا يقال ان اقدامه على النكاح على هذا الوجه دليل قدرته على المجموع
فلا يكون القول فيه قوله لأننا نقول نحن اننا نقضى بهذا في بلدة جرت العادة فيها
بتعميل البعض قبل الدخول أما في بلدة جرت العادة فيها بتعميل الكل فلا
وقد نهينا عليه فلما جرى العرف بتعميل البعض وسكت عن ذكره في
الصداق كان بمنزلة اشتراطه لأن للزوج أن يقول لما علمت أن العرف قد جرى
بهذا سكت عن أن أشترط شيئا مهيئا وهو كلام معتبر والظاهر يصدقه ويجب

قبوله كما لو تبايعا ثوبا في السوق وعرفهم في بيع مثل ذلك أنه يؤخذ مقسطا في دفعات وأطلقوا البيع من غير ذكر ذلك الاجل فان الحكم أنه يعتبر عرف ذلك السوق وهذا كله يؤخذ من قولهم (المعروف كالمشروط) وهذه الصورة واقعة بخلاف ما تقدم من الصور فيجب الاعتناء بحفظها والاصغاء اليها :

فالحاصل أن جملة الصور المعدودة عشر وهي التي يكون القول قول المديون فيها انه فقير وهي التي تفهم من قول صاحب الهداية (ولا يجسه فيما سوى ذلك) أي في هذه الصور المعدودة وهي بدل الخلع وبدل عتق نصيب الشريك وبدل المغصوب ونفقة الزوجات ونفقة الأقارب وأروش الجنائيات وبدل دم العمود وما تأخر من المهر بعد الدخول وبدل المتلفات . والله سبحانه وتعالى أعلم . وينبغي ألا يدخل في هذه الصور بدل الكتابة لما قلنا وقد نظمت هذه الصور في أربعة أبيات في كتابي الفوائد المنظومة وهي هذه

القول بالاعسار قالوا يقبل ممن عليه الحق بان فانقلوا
في بدل الخلع كذلك النفقة لها وللمال بغير تفرقة
ضمان اعتاق وأرش فاعرف والصلح عن عمد ضمان المتلف
وؤجل المهر وزد كتابه ونحوها وفقت للاصابه
مسألة

ذكر قدر مدة الحبس في الحقوق الشرعية وسماع البينة بالاعسار وهل يشترط لسماعها حضور المدعى أم لا؟ وهل يجوز سماعها قبل الحبس أم لا؟ ونحوه من الكلام في ذلك كله :

ذكر في الهداية : ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول فيه قول من عليه يجسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ، فالجس لظهور ظلمه في الحال وإنما يجسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد أن تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص

فيه فان لم يظهر له مال يخلى سبيله يعنى بعد مضي المدة لأنه استحق النظره الى
الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظالما، ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في
رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ . وفي الجامع الصغير رجل أقر
عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبده حبسه وان كان معسرا
خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس
أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده . وذكر في الكافي شرح الوافي مثله وزاد : ولو قامت
البينة على افلاسه قبل حبسه لا تقبل عند الجمهور وقيل تقبل وان أقام المحبوس بينة
على عسرتة وأقام رب الدين بينة على يساره فبينة اليسار أولى لأنها أثبتت أمرا
عارضاً . وذكر في الخلاصة في الفتاوى اذا حبسه شهرين أو ثلاثة سأل عن حاله
وأما قبل الحبس ففيه روايتان في رواية يسأل وتقبل البينة على الافلاس قبل الحبس
وهو اختيار الامام الفضلي وفي رواية لا تقبل البينة قبل الحبس وهو اختيار عامة
المشايخ . واختلفت الروايات في المدة التي يجوز للقاضي أن يسأل فيها في رواية
شهرين أو ثلاثة وفي رواية الطحاوي ستة اشهر وفي رواية الحسن أربعة والصحيح
أنه مفوض الى رأى القاضي واما يسأل الثقات والواحد يكفي ولا يشترط لفظ الشهادة
هكذا في الاقضية، وفي الفتاوى الصغرى يشترط فان أقام المديون البينة على الافلاس
وأقام الطالب البينة على اليسار فبينة الطالب أولى ولا حاجة الى بيان ما ثبت به
اليسار ، وفي بيعة الافلاس لا يشترط حضرة المدعى . وذكر في فتاوى قاضيخان :
اذا أقام البينة على الافلاس قبل الحبس فيه روايتان قال الشيخ الامام ابو بكر
محمد بن الفضل البخاري الصحيح انها تقبل قال رحمه الله وينبغي أن يكون مفوضا
الى رأى القاضي ان علم القاضي أنه موسر لا يقبل بينته قبل الحبس وان علم أنه
ليس بموسر قبل بينته ولو أقام المديون البينة على الاعسار وصاحب الدين على
اليسار كانت بيعة اليسار أولى فان شهدوا أنه موسر قادر على أداء الدين جاز ذلك
وكفى ولا يشترط تعيين المال وان أقام المديون بيعة على الاعسار بعد الحبس في
الرواية الظاهرة لا تقبل البينة الا بعد مضي مدة، واختلفت الروايات في تلك المدة

روى محمد عن أبي حنيفة أنه مقدر شهرين أو ثلاثة وروى الحسن عن أبي حنيفة
 أنها من أربعة أشهر الى ستة أشهر وعن أبي جعفر الطحاوى أنها مقدره بشهر قال
 شمس الائمة الحلوانى وهذا أوفق الأقويل وقال بعضهم إن كان الحبوس رجلا
 لنا كصاحب عيال شكاه عياله فان القاضى يأخذ بقول الطحاوى وان كان وقحا
 يعرف القاضى تمرده يجبسه ستة أشهر ، والحاصل أنه مفوض الى رأى القاضى ان
 وقع عند القاضى بعد مضى ستة أشهر أنه متعذر يديم حبسه وان وقع عنده قبل
 تمام شهر واحد أنه عاجز أطلقه وهذا اذا كان أمره مشكلا . أما اذا كان فقره
 ظاهراً يسأل القاضى عنه عاجلا ويقبل البيئنة على الافلاس ويخلى سبيله بحضرة
 خصمه ، وانما يسأل عن عسرته من جيرانه واصدقائه وأهل سوقه من الثقات دون
 الفساق فاذا قالوا لا نعرف له مالا كفى ذلك ولا يشترط فى هذا لفظ الشهادة .
 وبعد ماخلى سبيله هل لصاحب الدين أن يلازمه ؟ اختلفوا فيه والصحيح أن له أن
 يلازمه . وذكر فى أدب القاضى للخصاف قل : واذا قدم رجل رجلا الى القاضى
 فثبت عليه له مال اما باقرار أو بيئنة فالقاضى لا يجبسه ما لم يطلب المدعى حبسه
 عندنا وقال شريح يجبسه ، واختلفوا فى تقدير مدة الحبس والصحيح أن هذا ليس
 بتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى فان أقام بيئنة على الاعسار قبل الحبس
 هل تقبل ؟ قال بعضهم فى احدى الروايتين تقبل وبه كان يفتى الشيخ الامام
 أبو بكر محمد بن الفضل وكان يقول له رواية فى كتاب الكفالة . وفى رواية لا يقبل
 نص عليه صاحب الكتاب فى آخر الباب وبه كان يفتى عامة المشايخ وهو الصحيح
 فان أحضر المدعى عليه بيئنة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذى ذكرنا بالعدم فشهدوا
 بعد ذلك عند القاضى قال صاحب الكتاب قبل القاضى ذلك وأخرجه من الحبس وفسله
 وهذا لا يشكل على احدى الروايتين أما على الرواية الاخرى فشكل ، قال مشايخنا
 هذا اذا لم يكن حال الرجل مشكلا اما اذا كان لا يقبل قبل مضى تلك المدة فاذا
 مضت تلك المدة واحتاج القاضى الى معرفة حاله رجع الى من له معرفة به وعلم بحاله
 وأعلم الناس بحاله جيرانه وأهل مجلسه فيسأل الثقات من جيرانه واصدقائه لان الفساق
 يكذبون فان قال هؤلاء انا لا نعرف له مالا فلسه القاضى وأخرجه من الحبس ، ولو

أن رجلا حبس غريمه بماله ثم غاب فسأل القاضي عن المحبوس فوجده معدما قال يأخذ منه كفيلا ويخلى سبيله يريد به اذا مضت المدة وسأل القاضي عن حاله فوجده مفلسا . اما يخلى سبيله لأنه ربما يغيب الطالب ويخفى نفسه ويريد به أن يطول حبسه فيتضرر ، واما أن يأخذ منه كفيلا لانه لو كان المدعى حاضرا كان له حق الملازمة بعد ما خلى القاضي سبيله نظرا للمدعى فان كان غائبا يأخذ منه كفيلا أيضا نظرا للمدعى . وذكر في القنية ناقلا عن (ط) اذا قامت البيينة على افلاس المحبوس لا يشترط سماعها حضور رب الدين لكنه ان كان حاضرا أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضوره وان لم يكن حاضرا يطلقه بكفيل وذكر قبل ذلك مسألة : فان غاب رب الدين وظهر اعسار مديونه أخذ منه كفيلا وخلاه أطلقه أبو يوسف في رواية ابن سماعة . وفي أدب القاضي فان غاب ومضت مدة الافلاس فاقام المحبوس بيينة على افلاسه وسأل القاضي عنه فوجده مفلسا خلاه بكفيل ولا ينتظر حضور الخصم ، وسئل (مح) اذا لم يجد المحبوس كفيلا هل يخلى سبيله فقال لا بد من الكفيل . قلت فتحرر لنا من هذا كله أن مدة الحبس اختلفت الروايات في تقديرها فروى محمد عن أبي حنيفة أنها مقدره بشهرين أو ثلاثة وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنها مقدره من أربعة أشهر الى ستة أشهر وروى عن الطحاوي أنها مقدره بشهر واحد ، واتفق الاصحاح أن الصحيح من ذلك أنه مفوض الى رأى القاضي كما قدمناه من النقل عنهم ، ومعنى هذا التفويض أنه اذا تبين للقاضي أنه معسر غير متمردي فرج عنه وان كانت مدة الحبس دون الشهر وان وقع عند القاضي من العلم أنه متمر دو قدمضى عليه في الحبس ستة أشهر لا يفرج عنه وهذا معنى قول صاحب الهداية لاختلاف أحوال الاشخاص فيه ، وطريق معرفة القاضي الحال فيه أن يسأل من جيرانه وأصدقائه وعن حاله وماليته فان أخبره واحد منهم غير فاسق أنه معسر خلى سبيله هذا ما نص عليه في الخلاصة كما تقدم من قوله (انما يسأل عنه الثقات والواحد يكفي) فاستفدنا من هذه العبارة ومن قول قاضيخان (دون الفساق) أن المستور يكفي في هذا لأن في مقابلة الفاسق المستور والعدل ، وهذه ليست بشهادة لأنهم نصوا على أنه لا يشترط فيها لفظ الشهادة والعدالة معتبرة فيما هو من باب الشهادة

أو فيما هو من أخبار الديانات وهذا ليس من باب الشهادة ولا من أخبار الديانات فلا يشترط العدالة أيضا . ومما يؤيد هذا ما قاله شيخ الإسلام وصورته قال : هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياطا وليس بواجب لأن الشهادة بالأعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ألا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط انتهى كلامه . فقوله (هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة وأن للقاضي ألا يسأل) يؤيد قولنا أنه لا تشترط العدالة في هذا الواحد لأن اشتراط العدالة إنما يكون في إقامة أمر واجب أو في اثبات حجة شرعية أو فيما يفتقر اليه أما إذا لم يكن واحد من هذه الأحكام فلا فائدة لاشتراط العدالة فإن للقاضي ألا يسأل احدا أصلا وينفرد بالأفراج عنه برأيه فاشتراط العدالة إذا لا فائدة فيه ، وكذا قول هذا الواحد ليس بحجة وما ليس بحجة لا يشترط فيه العدالة لأنه اشتغال بما لا فائدة فيه ، ولا ذكر أحد هذا سوى الشيخ نجر الدين الزيلعي في شرح السكندر فقال : ان قامت بينة على اعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط وكيفية أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقة وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلاية تم كلالته . وهذا من كلامه لا أنه نقله مندهبا والظاهر أنه فهم أن هذا يحذى به حذو التزكية وليس كذلك فان التزكية شرط في قبول الشهادة وليس للحاكم أن ينفرد بالحكم بدونها أما هذا فلحاكم ينفرد ولا يترتب عليها أمر واجب ولا هي حجة في نفسها كما قلنا فلا يفيد اشتراط العدالة وقد لا يجد الحاكم عدلا يخبره فيؤدي الى تطويل حبسه مع امكان الحاكم أن ينفرد بالأفراج عنه فيكون فيه نوع ظلم للمحبوس وهذا لا يجوز، والأحسن عندي أن يقال ان كان رأى القاضي موافقا لقول هذا الواحد المستور في العسرة يقبله وان لم يكن موافقا بمعنى أن القاضي لا رأى له في هذا الوقت في حال هذا المحبوس لامن جهة العسرة ولا اليسرة فيشترط أن يكون الخبر بالعسرة عدلا كما قالوا في الاخبار بالعزل عن الوكالة فانه بالاجماع اذا اخبر الوكيل فاسق بالعزل وصدقه الوكيل فيما أخبره به من العزل انه يعزل وانما استوضححت لهذا الكلام بمسألة

عزل الوكيل من حيث ان السغناقي قال في مسألة المحبوس ماصورته : ولا يحتاج الى لفظ الشهادة بل اذا اخبر بذلك واحد يكفي وان اخبره بذلك ثقة عمل بقوله وأخرجه من السجن والاثنان أحوط لأن ماسبيله سبيل الاخبار يكتفى فيه بقول الواحد كالأخبار بالتوكيل والعزل وأشباه ذلك فجعل هذا من باب ماسبيله سبيل الاخبار وهناك النقل ثابت في انه اذا صدق الفاسق في الاخبار بالعزل يعزل فكذا هذا أولى ان يكون ما ذكرنا من أمر المستور اذا وافق اخباره رأى القاضى تنبيه : واعلم أن هذا اذا لم يكن في الحال منازعة وأما اذا كانت منازعة بين الطالب والمحبوس بان قال الطالب أنت هوسر وقال المحبوس اتى معسر لا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي فان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي نبه على هذا الشيخ حسام الدين السغناقي

فائدة : واعلم أن الافراج بمضى المدة مع اخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضى ثبت عندي أنه فقير معسر ولا ينقل ثبوته الى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضى لكونه لما ابتلاه بالحبس وضيق عليه ولم يظهر له مال وهو يقول اتى فقير فالظاهر من حاله الفقر فتأيد تمسك المحبوس بالفقر الذى هو الأصل بمؤيد وهو ضرب المدة ومضيها وعدم ظهور شيء والحبس جزاء الظلم الحاصل منه بمنع أداء الحق عند الدعوى وطول المدة ليظهر له مال فاذا مضت هذه المدة واخبر مخبر ثقة انه لا مال له أفرج عنه . بقى لنا هل يقال لو ادعى عليه آخر بدين بعدما أخرجه من الحبس عندهذا القاضى هل يجوز لهذا القاضى أن يحبسه ولا يكون بمنزلة ما لو ثبت اعساره بالبينة الشرعية أم لا يجوز للقاضى ذلك ويجعل اعساره هذا كالثابت بالبينة ؟ ينبغى أن يكون الجواب فيه على التفصيل ان كان دعوى هذا المدعى الثانى عقيب خروجه من الحبس ولم تمض مدة يحتمل حصول الغنى له لا يحبسه وأما حضور المدعى لسماع البينة بالاعسار بعد الحبس هل يشترط أم لا ؟ فقد ائص في القنية والخلاصة فيما تقدم أنه لا يشترط لكن ان كان رب الدين حاضرا أطلقه القاضى بمنير كفيل وان لم يكن

حاضرا أطلقه بكفيل النفس ، والظاهر أنه جعل هذا بمنزلة اخبار الواحد أعني أنه ليس بثبوت حتى لا يجوز نقله الى قاض آخر فان الثبوت انما يكون في وجه خصم فمراده بقوله (اذا قامت البيينة على افلاس المحبوس الى آخره) هو سؤال القاضى عن حال المحبوس من جيرانه بعد مضى مدة الحبس ولهذا لم يقل في الجواب يثبت اعساره ويخرجه وانما قال (أطلقه) ولا يلزم من الاطلاق ثبوت الاعسار كما تقدم في اخبار الواحد بحاله ، هذا الذى يجب أن يحمل عليه كلام الزاهدي وصاحب الخلاصة لا أنه يحمل على أنه يجوز للقاضي أن يثبت اعساره في غيبة غريمه ويحكم به ويرفع عنه الطلب وينقل ثبوته الى قاض آخر وهذا مما ينبغي أن يعنى بفهمه ، وتنصيص الزاهدى على المحبوس ولم يقل على افلاس المديون يؤيد محملنا هذا فان الاخبار بحال المحبوس بعد مضى مدة الحبس ليس على وجه الوجوب وانما هو احتياط حتى كان للقاضي أن يطلقه بلا سؤال وليس هذا فيمن لم يحبس ولو كان المراد الثبوت الشرعى لاستوى الحال في المحبوس وغيره وأما تحرير مسألة سماع البيينة بالاعسار قبل الحبس فاعلم أنه فيما تقدم نقله عن الاصحاب قد ذكرنا روايتين فيها وقد نقل قاضيخان عن الامام أبى بكر محمد ابن الفضل أن الصحيح أنها تقبل ونقل في شرح أدب القاضي للخصاف أن الصحيح أنها لا تمبل قال وعليه عامة المشايخ واختار قاضيخان أنه منفوض الى القاضي فان رأي أنه ابن تقيل وان علم أنه وقح لا ، وكأنه أراد بقوله لين أنه يقول أنا أعرف حقتك وقصدي رضاك ولكن العذر جاءني من حيث اعسارى ولكن الاجر في الصبر على الله وما يضيع حقتك عليّ ويتلطف معه وأراد بقوله وقح أنه يتول لو قعدت في الحبس كذا وكذا مما يحصل لك منى شيء ولا أفكر فيك وأخرتى أخرج على رغم أنفك ونحو هذا الكلام مما يحصل للسامع منه الأذى والقسوة وقوة النفس وكان والدى رضى الله عنه يقول ينبغي للقاضي اذا علم أن بينته عدول مميزون في العدالة ينشرح صدر القاضي ويشق اليهم أنه يقبل البيينة بالاعسار قبل الحبس وهذا حسن أيضا وعملي عليه فان حسن عدالة الشاهد وتحريره في الشهادة ينفي الظن عن المشهود باعساره بان يحتمل أن يكون له مال ويخفيه فان العدل المتحرى

لا يشهد بذلك ما لم يقطع بالعلم بفقره واعدامه. بخلاف من حاله غير معروفة من الشهود ويحتاج الى تزكية ولا يعرف القاضى تحريه ولا ديانتته . واعلم أن قول صاحب الهداية (ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية أخرى وعلى الثانية عامة المشايخ) مراده بذلك والله أعلم غير هذه المسألة وهى سماع البينة بالاعسار قبل الحبس فان قوله قبل المدة بالالف واللام وقد تقدم فى كلامه مدة الحبس وما فيها من الاختلاف فتبقى صورة أخرى وهى أنه اذا حبس فقامت له بينة بالاعسار قبل الشهرين مثلاً هل تقبل أم لا ؟ ويلزم من الجواب فى هذه الصورة من أن فيها اختلاف الروايتين أن يكون الجواب كذلك فى سماعها قبل الحبس ، وقال قاضيخان فيما تقدم نقله عنه (وأن أقام المديون بينة على اعساره بعد الحبس فى الرواية الظاهرة انها لا تقبل الا بعد مضي المدة) وهى هذه الصورة التى أشار اليها صاحب الهداية ، ولم يذكر صاحب الهداية مسألة سماع البينة بالاعسار قبل الحبس وقد ذكرها غيره كما تقدم . فبقى لنا ثلاث صور : سماع البينة بالاعسار قبل الحبس وقد ذكرنا أن فيها روايتين وما فيها من الاختلاف والصحيح لا تقبل قبل الحبس ، وصورة سماع البينة بالاعسار بعد الحبس قبل مضي المدة المنقولة عن الاصحاب وأن فيها روايتين ايضا وعامة المشايخ على أنها لا تقبل ، والصورة الثالثة سماع البينة بالاعسار بعد الحبس ومضي المدة وليس فيها خلاف والله سبحانه وتعالى أعلم مسألة هل يجوز أن يلزم المدعى عليه المنكر بكفيل النفس بنفس الدعوى قبل اقامة البينة أم لا ؟ وتحرير كلام الاصحاب فى ذلك . ذكر فى فتاوى قاضيخان : اذا ادعى ولم يقيم البينة وطلب من القاضى تكفيله فهو على وجهين : ان قال يئتنى غائبة لا يكفله وان قال حضور فى المصر فى القياس لا يكفله وفى الاستحسان يكفله الى المجلس الثانى ، وكذا لو أقام المدعى شاهدا واحدا فانه يأخذ منه كفيلاً بنفسه وبالعين المدعى بها وكفيلاً بالخصومة وكفيلاً بنفس الوكيل فان أعطاه الوكيل دون الكفيل أو الكفيل دون الوكيل لا يقبل القاضى ذلك منه الا أن يرضى الخدم . وذكر فى شرح أدب القاضى للخصاف قال : ذكر عن قتادة وأبى هاشم فى رجل ادعى قبل رجل ما لا يقال اعطى كفيلاً حتى أجبىء بيئتى قال ليس له ذلك وهكذا يروى عن عامر الشعبي ،

وروى عن ابراهيم النخعي أنه جوز أخذ الكفيل . واختلف المتأخرون فيه فمنهم من قال ما روى عن قتادة وأبي هاشم وعامر قياس وما روى عن ابراهيم استحسان وبه أخذ علماءنا ، وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق لكونه معارضا بالانكار فلا يجب على المدعى عليه اعطاء الكفيل ، ووجه الاستحسان أن في الكفيل نظرا للمدعى فانه متى أحضر بينته ربما يخفى المدعى عليه نفسه فلا يقدر على اثبات حقه بالبينة وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه فيصير الى الكفيل ، ثم بحث ثم قال : وقال أبو حنيفة وأصحابه جميعا رضى الله عنهم اذا تقدم رجل يدعى عليه حقا وسأل أن يأخذ منه كفيلا وقال لى بينة حاضرة في المصر فان القاضى يأخذ منه كفيلا ولا يقع الفرق في ظاهر الرواية بينهما اذا كان المدعى عليه معروفا أو لم يكن والمدعى به خطيرا أو حقيرا ، وروى عن محمد أنه قال اذا كان المدعى عليه معروفا فالظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل لكن ان أعطى مختارا يؤخذ منه وكذا ان كان المدعى به حقيرا لا يخفى المرء نفسه لذلك فلا يجبر على اعطاء الكفيل لكن ان أعطى يؤخذ منه . ثم في ظاهر الرواية اذا أخذ منه كفيلا الى أى وقت يأخذ ؟ اختلفت الاقوال فيه والصحيح أنه يأخذ الى ثلاثة أيام ، فان ادعى حدا في قذف أو قصاصا أو جراحة فيها قصاص وقال له بينة حاضرة وطلب كفيلا من المطلوب يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام حتى يحضر شهوده عندهما وقال أبو حنيفة لا يجبر . واجمعوا أن في الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والشرب والسكر من النبذ لا يجبر على اعطاء الكفيل وفي دعوى السرقة يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام بالمال لا بالقطع . وفيما يجب فيه التعزير مثل الحر يشتم الحر أو الحر يقذف العبد يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام لان التعزير حق العبد يسقط بعفوه ويستحلف فيه ويثبت مع الشبهات وبشهادة النساء مع الرجال . وذكر في الهداية . واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل للخصم أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه ، والكفالة بالنفس جائزة عندنا وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وائس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه وهذا

لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح . ولا فرق في الظاهر بين الحامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل معناه في المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا أمر بملازمته كى لا يذهب حقه الا أن يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضى وكذا لا يكفل الا إلى آخر المجلس فلا استثناء منصرف اليهما لأن فى أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر فى هذا المقدار ظاهر . قلت فتحرر لنا من هذا كله أن المدعى اذا صحح الدعوى بين يدى القاضى وانكر المدعى عليه ذلك فلا يخلو اما أن قال المدعى لى بينة أو قال لا بينة لى فان قل لى بينة فلا يخلو اما أن قال لى بينة حاضرة أو غائبة فان قال حاضرة فى المصر يجبر المدعى عليه على أن يضمن على نفسه ثلاثة ايام وهذا على وجه الاستحسان وأما على وجه القياس فلا يجبر على الكفيل ولم يذكروا الملازمة على وجه القياس والفتوى على وجه الاستحسان لان هذه المسألة ما هى من المسائل التى قدم فيها القياس على الاستحسان

تنبيه : لو طلب المدعى الكفيل بعد ما قال بينتي حاضرة فى المصر وقال المطلوب ليس لى كفيل فانه لا يجبره القاضى ولا يضربه ولا يرسم عليه ولكنه يقول للمدعى ان شئت أن تلازمه فلازمه حتى تحضر شهودك فان اختار ملازمته يجيبه القاضى الى ذلك وكيفية الملازمة أن يبقى المدعى مع المدعى عليه فى قيامه وجلوسه ومشيه لأن القاضى يأمر المدعى عليه بالجلوس فى مكان معين لا يخرج منه ولا يسعى فى أحواله لأنه نوع حبس ولو دخل المدعى عليه دار نفسه لحاجته لا يمكن المدعى من الدخول عليه الا برضاه لكنه يجلس على باب الدار الى أن يخرج والله سبحانه وتعالى اعلم . تم الكتاب

كان الفراغ من تصحيحه وطبعه فى غرة ربيع الأول سنة خمس وأربعين وثمانمائة وألف هجرية وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

فهرس

صحيفة	صحيفة
٣٥ مسألة : تعريف الخلوة واحكامها	٣ مقدمة المؤلف . ترجمته
أقسام المانع	٤ مسألة لا تجب الزكاة في مال الصغير
٣٨ ما تقوم فيه الخلوة مقام الدخول	٨ مسألة : زبدة المهر
٤٠ مسألة : السفر بالزوجة	١٠ ماتناً كد به الزيادة
٤٢ « : تجب النفقة والسكنى للمبتوتة	١٣ الخط من المهر
٤٤ من لا تجب لها النفقة من المعتدات	١٣ مسألة : الاولياء في النكاح . ترتيبهم
٤٥ ما يسقط نفقة المعتدة	١٤ تزويج الولي البعيد . حد الغيبة
٤٧ كسوة المطلقة بائناً	« غير الأب والجد
٤٩ مسألة : نفقة ذوى الارحام . من تجب عليه	١٥ ما يبطل الخيار . تزويج الأب والجد
٥٠ من تجب له	١٦ ولاية ذوى الارحام
٥١ ما تجب به . متى تجب	١٧ صورة التفريق بخيار الفسخ
٥٢ ما يسقطها . المقدار الواجب	١٨ تزويج القاضى
٥٥ مسألة : التدبير . أنواعه	٢٠ عضل الولي
٥٨ مسألة : اسلام الصبي وارتداده	٢١ ترتيب ولاية القاضى
٦٦ مسائل الوقف وهى ثلاثون	٢٢ حكم تزويج القاضى
٦٨ تحرير أقوال الأئمة في الوقف	٢٦ مسألة : الدخول في النكاح الأول
٧٣ وقف الانسان على نفسه	دخول في الثانى
٧٧ وقف المشاع	٢٩ مسألة : أحكام المعجل والمؤجل
٥٠ وقف البناء والفراس بسون الارض	من المهر
	٣١ للمرأة أن تمنع نفسها تستوفى مهرها

صحيفة	صحيفة
يدرك ابنه	٨٠ قسمة الوقف من الملك
١٣٤ اذا جن الناظر . تفويض الناظر	٨٤ قسمة الوقف بين مستحقيه
١٣٧ اذا وقف حصه من الدار	٩٢ الوقف على الأقرب فالأقرب
١٣٨ وقف حصته ولم يسم مقدارها	٩٦ وقف أهل الذمة
١٣٩ وقف المرهون	١٠٠ وقف المريض
١٤٦ وقف على بنيه وله بنون وبنات	١٠٦ الاستدانة على الوقف
١٤٦ وقف على اخوته وله اخوات	١٠٨ الاستبدال بالوقف
١٤٩ وقف الفضولي	١١٧ بيع الموقوف اذا خرب
١٥٠ الوقف اذا اشتبهت مصارفه	١٢٠ ايفاء دين الواقف من الربيع
١٥٠ وقف وعليه ديون	١٢٠ اذا شرط الواقف الولاية لشخص
١٥٠ المسجد اذا احتاج الى النفقة	١٢٣ لا يكلف المتولى الا بالمتعارف
١٥٢ موت المتولى مجهلا مال الواقف	١٢٤ للمتولى من قبل الواقف الاجر
١٥٢ وقف المحجور عليه	المعين له وان حلت به آفة
١٥٦ لا تدخل أولاد البنات في لفظ	١٢٤ لا ينزع الوقف منه الابحيانة ظاهرة
الاولاد والنسل والعقب والذرية	١٢٥ اناة المتولى غيره
والآل والجنس	١٢٥ لا ينزل منصوب الواقف بنصب
١٥٩ في الولد . النسل . الذرية	القاضي غيره بخلاف منصوب القاضي
١٦٠ العقب	١٢٧ اذا مات الواقف انزل منصوبه
١٦١ الجنس	١٢٨ الفرق بين الوكيل والوصي
١٦٤ الآل	١٢٨ تفويض الناظر الى غيره
١٧٢ زيادة اجرة الوقف	١٢٩ للوصي ولاية كل وقف للواقف
١٧٧ كيف تستحق غلة الوقف	١٢٩ اذا شرط الولاية للافضل فالأفضل
١٨٥ متى يجب الحق في الغلة	١٣٠ اذا شرط الولاية لشخص حتى

صحيفة	صحيفة
٢٦٩ « قبض الثمن أو الاجرة بدون تقديمها	١٨٧ ادراك الغلة ومجيئها وطاوعها
٢٧٣ « الكفالة	١٩٢ من تستحق الغلة التي على جهات البر
٢٧٩ « الكفالة المعاقبة بالشرط	١٩٤ اجارة الوقف المدة الطويلة
٢٩٨ « الكفالة عن الميت المفلس	١٩٨ لم يقدر المتقدمون لاجارة الوقف مدة
٢٩٩ الكفالة بالفرض الى أجل	٢٠٠ يجب العمل باقوال المتقدمين لوجوه
٣٠٠ الكفالة الى زمن	٢٠٢ فسخ الاجارة الطويلة
٣٠٥ الكفالة بالدرك	٢٠٣ من له حق الفسخ
٣٠٦ كفالة الوكيل بالبيع الثمن	٢٠٤ اذا وقف عيننا ولم يحددها
٤٠٧ مسألة : ما يشترط في القاضى	٢١٤ وقف ضيعة خلافا فيها من المساجد
٣٠٨ تولي الفاسق القضاء . اخذ القضاء	والمقابر
بالرشوه	٢١٨ الوقف المرتب الطبقات والذى
٣٠٩ الاجتهاد شرط الاولوية	بمنزلة وقفين
٣١٠ طلب القاضى الخصم خارج البلد	٢٢١ قول الواقف بطننا بعد بطن
٣١٣ العدوى وتفسيرها	٢٢٨ هل يشتري من غلة المسجد عقار له
٣١٦ ما يكون حكما من القاضى	٢٢٩ اذا أوصى أن يشتري من ريع داره
٣١٩ تعليق ولاية القاضى بالشرط	خبزا ويفرق على الفقراء كانت وقفنا
٣٢٢ لا ينزل القاضى بموت الخليفة	٢٣١ مسأله : بيع التعاطى
٣٢٣ ما يخرج به الوكيل من الوكالة	٢٣٥ « شراء الحصص من البناء أو الفراس
٣٢٦ مسألة الحبس في الديون . وبيان	٢٤٦ « بيع الحصص من البناء المشترك
وقت الحبس . والراجح من بينة	٢٥١ « المقبوض على سوم الشراء
اليسار أو الاعسار . والبينة على	٢٥٨ « البراءة من العيوب
الافلاس . ومدة الحبس . وما يجبس	٢٦٤ « بيع المزركش والمصوغ
فيه من الديون	٢٦٦ « هلاك المبيع قبل القبض

« استدرالك »

ثبت فيما يلي بعض أخطاء حدثت أثناء الطبع وقد تداركناها في بعض النسخ

صواب	خطأ	سطر	صحيفة	صواب	خطأ	سطر	صحيفة
الوقف والوقف	الوقف الوقت	٢٤	٩٠	والالم	ولم	٣	٥
لنقراء	لنقراء	٢٤	٩٦	ويجمل	ويجمل	١٧	٥
جائز	ماش	٦	١١	وقال	رقال	٢٤	٧
مات موكله فان	مات فان	٢٤	١٣٤	للحلال نكاحا	للحلال نكاحها	٤	١١
يسمع	يسمع	٦	١٤٥	السكر ابيدي	السكر بادي	٢٤	١١
محمد	محمد	١٥	١٥٦	الصحيحة	الصحيحة	٦	١٣
الاجارة	الاجبر	٢٣	١٧٣	أوالجد	والجد	١١	١٥
اجر	اره	٢٤	١٧٣	وبنت الاخ	وبنت الاخت	٤	٢١
الموصى	الموى	٣	١٧٩	لاغيه	وابى يوسف	١	٢٣
لأته	لأته	٦	١٩٤	اذ	ان	٤	٢٦
ينهبوا	ينهبون	٢٤	٢٠٩	فيها وفي	فيها في	١١	٣٢
لايمر فونها	يمر فونها	١٣	٢١٠	يندا	بعد	١٩	٣٦
للاهود	الشهود	٢٤	٢١٣	اله الاالله	اله الله	١٥	٦٣
للوالى صح	للوالى	٢٤	٢٤٠	اجارة	اجارة	١٩	٦٧
المشايع	والمشايع	٣	٢٤١	كبارا	كبار	٦٠	٨١
ولكن	ولكن	٢٤	٢٧٢	ابن	ابى	٢٠	٨٤
تقبل	تقبل	١٧	٢٤٩	مقدم	مقدم	٢٣	٨٦
				ينبغى	ينبغى	١٣	٨٩