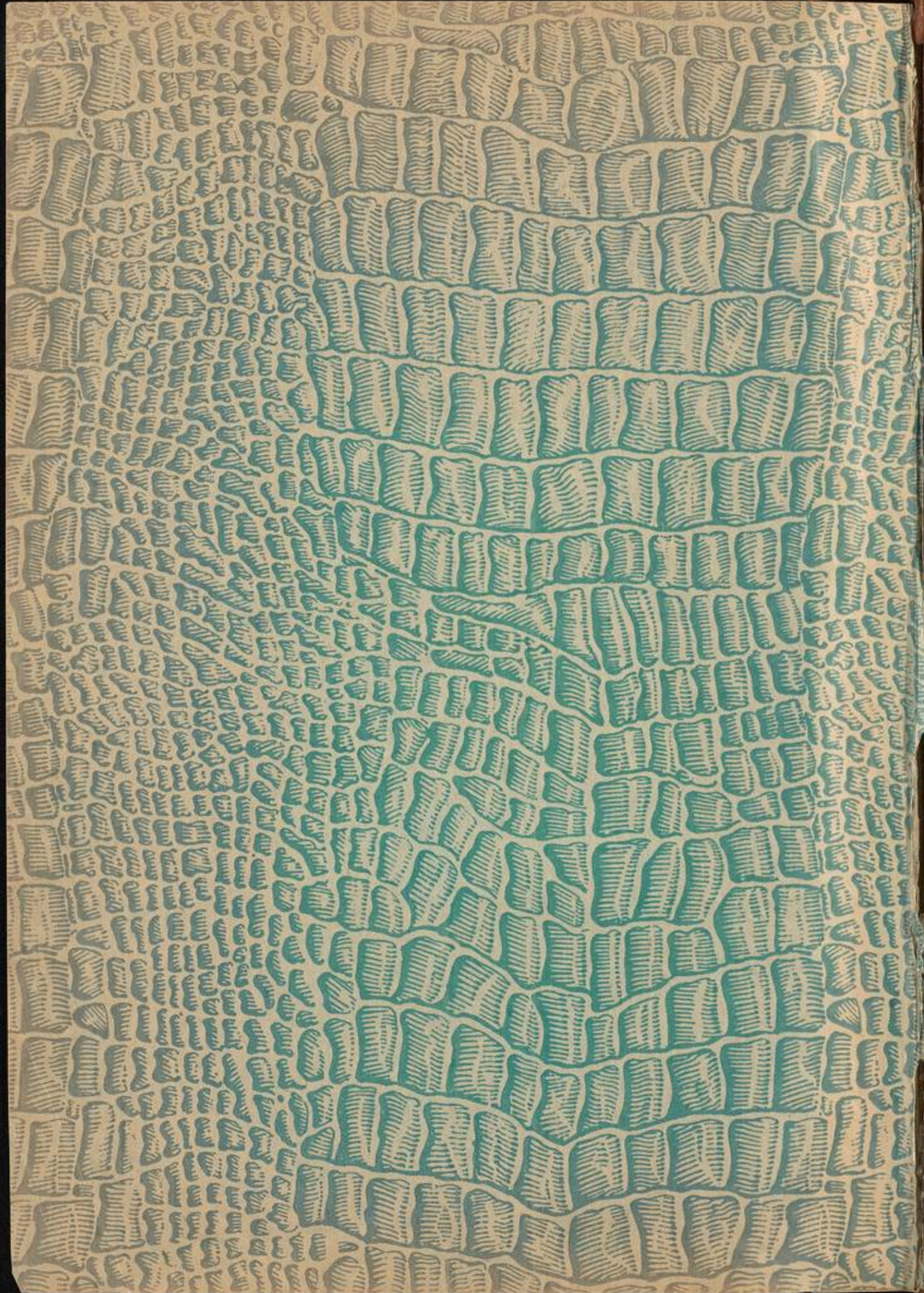
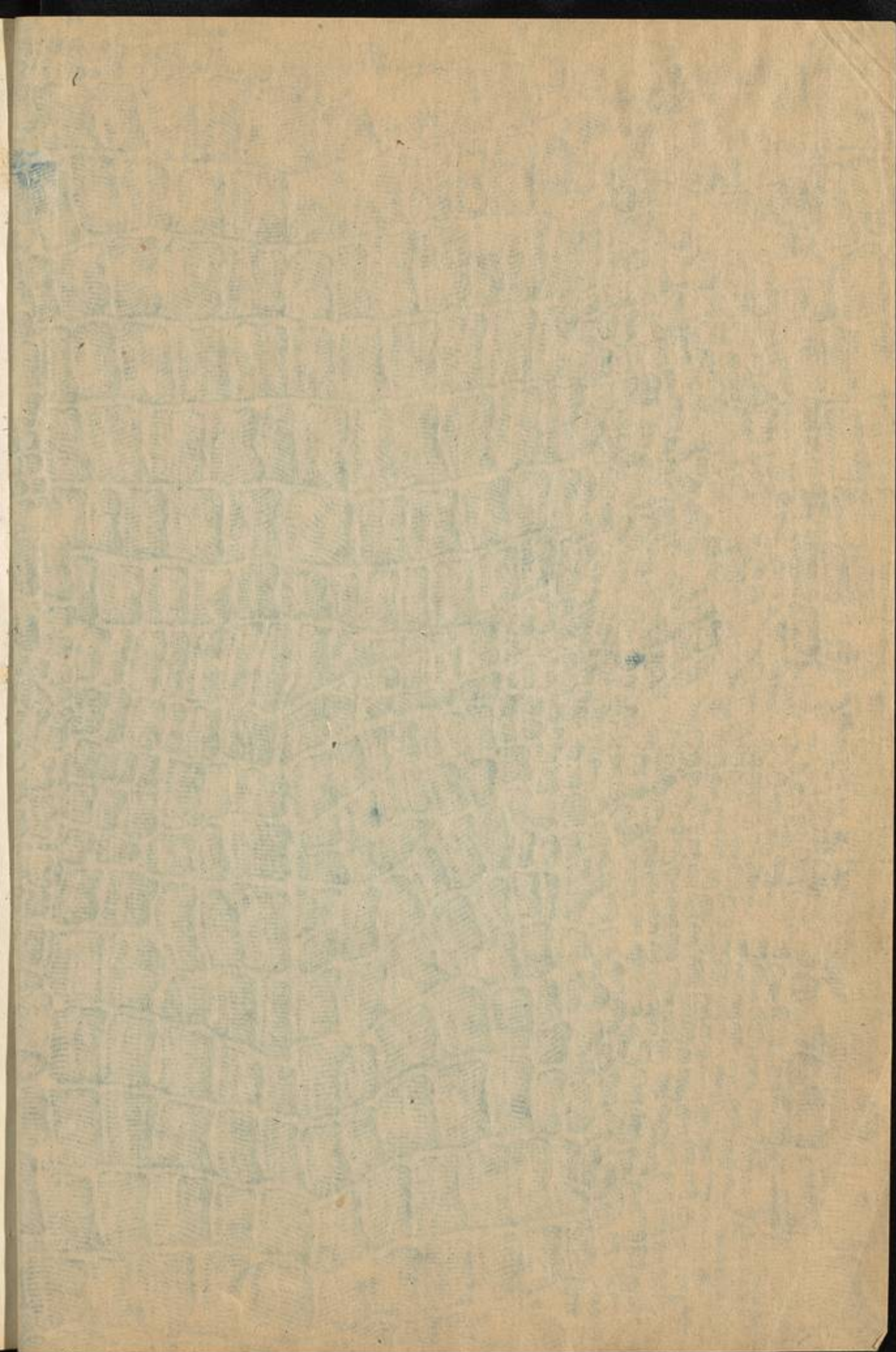


Columbia University  
in the City of New York

THE LIBRARIES







# القول الصادق

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن زجب الجبلي المنوفي ٧٩٥ هـ

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بمنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

مكتبة الخزانة  
لاصحابنا اولاد محمد بن الحسين النجفي  
بشاعة عبد العزيز بن محمد

## كلمة للناشر

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

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

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

محمد أمين

تحريرا في أوائل المحرم سنة ١٣٥٢

الموافق شهر مايو سنة ١٩٣٣

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

( رب ينر وأعن )

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

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

« اما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد دجمة ، تضبط للفقهاء أصول المذهب ، وتطلعهم من مأخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب . وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد ، وتعيد له الشوارد ، وتقرب عليه كل متباعد ، فليمعن (1) الناظر فيه النظر ، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر . فلقد سنع بالبال على غاية من الاعمال ، كالارتجال او قريبا من الارتجال ، في ايام يسيرة وليال . ويأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه ، والله المستول ان يوفقنا لصواب القول والعمل ، وأن يرزقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل ، لا يخيب من إياه رجا وعليه توكل .

## ( القاعدة الأولى )

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

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

(1) فلينعن: د

53946

JUN 7

1961

MS

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

### ( القاعدة الثانية )

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

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

(١) يرفع (٢) بشعره



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

### ( القاعدة الثالثة )

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

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

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

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

### ﴿ القاعدة الرابعة ﴾

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

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

(١) الاخيرين نفل : د

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

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

### ( القاعدة الخامسة )

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

(احدهما) أن يتبين الخلل في نفس العبادة بان يظهر وقت الوجوب ان الواجب غير المعجل ولذلك صور (منها) اذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موقر قال صاحب المغنى لا يجزئه لأننا تبيننا ان الواجب غير ما أتى به واطلاق الاكثر [ين] مخالف لذلك لأنه كان فرضه في الظاهر فبرى به وانحلت يمينه بمعنى انها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلته . وقد صرح ابو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنعقدة وبعده تكفر أثر المخالفة ( ومنها ) اذا كفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغوني في الاقناع بانه لا يجزئه الصوم واطلاق الاكثرين يخالفه ، بل وفي كلام بعضهم تصريح به وربما أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريئة من عبادة الواجب ( ومنها ) اذا عجل عن اربع وعشرين من الابل اربع شياه ثم تجت واحدة

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

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

### ( القاعدة السادسة )

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

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

(١) المعضوب : الزمن الذى لا حراك به

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

### ( القاعدة السابعة )

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب  
 دون ما تلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه . هذا على ضربين :

(أحدهما) أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسيلا عليه مع امكان  
 اتيانه بالأصل على ضرب من المشقة والتكلف ، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الأصل كالمتمتع  
 اذا عدم الهدى فانه رخص له في الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بشمن في ذمته وهو  
 موسر في بلده لم يلزمه .

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

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

وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين الضربين :

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

### ( القاعدة الثامنة )

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

( القسم الثاني ) ماوجب تبعا لغيره وهو نوعان :

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

(١) واختار : د (٢) أمان : د

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

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

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

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

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للعبد الذي عتق سيده بعضه ان يسعى في فكك

مابقى من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم بسر يان عتق باقيه

تبعاً لعتق بعضه السابق (٣) فيستتبع : د

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

### ( القاعدة التاسعة )

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

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

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

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

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



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

### ( القاعدة العاشرة )

الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاملات .

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

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

### ( القاعدة الحادية عشر )

من عليه فرض هل له ان يتنفل قبل أدائه بجنسه ام لا . هذا نوعان :

( احدهما ) العبادات المحضنة فان كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالاتفاق وقيل قضائها أيضا كقضاء رمضان على الأصح وان كانت مضيقه لم تصح على الصحيح ولذلك صور :

( منها ) اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد التنفل [ المطلق ] حيثئذ على وجهين ( ومنها ) من عليه صلاة فائتة هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور ( ومنها ) اذا شرع في التنفل بعد اقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة ( ومنها ) صوم رمضان لا يصح ان يصوم فيه عن غيره فان فعل لم يصح عن نفيه، وهل ينقلب عن فرضه ينبي على وجوب نية التعيين ( ومنها ) اذا حج تطوعا قبل حجة الاسلام لم يقع عن

(١) فيه : نسختنا

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

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

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

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

### ( القاعدة الثانية عشر )

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

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

ويندرج تحت ذلك صور:

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

### ( القاعدة الثالثة عشر )

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

(١) حديث طلحة : د .

( فن صور المسألة ) ما اذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيرا فإنه يحكم  
 بنجاسته عند الأصحاب احوالة للتغيير (١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود مغير  
 غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجها آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن  
 الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك ( ومنها ) ما اذا وجد من النائم قبل نومه سبب يقتضى  
 خروج المذى منه من تفكر (٢) او ملاءبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللا لم يتيقنه منياً ولم يذكر  
 حلها فان المنصوص عن احمد رحمه الله أنه لا غسل عليه احوالة للخارج على السبب المتيقن وهو  
 المقتضى لخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد تيقن وجوده وحكى عن احمد رحمه الله  
 رواية أخرى بوجوب الغسل ( ومنها ) لو جرح صيداً جرحاً غير موح (٣) ثم غاب عنه ووجده ميتاً  
 ولا أثر فيه غير سهمه فهل يحل أكله على روايتين اصحهما انه يحل لحديث عدى بن حاتم والثانية  
 لا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت (٤) ولذلك تسمى مسألة الاصماء  
 والانماء ، وفيه رواية ثالثة ان غاب عنه ليلة لم يحل والاحل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعلل  
 بأن هوام الليل كثيرة (٥) فكان الظاهر هنا وهو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل  
 وهو عدم اصابة غير السهم له ( ومنها ) لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موح ثم غاب عنه ثم  
 وجده ميتاً فهل يضمه كله أو أرش الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمه ان ارش الجرح  
 فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة ( ومنها ) لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موح ثم مات  
 وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولي فالقول قول الولي مع يمينه ولم يحك أكثر  
 الأصحاب في ذلك خلافاً احوالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفي المجردان أنه ان مات عقيب الجرح  
 فالقول قول الولي وان مات بعد مدة يتدمل الجرح في مثلها . فان قامت بينة بأنه لم يزل ضمناً (٦) من  
 الجرح حتى مات فكذلك والا فالقول قول الجاني وفيه وجه آخر أن القول قول الولي ( ومنها )  
 لو قال لامته ولها ولد هذا الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاء الامة على وجهين (احدهما) نعم لانا  
 لانعلم سبباً يتحقق به لحوق النسب [هنا] غير ملك اليمين في حال اللحوق عليه فيستلزم ذلك ثبوت  
 الاستيلاء في الامة ( والثاني) لا لاحتمال استيلاءه قبل ذلك في نكاح او وطء مشبهة ( ومنها ) لو  
 ادعى رق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به على وجهين

---

( ١ ) للتغير : د (٢) تفكير : د (٣) يقال وحى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سريعاً (٤) الاصماء  
 أن ترمى الصيد فنقتله على المكان بعينه قبل أن يغيب عنه، والانماء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه وتجد  
 ميتاً (٥) كثير : د (٦) الضميمة بضم الضاد المرض والضمن بفتحهما مع كسر الميم الزمن والمبتلى في جسده .

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

(١) وإن : د (٢) وأشكل توجيهها : د

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

### ( القاعدة الرابعة عشر )

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

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

( الصورة الثانية ) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق ، وقال الآخر ان لم يكن غرابا فامرأتى طالق وغاب ولم يعلم ماهو . ففيها وجهان : أحدهما ما قال القاضى في المجرى وأبو الخطاب وغيرهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثاني وهو اختيار الشيرازى في الايضاح وابن عقيل انه يتخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضى في الجامع هو قياس المذهب لأن واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان لرجل واحد وذكر بعض الأصحاب احتمالا يقتضى وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الأولى وقد أوما إليه أحمد في رواية

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

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

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

### ( القاعدة الخامسة عشر )

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

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

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

### ( القاعدة السادسة عشر )

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

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

( ١ ) للواجب بدل : هـ



عليه الانتقال أم لا ينبغي على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلا لا بدلا وعلى هذا فهل يجوزته فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجوزته لأنه الأصل في الجملة وإنما سقط رخصة ، وحكى القاضى فى شرح المذهب عن ابن حامد انه لا يجوزته ( ومنها ) كفارة الظهار واليمين ونحوهما والحكم فيهما كهدى المتعة ( ومنها ) اذا أتلف شيئا له مثل وتعذر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا (١) وجد الماء قبل الصلاة ، وينبغي أن يحمل كلامهم على ما اذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إمام أن عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج في وجوب أداء المثل خلاف ، وأما التيمم فلا يشبه ما نحن فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل ووجب استعمال الماء بنص الشارع وهاهنا لو أدى القيمة لبرى ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده ، وقال فى التلخيص على الأظهر وهو يشعر بخلاف فيه ( ومنها ) لو جعل الإمام لمن دله على حصن جارية من أهله فأسلمت بعد الفتح أو قبله وكانت أمة فانه يجب له قيمتها اذا كان كافرا لأنه تعذر تسليم عينها اليه فوجب له البدل فان أسلم بعد اسلامها ، فهل يعود حقه الى عينها فيه ، لأصحابنا وجهان : أحدهما لا يعود لأن حقه استقر فى القيمة فلا ينتقل الى غيرها والثانى بلى لأنه إنما انتقل الى القيمة لما منع وقد زال فيعود حقه اليها ( ومنها ) لو أصدقها شجرا فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تعينت له القيمة فان قال أنا أرجع فى نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تجدى ثم ترك (٣) ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضى وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذى ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد اليها الا بتراضيهما (والثانى) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو جدها ناقصة فرضى بها فعلى هذا الحق باق فى العين لبقائها فى ملكها وكذلك ذكر القاضى فى موضع من المجرد أنه اذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل كما كان أن للزوج الرجوع فى نصفه ( ومنها ) لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لعيب . قال الأصحاب : ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب فى القيمة ولم تكن العين [حينئذ] فى ملكها ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتى قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل فى ملكه قهرا كالميراث فان قلنا يدخل قهرا عاد حقه الى العين بعودها اليها ولا يقال هذا عاد اليها ملكا جديدا فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيما خرج عن ملك الابن ثم عاد ، لأنهم

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

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

### ﴿ القاعـدة السابعة عشر ﴾

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

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

(١) اهـ : د (٢) أكثره فكرة : د

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

### ( القاعدة الثامنة عشر )

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

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

(١) رجلين أحدهما مقم : د (٢) معاً : د

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

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

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

(١) أجزأه : د (٢) عقب : د .

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

### ( القاعدة التاسعة عشر )

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

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

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

### ( القاعدة العشرون )

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

( منها ) لو كان عنده دون نصاب فأكمل نصاباً بنتاجه فهل يحسب حوله من حين كمل كما لو كان النتاج من غيره او من حين ملك الامهات لأن النتاج جزء من الامهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . في المسألة روايتان . ولو كان له مائة وخمسون درهماً فآجر بها حتى صارت مائتين فحولها من حين كمل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس العين ( ومنها ) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يحزته . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يجوز (٢) لاستقلاله بنفسه في الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز (٢) لتبعيته للنصاب في الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية او ربح تجارة فيجوز في الأول دون الثاني من المسألة التي قبلها ( ومنها ) لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده ثم رده بعيب فان كان نماؤه كسباً لم يردده معه قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وان كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمره الشجر فهل يردده معه فيه روايتان معروفتان ( ومنها ) لو قارض المريض في مرض الموت

(١) لثبوت وجوبه : د (٢) فلا يحزى : د

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

### ( القاعدة الحادية والعشرون )

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

(١) المالك: د (٢) ابنه



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

### ( القاعدة الثانية والعشرون )

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

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

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

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

(٥) تخليصها : د (٦) أمانة الأصل : د

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

### ( القاعدة الثالثة والعشرون )

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

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

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

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

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

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

للحق او تقييض فان قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وان كانت تقييضا فلا بد من القبض بالقول وهو قولها فيجبر المحتال عليه ( ومنها ) الولي في النكاح اذا امتنع من التزويج فهل يسقط حقه وينتقل الى غيره ممن هو أبعد منه أولا فيقوم الحاكم مقامه على روايتين ( ومنها ) اذا أسلم على أكثر من اربعة وابتى أن يختار منهن اجبره الحاكم على الاختيار وعزره مرة بعد اخرى حتى يختار . ولم يختار له اذا الاختيار مو كول الى شهوته وغرضه لا غير [ ( ومنها ) الكتابة اذا أوجبتها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها ] ( ومنها ) اذا اتاه الغريم بدينه الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال في المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أتاه الكفيل بالغريم فأبى أن يتسلمه فقال في المغنى يشهد على امتناعه ويبرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضي أنه يرفعه الى الحاكم أولا ليسلمه اليه فان تعذر أشهد على امتناعه .

### ( القاعدة الرابعة والعشرون )

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

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

(١) ما بين المرعين عن نسختي الدار

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

### ( القاءة الخامسة والعشرون )

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

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

(١) في نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

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

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

### ( القاعدة السادسة والعشرون )

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



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

### ﴿ القاعدة السابعة والعشرون ﴾

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

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

### ﴿ القاعدة الثامنة والعشرون ﴾

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

( منها ) اذا زاد الامام سوطا في الحد فمات المحدث فحكى ابو بكر في المسألة قولين ( احدهما ) يجب كمال الدية ( والثانى ) يجب نصفها والأول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لان المأذون فيه لا اثر له في الضمان وانما الجنابة ما زاد عليه فأسند بالضمان اليها ( ومنها ) لو اقتصر من الجانى ثم جرحه هو أو غيره عدوانا وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها ( ومنها ) لو رمى صيدا فأثبتته ولم يوحه ثم رماه آخر رمية غير موحية ومات من الجرحين وجب ضمان

(١) فى د : ومنه فى كل القاعدة .

الصيد كله مجروحا بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب ، لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمى الثاني انفراد بالعدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلله بان رميه كان سببا للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمه بنصف القيمة مما قبلها ( ومنها ) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فزاد عليها او لحمل مقدار معلوم فزاد عليه فتلفت الدابة فإنه يضمها بكمال القيمة نص عليه في الصورة الأولى وخرج الأصحاب وجها آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما اذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلفت تحتها ( ومنها ) اذا اشترك محل ومحرم في جرح صيد ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملا هذا ظاهر كلام احمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومهنا وقال القاضي في المجرد مقتضى الفقه عندي أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الاذن هناك هناك منتف وههنا موجود نعم ان قصد المحل اعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي فإنه يكره له ذلك او يحرم عليه كما اذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [ (ومنها) لو اشترك في جرح آدمى مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص كمال الدية ونصفها على وجهين ] ( ومنها ) لو تزوج امرأة ثم دفعها هو واجنبي فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص احمد في رواية مهنا على أنه يجب على الأجنبي نصف الغرم (١) وهو ارش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك ان اذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبي نصف الأرش ، واما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإنما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره وخرج صاحب المغنى وجها آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبي لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوصة نقلها مهنا ايضا فاذا كان موجبا للمهر ابتداء فلأن يقرره أولى ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى ان الأجنبي هنا عليه نصف مهر المثل ، واختار ابن عقيل ان الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج انما يستحق اتلاف البكارة تبعا لاستيفاء حقه من الوطء فاذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنه كالمستعير اذا أتلف خمل المنشقة مثلا بغير استعمال فإنه يضمن . وأيضا فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه فقطع بعض أعضائه عدوانا ضمنه لأنه لم يستحق اتلاف بعض أعضائه الا تبعا لاتلاف

(١) في نسختي الدار . نصف العقر .

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

### ( القاعدة التاسعة والعشرون )

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

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

(١) فيتكمّل الضمان عليه : د

### ( القاعدة الثلاثون )

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

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

### ( القاعدة الحادية والثلاثون )

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

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

(١) في د : فهل يسترجع تخرج الخ .

### ﴿ القاعدة الثانية والثلاثون ﴾

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

### ﴿ القاعدة الثالثة والثلاثون ﴾

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

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

(٤) وفي نسختنا : تناول .

تدليس وتغريب ، ولم يتعرض للصحة والبطالان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فبان تحتها دكة (١) فان علم بذلك فلاحيار له وإلا فله الخيار ، وعلمه بها يفضى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك او لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكماً ، ولو استثنائها في العقد لفظاً لم يصح (ومنها) لو اشترى شجراً [و] عليه ثمراً وأرضاً فيها زرع أو داراً فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تغريغه على ماجرت به العادة وذلك مجبول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة أو عبداً محرماً صح ووقع مدة احرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم (٢) بذلك [المشترى] او لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضب لاسيما بالعمرة قد يقع الابطاء في السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال الذسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

### ( القاعدة الرابعة والثلاثون )

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

(١) نسختنا : تكة (٢) الاصل : عليه .

ثم بلغ في أثنائها فإنه يفسخ في وجهه [وهو ضعيف] فإن الولى تنقطع ولايته بالكلية عن الصبي يباوغة رشيدا بخلاف السيد فإن له استثناء منفعه بالشرط ، والاستثناء الحكيم اقوى كما تقدم ( ومنها ) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنفعه صح ولم يسر الى المنافع .

### ( القاعدة الخامسة والثلاثون )

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

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

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

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

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

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

### ( القاعدة السادسة والثلاثون )

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

( أحدهما ) أن تكون إجارته بولاية محضة فان كان وكيلاً محضاً فالكلام في موكله دونه

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



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

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

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

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

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

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

### ( القاعدة السابعة والثلاثون )

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

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

(١) في نسختنا انتزاعه .

الاستيلاء والكتابة ، ونقل ا ، الحكم عن أحمد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيبطل بالكتابة

### { القاعدة الثامنة والثلاثون }

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

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

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

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها ، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى هي مزارعة بلفظ الاجارة فتصح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والافلا ( ومنها ) لو اسلم في شيء حالاً فهل يصح ويكون يباعاً ولا يصح فيه وجهان ( احدهما ) وهو ظاهر كلام احمد في رواية المروزي لا يصح البيع بلفظ السلم ( والثاني ) يصح قاله القاضي في موضع من خلافه ( ومنها ) اذا قال انت على حرام اعني به الطلاق وقننا الحرام صريح في الظاهر فهل يلغو تفسيره ويكون ظاهراً أو يصح ويكون طلاقاً على روايتين ( ومنها ) لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لأنه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمعنى .

### ( القاعدة التاسعة والثلاثون )

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

(١) فيهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

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

### ( القاعدة الأربعون )

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

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

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

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

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

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



### { القاعدة الحادية والأربعون }

إذا تعاق بعين حق تعلقا لازما فأتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق الى البديل المأخوذ من غير عقد آخر فيه خلاف ، ويتخرج على ذلك مسائل :

( منها ) لو أتلف الرهن متلف وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهنا بمجرد الأخذ وفرع القاضى على ذلك ان الوكيل فى بيع المتلف يملك بيع البديل المأخوذ بغير اذن جديد وخالفه صاحب الكافى والتلخيص ، وظاهر كلام ابي الخطاب فى الانتصار فى مسألة ابدال الاضحية أنه لا يصير رهنا الا يجعل الراهن ( ومنها ) الوقف اذا أتلفه متلف وأخذت قيمته فاشتري بها بدهه فهل يصير وقفا بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الاصحاب فى ذلك وجهين ( ومنها ) اذا أتلف الاضحية متلف وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها ثم اشتري بالقيمة أو الثمن مثلها فهل تصير متعينة بمجرد الشراء يتخرج على وجهين ( ومنها ) الموصى له بعين اذا أتلفها متلف بعد الموت (١) وقبل القبول فحقه باق فى بدلها .

### { القاعدة الثانية والأربعون }

فى أداء الواجبات المالية وهى منقسمة الى دين وعين فأما الدين فلا يجب أدائه بدون مطالبة المستحق اذا كان آدميا حتى ذكر ابن عقيل فى جواز السفر قبل المطالبة وجهين ، وهذا ما لم يكن قد عين له وقتا للوفاء فأما ان عين وقتا كيوم كذا فلا ينبغى ان يجوز تأخيره عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه بدون مطالبة ، فان تعين الوفاء فيه اولا كالمطالبة به وأما ان كان الدين لله عز وجل فالمنهه أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الامر بأدائه من الله عز وجل ، ودخل فى ذلك الزكاة والكفارات والنذور وقد نص أحمد على اجبار المظاهر على الكفارة فى رواية ابن هانئ وأما العين فانواع :

( منها ) الأمانات التى حصلت فى يد المؤمن برضى صاحبها فلا يجب أدائها الا بعد المطالبة منه ودخل فى ذلك الوديعه وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها ( ومنها ) الأمانات الحاصلة فى يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة الى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه ولا يجوز التأخير (٢) مع القدرة ودخل فى ذلك اللقطة اذا علم صاحبها والوديعه والمضاربة والرهن

(١) نسختنا الدار : اذا أتلفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

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

يده أو حصل في يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

### ( القاعدة الثالثة والأربعون )

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

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

( ١ ) فى ٧١١ استند الضمان . وفى ٧١١ اسند . (٢) فيهما : نخله . فى ٧١١ . التمكن

لأن فيه تفريراً للملك البائع من ماله فيكون بتركة مفرطاً فينتقل الضمان إليه ويشهد له شراء الثمر في رهوس النخل فإن الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر إلى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه (١) المشتري أو لم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لا انتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجها ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذي عليه القاضي والأكثرون اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل تمكن المشتري من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كما قال في مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .  
( القسم الثاني ) أن يعقد عليه عقداً وينقله إلى يد المعقود له ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو

نوعان :

( أحدهما ) أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة إذا انتهت المدة أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول ( والثاني ) أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن إذا وفي الدين وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للإصحاب وجوه ( أحدها ) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فإن كان مضموناً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموناً له والا فلا وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب الكافي في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا إن كان عوضاً في بيع أو نكاح وكان متميزاً لم يضمن على الصحيح وإن كان غير متميز ضمن وإن كان في اجارة ضمن بكل حال ( والوجه الثاني ) أن كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضمان له لأنه بسبب إلى جعل ملك غيره في يده وإن استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل في يد هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب المغني في مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب إلى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الإذن في القبض إنما كان لازماً للرجوع الدفع للملك ولهذا يتملك المشتري والمستاجر أخذه بدون إذنه فبعد زوال الملك لا يوجد إذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الإذن في القبض فإما إذن في قبض ماملك عليه فلا يكون إذناً في قبض مملوكه هو ( والوجه الثالث ) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله فإن

(١) أخذه : نسختنا

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

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

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

(١) مقبوضاً (٢) نسختنا الدار . الامانات

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

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

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

## فصل

وأما ما قبض من مالكة بعقد لا يحصل به الملك فتلاثة أقسام

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

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

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

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

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

تخريجه على أن الهبة للثواب يغلب فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضم نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضمن قيمتها اذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندى أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندى تخريجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المحجول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روى عنه في المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده الى مالكة فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا] (١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاحاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فمن الأصحاب من يحكى في ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمته وإلا فهل يضمه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبى موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فان رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وان أخذه باذن مالكة من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فان رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامرى الضمان فيما قطع ثمنه مبنياً على أنه بيع بالمعاطاة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف اذا قلنا لم ينعقد البيع بذلك وفى كلام احمد إيماء الى ذلك لأنه عالج الضمان فى رواية ابن منصور بانه مالكة وعلل فى رواية غيره انتفاء الضمان فيما اذا لم يقطع ثمنه بانه مالك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه ففهم منه أنه مع القطع ينتقل المالك فيه الى المشتري ويؤخذ من ذلك ان المقبوض بعقد فاسد لا يضمن أيضاً لبقاء المالك فيه لمالكه ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سلعتين ليختار ايتهما (٢) شأ فلا يضمها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ما قال السامرى أنه بيع بشرط الخيار ويكون المعاق على الرضا فسخه لاعتقده (والثانى) أن يكون بيعاً معلقاً على شرط فقد فعله احمد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويبعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتألف قبل الرضى به أو بعده ( والثالث) أن يكون بيعاً بمعاطاة تراخى القبول فيه عن المجاسر وقد نص على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبى طالب ، ومن هذا النوع ما اذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً فانها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والأصحاب ويحتمل أن لا يضمن على

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



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

(النوع الثاني) ما أخذ (٢) لمصاحبتها على غير وجه التملك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة يجعل والوصية كذلك فهذا كله امانة على المذهب ، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضي وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستأجرة والموصى بمنفعته (٣) امانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

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

والثاني الزكاة اذا قلنا تجب في العيز فالذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكراً لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال فهي شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والبئر في ردوس الشجر لا تنفأ قبضه وكال الانتفاع به ومن الاصحاب من خرج وجهها بسقوط الضمان قبل امكان الأداء مطلقاً .

### (القاعدة الرابعة والأربعون)

في قبول قول الأمانة في الرد والتألف اما التألف فيقبل فيه قول كل امين اذ لا معنى للامانة

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

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

الأول من قبض المال لمنفعة مالسكه وحده فالمنفذ أن قولهم في الرد مقبول ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد ان الوديعة اذا ثبتت بيئته لم تقبل دعوى الرد بدون بيئته وخرجها ابن عقيل على ان الاشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبيئته واجب فيكون تركه تفریطاً فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الأصحاب في وصى اليتيم انه لا يقبل قوله في الرد بدون بيئته ، وعزاه القاضي في خلافه الى قول الخزقي وهو متوجه على هذا المأخذ ، لأن الاشهاد بالدفع الى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح أبو الخطاب في انتصاره باشتراطه الاشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثاني — من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور ان قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد لأنه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر .

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

( أحدهما ) عدم القبول ونص عليه أحمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البيئته بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حامد وابن أبي موسى والقاضي في المجرد وابن عقيل وغيرهم

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

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

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

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

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

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

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

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول في دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيفا يجعل ذكره القاضى في الأحكام السلطانية لأن الصدقة عبادة فلا استحلاف فيها واذك لا يستحلف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكره كذلك العامل لأنه أمين لاربابها فيقبل قوله عليهم في الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع الا بيئته أو تصديق ذكره القاضى أيضاً وعلل بان الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه الى مستحقه وهذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول في ذلك كما سبق والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعا فالقول قوله وان كان يجعل ففيه وجهان وكذلك يخرج في مامل الوقف وناظره

### ﴿ القاعدة الخامسة والأربعون ﴾

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

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

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

### ( القاعدة السادسة والأربعون )

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

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

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

### ( القاعدة السابعة والأربعون )

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

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

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



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

### ( القاعدة الثامنة والأربعون )

كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد ويطرد هذا في البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المنانع والمؤجر الأجرة بنفس العقد، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله وكذلك الكتابة تملك العبد منافعه واكتسابه وتملك تاليه التجوم بنفس العقد، وكذلك الخانع والاعتاق على مال، وكذلك المعاوضات القهرية كما أخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشقص ونحوهما، وأما تساميم العوضين فمتى كان أحدهما مؤجلاً لم يمنع ذلك المطالبة بتساميم الآخر وان كانا حالين نفى البيع ان كان الثمن ديناً في الذمة فالمذهب وجوب قباض البائع أولاً لأن حق المشتري تعاق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن على المنصوص لأنه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من قباضه حتى يحضر الثمن لأن في تساميمه بدون الثمن ضرراً بفوات الثمن عليه فلا يلزم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب في اتصاره: الصحيح عندي أنه لا يلزمه التساميم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح وان كان ديناً فهما سواء ولا يبرر أحدهما على البدانة بالتساميم بل ينصب عند التنازع من قبض منهما ثم يتبعهما فان كان هناك خيار لهما أو لأحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الاجارات من خلافه وصرح به الأزجى في نهايته ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون اذن صريح من البائع نص عليه احمد في رواية ابن الشالنجي (١). وأما في الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى تسلم العين وجب عليه تساميم الأجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن في نسختي الدار

الانتفاع بقبضها نص عليه أحمد، وقال القاضي في تعليقه إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا  
 شرع في العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة. ولعله يخص ذلك  
 بالأجير الخاص لأن منافعه تناف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار، وقال ابن أبي موسى  
 من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم باجر معلوم  
 فله أجر كل يوم عند تمامه، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في  
 آخره لأن ذلك مقتضى العرف، وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطابقة غير معينة كاستئجاره  
 كل يوم بكذا فإنه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم  
 بالعمل فيما بعده ولأن مدته لا تنتهي فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها أو على أن المدة معينة إذا  
 عينها لكل يوم منها قسطاً من الأجرة فهي إجازات متعددة وأما النكاح فتستحق المرأة فيه المهر  
 بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقبضه في المذهب ذكر الخرق والأصحاب، ونقله ابن المنذر  
 اتفاقاً من العلماء وعلمه الأصحاب بأن المنفعة المعقود عليها تناف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر  
 عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فذلك ما كت الامتناع من التسليم حتى تقبضه  
 وهذه الالة وجوده فيما لا يتبأنى من المبيع من المطعومات والمشروبات والفواكه والرياحين. بل  
 في سماع التجارة أيضاً. وهذا مما يرجح ما أخاره أبو الخطاب وأيضاً نظرد هذا التعليل أن يجوز  
 الامتناع من تسليم العين المؤجرة حتى تستوفي الأجرة لأن المعقود عليه يتلف أيضاً ويستهلك  
 فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول إلى الأجرة لكن قد يفرق بينهما بأن الزوج إذا  
 تسلم المرأة فإنه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر فإذا تعذر أخذ المهر منه فأت على الزوجة المهر  
 وما قبله، وأما في الاجارة فإذا تسلم المستأجر العين المؤجرة فالمؤجر المطالبة حينئذ بالأجرة  
 فإن تعذر حصولها ذلك الفسخ يرجع إلى المؤجر ما خرج عنه أو غلبه وهذا إذا كانت الزوجة  
 من يمكن الاستمتاع بها فإن كانت لا تصالح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضاً ورجح  
 صاحب المغنى خلافه وخرجه صاحب الترغيب مما حكى الآمدى أنه لا يجب البداء بتسليم المهر  
 بل يعدل كالثمن المعين فلا يلزم تسليم المهر الا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ  
 تقي الدين الأشبه عندي أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بإزاء الحبس  
 وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه الا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول  
 ثم نشزت المرأة فلا نفقة لها ولها أو لوليها أو سديها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره  
 لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

### (القاعدة التاسعة والأربعون)

القبض في العقود على قسمين :

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

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

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

### ﴿ القاعدة الخمسون ﴾

هل يتوقف الملك فى العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً فى الذمة هذا على

ضربين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه فانه يأخذه

مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه فى الحال أو لا لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك

والثاني : ما عدده من التمليكات المشروعة لازالة ضرر ما كالأخذ بالشفعة وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الغاصب وتقويم الشقص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فان لأصحابنا في الأخذ بالشفعة وجهين :

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

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

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

### { القاعدة الحادية والخمسون }

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

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

(١) الزيادة عن نسختي الدار (٢) نسختنا الدار : أوضح (٣) نسختنا الدار : كمال

افرازه كذلك ذكره القاضى وابن عقيل والصبرة المتباعدة كيلا أو وزنا كالقفيز المهم عند الخرقى وأبى بكر والأكثرين لأن علق البائع لم تنقطع منها ولم تتميز فان زيادتها له ونقصها عليه وفي التلخيص ان بعض الاصحاب خرج فيها وجها بالحقا بالبعد والثوب بناء على ان العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف، قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات في الصرف لقوله عليه [الصلاة] السلام الاها وهام ومراده: أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهمات ونقل صالح عن احمد فيمن اشترى عبدا فمات في يد المبتاع هو من مال المبتاع الا ان يقول المبتاع تسلمه فلا يتسلمه وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع الا ان يمتنع المشتري من تسلمه بعد عرضه عليه فيدخل في ضمانه، ونقل حنبل عنه اذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فتلف فهو من مال البائع، وان نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض، فأما المبيع في مكان او زمان يغلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسألة تباعب الغنيمة بعد القسمة في دار الحرب اذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن احمد في ضمانها روايتان، كذا حكى الاصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وبعده [وظاهر] كلام ابن عقيل التفريق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولا واحدا كالثمر المعاق في ر. و س الشجر لتعرضه للآفات وفيه نظر فان الثمر لم ويتمكن المشتري من قبضه تاما بخلاف المبيع المعين في دار الحرب، وخص أكثر الاصحاب ذلك بمال الغنيمة لأن تعالاب الكفار لها شديد وحرصهم على استردادها معلوم بخلاف غيرها من أهوال المسلمين وحكى ابن عقيل في تباعب المسلمين أهوالهم بينهم بدار الحرب اذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجهين كمال الغنيمة فأما ما يبيع في دار الاسلام في زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولا واحدا ذكره كثير من الاصحاب كمشراء من يغاب على الظن هلاكة كمر يرض ميتوس منه أو مرتد أو قاتل في محاربة أو في زمن طاعون غالب، ويحتمل في هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده فأما الأعيان المملوكة بعهده غير البيع كالصالح والنكاح والخلع والعق ونحو ذلك فحكمها حكم البيع فيما ذكرنا عند أكثر الاصحاب (١) قال في المغنى ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقا فانه نص فيما اذا أصدقها غلاما ففقتت عينه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضى على أن الزوج فقأ عينه

او انه امتنع من التسليم حتى فقتت عينه فيكون ضامناً بلاريب ويمكن ان يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الأعيان لا تنتقل الا بالقبض في البيع وغيره وخرجها بعض الأصحاب رواية عن احمد من نصه على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فن الاصحاب من تأولها على انها يعنى كيلا، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جزافاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الأعيان المتميزة وماخذ ذلك ان علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض لان تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الاعيان على البائع قبل القبض وهي ضعيفة فان البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فاذا وجد منه فقد قضي ما عليه، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعديه بشغل ارض المالك بما كره من غير اذنه او مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي بل هو شبيه بالهبة، ولهذا سماه الله نكحة فلا ينتقل ضمانه الى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة، وهذا كله في الاعيان. فأما المنافع في الاجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض او التمكين منه او تفوته باختياره فان استوفى المنافع فلا كلام وان تمكن من استيفائها بقبض العين او تساميم الأجير الخاص نفسه تلقت من ضمانه ايضاً لتمكنه من الاتفاع.

والنوع الثاني: عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فهما خلاف سبق فاذا قيل لا يمكن بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفي بالقبض فيها بالتخلية على رواية كالبيع ام لا بد من النقل، جمهور الاصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفي التمكين ههنا في اللزوم ففي أصل المملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فان العقد سبب لاستحقاق القبض فيكفي فيه التمكين. وان قيل يحصل المملك بمجرد العقد فلا ينبغي ان يكون مضموناً على المملك اذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الاصحاب يشهد لذلك.

وأما الوصية اذا ثبت المملك للموصى له اما بالموت بمجرد من غير قبول او بالموت مراعى بالقبول او بالقبول من حينه دون ما قبله على اختلاف الوجوه في المسألة فان ضمانه من حين القبول



على الموصى له من غير خلاف نعلمه اذا كان متمكناً من قبضه وأما [ما] قبل القبول ففيه وجهان :  
 أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام احمد والخرقي وصرح به القاضي وابن  
 عقيل في كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكوا فيه خلافاً . وهذا لأننا  
 ان قلنا يملك بمجرد الموت أما مع القبول [أو] بدونه فهو مملوك فاذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما  
 لو ماله ماله أو غيره من العقود ، وإن قلنا لا يملكه الا من حين القبول فلأن حقه تعلق بالغير (١)  
 تعلقاً يمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني اذا أخرج المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص  
 أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن ابطاله فكان ضمان النقص عليه وان لم يحصل  
 له الملك كما في ربح المضاربة اذا قلنا لا يملك الا بالقسمة ونصف الصداق اذا قلنا لا يملك الا  
 بالملك والمغانم اذا قلنا لا يملك بدون القسمة بخلاف بقية العقود فان الحق فيها يمكن ابطاله .  
 والوجه الثالث : لا يدخل في ضمانه الا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في المحرر لأنه ان  
 قيل لا يملك الا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ماله فلا يحسب نقصه عليه ، وان  
 قيل يملكه بالموت فالعين مضمونة على التركة بدليل ما لو تلفت قبل القبول فانها تلفت من التركة  
 لا من مال الموصى له فكذلك أجزاءها ، لأن القبول وان كان مثبتاً للملك من حين الموت الا أن  
 ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه  
 ملك ، نعم إن قيل يملكه بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كالورث  
 وهذا كاه في المملوك بالعقد فأما مملك بغير عقد فنوعان :

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

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

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

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

### ( القاعدة الثانية والخمسون )

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

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

كونها مضمونة على البائع، ويمن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرى والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني وابنه وغيرهم. وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان: قبض يبيح التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل والضمآن وهو القبض التام المقصود بالعقد، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يمتنع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبهم أو جنس المكييل والموزون وان يبيع جزافا أو المطعوم خاصة مكبلا أو موزونا كان أو غيرهما أو المطعوم المكييل أو الموزون ونقله مهنا عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكرها في الضمان ذلك، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الاعيان قبل القبض معللا بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان ملازما له، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمآن وهو صحيح على ما ذكره فانه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لاضمان ولا منع من التصرف الا في المبهم خاصة ولم يبين أنه لا تلازم بين التصرف والضمآن أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول، والمقبوض قبضا فاسدا كالمكييل اذا قبض جزافا فنقل الضمان فيه الى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكة وكذلك المالك يتصرف في المغنوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض، والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تباع الشقص المشفوع جماعة ثم انتزعه الشفيع من الأول، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع يبطل بالثمر المشتري في رموس الشجر وباجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل، وبيع الدين ممن هو عليه، لأن البائع وفي عليه بالتخلية والتميز فلم يبق له علاقة في العقد، وعلل أيضا بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شبيه بالغرر لتعرضه للافات، وهو يقتضى المنع في جميع الاعيان، وأشار الامام أحمد الى أن المراد من النهى عن ربح مالم يضمّن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشتريه، وكانه حمل النهى عنه هو الربح على النهى عن أصل الربح لأنه مظنة الربح، ويتخرج له قول آخر أن النهى عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذى اشتراه فانه منع في رواية من اجارة المنافع المستأجرة الا بئلا الاجرة لئلا يربح فيما لم يضمّن ومنع

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

(١) ابن منصور عنه ٧١١ (٢) نسخة الدار : روايتين

ومنهم صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث .

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

أحدهما : ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الاجرة المعينة والعوض فى الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف فى المنافع المستأجرة فان كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه ومن يقوم مقامه ، وإن كان باجارة صح أيضاً بعد قبض الدين ولم يصح قبامها الا للوثر على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الاجرة وبازيد فى احدى الروايتين وفى الأخرى يمنع بزيادة لدخوله فى ربح ما لم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمونة على المستأجر فى وجه ، بدليل أنه لو عطّلها حتى فاتت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

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

فهي كالتمر في رهوس الشجر فهو مضمون عليه باتلافه .

والضرب الثانى : مالا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالصداق وعوض الخلع والعتق والمصالح به عن دم العمدة ، ونحو ذلك ففيه وجهان :

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

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

تنبية : ما شرط القبض لجهة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك ، وقد

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

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

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

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

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

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

المسألة الثانية: بيع الصكك قبل قبضها وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً لأنها  
تكتب في صكك وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ما في الصك فان كان الدين نقداً وبيع  
بنقد لم يجز بلا خلاف لانه صرف بنسيئة وان يبيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان  
احدهما: لا يجوز قال احمد في رواية ابن منصور في بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه  
انه كرهه وقال: الصك لا يدري يخرج أولاً، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان  
والثانية: الجواز نص عليهما في رواية حرب وحنبل ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

(١) بيع: في ٧١١ (٢) في نسختي الدار: على الغريم



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

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

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

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

### ( القاعدة الثالثة والخمسون )

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

فان فداه السيد كان اقتسكا وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الاول، وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة به فالأول ملك أن يتملك والثانى يملك أو طالب بحقه الذى لا يمكن دفعه عنه، وهو شبيه بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده، فالفلس مقتضى للحجر والمنع من التصرف، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### ( القاعدة الرابعة والخمسون )

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للتصرف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ، والثاني أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماءً ، والثالث أن يثبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به فاما الأول : فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل كعق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور (١) ، فإنه لا يجوز ، ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضى وابن عقيل وصاحب

(١) في ٧١١ المشهور من المذهب

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

وأما الثاني فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للشترى إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا أن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ

وأما الثالث ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره الثابت في المجلس [بالتق ولا غيره] كما لو اشتراطه ويندرج في صور الخلاف مسائل:

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

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

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

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

### ﴿القاعدة الخامسة والخمسون﴾

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

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

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

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

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

(١) في ٧١٣ تملكاً

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

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

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

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



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

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

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

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

والثاني : أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق كما لو قال لغيره اعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والملك معاً ، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال يبيع الأب وشراؤه على ابنة جائز لقول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الاقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التصرف (٢) به وفي التنبيه لأبي بكر يبيع الأب على ابنة وعتقه ووطئه إمائه مالم يكن الابن قد وطئ ، جائز ويجوز له يبيع عبده وإمائه وعتقهم ، ولهذا القول مأخذان أيضاً :

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

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

والثاني: أن هذا تملك قهرى في مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية ، ولهذا حتى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المماوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكروا خلافا في أنها عين (٢) مملوكة وبمن سلك هذا المسلك صاحب المقنع في كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك ، وهو قريب من بيع الصكك قبل استحقاقها ، وقد تقدم الخلاف فيها ، وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحبلها صارت أم ولد له وإن لم يحبلها فإن قلنا لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها ، وإن قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرد ، ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعنى أبا بكر عبدالعزیز، روى الاثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فإن أتت بولد لسته أشهر فتداعياهما جميعا أرى القافة ، وقال إذا وطئ الرجل جارية ابنة وإن كان الابن قد وطئ ، فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ في نفسى من مسألة الاثرم شيء انتهى ، فإن كان قوله إذا وطئ الرجل جارية ابنة الى آخره من تمام رواية الاثرم فيكون ذلك منصوصا عن أحمد والافوه من كلام أبى بكر ، وهو موافق لما ذكره في التنبية كما حكيناه عنه ، وقوله وإن كان الابن قد وطئ يريد أن تملكها يثبت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاء ففيه خلاف في المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافى الاستيلاء وكالاتمة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد لمثله في رواية حرب وابن بختان وذكره أبو بكر وابن موسى فلو بودة التحريم أولى هذا كله ما لم يكن الابن قد استولدها فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاء غيره كما لا ينتقل بالعقود ، وذكر ابن عقيل في فنونه أنها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطئ الشريكان أمتهما في طهر واحد وأتت بولد ألحقته القافة بهما لكن في مسألة القافة حكم باستيلاءهما (٣) [ها] دفعة واحدة وفي مسألتنا قد ثبت استيلاء الابن أو لالهها فلا ينتقل الى غيره إلا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاء سبب قهرى ومنها تصرف السيد في مال عبده الذى ملكه اياه وقلنا يملكه ، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لتضمنه اياه وذكر القاضي في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) في ٧١١ : نظائره (٢) فى أصل غير ولعلها تصحيح والتصحيح عن د (٣) فى د : باستيلاءها

رجوعه التصرف لينفذ

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

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب [الخلاف في وطئها] هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الأشهاد للرجعية وعده وهو البناء المنصوص عن الامام ولا عبرة بحل الوطء ولا عده ولو وطئها في الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الرجعة أم لا، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن أبي موسى والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وانما حصل له تشبه لكن الرجعة يترتب تاثير الاستباحة حقيقة في المدة الزائدة على العدة

### ( القاعدة السادسة والخمسون )

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

ومنها اذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فالمنصوص الصحة كنفها باقتران شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضي عدم الصحة فمنهم من [جعل] مأخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذه انتفاء تقدم الشرط ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضي وابن حامد لا يصح لانتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفي المقارنة

(١) في نسختنا المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

ومنها لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة ففيه وجهان :  
 أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضى وابن عقيل فى النكاح وأبو الخطاب  
 والأكثر أن كنفاء باقتران البيع وشرطه وهو كون المشتري مكتاباً يصح معاملته للسيد  
 والوجه الثانى لا يصح قاله القاضى وابن عقيل فى البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع  
 ومنها لو ادعى أنه وكيل لزيد وأن أزيد على فلان ألفاً وأقام البيعة بالوكالة والدين فى حالة  
 واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال أم لا بد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضى  
 فى خلافه يحتمل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه مالم تثبت وكالة لا يجب الدفع إليه  
 واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتهما بالبيع  
 والمالك فى حالة واحدة

ومنها لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك فى طلاقها ففى التاخييص قياس المذهب صحته ،  
 ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لاقتران الوكالة وشرطها اذ شرطها ان يكون الموكل مالكا لما  
 وكل فيه وملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة

ومنها لو وجدت الكفافة فى النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح  
 قبات له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر  
 يمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه فى غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل  
 منها صحة الوصية لمن ثبت أهلية ملكه بالموت كأم الولد ومدبره فان السبب المستحق به هو  
 الايصاء وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقرن به وجود أهلية المستحق  
 فيكفى فى ثبوت الملك ، هذا اذا قلنا إن الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على  
 القبول وهو المشهور فان القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حينئذ ولا يضر فوات  
 أهليته عند الموت فانه لو قال اعتقوا [عنى] عبدى وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية

ومنها اذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كمالو قال لعبدته إن مات أبوك فانت  
 حر وكان أبوه حراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فأنه لا يرثه ذكره القاضى وصاحب المغنى وعالله  
 بان المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا فى اسلام الطفل بموت أبويه  
 قال الشيخ تقي الدين ينبغى أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها  
 أم يشترط تقدمها فان قلنا تكفى المقارنة ورث لأنه صار حراً وأمالكا فى حالة (١) واحدة انتهى  
 ولا يقال هذا يقتضى (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لانا نقول علة الارث وسببه  
 هو النسب وهو سابق على الموت وإنما الحرية شرط له

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

### ( القاعدة السابعة والخمسون )

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

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

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

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

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

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

المسئلة الثانية اذا مات الذمي وله أطفال صغار حكم باسلام الولد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريثه وقال هو خلاف الاجماع ويلزم من توريثه اثبات الحكم المقترن بمانعه ، وهذا لا يحيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه وأما على قول جمهور الأصحاب فقد اختلفوا في تخريج كلام الامام احمد في مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبنى على قوله بان الملك لم ينقل عن البائع في مدة الخيار ، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة ابى الخطاب في اتصاره وفيها ضعف فان نصوص احمد بالعتق هنا متكاثرة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن احمد بل مستنبطة من كلامه وانما المنقول الصريح عنه انتقال الملك

والطريق الثاني أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقته عن المبيع بعد وهي طريقة القاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المنصوص فاجابوا بان هذا العتق أنشأه في ملكه فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه فان احمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال في رواية ابن ماهان يعتق من مال البائع قيل لأنه خلف عن ملك قال نعم

(١) في ٧١٢ : المنع (٢) في نسختي الدار : فان احمد شبهه بنفوذ الوصية

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

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

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

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

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

منها توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت احد ابويه الكافرين منه وقد ذكرت

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

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

ومنها إذا قال المتزوج بامة أبيه اذا مات أبي فانت طالق ثم مات الأب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف وابن عقيل فى العمدة واختيار أبى الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [والملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ



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

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

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

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

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

ومنها اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم قاله ثانياً فانهما يطلقان طلاقة [ طلاقة ] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية فى حق المدخول بها وأما فى حق التى لم يدخل بها ففى انعقادها وجهان احدهما أنها تنعقد وهو قول أبى الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ما ذكره القاضى وابن عقيل فى المسألة التى قبلها لأن اليمين سبب البيئونة

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

ومنها اذا اشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة فقد حصل منها عطيتان، من عطايا المريض محاباة البائع بثالث المال وعتق الأب اذا قلنا ان عتقه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضى فى المحرر وابن عقيل فى الفصول بتحاصن لأن ملك المريض لأبيه مقارن، لملك المشتري لثمنه وفى كل منهما عطية منجزة فتحاصن لتقارنهما والثانى أنه تنفذ المحاباة ولا يحتق الأب وهو اختيار صاحب المحرر لأن المحاباة سابقة لعتق الأب فان ملك المشتري الثمن

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

الذي وقعت المحاباة فيه وقع مقارنا الملك الأب ، وعتقه يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحاباة شرط عتق الأب لاعتقه فنفذت كسبقتها

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

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

(١) في ٧١١ : يقارنه (٢) في ٧١١ . ينزل

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

### ( القاعدة الثامنة والخمسون )

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

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية الا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلا للممنوع منه ، فمن ذلك اذا حلف لا يلبس ثوبا وهو لابس ، أو لا يركب دابة وهو راكبها ، أو لا يدخل دارا وهو فيها ، وقلنا إن الاستدامة كالا ابتداء في جميع هذه الأفعال نفلع الثوب ونزل عن الدابة . وخرج من الدار في أول أوقات الامكان ، فإنه لا يحث لأن اليمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم باول أوقات الامكان ، ومنه ما اذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه ، لأن محظورات الاحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال انه باقدامه على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب الى مصاحبة اللبس في الاحرام كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه ، ومنه ما اذا فعل فعلا محرما جاهلا أو ناسيا ثم ذكر فإنه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد (١) له

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

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

والثاني أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لا قدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته لاسيما مع قرب الوقت [ وهذا ظاهر المذهب ] ومن صور المسألة ما اذا جامع في ليل رمضان فادركه الفجر وهو مجامع فنزع في الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف في أنه لا يائتم اذا كان حال الابتداء متيقنا لبقاء الليل ويبنى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع اوليس من الجماع وحكى في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ولا بالاكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطولوع الفجر فلا يكون الواقع منها في حالة

(١) في الاصل المتعمد (٢) في ٧١١ : يشعر

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

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

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

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

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

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

(١) بالأصل باحدى جزئه والتصحيح عن ٧١١

الطيب لقصد ازالته ومعالجته غير ممنوع

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

### ﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

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

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

(١) الزيادة عن ٧١٢

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

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

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

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

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



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

ومنها إذا تافت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا، الذى عليه  
 الاكثرون أنه لا يملك ذلك وأشار إليه أحمد فى رواية ابن منصور قالوا لأن الرد يستدعى مردوداً  
 ولا مردود إلا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرش وهو ضعيف لأن البديل يقوم مقام  
 العين وخرج القاضى فى خلافه جواز ذلك من رد المشتري أرش العيب الحادث عنده كما تقدم  
 وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره، وجزم بذلك ابن عقيل فى الفصول  
 من غير خلاف حكاه

ومنها إذا اشترى ربواً بجنسه فبان معيباً ثم تلف قبل رده فإنه يملك الفسخ ويرد بدله  
 ويأخذ لانه لا يجوز له أخذ الأرش على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

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

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

### ﴿ القاعدة الستون ﴾

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

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

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

ومنها اذا فسخ المالك عقد المسافاة وقلنا هي جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لأنه بملكه بالظهور روايه واحدة لأن حصه المساقى ليست وقاية للبال بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شيء له لاعراضه وان كان من المالك فعليه اجرة المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يقضى الى حصول

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

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

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

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

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

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

(١) في ٧١١: باعا (٢) في ٧١٢: والمذهب الاول (٣) في ٧١٢: ولا يظهر

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

### ( القاعدة الحادية والستون )

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

(١) في نسختنا : في ماله والتصحيح عن ٧١١

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

### ( القاعدة الثانية والستون )

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

الوكيل وغيره ودخل في هذا صور :

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

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

### ( القاعدة الثالثة والستون )

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

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

فى ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « اخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هي

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

### ( القاعدة الرابعة والستون )

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

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

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

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



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

### ( القاعدة الخامسة والستون )

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

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

ومنها لو لقي امرأة في الطريق فقال تنحى يا حرة فاذا هي امته وفيها الخلاف ايضا ، ونص احمد على ذلك وفي المغنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا في الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة بشيء . ويتنزل الخلاف في هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والاظهر عدم اعتباره  
ومنها لو ابرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شيء له [عليه] ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيها الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لا قصاص فيه فعفا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص؟ يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية وبناه على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية، وجزم القاضي وغيره بأنه لا يصح العفو ههنا  
ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة أو انه كان طلقها ففي صحة النكاح الوجهان ذكره القاضي ورجح صاحب المغنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء كما لو تزوجت المرتابة قبل زوال الرتبة  
ومنها لو أمره غيره باعتاق عبد يظن انه للآمر فتبين أنه عبده ففي التلخيص يحتمل تخريجه على من

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

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

### { القاعدة السادسة والستون }

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

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

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

### ( القاعدة السابعة والستون )

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

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

ومنها لو تقايلا فى العين بعد هبة ثمنها أو الابراء منه

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

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

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

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

### ( القاعدة الثامنة والستون )

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

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

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

(١) ما بين الاقواس عن ٧١١

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

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

ومنها لو كان عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يحبل بقاءها ففيه وجهان : احدهما  
وهو قول القاضى في المجرد لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهى فى الذمة ولا حاضرة  
فتكون مصارفة على عين ، والثانى وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الاصح بقاءها فصار كبيع  
الحيوان الغائب بالصفة فانه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاءه قال ابن عقيل فان كانت  
باقية تقابضا وصح العقد وان كانت تالفة تبين بطلان العقد ، وهذا الذى قاله صحيح اذا تلفت بغير  
تفريط فاما ان تلفت تلفاً مضموناً فى الذمة فينبى على تعيين النقود بالتعيين فان قلنا يتعين لم يصح  
العقد وإلاصح وقامت الدنائير التى فى الذمة مقام الوديعة لا (٢) على الوجه الذى يشترط فيه  
للصرف التعيين فلا يصح على ما فى الذمة

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

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

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

ومنها الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه قال أصحابنا هي رجعة صحيحة رافعة للشك وهي المسألة التي افتى فيها شريك بأنه يطلق ثم راجع وأخذ أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه فأمر بتنجيسه ثم يغسله وكذلك لم يصب من أدخل قوله في أخبار المغفلين فإن ما أخذ في ذلك خفي عنه فأما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ثم راجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا ههنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه [والرجعة استيفاء له فصح مع الشك في انقطاعه] وعند الخرق لا يصح لأنه قد تيقن سبب التحريم وهو الطلاق فإنه إن كان ثلاثاً فقد حصل التحريم بدون زوج واصابة وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد البينونة بدون عقد جديد فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل إلا على هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقاً فلا يصح لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع فيستحب حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المتكوك فيه كما يلغى مع تيقن وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الخرق في تعليقه بأنه تيقن التحريم وشك في التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلازم لما ذكرنا

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

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

### ﴿ القاعدة التاسعة والستون ﴾

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

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

(١) بالاصل بالاذن والتصحيح عن ٢١٢ \_ (٢) في ٧١١ الجرجاني

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

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

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

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

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



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

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

### ( القاعدة السبعون )

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

منها النهى عن الكلام والامام يخطب لا يشمل الامام على المذهب المشهور ومنها الأمر باجابة المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المنصوص ههنا الشمول والارجح عدمه  
طرداً للقاعدة

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

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضي

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بان المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه  
 التهمة بخلاف النكاح فان القصد منه الكفاة وحسن العشرة فاذا وجد ذلك صح والحق ايضاً الوصى  
 بذلك ، وفيه نظر فان الوصى يشبه الوكيل لتصرفه بالاذن وسواء فى ذلك اليتيمه وغيرها صرح به  
 القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأه من غير  
 وكيل بل مباشرة لطرفى العقد ففى صحته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال اكثر الاصحاب  
 يصح روايه واحده وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقد وكيله  
 له لأن وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا اراد أن يتزوج امرأه ليس لها ولي فانه  
 يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه عن المسلمين لا عنه فيما يخصه  
 ومنها اذا عمل احد الشريكين فى مال الشركه عملاً يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة فهل له ان  
 يأخذ الأجرة أم لا على روايتين (ومنها) الموصى اليه باخراج مال لمن يحج أو يغزو وليس له  
 أن يأخذه ويحج به ويغزو نص عليه أحمد فى روايه أبى داود وقال هو متعد لأنه لم يأمره وهذا  
 تصريح بان مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له أن يتصدق بمال هل له أن  
 يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة المذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى روايه ابن بختان  
 وذكر فى المغنى احتمالين آخرين: أحدهما الجواز مطلقاً والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينه  
 على الدخول جاز الأخذ أو على عدمه لم يحزم مع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من  
 مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عوض ههنا ينبغى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة  
 ولكن الأولى سد الذريعه لأن محاباة النفس لا يؤمن وعلى هذا فهل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته  
 له فيه وجهان: أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحب المغنى والمحرر (ومنها) اذا وكل  
 غريمه أن يبرىء غرماءه لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى  
 البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على  
 الوجه الآخر افتقار البيع الى الايجاب والقبول بخلاف الإبراء  
 (ومنها) لو قال فى الأيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم  
 يدخل المتكلم فى الصورة الأولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره  
 (ومنها) الأموال التى تجب الصدقة فيها شرعاً للجمل باربابها كالغصوب والودائع لا يجوز  
 لمن هى فى يده الأخذ منها على المنصوص وخرج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيراً على  
 الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فنونه وأفتى به الشيخ تقي الدين فى

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

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

### (القاعدة الحادية والسبعون)

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

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

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

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

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

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

بأنه الوصي يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بامرهما فاكلا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة  
 كالمعروف الوكيل والأجير ، قال القاضي في خلافه وظاهر هذا جواز الاكل للوكيل النوع الثاني مالا  
 من ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تنوق اليه النفوس  
 نأكل مع عدم الحفظ والاحراز عليه وذلك في صور  
 منها الأكل من الأظعمة في دار الحرب واطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه  
 روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان . وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن في أشهر الطريقتين وفي  
 الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفي رد عوضها في المغنم روايتان وهي طريقة ابن ابي موسى  
 واختلاف الأصحاب في محل الجواز فقول محل مالم يحزره الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه  
 لم يجز الاكل الا للضرورة وهي طريقة الخرق لان احرازه منع من تناول منه وأما قيل الاحراز  
 فان حفظه يشق ويتساح بمثله عادة وقيل يجوز الأكل ما داموا في أرض الحرب وان أحرز مالم  
 يقسم وهي طريقة القاضي وان فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقاً أو يشترط كثرتها على روايتين  
 ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل  
 على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المتساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه  
 السنة وتنزيلاً لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن في الأكل منه  
 والدلالة عليه عرفاً مع العلم بتساح غالب النفوس في بذل سير الأظعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو  
 حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفي المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على  
 الشجر لأن المساحة في المتساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضي ورواية ثالثة بمنع الأكل  
 مطلقاً الامع الحاجة فيؤكل حينئذ مجاناً بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن  
 المواشي بالثمار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

### ( القاعدة الثانية والسبعون )

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



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

(١) في نسختنا: شركة

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

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

### ﴿ القاعدة الثالثة والسبعون ﴾

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

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

(١) في نسختنا : المغازي

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

### ( القاعدة الرابعة والسبعون )

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

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

برد الاباق (١) أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه في رواية حرب لا تصابه  
 للبصالح وله حق في بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الاكل من مال اليتيم كما سبق  
 (ومنها) من أنقذ مال غيره من التلف كمن خلاص عبد غيره من فلاة مملكة أو متاعه من موضع  
 يكون هلاكه فيه محققاً أو قريبا منه بالبحر وفم السبع فص احمد على وجوب الاجرة له في المتاع  
 وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المغني في العبد أيضاً وحكى القاضي فيه احتمالاً بعدم الوجوب  
 كاللقطة وأورد في المجرى عن نص احمد فيمن خلاص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرها فهو لمالكه  
 الاول ولا شيء للخالص والصحيح الاول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على مالكه بخلاف اللقطة  
 وكذلك لو انكسرت السفينة فخالص قوم الاموال من البحر فانه يجب لهم الاجرة على الملاك  
 ما ذكره في المغني لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الاموال من التهلكة فان الغواص إذا علم أنه يستحق  
 الاجرة غرر بنفسه وبأدر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الآبق وفي  
 مسودة شرح الهداية لابي البركات: وعندى أن كلام احمد على ظاهره في وجوب الاجرة على تخليص  
 المتاع من المالك دون الآدمي لأن الآدمي أهل في الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو  
 عاجزاً وتخليصه أهم وأولى من المتاع وليس في كلام احمد تفرقة فالما من عمل في مال غيره على غير  
 ما ذكرنا فالمعروف من المذهب أنه لا أجر له ونقل أبو جعفر الجرجاني عن احمد في رجل عمل في  
 قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه  
 تتخرج على أصليين: أحدهما أن الغاصب يكون شريكاً بآثار عمله. والثاني أن يجبر على أخذ قيمة  
 آثار عمله من المالك لتماثلها عليه وخرج القاضي في خلافه بأن يكون شريكاً بآثار عمله إذا  
 زادت به القيمة وذكر نص احمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هاني وتبعه على ذلك  
 جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل في مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا في القناة كان  
 شريكاً فيها وليس في المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها  
 وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً كغيره فيه مصلحة له وهو محتاج إليه كحصاد زرع  
 والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تخريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكانهم جعلوه بمنزلة  
 تصرف الفضولي فللمالك حينئذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجره المثل وله أن لا يمضيه فيكون  
 العامل شريكاً بالعمل وقد قال القاضي في بعض تعاليقه وقرأته بخطه في الاجير إذا عمل في العين  
 المستأجر عليها دون ما شرط عليه أن المالك يخير ان شاء رد عمله وأخذ الاجرة وصار الاجير

شريكاً بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الأجير بالأرش وذكر نص أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالأرش ثم حملة على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضي في خلافة : قياس المذهب اذا لم يأت الحائك بالثوب على الصفة المشروطة ان شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجره له وان شاء ضمنه قيمته منسوجاً وعليه الأجرة ، وتكرن الأجرة ههنا بما زاد على قيمة الغزل . ثم ذكر رواية الميموني هذه وقال هي محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولاً والتزم قيمة الصنعة التي هي دون التي وافقه عليها وهذا الذي قاله بعيد جداً أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقاءه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن أحمد قال ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالأرش خاصة وايضاً فلو غصب غزلاً ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطلبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الاجير بذلك ، وذكر ابن عقيل في هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع الأجرة المثل ثم ذكر احتمالاً بالرجوع بالأرش كما هو المنصوص والله اعلم . ومتى كان العمل في مال الغير انقاداً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً كذبج الحيوان المأكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغني ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقض بذبحه

### ( القاعدة الخامسة والسبعون )

فمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : احدهما من أدى واجباً عن غيره . والثاني من انفق على ما يتعلق به حقه من مال غيره ، فاما النوع الاول فيندرج تحته صور : (منها) اذا قضى عنه ديناً واجباً بغير اذنه فانه يرجع به عليه في اصح الروايتين وهي المذهب عند الحنفي وأبي بكر والقاضي والاكثرين ، واشترط القاضي أن ينوي الرجوع ويشهد على نيته عند الاداء فلو نوى التبرع أو اطلق النية فلا رجوع له واشترط ايضاً أن يكون المدين ممتنعاً من الاداء ، وهو يرجع الى ان لا رجوع الا عند تعذر اذنه وخالف في ذلك صاحب المغني والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضي في المجرد والاكثرين وهذا في ديون الآدميين . فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أداها عن من هي عليه ، وعلل القاضي ذلك بان اداءها بدون اذن من هي عليه لا يصح لتوقفها على نيته ويازم على هذا لو حجج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقلنا يصح أو أعتق عنه في نذر أو اطعم عنه في كفارة وقلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كاداء أحد الخليطين الزكاة : من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى اسيراً مسلماً حراً من اهل دار الحرب ثم اطلقه او اخرجته الى دار الاسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء اذن له

أولم بأذن لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداء غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه وأكثر الأصحاب لم يحكوا في الرجوع ههنا خلافا وحكى القاضى فى كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الإذن . وهل يعتبر للرجوع ههنا نية أم يكفى إطلاق النية على وجهين : أحدهما تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضى . والثانى يرجع مالم ينو التبرع وبه جزم فى المحرر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه . ولأن انفكاك الأسرى مطلوب شرعا فيرغب فيه بتوسعه طرف الرجوع لثلاث تغلب الرغبة فيه ( ومنها ) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليها النفقة فانفق عليهما غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضى فى خلافه وابن عقيل فى مفرداته ( ومنها ) لو انفق على عبده الآبق فى حال رده إليه فإنه يرجع بما انفق نص عليه وجزم به إلا كثرون من غير خلاف فإنه يستحق جعلاً على الرد عوضاً عن ذلك بمنافعه فلأن يجب له العوض عما بذله من المال فى رده أولى ، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر العجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليمه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما انفق عليه نص عليه أحمد فى رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم المنقطع بمهلكة وحكى أبو بكر وابن أبى موسى فى الرجوع بنفقته روايتين ، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية كالعبد المرهون ( ومنها ) نفقة اللقطة حيوانا كانت أو غيره مما يحتاج فى حفظه الى مؤنة وإصلاح فإن كانت باذن حاكم رجع بها لأن أذنه قائم مقام إذن الغائب وإن لم يكن بأذنه ففيه الروايتان . ومنهم من يرجع هاهنا عدم الرجوع لأن حفظها لم يكن متعينا بل كان مخيراً بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها وذكر ابن أبى موسى أن الملتقط إذا انفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها وإن كان محتسبا ففى الرجوع روايتان ( ومنها ) نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين ، ومنهم من قال يرجع ههنا قولاً واحداً واليه ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على الملتقط ونص أحمد أنه يرجع بما أنفق على بيت المال ( ومنها ) الحيوان المودع إذا انفق عليه المستودع ناوياً للرجوع فإن تعذر استئذان مالكه رجع وإن لم يتعذر فطريقان : أحدهما أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى لأن للحيوان حرمة فى نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً وهى طريقة صاحب المغنى . والثانية لا يرجع قولاً واحداً وهى طريقة المحرر ومتابعة لأبى الخطاب لكن من اعتبر الرجوع فى قضاء الدين بعذر الإذن فههنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك فى الدين واعتبره ههنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براء لذمته وتخليص له من الغريم وههنا اشتغال لذمته بدين لم تكن مشتغلة به وهو ضعيف وينتقض بنفقة الأقارب كما تقدم فإن

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزامه فقد خلصه من ذلك وعجل براءته منه وقضاء الدين لم تبرأ به ذمته بالسكينة بل هي مشغولة بدين المؤدى عنه أيضا فان الاذن في الانفاق على الحيوان المؤمن عليه عرف في منزل منزلة اللفظي (ومنها) نفقة طائر غيره اذا عشش في داره قال أحمد في رواية المروذي في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فان كان قد علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعا لم يرجع وان لم يتطوع يحاسب بالنفقة أخذ من صاحبها ما اتفق ولم يفرق بين امكان الاستئذان وعدمه، وخرج القاضى رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها في المرتهن وغيره

وأما النوع الثانى وهو ما يرجع فيه بالانفاق على مال غيره لتعاق حقه به فله صور (منها) انفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحمد في رواية أبى القاسم في رجلين بينهما أراض أو دار أو عبد يحتاج الى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر. قال: ينظر في ذلك فان كان يضرب شريكه ويمتنع مما يجب عليه الزم ذلك وحكم به عليه ولا يضرب بهذا ينفق ويحكم به عليه. ويتفرع على هذه المسئلة فروع من جعلتها اذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه فالذهب أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينفرد الطالب بالبناء ويمنع الشريك من الاتفاح حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه. لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعا كالوصى والحاكم في ملك اليتيم.

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون ففداه المرتهن بغير اذن الراهن، قال أكثر الأصحاب كالقاضى وابن عقيل وأبى الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون لأن الفداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتهن. وقال صاحب المحرر: لا يرجع بشيء وأطلق لأن المالك لم يجب عليه الافداء ههنا، وكذلك لو سلمه لم يازمه قيمته لتكوزر ههنا وقد وافق الأصحاب على ذلك وإنما خالف فيه ابن أبى موسى ومنها مؤنة الرهن من كرى مخزنه وأصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يازم الراهن إذا قام بها المرتهن بدون اذنه مع تعذره فهى جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون على ما سيأتى صرح به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجبا على الرهن لعلاقة حق المرتهن ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتهن بغير اذن فقال القاضى في المجرد وصاحب المغنى والمحرر لا يرجع الا بأعيان آله لان بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزوم به في الخلاف الكبير للقاضى أنه يرجع لانه من مصلحة الرهن. وقال ابن عقيل يحتمل عندى أنه يرجع بما

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

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

(١) فى نسخى الدار لكان متوجهاً

(٢) كتب بهامش نسختنا بازاء هذا الموضع مانصه : نفقة الاقارب، وكتب بهامش ٧١٢ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر فى لزوم نفقة الاقارب الى قوله بدون فرض الحاكم لها محل فى آخر سطر فى هذه الصفحة ( يريد صفحات الاصل ) بعد قوله . ولم يعتبر إذن الحاكم، وقوله بعد ذلك وكذلك أبو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلى قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر



أز يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر، وفي الترغيب ليس لغير الاب الاستقرار إلا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير، وإنما للزوجة الاخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكى في أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الانفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليه لا تتفاء ولا يتها عليه، وهذا كله مخالف اظاهر كلام احمد المتقدم ولقواعد المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص احمد على انها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضى وغيره أن من انفق على اقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فإنه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن ابي موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته فإنها ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافاً في سقوط نفقة [ الزوجة بناءً على انها لا تسقط بمضى الزمان في أشهر الروايتين ] (٢) بمضى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك ابو الخطاب وابن عتمل وصاحب المحرر مع انه وافق طريقة الخلاف في الرجوع قولاً واحداً بخلاف ما ذكره في الضمان وضعف صاحب المغنى اعتبار الاذن طرداً لما ذكره في الضمان (ومنها) اذا هرب الجمال وترك الجمال فأنفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم فقضى الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضى أنه يرجع رواية واحدة ثم ان الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة وفي المغنى إشارة إلى التسوية من الكل في عدم الاعتبار وان الانفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفي المغنى وغيره وجه آخر انه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساقى قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجمال إلا أن المالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجة النفقة على أنفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فإنها ترجع بذلك نص عليه في رواية أنى زرعة الدمشقى ولم يعتبر إذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا اعاره شيئاً ليرهنه ثم افتكه المعير بقضاء الدين فإنه يرجع هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضى (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فإنه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضى فيه خلافاً وهذه المسئلة والتي قبلها قد لا يطرد فيها الخلاف لأن الانفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كأنفاق الشريك على عمارة الخائط يرجع

(١) في د: يلزم (٢) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخر ما أشير اليه على هامش ٧١٢

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

به بغير خلاف وإنما الخلاف إذا كان الانفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق إلا أن الأصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين (١) مال المنفق

{ القاعدة السادسة والسبعون }

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

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

(١) في نسختنا (٢) في د: والمعنى

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

( ومنها ) اذا انهدم السقف الذي بين سفلى احدهما وعلو الاخر فذكر الأصحاب في الاجبار الروايتين والمنصوص ههنا انه ان انكسر خشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الاجبار وان انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فان لم يفعل اشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه لانه سترة له نقل ذلك عنه ابو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم ان صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما يبني به السفلى ويكون لهما جميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه ما يبني به الحيطان فيصير البيت كما كان لاحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه ، ويحتمل ان يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما ولذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في بناء الحيطان حتى أخذ القاضى منها رواية بعدم الاجبار في الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء ، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء وحكى القاضى في خلافه في إجبار صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها اجباره منفرداً بنفقته وأخذها من رواية أبي طالب وفيه نظر لأن أحمد علل بانه سترة له فعلم ان اجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى اشد من تضرر الجار بترك السترة لأن هذا

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

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

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

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

### ( القاعدة السابعة والسبعون )

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

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

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

(١) كذا في نسختي الداروفي نسختنا غيره (٢) كذا ولعلها دفع



في كتاب الأموال، والحلال في كتاب القرعة من الجامع (ومنها) غراس الغاصب وبنائوه والمشهور عن أحمد أن للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب، وعنه رواية ثانية لا يقلع بل يتملك بالقيمة أيضاً ومن حكاهما القاضي وابن عقيل في كتاب الروايتين لهما وخرجاها في خلافيهما من مسألة الصبغ، ونص عليها أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضاً أو داراً وبني فيها قال يعجبني أن يغرم البناء، ويغطى لأنه إن أخذ الغاصب بناءً أضرب الأَرْضَ في الخراب والهدم ويكون أيضاً ذهاب مال الغاصب في الآجر والجص وكل شيء وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد في رجل أكترى أرضاً فغرس فيها أشجاراً واشترط عليه رب الأرض أن لا يغرس فيها غيره فغرس فيها شجراً يعني غير ما شرطه وأثمر الشجر وأراد أن يقلع الغراس قال لا يقلع الشجر من الأرض [لئلا يضرهما جميعاً]، وعلى هذه الرواية فلا يقلع الا مضموناً لغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي وابن عقيل فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنها) إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها قال ابن أبي موسى إن كان غير عالم بالوصية فهو محترم يملك بقيمته غير مخلوع وجهاً واحداً، وإن كان عالماً بالوصية فكذلك ويتوجه أن يقلع بناءه ولم يفرق بين ما قبل القبول وبعده فإن ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فإنه ذكر أن من أوصى لمن لا يعرف حملت وصيته إلى الحاكم ليفرقها في أبواب البر ونص أحمد على ذلك أيضاً ولكن ما ذكره من أن الوارث إذا بنى وهو عالم بالوصية أن بناءه لا يقلع يشكك على ذلك لأنه يكون كبناء الغاصب، وأما غير العالم فبناؤه كبناء المشتري من الغاصب على ما سبق، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن البناء للورثة ولم يتعرض لتملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم وذلك يرجع إلى أن الموصى له يملكه من حين القبول، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقبوله ملكه بالموت فلبناء في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنها) من كان في أرضه نخلة لغيره فالحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي ورد في ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابها أن يبيعوا أبي فأمره أن يناقل فآبى فأمره أن يهب فآبى فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أنت مضار، اذهب فاقبل نخلة. قال أحمد كلما كان على هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فإن اجاب والا جبره السلطان، ولا يضر بأخيه إذا كان ذلك فيه مرفق له والحديث المشار إليه أخرجه أبو داود في السنن وأورده الحلال في الجامع من وجه آخر ولا يقال لم يأمره بضمان النقص فيكون كغرس الغاصب فكيف يتملك لانا قدمنا الخلاف في غرس [الغاصب] وايضاً فالامر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضارة والامتناع من قبول

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

### ( القاعدة الثامنة والسبعون )

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

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

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

( القاعدة التاسعة والسبعون )

الزراع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

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

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

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

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

(١) فى نسختى الدار : على هذا التفريق

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

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

الامتناع من قلع الغرس مجاناً منافياً لتملك الزرع فإن المانع من القلع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو معذور لغرره وهو يتعذر عليه الرجوع على الغاصب والمقتضى لتملك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يملك غراسه وإن قيل باحترامه

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

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

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

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

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



### ( القاعدة الثمانون )

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

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

### ( القاعدة الحادية والثمانون )

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

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

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

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

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

(١) فى نسختى الدار: اشتداده للتبعية

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

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

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

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

### ( القاعدة الثانية والثمانون )

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

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

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

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



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

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

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

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

(١) الزيادة عن نسختي الدار

مضمون فان كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل ، وان كان غير لازم او لازماً ولكنه معقود على المنفعة من غير تاييد او على ما في الذمة فلا يكون النماء داخل في العقد وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان احدهما : أنه تابع له فيها . والثاني ان شارك الأصل في المعنى الذي أوجب الضمان او الائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المرهون فنماؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمرة والولد او من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالارش وهو داخل معه في عقد الرهن فتملك الوكيل في بيع الرهن ببيعته معه وان كان حادثاً بعد العقد والتوكيل ( ومنها ) الاجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كاصله ولا يازمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخله فيه بخلاف ما اذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فان عليها رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ماجرى العرف به مع الاطلاق ذكره القاضى في المجرد ( ومنها ) المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له امساك به غير استئذان مالكة تبعاً لأصله جعلاً للاذن في إمساك أصله اذناً في امساك نمائه ام لا كمن أطارت الريح الى داره ثوب غيره خرجه القاضى وابن عقيل على وجهين ( ومنها ) الوديعه هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضه كالثوب المطار الى داره على الوجهين أيضاً ( ومنها ) العارية لا يرد عقد الاعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله ام لا على وجهين ذكرهما القاضى وابن عقيل في باب الرهن احدهما هو مضمون لانه تابع لأصله والثاني ليس بمضمون لأن أصله انما ضمن لاهساكه للانتفاع به [ في باب الرهن ] والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون امانة وقال في كتاب الغصب ان في ولد العارية وجهاً واحداً ( ومنها ) المقبوضه على وجه السوم اذا ولدت في يد القابض قال القاضى وابن عقيل حكمه حكم أصله ان قلنا هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن ان يخرج فيه وجه آخر انه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه انما ضمننت لقبضها بسبب الضمان والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح الى مالكة ( ومنها ) المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضى سقوط الضمان بانه انما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة ( ومنها ) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعاق باولادهن شئ من هذه الاحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضى في المجرد وابن عقيل واختار القاضى في خلافه ان ولد الضامنة يتبعها ويبيع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعاق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعاق بالرقبة هنا كتعلق الجناية فلا

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

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

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

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

(١) في نسختنا: يملك .

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

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

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

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

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

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



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

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

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

### (القاعدة الثالثة والثمانون)

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

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبر : والثالث أن كان مؤبراً يتبع والا فلا كالعقود هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ ، أما إن قيل بتبعيته فلا إشكال في أن الطلع يتبع سواء أبر أو لم يؤبر وكذلك إن قيل أن الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة فإن الطلع لا يتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبر أولاً ولا يؤبر نقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصى بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل فهو للوصى له وقال في رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصى البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال إن كان يوم أوصى به له فيه حمل فهو له وأطلق بأنه يدخل في الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضاً فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ما ذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرابة من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يتراخي إلى ما بعد الموت فلا أن العقد إذا انعقد كان سبباً لنقل الملك وإنما تأخر تأثيره إلى حين الموت فإذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصى له قبل الوضع فالولد للموصى له بغير خلاف ، وسواء قلنا إن للحمل حكماً وأنه كالمنفصل أم لا وأما أن تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع فهنا حالتان :

أحدهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه إن حدث استحقاقه بعد التأبير لم يستحق من الثمر شيئاً وإن كان قبله استحقاق . قال جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلاً على ولد قوم وولده مات والدوا ثم ولد مولود قال إن كان النخل أبر فليس له في ذلك شيء وهو ملك الأول وإن لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع إذا باغ الحصاد فليس له شيء وإن كان لم يباغ الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ههنا منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معلمين بتبعية غير المؤبر في العقد فكذا في الاستحقاق وعلل بعض الأصحاب بأن غير المؤبر في حكم المعدوم لاستناره وكونه والمؤبر في حكم الموجود لبروزه وظهوره وهو شبيه بقول من يقول إن الحمل ليس له حكم ما لم يظهر

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

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

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

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

(١) في نسختي الدار الوقف

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

### ( القاعدة الرابعة والثمانون )

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

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

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

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

(١) في نسختنا : بجزء

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) في ٧١٢: لاحكم له.

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

### { القاعدة الخامسة والثمانون }

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

(١) كتب بهامش نسختنا: لعله يرجع.



المالك المال غرم نصيبه وكذلك الاجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فان قلنا هو ملكه لم يسقط، وان قلنا لم يملكه بعد فقى التلخيص احتمالان : أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثاني لا لأن الريح هنا مقصود وقد تأكد سببه بخلاف الغنيمة فان مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب انه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الاحراز أم لا على وجهين أحدهما لا يشترط وتملك بمجرد تقضى الحرب وهو قول القاضى فى المجرى ومن تابعه على طريقته . والثانى يشترط وهو قول الخرقى وابن ابى موسى كسائر المباحث ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها الا من شهد الاحراز، واما على الاول فاعتبر القاضى والاكثر من شهود احراز (١) الواقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل فى الاحكام السلطانية بين الجيش واهل المدد فاما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الواقعة اذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر كموت الغازى او موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب ونص احمد فى رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل فى المعركة يعطى وراثته نصيبه . والوجه الثانى لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضى فى خلافه . فعلى هذا انما ثبت لهم حق التملك كالشفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضى فى خلافه فى باب الشفعة أن الحق ينتقل الى الورثة بدون القبول والمطالبة وان قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالاعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما اذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فانه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره ويصير فيئاً فان اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بمينه فى المغنم قبل القسمة بما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فانه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الاسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين على الخلاف فى حق الغانمين ( ومنها) حق الزوج فى نصف الصداق اذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهراً أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والأول هو المنصوص وعلى الثانى فتكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابى الخطاب كرجوع الأب وزعم صاحب الترغيب ان هذا مرتب على الخلاف فى عفو الذى بيده عقدة النكاح هل هو الزوج أو الولى وليس كذلك ولا يلزم من طاب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فان العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس فى قولنا ان الذى بيده

(١) فى نسختي الدار: آخر الواقعة .

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

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

### النوع الثالث حق الانتفاع ويدخل فيه صور:

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

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

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

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

(١) في نسختي الدار : واختلفت

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

والنوع الخامس حق التعاقق لاستيفاء الحق وله صور :

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

(١) - (٣) فى نسختى الدار : الارث .

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

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

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

### ( القاعدة السادسة والثمانون )

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

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

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

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

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

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



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

### ( القاعدة السابعة والثمانون )

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

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

(١) يياض في نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) في نسختي الدار : كربع هذه .

القاضي في خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا نقل فيها نعلمه ، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الاجارة المنافع لزوم العقد وهذا منتف في الاقطاع وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجدد عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك بعوض ولأن اذنه في الايجار عرفي فجاز كما لو صرح به ولولتها بالشرى كان على الارض وقفنا لا يلزم فهل لأحدهما اجارة حصته الأظهر جوازه لأن المهاييات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف في اجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا للضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال ونصح المعاوضة على اثباتها واستيفائها . وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؟ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض وفي جوازه بعوض خلاف ويندرج ذلك في (١) مسائل ( منها ) ما ثبتت عليه يد الاختصاص كالسكب والزيت النجس المنتفع به فانه تنتقل اليد فيه بالارث والوصية والاعارة في السكب وفي الهبة وجهان اختار القاضي عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف في الحقيقة لأن نقل اليد في هذه الاعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضي في خلافه ، واما اجارة السكب فالمذهب انها لا تصح لأنها معاوضة ولا مالية فيه وحكى ابو الفتح الحلواني فيها وجهين وكذا خرج ابو الخطاب وجهها بالجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهى عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع الا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الافنية والازقة المشتركة تصح اباحتها والاذن في الانتفاع بها كالاذن في فتح باب ونحوه قال في التلخيص ويكون اعارة على الاشبه وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها ذكره في المغنى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على اجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه او وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق اما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة واما الانتفاع بأفنية الاملاك والمساجد بغير اذن من الملاك والامام فان كان فيه ضرر لم يجز والافقى جوازه روايتان ذكره القاضي في الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على اسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرد (ومنها) متحجر الموات ومن اقطعه الامام مواتا ليجيبه (٢)

(١) في نسختي الدار ويستثنى من (٢) بالاصل ( ليجيبه ) .

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

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

وطء المكائبة اذا استثناه في عقد الكتابة وهل الكتابة الا عقد معاوضة على المنافع .  
النوع الثاني المنافع التي ملكت بمجردة عن الأعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل  
الخلاف الذي تتكلم فيه ههنا والله اعلم .

### ( القاعدة الثامنة والثمانون )

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

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

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

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

### ( القاعدة التاسعة والثمانون )

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



أوفتح ففصاعن طائر فطار أو حل عبداً آبقافه رب هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والاكثرون  
لانه تسبب الى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل في فئونه ما كان من الطيور بألف البروج  
ويعتاد العود فقال لاضمان في اطلاقه وان لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال  
أيضاً في الفنون الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمى وما لا يحال عليه الضمان  
كالحيوانات والجمادات فاذا حل قيد العبد لم يضمّن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه  
فيقطع مباشرته للتلف بسبب مطلقه وهذا الذي قاله اما يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيد  
فاما اذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الاصحاب ان جنابة  
العبد المغصوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على  
الغاصب لتعديده بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغوني في الاقناع وجهاً  
آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمن لتعلقها بالرقبة المملوكة  
للجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله في مطلق العبد لانه متسبب الى الاتلاف فاذا  
لم يمكن إحالة الضمان على المباشر احيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المعصوم عن الاهدار  
مهما أمكن وخرج الآدمى وجهاً آخر أن جنابة العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته يتبع بها بعد  
عقده . وههنا فرع مترد فيه بين ضمان اليد وضمان الاتلاف وهو ما إذا حفر بئراً عدواناً أو نصب  
شبكة أو منجلاً للصيد ثم مات ثم وقع في البئر حيوان مضمون أو عثر بألات الصيد حيوان مضمون  
فان جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح في المجرى وابن عقيل في الفصول في باب  
الرهن حتى قالوا لو بيعت التركة لفسخ في قدر الضمان منها لسبق سيده ولو كانت التركة عبداً فأعتقه  
الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمرهون صرح به القاضي في الخلاف وان جعلناه من ضمان اليد  
فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك اليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف  
الاصحاب فيما لو نصب شبكة فوقها صيد بعد موته هل هو تركة مورثة جملها كيد المشاهدة أو  
هو ملك للورثة لانها صارت كأيديهم ؟ والذي صرح به القاضي وابن عقيل أنه تركة مورثة وقال  
ابو الخطاب في الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة اليه كما يتولد من النتاج الموروث  
ويشمر من الشجر وأما في العدوان المجرى فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه  
من تركة المتعدى لان عقاد سببه في حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائظه فطولب بنقضه فباعه  
ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهاً سبق ذكرها وهل يجب الضمان على من انتقل الملك  
اليه إذا استدامه أم لا ؟ الأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً ماثلاً فانه يقوم مقام البائع فيه

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

### ( القاعدة التسعون )

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

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

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

(١) فى نسختنا وارقابهم والتصحيح عن ٧١١

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

### ( القاعدة الحادية والتسعون )

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

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

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

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

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

### ( القاعدة الثانية والتسعون )

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

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكة مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء، والأظهر أنه انزال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والافلا، ويتفرع على ذلك مسائل :

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

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

### ( القاعدة الثالثة والتسعون )

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

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

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



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

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

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

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

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

### ( القاعدة الرابعة والتسعون )

قبض مال الغير من يد قابضه بحق بغير إذن مالكة ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثانى ان كان الأول امينا والافلا، وان لم يك اقباضه جائزا فالضمان عليها، ويتخرج وجه آخر الا يضمن

غير الأول ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) مودع المودع فان كان حيث يجوز الايداع فلا ضمان على واحد منهما ، وان كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فان كان حيث يجوز الايجار بان كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان والا فلا يثبت (١) الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لاشئ له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما ؟ على وجهين جزم به القاضي في المجرّد بالأول ثم اختار الثاني فيما اذا دفعه مضاربة وقلنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول ان لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج ان لا يضمن الثاني بحال وان علم بالحال فهل هو كالمغصب لأجرة له أو كالمضارب المتعدى له أجرة المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماهما صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فان قلنا بجوازه فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فاذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المغير له ولم يرجع على الأول لانتفاء التغيرير وان قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التلف في يده ان كان عالماً بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فانه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره ، كذا قال الاصحاب . ويتخرج وجه آخر انه لا يضمن الثاني اذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامناً (ومنها) المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع اذا تالف المبيع في يده فلهوكل تضمين القيمة من شاء منها من الوكيل والمشتري على المشهور ، ثم ان ضمن الوكيل رجوع على المشتري لتلفه في يده

### ( القاعدة الخامسة والتسعون )

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فان كان مستندا الى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب (١) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ ولكن الذي ٧١١ والا ثبت الضمان .

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

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

للضمان مع اليد على (١) احدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن احمد في هذه المسئلة أنه ذكر له قول مالك لا يغرم الذي لبسه ويغرم الغسال لصاحب الثوب فقال لا يعجبني ما قال ولكن إذا هو لم يعلم فلبسه فان عليه ما نقص ليس على القصار شيء فوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يتعمد الجناية فكأن إحالة الضمان على المستوفى للنفع أولا وهذه الرواية توافقها قبلها في تقرير الضمان على المنتفع لاسيما والدافع هنا معذور وانما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته اليه ، فالروايتان اذا متفقتان ومن الاصحاب من جعلها مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع اليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيرا مشتركا فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيرا خاصا فلا يضمن جنايته مالم يتعمدها وأشار القاضى الى ذلك في المجرى (ومنها) لو دفع الملتقط اللقطة الى واصفها ثم أقام غيره البينة أنها له فان كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وان كان بدون فوجهان : أحدهما لا ضمان لو جوب الدافع عليه فلا ينسب الى تفريط ، والثانى عليه الضمان وهو قول القاضى ، ثم يرجع به على الواصف الا أن يكون قد أقر له بالملك ، اما لو دفع الوديعة الى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الاصحاب يضمن لتفريطه. ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على المتلف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن احمد في مسئلة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أنه لا شتابه به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتهاده ذكره ابن عقيل في مفرداته. ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانا أنها اليمين فإنه لا قود وسواها كان الجاني عاقلا أو مجنونا وفي وجوب الدية وجهان (ومنها) او مضى على المفقود من تجوز فيه قسمة ماله فقسّم ثم قدم فذكر القاضى أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدى الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحمد في رواية الميمونى وابن منصور وأبى داود عدم الضمان وهو الذى ذكره أبو بكر في التنبيه ووجهه أنه جاز اقتسام المال فى الظاهر والتصرف فيه ، ولهذا يباح لزوجه أن تزوج واذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيها يملكه من مال وبضع موقوفا على تنفيذها واجازته مادام موجودا فاذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فان اجازته ورده انما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد فى رواية أبى طالب على أنه اذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها ، ويشبه ذلك اللقطة اذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن ابى موسى رواية أخرى أنه لا يجب الضمان مع التلف وانما يجب

(١) فى ٧١١ مع التعزير فى احدى الروايتين



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

### ( القاعدة السادسة والتسعون )

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

(منها) لو امتنع من وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرى منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهراً فانه تجزى\* عنه ظاهراً وباطناً فى اصح الوجهين وهو ظاهر كلام احمد والخرقى لأن للامام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوقه. وقعه (ومنها) لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة لغيبه أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقطت عنه (ومنها) ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزى كما يؤدى عنهما ما اثر الواجبات

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

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

(١) فى ٧١١ أو بانتفاء الملك (٢) وفيها : والنقود لا تتعين

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

( منها ) المغصوب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزأت ولا ضمان ( ومنها ) إذا

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

وربما ) (٢) في نسختنا : كالغاصب

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

### ( القاعدة السابعة والتسعون )

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

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

(٣) في نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

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

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

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

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

### ( القاعدة الثامنة والتسعون )

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

( منها ) اللقطة يجب دفعها الى واصفها نص عليه وان وصفها اثنان فهي لهما وقيل يفرع بينها ، وان

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

### ﴿ القاعدة التاسعة والتسعون ﴾

ماتدعو الحاجة الى الاتفاح به من الأعيان ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج اليها يجب بذله مجانا بغير عوض في الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

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

(١) كذا في نسختنا وفي نسختي الدار بالنسخ (٢) في الأصل دفنا والتصحيح عن ٧١١

(٣) في ٧١١ ان يبيعه .

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

### ( القاءة المائة )

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



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

### (القاعدة الحادية بعد المائة)

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

### (القاعدة الثانية بعد المائة)

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

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

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

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

### ( القاعدة الثالثة بعد المائة )

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

(١) في ٧١١ بدون « ومنها لو » وقد اكتفى بكلمة أو

دفعه واحدة (ومنها) الوضوء إذا اعتبر حالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير ، وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر إذا أقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبني بعرضه على بعض وان زاد لم يبين (ومنها) إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال ثم عاد الى الاستخراج ضم الاول الى الثاني في النصاب (ومنها) الطواف إذا تخلله صلاة مكتوبة أو جنازة يبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على أشهر الطريقتين للأصحاب (ومنها) لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومى هذا فأكل متواصلاً لم يحنث وان تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة ولو طال زمن الأكل وان قطع ثم عاد بعد طول الفصل حنث ذكره القاضى في خلافه في القطع في السرقة والآمدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فان الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام الى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفي الترغيب انه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال ان وطئتك فوالله لا وطئتك ولكن لمنصوص الحنث بالتقام الحثانين، وقد ذكر القاضى وجها انه لاحق على من اكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث باتمامه الى الانزال (ومنها) لو أخرج السارق من الحرز بعض النصاب ثم دخل وأخرج ما فيه وكل منهما بانفراده لا يبالغ نصاباً فان لم يطال الفصل بينهما قطع وان طال ففيه وجهان ذكرهما القاضى في خلافه وصاحب المحرر عنه في الترغيب وقال اختار بعض شيوخى انه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره ثم عاد اليه قبل طول الفصل فهي رضة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الآمدى أنه لو قطع باختياره لتنفس أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطال الفصل فهي رضة واحدة قال ولو انتقل من ثدى الى آخر ولم يطال الفصل فان كان من امرأة واحدة فهي رضة واحدة وان كان من امرأتين فوجهان ، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور إلا في صورة المرأتين وذكر أنها ظاهر كلام الخرقى وحكى عن أبي بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وانه ظاهر كلام احمد والله اعلم

### ﴿ القاعدة الرابعة بعد المائة ﴾

الرضا بالمجهول قدراً أو جنساً أو وصفاً هل هو رضامعتبر لازم؟ ان كان الملتزم عقداً أو فسخا يصح إبهامه بالنسبة الى أنواعه أو الى اعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وان كان غير ذلك ففيه خلاف ، فالاول له صور :

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

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

(١) و (٢) فى جميع النسخ بالكتانية

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

### ( القاعدة الخامسة بعد المائة )

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

والثاني عقود معاوضات غير متمحضنة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ففي صحتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفي الكناية طريقان . احدهما انها كذلك وهي طريقة القاضى : والثاني لا تصح وجهاً واحداً لأن عوضها مال محض .

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

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

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

انه اخذ من يتيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذي اخذها يأخذ الولي بأيهما شاء ولعل المراد انه اذا صدق احدي البينتين حكم له بها.

«فصل» ولو تعلق الانشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشركة فيه فان لم ينوه في الباطن معيناً فهو كالصريح بالابهام وان نوى به معيناً فان كان العقد مما لا يشترط له الشهادة صحح والا ففيه خلاف والاخبار تابع للانشاء في ذلك ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز مسماه لا يصح. فلو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح واما ان عيناتي الباطن واحدة وعقد العتد عليهما باسم غير يميز نحو أن يقول بنتي وله بنات أو يسميها باسم وينوي في الباطن غير مسماه ففي الصحة وجهان اختار القاضي في موضع الصحة وأبو الخطاب والقاضي في موضع آخر البطلان، وما أخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبي حفص العكبري ان كانت المسماة غلطا لا يحل نكاحها لكونها مزوجة أو غير ذلك صحح النكاح والا فلا، فلو وقع مثل هذا في غير النكاح مما لا يشترط له الشهادة فان قلنا في النكاح يصح ففي غيره أولى، وان قلنا في النكاح لا يصح فقتضى تعليل من علة باشتراط الشهادة أن يصح في غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فله حالتان إحداهما أن يعلم بقربنة أو غيرها أنه أراد واحدا منهما معيناً وأشكّل علينا معرفته فهنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والسلعة المبعة وغيرها. والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين احدهما بعينه فهو كالوصية لاحدهما مبهما، وكذلك حكى الاصحاب في الصحة روايتين ولكن المنصوص عن احمد الصحة. قال صالح: سألت ابي عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حر وفرج له مائة وفرج ليس له شيء. قال ابي: يقرع بينهم فن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائة فلا شيء له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده. وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما علة البطلان ههنا لكونه عبداً فدل على انه لو كان حراً لاستحق، وزعم صاحب المغني ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر. ونقل حنبل قال ابو عبد الله: في رجل له غلامان اسمهما واحد فوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتي لأحد الغلامين وله مائتا درهم، وفلان ليس هو حر واسمها واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شيء وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل ما دلت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضى ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للابهام وليس كذلك لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق وتأولها القاضى وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبداً حال الإيصاء ولا يكفى حرته حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر وهو ضعيف جداً . وجواب احمد إنما يتنزل على أن الموصى له بالدراهم غير المعتق . ونقل يعقوب بن بختان ان ابا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر وفرج مائة درهم . قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذي اوصى له بالمائة لاشئ له لأن هذا ميراث ، وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها بطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراثاً للورثة فهذه الروايات التى ساقها الخلال فى الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضى . وساقها ابو بكر فى الشافى على ان الموصى له بالدراهم هو المعتق وان احمد صحح الوصية له فى رواية صالح وابطلها فى رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة اقول ، وفى الخلال ايضا عن مهنا ان احمد قال فى رجلين شهدا على رجل انه اوصى عند موته لفلان بن فلان من اصحاب فلان الف درهم أو احواله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ؟ قال : ينظرون فى اصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من اصحاب فلان ؟ قلت : فان جاء رجلان فقال كل واحد منهما ان فلان بن فلان من اصحاب فلان . قال : فلا يدفع اليها شيئاً حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن احمد لم يتوقف فى الدفع الا ليقين المستحق من غيره لا لصحة الوصية فانها ههنا لمعين فى نفس وانما اشتبه علينا لاشتراك الاسمين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق اذا رجم انكشاف الحال وأما مع الايباس من ذلك فيتعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الاصحاب المتقدمين وهو الحق .

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

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

الصواب وان لم يشهدوا الخ



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

### ﴿ القاعدة السادسة بعد المائة ﴾

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

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

(١) فى ٧١١ : بنته (٢) فى ٧١١ كأنائهم

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

### ( القاعدة السابعة بعد المائة )

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

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

(منها) الاجازة لفلان ولمن يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود [وهو] من أعيان أصحابنا فانه أجاز لشخص وولده ولحبلى الحبلية (ومنها) الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء فافتي القاضى فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس قوله في الواف عدم الصحة (ومنها) الوقف على من سيولد له فصرح القاضى في خلافه بانه لا يصح لانه وقف على من لا يملك في الحال واقتصر عليه فلم يصح كالوقف على العبد . قال أحمد : في رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى (١) قال الشيخ مجد الدين ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عندي وقف معلق بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [موجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها محذوف (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها) لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر ففي دخوله روايتان وظاهر كلام أحمد دخوله في المولود قبل تأبير النخل (٢) وقد سبق وهو قول ابن أبي موسى وظاهر كلام القاضى وابن عقيل وأفتى به [ابن] الزاغوني (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدأ على أن مات عن ولد فنصيبه لولده ومن مات عن غيره ولد فنصيبه لمن في درجته فكان في درجته عند موته اثنتان مثلا فتناول نصيبه ثم حدث ثالث فهل يشاركمهم يخرج فيه وجهان من التي قبلها والدخول هنا أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسي لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث من هو أعلى من الموجودين وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفترغه (٣) منهم واما حكم الوصية فانها لا تصح لمعدوم بالاصالة كمن [أوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضى وابن عقيل وفي دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصى روايتان . وذكر القاضى فيمن وصى لمواليه وله مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخاون وتال بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت وخرجه الشيخ تقي الدين على الخلاف في المتجدد بين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد بعد الموت فمنعه أولى وهذا الذي قاله يتوجه إن علقنا الوصية بصدق الاسم فالما ان كان قصدا للموصى

(١) كذا في الاصول الثلاثة . وبها مشر . ٧١١ لعله (أو من يأتي) . (٢) هذا نص نسخي الدار ونسختنا تأثير الفعل ولعله تصحيف . (٣) في ٧١١ فانه ينزعه . وفي ٧١٢ فانه يصير منهم

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

### ( القاعدة الثامنة بعد المائة )

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

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

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

### ﴿ القاعدة التاسعة بعد المائة ﴾

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

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

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

الشك في زواله ، وللتأني أمثلة :

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

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

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

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

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا أما لو قال لا وطئت واحدة منكم فالمنهج الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضى والأصحاب بناء على أن النكرة فى سياق النفى يفيد العموم وحكى القاضى عن أبى بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله إذا آلى من واحدة منهن وأشككت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضى كذلك والقاضى مصرح بخلافه فإنه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال متى وطئ واحدة منهن انحلت يمينه من الكل بخلاف ما إذا قال لا وطئت كل واحدة منكم أو لا وطئت فانه إذا وطئ واحدة منهن حنث وبقى الإيلاء من البواقي، وإن لم يحنث بوطنهن لأن حقهن من الوطء لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لا أطأ كل واحدة منكم ولا أطأ كن فى قوة أيمان متعددة لإضافته إلى متعدد بخلاف قوله لا أطأ واحدة منكم فإنه مضاف إلى مفرد منكم موضوع بالإصالة لئفى الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتحنث بالحنث بوطن واحدة ولكن مقتضى هذا التفريق أن تعدد الكفارة فى صورتين الأولتين بوطن كل واحدة وهو قياس إحدى الروايتين فى الظاهر من نسائه بكلمة واحدة ان الكفارة تعدد ويمكن أن يقال النكرة فى سياق النفى ان قيل انها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجموع فالصور الثلاث متساوية، وان قيل ان عمومها جاء ضرورة نفي الماهية فالنفي بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضى المذكور والله اعلم (ومنها) اذا قال ان خرجت من الدار مرة بغير إذن فان طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير اشكال وان أطلق فقال القاضى فى خلافه تنقيد (١) يمينه بمرة واحدة، وسلم انه لو اذن لها مرة فخرجت باذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه ابو الخطاب وابن عقيل فى خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنبيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام ابى الخطاب ان العموم اتى من دخول النكرة فى الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فان اليمين عندنا انما تنحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة باذنه لم تنحل اليمين بذلك عندنا والمحلوف عليه قائم وهو خروجها مرة بغير اذنه فمتى وجد ترتب عليه الحنث

### ( القاعدة العاشرة بعد المائة )

من ثبت له أحد أمرين فان اختار أحدهما سقط الآخر، وان أسقط أحدهما أثبت الآخر، وان

(١) فى نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١



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

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

### ( القاعدة الحادية عشر بعد المائة )

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

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

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

### ﴿ القاعدة الثانية عشر بعد المائة ﴾

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

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

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

### ﴿ القاعدة الثالثة عشر بعد المائة ﴾

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الأول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحداً من فلان فلا خلاف في ذلك . فمثال مادلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى - فيقابل كل فرد كامل بفرد يقابله إياه الجريبان العرف أو دلالة النمرع على ذلك ، وإما الاستحالة كما سواه أن يقول لزوجتيه ان اكلتهما هذين الرغيفين ، فأتما طالقان ، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفاً طالقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين أو يقول لعبدي ان ركبتهما دابتي كما أو لبستما ثوبي كما أو تقلدتما سيفي كما أو اعتقتما رحبي كما أو دخلتما بزوجتي كما فاتتما حران ، فتى وجد من كل واحد ركب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو ربحه أو الدخول بزوجته ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرف في وفي بعضه شرعي فيتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره في المغنى . ومثال مادلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلتما زيدا أو كلتما عمرا أو فاتتما طالقان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمرا والقسم الثاني : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحمل التوزيع عند هذا الاطلاق على الأول أو الثاني في المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسئلة الظهار من نسائه بكلمة

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

(٢) فى ٧١١ لأن التقسيم

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

(١) الزيادة التي بين المرعيين من نسخة ٧١١ (٢) بياض في ٧١١

البرزاطي (١) عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حلي صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس وبيع كل واحد منهما وحده، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن يبيع المحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي الى الربا لأنه يبيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوي ولا تتحقق مساواته واما مع تمييز الربوي ومعرفة مقداره فانما منعوا [منه] اذا ظهر فيه وجه الحلية (٢) أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح وفسلين أو الف صحاح بالف مكسورة وثوب أو الفاً صحاحاً ودينار بالف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن ابي موسى واما بيعه بنقد آخر أو ربوي من غير جنسه ولكن علة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبنى على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفي جوازه روايتان واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في خلافه المنع وعلوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي الى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المحمولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه اذا أسلم في جنسين لم يجوز حتى يبين قسط كل واحد منهما فان السلم والصراف متقاربان وهذا كله في الجنسين . فاما بيع نوعي جنس بنوع منه ففقيه طريقتان : أحدهما أن حكم نوعي الجنس حكم الجنسين وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً الى توزيع العوض بالقيمة فيؤدي ذلك لها هنا الى تعيين المفاضلة وليس هنا شيء من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل : والثاني الجواز ههنا وهو طريق أبي بكر ورجحه صاحب المغني والتلخيص نظراً الى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع فكذلك في الجنس الواحد، والتقسيم إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وودي، فان المذهب جوازه ولكن ذكر أبو الخطاب في انتصاره فيه احتمالاً بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد ان كان نقداً لم يجوز فان كان ثمراً جاز، والفرق أن أنواع الثمار يكثر اختلافها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما اذا كان الربوي مقصوداً بالعقد فان كان غير مقصوداً بالاصالة وانما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع : أحدها ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كترويق الدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثاني ما يقصد تبعاً لغيره وليس اصلاً

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

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

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

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

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



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

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

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

بخلاف ما اذا سلم الكل قبل القسمة فانه لا يضمن كذا قال القاضى . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضاً : والثانى لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضى فى خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين انما رضيا بحفظها جميعاً فلا يجوز لهما الا انفراد كل وصيين والوكيل فى البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنتين والوصية بالنسبة الى الحفظ خاصة دون التصرف فانه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحمد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عنى بالفى درهم من ثاينى فاخذ كل واحد الفاً فتصدق بها على حدة ليكون اسهل عليهما فلم يربه بأساً . وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التى يقصد الحظ والغبطة والسكسب . قال فى التلخيص ولو وكل اثنين فى المخاصمة لم يكن لو احد الاستبداد بها كالوصيين وو كيلي التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف فى الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى .

وقال [ القاضى ] أيضاً : ولو تعدد المعين فاحتمالان يعنى فى تعدد الصفقة واتحادها ( ومنها ) الضمان فاذا ضمن اثنان دية رجل لغريمه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد فى رواية منها فى رجل له على رجل الف درهم فكفل بها كفيلاً كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر فى التنبيه (١) فيمن قال لرجل الق متاعك فى البحر على أنى وركبان السفينة ضمناً فالقاه ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبى بكر أن هذا من باب التغرير فانه انما القاه ضمناً (٢) منه ان قيمته ترد عليه اعتماداً على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً [ به ] . والوجه الثانى أن الضمان بالحصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضمناً لك ، وكل واحد منا الالف التى لك على فلان فان كل (٣) واحد يلزمه الالف حيثئذ . وأما مع اطلاق ضمان الالف منهم بالحصة وهذا قول القاضى فى المجرى والخلاف وصاحب المغنى وذ كر ابن عقيل فى المسألة احتمالين وبناه القاضى على أن الصفقة تعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده؟ اذا قلنا بصفحة ضمان المبهم يحتمل وجهين والأول أشبه بكلام الأصحاب وشبهه بهذه المسألة

(١) فى ٧١١ فى السفينة واعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) فى نسختنا فان

ما اذا كفل اثنان شخصا لآخر فسلبه أحدهما الى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ إلا بهما كفالتان والوثقتان اذا انحمت احدهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامنين اذا برى (١) احدهما وهذا قول القاضى وأصحابه . والثانى يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين وهو احتمال فى الكافى وقول الأزجى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود الى انها كفالة واحدة والأظهر انهما ان كفلا كفالة الاشتراك فان قالوا كفلا لك زيدا نسلمه اليك فاذا سلبه احدهما برى الآخر لأن التسليم الملتزم واحدهم كإداء أحد الضامنين للمال ، وان كفلا كفالة انفراد واشتراك بان قال كل واحد منا كفيل لك بزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجلين للدين .

واعلم أن عقود التوثقات والأمانات اذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو اجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوثقة والأمانة بكله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التمليكات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل بتعدد الصفقة فيها بتعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون الملك ثابتاً فى عين واحدة للمالكين على الكمال ، وانما يقع التردد فيها بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صور نان : احدهما أن يوصى بعين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلا منهما مستحقاً للعين بكلها ويقع التزاحم فيشتركان فى قسمها ، فلو مات احدهما قبل الموصى أو رد لاستحقها الآخر بكلها : والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فان كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراده حتى لو لم يبق من الطبقة سواه لاستحق الوقف كله هكذا ذكره القاضى والأصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف ضيعة على ولده وأولادهم (٢) وأولاد أولادهم أباداماتنا ساوا فان حدث بواحد منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولد وولده يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ماتنا ساوا وقد وادها هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهم يدخلون مع آبائهم

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

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

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتزل بعد كل ولد الى واده في المعروف عند الأصحاب الأول وهو الذي ذكره القاضي وأصحابه ومن اتبعهم . وحكى الشيخ تقي الدين رحمه الله وجهاً آخر بالثاني ورجحه فعلى الأول يكون من باب توزيع الجملة على الجملة ، وعلى الثاني يكون من باب توزيع المفرد على المفرد ، ويشهد لهذا من كلام أحمد مارواه عنه يوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبيد الله المنادي (١) في رجل أوقف ضيعة على أن لعلي بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها الولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية وان مات علي بن اسمعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك . ثم ان بعض ولد علي بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بنصيبه يدفع الى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت ان مات علي بن اسمعيل دفع إلى ولد ولده انما قال ولد علي بن اسمعيل . قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد علي بن اسمعيل الى ولده فان مات بعض ولد علي بن اسمعيل دفع إلى ولده أيضاً لانه قال بين ولد علي بن اسمعيل وهذا من ولد علي بن اسمعيل فدل هذا الكلام على أصابن أحدهما أن ولد الولد داخل في مسمى الولد عند الاطلاق . والثاني أنه انما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبقة أبيه المشار كين له حيث ذكر [ان] علي بن اسمعيل توفي عن ولد وان بعض ولده توفي عن ولد ونقل الى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشار كين للاب من اخوته ، ووجه هذا أنه لما رتب بين علي ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فكذلك ينبغي أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده وهذا خلاف ما ذكره الأصحاب من الوجهين في كيفية استحقاق ولد الولد اذا قبل بدخوله في مطاق الولد هل يستحق مع الولد مشر كما أو بعد انقراض الولد كما هم مرتبات ترتيب طبقة على طبقة فان أحمد جعله مرتبات ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبدأ أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقاته ، وقد يفرق بينهما بان الوقف ههنا أولاً كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب في استحقاق ولده وولد ولده وليس في طبقة بعد طبقة ولكن سندكر من كلام أحمد في مسألة التدبير ما يحسن تخرج هذا الوجه منه ان شاء الله تعالى ( ومنها ) اذا علق طلاق نسائه أو علق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفي في وقوع الطلاق والعناق مع قطع النظر عن الحث بوجود بعض الصفة فان الأصحاب في الاكتفاء ببعض الصفة في الطلاق والعناق طرفاً ثلاثة ، احدها ان يكتفى بها كما يكتفى بذلك في الحث في البين وهي طريقة القاضي واستثنى في الجامع من ذلك أن تكون

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

الصفة معارضة . والثانية لا يكتفى بها وان اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحث لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول فلا يترتب الأثر الا على تمام المؤثر وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المعنى .  
والثالثة ان كانت الصفة تنفى قطعاً او تبعاً او تصديقاً او تكذيباً فهي كاليمين وإلا فهي علة محضة فلا بد من وجودها بكاملها وهي طريقة صاحب المحرر . والقاضى بفرع على اختياره في هذه المسائل فقال فيما اذا قال لعبيده اذا ادتم الى الفأ فاتم احرار عتق كل واحد منهم باداء حصته ، وكذلك اذا قال لعبيده اذا دخلتم الدار فاتم احرار عتق من دخل منهم لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها فتى أدى واحد منهم عتق هكذا ذكره في باب الكتابة ورده الشيخ مجد الدين وقال هو عندى خطأ يقينا لأن هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة ههنا لم يصح ما قاله القاضى ولم يتفرع على الاكتفاء ببعض الصفة إذ لو كان التفرع على ذلك لعتقوا كلهم باداء بعضهم لبعض الألف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضى وانما يتوجه ما قاله القاضى على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى الى حصته من الألف فهو حر ، وهذا لا تعاق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحمد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات ، فانه نص في رواية مهنا في عبد بين رجلين قال له إذا متنا فانت حر ثم مات احدهما عتقت حصته فقط ، فاذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لانهما كالمعتقين على انفرادهما وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبى موسى وتعليل أبى بكر يدل على أنه جعله من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالوا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتناول القاضى ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة وزده الشيخ مجد الدين بان الصفة انما يكتفى ببعضها اذا كانت في معنى اليمين يقتضى حصاً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدم زيد فلا يكتفى فيه ببعض ، ونقل الاجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وإنما لم يسر الى نصيب صاحبه لأحد أمرين اما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو احدى الروايتين أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعاق العتق على صفة بعد الموت فان في صحته روايتين : احدهما يصح هذا التعاق ولا يعتق منه شئ ههنا حتى يموت الآخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ : والثانية لا يصح هذا التعاق ولا يعتق به شئ من العبد هاهنا لأن كلا منهما علق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد الا بعد موته ، ولكن هاهنا قد يمكن اجتماع موتهما في آن واحد فلا يتوجه

ابطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعده موتى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتيه ان دخلتما هاتين الدارين أو كليهما زيدا وعمروا فانتما طالقتان فكلمت احدهما زيدا والاخرى عمروا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكتفى ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو احد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكتفى في الحث فعلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويتخرج في مسألة التدبير السابقة ان تطلقها هنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الاخرى لأن معنى كلامه من دخلت منكما دارا من هاتين الدارين فهي طالق ويتخرج من هذا القول هاهنا فيما اذا قال لها ان حضمتا فانتما طالقتان وجه أن كل واحدة تطلق بحيض نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليهما بل يكفي ثبوت حيضها في حقها باقرارها . وكذلك في قوله ان شئتما فانتما طالقتان فشاءت احدهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم حلف بطلاق احدهما انها تطلق . ومن العجب ان القاضى لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعاً أو كانت تعليقا محضاً ، ومقتضى قوله ان يطلقها هاهنا معا بوجود حيض احدهما ، ومشيئة احدهما ، والحلف بطلاق احدهما في هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الاربع او قعت يدينكن أو عليكن ثلاث تطليقات فهل تقسم كل طلقة على الاربع أرباعاً ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعاً أو يوزع الثلاث على الاربع فيلحق كل واحدة ثلاثه أرباع طلقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة على روايتين : الاولى اختيار أبي بكر والقاضى : والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب المغنى . قال لأن القسمة بالاجزاء انما تكون في المختلفات كالدور ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فانها تقسم برء وسها ويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلقات ويمكن الاولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تمنع الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء ولهذا قيل في قسمة الاموال المشتركة انها بيع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاهنا بكل واحدة كما لو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد اخر فانه يعتق عليهما من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قال انتن طواقي ثلاثا طلق كلهن ثلاثا ثلاثا نص عليه في رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضى فيه خلافاً لأنه

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

### ( القاعدة الرابعة عشر بعد المائة )

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

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



ويتفرع على ذلك مسائل :

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

### ﴿ القاعدة الخامسة عشر بعد المائة ﴾

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

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

منهما نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حرته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية والوجه الثاني لا يستحقان المال كله لثلاثتوى [حال] حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلا لها حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلا لها ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للأصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار أبيه . وقيل يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم وهو اختيار أبي بكر والقاضي في خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذي ذكره ابراهيم الحربي في كتاب الفرائض واختاره القاضي في المحرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذي حجبته عنه الأم يستحقه كله وإنما يتنصف عايه ماعداه ( ومنها ) ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنتها الأب وقلنا إنه يحجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أحدهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لبيعه ، والثاني يستحق نصفه وله ماخذان : أحدهما أن أم الأب تحجبها عن السدس إلى نصفه فلا أثر لكونها محجوبة كما يحجب ولد الأم الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر ، فان حجب (١) الأم إنما هو بطريق المزاحمة ولا مزاحمة هنا وحجب الأخوة للأم ليس بالمزاحمة فانهم لا يشاركونها في فرضها وإنما وجودهم هو مقتضى لتنقيص فرضها .

والثاني أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لا على الأخرى ، ورد بان ولد الأم يحجبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يحجب عنه بأن ولدا الأم لما كانوا محجوبين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا ( ومنها ) الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال فان حق كل واحد منهم في مجموع وصيته وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة فاذا رد بعضهم توفر على الباقي وان أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجازله القدر الذي كان يأخذه في حال الاجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله ان أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره فيه وجهان ، صحح صاحب المحرر الثاني ومن رجح الأول قال القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم فاذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأمول ما ذكره الخرقى وابن حامد والقاضي والأصحاب فيمن وصى لرجل بعبد قيمته ثلث ماله ولاخر بثلث (١) في ٧١١ : حجب الجدات .

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

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

( منها ) عقود التمليكات المضافة الى عدد فيملك كل واحد منهم بحصته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم هاهنا حالتان : احدهما أن يكون التمليك بعوض مثل أن يبيع من رجلين عبداً أو عبيدين بشئ فيقع الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان لاثنتين عبدان مفردان لكل واحد عبد فباعهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معيناً بشئ واحد ففى صحة البيع وجهان اصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقسمان الثمن على قدر قيمتى العبيدين ، وذكّر القاضى وابن عقيل وجهاً آخر أنهما يقسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخريجا من أحد الوجهين فيما اذا تزوج أربعا فى عقد بمر واحد أو خالعهن بعوض واحد أنه يكون بينهما أربعا وهو هاهنا بعيد جداً لأن البضع ليس بمال محض فكيف سوى به الاموال المبتغى بها الارباح والتكسب وخرجاه ايضا فى الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة فيها معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

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

(١) فى نسختنا استئنافهم والتصحيح عن ٧١١ .

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

### ﴿ القاعدة السادسة عشر بعد المائة ﴾

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

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

( ٣٤ - قواعد )

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

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

### ( القاعدة السابعة عشر بعد المائة )

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

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

(١) في نسختنا : حال الصبي

أوصى الى فاسق وصار عدلا عند الموت فهل يصح الوصية بناء على قولنا لا يصح الايصال الى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهدم بعض بنائها قبل الموت فهل يدخل ملك الانقاص في الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكرك ذلك ابو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبدا فهو حر وقلنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبدا فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين حيث لم يكن مالكا حال التعليق لاكثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلا ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فانه يقع الطلاق بدعيا لا بمعنى الاثم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقا أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الاصحاب فيه خلافا، ولو قال ان قمت فانت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعيا قال في رعاية الانتصار مباح وفي الترغيب بدعى.

### ( القاعدة الثامنة عشر بعد المائة )

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

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



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

### ( القاعدة التاسعة عشر بعد المائة )

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

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

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

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

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

(١) في نسختي الدار : مع اتفائه

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

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

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

إحداهما : اذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقر والمسكنة فانه لا يأخذ الا بالجهة الخاصة نص عليه أحمدو يتفرع على ذلك مسائل ( منها ) اذا وصى لزيد بشيء [ وجيرانه بشيء وهو من الجيران فانه لا يعطى من نصيب الجيران (ومنها) اذا وصى لزيد بشيء وللفقراء بشيء وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص احمد على الصورتين وخرج القاضى فيما نقله ابن عقيل في فنونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الاخذ بجهة الفقر مع العالة (ومنها) لو وصى لأقاربه بشيء ووصى أن يكفر عنه بايمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك في رواية صالح (ومنها) لو وصى للفقراء وورثه فقراء لم يجز لهم الاخذ من الوصية نص عليه في رواية حرب . وقال الوارث لا يصرف في المال مرتين اذا كان وارث لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على ان الوارث لا يحج عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضى على منعه من اخذ الزائد عن نفقة المثل فاما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة .

القاعدة الثانية : اذا اجتمعت صفات في عين فهل يتعدد الاستحقاقها كالأعيان المتعددة المشهور في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور ( منها ) الاخذ من الزكاة بالفقر والغرم والغزو ونحوها ( ومنها ) الاخذ من الخمس باوصاف متعددة ( ومنها ) الاخذ من الصدقات المنذورة والفقير والوقوف (ومنها) الموارث باسباب متعددة كالزوج ابن عم وابن وابن العم اذا كان أخاً لأم بالاتفاق وكذلك الجدات المدليات بقرابتين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدلى بنسبهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنها) في تعليق الطلاق كما لو قال ان كلمت رجلاً [ فانت طالق وان كلمت فقيها فانت طالق وان كلمت اسود فانت طالق فكلمت

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

« تنبيه » اذا كانت الجهة واحدة لم يتعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية اليها كالوصية لقربته اذا أدلى شخص بقرايتين والآخر بقراية واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للاخوة أنه يستوى الاخوة الابوين والاخوة اللاتب والاخوة اللاتم لأن الكل مشتركون في جهة الاخوة فلا تبرة بتعدد الجهات الموصلة اليها .

### ( القاعدة العشرون بعد المائة )

يرجع ذو القرايتين على ذي القراية الواحدة ، وان لم تكن احداهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل :

( منها ) في الاخ للابوين على الاخ اللاتب في الميراث بالولاء رواية واحدة، وخرج ابن الزاغوني في كتابه التلخيص في الفرائض رواية أخرى باشتراكه في مسألة النكاح ( ومنها ) تقديم الاخ للأبوين على الاخ اللاتب في ولاية النكاح في احدي الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغني ( ومنها ) تقديمه عليه في حمل العائلة وفيه الروايتان ( ومنها ) تقديمه عليه في الصلاة على

الجنابة وفيه الروايتان أيضاً ( ومنها ) في الوقف المقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ للائوين على الاخ للائب صرح به القاضى والأصحاب في الوصية ، وعللوا بان الانفراد بالقرابة كالتقدم (١) بدرجة ، وخالف الشيخ تقى الدين في الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الاجنبية عن استحقات الوقف .

### ﴿ القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة ﴾

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

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

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

(١) في ٧١١: مزابل الخ .

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الأعراب يسمون الأبل والغنم الاموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الأرضين فلو أن اعرابيا قال مالي صدقة أليس كنا نأخذ به بابله أو نحو هذا قال القاضي في خلافه فظاهر هذا أنه يرجع الى نيته في ذلك فان أطلق يرجع إلى عرف الاطلاق عند النادر . وقال أحمد أيضاً في رواية صالح اذا قال جاريتي حرة ان لم أصنع كذا وكذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق واذا قال مالي في المساكين لم يدخل فيه جاريتي . قال القاضي فظاهر هذا ان الأمة لا تدخل في عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصاصاً ولا ظاهراً ( ومنها ) لو حلف لا مال له وله مال غير زكوى فقال الاصحاح يحنث واخذه من المسئلة التي قبلها قال ابن الزاغوني في الاقتناع وظاهر كلام أحمد أنه لا يحنث لانه قال في رواية الحربى (١) نحن لانعد الدار والثياب والخادم مالا .

### ﴿ القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة ﴾

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك في مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه أو أهل بيته قال أحمد في رواية ابن القاسم اذا قال لاهل بيتي أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل ان كان يصل عمته وخالته ونقل سندی نحوه . وقال في رواية صالح في الوصية لاهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فان كان لا يصل قرابته من قبل أمه فاهل بيته من قبل أبيه ، واختلف الاصحاح في حكاية هذه الرواية على طريقتين . أحدهما انها رواية ثالثة في قرابة الام خاصة انهم لا يدخلون في الوصية الا ان كان يصلهم في حياته وهذه طريقة القاضي في المجرى . والطريق الثانى انها هي المذهب وان الاعتبار بمن كان يصله في حياته بكل حال فان لم تكن له عادة بالصلة فهي لقرابة الأب وهي طريقة القاضي في خلافه ، ونقل عن احمد أنه لا اعتبار بالصلة ، قال في رواية ابن منصور في رجل وصى في فقراء أهل بيته وله قرابة في بغداد وقرابة في بلاده وكان يصل في حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين في بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكى هذا قول آخر لا يعتبر بمن كان يصل في حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة للبعد والكلام انما هو فيها تركه مع القدرة عليه ، قال القاضي ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه في رجل وصى بصدقة في أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق

(١) في نسختي الدار : الخرقى .



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

### ( القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة )

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل :

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

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

### ﴿ القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة ﴾

هل نخص اللفظ العام بسببه الخاص اذا كان السبب هو المقتضى له ؟ فيه وجهان . احدهما : لا يخصص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضى في الخلاف والآمدى وأبى الفتح الحلوانى وأبى الخطاب وغيرهم ، واخذوه من نص احمد فى رواية على بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال احمد النذر يوفى به . وكذلك أخذوه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً أنه يحنث بتكليمه تغليياً للتعين على الوصف . قالوا : والسبب والقرينة عندنا تعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثانى : لا يحنث وهو الصحيح عند صاحبي المغنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المغنى عزى الخلاف إليها ورجحه ابن عقيل فى عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب ان الصفة لا تنحل بالفعل بحالة البيئونة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضى التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضى فى موضع من المجرد واختاره الشيخ تقي الدين وفرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص احمد انما هو فى النذر والناذر اذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود الى ديارهم التى تركوها لله وان زال المعنى الذى تركوها لأجله فان ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وان كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته ، وهذا احسن وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الاطلاق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فان كان ثم سبب يقتضى اختصاص اليمين بحال بقاء الصفة لم يحنث بالكلام بعد زوالها صرح به فى الكافى والمحرر فهمى كسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

( منها ) لو دعى الى غداء فخلف لا يتعدى فهل يحنث بغداء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضى فى الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحنث (ومنها) لو حلف لارأيت منكراً إلا رفعته الى

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

### { القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة }

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

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

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

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

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا ياء كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وان حلف لا ياء كل ونوى اللحم لم تنفعه نيته لأنه خصص ما ليس في لفظه ، وحمل حنبل اختلاف كلام احمد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف حالين لاعلى اختلاف قولين ، وذكر السامري في فروقه أن المنوى ان كان يرفع مقتضى الحكم بالسكينة كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية الا مع الظلم ، وقد نص احمد في رواية حرب على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالسكينة فهو كالنسخ فلا يصح بالنية الا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فانها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لرافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) اذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدرأ معيناً فنص احمد في رواية أبي داود أنه لا يلزمه ما نواه ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية اللزوم قال وقد نص احمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى في نفسه أكثر مما يتناول اللفظ انه يلزمه ما نواه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل اللزوم فيما نوى في الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافي انه لو حلف ليا كان لهما أو فاكهة أو ليشربن ماء أو وليكمن رجلاً أو ليدخان داراً وأراد يمينه معيناً تعلقت يمينه به دون غيره ، وان نوى الفعل في وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال انت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث ان طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة واكثر فيكون محتملاً للكثرة فينصرف اليها بالنية . ورأيت في كتاب شرح القوافي لابن جنى ان الافعال كلها للعموم وحكاها عن ابى علي وهو غريب ، واما اذا قال ثلاثاً فتطلق ثلاثاً لكن لنا فيه طريقان . احدهما ان ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثاني ان ثلاثاً صالح لايقاع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الايقاع بها كنية الطلاق ويتفرع على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله انت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو ماتت مثلاً في حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما في الترغيب ، وهذا انما يتوجه على قولنا انه اذا قال انت طالق ونوى ثلاثاً انه يقع به الثلاث أما اذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث الا بقوله ثلاثاً بغير خلاف (ومنها) اذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين اذا قال زوجتك بنتي وله بنات ونوبا واحدة معينة ، وان مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضى صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها الى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر اذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة ونوى نقده من المال

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

وأما القسم الرابع : فله صور ( منها ) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه  
الثلاث في الباطن على وجهين . احدهما لا يلزمه وهو قول ابي الخطاب وصاحبه الحلواني .  
والثاني يقع به الثلاث في الباطن وهو الذي جزم به السامري في فروقه وصاحب المغنى واختاره  
صاحب المحرر لأن النية انما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتمال في النص الصريح انما الاحتمال  
في العموم ، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح النية فيما خفى ليس فيما ظهر ( ومنها ) لو قال  
نسأتى الاربع طواقق واستثنى بقوله فلانة فهي كالتى قبلها ( ومنها ) لو قال كل عبد لى حر واستثنى  
بقلبه بعض عبيده، فذكر ابن ابي موسى في صحته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفي كلام  
أحمد في [ مسألة الاشقاق ] ما يدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعة لاستغراق ما يضاف اليه  
إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص في الجملة « تنبيه حسن » فرق الاصحاب بين الاثبات  
والنفي في الايمان في مسائل وقالوا في الاثبات لا يتعاق البر الا بتام المسمى وفي الحنث يتعلق ببعضه  
على الصحيح . وقالوا الايمان تحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهى عن شيء تعلق النهى بحملته  
وأبعاضه واذا أمر بشيء لم يحصل الامتنال بدون الايمان بكامله ، فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا  
ان اليمين في الاثبات لا تعم وفي النفي تعم كما عمت أجزاء المحلوف قال وقد ذكر القاضى في  
موضع من خلافه ان السبب يقتضى التعميم في النفي دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب  
في الايمان وقرره بان المفساد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه انما يجب تحصيل ما يحتاج اليه  
منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلها للاستغناء عنها بالأولى وكلامه يشمل  
التعميم بالنية أيضا حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع أنها كانت في تحريم تعدت بالقياس  
الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجابا لم تعد وذكروا ان هذا قياس المذهب وحكى عن

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

### ﴿ القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة ﴾

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

(منها) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أردھا ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتين (ومنها) لو قذف أباه الى آدم وحواء فنص أحمد في رواية حرب أن عليه حدا واحداً ولم يجعله ردة عن الاسلام لأنه لم يقصد دخول الانبياء في ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الاسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرني به هل يكون يمينا ؟ قال القاضي ليس يمين لأن المشهور تخصيص المعاصي بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندي انه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها) لو قال لعبيده وهم عنده أتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى . ونص أحمد على عتقها في رواية ابن هاني وغيره وشبهها في رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابته اخرى فطلقها يظنها المنادة وقال تطلق هذه بالاجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسالة المنادة فيها روايتين احدهما تطلق المنادة وحدها نقلها منها وهي اختيار الاكثرين كأبي بكر وابن حامد والقاضي فيتعين تخريج رواية في أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المنادة والمجبية وظاهر كلام أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنها يطلقان جميعا في الباطن والظاهر كما يقول في إحدى الروايتين اذا لقي امرأة يظنها أجنبية فطلقها فاذا هي زوجته ان زوجته تطلق ظاهرا وباطنا ، وزعم صاحب المحرر أن المجبية انما تطلق ظاهرا والفرق بينهما وبين المطلقة التي يعتقدها أجنبية ان الطلاق هاهنا

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



فيها من غير عكس .

( القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة )

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

( منها ) إذا حفر واحد برأ عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو ما للمعصوم فسقط فتلّف بالضمان على الدافع وحده ( ومنها ) لو فتح قفصاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنفره بالضمان على المنفرد وحده ( ومنها ) لو رمى معصوماً من شاهق فتلّقه آخر بسيف ففقد به فالقاتل هو الثاني دون الأول . فإما إن لوضرب بطن امرأة فالقتل جنيناً وفيه حياة غير مستقرة فضر به آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني لأن الضارب ليس بمتسبب بل هو مباشر للقتل فذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فأصاب مقتله ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن ما خرق من جلده هذا قول القاضي والاكثرين وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح في بناء ونحوه لأعانتته على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثاني مسائل : ( منها ) إذا قدم إليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص أو الدية ( ومنها ) لو قتل الحاكماً كحداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب والضمان والقود عليهم دون الحاكم ونقل أبو النصر العجلي (١) عن أحمد إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة ثم تبين أن المرجوم محبوب بالضمان على الحاكم وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالعيان فهو كإقرارهم بتعمد الكذب وقد يفرق بان المحبوب لا يخفى أمره غالباً فالإقدام على رجمه لا يخلو من تفريط وبان الشهود قد يشبهه عليهم فلا يتحقق تعمدهم للكذب وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقلنا ينقض الحكم وكان الحق لأدمي بالضمان على المحكوم له وإن كان لله تعالى فله حالتان . أحدهما إن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه . أحدهما الضمان على المزكّين قاله أبو الخطاب وصححه صاحب الكافي والترغيب لأنهم الجأوا الحاكم إلى الحكم والحاكم فعل ما وجب عليه والشهود لا يعترفون ببطلانهم شهادتهم

(١) ابن النصر .

فيتعين احالة الضمان على المزكّين . والثاني الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الشهادات لأنه مفترط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فانها لا تختص بالمحكوم به . والثالث يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكّين والقرار على المزكّين قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود لما ذكرنا من وجه تغريم كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزكّين لاجائهم الحاكم الى الحكم . وحكى عن أبي الخطاب وجه رابع ان الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لأنهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم بخلاف الراجعين عن الشهادة ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود وهذا ضعيف جدا، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية ضمان الشهود من احدى الروايتين فيما اذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساقاً فانهم يحدون على احدى الروايتين وان لم يعترفوا ببطلان قولهم ، وهذا تخريج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها الا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من المشهود عليه الحد أولا، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة بالمال فلا يترتب عليها ضمان الا بعد ان ينشأ عنها غرم ثم يتبين بطلتها أما باقرار الشاهد أو يتبين كذبها بالعيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تزكية فالضمان على الحاكم وحده ذكره الخرقى والأصحاب لتفريطه بقبول من لا تجوز قبول شهادته من غير إجماع له إلى القبول ( ومنها ) المكره على اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان . احدهما أنه على المكره وحده لكن للمستحق مطالبة المتلف ويرجع به على المكره لانه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان بخلاف المكره على القتل فانه غير معذور فلهذا شاركه في الضمان وبهذا جزم القاضي في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وابن عقيل في عمد الأدلة . والثاني عليهما الضمان كالدعية صرح به في التلخيص وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالا وعلل باشتراكهما في الاثم وهذا تصريح بان الاكراه لا يبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام في الودعية وحكى احتمالا آخر ان الضمان على المتلف وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فاكله وهذا ضعيف جدا لأن المضطر لم يلجئه الى الاتلاف من يحال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الودعية الى غير المالك فقال القاضي لا ضمان لأنه ليس باتلاف وكذا ذكره في بعض تعاليقه وصرح به في المجرد مفرقا بينه وبين الاكراه على القتل بان القتل لا يعذر فيه بالاكراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضا وتابع ابن عقيل في الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرى وفى شرح الهداية لآبى البركات المذهب أنه لا يضمّن كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً لأنه افتدى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسئلة الأكره على الأكل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلاف فى أصل جواز تضمين المكره على اتلاف المال وقد ذكر صاحب المغنى فى الايمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً فضمانه على المكره له وقد نص أحمد فى رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمّن لكن هذا أكره على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمّن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكره على الوطء فى الحج والصيام إذا أفسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى مالها أو لا يجب عليها شيء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج . والمكره على حلق رأسه فى الاحرام تجب الفدية على الخالق فى أشهر الوجهين قاله أبو بكر . والثانى على المخلوق يرجع بها على الخالق ذكره ابن أبى موسى وجهاً لأن حلق الشعر كالأتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكره على القتل والمذهب اشتراك المكره والمكره فى القود والضمان لأن الأكره ليس بعذر فى القتل وذكر القاضى فى المجرى وابن عقيل فى باب الرهن أن أبابكر ذكر أن القود على المكره المباشر ولم يذكر على المكره قوداً قالوا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاهنا المكره ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبابكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاهنا غير صالح فى كل واحد منهما لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فإنهما يشتركان فى الضمان والقود على احدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويحبس الممسك حتى يموت (ومنها) أو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها فهل يختص بالضمان الواضع جعلاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعد فالضمان على الواضع وحده وهى من صور القسم الثانى ( ومنها ) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرقها فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد فقتله ، ولو دل حلالاً فالضمان على المحرم وحده وهى من صور القسم الثانى ( ومنها ) لو احرم وفى يده المشاهدة صيد وتمسك من ارساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضى فى المجرى . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ . والثانى الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثانى بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلّف عيناً فى يد من هى مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد او يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى فى كتاب التخريج مسألة الصيد فى حالين صاد أحدهما فى الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه فى يده قبل ارساله ثم يرجع الذى فى يده على القاتل بماغرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالارسال ، وصرح فى (١) أثناء المسألة بان المغضوب اذا أتلّفه متلف فى يد الغاصب كان المالك بخيراً فى المطالبة لمن شاء منهما .

### ﴿ القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة ﴾

إذا اختلف حال المضمون فى حالى الجنائية والسراية . فهانأربعة أقسام :  
 أحدها : أن يكون مضموناً فى الحالين لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السراية أو حال الجنائية على روايتين . والقسم الثانى : أن يكون مهدرأفى الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجنائية مهذرة والسراية فى حال الضمان فتهدر تبعاً للجنائية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجنائية فى حال الضمان والسراية فى حال الاهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين .  
 فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين  
 اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجنائية وابن حامد وجوب دية مسلم ،  
 وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق  
 ارش جرحه حياً فمات ثم أسلم ومات فانتقل مامله الى ورثته المسلمين ذكره القاضى فى خلافه

(١) فى ٧١١ : وخرج من أثناء الخ

وأبو الخطاب في الانتصار ( ومنها ) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على روايتين ، نقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لا بالدية وكذلك ذكره أبو بكر في خلافه ونصره القاضي في الخلاف أيضاً ، ونقل ابن منصور عنه فيمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيناً حياً ثم مات هو حر وعليه دية لأن العتق لا يجب إلا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد ، وحكى عنه القاضي انه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن ابن حامد أوجب دية حر للمولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته . وذكر القاضي في المجرّد احتمالاً بوجود أكثر الأمرين من القيمة أو الدية . وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في الذمي إذا أسلم وجوب دية مسلم وفي العبد إذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على روايتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك فتتبع السراية الجناية ويكون أرشها لمستحق أرش الجناية وهو السيد ، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشتري فالقيمة كلها للأول ذكره القاضي ، وذكر ابن الزاغوني في الاقناع فيما إذا قطع يدي عبد وقيمته الف دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين . أحدهما : أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية . والثاني : يقسم بينهما أثلاثاً لأن للسيد ما يقابل اليدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولاقصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها لانتفاء المكافاة حال الجناية .

« تنبيه » ذكر القاضي في خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب المحرر وزاد أن للسيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وإنما نقل أنه ذكره قول الزهري يضمنه بقيمة مملوك فقال ما أدري كيف هذا ولم يجب بشيء ، وهذا يدل على أنه انكر ضمانه بالقيمة وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله ( ومنها ) لو ضرب بطن أمة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين ، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني فأسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمي على الوجهين ( ومنها ) لو قطع يدي عبد وقيمته الفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمته الف [ فقال القاضي في خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة [ كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين إذا عتق كذلك ها هنا قال وهذا

موضع مجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمته في تلك الحال الفان، ويلتحق بهذا ماذا جرح ذمي خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في المغنى والمحزر. أحدها: الدية على عاقلة حال الجرح وبه جزم في الكافي والمحزر اعتباراً بحال الجنابة. والثاني: على عاقلة ارش الجرح والزائد بالسراية في ماله لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلة. والثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديته حال الرمي والأصابة على ما يأتى ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى مولى أبيه ففى المحزر هو على هذا الخلاف وفي الكافي الدية في ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فن أمثله: ماذا جرح عبداً حربياً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً  
 وأما القسم الثالث فله أمثلة: ( منها ) لو جرح حربياً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان ( ومنها ) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما اذا طرأ الاسلام بعد الرمي وقبل الاصابة ( ومنها ) لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحل أكله لأنه ذكاة في الحل ذكره القاضى ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد ذمي في الحل فتحامل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات في الحرم. قال أحمد ما حسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه ( ومنها ) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمنه أم لا على وجهين ذكرهما في الترغيب لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون في الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضى أنه يضمنه بديه حر، وأما على قول أبي بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال في عدم ضمانه ولهذا خرجه صاحب الكافي على الوجهين في الاعتبار بحال الجنابة أو السراية.

وأما القسم الرابع فله أمثلة: ( منها ) لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً فارتد ثم مات فهل يجب القود في طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما اذا قطع يده عمداً فسرت الى نفسه هل يقتص في الطرف ثم في النفس أم في النفس حسب؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم على وجهين، والمحكى عن أبي بكر أنه يستوفيه الولي. قال في الترغيب أصلهما أن ماله هل هو في أو لورثته وهو ظاهر كلام الآمدى، قال في الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرثه وفي المحرر الوجهان على قولنا ماله فيء ، وأما ضمان طرفه ففيه وجهان أحدهما لاضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهدرة والثاني يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقاً على وجهين المرجح منهما الأول لم يذكر في المحرر سواه ( ومنها ) لو جرح صيدا في الحرم فخرج الى الحل فمات لزمه كمال ضمانه ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما تغليبا لضماني الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر كالمثولد بين ما كول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التي قبلها .

### ( القاعدة التاسعة والعشرون بعد المائة )

إذا تعين (١) حال المرمى أو الرامي بين الرمي والاصابة ، فهل الاعتبار بحال الاصابة أم بحالة الرمي أم يفرق بين القود والضمان أم بين أن يكون الرمي مباحا أو محظورا أم فيه للاصحاب أوجه يتفرع على ذلك مسائل :

( منها ) لو رمى مسلم ذميا أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمي وعتق العبد ثم ماتا فهل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما : لا يجب وهو قول الخرقى وابن حامد وصححه القاضي لفقد التكافؤ حين الجناية وهو حالة الأرسال فهو كما لو رمى الى مرتد فأسلم قبل الاصابة . والثاني : يجب وهو قول أبي بكر وأخذه مما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهما على زيد فأصاب عمرو قال هو عمد عليه القود . فاعتبر الرمي المحظور اذا أصاب به معصوما وان كان غير المقصود . وفرق أبو بكر بين رمى المرتد والذمي بأن رمى المرتد مباح ورده القاضي بان رميه للإمام لا الى آحاد الناس فهو غير مباح لآحادهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضي ويمكن الجواب عنه بانه قصد هناك مكافئا وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئا ، وقد خرج صاحب الكافي وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بغير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فأشبهه ما اذا قصد صيدا وهذا ضعيف لأنه قصد معصوما فأصاب نظيره بخلاف من قصد صيدا ، ولهذا لو قصد صيدا معينا فأصاب غيره حل بخلاف ما اذا رمى هدفا يعلمه فأصاب صيدا فإنه لا يحل أما لو ظن الهدف صيدا فأصاب صيدا فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفا يظنه آدمياً معصوماً فأصاب

(١) في نسختي الدار : اذا تغير .

آدمياً معصوماً غيره لأن أصل الرمي كان محظوراً فهذا الكلام في القود. وأما الضمان فيضمنه بدية حرذ كره الخرقى والقاضى والأكثر ولم يحكوا فيه خلافاً حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة فإنه إنما أصاب حراً مسلماً وتكون بدية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضى (ومنها) لو رمى إلى مرتد أو إلى حربى فأسلم ثم وصل إليهما السهم فقتلتهما فلا قود بغير خلاف لأن دمهما حال الرمي كان مهديراً، وهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه. أحدها وجوبه فيهما قاله القاضى في خلافه والآمدى وأبو الخطاب في موضع من الهداية وعزاه غير واحد إلى الخرقى اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئر الهمما فوقها بعد إسلامهما فإنه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضى وغيره. قال القاضى ولا نسلم أن رمى الحربى والمرتد مباح مطلقاً بل هو مراعاة فإن أسلم قبل الوقوع تبين أنه لم يكن مباحاً. والثانى لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضى في روايته عن أبى بكر فى المرتد وقال لا خلاف فيه فى المذهب لأن رميهما كان مأموراً به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبهه ما إذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربى وأصل هذا الوجه طريقة القاضى فى المجرد وابن عقيل وأبو الخطاب فى موضع من الهداية أنه لا يضمن الحربى بغير خلاف وفى المرتد وجهان، والفرق أن المرتد قتله إلى الإمام فالرامي إليه متعد وهو كالرامي إلى الذمى بخلاف الحربى فإن لكل أحد قتله فرميه ليس بعدوان أما عكسه وهو لما رمى إلى معصوم فإصابه السهم وهو مهديراً كسلم ارتد وذمى نقض العهد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعلمه بين الأصحاب لأن الإصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوماً فإصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فإصابه السهم وقيمه عشرة فإنه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضى وغيره (ومنها) لو رمى الذمى سهماً إلى صيد فإصاب آدمياً وقد أسلم الرامي فقال الآمدى يجب ضمانه فى ماله لأنه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلته المسلمون ولا يجب على عاقلته من أهل الذمة لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والسكافى وكذلك حكم ما إذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه إلى موالى أبيه ولو رمى مسلماً سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل فهل تجب البدية فى ماله اعتباراً بحال الإصابة أم على عاقلته اعتباراً بحال الرمي على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها فى المسئلتين الأولى والثانية وجهان أيضاً أحدهما أن الضمان على أهل الذمة وموالى الام. والثانى أنه على المسلمين وموالى الاب (ومنها) لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم قبل أن يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم إلى صيد ثم



احل قبل الاصابة لم يضمته اعتباراً بحال الاصابة فيما ذكره القاضى فى خلافه فى الجنائيات قال ويجىء على قول احمد فيمن رمى طيراً على غصن فى الحل اصله فى الحرم أن يضمّن هنا فى الموضوعين تغليباً للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما اذرمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحربى اذا أسلم قبل الاصابة اعتباراً بأباحة الرمى، إلا ان يفرق بأن قصد الاحرام عقيب الرمى سبب الى الجناية على الصيد فيه ولا سيما ان قصد الرمى قبل الاحرام لذلك (ومنها) لورمى الحلال من الحل صيدا فى الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد فى رواية ابن منصور فى رجل رمى صيداً فى الحل فاصابه فى الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً فى روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً فى الحل فدخلت رميته فى الحرم فأصابت شيئاً ضمن لأن يده التى جنت. قال أحمد ما أحسن ما قال! وكذلك نص احمد فى رواية ابن منصور فى شجرة فى الحل غصنها فى الحرم عليه طير لا يرمى ولم يفصل بين رميه من الحل والحرم وبهذا جزم ابن أبى موسى والقاضى والاكثرون ولم يذكر القاضى فى خلافه سواه لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضى فى المجرى وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لا يضمّن اعتباراً بحال الرامى ومحله وهو ضعيف ولا يثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضى من رواية ابن منصور فى إباحة الاصطياد بالكلب وارساله من الحرم الى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما فى الحل والآخر فى الحرم فلا ضمان ولا يصح لو جهيز. أحدهما أن النص فى الكلب والكلب له فعل اختياري فاذا أرسله فى الحرم على صيد فى الحل فهو بمنزلة من وكل عبده فى الحرم فى شراء صيد من الحل وذبحه فيه. وهذا بخلاف ما اذا أرسل سهمه لأنه منسوب الى فعله ولهذا فرق احمد فى رواية ابن منصور بين ان يرسل سهمه من الحل الى صيد فى الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمّن وبين أن يرسل الكلب فلا يضمّن لأن دخول الكلب الى الحرم باختياره ودخول السهم بفعل الرامى، ولهذا لو أصاب سهم هذا آدمياً لضمّنه ولو أصاب الكلب آدمياً لم يضمّنه وإلى هذا التفريق أشار ابن أبى موسى حيث ضمن فى رمى السهم فى المستلتين ولم يضمّن فى صيد الكلب إذا أرسله فى الحل فصاد فى الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله فى الحرم فصاد فى الحل فكفى فيه روايتين قال والظاهر عنه أنه لا جزاء فيه ولكن القاضى انما صرح بالخلاف فى الكلب وأبو الخطاب هو الذى طرد الخلاف فى السهم. والوجه الثانى أن هذا النص انما يدل على انتفاء الضمان فيما اذا أرسل سهمه من الحرم على صيد فى الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح الحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فمنهم من جزم بنفى الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس من غير خلاف حكاها فيهما وهو في المبهج للشيرازي. ومنهم من حكى الخلاف فيهما وصحح الفرق وهو صاحب المغنى، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه وهو القاضي في خلافه وأخذ نفى الضمان في الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أنه يضمه. وفي أخذ الضمان من هذا نظر فإن الغصن تابع لمحل معصوم وهو أصل الشجرة الذي في الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير فرماه انسان فصرعه. قال ما كان في الحل فليرم وما كان في الحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ما قال! فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين وليس كذلك فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى الحاقاً للفرع بأصله في الحرم ولم يضمن في الثانية الحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرم وإنما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم لانه في هواء الحرم وهو معصوم بمحله وهو الحرم وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعا لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومنها) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الاصابة فيه وجهان. أحدهما الاعتبار بحال الاصابة وبه جزم القاضي في خلافه في كتاب الجنائيات وأبو الخطاب في رءوس المسائل فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو مجوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل، وقد سبق الخلاف في المحرم. والثاني الاعتبار بحال الرامي قاله القاضي في كتاب الصيد واخذه من نص أحمد في رواية يوسف بن أبي موسى في رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامي قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرع عليه ما إذا رمياه جميعاً فاصابه سهم أحدهما أولاً فأثخنه ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه. قال وقد أوما إليه أحمد في رواية محمد بن الحكم في رجلين رميا صيداً فاصابه جميعاً فإن كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضي معناه إذا كانا رمياه جميعاً بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم اصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى. وما يتفرع على ذلك التسمية فإنها تشترط عند الإرسال ولو سمي بعد إرساله فإن أنزجر بالتسمية وزاد جريه كفى والا فلا نص عليه في رواية الميموني. وقال القاضي في كتاب الجنائيات إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة . وهذا مشعر بانه لو سمي عند الاصابة مع العلم بها الاجزأ .

### ( القاعدة الثلاثون بعد المائة )

المسكن والخادم والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولا يجب فيه الحجج والكفارات ولا يوفي منه الديون والنفقات . نص على ذلك احمد في مسائل :

(منها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هي دار واسعة قال أرجو ان لا يكون به بأس ، قيل له فان كان له خادم قال أرجو ، قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج اليه يعطى ، وقال في رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه .

ويتفرع على هذا : ان العرض الذي لا يباع على المفلس في دينه اذا كان يفي بدين صاحبه ويده نصاب فانه لا يجعل الدين في مقابلته حتى يزكى النصاب بغير خلاف لأنه لا يجب صرفه الى جهة الدين ووفائه منه ، واما ما يباع على المفلس فهل يجعل الدين في مقابلته ويزكى النصاب على روايتين ( ومنها ) الحج قال احمد في رواية الميموني اذا كان المسكن والمسكين والخادم أو الشيء الذي يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لأهله ، وقد يكون المنازل يكرها انما هي قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته وهوته وهوته عياله باع . والضيعة مثل ذلك اذا كان فضلا عن المؤونة باعه . وقال في رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلا يرى أن يبيع ويحج ولا يجب عليه عندي إلا أن يشاء . قال اصحابنا ولا فرق بين أن يكون المسكن والخادم في ملكه أو يده تقدير يدشراهما به في هذا الباب ( ومنها ) المفلس ولا حد فيه نصوص كثيرة أنه لا يباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه في رواية ابى الحارث وابى طالب . واما الخادم فلا يباع عليه اذا كان محتاجا اليه لمن أو أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد في رواية عبد الله وابى طالب وغيرهما ، وقال في رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكنا واسعاً نفيساً أو خادماً نفيساً يشتري له ما يقيمه ويجعل سائرته للغرماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الاصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشتري له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بعين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها  
 أما إذا لم يكن للمفلس سواها وهى عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه وان  
 كان بعده فمضى الكافي يحتمل أن يؤخذ منه لئلا يؤدي الى الحيلة على اخذ اموال الناس (ومنها)  
 الشريك فى عبدا إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخادم فهو معسر لا يعتق عليه سوى حصته  
 ولا يباع ذلك فى قيمة حصة شريكه. قال ابن منصور قات لأحمد من أعتق شقفا فى عبدا ضمن ان  
 كان له مال قال عتق كله فى ماله ان كان له مال، قلت كم قدر المالم قال لا يباع فيه دار ولا رباغ ولم  
 يقيم لى على شىء معلوم. قال القاضى معناه لا يباع مالا غنى له عن سكنائه كالمفلس (ومنها) التكفير  
 بالمال لا يباع فيه المسكن والخادم ذكره القاضى والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى  
 لو كان له ربة نفيسة يمكن أن يشتري بثمانها رقتان فيستغنى بخدمة احدهما ويعتق الأخرى لزمه  
 ذلك، وهكذا الدار والملابس. وأما ان وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج اليه ثم احتاج اليه  
 قبل التكفير فن الاصحاب من جزم هنا بازوم العتق لانه بمثابة من كان مرسرا حال يحنث العتق  
 ثم أعسر قبل التكفير فان العتق يستقر فى ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لأحمد  
 فان كان له دار يبيعها وينفق على ابنه قال لا بد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن  
 نفقة عياله فلينفق عليهم وان لم يكن له فضل ولا سعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بان  
 نفقة القريب لا يباع فيها الا ما يباع على المفلس فى دينه وهكذا ينبغى أن يكون حكم الجزية والخراج  
 والعاقلة. وذكر الأمدى ان من وجبت عليه نفقة قريبه فغيب ماله وامتنع منها ووجد الحالم له  
 عقارا فله يبيعه والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغنى فى نفقة الزوجة والاولاد ولعل  
 المراد بذلك العقار الذى لا يحتاج اليه للسكنى أو أن هذا يختص بالمتنع من النفقة مع قدرته عليها  
 للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

### ( القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة )

القدرة على اكتساب المال بالبضع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضى فى خلافه وفرع عليه

مسائل :

(منها) اذا فلتت المرأة وهى ممن يرغب فى نكاحها لم تجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف  
 (ومنها) انه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لا تمنع من  
 أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان لمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وان كان

يجبر على إجارتها وأخذ أجرتها .

( القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة )

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

( منها ) القوي المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالاكتساب ، وهل له الاخذ للغرم إذا كان عليه دين على وجهين . أحدهما له ذلك قاله القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده فى الزكاة وكذلك ذكره فى المجرى والفصول فى باب الكتابة . والثانى لا يجوز وبه جزم الشيخ مجدد الدين فى شرح الهداية وهذا الخلاف راجع الى الخلاف فى إجباره على التكسب لوفاء دينه كما سئذ كره ان شاء الله تعالى . والاول ظاهر كلام أحمد لأنه اباح السؤال للمكاتب فقال هو مغرم ويباح له الاخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع ان دينه لا يجبر على الكسب لوفائه على المذهب فن عليه دين يجبر على الكسب لوفائه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوي المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب اتقاء الوجوب وان كان قريباً فوجهان . وقال الشيخ مجدد الدين يتوجه على أصلنا فى البعيد ان يجب عليه الحج ان كان قادراً على التكسب فى طريقه كما يجبره على الكسب لوفاء دينه ولكن يمكن بان حقوق الله مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الأدميين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به فى الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفى اجبار المفلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لوفاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضى فى خلافه وكذا ذكر صاحب السكافى وغيره . واما ان لم يكن له حرفة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؟ حتى أبوالخطاب روايتين وخصهما القاضى بغير العمودين وأوجب نفقة العمودين مطلقاً مع عدم الحرفة وفرق فى زكاة الفطر من المجرى بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط فى الابن وغيره الزمانه ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضى فى خلافه وفى المجرى وابن عقيل فى مفرداته وابن الزاغونى والاكثرين بالوجوب . قال القاضى فى خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق فى ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط اتقاء الحرفة للانفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف فى

اجبار المفلس على الكسب لو فاء دينه ( ومنها ) أن الفقير المكتسب هل يحتمل العقل مع العاقلة فيه روايتان ( ومنها ) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

### ( القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة )

يثبت تبعا مالا يثبت استقلالاً في مسائل :

( منها ) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً ( ومنها ) شهادة النساء على اسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتا والدية إن سقط حيا ( ومنها ) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح ( ومنها ) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكلوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . أشهرهما لا يفطرون لثلاثي يؤدي الى الفطر بقول واحد . والثاني بلى ! ويثبت الفطر تبعا للصوم ومن الأصحاب من قال ان كان غيما أفطروا وإلا فلا ( ومنها ) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه امارات تورث ظنا بانفرادها فاذا انضم اليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر ( ومنها ) صلاة التراويح ليلة الغيم تبعا للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضي احتمالا بثبوت سائر الاحكام المتعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعاق به وحلول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم ! اذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الاحكام وان كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عمد الأدلة ( ومنها ) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وان كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل في العمدة أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسئلتين من المسئلة الآتية ( ومنها ) لو حلف بالطلاق أنه ماغصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكاهما القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة والآمدى روايتين وجزم القاضي في المجرى وابن عقيل في الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامري الوقوع وقال صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت الغصب برجلين ( ومنها ) لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها هل يقع الطلاق المشهور الوقوع وبه جزم القاضي في خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبري وأبو الخطاب والأكثرون ويشهد له نص أحمد في رواية مهنا إذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضها طلقنا جميعاً ، وخرج صاحب المحرر فيه وجهاً آخر أنه لا يقع الطلاق من المسئلة التي قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب إذا أخرج نجوم الكتابة فأنكره السيد فأتى المكاتب بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرقى يعتق ولم يحك صاحب المغنى فيه خلافاً وحكى صاحب الترغيب فيه وجهين (ومنها) إذا وقف وقفا معلقاً بموته فإنه يصح على المنصوص في رواية الميموني وذكره الخرقى وقال القاضى لا يصح والأول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليق (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرىء تصح أيضاً لدخولها ضمناً في الوصية نص عليه في رواية المروذى وقاله القاضى والأصحاب وكذلك إبراء المجرور للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هي وصية للقاتل على طرفين فعند القاضى هي وصية للقاتل فيخرج على الخلاف في الوصية ، وعند أبي بكر ليس الإبراء والعفو وصية لأنه إسقاط لامتلاك وقال الآمدى هو المذهب قال وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلى وجهين (ومنها) إذا قال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق بالف فإنه يصح ذكره القاضى وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقتنى فلك على الف فطلقها بانت ولزمها الألف ، قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضى في خلافه ما يقتضى أنه لا يعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت ان طلقتنى فانت برىء من صداقى فطلقها أنه يبرأ من صداقها ويقع الطلاق بانئاً لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التملك لتردد الإبراء بين الإسقاط والتمليك يقع معلقاً في الجملة والسبق فها هنا كذلك (ومنها) إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة ظلمت واحدة منكن فهى طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط . والثاني : يصح لأن الطلاق يقبل التعليق والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً (ومنها) إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك عنى وعلى ثمنه فقال القاضى في خلافه هو استدعاء للعتق والملك يدخل تبعاً وضمناً لضرورة وقوع العتق له وصرح بأنه ملك قهرى حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعى عتقه مسلماً والمستدعى كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سرية عتق الشريك وأولى لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار احد ولا قصده . ويتفرع على ذلك إذا اعتق الكافر الموسر شركاً له من عبد مسلم فإنه يسرى ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركعتي الطواف تحصل ضمناً وتبعاً للحج وان كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً وقد اشار الامام أحمد الى هذا في رواية الشالنجي ( ومنها ) ان الوكيل ووصى اليتيم لهما أن يتبعا بزائد على ثمن المثل ما يتغابن بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضي وغيره ، ولكنهم جعلوا ما أخذوه أن المحاباة ليست ببذل صريح وانما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة أولى ( ومنها ) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدى ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاء وان كان أقرأه أحبلها في ملكه ، وهل يثبت نسب الولد ويرثه أم لا على وجهين . أحدهما انه لا يثبت نسبه ولا يرث به وهو الذي ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل والسامري لأن القرعة لا تدخل لها في الانساب . [ قال القاضي وهذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما اذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما ] (١) والثاني يثبت نسبه ويرث وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص (٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حرية الى الاقرار فاشبهه مالو عينه في إقراره ( ومنها ) لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها أقرع بينهن واخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة ، وتحسب لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام احمد رضى الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضي يعتد الكل باطول الأجلين وستأني المسألة فيما بعد ان شاء الله تعالى ( ومنها ) لو قال الخنثى المشكك أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تبعاً للنكاح ويزول بذلك إشكاله ؟ أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى [ وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لثلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكر وديته فيه وجهان .

### ﴿ القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة ﴾

المنع أسهل من الرفع ، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

( منها ) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع ، وتخليلها بعد تخميرها ممنوع ( ومنها ) ذبح الحيوان الماء كحل يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب ( ومنها ) السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو

(١) ما بين المربعين عن ٧١١ فقط . (٢) في نسختي الدار : صاحب المغنى .



سائر في اثناء يوم من رمضان ففي استباحة الفطر روايتان والاطماف فيه أفضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضي الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر وان نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعجبني أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر في النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار ( ومنها ) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه ففي جواز تحليلها روايتان ( ومنها ) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يبطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة هل يبطل نكاحها على روايتين . ومنعه ابتداء وكذلك في القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح وقوله يوجب ( ومنها ) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها فان سلمت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بعد ذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى في البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضى وأصحابه في مسألة الحجر الغريب ( ومنها ) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه في الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه ( ومنها ) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرفعه بعد حصوله وانما استرق ولد الأمة المسلمة لانه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلموا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لانعدام سببه في الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود في الكفر .

### ( القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة )

الملك القاصر من ابتدائه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضي الله عنه .

فن الأول : المشتراة بشرط الخيار في مدة الخيار وكذلك المشتراة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وان باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال في رواية عبد الله فيمن باع جاريتة على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقربها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا في رواية حرب

وزاد إن اشترطوا إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب الى حديث عمر حين قال لابن مسعود وكذلك نقل مهنا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى امة بشرط لا يقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار اليه هر مارواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها أن باعها فهي لها بالثمن الذي اشترأها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا يسكنها وفيها شرط. قال حنبل قال عمى كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز الا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها لأنه شرط لامرأته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانيء على منع الوطء في الامة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً في رواية ابن منصور على منع وطء بنت المدبرة دون أمها وكاع (١) الاصحاح في توجيهه والا أمر فيه وواضح على ما قررناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف امها، وكذلك نص على المنع من وطء الامة المملوكة بالعمري وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على ان الملك بالعمري قاصر ولهذا نقول على رواية اذا شرط رجوعها اليه بعد صح فيكون تملكاً مؤقتاً، ومن ذلك الامة الموصى بمنافعها لا يجوز للوارث وطئها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخله في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمسكابة اذا اشترطوا وطئها في عقد الكتابة والموجرة والجانية. وأما المرهونة فانما منع من وطئها لوجهين. أحدهما انه يفضى الى استيلاها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن. والثاني ان الراهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتهن ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.

### ﴿ القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة ﴾

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟ ان كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالامة المشتراة اذا ملكت بعقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وان كان لغير ذلك من الموانع فهو نوعان. أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهي على ضربين. ضرب يمتنع فيه جنس الترفه والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالا حرام القوى وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف. وضرب يمتنع فيها الجماع وما أفضى الى الانزال فلا يمتنع بما بعد افضاؤه اليه من (١) كاع الاصحاح: بمعنى اختلفوا والسكوع تعوج اليدين من قبل الكوع.

الملامسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحليل والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثاني غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان في المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى يمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة ( ومنها ) الظهار يحرم الوطء في الفرج وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان أشهرهما التحريم ( ومنها ) الأمانة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطئها وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضي في المجرد الجواز ( ومنها ) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفي مقدمات الوطء وجهان ( ومنها ) الجمع بين الأختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما إذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

### ( القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة )

الواجب بقتل العمد هل هو القود عيناً أو أحداً من إمام القود وإمام المدينة ، فيه روايتان معروفتان ويتفرع عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والعفو عنه ، والصلح عنه .

« القاعدة الأولى » في استيفاء القود فيتعين حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عيناً فلا يكون الاستيفاء تفويتاً للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تفويت للمالك أم لا ؟ على وجهين ، ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقصص الراهن من قاتله بغير اذن المرتين فهل يارمه الضمان للمرتين أم لا على وجهين . أشهرهما اللزوم نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [ قالوا ولا يجوز له القصاص بدون إذن المرتين ] لأن الواجب كان أحداً من مرتين فاذا عينه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرتين وقد كان تعلق حقه برقبة العبد المرهون فيتعلق بيده الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فيضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر وقال القاضي والأكثرين بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني اذا أعتقه علماً بالجناية . والوجه الثاني لا يارمه ضمان وصحبه صاحب المحرر لأن المال انما يتعين (١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرتين لا يارم ولهذا لم يارم المفلس أخذ المال اذا جنى عليه جناية

(١) كذا في نسختي الدار وفي أصلنا انما يتعلق .

توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئاً مع تعلق حقوق الغرماء بأعيان ماله وليس له مال آخر يغرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فإما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فإما ان قلنا الواجب القود عيناً فإما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضى وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عيناً ، وعللاً بأنه انما فوت على المرتهن اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم جدت الشيخ محمد الدين صرح بهذا البناء الذى ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرقة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاخثاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا؟ يخرج على المرهون (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل للمالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا؟ صرح القاضى فى خلافه بالمنع كالرهن سواء وهذا يتخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم يبطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جملاً للوصية بالمنفعة كالمهبة التى لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضى فى خلافه قياس المذهب قول أبى بكر فى منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكاً فهو كقتل الراهن المرهون بقصاص استحقه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكاً له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون اذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً فان كان فى المال ربح فيها شريكاً وليس لأحدهما الافراد بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضى وابن عقيل فلو اقتص رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

«القاعدة الثانية» فى العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان [أحدهما ثبوت الدية على الروايتين] وهى طريقة القاضى . والثانية بناؤه على الروايتين [

فان قلنا موجهه أحد شيئين ثبتت الدية والالم يثبت شيء بدون تراض منها وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضاً في المضاربة ، فيكون القود باقياً بحاله لأنه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجهه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال على كل قول لأنه بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طلق احدها فانه يتعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختيارا له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعا وليس له اختيارهما جميعا بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع ممن على المشهور .  
الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى غير مال مصرح بذلك فاننا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الامر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعاً ، فان كان بمن لا تبرع له كالمفاس المحجور عليه والمكاتب والمريض فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي المحرر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتدين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده وأما إن أسقطهما في كلام واحد متصل سقطا جميعاً من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختياراً منه نقول لترك التملك فلا يدخل المال في ملكه (١) ، اذا تقرر هذا فهل يكون العفو تفويتاً للمال ان قلنا إن الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتاً للمال (٢) فلا يوجب ضمناً صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في الكافي بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق بيان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التاخيص ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدمه ولم يذكر في الضمان اذا اقتص خلافاً ، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلا بل فات عليهما جميعاً ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برىء ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما اذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجاناً ففي الكافي هو كالعفو عن المال فان كان مجوراً عليه لم يصح وإن كان واهياً ففيه ثلاثة أوجه .

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا تقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدها لا يصح وهو اختياره اعنى صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس . والثاني يصح ويؤخذ منه القيمة تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التاخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً مكانه فإذا زال الرهن ردت الى الجاني وهو قول القاضى وابن عقيل ، وأما على الوجه الثانى الذى - كيناه فى أصل المسألة فى صحة عفو المفلس والمرضى فيما زاد على الثالث وللورثة ونحوهم فيخرج فى الضمان وجهان كالاقتصاص اذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويتخرج على هذا الاصل مسائل :

( منها ) عفو الراهن عن الجناية على المرهون وتد ذكرنا حكمه مستوفى ( ومنها ) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود هجانا فالمشهور إننا قلنا الواجب القود عيناً صح وان قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال وعلى الوجه الآخر الذى قيل إنه المنصوص يصح ، وعلى طريقة من حكى الضمان فى المرهون ، وان قلنا الواجب القود عيناً يخرج هاهنا مثله ( ومنها ) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس ( ومنها ) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك ( ومنها ) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثالث كذلك ( ومنها ) اذا عفى الوارث عن العبد الجانى على العبد الموصى بمنفعته هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما فى الترغيب والأظهر تخريجهما على أن - ق صاحب المنفعة هل سقط بالاتلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفوهُ فى قدر قيمة المنافع لانها ملك للغير اذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجانى على العبد المستأجر لأن الاجارة تفسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الاجرة ( ومنها ) اذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك على هذا الاصل ان قلنا الواجب القصاص عيناً فلم يجب بهذه الجناية مال فلم العفو ولا سيما على قولنا ان ملكه قبل القبول لهم ، وان قلنا الواجب القود عيناً فى المرهون يخرج هاهنا مثله ( ومنها ) العفو عن الوارث الجانى فى مرض الموت عن دم العمد ان قلنا الواجب القود عيناً فهو صحيح وان قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضى فى خلافه فى مسألة الواائف على الوارث فى المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تذهبان » أحدهما : لو أطاق العفو عن الجانى عمداً فهل يتنزل عفوهُ على القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ونص عليه أحمد رحمه الله فى رواية مهنا . والثانى ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العاقبى بارادة

الدية مع القود . والثالث يكون عفرا عنهما إلا أن يقول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه . وفي الترغيب ان قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وان قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص في أصح الروايتين والأخرى يسقطان جميعاً . « الثاني » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية ان قلنا الواجب هو القصاص عيناً فله تركه الى الدية وان قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب . أحدهما نعم ! وهو قول القاضي وابن عقيل ولأن أكثر ما فيه أنه معين له النصاص فيجوز له تركه الى مال كما اذا قلنا هو الواجب عيناً . والثاني لا ! وهو احتمال في الكافي والمحزر لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ما اذا قلنا أن القود هو الواجب عيناً لأن المال لم يسقط باسقاطه ويجب ان هذا بان الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحاة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجناية ، فان قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها اذ الدية غير واجبة بالجناية وكذلك اذا اختار القود أولاً ثم رجع الى المال وقلنا له ذلك فان الدية سقط وجوبها وان قلنا أحد شيئين فهل يكبرن الصلح عنها صلحاً عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

( منها ) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا ؟ قال أبو الخطاب في الانتصار لا يصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحاة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها الا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذاراً من ربا النسبته وربا الفضل ، وأطلق الا كثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل . قال في المغني لا أعلم فيه خلافاً وصرح السامري في فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية . وان قلنا الواجب أحد شيئين وعمل بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة . وأما القود فقد يقال انما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرد المعاوضة في عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه انما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمدة بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا إن قلنا الواجب القود عيناً فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبي بكر والقاضي والا أكثرين خلافاً لابن حامد ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالي إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغني والتلخيص

وكذلك السامري في المستوعب وهو خلاف ماقرره في الفروق ، ويتوجه على قول من قال الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهاً الأولان وهو وقف على اطلاق الاكثرين ( ومنها ) لو قتل عبده (١) عبداً من مال التجارة عمداً فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضي في التخريج أنه إن قلنا الواجب القصاص عيناً لم يصير المال المصالح به للتجارة الا بنية (٢) وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وان قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كئمن المبيع ، وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ ، وهذا منزل على أن الصلح وقع على المال أما إن قيل إنه واقع عن القود فقد يقال كذلك لأنه بدل عن العبد وقد يقال لا يصير للتجارة إلا بنية وظاهر تعليل القاضي يدل عليه لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجاني من اراقة دمه بخلاف ما اذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية فانه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول . وذكر القاضي وابن عقيل في المضاربة اذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً فصالح عنه بمال من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة فهو كائمن ولم يبنياه على الخلاف في موجب العمد اذ هو بدل عنه بكل حال فلا حاجة هاهنا الى نية ولكن قد يبنى على ما ذكرناه من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية يحتمل عنده أنه متى قلنا القصاص يجب عيناً أن المضاربة قد بطلت ويكون جميع ما صالح عنه للسيد مسلماً جديداً .

### ﴿ القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة ﴾

العين المتعلقة بها حق لله تعالى أو لآدمي ، اما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فان كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والاتلاف بكل حال ، وان لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالاتلاف ان كان مستحق موجود والا فلا ، أما الأول فله أمثلة : ( منها ) الزكاة فاذا قلنا تتعلق بالعين على المشهور فانها لا تسقط بتلف المال ويجب ضمانها ( ومنها ) الصيد في حق المحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء . وأما الثاني فله أمثلة كثيرة : ( منها ) الرهن يضمن (١) في ٧١١ : عبد عبداً . وفي ٧١٢ . لو قتل عبداً من (٢) من هنا الى قوله كقتل الخطأ عبارة أصلنا ويقابل ذلك في ٧١١ [بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وان قلنا أحد شيئين وهو مال التجارة بغير ركين وعلل بأنه عوض عن المقتول] وفي ٧١٢ . هكذا [وعلل بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وعلل بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ وان قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كئمن المبيع ]



بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتلف (ومنها) العبد الجاني  
 اذا أعتقه سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرث الجناية مطلقاً أو بأقل الأثرين منه ومن قيمته على  
 روايتين ذكرهما القاضى فى المجرى وأنكر فى الخلاف رواية الضمان بالأرث مطلقاً قال لأنه أتلف  
 محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداءه فانه مع بقائه قد يرغب فيه راعب  
 فيبدل فيه ما يستوفى منه الأرش كله فلذلك ضمنه بأرث كله على رواية ونقل عنه ابن منصور  
 انه اذا علم بالجناية ضمنه بالأرث كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء  
 عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتله المالك لزمه قيمته للمعنى عليه ذكره القاضى فى خلافه وان  
 قتله اجنبى ففى الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى فى كتاب الروايتين والامدى  
 روايتين . احدهما يسقط الحق قال القاضى نزلها مهنا لغوات محل الجناية . والثانية لا تسقط نقلها  
 حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى فى المجرى فيتعلى الحق بقيمته لأنها بدله فهو كما لو مات  
 القاتل عمداً فان الدية تجب فى تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطالب  
 الجانى بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلا عمداً ثم قتل القاتل قال احمد فى رواية ابن ثواب فى رجل  
 قتل رجلا عمداً ثم قتل الرجل خطاهم الدية قيل له وان قتل عمداً قال وان قتل عمداً فقيل له فان قوماً  
 يقولون انه إذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياء بالخيار  
 ان شاؤا قتلوا وان شاؤا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعينت الدية فى تركته وعال بان  
 الواجب بقتل العمداً حد شيتين وقد فات أحدهما فتمين الآخر . وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا  
 قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقي الدين  
 وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معسراً كان أو موسراً وسواء قلنا  
 الواجب القود عيناً أو أحد شيتين لأن الدية انما تجب بأزاء العفو وبعد موت القاتل لا عفو  
 فيكون موته كموت العبد الجانى والعجب من القاضى فى خلافه كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء  
 المقتول الأول يخبرون فى القاتل الثانى بين أن يقتصروا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب  
 المحرر فحكاه رواية ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً فى  
 خلافه الدية واجبة فى التركة سواء قلنا الواجب أحد شيتين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل  
 على خلاف ذلك كما رأيت وكذلك نص عليه فى رواية ابن القاسم فى الرجل يقتل عمداً ثم يقدم  
 ليقاد منه فىأتى رجل فيقتله قال الولي الأول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم  
 فنظر الى اولياء هذا المقتول الثانى فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يعود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحمد وقال إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله ان كان له مال لأنه مخير ان شاء أخذ الدية وان شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية في ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت محل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني والأصحاب وجهان فيها إذا قتل الجاني بعض الورثة حيث لا ينفرد بالاستيفاء هل الباقي حصته من الدية في مال الجاني أم على المقتصص على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتصص بما فوق حقه ، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البينة عند الحاكم فامر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل ماللحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما ان قلنا الواجب بقتل العمدة القود عيناً (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا (١) عن واجب في الذمة فإن أتلفه أو تلف بتفريطه فدليه ضمانه بمثله لأن مستحقة موجود وهم المساكين وان تلف بغير تفريط فلا شيء عليه ، ونزل القاضي في خلافة ، وأبو الخطاب في انتصاره [ وابن عقيل في عمده رواية ] بوجوب الضمان كالزكاة واخذوه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فعطب دون محله فعليه مكانه ، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى انما هو في الواجب في الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمه على الروايتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه احمد لجزءه عن المنذور ، وان قتله السيد فهل يلزمه ضماه على وجهين . أحدهما لا يلزمه قاله القاضي وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الاحكام والمصرف للعبد فاذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثاني يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمة في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاة اذا حصل من المعتق في الكفارة صرف في الرقاب والولاة أليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات واذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه ، ولو أتلفه اجنبي فقال أبو الخطاب لسيد القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق وخرج بعض الاصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فإن قيمته له اذا قتل . (٢)

(١) في أصلنا: عن واجب في الذمة (٢) كذا في أصلنا وفي ٧١١ . وفي ٧١٢ ولهذا : لو وصى بعبد فقبل قوله فإن قيمته له اذا قتل (ولعله الصواب) .

### ﴿ القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة ﴾

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدرأ بالشرع وبعضها غير مقدر به ، فهي ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه بحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض . مع العصابات في الميراث فهنا تد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثاني ان يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر ، وكولا الى الرأى والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه الا يراد الحق الذي لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

( منها ) الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز ان يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفي وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفي حق العبد خمسين الا سوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدا مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال في المعنى ويحتمله كلام أحمد والخزقي . وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبي بردة (ومنها) السهم من الغنيمة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لأدى سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر . النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرأ شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به فهل هو كالمقدر أم لا ؟ ان كان محلهما واحدا لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف وان كان محلهما مختلفا فالخلاف في باوغ المقدر ويجاوزته فالاول كالحكومة اذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفي بلوغه وجهان والثاني كدية الحر مع قيمة العبد فاذا جاوزت قيمة العبد فهل تجب القيمة بكاملها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينقص منها على روايتين ، وقد يخرج عليهما جواز باوغ الحكومة الارش المقدر مطلقا .

### ﴿ القاعدة الأربعون بعد المائة ﴾

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له المانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويتخرج على ذلك مسائل :

( منها ) اذقتل مسلم ذميا عمدا ضمنه بدية مسلم ( ومنها ) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نص عليه وقيل يخص ذلك بالثمر والسكر ( ومنها ) الضالة المكتومة يضمن بقيمتها مرتين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور معللا بان التضعيف في الضمان هو لدرء القطع وهذا

متوجه دلى أصله فى قطع جاحد العارية ( ومنها ) او قلع الأذور دين الصحيح فانه لا يقتصر منه وتلزمه الدية كاملة نص عليه ( ومنها ) الصغير اذا قتل عمداً وقتلنا ان له عمداً صحيحاً ضعيف عليه الدية فى ماله ( ومنها ) السرقة عام المجاعة قال القاضى فى خلافه يتضاعف الغرم فيها من غير قطع على قول أحمد لأنه احتج فى رواية الأثرم بحديث عمر فى رقيق حاطب ( ومنها ) السرقة من الغنيمة اذا قلنا هى كالغلول وان الغال يحرم سهمه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقة مع حرمان سهمه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر. وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذى الرحم عمداً لأن القصص فيه قد يكون واجبا فى ذير الابن وانما هو لزيادة جرمة الجنابة فهو كالتضعيف بالقتل فى الحرم والاحرام .

### ( القاعدة الحادية والأربعون بعد المائة )

اذا أتلف عينا تعاقبها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها الى مدة معلومة فلزمه ضمانها بقيمتها فى ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها دلى صفاتها فى ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجهين ، ويتخرج على ذلك صور :

( منها ) لو ترك الساعى زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابساً لارطبا على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطبا ( ومنها ) لو أتلف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه باكثر القيمتين من يوم الاتلاف أو يوم النحر، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبياً، وفى الكافى يضمنها باكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الاراقة والتفرقة بعد لزومه فإلزمه ضمانها كما لو أتلف شينين قال ويشترى بالقيمة هدياً ويحتمل أن يتصدق به ، ويأتحق بهذا ما إذا أكل المضحى جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فانه يضمنه بمثله لحماً نص عليه فى رواية ابن منصور، لانزومه الاراقة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فلزمه ضمانه ولو أتلفه غيره فعليه قيمته لأنه لا يازمه الاراقة فلزمته القيمة ويشترى بها مثله .

### ( القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة )

مازال من الأعيان ثم عاد باصل الحلقة أو بصنع آدمى هل يحكم على العائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد فى مسائل :

(منها) لو قاع سنه أو قطع اذنه فأعاده في الحال فثبت واتحتم كما كان ولم يرح فهل يحكم بطهارته أم لانص احمد على طهارته اذا ثبت واتحتم وعلى نجاسته اذا لم يثبت وحكى القاضى المسألة على (١) روايتين ، وفرق ابن أبى موسى بين أن يثبت ويأتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة اليه وهذا بخلاف ما اذا لم يثبت وهذا حسن . فان كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا قود فيه ولا دية سوى حكومة نقصه واختاره أبو بكر وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضى حقه بحاله فأما إن اقتصر من الجاني فأعاده واتحتم فهل للقتل نص ثانياً أم لا نص أحمد في رواية ابن منصور على أن له اباتته وعلل بأن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضى في المجرد ليس له ذلك (ومنها) او قاع ظفر آدمى أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فاذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب لأن أطراف الأدمى لا تضمن بالانكلاف اذ ليست أهوالاً فإما يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحررة على وجه لنا وقد ذكرنا في الجارية المغصوبة اذا هزلت عند الغاصب ثم سميت فهل يضمن نقصها على وجهين والاشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص في رواية ابن منصور فيمن كسر خالخاله غيره ان عليه اصلاحه وبينهما فرق فان اصلاح الخالخال نوع ضمان بخلاف عود السمن ولكن صرح صاحب التلخيص بانه لو غصب جداراً فنقضه ثم أعاده فعليه أرش نقضه الا أن هذا بناء على أن الواجب الأرش فالبناء عدوان ولا يسقط به الواجب . وكذلك ذكر القاضى فيما اذا باع الغاصب الدار المغصوبة فنقضها المشتري ثم بناها أن على المشتري ضمان قيمتها مبنية ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم اذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد ففى ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الاحرام ثم نبت فهل يضمنه على وجهين اتردد ضمان صيد الحرم ونباته وصيد الحرم بين ضمان الأهوال اذ هي أهوال في الجملة وبين ضمان الأدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والاشبه أن صيد الحرم ونباته واجب بالأده بين لعصمته بحمله بالنسبة الى جميع الناس بخلاف صيد الحرم فان تحريمه يختص به فهو شبيه بالأهوال المماوكة التي تحمل للمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاره حائطاً لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فهل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون اذن لان الثاني غير الأول فلم تتناوله الاعادة والصالح ذكره القاضى وابن عقيل في العارية والثاني له ذلك ان أعاده بالته العتيقة والا فلا وحكى عن القاضى

(١) في أصلنا : فحكى القاضى في المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقا بعقد صالح فله الوضع بكل حال وجهاً واحداً (ومنها) إذا أجره داراً فانهدم جدارها فأعادته المؤجر فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله أن جدد فلا خيار له ، وحكى وجهاً باجباره على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعادلاً لها العتيقة أو غيرها كما في التي قبلها (ومنها) مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاده أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . إن أعاده بآلة جديدة لم يعد وإن كان بآلة العتيقة فوجهان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بدار فانهدمت فاعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعود البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها إن أعادها بآلة القديمة ، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت ، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) إذا تهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام فهل يمكنون من أعادتها على روايتين معروفتين ، بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو انشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة منهدة تقرر فهل يجوز بناؤها ؟ فيه طريقان . أحدهما المنع منه مطلقاً والثاني بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة .

### ﴿ القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة ﴾

يقوم البديل مقام المبدل ويسد مسده ويبني - كما على حكم مبدله في مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) إذا مسح على الخف ثم خلعه فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فاتت الموالاة لأن المسح كمال الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع فإذا وجد الخلع وتعقبه غسل القدمين فالوضوء كالتواصل . وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم للباقي ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يازمه إلا غسل باقي الأعضاء وهو ظاهر ما ذكره الشيخ مجد الدين في شرح الهداية لكنه بناء على سقوط الموالاة للعدر (ومنها) لو افترق ائتمار فان شتم واحد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل ينتقض الصرف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بثلاثين انعقدت الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب ، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا في ابدال أحد النقيدين بالآخر فان فيه روايتين وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية بالبناء في الابدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف ما لو باعه بضمن و ذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا على روايتين، وانكر القاضى ذلك وقال هي بيع بلا خلاف وانما أجاز أحمد ابدال المصحف بمثله لأنه لا يدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به بعوض دينوى بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحى بما ينتفع به في البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت (ومنها) ابدال الهدى والأضاحى بخير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك ابدال الوقف اذا خرب والمسجد اذا بادأهله، وفي الوقف مع عمارته بخير منه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما في التاخيص وغيره وأشار اليهما القاضى وابن عقيل بان كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وان قلنا لا يصح فخرجهما القاضى على وجهين. قال في التلخيص ان قلنا هو ابتداء فلا يصح وان قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراه وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع اليه بخلاف الابتداء أما اذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وراثته وكان المال عرضاً فهو كالا ابتداء وجهاً واحداً قاله القاضى والا كثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فإنه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده معيباً فرده فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق أم يرتفع العتق برده على وجهين وبناء بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يعتق المكاتب على وجهين (ومنها) أن العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا على وجهين.

### ( القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة )

فيما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهي نوعان: حقه وحق عليه .  
فاما النوع الاول فما كان من حقوقه يجب بموته كادية والقصاص في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل اليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقترن بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين الى أن مطالبة بالقصاص توجب

تحتّمه فلا يتمكّنون بعدها من العفو وما كان واجباً له في حياته ان كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحمد في أكثر الروايات وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بحكم الارث عند القاضي ، وقال ابن عقيل فيما قرأته بخطه انما يستوفى للبيت بمطالبته منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبنى على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحمد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ذكره القاضي في خلافه (ومنه) الأرض الخراجية التي يده لأن هذا حق قد احدثه وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها (ومنه) حصة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشترطه لها في العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغنم ان سلناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للغنيمة وانما جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والغنيمة تابعة، وأمان لم يكن يطالب به فهو ضربان . أحدهما : حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالقصاص وحد القذف ففيه قولان في المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج في ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث مطالبته على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحمد أحدهما : أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبته به ولو علمت رغبته من غير مطالبة لكفى في الارث ذكره القاضي في خلافه . والثاني أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا لإنها على الفور ، فعلى هذا لو كان غائباً فلهم المطالبة وليس لهم ذلك على الأول ونقل عنه أبو طالب (١) اذا مات صاحب الشفعة فولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفي (٢) ارثها في رواية مهنا وغيره وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بآرثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً صرح به القاضي وظاهر كلام [أبي الخطاب] تخريج الخلاف فيه وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثابتة للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه او هو ثابت لاستدراك الظلم والجور ، وعلى هذا هل هو أمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) في ٧١١ : أبو الجارث (٢) فيها : ببقاء إرثها .



فاذا لم يفعله سقط أو هو مأمور به لحق بقية الأولاد المظلومين فيثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهته؟ (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيما دون النفس وظاهر كلام أحمد كما قدمناه أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضى والاكثرين أنه يستوفى وعللوا بأنه يسقط الى مال فهو كخيار الرد بالعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصوص عن أحمد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضى والاكثرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقى يثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقرابته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له. قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقى وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس في النص ما ينفيه صريحا ورواية ابن منصور بالبطلان لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثانى: حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الاموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فان الحرقى فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الاملاك ولهذا لا تجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الرهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لأنه توثيق فهو كالشهادة وعلله القاضى بأنه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات وله دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين فى حياته فإنه يفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه فى رواية منها لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل فى أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضى فى خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث؟ والمشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار الثابت بفوات الصنة المشروطة فى العقد مثله ذكره القاضى أيضا معللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضى فى كتاب الترخيب أن من باع سلعة الى أجل ثم مات المشتري فاشترها البائع من وارثه بائنا من الثمن لم يحز لأن الوارث يملكها على

(١) فى نسختي الدار: بالارث مطلقا (٢) فى أصلنا: لمورثه الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني : الحقوق التي هي على الموروث ، فإن كانت لازمة قام الوارث مقامه في ايفائها وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في امضاءها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيا ( ومنها ) إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كاللحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا . ولو فعلها عنه أجنبي بدون اذنه ففى الاجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال فى المغنى ان أعتق فيها الأجنبي لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام الموروث فى ماله واداء واجباته ، وفى البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجنبي فلا يصح عتقه عنه وفى صحة اطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه فى الذبح

« تنبيه » : كثير من الأصحاب يطاق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالأقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصابة ، فاما الوارث بالشفعة فيدخل فيه العصابات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصابة وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة ( ومنها ) إذا مات الراهن قبل اقباض الرهن الذى لا يلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه فى اختيار التقييض والامتناع ذكره الأصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور وأبى طالب (١) لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلا يبطل فى الموت كالباع فى مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن فى المضاربة خلافا سبق ( ومنها ) إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه فى ذلك كالأرهن قاله أبو الخطاب والثانى يبطل وهو المنصوص فى رواية ابن منصور واختيار ابن أبى موسى وقاله القاضى وابن عقيل فى الهبة فى الصحة ، وأما العطية فى المرض إذا مات قبل اقباضها فجعلوا الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

(١) فى ٧١١ : وأبى الخطاب

( القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة )

المعتدة البائن في حكم الزوجات في مسائل :

(منها) أن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منعه فلم يعمل في المنع مادامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت في عدة أختها البائن ، والخامسة في عدة الرابعة تنزيلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن العدتين من رجلين (٢) لا يتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها تمت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة كما لا يحبس عليهما في نكاح واحد ، وإن كان لواطىء بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لا تحل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ مجد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين (ومنها) لو طاق المدخول بها إطلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين في الرجعية إذا رجعت أو طلقت في العدة قبل الإصابة هل تبني أو تستأنف وهو المذكور في المجرد والفصول والمحزر . والثاني تبني هنا رواية واحدة وهو ما في تعابق القاضي وعمد الأدلة لانقطاع النكاح الثاني عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة الميراث فنص أحمد في رواية البرزاطي على أنها ترث ما لم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها وحكى القاضي عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ما حكمهم أو على ملك الموروث ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل والإلا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز. وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً ، وعنه لها النفقة والسكنى حكاهما ابن الزاغوني وغيره مطلقاً وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

(١) في أصلنا من رجل ، وعلى رجل .

﴿ القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة ﴾

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور:

(منها) ان في اباحتها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الأيلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المدة ثلاثاً زوجاً آخر نفى بها ثم طلقها وقبضنا تجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الترغيب (ومنها) اذا عاقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل تاحق بمطالقتها أم لا؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبي من طفلها (١) هل تعود الى حضنته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تتمقل الى عدة الوفاة أو تعدت باطولهما على روايتين (ومنها) أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالميتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضى في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

﴿ القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة ﴾

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع:

(منها) الميراث (ومنها) الدية (ومنها) انعقبة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة (ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعثق رجل في الفدك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبي موسى في المسئلة روايتين . احدهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والامة في ذلك سواء (ومنها) عطية الأولاد في الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً وهو نصف الشهر .

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة ﴾

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق ارثه سقط به، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مستثان: احدهما ، ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها لأنهم يرثون بالأخوة

(١) في أصلنا وفي ٧١٢: متى طلقها وفي نسختي الدار: هل تعود الى حضنتها منه

لا بالأئمة . والثانية الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة  
لا ميراث جد .

### ﴿ القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة ﴾

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في احكام :

(منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض ولا عصبية ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الاصحاب من بناهما على هذه القاعدة ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصبية وارث أم لا ويتعلق بهذا اذا أقر الامام بنسب من لا يعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل يثبت نسبه لأن المال للمسلمين والامام نائبهم وهذا كأنه تفريع على القول بتوريث بيت المال ، ويتوجه مثل ذلك في اجازة الامام وصية من وصى بكل ماله وقلنا لا يجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل ولا وارث له فالامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له أن يقتصر على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الاموال التي يجهل ربهما يجوز التصديق منها بخلاف ما علم ربهما وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذا مات من لا وارث له وعليه دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل في المجرد وصاحب المغنى يحل لأن الاصل يستحقه الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى في خلافه احتمالين لأن له وارثاً ولكنه غير معين ، وقد يتخرج على هذا ما اذا مات المستأجر ولا وارث له هل تنفسخ الاجارة أولاً ؟ فان أحمد نص فيمن اكرت بغيراً ليحج عليه فمات في بعض الطريق فان عاد البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه في بقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذا مات من لا وارث له بعد المطالبة بها ، وفي عمدة الادلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك في قياس المذهب (ومنها) أن المال المستحق لغير معين كالزكاة لا تقف ادائه على مطالبتهم ولا على مطالبة وكيلهم وهو الامام ولهذا لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الأداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب الاداء اليه بدون مطالبة .

### ﴿ القاعدة الخمسون بعد المائة ﴾

تعتبر الاسباب في عقود التمليكات كما يعتبر في الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :

(منها) مسائل العينة ( ومنها ) هدية المقترض قبل الأداء فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجز له منه عادة ( ومنها ) هدية المشركين لأمير الجيش فإنه لا يختص بها على المذهب بل هي غنيمة أو فداء على اختلاف الاصحاب ( ومنها ) هدايا العمال قال أحمد في رواية ابن طالب في الهدايا التي تهدي للامير فيعطى منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضى هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته ( ومنها ) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فان سبها طلب استدامة النكاح فان طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه احمد في رواية عبد الله ( ومنها ) الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضى وأوماً اليه لأنها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح في السنن ، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فهديت اليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند أداء سائر الامانات حكم الوديعة ( ومنها ) مانص عليه أحمد في رواية ابن مهران فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم لأنها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد لأنها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضى على انها ان كانت مأخوذة في المجلس فلحققت بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد والحاجة الى ذلك ( ومنها ) ما حكاه الاثرم عن احمد بن المولى يتزوج العربية يفرق بينهما فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدي هدية يردونها عليه . قال القاضى في الجامع لأن في هذه الحالة تدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرقة القمرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه فتثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية لغير المتعاقدين لسبب العقد كاجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضى فلا يرد الاجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالعة لم ترد

### ﴿ القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة ﴾

دلالة الاحوال يختلف بها دلالة الاقوال في قبول دعوى ما وافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بمجرد ما يتخرج عليه مسائل :

(منها) كنيات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها (ومنها) كنيات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح (ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية وقال ولم أورد الاسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضى في روايته ويتخرج عليهما لو أقر بما في هذه الحال وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به (ومنها) لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه قبل قوله نص عليه . ولو احضر الى سلطان فأقر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضا . ويتخرج قبوله اذا ظهرت منه اماره ذلك من تلجلجه في الكلام ورعدة ونحوها (ومنها) لو دخل حربى الينا ومعها سلاح فادعى انه جاء مستامنا لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح قبل نص عليه . وكذلك لو جاء بعض عسكرنا بحربى وادعى انه اسره وقال بل امتنى ففقيه روايتان وثالثها أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضعفه او قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتهم كتابته فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقا وقال السيد انما أردت الاخبار بعتقه بالاداء ولم ارد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضى في الموجود وابن عقيل وقد نص احمد في رواية المروذى في رجل قالت لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستعارت امرأة ثيابها فلبستها فابصرها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدنيه في ذلك . وأيضا فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذى منعها منه ولم يكن موجودا وهذا يشهد لقول القاضى فيما إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الهمزه أنها تطلق مطلقا سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافا لما ذكره ابن ابى موسى أنها لا تطلق اذا لم تكن دخلت من قبل لانه انما طلقها لعله فلا يثبت الطلاق بدونها ، وكذلك أفتى ابن عقيل في فنونه فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال هى طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق . وجعل السبب كالشرط اللفظى وأولى وهذا هو قول عطاء بن ابى رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها مديكة ففى قطعه روايتان ثالثها ان كان معروفا بالسرقه قطع وإلا فلا صححها صاحب الترغيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه الى من يخطه أو يقصره أو ركب سفينه وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك استحق الأجرة (ومنها) الهبة التى يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل حبل عن أحمد ما يدل على وجوب اثباته والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيط وبجنبه مال ظاهر أو مدفون دفنا طريا فانه يحكم له به .

وكذلك ما يكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الخطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . وينبغي تقييده بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل وما صلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها في ابرة أو مقصر أو تنازع المؤجر والمستاجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بمعاقدة القمط وهو رواية حكاه ابن أبي موسى والحاق النسب بالقافة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه ما فيه ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه وان أطلق الدعوى عليه ففى سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معاملته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول من يدعى مهر المثل على احدى الروايتين .

### { القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة }

المحرمات في النكاح أربعة أنواع .

النوع الأول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الاذنى وان سفن وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن فيدخل في أصوله أمه وأم أمه وأم أبيه وان علون ، ودخل في فروعه بنته وبنته وبنات ابنته وان نزان ، ودخل في فروع أصله الاذنى اخواته من الابوين أو من أحدهما وبناتهن وبنات الاخوة وأولادهم وان سفن ، ودخل في فروع أصوله البعيدة العمات والخالات وعمات الابوين وخالاتهما وان علون . ولم يبق من الاقارب حلالاً سوى أصول فروعه البعيدة وهن بنات العم وبنات العمات وبنات الخال وبنات الخالات .

النوع الثاني : المحرمات بالصهر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلال الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وان علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهي الريبة وبنات بنتها وان سلفت ، وتحرم بنت الريب أيضاً نص عليه في رواية صالح وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وان علا وامرأة ابنه وان سفل .

(١) في ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ



النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احدهما ذكراً لم يحز له التزوج بالآخرى لأجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأمها وان علت . قال الشعبي : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احدهما رجلاً لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد في رواية ابنه عبد الله باسناده . وانما قلنا لأجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذلا محرمة بينهما ليخشى عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه في رواية الاثرم وحرب وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به ما يحرم من النسب في الانواع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع . وقال أحمد في رواية ابن بدينا في حلية الابن من الرضاع لا يعجبني أن يتزوجها يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس على هذا الضابط ايراد صحيح سوى المرضعة بلبن الزنا والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله أنها محرمة كالبنات من الزنا فلا ايراد اذا والله أعلم .

### ( القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة )

ولد الولد هل يدخل في مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع : أحدها أنه يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه وذلك في صور :  
 ( منها ) المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء ( ومنها ) امتناع القصاص بين الأب وولده ( ومنها ) امتناع قطعه في السرقة من مال ولده ( ومنها ) رد شهادة الوالد لولده ( ومنها ) وجوب اعتناق الولد على والده ( ومنها ) جر الولاء فإذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فبعثه جده انتقل الولاء إلى موالى الجد سواء كان الاب موجوداً أو لم يكن في احدى الروايتين وفي الاخرى ان كان الاب مفقوداً جر الولاء إلى مواليه وان كان موجوداً لم يجره بحال وفي الثالثة لا يجره الجد بحال فيختص جر الولاء بعتي الأب ( ومنها ) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نص

عليه أحمد في رواية المروزي ويوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبد الله المنادي وهو الذي جزم به الخلال وابن أبي موسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أو لا يدخلون إلا بعدهم على الترتيب على وجهين للاصحاب ، وفي الترتيب فهل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الاولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثاني هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفي أحكام القرآن للقاضي ان كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بآية المواريث قال ويصح حمل اللفظ على حقيقةه ومجازه في حالين مختلفين لاني جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالاً بأن اطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة نفيه ، وفي المجرد للقاضي لو وقف على اولاده ثم على اولاد اولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء ومن الاصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون في اطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما ترتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الاولين خاصة بخلاف حالة الاطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص ( ومنها ) الوصية لولده وقد جعل الاصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف وأشار الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تملك للوجودين فيختص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فانما هو في ولد البنين فاما ولد البنات ففيه وجهان . للاصحاب اختار الخرقى والقاضي أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروزي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد فمن الاصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الولد اذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي ومال إليها صاحب المغنى ( ومنها ) المنع في دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء في ذلك ولد الذكور والاناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنات قد ثبت له حكم الوالد في موضع فيثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فان المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته في العرف لاجريان الحكم والله أعلم .

النوع الثاني : ما يدخل فيه عند عدم الولد لامع وجوده وذلك في صور : ( منها ) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد آبائهم كما يرثون آباءهم ولكن لا يرثهم الجدمع فقد الأب كما يرث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كأب مطلقاً بحيث يحجب الاخوة كلهم اختاره ابن بطلة وأبو حفص

البرمكي والشيخ تقي الدين (ومنها) ولاية النكاح فيلبي الجد فيها بعد الاب مطلقاً مقدماً على الابن على قول الحرقي والقاضي لكن لا يقوم مقام الاب في الاجبار على المذهب وحكي ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنائز فيلبي الجد بعد الأب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحضاة فان الجداً أو لمرجالها بها بعد الأب .

النوع الثالث : ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور كثيرة (منها) الرجوع في الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان في الجهاد (ومنها) الاستتباع في الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذي معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كمال النفقة أو بقدر ارثه على روايتين أصحهما لا يلزمه أكثر من مقدار ارثه منه وفي الاقناع لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجد والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لا يلزم منهم الغنى النفقة إلا بالحصة بغير خلاف .

#### (القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة)

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قهراً ضمانه للزوج بالمهر؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد واكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوصاً هذا الخلاف بمن عدا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاه قولاً في المذهب ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فإنه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفرقة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثاني أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا النصف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استقل بها الاجنبي فلذلك لزمه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد . وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الأب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه له نصف المهر أم لا ؟ على وجهين مذكورين في المغني وغيره . وهما متزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا؟ إذ لا غرم هنا على الزوج، ونقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال فقلت له ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها. قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذي غرم لا ابنتها قال لا وإنما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الفساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان: أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الغار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجنبى فإنه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنعه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فإنها تنقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله: والوجه الثاني أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستمرار المهر على الزوج بالوطء بناء على أن خروجه غير متقوم واليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين. وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الاصحاب لا ضمان عليها بغير خلاف لثلا يازم استباحة بضعها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عاينها الضمان وأخذه من مسألة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الاصحاب في الغارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب عما قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العوض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفيه باتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فانهم يغرمون نصف المهر وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه. وعلى التفرغ يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فإنه يغير بين زوجته وبين المهر فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أعنى الأول لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين. وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعطاهما الثاني وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة على

روايتين . احدهما يرجع به عليها لان الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها . والثاني لا يرجع به لان المرأة استحقت بالاصابة فلا يجوز اخذها منها ( ومنها ) اذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تعلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني وقلنا على رواية أن الثاني أحق بها فهل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضي الضمان لأن خروج البضع متقوم ( ومنها ) إذا أسلمت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت اليها ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الاسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين - كماهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الاصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت في قصة صاح الحديبية وكان الصالح قد وقع على رد النساء قبل تحريره فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر . وأما بعد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صاح الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من الطرفين ( ومنها ) خلع المسلم زوجته بمحرم يعملان محرمة كخمر أو خنزير فال أبو بكر والقاضي والاصحاب هو كالخلع الخالي عن العوض فاذا صححناه لم يلزم الزوج شيء بخلاف النكاح على ذلك وعند الشيخ تقي الدين يرجع إلى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الخرق في خلع الأمة على سلعة بيدها أنه يصح ويتبع بقيمتها بعد العتق ( ومنها ) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها فالمذهب انه غير جائز وأن الضمان على الأب نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتأخرين وجهاً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التي نقول فيها ان للأب العفو عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الذي بيده عقدة النكاح وذكر صاحب المغنى احتمالاً في ولي الصغيرة والسفينة والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ في ذلك وكذلك أشار إليه ابن عقيل في الفصول ( ومنها ) اذا قال لزوجته أنت طالق بالف فلم تقبل طلقت رجعياً ولم يلزمها شيء نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية منها ولو قل لعبد أنت حر بالف فلم يقبل لم يعتق عند الاصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً أنه يعتق العبد بغير شيء كما في الطلاق لأن الطلاق والعتاق فيهما حق لله تعالى وليس العوض بركن فيهما اذ لم يعلقها عليه بل اوقعها منجزاً وشرط فيهما العوض فاذا لم ياترهما العوض لغى ووقع الطلاق والعتق لما فيهما من الحق لله تعالى الذي لا يمكن ابطاله

( القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة )

يتقرر المهر كله للمرأة باحد ثلاثة اشياء :

( الاول ) الوطاء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللبس للشهوة والنظر الى الفرج أو الى جسدها وهي عارية فن الاصحاح من أحلقه بالوطء وجعله مقرراً رواية واحدة لأنه آكد من الخلو المجردة ومنهم من خرجه على وجهين أو روايتين من الخلاف في تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عادته فعل ذلك في الملاء استقر به المهر لأن ذلك خلو مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله في رواية مهنا أنه اذا تعمد النظر اليها وهي عريانة تغتسل وجب لها المهر ( والثاني ) الخاوة ممن يمكن الوطاء بمثله فان كان ثم مانع اما حسي كالجب والرتق أو شرعي كالا حرام والحيض فهل يقرر المهر على طرق للاصحاح. احدها أن في المسئلة روايتين مطلقتين وهي طريقة القاضي في الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغنى الا انه اورد رواية ثالثة بالعوض بين المانع المتأكد شرعا كالا حرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطاء ودواعيه كالا حرام وصيام رمضان ففيه روايتان وان كان لا يمنع الذواعى كالحيض والجب والرتق استقر رواية واحدة وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصداق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهي طريقة القاضي في خلافه ومن الاصحاح من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالخواوة لمجرد ما بدون الوطاء اخذا بما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلاها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف الصداق وعابها البدة وانكر الا كثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن الخلو قائما قررت المهر لانه مظنة الوطاء المقرر فقامت مقامه في التقرير لأن حقيقة الوطاء لا يطلع عليه غالبا [ فعاق الحكم على ] مظنته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التي هي الوطاء لم يقبل ذلك في اسقاط البدة لأن فيها حقاً لله تعالى وهل يقبل في سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض للزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الا كثرون عدم قبوله للملازمة للعدة وهذا يرجع الى أن الخلو مقررة لمظنة الوطاء ومن الاصحاح من قال انما قررت لحصول التمكين بها وهي طريقة القاضي ورد بها ابن عقيل بأن الخلو مع الجلب لا تمكين بها قال وانا قررت لأحد أمرين اما الاجماع الصحابة وهو حجة أولان طلاقها بعد الخلو بها وورد ما زهداً فيها ففيه ابتداء وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح الا بالنكاح من المرأء فدخل في ذلك الخلو واللهم

بمجردهما لان ذلك كله معقود عليه في النكاح . والمهر يستقر بنيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب قيل له فان أخذها وعندها نسوة فمسها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يخلو بها قال اذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر . ودلى هذا فقال الشيخ تقي الدين يترجم أن يستقر المهر بالخاوة وإن منعه الوطاء بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقيل الفرقة وان طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على ته ربها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو لإذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغني وقد سبقت.

### (القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة)

فيما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقة قبل الدخول . ان كانت من جهة الزواج وحده أو من جهة اجنبي وحده تنصف بها المهر المسمى وان كانت من جهة الزوجة وحدها سقط بها المهر وان كانت من جهة الزوجين معاً أو من جهة الزوجة مع اجنبي ففي تنصف المهر وسقوطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[ القسم ] الأول ما استقل به الزوج وله صور ( منها ) طلاقه وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لان السبب كان منه وهو الطلاق وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقي الدين ان كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بد فلا مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعلته فان في إرثها روايتين ويشهد لذلك مسألة التخيير لأنه لو خيرها قبل الدخول فاختارت نفسها فهل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبي موسى والتخيير توكيل محض والتعليق بفعلها في معناه والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للخيرة قال مهنا سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاختارت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال في قلبى منها شيء ثم قال لا ينبغي أن يكون لها شيء قلت انى سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق . فقال لى فان اسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم يكون لها عليه صداقها قال في هذا يدخل عليهم انتهى ( ومنها ) خلعه ونص عليه أحمد في رواية مهنا أنه يوجب نصف المهر وعلمه القاضي بأن الخلع يستقل به الزوج لأنه يصح مع الاجنبي بدون رضى المرأة فلذلك نسب اليه . وفيه وجه آخر أنه يسقط به

المهر فمن الاصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جعله مما يشترك به الزوجان لانه إنما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط ارثها بالخلع في المرض وهذا على قولنا لا يصح مع الاجنبي أظهر . فاما ان وقع مع الاجنبي وصححناه فينبغي أن يتصرف به المهر وجهاً واحداً ومنها اسلامه والزوج غير كتابية في احدى الروايتين وفي الأخرى يسقط المهر لانه فعل الواجب عليه وانما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلا يكون لها مهر (ومنها) رده عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسديات فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فيفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر بالحقه اما لظهور عيب في الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحقت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثاني : ما استتمل به الاجنبي وحده (ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجته

الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . ما استتمت به الزوجة وحدها وله صور (منها) ردها (ومنها) اسلامها وفيه رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليها فنسب الفسخ الى امتناع الزوج (ومنها) ارضاعها ممن يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج وكذلك ارضاعها منها وهي صغيرة (ومنها) فسوخها النكاح لعيب الزوج قال الاصحاب مهر منسوب اليها لا اليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسوخها لعيبها رد للمعقود عليه بعيب فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب بخلاف فسوخها لعيبه فان العيب ليس في المعقود عليه بل في غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح وفيه خلاف سبق ذكره والظاهر في الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر انما شرعت لازالة ضرر حاصل فاذا وقعت قبل الدخول فقد رجح كل من الزوجين [على الآخر] إلى ما بذله سلباً كما خرج منه فلاحق له في غيره بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فانه يحصل به للمرأة انكسار وضرر فجزبه الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر



والمتمتع عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل مهنا عن أحمد في مجرب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق اذا لم ترض به . قال الشيخ تقي الدين هذا يدل على أن المرأة اذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي مذورة في الفسخ وأما القاضي فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للدائع القائم به (ومنها) فسوخا النكاح لا عسار الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح قال القاضي والا كثرون هم منسوب اليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر في التنبيه فسوخا لفوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن فوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به اليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها مما هو من فعل الزوج وهو قادر على ازالته ، وأما الفسخ لعساره فهو كالفسخ لعيبه كما تقدم قال الشيخ تقي الدين ويلزم من قال ان خروج البضع متقوم بمهر المثل وأن الفرقة من جهتها كإتلاف البائع للبيع قبل القبض أن يخير الزوج بين مطالبها بمهر المثل وضمان المسمى لها وبين إسقاط المسمى (ومنها) فسوخا المعتقة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان احدهما لا مهر لها اختارها الخرقى وغيره لاستئثارها بالفسوخ كالحررة والثانية يتنصف المهر نقلها مهنا واختارها أبو بكر لأن السيد هو مسحتق المهر فلا يسقط بفسوخ غيره ويجاب عنه بان اعتاق السيد لسبب في الفسخ يسقط إحقه لتسبيه في سقوطه وان باشره غيره كمن قال لغيره القى متاعى في البحر ففعل

القسم الرابع : ما اشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة اللعان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة انما تقع بلعانها وقال القاضي يخرج على روايتين أصلهما إذا لاعنها في مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعهما وقد سبق أن المنصوص عن أحمد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي واصحابه ولأن لنا فيه وجه آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسوخ فانه يكون منسوبا اليهما فيكون كإتلاف عن بخلاف ما اذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستقل به الزوج فهو كالمو كالمو قالها ابتداء أنت طالق بألف قبلته ويتخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وان قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبامها بسؤالها ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه هل ترثه أولا روايتان . وجزم ابن أبي موسى أنها لا ترثه لأن الفرقة جاءت من قبامها فلا يكون لها شيء من الصداق حينئذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي وله صور (منها) شراؤها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه أنه يتنصف بها المهر تغليبا لجهة الأجنبي هنا وهو  
البائع إذ هو أصل العقد ومنه نشأ وعنه تلقى والثاني يسقط المهر تغليبا لجهة الزوجة إذ الانفاسخ متعقب  
لقبولها فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط. على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه  
يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كجنى الفسخ من الحررة المستحقة  
للمهر وهذا متجه على ما اختاره في فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذى زوجها لأجنبي  
ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثانى وهو غير مستحق  
للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافي سقوط المهر بأن الزوجة شاركتة فى الفسخ  
فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب  
الفسخ فاسند اليه وان لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعيب الزوج اليه وان لم يكن باختياره وعلى  
هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى اطلاق الاكثرين (ومنها) اذا  
مكنت الزوجة من نفسها من يفسخ النكاح بوطنه كأب الزوج أو ابنة فقال القاضي ومن اتبعه  
يسقط مهرها اسناداً للفسخ اليها وقال الشيخ تقي الدين يتخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الأجنبي  
وبقى هنا قسم سادس: وهى الفرقة الاجبارية ولها صور (منها) أن يسلم الكافر وتحت عدد  
لا يجوز له جمعه فى الاسلام فيفسخ نكاح العدد الزائد فلا يجب لهن شىء من المهر ذكره القاضي  
فى الجامع والخلاف معلل بأنه ممنوع من امساكهن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى  
والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التى بعدها. وأما الطلاق فى النكاح  
الفاسد فذكر ابن عقيل وجهاً أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فانما يسقط لأن المهر  
يجب فى النكاح الفاسد بالاصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اختين فى عقدتين  
وأشكّل السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه فى المهر قولان. أحدهما يجب نصف  
المهر ثم يقتصران فمن وقعت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحدهما فى نفس الأمر فتعين  
بالقرعة. والثانى لا يجب شىء به لأنه مكره على الطلاق فكان الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئاً  
والمقول عن أحمد فى هذه المسألة ما نقله عنه منها أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لهما  
جميعاً وما أخلقه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئاً وهذا يدل على أهمها يقتسمان نصف المهر  
لا يقتصران عليه. ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجعل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل  
يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لها شىء على وجهين وحكى عن أبي بكر  
أنه اختار أنه لا شىء لها وبه أفتى أبو يعلى النجاد. قال الشيخ تقي الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاشتباة الزوج .

### ﴿ القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة ﴾

اذا تغير حال المرأة [المعتدة] بانتقالها من رق الى حرية أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكناً من تلافى نكاحها في العدة لزماً الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الابانة في المريض . ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذا اعتقت أو توفى زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك اماء فاسلمن واعتقن فان عدتهن عدة حرائر لانه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهى في معنى عدة الرجعية بخلاف ماذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على الشرك فان عدتهن عدة اماء لأن الزوج لا يمكنه تلافى نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه في رواية ابن منصور لأنه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهى تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة في قياس التى قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

### ﴿ القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة ﴾

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لاعتضاده بما يرجحه ، فان تساويا خرج في المسألة وجهان غالباً (ومن صور ذلك) ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغنى والمحرر لأن الأصل عدم بلوغه قلتين . والثانى هو طاهر وهو أظهر لأن الاصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يعدل الى التيمم الا بعد تيقن عدمه ، وأيضاً فلابد صحاب خلاف في الماء الذى وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمشقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا أن يكون يسيراً فينجس] لان اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثانى يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في اثبات نصف القرية الذى روى (٤٣ - قواعد)

الشك فيه في ضبط القلتين واسقاطه ، وينبنى على ذلك أن القاتين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة تلي خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الأصل . والثاني أنه طاهر وهو المرجح عند الأكثرين لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة ونص أحمد في رواية محمد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لمار أو برذون فرخص فيه إذا لم يعرفه (ومنها) إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة ففيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل بقاء الرطوبة نقلها أبو بكر عن أحمد . والثاني لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) إذا ادرك الإمام في الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة لأن الأصل عدم الإدراك وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال صاحب التاخيص يحتمل وجهين أحدهما أنه يعتد له بها لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع (ومنها) إذا شك هل ترك واجباً في الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لأن الأصل عدم الاتيان به . والثاني لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) إذا كان ماله غائباً فإن كان منقطعاً خبره لم يجب إخراج الزكاة وإن لم يكن خبره منقطعاً كالمودع ونحوه ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان والمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه لا يجب وعمل بأنه لا يدري لعل المال ذهب . وينبئ بعض الأصحاب هذا على الخلاف في محل الزكاة فإن قلنا في العين لم يجب الإخراج حتى يقبضها ويمكن من الإخراج منها وإن قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها . ويتوجه عندي أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على محل التعليق فإن قلنا هو العين وجب لأن الأصل بقاؤها لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو الذمة لم يجب لأن الأصل براءة الذمة وقد شك في اشتغالها وأما إن قلنا لا يجب الزكاة في المال الضال والمغصوب فهذا مثله (ومنها) العبد الآبق المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا ؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح أنه لا تجب لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب بناء على جواز عتقه لأن الأصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه في الكفارة والمشهور رده . وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالأجزاء لأن الأصل بقاؤه

وذكر ابن ابي موسى في شرح الخرقى وجهين عن الاصحاب وصحح عدم الاجزاء لان الاصل بقاء الكفارة في الذمة وقد عضده الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره فرجح هذا الاصل باعتضاده بهذا الظاهر، وأيضاً فالسكفارة ثابتة في الذمة وقد شك في وقوع العتق عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) اذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع ففيه روايتان أحدهما القول قول البايع لان الاصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفرق . والثانية القول قول المشتري لان الاصل عدم القبض المبرى، وأطلقاكثر الاصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين ان يكون المبيع عيناً معينة او في الذمة فان كان في الذمة فالقول قول التابض وجهاً واحداً لان الاصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت براءتها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله في دعوى العيب لانه غارم والاصل ابراء ذمته أو قول خصمه في انكار العيب لان الاصل عدمه على وجهين (ومنها) اذا أجره عبداً وسلمه اليه ثم ادعى المستأجر ان العبد ابق من يده وانكر المؤجر ففيه روايتان، احدهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لان الاصل عدم الاباق وأن المؤجر ملك الاجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لان الاصل عدم تسليم المنفعة المعقود عليها ولو ادعى ان العبد مرض فالقول قول المؤجر نص عليه في رواية ابن منصور مفرقا بينه وبين الاباق لان المرض يمكن اقامة البينة عليه بخلاف الاباق (ومنها) اذا ضرب للعنين الاجل واختلفا في الاصابة والمرأة ثبت فهل القول قول الزوجة لان الاصل عدم الوطء أو قول الزوج لان الاصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة انه يخلى معها ويؤمر باخراج مائه وهذا يرجع الى ترجيح الظاهر على الاصل (ومنها) اذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج اسلمت في عدتك فالنكاح باق فقالت بل اسلمت بعد انقضاء عدتي فوجهان . احدهما ان القول قوله لان الاصل بقاء النكاح . والثاني ان القول قولها لان الاصل عدم اسلامه في العدة (ومنها) اذا قال اسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل اسلمت قبلك فلي النفقة ففيه أيضاً وجهان احدهما القول قولها لان الاصل وجوب النفقة والثاني والقول قوله لان النفقة انها تجب بالتمكين من الاستمتاع والاصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافي، وعلل القاضي ان النفقة تجب يوماً فيوماً فالاصل عدم وجوبها وينتقض التعليان بالاختلاف في النشوز (ومنها) اذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين احدهما لا يقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لان الاصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثاني يقع ونقل مهنا عن احمد ما يدل عليه فيمن حلف لياً كلن تمره فاختلفت في تمر كثير ان لم يأكله كله حنث وبذلك جزم ابن ابي

موسى والشيرازى والسامرى ورجحه ابن عقيل فى فئونه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو  
العدم [ وهذا بخلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفاءه  
فان وجد ما يدل على بقاءه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهرا وكان  
حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وان كان اشارة محتمة وقع أيضا على المشهور ، وان وجد ما يدل  
على انتفاء العدم يقينا لم يتمع الطلاق بغير خلاف وان وجد ما يدل على انتفاءه ظاهرا فوجهان على  
قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى [ المطلق عليه ( ومنها ) لو قتل من لا يعرف ثم  
ادعى رقه او كفره وانكر الولى ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولى لان  
الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجرد المانع على وجهين اشهرهما  
الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه  
لكن المحكى هاهنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملفوفا نصفين ثم  
ادعى انه كان ميتا فانكر الولى لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقتود وكذا الوجهان لو  
جنى على بطن حامل فالقت ولدأ لوقت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع  
لتعارض اصل الحياة وبرائة الذمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت  
الزيادة باضطراب المقتصر منه وانكر ذلك لان الاصل عدم الاضطراب وجوب الضمان والاصل  
برائة ذمته وما يدعيه محتمل ( ومنها ) لو شهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر  
أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لانه وجب بالعقد ولم يثبت له مسقط ولا لبعضه  
وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لان النصف الآخر  
لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والاصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر  
الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله ( ومنها ) اذا رمى  
صيدا فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موحيا ثم سقط فى  
ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والاصل تحريم  
الحيوان حتى يتيقن سبب اباحته لكن الاصل الاول معتضد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون  
غيره ( ومنها ) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم آمنه وأنكر ففيه روايتان  
احدهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك  
لأن الاصل فى الدماء الحظر الا ييقن الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول  
قول من يدل الحال على صدقة منهما ترجيحاً لاحد الأصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسألة اذا دخل حربي دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقده أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المغنى ونص احمد أنه اذا ادعى أنه جاء مستأمنا فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرجها هنا مثله .

### (القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاخبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا يلتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الاصل وتارة يخرج في المسألة خلاف ، فهذه أربعة أقسام .  
القسم الأول : ماترك العمل فيه بالاصل للحجة الشرعية وهي قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كذبوا ولغ في هذا الاناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابو بكر بين أن يراه في المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطاوع الفجر في رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) إخباره بغروب الشمس في رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين . احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعاً له وقد يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال شوال والثاني أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليها اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد العلم بخلاف هلال الفطر فانه لا اماره عليه وفي صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان صائماً أمر رجلاً فأوفى على شيء فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان ويبعث مرتقباً يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

من يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه من مال أو غيره ( ومنه ايضاً ) يقبل قوله المعتدة في انقضاء عدتها بالاقرار ولو في شهر في أحد الوجهين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالبينة في الشهر ، وفرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا ببينة بخلاف من لاعادة لها وفي الفنون لابن عقيم لا يقبل مع فساد النساء الا ببينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً

القسم الثاني ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ،  
 ( منها ) اذا ادعت الزوجة بعد طول متمادها مع الزوج انه لم توصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب القول قولها مع يمينها لأن الاصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشيخ تقي الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبغي أن يخرج على وجهين كما اذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلمة لها بعد مدة وقالت لم يعلمني الزوج وادعى هو أنه علمها فان في المسئلة وجهين ( ومنها ) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فانه يبني على الاصل الى أن يتيقن زواله ولا يسكتفي في ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبني على الاصل وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما ( ومنها ) اذا شك في طلوع الفجر في رمضان فإيه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احمد ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً الى اخبار ثقة بالطلوع ( ومنها ) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته قال اصحابنا لا يرجم لان الاصل عدم الوطء ولحوق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الاصل وله صور ( منها ) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الاصل عدم الاتيان به وعدم راءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات أن تقع على وجه الكمال فيرجح هذا الظاهر على الاصل ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احمد وفي الوضوء وجه أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها ( ومنها ) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وان كان الاصل عدم انعقاد الصلاة



وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة اعمال المكلف وجريانها على الكمال وعضد ذلك أن الاصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حينئذ الى تعارض أصليين رجح أحدهما بظاهر عضده (ومنها) اذا اختلف الجنسان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد كما اذا ادعى البائع أنه كان صديا أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب ونصر عليه احمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وان كان الاصل عدم البلوغ والاذن . وذكر الاصحاب وجها آخر في دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الاذن من مكلف فان المكلف لا يتعاطى في الظاهر الا الصحيح . قال الشيخ تقي الدين وهكذا يجيء في الاقرار وسائر التصرفات اذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الاصل في العقود الصحة فاما أن يقال هذا عام واما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكا فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا في شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما في الحالة الأخرى فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الأهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى تعلق به حق مثل مثل اسلامه باسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعا لأبيه أو بعد تصرف الولى له أو تزويج ولى أبعد منه لموايته فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ أم لا اثبت هذه الاحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه وأشار الى تخريج المسألة على الوجهين فيما اذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتي وشبهه أيضا بما اذا ادعى المجهول المحكوم باسلامه ظاهرا كاللقيط المقر بعد البلوغ فإنه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريمه ظاهرا كاللقيط ثم ادعى الرق ففي قوله خلاف معروف (ومنها) اذا غاب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط ان يتيقن دخوله في ظاهر المذهب وحكى عن ابن حامد أن يعتبر اتيقن (ومنها) الفطار في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب ، ومن الاصحاب من قال لا يجوز الفطار الا مع تيقن الغروب وبه جزم صاحب التاخير والاول أصح لأن الوقت عليه امارات تعرف بها فاكتفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا ادارة عليه من اتمام الصلاة والطهارة والحديث ونحوها وأيضا فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعلية مطاوعة الوجود فاذا شك في فعل شيء منها فالأصل عدمه فلا يخرج من عمدته الا ييقن والصوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فتمى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها لم يحكم ببطلانها وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوى لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يعارضه فإذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم ببطلانه بوقوع محظوراته حينئذ لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الأظهر ولهذا جاز الأكل أو استحباب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الإمساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فهما سواء . والثاني أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجوع وقتها بل تفعل في جزء منه فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهي من باب الكف والترك لا من باب الاعمال فيكفى اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يبطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام إلا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حينئذ الأقدام على الأفعال ولا تبرأ الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع الى عادتها وان لم تكن لها عادة فالى تمييزها وان لم يكن لها عادة وتميز رجعت الى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لهن وان كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ (ومنها) امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار اربع سنين ويقسم ماله حينئذ لان الظاهر موته وان كان الأصل بقاؤه لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده اولا يثبت الامن حين اباحه ازاوجه وقسمه ماله على وجهين ينبنى عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه فهل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص احمد على انه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللا بانه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له باحكام الموتى الا بعد المدة وهو الاظهر ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تعدد للوفاة ثم تباح للازواج فهل تجب لها النفقة من ماله في مدة العدة كما في مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاقناع وقال ابو البركات في الشرح هو قياس المذهب عندي لانه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار فصارت معتدة للوفاة . والثاني يجب لها النفقة قاله القاضى لأن النفقة لا تسقط الا بيقين الموت ولم توجد هنا وكذا ذكر صاحب المغنى وزاد أن نفقة لا تسقط بعد العدة أيضا لانها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن النوم المثلث ينقض الوضوء لانه مظنة خروج الحدث وان كان الأصل عدم خروجه وبقاء الطهارة . وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجها آخر أن النوم

نفسه حدث لکن يعفى عن يسيره كالدّم ونحوه (ومنها) اذا زنا من نشأ في دار الاسلام بين المسلمين وادعى الجهل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذبه وان كان الاصل عدم علمه بذلك (ومثله) اذا ادعت المعتقة تحت عبد الجهل بالعتق أو بثبوت الخیار ومثما لا يجهل ذلك فانه لا يقبل قولها (ومنها) اذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الاذن فان كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها. وان كان قبله فان كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياء لارضاء لم يقبل قولها نص عاينه أحمد في رواية الأثرم، لأن السكوت في حكم الشارع اقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه. وان ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فانكرته فقال القاضى القول قولها لأن الاصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكاحان ولى المهران وقال الزوج بل نكاح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بثمن وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمن. فقال المشتري هو عقده واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضى والاصحاب. وقال الشيخ تقي الذين ينبغي أن يكون القول قوله لأن الاصل عدم الفرفة بينهما والاصل براءته من المهر الثانى.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الاصل وبالعكس ويكون ذلك غالباً عند تقاوم الظاهر والاصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) اذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان اليه ففي كراهته وجهان. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فيه رطبا فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولو غه أم بطهارته لأنها الاصل على وجبين ذكرهما الازجى (ومنها) اذا وقع في ماء يدير مالا نفس له سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش فان كان الى البئر أقرب أو هو بينهما بالسوية فهو طاهر، وان كان الى الحش أقرب فوجهان. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر مالم يعاين خروجه من الحش نقل ذلك صاحب المههم عن شيخه ابن تميم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. احدهما انه طاهر ونص احمد عليه في مواضع وجعله أبو البركات في شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الاعيان كلها. والثانية أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجعله صاحب التاخيص المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الاصحاب أنه لا (٤٤ - قواعد)

يعفى عن يسيره وابدى احتيالا بالعفو عنه لمشقة الاحتراز وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسته من الارض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن تميم أنه قال اذا كان الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففي نجاسة الارض روايتان فاذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تنبئ عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الاصل والظاهر . والثاني طهارة الارض وغسلاتها بماء المطر وغيره اذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التي على الارض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثاني بالاستحالة وفي المذهب خلاف يبنى عليه طهارتالطين اذا بقيت (١) فيه عين النجاسة ثم استهلك في حقه حتى ذهب أثرها . والثالث طهارة الارض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه احمد وذهب كثير من الاصحاب الى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر في شرح الهداية . ويبنى على ذلك طهارة الارض مع مشاهدة النجاسات فيها وان لم يصبها الماء والله أعلم ( ومنها ) المقبرة المشكوك في نبشها اذا تقدم عهدا دل بحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الاصل عدمه على وجهين ( ومنها ) ثياب الكفار وأوانهم وفيها ثلاث روايات عن احمد . احداها الاباحة ترجيحاً للاصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية الخشية اصلاً . النجاسة لها اذ هو الظاهر . والثالثة ان قوى الظاهر جداً لم يجز استعمالها بدون غسل ويتفرع على هذه الرواية روايتان . احدهما أنه يمنع من استعمال ماولى عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الاواني والثياب مطلقاً ممن يحكم بازديحته ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخرقى في شرحه وابن ابى موسى لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير وزاد الخرقى ولا اواني طيبخهم دون اوعية الماء ونحوها مما يبعد اصابته بالنجاسة وزاد ابن ابى موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحمل ذبيحته كالمجوس مطلقاً وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بأبدانهم حتى تغسل ( ومنها ) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة اوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تغسل وهو اختيار ابن ابى موسى ( ومنها ) اذا شك المصلى في عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن احمد رحمه الله رضى عنه . احداها انه يبنى على الاقل وهو المتيقن لان الاصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبنى على غالب ظنه للحديث الوارد في ذلك . والثالثة إن قوى الظن باقرار غيره له عليه بنى على غالب ظنه وهو الامام اذا اقره امامون وان كان منفرد

(١) فى النابلسية : اذا تغيبت

بنى على اليقين وهي المشهورة في المذهب . فلما ان سبج له اثنان من المأمومين فانه يرجع اليهما مالم يتيقن صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا يبنى على غالب ظنه لأن تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والاول أصح لأن الرجوع الى قولهما رجوع الى بينة شرعية فيترك الأصل لأجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يجوز له ترك العمل باليقين صرح به الفاضل في كتاب أحكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المأمومين على الامام انه أحدث في صلاته وأنكره وبقيت المأمومين أعادوا الصلاة كلهم نص عليه في رواية مهنا واحتج بخبر ذي اليمين (ومنها) اذا شك في عدد الطواف وفيه روايتان إحداهما يرجع الى الأصل وهو المتيقن . والثاني يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلى من ليس ممة في الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفي المغني يرجع الطائف الى خبر الثقة الواحد العدل لأنه خبر ديني فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد في الصلاة لخبر ذي اليمين فبقى ما عداها على الأصل (ومنها) لو وجد في دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الأصحاب من قال يصلى عليه والمنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الأصل والظاهر إذ الأصل في دار الاسلام الاسلام والظاهر في هذا الكفر، ولو كان الميت في دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الأصل هاهنا كما رجحه في الصورة الأولى ولم يرجح الأصحاب هنا الأصل كما رجحوا ثم لأن هذا الأصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الأصل في كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة ففيه روايتان. إحداهما القول قول الزوج لأنه مكر وغارم والأصل برأه ذمته من القدر الزائد على ما يقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لأن الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلمنا معاً فنحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على النعاقب فلانكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لأن الأصل معه . والثاني القول قول الزوجة لان الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً في آن واحد نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد ، انما يتعقد عن الاصابة أولاً لأن الأصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فانه يتعقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضى فى المجرى وفيه نظر فان سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والظاهر فى تحليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر ( ومنها ) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت مميبة وادعى الولي أنه لم يعلم عيبتها فقيه وجهان . أحدهما القول قول الولي مع بيته لأن الأصل معه الا أن يكون العيب جنونا ويكون الولي ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثانى ان كان الولي قريبا كالأب والجد والابن لم يقبل قوله مطلقا لأن الظاهر يكذب به وان كان بعيدا قبل قوله مع يمينه وهو قول القاضى ووافقته ابن عقيل الا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الأولياء كلهم فى عيوب الفرج بخلاف غيرها ( ومنها ) اذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز التناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل فى الأعيان الإباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد فى رواية حرب اذا كان أكثر ماله [ النهب أ ] والربا ونحو ذلك فكأنه ينبغى له أن يتنزه عنه الا أن يكون شيئا يسيرا أو شيئا لا يعرف ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان فى جواز التحرى روايتين وظاهر كلام أحمد فى رواية المروذى جوازها واختاره أبو بكر وابن شاقلا وأبو على النجاد وصححه ابن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الظاهر اصابة الطاهر لكثرة ( ومنها ) اذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر المقدوف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين ( ومنها ) اذا قال مدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيذا ولا إيقاعا بل اطلاق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال اذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيذ فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة اذا كرر ثلاثا فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الاطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد ما نقله صالح عن أبيه أنه قال اذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد ان كان اراد إفهامها فهو الذى اراد وان اراد غير ذلك فهو على ما اراد فلم يوقع الثانية بدون النية . وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما اذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طاعة أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضى عنه فى كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه اذا قال أنت طالق وكرره واطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحمد في رواية ابن منصور فيما إذا قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق قال هي تطليقتان هذا كلام مستقيم وان قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة، والفرق بينهما ان بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك لأن اسم الفاعل من المفردات وان كان متحملاً لضمير بدليل انه يعرب والجل لا تعرب ولاز، لا يقع صلة ولو كان جملة لوقع صلة وحينئذ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعني انه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو وثم ونحوهما - وأما قول النحويين إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي فهذا فيما يقبل النفي بعد اثباته والطلاق ليس كذلك فتعين إثبات الأول وعطف الثاني عليه. وأما إذا قال أنت طالق لا بل أنت طالق فقد صرح بنفي الأول ثم أثبته بعد نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلاقة ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي فاستدرك وأثبته لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة الأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمني أو أنت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الألف واللام قد يراد بها العهد أي الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به مادونها فهل يقع به مانواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث فيه طريقان للاصحاب ولو قال الطلاق يلزمني وله أكثر من زوجة فان كان هناك نية أو سبب يقتضى التعميم أو التخصيص عمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الاصحاب على الرويتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في محله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لا أفراده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً وإنما يدل على مفعولاته بواسطة فلفظ الاكل والشرب مثلاً يعم الا انواع منه والاعداد أبلغ من عمومه المسأ كول والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لا أفراده عموم أنواع مفعولاته (١) ذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه. وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعدداً وقد يقال ان قوله الطلاق يلزمه وان كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من

في الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حينئذ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجتي طالق أو عدي حر وله زوجتان وعبيد فالمنصوص أنه يقع الطلاق والعق بالجميع إلا أن ينوي عدداً معيناً لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغنى احتمالاً ورجحاً أنه لا يقع الطلاق والعق مع اطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع فحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر (ومنها) إذ قاله عندى درهم ودرهم ودرهم فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافى ونزلها صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فإن الظاهر عطف الثالث على الثاني ويحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الاطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثاني قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغنى في الطلاق احتمالاً أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيّد مع حرف العطف المخالفة للظاهر لأن ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

### ﴿ القاعدة الستون بعد المائة ﴾

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوى أهل الاستحقاق. ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الاطلاع عليه وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر أنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في الحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز اليمين المنسية.

ونحن نذكرها هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) إذا اجتمع محدثان حدثاً أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به ففيه وجهان أحدهما ترعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه. والثاني يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً أصغر وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه ففضله لا يكفي الآخر ففيه ثلاثة أوجه أحدها المحدث أولى لأن فضله يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضله الجنب فانما لا ترفع حدث المحدث ولا شيمانه. والثاني الجنب أولى لغاظ حديثه. والثالث هما سواء فيقرع بينهما أو يعطيه بأذن الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكة بذله لأحدهم، وفيه نظر فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه وبعد



وضع الايدي للجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاء قال ويتصور ذلك عندى فى الوصية بالماء  
لاولاهم به انتهى . ويتصور ايضا فى النذر لاولاهم به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة  
اولاهم ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدحموا وتشاحوا فى تناول اولاهم (ومنها) اذا تشاحوا  
فى الاذان مع تساويهم المرجح بها فيه فانه يقرع بينهم نصر عليه احمد فى رواية ابى داود وابى  
طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سعدا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونص فى رواية ابى  
داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفى رواية محمد بن ابى موسى دلى ان المتعاهد للمسجد  
بالعمارة احق (ومنها) اذا اجتمع عرارة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحباب له اعارته لرفقائه فان  
ضاق الوقت وفيهم من يصلح للإمامة استحباب اعارته فيصلى فيه اماما والعرارة خلفه فان استوا  
ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المغنى (ومنها)  
اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الإمامة من كل وجه وتشاحا اقرع بينهما كما فى الاذان  
(وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولو  
امامة المسجد رجلان صح وكانا فى الإمامة سواء وايهما سبق اليها كان احق بها فان حضرا معا  
احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما  
ذكر ذلك القاضى فى الأحكام السلطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة مسبلة فى آن واحد  
ولم يكن لاحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب .  
وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما  
فعل معاذ بن جبل بامرأته (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحدا الكفنين أجود  
من الآخر ولم يعين الباذل مال لكل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى  
الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبلت صفية يعنى أمه فاخرجت  
ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لآخى حمزة فكفونوه فيهما قال فجئت بالثوبين ليكفن  
فيهما حمزة فاذا الى جنبه رجل من الأنصار قتيل قد فعل به ما فعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء  
أن يكفن حمزة فى ثوبين والآنصارى لا كفن له فقال لحمزة ثوب والآنصارى ثوب فقدرناهما فكان  
أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الأثرم للامام  
أحمد لما عدد أحاديث القرعة فعرفه أحمد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه  
عبد بعبء غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم . قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد  
اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المراضاة. ولو سلمناه فلان الجملة هنا بغير فعله فعفى  
عنها قال وأجود ما يقال فيها أنهما يبيعان العبدان ويقسمان الثمن على قيمة العبدان كما قلنا إذا اختلط  
زيت بزيب الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويقسمان الثمن على قدر القيمة  
انتهى (ومنها) إذا ادعى الوديعه اثنان فقال المودع لا أعلم من هي منكما فإنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه  
حلف وأخذها نص عليه أحمد وهي من فروع مسألة تدعى بين يدي ثالث يعترف بأنها لأحدهما  
وسند كرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالامكان المباحة كالطرق الواسعة ورحاب  
المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالمذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن  
يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبق فقهيان  
إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذي ذكرهما في  
المدارس والخواتم المختصة بوصف معين انه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على  
الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزله فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات. وقد يقال  
انه يرجع بالقرعة مع التساوي (ومنها) إذا سبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق  
المكان إلا عن أحدهما ففيه وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختار صاحب المغنى. والثاني قاله القاضي  
وان كان أحدهما للتجارة هأيا الامام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وان كان  
للحاجة فاحتمالات. أحدها يقرع بينهما. والثاني ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه  
أحوج وأولى. وأما ان وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وان كان في كلام بعض  
الأصحاب ما يوجب خلاف ذلك فليس بشيء (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض  
يحتاج إلى السقى منه وكانا متقباين ولم يكن تسمة الماء بينهما أقرع بينهما فقدم من له القرعة فان  
كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر فإنه يساويه في  
استحقاق الماء وإنما القرعة للتقديم في استيفاء الحق لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل  
فانه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر  
نسبة حقه منه ذكره في المغنى (ومنها) إذا وصف للقطعة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت  
له القرعة فهي له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلا وتساويا في الصفات أقرع بينهما ولم يقر  
بأيديهما جميعاً كافي الحضانه وان ادعى نفسان التقاط طفل فان كان في أيديهما أقرع بينهما فاقر

يد من خرجت له القرعة فان استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما، فقال القاضي والآخرون لاحق لأحدهما فيه ويعطيه الحاكم من شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق. وقال صاحب المغنى الأولى أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما فاشبهه مالو تنازعا وديعة وفيه نظر. فان الوديعة لمعين ولا مدعى لها سواءا بخلاف اللقيط فان الحق لمن سبق اليه ولم يثبت سبق لواحد منهما فصارا كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطعة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت إليها أقرع بينهما ذكره القاضي في خلافه. وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق بينهما بأن اللقطة تؤول الى الملك فهي كمدعى اثنان ملكية عين بين أيديهما لا يد عليها لأحد كما سيأتي ان شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم قبل تبطل الوصية أو تصح ويوزع أحدهما بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً، وكذا سبق ذكر من وهب أحداً وولاده وتعذر الوقوف على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا أوصى لزيد بعبد من عبده قال الخرقى يعطى واحداً منهم بالقرعة كما لو أتقوا واحداً مبهماً والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور أن له أخسهم يعنى أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه المتيقن، وإنما أقرعنا في العتق لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا في استحقاقه فيميز بالقرعة وهما الحق للوصى له وإنما يستحق ما يصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات المتوارثان وعلم أسبقهما موتاً ثم نسي. فقال القاضي لا يمتنع أن نقول هنا بالقرعة لتعيين السابق والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جهلوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ماورثه منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر ولا يئنه لهما أو تعارضت البيتان ففيه أوجه. أحدها يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبي موسى وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف. والثاني يتوارثان كما لو جهل الورثة الحال وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي في المجرى وابن عقيل هو قياس المذهب. والثالث يحذف ورثة كل واحد لاسقاط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه أحمد واختاره الخرقى لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق مشاركة وهم ينكرون ذلك فيكون القول قولهم مع أيماهم بخلاف مسائل الخرقى فان الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق وليس فيهم مدع لاستحقاق انفراده بماله ميتة. والوجه الرابع وهو اختيار أبي بكر في كتاب الخلاف انه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما (ومنها) إذا مات عن زوجات وقد طاق احدها ن طلاقاً يقطع الارث أو كان نكاح بعضهم فاسداً لا توارث فيه، وجعل دين المطلقة وذات النكاح الفاسد فاما تعين بالقرعة والميراث للباقي نص عليه أحمد (ومنها) الأولياء المستوون في النكاح إذا اشاحوا أقرع بينهم

فان سبق من اخطائه القرعة فزوج فهل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجهل  
 أسبق العقدين ففيه روايتان. احدهما يمين الأسبق بالقرعة فمن خرجت له القرعة فهي زوجته  
 ولا يحتاج الى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر الى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن  
 منصور وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه القاضى في المجرى [وان عقيل وغيرهما وذكروا القاضى  
 في الجامع] والخلاف والروايتين وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في  
 النكاح الفاسد وفيه ضعف فان هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً، وأيضاً  
 فمجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة لا آخر فلماذا قال طائفة من  
 الأصحاب يحدد الذى خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له بيقين. وقد حكى ذلك القاضى في كتاب  
 الروايتين عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فانه اذا أمر  
 أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خات المرأة من زوجيتها معاً فلها أن تزوج من  
 شئت منهما ومن غيرهما ولا فائدة حينئذ للقرعة. وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما  
 سيأتى. وقال الشيخ تقي الدين لو كان الأمر كما ذكره لم يبق من الروايتين فرق ولا للقرعة فائدة  
 وانما يجب على رواية القرعة أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنائها، ولو مات  
 ورثته لکن لا يطأها حتى يحدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب  
 أو يقال انه لا يحكم بالزوجية إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق  
 واجباً على الآخر قال وليس في كلام أحمد تعرض لطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فان القرعة  
 جعلها الشارع حجة وبينه تفيد الحل ظاهراً كالشهادة والنكول ونحوهما مما لا يوقف معه على  
 حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكلف به العباد بل هو في نظر الشرع كالمدهوم مادام مجهولاً،  
 ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب ان من طاق واحدة من زوجاته ثم أنسيها  
 فانها تعين بالقرعة ويحل له وطء البواقي فكذلك هاهنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة  
 ويفيد حل الوطء ولا يقال هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع  
 الطلاق عليها وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون تيقن  
 العقد الصحيح لانا نقول الاستصحاب بطل بيقين وقوع الطلاق المحرم. ولهذا أبطل أصحابنا  
 الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء الطاهر بالنجس ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري لأن  
 الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس. وحينئذ تتفق صورتان لأن في أحدهما اشتبهت الزوجة  
 بالمطلقة ثلاثاً وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد إحدى امائه ابنته ثم مات ولم يعينه بين بالقرعة وان كان حراً الاصل . واعلم ان القاضي حكى عن أبي بكر بن سليمان النجاد انه يقرع بين الزوجين فن قرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جرد الآخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضي في بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبرك منك على صداق ألف درهم قبضها منى . وعدم كل واحد منهم البينة في الحال وقالت البنت أعلم ان واحداً من هؤلاء الثلاثة تزوجنى يقيناً ولكن لا أعرفه عينا فقال أبو علي النجاد ترفع أمرها الى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طائفة واحدة ثم يقترع بين الثلاثة على الألف فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أيهم شئت أن احببت فان كانت هذه الحكاية مستند القاضي في الحكاية عن النجاد فقد وهم في تسميته فان الحكاية عن أبي علي ونسبها هو الى أبي بكر بن سليمان وليست المسئلة في نكاحين مشتبهين بل في دعوى القرعة فيها انما هي للمال لا للمحل البضع فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالكلية فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ثم تزوج من شاءت منهما أو من غيرهما اذا شاءت نقلها أبو الحرث ومهنا ، وهى اختيار أبي بكر في خلافه والخرقى وحكى ابن أبي في موسى المسئلة روايتين . احدهما يبطل النكاحان . والثانية يقرع بينهما فن خرجت له القرعة فهى له قال والأول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له ما نقله ابن منصور عن احمد في ولين زوجا امرأة لا تدرى أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما هاهنا نكاحاً ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً وقيداً بما اذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضي في خلافه المذهب كذلك . وإما أن علم وقوعهما معاً فهما جميعاً باطلان غير منعقدين . وذكر القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين أن حكمه حكم مالو وقعا مترتبين وجهل اسبقهما فيه الروايتان . قال أبو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع ، فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهين فقد سبق ذكره وان فى وجوب نصف المهر على من تخرج النمرة عليه منهما وجهين ، فان ما زنت المرأة قبل الفسخ ففي المعنى احتمالان . احدهما يوقف نصف ميراثها أو ربه حتى يصطلحان عليه . والثانى يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقي الدين وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب ، أما الأول فلا نالنا نقف الخصومات قط . وأما الثانى فكيف يحلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلايين ، وأما على قولنا لا يقرع فإذا قلنا إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى ، وإما أن قلنا لا مهر فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً انتهى . وإن مات الزوجان جميعاً فلها ربع ميراث أحدهما فإن اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث لها منه بغير اشكال وإن ادعت أن أحدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع إيمانهم . فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تقر المرأة بسبق أحدهما ففي المغنى احتمالان أحدهما أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثاني يتعين فيما إذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص أحمد في رواية حنبل وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما فأيتهن أصابها القرعة فهي التي ترثه ، وقد ذكر ذلك صاحب المغنى أيضاً فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولم يقر الواحد منهما بذلك ثم ماتا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيمكن المختارات وله نكاح البواقي بعد عدة الأربعة بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهمات فيميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن وينفسخ نكاح البواقي بغير طلاق فيباح له نكاحهن بدون زوج وأصابة بعد انقضاء عدة البواقي . وقال القاضي في خلافه في كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثاً لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده فيأحقهن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئاً منهن إلا بعد زوج وأصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق هاهنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار ، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهن فيورث أربع منهن بالقرعة ، وأما العدة ففيها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عدة الوفاة وإسلامه لم يوجب البيئونة في الزائد على الأربع بل البيئونة تقف على اختياره فإذا اختار في حياته أربعاً فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام . والثاني وهو قول القاضي في المجرى وابن عقيل وصاحب المغنى أن عليهن أطول الأمرين من عدة الوفاة وعدة الوطء وعلوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطآت بشبهة فيجب على الجميع أطول العديتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة يقين ، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيئونة تثبت بالإسلام وتبين بالاختيار فإذا اختار أربعاً

فعدة البواقي من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فهن زوجات له حتى يختار فلا يتوجه  
 أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحهن في حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز  
 أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويحجب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أو جب عدة الوفاة على  
 المنصوص فهذا أولى. ويلتحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسها ثم مات قبل القرعة فانا  
 نقرع بينهما وتخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقي كما نص عليه أحمد، وأما العدة فذكر القاضى في خلافه  
 انه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخل بهن يسقط الفرض ييقين وان دخل بهن لزمهن  
 أطول الأمرين من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة  
 وأن تكون زوجة فلا تبرأ الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصوص عن أحمد فانه نص في رواية  
 ابى طالب أنه يقرع بينهما فأيتهن اصابها القرعة لم تورث ولم تعتد ومراده أنها لا تعتد عدة الوفاة  
 وهذا يدل على أن العدة تابعة لليراث وهو ظاهر كلام القاضى في المجرد فمن خرجت لها قرعة  
 الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها لأن القرعة  
 بينة شرعية وقد حكمنا بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يتبنى عليها حكم العدة لأنها من توابع  
 الطلاق ولوازمه، فعلى هذا المنصوص يخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل  
 أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيمكن المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم  
 البواقي عدة الوطء من حين الاسلام اذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضى على  
 الجميع أطول الأجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبده فحكى طائفة من الأصحاب في المسئلة  
 روايتين احدهما أنه يتعين بالقرعة والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين  
 احدهما أنه يعطيا ما يختاره هو. والثانى يعطى ما تختاره هى واختار أنهم إن تساوا فلها واحد  
 بالقرعة والا فلها الوسط، والمنصوص عن أحمد فى ذلك ما نقله مهنا فى رجل تزوج امرأة على عبد من  
 عبده فقال اعطيا من أحسنهم؟ قال ليس له ذلك ولكن يعطيا من أو سطهم فقلت له ترى أن  
 يقرع بينهم. قال: نعم اقلت: تستقيم القرعة فى هذا؟ قال نعم: يقرع بين العبيد. وتارل  
 ابو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه. قال القاضى ولا يصح هذا التأويل  
 لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معيناً لم يعتبر الأوسط ونقل عنه جعفر بن محمد يقوم الخادم وسطاً  
 على قدر ما يخدم مثلها (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا فى الصفات المرجحة  
 أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احدهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر  
 باحدى زوجاته او البداءة بها لم يجز بدون قرعة الا أن يرضى البواقي بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمه بأن قال لامرأته احدا كما طالق ولم ينو معينا فانه يعين المطابقة بالقرعة في ظاهر  
المذهب ونص عليه احمد في رواية جماعة ، وفيه رواية ثانية أن له تعيينها باختياره ، وتوقف احمد  
مرة فيها في رواية أبي الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم انسيها أو جهلها ابتداء كمن قال  
ان كان هذا الطائر غرابا فقلانة طالق وان لم يكن غرابا فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالمشهور  
أيضا أنها تعين بالقرعة ويحل له البواقي كما أنه لو اعتنق أمه من امائه وأنسيها عينها بالقرعة وحل  
له البواقي لأن القرعة قامت مقام الشاهد والخبر للضرورة والشارع لم يكن العباد بما نفس الأمر  
بل بما ظهر وبدا وان كان مخالفا لما في نفس الأمر والمجهول كالمعدوم ما دام مجهولا فاذا علم ظهر  
حكمه كالاختصاص مع النص والتميم مع الماء ، وقد نص احمد صريحا على هذا في رواية جماعة وعن  
احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشالنجي سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا  
يعلم ايتهن طلق قال اكره أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قال أقول بالقرعة  
أى لأجل الميراث بعد الموت. وهذه اختيار صاحب المغنى والمذهب الأول وعليه فلو ذكر ان  
المطلقة غير من اصابتها القرعة وانه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة  
توقف فيه احمد مرة وقال في رواية الميموني ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لأن حق الزوج الثاني  
تعلق بها فلا يقبل قوله في اسقاط حقه وفسخ نكاحه، وان لم تزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم  
لم ترجع اليه أيضا نص عليه في رواية الميموني أيضا . قال ابن ابي موسى وهو يرجع الى أن حكم  
الحاكم له تأثير في التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول  
الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتعليق حكم الزوج وأولى، وان لم تكن القرعة  
من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضا لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن  
يتضمن ابطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا، وعن أبي بكر وابن حاتم لا يرجع اليه لأنه متهم في  
نفي الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومنها) لو رأى رجلان طائرا فقال احدهما إن كان غرابا  
فامرأتي طالق ثلاثا وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأتي طالق ثلاثا ففيه وجهان . أحدهما يبنى كل  
واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها  
بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فانه ييقن زوال النكاح في احدي زوجتيه فلذلك عينت  
بالقرعة وهذا اختيار القاضى وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين . والثاني أنه يقرع بينهما فمن  
وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في الايضاح  
وابن عقيل والحلواني وفي الجامع للقاضى أنه قياس المذهب وعلى الأول فن اعتقد خطأ الآخر



دونه حل له الوطء وان شك و تردد كف عنه وجوبا عند القاضي. وورع عند ابن عقيل والمنصوص عن احمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله انه قال يعتزلان نساءهما حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكم لوقوع الطلاق على احدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشالنجي عنه ويحتمل وهو الأظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي . قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص احمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدري اهو بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فان لم يعلم أنه بار اعتزلها أبدا وان علم أنه بار في وقت اعتزلها وقت الشك وحاصله أنه متى عاق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فانه يعتزل امرأته حتى يعلم اتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) اذا قال ان كنت حاملا وانت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل (ومنها) إذا وكل وكيلا في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري مايفعل (ومنها) إذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الاواخر لا يمكن أن يكون أول ليلة (ومنها) إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر فانه يعتزلها مطلقا نقله عنه مهنا (ومنها) مسألة إن كان الطائر غرابا وهي هذه المسألة (ومن مسائل القرعة) اذا قال لامرأته ان ولدت ذكرا فأنت طالق و ان ولدت أنثى فأنت طالق فالتين فولدت ذكرا وأنثى متعاقبين وأشكل السابق منهما فوجهان . أحدهما أنه يقع بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟ وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغنى . والثاني يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل لأنه تيقن وقوع احد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق احدى الزوجتين وشك في عينها ، وماخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الاعيان المشبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين احدى الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازما لذلك ومن منعها نظر الى القصد بها هنا هو الازم وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا أظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق) اذا قل زوجاته الأربع أي تكن لم أطأها الليلة نصوا حباتها طواق ولم يطأ تلك الليلة واحدة ممنهن فالمشهور عند الاصحاب أنهن يطاقن ثلاثاً ثلاثاً لأن شرط الطلاق وهو خلو الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها اذا بقي جزء منها لا يتسع للايلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث صواحب لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليا . وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الاصحاب . أحدهما هذا . والآخر وهو الذي ذكره أولا وجزم به ان احدها من تطاق ثلاثاً والباقى يطاقن اثنتين اثنتين ، وعمله بأنه لما امتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين

ثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فعلي هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فن خرجت لها قرعة الثلاث حرمت بدون زوج واصابة وملك رجعة البواقي وشرح كلامه ان يقدر الامتناع من وطئن مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فاذا بقي من الليلة زمن لا يتسع للايلاج في أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فتطلق الثلاثة البواقي طلقة طلقة فاذا بقي زمن لا يتسع للايلاج في الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة وعلى الثالثة والرابعة طلقتان فاذا بقي زمن لا يتسع للايلاج في اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتحرم حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطا لطلاق صواباتها لأن تقدير الكلام ايتسكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت انه لا يحنت لأن حنثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت فيستدعى وجود المحلوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب انه يحنت في حال التعذر كما لو حلف ليشر بن ماء هذا الكوز اليوم فانف قبل مضى اليوم فانه يحنت في الحال ، وعلى هذا ذكره أبو بكر لا يحنت وقل صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى ممنه من كان وقت اليمين حظه من القسم والثانية التي أتياها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضت العدة في آن واحد ففيه وجهان أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدعوهي منكرة . والثاني يقرع بينهما فن قرع فالقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فانها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وان آلى من واحدة غير معينة ففي المحرر وجهان أحدهما يعين بالقرعة . والثاني بتعيينه وهما مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق وفي المعنى له وطء الجميع سوى واحدة ممنه فاذا لم يبق سوى واحدة تعين الأيلاء فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحنث في هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة اما لعدمها أو لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور انه لا يباح بالقرعة وقد قال أحمد في رواية على ابن سعد في حديث علي في ثلاثة وقعوا على امرأة فأقرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال في رواية يعنى ابن منصور في حديث عمر في القافة أعجب الى يعنى من هذا الحديث وعلى هذا فهل يضيع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينسب الى من يميل طبعه اليه من المدعين له فيلحق به على وجهين والأول قول أبي بكر والثاني قول ابن حامد واختار صاحب المحرر انه يلحق بالمدعين معاً كالمدعين لعين

ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدمها فإن العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يباحق النسب  
بهما إذ لا يمكن الحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن  
رجلين اختصما إليه أيهما وقع على امرأة في طهرها ايش تقول فيه فقال أحمد ان ولدت خيرت الابن  
أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً ، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار . قال القاضي هذا  
موافق لقول ابن حامد انه ينسب الى من شاء منهما وقال الحارثي إنما دل على انه ينسب اليهما كما اختاره  
صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه الى بلوغه وتخييره انما هو للاحضارة ، والاظهر عندي أن مراد  
أحمد أنه اذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير في المقام عند من يختار منهما . فإنه سئل عن  
حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الحكمان . وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيباحق نسبه بالقرعة ذكرها  
في المغني في كتاب الفرائض وهي مأخوذة والله أعلم مما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها  
قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع فذكر منها وأقرع في الولد من حديث الأجاج  
عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه ، وأذهب الى القرعة لأن النبي صلى الله  
عليه وسلم أقرع . قلت ان بعض الناس لا يميزون القرعة إلا في الأموال قال أنيس قد أقرع النبي  
صلى الله عليه وسلم بين نسائه والقرعة في القرآن في موضعين ، وظاهر هذا انه أخذ بالقرعة في النسب  
وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنته من  
توزيع العزم في جزء مفرد . وقد قال أبو بكر عبد العزيز : لو صح لقائنا به وأما حكم تحريم النكاح فإن  
ألحقت القافة الولد بأحد الواطئين وكان بنتأحات لأولاد الآخر ولم تحل لأحد من الواطئين لكونها  
ربية له وان لم توجد قافة فإن قائنا يضعب النسب حرمت على الواطئين وأولادهم كما إذا اشتبهت  
ذات محرم بأجنبي وان قائنا يترك حتى يبلغ فينسب الى أحدهما بميل الطبع ففي حلها لولد الآخر  
بابن هذه المرأة احتمالاً لا ذكرها صاحب الترغيب في الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكبر الأصحاب  
ان ألحقت القافة الولد بأحدهما انتقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر وان ألحقته بهما انتقضت به  
عدتها منهما . وفي الاتصارات لا يمتنع على أصاننا أن نقول تنقضى به عدة أحدهما لا بعينه  
وتعتد للآخر فيما اذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السابق . وأما إن ضاع نسبه  
فان لم توجد قافة واشكل عليهم ففي الاقتناع لابن الزاغوني يضاف الى أحدهما بالقرعة وتنقضى به  
عدتها منه . قال ويحتمل أن تستأنف العدة لهما لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما حيث لم ينسب  
إلى واحد منهما ، وفي المجرد والفصول والمغني يلزمها أن تمتد به بد وضعه بثلاثة قروء لأنه ان كان من  
الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول ليستقط

الفرض يقيين . وأما حكم الميراث إذا تعذر الخاق النسب بواحد منهما ومات الولد ففي المجرى في العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا إذا طلق أحدى نسائه ومات ثم قال فإن كان للطفل أم ولأحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولا أحدهما ولد فيجوز أن يكون للبيت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثلث ولا تجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين وفي هذا عندى نظر من وجهين . أحدهما أن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثاني أن القاضى ذكر في المجرى في كتاب الفرائض انه يوقف المشكوك فيه حتى يصطالح عليه ثم العجب انه جعل للأم هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس ؟ وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فضلاً للآحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه وإنما التعويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً ، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الام من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الخشي من ميراث ذكر أو اثني ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه - هذا الكلام في الخاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقر بولدهم من أمه ثم مات ولم يتبين وتعذرت القافة أفرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجح (ومنها) اذا بلغ سبع سنين فانه يخير بين أبيه وأمه في الحضنة على ظاهر المذهب فإن لم يختر واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور، وفيه وجه يعطى لأمه . وأما قبل السبع فاذا استوى في استحقات حضنته رجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فإنه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً (ومنها) اذا استحق القود جماعة وتشاحوا في مباشرة الاستيفاء ففيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثاني بتعيين الامام قاله ابن أبى موسى هذا اذا كان المقتول واحداً فان كانوا جماعة وطلب ولى كل واحد منهم أن يقتص على الكمال ففيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيد به ويجب للباقيين الدية . والثاني يبدأ بالسابق في القتل فيقاد به وتتعين الدية للباقيين، فان قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المعنى سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب في الانتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديات الجميع تقسم بينهم، وحكى أن المنصوص عن أحمد أنهم اذا طلبوا القتل فليس لهم غيره ويكونون آد أخذوا بعض حقة وقهم وسقط بعضهم، وبعد بأن القصاص لا يتبض في الاستيفاء والاسقاط (ومنها) اذا أعطينا الأمان لمشرك في حصن ليفتحه

لنا ففعل، ثم اشتبته علينا وادعى كل منهم انه المستأمن ففيه وجهان. أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هانئ أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً. والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقي وحكى ذلك عن أبي بكر والخرق لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه، ولو كان حر الأصل كما لو أفر أن أحد هذين الولدين من هذه الامة ولده ثم مات ولم يوجد قافة فانا نقرع بينهما للحرية وان كان حر الأصل. ومن نصر الأول قال إرقاق الباقي هنا يؤدي الى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته بخلاف من أعتق احد عبيده واشتبته عليه فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله فالاستدامة تبقية على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتبته علينا لتوجه جواز إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن إرقاء بنفس السبي فقد اشتبته هاهنا الرقيق بحر الأصل كمسئلة الإقرار بالشار إليها، وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم انه المسلم فإنه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترق ويسترق الباقي لأنهم إنما أسلموا بعد القهر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتبته هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه فيميز بالقرعة وجدل أصحابنا حكم هذه المسئلة حكم مسئلة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها (ومنها) اذا جعلنا مالاً لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما انه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنبية فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سوا، بدعواهما له. والآخر يقرع بينهما فمن أصابته القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف بيمين ولم يدر أي الأيمان هي فالمنصوص عن أحمد أنه لا يلزمه شيء. قال في رواية ابن منصور في رجل حلف بيمين لا يدرى ما هي طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الأيمان كلها لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحمد في رواية أخرى قال صالح سألت أبي عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ما حلف بالله أم بالطلاق أو بالمشى (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف اذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران. أحدهما أنه يقرع بين الأيمان كلها من الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه، وهو بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعتاق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فنونه. وذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه استثنى في هذه المسئلة فتوقف فيها ثم نظر فاذا قيس المذهب أنه يقرع بين الأيمان كلها الطلاق والعتاق والظهار واليمين بالله فأى يدين وقعت عليها القرعة فهي المخاوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل على عين والتصحيح على النابلسية: (٢) في الأصل: وبالمشيئة والصحيح عنها

ما يقتضى أنه لا يلزمه حكم هذه اليمين وذكر رواية ابن منصور . والثاني أنه يلزمه كفارة كل يمين لأنه يتقن وجوب أحدها وشك في عينه وذكره ابن عقيل في فنونه أيضاً ، وهو متجه فيما إذا علم أنها إحدى الايمان المكفرة ، وأما ان شك هل هي مما يدخله التكفير أو لا فلا يزول شكه بالتكفير المذكور . وفي مسائل ابراهيم الحربي سمعت رجلاً سأل احمد بن حنبل عن يمين حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدري كيف حلفت ؟ فقال احمد حدثنا يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك حلفت وليس أدري كيف حلفت ؟ فقال له شريك ليتنى إذا دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افتيك انتهى . وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر بما حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك في شرط الطلاق وهو عدمي فلا يلزمه طلاق على المذهب عند صاحب المحرر ، وفيه وجه يحتمل في آخر أوقات الامكان لأن الاصل وجود [ ما علق عليه وهو العدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فهنا شرط الطلاق وجردى ] (١) وهو الفعل فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده وافتي الشيخ تقي الدين فيمن حلف لا يفعلن شيئاً ثم نسيه أنه لا يحتمل لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور في الصورة الأولى (ومنها) إذا تناضل حزبان واقسموا الرجال بالاختيار واختافوا في البادى بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرماة في المبتدى بالرامي وتشاحوا أقرع بينهم في قياس المذهب قال الامدى واختار القاضى أنه يقدم من أخرج السبى فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب الترغيب انه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدى فيه بالرمى (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل الفء في درجة ففي المجرى يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفي الاحكام السلطانية يقدم بالسابقة في الاسلام ثم بالدين ثم بالسن ثم بالشجاعة ثم ولى الامر بخير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافآ في صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة قال القاضى هذا قياس المذهب كالآذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنين في عقدين مترتبين وجعل السابق منهما فقال القاضى يخرج على روايتين . إحداهما بطلان العقد فيهما . والثانية استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجعل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا انتهى . ولكن المشهور في حكاية الرواية الأولى في كتاب القاضى وأصحابه أنه يفسخ النكاحان وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين في بلد

(١) ما بين المربعين من النابلسية وكذا فيما سيأتى

عملاً واحداً وقلنا بصحة ذلك فاختلف الخصمان فيمن يحكمان اليه فالقول قول المدعى فان تساوى  
في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين اليهما فان استويا أقرع بينهما، وقيل يمنعان من التخاصم حتى يتفقان  
على أحدهما قال القاضى والأول أشبه بقولنا (ومنها) اذا هجم الخصوم على القاضى دفعة واحدة  
وتشاحوا في التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا اذا ادعى الخصمان عنده  
معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) القرعة فى القسمة اذا عدل القاسم السهام بالأجزاء  
ان تساوت وبالقيمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضى الرد فانه يقرع بين الشركاء، وهو مخير  
ان شاء كتب اسم كل واحد منهم فى رقعة ثم تخلط الرقاع ويخرج على كل اسم رقعة منها، وان شاء  
كتب اسم كل سهم فى رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من  
الشركاء، فإذا تمت القرعة لزم القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد  
القسمة لأنها بيع اذا دخلها الرد فيشترط لها التراضى (ومنها) اذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فاقر  
بها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عينه فانه يقرع بينهما فمن قرع فىه له، وهل يخلف؟ على وجهين  
ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين وعليه حمل حديث أنى هريرة إذا أحب  
الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهى  
له بغير يمين، ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهنا أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما  
نص عليه فى المردود فى رواية ابن منصور. وإن قال من هى فى يده ليست لى ولا اعلم لمن هى؟ ففيها  
ثلاثة أوجه. أحدها يقترعان عاينها كالأقرع بها لأحدهما بمهما. والثانى يجعل عند أمين الحاكم. والثالث  
تقر فى يد من هى فى يده والأول ظاهر كلام الامام أحمد فى رواية صالح وأبى طالب وأبى النصر  
وغيرهم. والوجهان الآخران يخرجان من مسألة من هى فى يده شىء معترف بأنه ليس له ولا يعرف  
مالكه فادعاه معين فهل يدفع اليه أم لا؟ وهل تقر بيد من هو فى يده أم ينتزعه الحاكم فيه خلاف  
(ومنها) إذا تداعا اثنان عينا ليست فى يد أحد [هما] ففيها وجهان. أحدهما يقسم بينهما كالتى  
بأيديهما. والثانى يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت بيد ثالث وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية  
صالح فى اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستهمان عليه فمن خرج سهمه فهو له مع يمينه  
ولم يفرق بين أن يكون فى يد غيرهما أو لا يكون فى يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البيئتان  
ففى المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض وبصيران كمن لا بينة لهما والثانية يستعملان  
بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحدهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا  
حكى القاضى فى بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها فى كتاب المجرى

والخلاف وقال انما معناها ان البينتين يسقطان بالتعارض وتصير العين في يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل فقال لو أقام البينة جميعا سقطت البيتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قدأ كذبت صاحبتهما ويستهمان على اليمين ، وحكى ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى أنه يرقف الأمر حتى يتبين أو يصطاحا عليه، ولو كانت العين المنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل ندم بينة الخارج في أشهر الروايتين وفي الأخرى بينة الداخل، إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بان يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتيها منه ويقم بذلك بينة فقيهه روايتان أحدهما أنه كينة الداخل والخارج على ما سبق وهى المذهب عند القاضى. والثانية يتمارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لأنهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستندها وهو الشراء الذى عورض به، وهذه الرواية اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وصاحب المحرر . واختار أبو بكر هاهنا وابن أبى موسى انه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور فى رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البينة انه اشتراه بمائة وأقام الآخر البينة انه اشتراه بمائتين والبائع يقول بعته بمائتين والثوب فى يد البائع بعد . قال ليس قول البائع بشيء يقرع بينهما فمن أصابه القرعة فهو له بالذى ادعى انه اشتراه به . قلت : فان كان الثوب فى يد أحدهما ولا يدري أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما فى يده إذا كان مقرراً أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما فى يده، والعجب أن القاضى فى المجرى حكى هذا النص عن أحمد وذكر انه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على انه كان فى أيديهما وإنما أجاب أحمد فيه بالقرعة كما ذكرناه وإنما المجيب بالقسمة سفیان الثورى فان اسحاق ابن منصور يذكر لآحمد أولاً المسألة وجواب سفیان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالخالفه فر بما يشبهه جواب أحمد بجواب سفیان وقد وقع ذلك للقاضى كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسائل ابن منصور، ووقع فى الارشاد لابن أبى موسى فى هذه المسألة كما وقع للقاضى فانه نقل عن أحمد انه إذا كان الثوب فى يد البائع فهو بينهما نصفين وان كان فى يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً . وذكر الشيخ تقي الدين أن مقتضى المذهب انه اذا شهدت البينتان بالعقدين أو الاقرارين أو الحكيم ان يصدق البينتان به ان علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فهنا ان يقرع أو يبطل العتدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر فى يد ذى اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن اتقل عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما اذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يفسخهما الا اذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فانه يقرع لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو المالك بغير المالك



الملك فأنا نقرع فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال الى صاحبه فهو خير من حظر القرعة ( ومنها )  
 الاقراع في العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالاقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) اذا  
 أعتق في مرضه عبيده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فانه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص  
 عليه أحمد في رواية جماعة قال القاضي ويكون العتق مراعى فان مات ولم يجز الورثة تبينا أن الحر  
 منهم اثنان مثلا وأن العتق كان واقعا عليهما دون غيرهما ولكنهما كانا غير معينين وانما تميزا وتعيينا  
 بالقرعة كما يميز ويتمين الحقوق المشتركة في العقار وغيره بالاقراع في القسمة وغيرها ويستثنى من  
 هذا صور لا لإقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) اذا كان عتق أحد العبدین مرتبا على الآخر بان  
 قال ان أعتقت سالماً فغانم حر فانه يعتق سالم وحده اذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى الى  
 عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) اذا قال في مرضه اعتقوا سالماً  
 ان خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ما عتق وقال أيضاً اعتقوا غانماً ان خرج من الثلث والا  
 فاعتقوا منه ما عتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد  
 بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع كالمالو قال اعتقوا نصف سالم والا فنصف غانم (والثالثة)  
 اذا أعتق أمة حاملاً في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها قالوا لا يجوز الاقراع لأن الحمل تبع  
 لأمه وجزء منها فلا يجوز افراذه بالعتق دونها والقرعة قد تفضى الى ذلك ولا ان تعتق هي دون حملها  
 اذا استوعبت قيمتها الثلث لان الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا  
 يعتق منه مثله فيتعين ان يعتق منها ومن حملها بالحصة وذهب على بن ابي موسى الى ان الاقراع  
 انما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما ان كان لمعين فلا اقراع وكذا  
 ان لم يتشاح فيه العبيد وحكي عن ابي بكر في خلافه ما يوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبيده ولم  
 يجز الورثة اعتقوا منهم بمقدار الثلث فان تشاح العبيد في العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم  
 الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن ابي موسى وذكر هو وأبو بكر فيما اذا شهدت بيته على مريض  
 انه اعتق عبده هذا وشهدت أخرى انه اعتق عبده هذا انه يجب العتق لهما ويتخاص فيه العبدان قال  
 أبو بكر لأن القرعة انما تجب اذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً يعنى اذا كان العتق لواحد لا للجميع  
 وهذا مناقض لما ذكره ابن ابي موسى في تدبيرهم كالم إلا أن نقول تدبيرهم يقع موقوفاً مراناً كعتقهم  
 المنجز في مرضه فيعتق منهم من عدم الاجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز بالقرعة بخلاف ما إذا أعتق  
 عبيدين معينين وهو ضعيف فانه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه مثلاً اذ لا بد من الرد  
 الى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحمد فيمن قال في مرضه اعتقوا عنى أحد عبدي هذين انه يعتق أحدهما

فان تشاحا في العتق يقرع بينهما وانما قال يعتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم كما لو وصى باحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبيده فانه يعين بالقرعة ويخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق ولو اعتق عبدا من عبيده ثم انسيه أو جهله ابتداء كمسئلة الظائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة ايضا ويخرج وجه آخر انه لا يقرع هاهنا من الطلاق وأشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق انه يقرع فن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك في غيره إلا أنه لا يستباح وطىء شيء منهن اذا كن إماء ولو قال رجل ان كان هذا الظائر غراباً فعبدى حر وقال آخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر وجعل أمره فالمشهور أنه لا يعتق واحد من العبدین فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر ففيه وجهان أحدهما يعتق ما اشتراه لان استدامته لاسترقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذي عتق فاذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه . والثاني أنه يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحاباً للاصل لا لغيره وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادق على أمر يتفقان عليه وعلى الثاني أن وقعت الحرية على المشتري فكذلك وان وقعت على عبده فولأوه له ويتوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدعيه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهما وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين فقال احدهما ان كان الظائر غراباً فنصبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصبي حر فان العبد يعتق على احدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأمه اول ماتادينه حر فولدت ولدين واشتبه اولهما خروجا فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على معين وجهل ابتداء ولو قال اول غلام لى يطاع فهو حر نطالع عبيده كلهم او قال لزوجاته ايتكن طلع اولافهى طالق نطلعن كهن فنص احمد على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية مهنا واختلف الاصحاب في هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاقهم كان مرتباً واشكل السابق فميز بالقرعة كمسئلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وانهم طلعوا دفعة واحدة وقال صفة الاولية شاهلة لكل واحد منهم بانفراده والمعنى انما أراد عتق واحد منهم فميز بالقرعة وهى طريقة القاضى في خلافه ومن الاصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الاولية صفة لكل واحد منهم ولفظه صالح للعموم لانه مفرد [مضاف] أو يقال الاولية صفة للمجموع لا الافراد وهو الذى ذكره صاحب المعنى في الطلاق ومنهم من قال لا تطلق ولا يعتق شيء منهم لأن الاول لا يكون الا فردياً لا تعدد فيه والفردية مشتبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل في الطلاق والسامري وصاحب الكافي ، ويتخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بعدهم من عبيده وزوجاته طلقن وعتقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون اولا حتى يأتي بعده غيره فيتحقق له بذلك صيغة الاولية وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . وقريب من هذه المسئلة ما ذكره ابن ابي موسى في كتاب العتق فقال واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده أيكم جاءني بخبر كذا فهو حر فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر على روايتين قال في احدهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فمن قرع صاحبه فقد عتق وقال في الأخرى فقد عتقا جميعاً انتهى . فأما وجه عتقهما جميعاً فظاهر لأن أيا من صيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر الى الافهام من هذا التعليق الخصوص وأنه انما أريد به عتق واحد يجيء بالخبر فيصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لا عموم شمول فلا يعتق به أكثر من واحدة فاذا اجتمع اثنان على الاثنيان بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهي طالق فاذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة الى الجميع سواء وأما الاخبار فالمقصود منه يحصل من أحد الخبرين فلا حاجة الى الآخر ، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضى انه لو قال لزوجاته من اخبرني منكن بكذا فهي طالق فاخبرنه متفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الاولى لأن مقصوده من الاخبار وهو الاعلام حاصل بها . ولهذا لو قال من دخل داري فله درهم فدخل جماعة فلكل واحد منهم درهم ولو قال من جاءني فله درهم فجماعة فلهم درهم واحد بينهم ذكره القاضى في كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فان كل واحد وجد منه دخول كامل ، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً ففيه وجهان . احدهما السبق المذكور بينهما كما لو قال من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة . والثاني لكل منهم سبق كامل لأنه سابق بانفراده ، وحاصل الامر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تعدد فيه كرد الآبق ونحوه فلا يتعدد المشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للعدد وهو نوعان . احدهما ما يكون اتعدد فيه مقصوداً لدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح كما اذا قال من دخل داري فهو حر أو فله درهم أو فبني طالق وكذلك تجيء على هذا اذا قال من جاءني فله درهم لأن تعدد الاثنيين مطلوب بخلاف ما ذكره القاضى . ومسألة السبق قد يقال هي من هذا النوع وقد يقال السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقيين بل هو سابق بان تأخر عنه وهساو لمن جاء معه فانصف بالسبق هو المجموع لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

جملا واحدا وهذا اظهر . والنوع الثاني مالا يكون التعدد فيه مقصودا كالآتيان بالخبر فهل يشترك الآتون به في الاستحقاق أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذي ذكره ابن أبي موسى . والذي نقله صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل أبو بكر رواية صالح على أنه أراد العموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هذا يتخرج مسألة أو لكن يطلع على اذا قيل إن الأولية صفة لكل واحد من المجتَمعين لأن هذا التعليق لم يقصد به الا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قيل الأولية صفة للمجموع بوجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتبه عبده بعبيد غيره قال القاضي قياس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتبهت زوجته بأجنب فطلقها فله اخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا أنه يخرج أربعاً بالقرعة ثم ينكح البواقي ، ولو اشتبهت اخته بأجنبيات فقال القاضي في خلافه لا يتمتع التميز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتبهت فيهن فانها تميز بالقرعة على المنصوص . وفي عمد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه الا باجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تعمل في أكد التحريمين وتعمل في أيسرهما .

## فصل

وهذه فوائد تاحق بالقواعد وهي فوائد مسائل مشتمرة فيها اختلاف في المذهب ، ينبى على الاختلاف فيها فوائد متعددة

١ - (الأولى) فمن ذلك ما يدر كه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلواته أو أولها وفي هذه المسئلة روايتان عن الامام أحمد . احدهما ما يدر كه آخر صلواته وما يقضيه اولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائد (احداها) محل الاستفتاح فعلى الأولى يستفتح في أول ركعة يقضها إذ هي أول صلواته نقلها حرب وفي شرح المذهب للقاضي لا يشرع الاستفتاح فيها لفوات محله وعلى الثانية يستفتح في أول ركعة يدر كها لأنها اولته نقلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التعوذ فعلى الأولى يتعوذ اذا قام للقضاء خاصة وعلى الثانية يتعوذ في أول ركعة يدر كها وهذا بناء على قولنا إن التعوذ يختص بأول ركعة فأما على قولنا هو مشروع في كل ركعة فتلغى هذه الفائدة (الفائدة الثالثة) هيئة القراءة في الجهر والاخفات فاذا فاتته الركتان الأولتان من المغرب أو

العشاء جهر في قضائهما من غير كراهة نص عليه في رواية الاثرم وان ام فيهما وقلنا بجوازه سن له الجهر وهذا على الرواية الاولى وعلى الثانية لاجهرها هنا ( الفائدة الرابعة ) مقدار القراءة وللاصحاب في ذلك طريقان . احدهما انه اذا ادرك ركعتين من الرباعية فانه يقرأ في المقضيتين بالحمد وسورة معها على كلا الروايتين . قال ابن ابي موسى لا يختلف قوله في ذلك وذكر الخلال ان قوله استقر على ذلك وفي المعنى هو قول الأئمة الاربعة لا نعلم عنهم فيه خلافا . والطريق الثاني بناؤه على الروايتين فان قلنا ما يقضيه اول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفاتحة وهي طريقة القاضي ومن بعده وذكره ابن ابي مرسى مخربا وقد نص عليه احمد في رواية الاثرم وأوما إليه في رواية حرب وغيره وانكر صاحب المحرر الطريقة الاولى وقال لا يتوجه إلا على رأى من رأى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأى من رأى قراءة السورتين في الآخرتين اذا نسيهما في الاولتين . قلت وقد اشار احمد الى ما حدثناك وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة سنة مؤكدة فيحتاج لها اكثر من الاستفتاح والاستعاذة ولو ادرك من الرباعية ركعة واحدة فان قلنا ما يقضيه اول صلاته قرأ في الاولتين من الثلاثة بالحمد وسورة وفي الثالثة بالحمد وحدها . ونقل عنه الميموني يحتاج ويقرأ في الثلاث بالحمد وسورة قال الخلال رجع عنها احمد .

( الفائدة الخامسة ) قنوت الوتر اذا ادركه المسبوق مع من يصلى الوتر بسلام واحد فانه يقع في محله ولا يعيده ان قلنا ما يدركه آخر صلاته وان قلنا اولها اعاده في آخر ركعة يقضيها .

( الفائدة السادسة ) تكبيرات العيد الزوائد اذا ادرك المسبوق الركعة الثانية من العيد فان قلنا هي اول صلاته كبر خمسا في المقضية وإلا كبر سبعا ( الفائدة السابعة ) اذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنائز فان قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الامام في الذكر الذي هو فيه ثم قرأ في اول تكبيرة يقضيها وان قلنا ما يدركه اول صلاته قرأ فيها بالفاتحة ( الفائدة الثامنة ) محل التشهد الاول في حق من ادرك من المغرب او الرباعية ركعة وفي المسئلة روايتان . احدهما يتشهد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين نقلها حرب . والاولى اختيار ابى بكر والقاضي وذكر الخلال ان الرويات استقرت عليها ، واختلاف في بناء الروايتين فليل على الروايتين في اصل المسئلة ان قلنا ما يقضيه اول صلاته لم يجلس الا عقيب ركعتين وان قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لانها ثابته وهذه طريقة ابن عقيل في فصوله واوما إليها احمد في رواية حرب .

وقيل ان الروايتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهي طريقة صاحب المحرر وغيره ونص احمد على ذلك صريحا في رواية عبد الله والبرائي مفرقا بين القراءة والتشهد وعلل في رواية عبد الله بانه

احتاط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر في القراءة في  
الركعتين وقد صح عن ابن مسعود انه يجلس عقيب ركعة مع قوله ان ما ادركه مع الامام  
آخر صلاته نقله عنه احمد . وزعم صاحب المغني ان السكك جائز ويرده ما نقله مهنا عن احمد انه  
اذا جلس عقيب ركعتين سجد للسهو فجعله كتارك التشهد الاول ، وما يحسن تخريجه على هذا الخلاف  
ولم نجد منقولاً تطويل الركعة الاولى على الثانية وترتيب السورتين في الركعتين فأما رفع اليدين  
اذا قام من التشهد الاول اذا قلنا باستجابته فيحتمل أن يرفع اذا قام الى الركعة المحكوم بانها ثالثة  
سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل ان يرفع اذا قام من تشهده الاول المعتد به سواء كان عقيب الثانية  
أو لم يكن لانه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فينبغه حيث كان وهذا اظهر والله اعلم

٢- (الثانية) الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة المالك . اختلف الاصحاب في ذلك على طرق . (احداها)  
ان الزكاة تجب في العين رواية واحدة وهي طريقة ابن ابي موسى والقاضي في المجرد (والثانية) ان  
الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة وهي طريقة ابي الخطاب في الاتصار وصاحب التلخيص متابعة  
للخري ( والثالثة ) انها تجب في الذمة وتتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي وابي الخطاب  
وغيرهما وهي طريقة الشيخ تقي الدين ( والرابعة ) أن في المسئلة روايتين . احدهما تجب في العين  
والثانية في الذمة وهي طريقة كثير من الاصحاب المتأخرين وفي كلام ابي بكر في الشافي ما يدل على  
هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك واعساره  
فان كان موسراً وجبت الزكاة في ذمته وان كان معسراً وجبت في عين ماله وهو غريب وللاختلاف  
في محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة ( الاولى ) اذا ملك نصاباً واحداً ولم يؤد زكاته  
احوالاً فان قلنا الزكاة في العين وجبت زكاة الحول الاول دون ما بعده ونص عليه احمد واختاره  
اكثر الاصحاب لان قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق  
تملكه والمستحق في حكم المؤدى فصار كالمندور سواء فان المندور يجوز عندنا ابداله بمثله وهذا  
كذلك وان قلنا الزكاة في الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا ان دين الله عز وجل يمنع الزكاة  
وقال السامري يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام احمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت  
زكاته من جنسه فاما ان كانت من غير جنسه كالابل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين  
نص عليه معللاً بانه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاماً وهذا ما ذكره الخلال وابن ابي  
موسى والقاضي والا كثرون وذكر الشيرازي في الميهج انه كالأول لا يجب سوى زكاة واحدة  
ومتى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صرح به في التلخيص ونص احمد في رواية مهنا على

وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكيم لا وجود له في الخارج فتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نصر احمد في رواية غير واحدة على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيما بعد الحول الاول، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداء فيه وجهان. احدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الآدمي وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب المغني. والثاني أنه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال في الجامع واورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الأولى من غير النصاب في اثناء الحول الثاني بنى الحول الثاني على الأول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الأول يستأنفه من حين الاخراج وينبئ على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة والله اعلم ( الفائدة الثانية ) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التمكن من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لا تسقط بذلك الا زكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجائحة قبل القطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا تنفاه التمكن من الانتفاع، بها وخرج ابن عقيل وجها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف مخالف للاجماع. وعن احمد رواية ثانية بالسقوط فمنهم من قال هي عامة في جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشي. واختلفوا في ما أخذ الخلاف على طريقتين. أحدهما أنه البناء على الخلاف في محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلواني في التبصرة والسامري وقيل إنه ظاهر كلام الخرقى وفي كلام أحمد إيماء إليه أيضا. والطريق الثاني عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضي والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا انما إن قلنا التعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلائ وجوبها كان شكرا لنعمه ثم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة بانقضاء مدة الاجارة وأيضا فمنهم من قال تعلقها بالعين ولا يبقى تعلقها بالذمة فهي كدين الرهن ووجه السقوط مطلقا أن قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجاني وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتمكن من الفعل كالصلاة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة لفقراء من المال فيسقط بتلفه وفقير صاحبه واختار السقوط مطلقا صاحب المغني ( الفائدة الثالثة ) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاعت التركة عنهما

فالمخصوص عن أحمد أنهما يتحصان نقله عنه أحمد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلف الأصحاب في ذلك فمنهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة لانا إن قلنا هو الذمة فقد تساويا في محل التعلق وفي أن كلا منهما حقاً لآدمي وتمتاز الزكاة بانها من حق الله عز وجل وان قلنا العين فدين الآدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضا فيتساويان وهذه طريقة اني الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حمل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن وهذه طريقة القاضي في المجرى والسامري. وفي كلام أحمد إيماء اليها ومن الأصحاب من وافق على هذا البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة في الذمة فيساوي دين الآدمي وهذا تخريج في المحرر مع أن صاحبه ذكر في شرح الهداية أن النصاب متى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا يتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يزداد بزيادته وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مومن المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك على سائر الديون ، وحمل نص أحمد بالمحاصة على حالة عدم النصاب : فاما ان كان المالك حياً وافلس فظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائغ للعذر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الآدمي له وملازمته وحبه فيكون عذراً له في التأخر بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الآدمي لفاتت الزكاة بالسكينة وظاهر كلام القاضي والا كثيرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد ينزل على القول بالوجوب في العين إلا أن صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق (الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهونا ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منها هاهنا حالتان . إحداهما أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه صرح به الخرق والاصحاب وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعين فيقدم عند النزاحم ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجاني على المرتهن اذا لحق المنحصر في العين يفوت بفواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفى من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ القاضي وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقا بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي اذا كدين الرهن ، والا ظهر في هذا ان يقال تعلق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري والقهرى اقوى كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتعلق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين



وصرح به بعض المتأخرين و لما أخذ الثاني ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مراحمة غيره  
 من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل افلس وهذا ما أخذ صاحب التاخيص وعلى  
 هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال  
 يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب و ذكره الخرقى  
 ايضا لان تعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون اذن و الزكاة لا يتعين  
 إخراجها منه و ذكر السامري انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله إخراجها منه ايضا لانه تعلق قهرى  
 وينحصر في العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول  
 ببيع أو غيره و المذهب صحته و نص عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة و ذكر  
 ابو بكر في الشافى أنا ان قلنا الزكاة في الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا في العين لم يصح التصرف  
 في مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تعلق الزكاة تتعلق شركة او رهن صرح به بعض المتأخرين  
 وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المنصوصتين عن احمد في المرأة اذا وهبت زوجها مهرها  
 الذى لها فذمتها فهل تجب زكاته عليه أو عليها قال فان صح انها مبر جميعه فعلى المرأة إخراج زكاته من  
 مالها وان صح انها الهبة فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين في ذمة الزوج فيلزمه أداءه  
 اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بناء غريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة  
 بذمته حينئذ بغير خلاف كما لو تلف فان عجز عن أدائها فطر يقان . أحدهما ما قاله صاحب شرح الهداية  
 ان قلنا الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كما لو وجب عليه دين لآدمى وهو موسر فباعه متاعه ثم أعسر  
 وان قلنا في العين فسخ العقد في قدرها تقدماً لحق المساكين لسبقه . والثاني ما قاله صاحب المغنى انها  
 تتعين في ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالاً بالفسخ في مقدار الزكاة من غير بنا . على محل التعلق  
 (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائباً عن مالكه لا يقدر على الإخراج منه لم يلزمه إخراج زكاته حتى  
 يتمكن من الأداء منه نص عليه أحمد في رواية مهنا وصرح به الشيخ محمد الدين في موضع من شرح  
 الهداية لأن الزكاة هو امانة فلا يلزم اداؤها قبل التمكن من الانتفاع بالمال المواسى منه ، ونص احمد  
 في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه أداء زكاته حتى يقبضه لأن  
 عوده رجو بخلاف التالف بعد الحول وهذا لعلة يرجع الى ان اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال  
 القاضى وابن عقيل يلزمه اداء زكاته قبل قبضه لانه في يده حكماً ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف  
 الدين الذى في ذمة غريمه وكذلك ذكر صاحب شرح الهداية في موضع آخر وأشار في موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا الذمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لا تسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن الغائب اذا تلف قبل قبضه . مخالف الكلام احمد ( الفائدة السابعة ) اذا أخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرج من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق فان قلنا الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كما مؤونة لان الزكاة إنما تجب في المال النامي فيحتسب من نمائه ، ويمكن أن ينفي على هذا الأصل ايضا الوجهان في جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله الاخراج منه والا فلا وفي كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تركيته بدون اذنه نص عليه في رواية المروذي اللهم الا ان يصير المضارب شريكا فيكون حكمه حكم سائر الخطاء والله اعلم .

٣- [ الثالثة ] الاستفادة بعد النصاب في اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد ما لا زكوي من جنس النصاب في اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا ولكن هل نضمه الى النصاب في العدد ونخالطه به ويتركه زكاة خلطة أو يفرده بالزكاة كما أفرده بالحول فيه ثلاثة اوجه ( أحدها ) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه يختص بما اذا كان المستفاد نصابا أو دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يتأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب شرح الهداية لانه مضموم الى النصاب في العدد فيلزمه حينئذ جعل ما ليس بوقص في المال وقصا وهو ممتنع ويختص هذا الوجه أيضا بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول تجتمع مع النصاب في الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر باطراده في كل الاحوال وصرح القاضي ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجها . والوجه الثاني أنه يترك زكاة خلطة وصححه صاحب شرح الهداية كما لو اختلط نفسان في اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب في تركي زكاة ضم وعلى هذا فهل الزيادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لتركى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يترك زكاة انفراد وهذا قول ابي الخطاب في انتصاره وصاحب المحرر . والثاني أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإنما زكاة النصاب زكاة انفراد لانفراده في أول حوله الأول بخلاف الحول الثاني وما بعده فعلى هذا إذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تمتة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول إذا تم حول المستفاد وجب فيه ما بقى من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فإنه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتعين وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ما سبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناء على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته . ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تمتة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه مسنة فإذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني وهو الأظهر وعلى الأول يتمتع الضم هنا لثلاثين يؤول إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تبيع على وجه الانفراد أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثاني) أن تكون تمتة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستاً وسبعين من الإبل ثم ستاً وأربعين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه ابتالبون فإذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثاني يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فإن وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد يصير وقصا محضاً يضعه إلى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده فكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يتمتع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثاني وهو الأظهر يجب اخراج تمتة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبتى لبون ونصفا عن مائتين من الإبل فهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يختلفان حيث أدى الاتفاق إلى أحد الأمرين وسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين . أحدهما أن لا يكون في واحد منهما أعنى النصاب والمستفاد وقص ولا حدث من اجتماعهما وقص فيزى كما تقدم وهو أن يأخذ فرضي الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه ويتفق منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمسا من الإبل

بعد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فان الشارع أوجب أربع شياه في عشرين وبنت  
 مخاض في خمس وعشرين فتكون مقدرة في خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد  
 ثلاثين فانه يجب للزيادة ربع مسنة لان التيسع مقابل لثلاثة أرباع مسنة والمسته تعدل تديما وثلاثا  
 أبدا . (الضرب الثاني) أن يكون في المال وقصر أماحالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيخالفها هنا وجه  
 الضم والخلطة فانا على وجه الضم نجمع من النصاب الأول ما تعلق به الفرض منه ويضم اليه تتمه نصاب  
 المجموع من الباقي ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التتمه وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع  
 المال ويجعل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمعدوم، فمثال ذلك والوقص موجود حالة الاجتماع  
 لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فاذا تم حول الثانية ضمنت الى العشرين الأولى خمسا تكن  
 خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقي خمس  
 بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت  
 مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر  
 بعدها فاذا تم حول الأولى فعليه شاتان فاذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تتمه النصاب  
 وهي عشر فاجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لان فيهما جميعا وقصا لم يؤد عنه والمال عند  
 الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله فاذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج  
 عن جميع ما لم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمس من بنت مخاض  
 وخمس خمس بنت مخاض فاذا تعذر هذا فاستفاد لا يخلو من أربعة أقسام . (الأول) أن يكون نصابا  
 معتبرا للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم احدى وثمانين بعدها ففي الاربعين شاة عند حولها فاذا  
 تم حول الثانية فوجهان احدهما فيها شاة أيضا وهو متخرج على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها شاة  
 واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لان ذلك حصة  
 المستفاد من الشاتين الواجبتين في الجميع . وذكر القاضي وابن عقيل وجماعة أن وجه الخلطة هنا  
 كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً لئلا يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم  
 أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع (القسم الثاني) أن تكون الزيادة  
 نصابا لا يغير الفرض كن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففي الأول إذا تم حولها شاة فاذا تم  
 حول الثانية وثلاثة أوجه . أحدها لا شيء فيها وهو وجه الضم لان الزيادة بالضم تصير وقصا . والثاني  
 فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون  
 الزيادة لا تبلغ نصابا ولا تغير الفرض كن ملك أربعين من الغنم ثم ملك بعدها عشرين ففي الأول

إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها ثلث شاة وهو وجه الخلطة ( القسم الرابع ) أن لا تبلغ الزيادة نصاباً وتغير الفرض كن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرأ بعدها فاذا تم حول الأولى ففيها تبيع فاذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكر وفيها خلافاً ، ومنهم من صرح بنفي الخلاف كصاحب المحرر وعلل بأن وجه الانفراد متعذر لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتمين وجه الخلطة وأما صاحب الكافي فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذي تقدم من أن الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب إخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

٤ — [ الرابعة ] الملك في مدة الخيار هل ينتقل إلى المشتري أم لا في هذه مسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب ( والثانية ) لا ينتقل حتى ينقض الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حكي أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة ( منها ) وجوب الزكاة فاذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فزكاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له ( ومنها ) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو في مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية ( ومنها ) لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً أو نماء منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع ( ومنها ) مؤونة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية ( ومنها ) اذا تلف المبيع في مدة الخيار فان كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشتري على المذهب وعلى الثانية من مال البائع ( ومنها ) لو تعيب المبيع في مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لانتفاء القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال ( ومنها ) تصرف المشتري في مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجربته إلا أن يكون الخيار له وحده كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحد في رواية أبي طالب ان له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما ان ذلك فرج فيحتاج له . والثاني ان ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالأستخدام والاجارة وانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعدمه فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال الا بالعقود ونقل مهنا وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري الروايتين وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى أنه ان أجازة البائع صح والتمن له وان رده بطل البيع وعلى المشتري استرداده فان تعذر فعليه قيمته وان سرق أو هلك فهو من ضمان المشتري فحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشتري وآخرها يبطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لكنها مفرعة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتبين به أن الملك كان للبائع وعلى أن تصرف الفضولي موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لانقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد في رواية حرب أنه لا ينفذ حتى يتقدمه امضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغنى والمحرر ، وفي المجرد للقاضي احتمالان هذا كله تفريع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشتري ، فاما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما وللبيع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشتري فانه يختار به الامضاء وحق الفسخ يقدم عليه ( ومنها ) الوطاء في مدة الخيار فان وطئ المشتري فلا شيء عليه لأن الملك له وان وطئ البائع فان كان جاهلاً بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً فالمنصوص عن أحمد في رواية مهنا أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والأكثرين لأنه وطئ لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطئ المرتين ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا يفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه يفسخ بوطئه فلا حد لأن تمام الوطاء وقع في ملك فتمكنت الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحب المغنى والمحرر لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه بل وبمقدمات وطئه فيكون الوطاء حيثئذ في ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشتري الخلف ( ومنها ) ترتب موجبات الملك من الانعتاق بالرحم أو بالتعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو خالف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأنكر الشيخ  
 مجد الدين ذلك وقال بحثه على الروايتين . فاما الاخذ بالشفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند  
 أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بان الملك لم يستقر  
 بعد ومنهم من علل بان الاخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها  
 في مدته وهو تعليل القاضى في خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة  
 وذكر أبو الخطاب احتمالاً بشبوت الشفعة مطلقاً اذا قلنا بانقال الملك إلى المشتري ( ومنها )  
 إذا باع أحد الشريكين شقراً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته في مدة الخيار فعلى المذهب يستحق  
 المشتري الأول انزعاق شقصة الشفيع من يده مشتريه لانه شريك الشفيع حاله ببيعته وعلى  
 الثانية يستحق البائع الاول لان الملك باق له ( ومنها ) لو باع الملتقط للفظه بعد الحول بشرط  
 الخيار ثم جاء بها في مدة الخيار فان قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وان قلنا بانتقاله فوجهان .  
 المحزوم به في الكافي الوجوب ( ومنها ) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم احرم في مدته فان قلنا  
 انتقل الملك عنه فليس له الفسخ لانه ابتداء ملك على الصيد وهو ممنوع منه وان قلنا لم ينتقل  
 الملك عنه فله ذلك ثم ان كان في مدة المشاهدة أرسله والا فلا ( ومنها ) لو باعت الزوجة قبل الدخول  
 الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فان قلنا الملك انتقل عنها ففي لزوم استردادها وجهان وإن  
 قلنا لم يزل فيها استرده وجهها واحداً ( ومنها ) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع  
 الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يلزمه لبقاء الملك ( ومنها ) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها  
 في مدته فان قلنا الملك لم ينتقل اليه لم يكفه ذلك الاستبراء وان قلنا بانتقاله ففي الهداية والمغنى يكفى  
 وفي الترغيب والمحرم وجهان لعدم استقرار الملك

٥ - [الخامسة] الاقالة هل هي فسخ أو بيع في المسألة روايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى  
 والا كثرون أنها فسخ وحكاها القاضى عن أبي بكر وفي التنبيه لأبى بكر التصريح باختياره أنها بيع  
 ولهذا الخلاف فوائد عديدة ( الاولى ) اذا تقايلا قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز  
 على قولنا هي فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكماها القاضى في المجرد في الاجارات أنه يصح  
 بيعه من بائعه خاصة قبل القبض ( الفائدة الثانية ) هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن  
 إن قلنا هي فسخ جازت كذلك وان قلنا هي بيع فلا هذه طريقة أبى بكر في التنبيه والقاضى والاكثرين .  
 وحكى عن أبى بكر أنه لا بد فيها من كيل ثاب على الروايتين كما أن الفسخ في النكاح يقوم مقام  
 الطلاق في ايجاب العدة ( الفائدة الثالثة ) اذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس

الثمن فان قلنا هي فسخ لم يصح لأن الفسخ رفع للعقد فبين اذاً أن العوضين على وجههما كالرد بالعيب وغيره وان قلنا هي بيع فوجهان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده . أحدهما يصح وقاله القاضي في كتاب الروايتين كسائر البيوع . والثاني لا يصح وهو المذهب عند القاضي في خلافه ، وصححه السامري لأن مقتضى الإقالة رد الأمر الى ما كان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجوز بأكثر من الثمن وان كانت يبيع التولية وهذا ظاهر ما نقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة فقدم فقال اقني ولك كذا وكذا قال احمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعته ومعها فضل الا أن يكون تسعرت السوق أو تاركا البيع فباعه يبعاً مستأنفاً فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال اقني فيها ولك كذا وكذا فهذا مكروه فقد كره الإقالة في البيع الأول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتبايعاه يبعاً مستأنفاً اذا تسعرت السوق جازت الإقالة بنقص في مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص في رواية احمد بن القاسم وسندي وحبل على الكراهة بكل حال نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللاً كشبهة مسائل العينة لانه ترجع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشتري فضل درهم ولكن محذور الربا هنا بعيد جداً لانه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً لاسيما والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه ما يدل على جوازها قال في رواية الأثرم وسأله عن بيع العربون فذكر له حديث عمر فقيل له تذهب اليه قال أي شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال أليس كان ابن سيرين لا يرى بأساً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربون من جنس الإقالة ببيع وهو يرى جواز بيع العربون وهذا الخلاف هنا شبيهه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر ، فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوباً بعشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشتراه باثنين وعشرين نقداً قال لا بأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم يرب به بأساً وصرح أبو الخطاب وطائفة من الاصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لا يجوز له ثمنه شرأوه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن احمد انه بعد القبض يبيعه كيف شاء ( الفائدة الرابعة ) تصح الإقالة بلفظ الإقالة والمصالحة ان قلنا هي فسخ ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي في خلافه قال ما يصلح للحل لا يصلح للعقد وما يصلح للعقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الإقالة ولا الإقالة بلفظ البيع . وظاهر كلام كثير من الاصحاب انعقادها



بذلك وتكون معاطاة ( الفائدة الخامسة ) إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها شروط البيع من معرفة المقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويشترط ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب المغنى في التفليس ، ولو تقايلا العبد وهو غائب بعد مضي مدة لان يتغير في مثلها أو بعد إياقه واشتباهاه بغيره صح على الأول دون الثاني ولو تقايلا مع غيبة احدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل الدارو قال على الفور أقلتلك فان قلنا هي فسخ صح وان قلنا هي بيع لم يصح ذكره القاضى وأبو الخطاب في تعليقهما لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس . ونقل أبو طالب عن احمد صحة قبول الزوج للنكاح بعد المجلس واختلاف الاصحاب في تأويلها وفي كلام القاضى أيضا ما يقتضى أن الاقالة لا تصح في غيبة الآخر على الروايتين لأنها في حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد بالغيب والفسخ بالخيار وهل يصح مع تلف السلع على طريقين . احدهما لا يصح على الروايتين وهى طريقة القاضى في موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى ان قلنا هي فسخ صحت وإلا لم تصح قال القاضى في موضع من خلافه وصاحب المغنى . والثانى إن قلنا هي فسخ صحت وإلا لم يصح قال القاضى في موضع من خلافه هو قياس المذهب وفي التأخير وجهان فان أصابهما الروايتان اذا تلف المبيع في مدة الخيار ( الفائدة السادسة ) هل تصح الاقالة بعد النداء للجمعة ان قلنا هي بيع لم تصح والا صحت ذكره القاضى وابن عقيل ( الفائدة السابعة ) نى المبيع نماء منفصلا ثم تقايلا فان قلنا الاقالة بيع لم يتبع النماء بغير خلاف وان قلنا فسخ فقال القاضى النماء للمشتري وينبغى تخريجه على الوجهين كالرد بالغيب والزجوع للمفاس ( الفائدة الثامنة ) باعه نخلًا حائلًا ثم تقايلا وقد اطاع فان قلنا المقابلة بيع فالثمرة ان كانت مؤبرة فهى للمشتري الأول وان لم تكن مؤبرة فهى للبائع الأول وان قلنا هي فسخ تبعت الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه نماء منفصل ذكره فى المغنى وقد سبقت المسألة فى قاعدة النماء ( الفائدة التاسعة ) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هي فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هي بيع ففي التأخير يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندي أن لا يثبت أيضا لان الخيار وضع للنظر فى الحظ والمقيد وعلى ذلك لا يثبت له وانما هو متبرع والمستقبل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظ له فى ذلك وندم على أن العقد الأول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر والله أعلم ( الفائدة العاشرة ) هل يرد بالغيب ان قلنا هي بيع ردت به وان قلنا هي فسخ فيحتمل أن لا يرد به لان الاصحاب قالوا الفسخ لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالغيب لأحد الشفيعين وأفتى الشيخ تقي الدين بفسخ الخلع بالغيب فى عوضه وبفوات حقه فيه وبافلاس الزوجة به ( الفائدة الحادية عشرة )

الاقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . احدهما على الخلاف فان قلنا هي فسخ جازت وان قلنا  
 بيع لم يجز وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب الروضة وابن الزاغوني والثانية  
 جواز الاقالة فيه على الروايتين وهي طريقة الاكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك ( الفائدة  
 الثانية عشرة ) باعه جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فان قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من  
 حدث له شرك في الارض قبل المقابلة شيئا من الشقص بالشفعة وان قلنا هي بيع ثبتت لهم الشفعة  
 وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفيعته ثم تقايلا وأراد العافي أن يعود  
 الى الطلب فان قلنا الاقالة فسخ لم يكن له ذلك والا فله الشفعة ( الفائدة الثالثة عشرة ) اشترى شقصا  
 مشفوعا ثم تقايلاه قبل الطلب فان قلنا هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغير بائعه وان قلنا فسخ فقيل  
 لا تسقط أيضا وهو قول القاضي وأصحابه لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقيل  
 يسقط وهو المنصوص عن احمد في رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبي حفص والقاضي  
 في خلافه ( الفائدة الرابعة عشرة ) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه ؟ من الاصحاب  
 من قال ان قلنا الاقالة بيع ملكه والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة  
 ابن عقيل في موضع من فصوله والاكثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ  
 بالخيار ( والخامسة عشرة ) هل يملك المفاص بعد الحجر المقابلة لظهور المصلحة ان قلنا هي بيع  
 لم يملكه وان قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على  
 الاصح لأن ذلك ليس بتصرف مستأنف بل من تمام العقد الاول ولو احقه ( الفائدة السادسة عشر )  
 لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع اليه باقالة فان قلنا هي بيع امتنع رجوع الاب فيه وان قلنا  
 هي فسخ فوجهان ، وكذلك حكم المفلس اذا باع السلعة ثم عادت اليه باقالة ووجدها بائعا عنده  
 ( الفائدة السابعة عشرة ) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استبرأؤه فيه طريقان . أحدهما  
 قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وان قلنا فسخ لم يجب والثاني أن  
 في المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الاصل ثم قيل إنه مبنى على انتقال الضمان عن البائع  
 وعدمه واليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع الى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب  
 الاستبراء وهذا أظهر ( الفائدة الثامنة عشرة ) لو حلف لا يبيع أو يبيع أو علق على البيع طلاقا  
 أو عتقا ثم أقال فان قلنا هي بيع ترتب عليها احكامه من البر والحنت والا فلا وقد يقال الايمان  
 تبني على العرف وليس في العرف أن الاقالة بيع ( الفائدة التاسعة عشرة ) تقايلا في بيع فاسد ثم  
 حكم الحاكم بصحة العقد ونفوذه فهل يؤثر حكمه . ان قلنا هي بيع فحكمه بصحة العقد الاول صحيح

لأن العقد باق وقد تأكد ترتيب عقد آخر عايه وإن قلنا هي فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة  
فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم  
ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمد الأدلة (الفائدة العشرون) لو باع  
ذمي ذمياً آخر خمرأً وقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها فإن  
قلنا الاقالة بيع لم يصح لأن شراء المسلم للخمر لا يصح. وإن قلنا هي فسخ احتتمل أن يصح  
فيرفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى اسقاط الثمن عن المشتري واحتمل أن لا  
يصح لأنه استرداد ملك الخمر كما قال أصحابنا في المحرم أنه لا يسترد الصيد بخيار ولا غيره فإن رد  
عايه بذلك صح الرد ولم يدخل في ملكه فيلزمه ارساله. وفي التلخيص لو رد العبد المسلم على بايعه  
الكافر بعيب صح ودخل في ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم  
بعيب ورد الخمر على المسلم بالعيب كذلك إذا قلنا يملك بالقبض (الفائدة الحادية والعشرون)  
الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضي في موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل  
بالموت ولا يصح بعده. وقال في موضع آخر إن قلنا هي بيع صححت من الورثة وإن قلنا فسخ فوجهان  
٦- [ السادسة ] النقود هل تتعين بالتعيين في العقد أم لا في المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما  
أنها تتعين بالتعيين في عقود المعاوضات حتى أن القاضي في تعاقبه أنكروا ثبوت الخلاف في  
ذلك في المذهب والا كثرون أثبتوه ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (منها) أنه يحكم بملكها للمشتري  
بتجرد التعيين فيملك التصرف فيها وإن تافقت تافقت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الاخرى  
لا يملكها بدون قبض نهى قبله ملك البائع وتناف من ضمانه (ومنها) لو بان الثمن مستحقاً فعلى  
المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على مالك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبان مستحقة وعلى  
الثانية لا تبطل وله البدل، وهما من مسألة مشتملة على قواعد المذهب وهي إذا غصب نقوداً واتجر  
فيها وربح فإن نصوص أحمد متفقة على أن الربح للمالك فن الاصحاب من بناء على القول بوقف  
تصرف الغاصب على الاجارة كابن عقيل وصاحب المغنى ومنهم من بناء على أن تصرفات الغاصب  
صحيحة بدون اجازة لانه مدة تطول فيشقى استدر ~~سها~~ وفي القضاء يبطلها ضرر عليه وعلى  
المالك بتفويته الربح وهي طريقة صاحب التلخيص والصحة عنده مختصة بالتصرف الكثير وأشار  
اليه صاحب المغنى وأن مالك يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح التصرف فيه بدون انكاره  
لهذا المعنى. ومن الاصحاب من نزله على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم نقس الثمن وهي طريقة  
القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر وبشهاد لهذا أن المروذي نقل عن أحمد التفرقة  
( ٤٩ - قواعد )

بين الشراء بعين الغصب والشراء في الذمة فتنزل نصوصه المطلقة على هذا المقيد وانما كان الربح للمالك مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المنصوب منه وفائدته فهو كالمولد من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء (ومنها) اذا بان النقد المعين معيياً فله حالتان. احدهما أن يكون عيبه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الاصحاب وعالموه بانه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبان حماراً وأوهأ اليه أحمد في رواية الميموني فقال ان كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه اذا كان كله أو غالبه كذلك واما ان كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن اجباره على قبول هذا وانما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار المتعين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع ويبطل في الباقي وللمشتري الخيار لبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما اذا باعه أرضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبان تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بثمان الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فاذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانص عليه أحمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه ربا ان كان سماناً عنده سمن أعطاه بوزنه سمناً وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وانما فرق بين السمن وغيره لأن السمن شأنه بيع السمن فكأنه باعه بمقدار الظرف سمناً وأما غيره فانما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الاول لا الثاني (الحالة الثانية) أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبائع بالخيار بين الامسك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومن أهسك فله الارش الا في صرفها بحبسها صرح به الحلواني وابنه وصاحب المحرر وفي بعض نسخ الخرقى ما يقتضيه وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فاما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال إلا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه في المجاس ولافسخ بذلك وانما يثبت به البدل دون الارش لان الواجب في الذمة دون المعين (ومنها) اذا باعه سلعة بنقد معين فبلى المشهور لا يجبر واحد منهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منهما ثم يقضيها لتعلق حق كل واحد منهما بعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد في الذمة فيجبر البائع أولاً على التسليم لتعلم حتى المشتري بالعين  
دونه . ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة  
( ومنها ) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به فتمال هذا الثمن وقد خرج معيباً وأنكر المشتري فيه  
ثلاث طرق . أحدهما ان قلنا النقود تتعين بالتعيين فالقول قول المشتري لأنه يدعى عليه استحقاق  
الرد والأصل عدمه وان قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشتري أيضاً لأنه أقبح في  
الظاهر ما عليه . والثاني قول القابض لأن الثمن في ذمته والأصل اشتغالها به إلا أن يثبت براءتها  
منه وهذه طريقة السامري في المستوعب . والطريقة الثانية ان قلنا النقود لا تتعين فالقول قول البائع  
وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت براءتها منه وان قلنا تتعين فوجهان  
مخرجان من الروايتين فيما اذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة . أحدهما القول قول  
البائع لأنه يدعى سلامة العقد والأصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والأصل عدمه . والثاني قول  
القابض لأنه منكر التسليم والأصل عدمه وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه وجزم صاحب  
المغنى والمحزر بان القول قول البائع اذا أنكر أن يكون المرود بالعيب هو المبيع ولم يحكي خلافاً  
ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيناً نظراً الى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والأصل  
عدمه . وذكر الأصحاب مثل ذلك في مسائل الصرف وفرق السامري في فروقه بين أن يكون المرود  
بعيب وقع عليه معيناً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون في الذمة فيكون القول قول المشتري  
لما تقدم وهذا فيما اذا أنكر المدعى عليه العيب ان ماله كان معيباً أما ان اعترف بالعيب فقد فسخ  
صاحبه وأكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو في يده صرح به في التفليس في المغنى  
معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر والأصل معه ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار اذا  
رده المشتري بالخيار فانكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشتري حكاه ابن المنذر عن أحمد  
لاتفاهم ما على استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجهه صاحب المغنى وقد يفتى على ذلك أن المبيع  
بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره .  
فان الامانات القول قول من هي في يده ، مع الاختلاف في عينها وقد نص عليه أحمد في الرهن ولذلك  
نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه  
أنه أمانة عنده ومن الاصحاب من علق بان الأصل براءة ذمة البائع ما يدعى عليه فهو كما اقر بعين  
لرجل ثم أحضرها فانكر المقر له أن تكون هي المقر بها فان القول قول المقر مع يمينه ( ومنها ) لو  
كان عهدين شريكين قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لاحدهما اعتق نصيبك عنى على هذه الدناير العشرة ففعل عتق نصيب المسئول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتعيين لم يسر لأن المسئول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء فصار معسراً وان قلنا لا يتعين سرى إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بضمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامري ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية .

٧ - [ السابعة ] العبد هل يملك بالتملك أم لا في المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الاصحاب أنه لا يملك وهو اختيار الخرقى وأبي بكر والناسخ والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شاقلا وصححها ابن عقيل وصاحب المغنى ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً ( فمنها ) لو ملك السيد عبده مالا زكوا فان قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وان قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لا تنفاه ملكه له ولا على العبد لأن ملكه من زكاته ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأfarب ولا يعتق عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الاصحاب منهم أبو بكر والقاضى وهو ظاهر كلام الخرقى وفى كلام أحمد إيماة اليه وحكى بعض الاصحاب رواية بوجوب زكاته على العبد على القول بازاه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك اذن السيد لقول أحمد في زكته باذن سيده وانما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزكى بدون اذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالاً بوجوب زكاته على السيد على كلا القولين لأنه اما ملك له أو فى حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله ( ومنها ) اذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال الفطر فان قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وان قلنا يملكه فوجهان أحدهما لافطرة له على أحد قاله القاضى وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثانى فطرته على السيد صححه صاحب المغنى لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته ( ومنها ) تكفيره بالمال فى الحج والايامن والظهار ونحوها ، وفيه للاصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فان قلنا يملك فله التكفير بالمال فى الجملة والا فلا وهذه طريقة القاضى وأبي الخطاب وابن عقيل واكثر المتأخرين لان التكفير بالمال يستدعى ملك المال فاذا كان هذا غير قابل للملك بالكلية ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فانه يكفر بالإطعام وهل يكفر بالتعق على روايتين لأن التعق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجزاء الصيام المتروجه ان كان فى ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وان لم يكن فى ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحجر المعسر اذا بذل له مال . وعلى هذا يتنزل ما ذكره صاحب المغنى من لزوم التكفير بالمال فى الحج ونفى اللزوم فى الظهار

( الطريقة الثانية ) أن في تكفيره بالمال باذن السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك  
حكاهما القاضى فى المجرى عن شيخه ابن حامد وغيره من الاصحاب وهى طريقة أبى بكر فوجه عدم  
تكفيره بالمال مع القول بالملك أن يملكه ضعيف لا يحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا  
نفقة الأقارب فكذلك الكفارات والوجوه تكفيره بالمال مع التمول بآتماء ملكه مأخذان. أحدهما  
أن تكفيره بالمال إنما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير  
لا يشترط دخوله فى ملك المكفر عنه كما يقول فى رواية فى كنفرة المجمع فى رمضان إذا عجز عنها  
وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا بإذنه جاز أن يدفعها إليه وكذلك فى سائر الكفارات على إحدى  
الروايتين ولو كانت قد دخلت فى ملكه لم يجوز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حينئذ إخراجاً للكفارة  
( والمأخذ الثانى ) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته إليه وإن لم يثبت له الملك المطلق التام  
فيجوز أن يثبت له فى المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون يده وهبته كما اثبتنا له فى الأمانة  
ملكاً قاصراً أيسر له التسرى بها دون بيعها وهبتها على ما سنذكره وهذا اختيار الشيخ تقي الدين .  
ووجه التفريق بين العتق والاطعام أن التكفير بالعتق محتاج إلى ملك بخلاف الاطعام ذكره ابن  
أبى موسى ولهذا لو أمر من عاينه الكفارة رجلاً أن يطعم عنه ففعل اجزأته ولو أمر أن يعتق عنه  
ففى اجزأته عنه روايتان ولو تبرع الوارث بالاطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق  
لم يصح ولو اعتق الاجنبى عن الموروث لم يصح ولو اطعم عنه فوجهان ( الطريقة الثالثة ) أنه لا يجوز  
التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقين وهى ظاهر كلام أبى الخطاب فى كتاب الظهار وصاحب  
التاخيص وغيرهما لأن العبد وان قلنا يملك فان ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون  
مخاطباً بالتكفير بالمال بالسكينة فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فإنه قابل  
للملك ومن هاهنا والله أعلم قال الخرقى العبد اذا حنث ثم عتق إنه لا يجوز له التكفير بغير الصوم  
بخلاف الحر المعسر اذا حنث ثم أيسر وقال أيضاً فى العبد اذا فاتته الحج أنه يصوم عن كل مدمن  
قيمة الشاة يوماً وقال فى الحر المعسر انه يصوم فى الاحصار صيام التمتع . والفرق بينهما أن العبد  
ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات  
والاحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فواجب على العبد صياماً يقوم مقام الهدى ويعدل قيمة الشاة  
كما وجب فى جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالأصالة ليس بدلاً عن الهدى وهو يعدل الهدى  
وشديه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فان الواجب فى ذمته بالأصالة هو الهدى  
فاذا عجز عنه انتقل إلى البدل الذى شرع للهدى وهو صيام التمتع ( ومنها ) اذا باع عبداً وله مال وفيه

للأصحاب طرق ( أحداها ) البناء على الملك وعدمه فان قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر  
 شرائط البيع فيه لأنه غير داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبدا ذا مال وذلك  
 صفة في العبد لا تفرد بالمعاوضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا لا يملك اشترط لمالكة  
 معرفته وأن يبعه بغير جنس المال أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط  
 التقابض لأن المال حينئذ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضى في المجرى وابن عقيل وأبى الخطاب  
 فى انتصاره وغيرهم ( والطريقة ) الثانية اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فان كان المال مقصوداً  
 للمشتري اشترط عليه وسائر شروط البيع وان كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع  
 به وحده لم يشترط ذلك لأنه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هى المنصوصة عن أحمد وأكثر  
 أصحابه كالخزرقى وأبى بكر والقاضى فى خلافه وكلامه ظاهر فى الصحة . وإن قلنا ان العبد لا يملك  
 وترجع المسئلة على هذه الطريقة الى بيع ربوى بغير جنسه ومعها من جنسه ما غير مقصود وقد استوفينا  
 الكلام عليها فى القواعد ورجح صاحب المغنى هذه الطريقة ( والطريقة الثالثة ) الجمع بين الطريقتين وهى  
 طريقة القاضى فى الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أن ان قلنا العبد يملك لم يشترط لماله شروط  
 البيع بحال وان قلنا لا يملك فان كان المال مقصوداً للمشتري اشترط له شرائط البيع وان كان غير مقصود  
 له لم يشترط له ذلك ( ومنها ) اذا أذن المسلم لعبده الذمى أن يشتري له بماله عبداً مسلماً فاشتره  
 فان قلنا يملك لم يصح شراؤه له وان قلنا لا يملك صحح وكان يملك للسيد . قال الشيخ مجد الدين  
 هذا قياس المذهب عندى قلت ويتخرج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين  
 أنه لا يصح شراء الذمى لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بان يأذن الكافر لعبده المسلم الذى يثبت ملكه  
 عايه أن يشتري بماله رقيقاً مسلماً . فان قلنا يملك صحح وكان العبد له وان قلنا لا يملك لم يصح  
 ( ومنها ) تسرى العبد وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فى ملكه فان قلنا يملك جاز تسريه  
 وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهى طريقة  
 القاضى والأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهى طريقة الخزرقى وأبى بكر  
 وابن أبى موسى ورجحها صاحب المغنى وهى أصح فان نصوص أحمد لا تختلف فى اباحة  
 التسرى له فتارة عال بأنه يملك وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لاجماع الصحابة عليه وهذا  
 يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل انه لا يملك اتباعاً للصحابة فى ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل  
 إنه لا يملك فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج الى الاتفاح به ولذلك يملك عقد النكاح وهو  
 ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسرى ويثبت له هذا الملك الخاص لحاجته اليه ولا يجوز تسريه



بدون اذن نص عليه في رواية جماعة كزكاحه ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماله ويضربه لتعلق حق السيد به والتسرى فيه في اضرار بالجارية وتنقيص لما ليتها بالوطء والحمل وربها أدى الى تلفها . ونقل عنه أبو طالب و ابراهيم بن هانيء يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده في ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضي فيما علقه على حواشي الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه من غير اذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده اذا كان مأذوناً له ونصه يقدم على اشتراط تسريه في مال نفسه الذي يملكه وقد أوردنا في رواية جماعة وهو الاظهر ونقل الأثرم عنه في الرجل يهب لعبده جارية لا يطأها ولكنه يتسرى في ماله اذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذي في يديه وهذا في اعتبار الاذن في التسرى من مال نفسه وتفريقه بين ذلك وبين الأمة التي يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون إذن السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لأذن السيد بكل حال . واعلم أن الامام احمد متردد في تسرى العبد بأمة سيده ونكاحه هل هما جنس واحد أم لا فقال في رواية حنبل لا يبيع أمته المازوجة بعيده حتى يطلقها العبد فجعله تملكها لازماً ونقل عنه الآكثرون جوازه واختلاف عنه في بيع سرية عبده فنقل عنه الميموني الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع معالاً بأن التسرى بمنزلة النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هانيء وغيره واختلاف عنه في جواز تسرى العبد بأكثر من أمتين فنقل عنه الميموني الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه في أن العبد وسريته يوجب نحرهما عايه لزوالمه عنها ونقله عن ابن عمر واختلاف عنه في عتق العبد وزوجته هل يفسخ به النكاح على روايتين بناء على تغليب جهة التملك فيه أو جهة النكاح وقد استشكل أكثر هذه النصوص القاضي وربما أوطأ ونزل على ما ذكر الشيخ تقي الدين وهذه المسائل المذكورة منصوصة عن السلف حكماً وتعليلاً كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ مجتهد الدين ظاهر كلام أحمد إباحتها التسرى للعبد وإن قلنا لا يملك فيكون زكاحاً عنده وحمل قول أبي بكر على مثل ذلك وعلى هذا فهل يشترط له الاشهاد وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير وفي ثبوت المهر به خلاف معروف (ومنها) لو باع السيد عبد نفسه بمال في يده فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق بذلك وذكره الحرقي مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد مع عبده في بيعه نفسه بماله اقراراً له على ما ذكره فيصح بيعه ويعتق وإن قلنا لا يملك لم يصح بيعه ويحتمل أن يقال يبعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب ان يبع السيد عبده نفسه بمال تعليقاً لعتقه على انتزاعه فيعتق على ملك السيد فيكون هاهنا تعليقاً على ايفاء

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل ليشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشتري فهل يصح العقد ويعتق ان اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال صح وعتق وإن اشتراه بغير المال انبنى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ما سبق والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله وأبي الحارث وأبي داود البطلان معللا بما ذكرنا وذكره الخرقى والفرق بين هذه والتي قبلها أن السيد لم يعلم ههنا أنها ماله فلا يكون إقراراً لها على ملك العبد ونص في رواية مهنا وحنبل على أنه يعتق ويغرم المشتري الثمن وهذا قد ينزل على القول بأن النقود لا تتعين وقد ينزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد مختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق في النكاح المختلف فيه وهو أحد الوجهين للأصحاب وكذلك نقل مهنا عنه في عبد دفع إلى رجل الف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فإن استملك كان ديناً على العبد ويعتق العبد وحمل القاضى في موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [في] المسئلة على أن العبد وكل الرجل في شراء نفسه من سيده فيكون المشتري وكيلاً للعبد ويكون وكالة صحيحة قال الشيخ مجد الدين فعلى هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال ويازم المشتري الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً في موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح توكيله فيه ولهذا قول أحمد لأربابين العبد وسيدة نال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة غاطاً في كتابيهما يعنى القاضى وابن عقيل وإن الصواب في ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده (ومنها) إذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بناهما على القول بالملك وعدمه فإن قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والافلاوهى طريقة أبي بكر والقاضى في خلافه وصاحب المحرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فإن قلنا يملك انفسخ نكاحه وان قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فإن قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وان قلنا يملك فالولد مملوك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فإذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه لتمام ملكه حينئذ ذكره القاضى في المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه ان قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وان قلنا يملك نظاهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده قال القاضى في الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجع فيه قبل عتقه قل وان حمل على ظاهره فلان عتقه يتضمن الرجوع في التملك (ومنها) الوقف على العبد فص أحمد على أنه لا يصح فقيل ان ذلك يتفرع على القول

بأنه لا يملك فاما إن قيل انه يملك صح الوقف عليه كالمكانبني أظهر الوجهين والأكثر كون علي أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لعبده بشيء من ماله فان كان بجزء مشاع منه صح وعتق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكل عتقه من بقية الوصية نص عليه ، فقيل لأن الوصية إنما صحت لعتقه فتقديم العتق أهم وأنفع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين فتعين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه فعتق عليه وملك به بقية الوصية فصار معسراً فسرى العتق إلى الباقي مضموناً بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها كقول مالك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفي كلام أبي الحسن التميمي ما يشعر به أيضاً . وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فيسرى العتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكمل له بقية الوصية من المسال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر ففي صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناهما على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحمد في رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حمل الصحة على أن الوصية كقدر المعين أو المقدر من التركة لا بعينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده فان قلنا يملكها لم يسهم لها لان الفرس تبع مالكها فاذا كان مالكها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وان قلنا لا يملكها أسهم لها لأنها لسيدة كذا قال الأصحاب، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لا يسهم لها متحداً ونقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن الكل للسيد ولا يسهم لفرسين . « تنبيه » اختلف في ملك العبد بالتملك هل هو مختص بتملك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) ملكه اللقطة بعد الحول قال طائفة من الاصحاب ينبغي على روايتي الملك وعدمه جعلاً لتملك الشارع كتملك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك اللقطة وإن لم يملك بتملك سيده لانه تملك شرعى يثبت قهراً فيثبت له حكماً وفارق الميراث لان العبد ليس من أهله لا تقطاع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بغير خلاف وكذلك في الهداية والمعنى أنها ملك لسيدة (ومنها) حيازته المباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطيد أو معدن أو غير ذلك . فمن الاصحاب من قال هو ملك لسيدة دونه رواية واحدة كالقاضي وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيدة

٥٠٠ - قواعد

فهي كيد نفسه فالخلاف في يد عبده كالحاصل في يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكك إياه ذكره القاضي وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف في ملك العبد وعدمه منهم الشيخ محمد الدين وقاسه على اللقطة وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر (ومنها) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله بأذن سيده أو بدونه إذا أجزأه ذلك على المنصوص فالمال للسيد نص عليه في رواية حنبل وذكروه القاضي وغيره وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالع العبد زوجته بعوض فهو للسيد ذكره الخرقى وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد ويعضده أن العبد هنا يملك البضع فملك عوضه بالخلع لأن من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الامة فهو للسيد لأنه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكه كاجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملكه .

٨ - [ الثامنة ] المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الاكثرون في المسئلة روايتان ( إحداهما ) يملكه بالظهور وهي المذهب المشهور والرواية الثانية لا يملك بدون القسمة ونصرها القاضي في خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضي وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالحاسبة التامة كابن أبي موسى وغيره وبذلك جزم أبو بكر عبد العزيز وهو المنصوص صريحاً عن أحمد ولهذا الاختلاف فوائد : ( منها ) انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة فان قيل لا يملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينعقد الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينعقد بدون الاستقرار ففيه للأصحاب طرق ( إحداهما ) لا ينعقد الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهي طريقة القاضي في المجرى والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقة أبي بكر وابن أبي موسى إلا أن القاضي عنده الاستقرار بالقسمة وعندهما بالحاسبة التامة فينعقد الحول عندهما بالحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في رواية صالح وابن منصور وحنبل ( والطريقة الثانية ) إن قلنا يملكه بالظهور انعقد الحول عليه من حينه وإلا فلا وهي طريقة القاضي من موضع من الجامع الصغير وأبي الخطاب ( والطريقة الثالثة ) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينعقد الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينعقد قبله على وجهين وهي طريقة ابن عقيل وصاحبي المغنى والمحرر لكنهما رجحا عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال فعليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح وينعقد الحول عليها بالظهور وأما بقية الربح فلا يلزمه زكاته سواء قلنا يملكه العامل بالظهور أولاً في ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضي والاكثرين لأنه إن سلم فهو للعامل وإن تلف تلف عليهما وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه يلزمه زكاته إذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسئلة المزارعة وهو ضعيف ( ومنها ) لو اشترى العامل بعد ظهور

الربح من يعتق عليه بالملك ففيه طريقان ( أحدهما ) البناء على الملك بالظهور وعدمه فان قلنا يملك به عتق عليه والا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الحلواني ( والطريق الثاني ) ان قلنا لا يملك بالظهور لم يعتق وان قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يعتق عليه وهو قول القاضي وأبي الخطاب وأوماً إليه أحمد في رواية ابن منصور . والثاني لا يعتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فان الملك فيه غير تام ولهذا لا يجزىء في حول الزكاة كما سبق والعتق يستدعى ملكاً بدليل أن المكاتب لا يعتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فان العتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمنعه الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر العتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم ان كان موسراً سرى عليه لان العتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به عتق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الاسواق وذكره في التلخيص ( ومنها ) لو وطىء العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فان قلنا يملكه بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وان لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعزر ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغنى لأن الربح مبنى على التقويم وهو وهو أمر اجتهادى لا يقطع به . والثاني عليه الحد قاله القاضي لاتفاء الملك وشبهته ( ومنها ) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فان لم يظهر ربح صح نص عليه لانه ملك لغيره وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملكه بالظهور وإن قلنا يملكه به فهو كسواء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يبطل في قدر حقه لانه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان تفريق الصفقة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخير فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كالمتفرد عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى ( ومنها ) لو اشترى العامل شقياً للمضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقان . أحدهما ما قال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لا يملك الاخذ واختاره في رؤوس المسائل لانه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصي والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثاني له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فانه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولانه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصي والوكيل وعلى هذا فالمسئلة متقدمة بحالة ظهور الربح ولا بد ( والطريقة الثانية ) ما قال صاحب المغنى ان لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لا يملكه بالظهور فله الاخذ لان الملك

لغيره فكذا الاخذ منه وإن كان فيه ربح وقلنا يملكه بالظهور فقيه الوجهان بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق ( ومنها ) لو اسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فان قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لا يملكه بدون القسمة فوجهان وقد سبقت في القواعد ( ومنها ) لو قارض المريض وسمى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والاصحاب يجوز ولا يعتبر من الثلث لان ذلك لا يؤخذ من ماله وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وان قلنا لا يملكه بدون القسمة احتمل أن يحسب من الثلث لانه خارج حينئذ من ملكه واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم لان المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً وإنما زادهم فيه ربحاً .

٩ — [ التاسعة ] الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانية لا فعلى هذه هل هو ملك للواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً ويتنزل على هذا الاختلاف مسائل : ( منها ) زكاة الوقف اذا كان ماشية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقتان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فان قلنا هو ملك للموقوف عليه فعليه زكاتها وان قلنا ملك لله فلا زكاة وهذه طريقة المحرر وهو ظاهر كلام أحمد في رواية مهنا وعلى بن سعيد وعلى هذا فان قلنا يملكه الواقف فعليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على أقاربه فان الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضي وابن عقيل لتصور الملك فيه ( فأما ) الشجر الموقوف فنوجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازي لازكاة فيه مطلقاً ونقله غيره رواية ( ومنها ) لو جنا الوقف فأرش أجنبائه على الموقوف عليه إذا قيل انه مالكة لأنه امتنع من تسليمه فيلزمه فدأؤه وان قيل هو ملك لله فالارش من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الارش على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له عليه على التسليم بحال ( ومنها ) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل انه يملكها وان قيل هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها باذن الموقوف عليه وان قيل هي ملك الواقف فهو أولى ( ومنها ) نظر الواقف إذا لم يشترط له ناظر فعلى القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله نظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبي موسى قال الحارثي وعندى أن هذا القول لا يختص بالقول بانتفاء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وان قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعد ( ومنها ) هل يستحق الشفعة و بشركة الوقف فيه طريقتان . أحدهما البناء على انه هل يملكه الموقوف عليه فان قيل يملكه استحقق به الشفعة

والا فلا ( والثاني ) الوجهان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرع على المذهب في جواز قسمة الوقف من المعلق أما على الوجه الآخر يمنع القسمة فلا شفعة اذ لا شفعة في ظاهر المذهب الا فيما يقبل القسمة من العقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على اختلاف في قبول القسمة ( ومنها ) لو زرع الفاصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالنفقة ان قيل هو المالك فله ذلك والافهوكالستأجر ومالك المنفعة فيه تردد سبق ذكره في القواعد ( ومنها ) نفقة الوقف وهي في غلته مالم بشرط من غيرها فان لم يكن له غلة فوجهان . أحدهما نفقته على الموقوف عليه والثاني هي في بيت المال فقيل هما مبنيان على انتقال الملك وعدمه وقد يقال بالوجوب عليه وان كان الملك لغيره كما تقول بوجوبها على الموصى له بالمنفعة على وجه ( ومنها ) لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الهبة فقيل هو بناء على ان الملك لا ينتقل الى الموقوف عليه فان قلنا بانتقاله لم يجز كالهبة وهو قول أبي الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكا لجهة متصلة على وجه القرابة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبيه بهذا وقف المريض على وارثه هل يقف على الاجازة كهبه أم ينفذ من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان ( ومنها ) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فان قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الانسان ملك نفسه الى نفسه وان قلنا لله تعالى صح ( ومنها ) الوقف المنتقطع هل يعود إلى ورثة الموقوف عليه أو الى ورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه وظاهر كلامه انه يعود اليهم إرثاً لا وقفاً وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره وبشهادته ان أحمد في رواية حنبل شبه الوقف بالعمري والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع العمري والرقبي إلى ورثة المعطى وجعل الخلال حكم الوقف المنتقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ مجد الدين هذا البناء وادعى انه إنما يرجع وفقاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنتقطع وبين العمري بأن العمري ملك للعمير والوقف ليس يملك به شيئاً إنما هو لمن أوقفه يضعه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الموقف عليه لا يملك سوى [منفعة] الرقبة وان الرقبة ملك للواقف ( ومنها ) لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها اما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له ان قلنا هي ملك له صارت مستولدة له فتعتق بموته ويؤخذ قيمتها من تركته يشتري بها رقبة في مكانها تسكون وفقاً وان قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بحالها ( ومنها ) لو تزوج الموقوف

عليه الأمة الموقوفة فان قيل هي ملك له لم يصح والا صح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فانه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [ العاشرة ] اجازة الورثة هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية في المسألة روايتان معروفتان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف اما على البطلان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقي الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فانه يسقط وطرد هذا في الاعيان المشاعة كالغنائم إذا استثنى حقه من الغنيمة والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالديون في جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : ( منها ) انه لا يشترط لها شروط الهيئة من الايجاب والقبول والقبض فيصح بقوله أجزت وأنفذت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له في المجلس وان قلنا هي هبة افتقرت الى إيجاب وقبول ذكره ابن عقيل وغيره وكلام القاضى يقتضى ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ مجد الدين والصحة ظاهر المذهب وهل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ففي الخلاف للقاضى والمحرر هو مبني على هذا الخلاف وصرح بعد ذلك صاحب المحرر بأنه لو أجاز قدرًا منسوبًا من المال ثم قال ظننت المال قليلاً لم يقبل قوله ولا تنافي بينهما لوجهين ( أحدهما ) أن صحة اجازة المجهول لا ينافي ثبوت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلمه استدراكا لظلامته كما تقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلاً فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثاني أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهماً فبان ألفاً فهو انما أجاز مائة وخمسين درهماً ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كأنما كان فانه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالابراء وطريقة صاحب المغني أن الاجازة لا تصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة على وجهين ومن الأصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان ( ومنها ) لو وقف على وارثه فأجازه فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان ( ومنها ) لو وقف على وارثه فأجازه فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه ( ومنها ) إذا كان المجاز عتقاً فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصبته وان قلنا عطية فالولاء لمن أجاز وان كان أنثى ( ومنها ) لو كان المجيز أباً للمجاز له كمن أوصى لولد ولده فأجاز ولده فليس للمجيز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذ وان قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وهب لولده مالاً ( ومنها ) لو



حلف لايهب فاجاز فان قلنا هي عطية حث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفتقرة الى الاجازة قبل الاجازة ثم اجيزت فان قلنا الاجازة تنفيذ فالملك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت الملك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا اجيز هل يزاحم بالزائد مالم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت معنويتان احدهما مجاوزة للثلث والاخرى لا تجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والاخر خمسه ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم بثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تلتق من الميت فلا يزاحم بها الوصايا فينقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو اجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهي معتبرة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه تمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخرجه في المرض ونظيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بحاله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابى الخطاب في انتصاره وهما منزلان على أصل الخلاف فى حكم الاجازة وقد يتنزلان على أن الملك هل ينتقل الى الورثة في الموصى به أم يمنع الوصية للانتقال وفيه وجهان فان قلنا ينتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخرج مال مملوكه والا فهى من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد فى ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفى المعنى هى نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى فى التى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المعنى فى الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع

١١ - [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها فى المسئلة وجهان معروفان وعلى القول بانه انما يملكها من حين قبوله فهل هى قبله على ملك الميت أو على ملك الورثة على وجهين ايضا واكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصى له وهو قول أبى بكر والخدرى ومنصوص أحمد بل نص أحمد فى مواضع على أنه لا يعتبر له القبول فيملكه قهراً كالميراث وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد ولهذا الاختلاف فوائد عديدة (فمنها) حكم نمائه بين

الموت والقبول فان قلنا هو على ملك الموصى له فهو له لا يحتسب عليه من الثلث وان قلنا هو على ملك الموصى فتتوفر به التركة فيزداد به الثلث وان قلنا هو على ملك الورثة قماؤه لهم خاصة وذكر القاضي في خلافه ان ملك الموصى له لا يتقدم القبول وان الناء قبله للورثة مع ان العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكا له حين الوفاة وذكر أيضا اذا قلنا انه مراعى وانا نبين بقبول الموصى له ملكه له من حين الموت فان الناء يكون للموصى له معتبرا من الثلث فان خرج من الثلث مع الاصل فهما له والا كان له بقدر الثلث من الاصل فان فضل شيء من الثلث كان له من الناء (ومنها) لو نقص الموصى به في سعر أو صفة ففي المحرر ان قلنا يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت الى القبول لان الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لم يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بعضها لبطلت الوصية في التالف وأما نقص الاسعار فلا تضمن عندنا وان قلنا يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سعرا وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخري أن حقه تعلق بالموصى له تعليقا قطع المغنى فيه خلافا فظاهره أنه يعتبر بيوم الموت على الوجوه كلها لأن حقه تعلق بالموصى له تعليقا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني إذا أضر الخبي عليه استيفاء حقه منه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصى به أمة فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت فان قلنا الملك له فهي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فان قلنا الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصى له وان قلنا لا يملكها لم تكن أم ولده (ومنها) لو وصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى اولدها اولاد ثم قبل الوصية فان قيل يملكها بالموت فولده حر والامة أم ولده ويبطل نكاحه بالموت وان قيل لا يملكها الا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول وولده رقيق للوارث (ومنها) لو وصى لرجل بابنه فمات الموصى له قبل القبول وقلنا يقوم وارثه مقامه فيه فقبل ابنه صح وعتق وهل يرث من أبيه الميت أم لا ان قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حرا عند موت أبيه فيرث منه وان قلنا انما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبيه رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فان قلنا يثبت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونه ووصاياها وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل ذكره في المحرر ويتخرج فيه وجه آخر انه يكون ماسكا للموصى له على الوجهين لأن التمايك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا نقول على احدي الروايتين ان المسكاتب اذا مات وخلف وفاء أنه يؤدي من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حرا مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب الا بعد الاداء (ومنها) لو وصى لرجل بارض فبنى لو ارث فيها وغرس قبل القبول ثم قبل ففي الارشاد ان كان الوارث عالما بالوصية قلع بناءه غرسه مجانا

وان كان جاهلاً فعلى وجهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هي قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً بتمالك بقيمته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حقه فيها (ومنها) جريانه من حين الموت في حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا لضعف ملكهم فيه وتزلزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب فيه تردد .

١٢ - [ الثانية عشر ] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ في المسألة روايتان أشهرهما الانتقال وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه قال ابن عقيل هي المذهب وقد نص أحمد ان المفلس إذا مات سقط حق البائع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل نقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين نجاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيه أنا أعطى ربع الدين ودعوا لي ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعني الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الأدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضى الضمان كحفر بئر ونحوه صرح به القاضي . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصريح في قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقاً ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتعلق حق الغرماء بها جميعاً وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترغيب وهل تعلق حقوقهم بها تعلق رهن أو جنائية فيه خلاف يتحرر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يتقسط ؟ صرح القاضي في خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متعدداً أنقسم على قدر حقوقهم وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالعبد المشترك إذ ارهنه الشريك كان بدين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسنذكره والثالثة هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمة الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافيهما وابن عقيل ومنهم من قيده بالمؤجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم . والثاني هو باق في ذمة الميت ذكره القاضي أيضاً والآمدي وابن عقيل في فنونه وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتعلق باعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى ورد بازوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف واذا عرف هذا فلماذا الاختلاف فوائده : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال إليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالانتقال فوجهان . أحدهما لا ينفذ قاله القاضي في المجرى وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحمل القاضي في غير المجرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والقسمة وجعله المذهب وانما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومتى خلى الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالديون ونصب الحاكم من يوفيههم منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيما طولبوا بآيون كلها كما نقول في سيد الجاني إذا فداه انه يفديه بارش الجنابة بالغاً ما بلغ على رواية وكلام أحمد في رواية البرزاطي هاهنا يدل عليه وسند كره وفي الكافي إنما يضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ العتق خاصة كعتق الراهن ذكره أبو الخطاب في اتصاره وحكي القاضي في المجرد في باب العتق في نفوذ العتق مع عدم العلم بالدين وجهين وانه لا ينفذ مع العلم وجعل صاحب الكافي مأخذها أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة استقاطها بالتزامهم الاداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن عتق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعسارهم اعتباراً بعتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كان ملكه ثابتاً فيها بغير خلاف ولا ينفذ عتقه مع الاعسار فلأن لا ينفذ عتقهم مع اعسارهم والاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المجرد لا يصح وعلل بأنها كالمهونة عندهم بحقوقهم والمهون لا يصح رهنه وبأن التركة ملك للمورثة فلا يصح رهن ملك الغير بغير اذنه فعلى التعليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للمورثة (ومنها) نساء التركة فان قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالنساء كالأصل وإن قلنا ينتقل اليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالنساء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة النماء (ومنها) لو مات رجل عليه دين وله مال زكوى فهل ينتدىء الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة اليه مع الدين فلا إشكال في أنه لايجرى في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل انبى على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فان قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة انبى على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكمتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا إنما يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب هاهنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام اصحابنا ان تعلق الدين بالمال مانع وسند كره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فمات فهاهنا صورتان . احدهما أن يموت قبل أن يثمر ثم اثمرت قبل الوفاء فينبى على أن الدين هل يتعلق بالنماء أم لا ؟ فان قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الاموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لا ينتقل فلا زكاة عليه الا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه . الصورة الثانية أن يموت بعد ما أثمرت فيتعلق الدين بالثمرة ثم ان كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وان كان قبل وقت الوجوب فان قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين ولا سيما ان قلنا إنه في ذمتهم وان قلنا لا تنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن الناء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف ( ومنها ) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فان قلنا لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وان قلنا ينتقل ففطرتهم على الورثة ( ومنها ) لو كانت التركة حيواناً فان قلنا بالانتقال الى الورثة فالنفقة عليهم والا فمن التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المسال كأجرة الحزن ونحوه ( ومنها ) لو مات المدين وله شقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة ان قلنا بالانتقال اليهم فلهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث وبيع نصيب الموروث في دينه فان قلنا بالانتقال فلا شفعة للوارث لان البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وان قيل بعده فله الشفعة لان المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته ( ومنها ) لو وطىء الوارث الجارية الموروثة والدين يستغرق فأولدها فان قلنا هي ملكه فلاحد ويلزمه قيمتها يوفي منها الدين كما لو وطىء الرهن وان قلنا ليست ملكه فلا حد أيضاً لشبهة الملك فانه يملكها بالفسكك فهي كالرهن وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين ذكره أبو الخطاب في انتصاره فقائده الخلاف حينئذ وجوب المهر ( ومنها ) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها ان مات أبي فأنت طالق وقال أبوه ان مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعق لاستغراق الدين للتركة فلا نكاح لميت لينفذ منه العتق وهل يقع الطلاق قال القاضى في المجرى نعم وعال بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل لا تطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يدبرها الأب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وان قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ما سبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه في القواعد ( ومنها ) لو أقر لشخص فقال له في ميراثه ألف فالمشهور انه متناقض في اقراره وفي التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا ان الدين لا يمنع الميراث فهو كما لو قال له في هذه التركة الف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فاذا قلنا بمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف ( ومنها ) لو مات وترك ابنين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحد الابنين وترك ابناً ثم أبرا الغريم الورثة فذكر القاضى انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه عن أبيه وذكره في موضع إجماعا وعلله في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا يفهم منه انه على القول بمنع الانتقال يختص به ولد الصلب لانه هو الباقي من الورثة وابن الابن ليس

بوارث معه والتركة لم تنتقل إلى أبيه وإنما انتقلت بعد موته وبشهادته لهذا ما ذكره صاحب المحرر في الوصية  
 إذا مات الموصى له وقبل وارثه فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا تلك الوصية من حين القبول  
 (ومنها) رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا ينتقل  
 إلى الورثة امتنع رجوعه وبه حال الامام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لاسيا والحق هنا متعلق في الحياة  
 تعلقاً متأكداً ومن العجب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء  
 كغريم المفلس حكاه القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاطي عن أحمد أنه  
 سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه للغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لغرمائه  
 اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاث سنين حتى أوفيكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا استحقوا  
 قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل أن يتركها في يديه فهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف  
 منه ويؤخرونه في الباقي ماشاؤا قال بعض شيوخنا تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لا تنتقل قال وإن  
 قلنا تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أقيس بالمذهب وتوجيه ما قال إن حق الغرماء في عين التركة دون ذمة  
 الورثة فإذا اسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيهم الورثة بقية حقوقهم فهو اسقاط بعوض غير لازم  
 للوارث فإن قيل بانتقال التركة إلى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بعوض يلزمه له في ذمته وإن قيل  
 بعدم الانتقال فهو شبيه بتخليصه ألفاً بألفين إلى أجل وإن لم يكن تملكاً مع ان قول أحمد لا خير فيه  
 ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل الكراهة قوله ويؤخرونه في الباقي ماشاؤا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا  
 في التركة صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به ومتى كان الدين في ذم الورثة قوى الجواز  
 لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركة إليهم فيبقى كالمفلس إذا طلب من غرمائه الامهال واسقاط  
 حقوقهم من أعيان ماله ليوفيهم إياها كاملة إلى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه  
 هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عد الله في رجل مات وخلف وديعة عند رجل  
 ولم يوص إليه بشيء وخلف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين  
 جميعاً يعلمون أنه مودع ويخاف تبعثهم أن يرجعوا عليه ليخلفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم  
 ونقل صالح نحوه وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة  
 وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركة ملك للورثة ولهم الرضاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركة  
 ملك لهم فلهم ولاية الطلب والقبض وإن قلنا ليست ملكاً لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ  
 مجد الدين عندى أن نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة كالرهن والجاني  
 فلا يجوز الدفع إلى بعضهم قال وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم ولعله أراد إذا

وثق بتوفيتهم الدين (انتهى) ولا ريب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وإن قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصي عند عدمه أيضاً في إيفائه الديون وغيرها عند طائفة من الأصحاب فالتوجه هو الدفع إلى الورثة والغرماء جميعهم ولا يملكون الدفع إلى الغرماء بانفرادهم بكل حال وقد نص أحمد في رواية مهنا فيمن عنده ودبعة وصي بها ربهما لرجل ثم مات أن المودع لا يدفعها إلى الموصي له فإن فعل ضمن ولكن يجتمع الورثة والموصي له فإن أجازوا والأدفع اليهم جميعاً ولعل هذا فيما إذا لم يثبت الوصية في الظاهر وإنما المودع يدعى ذلك أو أنها لا تخرج من الثلث وكذلك قال أن أجازوا لغير الورثة والا فالعين الموصى بها إذا خرجت من الثلث لاحق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر أن من عليه دين يوصى به لمعين فهو مخير أن شاء دفعه إلى الموصي وإن شاء دفعه إلى الموصى له بخلاف الوصية المطلقة فإنه لا يبرأ بدون الدفع إلى الوارث والوصي جميعاً لأنها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقضا ربه عنه أنه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لاحق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك إلى أن كل مال مستحق يجوز دفعه إلى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ - [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان يندى عليهما فوائد كثيرة: (منها) لو قتل المدبر سيده هل يعتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين أن قلنا هو عتق بصفة عتق وإن قلنا وصية لم يعتق لأن المذهب أن الموصى له إذا قتل الموصى بعد الوصية لم يعتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره والثانية أنه لا يعتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لأنه لم يعلقه على موته بقتله إياه (ومنها) بيع المدبر وهبته والمذهب الجواز لأنه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لأنه وصية ونقل حنبل أنه من رأس المال وهو متخرج على أنه عتق لازم كاستيلاء (ومنها) إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بناهما الخري والأصحاب على هذا الأصل فإن قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وإن قلنا عتق فلا للقاضي وأبي الخطاب في تعليقهم طريقة أخرى أن الروايتين هنا على قولنا أنه وصية لأنها وصية تنجت بالموت من غير قبول بخلاف بقية الرصايا وهو منتقض بالوصية لجهات البر ولا أبي الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع أما إن قلنا يتمتع الرجوع بالفعل فالقول أولى (ومنها) لو باع المدبر ثم اشتراه فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تديره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بناهما القاضي والأكثرون على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية بطلت بخروجه

عن ملكه ولم يبعد نفوذه وان قلنا هو تعليق بصفة عاد يعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفة يعود  
 الملك في العتق والطلاق وطريقة الخرق وطائفة من الأصحاب أن التدبير يعود يعود الملك هاهنا رواية  
 واحدة بخلاف ما اذا أبطل تدييره بالقول وهو يتنزل على أحد أمرين أما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك  
 مطلقاً بل تعود بعوده واما ان هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبدى فلان حر بعد موتى  
 بسنة فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك؟ على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا  
 الاصل فان قلنا التدبير وصية صح تقيدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وان قلنا عتق بصفة لم يصح  
 ذلك وهؤلاء قالوا لو صرح بالتعليق فقال ان دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يعتق رواية  
 واحدة وهى طريقة ابن عقيل في اشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبنيًا على هذا الاصل فان التدبير  
 والتعليق بالصفة إنما يبطل بالموت مع الاطلاق لأن مقتضى الاطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع  
 التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتنفيد به ومن الأصحاب من جعل هذا العقد تدبيراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم  
 في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لو كاتب مدبرة فهل يكون  
 رجوعاً عن التدبير ان قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وان قلنا هو وصية انبنى على أن كتابة الموصى  
 به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدبر ليست رجوعاً  
 عن تدييره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى بعبده ثم دبره ففيه  
 وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثاني ليس برجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تدييره  
 بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المغنى وقال الشيخ تقي الدين يبنى على أن التدبير هل هو عتق  
 بصفة أو وصية فان قلنا هو عتق بصفة قدم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في  
 هذا العبد فينبنى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقا هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على  
 روايتين فان قلنا بالمخاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص (انتهى) وقد  
 يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وان قيل يملك من  
 حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبغي تقديم العتق كما نص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده  
 ببيعه (ومنها) الوصية بالمدبر والمذهب أنها لا تصح ذكره القاضى وأبو الخطاب في خلافهما لان التدبير  
 الطارىء إذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحتها له وبى الشيخ  
 هذه المسائل ايضا على الاصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده  
 سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثاً بينهما وحكى القاضى في كتاب الروايتين في تبعية  
 الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كلاسبيلاد ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره



تبعية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجهاً أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجوداً معها في أحدهما من حكم ولد المعلق عتقها بصفة بناءً على أن التدبير تعليق بصفة فينبغي على هذا أن يخرج طريقة أخرى أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجوداً في أحد الحالين فهل يتبعها على وجهين بناءً على أن المدبر وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الأصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالمنصوص عن أحمد أنه ليس برجوع وقال الأصحاب إن قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعاً وإن قلنا هو وصية فوجهان بناءً على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا .

١٤ - [الرابعة عشر] نفقة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها في المسألة روايتان مشهورتان أحدهما أنها للحمل وهي اختيار الخرق وأبي بكر ، وبنى عليهما فوائد . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيقاً ، فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن نفقة زوجة العبد في كسبه أو تتعلق برقبته حكاه ابن المنذر إجماعاً وفي الهداية نفقة زوجته على سيده فتجب هاهنا على السيد وإن قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه نفقة أقاربه وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فنفته على مالكه . (ومنها) إذا كان الزوج معسراً فإن قلنا النفقة للزوجة وجبت عليه وإن قلنا للحمل لم تجب عليه لأن نفقة الأقارب مشروطة باليسار دون نفقة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه النفقة إن قلنا هي للحمل لزمّت الورثة وإن قلنا هي للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل تثبت النفقة في ذمته فيه طريقان . أحدهما إن قلنا هي للزوجة ثبتت في ذمته ولم تسقط بمضى الزمان على المشهور من المذهب وإن قلنا : هي للحمل سقطت لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة والثاني لا تسقط بمضى الزمان على الروایتين وهي طريقة المعنى وعلل بأنها مصروفة إلى الزوج وتتعلق حقها بها فهي كنفقتها . ويشهد له قول الأصحاب لو لم ينفق عليها يظن أنها حائلاً ثم تبين أنها حامل لزم نفقة الماضي [ (ومنها) إذا اختلعت الحامل بنفقتها فهل يصح جعل النفقة عوضاً للحمل . قال الشيرازي : إن قلنا النفقة لها تصح وإن قلنا للحمل لم تصح لأنها لم تملكها . وقال القاضى والا كثرون : يصح على الروایتين لأنها مصروفة إليها وهي المنتفعة بها ] (ومنها) لو نشزت الزوجة حاملاً فإن قلنا نفقة الحمل لها سقطت بالنشوز وإن قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبه أو نسكاح فاسد هل تجب نفقتها على الواطء إن قلنا النفقة لها لم تجب لأن النفقة لا تجب له وطوءه بشبهة ولا في نسكاح فاسد لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها إلا أن يسكنها في منزل يليق بها تحصيلاً لما فيه فيأزمها ذلك ذكره في المحرر وتجب لها النفقة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين . وإن قلنا : النفقة للحمل وجبت لأن النسب لاحق بهذا الواطء ونص أحمد في رواية ابن الحكم على وجوب النفقة لها وقال الشيخ تقي الدين يتوجه وجوب النفقة لها مطلقاً من غير حمل كما يجب

لها المهر المسمى ويتقرر بالخلوة على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على العبد المقبوض بعقد فاسد ولو أزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاعتقاد صحته فللزواج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساده ذكره القاضى في المجرى وذكر صاحب المغنى احتمالاً بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز ما لم يخالف كتاباً أو اجماعاً وذكر في المغنى أيضاً انه لو انفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساده كان متبرعاً وان لم يعلم فهو مفترط (ومنها) لو كان الحمل موسراً بأن يوصى له بشيء فيقبله الاب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لانه لم تسقط ذكره القاضى في خلافه (ومنها) لو دفع اليها النفقة فتلفت بغير تفريط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدنها وان قلنا للحمل وجب إبدالها لان ذلك حكم نفقة الاقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقةها ان قلنا النفقة لها لم تجب الا حيث تجب نفقة العتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل ففطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكنى أيضاً وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلوانى فى التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملاً وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاغونى على هذا الا انه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من التركة كما لو كان الاب حياً وان قلنا للمرأة لم تجب وهذا لا يصح لان نفقة الاقارب لا تجب بعد الموت والاظهر ان الأمر بالعكس وهو ان قلنا للحمل لم تجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه فتجب نفقتها من ماله وقد سبق ذكر ذلك فى قاعدة الحمل. هل له حكم أم لا ؟ (ومنها) البائن فى الحياة بفسخ أو طلاق إذا كانت حاملاً فلها النفقة وحكى الحلوانى وإبنيه رواية أنه لا نفقة لها كالتوفى عنها وخصها إبنة بالمبتوتة بالثلاث وبنائها على أن النفقة للمرأة والمبتوتة لا تستحق نفقة وإنما تستحق النفقة إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه فى القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والاجماع فيما أظن ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل (ومنها) لو تزوج امرأة على أنها حرة فبانّت أمة وهو ممن يباح له نكاح الإماء ففسخ بعد الدخول وهى حامل منه ففى كتاب النكاح من المجرى هو النكاح الفاسد ان قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر فى النفقات ما يدل على وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح فيلزم فيه النفقة وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجعية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حل يمكن أن يكون من الزوج والواطى فيلزمها أن تعتد بعد وضعه عدة الواطى فأما نفقتها فى مدة هذه العدة فان قلنا النفقة للحمل فعليهما النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما يقينا ولا نعلم عينه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا النفقة للحامل فلا نفقة لها على واحد منهما مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه النفقة ويحتمل أنه من الآخر فلا نفقة لها (عليه) فلا تجب بالشك فإذا وضعت فقد علمنا أن النفقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمها جميعاً النفقة حتى ينكشف الأب منهما وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بنفقة أقصر المدتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من العدة بعد الوطء الفاسد لأنها تعتد عنه بأحدهما قطعاً ثم إذا زال الأشكال والحققة القافة بأحدهما بعينه عمل بمقتضى ذلك فإن كان معها وفق حقها من النفقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائناً فالحكم كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا النفقة للحمل أو للحامل لأن النفقة لا تستحق مع البينونة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المجرّد. ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا النفقة للحمل إنها تجب على من خرجت عليه القرعة من الزوج والواطىء وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما ليوحبه إلا أن يقال يحتمل أن يكون منهما جميعاً فتمتنع القرعة على أحدهما لذلك ومتى ثبت نسبه من أحدهما فقال القاضي في موضع من المجرّد يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعاً وقيده في موضع آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فإن شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فعلياً روايتين كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى في القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقاً لأنه واجب عليه في الظاهر وقد ذكر صاحب المغنى أن الملاءنة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاءنة رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لا أب له وأما إذا قلنا النفقة للحامل فإنا لم نوجب لها النفقة على واحد منهما لأن الحامل لا نفقة لها على الواطىء بشبهة أو في نكاح فاسد كما سبق والزواج ليس يتمكّن من الاستمتاع بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حامت في مدة من شبهة انقطعت مدة الزوج من مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبقاء قيمة عدته عليها على وجهين وجزم القاضي في خلافه بالمنع ورجح صاحب المغنى الجواز على الوجهين لأن نفقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء كانت مكنت من الوطء أو لا فإنه لو غصبها غاصب فلا نفقة لها .

١٥ [الخامسة عشرة] القتل العمد هل موجه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد

سبق ذكرهما وفوائدهما في القواعد بما يعنى عنه

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه باردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول

ملكه بل هو باق عليه كالمستمر على عصمته وإثانية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته مرتداً والثانية من حين رده فان أسلم أعيد إليه ماله ملكاً جديداً وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وفيه

رواية ثالثة أنا تتبين بموته مرتدا زال ملكه من حين الردة ولهذا الاختلاف فوائده كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فإن قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بغير تردد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكى ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأحوال واختارها ابن عقيل وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد المعسر ثم أيسر في زمن ارتداده ثم عاد إلى الإسلام وقد أعسر فإن قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وإن قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار ينبنى على وجوب العبادات عليه في حال الردة والزامه قضاءها بعد عودته إلى الإسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعاوضات والتبرعات وغيرها فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة وإن قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفذت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض المخوف وإنما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله يصير فيئاً بموته مرتداً وإن قلنا يزول ملكه في الحال جعل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم رد إليه ملكاً جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فإن أسلم أمضيت وإلا تبينا فسادها (تنبيه) إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله فلو تصرف لغيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكالته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الاقرار على النكاح وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقفاً مشفوعاً في الردة فإن قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والأفلا ولو بيع في زمن ردته شقص فجعل في تركته فإن قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والأفلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة فإن قلنا ملكه باق ملك ذلك وإن قلنا زال ملكه لم يملكه فإن عاد إلى الإسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان مذكوران في المغنى (ومنها) الوصية له وفي صحتها وجهان بناء على زوال ملكه وبقائه فإن قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذي اختاره على اختلاف الروايتين في ذلك وإن قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله فيء ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فإن قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعى أنفق عليهم من ماله مدة الردة ، وإن قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملكه (ومنها) قضاء

ديونه وهو كالتفقة فيقضى ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المتجددة في الردة وتقضى منه الديون الماضية فإنه إنما يكون فيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقي فيئاً (ومنها) لو دير عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد إلى الإسلام فإن قلنا لا يزول ملكه فالتدبير بحاله وإن قلنا زال ملكه أنبى على أن زوال الملك عن المدبر هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى ببطان تدبيره .

١٧ [ السابعة عشرة ] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبي الخطاب في انتصاره أنهم لا يملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فنونه ومفرداته وصحح فيها عدم الملك وقال الشيخ تقي الدين أن أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائده : ( منها ) أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً بغير عوض وإن وجده بعد القسمة فالمنصوص عن أحمد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط عنه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به مجاناً بكل حال وقد قال أحمد في رواية أبي طالب هذا هو التياس لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عمر قال لا حق له فيه ( ومنها ) إذا قلنا يملكون أموال المسلمين فغنمت منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فإنه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لا يملكوها فقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كالقطة ذكره صاحب المغني وغيره وأما ما عرف مالكة من المسلمين فإنه لا يجوز قسمته بل يرد إليه على القولين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبي داود فيما إذا كان مالكة بالتقرب (ومنها) إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد وقال في رواية أبي طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا ينزل على القول بالملك فإن قيل لا يملكونها فهي لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب في انتصاره ونفى صاحب المغني الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فإنه لم يقف على الانتصار . ولعل مأخذه أن الشارع ملك الكافر باسلامه ما في يده من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فهذا تملك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الأول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع إلى كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً يعتقدون جوازه فإنه يستقر لهم بالإسلام كالعقود الفاسدة والانكحة والموارث وغيرها ولهذا لا يضمون ما أتلفوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) لو كان لمسلم أمتان أختان فأبقت أحدهما إلى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أختها وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم  
الآبقة بعق أو نحوه لأنه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو  
على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حول أو أحوال فإن قلنا ملكوه فلازكاة عليه لما مضى من المدة بغير خلاف  
وان قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاته لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المفصوب والضائع من ربه  
(ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار فإن قلنا ملكوه لم يعتق وإلا عتق (ومنها) لو  
سبى الكفار أمة مزوجة بمسلم فإن قلنا يملكونها فالقياس أنه ينفسخ النكاح لأنهم يملكون رقبته  
ومنافعها فيدخل فيه منفعة بضعها فيفسخ نكاح زوجها كما يفسخ نكاح الكافرة المسيية لسببنا لها لهذا  
المعنى . ومن الأصحاب من علل انفساخ الكافرة المسيية بالجهل ببقاء زوجها فيكون كالعدوم وعلى هذا  
يتمتع انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبى بكل حال وهو قول شاذ مخالف  
الكتاب والسنة . والعين المؤجرة كالامة المزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا يفسخ النكاح بسببها لأنهم  
لا يملكون الحرة بالسبى فلا يملكون بضعها وفي مسائل ابن هانئ عن أحمد إذا سببت المرأة ولها زوج ثم  
استنقذت تعود الى زوجها ان شاءت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبى ووجهه أن منافع الحرة في  
حكم الاموال ولهذا تضمن بالغصب على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيما والاستيلاء بسبب  
قوى يملك به ما لا يملك بالعقود الاختيارية ولهذا يملك به المصاحف والرقيق المسلم ويملك به كالم  
الولد على رواية فجاز أن يملكوها به منفعة بضع الحرة ولا يلزم من ذلك اباحة وطئها لهم لأن تصرفهم  
في أموال المسلمين لا يباح لهم وان قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجيراً مستأجراً لمسلم انفسخت  
الاجارة أيضاً . وقد تأول الأمدى قول أحمد ترجع اليه ان شاءت على أن المراد ان شاءت ترجع اليه في العدة في  
من وطء أهل الحرب وان شاءت اعتدت في موضع آخر لان العدة ليست بحق له وانما هي حق عليها  
لزمها في غير جهته ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه (ومنها) لو  
استولى الكفار على مدير مسلم ثم عاد الى سيده فهل يبطل تدبيره؟ ان قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وان  
قلنا ملكوه انبنى على أن المدير اذا زال الملك فيه فهل يبطل التدبير أم لا على روايتين وحزم ابن أبي  
موسى يبطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لانه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك المرهون  
لان الملك ينتقل فيه بالارث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة  
قهرامع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لا يملكون أموال  
المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحمد بل بالحيازة الى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في  
دار الاسلام وعلى الرواية الاخرى المخرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فالاستولى عليه اما أن يكون

عقاراً فلا يتصور استيلاءهم عليه إلا بمصير الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضاً وأما أن يكون منقولاً فالمنقول يخالف حكمه حكم العقار لأن العقار يختص بدار الإسلام والكافر ملتجئ إليها ومستدم ومتحصن بها وليس من أهلها بالأصل فهو كالستأجر مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من أحياء الموات في دار الإسلام على قول مع أنه زيادة عمارة وليس الموات ملكاً لمعين من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المعين وإذا كان المسلم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وإبطال حقه منه بعد سبقه إليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من نقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله وإذا لقيتموهم في طريق فآوئهم إلى أضيقتهم مع أنى لم تر أحداً استدلى به وقد استدلى أحمد بحديث الطريق وبالامر باخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الغنيمة هل تملك بالاستيلاء المجرد أم لا بد معه من نية التمليك المنصوص عن أحمد؟ وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء وإزالة أيدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فعل الحيازة كالمباحات أم لا قال القاضي في خلافه لا يملك بدون احتياز الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبئ على هذا الخلاف فوائد عديدة (منها) جريانه في حول الزكاة فإن كانت الغنيمة أجناساً لم ينعقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهان أحدهما ينعقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني لا ينعقد بدون القسمة قاله القاضي في خلافه وحكاه عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا بعيد لأن أبا بكر يقول بنفوذ العتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانعقد الحول عليها باحتياز التملك دون القسمة إذ القسمة مجردة لا يفيد الملك عند القاضي وأما ما أخذ أبي بكر أن استحقيق الغائبين ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لا يتعين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينعقد عليها الحول قبلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الغائبين رقيةً من المغنم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتق عليه بالملك عتق إن كان بقدر حقه وإن كان حقه دونه فهو كمن أعتق شقصاً من عبد نص عليه في رواية المروذي وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضي في المجرد وقال في الخلاف لا يعتق حتى يسبق تملكه لفظاً وواقفه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المحرر المنصوص فيها إذا كانت الغنيمة جنساً واحداً وقول القاضي فيها إذا كانت أجناساً كما سبق في الزكاة وفي الإرشاد لابن أبي موسى إن أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فإن حصلت له

بعد ذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبي من يعتق عليه بالملك عتق عليه ان كان بقدر حصته والا عتق منه بقدر حصته فكأنه جعله عتقا قهريا كالارث وفرق بينه وبين العتق الاختياري (ومنها) لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة فالمنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها وقال القاضي في خلافه لا تصير مستولدة له وإنما يتعين حقه فيها لان حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على اهل الغنيمة فوجب تسليمها اليه من حقه وهذا بعيد جداً . ولا في الخطاب في انتصاره طريقة أخرى وهي أنه أما نفذ استيلادها تشبهه الملك فيها وان لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاذ الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ما ذكره صاحب المحرر وحكي في تعليقه على الهداية احتمالا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أتلف أحد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فان قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونص عليه أحمد في الاستيلاذ وان قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغانم حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبني على الخلاف فان قلنا بملكها لم يسقط الحق بذلك والا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه والثاني يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحدهم قبل القسمة والاحتياز فالمنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك وجعل المورث هو الحق دون المال وفي الترغيب ان قلنا لا يملك بدون الاحتياز فن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكتبني بالمطالبة في ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة فان قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادة أحد الشريكين للآخر وان قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملكوا لانها شهادة تجر نفعا قلت هذا ذكره القاضي في مسألة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المغنم وذكر في مسألة السرقة من بيت المسال والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هي افراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهي مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه افراز لا بيع وذبح ابن بطة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدى روايتين قال الشيخ مجد الدين الذي يتحرر عندي فيما فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وافرأزي في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة الطلاق عن الوقف اذا كان فيها ردمن جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به الطلاق وان كان في جهة صاحب الطلاق لم يجز ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة : (منها) لو كان بينهما ماشية مشتركة فاقتمها في أثناء الحزل واستداما خلطة الأوصاف فان قلنا القسمة



افراز لم ينقطع الحول بغير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع الماشية بجنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما وصرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهان حكاهما صاحب الترغيب وكأن مأخذهما الخلاف في اشتراط الايجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التي حكاهما في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والعنب على الشجر أو الزرع المشتمل في سنبله خرصاً أو الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا هي إفراز جار ونص عليه أحمد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخرص وإن قلنا بيع لم يصح وفي الترغيب إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التبقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض العقار وقفا وبعضه طلقاً وطلب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هي افراز وإن قلنا بيع لم يجز لأنه يبيع للوقف فأما إن كان الكل وقفا فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كإفراز الطلاق من الوقف سواء وهو المجروم به في المحرم . والثاني أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة الترغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقي الدين (ومنها) قسمة المرهون كله أو نصفه مشاعاً إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع لم تصح ولو استقر بها المرتهن فإن رهنه أحد الشريكين حصته من حق معين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصته شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه تلى القول بالافراز قل صاحب المغنى: يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبني أحدهما في نصيبه وغرس ثم استحدثت الأرض يقاع غرسه وبنائه فإن قلنا هي افراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا بيع رجوع عليه بقيمة القبض إذا كان عالماً بالخال دونه ذكره في المغنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما ينبنى على الخلاف وإن قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وإن قلنا بيع ثبت وهو المذكور في الفصول والتلخيص وفيه ما يوم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثاني يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى في خلافه معللاً بأن ذلك جعل للارتياح فيما فيه الحظ وهذا المعنى موجود في القسمة . وقال الشيخ تقي الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضي افراز لأن قسمة الاجبار لا معنى لثبوت الخيار فيها إذ في كل لحظة يملك الاجبار فلا يقع ثبوت الخيار في فسختها وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة فينبغى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسختها كان للآخر مطالبته بإعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فإنه قد يتصرف فيما حصل له وبغيره فإذا انقضت

القسمه تقرر بذلك ولم يحصل له الاتفان ولا سيما إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره  
القاضي في خلافه في المعنين بالنفقة إذا طلق الخا كم عليه رجعياً ثم ارتجع من غير يسار تحدد له أنه لا يصح  
رجعته لما فيه من إعادة الضرر الذي أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل في عمد الأدلة وصاحب المغنى له  
الرجعة فإذا ارتجع عادت المطالبة له فان طلق عليه حتى يستوفى الطلاق انثلاث وأخذ ابن عقيل من المولى  
عليه إذا طلق في أثناء المدة بعد طالب الفئته طلاقاً رجعياً فان له رجعتها ويطلب بالفئته ثانياً والقاضي يفرق  
بينهما بأن رجعة المولى أقرب الى حصول مقصود المرأة من الفئته من حال العدة الجارية إلى البيئونة بخلاف  
رجعة العسر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكين من فسخ قسمه الاجبار هنا لأن الضرر في  
الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فإنه يكون لانهايه له وذكر الشيخ  
تقى الدين ان المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يفى لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله  
لمن أراد الاصلاح فكيف بالمولى الذي يظهر منه قصد الاضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفئته  
لأن ارتجاعه زيادة في الاضرار وذكر في الكافي في هذه المسألة أنهما ان اقتسما بانفسهما لم يلزم القسمه  
إلا بتراضيهما وتفرقهما كالبيع وان قسم بينهما الخا كم أو قاسمه أو عدل عالم نصفاه بينهما لزم قسمته  
بغير رضاهما إلا أن يكون فيهما نظر إلى أنها بيع فيقف على الرضاء والى ان المقاسم كالحا كم وقرعته  
كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت والا  
ثبت وهو ما ذكره السامري في باب الربا والثاني لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضي وصاحب  
المرحور لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر ثبت للآخر عليه فيقتنايان ومنها قسمه المتشاركين في الهدى  
والاضاحى اللحم فان قلنا افراز جازت وإن قلنا بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف  
لا يبيع فتقسم فان قلنا القسمه بيع حثث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الإيمان محمولة على العرف  
ولا تنسئ القسمه بيعاً في العرف فلا يبحث بها ولا بالحوالة ولا بالانالة وإن قيل هي بيوع (ومنها) لو اقتسم  
الورثة العقار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فان قلنا هي افراز فالقسمه باقية على الصحة وإن قلنا بيع  
فوجهان بناء على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر في القسمه غبن فاحش  
فان قلنا هي افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وان قلنا بيع صحته وثبت فيها خيار الغبن ذكره في الترغيب  
والبلغة (ومنها) لو اقتسما داراً نصفين ظهر بعضها مستحقاً فان قلنا القسمه فزاز انتقضت القسمه لفساد  
الافراز وإن قلنا بيع لم ينتقض ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق كما اذا قلنا بذلك في تفريق الصفقة  
كما لو اشترى داراً فبان بعضها مستحقاً ذكره الأمدى وفي المرور ان كان المستحق معيناً وهو في الحصتين  
فالقسمه بجاهلها ولم يحك خلافاً وذكر صاحب السكافي احتمالاً بالبطلان بناء على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق معيناً في إحدى الحصتين أو شائئاً فيهما أو في أحدهما فتلاثة أوجه في المحرر أحدها تبطل والثاني لا تبطل والثالث تبطل بالإشاعة في أحدهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفقة قال الشيخ مجد الدين والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفقة في المبيع فأما إن قلنا لا تفريق هناك بطلت هاهنا وجهها واحداً وفي البلغة إذا ظهر بعض حصّة أحدهما مستحقاً انتقضت القسمة وإن ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان معيناً لم ينتقض وإذا عللنا بفساد تفريق الصفقة بالجهالة وإن عللناه باشمالها على ما لا يجوز بطلت وإن كان المستحق مشاعاً انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لها السكنى فإراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء العدة من غير إضرار بها بأن يعلموا الحدود بخط أو نحوه بغير نقص ولا بناء ففي المعنى يجوز ذلك ولم ينبه على الخلاف في القسمة مع أنه قال لا يصح بيع المسكن في هذه الحال لجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً وهذا يدل على أن هذا يغتفر في القسمة على الوجهين ويحتمل أن يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذم الغرماء فإن قلنا القسمة إفراز صححت وإن قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين وهذا البناء متوجه على طريقه من طرد الخلاف في قسمة التراضي كالشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الاجبار في قسمة الدين على الغرماء المتقاربين في الملاءة لأن الذم عندنا تمكافؤاً بدليل الاجبار على قبول الحوالة على الملى وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً فإن كان في ذمة واحد لم تصح قسمة رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ مجد الدين ويشهد لقوله إن القاضي في خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه وفرق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بآثر ونحوه فلا يختص وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص في روايته على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة وسلك صاحب المعنى في توجيه الروايتين في المسألة طريقة ثانية وهي أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالأبراء فإن قلنا هو قسمة لم يجوز لأحدهما الانفراد باقبض فإن أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القابض لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثاني لا يصح وهو قول أبي بكر لأن حق الشريك في الذمة لا في عين المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان وفيه ضعف فإن الأعيان هي متعلق حقه وكذلك يتعلق حقوق غرماء المفلس بماله وإن قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين إلا بقبض الغريم أو وكيله فقبض الشريك تعيين لحقه لا غير فيختص به دون شريكه سواء كان بأذن الشريك

أو بدونه وكذلك حكى صاحب المغني هذه الرواية وذكر عن أحمد ما يدل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فأنما قبض حقه المختص به لکن ليس له القبض دون شريكه لاشتراكهما في أصل الاستحقاق كغرماء المفلس فإذا قبض بدون إذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الاعيان المشتركة بدون قسمة كالموارث أو من الاعيان المتعلقة بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقباض ولهذا لو أتلف في يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الاعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض باذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض باذنه فهل له محاصة فيه على وجهين لان حقه في المحاصة إنما ثبت بعد القبض فهو كاسقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضى بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة في الاعيان تقع في المحاسبة والأقوال في المنصوص فكذا في الديون وأما ان كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحمد على جوازه مع الكراهة وحكاه عن ابن عباس وقال لا يكون الا في الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الغريم لان هذه القسمة بيع بغير خلاف عنده وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين قد يطردها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلى مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون إذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد والوجهان على قولنا القسمة افراز فان قلنا هي بيع لم يجز وجمعاً واحداً فاما غير المثلى فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولى والحاكم (ومنها) لو اقتسما داراً فحصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ يتطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغني والمحرم تبطل القسمة وخرج صاحب المغني فيه وجمعاً آخر انها تصح ويشتركان في الطريق من نص أحمد على اشتراكهما في مسيل الماء وتدذكرا ذلك فيما سبق في القواعد ويتوجه أن يقال ان قلنا القسمة افراز بطالت وإن قلنا بيع صحمت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الاصحاب اذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذکر طريقاً صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضى في خلافه لو اشترط تأييد الاستطراق في القسمة صح قال الشيخ مجد الدين هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر (ومنها) لو حالف لايأكل مما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمرو طعاماً مشاعاً وقلنا يحنت بالآكل منه فتقاسما ثم أكل الحالف من نصيب عمرو فذكر الآمدى أنه لا يحنت لان القسمة افراز

حق لا يبيع وهذا يقتضى أنه يحث اذا قلنا هي بيع وقال الغاضى قياس المذهب أنه يحث مطلقاً  
لان القسمة لا تخرجه عن ان يكون زيدا اشتراه ويحث عند أصحابنا باكل ما اشتراه زيد ولو  
انتقل الملك عنه إلى غيره وفى المعنى احتمال لا يحث هنا وعليه يتخرج أنه لا يحث اذا قلنا القسمة  
بيع. ونحتم هذه الفوائد بذكر فائدتين بل قاعدتين يكبرذ كرهما فى مسائل الفقه وانتشر فروعهما  
انتشاراً كثيراً ونذكر ضوابطهما واقتسامهما

٢٠ - [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقف على إجازته أم لا  
ويعبر عنها بتصرف الفضولى وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف فى مال  
الغير أو حقه ويتعذر استئذانه اما للجهل بعينه أو لغيبته ومثقة انتظاره فهذا التصرف مباح  
جائز موقوف على الاجازة وهو فى الاموال غير مختلف فيه فى المذهب وغير محتاج إلى اذن  
حاكم على الصحيح وفى الابضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضا وفى افتقاره  
إلى الحاكم خلاف فاما الاموال فكذلك التصرف بالقطعة التى لا تملك وكان صدق بالودائع والغصب  
التى لا تعرف ربها أو انقطع خبره وقد سبق فى القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفاً فان  
أجازته المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضى الله عنهم  
وأما الابضاع فتزويج امرأة المفقود إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فان امرأته تترتب أربع سنين  
ثم تعد وتباح للزواج وفى توقف ذلك على الحاكم روايتان واختلاف فى مأخذهما فقيل لأن  
أمارات موته ظاهرة فهو كالميت حكماً وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها  
فسخ نكاحه كما لو صارها بالغية وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبى أن الفرقة  
هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبنى الاختلاف فى طلاق المولى لها وله مأخذ  
ثالث وهو الأظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف فى حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه  
فيصح الفسخ ويزوجها بغيره ابتداء للحاجة فان لم يظهر فالأمر على ما هو عليه وإن ظهر فان ذلك  
موقوف على إجازته فاذا قدم فان شاء أمضاه وان شاء رده. والقسم الثانى أن لا تدعو الحاجة إلى هذا  
التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بان تطول مدة التصرف وتكثر ويتعدد استرداد أعيان أهواله  
فالاصحاب فيه طريقتان أشهرهما أنه على الخلاف الآتى ذكره والثانى أنه ينفذها هنا بدون اجازة  
دفعاً لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب  
التاخيص فى باب المضاربة وصاحب المغنى فى موضع منه والقسم الثالث أن لا تدعو الحاجة إلى  
ذلك ابتداء ولا دواماً فهذا القسم فى بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على اجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتان (احدهما) أن يتصرف فيه للملكه فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والاجارة ونحوهما . وأما في النكاح فللأصحاب فيه طريقتان أحدهما اجراؤه على الخلاف وهو ما قاله القاضي والأكثرين والثاني الجزم بطلانه قولاً واحداً وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى ونص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم اجاز الولى لم ينفذ بغير خلاف كما لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون اذنها أو زوج الولى الكبيرة بدون اذنها فهل يبطل من أصله أو يقف على إجازتها على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى (الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجيزه له المالك فاما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكيمه روايتين احدهما البطلان والثانية الصحة قال وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والاجارة والنكاح وعلى ذلك جماعة ممن بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الاجازة ومنهم من قيده بها كالقاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى في موضع من كلامهما فان أريد بالصحة من غير وقف على الاجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثاني في القسم الثاني الذي سبق ذكره وان أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة ففسد قطعاً في صورة شراؤه في الذمة إذا نفذ المال من المغصوب فان الملك ثبت له فيها نص عليه في رواية المروذي ولا ينافي ذلك قولنا إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل الملك لغيره صرح به القاضي في خلافه ومن فروع ذلك في العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالمشهور أنه يقع باطلاً وحكى عن أحمد أنه إن أجاز المالك أجزأته والا فلا (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال فإنه لا تقع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول ولا يثاب المسالك على ذلك أيضاً لعدم نسبه اليه ذكره ابن عقيل في فنونه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجحه بعض شيوخنا هذا الذي تولد من مال اكتسبه فيؤجر وان لم يقصده كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً وعلى عمل ولده الصالح وعلى ما ينتفع به الناس والدواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة فذبحها لمتعته أو قرانه مثلاً فإنه لا يجزئه صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد لأن أصل الذبح لم يقع قربة من الابتداء فلا ينقلب قربة بدمه كما لو ذبحها للحمها ثم نوى بها المتعة وحكى الأصحاب رواية مرفوعة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزیه و بین أن یظنها لنفسه فتجزیه فی روایة ابن القاسم وسندی وسوی کثیر من  
 الأصحاب بینهما فی حکایة الخلاف ولا یصح (ومنها) لو أنکح الأمة المغصوبة وفي وقفه علی  
 الأجازة الخلاف وعلی طریقة أبی بکر وابن أبی موسی هو باطل قولاً واحداً ویبعد هاهنا القول  
 بنفوذه مطلقاً بدون اجازة بل هو باطل مخالف لنص السنة ولنصوص أحمد المتکاثرة وأما من  
 یتملك مال غیره لنفسه بعوض أو غیره فیجزیه المالك فهو شذیه یتصرف الفضولی المحض فیخرج  
 علی الخلاف فیه . ومن صور ذلك ما إذا قال عبد فلان حر فی مالی فاجازه المالك فالمنصوص عن  
 أحمد أنه لا ینفذ وخرج ابن أبی موسی وجهاً بنفوذه بالاجازة ویلزمه ضمائه (القسم الرابع) التصرف  
 للغير فی الذمة دون المال بغير ولاية علیه فان کان بعقد نکاح ففیه الخلاف السابق وان کان  
 بیع ونحوه مثل أن یشتری فی ذمته فطریقان أحدهما أنه غیر الخلاف أيضاً قاله القاضی وابن عقیل  
 فی موضع وأبو الخطاب فی الانتصار . والثانی الجزم بالصحة هاهنا قولاً واحداً من أن اجازة المشتري  
 له ملکه والا لزم من اشتراه وهو قول الحرقي والاكثرین وقال القاضی فی موضع آخر وابن عقیل  
 یصح بغير خلاف لکن هل یلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له علی روايتين واختلف  
 الأصحاب هل تفتقر الحال بین أن یرسم المشتري له فی العقد أم لا فمنهم من قال لافرق بینهما منهم  
 ابن عقیل وصاحب المغنی ومنهم من قال إن سماه فی العقد فهو كما لو اشتري له بعین ماله ذکره  
 القاضی وأبو الخطاب فی انتصاره فی غالب ظنی وابن المنی (کذا) وهو مفهوم کلام صاحب المحرر  
 (القسم الخامس) التصرف فی مال الغير باذنه علی وجه تحصل فیه مخالفة الاذن وهو نوعان أحدهما  
 أن تحصل مخالفة الاذن علی وجه یرضی به عادة بأن یكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من  
 المأذون فیه فالصحيح أنه یصح اعتباراً فیه بالاذن العرفی (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بیائة  
 فباعه بثمانین فانه یصح . وكذلك لو قال اشتری لی بیائة فاشتری له بثمانین (ومنها) لو قال له بعه  
 بمائة نسیئة فباعه بمائة نقدا فانه یصح (ومنها) لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دینار فانه یصح  
 علی الصحيح وفیه وجه لا یصح لمخالفته فی جنس النقد (ومنها) لو قال بع هذه الشاة بدینار فباعها  
 بدینار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدینار فانه یصح قال القاضی هو المذهب ثم ذکر احتمالاً  
 أنه یبطل فی الثوب بحصته من الشاة لانه من غیر الجنس (ومنها) لو أمر أن یشتری له شاة  
 بدینار فاشتری شاتین بالدینارین تساوی کل واحدة منهما دیناراً فانه یصح لذلك فان باع  
 إحدهما بدون إذنه ففیه طریقان . أحدهما أنه ینخرج علی تصرف الفضولی . والثانی وجهاً واحداً  
 وهو المنصوص عن أحمد ان خبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم یتعین أنه صحیح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثاني) أن يقع التصرف مخالفا للاذن على وجه لا يرضى به الاذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صفقة العقد دون أصله كأن يبيع المضارب نساء على قولنا بمنعه منه أو يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه أو يبيع نساء أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم فلا يحجب ما هنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضمنا للمالك وهو اختيار القاضي في خلافه ومن اتبعه في المخالفة في الثمن لان التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانا وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد باصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صمنته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون ثمن المثل أو يشتري بأكثر منه على المنصوص في رواية ابن منصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله في صورة الشراء كصاحب المغنى والسامري ولا فرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أو لأعلى أصح الطريقتين وصرح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الاثرم وأبي داود وابن منصور والثاني أنه يبطل العقد مع مخالفة التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ما إذا لم يسمه فإنه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نساء وبغير نقد البلد فأبطلوه فيهما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقوا بان المخالفة في النساء وغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفريق بينهما في رواية ابن منصور . والطريقة الثانية أن في الجميع روايتين احدهما الصحة والضمان والثانية البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصححا رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فإخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولى سواء وظاهر كلام الخرقى في الوقف ها هنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله ما لم يأذن له في شرائه فإنه صرح في البطلان ها هنا وجعله كتصرف الفضولى المحض ونص أحمد في رواية عبدالله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشتري له شيئاً فخالفه كان ضامنا فان شاء الذى أعطاه ضمنه وأخذ مادفعه اليه وان شاء أجاز البيع فان كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة الا أنه لم يقيده بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن في البيع بدون ثمن المثل وغير نقد البلد اذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولى والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضى البيع بأى ثمن كان وأي نقد كان بناء على أن



الأمر بالمأهية الكفاية ليس أمراً بشيء من جزئياتها والبيع نساءً كالبيع بغير نقد البلد وهذه طريقة سلكها القاضي في المجرى وابن عقيل أيضاً في موضع آخر وهي بعيدة جداً لمخالفته لمنصوص أحمد وكذلك حكم المخالفة في المهر فلو أذنت المرأة لوليها أن يزوجه بمهر شتمته فزوجها بدونه فإنه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فإن الإطلاق ينصرف إلى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فإنه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية مهنا وأما المخالفة في عوض الخلع إذا خالع وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حاتم والقاضي والصحة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحمد والبطلان بمخالفته وكيله والصحة بخالفته وكيلها وهو قول أبي الخطاب ومع الصحة يضمن الوكيل الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فإما مع الإطلاق فيصح الخلع وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي أحدهما يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل والثاني يخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البنا (القسم السادس) التصرف للغير بمال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففي المجرى يقع باطلاً رواية واحدة ومن الأصحاب من خرج على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح لأن العقد يقف على الاجازة ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراراً للشترى له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد في ماله فقبله الآخر بعد المجلس وقد نص أحمد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف العقود على الاجازة وهو ما أخذ ابن عقيل وذريته فعلى هذا لا فرق في ذلك بين عقد وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فباغاه فقبله فقد أجازته وأهضاه ويصح على هذه الرواية ويرى أبو بكر رواية أخرى أنه لا يصح إلا في مجلس واحد واختارها

٢١ — [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تنفرد فيصح بعضها دون بعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل كلها في المسألة روايتان أشهرهما أنها تنفرد والمسالمة تصور أحدها أنه يجمع العقدان ما يجوز العقد عليه وما لا يجوز بالكلية إما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد فيما لا يجوز عليه العقد بانفراده وهل يبطل في الباقي على الروايتين ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بهمالة عوضه كالبيع وما لا يبطل كالنكاح فإن النكاح فيه روايتان

منصوستان عن أحمد غير أن صاحب المغنى اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كعبد بن  
أحدهما مغضوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالأجراء  
ككفيز من صيرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفریق الصفة كما قالوا فيما إذا باع معلوماً  
ومجهولاً أنه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفریقها وفي التناخيص أن  
لبطلان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفة لا تقبل التجزؤ، والآخر انقسام والثاني جهالة العوض قال فعلى  
الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه  
كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم انه حكى في  
تعدد الصفة تفصيل الثمن وجهين وصحح بعددها فعلى هذا يصح في قوله يقبل كل واحد بكذا على  
المأخذين ثم انه اختار أن المتبايعين إن علم أن بعض الصفة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة  
لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل بمثل ذلك تأثير في  
الصحة كما لو شري المبيع الذي لا يسقط إرشه بعد العتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا  
يمنع الصحة وكذا في بيع النجش واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فإن البيع يصح في ذلك كله  
ويسقط بعض الثمن وهاهنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم  
ذكرة القاضي وابن عقيل وجها في باب الشركة والكتابة من المجرى والفصول فيما إذا باع عبد بن  
أحدهما والآخر غيره أن الثمن يتقسط عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد  
جداً ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنسا واحداً . وذكرنا في باب الضمان من كتابيهما طريقة  
ثالثة وهي أنه يمسك ويصح العقد عليه بكل الثمن أو يردده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن  
يخص هذا بمن كان عالماً بالحال، وأن بعض المعقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على  
بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته  
بشيء أن الوصية كلها للحي . ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي أن كان مما لا يجوز عليه  
العقد غير قابل للمعاوضة بالكلية كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحويل بالكلية وقياسه  
الخمر وإن كان قابلاً للصحة ففيه الخلاف . ذكره الأزرقي ولا يثبت ذلك في المذهب . وعلى  
القول بالتفريق فللمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بتبعيض الصفة عليه وله أيضاً الارش إذا أمسك  
بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد والثوب الواحد ذكره صاحب المغنى في الضمان  
الصورة الثانية أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر فهما  
حالتان إحداهما أن يمتاز بعض الأفراد بمزية فهل يصح العقد بخصوصه أم يبطل في الكل فيه

خلافوا الاظهر صحة ذى المزية ( فن أمثلة صور ذلك ) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واجد للطول أو غير خائف للعنات بين حرة وأمة في عقد ففيه روايتان منصوستان إحداهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهى أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهى كالابنت مع الام وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعنات غير واجد للطول حرة تعفه بافرادها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان . أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرى لأن الحرة تمتاز على الامة بصحة ورود نكاحها عابها فاختصت بالصحة . والثانى يصح نكاحها معا قال القاضى وأبو الخطاب فى خلافيهما لأن له فى هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة . والاول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الامة بمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع . أما اذا كان المتزوج عبداً وقتلنا بمنعه من نكاح الامة تلى الحرة التى تعفه ففيه وجهان . أحدهما أنه كالحر سواء . قاله القاضى فى الجامع وصاحب المحرر . والثانى يصح جمعه بينهما فى عقد بغير خلاف و [ . . . . . ] (١) وصاحب المغنى لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الامة [ . . . . . ] مقارنة نكاحها وانما يمنع بسبق نكاح الحرة . الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالمشهور البطلان فى الكل اذ ليس بعضها أولى ببعض فى الصحة مثل أن يتزوج أختين فى عقد أو خمسين فى عقد فالذهب بالبطلان فى الكل نص عليه أحمد فى رواية صالح وأبى الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج أختين فى عقد يختار احدهما وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد مستأنف وهو بعيد . وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجائين وقعا معا أنه يقرع بينهما فن أقرع فهى زوجته ويخرج هنا أمثلة . الصورة الثالثة أن يجمعا فى صفقة شيئين يصح العقد فيهما أم يبطل العقد فى أحدهما قبل استقراره فانه يختص بالبطلان دون الآخر . قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكموا فيما اذا تفرق المتصارفان عن قبض بعض البعض أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفى الباقي روايتان . تفريق الصفقة وهذا تفريق فى الدوام الا أن يقال القبض فى الصرف شرط لانعقاد العقد لا لدوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار بياض بالاصل متأكل مكانه ولم نعثر عليه

حيثند في الابتداء غير ان القاضى حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف تصريحه في المسألة بان القبض شرط للدوام دون الانعقاد وهذا يقتضى ولا بد تخريج الخلاف في تفريق الصفقة دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة اذا بيع ثم أعسر البائع بالزكاة فللساعي الفسخ في قدرها فاذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي يخرج على رواية تفريق الصفقة وهذا تصريح باجراء الخلاف في التفريق في الدوام فان افسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فان طرأ ما يقتضى تحريم إحدى المرأتين بعينها كردة ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضى تحريم الجمع بينهما فان لم يكن لأحدهما مزية بأن صارتا أما وبنتا بالارتضاع فروايتان أصحهما يختص الانفساخ بالإتم وحدها اذ لم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم و بنت لم يدخل بهما فانه يثبت نكاح البنت دون الإتم والله أعلم .

وجد في آخر النسخة مانصه

الحمد لله كثيرا بلا انتهاء وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم تمت القواعد بتجديد مالكمها الفقير الى الله تعالى محمد بن احمد بن سيف الحنبلي غفر الله له ولو لديه ومشايقه في الدين أمين

فهرس كتاب

# القول على

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المنوف في ٧٩٥ هـ

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد ( هذا ) حين قارب الطبع التمام وكان خطر لي أن ارتبة ( أولا ) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الاولى ثم التي تليها وهكذا الى الآخر وكان معنى ذلك ان آتى بما يخص القاعدة وفي ذلك من الصعوبة والطول ثم اغماض المسائل المندرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت ( ثانيا ) في استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما صنع مبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم . وترددت بين هذا ذلك حتى ظفرت بنسخة وصلتني من نابلس وفي آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نصر الله البغدادي الحنبلي فأسرعت في الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد وتحرير الفوائد للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تغمده الله برحمته مطولا ، اجتهدت في جمع مسائله حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا على ترتيب أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أي القواعد هي فانظر الى حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة فاطلب القاعدة الثالثة والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة (١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات

فالارقام التي على اليمين تشير الى الصفحات والتي على اليسار تشير الى القواعد

صفحة	قاعدة	باب المياه والآنية	صفحة	قاعدة
٢٤١	١٠٩	اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة		
٣٤٤	١٥٩	ثياب الكفار وأوانيهم		
٣٤٤	١٥٩	ثياب الصبيان		
		ابواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح		
٤	٢	إذا مس شعر المرأة بشهوة	٣	١
٦	٤	الطهارة سبب وجودها الحدث	٤	١
٣٩	٢٩	لو تعدى الخارج من السبيلين موضع العادة	٤	١٣
٣٤٢	١٥٩	النوم المستقل ينقض الوضوء	٤	١٦
١٥	١٢	مسح الأذنين	٤	١٣
٤	٢	غسل الشعر في الجنابة	٤	١٦
٥	٣	إذا مسح رأسه كله وقلنا الفرض منه قدر الناصية	٤	١٦
١٠	٨	ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة كغسل المرفقين في الوضوء	٤	١٦
١١	٨	من عجز عن بعض غسل الجنابة	٤	١٦
١٢	٩	الوضوء بالماء المغصوب	٤	١٦
١٢	٩	الوضوء من الماء المحرم	٤	١٦
١٦	١٣	إذا وجد النائم قبل نومه سبباً يقتضي خروج المذي	٤	١٦
١٨	١٤	إذا وجد اثنتان منياً في ثوب ينأمان فيه	٤	١٦
٢٠	١٥	إذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللاً	٤	١٦
٢٣	١٨	من عليه حدثان أصغر وأكبر ونوى الطهارة	٤	١٦
١٢٠	٦٨	لو توضأ من مشتبه ثم تبين أنه طاهر	٤	١٦
١٢٠	٦٨	لو توضأ شاكاً في الحدث	٤	١٦
٢٣١	١٠٣	الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة	٤	١٦
		يقطعه التفريق اليسير	٤	١٦
		الماء الجاري هل هو كالراكد	٤	١٦
		لو غمس الأناة النجس في ماء جار	٤	١٦
		لو اغتسل المحدث حدثاً أصغر في ماء جار	٤	١٦
		إذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجدته متغيراً	٤	١٦
		الماء إذا استهلك في النجاسة	٤	١٦
		مكثرة الماء القليل النجس بالماء الكثير	٤	١٦
		لو أخبره مخبر أن كلباً ولغ في أحد هذين الأناة بعينه	٤	١٦
		إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه قلنين	٤	١٦
		إذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره	٤	١٦
		إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط	٤	١٦
		إخبار الثقة العدل أن كلباً ولغ في هذا الأناة	٤	١٦
		إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء وشك في زوالها	٤	١٦
		إذا سخن الماء بنجاسة	٤	١٦
		لو أدخل الكلب رأسه في أناة فيه ماء	٤	١٦
		إذا وقع في الماء اليسير ما لا نفس له سائلة	٤	١٦
		طين الشوارع	٤	١٦
		شعر الحيوان في حكم المنفصل	٤	١٦
		الشعر لا ينجس بالموت	٤	١٦
		جلد الميتة المدبوغ	٤	١٦

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
١٥	١٢	٣٤٨	١٦٠
اجابة المؤذن	الامر باجابة المؤذن	اذا اجتمع محدثان اكبر واصغر وعندهما ما يكفى احدهما	
١٢٥	٧٠	١٠	٧
اذا تشاجرا فى الاذان	اذا تشاجرا فى الاذان	المتيم اذا شرع فى الصلاة ثم وجد الماء	
٣٤٩	١٦٠	٣٠١	١٣٤
اذا أدرك الامام فى الركوع	اذا أدرك الامام فى الركوع	وجرد الماء بعد التيمم وقبل الشروع فى الصلاة	
٣	٣	٢٠	١٥
يجوز تقديم صلاة العصر الى وقت صلاة الظهر	يجوز تقديم صلاة العصر الى وقت صلاة الظهر	اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى	
٤	٤	١٢٠	٦٨
صلاة الجمعة سببها اليوم	صلاة الجمعة سببها اليوم	لو شك فى المسح هل ابتدأه فى السفر او الحضر	
٤	٤	٢٤٨	١١٣
اذا صلى الصبي فى الرقعة ثم بلغ	اذا صلى الصبي فى الرقعة ثم بلغ	قوله عليه السلام انى ادخاتهما وهما طاهرتان	
٥	٥	٣١٤	١٤٣
اذا جمع بين الصلاتين فى وقت اولهما	اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لاجل العذر ثم زال	اذا مسح على الخف ثم خلعه	
٥	٦		
اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لاجل العذر ثم زال	العذر ثم زال		
٦	٦		
اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى جهة	اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى جهة	باب الحيض	
٦	٦		
تحريك اللسان فى القراءة	تحريك اللسان فى القراءة	الزائد على ما تجلسه المستحاضة من اقل الحيض	
٨	٨	٢٣٧	١٠٦
المريض اذا عجز فى الصلاة عن وضع وجهه	المريض اذا عجز فى الصلاة عن وضع وجهه	٣٠٣	١٣٦
٨	٨	٣٤٢	١٥٩
العاجز عن القراءة يلزمه القيام	العاجز عن القراءة يلزمه القيام	فى الفرج	
٨	٨		
من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقىها	من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقىها	المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها	
٨	٨		
من عجز عن بعض الفاتحة	من عجز عن بعض الفاتحة	كتاب الصلاة وما يتعلق بها	
٨	٨		
الصلاة فى أوقات النهى	الصلاة فى أوقات النهى	يعنى من الاحكام وذكر الصلوات الى الجنائز	
٩	٩	٥٥	٠٢
التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز الترجمة عنه	التكبير والتسبيح والدعاء لا تجوز الترجمة عنه	لو كان جيبه واسعا ترى منه عورته فى الصلاة لكان له لحية تستر	
٩	٩	١٢	٠٩
خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية	خطبة الجمعة لا تصح بغير العربية	الصلاة بالنجاسة وبغير سترة	
٩	٩	١٢	٠٩
اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد النفل	اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينعقد النفل	الصلاة فى الثوب المغصوب والحرير	
٩	٩	١٢	٠٩
اذا شرع فى النفل بعد اقامة الصلاة هل يصح	اذا شرع فى النفل بعد اقامة الصلاة هل يصح	الصلاة فى البقعة المغصوبة	
٩	٩	١٢	٩
الاستفتاح ( فى الصلاة )	الاستفتاح ( فى الصلاة )	صلاة من عليه عمامة حرير	
١٢	١٢	٣٤٩	١٦٠
		اذا اجتمع العراة ومعهم ثوب ليس هو لاحد منهم	

صفحة قاعدة	صفحة	قاعده	صفحة قاعدة
		سفر واحد	
١٠٨	٢٤٠	إذا أقيم في الصر جمعان	١٢ ١٥ سنة الجمعة بعد ها
١٣٣	٢٩٨	صلاة التراويح ليلة الغيم	١٥ ١٢ الفاظ الصلاة في التشهد
١٣٣	٢٩٩	صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف	١٧ ٢٢ اذا تعارض صلاة ركعتين وصلاة اربعة
١٤٣	٣١٤	إذا حضر الجمعة أربعون من اهل وجربها	١٧ ٢٢ رجل قرأ بتدبر وآخر قرأ سرداً
١٤٧	٣٢٠	أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع	١٧ ٢٢ رجلان أحدهما راضت نفسه للطاعة والآخر يجاهد نفسه عليهما أيهما أفضل
١٥٨	٣٣٦	إذا أدرك الإمام فذكر ركوعه معه وشك هل رفع إمامه	١٨ ٢٤ لو أدرك الإمام ركعاً فكبر تبيرة ينوي بها للاحرام والركوع اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة
١٥٨	٣٣٦	إذا شك هل ترك واجبا في الصلاة	١٨ ٢٥ فصلي معهم سقطت التحية
١٥٩	٣٤٠	الاخبار بدخول وقت الصلاة بعد الفراغ من الصلاة في ترك ركن	١٨ ٢٥ لو سمع سجدين معا
١٥٩	٣٤٠	لو صلى ورأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة	١٨ ٢٥ اذا صلى عقب الطواف مكتوبة هل تسقط عنه ركعتا الطواف
١٥٩	٣٤١	إذا غاب على ظنه دخول وقت الصلاة	١٨ ٢٥ إذا أدرك الإمام ركعاً فكبر للاحرام
١٥٩	٣٤٤	إذا شك المصلي في عدد الركعات	١٨ ٢٥ اذا اجتمع في يوم عيد وجمعة
١٦٠	٣٤٩	إذا استوى اثنان في الصفات المرجح بها في الإمامة	١٩ ٢٦ اذا طرأ على المكلف ما سقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن
		باب الجنائز	
٨٤	١٨٨	إذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوي الصلاة على حملها	١٩ ٢٦ اذا وصل عادم الماء الى الماء وقد ضاق الوقت فعليه أن يتطهر ويصلي
١٢٠	٢٧٣	يقدم الاخ للابوين على الاخ للاب في الصلاة على الجنائز	٢٣ ٣١ اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على إذن السيد
١٥٣	٣٢٧	ولاية الصلاة على الجنائز	٣١ ٤٠ اذا صلى المسافر خلف مقيم
١٥٩	٣٤٤	المقبرة المشكوك بنبشها هل يحكم بنجاستها	٥٨ ١٠٧ اذا تعمد المأموم سبق إمامه
			٦٨ ١٢٠ اذا صلى بظن نفسه محدثاً فتيقن متطهراً
			٧٠ ١٢٥ النهي عن الكلام والإمام يخطب
			١٠٠ ٢٢٩ فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي
			١٠٣ ٢٣١ الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهياً
			١٠٣ ٢٣ المسافر اذا أقام أربعة أيام فهو



صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
هل يكون الرجل مصرفاً لركاته	١٥٩ ٣٤٥
إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به	١٦٠ ٣٤٩
إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقتلنا له الرجوع بها	١٦٠ ٣٤٩
إخراج الزكاة عن الحمل	١٦٠ ٣٤٩
هل الحق متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
ومع التعلق بالمال هل يكون ثابتاً في ذمة المالك	١٦٠ ٣٤٩
وهل يمنع من التصرف	١٦٠ ٣٤٩
المباح أكله من مال الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
لو امتنع من أداء الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
لو تعذر استئذان من وجبت عليه الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
ولو الهب والمجنون يخرج عنهما الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
لو أخرج الجبران في زكاته للأبل شاة وعشرة دراهم	١٦٠ ٣٤٩
لو أخرج عن أربعائة من الأبل أربع حقاك	١٦٠ ٣٤٩
لو أخرج في الفطر صاعاً من جنسين	١٦٠ ٣٤٩
الفار من الزكاة قبل تمام الحول	١٦٠ ٣٤٩
إذا ترك العمل في المعدن ثم عاد هل يضم	١٦٠ ٣٤٩
الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم	١٦٠ ٣٤٩
الأخذ من الخمس بأوصاف	١٦٠ ٣٤٩
الأخذ من الصدقات المنذورة	١٦٠ ٣٤٩
المسكن والحشام والمركب ليس يمنع من أخذ الزكاة	١٦٠ ٣٤٩
لا تمنع المرأة من أخذ الزكاة إذا	١٦٠ ٣٤٩
لو وجد في دار الإسلام ميتاً مجهولاً فهل يصل عليه	١٥٩ ٣٤٥
إذا قدم بميتين إلى مقبرة للسبيل وضائق وتشاحا	١٦٠ ٣٤٩
إذا اجتمع ميطان فبذل لهما كفنان الواحد أجود وتشاحا	١٦٠ ٣٤٩
باب الزكاة	
إذا أدى عن خمس من الأبل بعيراً	٣ ٥
إذا أخرج سناً أعلى من الواجب	٣ ٥
إذا عجل عن أربعة وعشرين من الأبل أربع شياه	٥ ٧
إذا عجل الزكاة إلى فقير فتغير حاله	٥ ٨
إذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر	٨ ١١
الزكاة إذا تاف المال قبل التمكن فعليه الزكاة	١٩ ٢٦
لو كان عنده دون نصاب فكل بتناجه	٢٠ ٢٧
لو عجل الزكاة عن تمام النصاب قبل وجوده	٢٠ ٢٧
لو أدى زكاته إلى واحد وقتلنا يجب الأداء إلى ثلاثة	٢٩ ٣٩
إذا عجل الزكاة فدفعها إلى فقير ثم هلك المال	٣٠ ٤٠
لو عجل عن ثلاثين من البقر تبيعاً ثم تبيحت	٣٠ ٤٠
عروض التجارة إذا خرجت عن ملكه بغير اختياره	٤٠ ٥٢
لو كان له مال حاضر وغائب فأدى ونوي عن الغائب	٦٨ ١٢٠



صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
كتاب البيع	٣٦ ٢٦ لو وقعت بيضة نعامة في الحرم على عين إنسان فدفعها فانكسرت
لو باع أمة له فولدت عند المشتري فادعاه البائع	٤٠ ٣١ اذا أحرم من بلده ثم أفسد نسكه
لو اشترى عيناً ورهنها	١٠٤ ٥٨ اذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه في الحال
لو اشترى شيئاً فاستغله ونما عنده	١٠٦ ٥٨ غسل الطيب للحرم
اذا اشترى عبداً بشرط العتق	١٣٣ ٧٢ اذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه
لو بادر الغال قبل إحراق رحله وباعه	٢٢٢ ٩٦ لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فاطلقه
لو باع المشتري الشقة قصر المشفوع	٢٢٣ ٩٦ اذا اصطاد المحرم صيداً
لو أمر النمي بهدم بناءه فباعه لمسلم	٢٣١ ١٠٣ الطواف اذا تخلله صلاة
لو مال جداره الى ملك جاره فامر بهدمه فباعه	٢٣٢ ١٠٤ أحرم بمثل ما أحرم به فلان
لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بالشرط	٢٣٨ ١٠٦ اذا أحرم بنسك وأنسيه
لو باع العبد الجاني لزم افتدائه	٢٤٦ ١١٢ إذا وجد المحرم صيداً وميته يأكل الميتة
لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب المبيع اذا استثنى البائع منفعته	٢٦٧ ١١٦ إذا باع الصبي أو عتق العبد وهما محرمان
لو باعه أمة حامل لبحر	٢٨٨ ١٢٧ لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد وتمسك من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم
لو باعه عقاراً يستحق السكنى فيه	٢٩٥ ١٣٠ المسكن والخادم أو الذي يعود نفعه على العيال لا يباع في الحج
بيع الدار المأجورة	٢٩٧ ١٣٢ وجوب الحج على القوى المكتسب
لو اشترى أمة مزوجة	٣٠١ ١٣٤ الرجل يملك منع زوجته من حج النذر
لو اشترى أمة أو عبداً محرماً	٣١٣ ١٤٢ نبات الحرم اذا قطعه
البيع الفاسد	٣١٨ ١٤٤ اذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والنذر
قاعدة كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عوضه	٣٤٥ ١٥٩ اذا شك في عدد الطواف
قاعدة القبض في العقود قسمان أحدهما موجب العقد ومقتضاه والثاني من تمامه	
قاعدة هل يترقب المالك في العقود القهرية على دفع الثمن أو بدونه	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٧٤	٥١ قاعدة فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة
٧٨	٥٢ قاعدة التصرف في المملوكات قبل قبضها
٨٨	٥٣ بيع النصاب بعد الحول
٨٨	٥٣ بيع الجاني
٩٠	٥٤ مفارقة أحد المتبايعين للآخر بغير اذنه
٩٠	٥٤ تصرف المشتري في المشفوع بالوقف
٩١	٥٥ اذا باع بشرط الخيار وتصرف
٩٢	٥٥ اذا باع أمة بعبد ووجد بالعبد عيبا
٩٥	٥٦ لو باعه شيئا بشرط أن يرهنه على ثمنه
١٠٢	٥٧ اذا اشترى المريض أباه بثمن لا يملك غيره
١٠٧	٥٩ اذا تلف المبيع في مدة الخيار
١٠٧	٥٩ اذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه
١٠٨	٥٩ اذا تبايعا جارية بعبد ثم وجداهما بما قبضه عيبا
١٠٨	٥٩ اذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده
١٠٩	٥٩ اذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ
١٠٩	٥٩ اذا اشترى ربويا بجنسه فبان معيبا
١٠٩	٥٩ الاقالة تصح بعد تلف العين
١١٥	٦٣ فسخ المبيع المعيب
١١٦	٦٣ الفسخ بالخيار
١١٦	٦٤ لو أذن البائع للمشتري في التصرف في مدة الخيار
١١٧	٦٥ لو باع مال ابيه بغير اذنه ثم بان انه كان قد مات
١١٨	٦٥ من اشترى آبقا يظن انه لا يقدر على تحصيله فبان بخلافه
١١٨	٦٦ قاعدة لو تصرف مستند الى سبب ثم تبين خطؤه فيه
١١٩	٦٧ باع عينا ثم وهب ثمنها للمشتري ثم بان بها عيب
١١٩	٦٧ لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها
١٢٨	٧٠ شراء الوصي من مال اليتيم
١٣٣	٧٢ لو باع ثوبا بنفقة عبده
١٣٧	٧٥ لو اشترى أسيرا حرمان أهل الحرب
١٥٠	٧٨ لو باع دارا فيها نافذة لم تخرج من الباب الا بهدمه
١٥٠	٧٨ لو اشترى ارضا فيها زرع للبائع
١٥٧	٨٠ اذا باعه ارضا وفيها أصول البقل
١٥٧	٨١ المردود بالعيب اذا كان قد زاد زيادة متصلة
١٦٥	٨٢ النذر والصدقة والوقف اذا لزمت لم يجز لمن أخرجها أن يشتري من نتاجها
١٦٧	٨٢ المقبوض على السوم اذا ولدت في يد القابض
١٦٧	٨٢ المقبوض بعقد فاسد
١٦٨	٨٢ المبيع في مدة الخيار اذا نما متصلا ثم فسخ البيع
١٦٨	٨٢ نماء المردود بالعيب
١٧٤	٨٣ قاعدة اذا انتقل الملك عن النخل بعقد او فسخ تباع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة
١٧٩	٨٤ اذا اشترى جارية فبان حاملا



صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٠	٤٨
رجوع غريم المفلس في السلعة التي وجدها	رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه
٤٢	٤٨
لذي لا يجب أدائه بدون مطالبة	قال الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك والافالرهن لك
٥٣	٥١
إذا حل الدين على الغريم وورد السفر	رهن عيناً ثم زال ملكه عنها
٥٣	٥١
المفلس إذا طلب البائع منه سلعته	لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه
٧١	١٤٧
ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله	لو أعاد الرهن بطل
٧٧	٥٣
غراس المفلس وبنائه إذا رجع بائع الأرض	لو أتلف الرهن متلب وأخذت قيمته
٨١	٦٥
المبيع إذا أفلس مشتريه قبل تقدمته	إذا تعدى المرتهن زال ائتمانه
٨٢	٨٧
نماء فسخ البائع لافلاس المشتري	التصرف في المرهون لا يصح
٨٥	١٣٩
تعلق حق غرماء المفلس بماله	مؤنة الرهن
١١٠	١٣٩
لو أتاه الغريم بدينه في محله ولا ضرر	لو خربت الدار المرهونة
١١٥	١٦٧
غرماء المفلس الذي لا يفى ماله	نماء المرهون
١٣٠	١٧٩
المفلس لا يبيع داره ولا خادمه	لو وطىء الراهن أمته المرهونة
١٣٠	٢٢٥
الشريك إذا عتق حصته وليس له سوى مسكن وخادم فهو معسر	الرهنون التي لا يعرف أهلها
١٣١	٢٤٥
إذا أفلست المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها	إذا حل دين الرهن وامتنع من توفيقه
١٣١	٢٥٠
لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها	إذا رهنتان عينين وقضى أحدهما ما عليه
١٣٢	٢٥٣
في اجبار المفلس على التمسك	لو وضع المترهنتان الرهن على يد عدلين
١٤٤	٣٠٨
لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق الورثة	الرهن يضمن بالاتلاف
١٤٤	٣١٨
إذا مات وعليه دين فللورثة تنفيذها	إذا مات الراهن قبل اقباض الرهن
١٤٩	باب الحجر والتفليس
إذا مات من لا وارث له وعاليه	التصرفات المالية وعاليه دين
دين فهل يحل	استيفاء الحق من مال الغريم
	إذا أتى الغريم بدينه فأبى قبضه

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٢٧	٩٩ الماء الجارى والكلأ* يجب بذل الفاضل منه
٢٢٧	٩٩ وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر به
٣١٤	١٤٢ الجدار المشترك اذا انهدم وأقامه أحد الشريكين
٣١٤	١٤٢ اذا انهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الاسلام
٣٥٠	١٦٠ اذا استبق اثنان الى الجلوس بالأماكن المباحة
٣٥٠	١٦٠ اذا استبق اثنان الى معدن مباح
٣٥٠	١٦٠ اذا اجتمع اثنان بين نهر مباح باب الحوالة والضمان
٣٢	٢٣ الحوالة على الملى
٣٦	٢٦ لو أشرفت السفينة على الغرق فالقى متاع غيره
٥٥	٤٣ قاعدة فيما يضمن من الاعيان بالعقد أو اليد
٦٧	٤٧ قاعدة في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد كل عقد يجب الضمان في صحيجه يجب في فاسده
١٢٠	٦٧ لو قضى الضامن الدين ثم وهبه الغريم له
١٣٧	٧٥ اذا قضى عنه ديناً واجبا عليه بغير اذنه
١٣٨	٧٥ لو أنفق على عبده الآبق في حال رده اليه
١٣٩	٧٥ نفقة طائر غيره اذا عشم عنده
١٤١	٧٥ اذا غاب الزوج فاستأذنت الزوجة لنفقة على نفسها فانها ترجع بذلك
	باب الصلح
٣١	٢٣ أخذ فاضل الماء والكلأ من أرضه
١٤٢	٧٦ اذا انهدم الحائط المشترك
١٤٣	٧٦ اذا انهدم السقف بين سفلى وعلو
١٤٤	٧٦ القناة المشتركة اذا انهدمت
١٤٦	٧٦ الزرع والشجر المشترك اذا طلب أحد الشريكين سقيه
١٤٩	٧٧ من كان في أرضه نخلة لغيره
١٩٠	٨٥ من نبت له في أرضه نخل أو نحوه من المباحات
١٩١	٨٥ وضع الجار خشبه على جدار جاره
١٩١	٨٥ اجراء الماء في أرض غيره
١٩٢	٨٥ مرافق الاملاك هل هي مملوكة
١٩٣	٨٥ مرافق الأسواق المتسعة
١٩٣	٨٥ الجلوس في المساجد ونحوها
١٩٧	٨٦ المنتفع بملك جاره
١٩٧	٨٦ اقطاع الارفاق كمقاعد الأسواق
١٩٨	٨٧ مرافق الاملاك من الألفية والازقة
١٩٩	٨٧ الماء والكلأ في الارض
١٩٩	٨٧ منافع الارض الخراجية
٢٠٠	٨٧ المصالحة بعوض على وضع الاخشاب
٢٠١	٨٨ اذا حفر في طريق واسع بئراً
٢٠١	٨٨ اذا بنى مسجداً في طريق
٢٠٢	٨٨ بناء غير المساجد
٢٠٢	٨٨ اختصاص آحاد الناس في الطريق
٢٠٣	٨٨ الحفر في الطريق
٢٠٤	٨٨ اشراع الاجحة





صفحة قاعدة		صفحة قاعدة	
البراءة من المجهول	٢٣٢ ١٠٤	الوكيل في بيع الرهن	١١٠ ٦٠
الاقرار يصح بالمبهم	٢٣٤ ١٠٥	اذا وكله ثم عزله وتصرف قبل العلم	١١٢ ٦٠
لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا البيت	٢٧٠ ١١٩	لو تصرف في مال غيره ثم تبين انه كان قد اذن له	١١٦ ٦٤
البراءة المتعلقة بموت المبري	٢٩٩ ١٣٣	لو وكله في شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل	١٢١ ٦٨
لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه	٣٢٣ ١٥١	الوكيل وتوكيله	١٢٤ ٦٩
اذا قال له عندي درهم ودرهم ودرهم	٣٤٨ ١٥٩	العبد المأذون له هل له أن يوكل الصبي المأذون له هل له أن يوكل الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه	١٢٤ ٦٩ ١٢٤ ٦٩ ١٢٧ ٧٠
باب العارية			
اذا أعاره شيئا ليرهنه	٤٨ ٣٧	شراء الوكيل ما وكله من ماله	١٢٨ ٧٠
لو أعاره شيئا وشرط العوض	٤٩ ٣٨	اذا وكل غريمه أن يبري غرمه	١٢٩ ٧٠
لو أعاره شيئا وزال ملكه عنه	٥١ ٤٠	الوكيل والأجير هل لهما الآكل	١٣١ ٧١
الاعيان المضمونة يجب ردها	٤٠ ٤٠	يجوز اشتراط الوكيل النفقة	١٣٣ ٧٢
اذا أعاره شيئا ليرهنه ثم افتسكه المعير	١٤١ ٧٥	وكيل الوكيل	٢١٧ ٩٤
غراس المستعير وبنائه ان ارجع المعير	١٤٧ ٧٧	المشترى من الوكيل المخالف	٢١٧ ٩٤
القابض بعقد فاسد من المال اذا غرس فللمالك تمامه بالقيمة كغرس المستعير	١٤٨ ٧٧	تعليق فسخ الوكالة على وجودها	٢٦٩ ١١٨
لو أعاره أرضا للغرس ثم أخذ غرسه لا يرد عقد الاعارة على ولدها	١٦٧ ٨٢	لو وكله في أن يطلق زوجته	٢٧٨ ١٢٣
اعارة العارية	١٩٧ ٨٧	الوكيل ووصى اليتيم لهما ان يتباعا بزيادة على ثمن المثل	٣٠٠ ١٣٣
المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع	١٩٨ ٨٧	اذا وكل وكيل في طلاق زوجته يعترضا	٣٥٧ ١٦٠
لو أردف المالك خلفه على الدابة	٢٠٩ ٩٣	باب الاقرار	
المستعير من المستعير	٢١٧ ٩٤	لو أقر له بمظروف في ظرف	٣٦ ٢٥
المستعير من المستأجر	٢١٧ ٩٤	لو أبرأ معتقدا انه لا شيء عليه ثم تبين انه كان عليه	١١٧ ٦٥
اعارة الحلي	٢٢٧ ٩٩	اقرار المطلق للحمل	١٨٣ ٨٤
المصحف تجب اعارته	٢٢٧ ٩٩		
لو أعاره حائطا لوضع خشبة عليه فسقط	٣١٣ ١٤٢		

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٥٥	٧٩ الشفيع اذا انتزع الارض وفيها زرع
٣٠	٢٢ لو اختلطت دراهمه بدراهم مغصوبة
١١٦	٦٤ لو غصب طعاما ثم أباحه له المالك
٢٦٥	١١٦ ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة
١٤٨	٧٧ غرس المشتري من الغاصب
١٤٩	٧٧ غرس الغاصب وبنائه
١٥١	٧٨ لو غصب فضيلا وادخله داره فكبر
١٥١	٧٨ لو غصب ثوبا نصبغه
١٥٢	٧٩ زرع الغاصب
١٥٧	٨٠ اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر
٢٠٩	٩٢ لو غصب دابة عاينها مالكمها
٢٠٩	٩٢ لو دخل دار انسان بغير إذنه
٢٠٩	٩٢ لو كانت العين ملكا لائنين فرغ
٢١٠	٩٣ قاعدة من غصب مغصوبا من مالكة
٢٢٣	٩٦ الغصوب والودائع لو أداها أجنبي
٢٢٦	٩٧ الغصوب التي جعل رباها
٢٢٧	٩٨ الأموال المغصوبة والمنهوبة مع
٢٦٥	١١٦ اذا تملك المالك زرع الغاصب
١٨٧	٥٣ الشفيع اذا طالب بالشفعة
١٤٧	٧٧ غراس المشتري في الأرض
١٥١	٧٨ اذا غرس المشتري في أرض ثم
٤٤	انتزعها الشفيع
١١٠	٦٠ اذا فسخ عقد المساقاة
١١١	٦٠ اذا زرع رجلا على أرضه ثم فسخ
١٣٣	٧٢ المساقاة والمزارعة وما بقى معهم بعد
١٣٤	٧٣ اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة
١٤١	٧٥ اذا هرب المساقى قبل اتمام العمل
١٥١	٧٨ لو حمل السيل الى أرض غرس غيره
١٥٥	٧٩ احتمل السيل بذر انسان الى أرض
١٥٦	٧٩ من زارع في ملكه الذي منع من
٣٥	٢٥ لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء
٣٨	٢٨ لو استأجر دابة فزاد
٤٢	٣٤ لو أجر عبده مدة ثم أعتقه
٤٣	٣٥ لو اشتري المستأجر العين المستأجرة
٤٤	٣٥ استأجر دارا من أبيه ثم مات الأب
١١٠	٦٠ اذا فسخ عقد المساقاة
١١١	٦٠ اذا زرع رجلا على أرضه ثم فسخ
١٣٣	٧٢ المساقاة والمزارعة وما بقى معهم بعد
١٣٤	٧٣ اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة
١٤١	٧٥ اذا هرب المساقى قبل اتمام العمل
١٥١	٧٨ لو حمل السيل الى أرض غرس غيره
١٥٥	٧٩ احتمل السيل بذر انسان الى أرض
١٥٦	٧٩ من زارع في ملكه الذي منع من
٣٥	٢٥ لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء
٣٨	٢٨ لو استأجر دابة فزاد
٤٢	٣٤ لو أجر عبده مدة ثم أعتقه
٤٣	٣٥ لو اشتري المستأجر العين المستأجرة
٤٤	٣٥ استأجر دارا من أبيه ثم مات الأب

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٤	٣٦	قاعدة من استأجر من له ولاية	١٩٧
		الايجار ثم زالت ولايته	١٩٧
٤٦	٣٨	لو استأجر المكيل أو الموزون	١٩٧
٤٩	٣٨	لو أجره الارض بثلاث ما يخرج منها	٢٠٩
٥٠	٣٩	لو أجره عينا بلفظ البيع	٢٠٩
٥١	٤٠	استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه	٢١٧
٦٥	٤٥	إذا استأجره لحفظ شيء مدة	٢١٩
٦٨	٤٧	حكم الاجارة الفاسدة	
١٠٧	٥٩	إذا تلفت العين المستأجرة قبل	٢٧٧
		مضى مدة الاجارة	
١٢٣	٦٩	الاجير المشترك يجوز له الاستئابة	٣١٤
١٢٥	٧٠	إذا أذن له بعده في التجارة لم يملك إجارة	٣٢٣
		نفسه	
١٣٢	٧٢	استئجار الظئر بالطعام والكسوة	٣٣٧
١٣٢	٧٢	استئجار غير الظئر	
١٤٠	٧٥	عمارة المستأجر في الدار المستأجرة	
١٤٧	٧٧	غراس المستأجر بعد انقضاء المدة	١٩٠
١٥١	٧٨	إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت	١٩٨
		المدة	٢٤٥
١٥٢	٧٩	إذا أجره لزراع شيء فزرع ما ضرره	
		أعظم منه	
١٥٣	٧٩	الزراع بعقد فاسد ممن له ولاية	١٣٥
		العقد	
١٥٤	٧٩	الزراع بعقد ممن يظن أن له ولاية	١٣٥
		العقد قتين بخلافه	١٣٦
١٥٥	٧٩	زراع أرضاً بما كمل لها أو باذن مالئها	
		ثم انتقل ملكها الى غيره	٢٨
١٦٧	٨٢	الاجير كالراعي ألتئاء في يده أمانة	٤١
١٦٧	٨٢	المستأجر ألتئاء في يده أمانة	٥٣
١٩٧	٨٧	إجارة المستأجر	١٢٦
		إجارة الوقف	٨٧
		لو ولدت الأمة الموقوفة	٢١
		يصح أن يقف ويستثنى منفعته	٣٢
		إذا أتلف الوقف	٤١
		هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه	٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
لو كان له ابتنان اسمها واحد فوهب لأحدهما شيئا ولم يبين	١٠٥ ٢٣٧
الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة لا يثبت بدون مطالبة الميت	١٤٤ ٣١٦
إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة	١٤٤ ٣١٨
احكام النساء على النصف من احكام الرجال من عطية الأولاد	١٤٧ ٣٢٠
هدية المقترض	١٥٠ ٣٢٢
هبة المرأة زوجها صداقها	١٥٠ ٣٢٢
هدايا العمال	١٥٠ ٣٢٢
الهدية لمن شفعه شفاعة	١٥٠ ٣٢٢
الهبة التي يراد بها الثواب	١٥١ ٣٢٣
الرجوع في الهبة	١٥٣ ٣٢٧
الأخذ من مال الولد بغير حاجة وولاية ماله	١٥٣ ٣٢٧
إذا اختلط مال حرام بحلال	١٥٩ ٣٤٦
باب اللقطة واللقيط	
نفقة اللقطة وفيها نفقة اللقيط	٧٥ ١٣٨
نماء اللقطة إذا جاء مالها	٨٢ ١٦٩
حق الملتقط في اللقطة	٨٥ ١٩٠
لو دفع الملتقط اللقطة الى واصفها	٩٥ ٢٢٠
اللقطة التي لا تملك إذا أجزنا الصدقة بها	٩٧ ٢٢٤
اللقيط إذا وجد معه مال	٩٧ ٢٢٤
إذا أراد من بيده عين جهل مالها أن يملكها	٩٧ ٢٢٦
اللقطة يجب دفعها الى واصفها	٩٨ ٢٢٦
إذا تنازع اثنان أيهما اللقطة	٩٨ ٢٢٧
لو وجد لقيط وبقره مال	١٥١ ٣٢٣
إذا التقط اثنان طفلا واختلفا	١٦٠ ٣٥٠
ناظر الوقف والصدقات لها الأكل المعاق وقفها بالموت	٧١ ١٣١
استحقاق الحمل من الوقف	٨٢ ١٦٦
منازع الوقف وثمرته	٨٤ ١٨٣
وجد في كتاب وقف أن رجلا وقف واشتبهه	٨٦ ١٩٦
الوقف على من يولد لفلان	١٠٥ ٢٣٧
الوقف على ولده وولد ولده	١٠٧ ٢٣٩
وقف على ولده ثم على ولدهم	١٠٧ ٢٣٩
الموقوف عليهم إذا رد بعضهم	١٠٧ ٢٣٩
يقدم الأخ للابوين في الوقف المقدم فيه بالقرب	١١٥ ٢٦٣
لو وقف على بعض اولاده	١٢٠ ٢٧٤
لو وقف المسلم على قرابته وأهل قرابته	١٢٢ ٢٧٧
إبدال الوقف إذا خرب والمسجد إذا باد	١٢٦ ٢٨٤
الوقف على الولد يدخل فيه ولد الولد	١٤٣ ٣١٥
باب الهبة	١٥٣ ٣٢٥
يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفعه	
الهبة قبل القبض	٣٢ ٠٤١
رجوع الاب	٤٠ ٠٥٢
تصرف من وهبه المريض	٤٠ ٠٥٢
لو وهب الاب لولده شيئا	٥٣ ٠٨٩
لو تصرف الوالد في مال ولده	٥٥ ٠٩٣
تصرف السيد في مال عبده	٥٥ ٠٩٣
ما وهبه الأب لولده إذا زاد زيادة متصله	٨١ ١٥٩
رجوع الاب فيما وهبه لولده	
ناهية المريض جميع ماله	٨٢ ١٦٩
استيلاء الأب على مال الابن	٨٢ ١٦٩
	٩٠ ٢٠٦

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٧٩	٢٨
١٨٢	٣٠
١٩٠	٣٢
١٩٣	٤١
١٩٤	٥١
١٩٦	٥٣
٢١٩	٦٥
٢١٩	٨٨
٢٢٠	٩٥
٢٢٤	٩٦
٢٣٠	٩٦
٢٣٣	٩٨
٢٣٥	١٠٠
٢٣٨	١١٠
٢٣٩	١٣٠
٢٣٩	١٤١
٢٤٠	١٤٩
٢٤٥	١٦٤
٢٦١	١٦٤
٢٦٢	١٦٥
٢٦٢	١٦٦
٢٦٥	١٧٢
٢٦٧	١٧٨
٢٦٨	
٢٦٨	

## باب الوصايا والموارث

لو ولدت الموصى بمنافعها ٢١

لو وصى له برطل زيت معين ثم خلطه ٢٢

الموصى بعقده ٢٣

يصح أن يوصى برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر ٣٢

الوصية تبطل بازالة الملك ٤٠

الموصى له بعين اذا أتلغها متلف ٤١

الوصى اذا تعدى ٤٥

تصرف الورثة في التركة ٥٣

تصرف الموصى له في الوصية ٥٥

صححة الوصية لمن ثبتت أهليته ٥٦

اذا وجدت الحرية عقب موت الموروث ٥٦

## الموروث

اذا مات الذمي وله أطفال صغار ٥٧

حكم باسلام الولد وورث منه ٥٧

توريث الطفل المحكوم باسلامه ٥٧

الموصى اليه هل له رد بعد القبول ٦٠

لو وصى لعبده بثلك ماله ٧٠

لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ٧٥

اذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها ٧٧

## بها

الموصى بعقده اذا كسب ٨٢

الموصى بوقفه اذا نما ٨٢

الموصى به لمعين ٨٢

الموصى بعقدها أو وقفها اذا ولدت ٨٢

تركة من عليه دين اذا تعلق بها ٨٢

## حق الغرماء

الحمل هل له حكم ٨٤

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
الأموال التي تجب الصدقة بها	٢٧٠ ١١٩
لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها	٢٧١ ١١٩
العامل على الصدقات	١٣٥ ٧٤
الأموال التي تجب	٢٧٢ ١١٩
إذا استوى اثنان من أهل الفقه	٢٧٢ ١١٩
في درجة	٢٧٢ ١١٩
كتاب النكاح وما يتعلق به	٢٧٣ ١٢٠
إذا نكح المعسر الخائف العنت	٢٧٦ ١٢٢
الفاظ النكاح تنعقد بغير العربية	٢٧٧ ١٢٢
لو أصدقها تعاليم سورة	٢٧٧ ١٢٣
لو تزوج بكر أفاذعت أنه عنين	٣١٤ ١٤٢
لو أصدقها شجرا فأثمرت	٣١٧ ١٤٤
بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها	٣١٩ ١٤٥
المولى إذا امتنع من الفمته	٣١٩ ١٤٥
العنين إذا انقضت مدته	٣٢٠ ١٤٧
الولى في النكاح إذا امتنع من التزويج	٣٢٠ ١٤٨
إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة	٣٢١ ١٤٩
لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي	٣٢٥ ١٥٣
فأذها عذرتها	٣٢٦ ١٥٣
عوض الصداق والخلع على مال	٣٥١ ١٦٠
إذا أعتقت الأمة المزوجة	١٢٩ ٧٠
لو أذن السيد في النكاح	١٢٩ ٧٠
النكاح الفاسد	١٢٩ ٧٠
وطء العبد زوجته إذا أعتقت	١٢٩ ٧٠
تصرف الزوجة في نصف الصداق	١٢٩ ٧٠
إذا أعتق السيد أمته وجعل عتقها	١٢٩ ٧٠
صداقها	١٢٩ ٧٠
لو وجدت الكفاءة في النكاح حال	١٢٩ ٧٠
العقد	١٢٩ ٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
واحد		لو أعتق الزوجان معا	٥٧ ٩٨
إذا تزوج أمأ و بنتا في عقد واحد	١٠٩ ٢٤٣	إذا تزوج العادم للطول في عقد	٥٧ ١٠٠
لو أسلم الكافر على أم و بنت	١٠٩ ٢٤٣	واحد حرة وأمة	
لو تزوج صغيرة وكبيرة فلم يدخل بهما حتى أرضعت الصغيرة	١٠٩ ٢٤٣	لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول	٥٧ ١٠٣
لو تزوج حرة وأمة في عقد	١٠٩ ٢٤٣	فسخ المعتقة تحت عبد	٦٣ ١١٥
لو قال لزوجانه والله لا وطئت احدا كن هل يكون موليا	١٠٩ ٢٤٣	لو أصدق زوجته عينا فوهبتها له ثم طلقها	٦٧ ١١٩
لو أسلم على أختين أو أكثر	١١٠ ٢٤٥	لو أصدقها عملا معلوما مقدرا	٦٩ ١٢٤
لو أنى المولى أن ينمى بعد المدة	١١٠ ٢٤٥	الوكيل في نكاح المرأة ليس له أن يزوجها لنفسه	٧٠ ١٢٨
نكاح الاماء والاستمناء	١١٢ ٢٤٦	إذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة	٨١ ١٥٩
من أبيع له الفطر لشبقة	١١٢ ٢٤٦	نماء عود الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول	٨٢ ١٧٠
الأولياء المتساوون في النكاح	١١٥ ٢٦١	حق الزوج في نصف الصداق إذا طاق	٨٥ ١٨٩
تقدم الأخ للأبوين في ولاية النكاح	١٢٠ ٢٧٣	أكل الضيف لطعام المضيف	٨٦ ١٩٧
إذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه	١٢٥ ٢٨١	عقد النكاح هل هو ملك منفعة	٨٦ ١٩٧
المرأة لها أن تملك منع نفسها حتى تقبض صداقها	١٣٤ ٣٠١	من تزوج امرأة في عدتها	١٠٢ ٢٣٠
اختلاف الدين المانع من النكاح	١٣٤ ٣٠١	من تزوجت بعينها	١٠٢ ٢٣٠
الزوجة الموطوءة بشبهة	١٣٦ ٣٠٣	ورود عقد النكاح على اسم لا يتم	١٠٥ ٢٣٥
تحريم نكاح الأخت في عدة أختها	١٤٥ ٣١٩	إذا اشتهت أخته بنساء أهل مصر	١٠٦ ٢٣٨
هل يصح اختيارها لزوجها إذا أعتقت	١٤٦ ٣٢٠	إذا زوج الوليان	١٠٨ ٢٤٠
لو نكحت المطلقة ثلاثا زوجها آخر فخلا بها	١٤٦ ٣٢٠	إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول	١٠٨ ٢٤٠
أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال	١٤٧ ٣٢٠	إذا اشتهت أخته بعدد مخصوص	١٠٩ ٢٤١
المولى يتزوج الغربية يفرق بينهما	١٥٠ ٣٢٢	إذا أسلم الكافر وتحتته أكثر من أربع نسوة	١٠٩ ٢٤٢
		إذا زنا بامرأة وله أربع نسوة	١٠٩ ٢٤٢
		إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد	١٠٩ ٢٤٢





صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
الرغيفين فأتما طالقان	فأتما طالقان
إن كلمتما زيدا أو كلمتما عمرا ١١٣	٢٤٧ الطلاق والخلع يصح مع الأجنبي ٦٣ ١١٥
فاتما طالقان	لو قال لزوجته إن خرجت بغير ٦٤ ١١٦
إذا علق طلاق بعض نسائه ١١٣	اذنى فأنت طالق ٦٥ ١١٧
لو أوقع طلاقا بامرأة ثم قال لامرأة ١١٤	لو طلق امرأة يظنها أجنبية ٦٨ ١٢٢
أخرى أشركتك	الرجعة في نكاح شك في وقوع ٦٨ ١٢٢
إذا علق طلاق امرأته في صحته ١١٧	الطلاق فيه ٦٨ ١٢٢
لو قال العبد لزوجته ان دخلت ١١٧	من دخل دارى أو قال من دخل ٧٠ ١٢٩
الدار فانت طالق	دارك ٧٠ ١٢٩
لو علق طلاق امرأته قبل الدخول ١١٧	إذا أصدقها أرضا فغرست فيها ثم ٧٧ ١٤٨
إذا علق الطلاق بالنكاح ١١٨	طلقها قبل الدخول ٧٧ ١٤٨
في تعاقب الطلاق ١١٩	إذا قال لزوجته ان كنت حاملًا فانت ٨٤ ١٧٩
لو قالت له زوجته تزوجت على ١٢٤	طالق ٨٤ ١٧٩
فقال كل امرأة لى طالق	اللعان على الحمل ٨٤ ١٨٣
لو قال لزوجته ان رأيتك تدخلين ١٢٥	المطلق في مرضه ١٠٢ ٢٣٠
هذه الدار فانت طالق	طلق احدى زوجاته ١٠٤ ٢٣٢
لو طلق امرأة طلقه رجعية وحلف ١٢٥	إذا طلق بلفظ اعجمى ١٠٤ ٢٣٢
لايراجعها	إذا طلق العجمى بلفظ الطلاق ١٠٤ ٢٣٢
نسائي طوالق ويستثنى بقلبه واحدة ١٢٥	إذا قال لامرأته أنت طالق مثل ١٠٤ ٢٣٢
لو قال لزوجته ان لبست ثوبا ١٢٥	ماطلق فلان ١٠٤ ٢٣٢
فانت طالق	إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها ١٠٦ ٢٣٨
لو قال أنت طالق ونوى ثلاثا ١٢٥	إذا طلق واحدة مبهمه ١٠٩ ٢٤١
أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه ١٢٥	إذا اشتبهت المطلقة ثلاثا ١٠٩ ٢٤١
نسائي الأربع طوالق ١٢٥	لو حلف بالطلاق أن لا يا كل ١٠٩ ٢٤١
تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة ١٢٦	تمرة فاختلفت ١٠٩ ٢٤١
لى طالق	لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يبطأ ١٠٩ ٢٤١
لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها ١٣٣	واحدة ممنه ١٠٩ ٢٤٤
النساء	إن خرجت من الدار بغير اذنى ١٠٩ ٢٤٤
إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ١٣٣	فأنت طالق ١١٣ ٢٤٧
بألف	قال لزوجته ان أكتما هذين ١١٣ ٢٤٧

قاعدة	صفحة	قاعدة	صفحة
ان لم يكن غرابا فامرأتي طالق		قال من أسلم على أكثر من أربع	٢٩٩ ١٣٣
اذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر	١٦٠ ٣٥٧	زوجات كل ما أسلمت واحدة تنكز	
اذا قال لامرأته ان ولدت ذكرا فانت طالق وان ولدت أنثى فأنت طالق	١٦٠ ٣٥٧	فهي طالق	
اذا قال ان كنت حاملا فأنت طالق	١٦٠ ٣٥٧	لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينها	٣٠٠ ١٣٣
اذا قال أنت طالق ليلة القدر	١٦٠ ٣٥٧	لو طاق المدخول بها طلاقا بائنا ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول	٣١٩ ١٤٥
اذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوائف	١٦٠ ٣٥٧	الطلاق في مدة العدة بدعة	٣٢٠ ١٤٦
كتاب العدد		كنايات الطلاق في حال الغضب	٣٢٣ ١٥١
ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه	٧ ٩	اذا طاق رجل امرأة في العدة	٣٢٦ ١٥٤
عدة أم الولد اذا توفى سيدها	٥٦ ٩٧	خاع المسلم زوجته بحرم	٣٢٩ ١٥٤
لو تزوجت امرأة المفقود ثم تبين أنه كان ميتا	٦٥ ١١٧	دخالعة الأب ابنته الصغيرة	٣٢٩ ١٥٤
العدتان من رجل لا يتداخلان	١٤٥ ٣١٩	اذا قال لزوجته أنت طالق	٣٢٩ ١٥٤
تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في اباحتها في مدة العدة	١٤٦ ٣٢٠	بألف فلم تقبل	
اذا علق الرجعية في مدة العدة بولد	١٤٦ ٣٢٠	اذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده	٣٣٧ ١٥٨
المعتدة من أجنبي	١٤٦ ٣٢٠	اذا قال الطلاق يازهني فهل يازه واحدة	٣٤٣ ١٥٩
لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل الى عدة الوفاة	١٤٦ ٣٢٠	زوجتي طالق أو عبدي حر	٣٤٨ ١٥٩
الرجعية اذا اعتقت او توفى زوجها انتقلت الى عدة حرة	١٥٧ ٣٣٥	اذا مات عن زوجات وقد طاق احداهن	٣٥١ ١٦٠
اذا كان تحت عبد مشترك إمام فاسلمن واعةتن فان عدتهن عدة حرائر	١٥٧ ٣٣٥	اذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طاق الجميع ثلاثا	٣٥٤ ١٦٠
المرتد اذا قتل في عدة امرأة فانها تستأنف عدة الوفاة	١٥٧ ٣٣٥	لو طاق واحدة من نسائه مبهمه	٣٥٥ ١٦٠
لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة	١٥٧ ٣٣٥	اذا طاق واحدة من نسائه معينة ثم أنسيها أو جهلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غرابا ففلانة طالق وان لم يكن ففلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان	٣٥٦ ١٦٠
		لو رأى رجلان طائرا فقال أحدهما ان كان غرابا فامرأتي طالق وقال الآخر	



صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
لو دفع صائلاً عن نفسه أو غيره ٢٧	٣٧
إذا زاد الامام سوطاً في الحد ٢٨	٣٧
الطائفة الممتنعة عن حكم الامام ٩٠	٢٠٧
السكر أن يشرب الخمر عمداً ١٠٢	٢٣٠
تحليل الخمر ١٠٢	٢٣٠
لو أخرج السارق من الخرز بعض النصاب ١٠٣	٢٣١
لو قذف أباه إلى آدم وحواء ١٢٦	٢٨٣
الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما ١٣٩	٣١١
من سرق من غير حرز ١٤٠	٣١١
السرقعة عام الجماعة ١٤٠	٣١٢
السرقعة من الغنيمة ١٤٠	٣١٢
حد القذف لا يورث بدون مطالبة ١٤٤	٣١٧
كنايات القذف ١٥١	٣٢٣
لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه ١٥١	٣٢٣
امتناع قطعه في السرقة من مال ولده ١٥٣	٣٢٥
إذا زنا من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته ١٥٩	٣٤٠
إذا زنا من نشأ في دار الاسلام ١٥٩	٣٤٣
باب الجهاد	
لو جعل الامام لمن دله على حصن ١٦	٢١
لو سبي الكافر العبد المرهون ٤٠	٥١
ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده ٥٣	٨٨
إذا أخذ الغازي نفقة أو فرساً ٧٢	١٣٤
من قتل مشركاً في حال الحرب ٧٤	١٣٥
من وجد عين ماله الذي استولى عليه الكفار في المغنم ٨٢	١٧١
إذا وطئ جارية من المغنم فحملت ٨٤	١٧٩
الثانية في العفو عن القصاص ١٣٧	٣٠٤
عفو الورثة عن القصاص ١٣٧	٣٠٦
عفو المريض عن القصاص ١٣٧	٣٠٦
عفو المسكاتب عن القصاص ١٣٧	٣٠٦
إذا عفى للوارث عن العبد الجاني ١٣٧	٣٠٦
إذا قتل العبد الموصى به لمعين فمهل للورثة العفو ١٣٧	٣٠٦
العفو عن الوارث الجاني ١٣٧	٣٠٦
الثالثة الصالح عن موجب الجنابة ١٣٧	٣٠٧
هل يصح الصالح على أكثر من الدية ١٣٧	٣٠٧
لو صالح عن دم العبد بشقص ١٣٧	٣٠٧
لو قتل عبده عمداً ١٣٧	٣٠٨
إذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل الفاتل ١٣٨	٣٠٩
إذا قتل مسلم ذمياً عمداً ١٤٠	٣١١
إذا قلع الأعور عين الصحيح ١٤٠	٣١٢
الصغير إذا قتل عمداً ١٤٠	٣١٢
لو قلع سنه أو قطع أذنه وأعاد في الحال فثبت ١٤٢	٣١٣
لو قلع ظفر آدمي أو شعره ثم عاد ١٤٢	٣١٣
القصاص فيما دون النفس لا يورث بدون مطالبة ١٤٤	٣١٨
أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الدية ١٤٧	٣٢٠
امتناع القصاص بين الأب وولده ١٥٣	٣٢٥
إذا استحق القود جماعة ١٦٠	٣٦٠
باب الحدود	
لو خلط خمرأ بماء واستهلك فيه ثم شربه ٢٢	٢٩
لو صال عليه فدفعه بالقتل ٢٦	٣٦

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٦٠ ٣٦٠	٨٥ ١٨٩
١٦٠ ٣٦١	٨٥ ١٨٩
١٦٠	٨٦ ١٩٧
باب الصيد، والذبائح، والاضاحي، والاطعمة	٨٧ ١٩٩
١٣ ١٦	٩٠ ٢٠٦
١٣ ١٦	٩٠ ٢٠٦
١٥ ٢٠	٩٠ ٢٠٦
١٧ ٢٢	٩٨ ٢٢٧
٢٨ ٣٧	١٠٢ ٢٣٠
٢٨ ٣٨	١٠٩ ٢٤١
٢٩ ٣٩	١١٢ ٢٤٧
٣٠ ٤٠	١٣٦ ٣٠٣
٣١ ٤٠	١٣٩ ٣١١
٤٠ ٥٢	١٥٠ ٣٢٢
٤١ ٥٣	١٥١ ٣٢٣
٥٣ ٨٨	١٥١ ٣٢٣
٧١ ١٣٢	١٥٣ ٣٢٧
٧١ ١٣٢	١٥٣ ٣٢٧
٨٤ ١٨٨	١٥٤ ٣٢٩
٨٥ ١٩٢	١٥٨ ٣٣٨
٨٥ ١٩٢	١٥٨ ٣٣٨
٨٥ ١٩٥	١٥٨ ٣٣٨
٩٦ ٢٢٢	١٥٨ ٣٣٨
٩٩ ٢٢٨	١٥٨ ٣٣٨

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
إذا كفر العاجز عن الصيام	٦ ٨
من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين	٧ ١٠
عتق بعض الرقبة في الكفارة	٨ ١١
لو قال في مرضه إن مت فسالم حر وإن برئت فغانم حر	١٣ ١٧
كفارة اليمين أو الظهار	١٦ ٢١
إذا نذر الحج من عليه حج الفرض	١٨ ٢٤
إذا نذر صوم شهر وقدم رمضان	١٨ ٢٤
نذر الصدقة بنصاب المال	١٨ ٢٤
اجتماع الأسباب الموجبة للكفارات	١٨ ٢٦
لو حلف لا يأكل حنطة فاكل شعيراً فيه حبات حنطة	٢٢ ٣٠
لو حلف لا يأكل شيئاً واستهالك في غيره فأكله	٢٢ ٣٠
لو أكره على الحلف بيمين لحق نفسه	٢٧ ٣٧
لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان	٣١ ٤٠
إذا وطئ امرأته فحاضت فنزع	٥٨ ١٠٥
لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان	٨٢ ١٦٨
لو نذر الصدقة بمال معين	٩٦ ٢٢٢
لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة	١٠١ ٢٢٩
لو أعتق في الكفارة نصفى رقتين	١٠١ ٢٢٩
لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين	١٠١ ٢٢٩
لو كفر في مخطورات الحج بصيام	١٠١ ٢٢٩
إذا حلف أيمان البيعة تلزمى	١٠٤ ٢٣٢
إذا قال أي إن المسلمين تلزمى	١٠٤ ٢٣٢
لو قال لزوجاته الأربع والله لا وطئتكين	١٠٩ ٢٤٢
الأكل من أضحية النذر	١٠٠ ٢٢٩
ذبح الصيد في حق المحرم	١٠٢ ٢٣٠
من اصطاد صيداً قبل أن يحل	١٠٢ ٢٣٠
لو اشتبهت ميتة بمذكاة	١٠٩ ٢٤١
لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم	١٢٨ ٢٩٠
لو جرح صيداً في الحرم فخرج إلى الحل	١٢٨ ٢٩١
لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم	١٢٩ ٢٩٢
لو رمى الحلال صيداً في الحرم	١٢٩ ٢٩٣
هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الرامي أم بالإصابة	١٢٩ ٢٩٤
منع تخمير الحل ابتداء	١٣٤ ٣٠٠
ذبح الحيوان المأكول	١٣٤ ٣٠٠
الصيد في حق المحرم	١٣٨ ٣٠٨
لو عين أضحية أو هدياً	١٣٨ ٣١٠
لو أتلف الأضحية أو الهدى	١٤١ ١١٢
لو أبدل جلود الأضاحي	١٤٣ ٣١٥
إذا رمى صيداً فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتاً	١٥٨ ٣٣٨
أبواب الايمان، والنذور، والكفارات	
لو حلف لا يقف في هذا الماء	١ ٤
لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً إلى الشعر	٢ ٥
إذا كفر الواطئ في الحيض بدينار	٣ ٦
كفارات الاحرام وكفارات اليمين	٤ ٦
اخراج كفارة القتل	٤ ٧
النذر المطلق	٤ ٧
إذا كفر بالصيام قبل الحنث	٥ ٧
إذا كفر المتمتع بالصوم	٥ ٧

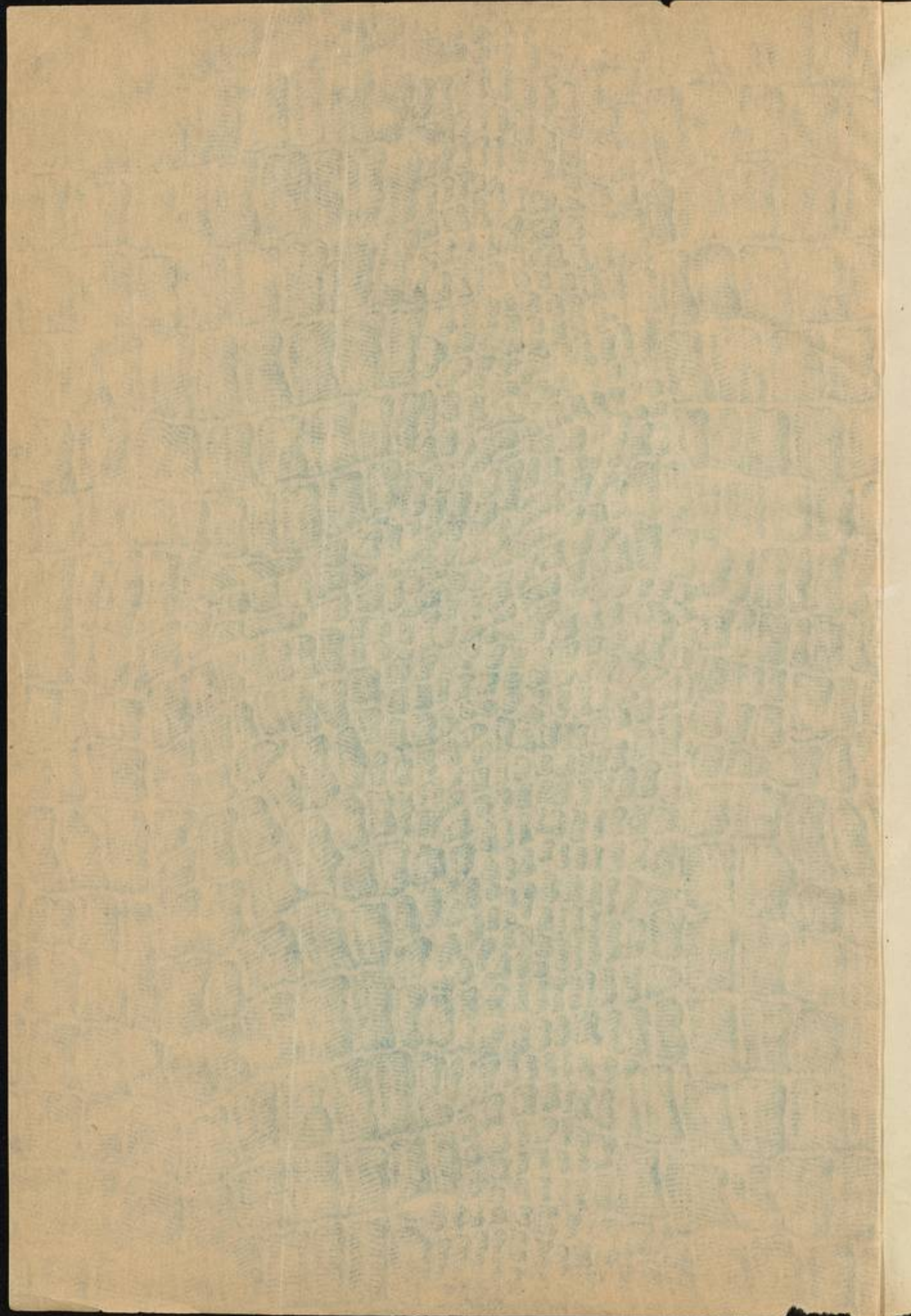
صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٨٤ ١٢٦ لو حلف لا يسلم على فلان	٢٦٩ ١١٨ تعليق النذر بالملك
٢٨٤ ١٢٦ لو قال ما أحل الله على جرام	٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل الروس
٢٩٦ ١٣٠ التكفير بالمسال	٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل البيض
٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق على حديث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد	٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد
٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق أنه ماغصب شيئاً ثم ثبت بشاهد ويمين	٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يشم الریحان
٣١٠ ١٣٨ لو نذر عتق عبد معين	٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يأكل لحم بقر
٣٦١ ١٦٠ اذا حلف يمين ولم يدري الايمان هي	٢٧٦ ١٢١ لو حلف لا مال له
٣٦٢ ١٦٠ اذا تناضل رجلان حزان واقنسموا الرجال	٢٧٧ ١٢٢ لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة
باب القضاء والشهادات وما يتعلق به	٢٧٧ ١٢٣ اذا نذر صوم الدهر
٦ ٩ اذا حكم بشهادة عدلين	٢٧٧ ١٢٣ لو حلف لا يأكل كل لحما
١٣ ١٦ لو ادعى رق مجهول النسب	٢٧٨ ١٢٣ لو نذر اعتكاف شهر
١٣ ١٧ لو قال رجل هذا ابني من زوجتي	٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يصطاد من نهر لظلم
١٣ ١٨ لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نفشت فيه	٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يكلم صيباً
١٦ ٢١ تعذر وجود المثل وحكم الحاكم بالقيمة	٢٧٨ ١٢٤ لو ادعى الى غداً فحلف أن لا يتعدى
٢٣ ٣٢ طلب القسمة التي تلزمه الاجابة عليها	٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا رأيت منكراً الا رفعته الى فلان القاضي
٢٥ ٣٤ لو ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد	٢٧٩ ١٢٤ لو حلف على عبده لا يخرج الا باذنه
٢٥ ٣٥ لو ثبت ملك أرض في يد غيره وفيها شجر	٢٧٩ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تترك هذا الصبي يخرج
٥٦ ٩٦ لو ادعى أنه وكيل لزيد	٢٨٠ ١٢٥ لو حلف أن لا يضربه
٦١ ١١٣ قاعدة المتصرف تصرفاً كالامام هل تصرفه بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية	٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يكلم امرأته
٦٢ ١١٥ الحاكم اذا قيل بانعزاله	٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يشرب له الماء
	٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يدخل هذا البيت
	٢٨٠ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته
	٢٨١ ١٢٥ اذا نذر الصدقة بمال أو نوى قدراً معيناً
	٢٨٣ ١٢٦ لو قال عصيت الله فيما أمرني به

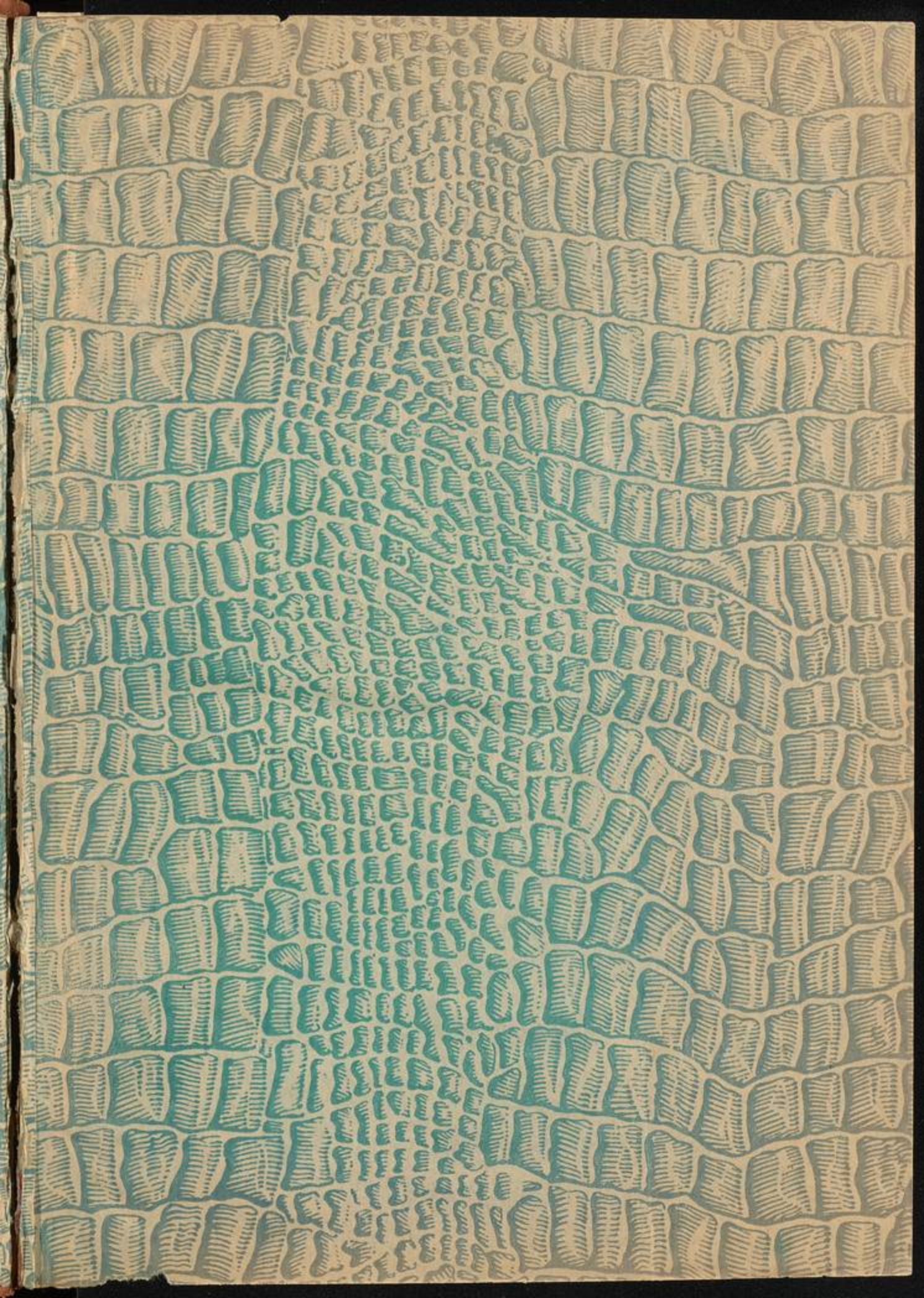
صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٣٣ ٢٩٨	٦٧ ١٢٠
لو شهد واحد برؤية هلال رمضان	لو شهد شاهدان بمال لزید ثم رجعا
١٣٣ ٢٩٩	٦٨ ١٢٢
لو ادعى المسکاتب أداء آخر نجوم الکتاباة	لو حکم الحاكم في مختلف فيه
١٤٧ ٣٢٠	٦٨ ١٢٣
أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الشهادات	الحکم باسلام من اتهم بالردة
١٥١ ٣٢٤	٧١ ١٣١
لو تنازع الزوجان في متاع البيت	الحاکم أو أمينه هل لهم الأكل من مال الیتيم
١٥١ ٣٢٤	٧٦ ١٤٤
لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بخلافها	إذا طلب أحد الشريكين قسمة ما يقبل القسمة
١٥٤ ٣٢٨	٧٦ ١٤٥
شهود الطلاق إذا رجعوا	قسمة المنافع بالمهاياة
١٥٨ ٣٣٨	٩٥ ٢١٨
لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه أو كفره	لو شهد شاهدان بموت زيد
١٥٨ ٣٣٨	٩٥ ٢١٨
لو شهدت بيته بالنكاح وقد ثبت الطلاق	لو حکم الحاكم بمال ثم رجع الشهود
١٥٩ ٣٣٩	٩٥ ٢١٨
شهادة عدلين بشغل ذمة	لو حکم الحاكم بمال ثم تبين فسق الشهود
١٥٩ ٣٣٩	٩٨ ٢٢٧
شهادة عدلين ببراءة ذمة	تداعى المؤجر والمستأجر دفينا في الدار
١٥٩ ٣٣٩	١٠٥ ٢٣٤
شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان	الدعوى بالمبهم
١٥٩ ٣٤٠	١٠٥ ٢٣٤
إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها نفقة	الشهادة بالمبهم
١٥٩ ٣٤٣	١٠٥ ٢٣٦
لو ادعت المرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر	اشتبه المدعى عليه
١٦٠ ٣٦٢	١٠٨ ٢٤٠
إذا تنازع اثنان في الامامه العظمى	إذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلان كل منهما انه اشتراه
١٦٠ ٣٦٢	١١٠ ٢٤٥
لو عقدت الامامة لاثنين في عقدين	لو ادعى عليه فانكر ونكل عن اليمين
١٦٠ ٣٦٢	١١٠ ٢٤٥
إذا ولي الامام قاضيين في بلد	لو نكل المدعى عليه عن الجواب
١٦٠ ٣٦٣	١١١ ٢٤٦
إذا هجم الخصوم على القاضى	لو ادعى حراحة عمد على شخص
١٦٠ ٣٦٣	١١١ ٢٤٦
القرعة في القسم	لو شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عمداً
١٦٠ ٣٦٣	١٢٦ ٢٨٤
إذا تداعى اثنان عيناً في يد ثالث فأقر لأحدهما مبهما	لوتهايا المعتق بعضه هو وسيده
١٦٠ ٣٦٣	١٣٣ ٢٩٨
إذا تداعى اثنان عيناً ليست في يد أحد	شهادة النساء بالولادة
	١٣٣ ٢٩٨
	شهادة امرأة على الرضاع
	١٣٣ ٢٩٨
	شهادة النساء على اسقاط الجنين بالضربة



صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
المكاتب تملك اكسابها	١٦٤ ٨٢
المكاتب يملك اكسابه	١٦٤ ٨٢
المعلق عتقه بموت أو صفة	١٦٤ ٨٢
المذبذبة يتبعها ولدها	١٦٦ ٨٢
الامة الجانية لاتعلق الجانية بأولادها	١٧٢ ٨٢
عتق الجنين	١٨٥ ٨٤
إذا أعتق الامة الحامل	١٨٥ ٨٤
عتق الامة واستثنى حملها	١٨٥ ٨٤
لو أعتق عبد عبده	٨٧
إذا أعتق أمة من إمامه	٢٤١ ١٠٩
إذا ملك أختين أو أما وبناتاً	٢٤٢ ١٠٩
إذا وطئ أختين واحدة بعد أخرى	٢٤٢ ١٠٩
قال لعبديه ان ركبتما دابتيكما فأنتما حران	٢٤٧ ١١٣
إذا كاتب عبدين صفقة بعوض	١١٣
إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد اليه شيئاً	٢٦٥ ١١٦
إذا كاتب المكاتب عبداً	٢٦٦ ١١٦
إذا علق عتق عبده	٢٦٧ ١١٧
لو قال العبد متى ملسكت عبداً فهو حر	٢٦٨ ١١٧
تعليق العتق بالملك	٢٦٩ ١١٨
فسخ التدبير بوجوده	٢٦٩ ١١٨
لو قال كل عبد لي حر	٢٨٢ ١٢٥
قال لعبيده أنتم أحرار وفيهم أم ولد	٢٨٣ ١٢٦
اعتق عبدك مني وعلى ثمنه	١٩٩ ١٣٣
لو كان له أمتان لكل منهما ولد	٣٠٠ ١٣٣
الاسلام يمنع ابتداء الرق	٣٠١ ١٣٤
الجمع بين الأختين	٣٠٣ ١٣٦
إذا تعارضت البيتان	٣٦٣ ١٦٠
كتاب العتق وما يتعلق به	
لو قال لأمتي ولها ولد هذا الولد مني	١٦ ١٣
إن كان هذا الطائر غراباً فأمتي حرة	١٩ ١٤
وقال الآخر إن لم يكن غراباً فأمتي حرة	
تعارض عتق رقبة نفيسة وعتق رقاب متعددة	٢٣ ١٧
هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة	٢٨ ٢١
إذا مثل بعبده يعتقه	٣٢ ٢٣
الكتابة إذا أوجبناها بسؤال العبد	٣٣ ٢٣
يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعته	٤١ ٣٢
إذا كاتب أمة واستثنى منفعة الوطاء	٤١ ٣٢
لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب التدبير	٤٨ ٣٧
صفة العتق تعود	٥٢ ٤٠
فراش الامة يعود	٥٢ ٤٠
الكتابة الفاسدة	٦٨ ٤٧
لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة	٩٦ ٥٦
عتق العبد المعلق عتقه على يبعه	٩٨ ٥٧
إذا قتلت أم الولد سيدها	١٠٠ ٥٧
العتق على مال	١١٥ ٦٣
لو لقي امرأة فقال تنحى يا حرة فإذا هي أمتي	١١٧ ٦٥
لو أمره باعتاق عبد يظن أنه للامر فتيبين أنه عبده	١١٧ ٦٥
إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق سيده	١٢٦ ٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٩٤ التاسعة : الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف	٣٠٤ ١٣٧ اذا جنى على المكاتب
أم لا	٣٠٩ ١٣٨ العبد الجاني اذا أعتقه سيده
٣٩٦ العاشرة : اجازة الورثة هل تنفيذ للوصية أو	٣١٥ ١٤٣ لو كاتبه على عوض فاداه فبان معيباً
ابتداء عطية	٣١٥ ١٤٣ لو اعتاض عن دين الكتابة
٣٩٧ الحادية عشرة : الموصى له هل يملك الوصية	٢٢٠ ١٤٧ يعدل عتق امرأتين بفتق رجل
من حين الموت أو من حين قبوله لها	٢٢٣ ١٥١ لو جاء المكاتب سيده تمام كتابته
٣٩٩ الثانية عشرة : الدين هل يمنع انتقال التركة الى	ثم قال له أنت حر
الورثة أم لا	٣٦٥ ١٦٠ الاقراع في العتق
٤٠٣ الثالثة عشرة : التدبير هل هو وصية أو عتق	٣٦٦ ١٦٠ لو قال لأتمه أول ما تلدينه حر
٤٠٥ الرابعة عشرة : نفقة الحامل هل هي واجبة لها	٣٦٨ ١٦٠ لو اشتبه عبده بعبد غيره
أو لحملها	
٤٠٧ الخامسة عشرة : القتل العمد هل موجهه القود	فصل
عيناً أو أحد أمرين	وهذه المسائل الملحقة بالقواعد وعدتها إحدى
٤٠٧ السادسة عشرة : المرتد هل يزول ملكه بالردة	وعشرون مشتهرة فيها اختلاف في المذهب
أم لا	ينبنى على الاختلاف فيها فوائد متعددة
٤٠٩ السابعة عشرة : الدفار هل يملكون أموال	مذكورة في كل مسألة
المسلمين بالاستيلاء أم لا	٣٦٨ الأولى : ما يدركه المسبوق في الصلاة هل
٤١١ الثامنة عشرة : الغنيمة هل تملك بالاستيلاء	هو آخر صلاته أو أولها
المجرد أم لا بد معه من نية التملك	٣٧٠ الثانية : الزكاة هل تجب في عين النصاب أو
٤١٢ التاسعة عشرة : القسمة هل هي افراز أو بيع	في ذمة مالكة
٤١٧ العشرون : التصرفات للغير بغير اذنه هل	٣٧٤ الثالثة : المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول
تقف على اجازته أم لا	٣٧٧ الرابعة : الملك في مدة الخيار
٤٢١ الحادية والعشرون : الصفقة الواحدة هل	٣٧٩ الخامسة : الاقالة هل هي فسخ أو بيع
تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا	٣٨٣ السادسة : النقود هل تتعين في العقد أم لا
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب	٣٨٦ السابعة : العبد هل يملك بالتملك أم لا
والله المرجع والمآب	٣٩٢ الثامنة : المضارب هل يملك الربح بالظهور
	أم لا





893.799  
Ib65

COLUMBIA UNIVERSITY  
LIBRARIES

1024553

YOUR BOOK IS DUE:

OFFIC. NOV 28 1983

GL DEC 15 1985

EL JAN 28 1986

FEB 26 1986

1024553

JUN 24 1961

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU58838597

893.799 Ib65

Qawaid ... fi al-fiq