

روضۃ القضاء وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرضوي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثاني

دار الفوقرة
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة

ولا يحق لأيّ جهة أن تطبع أو تعطي حق الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.

الطبعة الثانية
١٤٠٤م - ١٩٨٤م

للنشر والتوزيع
عمان/الأردن/ جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ١٠٩٣٦ - تلفون: ٦٦٠٩٣٧



مؤسسة الرسالة
بيروت - شارع سوريا - بناية سدي وسالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب. (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران .



فصل

- ٢٨١٧- وإذا أجاز المستأجر بيع الدار في المدة بطلت الاجارة •
- ٢٨١٨- وقال الشافعي لا تبطل •

فصل

ما تلف عند الأجير المشترك من غير فعله

- ٢٨١٩- ولا ضمان على الاجير المشترك فيما تلف في يديه من غير فعله •
- ٢٨٢٠- وما ألتف من عمله فهو مضمون عليه •
- ٢٨٢١- خلاف أبي يوسف ومحمد ، والشافعي في أحد قوله يضمن •
- ٢٨٢٢- وقال زفر لا يضمن في الوجهين جميعا وهو أحد قوله أيضا •

فصل

- ٢٨٢٣- وإذا أجر عبده واعتقه والصبي اذا بلغ فلهما الخيار •
- ٢٨٢٤- وقال الشافعي لا خيار لهما •
- ٢٨٢٥- وان أجر مال الصبي ثم بلغ فلا خيار له •
- ٢٨٢٦- وقال الشافعي له الخيار •
- ٢٨٢٧- ولو زوج أمته ثم بلغ فلا خيار له عند الجميع •

فصل

إجارة الكتب

- ٢٨٢٨- واجارة الدفاتر للقراءة لا تجوز •
- ٢٨٢٩- وقال الشافعي تجوز •

فصل استئجار الدراهم والدنانير

- ٢٨٣٠- واختلف في استئجار الدراهم والدنانير للتجميل بها ، والمكاييل للزينة والمعار فأجازة الكرخي ، ومنعه غيره .
٢٨٣١- واختلف أصحاب الشافعي مثل ذلك .

فصل إجارة العبد المسلم من الذمي

- ٢٨٣٢- واختلف أصحابنا في اجارة العبد المسلم من الذمي ، وخُرج أصحاب الشافعي ذلك على وجهين كالبيع .
٢٨٣٣- وقد أجز علي عليه السلام نفسه من امرأة يهودية ليسقي كل دلو بتمرة .

فصل استئجار الحائط

- ٢٨٣٤- ولا تجوز اجارة حائط ليضع عليه خشبة أو يبني سترة .
٢٨٣٥- وقال الشافعي يجوز .

فصل استئجار رجل لنقل الخمر

- ٢٨٣٦- ويجوز أن يستأجر رجلا لنقل الخمر .
٢٨٣٧- وقال الشافعي لا يجوز . لأنه عمل معلوم .

فصل استئجار دار ليتخذها مصلى

- ٢٨٣٨- وان استأجر دارا ليتخذها مصلى ومسجدا لم يجوز .

- ٢٨٣٩- وقال الشافعي يجوز •
 ٢٨٤٠ - وأجاز أصحابنا بيت السواد ان يتخذ بيعة ، ومنهم من اسقط
 الخلاف •

فصل

الدلال

- ٢٨٤١- واذا استأجر رجلا لبيع له ثوبا فالاجارة باطلة لانه يقف على فعل
 الغير •
 ٢٨٤٢- وقال الشافعي يجوز •

الأجرة على الطاعات

- ٢٨٤٣- ولا تجوز الاجارة لتعليم القرآن ولا بشيء من الطاعات والمعاصي •
 ٢٨٤٤ - وقال الشافعي يجوز في تعليم العلوم والقرآن وكل منفعة مباحة ،
 لانه يقف على فعل عدم •

فصل

شرطان في عقد

- ٢٨٤٥- وان شرط أن يعمل في الدار الجديد بدرهم ، وان سكن فنصف
 درهم جاز في قوله الاول ، ولا يجوز في الثاني •
 ٢٨٤٦- وهو قولهما وقول الشافعي •
 ٢٨٤٧ - وان قال ان خطت الثوب اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
 (درهم) فالشرط الاول جائز والثاني باطل •
 ٢٨٤٨- وقال زفر : الشرطان باطلان ، وهو قول الشافعي •
 ٢٨٤٩- وقالوا جائزان •

فصل

استأجره ليقترض

٢٨٥٠- وان استأجره ليقترض له في النفس فالاجارة باطلة عند أبي حنيفة
• وأبي يوسف

٢٨٥١- وقال محمد والشافعي جائزة •

٢٨٥٢- ولو كان على الطرف لجاز عندهم جميعا •

فصل

أجرة القصاص

٢٨٥٣- وأجرة القصاص في الطرف على المقتص له •

٢٨٥٤- وقال الشافعي على المقتص منه •

فصل

استئجار الدابة

٢٨٥٥- وإذا استأجر دابة الى موضع معلوم فبقيت في يده مدة يمكن ان
يمر اليه فلا أجرة عليه •

• وقال الشافعي عليه الاجرة •

٢٨٥٦- ولو ساقها في الطريق ولم يركب وجب عليه الاجرة باتفاق •

فصل

كفيل بالأجرة

٢٨٥٧- وإذا أعطاه بالأجرة قبل وجوبها كفيل أو أبرأه منها أو صارفه

عليها فهو جائز •

٢٨٥٨- وعن أبي يوسف أنه لا يجوز قبل الوجوب •

باب من اختلافهما في الأجرة

فصل

ادعى أنه أجره داره

٢٨٥٩- وإذا ادعى رجل على آخر أنه أجره داره وأنكر فالقول قوله مع يمينه ، فإن أقام بينة قضى بالأجرة إذا كانت على مدة معلومة واستوفيت شروط الصحة ، ولا خلاف في هذا الفصل •

فصل

اختلافهما في الثوب

٢٨٦٠- وإذا اختلف رب الثوب والخياط في الثوب فقال رب الثوب أمرتك بقميص ، وقال الخياط بقباء ، فالقول قول رب الثوب عندنا •
٢٨٦١- وكذلك إذا اختلف هو والصباغ فقال الصباغ أمرتني بأحمر وقال رب الثوب بأخضر •
٢٨٦٢- وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط والصباغ •
٢٨٦٣- وقال الشافعي بالقولين جميعا •
٢٨٦٤- ومن أصحابنا من قال له قول آخر انهما يتحالفان في ذلك لأن الاذن مستفادة من جهة رب الثوب فكان القول قوله فيه كما لو ادعى ابنه ونفاه فان القول قوله •

فصل

اختلافهما في قدر المنفعة أو الأجرة

٢٨٦٥- وإذا اختلفا في قدر المنفعة أو الأجرة أو فيهما فأنهما يتحالفان ، قياسا على البيع ، لاختلافهما في العقود عليه •

٢٨٦٦- وإذا تحالفا في ذلك كان الحكم في ذلك كالحكم في البيع على ما قدمنا من الخلاف في فسخ العقد بهما أو بالحاكم لأن الاجارة كالبيع لأنها بيع المنافع •

فصل

اختلافهما في مقدار الأجرة

٢٨٦٧- وإن قال اجرتني الدار سنة بخمسة وقال المؤجر بعشرة تحالفا كما قدمناه ، وإيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى الاجر •
٢٨٦٨- وقياس قولهم في البداية باليمين ان يبدأ المؤجر كما يبدأ البائع على قول أبي يوسف ، وقول محمد يبدأ المشتري فينبغي ان يبدأ بالمستأجر وهنا •
٢٨٦٩- هذا اذا اختلفا قبل العمل والسكنى •
٢٨٧٠- فان اختلفا بعد فراغ العمل ومضي المدة فالقول قول المستأجر مع يمينه كالخلاف بعد هلاك السلعة •

فصل

العبرة بينة المؤجر

٢٨٧١- وإن أقاما بينة أخذت بينة المؤجر لأنها تثبت الزيادة في ذلك فكانت أولى ، ولأن المستأجر بينته تنفي والآخرى تثبت فكانت أولى بالعمل •

فصل

اختلافهما في المدة أو قدر المسافة

٢٨٧٢- وإذا اختلفا في المدة أو قدر المسافة فهو على ماضى من التحالف والنكول •
٢٨٧٣- وإن أقاما جميعا البينة اخذت بينة المستأجر لأنها تثبت زيادة المدة والمسافة والآخرى تنفي ذلك فيكون الميثب أولى •

فصل

ادعاء كل واحد منهما فضلاً

- ٢٨٧٤- وإذا ادعى كل واحد منهما فضلاً •
٢٨٧٥- فقال المؤجر أجرتك الى القصر بعشرة وقال المستأجر أجرني الى الكوفة بعشرة تحالفاً ، وإيهما نكل لزمه دعوى الآخر • وإن أقام أحدهما بينة قضى بها •
وإن أقام جميعاً البينة قبلت بينة كل واحد على فضل عقده لأنها تثبت استحقاقاً له على الآخر فتقبل في الفضل •

فصل

اختلافهما في المسافة والأجرة

- ٢٨٧٦- ولو قال المؤجر : أجرتك الى القصر بدينار ، وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم ، فهي الى الكوفة بدينار وعشرة لأنها اختلفا في اجر الدابة الى القصر ، فأقاما البينة ، فالبينة بينة المؤجر ، ثم ادعى المستأجر اجارة الى الكوفة بعشرة ، لأن القصر نصف الطريق ، وجحد ذلك المؤجر فتكون البينة المثبتة للاجارة اولى ، فلهذا قضينا بها الى الكوفة بدينار وعشرة دراهم •

فصل

اختلافهما في طول الثوب وعرضه

- ٢٨٧٧- ولو دفع غزلاً الى الحائك لينسج له ثوباً سبعاً في أربعة فنسجه ستاً في أربعة ، فصاحب الثوب بالخيار •
إن شاء سلم له الثوب وضمنه مثل غزله ، وإن شاء أخذه وإعطاء بحساب ذلك من الاجر الذي سماه ، لأن غرض صاحب الثوب لم يسلم له ، لأنه ينتفع بالطويل مالا ينتفع بالقصير ، فكان الخيار له ، فإن اختار الاخذ أخذ بحسابه ،

كمن استأجر رجلا ليضرب له لبنا معدودا فضرب بعضه وفات وقت الضرب استحق بحساب ما عمل ، كذلك هذا •

فصل

إفساد صفة المصنوع

٢٨٧٨- ولو نسجه على ما قال من الذرع الا أنه أفسد الصفة فجاء به رقيقا وقد أمره بالصفيق ، أو جاء به صفيقا وقد أمره بالريق فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله ، وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله ، لا يتجاوز به مسمي ، لانه اتى بالمعقود عليه وخالف في صفة قُبت له الخيار •

فصل

الزيادة في ذرع المصنوع

٢٨٧٩- واذا ما أتى بالذرع والصفة المعقود عليها وزاد في ذرعه ، فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وكان الثوب للصانع ، وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمي ، ولا يزيد في الاجر لزيادة الذرع ، لان الصفة تغيرت فيثبت الخيار ، ولا أجرة فيما زاد لانه عمله يغير اذن صاحبه •

فصل

اختلافهما حول ما زاد في الثوب بالصبغ

٢٨٨٠- واذا دفع رجل الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه ، واختلفا : فقال الصباغ عملته بدرهم •

وقال رب الثوب بدانقين •

فان أقاما بينة أخذت بينة الصباغ ، وان لم يكن لهما بينة فاني أنظر الى ما زاد الصبغ في الثوب ، فان كانت درهما أو أكثر اعطيته أكثر بعد ان يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين ، وان كان الصبغ زاد أقل من دانقين اعطيته دانقين ، ولم

يذكر أصحابنا في الكتاب اذا زاد على داتين ونقص عن درهم ، وينبغي أن يعطي
مازاد على ذلك كما قالوا في مهر المثل •

فصل

اختلافهما حول الاتفاق على أجره الصانع

- ٢٨٨١ - واذا عمل الصانع [على] ما أراد رب الثوب ثم اختلفا •
فقال رب الثوب عملته بلا اجرة •
وقال الصانع بل عملته باجرة •
فالقول قول رب الثوب عند ابي حنيفة لان المنافع لا تقوم الا بعقد والصانع
يدعيه ورب الثوب ينكره فلا يصدق •
٢٨٨٢ - وقال أبو يوسف :
ان كان حريفا وله عادة ان يعمل باجرة فله الاجرة لان المعتاد كالمنطوق
به في العقد كنقد البلد •
٢٨٨٣ - وقال محمد : ان كان الصانع متدبا لهذه الصنعة وهي حرفته
فالقول قوله أنه باجرة لان الظاهر معه في ذلك •

فصل

حبس الشيء المصنوع بالاجرة

- ٢٨٨٤ - واذا عمل الصانع ما استؤجر عليه فله حبسه حتى يستوفي الاجرة •

ليس للحمال حق حبس البضاعة

- ٢٨٨٥ - وليس ذلك للحمال والجمال وهذا ظاهر المذهب •
٢٨٨٦ - ومنهم من قال : ليس له^(١) حبس ذلك لانه لم يرهن العين عنده،
فلم يجز له حبسها كالحمال •

(١) الضمير يعود الى الصانع المذكور في الرقم ٢٨٨٤ •

٢٨٨٧- ومن قال له الجبس يقول : ان عمله ملكه فجاز له حبسه على
عوضه ، كالمبيع في يد البائع •

فصل

عدم ذكر أجرة الخياط

٢٨٨٨- واذا دفع اليه الثوب ليخطه ولم يذكر له الاجرة ففيه أربعة
أقويل •

٢٨٨٩- أحدها انه تلزمه الاجرة وهو اختيار المزني ، لانه استهلك عمله
فلزمه أجرته •

٢٨٩٠- والثاني ان قال له خطه لزمه ، وان بدأ الرجل فقال : اعطني
لاخطه لم يلزمه ، وهو قول ابي اسحق •

٢٨٩١- لانه أمره فقد لزمه بالامر والعمل لا يلزمه الا بالاجرة فلزمته •
وان لم يأمر لم يوجد فلم يجب الاجر •

٢٨٩٢- والثالث انه : ان كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة صار العرف
في حقه كالشرط •

٢٨٩٣- والرابع لا يلزمه بحال ، وهو الصحيح عندنا •
وهو قول ابي حنيفة ، والمعمول به من مذهب الشافعي ، لانه لم يجر بينهما
عقد يقتضي العوض ، والصانع يجوز ان يتطوع بعمل فلا يستحق اجرة •

فصل

ضمان الحمال

٢٨٩٤- واذا استأجر رجلا ليحمل له شيئاً على ظهره أو دابته الى موضع
فزلق ووقع فانكسر المتاع ، فهو ضامن ، وصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته
عند أول الحمل ولا اجرة له ، وان شاء ضمنه قيمته وقت الوقوع واعطاه من
الاجرة بحساب ذلك •

- ٢٨٩٥- وكذلك الجواب ان تعمد الكسر •
 ٢٨٩٦- وقال زفر اذا تعمد الكسر لا خيار ويضمن في المكان الذي كسره
 ويعطيه الاجر •
 ٢٨٩٧- وقيل ان قول ابي حنيفة اذا تعمد الكسر مثل قول زفر •

فصل استحقاق الأجرة

- ٢٨٩٨- وتستحق الأجرة بثلاثة اشياء :
 أما أن يعجل الأجرة فيملك بالتعجيل أو يشترط التعجيل أو يستوفي المنفعة •
 ٢٨٩٩- وقد قالوا : لو استأجر ابلا الى مكة قال أبو حنيفة لا يعطى الاجر
 حتى يرجع ، وفي قوله الآخر يعطي بحساب ذلك كلما سار ، وهو قولهما •
 ٢٩٠٠- وقال ابو يوسف في الامالي ليس له أن يعطيه حتى يذهب ثلث
 الطريق أو ربعه •

فصل الاستئجار بطعام موصوف

- ٢٩٠١- واذا استأجر طعام موصوف وبين الصفة لا يصح حتى يبين موضع
 التسليم عند ابي حنيفة •
 ٢٩٠٢- وقال أبو يوسف ومحمد :
 يسلم اليه عند الدار •
 ٢٩٠٣- ولو كان طعاما معينا سلم عند الطعام في قولهم جميعا •

فصل استئجار المكاتب ظنراً

- ٢٩٠٤ - واذا استأجر مكاتب ظنراً فعجز بطلت الاجارة ، لانه لا يملك العقد
 - ٤٩٣ -

بعد العجز ، ولو كانت مكتوبة اجرت نفسها ظئراً أو اجرت أمتها ثم عجزت
فلاجارة بحالها في قول ابي يوسف .

٢٩٠٥- وقال محمد تبطل الاجارة :

٢٩٠٦- ولو كانت أمة مأذونة اجرت نفسها فحجر عليها المولى فلاجارة
صحيحة باقية الى آخر المدة ، لان العقد وقع للمولى في الابتداء .

فصل

اختلاف المؤجر والمستأجر في الدابة

٢٩٠٧- واذا اختلف المؤجر والمستأجر في الدابة :

فقال المستأجر استأجرتها الى بغداد بعشرة .

وقال المؤجر اجرتها الى القصر وهو نصف الطريق بخمسة عشر .

فعد ابي حنيفة في قوله الاول وهو قول زفر والحسن يقضي بالاجارة
بخمسة عشر الى بغداد .

٢٩٠٨- وفي قول ابي حنيفة الآخر وهو قول ابي يوسف ومحمد يقضي
بالعشرة الى بغداد .

فصل

تجاوز المكان الذي استأجر الدابة إليه

٢٩٠٩- واذا استأجر دابة الى مكان فجاوز ذلك المكان ضار ضماناً .

٢٩١٠- فاذا رجع الى ذلك المكان برئ من الضمان في قول ابي حنيفة
الاول ، وهو قول زفر ، وفي قولهما وهو قوله الآخر لا يخرج من الضمان مالم
يصل الى صاحبها .

٢٩١١- وكذلك الخلاف في العارية ، وفي الوديعة اتفقوا انه يبرأ .

فصل

ضمان مستأجر القسطاط

٢٩١٢- واذا استأجر قسطاطا وسلمه الى غيره فهو ضامن في قول ابي
يوسف .

٢٩١٣- وقال محمد لا يضمن كمن استأجر دارا واجرها لغيره لا يضمن •

فصل

استئجار طريق في دار

٢٩١٤- واذا استأجر طريقا في دار رجل ولم يبين موضعه فالاجارة فاسدة عند ابي حنيفة وتجوز عند أبي يوسف ومحمد ، لانها بمجهول فلا تجوز اجارته •

فصل

استأجره ليضرب لبناً

٢٩١٥- واذا استأجره ليضرب له لبنا ، فضرب اللبن وطلب الاجرة ، فانها لا تجب حتى يشرح اللبن عند ابي يوسف ومحمد ، وتجب عند ابي حنيفة اذا أقامه لان الشرح زيادة عمل في اللبن على ضربه ، وبالقيام قد ثبت سلامته^(١) فلا يجب ما زاد •

فصل

اختلافهما في رد الشيء المصنوع

٢٩١٦- واذا اختلف المستأجر والصانع فقال الخياط رددت الثوب عليك ، وقاب رب الثوب لم ترد ، فالقول قول الصانع عند ابي حنيفة ، وقالوا القول قول رب الثوب لانه أمين كالمودع وهما جملاء كالغاصب •

باب

فيما يلزم المكري والمكثري

٢٩١٧- ويجب على المكري ما يحتاج اليه للتمكن من الانتفاع كمفتاح

(١) توقفت نسخة قليج بعد كلمة (قد) عن اتمام العبارة ، أما نسخة المعهد فربما كانت عبارتها على نحو ما اثبتناه فانها مشكلة الخط •

- الدار وزمام الجمال ، والبرة^(١) التي في أنفه ، والحزام والثقب والسرّج
واللجام للفرس ، لأن التمكن عليه لا يحصل الا بذلك •
- ٢٩١٨- وان تلف شيء منه في يد المكترى لم يضمن ، كما لا يضمن المستأجر •
- ٢٩١٩- وعلى المكري بدله لأن التمكن يستحق عليه •
- ٢٩٢٠- وما يحتاج اليه كمال الانتفاع كالدلو والجبل والمحمل والقطا ،
فهو على المكترى •

فصل

- ٢٩٢١- واخلف فيما يشد به أحد المحملين الى الآخر •
- فمنهم من قال هو على المكري لانه من آلة التمكن •
- ومنهم من قال هو على المكترى لانه بمنزلة تأليف المحمل^(١)

فصل

ما على المكترى

- ٢٩٢٢- وعلى المكترى اشالة الحمل وحطه وسوق الظهر^(٢) وقوده لأن
العادة انه يتولى ذلك •
- ٢٩٢٣- وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض ، لانه لا يمكن
ذلك على الظهر •

علف الظهر

- ٢٩٢٤- وعلى المكري علف الظهر وسقيه لانه من مقتضى التمكن •

(١) كذا ولم أجد لها ذكرا في مادة برز في لسان العرب ولكن ورد فيه في
مادة برز : البزبار قصبة من حديد •

(١) أى مما يحتاج اليه لكمال الانتفاع وهو كما ذكر في القاعدة السابقة
على المكترى •

(٢) الظهر : الابل التى يحمل عليها ويركب ، ويقال : عند فلان ظهر أى
ابل ، ويجمع على ظهران بالضم ٠٠٠ وفلان على ظهر أى مزعم للسفر غير مطمئن
كأنه قد ركب ظهرا لذلك (لسان العرب) •

فصل

رد المستأجر

- ٢٩٢٥- واختلف في رد المستأجر بعد انقضاء الاجارة :
- فمنهم من قال لا يلزمه قبل المطالبة لانه امانة في يده فلا يلزمه الرد كالوديعة .
- ٢٩٢٦- ومنهم من قال يلزمه لانه غير مأذون في امساكها بعد المدة كالعارية الموقفة .

فصل

حدود ما يستعمل في المنفعة

- ٢٩٢٧- وللمستأجر ان يستعمل مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، وما دون ذلك من الانتفاع ، فلمن استأجر ان يدع المتاع ولا يسكن لانه دون السكن .
- ٢٩٢٨- واختلف هل له أن يدع فيها ما تتسارع اليه النار ؟
- فمنهم من منع ذلك لان النار تنقب الحائط فتخرب الدار .
- ومنهم من اجازه لان ذلك متعارف في السكن .
- ما يتنفع به من القميص المكتري
- ٢٩٢٩- ومن اكترى قميصا فليس له النوم فيه ليلا ، وجوز بالنهار ، لان الثوب يخلع ليلا .

فصل

ماله أن يفعله في الظهر المستأجر

- ٢٩٣٠- وله أن يضرب الظهر ويكبجه باللجام وبالرجل لثلا يسقط للاستصلاح فان عطب من ذلك فعليه الضمان عند ابي حنيفة لان ذلك يباح بشرط السلامة وكضرب الزوجة (١) .

(١) قوله كضرب الزوجة أي ان المعيار واحد وهو شرط السلامة السندي اشترطه أبو حنيفة . وقد جاء في كتاب تأسيس انظر للدبوسي (ص ١٨) :

« الاصل عند ابي يوسف ومحمد (ر) ان ما حصل مفعولا باذن الشرع كان كأنه حصل مفعولا باذن من له الولاية من بنى آدم ، وعند ابي حنيفة يدرج فيها بشرط السلامة » .

٢٩٣١- وقال لا ضمان •

٢٩٣٢- واختلف فيه أصحاب الشافعي •

فصل

استاجر ليزرع حنطة

٢٩٣٣- وإذا استاجر ليزرع حنطة فله أن يزرع مثلها ، وما دونها في الضرر ، ولا يزرع ما فوقها ، لأن الدون قد يرد بعض حقه وما زاد لا يستحقه^(١) •

فصل

اكترى لحمل القطن

٢٩٣٤- ولو اكترى لحمل القطن لم يحمل عليه الحديد لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله •

فصل

٢٩٣٥- ولو اكراه للحديد فله أن يحمل القطن لأنه أوطأ ، وقال الشافعي ليس له ذلك لأن الريح تدخل فيه فتزيد ثقله •

فصل

الإرداف

٢٩٣٦- وإذا أردف خلفه انسانا فعطبت الدابة فعلى الرديف •
لأنه تلف بفعل مباح ومخطور ، وأن كانت بحيث لا يعقب احد لزمه الضمان جميعه لأنه أتلف ذلك •

فصل

زاد في الأوقرة

٢٩٣٧- وإن استأجره لحمل عشرة أوقرة فحمل عليه أحد عشر وقرا

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

فمنهم من أوجب عليه ضمان وقر واحد لانه تعدى فيه ، والباقي يستحقه ، ومنهم من قال بالزيادة خرج أن يستحق المنفعة المعقود عليها •

فصل

٢٩٣٨- وعلى هذا الاصل قال ابو حنيفة :
اذا شرب نبذا فسكر فالمحرم هو الشربة الاخيرة لان عندها حصل السكر ،
وفيها وقع التعدي •
٢٩٣٩ - وقال أبو يوسف يعتبر الجميع حراما لانها والذي قبلها وقع السكر
(به) ، ولو انفردت لم تؤثر •
وكذلك قوله في الاجارة اذا زاد على المستحق •

فصل

إعارة المستأجر

٢٩٤٠- وله أن يستوفي المنفعة بنفسه ويعيره اذا كان دونه في الاستعمال •

باب

فسخ الإجارة

الفسخ بالعيب

٢٩٤١- وتفسخ الاجارة بالعيب الموجود بها الذي يؤثر في الانتفاع ، وفيما يحدث فيها لانها كالبيع وهذا بعقر الدابة وجزحها وانقطاع الماء والشرب وفساد الدولاب والنهر وخراب الدار والدكان وموت العبد والدابة وجفاف لبن المرضعة وموت الصبي ، واذا افلس المستأجر وقام من السوق ، واذا باع القاضي السدار في دين عليه ، واذا برى الضرس الذي يقلعه ، ومسائل كثيرة من هذا الجنس في بعضها خلاف ، وفي البعض وفاق .

فصل

غصب العين المستأجرة

٢٩٤٢- واذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب المؤجر باقامة عين مقامها ، وان كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد لانه تأخر حقه فثبت له حق الفسخ .

٢٩٤٣- وان لم يفسخ وكانت الاجارة على عمل لم يفسخ لانه يمكن استيفاؤه اذا وجده ، وان كانت على مدة فانتقضت فعندنا قد انفسخت الاجارة ويرجع بالاجرة ان كان تسلمها وان لم يكن تسلم فلا شيء عليه .

٢٩٤٤- وللشافعي قولان :

أحدهما يفسخ العقد ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل .

والثاني لا يفسخ بل يخبر المستأجر بين الفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجره المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب باجرة المثل .

فصل

مصير البناء والغرس بعد انقضاء الإجارة

٢٩٤٥- وإذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض بناء أو غرس ، لزم المستأجر قلع ذلك وتسليم الأرض كما أخذها فارغة غير مشغولة .

٢٩٤٦- وقال الشافعي :

إذا شرط في العقد القلع عند الفراغ وجب عليه القلع ، وإن أطلق العقد فالمؤجر بالخيار إن شاء طالبه بالقطع وضمن له التقصان الذي حصل بالقلع وإن شاء أعطاه القيمة وملك الغرس ، وإن شاء تركه بإجرة المثل .

٢٩٤٧- وهذا لا يصح لأنه غير مأمور في البناء والغرس فلا يستحق بقيته في ملك المؤجر ، كما لو أجره داره وترك فيها متاعه فإنه يكلف نقله كذلك هذا مثله ، والشافعي جعل ذلك كالزرع إذا انقضت المدة وهو في الأرض ، والفرق بينهما أن الزرع له غاية ينتظر إليها فلا يضر به والغرس بخلافه وورد^(١) أن الزرع كالثمرة فإنا نترك ذلك باجر مثله .

٢٩٤٨- وكتاب الإجارة من الكتب الكبار ، وفيه كل عجب من المسائل ، وفي هذا الذي ذكرت إشارة إلى المقصود في الأصول ، والله الموفق .
وإذا قد ذكر الإجارة ، وكانت المزارعة نوعا منها وجب ذكرها .

(١) كذا في نسخة قليج أيضا ولعل أصل الكلمة : ورد .

كتاب المزارعة

جواز المزارعة^(١)

- ٢٩٤٩ - اعلم ان المزارعة عقد اختلف الفقهاء في جوازه وصحته في اصله .
- ٢٩٥٠ - فقال ابو حنيفة لا تجوز بحال .
- ٢٩٥١ - وقول الشافعي اذا انفردت الارض عن النخل والشجر .
- ٢٩٥٢ - وبه قال مالك .
- ٢٩٥٣ - وهو قول ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت ورافع بن خديج من الصحابة رضي الله عنهم .
- ٢٩٥٤ - وقال ابو يوسف ومحمد وسفيان الثوري وابن ابي ليلى واحمد هي جائزة^(٢) .
- ٢٩٥٥ - وهو مذهب علي بن ابي طالب رضي الله عنه وعمار وابن مسعود رضي الله عنهما .

فصل

ما يجوز استئجار الأرض به

- ٢٩٥٦ - ويجوز استئجار الارض بكل ما جاز ان يكون بدلا في البيع وثمنا له لان البدل لا يختلف في العقود .
- ٢٩٥٧ - وقال بعض الفقهاء والسلف لا تجوز الا بالدرهم والدنانير ، ولا تجوز بما يخرج منها .
- ٢٩٥٨ - واذا كان الخارج من الارض لا يمنع ان يكون عوضا في البيع فكذلك الاجارة .

(١) في خزنة الفقه لابن الليث السمرقندي (ص ٣١٢) . وقال ابو يوسف ومحمد (ر) جائزة اذا كانت معلومة ، وان يكون الخارج شائعا بينهما .

(٢) وقد أخذ الطحاوي بذلك (ص ١٣٣ من مختصره) .

فصل

شرط زراعة نوع بعينه

- ٢٩٥٩ - وإذا شرط ان يزرع فى الارض نوعا فزرع ما هو أقل ضررا منه جاز .
- ٢٩٦٠ - وقال أهل الظاهر لا يجوز الا ما شرط خاصة .

فصل

المزراعة على أربعة أوجه :

- ٢٩٦١ - وتفرع كتاب الزراعة على قول من اجازها فقال ابو يوسف ومحمد :
المزراعة على اربعة اوجه : [فثلاثة اوجه منها تجوز الزراعة عليها ، ووجه منها لا تجوز الزراعة عليه]^(١) .

- ٢٩٦٢ - احدها اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر
جازت الزراعة لان رب الارض يستأجر العامل ببعض الخارج ، والبقر غير مستأجر بل هو مع العمل فجازت الزراعة .

- ٢٩٦٣ - والثانى ان تكون الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد فهو جائز ايضا لان العامل مستأجر للارض ، والبقر غير مستأجر ، وانما يستعمله لنفسه وذلك لا يمنع صحة العقد .

- ٢٩٦٤ - والثالث أن تكون الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من جهة

(١) من مختصر الطحاوى (ص ١٣٣) .

(١) الزراعة عبارة عن عقد الزراعة ببعض الخارج ، وهو اجارة الارض والعامل ببعض الخارج (التحفة ٣-٣٦٠) وتسمى المخابرة بلفظة أهل المدينة والمحاقلة ، ويسمونها أهل العراق القراح (مجمع النهرين ٢ - ٤٨٠) وقد عرف ابن عرفة من المالكية الزراعة بانها شركة الحرث (البهجة فى شرح التحفة ٢/٢٠٣) .

الآخر لانه مستأجر للعامل ببعض ما يخرج من الارض وذلك جائز ، والبقر
فليس يستأجره لان الرجل لا يستأجر بقر نفسه وإنما يعمل بها •

٢٩٦٥ - والرابع : اذا كان البذر والعمل لواحد والارض والبقر للآخر
فهي باطلة ، لان صاحب البذر هو المستأجر ، والبقر في هذه المسألة مستأجر
ببعض الخارج لانه تابع للعمل المعقود عليه وذلك لا يجوز •

وقد روى عن ابي يوسف في الاملاء ان هذا الوجه أيضا جائز
لان العامل كالمضارب ، ولو دفع رب المال دابة يحمل عليها المتاع جاز ذلك فكذلك
هذا •

فصل

جهالة المدة

٢٩٦٦ - ولا تجوز عندهما على مدة غير معلومة كما لا تجوز الاجارة الا على
مدة معلومة ، وكذلك كان القياس في البدل الآخر ، لكنه ترك للانحراف والحاجة •

فصل

الشياع في جميع الخارج

٢٩٦٧ - ولا تجوز الا أن يذكر اسم العامل على طريق الشياع في جميع
الخارج كالعامل في المضاربة •

٢٩٦٨ - وان شرط له من الربيع قدرا معلوما فسدت المزارعة لانه يجوز أن
لا يخرج غير ذلك القدر ، فلا يهما شرط ذلك فهو سواء في الفساد •

فصل

أجر العامل في المزارعة الفاسدة

٢٩٦٩ - واذا فسدت المزارعة فللعامل أجر مثله ، ويكون الربيع لصاحب
البذر لانه مما ملكه ، وللآخر اجر عمله لانه به حصلت الفائدة •

فصل

لا شيء للعامل مع عدم الخارج

٢٩٧٠ - وان لم يخرج في الارض شيء فلا شيء للعامل في المزارعة الصحيحة

لانه شرط له جزءا من الخارج ولم يحصل ، كما لا يكون للمضارب منهما اذا لم يربح •

فصل

البذر من رب الأرض

٢٩٧١- وان كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل اجر مثله لانه لايزداد على ماشرط •
٢٩٧٢ - وقال محمد أجر مثله بالغاً مابلغ لأنها عقد كالأجارة ، وقد تقدم شأن ذلك •

فصل

البذر من العامل

٢٩٧٣- وان كان البذر من قبل العامل فرب الأرض أجر مثلها لان العامل استوفى منفعة الأرض فكان عليه بدلها •

فصل

امتناع صاحب البذر

٢٩٧٤- قالا : واذا عقدا المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ، وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل ، لان الذي من قبله البذر لايتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه ، كمن استأجر رجلا لهدم داره ، لانه يلحقه ضرر فلا يلزمه الوفاء •

فصل

انقضاء المدة والزرع لم يدرك

٢٩٧٥- واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على الزارع أجر مثل نصيبه من الزرع الى أن يستحصد لانه منتفع بملك غيره من غير اذن ، وذلك لايجوز بغير عوض ، وقلع نصيبه ضرر عليه ويمكن ايفاء الحقين بتبقيته الى وقت الحصاد •

فصل التفقة على الزرع

- ٢٩٧٦ - والتفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما •
٢٩٧٧ - واجرة الحصاد والرافع والدياس عليهما ، وكذلك التذرية لأن هذا عمل بعد كمال الزرع فكان عليهما •
٢٩٧٨ - وما كان [من] بذر وسقي فعلى المزارع لأنه معقود عليه ، وما كان بعد القسمة فعلى كل واحد منهما اجرة عمله •

فصل موت رب الأرض قبل الزرع

- ٢٩٧٩ - وإذا مات رب الأرض قبل أن يزرع الزارع بعدما كرب وحفر الانهاز بطلت المزارعة ، ولم يكن على ورثة الأرض شيء لأجل الكراب وغيره ، لأنه ليس في الفسخ اتلاف مال المزارع فلم تجز بقية المزارعة حتى يستوفي حقه ، وأما العمل فلم يقومه بالعقد ، وإنما قومه بالخارج ولم يوجد ذلك ^(١) •

فصل

- ٢٩٨٠ - وإذا شرط بعض الخارج لعبد أحدهما والعبد مأذون له ، والبذور من قبل رب الأرض والشرط لعبد رب الأرض ولا دين عليه فإنه يكون للمولى ، سواء شرط عمل العبد أو لم يشرط ، وإن كان على العبد دين فإن شرط عليه العمل جاز ، وإن لم يشرط عليه العمل فما شرط للعبد يكون للدافع •
٢٩٨١ - وإن كان عبد المزارع ، ولم يكن على العبد دين فما شرط للعبد

(١) هذه النتيجة المنطقية التي وصل إليها المؤلف يكمن وراءها فكرة اعتبارها العمل عرضاً فلا يعوض مالم يترك أثراً أو يقيّم فتكون العبرة بما قيم به ، ولكن هذه النتيجة المنطقية لا يخفى ماتجره من هدر لجهود الزارع لأن العمل ان يكن من وجهة النظر الفلسفية عرضاً لا يبقى في زمانين ويفنى كلما وجد فإنه من وجهة النظر الاقتصادية منفعة وجهد بذلاً فاقتقر المزارع بذلك وافاد رب الأرض منه ، فكان على الورثة ان يعوضوا العامل عمله أو أن تبقى الاجارة الى نهاية الموسم فيقتسم العامل والتركة الناتج •

يكون للمزارع ، وان كان عليه دين فان شرط عليه العمل جاز وصار كأنه دفع المزارعة الى اثنين وان لم يشترط عليه العمل فان قياس قول ابي حنيفة ماشرط للعبد يكون لرب الارض والبذور •

٢٩٨٢- وفي قول ابي يوسف ومحمد ماشرط للعبد يكون لمولاه لان المولى يملك كسبه وان كان عليه دين ، وهذا اذا كان البذر من قبل الدافع •

فصل

التبن لمن؟

٢٩٨٣- وحكى الطحاوي في المختصر ان التبن لصاحب البذر عند محمد ، وروى عن ابي يوسف انه لايجوز حتى يكون التبن بينهما ، وروى ذلك في الاملاء ، ثم وجدنا محمدا قد رجع الى قول أبي يوسف •

فصل

الحصاد والدياس على من؟

٢٩٨٤- واذا شرط الحصاد والدياس على المزارع فاللزراعة فاسدة •
٢٩٨٥- وروى عن ابي يوسف انه يجوز ، وهو اختيار شيوخ خراسان وما وراء النهر لان العادة أن يفعل ذلك •

فصل

اختلاف الحصة باختلاف ميعاد الزرع

٢٩٨٦- وان دفع أرضا على أنه ان زرع في أول جمادي الاولى فللزراع

النصف ، وان زرع في آخره فله الثلث فالشرط الاول جائز ، والثاني باطل عند
ابي حنيفة ، على قياس قول من اجاز المزارعة ، وهو مثل اختلاف الاجارة فيكون
عندهما الشرطان جائزين •

باب

اختلافهما القول لمن في حصة المزارع ؟

٢٩٨٧- واذا اختلفا فقال الدافع شرطت لك النصف وقال المزارع النصف
وزيادة عشرة أفضرة فالقول قول الدافع في قياس قول ابي حنيفة •
وقال ابو يوسف ومحمد القول قول المزارع •

اختلافهما في العشر

٢٩٨٨- وان اختلفا في العشر فكله على رب الارض في قياس قول ابي
حنيفة •

سرقة الزرع قبل حصاده أو بعده

٢٩٨٩- وان سرق الزرع بعدما حصد سقط عن رب الارض نصف العشر
وعليه أن يغرم نصف العشر •
٢٩٩٠- وان سرق قبل الحصاد سقط عنه الكل •
٢٩٩١- وقول ابي يوسف ومحمد العشر عليهما على قدر الخارج والشرط ،
وان سرق سقط العشر ولا فرق فيما قبل الحصاد وبعده •

فصل

الغاصب يزرع الأرض

٢٩٩٢- والغاصب اذا زرع الارض فان لم ينقص فالعشر على الزارع أو
الخراج عندهم جميعا ، وان نقصت الارض فالعشر والخراج على رب الارض عند
ابي حنيفة ، لانه اخذ العوض عنها ، وعندهما على المزارع في جميع الاحوال •
واذ قد ذكرنا مسائل المزارعة وذكرنا بعضا من جملها وجب ذكر المساقاة •

كتاب المساقاة

وهذا كتاب المساقاة (١)

- ٢٩٩٣ - اعلم ان الخلاف في جواز المساقاة كالخلاف في المزارعة ، فأبو حنيفة لا يجيزها بحال .
- ٢٩٩٤ - وأبو يوسف ومحمد يجيزانها على شرائط منها ان تذكر مدة معلومة وجزء معلوم شائع من الثمر .
- ٢٩٩٥ - وهو قول الشافعي ومالك .
- ٢٩٩٦ - وسوى أبو حنيفة بينها وبين المزارعة في البطلان ، وسويا هما في الصحة والجواز .
- ٢٩٩٧ - وفرق الشافعي بين المزارعة وبين المساقاة فأجاز المساقاة وابطل المزارعة ، ولا فرق بينهما فيما ورد من الأثر والحاجة لأن النبي عامل بجزء من الخارج فأشبه المزارعة .
- ٢٩٩٨ - وقال أبو حنيفة ينبغي ان نأخذ بالنهي وقد روى عن النبي عليه السلام أنه نهى عن المخابرة (٢) .

(١) جاء في لسان العرب في مادة سقى «المساقاة في النخيل والكروم على الثلث والربع وما أشبهه .

يقال ساقى فلان نخلة أو كرمه اذا دفعه اليه وأستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الآبار وغيره ، فما اخرج الله منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهما مما تغله ، والباقي للمالك النخل ، وأهل العراق يسمونها المعاملة .

(٢) في لسان العرب في مادة خبر : الخبر والخبر : المزادة العظيمة والجمع خبور . . . والخبراء منتقع الماء ، وخص بعضهم به منتقع الماء في أصول السدر ، وقيل الخبراء القاع ، ينبت السدر ، والجمع الخباري والخباري مثل الصحاري والصحاري . . . وخبراء الخبرة شجرها ، وقبل الخبر منبت السدر في القيعان ، والخبراء قاع مستدير يجتمع فيه الماء وجمعه خباري . . . الليث : الخبراء شجرا في بطن روضه يبقى فيها المساء الى القيظ ، ومنها ينبت الخبر وهو شجر السدر والاراك وحواليها عشب كثير وتسمى الخبرة والجمع

٢٩٩٩ - قال ابن الاعرابي ذلك مشتق من معاملة أهل خير ثم صارت بعد مستعملة حتى يقال للاجارة مخابرة^(١) وهما في معنى واحد فاذا ابطال احدهما بطل الآخر .

فصل

- ٣٠٠٠ - واجازها الشافعي على النخيل والكرم في قوله الجديد ، وقال في القديم تجوز على كل الثمار ، وهو قول ابي يوسف ومحمد .
٣٠٠١ - ومن الناس من قال لا تجوز الا على النخل .
٣٠٠٢ - لأنها شجرة كالنخل .

فصل

- ٣٠٠٣ - واجاز أبو يوسف ومحمد المساقاة على الثمرة القائمة .
٣٠٠٤ - وهو قول الشافعي في الأم ، لأنه اذا جاز على المدوم فعلى الموجود أولى .
٣٠٠٥ - وقال الشافعي في (مختصر) البويطي لا تجوز لان المساقاة عقد على غرر ، وانما أجز على المدوم للحاجة .

الخبر وخبر الخيرة شجرها . . . والخبر ان تزرع على النصف والثلث من هذا وهي المخابرة . . . واشتقت من خير لانها أول ما اقتطعت (كذا وهذا الاشتقاق محل نظر) والمخابرة المزارعة ببعض ما يخرج من الارض وهو الخبر أيضا بالكسر . وفي الحديث : كنا نخابر ولا نرى بأسا حتى اخبر رافع ان رسول الله (ص) نهى عنها ، وفي الحديث انه نهى عن المخابرة ، قيل هي المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما ، وقيل هو من الخبار الارض اللينة . . وقال اللحياني هي المزارعة فعم بها ، والمخابرة ايضا المؤاكلة والخير الاكار . . والخبر الزرع والخبر النبات ، والخبر يقع على الوبر والزرع والاكار والخبر الوبر . . والخابور نبت أو شجر . . والخابور نهر أو واد بالجزيرة وقيل موضع بناحية الشام .

(١) في نسخة قليج (للاخراجة) وهو غلط وقع فيه ناسخ نسخة المعهد ولعل صواب العبارة حتى يقال للمزارعة مخابرة .

فصل

٣٠٠٦ - وإذا دفع نخله مساقاة ولم يذكر المدة حمل على الثمرة التي تخرج في السنة استحساناً عندنا .

٣٠٠٧ - وقال الشافعي لا تصح المساقاة .

فصل

مساقاة في أحد القراحين

٣٠٠٨ - ولا تجوز على ثمرة نخل غير معلوم بان يقول ساقيتك في أحد القراحين^(١) أما هذا أو هذا ، لأنه (مجهول) عندنا فلا يصح مع الجهالة كالبيع والاجارة .

فصل

لا مساقاة على ما لا حمل له

٣٠٠٩ - ولا يصح على شجر لا حمل له ولا يرجى ذلك منه لأنه لا عوض يسلم للعامل من حيث الظاهر .

فصل

حدوث الثمرة بعد المدة

٣٠١٠ - ولو ساقى عشرة سنين فأنقضت المدة ثم اطلعت ثمرة السنة العاشرة لم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء المدة .

٣٠١١ - وإن اطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلع تعلق بها حق العامل لأنها حدثت في المدة .

فصل

لا تصح المساقاة إلا على جزء معلوم

٣٠١٢ - ولا تجوز (المساقاة) إلا على جزء معلوم كالنصف والربع وما

(١) في لسان العرب في مادة قرح : القراح : الماء الذي لا يخالطه ثقل من سويق ولا غيره ، وهو الماء الذي يشرب اثر الطعام . . . والقراح من الأرضين كل قطعة على حياها من منابك النخل وغير ذلك والجمع اقرحه كقذال واقدلة قال أبو حنيفة : القراح الأرض المخلصة لزراع أو لغرس ، وقبل القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر ، الأزهرى : القراح من الأرض البارز الظاهر الذي لا شجر فيه ، وقيل القراح من الأرض التي ليس فيها شجر ولم تختلط بشيء .

يجري هذا المجرى من الاجزاء المعلومة ، لحديث ابن عمر انه عامل على شطر
الثمرة ، والشطر النصف في ظاهر اللغة .

فصل

٣٠١٣ - ويجوز عندهما على سائر الشجر والنبات والرطبات وأصول
الباذنجان لأن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف التمر ، وهي بلاد
لا تخلو من سائر ما ذكرناه ، ولأنها ^(١) جازت للضرورة ، وهذا موجود فيما
ذكرناه .

فصل

تناهي التمر

٣٠١٤ - وإن كانت الثمرة تزيد بالعمل جازت المساقاة ، وإن كانت قد تنهت
لم تجز ، لأنها إن زادت فقد وجد العمل الذي تزيد به فصحت ، وفي الثاني
بخلافه .

فصل

٣٠١٥ - ويكون للعامل أجر مثله لأنها اجارة فاسدة .

فصل

بطلانها بالموت

٣٠١٦ - وتبطل عندهما بالموت .

فصل

الاغترار

٣٠١٧ - وتفسخ بالاغترار كما تفسخ الاجارة .

٣٠١٨ - وقال الشافعي لا تبطل ، كما لا تبطل الاجارة عنده .

فصل

دفع الشريك نخله مساقاة

٣٠١٩ - وقالوا : لو دفع أحد الشريكين الى شريكه نخلة مساقاة ، لم يجز

٣٠٢٠ - وقال الشافعي لا تصح الا على عمل معلوم .

وإن عمل لم يستحق الأجرة لأنه عمل في ملك نفسه فلا يجب له اجرة على غيره .

(١) في النسختين (ولا) .

فان قال : أن سقيته بالسيح فلك الثلث وأن سقيته بالناضح^(١) فلك النصف
لم يجز لانه عقد على مجهول •

فصل

ما تنعقد به المساقاة من الألفاظ

٣٠٢١ - وتنعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدي الى معناه ، لان القصد فيه المعنى
دون اللفظ •

فصل

خيار الشرط في المساقاة

٣٠٢٢ - ولا يثبت عند الشافعي فيها خيار الشرط ، لانه اذا فسخ لا يمكن
رد المعقود عليه •

فصل

خيار المجلس

٣٠٢٣ - وفي خيار المجلس لاصحابه وجهان •

فصل

معيار ما ينبغي على العامل عمله

٣٠٢٤ - وعلى العامل أن يعمل بما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح
وضرب الجريد واصلاح الاجاجين^(١) وتقية السواقى والسقر^(٢) (كذا) وقلع

(١) في لسان العرب في مادة نضح : النضح سقى الزرع وغيره بالسانية،
ونضح زرعه سقاه بالذلو ، والناضح البعير أو الثور أو الحمار الذي يستقى عليه
الماء والانتى بالهاء ناضحة وسانية •

(١) في نسخة قليج : الاجابة ولا معنى لها • وفي لسان العرب في مادة
اجن : الآجن الماء المتغير الطعم ••• والاجانة والانجانة والاجانة ، الاخيرة طائفة ،
عن اللحياني : المركن • وافصحها اجانة واحدة الاجاجين وهو بالفارسية اكانة
وفي مادة ركن : المركن بالكسر الاجانة التي تغسل فيها الثياب ونحوها •

(٢) في نسخة قليج فراغ والظاهر انها الشجر •

الحشيش المضرب بالتخل وعلى رب التخل ما فيه حفظ الاصل من سد الحيطان
ونصب الدولاب وشراء الثيران ، لان ذلك يراد لحفظ الاصل •
٣٠٢٥ - واختلف فى الجداد واللقاط فمنهم من قال لا يلزم العامل بل
يكون عليهما ، كما يكون الحصاد عليهما لان ذلك يحتاج اليه بعد الكمال ،
ومنهم من قال يلزم العامل لانه لا تستغنى الثمرة عنه •

فصل

٣٠٢٦ - وأن شرط أن يعمل معه غلمان رب الارض لم يصح لان عمل
الغلام كعمل المالك •
٣٠٢٧ - ومنهم من قال يجوز لانهم ماله فهم كالثور والدولاب •

فصل

متى تملك الثمرة

٣٠٢٨ - ويملك العامل الثمرة بالظهور ، كما يملك فى المضاربة •
٣٠٢٩ - ومن أصحاب الشافعى من خرج ذلك على القولين فى العامل
فى المضاربة •
٣٠٣٠ - ومنهم من قال : يملك فى المساقاة قولاً واحداً لان الثمرة لم
تجعل وقاية لرأس المال •

فصل

العامل أمين

٣٠٣١ - والعامل أمين فيما يدعى عليه من هلاك أو خيانة لان رب المال
اتمنه فى ذلك فهو كالمودع •

فصل

ثبوت خيانة العامل

٣٠٣٢ - واذا ثبتت خيانة ضم اليه من يحفظه ، ولا تزال يده لان العمل
مستحق عليه •

فصل

٣٠٣٣- وأن هرب رجع الامر الى الحاكم ليستأجر عنه من يعمل عنه بدله (١) .

فصل

٣٠٣٤- وإذا عمل العامل ، وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل ، رجع العامل على من ساقاه بالاجرة لان الغرض (٢) لم يسلم له ، وقد غره فلزمه الضمان (٣) .

فصل

اختلافهما في العوض

٣٠٣٥- وإذا اختلفا في العوض المشروط فقال العامل : شرطت النصف ، وقال رب العمل شرطت الثلث ، فقياس قول ابي حنيفة ان يكون القول قول رب النخل .

٣٠٣٦- وقياس قولهما أن يكون القول قول العامل كما قالوا في المزارعة .
٣٠٣٧- وعند الشافعي يتحالفان قياسا على البيع .

٣٠٣٨- وعندنا القياس في البيع ان لا تحالف وانما تركناه للآثر .

٣٠٣٩- واذا قد ذكرنا عقود المعاوضة من الطرفين وجب ذكر ما ليس له عوض من أحدهما وهذا يكون في الهبة .

(١) هذا التطبيق جزئية من قاعدة عامة في تنفيذ الالتزام جبرا على المدين عندما يكون في الامكان تنفيذه باستئجار غيره عليه ليعمل بدله على أن يكون ذلك بقرار من الحاكم .

(٢) اي الغرض المقصود في العقد .

(٣) مسؤولية العاقد عن فوات الغرض من العقد اذا فأت هذا الغرض بتغريض من الطرف الآخر ، حيث تتحقق المسؤولية العقدية بحيث يمكن القول كقاعدة عامة ان العاقد يلتزم بضمان العقد كلما فأت الغرض المقصود بتغريضه الطرف الآخر و تقصيره في تنفيذ ما عليه .

ما ليس له عوض من أحدهما من العقود

جواز الهبة

كتاب الهبة

٣٠٤٠ - أعلم ان الهبة ^(١) في الجملة عقد جائز في الشرع .

تعريف

٣٠٤١ - وهي عقد في سائر الأزمان جائز ، وإن اختلف في شروطها ومواضع صحتها وهي عقد على مال من أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر ^(٢) .

النذب إلى الهبة

٣٠٤٢ - وهي مندوب إليها .

وقد روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

- تهادوا وتحابوا .

وهي للأقارب أفضل كما روى عبد الله عن عمر قال :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

- الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا اهل الارض يرحمكم اهل السماء ،

(١) في لسان العرب : الهبة العطية الخالية عن الاعواض والاغراض ، فاذا كثرت سمي صاحبتها وهابا ، وهو من ابنية المبالغة ، غيرم الوهاب من صفات الله المنعم على العباد والله تعالى الوهاب الواهب ، وكل ما وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب والوهوب الرجل الكثير الهبات ، ابن سيده : وهب لك الشيء يهبه وهبا ووهبا بالتحريك وهبة . والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما ، ولا يقال وهبك ، هذا قول سيبويه . والاستيهاب سؤال الهبة ، واتهب قبل الهبة ، واتهبت منك درهما افتعلت من الهبة ، والاتهاب قبول الهبة واصله واتهب فقلبت الواو تاء وادغمت في تاء الافتعال مثل اتزن واتعد من الوزن والوعد .

(٢) الظاهر ان هذه الحملة مقتضة اقتضابا مخلا وان المقصود بها ان الهبة « عقد على مال من أحد الطرفين دون عوض من الطرف الآخر ، وقد تكون على مال أحد الطرفين وثواب من الجانب الآخر » .

- الرَّحِمِ شَرِجَةً فَمَنْ وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعته الله^(١) .
 ٣٠٤٣ - واجمعت الامة على جواز الهبة .

فصل الإيجاب والقبول

- ٣٠٤٤ - وتفقر الى ايجاب وقبول ، ولا تصح بغير ذلك .
 ٣٠٤٥ - وقد قال الاصم وصاحبه تصح بغير قبول ، وهو قول الحسن
 والشعبي ، كما تصح البراءة والعق بغير قبول لانه اسقاط حق فلا تفقر الى
 قبول كالعق .
 ٣٠٤٦ - وهذا لا يصح لانه عقد تمليك فافتقر الى ايجاب وقبول كالبيع
 والنكاح .

فصل القبض في الهبة

- ٣٠٤٧ - ولا تلزم من غير قبض « وبه قال الشافعي ، ومالك قال تلزم من
 غير قبض »^(٢) كما يلزم البيع ولانها عقد تبرع فافتقر الى معنى آخر ينضم
 اليه كالوصية .

(١) جاء في لسان العرب في مادة شجن شجن تعليقاً على هذا الحديث النبوي :
 « وفي الحديث الرحم شجنة من الله معلقة بالعسررش » تقول : اللهم صل من
 وصلني واقطع من قطعني ، اي الرحم مشتقة من الرحمن تعالى ، قال أبو عبيدة
 يعني قرابة من الله مشتبكة كاشتباك العروق ، شبهه بذلك مجازاً ، واصل
 الشجنة بالكسر والضم شعبه من غصن من غصون الشجرة والشجنة لغة فيه عن
 أبي الاعرابي .

(٢) في مسئلة القبض في الهبة تفصيل ذكره ابن رشد في بداية المجتهد
 (٢٧٣/٢) حيث جاء فيه « ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد
 أم لا ؟

فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض ، وانه
 اذا لم يقبض لم يلزم الواهب .

فصل القبض في المجلس

٣٠٤٨- وإذا وهب عينا فقبضها في المجلس بغير اذن ملكها ، وفي رواية انه لا يملكها حتى يأذن له في القبض .
٣٠٤٩- ومن أصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان ، القياس ان لا يملك وبه قال الشافعي لان القبض في الهبة يقف عليه تمام العقد فهو كالقبول والاستحسان أن المقصود بالهبة التملك والعقد اذن فما يتم به الملك كالايجاب اذن في القبول .

القبض بعد المجلس

٣٠٥٠- ولا يجوز أن يقبض بعد المجلس الا باذن في قولهم جميعا ، لان ذلك يجرى مجرى القبول ولا يصح القبول بعد التفرق ، كذلك هذا .
٣٠٥١- وان اذن له في القبض فقبض بعد التفرق ففيه قياس واستحسان ، القياس ان لا يصح لان الاذن لا يثبت حكمه بعد التفرق كما لا يثبت حكم القبول ، والاستحسان أن يجوز كما لو اذن له في قبض البيع جاز بعد التفرق كذلك هذا ، وفيه خبر مروي .

فصل ما تجوز هبته

٣٠٥٢- وكل عين تجوز هبتها يجوز بيعها وليس كل ما جاز بيعه تجوز

وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله اذا باع تفصيل : ان علم فتوئى لم يكن له الا الثمن وان قدم في الفور كان له الموهوب .
فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وابي حنيفة من شروط الصحة ، وقال احمد وابو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول اهل الظاهر .

هبة لان هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لاتبجوز عند أبي خيفة ، وتبجوز عند الشافعي ، والدين في الذمة تبجوز هبته ولا تبجوز بيعه من غير من هو عليه •

فصل

هبة ما لم يره

٣٠٥٣- وهبة ما لم يره جائزة اذا سلم الموهوب اليه ، لانه تبجوز في البيع عندنا •

٣٠٥٤- وقال الشافعي ما لا تبجوز هبته من المجهول لا يصح [بيعه] وكذلك كل ما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لانه يقصدا به الملك كالبيع ^(١) •

فصل

التعليق على شرط مستقبل

٣٠٥٥- ولا تبجوز تعليقها على شرط مستقبل كالبيع •

فصل

وجوب القبول في المجلس

٣٠٥٦- والقبول في الهبة على المجلس ^(٢) •

٣٠٥٧- ومن أصحاب الشافعي من قال ، هو على الفور ، قالوا وهو الصحيح •

٣٠٥٨- وقال أبو العباس يصح على التراخي •

(١) لم يوفق السمناني في الاختصار على رواية المنهب الشافعي والحنفي وبيان اختلافهما • في ما تبجوز هبته ، وكان يجدر به بيان حكم ذلك في المنهب المالكى حيث جاء في بداية المجتهد (٢٧٣/٢) قوله « ولا خلاف في المنهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجمله كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الفرر » •

(٢) في نسخة منيخ : بالمجلس •

فصل ألفاظ الهبة

٣٠٥٩- وتصح بلفظ الهبة بان تقول وهبت لك او اعطيتك او ملكتك او
نحلتك او منحتك او ابحتك او اعمرتك فكل ذلك جائز .

فصل العمري^(١)

٣٠٦٠- وقال الشافعي ان قال : اعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك
عمرك ولعقبك من بعدك فهذه عطية صحيحة تتم بالايجاب والقبول وتملك
بالقبض كما نقول نحن في ذلك ، لان عليه السلام قال :
ايما رجل أعمر عمري له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها ،
ولانه اعطى عطاء وقع في الموارث^(٢) .

(١) جاء في لسان العرب في مادة عمر :

« العمري ماتجعله للرجل طول عمرك أو عمره . وقال ثعلب : العمري ان
يدفع الرجل الى أخيه داراً ويقول : هذه لك عمرك أو عمري ، ايما مات دفعت
الدار الى اهله ، وكذلك كان فعلهم في الجاهلية ، وقد عمرته اياه واعمرته جعلته
له عمره أو عمري ، والعمري المصدر من كل ذلك كالرجعي .
وفي الحديث «لا تعمروا ولا ترقبوا ، فمن اعمر داراً أو ارقبها فهي له ولورثته
من بعده» وهي العمري والرقبي ، يقال : أعمرته الدار عمري أى جعلتها له
يسكنها مدة عمره ، فاذا مات غادت الى ، وكذلك كانوا يفعلون في الجاهلية ،
فباطل ذلك ، واعلمهم ان من أعمر شيئاً أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده .
قال ابن الاثير : وقد تعاضدت الروايات على ذلك ، والفقهاء فيها مختلفون ،
فمنهم من يعمل بظاهر الحديث ويجعلها تملكاً ، ومنهم من يجعلها كالعقارية
ويتأول الحديث .

قال الازهري : والرقبي أن يقول للذي أرقبها : ان مت قبلي رجعت الى ،
وان مت قبلك فهي لك ، واصل العمري مأخوذ من العمر ، واصل الرقبي من
المراقبة ، فباطل النبي (ص) هذه الشروط ، وامضى الهبة .
قال : وهذا الحديث أصل لكل من وهب هبة فشرط فيها شرطاً بعدما
قبضها الموهوب له أن الهبة جائزة والشرط باطل .

(٢) صححنا عبارة الحديث كما وردت في نسخ الروضة بالرجوع الى ما

جاء في بداية المجتهد (٢-٢٧٢) .

٣٠٦١ - وان قال :

اعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم يشترط شيئا ففیه قولان :

• القديم هو باطل

والجديد هو جائز صحيح ، وهو قولنا يكون للمعمر في حيازته ولورثته بعده وهو الصحيح لخبر جابر لان الاملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك^(١) .

٣٠٦٢ - فان قال :

اعمرتك حياتك فان مت عادت الى ان كنت حيا والى ورثتي ان كنت ميتا

فعلى قولين :

أحدهما يصح ويبطل الشرط وهو قولنا

والثاني يبطل لانه قد نفى مقتضى العقد

فصل

الرقبي^(١)

٣٠٦٣ - وأما اذا قال :

أرقتك هذه الدار ، أو : دارى لك رقبى ، وهي ان يقول ان مت قبلى

عادت الى ، وان مت قبلك فهي لك

قال ابو حنيفة ومحمد ذلك باطل ، ولا يملك

٣٠٦٤ - وقال ابو يوسف جائز

(١) أي ان الاصل في الملك المستقر الديمومة

(١) جاء في لسان العرب في مادة رقب :

« الرقبى ان يعطى الانسان لانسان دارا أو أرضا ، فايهما مات رجع ذلك المال الى ورثته ، وهي من المراقبة ، سميت بذلك لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه .

وقيل الرقبى ان تجعل المنزل لفلان يسكنه فان مات سكنه فلان ، فكل

واحد منهما يرقب موت صاحبه ، وقد أرقبه الرقبى .

وقال اللحياني : أرقبه الدار جعلها له رقبى ولعقبه من بعده بمنزلة الوقف .

ويقال أرقبت فلانا وانا مرقب . ويقال ورث فلان مالا عن رقبة اي عن كلالة

لم يرثه عن آبائه . وورث مجدا عن رقبة اذا لم يكن أباه امجادا . .

٣٠٦٥- وهو قول مالك •

• واحد قولي الشافعي •

فصل

العطية لبعض الولد

٣٠٦٦- ويكره أن يخص بعض ولده بالعطية فإن فعل جاز •

٣٠٦٧- وقال بعض الفقهاء لا يجوز •

٣٠٦٨- وقد روى خبر النعمان بن بشير مختلفا فروى فيه انه قال : اكل
ولدي فقلت به هكذا ؟ فقال لا ، فقال : اشهد غيري ، وهذا يدل على الجواز
وروى أنه قال : لا أشهد على جور (١) •

فصل

التسوية بين الأولاد في الهبة

٣٠٦٩- وقال ابو يوسف : تستحب له التسوية بينهم •

٣٠٧٠- وقال محمد يجزيهم مجرى الموارث •

باب الرجوع في الهبة

فصل

٣٠٧١- ومن وهب لذي محرم منه فليس له أن يرجع فيما وهب •

٣٠٧٢- وقال الشافعي يرجع الاب والجد والام والجدة ولا يرجع سائر
الاقارب المحرم مناكحتهم لاجل النسب كالاخ والاخت •

فصل

رجوع الأجنبي فيما وهب

٣٠٧٣- ويرجع الأجنبي فيما وهب (٢) •

(١) جاء في بداية المجتهد (٢-٢٧٢) ان حديث النعمان بن بشير « متفق
على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه • والحديث انه قال ان اباه بشيرا اتى
به الى رسول الله (ص) فقال اني نحلته ابني هذا غلاما كان لي ، فقال رسول الله
(ص) اكل ولدي نحلته مثل هذا ؟ قال لا ، قال رسول الله (ص) فارتجمه • واتفق
مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ »

٣٠٧٤- وقال الشافعي لا يرجع الاجنبى بحال ، لانه عقد تبرع فجاز الرجوع فيه كالمارية •

فصل

لا رجوع لأحد الزوجين فيما وهب

- ٣٠٧٥- ولا يرجع احد الزوجين فيما وهب •
- ٣٠٧٦- خلاف مالك في الزوجة انها ترجع دون الزوج •
- ٣٠٧٧- لانها احد الزوجين فلا ترجع فيما وهبت كالزوج •

فصل

الرجوع في هبته لأخيه

- ٣٠٧٨- واذا وهب لأخيه وهو عبد فله ان يرجع فيها في قولهم جميعا •
- ٣٠٧٩- وأن وهب لعبد أخيه هبة فله الرجوع عند أبى حنيفة •
- ٣٠٨٠- وعند ابى يوسف ومحمد لا يرجع لان الملك يحصل للاخ •

فصل

هبة المشاع

- ٣٠٨١- واذا وهب لرجلين دارا أو ألف درهم او كلما يحتمل القسمة لم يجز عند ابى حنيفة لانه هبة مشاع فيما يحتمل القسمة •

(٢) ذكر السمناني قاعدة عدم جواز الرجوع (الاعتصار) في الهبة ههنا وذكر قبل ذلك في الرقم (٣٠٧١) حكم الاستثناء من هذه القاعدة وادق من هذه الصياغة قول ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢٧٦) « وقال أبو حنيفة لكل احد ان يقتصر ما وهبه الا ما وهب لذي رحم محرمة عليه » •

- ٣٠٨٢ - وعند أبي يوسف ومحمد يجوز وهو قول الشافعي^(١) .
- ٣٠٨٣ - واتفقوا أنه لو وهب نصف عبد أو مالا يقسم أنه يجوز .
- ٣٠٨٤ - ولو تصدق بعشرة دراهم على غنيين فهو مثل الهبة عند أبي حنيفة .
- وإن كانا فقيرين جاز .
- ٣٠٨٥ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في الوجهين ، لأن الملك يخرج جملة واحدة من مال الواهب ١٠

فصل

- ٣٠٨٦ - ولو وهب لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
- ٣٠٨٧ - وجاز عند محمد .
- ٣٠٨٨ - فرق أبو يوسف بين هذه المسئلة والتي قبلها ، لأن هذا غير مطلق العقد ، لأن مطلق العقد يقتضي التساوى .
- ٣٠٨٩ - ومحمد يقول هذا تفسير لما تناوله العقد فهو كما لو قال : لك النصف وله النصف .

فصل

هبة الدين والأذن بقبضه

- ٣٠٩٠ - وإذا وهب ديناً على رجل وأذن له في قبضه جاز استحساناً .
- والقياس أن لا يجوز .
- ٣٠٩١ - لأنه حق مادام في الذمة فلا تجوز هبته كالمنافع .
- ووجه المذهب أن قبضه يقوم « مقام »^(٢) قبض الواهب فيصير كأنه قبض ووهب .

(١) وهو أيضاً قول مالك وأحمد وأبي ثور (بداية المجتهد ٢/٢٧٣) .

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

فصل هبة دقيق في حنطة إلخ

٣٠٩٢ - وان وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمس لم تجز الهبة ، وان طحن أو استخرج الدهن لأن الفساد في نفس العقود عليه ، ولهذا لا يجوز العقد عليه في غير الهبة •

فصل

العين في يد الموهوب له

٣٠٩٣ - واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها ولا يحتاج الى تجديد قبض استحسانا ، والقياس ان لا يجوز حتى يخلو بين نفسه وبين الهبة •
٣٠٩٤ - لان القبض السابق يستدام حكمه ، وهو موجود عقب العقد ، وهذا في الوديعة وكل ما هو امانة ، وان كان مضمونا كالنصب صار قابضا بنفس العقد •
٣٠٩٥ - وقد قالوا في الوديعة اذا باعها من المودع ان يحتاج الى أن يمضي زمان يصير به قابضا بأن يخلو بين نفسه وبينها ، لان يد المودع يد لمودعه •
٣٠٩٦ - وقالوا في العين المنصوبة تدخل في ضمانه بنفس العقد لانه قبض مضمون فهو كالمقبوض لاجل البيع •

فصل

الرجوع في هبة تصدق بها الموهوب له

٣٠٩٧ - واذا وهب الرجل نوبا او عبدا فجعله الموهوب له صدقة جاز للواهب الرجوع عند ابي حنيفة ومحمد •
٣٠٩٨ - وقال ابو يوسف لا يجوز له الرجوع لانه زال ملكه بذلك واستحق عينه ، وعند ابي حنيفة له ان يبدله بغيره فلم يلزم الحق فيه •

فصل

ما يفترق اليه الرجوع في الهبة

٣٠٩٩ - والرجوع في الهبة يفترق الى قضاء او رضا ، ولا يملك الرجوع بمجرد قوله •

٣١٠٠- خلاف ما قاله الشافعي انه يملك ، لان هذا مختلف فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسوخ المختلف فيها^(١) .

فصل

تكييف الرجوع في الهبة

٣١٠١- وهل ذلك تملك مبتدأ او فسخ العقد ؟

فيه روايتان .

٣١٠٢- وفائدة ذلك اذا رجع في الهبة والموهوب له مريض ، فان كان بقضاء جاز وان كان برضاء فهو بمنزلة هبة مبتدأ تعتبر من ثلثه ، وتبطل ان كان عليه دين .

٣١٠٣- وفي الرواية الاخرى ، وسواء بين القضاء والرضا .

فصل

هل يجمع بين الهبة والصدقة في مال بعينه ؟

٣١٠٤- رجل اعطى رجلا دارا على أن نصفها هبة ونصفها صدقة فهو جائز عند ابي حنيفة .

٣١٠٥- وقال زفر لا يجوز لان الهبة والصدقة سواء في القبض .

فصل

تعلم العبد الموهوب زيادة تمنع الرجوع

٣١٠٦- واختلف في العبد اذا تعلم الخبز والكتابة او القرآن هل يمنع الرجوع في الهبة أم لا ؟

قال أبو يوسف يمنع الرجوع .

٣١٠٧- وقال زفر لا يمنع ، ذكره في اختلاف زفر ، لان التعليم زيادة فيه فهو كما لو زاد في عينه .

(١) يفهم من هذا ان القاعدة ان ما كان مختلفا فيه من الاحكام والمسائل يرجع في التمسك بها واعمالها الى حكم الحاكم ان لم يقع الطرفين تراض .

فصل

اختلافهما في الزيادة

- ٣١٠٨- وإذا اختلفا فقال الواهب وهبت العبد لك كبيرا •
وقال الموهوب له : وهبتي صغيرا فكبر ومهزولا فسمن فلا رجوع لك
على فيه فالقول قول الواهب في قول ابى خيفة وابى يوسف ومحمد •
٣١٠٩- وقال زفر : القول قول الموهوب له •
٣١١٠- واتفقوا انهما لو اختلفا في الصبغ فقال الواهب وهبته مصبوغا ،
وقال الموهوب له انا صبغته ان القول قول الموهوب له لان الصبغ زيادة غير حاضرة •

فصل

قبض الأب ووصية للصغير الخ

- ٣١١١- ويقبض الاب لابنه الصغير من نفسه ومن غيره ، وكذلك وصى
الاب بعده والجد ووصيه ، وسائر من له ولاية على الصبي •
٣١١٢- ويجوز قبض الام له اذا كان في حجرها •
٣١١٣- ولا يجوز قبض من ليس في حجره وان كان ذا رحم له محرما •

قبض الصغير لنفسه

- ٣١١٤- وان قبض الصبي لنفسه وهو يعقل جاز قبضه •
٣١١٥- وان قبض في حال حياة الاب جاز استحسانا والقياس أن لايجوز
لان عليه ولاية لغيره •

فصل

موانع الرجوع

- ٣١١٦- ويمنع الرجوع : الزيادة المتصلة ، والعوض وموت احد المتعاقدين
وخروج الشيء من ملك الموهوب له ، وما يجرى هذا المجرى •

فصل

هبة اثنين لواحد وواحد لاثنتين

- ٣١١٧- وإذا وهب اثنان دارا لواحد جاز عند اصحابنا جميعا •
- ٣١١٨- وان وهب الواحد لاثنتين لم يجز عند ابي حنيفة ، وجاز عندهما •

فصل

شرط العوض في الهبة

- ٣١١٩- وإذا شرط العوض لم تبطل الهبة •
- ٣١٢٠- وفي احد قولي الشافعي تبطل •
- ٣١٢١- لان كل عوض جاز من غير شرط جاز مع الشرط كالنكاح •

فصل

حمل أحكام الهبة بشرط العوض

- ٣١٢٢- والهبة بشرط العوض عقدها عقد هبة وجوازها جواز البيع •
- ٣١٢٣- وقال زفر تصير عقد بيع فيلزم العقد ، ومنى استحق العوض رجع فيما وهب ، وان استحق بعضه لم يرجع لان الباقي يجوز ان يكون عوضا ابتداء الا ان يرد مابقى لانه لم يسلم له العوض •
- وكذلك ان وجد به عيبا •

فصل

اختلافهما في كونها بعوض

- ٣١٢٤- واختلفوا فيه اذا قال الواهب وهبتك بعوض وقال الموهوب له وهبتي بغير عوض •
- فمتهم من قال القول قول الواهب ، وهو المذهب عندنا لانه لم يقر بخروج العين من ملكه الى الموهوب له •

٣١٢٥- ومنهم من قال القول قول الموهوب له لان الواهب اقر بالهبة وادعى العوض والاصل عدمه .

فصل

الأبراء من الدين

٣١٢٦- ويصح ابراء من الدين وان لم يقبل الذي عليه .
ومن أصحابنا من قال لا يفتقر الى قبول ويبطل بالرد ، وهذا قول ابي خنيفة وصاحبيه .

ومنهم من قال يبطل بالرد ويفتقر الى قبول كالبيع والنكاح ، وهو قول زفر ، والاول اصح لانه اسقاط حق كالعتاق والطلاق^(١) .

٣١٢٧- ويصح في المجهول .

٣١٢٨- وقال الشافعي لا يصح في المجهول .

٣١٢٩- لانه اسقاط حق فصح في المجهول كالطلاق والعتاق^(٢) .

فصل

الصدقة بجميع ماله

٣١٣٠- واذا قال الرجل جميع مالي صدقة ، فانه يتصدق بجميع ماله الذي يجب فيه الزكاة استحسانا ، لان النذور محمولة على اصول الواجبات في اصل الشرع ، والزكاة تجب في بعض المال دون بعض فكذلك هنا .
٣١٣١- والقياس ان يتصدق بجميع ماله ، وهو قول زفر لان الجميع ماله ، وقد دخل تحت لفظ الصدقة .

فصل

قوله ما أملك صدقة

٣١٣٢- ولو انه قال : ما املك صدقة ، تصدق بجميع ماله ، واتفق قولنا وقول زفر .

(١) ينبغي أن يكون حكم الأبراء في القانون المدني العراقي كذلك اي ان يصح الأبراء في المجهول نظرا لمطلق نص المادة ٤٢٠ منه ولان الأبراء اسقاط .
(٢) بالرأي الاول أخذ القانون المدني العراقي (م ٤٢٢ منه) .

- ٣١٣٣- وذكر ابو الليث في خلافة^(١) لاصحابنا عن ابي يوسف انه قال •
ان قال : ما املك تصدق بالكل كما قال زفر ، وان قال مالى صدقة تصدق
بمال التجارة والسوائم •
٣١٣٤- وفي قول مالك يتصدق بثلث ماله •
٣١٣٥- وعن الشافعي يلزمه كفارة يمين ، ولا يتصدق بشيء •

فصل

لا عوض في الهبة لمن هو دونه

- ٣١٣٦- وقال اصحاب الشافعي : اذا وهب لمن هو دونه لم يلزمه أن
يثيبه بعوض لان القصد الصلة ، فلم تجب المكافاة •
٣١٣٧- وكذلك ان وهب النظير لم يجب العوض لان المقصود المحبة وتأكيد
الصداقة •
٣١٣٨- وان وهب لمن هو اعلى منه فضيه قولان :
قال في القديم يلزمه أن يثيبه بعوض لان مقصود العقد التماس العوض
فصار العرف بالمشروط •
وقال في الجديد لا يجب لانه تملك بغير عوض فاشبه النظير وهذا قولنا ،
وهو الصحيح •
٣١٣٩- وكتاب الهبة من الكتب الكبار لاصحابنا وفيه مسائل مشكلة وفروع
مختلفة ومسائل من الدور ، وذكر ما فيه فلا يمكن ، وفي الذي ذكرت اصول
وبعض الفروع ، والواقع من المسائل •
واذ قد ذكرنا هبة الاعيان وكانت العارية هبة المنافع وجب ذكرها •

(١) المقصود بذلك كتاب مختلف الرواية لابي الليث السمرقندي •

كتاب العارية

وهذا كتاب العارية •

العارية قرية

• ٣١٤٠ - العارية قرية مندوب إليها •

تعريف

• ٣١٤١ - وهي عقد على المنافع بغير بدل يحصل للمالك الا الشكر والثواب •

أساسها في السنة

• ٣١٤٢ - وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم من صفوان بن أمية ادرعا

وقال عليه السلام : العارية مردودة •

وقال له صفوان :

انصّب يا محمد !

فقال : بل عارية مؤداة •

وروى مضمونة ومؤداة •

أساسها من الإجماع

• ٣١٤٣ - وهو اجماع من العلماء لا يختلفون في جوازها •

هل للمستعير أن يعير

• ٣١٤٤ - وإذا اطلق العارية للمستعير أن يعيرها لغيره ، لان اطلاقه يقتضي

الرضا بالاستعمال •

• ٣١٤٥ - وأن عين المستعمل وخصه فله أن يعير لمن لا يختلف الاستعمال •

٣١٤٦ - ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان في الجواز .
أحدهما مثل قولنا .

والثاني لا يجوز ، لانه مستعير فلا يعبرها كما لو عين ولم يطلق .
٣١٤٧ - وقال أصحابنا قد ملكه المنافع فجاز أن يستوفيه بغيره كالرضا
له بالمنفعة .

العارية لا تؤجر

٣١٤٨ - ولا يجوز له أن يؤجرها لان الاجارة عقد لازم فلا تصح في
العارية لانها لا تلزم ، ويصح للمعير الرجوع عنها فتبطل الاجارة .

الاستيفاء بنفسه

٣١٤٩ - وقد يجوز أن يستوفي بنفسه ، ولا يؤجرها لغيره ، كما أن
الطعام اذا قدم لرجل جاز له الاكل ولا يجوز له البيع .

تمليك أم إباحة

٣١٥٠ واختلف أصحابنا هل هي تمليك للمنافع أو إباحة للتصرف ؟
فحكى عن الكرخي رحمة الله أنها إباحة وعن الرازي أنها تمليك .
٣١٥١ - ولو ملكت جاز أخذ العوض عنها « كهبة العين »^(١) .

ما يعار

٣١٥٢ - وكل عين لها منفعة تبقى العين بعد الاستيفاء فعاريتهما جائزة ،
كالحيوانات والرقيق والدواب والعقار والدور والضياع وآلات الصناعات
ومتاع البيت^(٢) .

(١) صححنا العبارة على هذا النحو بالرجوع لنسختي قليج ومنيح .

(٢) صاغ ابن رشد في بداية المجتهد لذلك ضابطا محددا فقال بجواز
إعارة « جميع ما يعرف بعينه » اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال « وأضاف الى
ذلك قوله « ولذلك لا يجوز » إباحة الجوازي للاستمتاع وبكره للاستخدام الا ان
تكون ذات محرم » اي ان العارية لا تجوز اذا كان القصد منها غير مشروع .

٣١٥٣ - وما لا منفعة له من الاعيان فلا تجوز عاريته لانه لا منفعة فيه ،
والعارية انما هي اباحة المنافع •

ما يعد قرضاً لا عارية

٣١٥٤ - وأن استعار دراهم أو دنائير أو مكبلا أو موزونا واطلق العارية
فان ذلك قرض ، لان المنفعة لا تمكن بغير ذلك ولا يمكن الا بالاتفاق ، وقد ذكر
لفظ يقتضي الرجوع فصار كأنه صرح بلفظ القرض •

التقيد بقول المعبر

٣١٥٥ - وأن قال : تعير بها المكيال أو الميزان أو تتجمل بها أو تزين
الدكان فليس له انفاقها ولا التصرف فيها الا بما قال لانه حجر عليه ومنعه من
التصرف •

العارية أمانة

٣١٥٦ - وهي عندنا أمانة غير مضمونة •

شرط الضمان

- ٣١٥٧ - وأن شرط الضمان : فمن أصحابنا من قال تصير مضمونة •
وحكاة الشافعي عن محمد بن الحسن •
٣١٥٨ - وقال غيره ليست بمضمونة ، وأن شرط الضمان •
٣١٥٩ - وقال الشافعي : هي مضمونة في جميع الاحوال •
٣١٦٠ - لانه قبضها بلا اذن مالکها لا على وجه الوثيقة والبدل كالوديعة •
٣١٦١ - وقد قالوا : لو تلفت بالاستعمال الا جزاء لم يضمن •

كيفية الضمان

واختلف أصحاب الشافعي في كيفية الضمان فمنهم من قال : يضمن عند
الهلاك ، وهو الصحيح •

ومنهم من قال اعلا ما كانت قيمتها كالمغصوب هذا اذا كانت من ذوات القيم •
فان كانت من ذوات الامثال - وقالوا فيما لا مثل له انه يضمن باكثر ما كانت
قيمته - لزمه مثلها •
وان قالوا انه يضمن قيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها •

فصل

ولد المستعار

٣١٦٢- واختلف في ولد المستعار :
فمنهم من قال هو مضمون لان الاصل مضمون كالغصب •
ومنهم من قال لا يضمن لانه لم يدخل في الاعارة •
٣١٦٣- وعندنا لا يضمن لانه حدث بغير فعله وتلف بغير فعله من غير مطالبة
من له الحق كولد الوديعة •

فصل

ضمان العارية بالتعدي

٣١٦٤- واتفق الفريقان ان العارية تضمن بالتعدي فيها كما تضمن الوديعة •
٣١٦٥- وتضمن بالاجود ، لان ذلك تضمن به سائر الامانات ، فكذلك
العارية •

فصل

ضمان مستعير المغصوب

٣١٦٦- ومن غصب عينا فأعارها والمستعير لا يعلم فتلفت في يده فضمن
المالك المستعير فليس له أن يرجع على الغاصب •
٣١٦٧- وهو قول الشافعي ، وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي
في الدروس أنه يرجع على الغاصب في رواية ، وسواء بينه وبين المودع للغاصب

إذا ضمن ، والصحيح انه لا يرجع ، وهذا في ضمان العين •

ضمان أجرة المنافع

٣١٦٨- وقال اصحاب الشافعي : فان ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على

الغاصب ؟

قولان على القولين فيمن نصب طعاما وقدمه الى ماله أحمدهما يرجع لانه غيره والثاني لا يرجع لان المنافع تلفت تحت يده •

فصل

الرجوع في العارية

٣١٦٩- ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض^(١) •

٣١٧٠- وللمستعير ان يرد لان ذلك اباحة فجاز لكل واحد منهما رده كاباحه الطعام ، وهذا لا خلاف فيه •

فصل

مؤونة الرد

٣١٧١- واذا فسخ العقد وجب مؤونه الرد على المستعير لقوله عليه السلام •
عارية مؤداة •

ولانه يجب الرد عليه كالمضروب اذا طلبه •

فصل

مق يبرأ بالرد من الضمان

٣١٧٢- واذا ردها الى المعير أو وكيله أو الدابة الى أصطبلها والعين الى دار مالكها أو سلمها الى أحد من عياله ومن جرت العادة بحفظ ماله بربى من الضمان •

٣١٧٣- وقال الشافعي لا يبرأ حتى يرد على المالك ووكيله ، لان هذا حكم العادة في العواري •

(١) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٢/٢٦٠) ان العارية عقد جائز عند الشافعي وابى حنيفة ، اى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء ، وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وان شرط مدة لزمته تلك المدة ، وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية •

- ٣١٧٤- وقد فرق اصحابنا بين ذلك وبين من استعار الحلي والجوهر فقالوا فيه ما قال الشافعي لان العادة لا ترد الى الدار •
- ٣١٧٥- وقالوا في الوديعة لو ردها الى داره لم يبرأ من الضمان ، لان المودع لم يرض بمن في داره لحفظها فصار مفرطاً •

فصل

استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله

- ٣١٧٦- ومن استعار عينا فله ان يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله لان يده قائمة مقام يد المستعير •

التوقيت والإطلاق

- ٣١٧٧- وتجوز الاعارة مطلقة وموقته •
- ٣١٧٨- ولا يجوز في الاجارة الاطلاق •
- ٣١٧٩- لانه اباحة فجاز مطلقا ومعينا كإباحة الطعام •

فصل

ما المستعير الأرض

- ٣١٨٠- واذا قال : اعرتك هذه الارض لتنتفع بها جاز له ان يزرع ويغرس لان الاذن عام مطلق •

فصل

ما يجوز عند تعيين الانتفاع

- ٣١٨١- وان عين له ما يفعل ، جاز له فعله وفعل ما هو اقل ضررا منه ، كما قلنا في الاجارة •
- والغرس اكثر ضررا من الزرع ، والبناء اكثر من الغرس •

فصل

رجوع من أذن بالبناء والغرس

- ٣١٨٢- وإذا اذن له في الغرس والبناء فبنى او غرس فله ان يرجع ، ويكلفه القطع بغير ضمان ، لان هذا مقتضى العارية •
- ٣١٨٣- وان وقت العارية ، فله المطالبة بالقلع بعد المدة بغير ضمان ، وفى المدة يضمن •
- ٣١٨٤- وقال زفر لا ضمان عليه وقت او لم يوقت •
- ٣١٨٥- وقال ابن ابي ليلى عليه الضمان وقت او اطلق •
- ٣١٨٦- وقال الشافعى ليس له ذلك الا بشرط الضمان •
- ٣١٨٧- لانه عندنا غير مغرور فلا يجب الضمان •

فصل

اشتراط القلع

- ٣١٨٨- واتفق الفريقان على انه اذا شرط عليه القلع انه يقلع بغير ضمان لقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم •
- ٣١٨٩- فان كان يضر بالارض فللمالك ان يعطيه قيمة ذلك مقلوعا عندنا ويملك الغرس والبناء •
- ٣١٩٠- وقال الشافعى : لا يلزمه تسوية الارض لانه لما شرط القلع فقد رضى بما يحصل بالقلع من الحفر ، ولانه مأذون فيه فلا يلزم الضمان •

فصل

نقصان قيمة الغرس

- ٣١٩١- وقال : ان نقصت قيمة الغرس ولم يكن اشترط القلع فان اختار المستعير القلع كان له ذلك لانه ملكه فملك نقله ، فاذا قلعه فهل يلزمه تسوية الارض ؟ فيه وجهان :

أحدهما لا يلزمه لانه «رضى»^(١) لما علم بما يؤول اليه القلع ، والثاني يلزمه لان القلع باختياره لانه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الارض ، ويجبر المستعير على القلع اذا ضمن نقض ذلك القلع .

فصل

دخول المعير في الأرض

٣١٩٢- قالوا - أعنى أصحاب الشافعى - وإذا أقرنا الغراس فى ملكه فاراد المعير أن يدخل الى الارض ليتفرج او ليستظل بالغرس لم يكن للمستعير منعه ، لان الذى استحق المستعير مواضع الغرس ، فأما البياض فلا حق له فيه فجاز للمالك التصرف فيه .

٣١٩٣- وإذا اراد المستعير دخولها نظرت : فان كان للفرجة لم يجز لانه قد رجع فى الاعارة فلا يجوز دخولها من غير اذن ، وان كان لاصلاح الغرس او أخذ الثمرة ففيه وجهان : أحدهما لا يملك لان حقه اقرار الغرس والبناء دون ماسواه . والثاني انه يملك ، قالوا وهو الصحيح ، لان الاذن فى الغرس اذن فيما يعود بصلاحه واخذ ثماره .

فصل

٣١٩٤- قالوا : وان أراد المعير بيع الارض جاز لانه لاحق فيها لغيره فجاز بيعه .

٣١٩٥- وان ارد المستعير بيع الغرس من غير المعير ففيه وجهان : أحدهما يجوز لانه ملك له لاحق لغيره فيه . والثاني لا يجوز لان ملكه غير مستقر لان للمعير ان يبذل له القيمة ويقبله او يأخذهما لنفسه .

٣١٩٦- قالوا : والاول أصح لانه بمنزلة الشخص المشفوع .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

فصل

هل التفريط شرط في المسؤولية؟

- ٣١٩٧- وقالوا : وان حمل السيل طعام^(١) رجل الى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على قلعه ؟
فيه وجهان احدهما لايجبر لانه غير مفرط في انباته •
والثاني يجبر وهو الصحيح •
وهو قياس قولنا •
لانه أشغل ملك غيره بملكه من غير اذن فأجبر على ازالته كما لو انتشر شجره في دار غيره •

فصل

اختلافهما حول دابة امعارة هي أم مستأجرة

- ٣١٩٨- واذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك اكريتها على الاجرة •
وقال الراكب بل اعرتنيها فلا اجرة لك فالقول قول الراكب •
٣١٩٩- وهو قول الشافعي في كتاب العارية •
٣٢٠٠- وقال اصحابه : انه قال في كتاب المزارعة ان المزارع اذا ادعى العارية والمالك الاجارة ان القول قول المالك •
فمن اصحابه من حمل كل مسألة على ظاهرها •
ومن اصحابه من نقل جواب كل مسألة الى اخرى وجعلها على قولين •
٣٢٠١- لان المنافع عندنا لا تقوم بغير عقد ، والاصل براءة الذمة وفراغ الساحة ولم يوجد ما يستحق الاجرة ، واذا جعلوا القول قول المالك حلف واستحق الاجرة •

(١) يقصد بالطعام في المصطلح العراقي حتى اليوم الحبوب كما يقصد به الطعام المعد للاكل •

فصل قدر الأجرة

- ٣٢٠٢- وفي قدر الأجرة وجهان :
- احدهما يجب المسمى لانه قبل قوله فيها وحلف عليها .
 - والثاني يجب اجرة المثل وهو الصحيح .
- ٣٢٠٣- قالوا وان نكل عن اليمين لم ترد على المتصرف لان اليمين انما ترد ليستحق بها حق ، والمتصرف لا يدعي حقا فلم ترد عليه .
- ٣٢٠٤- قالوا : فان قلنا ان القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة ، فان نكل ردت اليمين على المالك ، فاذا حلف استحق المسمى وجها واحدا لان يمينه بعد النكول كاليمين في أحد القولين وكالاقرار في الآخر ، وأيهما كان وجب المسمى .

فصل تلف الدابة بعد الركوب

- ٣٢٠٥- وان تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا :
- فمن جعل القول قول المالك حكم بالأجرة .
 - ومن جعل القول قول الراكب فمنهم من حكم عليه بأقل الامرين من الأجرة والقيمة لانفاقهما على استحقاقه ، ومنهم من قال لا يلزمه شيء لانه لا يدعي القيمة والأجرة لاستحقاق عليه .

فصل ادعاء المالك الغصب والمتصرف العارية

- ٣٢٠٦- واذا قال المالك غصبها فعليك الأجرة وقال المتصرف بل اعرتها فلا اجرة علي ، فان المزني نقل عن الشافعي ان القول قول المستعير ، ومن اصحابه من قال المسئلة على طريقين : احدهما الفرق بين الارض والدابة ومنهم من قال الجمع على قولين : لان الخلاف في وجوب الأجرة .

فصل

خلافهما بعد الهلاك

٣٢٠٧- فان كان الخلاف بعد الهلاك فالقول قول المالك لانه لم يقر بما يوجب سقوط حقه والراكب يدعي عقدا يسقط الضمان فلا يقبل قوله •

فصل

٣٢٠٨- وان اختلفا فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجرتها فالقول قول المالك لانهما اتفقا ان الملك له واختلفا في صفة الانتقال فكان القول قول المالك ، ولا فرق بين ان تكون باقية او هالكة عندنا •

٣٢٠٩- وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين قد تلفت نظرت فان لم تعين مدة لملها اجرة فان المالك يدعي القيمة والراكب يقر باجرة ، فان كانت القيمة اكبر من الاجرة لم يستحق حتى يحلف •

٣٢١٠- وان كانت القيمة مثل الاجرة أو أقل منها ففيه وجهان أحدهما يستحق من غير يمين لانهما اتفقا على الاستحقاق ، والثاني لا يستحق من غير يمين لانه اسقط من الاجرة ، وهو يدعي القيمة بحكم العارية والراكب ينكر فلم يستحق من غير يمين •

فصل

ادعاء المالك الغصيب والراكب الإجارة

٣٢١١- واذا قال المالك : غصبتها •

وقال الراكب بل أجرتها فالقول قول المالك لان الاصل عدم الاجارة ، فان كانت موجودة • ردها ولا شيء عليه وان كانت تالفة غرم القيمة •

٣٢١٢- وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة ، وفي الذي ذكرت اصوله وبعض الفروع •

ولما كان احياء الموات يملك بغير عوض ، وكان ذلك يقتقر الى اذن الامام ولا يقتقر الى اذن أحد صار في معنى التبرع فوجب ان يذكر ههنا •

كتاب إحياء الأموات

وهذا كتاب إحياء الأموات

٣٢١٣- اعلم ان الموات كل أرض بطل الانتفاع بها أما لعدم الماء وخراب الانهار أو لكثرة الماء كالبطائح والصروات^(١) .

تحديد معنى الإحياء

٣٢١٤- والاحياء هو ان يجعلها متفعلاً بها .

٣٢١٥- وحقيقته فيما كان عامراً فخرّب ، لانه يبطل الانتفاع به كما يبطل الانتفاع بالحيوان اذا مات ، غير ان موت الحيوان يبطل ملك المالك عنه ، وخراب الارض لايزيل ملك المالك عنها .

فصل

ما لا يجوز إحياءه لغير مالكة

٣٢١٦- وكل أرض لها مالك معين من المسلمين أو أهل الذمة أو موقوفة على بعض فانه لايجوز احيائها لغير مالكةا بلا اختلاف .

فصل

ما يجوز إحياءه

٣٢١٧- وما لايعرف له مالك معين ، وان كان عليه اثر العمارة فانه يجوز احياءه لقوله عليه السلام :
- « من احيا أرضاً ميتة فهي له »^(٢) .

(١) كذا أيضاً في نسخة قليج وفي نسخة منيخ القروات والقرو من الارض الذي لا يكاد يقطع شئ والجمع قَرُوءٌ . (لسان العرب) .
(٢) وتام الحديث « وليس لعرق ظالم حق » الموطأ ٢-١٧ ، أبو عبيدة الاموال ٢٨٦ ، القرشي : الخراج ٨٣ ، وأبو يوسف ١١٧ : الخراج ٦٤-٦٥ .
ويروى الامامية الاثنا عشرية عن الامام الباقي قوله « ايما قوم احيوا شيئاً من الارض فهم أحق بها ، وهي لهم (الطوسي : التهذيب ٧-١٤٩ ، ١٥٢ ، والاستبصار ٣-١٠٧ ، ١١٠ والكليني ٥-٢٩٧ . انظر رسالة احياء الاراضي الموات للسيد محمود المظفر ، ص ٢٧-٣٨) .

٣٢١٨- وقال اصحاب الشافعي :

الاحياء على ثلاثة اوجه :

٣٢١٩- منها ماباد اهلهم ولم يعرف مالكة كالحرز^(١) العادي ، فانه يجوز

احياؤه لقوله :

« عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد »^(٢) .

رواه طاووس .

٣٢٢٠- وهذا قولنا .

٣٢٢١- فان كان في دار الاسلام فهو كاللقطة وان كان في دار الحرب

فهو كالركاز .

٣٢٢٢- والوجه الثاني انه لا يملك بالاحياء لانه ان كان في دار الاسلام

فهو لمسلم ، او ذمي ، او لبيت المال فلا يجوز احياؤه .

وان كان في دار الحرب جاز ان يكون لكافر اذا لم تبلغه الدعوة فلا يحل

ماله بالاحياء .

٣٢٢٣- والثالث انه ان كان في دار الاسلام لم يملك وان كان في دار

الحرب ملك .

٣٢٢٤- وعندنا الجميع سواء اذا عدم المالك نظر الامام في ذلك نظر المصالح .

فصل

ما قرب من العامر

٣٢٢٥- وما قرب من العامر فليس بموات وما بعد فهو موات .

٣٢٢٦- وحده ابو يوسف انه الذي اذا وقف على طرف العامر ونادى

بأعلى صوته لم يسمع ، جاز احياؤه .

٣٢٢٧- وقال الشافعي : ما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كجبريم

البر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لايجوز احياؤه لانه تابع للعامر ، وكذلك

ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الاسواق لايجوز تملكه بالاحياء .

(١) كذا ولعلها الحوز . وفي نسخة قليج كالحزب العادي وهو غلط .

(٢) ابو عبيد : الاموال ٢٧٢ .

٣٢٢٨- لأنه من العامر فليس بموات ، وما عدا ذلك فليس لاحد فيه حق فجاز أن يملك .

فصل

الاحياء سبب للتملك

٣٢٢٩- والاحياء سبب للتملك^(١) يصح من كل من يجوز ان يملك المال لانه فعل يملك فيه كالاصطياد .

٣٢٣٠- ولا فرق عندنا بين المسلم والذمي والحر والعبد والمأذون له والمكاتب .

٣٢٣١- وقال الشافعي : لا يجوز للإمام ان يأذن لذمي في الاحياء .
٣٢٣٢- لانه يملك الارض بالبيع والهبة فملك بالاحياء كالمسلم ، ولانه يتعلق به حق لكافة المسلمين .
وقوله عليه السلام : ثم هي لكم مني خطاب لمن حضره فدخل فيه المسلم والذمي ، لان حكمه حكم بيت المال .

فصل

أذن الإمام

٣٢٣٣- وقال أبو حنيفة لابد من إذن الامام في الاحياء ليقع الملك^(٢) .

(١) لم يحدد السمناني المقصود من التملك والملكية التي تتحقق للمحيي بالاحياء ، ويكون الاحياء سببا في تملكها ولعل عنده في ذلك اختلاف الفقهاء في ذلك ، فهم بين من يرى ان الملك مطلق وحاجز وبين من يرى انه مقيد وبين من يرى انه لا يعمد الانتفاع ، والاتجاه الاول يمثل التعريف الذي أشار اليه السيد الجرجاني بقوله ان الملك في اصطلاح الفقهاء اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف غيره .

(٢) والى مثل هذا القول ذهب الامامية الاثنا عشرية اجماعا كما ذكر السيد المظفر ص ٩٧ استنادا الى ما جاء في الخلاف للطوسي ٢-٢ والشهيد في اللمعة ٢٥٠-٢ والجواهر ٦ باب احياء الموات والعاملي في مفتاح الكرامة ، وجاء في شرائع الاسلام للمحقق الحلي ٢-١٦٨ ان الموات « للإمام (ع) لا يملكه احد وان احياء ، مالم يأذن له الامام ، واذنه شرط » .

- ٣٢٣٤- وقال ابو يوسف ومحمد يجوز بغير اذن الامام •
 ٣٢٣٥- وهو قول الشافعي ، لانه مال وصل الينا •
 ٣٢٣٦- لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الشرك فلا يجوز لاحد ان
 ينفرد به بغير اذن الامام كالغنيمة ومال^(١) بيت المال •

فصل ماهية الإحياء

- ٣٢٣٧- والاحياء ان يعمر الارض ويعرضها للانتفاع ، ويرجع في ذلك
 الى العرف •
 فان كان يريد السكنى بنى سور الدار او حجر^(٢) ان جرت العادة به ،
 وان كان للزراعة حرث وكرب وساق الماء وحفر البئر والعين وما يقرب من
 الانتفاع •

فصل ما يترتب على الأحياء

- ٣٢٣٨- واذا أحيا الارض ملكها وما فيها من المعادن كالبور والفيروزج
 والحديد والرصاص لانه من اجزاء الارض فملكه بالاحياء كما يملك بالشراء
 وكما يملك الماء والعين فيها •
 ٣٢٣٩- ومن اصحاب الشافعي من قال :
 لا يملك الا الماء وما ينبع منها •

فصل استثناء الكلاً

- ٣٢٤٠- ولا يملك ما تبنت فيها من الكلاً وما لا تبنته الناس •

(١) في نسخة قليبج : وينال (٢) في النسختين جصص وفي سائر كتب
 الفقه يرد مصطلح التحجير •

٣٢٤١- وقال بعض اصحاب الشافعي يملك •

٣٢٤٢- لانه عليه السلام قال :

لا حنى في الاراك •

وقال : الناس شركاء فى ثلاث الماء والكأ والنار •

٣٢٤٣- ولا خلاف انه لو فرخ الطير فى الشجر لم يملكه •

ولو ولد فى ارضه ظبى لم يملكه كذلك مذكرواه •

فصل

حريم العين وما إليه

٣٢٤٤- ويملك حريم^(١) العين فيما يحتاج اليه من الفاء ، وفساء البئر

للعطن أربعون ذراعا وللزراع فى قول أبى يوسف ومحمد ستون ذراعا وحريم

البئر خمسمائة ذراع فى رواية الطحاوى وثلاثمائة فى رواية القدورى فى المختصر

الا ان يتجاوز الجبل فيكون له منها [منتهى] الجبل فى البئر •

فصل

تصرف المحيى فيما أحياء

٣٢٤٥- ومن ملك ذرا باحياء او شراء فجعل داره مقصورة او مدبغة لم يكن

للاخر منعه لانه تصرف فى ملكه •

فصل

ما يمنع منه المحيى من التصرفات

٣٢٤٦- وان طرح فى أصل حائطه سرجينا منع لانه يضر بالحائط •

٣٢٤٧- وان حفر جبا فى اصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف فى ملكه •

(١) عرف الحريم فى الفقه بانه ما تمس الحاجة اليه لتنام الانتفاع بالمعمور (نهاية المحتاج ٣٣٠/٥ وانظر ايضا مفتاح الكرامة ١٣/٧ ورسالة السيد محمود المظفر ، ص ١٠٦ •

٣٢٤٨- وقال بعضهم يمنع لانه يضر بالحاجز الذى بينهما في الارض •

فصل حفر الآخر بئراً

٣٢٤٩- وان ملك بئراً بالاحياء فجاء آخر وحفر بئراً ناحية على حريمه فنقص ماء الاولى لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه ولا حق لغيره فيه •

فصل المحجر أحق بما تحجر

٣٢٥٠- وان تحجر مواتاً باذن الامام او بغير اذنه عند من اجاز ذلك ، وهو أن يشرع في احيائه ولم يتم فهو احق به من غيره لقوله عليه السلام :
- من سبق الى مالم يسبق اليه فهو احق به •

فصل تصرفات المحيي بما أحياء

٣٢٥١- ويورث ما ملك بالاحياء ، ويباع ويوهب ويتصرف فيه بسائر التصرف بالاملاك لانه ملك بسبب صحيح •

فصل المعدن الظاهر في الموات

٣٢٥٢- من سبق في الموات الى معدن ظاهر لا يحتاج الى مؤونة كالماء والقار والملح والنوشار والياقوت والرخام والبرام ؟ والكحل فهو أحق به لانه سبق الى مالم يسبق اليه احد •

فصل إذا طال مدة التحجر

٣٢٥٣- واختلف فيه اذا اطل المقام هل يمنع ام لا ؟ فمنهم من قال يمنع

لأنه يضر تحجيرہ ، ومنہم من قال لا یمنع لانه لم یسبق الیہ أحد •

فصل تدخل الإمام

۳۲۵۴- وللإمام ان یخص بالمكان اذا تشاحنا فیہ احدهما •

فصل معدن الذهب والفضة وما یطیع

۳۲۵۵- واختلف فی معدن الذهب والفضة وما یطیع هل یملك بالاحیاء
ام لا ؟ •

۳۲۵۶- فمنہم من قال یملك ، وهو قولنا ومنہم من قال لا یملك •

۳۲۵۷- لأنه تصرف بأذن الإمام فكان کمال بیت المال •

فصل

الارتفاق فیما بین العامر

۳۲۵۸- ویجوز الارتفاق فیما بین العامر من الشوارع والطرق والرحاب
الواسعة بالقعود للبیع والشراء ، لاتفاق اهل الامصار فی جمیع الاعصار علی ذلك
من غیر نکر ، ولانه لا ضرر علی احد فی ذلك ، وله ان یظل بما لا یضر بالمارة
من ثوب وباریة^(۱) لانه مباح للحاجة •

فصل

۳۲۵۹- واذا قام وترك المتاع لم یکن لغيره فیہ حق مادام متاعه ، ولغيره ان
یقعد اذا قام لان حقه سقط بقیامه •

(۱) الباریة فی لهجة العراق هی الحصیر من القصب المشرح •

فصل

إطالة المقام

٣٢٦٠- وهل له أن يطيل المقام ؟
فيه خلاف : فان تشاح فيه اثنان فمنهم من قال : يقرع بينهما ، ومنهم من قال يخص الامام من شاء منهما •

فصل

للإمام أن يحمي ويقطع

٣٢٦١- ويجوز للإمام أن يحمي أو يقطع الموات الا ما يضر بكافة المسلمين ويتعلق بمصالح العامة ، كالآبار التي يشربون منها ، والملح الذي يمتارون منه والكلاء •
• ويجوز ان يحمي لابل الصدقة وخيل المجاهدين •

فصل

ما أقطعه النبي

٣٢٦٢- أما جواز الاقطاع فقد أقطع النبي عليه السلام لوائل^(١) أرضا وأرسل معه معاوية ، وأقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام^(٢) ورمى بسوطه فقال : اعطوه حيث وقع السوط •

فصل

إقطاع الخلفاء

٣٢٦٣- وأقطع ابو بكر وأقطع عمر وكذلك عثمان وعلي ، وهو فعل ائمة العدل وولاية الجور في سائر الازمان ، بل فعل الخوارج والملوك من غير تكبير يظهر على فاعله وطالبه ولو عدد بامر من أقطع او اقتطع لطال الكتاب •

(١) هو وائل الحضرمي وقد أقطع أرضا بحضرموت •

(٢) أي عجز عن الجري والتقدم •

فصل

مقدار ما يجوز إقطاعه

٣٢٦٤- وينبغي أن لا يقطع أحدا إلا مما يتمكن من عمارته وأحيائه ، لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة^(١) .

المعادن الظاهرة

٣٢٦٥- ولا تقطع المعادن الظاهرة ، لما روى أبيض بن حمال^(٢) أنه استقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم ملح مأرب^(٣) فاقطعه ثم أن الأقرع بن حابس^(٤) قال :

- يا رسول الله ، اني قد وردت الملح في الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ملح ، ومن ورده أخذه وهو مثل الماء العد^(٥) بأرض فاستقال أبيض فقال أبيض قد

(١) لا تخفى أهمية هذه القاعدة ومدى دلالتها على سياسة التشريع الاسلامي بصدد اعمار الارض بالاقطاع وكون ذلك مقيدا بالقيود المذكورة لئلا يؤدي الاقطاع المطلق الى استغلال الفلاحين او تضخم الملكية .
(٢) جاء في اسد الغابة ١-٤٥ :

أبيض بن حمال بن مرثد بن ذي لحيان عامر بن ذي العنبر . . الهمداني وهو ابيض المأربي السبائي . . وفد على رسول الله (ص) واستقطعه الملح الذي بمأرب فاقطعه ، فلما ولي قال رجل يا رسول الله ، أتدرى ما أقطعت له ؟ انما أقطعت له الماء العد فانتزعه منه ، ومن حديثه أيضا انه سأل النبي (ع) عما يحمي من الاراك قال ما لا تناله اخفاف الابل .

(٣) في النسختين مارن وهو غلط كما يظهر مما ورد في ترجمة أبيض بن حمال .

(٤) جاء في اسد الغابة ١-١٠٧ هو الأقرع بن حابس بن عقال . . قدم على النبي (ص) مع اشراف تميم بعد فتح مكة . . وشهد مع خالد بن الوليد حرب العراق وشهد معه فتح الانبار وكان على مقدمة خالد بن الوليد ، وكان شريفا في الجاهلية والاسلام ، واستعمله عبد الله بن عامر على جيش سيره الى خراسان فاصيب بالجوزجان هو والجيش .

(٥) العد : الكثرة ، يقال انهم لدوعد وقبض (لسان العرب) .

أقلته فيه على أن يجعله صدقة ، فقال رسول الله (ص) هو منك صدقة ، وهو
مثل الماء العد من ورده أخذه •

فصل المعادن الباطنة

٣٢٦٦- واختلف أصحاب الشافعي في المعادن الباطنة فمنهم من قال إن قلنا
الملك بالاحياء جاز أقطاعها لانه موات يجوز أن يملك بالاحياء ، وإن قلنا : لا يملك
بالاحياء فهل يجوز أقطاعه ؟ فيه قولان : أحدهما يجوز لأن الانتفاع به يفتقر
إلى المؤن كموات الأرض ، والثاني لا يجوز لانه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجز
أقطاعه ويرعى ما فيه من الكلا لما روى الصعب بن جثامة^(١) قال :
سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول :
- لا حمى إلا لله ورسوله •

فصل

٣٢٦٧- فالرسول صلى الله عليه له أن يحمى لنفسه وللمسلمين ، فأما
نفسه فما حمى لها ، ولكنه حمى للمسلمين لانه حمى البقيع لخیل المسلمين •

فصل

٣٢٦٨- وأما الأئمة فلا تحمى لنفسها ولهم أن يحموا لخیل المجاهدين ونعم
الصدقة والجزية وماشية من يضعف عن الأبعاد في طلب النجعة •
٣٢٦٩- وللشافعي قولان :
أحدهما [مثل] قولنا والثاني لا يجوز •

(١) جاء في اسد الغابة ٣-١٩ :

الصعب بن جثامة واسمه يزيد بن قيس بن ربيعة • • الكنانى الليثى أمه
زينب بنت حرب بن أمية اخت ابي سفيان ، وحالف جثامة قريشاً كان الصعب
ينزل ودان والابواء من أرض الحجاز توفى في خلافة ابي بكر ، روى عنه ابن
عباس أن النبى (ص) قال لا حمى إلا لله ورسوله •

معارضة أعرابي في الإحياء

٣٢٧٠- وقد روى عبدالله بن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين :
بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام فعلى ما تحييها .
فأطرق عمر رحمه الله وجعل يقتل شاربته ، وكان اذا كره أمرا قتل شاربته
ونفخ .

فلما رأى الأعرابي مابه جعل يردد ذلك فقال عمر :
المال مال الله والعباد عباد الله ، ولولا ما أحمل عليه في سبيل الله^(١)
ماحميت من الأرض شبرا في شبر .
٣٢٧١- قال مالك رحمه الله :
نبئت^(٢) أنه رحمه الله كان يحمل في كل عام أربعين ألفا من الظهر وقيل
مرة من الخيل .

عامل الحمى

٣٢٧٢- وروى زيد بن اسلم عن أبيه ان عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى .
وقال : يا هنى ، اضمم جناحك^(٣) عن الناس واتق دعوة المظلوم ، فان دعوة المظلوم مجابة ، وادخل رب الصريمة والغنيمة واياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى شيء من زرع ، ويحك ان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ماشيته يأتيني فيقول :
يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين افتاركهم لا ابالك !
فلما والكلاء أسر عندي من الذهب والورق ، والذي نفسي بيده ، لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا^(٤) .

(١) المصلحة العامة في اصطلاح الفقه بعد ذلك .

(٢) فى نسخة قليج ثبت .

(٣) فى نسخة قليج : جبادل ولا معنى له .

(٤) تقييد الحمى بالضرورات .

فصل

مصير ما حماه الرسول (ص)

٣٢٧٣- وما حماه النبي عليه السلام من الارض لحاجة وهى باقية لم يجز احيائها^(١) وان زالت الحاجة فمنهم من قال يجوز لان السبب زال ، ومنهم من قال لايجوز لان ماحكم به النبي (ص) نص فلا يجوز نقضه بالاجتهاد •

مصير ما حماه الإمام

٣٢٧٤- وفيما حماه الامام خلاف هل لمن بعده ان ينقضه ام لا ؟

فصل

أقصى مدة للتحجير

٣٢٧٥- ومن أقطعه الامام مواتا فعمره فيما بينه وبين ثلاث سنين ملكه وان جازت ثلاث سنين لم يملكه وعاد الى حكم الموات ، لان عمر قال لبلال بن الحرث انما أقطعت النبي عليه السلام العقيق لتعمره لا لتحجيره ثم انتزعه منه وردّه الى اصحاب رسول الله (ع) وقد روى انه قال : لا حق لمحتجر فوق ثلاث سنين ، ولان القصد عمارة الدار ونفع المسلمين بما يؤخذ من الارض من الحق •

فصل

خراجية أم عشرية؟

٣٢٧٦- واذا تم الملك بالاحياء فان شربت الارض بماء السماء فهى أرض عشر وان ساق الماء من أنهار المسلمين التى حفروها أو سقاها بماء المطر^(٢)

(١) فى النسختين احماؤها ولا يستقيم المعنى بذلك •

(٢) المقصود ما تجمع من ماء المطر فى أحواض •

أو ساق إليها الماء من بعض الأودية التي هي خلقة في الأرض لم ينشأ الكفار نحو دجلة والفرات فإن أبا يوسف يعتبر حال الأرض التي تحي والأرض التي فيها هذه الأنهار العظام فإن كانت في حيز أرض الخراج حكم بأنها خراجية ، وإن كانت في أرض العشر جعلها عشرية •

٣٢٧٧- وقال محمد تكون عشرية وإن كانت في حيز الخراج ومسقية من الأنهار التي في أرض الخراج •

٣٢٧٨- واتفقوا أنه إذا ساق إليها الماء من نهر كان في يد الكفار والأعاجم هم خسرو وانشأوه كنهر الملك^(١) ونهر الرقيل^(٢) وما جرى مجراهما من الأنهار فإن الأرض تكون أرض خراج لأن هذه انما وصلت إلينا بالغبلة وظهورنا عليها فتعلق حق الكافة بها ، وحق الكافة في الخراج دون العشر فيجب أن يوضع الخراج عليها •

فصل

بيع أرض الخراج

٣٢٧٩- وأرض الخراج يجوز بيعها عندنا وتجري في الموارث ، وهي أرض العراق •

٣٢٨٠- وقال الشافعي نفسه لا أدري ما صنع عمر رضي الله عنه في أرض السواد •

٣٢٨١- واختلف أصحابه في تفصيل مذهبه فمنهم من قال باعها والخراج

(١) فرع كبير من فروع الفرات كان ينتهي إلى دجلة جنوب بغداد ويعرف باسم نهر الملك أو نهر ملكا وكان هذا النهر يروي الجانب الغربي من المدائن (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد وأحمد سوسة ص ٢٤-٢٥) •

(٢) فرع من فروع الفرات عرف في العصر العباسي باسم نهر عيسى وعرف قبل العهد العربي باسم نهر الرقيل وكان هذا الفرع ينتهي إلى بغداد الغربية ويصب في دجلة والرقيل الذي ينسب إليه هذا النهر هو اسم دهقان من الفرس أسلم على يد سعد بن أبي وقاص (انظر بغداد للمرحوم مصطفى جواد وأحمد سوسة ص ٥ - ٦) •

نعم ، ومنهم من قال بل رقبها والخراج أجرة ، ولهم تفصيل طويل •
٣٢٨٢- والاصل فيه هو ما ذكرناه ، والصحيح عندنا انها مملوكة يجرى
فيها البيع لاتفاق العلماء في سائر الاعصار على جواز فعل ذلك •

فصل

حكم المياه

٣٢٨٣- والمياه عندنا على اصل الاباحة لاتملك الا بالاخذ ، ولا فرق عندنا
بين ما ينبع في ملك لرجل معين او احد من الاودية العظام •
٣٢٨٤- وقال اصحاب الشافعي : كل ما ينبع في ارض مملوكة فصاحب
الارض احق به لانه يملكه •
٣٢٨٥- ومن اصحابه من قال لا يملكه وانما لا يجوز لغيره ان يدخل ملكه
وكان هو احق به •

٣٢٧٦- والخلاف في كلاً نبت في الارض مثل ذلك •
٣٢٨٧- وعلى صاحب الارض بذل الماء للشرب وللحيوان ، ولا يجب للزراع
ولمن احتاج اليه الدخول الى ارضه واخذه ، لقوله عليه السلام : الناس شركاء
في ثلاث : الماء والكلاً والنار •

٣٢٨٨- وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلاً
للماشية وبذل الدلو والجبل ، وهذا لا يصح لانه عليه السلام نهى عن بيع
فضل الماء ، وقال عليه السلام :

- من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاً منعه الله تعالى فضل رحمته •
٣٢٨٩- ولا يلزمه بذله للزراع لانه لا حرمة له في نفسه ، والحيوان له
حرمة في نفسه ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، والماشية لو كانت
له لزمه سقيها ، وهذا كله اذا كان للماء فضل ، فان كان لا يفضل عن صاحبه
ويستضر بذله كان احق به •

فصل

٣٢٩٠- ولا يجوز بيع ماء في البئر ولا في النهر •

٣٢٩١- ومن اصحاب الشافعي من اجازته لانه غير مملوك للبائع ، ومن اخذه ملكه فلا يجوز بيعه كالصيد .

فصل

٣٢٩٢- واذا كان نهرا صغيرا لا يمكن سقي الارض منه الا بجبسه ، فان كانت الارض مستوية بدأ من سقيه اول النهر فحبس الماء حتى يسقي أرضه الى ان يبلغ الى الكعب ثم يرسله الى من يليه ، وعلى هذا الى ان ينتهي آخر الاراضي لما رواه عبادة بن الصامت^(١) ان النبي (ص) قضى في شرب من سيل ان للأعلى ان يشرب قبل الاسفل ويجعل الماء الى الكعب ثم يرسله الى اسفل الذي يليه كذلك حتى تنتهي الارضون^(٢) وما روى ان الزبير ورجلا من الانصار

(١) جاء في أسد الغابة (١٠٦/٣) عبادة بن الصامت بن قيس الانصاري الخزرجي أبو الوليد واهله قرية العين بنت عبادة بن نضلة .
شهد العقبة الاولى والثانية وكان نقيبا على القوافل ، آخى رسول الله بينه وبين أبي مرثد الغنوي وشهد بدرًا وأحدا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله (ص) واستعمله النبي على بعض الصدقات وقال له اتق الله لا تأتي يوم القيامة بيعير تحمله له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة لها نواج ، قال فوالذي بعثك بالحق لا أعمل على اثنين جمع القرآن على عهد الرسول وكان يعلم اهل الصفة القرآن ، ولما فتح المسلمون الشام ارسله عمر وارسل معه معاذ بن جبل وابا الدرداء ليعلموا الناس القرآن بالشام ويفقهوهم بالدين . وخالفه معاوية في شيء انكره عبادة فأغلظ له معاوية في القول فقال عبادة لا اسألك بأرض واحدة أبدا ورجل الى المدينة فكتب عمر الى معاوية لا أمرة لك عليه .

روى عنه جماعة من الصحابة والتابعين ، قال ابو الزاعي اول من تولى قضاء فلسطين عبادة بن الصامت ، وقد بايع عبادة رسول الله على أن لا يخاف في الحق لومة لائم : وقام في الشام خطيبا فقال :

أيها الناس انكم قد احدثتم بيوعا لا أدري ماهي ، الا أن الفضة بالفضة وزنا بوزن تبرها وعينها ، والذهب بالذهب وزنا بوزن تبره وعينه ، الا ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة اكثرها ، ولا يصلح نسيئته الا وان الحنطة بالحنطة مديا بمدى والشعير بالشعير مديا بمدى الا ولا بأس ببيع الحنطة بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد ولا يصلح نسيئته ، والتمر بالتمر مديا بمدى والملح بالملح مديا بمدى ومن زاد أو ازداد فقد اربى . وتوفى عبادة سنة اربع وثلاثين أو خمس واربعين بالرملة وقيل بالبيت المقدس .

(٢) أنظر الرقم ٢٠٦ من هذا الكتاب .

تنازعا في شراج يسقي بها الارض فقال الانصارى للزبير :

• سرح الماء •

فأبى الزبير فاختصما الى رسول الله (ص) فقال للزبير اسق أرضك ثم ارسل

الماء الى جارك •

فقال الانصارى :

• ان كان ابن عمك يارسول الله •

فتلون وجه النبي (ص) فقال :

• يازبير اسق أرضك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر •

فصل

٣٢٩٣- وان كانت الارض بعضها اعلى من بعض ولا يقف الماء في الارض

العالية الى الكعب حتى يقف في الارض المستغلة الى الوسط سقي المستغلة حتى

يبلغ الماء الى الكعب ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب •

فصل

٣٢٩٣٤- وليس لمن شق نهرا او حفر بئرا ان يجيء غيره فيأخذ ماءه بغير

إذنه لانه من مرافق ما احياه •

فصل

٣٢٩٥- واذا اشترك جماعة في استنباط عين او حفر نهر على ان يشتركوا

في الماء ، فان دخلوا على ان يتساووا في الماء تساووا في الاتفاق ، وان دخلوا على

التفاضل تفاضلوا في الاتفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة لانهم استفادوا

ذلك بالاتفاق فكان حقهم على قدر المؤونة •

فصل

السقي بالمهاياة

٣٢٩٦- فان أرادوا سقي أرضهم بالمهاياة يوما ويوما ، جاز ، وان أرادوا

قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الارض ويفتح فيها كل على قدر حقوقهم

فتمخرج حصة كل واحد منهم الى أرضه •

فصل

أخذ الماء قبل القسمة

٣٢٩٧- وإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل القسمة^(١) من ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه .

فصل

نصب رحي قبل القسمة

٣٢٩٨- وإن أراد أحد أن ينصب رحي قبل القسم وهي لا تضر ويديرها بالماء منع لانه يتصرف في حريم مشترك وحق مشترك .

فصل

سقي أرض أخرى

٣٢٩٩- وإن أراد أن يأخذ الماء ويسقي به أرضا أخرى ليس لها رسم شرب من هذا النهر فعنهم من قال ليس له ذلك لانه يجعل لنفسه شربا لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران في درين متلاصقين أن يفتح من احدهما بابا إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له .

٣٣٠٠- وهذا قول اصحاب الشافعي واحدى الروايتين عن اصحابنا .

٣٣٠١- ومن اصحابنا من قال له ذلك لانه يأخذ حقه فله أن يعيره وله أن يجمده (كذا) والا أدى إلى ضياعه .

٣٣٠٢- وقد ذكر الطحاوى فى مختصره كتاب القسمة ان الدارين ان كانا لساكن واحد جاز له الفتح والعبر من احدهما إلى الأخرى ، وإن كان الساكن لكل دار غير الآخر لم يجز^(١) .

(١) فى نسخة قليج : (المقسم) .

(١) والمثال الوارد فى مختصر الطحاوى هو مثال «من اصابه فى قسمته حجرة سفلا وعلوا من دار فأراد أن يفتح فى حائطها بابا من حجرة له سواها فى دار أخرى ليتطرق من تلك الحجرة فى هذه الدار لم يمنع مما يفعله فى حائطه ، ثم ينظر فإن كان ساكن الحجرتين واحدا لم يمنع من التطرق فى هذه الدار ، وإن كان ساكن الحجر التي من وراء هذه الدار غير ساكن الحجر التي وقعت له من هذه الدار لم يخل بينه وبين ذلك » . (ص ٤١٥ من المختصر المذكور) .

٣٣٠٣- وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يحكي ان هذه المسألة جرت بين الطبرى من أصحاب الشافعي والقاضي الصيمرى استأذنه رحمهما الله وطالبه بالحجة فقال الصيمرى : انما منع من ذلك لان الشفعة تستحق بالطريق في كل درب فلو اجزنا ذلك لآخذ بكل دار شفعة التى في الدرب الآخر ، وهذا لايجوز ، وقال في نقل الماء من أرض الى اخرى انما لم يجر لان التنازع اذا وقع في الماء قسم على عدد الجريان ويتبع الشروب فيضر باصحاب النهر الاخر .

فصل

اختلافهما في قسمة الماء

٣٣٠٤- واذا اختلفا في الماء وقسمته فان أصحابنا قالوا يقسم على مساحة الارض فيعطى كل أرض ما يخصها .
٣٣٠٥- وحكى ابو موسى الضيرير في مختصره ان من الفقهاء من قال يقسم على عدد الرؤوس كما قال في الشفعة .

فصل

اختلافهم في حريم النهر

٣٣٠٦- واذا اختلفا في حريم النهر لمن هو .
قال ابو حنيفة يكون لصاحب الارض لانه جزء منها ويكون تعبير الماء حقا عليه .
٣٣٠٧- وقال ابو يوسف ومحمد يكون لصاحب النهر حريما للملقى طينه .
٣٣٠٨- وكم يأخذ من كل جانب ؟
قال ابو يوسف مثل ذرع نصف بطن النهر وقال محمد مثل بطن النهر لانه لايمكن النفع به الا بحريم كالبر .
٣٣٠٩- وهو قول الشافعي في الحريم انه لصاحب النهر .

فصل

اختلافهم في الكرى

٣٣١٠- واذا اختلفا في الكرى في النهر فابو حنيفة يلزم الجميع بالحفر الى آخر ضيعة كل واحد ، فيكرى الاول حتى ينزل عن ضيعة ويسقط من الشركاء كانه لم يكن وكذلك أبدا الى آخر النهر .

٣٣١١- وقال أبو يوسف ومحمد يشتركون في الجميع من أوله الى آخره ،
لان الماء اذا قام افسد النهر .

فصل

كيفية الكري

٣٣١٢ - وكيف يكون الكرى ؟

يكون على قدر الجربان في قولهم جميعا .

٣٣١٣- واذا قد ذكرنا مايملك بغير عوض بفعل واحد وجب ذكر مايملك
بالشركة .

كتاب الشركة

جواز الشركة^(١)

- ٣٣١٤ - اعلم ان الشركة في الجملة جائزه
٣٣١٥ - وقد كانت في الجاهلية وسائر الشرائع ، وهي في الاسلام ثابتة .
٣٣١٦ - واقرهم النبي (ع) عليها .
٣٣١٧ - وقد روى ان اسامة بن شريك العقيلي (٢) اتى النبي (ص)
فقال له :
— أتعرفني
— فقال :
— وكيف لا اعرفك وقد كنت شريكى ، كنت نعم الشريك لا
تدارى ولا تبارى
٣٣١٨ - وقد اجازها سائر الفقهاء

(١) الشركة والشركة سواء: مخالطة الشريكين . يقال : اشركا بمعنى
تشاركا (لسان العرب) .

(٢) هكذا جعل السمناني نسبة اسامة الى بني عقيل أما اسد الغابة ففيه
(١ - ٦٦) ان اسامة بن شريك ثعلبي من ثعلبة بن سعد عداده في
أهل الكوفة . سمع اسامة يقول : اتيت النبي واصحابه كأننا على
رؤسهم الطير فجاءته الاعراب من جواثب يسألونه عن اشياء
بأس بها فقال رسول الله (ص) : عباد الله وضع الحرج او قال
رفع الحرج الا من اقترض امرأ عظيماً فذلك الذي حرج وهلك .

أنواع الشركات

٣٣١٩ - وهي على ضربين : شركة املاك وشركة عقود .

ما يصح فيه الشركة وما لا يصح

٣٣٢٠ - فالشركة تثبت في الملك بالمراث والوصايا والوقوف والهبات والغنيمة

وتصح في الاعيان والمنافع

٣٣٢١ - ولا تصح في استباحة البضع في النكاح ولا في ملك اليمين (١)

فصل

أنواع شركة العقود

٣٣٢٢ - وشركة العقود على ضربين :

١ - منها ما يصح بفعلها وهي الشركة في البيع والاجارة

٢ - ومنها ما يشتركان عليه فيما يبيعان ويشتريان وهي على اربعة اضرب :

٣٣٢٣ - شركة مفاوضة (٢) : وهي التي يعتبر في صحتها التساوي في المال

(١) اي ان الشركة في هذه الامور تعد باطلا لمخالفتها لاحكام الشرع الآمره والناهيه وبعبارة الفقه الوضعي الحديث لمخالفتها للنظام العام والاداب .

(٢) هي ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات (بداية المجتهد ٢/٢١٠) .

والصفات ، ولا تصح بين مسلم وذمى ، ولا حر وعبد ولا كبير
وصغير ، ولا يجوز ان يبقى لاحدهما من المال الناض (١) ما لا يدخل
في الشركة ،

٣٣٢٤ - ومتى زاد مال احدهما على الآخر فسدت الشركة وهذا قول
اصحابنا

٣٣٢٥ - وقال ابن ابي ليلى: ما يرثه احدهما او يوهب له او يحصل بسبب من
الاسباب فهو لهما ايضاً (٢)

(١) في النسختين النص .

(٢) الظاهر مما ذهب اليه ابن ابي ليلى ان المفاوضة ترجع الى عرف
جاهلي قديم هو التأخي بين شريكين بتوحيد ذمتها المالية ، وقد
كان نظام التأخي يقوم على اساس من اندماج عام في الذمة
والمسؤولية وكانت صيغته دمي دمك وهدمي هدمك ، وترثني
وارثك ، وحيث ان هذه الصورة من صور الشركات ترجع الى
اعراف بدائية في مجتمع قبلي يقوم على العصبية وسلطة ارباب
الأسر فقد استنكر هذه الشركة الشافعي وذهب الى أنها باطلة
لأنها تتنافي مع ما تقرر في الشرع الاسلامي من استقلال الذمم
ومن المسؤولية الفردية في الاموال وعن الافعال . وقد جاء في
بداية المجتهد (٢/٢١٠) «واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك
وابو حنيفة بالجمله على جوازها وان كان اختلفوا في بعض
شروطها ، وقال الشافعي لا تجوز . وجاء في كتاب الافصاح لابن
هبره (١/٢٥٧) « واختلفوا في شركة المفاوضه وشركة الوجوه
وشركة الابدان ، فقال ابو حنيفة تصح كلها ، وقال احمد كلها ،
صحيحة الا شركة المفاوضه فانها باطلة .

٣٣٢٦ - وقال الشافعي : ان لم تكن شركة المفاوضه باطلة فليس في الدنيا عقد باطل (١)

تكييف شركة المفاوضة

٣٣٢٧ - وهي عقد يتضمن الوكالة والكفالة من كل واحد منهما لصاحبه ، لأن تصرف الغير لا يجوز على غيره الا باذنه او ولائه عليه . وإذا لم يكن ولياً فهو وكيل وكفيل (٢)

٣٣٢٨ - ويكون كل ما يشتريه احدهما لهما وما يلزمه من العقود عليهما ، وما تلف بالنصب والاستهلاك عليها عند ابي حنيفة

٣٣٢٩ - وقال ابو يوسف يلزم المستهلك خاصة لأنه ليس من الشركة

٣٣٣٠ - وابو حنيفة يقول يصح ضمانه فدخل في الشركة

٣٣٣١ - وما تكفل احدهما من مال لزم صاحبه عند ابي حنيفة

٣٣٣٢ - وقال ابو يوسف يلزم الكفيل وحده

٣٣٣٣ - وما يشتريه احدهما من الطعام لنفسه القياس ان يكون لهما ، والاستحسان ان يكون لمن اشتراه لأنه يحتاج اليه فهو كالكسوة والزوجة

(١) علل ابن رشد قول الشافعي ببطان شركة المفاوضه بالغرر فاذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك هو الغرر ، ومما لا يجوز « (بداية المجتهد ٢ / ٢١٠) .

(٢) « راما مالك فيري ان كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده (بداية المجتهد ٢ / ٢١٠)

يكون له والقياس انه يصح ان يشتري للشركة فكان يجب دخوله فيها .

٣٣٢٤ - وقد روى عن ابي يوسف انها تصح بين المسلم والذمي

٣٣٢٥ - لأن الخمر مستثناة في حق اهل الذمة

فصل

شركة العنان

٣٣٢٦ - والضرب الثاني شركة العنان

وهي شركة أخص من الاولى

٣٣٣٧ - وقال مالك لا اعرف العنان

٣٣٣٨ - وتجوز عندنا مع تساوي الصفة واختلاف الصفة في العاقد والمعقود عليه من المال .

٣٣٣٩ - وتصح من المسلم والذمي والحر والعبد والصبي والبالغ

٣٣٤٠ - وتجوز ان يبقى لشريكه من المال الناض ما يفضل عن الشركة

٣٣٤١ - وتجوز مع خلط المال وغير خلطه (١)

(١) خلط المال معناه ان الشركة يكون لها جرثومة ذمة

فصل

ما يكره من شركة العنان

٣٣٤٢ - ويكره شركة المسلم للذمي لقول ابن عباس لا تشاركن يهودياً ولا نصرانياً ولا مجوسياً

٣٣٤٣ - قال ابو حمزة : قلت لم ؟ قال لأنهم ربون ، والربا لا يحل

فصل

ما تصح به الشركة

٣٣٤٤ - ولا تصح الشركة الا على الدراهم والدنانير ولا تصح على العروض

٣٣٤٥ - قال ابن ابي ليلى : تصح على العروض ايضاً

٣٣٤٦ - واختلفت الرواية في الفلوس اذ كانت نافقه : فهي في رواية مثل العين الذهب والفضة وفي الاخرى كالعروض لأن الدراهم والدنانير بها تعرف القيمة ويقوم المستهلك

فصل

حكم ماله مثل من العروض

٣٣٤٧ - واما العروض فعلى ضربين : منها ماله مثل وهو المكيل والموزون ، فاذا اشتركا على ذلك وخطاه جاز ذلك

٣٣٤٨ - وروى عن ابي يوسف انه لا يجوز

٣٣٤٩ - ولاصحاب الشافعي وجهان في جواز ذلك لأنها من ذوات الامثال كالذهب والفضة والثاني انها من غير جنس الاثان كالعروض

فصل

ما لا مثل له من العروض

٣٣٥٠ - والضرب الثاني ما لا مثل له كالحبوان والثياب ، وما له قيمة لا
لا تجوز الشركة عليه لأن القيمة تزيد وتنقص فلا يؤمن أن يأخذ
احدهما ما لصاحبه

فصل

الخلط

٣٣٥١ - والخلط غير شرط في صحة الشركة في الاثنان عندنا
٣٣٥٢ - وقال الشافعي هو شرط .

فصل

شرط وحدة جنس المالكين

٣٣٥٣ - واعتبر الشافعي في صحة العنان ان يكون مال احدهما من جنس مال
الآخر وعلى صفته ، فان كان مال احدهما دنائير والآخر دراهم
او مال احدهما صحاحاً والآخر قراضة ، او مال احدهما من سكة
ومال الآخر من سكة اخرى لم تصح الشركة .

فصل

التفاضل في الربح أو المال

٣٣٥٤ - ولا تصح الشركة عنده مع التساوي في المال ، والتفاضل في الربح
ولا التفاضل في المال والتساوي في الربح

٣٣٥٥ - وهو قول زفر

٣٣٥٦ - وقال أصحابنا تجوز في هذه الوجوه كلها اذا تساوت القيمة في النقود المختلفة

فصل

الربح والوضيعة

٣٣٥٧ - وقالوا : يكون الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر رأس المال

٣٣٥٨ - وقال الشافعي الجميع على قدر رأس المال

فصل

الوكالة دون الكفالة

٣٣٥٩ - وهي معقودة عندنا على الوكالة دون الكفالة لأنها لا تنقضي التساوي

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٦٠ - وهي مأخوذة من عنان الدابة وبهذا فارقت المفاوضة

قول علي في الربح والوضيعة

٣٣٦١ - وروى عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال :

الربح على ما شرطاه والوضيعة على رأس المال

٣٣٦٢ - ولأن ما جاز ان يستحق به الربح في المضاربة جاز ان يستحق به في

الشركة كالمال ، ولأن الوكالة تجوز على هذا الوجه فجازت الشركة

ولأنها مالان كأنها ربع العشر في جميع الأحوال كالجنس الواحد
والصفة الواحدة . وكونها لا يخلطان لم يمنع ان يكونا من جنس
الاثنان ، وبهذا فارق العروض

فصل

تفاضل المالين

٣٣٦٣ - اختلف اصحاب الشافعي هل تجوز مع تفاضل المالين في القدر ؟
على وجهين .

منهم من قال تصح

ومنهم من منع ذلك

٣٣٦٤ - والصحيح قالوا هو الاول ، وهو قولنا لأن المقصود بالشركة حاصل
مع التفاضل في القدر .

فصل

هلاك المالين أو أحدهما

٣٣٦٥ - واذا هلك المالان قبل الخلط أو أحدهما بطلت الشركة (١) لأنه
معقود عليه وقد فات كالمبيع اذا تلف في يد البائع

فصل

ما اشترياه على الشركة

٣٣٦٦ - وان اشترياه لأحد هدم شيئاً قبل الهلاك على الشركة فهو بينهما ويلزمهما

(١) لم يذكر حكم هلاك المالين بعد الخلط وقد ورد ذلك في تحفة
الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي

التمن بالخصص لأنها اشترى على الشركة وثبت الثمن عليها
جميعاً (١).

فصل

ما لكل شريك من التصرفات

٣٣٦٧ - ولكل واحد ان يتصرف في المال بغير اذن الآخر ، وقال الشافعي
ليس له ذلك

٣٣٦٨ - لأن هذا مقتضى الشركة وعادة التجار ، فحمل الأمر عليه

فصل

السفر بالمال وإيداعه

٣٣٦٩ - ويسافر بالمال ، ويودعه لمن أحب لأن هذا هو العادة

فصل

دفع مال شركة العنان مضاربة

٣٣٧٠ - وهل له ان يدفع ذلك مضاربة الى غيره ؟

قال في الأصل (٢) عن ابي حنيفة يجوز ذلك ، وقال الحسن عنه لا

(١) هنا ايضاً تظهر فكرة اعتبار الشركة شيئاً مستقلاً عن ذمم الشركاء ،

فمع ان الشركة عدت باطلا الا ان العقد الذي عقد لزوم الشركاء

لأنها قبل البطلان كانت جرثومه ذمة . وتبدو دقة عبارته ومدى

دالتها على ما نقوله في قوله « لأنها اشترى على الشركة » .

(٢) كتاب الاصل لمحمد بن الحسن الشيباني

يجوز بغير اذن شريكه لأن هذا شركة لغيرهما ، والصحيح هو الاول
لأن له ان يساجر من يعمل في المال بأجرة

فصل

شركة الأبدان والصنائع

- ٣٣٧١ - والضرب الثالث من الشركة شركة الابدان والصنائع
٣٣٧٢ - فهي جائزة عندنا انفقنا الصفة ام اختلفت
٣٣٧٣ - وقال زفر : ان اشتركا في عمل واحد جاز ، وان كان عملها مختلفاً
لم يجز كالخياط والقصار والحداد والاسكاف
٣٣٧٤ - وقال الشافعي لا تجوز شركة الابدان بحال
٣٣٧٥ - لقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم » ولأنها (١)
شركة يتعاقدونها الناس فصارت كالعنان
٣٣٧٦ - وقال الشافعي : اذا عملا وكسبا اخذ كل واحد اجرة عمله لأنه
بذل عمله فاختص بها
٣٣٧٧ - وقال في شركة المفاوضة : يأخذ كل واحد منها ربح ماله واجرة
عمله ، وكل واحد منها يضمن ما غصبه واشتراه دون صاحبه

فصل

شركة الوجوه

- ٣٣٧٨ - والضرب الرابع من الشركة شركة الوجوه ، وهي ان يعقدا الشركة
(١) في نسخة المعهد (لا) رهو غلط كما هو ظاهر من ضبط الكلمة في
نسخة قليج ومن سياق الكلام

على ان يشارك كل واحد منها صاحبه في ربح ما يشتريه بوجهه ،
فهذه شركة جائزة عندنا
٣٣٧٩ - وقال الشافعي باطلة

فصل

انعقادها على الوكالة

٣٣٨٠ - وهي منعقدة على الوكالة فيما يشتريه كل واحد منها لصاحبه وله ،
لأنها نوع شركة يتعامل عليها الناس كالعنان
٣٣٨١ - وقول من قال ان الشركة تبطل اذا هلك المال ، فاذا عقدها مع عدم
المال كان العقد باطلا لا يصح ، لأن الرجل لو وكل رجلا بأن يشتري
له متاعاً بهال معين فهلك بطلت الوكالة ، ولو وكله بشراء في الذمة
صحت الوكالة فكذلك ههنا رضي باثبات المال في ذمته

فصل

مأخذ التسمية

٣٣٨٢ - وانما سميت وجوه لأنه لا يشتري بالنسيئة الا من له قول صحيح
ووجه بين الناس

فصل

توزيع الربح

٣٣٨٣ - ويكون الربح بينهما على قدر ما دخل في ضمان كل واحد منها لأن
الربح يستحق اما بالمال او العمل او الضمان ، فالمال مجمع عليه في
شركة العنان ، والعمل في المضاربة ، والضمان فقد دل عليه الشرع لما
نهى عن ربح ما لم يضمن وهذا قد ضمن

فصل الاحتطاب والاحتشاش إلخ

٣٣٨٤ - ولا تجوز الشركة على الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لأن ذلك مباح لا يملك ، وانما يملك بالحيازة (١) فمن أخذه ملكه ولهذا لو وكل رجلا بأن يصطاد له لم يصح وكان ما يأخذه لنفسه ، ولكل واحد منها ما أخذه من الصيد والحطب والحشيش

فصل احتش أحدهما وأعانه الآخر

٣٣٨٥ - روان احتش أحدهما وأعانه الآخر فهو كله للذي احتش وللآخر أجر مثله لا يجاوز به أجر ما سمي في قول أبي يوسف
٣٣٨٦ - وقال محمد أجر مثله بالغ ما بلغ

فصل مسألة البغل والراوية

٣٣٨٧ - واذا كان لرجل بغل ولآخر راوية (٢) فاشتركا على ان يسقي الماء ويكون الكسب بينهما لم تصح الشركة ، ويكون الكسب كله للسقاء وعليه اجرة الراوية ان كان البغل له ، وان كانت الراوية له فاجرة البغل عليه .

(١) في عصرنا ينبغي ان تجوز الشركة على الاصطياد في البحار سفن خاصة لان ذلك يستلزم الشركة في العمل ورأس المال ولان العرف جرى به .

(٢) الراوية هي القربة

٣٣٨٨ - لأنها شركة على مباح فلم تصح كالعبيد

٣٣٨٩ - وقال اصحاب الشافعي :

واذا اخذ رجل من رجل جملاً ومن آخر راوية على ان يسقي الماء ويكون للكسب بينهم فقد قال الشافعي في موضع يجوز ، وقال في موضع آخر لا يجوز ، فمن اصحابه من قال ان كان الماء مملوكاً للسقاء فالكسب له ويرجع عليه صاحب الحمل والراوية باجرة المثل ، وان كان الماء مباحاً فالكسب بينهم اثلاثاً ، لأنه استغنى الماء على ان يكون بينهم فكان الكسب بينهم

٣٣٩٠ - ومنهم من قال : ان كان الماء مملوكاً للسقاء كان الكسب له

ويرجعان عليه بالاجرة ، وان كان مباحاً ففيه قولان :

احدهما يكون بينهم اثلاثاً لأنه اخذه على ان يكون بينهم فدخل في ملكه كما لو اشترى شيئاً منهم باذنهم ، والثاني ان الكسب للسقاء لأنه مباح اختص بحيازته ويرجعان عليه بأجر المثل لأنهما لم يبذلا منفعة الجملة والراوية فرجعا باجرة المثل

فصل

الشركة بين صاحب جمل وصاحب بغل

٣٣٩١ - وقد قال اصحابنا : لو ان رجلاً له جمل ولآخر بغل فاشتركا على

ان يحملا عليها المتاع ، ويكون الكسب بينهما نصفين فالشركة فاسدة ،

وما عمل كل واحد منهما لنفسه ، وان اختلط قسم على قدر اجرة كل

واحد منهما مثل المبيعين المختلفين يقسم الثمن عليهما

فصل

٣٣٩٢ - ولو تقبلا الحمل وحملا على الجمل والبغل قسم الأجر بينهما نصفين

لأنهما ضمنا ذلك بالسواء

فصل مشاركة المرتد

٣٢٩٣ - وإيهامات بطلت الشركة ، وكذلك اذا ارتد احدهما ولحق بالدار (١) ، لأن أمره قد بطل فبطلت الشركة

فصل تصرف المرتد

٣٢٩٤ - وهذا قول ابي حنيفة لأن تصرف المرتد موقوف عنده
٣٢٩٥ - وعند ابي يوسف تصرفه تصرف الصحيح ، وعند محمد تصرف المريض
٣٢٩٦ - ولو كان مكان الرجل امرأة فتصرفها جائز لأنها لا تقتل بالردة عندهم جميعاً

فصل الشريك أمين

٢٢٩٧ - والشريك أمين فيما في يده ، فان هلك المال من غيره فعليه فلا ضمان عليه لأنه أمر في الحفظ والتصرف ، وكاد الهالك في يده كالهالك في يد شريكه كالمودع

فصل

القول قول من في ادعاء الهلاك

٢٢٩٨ - وان ادعى الهلاك فالقول قوله لانه إمين كالمودع

(١) اي بدار الحرب

٣٣٩٩- وقال الشافعي :

ان كان بسبب ظاهر فالقول قوله بغير بينة في السبب ، فاذا اقام
البينة بالسبب فالقول قوله في الهلاك

٣٤٠٠- وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه ، لأنه يتعذر
اقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه

فصل

ادعاء الخيانة

٣٤٠١- واذا ادعى احدهما على آخر خيانة فانكر شريكه فالقول قوله لأن
لأن الأصل عدم الخيانة .

فصل

قرينة اليد

٣٤٠٢- وان كان في يده عين فادعى شريكه بان ذلك من مال الشركة ،
وادعى هو انه له فالقول قوله مع يمينه لان من في يده شيء فالظاهر
انه له (١) .

فصل

القول لمن فيما اشتراه الشريك

٣٤٤٣- وان اشترى شيئاً فيه ربح وادعى الشريك انه اشتراه للشركة ،

(١) هذه القاعدة الى التي صاغها الفقه الاسلامي ادق من قاعدة الحيازة في
المنقول سند الملكية في القوانين المدنية الوضعية لانها اشمل وابتعد عن
التماس المخرج بافراض السند .

وقال الذي في يديه : انما اشتريته لنفسي او اشترى شيئاً فيه خسارة فادعى الشريك انه اشتراه لنفسه وقال هو انما اشتريته للشركة فالقول قوله مع يمينه لأنه اعترف بعقده ونيته .

فصل

الشركة عقد غير لازم

٣٤٠٤ - والشركة عقد جائز غير لازم وايهما فسخ الشركة انفسخ بينهما جميعاً .

فصل

اشترى جارية للوطء بإذن

٣٤٠٥ - واذا اشترى احد المتفاوضين جارية لوطئها باذن شريكه جاز ، واذا ادى الثمن من مال الشركة يكون شريكه متطوعاً في نصيبه ولا يرجع بشيء عليه في قول ابي حنيفة ، وعندهما لشريكه ان يرجع عليه بنصف الثمن ، ويكون اذن الشريك على وجه القرض

فصل

رجوعه بنصف ثمن الطعام

٣٤٠٦ - وانفقوا انه يرجع في الطعام إذا اشتراه لعياله بنصف الثمن ، ذكره في الجامع الصغير .

فصل

تأخير الدين

٣٤٠٧ - والدين اذا كانا متفاوضين فأختر احدهما الدين تأخر في حقه وحق شريكه سواء اقال له اعمل برأيك او لم يقل ، وفي شركة العنان اذا أخر ان قال احدهما لصاحبه اعمل برأيك فهو مثل المتفاوضة يجوز تأخيره في الكل ، وان لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل فيه برأيك فاذا كان هو الذي تولى العقد جاز تأخيره في الكل ، وان كان صاحبه تولى العقد أو كلاهما لم يحجز تأخيره في نصيبه ولا نصيب شريكه عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه ويضمن حصصة شريكه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز في قول أبي يوسف ، وهو مثل اختلاف الوكيل اذا حط أو أبرأه أو أخره .

٣٤٠٨ - ولو كان تولى العقد احدهما او كلاهما فان في قول أبي حنيفة لا يجوز في شيء وفي قولهما يجوز في نصيبه خاصة .

فصل

الآثار المروية في المضاربة

٣٤٠٩ - ومساائل الشركة كثيرة وفيها كل عجب واذ قد ذكرنا شركة المال من الطرفين وجب ذكر شركه المال من احدهما .

كتاب المضاربة

وهذا كتاب المضاربة

المضاربة والقراض

٣٤١٠- ترجم اصحابنا هذا الكتاب بالمضاربة وقال اهل الحجاز يترجم بالقراض ، والضرب مشتق من الضرب في الأرض .

فصل

الآثار الواردة في المضاربة

٣٤١١- وقدروى عن عائشة رحمها الله أنها دفعت مال ايتام عندها مضاربة

٣٤١٢- وكان العباس رحمه الله اذا دفع الى رجل مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسافر به في بر ولا بحر ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، وان فعل شيئاً من ذلك فضمن فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فاجازه (١) .

(١) هذا مثال لتعامل العرب في الجاهلية في التجارة وما كانوا يشترطونه من شروط في عقد المضاربة وقد كان اقتران العقد بالشرط جائزاً في اعرافهم فقد جاء في كتاب انساب الاشراف للبلاذرى (قول الافعى الجرمي) احد محكمي العرب في الجاهلية «الشرط املك» وكان قوله هذا بصدد عقد زواج اقترن باكثر من شرط

فصل أحكام المضاربة

٣٤١٣ - وعقد المضاربة له أحكام : فقبل التصرف فيه يكون المال أمانة كالوديعة لأنه قبض بأذن صاحبه لا على وجه التملك والوثيقة .

فصل

٣٤١٤ - وإذا اشترى به فهو وكالة لأنه تصرف في مال غيره بأذنه وإذا ربح صار شريكاً لأنه ملك جزءاً من المال

فصل

المضاربة الفاسدة

٣٤١٥ - وإذا فسد العقد صار اجارة لأن الواجب اجر المثل وهذا يجب في الاجارة .

فصل

مخالفة العامل

٣٤١٦ - وإذا خالف صار غاصباً لأنه يتصرف في مال غيره بغير اذنه

فصل

عقد على مال وعمل

٣٤١٧ - وهي عقد على مال من أحد الجانبين وعلى عمل من الجانب الآخر ، وبهذا خالفت الشركة

فصل

شرط الربح

٣٤١٨ - ولا بد من شرط الربح فيها ، لأنه ان شرط الربح لرب المال كان ذلك بضاعة وان شرط للعامل كان قرضاً

٣٤١٩ - وقال الشافعي يكون مضاربة فاسدة ، فالتملك يتعقد به البيع والهبة

فصل

في العروض

٣٤٢٠ - ولا تنعقد على العروض

٣٤٢١ - وبه قال الشافعي

٣٤٢٢ - وقال ابن أبي ليلى تنعقد

٣٤٢٣ - لأن القيمة مختلفة فيؤدي الى أخذ جزء من رأس المال ونصيب العامل

فصل

مال معلوم

٣٤٢٤ - ولا تجوز الا على مال معلوم الوزن والقدر والصفة .

٣٤٢٥ - فإن قارضه على دراهم جزفاً لم يصح لأنه يقتضي رد رأس المال فاذا كان مجهولاً لا يلزم ما يرد فبطل العقد

فصل

دفع إليه كيسين أحدهما مضاربة والآخر وديعة

٣٤٢٦ - واختلف فيه اذا دفع اليه كيسين في كل واحد الف درهم فقال

اعمل باحدهما مضاربة والآخر وديعة عندك .

فنههم من قال يصح لأنها متساويان معلومان ، ومنهم من قال لا

يصح لأنه لم يبين مال المضاربة من الوديعة

فصل

المضاربة في مال الوديعة

٣٤٢٧ - وإذا كان عند رجل وديعة فقال له المالك اعمل بها مضاربة جاز

لأن المال بيده معلوم العدد والصفة .

فصل

المضاربة في المغصوب

٣٤٢٨ - وان كانت الالف مغصوبة عنده فنههم من قال تصح المضاربة

كالوديعة ، ومنهم من قال لا تصح لأنه مقبوض قبض ضمان

فلا يصير مقبوضاً قبض أمانه ، والاول عندنا اصح

فصل

على جزء من الربح معلوم

٣٤٢٩ - ولا تصح الا على جزء من الربح معلوم ، فإن كان غير معلوم لم تصح

لأنه يقع على القليل والكثير

فصل

عند عدم اشتراط الربح

٣٤٣٠ - واذا لم يشترط الربح لم يكن العقد مضاربة بل بضاعة او قرصاً .

فصل

بالدراهم المغشوشة

٣٤٣١ - وتصح بالدراهم المغشوشة لأن التعامل يصح بها كالجباد

٣٤٣٢ - وقال الشافعي لا تصح لأنها مغشوشة كما لو كان الغش اكثر

فصل

المضاربة بثمر الثوب

٣٤٣٣ - وان اعطاه ثوباً وقال له بعه واعمل بثمره مضاربة جاز

٣٤٣٤ - وقال الشافعي لا يجوز

٣٤٣٥ - لأنه وكله ببيع الثوب وان يشتري بثمره غيره فجاز كالوكيل

فصل

شيوخ الربح

٣٤٣٦ - ولا يجوز حتى يكون الربح بينهما مشاعاً فان سمي لاحدهما دراهم

مساة لم يجز ، لأنه يجوز ان لا يربح غير ذلك فيؤدي الى ان يتفرد

احدهما بالربح كله

فصل

الشروط الفاسدة

٣٤٣٧ - والشروط الفاسدة التي تؤدي الى جهالة الربح تفسد المضاربة ، لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه توجب الفساد

فصل

شرط الوضعية

٣٤٣٨ - وما لا يؤدي الى جهالة الربح كشرط الوضعية ان يكون عليها لا يمنع الصحة ويكون على رب المال ، لأن من شرط الوضعية ان يكون على رب المال فلا تلزم غيره

فصل

استحقاق العامل الربح

٣٤٣٩ - ولا يستحق العامل الربح الا بالشرط لأن رب المال يستحق الربح لأنه ناء ماله ، فلا يفتقر الى شرط ، ولهذا اذا فسدت كان جميع الربح لسه

٣٤٤٠ - والمضارب لا يستحق الا في سقابلة عمله ، وذلك لا يتقوم الا بالعقد

فصل

مقدار حصة العامل

٣٤٤١ - واي جزء شرط للعامل من النصف والثلث وما زاد ونقص جاز

لأنه يستحقه بالشرط ، فلا فرق بين القليل والكثير

فصل

الربح بيننا

٣٤٤٢ - وان قال رب المال على ان يكون الربح بيننا : فمنهم من قال لا يصح لأنه مجهول لأنه يقع على التساوي والتفاضل ، ومنهم من قال يصح ، وهو الصحيح لأن الاضافه تقتضي التساوي كما لو (قال) هذه الدار لزيد ولعمرو

فصل

لي نصف الربح

٣٤٤٣ - ولو قال على ان لي نصف الربح ، اعني رب المال ، فالقياس ان لا يصح لأنه ذكر حقه وسكت عن الباقي ، وهو يستحقه مع السكوت فلم يصح ، والاستحسان ان يصح ويكون بينهما نصفين ، لأن الربح بينهما

٣٤٤٤ - فاذا ذكر نصيب نفسه حمل الباقي على انه للشريك كما قال تعالى : « وورثه ابواه فللمه الثلث » دل على ان الباقي للاب .

٣٤٤٥ - ولاصحاب الشافعي وجهان : احجها انه لا يصح لأن الربح كله لرب المال ، ولم يذكر العامل

فصل

لك النصف

٣٤٤٦- وان قال على ان لك النصف صح عندنا لأن مال رب المال لا يحتاج الى شرط ، وانما يحتاج العامل الى ذلك ، والباقي يبقى على رب المال ، وهذا هو الصحيح عند اصحاب الشافعي
٣٤٤٧- ومنهم من قال لا يصح لأنه لم يبين ما لرب المال

فصل

لك النصف ولي الثلث

٣٤٤٨- وعلى هذا الأصل لو قال : لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس كان لرب المال لأنه ثبت الجميع له مع السكوت

فصل

فضل الله بيننا

٣٤٤٩- ولو دفع المال وقال :

اشتر به فما كان من فضل الله فهو بيننا ، فإن ذلك مضاربة استحساناً ، لأن الفضل لا يحصل الا بالبيع ، والقياس ان لا يكون مضاربة لأنه لم يذكر البيع والشراء

فصل

تسلم مال المضاربة

٣٤٥٠- ولا بد من تسليم المال الى المضارب ، وزوال يد رب المال عنه ، لأنه

أمانة فلا يتم بغير قبض كالوديعة ، وبهذا فارقت الرزمة

فصل

المضاربة المطلقة والمقيدة

٣٤٥١ - وتجوز المضاربة مطلقة ومقيدة بمدة معينة

٣٤٥٢ - ومن اصحاب الشافعي من قال :

لا تجوز بشرط المدة فيه لأنه تجوز مطلقاً فلا تجوز مؤقتاً كالنكاح والبيع .

٣٤٥٣ - ومنهم من قال انه عقد الي مدة على ان لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح ، وان عقدها على مدة على ان لا يشتري بعدها صح ، لأنه يملك البيع بعدها

فصل

التعميم والتخصيص في المضاربة

٣٤٥٤ - ويجوز عندنا ان يعم بها سائر التجارات وسائر الاشخاص ، ويجوز ان يخصها بنوع دون نوع ، وان يشتري من رجل بعينه ، وبأن لا يبيع الا في سوق بعينه

٣٤٥٥ - وقال الشافعي لا تصح الا على التجارة من جنس يعم ، كالشباب والطعام والفاكهة في وقتها ، فان عقدها على ما لا يعم كالياقوت الاحمر والحلبلق ، والتجارة في سلعة بعينها لم يصح

٣٤٥٦ - لأن الوكالة تصح على هذا الوجه فكذلك المضاربة كما لو عمم

فصل

ما يتولاه العامل

٣٤٥٧ - وعلى العامل ان يتولى ما جرت العادة به كالنشر والطى والاحباب والقبول ووزن الثمن وما خف كالعود والمسك لان العادة جرت بذلك بين التجار

فصل

التقاضي

٣٤٥٨ - وان سرق المال منه او غصب فله ان يخاصم فيه للغاصب والسارق لأن التجارة تقتضي حفظ المال
٣٤٥٩ - وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي ومنهم من قال ليس له الخصومة لأنها معقودة على التجارة فلا تدخل فيها الخصومة

فصل

دفع المضارب المال مضاربة

٣٤٦٠ - وليس له ان يدفع المال مضاربة الا ان يقول له اعمل برأيك ، فان فعل ضمن وهو قول الشافعي وقولنا

فصل

الخلاف في كتاب المضاربة

٣٤٦١ - والخلاف في كتاب المضاربة عند اصحابنا يتفرع على اربع مسائل

٣٤٦٢ - احدها ان رجلاً لو دفع الى آخر مضاربة بالنصف ثم زاده سدس الربح فان كان ذلك قبل القسمة جازت الزيادة والخط في قولهم جميعاً ، وان كان بعد القسمة تجوز الزيادة والخط في قول الى يوسف .

وعند محمد يجوز الخط ولا تجوز الزيادة .

فصل

حساب الهالك من الربح

٣٤٦٣ - والثانية ان يدفع الفاً مضاربة فعمل بها من ربح الفاً ، ثم دفع اليه الفاً اخرى بالثلث وأمره ان يعمل فيها برأيه ، فخلط خمسمائة من الألف الثاني بالاول فصارت الفين وخمسمائة ، فهلك من الجملة الف فابو يوسف يجعل الهالك كله من الربح ، ويقال هو قول ابي حنيفة .

٣٤٦٤ - وقال محمد يهلك من المالكين جميعاً اربعة اخماسه من الاول وخمسه من الباقي قياساً على ما قالوا في كتاب الايمان اذا اطعم عشرة مساكين صاعاً جاز في قول محمد ويجعل بمنزلة كفارتين مختلفتين ، وأبو حنيفة وأبو يوسف يجعلان ذلك بمنزلة كفارة واحدة .

فصل

٣٤٦٥ - والثالثة اذا استأجر اجيراً ثم دفع الى الاجير الف درهم مضاربة في قول محمد جازت المضاربة والربح على ما شرطاه ، ويرجع الآخر بمقدار ما عمل من المضاربة .

فصل

٣٤٦٦- والرابعة ان رجلا لو دفع الى رجل ألفاً مضاربة ، فاشترى بالالف ثيابا ثم استقرض مائة درهم ثم اكترى بها بغالا تحمل الثياب ، ثم اراد ان يبيعها مرابحة قال في الكتاب يبيعها مرابحة على الف ومائة ، وحصة الهالك للمضارب ، وقيل هو قول ابي حنيفة ، وعندهما لا يبيع الا بالف والمضارب منطوع

فصل

اشترى من يعتق عليه

٣٤٦٧- واذا اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء ، واذا ظهر في المال ربح عتق عليه .
ومن اصحاب الشافعي من قال لا يصح الشراء ولا يعتق لانه لا يملك بظهور الربح في احد القولين :

فصل

اشترى زوج المرأة

٣٤٦٨- ولو اشترى زوج المرأة صح الشراء وبطل النكاح وقال الشافعي لا يصح الشراء لانه يضر رب المال .
وكذلك المأذون اذا اشترى الى مولاه جاز ، وعتق عليه ان لم يكن عليه دين خلافه لا يصح

فصل

ضياع المال في المضاربة الفاسدة

٣٤٦٩ - وحكى الطحاوى في المختصر (١) ان المال اذا ضاع في المضاربة الفاسدة فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة ، وقالوا عليه الضمان .

٣٤٧٠ - لانه قبض على وجه الامانة

فصل

السفر بمال المضاربة

٣٤٧١ - وقال في المختصر ايضاً

وللعامل ان يسافر بمال المضاربة حيث شاء من بر وبحر رواه محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة (٢) .

٣٤٧٢ - وروى اصحاب الامالي عن ابي يوسف عنه ، انه ليس له ان يسافر به .

(١) عبارة الطحاوى في مختصره (ص ١٢٥) هي : والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها ، وان ضاع منه المال وهو على ذلك ، ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة ، وبه نأخذ ، وعليه الضمان في قول ابي يوسف ومحمد .

(٢) وفي المختصر المذكور بعد ما تقدم : « قال : وهو قول ابي يوسف وقولنا ، وبه نأخذ .

٣٤٧٣ - وقال أبو يوسف من رأيه (١) له أن يسافر به نحو (٢) قطربل (٣) من بغداد .

٣٤٧٤ - وإذا خالف وضمن وربح يتصدق بالربح عند أبي حنيفة .

(١) الضمير يعود الى أبي حنيفة

(٢) في عبارة مختصر الطحاوي (ص ١٢٥) « وقال أبو يوسف من رأيه أن يسافر به الى الموضع الذي يقدر على الرجوع منه الى أهله فبييت فيهم كنحو قطربل من بغداد .

(٣) جاء في معجم البلدان لياقوت الحموي (مجلد ٤ ص ٣٧١) أن « قطربل (بالضم ثم السكون ثم فتح الراء وباء موحده مشددة مضمومة ولام ، وقد روى بفتح اوله وطائه ، ، وأما الباء فشددة مضمومة في الروايتين) وهي كلمة اعجمية اسم قرية بين بغداد وعكبرا » . وعلق صفي الدين عبدالمؤمن بن عبدالحق البغدادي مصنف كتاب مراصد الاطلاع على اسماء الاماكن والبقاع وهو مختصر معجم البلدان لياقوت (ص ١١٠٦) بقوله :

« قلت : بين بغداد والمرزقة ، لأن عكبرا من الجانب الشرقي وهي في الغربي وبينهما غراسخ ، وجاء في المرجع الاول أن قطربل « ينسب اليها الخمر ، وما زالت منتزها للبطلين وحنانة للخمارين ، وقد أكثر الشعراء من ذكرها ، وقيل هو اسم لطسوج من طساسيج بغداد ، أي كورة ، فما كان من شرقي الصراة فهو بادوريا وما كان من غربها فهو قطربل ... ومقابل مدينة آمد بديار بكر قرية يقال لها قطربل ، تباع فيها الخمر ايضاً » .

٣٤٧٥- وقال ابو يوسف ومجد لا يتصدق به لأنه يضمه .

فصل

أجر مثل العامل في المضاربة الفاسدة

٣٤٧٦- وللعامل في المضاربة الفاسدة أجر مثله وان لم يربح ، ومنهم من قال لا شيء له اذا لم يربح ، لأن عمله مشروط في الربح .

فصل

نفقة العامل في المضاربة إذا سافر بها

٣٤٧٧- وإذا اذن له في السفر عند الشافعي او بغير اذن عندنا في رواية الجواز ، فنفقته في مال المضاربة عندنا

٣٤٧٨- وللشافعي قولان أحدهما مثل قولنا والثاني لا نفقة له

٣٤٧٩- وفي كيفية النفقة وجهان :

أحدهما جميع النفقة

والثاني ما زاد على نفقة الإقامة لأن ذلك لزمه لأجل السفر

فصل

اختلافهما في التلف والخيانة

٣٤٨٠- وإذا اختلفا في تلف المال او الخيانة فالقول قول العامل لأنه أمين فكان القول قوله .

فصل

اختلافهما في رد المال

- ٣٤٨١ - وإذا اختلفا في رد المال فادعا العامل الرد وانكره رب المال فالقول قول العامل لأنه أمين
- ٣٤٨٢ - ولا صحاب الشافعي وجهان أحدهما هذا والثاني لا يقبل لأنه قبض لمنفعة نفسه .

فصل

اختلافهما في السهم المشروط

- ٣٤٨٣ - وإن اختلفا في قدر السهم المشروط ، فادعى العامل النصف ، وقال رب المال الثلث ، فالقول قول رب المال عند أصحابنا الثلاثة ، لأنه لو انكر الربح رأسا كان القول قوله ، فكذلك قدره
- ٣٤٨٤ - وقال زفر القول قول العامل لأنها اتفقا على أنه يستحق المضاربة ، وظاهر الحال التساوي فكان القول قوله
- ٣٤٨٥ - وقال الشافعي بتحالفان لأنها اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين

فصل

اختلافهما في قدر رأس المال

- ٣٤٨٦ - ولو اختلفا في قدر رأس المال فقال رب المال هو الفان ولك ثلث

الربح ، وقال العامل بل الف وشرطه لي النصف وفي يد المضارب
الفان فالقول قول رب المال في شرط الربح ، والقول قول
المضارب في قدر رأس المال

٣٤٨٧ - وقال زفر القول قول رب المال في الوجهين

٣٤٨٨ - وقد قال أبو حنيفة أولا بان القول قول القابض فيما قبض لأنه لو
انكر القبض رأساً كان القول قوله ، فكذا اذا أقر بقبض شيء ،
وزفر يقول الربح مستفاد من أصل رأس المال .

٣٤٨٩ - ولو اتفقا ان جملة المال مضاربة ، وادعى العامل في المضاربة
استحقاقاً منها ، ونفاه المالك ، فالقول قوله ، وفرقوا بين هذا وبين
قوله بعض هذين الالفين لي خلطته بها او بضاعة في يدي ،
لأنهما لم يتفقا ان الجميع من مال المضاربة ولم يعترف لرب المال
الا بهذا القدر فكان القول قوله

٣٤٩٠ - وقال الشافعي : ان لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن
الأصل عدم القبض ، وان كان فيه ربح ففيه وجهان : أحدهما ان
القول قول العامل لما ذكرناه والثاني يتحالفان لأنها اختلفا فيما
يستحقان من الربح

فصل

٣٤٩١ - وان كان في المال عبد فقال رب المال اشتريته للمضاربة ، وقال
العامل اشتريته لنفسي ، او قال رب المال اشتريته لنفسك ، وقال
العامل للمضاربة فالقول قول العامل لأنه أمين فيما يخبر به

- ٣٤٩٢- وان اقاما جميعاً بينة فالبينة بينة رب المال ان ادعاه للمضاربة
٣٤٩٣- ومن اصحاب الشافعي من قال لا يحكم ببينة رب المال لأنه يجوز
ان يشتري لنفسه بال المضاربة على وجه التمدي فلا تكون للمضاربة

فصل

اختلافهما في تعيين البلد

- ٣٤٩٤- وان اختلفا : فقال : أمرتك بأن تشتري الحنطة خاصة ، وقال
العامل لم تخص شيئاً فالقول قول العامل لأنه يدعي مطلق الأذن
والتصرف ، والأصل العموم .
٣٤٩٥- وان اتفقا على الخصوص : فقال احدهما أمرتك بالبر ، وقال الآخر
بالطعام فالقول قول رب المال عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد .
٣٤٩٦- وقال زفر القول قول رب المال في الفصلين جميعاً ، لان الأذن
يستفاد من جهته ، فكان القول قوله

فصل

- ٣٤٩٧- وان كان في المال عبد فقال رب المال نهيتك عن شرائه ، وانكر
العامل ، فالقول قول العامل لانه دحوى خيانة عليه . فكان القول
قوله فيما قال

فصل

اختلافهما في العموم والخصوص

- ٣٤٩٨- ولو اختلفا فقال : أمرتك ان تعمل به في بلد كذا ، وقال العامل

بل لم تعين لي بلداً فالقول قول العامل على الرواية التي تقول له السفر
بالمال بمطلق العقد

٣٤٩٩ - وعند زفر القول قول رب المال في ذلك

فصل

بطلان المضاربة بالموت

٣٥٠٠ - وهي عقد غير لازم وتبطل بموت كل واحد منهما ، وليس لرب
المال ان يعزل العامل بغير علمه ، كما ليس له ان يعزل الوكيل
٣٥٠١ - خلاف الشافعي له ذلك .

فصل

بيع ما اشتراه من رب المال

٣٥٠٢ - واذا اشترى المضارب شيئاً فباعه من رب المال ، او رب المال باع
المضارب شيئاً فالبيع جائز لان الملك له ،
٣٥٠٣ - وقال زفر البيع باطل لانه يصير مشترياً لماله بما له

فصل

٣٥٠٤ - ولو ان المضارب دفع مال المضاربة الى غريم مضاربة بغير اذن
رب المال ، فهلك المال في يديه قبل ان يعمل فلا ضمان عليه
٣٥٠٥ - وقال زفر يضمن

٣٥٠٦- وعن أبي حنيفة انه قال (لا يضمن (١) ، وان هلك بعد العمل ما لم يربح فيه

فصل

ادعاء العامل الغلط فيما أقربه من ربح

٣٥٠٧- واذا قال المضارب ربحت الفأ ، وادعى انه غلط فيه ، او اظهر ذلك خوفاً من نزع المال من يده لم يقبل منه لان هذا رجوع عن اقراره بهال لغيره فلم يقبل في حصة الآخر

٣٥٠٨- والمضاربة من امهات الكتب ولا يمكن ذكر كل مسائلها (٢) واذا قد ذكرنا المضاربة وكان المأذون يتصرف عن الغير ، ويشبهه المضارب وجب ذكره

× × ×

(١) في النسختين بضممتين والسياق ما اثبتاه ؟

(٢) كانت هذه العبارة واردة بعد الفصل المعنون ببطلان المضاربة بالموت وقد نقلناها الى هذا الموضع لمناسبة ذكرها ههنا بعد ختام بحث المضاربة

كتاب المأذون له في التجارة

جواز الإذن للعبد في التجارة

٣٥٠٩ - اعلم ان الاذن للعبد العاقل في التجارة جائز ، والاصل فيه ان العباس
رضي الله عنه كان له عشرة اعبد مع كل عبد عشرة آلاف
يتجرون له (١)

٣٥١٠ - وقد روى عنه عليه السلام انه كان يقبل دعوة المملوك ، ولا يجوز
ان يجيب دعوة المحجور عليه فينبغي ان تكون دعوة المأذون

فصل

جواز الإذن للعبد البالغ والصبي العاقل

٣٥١١ - ويصح الاذن للبالغ من العبد ، ومن يعقل من الصبيان .
٣٥١٢ - وقال الشافعي لا يصح الاذن للصبي في التجارة لان قوله يقبل
في التجارة
٣٥١٣ - لان قوله يقبل في الهدية والاذن في دخول الدار فصيح الاذن له
كالبالغ وعكسه المجنون

فصل

الإذن العام

٣٥١٤ - ويجوز الاذن له على العموم وفي سائر التجارات ، وهو فك للحجر
عندنا لانه يتصرف لنفسه ولا يرجع على مولاه فيما يلزمه ، وهو
(١) هذا معناه ان نظام الاذن للعبد في التجارة يرقى الى اعراف العرب
قبل الاسلام .

مخالف للمصارب والوكيل في التصرف ، لانها رجعتان على
الآمر ، وهذا لا خلاف فيه

فصل

الإذن في نوع من التجارة أو في زمان معين

٣٥١٥ - وإذا اذن له في نوع من التجارة فهو مأذون له في كل نوع

٣٥١٦ - وقال زفر يختص تصرفه بما اذن له فيه ، وهو قول الشافعي

٣٥١٧ - وكذلك الخلاف إذا اذن له في زمان بعينه فهو مأذون في جميع
الازمان والاماكن

٣٥١٨ - خلافها يصير محجوزاً عليه بعد المدة .

٣٥١٩ - لأنه فك حجره اذن .

فصل

هل للمأذون له دعوة التجار؟

٣٥٢٠ - وإذا رآه يبيع ويشترى ولم ينكر عليه فهو مأذون له عندنا .

٣٥٢١ - خلاف زفر والشافعي .

٣٥٢٢ - وهو القياس ، لأن السكوت لا يبدل على الاذن ، وإنما جعلناه اذناً

لأن تصرف العبد لا يحتاج الى اذن ، بل يحتاج الى امساك المولى عنه ،
والاذن امر زائد على الامساك لأنه يتصرف لنفسه .

فصل

إجارته نفسه

٣٥٢٣ - ويصح أن يؤجر نفسه عندنا ، ولا يجوز عند الشافعي .

٣٥٢٤ - لأنه استفاد التصرف بأذن المولى كالمكاتب .

٣٥٢٥ - ويتخذ الدعوة للتجار

٣٥٢٦ - خلاف الشافعي لا يجوز

٣٥٢٧ - لأن العادة جارية بذلك للتجار .

فصل

إباق المأذون

٣٥٢٨ - وإذا ابق المأذون صار مجبوراً عليه عندنا

٣٥٢٩ - خلاف الشافعي

٣٥٣٠ - لأنه امتنع تصرف المولى فيه ، وصار في يد نفسه فبطل الاذن .

فصل

شراؤه في الذمة بغير إذن

٣٥٣١ - ويجوز أن يأذن المأذون لعبده

٣٥٣٢ - وقالوا في المضاربة يجوز ان يأذن لعبد المضاربة .

٣٥٣٣ - وروى هشام عن محمد انه لا يجوز لأنه دون تصرف المأذون فلا يصح اذنه .

فصل

٣٥٣٥ - ولا يجوز أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعه مستحقة له فلا يملك التصرف فيها .

فصل

رد المبيع

٣٥٣٦ - وإذا اشترى شيئاً في الذمة بغير إذن وقف على اجازة المولى ، لأنه عقد معاوضة فلا يصح بغير إذن مولاه كالنكاح

٣٥٣٧ - وقال بعض اصحاب الشافعي يصح .

٣٥٣٨ - لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس .

٣٥٣٩ - ومن اصحابه من قال : يصح الشراء ويدخل في ملك المولى لأنه كسب للعبد ، فكان للمولى كما لو احتش .

٣٥٤٠ - قالوا ويثبت الثمن في ذمته ، فان علم البائع طالب بعد العتق ، لأنه رضى بذمته وان كان لا يعلم فهو بالخيار بين ان يصبر وبين ان يفسخ .

فصل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤١ - ويجب رد المبيع عندنا ، وعند من قال لا يصح منهم لأنه مقبوض عن بيع فاسد .

فصل

صلاحية المأذون في التصرف

٣٥٤٢ - ويبيع بالنقد والنسيئة وفي الحضر والسفر لأنه فك للحجر .

٣٥٤٣ - خلاف الشافعي لا يملك شيئاً من ذلك .

فصل

شراؤه من يعتق على مولاه

٣٥٤٤ - وإذا اشترى من يعتق على مولاه صح شراؤه ، ويعتق عليه ، ان

لم يكن عليه دين ، عند أبي حنيفة .

٣٥٤٥ - وللشافعي قولان في صحة الشراء .

فصل

إذن الأب والوصي للصبي

٣٥٤٦ - وإذن الأب والوصي للصبي جائز ويملك التصرف في التجارات

كلها ، وله ان يبيع ما ورثه من أبيه في رواية .

٣٥٤٧ - وروى عن أبي حنيفة انه لا يجوز له إلا فيما يكون من تجارته

وما دخل تحت الاذن وقال الشافعي لا يصح .

فصل

تصرفات الصبي المحجور

٣٥٤٨ - وإذا باع الصبي المحجور عليه شيئاً أو اشتراه أو تزوج أو فعل ذلك غيره

له فكبر الصبي واجاز جاز باجازه .

٣٥٤٩ - وقال زفر لا يجوز باجازه ، وهو قول الشافعي .

٣٥٥٠ - واتفق الجميع على انه لو وهب او اعتق او طلق فأدرك واجاز ،
لم يجز .

فصل

قول المولى : بايعوا عبدي

٣٥٥١ - واذا قال المولى لقوم :

بايعوا عبدي فلانا فبايعوه ، والعبد لا يعلم بالاذن صار مأذوناً له ،
وقال في الزيادات لو اذن الأب والصبي لا يعلم لا يصير مأذوناً فمن
اصحابنا من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال : الفرق وقع
لوضع المسألة ، ولا يصير المأذون محجوراً عليه حتى يعلم بالحجر
وهو على اذنه .

٣٥٥٢ - ولو ارسل اليه المولى رسولا صار محجوراً عليه ، عدلاً كان او غير
عدل ، في قولهم جميعاً .

٣٥٥٣ - وان اخبره انسان بغير رسالة ، فان كان عدلاً صار محجوراً
عليه ، وعندنا من اخبره بذلك من صبي او امرأة او عبد ، صار
محجوراً عليه .

٣٥٥٤ - وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال : ما لم يخبره رجلان او رجل
وامرأتان لا يصير محجوراً عليه .

والخلاف في الوكيل مثل ذلك

فصل

تكيف التدبير والاستيلاء

٣٥٥٥ - وتدبير الأمة ليس بحجر والاستيلاء لها حجر

٣٥٥٦ - خلاف زفر ، وهو القياس

فصل

٣٥٥٧ - واذا كان الخيار للمشتري فاذن للعبد في المدة فهو اختيار للبيع وبطل الخيار

٣٥٥٨ - وان الخيار للبائع فاذن له في التجارة بغر محض (١) من المشتري لم يكن ذلك نقضاً للبيع ما لم يلحقه الدن عند ابي حنيفة ومحمد

٣٥٥٩ - وقال ابو يوسف يعبر ناقضاً للبيع

فصل

حق الغرماء على زيادة مال المأذون

٣٥٦٠ - والمأذون اذا وهب له هبة او تصدق عليه بصدقه او كانت أمة فولدت فالغرماء احق بذلك عند ابي حنيفة وصاحبيه

(١) كذا ايضاً في نسختي منيخ وقلبيج

٣٥٦١- وقال زفر : لاحق للغرماء في ذلك لأنه ليس من تجارته

فصل

٣٥٦٢- والمأذون اذا كان لرجلين فادانه (١) أحد المولين مائة درهم ،
واجنبي مائة درهم، ثم بيع العبد (بائة) او مات او ترك مائة قسم
ذلك بينها اثلاثاً : الثلث للمولى والثلاثان للاجنبي عند ابي حنيفة ،
وقال ابو يوسف ومجد : يقسم الثمن ارباعاً للاجنبي ثلاثة ارباع
وللمولى الذي ادانه الربع

٣٥٦٣- ونظير المسألة المدبر اذا قتل رجلاً عمداً وآخر خطأ فعفى ولي الدم
قسم ثمن المدبر على هذا الخلاف

٣٥٦٤- وهذه ثمان مسائل ذكرها قاضي القضاة في درس الجامع الكبير عليه
مما اتفقوا عليه ومما اختلفوا فيه ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله
تعالى عنه فيها الثلث وهما الربع وهو ما ذكرناه

٣٥٦٥- ومنها ما اعطى ابو حنيفة رضى الله تعالى عنه الربع وهما ثلاثة ارباع
وهي مسألة الدعوى اذا ادعى احدهما جميع الدار والآخر النصف
وهي في يد ثالث ، قال ابو حنيفة رحمه الله لصاحب النصف
الربع ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار ، وقسماهما ذلك على
الدعوى لصاحب النصف الثلث وللآخر الثلثان ، ومن ذلك الوصية
بجميع المال ولآخر بنصفه فان اجاز الورثة ، كان لصاحب الجميع

(١) في نسخة منيخ : فا عطاه

(٢) ما بين قوسين من نسخة منيخ

ثلاثة ارباع عند أبي حنيفة رضى الله عنه والربع لصاحب النصف ،
وان ردوا لم يضرب احدهما بها زاد على الثلث عنده وقسم الثلث
عليهما نصفين

٣٥٦٦ - وقالوا والشافعي يقسم على ثلاثة ويضرب كل واحد بجميع ما
اوصى له به

٣٥٦٧ - والمسائل تمر في كل باب (١) مسألة ان شاء الله تعالى .

كتاب المأذون للشيباني

٣٥٦٨ - ولمحمد بن الحسن كتاب المأذون الكبير والصغير ، وهو كتاب اكبر
من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ، وفيه مسائل كثيرة لا
تخصى كثرة

٣٥٦٩ - وفي الذي ذكرناه ما يجوز ان ينتفع به واصل بيني عليه ما يقع
واذ قد ذكرنا حكم الشركة والتصرف عن الغير (١) وجب ذكر
الامانات اذا سلمت الى الغير على جهة الامانة

(١) في النسختين : بالغير

كتاب الوديعه وهذا كتاب الوديعه

حوار الوديعه

٣٥٧٠ - اعلم ان الوديعه امر بلى الناس به قديماً وحديثاً ، ولجسوا بذلك ،
وفيها عون المسلم

٣٥٧١ - وقد قال تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى وفي جوازها في الجمله
اجماع الفقهاء

فصل

الوديعه أمانة^(١)

٣٥٧٢ - وهي امانة عند الجميع

(١) جاء في لسان العرب في مادة (ودع) : الودع
والودع والودعات مناقيف صغار تخرج من البحر ترزن بها العناكيل ،
وهي خرز بيض جوف في بطونها شق كشق النسوة ، تتفاوت في
الصغر والكبر ، وقيل هي جوف في جوفها دويبة كاللحمة . (وهذا
تعريف لأصناف من الحيوانات البحرية القوقعية المعروفه) وجاء :
وتقول خرج زيد فودع اباه وابنه وكلبه وفرسه ودرعه اي :
ودع اباه عند سفره من التوديع ، وودع ابنه جعل الودع في عنقه ،
وكلبه قلده الودع ، وفرسه رفقه ، وهو فرس مودع ومودوع على غير =

= قياس ، ودرعه والشيء صانته في صوانه .

والدعة والتدعه على البدل : الخفض في العيش والراحة ، والهساء
عوض عن الواو .

والوديع الرجل الهادي الساكن ذو التدعه ، ويقال ذو وداعة، ودع
يودع دعة ووداعة ، زاد ابن برى وودعه فهو وديع ووادع اي ساكن.
وانشد شمر قول عبيد الراعي :

ثناء تشرق الا حساب منه

به تتودع الحسب المصونا

اي تقيه وتصونه ، وقبل اي تقره على صونه وداعاً ،

ويقال ودع الرجل يدع اذا صار على الدعة والسكون . ومنه قول
سويد بن كراع :

ارق العين خيال لم يدع

لسليمى ففؤادي منتزع

ووادع الثوب وودعه صانه .

قال الازهري : والتوديع ان تودع ثوبا في صوان لا يصل اليه
غبار ولا ريح وودعت الثوب بالثوب ، وانا ادعه مخفف .

وقال ابو زيد : الميدع كل ثوب جعلته ميدعاً لثوب جديد تودعه
به ، اي تصونه به ، ويقال ميداعة وجمع الميدع موادع واصله الواو

= لانك ودعت به ثوبك اي رفهته به ... والتوديع ان نجعل ثوبا وقاية
ثوب آخر ، والميدع والميدعة والميداعة ما ودعه به ، وثوب ميدع
صفة ... والميدع ايضاً الثوب الذي تبثذله المرأة في بيتها ...

وفي التنزيل « ما ودعك ربك وما قلى » اي لم يقطع الله السوي
عنك ولا ابغضك . لان الترك من القلى .

وقال الليث : العرب لا تقول ودعته فانما وادع اي تركته ولكن
يقولون في الغابر (ودع) يدع وفي الامر دعه وفي النهي لا تدعه .
وانشد :

« اكثر نفماً من الذي ودعوا » .

يعني تركوا .

وفي حديث ابن عباس ان النبي (ص) قال :

« لينتهي اقوام عن ودعهم الجمعات او ليختمن على قلوبهم » .

اي تركهم اياها والتخلف عنها .

ومن ودع الشيء يدعه ودعا اذ تركه .

والوادع القلى .

والموادعة والنوادع شبه المصالحة والتصالح . وحقيقة المवादعة
المتركة .

والوديع العهد .

وتوادع القوم : اعطى بعضهم لبعض عهداً ، وكله من المصالحة ،
حكاه الهروي في الغريين .

قال الازهري : توادع الفريقان اذا اعطى كل منهم الآخر عهداً
على ان لا يغزوهم ، تقول : وادعت العدو اذا هادنته موادعة وهي الهدنة
والموادعة ... واستودعه مالا واودعه اياه دفعه اليه ليكون عنده وديعة ،
واودعه : قبل منه الوديعة ، جاء به الكسائي في باب الاضداد ... قال
ابو حاتم لا اعرف اودعته قبلت وديعته ، وانكره شمر ، الا انه حكى
عن بعضهم استودعني فلان بغيراً فايبت ان اودعه اي اقبله . قال
الازهري : قاله ابن شميل في كتاب المنطق . والكسائي لا يحكي عن
العرب شيئاً الا وقد ضبطه وحفظه ، ويقال : اودعت الرجل مالا
واستودعته مالا والوديعة واحدة الودائع وهي ما استودع .

وقوله تعالى فستقر ومستودع : المستودع ما في الارحام ... وكلهم
قال : فستقر في الرحم ومستودع في صلب الارب ، روى ذلك ابن
مسعود ومجاهد والفضحاك .

(و) المستودع المكان الذي تجعل فيه الوديعة .

يقال : استودعته وديعة اذا استحففظته اياها :

(٢) ذكر الخطيب البغدادي جماعة بهذا الاسم وارجح ان
المقصود بهم هو يحيى بن الحسن بن زيد علي بن الحسين بن علي بن ابي
طالب ، وقد سكن بغداد ، وحدث عن ابيه ، وروى عنه علي بن حفص

٣٥٧٣- وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

من اودع فهلكت او تلفت فلا ضمان عليه وقال ابو بكر رحمه الله في ودیعة هلكت في عهده : لا ضمان عليه انما هي امانة .

فصل

تعريف الودیعة

٣٥٧٤- ولانه قبض العين باذن مالكها لا على وجه التملك ولا وثيقة فلا يضمن .

٣٥٧٥- والذي يضمن (هو المفرط) (٢) روي عن عمر رضي الله تعالى تعالى عنه انه قال :

اودعني رجل ستة آلاف درهم فهلكت فضمنني عمر .

= بن عمر العباسي ، كان ببغداد ومات يوم الاربعاء لاربع نخلون من شهر ربيع الآخر من سنة سبع وثلاثين (ومائتين) ودفن في مقابر قريش ببغداد (ج ١٤ ص ١٨٩ من المرجع المذكور) .

(١) اضفنا هذه العبارة اتاما للمعنى لان سياق الجملة يقتضيها وفي كتاب الافصاح لابي هبيرة (ج ١ ص ٢٦٧) « ان الضمان لا يجيب على المودع الا بالتعدي » .

٣٥٧٦ - فيحتمل انه فرط في ذلك .

٣٥٧٧ - وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
ليس على المستغفر غير المغل ضمان ولا على المستعير غير المغل
ضمان .

فصل

قبول الوديعة غير واجب

٣٥٧٨ - وعندنا لا يجب قبول الوديعة بحال .

٣٥٧٩ - وقال اصحاب الشافعي : اذا خاف ان لم عليه يقبل ان تهلك تعين عليه
قبولها لان حرمة المال كحرمة النفس لقوله عليه الصلاة والسلام .
حرمة مال المؤمن كحرمة دمه .

٣٥٨٠ - وحفظ ماله لا يجب عليه عندما فكيف يجب عليه حفظ مال غيره .

٣٥٨١ - وقد قلنا ان الحجر لا يجب في حق المبذر .

٣٥٨٢ - ولا خلاف انه اذا لم يخف وغلب في ظن المودع انه يخون فيها
انه لا يجب عليه القبول .

فصل

أهلية المودع

٣٥٨٣ - ولا تصح الا من مالك التصرف في ماله ، فإن اودعه من لا يملك التصرف لم يجز له القبول .

٣٥٨٤ - فإن قبل فهو ضامن لانه قبل ما لا يمن لا يملك التصرف فيه كما لو غصبه وعلم بالغصب وقبل الوديعة .

فصل

وديعة الصبي والسفيه

٣٥٨٥ - واختلف الفقهاء في الصبي والسفيه اذا اوع رجلاً وخاف الرجل ان لم يقبل الوديعة ان يستهلك المال فاخذه على وجهين :

منهم من اجاز له الاخذ

ومنهم من لم يجزه

وخرج اصحاب الشافعي ذلك على قولين في المحرم اذا خلاص طائراً من جارحة فامسكه لحفظه فتلف ، فقالوا :

يضمن في احد القولين لانه ثبتت يده عليه من غير استئذان ، والثاني لا يضمن لانه قصد حفظه .

فصل

أهلية الوديع

٣٥٨٦- ولا يصح الابداع الا عند جائر التصرف ، فان اودع صبيّا او سفيها لم يصح الابداع عند الشافعي لانهما ليسا من اهل الحفظ .

فصل

أودع صبيّاً

٣٥٨٧. فان اودع صبيّا فتلف عنده لم يقممن لانه لا يلزمه حفظه .

فصل

٣٥٨٨- وان اتلفه لم يضمن عند ابي حنيفة ومجد رحمهما الله تعالى، ويضمن عند ابي يوسف رحمه الله تعالى.

٣٥٨٩- ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وجهان مثل الخلاف لنا

٣٥٩٠- لانه مكنه من اتلافه فصار كما لو باعه مالا وسلمه اليه .

٣٥٩١- وابو يوسف رحمه الله تعالى يقول : لم يسلطه على اتلافه ١٥ ، فصار كما لو اتلفه من غير ابداع .

(١) ما بين قوسين لم يرد في نسخه منيخ .

فصل

٣٥٩٢- وان كان عبداً محجوراً عليه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حتى يعتق .

٣٥٩٣- وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحالين والوجه كما مضى .

فصل

القبول في الإيداع بالقول والفعل

٣٥٩٤- ويصح الإيداع بالقبول بالقول وبالفعل لايه يدل على الأمانة والحفظ .

فصل

انقضاء الوديعة

٣٥٩٥- وتنفسخ بكل ما تنفسخ به الوكالة من الموت والجنون والاعشاء والعزل .

٣٥٩٦- لانه وكيل في الحفظ فصار كالوكيل في التصرف .

فصل

ولد الوديعة

٣٥٩٧- واذا ولدت الوديعة فاللد أمانة كأمه في الحكم .

٣٥٩٨- ومن اصحاب الشافعي من قال : لا يجوز له امساكه حتى يعلم

المالك ، كما قالوا في الثوب تلقيه للريح في داره .

فصل

شرط ضمان الوديعة لا يعتبر

٣٥٩٩ - ولا تعتبر مضمونه بالشرط لانها امانة كما لا يعتبر المضمون امانة بالشرط ، لانه موجب العقد فلا يتغير (١) .

فصل

سفر المودع

٣٥٩٠ - وللمودع ان يسافر بالوديعة ويقيم بها ، ولا فرق بين ما له حمل ومؤونة ، وبين ما لا يحتاج الى ذلك .

٣٥٩١ - وقال ابو يوسف ومجد رحمهما الله تعالى ما له حمل ومؤونة لا يجوز ان يسافر به ، فان فعل ضمن لان المؤونة تلتزم المالك وهو لم يأذن .

(١) يستفاد من هذه القاعدة ان ما يعد امانة او مضموناً مسألة تتعلق بموجب كل عقد فلا تقبل الاتفاق على خلافها ، وان موجب كل عقد مما لا يجوز الاتفاق على خلافه وان القواعد الفقهية منها ما يعد من القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنها ما يجوز اشتراط خلافه .

٣٥٦٠٢ - وقال الشافعي يلزمه القيمان بكل حال لان اذنه عام في الحفظ .

فصل

تسليمها لمن في عياله

٣٥٦٠٣ - واذا سلم المودع الوديعة الى من في عياله، ومن يحفظ به ماله فلا ضمان عليه ان تلفت .

٣٥٦٠٤ - وقال الشافعي يضمن .

٣٥٦٠٥ - لان بهؤلاء يحفظ ماله وليس عليه اكثر من ذلك .

فصل

نهي المودع عن حفظها بغيره

٣٥٦٠٦ - فان نهاه ان يدفعه الى احد منهم فدفعه اليه ، فان كان مما لا بد له منه لم يضمن وان كان ممن له بد فضمن .

٣٥٦٠٧ - وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن في الوجهين لان يدهم كيده .

٢٩٦٠٨ - ولو قال له احفظ في يمينك فجعله في الشمال لم يضمن لان كلامها واحد .

فصل

التعدي في الوديعة

٣٥٦٠٩ - واذا تعدى في الوديعة ثم زال التعدي برىء من الضمان ، وكذلك
سائر الامانات عندنا .

٣٦١٠ - وقال الشافعي لا يبرأ .

٣٦١١ - وهو قول زفر رحمه الله تعالى ، ذكره ابو موسى (الضرير) في
مختصره ، لانه اذا زال التعدي عادت الى يد قامت مقام المالك
عن طريق الحكم كيد الوكيل .

فصل

تلفت بعد تغير نيته

٣٦١٢ - واذا فتح الكيس او الصندوق او نوى انفاق الوديعة ثم تلفت بعد
ذلك لم يضمن .

٣٦١٣ - وقال الشافعي يضمن .

٣٦١٤ - لانها تلفت بغير فعله .

فصل

المخالفة في الدار

٣٦١٥ - واذا امره ان يجعل الوديعة في دار فجعلها في اخرى فهو
مخالف ويضمن .

٣٦١٦- وان قال له اجعله في هذا البيت من الدار فجعلها في بيت آخر
لم يضمن ، وحكى ابو موسى (الضرير) في مختصره عن محمد بن
سماعة عن محمد رحمهم الله تعالى انه يضمن ، ذكر انه في النوادر .
٣٦١٧- وهو قول الشافعي .

٣٦١٨- لان الدار حزر واحد فهي كزوايا البيت .

فصل

القول لمن في الدفع لشخص آخر؟

٣٦١٩- وقال رب المال ادفعه الى فلان فقال المودع قد دفعته اليه فالقول
قول المودع عندنا في براءة نفسه .
٣٦٢٠- وقال الشافعي لا يقبل قوله على وب الوديعة .
٦٦٢١- لانه اقر له باذن خاص فقبل قوله .

فصل

تسليم الوديعة للحاكم

٣٦٢٢- وقال الشافعي :

اذا اراد السفر وعنده وديعة فانه يسلمها الى مالكها ، ان قدر عليه
او وكيله ، وان لم يجد سلمها الى الحاكم لانه لا يجب عليه المقام
ولا يجوز له السفر بها فوجب ان يسلمها الى الحاكم لانه يتوب

عن الغائب ، وان سلمها اليه مع القدرة على المالك او وكيله
يضمن لانه فرط في ذلك ، ولا ولاية للحاكم مع الحضور كما لا
ولاية له في النكاح (١) .

فصل

تسليم من حضره الموت الوديعة

٣٦٢٣- وكذلك اذا حضره الموت فهو مثل الغيبة سواء .

فصل

صاحب الوديعة يضرب مع غرماء الميت

٣٦٢٤- واذا اقر بالوديعة ووصفها ولم توجد في تركته ، فان صاحبها
يضرب بها مع الغرماء وتقدم على التركة عندنا لانها صارت
مضمونة بالجهل كما لو اختلطت بهاله .

٣٦٢٥- ومن اصحاب الشافعي من قال لا يضمن لانه اصلها امانه فلا
يضمن بالثك .

فصل

٣٦٢٦- وان اوع الوديعة غيره فهلك فالضمان على الاولاد عند ابي حنيفة

(١) هذا دليل على جواز التسليم والا بداع في الفقه الاسلامي كما هو
جائر في القانون المدني .

في قوله الثاني .

٣٦٢٧ - وقال ابو يوسف ومجد والشافعي رحمهم الله تعالى يضمن
ايهما يشاء .

٣٦٢٨ - لان الفعل الواحد لا يوجب ضمانين من جنس واحد فيستحق
واحد في حالة واحدة .

٣٦٢٩ - وعندهما يضمن الاول بالتسليم والثاني بأخذه ما لم يكن
له اخذه .

٣٦٣٠ - وقال ابن ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما لان للمودع ان يودع
ماله وما في يده .

فصل

٣٦٣١ - فان ضمن الثاني وكان يعلم بالحال لم يرجع على الاول ، فان كان
لا يعلم (١) ففيه وجهان :

٣٦٣٢ - احدهما يرجع لانه دخل على انه امانة وهو قولهما ايضاً . والثاني
لا يضمن (٢) لانه هلك في يده .

(١) في نسخة منيخ : فان كان جاهلاً .

(٢) كذا في نسخة المعهد ونسخة منيخ ولعل الصواب لا يرجع وقد
سقط هذا الفصل من نسخة قليبج .

٣٦٣٣ - وقال اصحاب الشافعي : ان قلنا يرجع على الاول لم يكن للاول
ان يضمه اذا ضمن وان قلنا لا يرجع فهل يرجع عليه
الاول ؟

قالوا يرجع عليه .

فصل

خلط الوديعة

٣٦٣٤ - واذا خلط الوديعة بجنسها ضمن لان الخلط تعد منه ، وان كان
المخلوط به لصاحبها فقد اختلف في الضمان فمنهم من اوجبه
ومنهم من نفيه .

٣٦٣٥ - لانه مال صاحبها فلا يضمن .

فصل

سقي الدابة المودعة وعلفها

٣٦٣٦ - وعليه سقي الدابة وعليه وعلفها فان نهاه عن ذلك لم يضمن ،
ومن اصحاب الشافعي من قال يضمن وهو الاصطخري .

فصل

إخراج الوديعة

٣٦٣٧ - واذا اخرج الوديعة لمصلحة لها لم يضمن باتفاق .

فصل

أخذها منه بغير اختياره

٣٦٣٨- وإذا اخذت منه فهو لا يضمن لانه (١) غير مفرط وإن سلم باختياره ضمن لانه فرط .

فصل

القول قول المودع في الضياع والرد

٣٦٣٩- وقول المودع مقبول في ضياع الوديعة بلا خلاف ، يحلف انه ما ضيعها ، وكذلك قوله عندنا مقبول في الرد ، وهو قول المشافعي ومالك لانه امن .

٣٦٤٠- وقال بعض الفقهاء لا يقبل قرله في الرد لان الله تعالى قال و فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم (٢) وهذا عندنا على الاستحباب ، كيف يحتاط بالشهادة في البيع .

فصل

ضمان المودع بالمنع

٣٦٤١- وإذا طلب مالها منع المودع صار ضامنا لانه تعدى بالمنع .

(١) ما بين قوسين من نسخه منيخ .

(٢) النساء ٤/٦ .

فصل

إنكار الوديعة

٣٦٤٢- وإذا قال مالك عندي وديعة ، او ما اودعني واقام رب الوديعة
البينة قبلت ، وحكم بها له .

٣٦٤٣- وان اقام المودع بينة بالرد عليه بعد الجحود قبلت كالغاصب يقيم
البينة بالرد .

٣٦٤٤- ومن اصحاب الشافعي من قال لا يقبل قوله . في البينة ، ولا
يسمع ، لان كون البينة بانكار الابداع فلم تقبل بالرد والتلف .

فصل

سبب الهلاك ظاهر أو خفي

٣٦٤٥- ولا فرق عندنا بين ان يدعى الهلاك بسبب ظاهر او خفي .

٣٦٤٦- وفرق الشافعي في ذلك وقال لا يقبل قوله في الظاهر الا ببينة
كالحرقيق والنهب لان الظاهر علمه .

فصل

ادعائه رد الوديعة

٣٦٥٧- وإذا قال : مالك عندي وديعة او ما تستحق على شيئاً ، واقام
البينة بالابداع ، فقال : صدقت البينة ، ولكن رددت الوديعة او
تلفت ، قبل قوله في ذلك لانه لم يكذب البينة ولم يجمع وانما قال ما

عندي لك شيء وهو صادق في ذلك .

فصل

إيداع رجلين آخر ما يكال أو يوزن

٤٨ ٣ - والرجلان اذا اودعا رجلا ما يكال او يوزن فغاب احدهما وحضر الآخر وطلب نصيبه من ذلك لم يكن للمودع ان يعطيه ذلك حتى يحضر الآخر لانه قضاء على غائب ، وهذا قول ابي حنيفة .

٣٦٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له ان يأخذ النصف ، فان تلف الباقي وحضر الغائب كان له ان يأخذ نصف ما اخذه على وجه الضمان ، وانما اخذه على انه حقه بشرط سلامة الباقي فان لم يسلمه رجع اليه .

فصل

(أودع رجلين)

٣٦٥٠ - واذا اودع رجلين شيئاً مما يقسم ، فأودعه احدهما عند صاحبه الآخر ، فهلك ، ضمن في قوله ابي حنيفة . وان كان مما لا يقسم لم يضمن .

٣٦٥١ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن في الوجهين جميعاً .

فصل

موت المودع

٣٦٥٢ - واذا مات المودع وطلب الوديعة ربها فقال الوارث ضاعت في

حياة مورثي اوردها عليك ، وانكر ذلك ، او قال لا ادري ما
حالتها فانها قد صارت ديناً في ماله ، وكذلك سائر الامانات
والودائع .

٣٦٥٣- وقال ابن ابي ليلى وبعض اصحاب الشافعي لا ضمان لربها لانه لم
يتعد ، ولم يمنع وما بني وجه يضمن به ، فلا يضمن .

فصل

مخاصمة غاصب الوديعة

٣٦٥٤- وللمودع ان يخاصم الغاصب للوديعة ويقطع السارق ، ويسترجع
المين ، لان له بدا صحيحة في الحفظ .

٣٦٥٥- وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ذلك .

٣٦٥٦- وهذا يجب عن طريق الامر بالمعروف ، وعلى كل واحد
فكيف المودع .

فصل

٣٦٥٧- واذا القت الريح ثوباً في دار انسان فطلبه صاحبه فليس عليه ان
يرده عليه ، ولكن عليه ان يدخل صاحبه الدار فيأخذه ، لانه لم
يأخذه منه فيرده عليه .

فصل

٣٦٥٨- وقال في الجامع الكبير :

رجل اودع عبداً محجوراً عليه ودبعة فدفن العبد الى محجور عليه
آخر فهلك في يد الثاني .

٣٦٥٩ - فني قول ابي حنيفة له ان يضمن الثاني في الحال ، وليس له ان
يضمن الاول ما لم يعتق .

٣٦٦٠ - وقال محمد ليس يضمن احدهما حتى يعتق .

فصل

٣٦٦١ - ولو اودع الثاني ثالثاً والمسئلة بحالها ، فابو حنيفة يقول :

لا ضمان على الاول حتى يعتق ، وعلى الثاني في الحال ، ولا ضمان
على الثالث .

٣٦٦٢ - وقال ابو يوسف يضمن اي الثلاثة شاء في الحال .

٣٦٦٣ - وقال محمد لا يضمن الاول حتى يعتق ، وهو بالخيار في الثاني
والثالث يضمن ايهما شاء في الحال .

فصل

أودع درهماً فخلطه

٣٦٦٤ - ومن اودع درهماً ابيض فخلطه في دراهم بيض ضمن عند
ابي حنيفة .

٣٦٦٥ - وقال ابو يوسف انه شاء شاركه بقدر درهم في الدراهم .

٣٦٦٦- وقال محمد ابن الحسن :

ان كانت الودیعة هي الغالبة فالأمر على ما قال ابو حنیفة ، وان
كانت هي القليلة فالأمر على ما قال ابو یوسف ، فجعل الأقل
تابعاً للاکثر .

٣٦٦٧- وفي هذا الكتاب عجیب من المسائل ، وفي الذي ذكرت اصول
له ، والواقع ،

٣٦٦٨- واذ قد ذكرنا ذلك ، وكانت الوكالة فيها معنى الامانة ، وقول
الوكيل يقبل في بعض الاحوال ولا يقبل في بعضها وجب ذکرها
بعد الودیعة .

كتاب الوكالة

فصل

وهذا كتاب الوكالة (١)

٣٦٦٩ - اعلم ان الوكالة استنابة في حال الحياة في العقود والتصرف .
وهي غير لازمة للوكيل ولا للموكل .

(١) جاء في لسان العرب في وكل :

حقيقة الوكيل ان يستقل بامر الموكل اليه ، والوكيل من اسماء
الله تعالى وهو المقيم الكفيل بارزاق العباد وفي التنزيل : « ان لا
تتخذوا من دوني وكيلا » .

وقيل الوكيل الحافظ ، والمتوكل على الله الذي يعلم ان الله كافل
رزقه وامره فيركن اليه وحده ولا يتوكل على غيره .
يقال توكل بالامر اذا ضمن القيام به .

ووكلت امري الى فلان اي الجأته اليه ، واعتمدت فيه عليه .
ووكل فلان فلانا اذا استكفاه امره ثقة بكفايته ، او عجزاً عن
القيام بامره .

ووكل اليه الامر سلمه ، ووكله الى رأيه وكلا ووكولا : تركه .
والوكيل الجزيء ، وقد يكون الوكيل للجمع وكذلك الانثى .
وقد وكله على الامر .

والاسم : الوكالة والوكالة ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره .

فصل

(الأصل في جوازها)

٣٦٧٠- والأصل في جوازها في الجملة ما رواه أبو موسى في مختصره
باسناده عن جابر بن عبد الله قال :

« اردت الخروج الى خيبر ، فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسلمت عليه ، وقلت له : اني اريد الى خيبر (اردت الخروج
الى خيبر) (١) .

فقال :

إذا أتيت (الى) وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك
آية فضع يدك على نرقوته .

٣٦٧١- وهذا الخبر يدل على انه كان له وكيل ويدل على جواز الدفع
من الوكيل الى غيره بمجرد القول .

ويدل على انه اذا شك في قول الطالب ان لا يدفع اليه .
ويدل على انه أتاه بآية وهي العلامة ، انه يجوز له الدفع بها ،
والاقتصار عليها .

٣٦٧٢- ويدل على جواز العلامة بين من يريد ذلك ففيه هذا الفقه .

٣١٧٣- وذكر الخصاص وغيره خبر فاطمة بنت قيس (٢) قالت :

-
- (١) (الامام باحاديث الاحكام لابن دقيق العيد . الرقم ٩١٥ .
(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد الاكبر القرشية الفهرية اخت
الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، لها عقل وكمال
وهي التي طلقها أبو حفص بن المغيرة ، فأمرها رسول الله (ص) =

طلقني زوجي ثلاثا ، فوكل اخاه بنفقتي وخرج الى اليمن
فخاصمت الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يجعل لي سكناً
ولا نفقة .

٣٦٧٥- ووكل النبي صلى الله عليه وسلم عروة البارقي في شراء ارضية ،
فاشترى شاتين وباع احدهما ، وجاء بارضية ودينار فدعى له
بالبركة ، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه ، قال الشيرازي رحمه
الله ، هو عروة ابن جعد ، والذي ذكره يحيى فيه انه ابن الجعد
الازدي (١) .

= ان تعند في بيت ابن ام كلثوم ، وقدمت الكوفة على اخيها
الضحاك بن قيس ، وكان اميراً فسمع منها الشعبي ... (و)
عن الشعبي قالت فاطمة بنت قيس : طلقني زوجي ثلاثا على عهد
رسول الله (ص) : « لا سكنى لك ولا نفقة » وفي بيتها اجتمع
اصحاب الشورى لما قتل عمر بن الخطاب (ر) وروى عن النبي
(ص) احاديث اخرجها الثلاثة (اسد الغابة ٥٢٦/٥-٥٢٧) .

(١) جاء في اسد الغابة (ج ٣ ص ٤٠٣) .

« عروة بن الجعد ، وقيل ابن ابي الجعد البارقي وقيل الازدي ،
قاله ابن منده وابو نعيم ، سكن الكوفة ، روي عنه الشعبي والسبيعي
وشبيب بن غرقدة وشماك بن حرب وشريح بن هانئ وغيرهم .
وكان ممن سيره عثمان (ر) الى الشام من اهل الكوفة . وكان مرابطاً ببزاز
للروز ومعه عدة افراس منها فرس اخذه بعشرة آلاف درهم ...
وقرلها بارقي وقيل ازدي واحد ، فان بارقاً من الازد ، وهو بارقي بن

٣٥٧٦ - وذكر الحصاص خبر علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان
يوكل اخاه عقيلاني الخصومة فلما كبر وكل عبدالله بن جعفر (١)

وكان يقول :

ان لها فحما (؟) يحضرها الشيطان .

وكان يقول :

« ما قضي لو كيلى فلى ، وما قضى على وكيلى فعلى » .

٣٥٧٧ - وذكر ابو موسى الخبر ، وقال فيه ، فقال عبدالله فخاصمني
طلحة بن عبدالله في ضمير احده علي بن ارض لطلحة
وارضه .

قال : والضمير المسناة .

قال فقال طلحة :

انه قد اضر بي ، وحمل على السيل ، فركب عثمان بن عفان رضي الله
عنه معنا .

فقال :

= عدي بن حارثة بن امريء القيس بن ثعلبة بن مازن بن الازد ، وانما
قبل له بارق لانه نزل عند جبل بارق فنسب اليه وقيل غير ذلك » .

(١) هو عبدالله بن جعفر ذي الجناحين بن ابي طالب بن عبدالمطلب
(اسد الغابة ٣/١٣٣-١٣٥) .

والله اني وطلحة نختصم في الموكب وان معاوية على بغلة شهباء
امام الموكب ، قد قدم قبل ذلك وافدا ، فالقى كلمة عرفت فيها
انه قد اعانني بها .

قال :

ارأيت هذا الضفير اكان على عهد عمر ؟

قال :

قلت نعم .

قال :

لو كان جوراً ما تركه عمر .

فشى عثمان رضى الله تعالى عنه حتى نظر الى الضفير فقال :
ما ارى ضرراً ، وقد كان على عهد عمر ولو كان جوراً لم
يدعه عمر .

٣٥٧٨ - وبهذه السنن عمل الفقهاء على جواز الوكالة ، وفيها اجماع منهم
على الجواز في الجملة .

فصل

٣٥٧٩ - وتجوز الوكالة بالبيع والشراء والحوالة والكفالة والشركة
والمضاربة (١) والوديعة والاعارة والاجارة والمزارعة والمساقاة

(١) جاء في نسخة منيخ بعد المضاربة والوكالة .

والقرض والهبة والوقف والصدقة ، لان الحاجة داعية الى ذلك كله .

فصل

٣٥٧٠ - واختلف في الوكالة في تملك المباحات كالاصطياد والحشيش واستقاء الماء ، فقال اصحابنا لا تصح لانه تملك مباح كالاعتنام ، وهو احد قولي الشافعي ، وقال يصح في قول اخر لانه لا يذم عليه كالبيع والهبات .

فصل

التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع

٣٥٨١ - ويجوز التوكيل بالنكاح والطلاق والخلع والعناق والمكاتبة والتدبير ، لان النبي عليه الصلاة والسلام وكل عمر ابن امية الضمري (١) في تزويج ام حبيبة (٢) رضي الله عنهما .

(١) هو عمرو بن امية بن خويلد الكناني الضمري ، يكنى ابا امية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل محمد حبيب بن عدي من الخشب التي صلب عليها ، وارسله وكيلا فمقد له على ام حبيبة بنت أبي سفيان ، واسلم قديماً وهو من مهاجرة الحبشة ، ثم هاجر الى المدينة ، واول مشاهدته بئر معونة . وكان النبي (ص) يبعثه في اموره ، وكان من انجاء العرب ورجالها نجدة وجراءة .

روى عنه اولاد جعفر والفضل وعبدالله وابن ابيه الزبير بن

فصل

لا توكيل بالاستيلاء

٣٥٨٢ - ولا يصح بالاستيلاء لأن النيابة لا تجوز فيه عنه .

فصل

(لا توكيل في الإبداع إلخ)

٣٥٨٣ - ولا يجوز في الإيلاء والظهار واللعان ، لأنها إيمان فلا تحتل التوكيل .

فصل

(التوكيل بالرجعة)

٣٥٨٤ - واختلف في الرجعة : فمنهم من قال يجوز التوكيل بها ، كما يجوز بالنكاح ، وهذا قولنا .

ومن اصحاب الشافعي من قال لا يجوز ، كما لا يجوز في الإيلاء والظهار ، وضعفوا هذا الوجه .

فصل

(الوكالة بإثبات الحقوق)

٣٥٨٥ - وقال ابو حنيفة ومحمد : تجوز الوكالة بإثبات مائر الحقوق كائنا ما كانت .

= عبد الله بن أمية ، وهو معدود من اهل الحجاز (اسد

الغابة ٤ / ٨٦) .

٣٥٨٦ - وقال ابو يوسف : الا في الحدود والقصاص لانها تسقط
بالشبه (١) ولا تستوفي بالوكالة باجماع منا اذا كان الموكل في
القصاص غائباً (٢) .

٣٥٨٧ - وقال الشافعي : يستوفي في القصاص مع غيبة الموكل كما تستوفي
في الدين .

٣٥٨٨ - ونحن نقول لا يجوز ان يستوفي مع العفو الظاهر ،
ويحتمل ان يكون قد عفى فلا يمكن الرجوع الى الحق .

وقالوا : اذا استوفي مع حضوره فيه قياس واستحسان : القياس
لا يجوز كما لا يجوز البيع مع الغيبة والاستحسان ان كل واحد لا
يقدر على استيفاء الحق بنفسه ولا يحسن القتل فدعت الضرورة
الى ذلك فجاز .

(١) الاستثناء الوارد في هذه العبارة مشكل اذ يفهم منه انه استثناء من
التوكيل باثبات الحدود والقصاص .

وليس هذا هو المقصود وانما المقصود - كما يتضح من عبارة
الطحاي في مختصره ان الوكالة لا تجوز في الحدود ولا في القصاص
الا في اثبات البيّنات عليها (مختصر الطحاي ، ص ١٩٠) على ان ما يتضح
من الاستثناء المذكور للوهلة الأولى هو قول ابي يوسف فقد جاء في
مختصر الطحاي ايضا :

« وقال ابو يوسف (ر) : لا تقبل الوكالة في شيء من ذلك
(الحدود والقصاص) من خصومة فيها ولا من اثبات بينة عليها ولا
من غير ذلك .

(٢) مختصر الطحاي ، ص ١٠٩ .

وهذا لا خلاف فيه .

فصل

٣٥٩٠ - ولا يجوز من غير رضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضاً
لا يستطيع حضور مجلس الحكم أو غائباً في مسافة تقصر
فيها الصلاة (١) .

وهذا قول أبي حنيفة .

٣٥٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد : تجوز من غير رضا الخصم . كما تجوز
في قبض الدين هو قول الشافعي (٢) .

٣٥٩٢ - وأبو حنيفة يقول : في هذا ترك التسوية بينهما في الحكم وقد
منع الفروع ذلك وقاسه على الحوالة في اعتبار رضا المحتال .

٥٩٩٣ - ولا يلزم حضور جواب الوكيل عند أبي حنيفة لان الوكالة لم
تصح ، وفرق بين المريض والصحيح بان المرض صدر فكذا
السفر وجعل اصحابنا الحياء في المرأة لا تبرز مثل ذلك في
العدر والجواز .

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ .

(٢) ربه اخذ الطحاوي في مختصره ، ص ١٨٠ .

فصل

الوكالة بفسخ العقود

٣٥٩٤ - ويجوز الوكالة في فسخ العقود لانه اذا جاز في العقد فالفسخ مثله .

فصل

الوكالة بالإبراء

٣٥٩٥ - ويجوز ان يوكل في الإبراء من الديون كما يجوز في اثباتها واستيفائها .

فصل

التوكيل بالإقرار

٣٥٩٦ - ويصح عندنا التوكيل بالإقرار في الحقوق .

٣٥٩٧ - وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان في احدهما لا يصح (١) .

٣٥٩٨ - واذا قالوا يصح فهل هو اقرار ام لا ؟

على وجهين : احدهما انه اقرار ، والثاني ليس باقرار .

فصل

قبول الوكالة

٣٥٩٩ - ولا تصح الوكالة بغير قبول لانها عقد فافتقر الى قبول .

(١) جاء في الاقناع للشربيني : الأصح عدم صحة التوكيل في الإقرار مطلقاً (ج ٢ ص ٤٧) .

٣٦٠٠ - ويجوز عندنا القبول بالقول والفعل ، ويكون التصرف فيها وكل به قبولاً .

٣٦٠١ - وقال زفر : لا يكون القبول الا بالكلام .

٣٦٠٣ - لان التصرف يدل على الرضا .

فصل

التوكيل بطلب كل حق

٣٦٠٤ - واذا وكل رجل رجلاً بطلب كل حق له قبل الناس جاز له مطالبة كل غريم كان عليه حق ، وطلب كل ما يحدث له من الحقوق ، ما لم يخرج الموكل من الوكالة .

٣٦٠٥ - وقال زفر بن الهذيل : ليس بوكيل فيما يحدث من الحقوق .

٣٦٠٦ - وكذلك اذا وكله بطلب ماله بالكوفة او مصر بعينه فهو حل الخلاف ايهاً ، يجوز عند الثلاثة من علمائنا .

فصل

(الوكالة بقبض على إنسان بعينه)

٣٦٠٧ - ولو وكله بقبض حق له على إنسان بعينه . فليس له ان يقبض من الحقوق الا ما كان يوم التوكيل في قولهم جميعاً بلا خلاف لانه توكيل خاص ليس بعام .

فصل

(مدى سلطة الوكيل بطلب الحقوق)

٣٦٠٨ - وله ان يتقاضى ديونه ويقبضها اذا وكل بطلب حقوقه ، وليس له بيع ولا شراء ، ولا يأخذ شفعة ولا يزوج ولا يعتق ولا يطلق ، لأن ذلك ليس بطلب حق ، وانما هو اسقاط حق فلا يصح .

فصل

(أخباره بالوكالة)

٣٦٠٩ - واذا اخبر الوكيل بالوكالة فن اخبره بذلك وكان خبره حقا فهو وكيل في قولهم جميعا .

فصل

(قبول الوكالة على الفور)

٣٦١٠ - ومن اصحاب الشافعي من يقول : قبول الوكالة على الفور ، ولا يجوز على التراخي .
٣٦١١ - وهذا لا يصح ، لأن الاذن باق ما لم يبطله .

فصل

(تصرف من وكل وهو لا يعلم)

٣٦١٢ - وقد قال اصحابنا : فان وكله وهو لا يعلم ببيع او شراء ، فتصرف في ذلك وهو لا يعلم بالتوكيل كان ذلك كله باطلا ، ولا يجوز عليه حتى يعلم بالتوكيل ، لأن الأمر لا يثبت مع الجهالة كأمر صاحب الشرع .

٣٦١٣- ولا يجوز التوكيل الا في تصرف معلوم او متعارف ، فان قال
وكلنتك في كل قليل وكثير لم يجز لأنه يدخل فيه ما يطبق وما لا يطبق
فيعظم الغرر (١).

٣٦١٤- ولو قال وكيل في كل شيء ، فهذا وكيل في الحفظ ، وليس في بيع
والاشراء .

٣٦١٥- فان قال وكيل في كل شيء جائز امره ، فهو وكيل في الحفظ والبيع
والشراء ، فان وهب او تصدق جاز ، وله ان يتقاضى ديونته ،
ويبطل حقوقه .

فصل

٣٦١٦- وان قال وكلنتك ببيع جميع مالي وقبض جميع ديوني صح لأنه
يعرف ماله وديونه ،

فصل

٣٦١٧- وان قال : تبيع ما شئت من مالي او تقبض ما شئت من ديوني جاز
لأنه اذا عرف ماله ودينه عرف اقصى ما يبيع ويشري .

(١) يرجع هذا الضابط الى جملة مبادئ عامة يقوم عليها الشرع الاسلامي
والاساس في ذلك مبدأ اليسر . وان الشريعة بنيت على التكليف به لا
بالعسر ، وهذا يترتب عليه مبدأ آخر هو التكليف بما يطاق عادة ،
فلا يحسن التكليف بما لا يطاق ، وبما ان الغرر العظيم ضرب من التكليف
الشاق فهو تكليف بما لا يطاق عادة . وهذا مثال من امثلة جملة يمكن
الرد به على من زعم من فقهاء القانون الموازن ان الفقه الاسلامي غني
بالجزئيات دون ان يعنى بالاسس والمبادئ العامة .

فصل

التوكيل بمجهول الصفة والجنس

٣٦١٨ - فإن وكله بشراء عبد بعينه أو بغير عينه فإن ذكر الجنس جاز ، وإن ذكر الثمن جاز ، ولزم الأمر ، وإن أطلق لم يصح لأنه مجهول الصفة والجنس .

٣٦١٩ - وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصح وإن ذكر الثمن ، لأن ذكر الثمن لا يدل على النوع ، وقال : إن ذكر النوع جاز إذا قال تركيا .

٣٦٢٠ - لأن ذكر الجنس كذكر الثمن فكذلك ذكر الثمن يدل على ذكر الجنس .
٣٦٢١ - وقال زفر رحمه الله تعالى : لا بد من ذكر الجنس والثمن معاً ، حتى يصح ، لتزول الجهالة ، والجنس إذا ذكر فقد دخل فيه الأعلى والأدنى .

فصل

الوكالة بخصومة كل من يخصمه

٣٦٢٢ - ونصح الوكالة بخصومة كل من يخصمه ومن أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال لا تصح لأن الخصومة قد تقل وتكثر .

فصل

تعليق الوكالة على شرط

٣٦٢٣ - ويصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل لأنه امر ، فجاز تعليقه بشرط كأمر صاحب الشرع وكالوصية .

٣٦٢٤ - ومن أصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه من قال الصحيح أنه لا يصح لأنه عقد تؤثر الجهالة فيه كالبيع والإجارة .

فصل

تصرف الوكيل بعد الشرط

٣٦٢٥ - واتفق الفريقان انه اذا وجد الشرط ونصرف الوكيل جاز تصرفه ولو كان المقد باطلا لما جاز التصرف .

فصل

تسمية جعل الوكيل

٣٦٢٦ - ولكن قال الشافعي : ان كان سمي له جعلاً بطلت التسمية فوجب له أجر المثل ، لأنه عقد فاسد لم رض به بغير بدل فكان له أجر المثل كالاجرة الفاسدة .

فصل

(تنجيز الوكالة وتعليق التصرف)

٣٦٢٧ - قالوا : ولو عقد الوكالة في الحال ، وعلق التصرف على شرط بان قال : وكلتك بان تطلق امرأتي بعد شهر او ببيع عبدي جاز لأله لم يعقد على شرط .

فصل

رجوع الوكيل بالثمن

٣٦٢٨ - وللوكيل ان يرجع بالثمن على الأمر فيما يلزمه من الثمن اذا وقع الشراء له ، في الموقع الذي يصح ، قبل نقد الثمن ، وبعد نقده ، لأنه لزم بأذنه .

فصل

(لزوم الثمن الوكيل)

- ٣١٢٩ - والثمن عندنا يلزم للوكيل بالعقد ولا يكون للبائع مطالبه الأمر ،
لأن العقد لم يكن معه عند علمائنا الثلاثة .
٣٦٣٠ - وقال زفر ومالك : له مطالبة المالك .

فصل

حقوق العقد

- ٣٦٣١ - وعندنا حقوق العقد تتعلق بالوكيل (١) ،
٣٦٣٢ - ومن اصحابنا من قال : الملك ينتقل الى الوكيل ، ثم ينتقل من جهة
الى الموكل .
٣٦٣٣ - ومنهم من قال : تنتقل الحقوق من البائع الى الموكل ، وكذلك
الملك .
٣٦٣٤ - وحكى ابو عبد الله البصري عن ابي الحسن رحمه الله في شرح
المختصر ان سائر الحقوق تنتقل الى الوكيل من المالك .
٣٦٣٥ - لأنه لا يصح النيابة فيه (٢) وسائر الحقوق تجوز النيابة فيها فتعلقت
بالوكيل .

(١) في مختصر الطحاوي ايضاً (ص ١٠٩) ان الخصم في حقوق البيع
ممن الاستحقاق والمطالبات في العيوب في ذلك الوكيل لا الموكل
وكذلك الوكالة بالشراء .. والوكالة بالاجارة كالوكالة بالشراء
والبيع في جميع ما ذكرناه .

(٢) الظاهر ان الضمير يعود الى حكم العقداي انتقال الملك كما يستفاد من تفرقة
الحنفية بين حكم العقد وحقوقه في باب الوكالة (بدائع الصنائع الكاساني ج ٦ ص ٢)

فصل

حق الوكيل في حبس السلعة

٣١٣٦ - والوكيل حبس السلعة حتى يستوفي الثمن من الموكل ، لأنه كالبايع في حق للوكيل .

٣١٣٧ - وقال زفر رحمه الله تعالى ليس له حبس السلعة .

فصل

هلاك السلعة في حبس الوكيل

٣١٣٨ - فان حبسها فتلفت في يده بطل الدين، وحكى ابو الليث (السمرقندي) في خلافة (١) فقال : هذا قول محمد رحمه الله تعالى .

٣١٣٩ - وحكى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انها تهلك بالاكل من قيمتها ومن الدين .

٣١٤٠ - وعن زفر رحمه الله تعالى انه يضمن ضمان الغصب لأنه ليس له حبسه .

فصل

٣١٤١ - ولو وكله بشراء ثوب او دابة لم يجز حتى ينسبه الى جنس ، وليس كذلك بني آدم لأنهم جنس واحد ، وانا يفرق بينهم البلدان .

باب (٢)

فيما يلزم الموكل وما لا يلزمه من الأحكام

(١) اشارة الى كتاب مختلف الرواية الذي ترجع اشارات السمناني اليه نسبتة الى ابي الليث السمرقندي لا الى العللاء السمرقندي مصنف تحفه الفقهاء .

(٢) في نسخة قليبيج كتاب .

٣١٤٢ - الوكيل بالخصومة والقبض اذا اقر عند القاضي ان الموكل قبض الحق او ابرأ منه برىء الغريم وقبل في حقه وحق الموكل ، وان اقر عند غير القاضي لم يلزم الموكل ولم يكن للوكيل بعد ذلك المخاصمة ، لأنه خرج من الوكالة ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله تعالى عنهما .

٣٦٤٣ - وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى في احد قوليه يجوز اقراره في الحالين ويلزم الموكل .

٣١٤٤ - وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز اقراره في الحالين ولا يلزم الموكل لأن ذلك ليس مقتضى الخصومة وقرار ببطلان الخصومة .
٣٦٤٥ - وابو حنيفة رضي الله تعالى عنه قل الاقرار احد جوابي الدعوى يصح من الوكيل كالانكار .

فصل

٦٣٤٦ - واذا وكله بالبيع فباع بقبائل الثمن وكثيره فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٤٧ - وكذلك اذا باع بالعروض والنقد والنسيئة .

٣٦٤٨ - وقالوا والشافعي لا يجوز ذلك حتى يكون بمثل ثمن المثل وما يتغابن الناس فيه .

٣٦٤٩ - ولا يجوز بالعروض ولا يجوز بغير الاثان .

٣٦٥٠ - وقد روى القدوري في تجريدته في الشراء عن ابي يوسف رحمه الله تعالى روايتين مثل ما قاله في البيع .

فصل

بيع الوكيل نصف العبد

٣٦٥١ - وإن وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز ولزم الأمر ، وفي الشراء لا يلزم حتى يشتري الجميع ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصلين .

٣٦٥٣ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز بيعه النصف أيضاً ولا يلزم الموكل كما لا يلزمه الشراء .

فصل

التوكيل بإعتاق نصف العبد

٣٦٥٤ - وإن وكله بأن يعتق نصف عبده فاعتقه كله لم يصح ولم يعتق منه شيء عند أبي حنيفة رضي الله عنه .

٣٦٥٥ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله .

٣٥٦ - ولو وكله بأن يعتق الكل ، فاعتق النصف ، عتق النصف ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٥٧ - وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق الكل .

٣٥٨ - وقال أبو حنيفة في الطلاق إذا وكل بواحدة فطلق اثنين لم يصح ولا ولا يلزم الأمر .

٣٦٥٩ - وقالوا تطلق واحدة .

٣٦٦٠ - لأنه فعل المأمور به وزاد .

فصل

وكله بأن يزوجه امرأة

٣٦٦١- فان وكله بان يزوجه امرأة فزاد في مهرها جاز عند أبي حنيفة وفرق بين النكاح والشراء .

٦٦٦٢- وقالاهما سواء ، ولا يلزمه ما زاد على مهر المثل لانه لم يدخل تحت الاذن .

فصل

أمره بالتزويج ولم يسم امرأة

٣٦٦٣- ولو أمره بالتزويج ولم يسم امرأة فزوجه امرأة غير كفوء له ، او أمة او ذمية جاز عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، لانه دخل تحت عموم قوله .

٣٦٦٤- وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يجوز ، لانه بخلاف العادة فلا يجوز (١) .

فصل

٣٦٦٥- فان زوجة ابنته لم يجز في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه صغيرة كانت ام كبيرة .

(١) من هذه القاعدة يفهم ان العادة تعد عاملا حاسما في تحديد صحة التصرف من بطلانه حيث ينبغي النظر الى ما تعارف عليه الناس عند التساؤل عن صحة تصرف او بطلانه .

٣٦٦٨ - وقال ابو يوسف ومجد رحمهما الله تعالى يجوز ان كالت كبيرة ، وهذا مثل
الوكيل بالشراء هل يجوز ان يشتري من ابيه وابنه ؟ عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى لا يجوز من كل من يجوز شهادته له .

٣٦٦٩ - وقال ابو يوسف ومجد رحمهما الله تعالى يجوز .

٣٦٧٠ - ولاصحاب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعنهم اجمعين في البيع
من هولاء وجهان ولم أر قولهم في التزويج فاحكيه .

فصل

تزويج الوكيل موكله بامرأتين

٣٦٧١ - وان زوجه امرأتين لم يجوز عند ابي حنيفة ومجد رحمهما الله تعالى وفي
احد قولي ابي يوسف ومجد تعالى يجوز في واحدة والبيان الى الموكل
يختار ذلك ما زاد على الواحدة بالخلاف .

فصل

٣٦٧٢ - فاذا وكل بالاجارة او البيع فابراً من عليه الاجرة ، فان كان بعد
بعد المدّة جازت البراءة ويغرم الوكيل للموكل الاجرة في قول ابي
حنيفة ومجد .

٣٦٧٣ - وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى البراءة باطلّة ولا يبرأ من الدين .

٣٦٧٤ - وكذلك الوكيل بقبض الدين ، لان حقوق العقد تتعلق بالعاقدة .

فصل

الوكالة بالصلح على قصاص

٣٦٧٥ - ومن له قصاص اذا وكل بالصلح وكيلا فصالح على قليل او كثير

جاء عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى .

٣٦٧٦ - وان كان وكيل المطلوب فزاد على الدية فان لم يضمن يجوز على الموكل ايضاً وان ضمن يجوز على نفسه .

٣٦٧٧ - ولا يجوز عندهما الا بمقدار ما يتغابن فيه .

فصل

الوكالة بالصلح في شجة

٣٦٧٧ - فان وكل رجلاً بالصلح في شجة ادعت قبله ، فصالحه الوكيل عن الجنابة بالدية ، فان بري من الشجة لم يجز ، وان مات فهو جائز على الوكيل ، وان كان ضمن فلا يجوز على الموكل .

٣٦٧٩ - وان كان الوكيل صالح عن الشجة وما يحدث منها الى النفس على خمسمائة ، والشجة موضحة خطأ ثم بري من الشجة فان المشجوج رد تسعة اعشار المال ونصف عشرة ويسلم له نصف العشر ان كانت الشجة موضحة .

٣٦٨٠ - وهذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨١ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الصلح جائز على الموكل ولا رد شيئاً .

فصل

الصلح على الدم

٣٦٨٢ - وان صالح على الدم على عبيدين فاذا احدهما حر فله الباقي وحده عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

٣٦٨٣ - وقال ابو يوسف له الباقي وقيمة الحر لو كان عبدا .

٣٦٨٤ - وعند محمد رحمه الله تعالى له الباقي والزيادة الى تمام الارش .

فصل

باع جارية وكل ببيعها بقيمتها فزادت

٣٦٨٥ - واذا وكل رجلا يبيع جارية وقيمتها الف درهم ، والوكيل بالخيار

فزادت قيمتها وصارت تساوي الفن فاجاز الوكيل البيع او مضى

الثلاث فالبيع جائز في الوجهين جميعاً عند ابي حنيفة لانه تعة بر

القيمة في الجواز .

٣٦٨٦ - وقال محمد البيع باطل في الوجهين جميعاً كزيادة القيمة وحصول

المعنى المفسد .

٣٦٨٧ - وعند ابي يوسف : ان اجاز البيع لم يحز ان سكت حتى مضت

المدة جاز لان مضى المدة من غير فعله ، والاجازة فعله .

فصل

٣٦٨٨ - ولو وكل رجلا بشراء عبد فاشتراه بخنطة او شعر ، فان كان بعينه

فهو مخالف والشراء لنفسه في قولهم جميعاً ، وان كان ذلك في

الذمة موصوفاً جاز الشراء للامر عند زفر ، وهو قول ابي حنيفة

الاول .

٣٦٨٩ - وعندهما رضى الله تعالى عنهما يكون مشترياً لنفسه ، وهو قوله

الثاني الآخر .

فصل

اشترى بنقصان أو باع بزيادة

٣٦٩٠ - ولو وكله ان يشتري له شيئاً بالف درهم ، او يبيعه بالف فاشترى

بنقصان وباع بزيادة فانه يجوز عند الثلاثة من اصحابنا .
٣٦٩١ - وقال زفر لا يجوز .

فصل

التوكيل بقبض معين

٣٦٩٢ - ولو وكله بقبض شيء بعينه من رجل فان اعطاه اياه قبضه ، وان منعه فليس له ان يخاصمه فيه .

فصل

التوكيل بحمل امرأة الموكل إليه

٣٦٩٣ - وان وكله بان يحمل اليه امرأته او عبده فأقامت الزوجة البيعة بالطلاق والعبد بالعناق لم يكلف الخروج (١) واوقف الحكم ولم يقض على الغائب عندنا .
وقال الشافعي يقضى عليه

فصل

٣٦٩٤ - وان وكله بقبض الدين فاثبت المدين الابرأ ، ولو كان وكيلا يقبض دين على رجل فأقام الغريم بيعة بانه ابرأ منه قبل عند ابي حنيفة وبريء الغريم .
٣٦٩٥ - وقال ابو يوسف ومجد لا يبرأ ويوقف كالاول .

(١) في النحتين : الاحراج

فصل

اختلاف الوكالة بقبض الدين عن غيرها

٣٦٩٦- وقال ابو حنيفة : الوكالة بقبض الدين ليست كالوكالة بقبض شيء بعينه ، وانما هي داخلة في باب المبادلة ، فهي كالوكالة بالبيع ومن اصحابنا من قال : تسمع البيعة فيما هو بعينه ، وفيما ليس بعينه وانه خصم اذا وكل بالقبض .

فصل

٣٦٩٧- واذا وكل بالخصومة كان له ان يقبض عند علمائنا الثلاثة .
٣٦٩٨- وقال زفر - رحمهم الله تعالى - ليس له ان يقبض الا باذنه (١)
٣٦٩٩- وهو قول الشافعي - رحمه الله تعالى ولا يحتاج عند الجميع الى ان يبعد بيعة بالوكالة على كل خصم اذا كانت عامة في كل حق قبل الناس .
٣٧٠٠- فلو قبض وتلف ضمن ولم يبرأ الغريم .
٣٧٠١- وعند الثلاثة لم يبرأ .

فصل

٣٧٠٢- ولو قدم الوكيل رجلا وادعى عليه حقا لموكله واقام بذلك بينة فشهدت بالدين والوكالة معا ، فن اصحابنا من قال في ذلك قياس واستحسان : القياس ان لا يقبل البيعة الا ان تشهد بالوكالة اولا ثم بالدين .

(١) في نسخة قليج : يأذنه وقوله .

وهو قول زفر ، والاستحسان ان يقبل ذلك ، حكى ذلك ابو موسى
في مختصره في الوكالة .

٣٧٠٢ - وقال الخفاف في ادبه للقضاء على قول ابي حنيفة لا يقبل حتى
تثبت الوكالة اولاً ، لانه ليس بخصم عن صاحب المال الا بعد
اثبات الوكالة .

٣٧٠٤ - وقال ابو يوسف تقبل الشهادة على الامرين جميعاً .

٣٧٠٥ - وكذلك الوصي ذلك .

٣٧٠٦ - وكذلك الوارث يدعي ان اياه مات ولا وارث له غيره ، وان له
على هذا الرجل اوفي يده ضيعه ويثبت الوفاة والميراث ببينة واحدة .

فصل

ادعاء وكالة عن غالب

٣٧٠٧ . ولو ادعى (١) وكالة عن غائب اراد اثباتها عند القاضي لم يجز الا ان
يكون معه خصم حاضر ، يدعى عليه حقاً ، لانه قضاء على غالب .

٣٧٠٨ - وقال ابن ابي ليلى تسمع ببينة وبحكم له بالوكالة وان لم يكن معه
خصم .

٣٧٠٩ - وهو قول الشافعي .

٣٧١٠ - وان كانت وكالة على رجل معين لم يكن له ان يخاصم غيره .

فصل

٣٧١١ - وان وكله عند القاضي ثم غاب كان له اب يخاصم في سائر الحقوق

(١) في نسخة المعهد ومنيخ: وقال اصحابنا لو ادعى .

التي جعلها اليه اذا كان القاضى يعرفها جميعا .

فصل

٣٧١٢ - وان كان لا يعرف الموكل فقال الوكيل انا احضر بينة تعرفه فانه لا يسمع ذلك لانه لا خصم معه .

فصل

٣٧١٣ - وان احضر خصماً بينة ان الذي وكله فلان الغلافي ، وانه له حقاً على هذا ، أنفذ له الوكالة وحكم بها .
٣٧١٤ - وقال اصحابنا له ان يكتب بوكالته الى غيره من القضاة .

فصل

٣٧١٥ - واذا اقر الوكيل باستيفاء الحق وتسليمه الى الموكل قبل اقراره ، وان وهبه الحق او تصدق به عليه لم يجوز على الموكل ، وضمن الوكيل .

فصل

٣٧١٦ - وعند زفر والشافعي الوكيل بالقبض لا يكون وكيلاً بالخصومة ، والوكيل بالخصومة لا يكون وكيلاً بالقبض .

فصل

٣٧١٧ - ومن ادعى انه وكل رجلاً وانه وكله بقبض ما على رجل من الحق

فصدقه الرجل في الوكالة والدين امره القاضي بدفع ذلك اليه عندنا .
 ٣٧١٨ - وعند الشافعي لا يأمره بالدفع اليه ولا يجب الدفع كما لو ادعى قبض
 عين في يده .
 ٣٧١٩ - وقد روى عن اصحابنا في العين رواية اخرى انه يجب عليه الدفع .
 ٣٧٢٠ - وقالوا جميعاً انه لو ادعى الوصية وصدقه لم يجب عليه الدفع حتى
 يثبت بالبينة الموت والوصية .
 ٣٧٢١ - وقالوا : لو ادعى ان اياه مات وانه وارثه لا وارث له غيره لزمه
 الدفع اليه :

فصل

إنكار الغريم

٣٧٢٢ - فان حضر الغريم وانكر الوكالة كان لمن عليه الدين ان يحلفه بالله
 تعالى ما قبض بامرك ووكالتك له .
 ٣٧٢٣ - فان حلف يرجع الغريم عليه بالدين ويرجع الغريم على الوكيل بما
 قبض ان كان باقياً في يديه .

فصل

٣٧٢٤ - فان ادعى الوكيل انه سلمه الى الغريم اوضاع منه فاقول قوله
 عندنا في براءة نفسه ، ومن اصحاب الشافعي من قال لا يبرأ ويضمن
 الا ان يقيم بينة بالدفع الى الموكل فلا شيء عليه .

فصل

ادعى الوكالة والدين

٣٧٢٥ - فان ادعى الوكالة والدين فأقر الغريم بالدين وجحد الوكالة فطلب

الوكيل يمينه انه ما يعلم انه وكيل فلان بقبض ماله ، فان ابا حنيفة
رحمه الله تعالى روى عنه لا يحلفه .

٣٧٢٦ - وقال ابو يوسف يحلفه ما يعلم ان الطائب وكله بقبض ماله عليه .

٣٧٢٧ - واختلفت الرواية عنهم في الوارث هل يحلف ام لا ؟

فان حلف الغريم بلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين امره بدفع المال
ولا يكون ذلك قضاء على الغائب .

فصل

أنكر الدين وأقر بالوكالة

٣٧٢٨ - وإن أنكر الدين وأقر بالوكالة ، وأراد الوكيل أن يقيم البينة على
الدين لم يقبل القاضي ذلك ، ولا يكون وكيلاً ، ولا يثبت الحق ببينة
الا بعد اثبات الوكالة من الموكل .

فصل

الوكالة المشروطة

٣٧٢٩ - وان وكله بان لا يقر عليه بحق ولا يبطل له حقاً ولا يعدل شاهداً
جاء ذلك على ما شرط بالاخلاف في ذلك من الناس .

فصل

خروج الوكيل من الخصومة

٣٧٣٠ - وكل وكيل اقر على موكله بما يبطل حقه خرج من الخصومة بانفائه
وكاه للموكل ان يطالب بحقه بنفسه او بغيره عند من لم يجز اقراره

عليه من الناس على ما تقدم بيانه .

فصل

٣٧٣١- وحكى ابو الليث عن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه اجاز وكالة الحاضر للنساء ومنع في الرجل ، وان ابن ابي ليلى اجاز ذلك للبكر دون الثيب وللرجل في خلالة لاصحابنا (١)

فصل

توكيل اثنين

٣٧٣٢ ومن وكل اثنين بالخصومة او قضاء ديونه جاز لأحدهما فعل ذلك عند علمائنا الثلاثة .

٣٧٣٣ - وقال زفر رحمه الله تعالى لا يجوز الا ان يجتمعا على ذلك .

٣٧٣٤ - وانفقوا على انه لو وكلها بالقبض لم يقبضا الا جميعاً .

فصل

الوكيل أمين

٣٧٣٥ - والوكيل أمين فيما في يده ، والقول قوله في لصاع المالك وتلفه ورده على صاحبه لأنه نائب عن الموكل في اليد والتصرف .

فصل

الوكالة ببيع سلعة

٣٧٣٦ وان وكله ببيع سلعة فباعها وقبض ثمنها فتلف الثمن ثم استحق

(١) المقصود بهذه العبارة على ما يظهر كتاب مختلف الرواية لأبي الليث السمرقندي .

المبيع رجع على الوكيل ثم رجع الوكيل على الموكل .
٣٧٣٧ - وقال الشافعي رحمه الله تعالى يرجع على الموكل لان البيع له وقع .

فصل

هل للوكيل أن يوكل غيره؟

٣٧٣٨ - وليس للوكيل ان يوكل غيره بمطابق الوكالة عنه (١)
٣٧٣٩ - قال ابن ابي ليلى يجوز له ان يوكل بطلاق الوكالة له ، واتفق الجميع على انه لو قال افعل ما ترى او اجاز ما صنع فله ان يوكل من شاء .
٣٧٤٠ - وقال اصحابنا : لو باع بحضرة الموكل واجاز ما صنع جاز وكان كأنه هو الذي تولى ذلك .
٣٧٤١ - وة ل زفر لا يجوز .

فصل

٣٧٤٢ - واداجعل اليه ان يوكل غيره ومات صاحب الحق بطلت الوكالة منهما جميعاً ، فاذا مات الوكيل الاول فالثاني على وكالته، وكذلك ان اخرج الموكل الاول فالثاني على وكالته . (٢)
٣٧٤٣ - وان اخرج الوكيل الاول الثاني من الوكالة فهو اخراج .

فصل

٣٧٤٤ - ومتى ثبت الحق على المطلوب وقل : حلف الوكيل انه لا يعلم ان الطالب قبض حقه مني ، فلا يمين على الوكيل ، وان قال : اريد يمين الطالب حتى اسلم الى الوكيل قبل له : ادفع الى الوكيل واتبع

(١) مختصر الطحاوي ، ص ١٠٨ - ١٠٩

(٢) هذا معناه ان الوكيل الثاني يعد وكيلا للموكل :

الطالب واستحلف ، لأن اليمين لا تجب على الوكيل ٥

فصل

٣٧٤٥ - وقالوا لو وكل رجلين بطاب حقوقه والخصومة فيها ، فحضر احدهما ومعه خصم فهو وكيل في خصمته وإثبات الحق عايه ، الا انه لا يقبض دون صاحبه ، حكى الخصاص ذلك من غير خلاف ، وهو على الخلاف المتقدم بلا شك فيه ، والله تعالى اعلم .

باب

ما يبطل الوكالة

٣٧٤٦ - اتفق أصحابنا رحمهم الله تعالى على أن الوكالة تبطل بدوت كل واحد منهما ، وانها لا نورث .

فصل

٣٧٤٧ - وان باع الموكل ما وكل عليه ببيعته بطلت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك لانه زال ملكه منه (١)

فصل

عزل الوكيل وهو لا يعلم

٣٧٤٨ - وان عزل الوكيل وهو لا يعلم لم يعزل عندها وكذلك ان عزل

(١) يمكن تميم حكم هذه الفاعدة بأن نقول اذا قام الموكل بايقاع ما وكل به انتقضت الوكالة وان لم يعلم الوكيل بذلك .

نفسه بغير علم الموكل فهو على وكالته حتى يعلم .
٣٧٤٩ - خلافت الشافعي رحمه الله تعالى في الفصلين جميعاً .

فصل

جنون الموكل وردته

٣٧٥٠ - ولو جن الموكل جنوناً مطبقاً او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة .
وان رجع الموكل مسلماً لم ترجع الوكالة .

فصل

جنونه ساعة

٣٧٥١ - ولو جن ساعة لم يخرج وكيله لأنه بمنزلة النوم والاعماء والقياس
يوجب خروجه من الوكالة (١) .

فصل

ارتداد الوكيل

٣٧٥٢ - وكذلك الوكيل لو كان هو المراد فقد خرج من الوكالة ،
٣٧٥٣ - وقال محمد بن الحسن : يعود وكيله اذا عاد مسلماً لأن ملكه لم يزل
عن شيء كما زال ملك الموكل .

فصل

علم القاضي بالوكالة

٣٧٥٤ - واذا علم القاضي بأنه وكيل انفذ له الوكالة وأمر الخصوم ان يدينوا له ،
كذلك ان علم بالعزل صرفه من الوكالة لان علمه طريق الى اليات الحق كالهيئة .

(١) الظاهر وجوب التفرقة فان جنون ساعة ممن لم يعهد منه جنونه من قبل لا يعد
جنوناً ما لم يثبت كونه مقدمة جنون لاحق وعرضاً من اعراضه ، والا فهو
نوتر عصي عارض فقياسه على النوم والاعماء وغيرهما من العوارض الطبيعية
الموقته صحيح ، اما جنونه ساعة ممن عهد منه جنون سابق فالقياس حمله على
الجنون لانه نوبة متجددة .

٣٧٥٥ - هذا اذا علم بذلك بعد الولاية وفي عمله وان كان في غير عمله وتبيل ولايته لم يحكم بعلمه ،

٣٧٥٦ - وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى من غير خلاف عنه .

٣٧٥٧ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم رحمهم الله تعالى :
ذلك كله سواء ، ويجوز الحكم بما عليه في جميع (الامور) الا
الحدود خاصة .

٣٧٥٨ - وحكى ابو موسى في مختصره بان من أصحابنا من قال يحكم بعلمه
في الحدود ايضا ، وحكى ان مالكا قال لا يحكم بعلمه في شيء اصلا .

٣٧٥٩ - وقد حكينا عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى انه قال ذلك ايضا ،
وانه قال اذا قال الحاكم ان هذا قد اقر عندي بالزنا فارجه ولم يسع
الناس ذلك ولم يرجم ، قال وليس هذه الطاعة لمخلوق بعد النبي محمد
صلى الله عليه وسلم ، والزمه أصحابنا انه لا يجوز قضاء قاض
حتى يكون معه شاهدان ويذكران معه في العهد .

فصل

٣٧٦٠ - وكل من لا يقضي له الفاضي الا بعد ان يحلف المدعي فان الوكالة به
لا تصلح وهذا كالرد بالعيب ، واخذ الشفعة ، واستيفاء ما يحكم به
على الميت ، وهذا يحى على قول ابي يوسف ، وما روى
عن ابي حنيفة .

٣٧٦١ - وذكر في الخصاص مسألة الرد بالعيب انه لا تصح الوكالة به من
غير خلاف ذكره .

٣٧٦٢ - وذكر الطحاوي مسألة العيب والشفعة وذكر الخلاف في ذلك انه
لا يحكم له حتى يحلف عند أبي يوسف ، وعند أبي حنيفة يحكم الا أن

بطلب الخصم فيحلف ، ولا يحلف من غير طلب في ردد مصل
الايان من هذا الكتاب .

٣٧٦٣ - وكتاب الوكالة من الكتب الكبار ، وفيه كل مسألة عجيبة من
المسائل ، وفي الذي ذكرته مسائل الخلاف وبعض ما لمس الحاجة
لثلا يطول الكتاب .

٣٧٦٤ - واذا قد ذكرنا الوكالة وكانت تستفاد من جهة الامر واختصت
بحال الحياة وكان يحتاج الى التصرف بعد الموت (بالوصية وجب)
ذكر ذلك .

كتاب الوصايا^(١)

وهذا كتاب الوصايا

الحاجة إلى الوصية

٣٧٦٥ - اعلم ان الحاجة داعية الى الوصية ، مثل ما دعت الى الوكالة في حال الحياة لان الانسان يحتاج الى أشياء يفعلها بعد موته ، يكون فيها نجاهه من ربه في معاملاته ، وقضاء ديونه ، وما عليه من للتدور والقروض التي تركها ، اما عمداً او سهواً ، او اغتراراً بالحياة وسكوناً الى البقاء .

سند الوصية من السنة

٣٧٦٦ - وقد وصى النبي (ص) والائمة الراشدون بعده ، فارصى النبي (ص) الى علي ، وابو بكر الى عمر وعمر الى اصحاب الشورى ، ووصى الى الزبير سبعة من اصحاب النبي (ص) منهم عثمان والمقداد وعبد الرحمن

(١) جاء في لسان العرب في مادة (وصى) : اوصى الرجل ووصاه عهد اليه . . . واوصيت له بشيء واوصيت اليه اذ جعلته وصيكاً واوصيته ووصيته ايضاً وتوصية بمعنى . وتواصى القوم اوصى بعضهم بعضاً ، وفي الحديث واستوصوا بالنساء خيراً فانهن عندكم عوان ، والاسم الوصاة والوصاية والوصاية والوصية ايضاً ما اوصيت به ، والوصى : الذي يوصي والذي يوصى له وهو من الاصلاد .

بن عوف وابن مسعود فكان يحفظ عليهم اموالهم وينفق على
ايتامهم من ماله .

فصل

حديث سعد

٣٧٦٧- وروي ان سعداً (١) اشتكى عام الفتح فجهاه النبي صلى الله عليه
وسلم يعوده فقال يا رسول الله ان لي مالا كثيراً وليس يرثني الا ابنتي
افأوصي بهالي كله ؟
فقال : لا
فقال فبالشطر منه ؟
فقال لا
فقال فبالثلث ؟
قال :

= ابن سيده : الوصى : الموصى والموصى ، والاثنى وصى ، وجمعهما
جميعاً اوصياء ، ومن العرب من لا يثنى الوصى ولا يجمعه .
الليت : الوصاة كالوصية .

وقواه عز وجل : (يوصيكم الله في اولادكم) ومعناه بفرض عليكم
لأن الوصية من الله انما هي فرض ، والدليل على ذلك قوله تعالى
(ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ، ذلكم وصاكم به) وهذا من
الفرض المحكم علينا .

(١) خرج هذا الحديث في كتاب الاثر لأبي يوسف بالفاظ متقاربة
(الرقم ٧٨٣) وروى فيه اثر آخر بعضه عن ابي حنيفة عن حماد عن
ابراهيم أنه قال وليس للميت من ماله الا الثلث ، واخرج الحديث =

الثالث والثالث كثير ، لأن تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكفون الناس .

فقه خبر جواز الوصية بالتثالث

٣٧٦٨ - وفي هذا الخبر من الفقه :

جواز اعادة المريض

والثاني يدل على جواز اقتناء المال الكثير

والثالث انه لا تجوز الوصية بما زاد على الثلث

والرابع ان الثلث في حيز الكثير الجائز

والخامس ان النهي عن الوصية انما هو لاجل الورثة

والسادس ان غنى الورثة امر مندوب اليه عن الناس (١)

ففيه هذه الوجوه كلها .

= الاول الامام محمد بن الحسن الشيباني ايضا في الاثار عنه وقال : وبه نأخذ ،
لا تجوز الوصية لاحد باكثر من الثلث ، فان اوصى باكثر من الثلث ، فاجاز
ذلك الورثة بعد موته فهو جائز ، وليس للوارث ان يرجع فيما اجاز ،
وهو قول ابي حنيفة ، واخرجه في الموطأ عن مالك عن الزهري عن عامر
بن سعد عن ابيه والشافع الى ذلك مثل ما ذكر وزاد ان الورثة ان ردوا
رجع ذلك الى الثلث ، لان النبي (ص) قال : الثلث والثلث كثير فلا يجوز
لاحد وصية باكثر من الثلث الا ان يجيز الورثة ، وهو قول ابي حنيفة والعمامة
من فقهاء الحنفية .

(١) كذا سياق الجملة في النسختين والاصواب غناء الورثة عن الناس أمر
مندوب اليه .

آثار أخرى في الوصية

٣٧٦٩ - وروى ابن عمر عن النبي (ص) أنه قال : ما من حق أمريء مسلم يمر عليه ليلتان وله شيء يوصي به الا ووصيته مكتوبة عند رأسه وروى ان لثني عليه السلام قال :
ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم في آخر اعماركم ، وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : لا وصية لوارث الا ان يجزها الورثة رواه عمرو بن خارجة (١) وابو امامة الباهلي (٢) ورواه الحسن بالزيادة الا ان يجزها الورثة وأولئك بغير زيادة (٣)

(١) جاء في اسد الغابة (١٠٢/٤) :

عمرو بن خارجة بن المنتفق الأسدي حليف أبي سفيان بن حرب وقيل خارجة بن عمرو والاول اصح ، يعد في الشاميين ، روى عنه عبد الرحمن بن غنم الاشعري . (روى عنه) انه قال خطبنا رسول الله (ص) بمنى وهو على ناقته واني لتحت جيرانها ولعابها يسيل بين كتفي ، وانها لتقصع بجرتها يقول :

- ان الله عز وجل قد اعطى كل ذي حق حقه من الميراث ، ولا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، اخرجه الثلاث .

(٢) هو صدى بن عجلان بن الحارث وقيل عجلان بن وهب ابو امامة الباهلي السهمي . جعله بعضهم في بني سهم من باهلة وخالفه غيره ولم يختلفوا انه من باهلة . غلبت عليه كنيته ، ممكن مصر ثم انتقل فسكن حمص ومات بها سنة (٨١) أو ٨٦ هـ وكان من المكثرين في الرواية واكثر حديثه عند الشاميين ومما روى عنه في الاحاديث انه سمع يقول : وسمعت رسول الله (ص) يقول : =

فصل

٣٧٧٠ - الرصية بالثلث جائزة على الورثة وان سخطوا وان كان يضرهم، والمستحب ان كانوا فقراء ان لا يوصي بشيء لغيرهم .

= اكفلوا لي بست اكفل لكم الجنة :

اذا حدث احدكم فلا يكذب .

واذا أوتمن فلا يخن .

واذا وعد فلا يخلف

غضوا ابصاركم

وكفوا ايديكم

واحفظوا فروجكم

وعن سليمان بن حبيب المحاربي قال :

دخلت مسجد حمص فاذا مكحول وابن ابي زكريا جالسان :

فقال مكحول :

لو قمنا الى ابي امامة صاحب رسول الله (ص) فأديننا من حقه وسمعنا منه :

قال : فقمنا حتى اتيناه ، فسلمنا عليه ، فرد السلام ثم قال :

ان دخولكم على رحمة لكم وحجة عليكم .

ولم ار رسول الله (ص) من شيء اشد خوفاً على هذه الأمة مع

الكذب والعصية الا واياكم والكذب والعصية ، الا وانه امرنا ان

نبلع ذلك عنه ، الا وقد فصلناه ، فأبلغوا عنا ما قد بلغناكم . (اسد الغابة

ج ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩ ، ج ٣ ص ١٦- ١٧)

(٣) اجاز القانون المدني الوصية للوارث في ثلث التركة بدون اجازة سائر

الورثة وجعلها فيما جاوز ذلك لا تنفذ الا باجارة الورثة . ١٠٨ منه)

فصل

متى يعتبر الثلث

٣٧٧١ - والثلث يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية لان الموت هو السبب في جواز ذلك وحصول الملك به .

فصل

- ٣٧٧٢ - وتفتقر الى قبول لانها عقد تبرع كالهبة ، والوكالة .
٣٧٧٣ - ومن اصحاب الشافعي من اعتبر الثلث يوم الوصية .
٣٧٧٤ - فان كان له مال صحت الوصية به ، وان استفاد مالا بعد ذلك لم تصح فيه الوصية .
٣٧٧٥ - لانه عقد يقتضي اعتبار المال فاعتبر بحال العقد ، كما أؤذدر أن يتصدق بثلث ماله ، فعلى هذا اذا اوصى وثلث ماله الف فصار عند الوفاة الفين لم تلزمه الزيادة . ولو اوصى وله مال فهلك بطلت الوصية .
٣٧٧٦ - ومنهم من قال مثل قولنا وهو الصحيح من المذهب .

فصل

جواز الوصية في ماله وفيمن يلي عليه في ماله

- ٣٧٧٧ - وتجوز وصية الانسان في ماله ومن يلي عليه في ماله من ولده الصغار والكبار المجانين ، الا في تزويج الصغار فانه لا يجوز .
٣٧٧٨ - وقد روى عن ابى حنيفة جواز ذلك
٣٧٧٩ - وهو قول مالك وابى ثور

٣٧٨٠ - وقد روى في خبر قدامه بن مظعون (١) لما زوج ابن عمر ابنة أخيه وقال اناعمها ووصى ابيها، وذكر الخبر الى ان قال انها يتيمة، وانها لا تنكح الا باذنها، ولانها ولايسة تستحق بالشرع فكان اولي من الوصي .

فصل

ما تجوز الوصية فيه من الحقوق

٣٧٨١ - وتجوز الوصية في كل حق تجوز النيابة فيه عن الانسان من دين او حج

(١) جاء في اسد الغابة ٤/ ١٩٨ - ٢٠٠ :

قدامة بن مظعون بن حبيب بن وهب القرشي الجمحي يكن ابا عمرو وقيل ابو عمر ، وهو خال عثمان بن مظعون وخال حفصة وعبد الله ابني عمر بن الخطاب (ر) وكان تحتة صفية بنت الخطاب وهو من السابقين الى الاسلام ، هاجر الى الحبشة مع اخوية عثمان وعبد الله ابني مظعون ، وشهد بدرا وسائر المشاهد مع رسول الله (ص) قال عروة وابن شهاب وموسى وابن اسحق ، قال ابن عمر : توفي خالي عثمان بن مظعون فاوصى بي الى اخيه قدامة فزوجني بنت اخيه عثمان ، ودخل المغيرة بن شعبة على امها فأرغبها في المال ، ورأى الجارية مع امها ، فبلغ ذلك رسول الله (ص) فسأل قدامة فقال : يا رسول الله ! بنت اخي ولم آل ان اختار لها .

فقال : الحقها بهواها فأنها الحق بنفسها فانتزعها مني وزوجها المغيرة بن شعبة واستعمل عمر بن الخطاب قدامه على البحرين وحده بعد ذلك لشربه الخمر .

او زكاة او ودیعة، لانه اذا جاز ان یوصي فی حق غیره
فحقه اولی .

فصل أهلیة الموصي

٣٧٨٢ - وكل من ملك التصرف فی ماله بالبیع والهبة فله الوصیة فی وجوه
القرب كلها .

فصل

٣٧٨٣ - والمستحب لمن وجب علیه كفارة او عبادة ان یؤدي ذلك فی حال
حياته ولا یؤخر ذلك الى ما بعد الموت ، ويجوز (١) ان یرض
ما یمنعه من ذلك .

فصل

٣٧٨٤ - فان اوصی بذلك اعتبر جميع ما یخرجه من القرب والحج والزكاة
والكفارات من الثلث .

٣٧٨٥ - وقال الشافعي یعتبر من جميع المال كالدين ، وعندنا كل ذلك یسقط
بالموت فلا یجب قضاؤه من التركة .

فصل الوصیة بالقرب

٣٧٨٦ - وان اوصي بالحج والزكاة ووجوه القرب من عتق النسمة ولانسان

من غيرهم والثالث يحتمل ذلك فلا كلام فيه ، ولا خلاف انه يجوز ،
وان كان الثالث لا يحتمله ولا يجيز الورثة تحاص الجميع في الثالث .

فصل

ما يبدأ به من الوصية

٣٧٨٧ - واختلف اصحابنا فيما يبدأ به من ذلك فقال الطحاوي يبدأ بالزكاة
ثم الحج ثم الكفارات .

٣٧٨٨ - وقال ابو الحسن يبدأ بما بدأ به الموصي في اللفظ .

٣٧٨٩ - وقال ابو موسى في مختصره عن اصحابنا انه يبدأ بما بدأ به في
اللفظ الا ان يكون حجة الاسلام فانه يبدأ بها وان آخرت .

تحاص الوصية بالحج ونسمة

٣٧٩٠ . وان كانت الوصية بنسمة بعينها والحجة حجة الاسلام فانها يتحاصان
على كل حال .

٣٧٩١ - وقال عن نفسه انه يرى ان يتحاصا في هذه الوجوه كلها ، ولا ابالي
حجة الاسلام كانت او النسمة بعينها او بغير عينها ، ولا انظر الى
ما قدمه الموصي في اللفظ او آخره ، لان الجميع يلزم بالموت .

فصل

٣٧٩٢ - ويعتبر الثالث يوم الموت ، ويجوز على الورثة وان كرهوا لاله
لا خلاف في ذلك .

فصل

٣٧٩٣ - وينبغي ان يدع من الثالث شيئاً للورثة لقوله عليه السلام « الثالث

والثلث كثير ، لان لدع ورثتك اغنياء خبر من ان تدعهم حالة
يتكفرون الناس .

فصل

الوصية بما زاد

٣٧٩٤ - وان اوصى بما زاد على الثلث ، او لوارث ، وقف على اجازة
الورثة ، فان اجازوا ذلك جاز ، وان ردوا بطل .
٣٧٩٥ - وللشافعي قولان فيما زاد احدهما انه لا تصح الوصية به ، والثاني تصح

تكييف الوصية

٣٧٩٦ - وهل يكون ذلك تمليكاً من جهة الميت اذا اجاز الورثة او من
جهة الورثة ؟
٣٧٩٧ - على قولين احدهما من جهة الميت ،
٣٧٩٨ - وبصح بلفظ الاجازة ، ويكون الولاء للميت ، ان كان ذلك عتقا .
٣٧٩٩ - والثاني (١) من جهة الورثة كما يعتبر في الهبات وقبول الموصي له
ذلك ، ويكون الولاء لهم ان كان عتقا دون الميت ، ويتحاصون ان
كان الثلث لا يبلغ ذلك
٣٨٠٠ - وقد رويناه أنه عليه السلام قال « لا وصية لوارث الا ان يجزها الورثة »

فصل

هل للورثة الرجوع في الإجازة

٣٨٠١ - وان اجاز الورثة في حياة الموصي فلهم الرجوع بعد الموت ، لأنهم

(١) هذه الجملة الى كلمة (عتقا) لم ترد في نسخة المعهد .

استقروا الحق قبل وجوبه ووجود سببه .
وهو قول الشافعي .

٣٨٠٢ - وقال ابن أبي ليلى ومالك يجوز ذلك ولا رجوع لهم في ذلك ، كما
لا يملكون الرجوع بعد الموت .

فصل

أوصى بثلاث وآخر بنصف

٣٨٠٣ - فان كان اوصى لرجل بثلاث ماله ، وآخر بنصف ماله ، فان اجاز
الورثة أخذ كل واحد ما وصى له به وان ردوا قسم الثلث بينهما
بالسوية عند أبي حنيفة وزفر ، حكاه أبو موسى في المختصر ، لان
السدس الزائد على الثلث قد استحقه الورثة فلا يضرب به مع
انه قد بطل .

٣٨٠٤ - وقال أبو يوسف ومحمد يقسم الثلث ع-لى خمسة أسهم لصاحب
النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان ، وهو قول الشافعي ؟
وجعلوا ذلك كالمول في الفرائض والدين .

فصل

وصى بجميع ماله وآخر بنصفه

٣٨٠٥ - ولو وصى لرجل بجميع ماله ، وآخر بنصفه ، فلم يجز الورثة فالثلث
بينهما نصيبين ، لأن كل واحد لا يضرب بما زاد على الثلث في قول
أبي حنيفة ، ون اجاز الورثة قسم المال بينهما على اربعة اسهم
لصاحب الجميع ، ثلاثة ارباع ولصاحب النصف الربع عند
أبي حنيفة .

٣٨٠٦ - واختلف أبو يوسف ومحمد في تفسير قوله فقال أبو يوسف يأخذ صاحب الكل النصف بلا منازعة والنصف الباقي يقسم بينهما نصفين فيكون له ثلاثة ارباع .

٣٨٠٧ - وقال محمد يقسم الثلث بينهما بالوصية يأخذ صاحب الكل الثلث الزائد على النصف ، ويتساويان في دعوى السدس فيقسم بينهما نصفين فيصير له الربع ، اثنى صاحب النصف .

٣٨٠٨ - ولقد ضعف هذا الطريق وهذا التفسير .

٣٨٠٩ - وعلى قولهما يقسم المال على سبيل العول فيكون لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث فيقسم ذلك الى ثلاثة اسهم .

فصل

وصى بالربع وآخر بالثلث وآخر بالنصف

٣٨١٠ - ولو وصى لرجل ربع ماله ، وآخر ثلث ماله ، وآخر بالنصف ، فان أجازوا قسم على ثلاثة عشر سهما . لصاحب الربع ثلاثة ، ولصاحب الثلث اربعة ، ولصاحب النصف ستة ، هذا قول أبي يوسف ومحمد .

٣٨١١ - وكذا يقسم الثلث على ثلاثة عشر اذا لم يجر الورثة على قولهما وعلى قول أبي حنيفة اذا لم يجر الورثة فعلى قول أبي يوسف في تفسيره لصاحب الثلث اربعة ولصاحب النصف اربعة ولصاحب الثلث ثلاثة لأنه يضرب بما زاد على الثلث فيكون الثلث على أحد عشر سهما .

٣٨١٢ - واما اذا جاز الورثة فعند أبي يوسف وطريقه يأخذ صاحب النصف السدس بلا منازعة ، وذلك سهمان من اثني عشر ، يأخذ صاحب النصف والثلث نصف سدس وهو الزائد على الربع ، فيصير المال اربعة وعشرين لأن لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع

فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدسا ونصف السدس وهو الزائد على الربع فيصير المال اربعة وعشرين لان لها سدسا ونصف سدس صحيح يبقى ما وقع عليه المنازعة وهو ستة عشر لانصح على ثلاثة فاضرب ثلاثة في اثني عشر يكون ستة وثلاثين سها لصاحب النصف ستة بلامنازعة ونصف سدس وهو ثلاثة بلامنازعة صاحب الثلث فيصير الجميع تسعة وله ثمانية بالقسمة فيكون الجميع الذي يصيبه سبعة عشر ولصاحب الثلث احد عشر ولصاحب الربع ثمانية ، وهذا وجه تفسير ابي يوسف عن ابي حنيفة .

٣٨١٣ - وعند محمد اذا اخذ صاحب النصف السدس بقى الثلث فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف وصاحب الربع بالربع ويكون لصاحب النصف بمقدار النصف وللآخر بمقدار الثلث وللآخر بمقدار الربع وتصبح المسألة من ثلثمائة واثنى عشر فيكون لصاحب النصف مائة واثنى سبعين ولصاحب الثلث ثمانين ولصاحب الربع ستين .

٣٨١٤ - وقد طعن اصحابنا في هذا القول .

فصل

أوصى بثلاث وآخر بجميع ماله

٣٨١٥ - وعلى هذا لو وصى لرجل بثلاث ماله ، وآخر بجميع ماله ، فاصحاب الجميع خمسة اسداس المال ، ولصاحب الثلث السدس لانه لا ينازعه في الثلثين وقد تساوى في الثلث .

٣٨١٦ - وعند ابي يوسف ومحمد ينقسم على اربعة لانهما يقسمان على القول .

٣٨١٧ - وهو قول الشافعي .

٣٨١٨ - ولقد روى (الحسن) بن زياد ذلك عن ابي حنيفة حكاه ابو الليث في خلاف اصحابنا له على طريق غير طريقهما .

فصل

لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه

٣٨١٩ - وعلى هذا لو وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه ، وهو يخرج من الثلث قسم بينهما على اربعة اسهم : ثلاثة اسهم لصاحب الكل والرابع لصاحب النصف لتساويهما في النصف .

٣٨٢٠ - وعندهما يقسم على ثلاثة اسهم الثلثان لصاحب الجميع والثلث لصاحب النصف .

٣٨٢١ - وكذلك الخلاف اذا ادعى رجل داراً في يد آخر نصفها واقام كل واحد منها البينة قسمت على هذا الخلاف .

٣٨٢٢ - واتفقوا على انه يضرب كل واحد بما دون الثلث وان كثر كالربع والسادس والخمس وسائر اجزاء الثلث ، وهذا قولهم جميعاً .

فصل

الإدلاء بسبب صحيح

٣٨٢٣ - وأصل ابي حنيفة ان كل من ادلى (١) بسبب صحيح فهو يضرب به ، والسبب الصحيح عنده كل ما كان قوياً في نفسه لا يحتاج الى معنى آخر ينضم اليه ، فعلى هذا لا يضرب بما زاد على الثلث لانه يحتاج الى الاجازة والثلث لا يحتاج الى ذلك لانه صحيح .

٣٨٢٤ - وأصل آخر انه لا يضرب بما زاد على الثلث الا بالبراهم المرسلة

(١) دلوت بفلان اليك اى استشفعت به اليك وهريدى برحمه اى يمت بها (لسان العرب مادة ولا) .

وبقيمة للمه ان كان موسى بعضه وبقيمة العبد ان كان معتقا في
المرض ، وبمحاباة في البيع ان كان محاباة به ، وان لا يضرب بما
سوى ذلك .

٣٨٢٥ - وعند ابي يوسف يضرب بذلك كله .

٣٨٢٦ - وكل الرصايا عنده سواء .

٣٨٢٧ - وهو قول محمد .

وقد مضى اصلهما في ذلك .

باب ما يكون قبولاً للوصية

وما يكون رداً لها

فصل

٣٨٢٨ - اتفق اصحابنا على ان الوصية اذا كانت لمعين انه يحتاج الى قبول الوصية ، وهو قول الشافعي ، وان كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ووجوه القرب لم يحتاج الى ذلك .

فصل

٣٨٢٩ - ولو اوصى الى رجل وقال لا اقبل فهو رد لها ، ولا يجوز قبوله بعد ذلك لانه عقد فبطل بالرد كالبيع .

فصل

٣٨٣٠ - ولو رد في غيبة الموصى ثم مات وقبل فهو جائز الا ان يخرج منه القاضي ، لان الوصية انما تتم بعد الموت فقد رد قبل ثبوت الحق .

فصل

الرد برسول أو كتاب

٣٨٣١ - وان ردها برسول أو كتاب فهو رد لها لأن ذلك قائم مقام

لطلاقه بالرد .

فصل

٣٨٣٢- وقالوا لو لم يصل الكتاب ولا بلغ الرسول ثم مات وقبل فهو وصي ذلك ليس اذا لم يبلغ .

فصل

الرد في وجهه

٣٨٣٣- ولا يكون رد الوصية في غير وجهه ردأ .

٣٨٣٤- وقال الشافعي يكون ردأ لها بناء على أصله ان علم الوكيل لا يعتبر في فسخ الوكالة .

فصل

٣٨٣٥- ولو اوصى لرجل فرد ذلك وقال لا اقبل ثم مات وقبل فهو جائز .

٣٨٣٦- وقال زفر : اذا رد في وجهه لم يكن اه ان يقبل بعد ذلك . لانه سقط حقه قبل وجوبه كالشفيع قبل البيع .

فصل

لا رد بعد قبول الوصية بعد الموت

٣٨٣٧- ولو قبل الوصية بعد الموت لم يكن له ان يردّها بعد ذلك لانها لزمّت وصحت .

فصل

الرد بعد الموت

٣٨٣٨ - ولو ردها بعد الموت ولم يقبلها فهو رد ، ولا يكون له ان يقبل بعد هذا لأن الإيجاب بطل بالرد كإيجاب البيع .

فصل

موت الموصى له

٣٨٣٩ - ولو مات الموصى له في حياة الموصي له او مع موته بطلت الوصية لأن ذلك انما هو إيجاب بعد الموت فبطل بموت الموصي له .

فصل

٣٨٤٠ - ولو مات الموصى ثم مات بعده الموصى له ولم يقبل ولم يرد فهو قبول ويتنقل عند علمائنا الثلاثة .

٣٨٤١ - وقال زفر : يكون لورثة الموصي ولا يملكها الموصي له .

٣٨٤٢ - وهو قول الشافعي .

٣٨٤٣ كما لا يملك البيع بموت المشتري قبل القبول .

٣٨٤٤ - وشبه اصحابنا ذلك بمن له الخيار اذا مات بطل خياره ، وملك

الورثة ذلك ، لأن الوصية لزم من جهة الموصي بحيث لا يلحقها الفسخ .

فصل

الرد بعد القبول قبل القبض

٣٨٤٥ - وان رد القبول قبل القبض لم يصح رده ، لأنه ملكه ملكاً تاماً ،

فصار كالرد بعد القبض .

٣٨٤٦ - ولاصحاب الشافعي وجهان .

احدهما هذا

والثاني قالوا : يصح الرد ، وهو المنصوص ، لأنه تملك من جهة آدمى من غير بذل فصح رده قبل القبض كالهبة .

فصل

٣٨٤٧ - وقالوا اذا لم يرد ولم يقبل كان للورثة المطالبة بالقبول او الرد ، فان امتنع من القبول او الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينهما بين الورثة كما لو حجر ايضاً وامتنع من احيائها .

فصل

موت الموصى له بعد موت الموصي

٣٨٤٨ - وقالوا : اذا مات بعد موت الموصى فالقبول الى وارثه والرد .

٣٨٤٩ - وعندنا قد ملكوا بهوته ولا يفتقر الى قبولهم ، ولا يبطل بردهم ، وقد مضت .

باب

من تجوز له الوصية ومن لا تجوز
وما يجوز الوصية به وما لا يجوز

٣٨٥٠ - اعلم انه قد كانت الوصية واجبة للوالدين والاقربين (١) ، وذلك

(١) هذا الاطلاق محل نظر فقد اشار الجصاص في احكام القرآن (١/١٩١) =

ملسوخ عندنا لقوله عليه السلام : لا وصية لوارث بعد قوله ان الله تعالى قد اعطى كل ذي حق حقه ، وهو قول عامة الفقهاء .

٣٨٥١ - وان اوصى لوارث صحت الوصية ووقفت على اجازة سائر الورثة لقوله عليه السلام الا ان يميزها الورثة ، ويعتبر في اجازة الورثة ان يكون المميز بالغا عاقلا صحيحا .

٣٨٥٢ - فان كان مريضاً اعتبر ما يجوز من الثلث كما لو وصى بوصية .

فصل

اجازة الوارث قاصره

٣٨٥٣ - ومن اجاز من الورثة لزم في حقه ولا يلزم من لا يميز ، لأن من اسقط حقه لزمه الحكم كالشفيع اذا اسقط من حق الشفعة .

فصل

الوصية لحربي

٨٣٥٤ - ولا يجوز الوصية لحربي في دار الحرب وان اجازها الورثة ، وان كان في دار الاسلام جازت .

٣٨٥٥ - وقال الشافعي يجوز في الحالين .

٣٨٥٦ - لأن اختلاف الدار يمنع من ثبوت الحقوق لنا عليهم ، ولهم علينا ،

= الى ان كون الوصية للوالدين والاقربين كانت واجبة محل نزاع ، فقال قائلون انها لم تكن واجبة وانما كانت ندباً وارشاداً ، وقال آخرون قد كانت فرضاً ، والظاهر ان هذه الآية كرسست في بادىء الأمر عرف العرب قبل الإسلام .

لأن الاموال (١) مباح اخذها لنا ، وفي دارنا ثبت الحقوق :

١٩٥٧ - والمسلم والذمي فبقي على حكم الدار فصح الوصية له .

فصل

الوصية لقاتل

٣٨٥٨ - ولا تجوز الوصية لقاتل الا ان يجيز ذلك الورثة عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٥٩ - وقال ابو يوسف لا يجوز بحال .

٣٨٦٠ - وقال الشافعي تجوز .

٣٨٦١ - وقال مالك : ان كان قبل الجرح تجوز وان كان بعد الجرح لا تجوز

لقوله لا وصية لقاتل ، وليس للقاتل شيء ، ولأن الميراث أكد حالا

من الوصية وقد سقط بالقتل فالوصية اولى ، ومع اجازة الورثة نصبر

كسائر هبات الميت التي تقف على الاجازة .

٣٨٦٢ - وقال الشافعي ليس بوارث فينبغي ان تجوز الوصية له لانه كالاجلبي

وتعلق بدليل الخصاب في الخبر ، ودليل الخطاب ليس بحجة عندنا (٢)

٣٨٦٣ - وابو يوسف رحمه الله تعالى جعل ذلك كالميراث في انه عقوبة

للقاتل فلا يجوز .

فصل

الوصية بشيء أو حظ أو قسط إلخ

٣٨٦٤ - ومن وصى لرجل بشيء من ماله أو بحظ أو بقسط أو بجزء أو نصيب

فذلك كله سواء ، ويعطي ما احب الورثة في ذلك لان ذلك مجهول

(١) اي اموال الحربين في دار الحرب .

(٢) دليل الخطاب هو ما يسمى في اصطلاح القانونيين بقياس المخالفة :

وهو أصل مختلت فيه في الفقه الاسلامي كما أشار ابن رشد في بداية المجتهد

ج ١ ص ٣

والوصية تثبت في المجهول كالعتاق والطلاق.

فصل

الوصية بسهم من المال

٣٨٦٥ - ولو اوصى بسهم من ماله فأبو حنيفة يقول يكون له السدس ان كانت الفريضة اقل من ستة اسهم ، وان كانت اكثر فله أحسن سهام الورثة .

٣٨٦٦ - وروى عنه انه يعطى كأحسن سهام الورثة ما لم يزد على السدس فان زاد اعطاه السدس .

٣٨٦٧ - وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له كاقبل سهام الورثة ما لم يزد على الثلث فان زاد اعطاه الثلث .

٣٨٦٨ - وقال الشافعي هذا كله مجهول وهو مثل النصيب والجزء .

٣٨٦٩ - وروى ابو حنيفة عن ابن مسعود ان رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فلم يدر ما يدفع اليه فارتفعوا الى النبي (ص) فجعل له السدس .

٣٨٧٠ - وعن ابن مسعود نفسه مثل ذلك .

٣٨٧١ - وقال اياس بن معاوية ان السهم السدس ، والسهم حول فاضل على الفريضة واقل ماتعال به الفريضة السدس .

فصل

أوصى بمثل نصيب ابنه

٣٨٧٢ - ولو اوصى بمثل نصيب ابنه ، ثم مات ولا وارث له غير الابن ،

فقد اوصى له بالنصف من ماله ، لان المثل يقتضي بالمساواة ، فان

اجاز الابن اخذ النصف وان لم يجز اخذ الثلث .

فصل

أوصى بنصيب ابن

٣٨٧٣ - وان أوصى لرجل بنصيب ابن وله بنون فالوصية باطلة، لانه أوصى بحق الغير فلا يجوز .

فصل

٣٨٧٤ - وان لم يكن له ابن ، كان للموصى له نصيب ابن ، لو كان له، من الميراث ، لانه لم يوص بحق الغير هنا ، فتصح الفريضة ، ويزيد عليها نصيب ابن لو كان ، ثم يزيد عليها مثل النصيب الموصى له، فيكون له من جملة الثلث ، لانه وصى بمثل نصيب ابن لو كان وهذا يقتضي مساواة الموصى له فيما يصل اليه ولذلك امثلة .

فصل

الوصية بالحمل وللحمل

٣٨٧٥ - والوصية بالحمل وللحمل جائزة ، واذا ولد ، ولما يعلم انه كان محمولا به يوم كانت الوصية لان اكثر ما في ذلك ان يكون مجهولا وفي ذلك تعليق له بخاطر وذلك لا يمنع الوصية .
٣٨٧٦ - وقياسا على الميراث انه يثبت للحمل .

فصل

٣٨٧٧ - ولو وصى بثلاث ماله لفلان وفلان فنظر فاذا احدهما ميت وهو

يعلم او لايعلم ، فالثالث للحي منهما عند ابي حنيفة ومحمد .

٣٨٧٨ - وروي عن ابي يوسف انه قال :

ان كان يعلم ان احدهما ميت فالثالث للحي ، وان كان لايعلم بذلك
فللحي نصف الثلث ، لان قوله لفلان لو سكت عليه ملك الوصية
فلما زاحمه من لا تصح منه المزاحمة صار كما لو قال وللحائط .

٣٨٧٩ - وكذلك اذا قال ثلث مالي لفلان وللمولى فهو للحي .

فصل

٣٨٨٠ - ولو قال بن فلان وفلان واحدهما ميت وهو بذلك عالم فللحي
نصف الثلث .

فصل

٣٨٨١ - ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان ثم مات احد الموصي لهما قبل موت
الموصي ، فللحي نصف الثلث ويعود نصفه الى ورثة الموصي ،
لان لفظة بين لا تقتضي الانفراد ، ولو سكت عليهما فالحي
يزاحم الميت .

٣٨٨٢ - ويقول ابي يوسف قال الشافعي ، وزاد على ذلك بان قال : ولو
وصى لفلان وجبريل او الجن فهو مثل مستلتنا .

فصل

تغليب العتق عند تنفيذ الوصية

٣٨٨٣ - والمريض اذا اعتق عبداً او وهب هبة او وصى لاناكس شتى او في
ابواب البر مع العتق فانه يبدأ بالعتق في هذا كله ، وهو قول ابن عمر

وابراهيم وسائر اصحابنا ، لان للعتق تغليبا وسراية فهو - و أكد ولا
ينقض بعد ثبوته .

٣٨٨٤ - وقد حكى ابو موسى في مختصره ان عند بعضهم الثلث بينهم بالخصص
اذا لم يحملهم الثلث .

قال ابو موسى وهو القياس والظن

فصل

٣٨٨٥ - وقال ابو حنيفة :

ان كان بدأ بالمحاباة ثم اعتق عبداً فالمحاباة اولى عنده ، وعندهما يبدأ
بالعتق في ذلك كله على كل حال .

وان بدأ بالعتق ثم المحاباة تحاصا وعتق من العبد مقدار ما يخصه
وسمى في نفسه عند ابي حنيفة ، لانه اذا بدأ بالمحاباة وجب تقديمها
لان فيها معنى المفارضة ، وقد حمل مزية التقديم باللفظ فصارت
كالاقرار بالدين مع الوصية .

٣٨٨٦ - واذا قدم العتق فقد حصل لكل واحد مزية فتساويا .

فصل

٣٨٨٧ - وان ارصى ان يباع عبد بعينه من رجل بمثل قيمته فان ذلك
يجوز ، وان لم يكن للميت مال غيره لأنه قد أعطى الوارث مثل
ما أخذ منه .

٣٨٨٨ - ولو باع عبداً يساوي ثلثائة بمائة في مرضه فان اجاز الوارث ذلك
جاز ، وان لم يجز فالمشتري بالخيار ان شاء زاد مائة اخرى وجاز له
البيع وان شاء فسخ ، وشبهوا ذلك بمن اشترى ثوبا على انه ثمانية

اذرع كل ذراع بدرهم فاصيب تسعة فانه ان شاء زاد درهما واخذ
الثوب وان شاء فسخ .

٣٨٨٩ - وقال زفر : يكون للمشتري ثلث الثوب بغير بدل اذا لم يجز الورثة
وثلثه بمائة وثلثه للورثة .

٣٨٩٠ - وقال غير اصحابنا بجـوز البيع في نصف العبد بخمسين فتدفع الى
الوارث ويدفع اليهم نصف العبد ، وان شاء المشتري ابطال وجعل
ذلك فيها دوراً .

قال ابو موسى وهو القياس والنظر .

فصل

٣٨٩١ - وان اوصى ان يحج عنه بمائة وكان للثالث لايلدها فانه يحج عنه
بالثلث من حيث بلغ ،

فصل

٣٨٩٢ - وان اوصى بأن يعتق بها نسمة فأبو يوسف يجعل ذلك كالحج ويعتق
عنه نسمة بها جعل للثالث .

٣٨٩٣ - وقال ابو حنيفة ابطال العتق وفرق بينه وبين الحج .

فصل

٣٨٩٤ - ولو اوصى بان يحج عنه وارثة بثلثه فان ذلك لايجوز عند اصحابنا
لأن فيه منفعة للوارث ويقف على الاجازة .

٣٨٩٥ - وقال زفر يجوز ذلك .

فصل

- ٣٨٩٦ - وإذا أوصى المسلم الى ذى او حربي او مرتد او عبد او صبي فان القاضي يخرجهم من الوصية .
- ٣٨٩٧ - فان اسلم الذى وبلغ الصبي واعتق العبد قبل الاخراج فكلهم وصى على ما اوصى الميت اليه عند ابى يوسف .
- ٣٨٩٨ - وقال ابو حنيفة إلا الغلام اذا بلغ فانه لا يكون وصياً .
- ٣٨٩٩ - ولاصحاب الشافعي وجهان منهم من اعتبر ذلك المشروط يوم العقد ومنهم من اعتبر ذلك يوم التنفيذ كالشهادة .
- ٣٩٠٠ - وان تصرف الذى وللعبد قبل الاخراج نفذتصرفهم ، ذكر الخلاف الخصاف لان المانع اذا زال قبل الاخراج صار كأنه ابتداء العقد ، ولا يرجعون بعد الاخراج لان العقد اذا بطل لم يعد .

فصل

- ٣٩٠١ - فانه كان الذى وصياً في حق مثله جازت الوصية ، وليس للحاكم اخراجه ولاصحاب الشافعي وجهان :
احدهما هذا
- والثاني لا يجوز بناء على ان شهادته لايجوز في حقه وعندنا يجوز ان يكون ولها فكان وصياً كالمسلم .

فصل

الوصية الى امرأة

- ٣٩٠٢ - ويجوز الوصية الى المرأة لأن عمر وصى الى حفصة في صدقة ما عاشت فان ماتت فهي الى ذوي الرأي من اهلها :

فصل

الوصية إلى الأعمى

٣٩٠٣- وتجوز الوصية الى الاعمى لأن عقوده تجوز عندنا .

ولأصحاب الشافعي وجهان :

أحدهما هذا والثاني لا تجوز .

فصل

٣٩٠٤- وإذا أوصى لرجل فتغير حاله بعد الموت ، فإن كان لضعف ضم إليه

معين أمين وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية في الجنون وأخرجه

الحاكم في الفسق .

٣٩٠٥- وقال الشافعي بطلت ويقدم الحاكم غيرهما في الفسق والجنون .

فصل

أوصى إلى عبده

٣٩٠٦- وإذا أوصى إلى عبده والورثة صغار جازت الوصية ، وإن كان فيهم

كبير لم يجز عند أبي حنيفة

٣٩٠٧- وقال أبو يوسف ومحمد لا تصح الوصية إليه ، وقال أبو يوسف تصح

ذكر الخلاف الخصاص .

٣٩٠٨- لأنه خير مكلف كالجنون إذا جعله وصيا بعد الإفاقة (١)

(١) في نسخة قليج لم ترد العبارة الأخيرة من هذه الفصل من بعد قوله

وقال أبو يوسف تصح الخ ، وإنما وردت العبارة الآتية :

فصل

٣٩٠٩ - وإذا قال : اذا كبر ابني فهو الوصي لي ، او وصي الى رجل وقال
اذا كبر ابني فهو الوصي ، قال ابو حنيفة لا تصح الوصية اليه .
٣٩١٠ - وقال ابو يوسف تصح ، ذكر الخلاف الخصاف لانه غير مكلف
كالمجنون اذا جهله وصيا بعد الإفاقة .

فصل

٣٩١١ - واتفق الفقهاء جميعا على انه اذا مات ولا وصي له ، وله اب غدل
ان اياه بمنزلة الوصي ، وله ان ينقل وصاياه ويقضي ديونه .
وقال أصحابنا : ان كان عليه دين لم يكن الاب ان يبيع مسن
التركة شيئا لأن ذلك للفقراء .
٣٩١٢ - وقالوا في الصبي المأذون له اذا ركب دين ومات ، والدين يحبط بما
خلف ، لم يكن للأب ان يبيع ماله ، وكذلك العبد المأذون اذا مات
او حجر عليه لا يجوز تصرفه فيما في يديه مع الدين لأن الحق للفقراء
في ذلك .

فصل

شراء الوصي من التركة

٣٩١٣ - ولا يجوز شراء الوصي من التركة شيئا لنفسه ، فان كان ذلك حقا
للصبي والورثة جاز عند أبي حنيفة .

= « وهو قول الشافعي لانه لا ولاية عليهم لهم (كذا) مع الصغر وفي
الكبير بخلاف ذلك ،

٣٩١٤- وقال ابو يوسف ومجد لا يجوز ورجع ابو يوسف وقال : ان كان
غير آجاز ، حكى الرجوع الخصاص .

فصل

٣٩١٥- وان باع احد الوصيين صاحبه لم يجوز عند ابي حنيفة .
٣٩١٦- وقال ابو يوسف يجوز اذا لم يجابه ، لان عقده لنفسه لا يصح .

فصل

٣٩١٧- ولا يجوز ان بوصي الى عبد غيره ولا مدبره لان عليهما ولاية
لغيرهما فلا يلان .

فصل

٣٩١٨- وان اعتق قبل الاخراج جاز لانه لا ولاية عليهما .
ويجوز ان يبتدىء الوصية اليهما .

فصل

وصية لم تقرأ على الشهود

٣٩١٩- واذا اوصى رجل بوصية وكتب ذلك في كتاب وقال للشهود : اشهدوا
علي يدلك ، ولم يقرأ عليهم ولا علموا ما فيه فالشهادة باطلة .

٣٩٢٠- وهو قول ابراهيم وغيره من الفقهاء .

٣٩٢١- وقال عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة يجوز ذلك لانه لا يعلم بما
شهدوا والشهادة يعتبر فيها علم الشاهد .

فصل

٣٩٢٢ - وان قرأ عليه ، فقال الشاهد يشهد عليك بما في هذا ؟ فأومى برأسه ان نعم ، لم يجز الا ان يكون اخرس ، ويكون له اشارة تعرف ، فيجوز ذلك عند اصحابنا لأن الاشارة قائمة مقام النطق .

٣٩٢٣ - وحكى ابو موسى في المختصر ان غير اصحابنا قالوا لا يجوز وهو القياس والنظر في ان الاشارة لا يستدل بها على العلم .

باب

ما ليس للوصي فعله في مال اليتيم

فصل

إقراض مال اليتيم

٣٩٢٤ - وقالوا ليس للوصي ان يقرض شيئاً من مال اليتيم ، فان فعل فهو ضامن لانه تبرع بماله كالمطبة .

فصل

إقرار الوصي على الميت إلخ

٣٩٢٥ - ولا يجوز اقرار الوصي على الميت ولا بشيء في يده من التركة ولا يبرئ غريباً ولا يحط عنه ، ولا يؤجل ما عليه ، ولا يصالح من حق الميت على انسان ولا يصالح عن الميت في حق يدعى عليه بغير بيعة أو حكم حاكم ، ويجوز ان كان ثابتاً ، لأنه حط عن الميت :

فصل

هل تدخل الوصية في ملك الورثة؟

- ٣٩٢٦ - والوصية اذا بينها ما كها الموصى له بموت الموصى ، فلم تدخل في ملك الورثة ، ويكون الناء كله له ، لأنه لعلك بالموت كالميراث .
- ٣٩٢٧ - وقال الشافعي يكون مودعا وهو قولنا فيما زاد على الثلث ، فان أجازوا ذلك ملكه بالموت ، وان ردوا تبين انه لم يملك .

فصل

أوصى لقرايته

- ٣٩٢٨ - واذا أوصى لقرايته لا يدخل الوالد والولد في الوصية ، ويدخل ابن الابن وأولاده في الوصية ، عند مجد ، ذكره في الزيادات . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى (١) وزفر رحمه الله تعالى ويترتب ذلك عنده الأقرب فالأقرب .
- ٣٩٢٩ - وقال أبو يوسف ومجد رحمهما الله تعالى من بجمعه وإياه أقصى اب في الاسلام لأنه حفيده (٢) انعقدت الاحكام .
- ٣٩٣٠ - وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يدخل فيه كل ذي رحم ، ولا يعتبر الأقرب ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

(١) ورد في هامش نسخة قليج (وفي نسخة منيخ) بعد هذه العبارة لا يدخلون ذكره الحسن وقول أبي يوسف في أول فصل وذو الرحم كل من يرثه اثنان فصاعداً أبي حنيفة وزفر .

(٢) في نسخة قليج (حيثلذ) .

فصل

٣٩٣١ - وإذا أوصى بثلاثة لانسبائه فإنه يدخل فيه من يناسبه من قبل الرجال ومن قبل النساء لأن الاسم يقع على الجميع فيدخلون فيه (١)

فصل

أوصى لأهل بيته

٣٩٣٢ - وإن أوصى لأهل بيته فأهل البيت من يناسبه إلى الأب ، ويدخل فيه كل من يناسبه إلى أبيه الأكبر ، نحو الرجل من بني العباس يوصى لأهل بيته فهو لكل من يناسبه إلى العباس ، وكذلك بنو علي وبنو جعفر وبنو هاشم كل من ينسب إلى هاشم من الرجال والنساء .

فصل

أوصى بثلاثة لمواليه

٣٩٣٣ - وإن أوصى بثلاثة لمواليه وله موال اعتقوه وموال اعتقهم ، فالوصية باطلة عند أبي حنيفة وزفر ومجد .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (نسب) :

النسب نسب القرابات ، وهو واحد الأنساب . ابن سيده . النسبه والنسب القرابة ، وقيل هو في الأبناء خاصة ، وقيل النسبة مصدر الانتساب والنسبة الاسم .

التهذيب : النسب يكون بالأبناء ويكون إلى البلاد ويكون في الصنعة . . . وجمع النسب أنساب . . . وناسبه شركه في نسبه ، والنسب المناسب والجمع نسباء وأنسباء . يناسب فلانا فهو نسبه أي قريبه .

٣٩٣٤ - وعن أبي يوسف لمواليه الذين اعتقهم .

٣٩٣٥ - وقال الشافعي يوقف الامر حتى يصطلحوا .

٣٩٣٦ - وقد ذكر بعض اصحابنا في هذه المسألة ثلاث روايات التسوية والبطلان ومثل ق- ول أبي يوسف ، فمن ا بطل يقول تصير الوصية كأنه اوصى لاحد هذين وذلك مجهول فلا تصح ، كما لو وجب لاحدهما البيع بغير عينه .

فصل

٣٩٣٧ - وقد قالوا لو وصى لرجل بثلاث ماله او لفلان فهو باطل عند أبي حنيفة وزفر .

٣٩٣٨ - وقال أبو يوسف ان اصطلاحاً فالوصية لها .

٣٩٣٩ - وقال محمد الخيار الى الورثة يعطون ايها شأوا .

فصل

٣٩٤٩ - ولو وصى بثلاث ماله في سبيل الله ، قال أبو يوسف : سبيل الله العدو ، وقال محمد ان اعطى الوصي حاجاً منقطعاً جاز ، واحب الى الى ان يجعله في السبيل ذكر الخلاف أبو الليث .

فصل

٣٩٤١ - وقالوا لو كان اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقهم ابوه وقد مات ابوه فالوصية لهم جميعاً لأن الكل موال له ، لانه ورث ولاعهم .

٣٩٤٢ - وعن أبي يوسف الثالث لمواليه خاصة فان لم يكن له موال
فوالى ابيه .

٣٩٤٣ - وقال محمد في الجامع لاشئ لموالي ابيه .

فصل

٣٩٤٤ - ومن اوصى لقبيلة لا تحصى كتميم وعقيل فالوصية باطلة عندنا .

٣٩٤٥ - وقال الشافعي تدفع الى من احب منهم .

٣٩٤٦ - لانها مجهولة .

فصل

الوصية لبني زيد

٣٩٤٧ - ولو اوصى بثلثة لبني زيد فالوصية لبنيه الأحياء يوم مات الموصي ،

ولا يدخل في ذلك الاناث ، لان الاسم لا يطلق عليهم .

٣٩٤٨ - وقال محمد يدخلون لأن المذكر يغلب في الاسم على المؤنث .

فصل

لأولاد زيد

٣٩٤٩ - ولو قال لأولاد زيد دخل البنات والبنون ولا يدخل ولد الولد

مادام ولد الصلب موجودين .

٣٩٥٠ - فاذا لم يكن ولد دخل ولد البنين دون ولد البنات لان ولد البنات

اولاد لايبهم .

٣٩٥١ - وقال بعض الفقهاء يدخلون لانهم يقع عليهم الاسم .

فصل

بيع التركة بالدين

٣٩٥٢ - والوصى له ان يبيع جميع التركة في الدين اذا كان الورثة صغاراً ،

- وان كان فيهم كبير جاز بيعة عند أبي حنيفة هـ
٣٩٥٣ - وقالوا : لا يجوز في نصيب الصغار خاصة ، ومقدار الدين خاصة .
٣٩٥٤ - لانه يجوز بيع البعض فجاز الكل كما لو كانوا صغاراً .

باب الوصية إلى اثنين

وما يجوز من ذلك وما لا يجوز فصل

- ٣٩٥٥ - واذا اوصى الى رجلين فليس لاحدهما ان ينفرد بعمل دون صاحبه
الا الطعام والكسوة عند أبي حنيفة في رواية الخصاص في ادبه .
٣٩٥٦ - وقال عنه لاحد الوصيين ان يقضي ما على الميت من دين ، وليس
له ان يقبض شيئاً من دين الميت الا بأمر صاحبه ، وكذلك في دفع
وصية بعينه الى رجل بعينه ، وعق عبداً بعينه ان يفعل ذلك
احدهما جاز .
٣٩٥٧ - وان كان صدقة على المساكين لم ينفرد دون صاحبه .
٣٩٥٨ - وقال ابو يوسف فعل احد الوصيين جائز كفعلهما جميعاً لانه
يتصرف بالولاية .
٣٩٥٩ - قال ابو موسى :
واجمع الفريقان أن لاحدهما ان يقبض الدين ويكفن الميت ويقبض
هبة وهبت للطفل ويشترى ما لا بد من الطعام والشراب .

٣٩٦٠ - قال : والقياس ان لايجوز شىء من ذلك الا بأمر صاحبه .

٣٩٦١ - وهذا مذهب الشافعي .

٣٩٦٢ - والخلاف اذا اوصى اليهما معاً يتحقق .

فصل

٣٩٦٣ - واذا اوصى الى رجل في شىء بعينه والى آخر في غير ذلك الشىء
فهما شريكان في الاشياء كلها فى قول ابى حنيفة .

٣٩٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد : بل كل واحد منهما وصى فيما اوصى اليه .

٣٩٦٥ - وهو قول الشافعي .

فصل

٣٩٦٦ - وكل ما اوصى به الى واحد واوصى بغيره الى آخر فهما مشتركان
في الوصية .

٣٩٦٧ - وقال للشافعي لكل واحد منهما ما فوض اليه ، وهو قولهما .

٣٩٦٨ - لان الولاية لا تتبعض عند ابى حنيفة .

فصل

أوصى إلى رجلين فمات أحدهما

٣٩٦٩ - وان اوصى الى رجلين فمات احدهما ولم يوص الى أحد ، فليس

للآخر ان يعمل شيئاً حتى يرفع ذلك الى القاضي فاما ان يفردة

بالوصية او يجعل معه آخر .

٣٩٧٠ - وكذلك اذا اوصى الى اثنين فقبل احدهما ولم يقبل الآخر

فقتل ذلك .

فصل

٣٩٧١ - وان اوصى احدهما الى صاحبه فقيه روايتان احدهما يجوز والاخرى
لا يجوز لأنه فوض الامر الى رأيين .

فصل

بينه وصي الغائب

٣٩٧٣ - واذا ادعى رجل انه وصي فلان الغائب واقام بينة حكم له بذلك ،
ولا يكلف الغائب اعادة البينة اذا حضر لان الثبوت في
حقها جميعاً .

٣٩٧٤ - وان حضر الغائب وجحد اقام القاضي مع الحاضر آخر ، وان رأى
ان يجعله وصياً فعل .

فصل

٣٩٧٥ - واذا ترك الرجل أخاً صغيراً ، ووصى الى رجل ، ولا وارث له غيره
فله بيع المتاع والعروض وما يخاف (عليه) التلف .

وليس له بيع العقار ، وهذا قول ابي يوسف واصحابنا حكاه
الخصاف قال :

لا يجوز شراء شراء هذا الوصي على اليتيم الا الكسوة والطعام
خاصة .

وكذلك وصي الأم

فصل

٣٩٧٦ - ولو وصي الاب اذا لم يكن دين ولا وصية ، والورثة صغار وكبار ،

فبيعه لجميع التركة جائز ، فاذا كان في ذلك حظ للصغار باعه كله
عند أبي حنيفة .

٣٩٧٧ - وقال أبو يوسف لا يجوز بيعه الا في العقار فانه يجوز بيع حصه
الصغار دون الكبار .

٣٩٧٨ - وهو قول الشافعي .

فصل

إن مات الوصي وأوصى إلى غيره

٣٩٧٩ - وإن مات الوصي وأوصى إلى غيره فانه يكون وصيا للأول ، وله
ذلك عندنا بمطلق الوصية .

٢٩٨٠ - وقال الشافعي وابن أبي ليلى ليس له ذلك بمطلق الوصية ، وله اذا
جعل اليه .

٣٩٨١ - واجمع الفريقان ان له ان يوكل الوكلاء ويستأجر الاجراء
بمطلق الوصية .

٣٩٨٢ - واجمعوا على انه ليس له ان يزوج .

٣٩٨٣ - وقال مالك له ذلك .

فصل

٣٩٨٤ - وليس لوصي غير الاب ان يبيع ولا يشتري الا ما لا بد له من الطعام
والشراب والكسوة .

٣٩٨٥ - وليس له ان يقاسم عقاراً ولا يشتريه لنفسه ، ولا يبيعه .

٣٩٨٦ - وقال الشافعي ليس لهم ان يفعلوا ذلك وان كان لا بد منه ، لان الذي
جعل اليهم ذلك لم يكن له ان يفعل شيئاً من ذلك .

٣٩٨٧- وهو القياس عندنا ، والاول استحسان وقد مضى في كتاب الهبة وجهه .

فصل

وصى الأب

٣٩٨٨- ووصى الأب اولى بالتصرف من الجد عندنا .

٣٩٨٩- وقال الشافعي الجد اولى .

٣٩٩٠- لأنه نائب عن الأب فكان اولى من الجد كحالة الحياة .

فصل

وصية الصبي المراهق

٣٨٩١- والصبي المراهق اذا وصى بشئ من ماله لم يصح .

٣٨٩٢ وقال الشافعي يصح .

٣٨٩٣- لانه غير مكلف .

فصل

٣٩٩٤- واذا اوصى بغلة بستانه او ركوب دابته للمساكين ، لم يصح عند ابي حنيفة .

٣٩٩٥- وقال محمد يصح

٣٩٩٦- لانه نملك لغير معين

باب

كيفية المرض الذي يعتبر من الثلث

٣٩٩٧- كل مرض صار صاحبه صاحب فراش ، ومات فيه ، فما يفعله فيه

يكون من الثلث ، وما يتناول من العلل او يبرأ منه ثم يمرض

بعده مرضاً آخر فهو كالصحيح

٣٩٩٨ - والفلج والزمانة في حكم الصحيح والحامل اذا ضربها الطلق كالمرض
المخوف ، وكذلك من قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا
مثل ذلك .

٣٩٩٩ - وقال مالك : اذا مضى على الحامل سنة اشهر فهي كالمرضى المخوف .
٤٠٠٠ - ومن الفقهاء من يقول تصرف المريض كتصرف الصحيح في
جميع الأشياء .

٤٠٠١ - وقال ابو موسى وهو القياس والنظر والسنن والاثار مع الآخرين .
٤٠٠٢ - ومنى صح من المرض فهو صحيح لا يعتبر من الثلث لان الصحة
قطعت حكم المرض .

باب

اختلاف الوصي والورثة

فصل

القول قول الوصي في ضياع المال

٤٠٠٣ - واذا كبر البتيم وطلب المال فقال للوصي قد ضاع فالقوله قوله مع
يمينه لأنه أمين كالودع .

فصل

القول في النفقة قول الوصي

٤٠٠٤ - وان اختلفا في النفقة عليه فقال :

اتفقت عليك

والكر للصبي فالقول قول الوصي لأنه أمين ، ويتعلق عليه اقامة البينة
على النفقة .

فصل

اختلافهما في قدر النفقة

٤٠٠٥ - وان اختلفا في قدر النفقة ، فقال أنفق عليك كل سنة مائة دينار ، وقال الصبي بل خسين ، فالقول قول الوصي في مقدار نفقة مثله بالمعروف في المدة ، لانه أمين وان كان اكثر من المعتاد لزمه للضمان لانه فرط .

فصل

اختلافهما في المدة

٤٠٠٦ - وان اختلفا في المدة ، فقال الوصي عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين فالقول قول الصبي ، لأن الاصل عدم المدة .
٤٠٠٧ - وقال الاصطخري القول قول الوصي كما لو اختلفا في النفقة .

فصل

القول في الإنفاق على عبد للميت

٤٠٠٨ - وان ادعى الوصي انه أنفق ذلك على رقيق للميت ، وأنهم ماتوا وكذبه الابن فالقول قول الوصي عند أبي يوسف لانه أمين لم يكذبه الظاهر .
٤٠٠٩ - وقال الحسن بن زياد لا اصدقه على ذلك ، وللقول قول الابن لأن الاصل عدم العبد .

فصل

دعوى الوصي دفع جعل الآبق

٤٠١٠ - ولو قال الوصي أبى لابن عبد فاعطيت جملة اربعين درهما ، صدق

الوصي عند أبي يوسف .

٤٠١١ - وقال محمد أضمنه الجعل الا ان يأتي ببينة لأنه يدعي غير الطاهر .

فصل

ادعاؤه أداء الخراج

١٠١٢ - وان ادعى انه ادى في الخراج صدق عند أبي يوسف ؛

٤٠١٣ - ولم يصدق عند محمد .

فصل

ادعاؤه النفقة على ذي رحم محرم

٤٠١٤ - واذا ادعى انه انلق على ذي رحم محرم فرس عليه القاضي نفقته

لم يصدق الا ببينة وشهد بذلك .

فصل

ادعاؤه دفع المال للصبي

٤٠١٥ - وان ادعى انه دفع المال الى الصبي وانكر للصبي ذلك فالقول قول

الوصي لأنه امين مقبول القول في الضياع فقبل في الدفع كالمودع .

٤٠١٦ - ولأصحاب الشافعي وجهان أحدهما هذا والثاني القول قول الصبي

لأنه لم يأمنه على الحفظ .

فصل

الوصية للجار

٤٠١٧ - والوصية للجار يدخل فيها المالك والمساكن اذا كان ملاصقاً .

٤٠١٨ - وعند محمد من يصلي معه في المسجد .

٤٠١٩ - وعند خبره من يسمع النداء .

٤٠٢٠ - وقال الشافعي من داره الى دار الموحي باربعين داراً .

فصل

بيع الوصي نسيته

٤٠٢١ - واذا باع الوصي بنسيته وفيها ضرر على الورثة نقض .

وليس هذا كالتجارة له والشراء

باب

الرجوع في الوصية

فصل

الأصل الرجوع في الوصية

٤٠٢٢ - ومن اوصى بوصية فله ان يرجع فيها ما لم يمت ، لان الوصية الها

تم بالموت كما تم الهبة بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض كان له الرجوع فيها فهنا اولى .

فصل

الرجوع دلالة

٤٠٢٣ - واذا اوصى لرجل بأرض ثم بنى فيها بناءاً او بثوب ثم قطعه فمبيها

او قباء او بطن فحشي به مخدة او شاة فذببحها او بفضة فصاغها

آنية او بسويق فلتته بزيت او بسمن فهذا كله رجوع .

٤٠٢٤ - ولو كان اوصى له بثوب ففسله او قصره او بدار فجصصها لم يكن

ذلك رجوعاً ، والقياس ان يكون تمحيص الدار رجوعاً لأن المعين
بمخلاف ما وصى بها .

فصل

إخباره أنه أوصى بالثلث لآخر

٤٠٢٥ - وان اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال : الثلث الذي اوصيت به له ،
قد اوصيت به لهذا الاخر فهذا رجوع .

فصل

التشريك في الثلث

٤٠٢٦ - ولو قال ، وقد اوصيت بهذا الاخر فانه بينهما ، وليس هذا برجوع
بل تشريك بينهما في ذلك .

فصل

ما يعد من الأفعال رجوعاً

٤٠٢٧ - ولو اوصى بأمة فباعها او اعتقها او وهبها او تصدق بها او كاتبها
او دبرها او اخرجها من ملكه بوجه سوى ما ذكرناه ، او كان
قمحا فطحنه ، كان ذلك رجوعاً فيها لوصى به ، لان هذه الافعال
كلها لاتصح مع بقاء الوصية ولا تجمع معها ، فكانت رجوعاً في
الوصية ، وصار ذلك كالمشترى اذا كان له الخيار ففعل ذلك انه
يطل خياره .

فصل

ما يقطع حق الموصوب يعد رجوعاً

٤٠٢٨ - وكل ما قطع حق الموصوب من فعل الناصب في المعين ووجب

عليه القيمة فانه يكون رجوعاً ، فعل هذا اذا اوصى له بالجفري (١)
فصار بمرأ ، او بالغيب فصار رئيساً ، او بالبيض فصار
فراريج ، كان ذلك كله رجوعاً عن الوصية ، كما يقطع حق
المفصوب منه .

فصل

استثناء الرطب إذا صار تمرأ
٤٠٢٩ - وان اوصى له برطب فصار تمرأ فانهم خصوا بهذا بجواز الوصية
استحساناً لان منافع الرطب لا تبطل بكونه تمرأ .

فصل

أوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر
٤٠٣٠ - وان اوصى بعبد لرجل وبمنافعه لآخر فلكل واحد ما اوصى له به ،
والمنفعة عندنا على صاحب المنفعة .
٤٠٣١ - وقال الشافعي على صاحب الرقبة .

فصل

أوصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه
٤٠٣٢ - وان وصى لرجل بعبد ولآخر بنصفه قسم على اربعة اسهم عند
ابن حنيفة .
٤٠٣٣ - وعند ما على ثلاثة اسهم .

(١) اي ما يسمى في حامية العراق خلال الطوش وينصده ما يتساقط قبل
نضجه من خلال التمرة

فصل

أوصى لرجل بخاتم وآخر بفضته إلخ

٤٠٣٤ - وان وصى لرجل بخاتم وآخر بفضته ، فلصاحب للفضة الفضة ،

ونصف الفص وللآخر نصف الفص عند مجد .

٤٠٣٥ - وقال ابو يوسف تكون للفضة لواحد والفص للآخر .

٤٠٣٦ - وكذلك الخلاف اذا وصى بالدار لرجل والبناء لآخر وللنخلة لرجل

وللشجرة لآخر والثمر لرجل والقوصرة لآخر فهو على الخلاف .

فصل

أوصى لأناس وجهات

٣٠٣٧ - واذا كانت الوصية لعدة اناس وجهات وابواب البر فعلى كل واحد

ان يعد البينة ليأخذ حقه ، الا بواب البر فإنه ينفذ عند ابي حنيفة لان

حق كل واحد غير حق الآخر .

٤٠٣٨ - وقال ابو يوسف لا يكلف واحد منهم اعداد بيته على حقه ، وكل

من حضر قضيت له بحقه ، وان جهل الذي حضر كلف البينة

على معرفته .

فصل

تحليف صاحب الدين

٤٠٣٩ - وان اقام البينة وكان صاحب دين حلف مع بيته ثم اعطى دينه واه

كان موصى له اعطى ما اوصى له به من الثلث .

فصل

ادعى الوصية والمال

٤٠٤٠ - والوصي اذا ادعى للوصية والمال على رجل فصدقه لم يؤمر بدفع

ذلك اليه حتى يثبت الوصية عند الحاكم وفي الوكالة تدفع

٤٠٤١ - وقال الشافعي لا تدفع

٤٠٤٢ - وقالوا في الوارث يدفع

٤٠٤٣ - وفي المين خلاف رواية

٤٠٤٤ - وفي الحوالة وجهان

• • •

٤٠٤٥ - وكتاب الوصايا من امهات الكتب وفيه كل عجيب من مسائل الخلاف

والوفاق ، والذي ذكرت من ذلك قليل من كثير ، غير انه

أوفى مما ذكره الغير في هذا الشأن ، واصول وعامة مسائل

الخلاف فيه .

واذ قد ذكرنا الوصية ، وكان فيما ذكرنا ما يقربه الوصي ، ويقر

له به من الحقوق وجب ان نذكر الاقرار بعد ذلك .

كتاب الإقرار

وهذا كتاب الإقرار^(١)

٤٠٤٦ - اهل ان هذا الكتاب كان من حقه ان نذكره في آخر الكتب لانه
يدور في سائر الكتب والاحكام من العقود والايقاعات والأفعال من
الجنائيات والغصب والمواريث والسد هاوي والبيئات والشهادات
وجميع للكتب .

غير الا ذكرناه في هذا الموضع وسطا بين الكتب لانه كالفرع على
ما تقدم واصل لما يأتي ، وهو كثير الفائدة ، عليه مدار الشرع ، وان
كان غيرنا قد أخره الى آخر الكتب في بعض المواضع وفي بعضها
جعل وسطا في المعاملات ، فلهذا جعلناه في هذا الموضع .

فصل

تعريف

٤٠٤٧ - واعلم ان الاقرار اخبار عن أمر سابق اما هل قد يوجب ضمانا او ملكا
او فعل يوجب ضمانا (٢)

-
- (١) جاء في اللقائوس المحيط في مادة القران الاقرار هو الاذعان للحق وقد قرره عليه
(٢) عرف الاقرار تعريفات اخرى يستفاد منها انه في رأي جمهور الفقهاء
يعد من قبيل الخبر ، اذ تقسم اقوال المكلفين المعتبرة شرعاً الى خبر -

فصل

الإقرار غير ناقل

- ٤٠٤٨ وقال أصحابنا ليس هو بناقل للملك (١)
٤٠٤٩ - وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ،
ان من اصحابنا من قال اذا تعورف به نقل الملك نقل ، وصار كبيع
التعاطي ، والصحيح هو الاول من القول (٢)
-

= وانشاء ، لان المقر يحق عليه الغيره بخبر في الحقيقة ان ما اقر به هو
لغيره سواء مما ادهاه عليه خصم او لم يدعه ، وانه حق ثابت للمقر له ،
وانه ثابت في ذمه المقر ان كان ديناً في الذمة ، او انه في يده وحوزته
اما على سبيل الضمان او على سبيل الامانة ، والاقرار في مصطلح جمهور
الفقهاء هو : اخبار الانسان عن ثبوت حق للغير على النفس ، وقد
عرف مثلاً خسرو الإقرار في « الفرر والنور » بانه شرعاً « اخبار بحق
لآخر عليه ، لا اثبات له عليه (٢ / ٣٥٧ منه) (مقالتنا نظرية الخبر
والالشاء في ابعادها الفلسفية والبلاغية والفقهية مخطوطة)
وانظر في مناقشته سائر التعريفات رساله حجية الاقرار في
الاحكام القضائية للسيد مجيد حميد السكاكية

- (١) لان الاقرار باعتباره خبراً يعد كاشفاً عن الحقيقة لا منشأ لها :
(٢) ثمة اتجاه في الفقه يرى في الاقرار معنى يزيد على الاخبار فقد عرفه
بعض الفقهاء بانه « اخبار بحق عليه من وجهه وانشاء من وجهه » (تنوير
الابصار ٢ / ٢٢٠ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٧ / ٢٤٩) وحجتهم
في هذا ان الاقرار يرتد بالرد وان الملك الثابت بالاقرار لا يظهر في -

فصل

أهلية المقر

- ٤٠٥٠ - ولا يصح الا من بالغ عاقل مكلف .
٤٠٥١ - واختلف في اقرار الصبي المأذون له قبل بلوغه فأجاز ذلك اصحابنا .
٤٠٥٢ - وقال الشافعي لا يجوز اقراره كما لا يجوز حقه وطلاقه ، وكما لو لم يؤذن في التصرف .
٤٠٥٣ - واصحابنا يقولون هو عاقل مميز فصيح الاذن له كالبالغ ، ولأنه يقبل قوله في الهدية والاذن في دخول الدار ، وجواز اقراره يبتنى على صحة اذن الولي له في ذلك .

فصل

إقامة الحد بالإقرار

- ٤٠٥٤ - والحر والعبد سواء في إقامة الحدود عليهما (بالاقرار) .

فصل

الآثار المروية

- ٤٠٥٥ - وقد اقام النبي (ص) الحد على ما عز (١) باقراره والغامضية (٢)
= حق الزوائد وثمة اتجاه آخر في الفقه يرى ان الاقرار يفيد التملك في الحال وقد ذهب الى ذلك ابو عبد الله الجرجاني من الاحناف وذهب جماعة من الشافعية معهم البخوي انه قائم مقام الانشاء (انظر رسالة السماكية)
(١) صحيح البخاري ٢٠٥/٨ وصحيح مسلم ١١٦/٥ الحدود ، وبلوغ المرام ص ٢١٧ وشرح سبل السلام ٦/٤ .
(٢) صحيح مسلم ١٠٦/٥ ، سبل السلام ١١/٤ .
- ٧١٥ -

والذي رضى رأس الجارية بسين حجبرين احضره فاعترف فرضخ
رأسه ، وقال اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها (١)

فصل

الإجماع على الإقرار

٤٥٥٦ وفيه إجماع العلماء ، وإنما اختلفوا في التفضيل ومواضع الاداء .
٤٥٥٧ واجمعوا على انه يصح في المعلوم والمجهول جميعا ، وان المجهول
يرجع فيه الى قول المقر مع يمينه في موضع دون موضع ، ولا يرجع
في بعضها الى قوله .

فصل

قبول قوله لفلان على مال

٤٥٥٨ - فن ذلك اذا قال : لفلان على مال قبل قوله فيما يقول (٢) في العادة
في القليل والكثير ، وهذا إجماع من العلماء (٣) .

فصل

قوله مال عظيم

٤٥٥٩ - ولو قال مال عظيم فان اصحابنا قالوا يحتاج الى بيان المجل

(١) صحيح البخاري ٢٠٨/٨ وصحيح مسلم ١٢١/٥ ، بلوغ المرام ص ٢١٦
وشرحه سبل السلام ٤-٣/٤ .

(٢) كذا ويجوز ان يكون : فيما يتمول في العادة ،

(٣) نقل في المغني لابن قدامة ١٥٦/٥ عن أبي حنيفة انه لا يقبل تفسيره =

مع ذلك (١) .

فصل

قوله من الدراهم أو من الدنانير

أو من الإبل . . إلخ

٤٠٦٠ - فإن قال : من الدراهم لزمه مائتان وإن قال من الدنانير لزمه عشرون ديناراً ، وإن قال من الإبل لزمه خمسة وعشرون ومن البقر لزمه ثلاثون بقرة . واصناف الزكاة تأخذ اقل نصاب فيها ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وإن كان لالنصاب له اعتبرت القيمة كما في زكاة التجارة . يعتبر فيه قيمة النصاب .

٤٠٦١ - ومن اصحابنا من قال : وهو قول أبي حنيفة وروى عن أبي حنيفة انه قال يلزمه عشرة دراهم .

= بغير المال الزكوى لقوله تعالى « خذ من اموالهم صدقة تطهرهم » وقوله « وفي اموالهم حق » وفي القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٤٢) « ولو قال له على مال ، قبل ما يفسر به ولو حبة او قيراطا ويحلف » (انظر رسالة السامكية ص ٢٥٠) .

(١) في الهداية (٣ / ١٨٠) « ولو قال : مال عظيم ، لم يصدق في اقل من مائتي درهم ، لأنه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف ، والنصاب مال عظيم ، حتى اعتبر صاحبه غنيا به ، والغنى عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة (ر) لا يصدق في اقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة .

وقالوا : لا رواية في النفيس والخطير والجليل والوافر والسنى والكبير
ومنهم من سوى بين الجميع .
ومنهم من فرق .

٤٠٦٢ - وقال الشافعي : كل ذلك مجهول ، ورجع الى قوله فيما يقر به من
الاموال وقدرها .
٤٠٦٣ - واصحابنا لم يبلغوا الصفة كما لو قال : جادا او صحاحا او ضرب
كذا ، فان الصفة لا تلغى ، كذلك هذا .

فصل

المال القليل

٤٠٦٤ - وقالوا في المال القليل يقبل قوله .

المال المطلق

٤٠٦٥ - وذكر علي بن موسى القمي في احكام القرآن الصغير له : ان المال
المطلق عشرة ، ولا يصدق في اقل من ذلك .
وقالوا : لافي قليل ولا كثير : انه مائتان .

فصل

أقر بدراهم

٤٠٦٦ - وقالوا في دراهم ، لا يصدق في اقل من ثلاثة ، فان قال : كثيرة ،
لم يصدق في اقل من عشرة عند أبي حنيفة ، وعندهما مائتان .

وعند الشافعي يصدق في ثلاثة

فصل

مائة دراهم

٤٠٦٧ - وإن قال : له على مائه دراهم أو مائة دينار لزمه الجميع من جنس المفسر عندنا .

وقال الشافعي يلزمه الدرهم والدينار ، والقول قوله في المائة .
واتفقوا أنه لو قال مائة وثوب أن عليه ثوبا ، والقول قوله في المائة .
وكذا مائة وثوبان .

ولو قال : وثلاثة أثواب كان الجميع ثيابا ، لأن المبهم إذا عطف عليه مفسر يثبت في النعمة كان الجميع مثل المفسر كإالة وخمين درهما .

وقد منع بعض أصحاب الشافعي ذلك ، وهو غير صحيح عند الجميع .

فصل

درهم لابل درهمان

٤٠٦٨ - ولو قال : له على درهم لابل درهمان لزمه عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أنه يلزمه ثلاثة دراهم ، وهو قول زفر ، لأن « لابل » لا مستدرأك ماوجب ، وما أوجبه لا يصح نفيه والرجوع عنه ، فيجب أن يلزمه الجميع .

والاستحسان ان ولابل، قد افاد فائدة واثبتنا لها امرأ الداهلي ما
اوجب ، وغاية ما فيه الاحتمال فلا يلزمه بالشك الزوائد .

فصل

دينار إلا درهماً

٤٠٦٩ - ولو قال : له على دينار الا درهما او الاقبر حنطة او شعير ، واستثنى
غير المجلس فيما له مثل فانه يصح الاستثناء على قول ابي حنيفة
وابي يوسف :

وقال محمد وزفر استثناء غير الجنس لا يجوز بحال وهو القياس .
وقال الشافعي : استثناء غير المكيل والموزون والمعدود ايضاً يصح
ونخرج قيمة المستثنى من ذلك .

حقيقة الاستثناء

٤٠٧٠ - وحقيقة الاستثناء ان يخرج من الكلام ما يتناول اللفظ ، وغير الجنس
فما دخل تحت اللفظ ، وما يوجد من ذلك فهو مجاز :

ذوات الأمثال

٤٠٧١ - وذوات الامثال تثبت في الذمة فهي كالاثمان في الثبوت فلها افضل
ابو حنيفة بينهما وبين الثياب .

فصل

كذا كذا درهماً

٤٠٧٢ - واذا قال : له على كذا كذا درهما فهو احد عشر ، ولا يصدق في

اقل من ذلك .

وقال الشافعي : يصدق في درهم
وفي كذا وكذا احد وعشرون درهما
وفي كذا درهما عشرون
وفي كذا درهم مائة درهم
وعند الشافعي كذا وكذا درهما ، وله قول آخر درهم واحد .
وقد روى عن محمد : كذا وكذا عشرون درهما .

كذا عدد مبهم

٤٠٧٣ - واصل هذا الباب ان « كذا » عبارة عن عدد مبهم فهي مثل « كم »
واذا اوجب على نفسه مالا ففسره بالدراهم لزمه ذلك من الدراهم .
وكذلك اذا فسر درهما فاقبل جملة تفسر بدرهما انها هي احد عشر
واكثر من ذلك تسعة عشر وفي العطف الاقل احد وعشرون والاكثر
تسعة وعشرون ، وفي درهم الاكثر الالف والاقل مائة فله الاقل
الذي يقتضيه لفظه وتفسيره .

فصل

٤٠٧٤ - ولو قال : درهم طبرى لزمه درهم والذ

العمل بعرف أهل البلد

٤٠٧٥ - والاصل في هذا الباب انك تعمل في الاقرار على عرف أهل البلد
وتوجب عند الاطلاق ما هو متعارف فيه ، الا ان يقر موصلا فيصدق
على ما بينه في موضعه :

الدراهم في زمن النبي

٤٠٧٦ - واعلم ان الدراهم كانت مختلفة على زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفة بعده الى زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
وكان منها ماوزنه مثقالا وهو عشرون قيراطا ومنها ماوزنه اثني عشر ومنها ماوزنه عشرة قرايط ، وكان الناس اذا تبايعوا اختلفوا فاستشار عمر رضي الله عنه الصحابة ، فاتفق الجميع على أن يأخذوا من كل جنس درهما واحدا فجمع الجميع فكان اثنين واربعين قيراطا فقسم ذلك وصار الدرهم وزن سبعة عشر ، وتقرر ذلك في البلاد وعملت به الصحابة ، ورجعوا في ذلك الى جميع ما يتعلق بالدرهم ، فان (كان) من البلاد ما هو على أصل الخلاف رجس الى معاملته اهله عند الاطلاق :

فصل

غالب النقد

٤٠٧٧ - وان كانت النقود مختلفة في البلد رجع الى غالب النقد كما يفعل في البيع والايمان .

فصل

٤٠٧٨ - وان تفاوتت ^(١) النقود ولم يكن هناك غالب رجع الى قول المقر في التفسير .

القول قول المقر

٤٠٧٩ - ومن اقر بجنس يشتمل على انواع ، فادعى المقر له الاعلى من ذلك

(١) في نسخة المصحف : تساوت

واعترف المهر بالادنى فاقول قوله مع يمينه .

فصل

بيغداد له على ألف درهم

٤٠٨٠ - وإذا قال : بيغداد له على ألف درهم طبرية كان عليه ألف درهم وزن سبعة من الطبرية ، وذكر الطبرية هو بيان للصفة .

فصل

له على كر حنطة

٤٠٨١ - وكذلك لو قال : له على كر حنطة ، قال عليه كر بالمعدل المعروف بالعراق ، وهو كيل الستين الذي به يقع التعامل .

فصل

على درهم

٤٠٨٢ - ولو قال : على درهم ، كان عليه درهم تام وازن لان التصغير يذكر لصغر حجم الدرهم ، وقد يذكر للاستقلال ، فلم ينقص من الوزن الذي اقتضاه اللفظ .

فصل

له على شيء من الدراهم

٤٠٨٣ - وذكر ابن سماعه في النوادر عن أبي يوسف في رجل قال لآخر : له على شيء من الدراهم او من دراهم ، ان عليه ثلاثة دراهم لأنه اقر بمبهم ، وقوله من الدراهم تمييزا اقر به ، واقل اسم الدراهم ثلاثة.

فصل

٤٠٨٤ - وقد ذكر بعض اصحابنا فيمن قالت لزوجها : اخلاصني على ما في يدي من الدراهم ، وكان في يدها اقل من ثلاثة فهو له ، ولا يكمل ذلك ولن لم يكن في يدها شيء لزمها ثلاثة دراهم لانه اقل ما يحتمله الاسم واذا كان موجوداً تناولته الاشارة .

فصل

هو عندي

٤٠٨٥ - وقال اصحابنا اذ قال له على كذا فهو اقرار بدين عليه مضمون وان قال هو عندي او في يدي فهو امانة لان لفظه يقتضي الايجاب ولذا قال تعالى : والله على الناس حج البيت (١) وعليه ما حمل يعني اوجب ولفظة «عند» لا تقتضي ذلك فلهذا فصل بينهما .

فصل

له من مالي

٤٠٨٦ - ولو قال : له من مالي الف فهذا اقرار بهبة ، ولا يكلف تسليمها اليه .

فصل

له قبلي

٤٠٨٧ - ولو قال : له قبلي الف ، فقد اختلف اصحابنا في ذلك ، فمنهم

(١) وثام الآية « من استطاع اليه سبيلا » (٩٧ م ال عمران ٣)

من قال « قبل » يقتضي الضمان لان القبالة والحوالة والحالة واحدا ،
وذلك يقتضي الضمان
ومنهم من قال : لا يقتضي ذلك ، لأنه لو قال : لاحق لي قبل فلان
برى مما عليه ومما عنده له وإذا اقتضى اللفظ الامرين لم يلزمه
الضمان بالشك .

فصل

دين يستغرق التركة

٤٠٨٨ - واتفق العلماء على ان من مات وعليه دين لجماعة ، لاني التركة بذلك
فانه يقسم على مقادير ديونهم ، ولم يوف أحد منهم دون
الاخر حقه .

فصل

دين الصحة ودين المرض

٤٠٨٩ - واختلفوا فيما عليه دين في حال الصحة ، واقر بدين في مرضه ،
فقال اصحابنا : يقدم دين الصحة في القضاء على دين المرض
وقال الشافعي : هما سواء

فصل

دين وجب بمعاينة الشهود

٤٠٩٠ - ولو وجب الدين بمعاينة الشهود او كان سلمة بعينها فانها سواء
في ذلك ، ويتحصان في التركة لتساويهما في الثبوت .

فصل

قضاء المريض في مرضه دين دائن

- ٤٠٩١ - ولو قضي المريض في مرضه بعض الدرهم دينه لم يسلم اليه ، ورجع عليه الغريم الاخر عندنا
وقال ابن ابي ليلى والشافعي يسلم له ذلك

فصل

أقر في المرض وسلم

- ٤٠٩٢ - ولو أقر في المرض وسلم الى المقر له ثم مات ، رجع غرما للصحة عليه فاخذوه من يده (١)

فصل

سلم الثمن في المرض

- ٤٠٩٣ - وانفق الفريقان انه لو سلمه للثمن الذي اشترى به في المرض سلم للبائع .

فصل

قضى مال القرض في المرض

- ٤٠٩٤ - وكذلك لو اقترض مالا فقتضاه في المرض سلم ذلك لمن قبضه .

(١) عملاً بمبدأ رد ما قبض بدون حق

فصل

قضى مهر من تزوجها في مرضه

٤٠٩٥ - ولو كان تزوج امرأة في مرضه فأعطاه مهرها وعليه ديون في الصحة فانهم يحاصونها ، وقال زفر والشافعي لا يحاصونها وكأنه قد باعها بذلك بيعاً .

والخلاف في الاجارة

وفرق ابو حنيفة بين المهر و ثمن المبيع بان ذلك مال حصله للوارث والبضع بخلافه .

فصل

أقر في مرضه بوديعة

٤٠٩٦ - وقالوا لو أقر في مرضه بوديعة ثم بدين بديء بالوديعة لانه لا يصدق على صاحبها انه يدخل عليه ضرراً .

فصل

قضيته إياها

٤٠٩٧ - ولو قال كانت له علي ألف درهم وقد قضيته إياها ، لم يصدق انه قضاها واخذ بها .

وعن الحنابلة انه يصدق في ذلك وهذا لا يصح ، لانه أقر بالمال وادعى الوفاء فالقول قول المقر له ؛

فصل

٤٠٩٨ - ولو قال له علي ألف درهم الامانة كان عليه تسعة .

الأصل في الاستثناء

٤٠٩٩ - والأصل في باب الاستثناء انك تجعل الاستثناء من الاثبات نفيًا ومن النفي إثباتًا . فإذا قال له على الف فقد أثبت ، فإذا قال الا مائة فقد نفى من الجملة مائة ، فإن قال الا درهمين فعليه تسعمائة ودرهمان لانه استثنى ذلك من المائة فصار اثباتًا .

فصل

ألف درهم إلا تسعمائة

٥٠٠ - وعلى هذا لو قل له على الف درهم الا تسعمائة فعليه مائة ، وهذا ينبغي على انه يجوز أن يستثنى الأقل ويبقى الاكثر .
وقد قال ابو يوسف وغيره من الناس ان استثناء الاكثر وتبقيته الأقل لا يجوز لانه لا يوجد في كلام العرب ذلك ولم يستعملوه .
والصحيح هو الاول ، لان لفظه الا لا يخرج من ان يكون استثناء ، ولفظ المستثنى منه لا يخرج من ان يكون مستثنى منه ، والمعتبر بقاء حكم اللفظ في ذلك .

فصل

٥٠١ - فعلى هذا الأصل اذا قال : له على الف الا تسعمائة الاثنتمائة الا سبعمائة الا ستمائة الا خمسمائة الا اربعمائة الا ثلثمائة الا مائتين الا مائة يكون عليه خمسمائة .

فان كان هذا من العشرة الى الواحد فالباقي خمسة ،
وان كان من المائة الى العشرة بقي عليه خمسون ، وان من الالف الى المائة بقي عليه خمسمائة .

ومن اصحابنا من قال نجعل العدد الاول معقودا في يمينك ،
والثاني في اليسار والثالث في اليمين والرابع في اليسار والخامس في
اليمين والسادس في اليسار والسابع في اليمين والثامن في اليسار والتاسع
في اليمين والعاشر في اليسار ، ثم تنظر ما اجتمع في اليسار فتسقطه من
اليمين ، وتبصر ما يبقى فهو المقر به ، فاذا فعلت ذلك كان ما في
اليمين ثلاثين وما في اليسار خمسا وعشرين فيكون الباقي خمسة ،
فهذا وجه للعمل ذلك .

ومنهم من قال : الاستثناء يرجع الى ما يليه ، ويعمل على هذا
الترتيب فيستثنى بالواحد من الاثنين يبقى منها واحد ، فيستثنى ذلك
من ثلاثة يبقى اثنان ، فيستثنى ذلك من اربعة يبقى اثنان ، فيستثنى
ذلك من خمسة يبقى ثلاثة فيستثنى ذلك من ستة يبقى ثلاثة فيستثنى
من سبعة يبقى اربعة يستثنى منها ثمانية تبقى اربعة يستثنى منها تسعة
يبقى خمسة يستثنى منها عشرة تكون خمسة . وهذا طريق اصحابنا
بالعراق في الاستثناء في الاقرار والطلاق والعناق وسائر ما يصح
الاستثناء منه .

فصل

الاستثناء في الطلاق

٥٠٠٢ وعلى هذا اذا قال في الطلاق لزوجتي : انك طالق ثلاثا الا اثنتين
الا واحدة فانها تطلق اثنتين ، لالهم البتة الواحدة من اثنتين
فبقى منها واحدة ، استثنوا ذلك من الالة بقي اثنان .

ومسائلهم على هذا الاصل كثيرة والاصل في جميع ما باتيك من
ذلك واحد وهو ما ذكرناه .

فصل

قول الوارث لهذا على والذي ولهذا

٥٠٠٣ - ولو قال الوارث : لهذا على والذي ألف درهم ، ولهذا على والذي ألف درهم ، ولم يترك الميت إلا ألفاً فانهما يتحاصنان ، لأنه عطف أحدهما على الآخر فصار كأنه قال : هذين على أبي الفان .

فصل

تخلل إقرار الوارث سكوت

٥٠٠٤ - ولو قال : لهذا ألف وسكت ثم قال : ولهذا ألف ، كانت الألف للأول ، لأنه ثبت حقه في الألف وإقراره الثاني يريد به الإضرار به فلا يقبل وثبت على تصديقه .

فصل

لأحد هذين على

٥٠٠٥ - ولو قال : لأحد هذين على ألف ، فسأله الحاكم : لأيهما هي ؟ فأبى أن يبين ، فلكل واحد منهما استحلافه ، فإن حلف لهما جميعاً فلا شيء لهما ، وإن نكل عن اليمين لهما ، غرم لهما الفين ، ولهما قبل الحلف أن يصطلحا على ألف فيأخذاهما ، وليس لهما ذلك بعد الحلف ، لأن في قول أبي يوسف ، وذلك لهما في قول محمد كما قبل الحلف ، لأن الحق في الجملة لهما .

والله سبحانه وتعالى أعلم بما فيه الصلاح (١) .

(١) وروى هذه الجملة في نسخة منيخ فقط .

باب

الإقرار بالمال في مجلس أو مجلسين

والشهادة على الحملتين

فصل

اختلاف الشاهدين في المبلغ

٥٠٦ - قال ابو حنيفة : واذا ادعى على رجل الف درهم ، فشهد له بذلك شاهد ، وشهد له بالفين اخر ، فالشهادة باطلة لان كل واحد قد كذب الآخر .

وقال ابو يوسف ومحمد : يلزمه ألاف وهو قول الشافعي كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة فانه يقبل عند الجميع .

وفرق ابو حنيفة بينهما بانهما اتفقا على لفظ الالف ، واما الآخر فحمله اخرى فقبل فيما اتفقا عليه ، ولفظ التثنية غير لفظ للواحد ، كما ان لفظ الجميع غير التثنية هذا هو الاصل .

فصل

اختلاف المقر في المبلغ

٥٠٧ - واذا اقر في مجلس بالف ، ثم اقر بالفين او الف فهو مال واحد

عند العاصوي ويدخل الاقل في الاكثر اذا ادعاه المقبر
وقال الكرخي : هما مالان ، واتفق الجميع على انه مالان فيه اذا
اختلفت المواطن .

وقال الشافعي الموطن الواحد وما زاد سواء ، وهو مال واحد .

وهو قول ابي يوسف ومحمد

واختلاف الاجناس اموال

واختلاف المقرد اموال

وفي الصكوك المختلفة اموال

فصل

البراءة أولى

٥٠٠٨ - واذا اقام شهوداً عليه بمال ، واقام المطلوب البراءة (من مثله فالبراءة
اولى ، الا ان يكون التاريخ بعد البراءة فيكون ذلك مالا آخر ويكرن
اولى من البراءة لان (١) البراءة لاتصح قبل اثبات الحق) وهذا
لاخلاف فيه .

فصل

صكوك وبراءات

٥٠٠٩ - ولو كان معه صك بالف وآخر بالف وبراءة بالف واخرى بخمسةائة

(١) ما بين قوس ورد في نسخة قليج والمعهود - سقط من نسخة منبج .

فقال المطلوب قد أخذ منى ألفا وهي التي في الصكين وقد بقى عليه
خمسائة ، فانه يبرأ من ألف وخمسمائة ويبقى عليه خمسمائة :

فصل

٥٠١٠ - ولو كانت البراءتان كل واحدة بألف برىء من المالكين جميعاً لانهما
تدل على اسقاط ماوجب عليه من المال .

فصل

٥٠١١ - واو قال الطالب : مالى ألف وقبضت ألفاً ، وقال المطلوب : قبضت
الثنين ولك ألف رجع على الطالب بألف ، لانه قبضت اثنين واقر ان
ماله ألف .

فصل

قبول البراءات

٥٠١٢ - والبراءات المختلفة كلها مقبولة ويحاسب بها تضمته كل واحد باتفاق.

فصل

كل براءة بنجم

٥٠١٣ - والمكاتب يحسب له كل براءة بنجم اذا لم يعين ذلك ، وكان للشهود
مختلفين .

فصل

٥٠١٤ - (ولو اقر بقتل عبد لم يسمه او ابن لم يسمه ، ثم اقر في مجلس

آخر به ثل (١) ذلك فهو قتل واحد وان ادعى الطالب قتلين .

فصل

إقرار الأب بتزويج ابنته إلخ

٥٠١٥ - ولو أقر بتزويج ابنته من فلان وانها ماتت ولها عليه الف ، وأقر به ثل ذلك ، فهو مال واحد .

الإقرار بالجراحات

٥٠١٦ - وكذلك الإقرار بالجراحات فهي جراحة واحدة .
وفرقوا بين هذا وبين الديون والغصب والودائع ، واختلاف
الاجناس والعقود ، وهذه المسائل تلزم على اصولهم في انه أقر بمال
منكر فحمل على مال جديد .

فصل

أقر بألف في موطن وأشهد إلخ

٥٠١٧ - وإذا أقر بألف وأشهد في موطن ، ثم أقر في آخر وأشهد ، وشهد
الفرقان جميعا عند الحاكم : فعند أبي حنيفة يجب المالاان ، وعندهما
مال واحد .

(١) ما بين قوسين ورد في نسخة قليج والمعهد وسقط من نسخة منيخ .

فصل

بكل مال شاهد واحد

٥٠١٨ - ولو كان بكل مال شاهد واحد فهو مال واحد ، وقال زفر الشهادة باطللة ، لانه جعل ذلك غير الاول .

فصل

أقر ثم قال هي زيوف

٥٠١٩ - واذا اقر لرجل بالف درهم قرض او من ثمن مبيع ، ثم قال هي زيوف او نبهجة لم يصدق عند ابني حنيفة وصل او قطع اذا ادعى المقر له الجياد ، ولزمه الجياد .
وقالا : ان وصل صدق وان قطع لم يصدق .

فصل

أقر بوديعة أو غصب وقال هي زيوف

٥٠٢٠ - ولو قال : اودعني او غصبت منه الف درهم ، وقال هي زيوف او نبهجة صدق وصل او قطع بالاتفاق ، لانه لم يقر بأمر عليه في اللزمة فصدق هـ
والله اعلم

باب من الإقرار بالمجهول الذي لا يرجع فيه إليه

قوله لاحق إلخ

٥٠٢١ - وإذا قال : لاحق لي قبل فلان برىء فلان مما هو مضمون عليه ، وإن
قال : لاحق لي عنده ومعه برىء مما صله الأمانة لما بيناه في الباب
المتقدم أن ذلك يحتمل ما قلناه .

فصل

لي عليك ألف درهم

٥٠٢٢ - وإذا قال رجل لرجل لي عليك ألف درهم ، فقال أترنها أو انتقدها
أو اجلني بها فهو ناقرار بها ، لأن الاجل لا يثبت إلا فيما عليه ،
وكذلك الوزن ، لأن الكتابة ترجع إلى ماله ذكره ، فصار كالمصدق له
في ذلك فلزمه المال .

فصل

٥٠٢٣ - ولو قال : أترن أو انتقد ، لم يكن اقراراً لا يحتمل غير ما أقر به ،
ولا كناية ترجع إلى مادها ، فلم يكن مصدقاً في ذلك .

فصل

له على مائة درهم ونيف

٥٠٢٤ - ولو قال : له على مائة درهم ونيف ، فالقول قوله في النيف ، كان

أقل من درهم أو أكثر لان ذلك عبارة عما زاد وأناث

فصل

بضع وكذا درهم

٥٠٢٥ - ولو قال له على بضع وخسون درهماً فالبضع (١) ثلاثة فصاعداً ،
وليس له أن ينقص من الثلاثة في بيانه لما روى في تفسير قوله تعالى
« في بضع سنين » (٢) ومخاطرة أبي بكر رضي الله عنه لفريش . ان
الروم تغلب الى ثلاث سنين ، فقال النبي عليه السلام له : زد في
الخطر وابعد في الاجل ، فدل على ان البضع يقع أقله على ثلاثة لانه
أقره على ذلك .

(١) من سورة « الروم » وأولها « الم غلبت الروم في أدنى الارض » .

(٢) جاء في لسان للعرب في مادة بضع :

البضع بالفتح والكسر ما بين الثلاث إلى العشر وبالحاء من الثلاثة إلى
العشرة ، يضاف إلى ما يضاف اليه الأحاد ، لانه قطعة من العدد
كقوله تعالى « في بضع سنين » وتبنى مع العشرة كما تبنى مائة الأحاد
وذلك من ثلاثة إلى تسعة . فيقال بضعة عشر رجلاً وبضع عشرة
جارية ، قال ابن سيده : لم تسمع بضعة عشر ولا بضع عشرة ، ولا
يمنع ذلك وصل البضع من الثلاث إلى التسع ، وقبل من أربع إلى
تسع ، وفي التنزيل « قلبت في السجن بضع سنين » . قال القراء البضع
ما بين الثلاثة الى ما دون العشرة ، وقال شمر البضع لا تكون أقل من
ثلاث ولا أكثر من عشرة .

فصل

سهم في داره

٥٠٢٦ - وان اقر بسهم في داره فاقل ذلك إنما هو السدس عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، ولا يصدق فيما دونه .

٥٠٢٧ - وقالوا : لا يصدق في الثلث وما دون

٥٠٢٨ - وعلى قول الشافعي انه يرجع اليه في بيان ذلك ، وقد تقدم في كتاب الوصايا الوجه

فصل

الاستثناء بالمشيئة

٢٠٢٩ - ومن اقر بحق مجهول أو معلوم وقال : ان شاء الله متصلا بكلامه لم يلزمه .

٥٠٣٠ - والاصل في هذا الباب ان الاستثناء بالمشيئة يقف الكلام ، ولا يلزم حكمه عندنا في جميع العقود والإيقاعات والإقرارات من الطلاق والعناق .

فصل

الطلاق على مشيئة الله

٥٠٣١ - ومن قال لزوجه . انت طالق ان شاء الله لم يقع .

٥٠٣٢ - وقال مالك يقع الجميع ، ولا فرق بين الطلاق والعناق .

٥٠٣٣ - ومن للناس من فرق بين العتق والطلاق فقال :

٥٠٣٤ - يقع العتق ولا يقع الطلاق وهو قول بعض اصحابنا المتكلمين .

اتصال الاستثناء وانفصاله

٥٠٣٥ - الاستثناء يجب ان يكون متصلاً بالكلام ولا يصح بعد السكوت عن الجملة الاولى .

٥٠٣٦ - وعند ابن عباس : يصح الاستثناء المنفصل كما يصح المتصل .

٥٠٣٧ - وهذا لا يصح لانه يؤدي الى ان لا يستقر حكم بعد ثبوته في المستقبل

لزوم ما يرفع حكم الطلاق

٥٠٣٨ - واذا كان يرفع حكم الطلاق فاذا تم لزوم حكمه ، وهو كالمبتدأ والمخبر الذي لا يصح تأخره عنه .

فصل

استثناء بناء الدار

٥٠٣٩ - واذا اقر الرجل بدار واستثنى البناء فلمقر له الدار والبناء ، لأن اقراره بالدار يوجب ثبوت يده على البناء لأنه مما يدخل في البيع على طريق التبعية فصار كآله رجع عن بعض ما اقر به فلا يقبل .

فصل

استثناء بيت أو حصة من الدار

٥٠٤٠ - ولو قال الا بيتاً منها او الا ثلثها او ربعها فالاستثناء صحيح ويلزمه ما بقي لانه استثناء مما تناوله اللفظ .

٥٠٤١ - وفي المسألة الاولى دخل البناء من طريق المعنى واستثناء دخول من طريق الحكم فلا يصح .

فصل

بناء الدار لفلان

٥٠٤٢ - ولو قال : بناء هذه الدار او العرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عنه بياض الارض دون البناء في ذلك فلم يلزمه .

فصل

أقر بغصب ثوب من منديل

٥٠٤٣ - واذا قال : غصبت ثوباً في منديل من هذا الرجل لزمه جميعاً .

فصل

حنطة في جراب إلخ

٥٠٤٤ - وكذلك الحنطة في جراب والتمر في قوصرة والدرّة في الصمدلة .

٥٠٤٥ - وقال الشافعي يلزمه المقر به دون الظرف .

٥٠٤٦ - واتفق الفريقان انه لو قال دابة في اصطبل لزمته الدابة دون الاصطبل

٥٠٤٧ - وقال محمد يلزمه الجميع لأن الظرف يتناول الفعل قبل المنصوب فلزمه الجميع .

٥٠٤٨ - وان قال : ثوب في عشرة اثواب لزمه الثوب عند أبي يوسف .

٥٠٤٩ - وقال محمد يلزمه احد عشر ثوباً

٥٠٥٠ - لأن العشرة لا تكون وعاء في الظاهر لثوب واحد ومحمد يقول يجب

اصحح قول المكلفين .

فصل

غصبت من فلان لا بل من فلان

٥٠٥١ - ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان سلمه الى الاول
وضمن للثاني قيمته لأنه اعترف بأتلافه عليه .

٥٠٥٢ - وقال الشافعي لا يلزمه ضمان في أحد قوليه .

٥٠٥٢ - لأنه اقر بهما الغير .

فصل

تجزء إقرار بوقائع متعددة

٥٠٥٣ - ولو قال له على الف من ثمن عبد باعني ولم اقبضه لم يصدق وصل
أو قطع .

٥٠٥٤ - وقال الشافعي يصدق انه لم يقبض وهو قولهما .

٥٠٥٥ - وانفقوا انه لو قال من ثمن هذا العبد انه يقبل، ولا يلزمه المال حتى
يتسلم العبد .

باب
الإقرار بالوارث وللوارث
وما يلزم من ذلك وما لا يلزم

فصل

٥٠٥٦ - وإذا أقر الرجل فقال هذا ابني أو زوجتي أو مولاي الذى
استعقني قبل إقراره إذا كان ذلك موهوماً في الأبوة والبنوة والمرأة
كذلك إذا قامت ذلك إلا الابن فإنه لا يقبل إقرارها لأنها تحمل
النسب على غيرها .

فصل

٥٠٥٧ - وإذا مات وترك ابنتين فأقر أحدهما بأخ وكذبه الآخر شارك المقر
فيما صار إليه ولم يثبت النسب .
٥٠٥٨ - وقال الشافعي لا يشاركه فيما أخذ .

فصل

لا يثبت النسب بقول وارث واحد
٥٠٥٩ - ولا يثبت النسب بقول واحد من الورثة عند ابني حنيفه ومحمد حين
يكون للورثة أكثر من واحد .
٥٠٦٠ - وقال أبو يوسف إذا كان للواحد هو الوارث وحده قبل إقراره
وثبت النسب .

فصل

إقرار المريض بوارث ولوارث

٥٠٦١ - والمريض اذا اقر بوارث صح اقراره وان اقر لوارث لم يصح في حق الورثة .

٥٠٦٢ - وقال الشافعي يصح في الجميع .

٥٠٦٣ - لأنه منهم في حق الورثة ، ولأن من لا يصح الوصية له بالثلث لا يصح له الاقرار كما لو اقر بمال الغير .

فصل

إقرار المريض لامرأة تزوجها بعد ذلك

٥٠٦٤ - ولو اقر لامرأة وهو مريض وهي اجنبية ثم تزوجها ومات جاز اقراره لها .

٥٠٦٥ - وقال زفر لا يصح الاقرار . لأن الدين لزم قبل التزوج

فصل

إقرار لأخ غير وارث

٥٠٦٦ - وقالوا : لو اقر لأخيه وهو غير وارث ثم صار وارثاً لم يصح اقراره اذا مات من ذلك المرض .

٥٠٦٧ - لأن سبب المنع حاصل قبل الاقرار .

فصل

وهب وهو مريض ثم تزوج الموهوب لها

٥٠٦٨ - وقالوا لو هب لامرأة وهو مريض هبة ، ثم مات وقد تزوجها ،
لم تصح الهبة ، وكانت كالوصية تقف على اجازة الورثة.

فصل

أقر لابنه بدين فتوفي ابنه قبله

٥٠٦٩ - ولو أقر لأبنته بدين ثم مات الابن قبله ثم مات المقر المريض وترك
ابناً سواه جاز اقرار المريض بالاتفاق .

وارثه وارث ابنه المقر له بدين

٥٠٧٠ - ولو ان المريض لم يترك ابناً آخر ولكن وارثه وارث الابن الاول
جاز اقراره له عند عهد ولم يحل عند أبي يوسف في قوله الآخر لأنه
وارث له وحكم الاقرار له لازم .

فصل

أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث

٥٠٧١ - وإذا أقر المريض بدين لرجلين أحدهما وارث فالأقرار باطل
باتفاق اصحابنا .

٥٠٧٢ - خلاف الشافعي يصح .

٥٠٧٢ - ولو ان الاجنبي رد اقراره للوارث وكذبه ، وقال ليس هو لي

بشريك او رد الوارث اقراره له وجحد ان يكون له ديناً عليه فان
اقراره للاجنبي لا يصح عند ابي حنيفة .

٥٠٧٤ - ويصح في حق الاجنبي عند محمد في مقدار حصته .

٥٠٧٥ - لأن الدين اذا بطل بعضه بطل جميعه ، ولا جزء من ذلك الا وهو
شريك فيه .

فصل

على الوارث دين أقر المريض باستيفائه

٥٠٧٦ - واو كان على الوارث دين فأقر المريض باستيفائه منه لم يصح ،
وكان كما لو أقر له بدين في ظاهر المذهب .

٥٠٧٧ - وروى عن ابي يوسف انه يصح اقراره ، وفرق بين الاستيفاء
وبين الدين .

فصل

إقرار الأجنبي لابن المريض المقر

٥٠٧٨ - ولو أقر المريض بعين في يده لأجنبي ، فقال الاجنبي هو لابن المريض
وماه المريض ، بطل الاقرار في قول ابي يوسف الاول ، وفي
قوله الثاني يصح وهو قول محمد .

فصل

ثلاثة بنين وثلاثة آلاف

٥٠٧٩ - واذا مات الرجل وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف ، فأدعى رجل على

الميث ثلاثة آلاف ، فصدقه الأكبر في الجميع والأوسط في الفقي
والصغير في الف فان الكبير يؤخذ جميع الالف من يده ، ومن
الصغير ثلثا الالف ومن الاوسط خمسة اسداس الالف في قول
ابى يوسف وقال محمد يؤخذ من الاوسط جميع الالف ايضاً وفيه
يقع الخلاف خاصة .

فصل

إقرار أحد الورثة ببيت من الدار

٥٠٨٠ - واذا اقر احد الورثة ببيت من الدار لرجل ، وكذبه الآخر ، فانه
يقسم اولاً الدار، فان وقع البيت في نصيب المقر سلمه الى المقر
له ، وان وقع في نصيب الآخر ، فان يقسم ما صار الى المقر بينه
وبين المقر له يضرب المقر له (١) بمثل ذرع البيت والآخر بحصته
فما صار له في قول ابى حنيفة وابى يوسف .
٥٠٨١ - وقال محمد يضرب المقر له بمثل نصف ذرع البيت (٢) .
٥٠٨٢ - وكذلك لو اقر أحدهما بوصية بيت معين فهو على هذا الخلاف ايضاً

فصل

يبع أحد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين
٥٠٨٣ - وقالوا لو باع احد الشريكين في الدار نصيبه من بيت معين منها لم
يصح البيع ، لأنه يؤدي الى تفريق الصفقة على الآخر .
٥٠٨٤ - وروى عن ابى يوسف انه يصح ويقاسم المشتري الشريك ذلك ،
وهو قول الشافعي .

(١) عبارة « المقر له » غير واردة في نسخة منيخ .

(٢) هذه النبذة لم ترد في نسخة منيخ .

فصل

الإقرار بزوجة الأب

٥٠٨٥ - وان اقر احدهما بزوجة لأبيه وكذبه الآخر فان المقر يقسم ما صار اليه بينه وبين الزوجة على تسعة اسهم سبعة للمقر وسهمان للزوجة لأنه يقول : انا وانت وأخي كان المال بيننا على ستة عشر سهما لكل واحد منا سبعة ولك سهمان وانا اقسم ما صار الى على ذلك .

٥٠٨٦ - وقال غيرنا يقسم ما صار له على ثمانية اسهم لأنه اقر بالثمن لها مما في يده ، ويد الآخر فيلزمه في حصته وهذا قول الشافعي وابن ابي ليلى .

فصل

أقر أحد الورثة بدين على أبيه

٥٠٨٧ - وعلى هذا الخلاف اذا اقر أحد الورثة بدين على أبيه وكذبه الآخر فان المقر يدفع جميع الدين مما في يديه ، لأن الدين يقدم على الميراث ويصير الأخ كالمغاصب لبعض التركة .

فصل

٥٠٨٨ - وقال الشافعي يلزمه بمجهته ما اقر به من التركة ، لأنه اقر على التركة فصار كما لو اقر بالوصية .

فصل

إقرار أحد الإبنين بالدار لها ولأجنبي

٥٠٨٩ - وان اقر أحد الابنين وهو الأكبر بان للدار التي بيديهما بينهما وبين

زيد اثلاثا وقال الاصغر انها بيننا وبين زيد وعمرو ارباعا فان الذي اقرا به جميعاً وهو زيد يأخذ من الاصغر ربع ما في يديه ويضم ذلك الى ما بيد الاكبر ويحمل بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بقي في يديه بينه وبين عمرو نصفين ، وهذا قول ابي حنيفة عند ابي يوسف ، وهو قوله .

٥٠٩٠ - واما قول ابي يوسف عند محمد وهو قوله : يؤخذ مما في يد الاصغر لزيد الذي اقرا به جميعاً خمس ما في يده ويضم الى ما بيد الاكبر ويقسم بينهما نصفان ويقسم الاصغر ما بيده بينه وبين عمرو نصفين .
٥٠٩١ - وقد روى هذا القول ابن زياد عن ابي حنيفة ، حكاه الطحاوي .

فصل

صور من الإقرار بالشركة في المال

٥٠٩٢ - ولو قال رجل لآخر : هذا العبد انت شريكي فيه فهو بينهما نصفان بالاتفاق ، وان قال لفلان شركة في هذا العبد فهو بينهما نصفان كما لو قال شريكي (عند ابي يوسف (١) ،
٥٠٩٣ - وقال محمد للبيان الى المقر ، وقوله شركة مثل قوله له نصيب وجزء منه .

فصل

الإقرار بنخلة في بستان

٥٠٩٤ - واذا لرجل بنخلة في بستان فان الاقرار بها وما تحتها من الارض في قولهم جميعاً .

(١) ما بين قوسين لم يرد في النسخة المعتمدة .

٥٠٩٥ - واختلفوا في البيع فقال ابو يوسف لا يدخل في البيع ما تحت النخلة من الارض وقال محمد يدخل موضع الاصل في البيع خاصة دون مواضع العروق لأنه لا يتوصل الى بقائها إلا بما تحتها .

فصل

إقرار الحر في

٥٠٩٦ - والحربي اذا اسلم في دار الاسلام فأقر لرجل بأنه اخذ منه الف درهم وهو حربي ، فقال المأخوذ منه بل اخذت ذلك وانت مسلم ، او المسلم الذي قال اخذت منك وانت حربي وقال : اخذت مني وأنا مسلم ، فان كان الشيء قائما فالقول قول المأخوذ منه بالاتفاق وان كان هالكا فالقول قوله ايضاً عند ابي حنيفة وابي يوسف .

٥٠٩٧ - وقال محمد القول قول الاخذ ، ولا ضمان عليه ، لأنه لم يقر بما يوجب الضمان .

٥٠٩٨ - وكذلك الخلاف في القتل والقطع .

فصل

لفلان أو لهذا الحائط

٥٠٩٩ - ولو قال لفلان على عشرة دراهم ار لهذا الحائط فعليه المال عند ابي حنيفة .

٥١٠٠ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه شيء وكأنه قال او لا شيء .

فصل

الإقرار المقترن بالخيار

٥١٠١ - وافق أصحابنا انه اذا قال : له علي عشرة وانا بالخيار ان المال يلزمه ، لأن الخيار يثبت فيما يقبل الفسخ ، والإقرار لا يقبل الفسخ بعد ثبوته .

فصل

لفلان وإلا فلفلان

٥١٠٢ - ولو قال لفلان على مائة درهم وإلا فلفلان لم يلزمه شيء ، وصار كأنه قال أو لفلان ، عند أبي يوسف .

٥١٠٣ - وقال مجد يلزمه لأول ولا شيء للثاني .

فصل

أقر بألف إلا مائة أو خمسين

٥١٠٤ - ولو قال له على ألف درهم إلا مائة درهم أو خمسين درهماً ، قال في بعض الكتب يلزمه تسعمائة ، وقال في موضع آخر يلزمه تسعمائة وخمسون ، لأن أو ، دخلت على حرف الاستثناء فثبتت المتبقي في رواية وأثبتت في الأخرى ما زاد لأنه إسقاط ما قد ثبت فلا يسقط بالشك .

فصل

الأكبر حنطة وقفيز شعير

٥١٠٥ - ولو قال له : على كر حنطة وكر شعير إلا كر حنطة وقفيز شعير

فاستثناء الکر الحنطة باطل في قولهم جميعاً .

٥٠٦ - وابطل أبو حنيفة استثناء الففيز ايضاً .

٥١٠٧ - واجاز ذلك أبو يوسف ومجد لانه يصح .

فصل

أنت حر وحر إنشاء الله

٥١٠٨ - ولو قال لعبد أنت حر وحر انشاء الله حقق العبد عند أبي حنيفة

لأن الكلمة الثانية لغو ، فصار كما لو سكت .

٥١٠٩ - وقال أبو يوسف لا يعتق لأن الكلام متصل .

فصل

الاستثناء من الكتاب

٥١١٠ - وقال أبو حنيفة لو أقر بدين وكتب به كتاباً ، وقال في آخره ،

ومن قام بهذا الدين فهو ولي ما فيه ان شاء الله ان الكتاب

يبطل جميعه .

٥١١١ - وقال أبو يوسف ومجد الاستثناء يرجع الى ما يليه خاصة ، وان

الدين لازم له .

٥١١٢ - لان الكتاب كالكلمة الواحدة ، لان الإفادة تحصل بالفراغ منه .

فصل

فيما أعلم أو فيما أظن

٥١١٣ - ولو قال : لفلان على ألف درهم فيما أعلم بالإقرار باطل عند

أبي حنيفة ومجد .

٥١١٤ - وقال أبو يوسف الإقرار جائز .

٥١١٥ - وإنفقوا على أنه لو قال فيما اظن أو فيما احسب إن الإقرار باطل .

فصل

من درهم إلى عشرة

٥١١٦ - ولو قال لفلان علي من درهم إلى عشرة أو ما بين درهم إلى عشرة

لزمته تسعة في قول أبي حنيفة .

٥١١٧ - وقال أبو يوسف يلزمه الجمع .

٥١١٨ - وقال زفر يلزمه ثمانية .

من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير

٥١١٩ - وإن قال من عشرة دراهم إلى عشرة دنانير ، أو ما بين عشرة

دراهم إلى عشرة دنانير فإنه يلزمه عشرة دراهم وتسعة دنانير .

٥١٢٠ - والحنطة والشعير كذلك تلزمه الاقبيز حنطه يهبط من على الجنسين

مقدماً كان أو مؤخراً عند أبي حنيفة .

٥١٢١ - وعندهما يلزم الجميع .

٥١٢٢ - ولا يجب عليه عند زفر ، الغاية لا تدخل في الكلام ، وكذلك الابتداء

فتسقط الغاية والابتداء ، ويوجب ما بين ذلك .

٥١٢٣ - وكذلك قوله في الطلاق والعناق .

فصل

ألف درهم بل مائة دينار

٥١٢٤ - ولو قال له علي ألف درهم بل مائة دينار لزمه الجميع عندنا
بلا خلاف .

فصل

أقر بألف مؤجلة

٥١٢٥ - ولو قال : له علي ألف الى سنة فقال المقر له بل هي حالة ، فالقول
قول المقر له مع يمينه في نفي الاجل لأنه أقر بالمال وادعى الأجل .

فصل

الإقرار بالكفالة مؤجلة

٥١٢٦ - ولو قال : كفلت له بألف درهم الى سنة فالقول قول الكفيل .
٥١٢٧ - ومن أصحابنا من قال القول قول المكفول له مثل الاول .
٥١٢٨ - وقال بعض الفقهاء : للقول قول المقر مع يمينه أنه مؤجل لأنه لم
يعترف بحق حال .

فصل

أنكرت الزواج ثم ادعت النكاح بعد موته

٥١٢٩ - ولو أنكرت امرأة أن رجلا تزوجها ثم مات فادعت النكاح وصدقته
ورثت منه بأجاء أصحابنا .

ادعى نكاحها بعد موتها

- ٥١٣٠ - ولو كانت المرأة هي التي اقرت وكذبها الرجل ثم ماتت فأدعى
النكاح لم يرث عند أبي حنيفة .
٥١٣١ - وقال أبو يوسف ومجد يرث .

فصل

الإقرار بالولد إقرار بالزوجة

- ٥١٣٢ - ولو اقر رجل بولد ، ثم مات فحضرت امه وادعت انها زوجته
فانها قرث ، واقرازه بالولد إقرار بالزوجة لأن امر المسلم يحمل
على الصحة والسلامة ما امكن .
٥١٣٣ - وقال الشافعي لا تكون زوجته الا بالبينه او اقرار الرجل بها ،
وهو قول زفر لأن الولد قد يكون ولدأ من وطء شبهة ومالك
يمين فلا يكون ذلك اقرارأ بالزوجة .

فصل

تصديق المقر في عدم القبض

- ٥١٣٤ - وان اقر لحمل امرأة بمال فهو على ثلاثة اوجه :
في وجه يصح باجماع وهو ان يقول لحمل هذه المرأة عندي وصية
او ميراث من جهة من يرثه فهذا يصح اجماعاً .
٥١٣٥ - والثاني ان يقول : اقرضني او باعني واخذت منه كذا فهذا لا يصح
بالاجماع .
٥٥٣٦ - والثالث : اذا اطلق القول والاقرار ولم يصفه الى شيء من ذلك ،
قال أبو يوسف اقراره باطل ولا يلزمه شيء .

٥١٣٧ - وقال محمد يلزمه ما اقر به اذا اخرج الولد حياً لأنه يمكن حل قوله على الصحة .

فصل

أقر بقرض لم يقبضه

٥١٣٨ - والاقرار بالبيع والاجارة والعارية اذا قال لم اقبض فانه يصديق لان البيع يتم من غير قبض وكذلك قد يستعير ولا يسلم اليه .

فصل

أقر لحمل بمال

٥١٣٩ - وان اقر بقرض وقال لم اقبض فالقياس ان يقبل قوله .

٥١٤٠ - والاستحسان ان لا يقبل ذلك ويلزمه المال .

لأن القرض لا يتم الا بالقرض فهو كالقبول في البيع ، وكذلك للقياس والاستحسان في السلم ، والعلة فيه سوء .

فصل

بيع التلجنة

٥١٤١ - واذا اتفق رجلان على ان يبتاعا بيماً على التلجنة اليه ، فتبايعا ولم

يذكرا التلجنة في البيع فالحكم لما (١) اظهراه الا ان يتفقا على انها قصدا للتلجنة .

٥١٤٢ عند أبي حنيفة ان ماتقدم منهما قد اعرضا عنه فصار كأنهما لم يتفقا على شيء

(١) عبارة : فالحكم لما اقتضاها السياق فاضفناها

٥١٤٣ - وقال ابو يوسف ومجد الحكم لما ابطناه (١) والبيع فاعيد الا ان يتحققا على انهما قصدا البيع ، لأن ما تقدم منهما يؤثر في الذي قصده بعده .

فصل

اختلاف الوكيل والموكل في الصفقة لمن ؟

٥١٤٤ - واتفق اصحابنا على ان رجلا لو اقر بهانه وكل وكيلا بشراء عبد له بعينه فقال الوكيل : اشتريت العبد لك .

وقال الموكل لم تشتري فان (كان) للعبد في يد الوكيل فالقول قول مع يمينه ، ولا فرق بين ان يكون دفع الثمن اليه او لم يدفع لانه اعترف بالاذن له في الشراء ويريد ان يرجع عنه فلا يقبل .

فصل

هلاك الشيء محل العقد الموكل به

٥١٤٥ - وان كان العبد قد هلك ، فان كان الموكل قد سلم اليه الثمن فالقول قول الوكيل لانه أمين في ذلك ، وان كان الدفع للثمن لم يحصل فالقول قول الموكل لأن الاصل برائة اللزمة ، والوكيل يريد ان يلزمه الثمن فهو المدعى مهنا .

فصل

وكله بشراء عبد بغير عينه

٥١٤٦ - ولو كان وكله بشراء عبد بغير عينه فقال الوكيل اشتريت فان كان العبد هالكا فالقول قول الموكل لان للعبد يدعى الضمان .

(١) في النسخة : ابطناه والصواب ما ذكرناه لتمام المعنى .

فصل

العبد قائم

٥١٤٧ - وان كان الموكل دفع الثمن فالقول قول الوكيل لانه امين فيما دفع اليه .

فصل

العبد قائم

٥١٤٨ - وان كان العبد قائما في يديه واختلفا فقال الموكل اشتريته لنفسك ، وقال الوكيل انا اشتريته لك ، فان كان دفع الثمن فالقول قول الوكيل لما بيناه ، وان كان لم يدفع الثمن فالقول قول الموكل عند ابي حنيفة لان الوكيل يدعى للثمن .

٥١٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد الفول قول الوكيل لانه احترف له بالاذن .

فصل

ادعت أنها أم ولد

٥١٥٠ - ولو ان امة في يدي رجل فقالت : انا ام ولد لفلان او معتقة له ، فصدها المقر له وقال الذي هي في يديه انت امي ، فالقول قول الامة والمقر له عند ابي حنيفة ومحمد .

فصل

ادعى أن أمه أم ولد

٥١٥١ - ولو كان مكان الامة رجل فقال : انا ابن فلان وامي ام ولد له . وقال الذي هو في يديه انت عبدي وأمك أمي ، فالقول قول الذي هو في يديه عند ابي حنيفة .

٥١٥٢ - وقال ابو يوسف ومحمد الاول قول المقر له لأنه لم يعترف برق .

فصل

مجهولة النسب تزوجت ثم أقرت بالرق

٥١٥٣ - والمرأة المجهولة النسب اذا تزوجت رجلاً ثم أقرت بالرق لآخر قبل اقرارها بالرق على نفسها ولا تصدق (في) ابطال النكاح ، وما ولدت قبل الاقرار فهم احرار ، وكذلك ما ولدت لأقل من ستة اشهر من يوم لاقرار .

٥١٥٤ - وما ولدت بعد ذلك فهم ارقاء عند ابي يوسف واحرار عند محمد لانها لا تصدق على رق الولد .

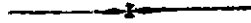
مسائل الكيس

٥١٥٥ - وفي كتاب الاقرار كل عجب من المسائل نحو مسائل الكيس والوصايا وغير ذلك من خلاف أصحابنا والمخالفين ، وذكر الجميع فلا يمكن مخافة طول الكتاب فمن مسائل الكيس في يدي رجلاين فقال احدهما الكيس بيني وبين فلان اثلاثا له للثالث ولي الثلثان ، وقال شريكه بل له النصف من الكيس ولي انا النصف ، فلا يخاو اما ان يكذبهما ويدعى الكل ، او يصدقهما او يصدق احدهما ، والفسحة مع تكذيبهما جميعاً أن يأخذ من المقر بالنصف خمس ما في يده ومن المقر بالثالث خمس ما في يده ، وهذا قول محمد في الجامع الكبير .

٥١٥٦ - وعن ابي يوسف انه يأخذ من المقر بالنصف نصف ما في يده ، ومن المقر بالثالث ثلث ما في يده .

فصل

- ٥١٥٧ - وإذا صدق صاحب النصف اخذ الخمس من المقر بالثلث وضمه الى ما في يدي المقر بالنصف ، فيقسم ذلك بينهما نصفان وكذلك ان صدق صاحب الثلث خاصة اخذ الخمس من صاحب النصف وضمه الى ما بيد صاحب الثلث ، وقسم ذلك بينهما اثلاثا
- ٥١٥٨ - وإذا قلنا انه لا يمكن ذكر المسائل وكان المقر له تارة يستوفي ما اقر له به وتارة يصالح عنه وتارة يسقط بالابراء وجب ذكر الصلح عند ذلك .



كتاب الصلح

وهذا كتاب الصلح

جواز الصلح

- ٥١٥٩ - اعلم ان الصلح في الجملة جائز .
وقد ورد القرآن به في آية الشقاق (١) .
وقال الله تعالى : والصلح خير .
وقال تعالى : وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما (٢)
وقد صالح النبي صلى الله عليه وآله وسلم سهيل بن عمرو (٣) .
وفي رسالة عمر الى ابي موسى : والصلح جائز بين المسلمين الا
صلحاً حرم حلالاً او أحل حراماً .

(١) وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها (٥٥ م النساء ٤) .

(٢) وان امرأة خافت من بعلها لشوراً أو اعرافاً فلا جناح عليهما .
وان يصلحا بينهما ، والصلح خير (للنساء) .

(٣) ارسلت قريش قبل اسلامها سهيل بن عمرو الى النبي عام الحديبية
بعدها صادت رسول الله (ص) عن زيارة البيت سنة ست للهجرة
فكتب بينه وبينهم كتاب الصلح المشهور وقد جاء في أول هذا

وقال لمعاري : وعليك بالصلح بين المسلمين ما لم يتبين لك
فصل القضاء ،

وقال : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

فصل

ما يجوز الصلح عليه

٥١٦٠ - وهو يجوز على كل مال وعن كل حق أخذ العوض عليه من سائر
الحقوق واتلاف الاموال والجنايات والقروض والمداينات .

فصل

أضرب الصلح

٥١٦١ - وهو عندنا على ثلاثة اضرب :

يكون تارة عن اقرار وتصديق .

والثاني عن سكوت لا اقرار معه .

والثالث يكون مع الانكار والحدود وهو جائز في الجملة عندنا
في الاضرب الثلاثة .

وقال الشافعي : لا يجوز مع الانكار

واتفق الفريقان ان الاجنبى اذا صالح عن المنكر انه يجوز وان كان
الحق مالم يثبت عليه .

- الصلح وهذا ما صالح محمد بن عبدالله سهيل بن عمرو الخ . (انظر هذا
الكتاب في جمهرة رسائل العرب لأحمد زكي صفوة ج ٣ ص ٣٠-٣٢)

فصل

تكيف الصلح على إقرار

٥١٦٢ - وللصلح اذا وقع عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات اذا وقعت في المال بالمال ، لأن المدعي عليه يعطي عوضاً عما أقرب به ، وهذا في معنى البيع فوجب اعتبار البياعات .

وان وقع على منافع أو بمنافع اعتبر بالاجارات لأنه اخذ المنفعة بالعوض ، او اخذ العوض عن المنفعة فيعتبر في ذلك ما يجوز في الاجارات .

وبالجملة يجب ان يعتبر بأقرب العقود إليه وأقربها في الصحة وحمل الأمر في جانب على ما يجوز دون ما لا يجوز ، لأن أمر المسلم محمول على الصحة والسلامة .

فصل

الصلح عن إنكار

٥١٦٣ - فاذا وقع على الإنكار والسكوت فيكون ما يبذله المدعي عليه عن الخصومة واسقاط اليمين ، وما يأخذه المدعي بمعنى المعاوضة عن حقه ، لأنه يزعم أنه محق في دعواه ، وان ما يأخذه هو عوض عما يستحقه ، ولولا ذلك لما جاز له الأخذ ، فيعامل كل واحد بحسب ما يعتقده ويدعيه ويبذله ، وغير ممنوع ان تختلف العقود في حق المعاقدين كالأقالة هي فسخ بين المتعاقدين بيع في حق غيرهما .

فصل

الصلح عن دار

٥١٦٤ - فاذا وقع الصلح عن دار لم تجب فيها الشفعة باتفاق أهل الجماعة اذا

كان الصلح عن انكار ، وان كان على اقرار وجبت الشفعة ، لأنها بمنزلة البيع ، لأن الذي في يديه الدار يزعم أنه لم يملكها بالصلح وانما دفع المال افتداء ليمينه فلا يصدق عليه المدعي .

فصل

الصلح بدار

٥١٦٥ - وان كان الصلح بدار اخذها المدعي وجبت فيها الشفعة ، لأنه يزعم أنه ملكها بعرض ، فصار كما لو أقر بالشراء وجحد البائع البيع المشتري فانها تؤخذ بالشفعة .

فصل

استحقاق المصالح عنه

٥١٦٦ - وان كان الصلح على اقرار فأستحق المصالح عنه او بعضه رجوع في العوض كله ان كان استحق الكل وفي قدر ما استحق من البعض ، لأن حكم الصلح مع الاقرار حكم البيع .

فصل

استحقاق المدعي في الصلح عن إنكار

٥١٦٧ - ولو كان الصلح عن انكار واستحق المدعي ، فإن العوض يجب رده ، لأن المدعي عليه بذل المال عن دفع الخصومة واليمين عن نفسه ، ومع الاستحقاق تبين أنه لا خصومة بينهما ولا عين عليه ، فيجب رد العوض ، لأنه اخذه عن غير شيء (١) .

(١) من تطبيقات الكسب دون سبب .

فصل

٥١٦٨ - ولو كانت الدعوى طائفة من الدار أو نصلها فاستحق النصف منها
لم يرد شيئاً من المال ، لانه لا يجوز ان يقول حقي ما لم يستحق
من ذلك .

فصل

استحقاق ثلثي الدار

٥١٦٩ - ولو استحق ثلثا الدار رجع الدافع على المدفوع اليه بثلاث العوض ،
لان ثلث ما ادعاه قد استحق وتبين انه اخذ منه ما لا يستحقه (١) .

فصل

٥١٧٠ - ولو كان المدعي قال : لك نصف الدار ولي في الباقي حق ، واستحق
من الدار ثلثاها ، فانه يقال للمدعي : كم كان حقلك من النصف ؟
فان قال : كان حقي الثلث من ذلك فانه يرجع عليه بنصف
ما اخذه ، لانه يقول كان حقلك النصف وحتى السدس والثلث
للمستحق ، فلما استحق الثلثان فقد اخذ من حقلك نصف سدس
ومن حقي نصف سدس ، فرجع في نصف العوض .

فصل

ألف إلى أجل

٥١٧١ - ولو كان له على رجل ألف الى أجل فباعه منها على مائة فهو جائز
ويكون قد حط منه ما زاد على ذلك .

(١) من تطبيقات مبدأ الكسب دون سبب .

فصل

الصلح عن الحدود

٥١٧٢ - ولا يجوز الصلح عن الحدود لان ذلك حق لله تعالى لا يصح الصلح عنه .

فصل

دعوى الرجل نكاح امرأة

٥١٧٣ - ودعوى الرجل لنكاح امرأة وهي تجمع فصالحته على مال حتى يدع جائز ، ويجعل ذلك كالتخلع .

فصل

٥١٧٤ - ولو كانت هي التي ادعت ، والزوج ينكر فصالحها على مال لم يجز ، لانه لا يوجد من جهتها ما يأخذ العوض عنه ، والرجل لا يجب عليه عوض لاجل للفرقة .

فصل

الصلح عن دعوى العتق

٥١٧٥ - واذا ادعى العبد على مولاه العتق فأنكر ، فصالحه المولى عن دعواه لم يجز لانه اذا اخذ العوض لم يملكه ، ووجب رده الى المولى (١) .

(١) في هذا المثال يتجلى مبدأ الكسب دون سبب وقاعدة الغرض من للعقد

فصل

عكس ذلك

٥١٧٦ - ولو كان المولى هو المدعى عليه انه اعتقه على مال ، والعبد ينكر .
فصالحه عن ذلك المال جاز ، وبصير كأنه اعتق على ذلك القدر ،
وحط عنه ما زاد ،

فصل

تكييف الصلح على الدين

٥١٧٧ - وكل شيء وقع الصلح عليه وهو المستحق بعقد المداينة لم يحمل على
المعاوضة ، وإنما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه ،
كن له الف فصالح على خمسمائة أو له دراهم جباد فصالح على ربوف
فانه يحمل على اسقاطه بعض حقه واسقاط حقه من الجودة . (١)
٥١٧٨ - ولو صالحه على الف مؤجلة جاز وكأنه أخر نفس الحق لأنه
لا يصح حله على المعاوضة (لأن بيع المعاوضة بمثلها نسبية لا
يجوز فعملناه على التأخير) (٢)

٥١٧٩ - ولو كانت للدراهم المدعاة مؤجلة فصالحه على خمسمائة دينار حالة
لم يجوز لأن الدين المؤجل لا يستحق تعجيله فيصير في حكم المعاوضة
فلا يجوز بيع ذلك لسيئة .

(١) الهداية ١٩٧/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

(٢) مابين قوسين من الهداية ١٩٢/٣ تحت عنوان باب الصلح في الدين .

فصل

ادعى داراً أنها كانت لآبيه

٥١٨٠- ولو ادعى داراً أنها كانت لآبيه وأله مات وتركها ميراثاً لسائر الورثة فاقبل له بها أو انكر ذلك وصالحه منها على مال فليس لأحد الورثة أن يشركه فيها أخذه من ذلك لأنه صالح عن حقه لاحق الميت .

باب الصلح في الدين المشترك

فصل

ادعى ألفاً كانت لأبيه

٥١٨١ - ولو كان ادعى عليه ألفاً فصالحه عن ذلك على شيء ، كان الباقي الورثة ان يدخلوا فيما اخذ من ذلك .

٥١٨٢ - وكذلك الرجلان يكون لهما الف على رجل فصالح احدهما عن نصيبه بمال فلشريكه الخيار ان يأخذ منه نصف ما قبض (١) وان شاء ان يتبع الغريم بماله ، فان نوى الدين رجع فيما اخذه الشريك لأن قسمة الدين في الذمة لا تجوز .

٥١٨٣ - وقال غيرنا ليس له ان يشاركه فيما يأخذ .
وحكى عن أبي يوصف مثله (٢) .

(١) الهداية (١٩٩/٣) قيد ذلك بقوله « الا ان يضمّن له شريكه ربع الدين »
(٢) علّت قاعدة الدين المشترك في الهداية على النحو الآتي :

« وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئاً منه ، فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض ، لأنه الزداد بالقبض ، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق

فصل

بطلان الصلح عن مال بمنفعة بموت أحدهما في المدة

٥١٨٤ - وإن صالحه على سكن بيت أو خدمة عبد أو ركوب دابة شهراً ،
فمات المدعي أو المدعى عليه قبل ذلك بطل الصلح عند مده ، وجعل
ذلك بمنزلة الاجارة (١) .

٥١٨٥ - وقال أبو يوسف إذا مات المدعى عليه لا يبطل الصلح ، وإن مات
المدعى فإن كان على سكن دار أو خدمة عبس لم يبطل الصلح ،
ويبطل في ركوب الدابة .

فصل

صالحه على خدمة عبد فقتل

٥١٨٦ - وإن صالحه على خدمة عبد فمات العبد أو قتله رجل اجنبي أو
المدعي أو المدعى عليه بطل الصلح عند مده وقال أبو يوسف ،
إذا قتله اجنبي فالمدعي بالخيار ان شاء انقض الصلح ورجع على

= فتصير كزيادة الولد والثمرة ، فله حق المشاركة ، ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض ، لأن العين غير الدين حقيقة ، وقد قبضه بدلا
عن حقه فيملكه ، حتى ينفذ تصرفه فيه ، ويضمن لشريكه حصته .
(١) وردت هذه القاعدة في الهداية (١٩٢/٣) مطلقة من التفصيل الوارد
في البند اللاحق عليها وقد جاء في المرجع المذكور وإن وقع
(الصلح) عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات ، فيشترط التوقيت فيها
ويبطل للصلح بموت أحدهما في المدة .

دعواه ، وان شاء مضى على الصلح ، ويؤخذ من القائل قيمة العبد
فيشتري بها عبد آخر فيخدمه .

فصل

صالحه على خدمة عبد فاجره

- ٥١٨٧ - ولو صالحه على خدمة عبد فاجره المدعي عليه فالاجارة
جائزة عند ابي يوسف ، سلك به مسلك التعليل .
٥١٨٨ - وقال محمد لا يجوز كما في الاجارة .

فصل

صالحه على الغنم بصوفها

- ٥١٨٩ - ولو ادعى غنما على رجل فصالحه في دعواه على الصوف الذي على
ظهورها على ان يجزه في الحال ويسلمه ، جاز الصالح عند ابي
يوسف ، ولم يجز عند محمد .
٥١٩٠ - والفقهاء على انه لو صالحه على صوف على ظهر غنم اخرى لم
يجز الصلح .

فصل

تزوجها على الجراحة في جرح العمدة

- ٥١٩١ - والمرأة اذا جرحت رجلا جراحة عمد فتزوجها على تلك الجراحة
فقال : تزوجتك على الجراحة او الشجة او الضربة ، فان برأ من
ذلك فأرش ذلك هو المهر في قولهم جميعاً ، وان مات فعند ابي

حنيفة لها مهر مثلها وعليها القصاص في القياس ، والاستحسان ان
عليها الدية في ما لها ولها مهر مثلها ويتقاصان (١) .

٥١٩٢ - وعند ابي يوسف ومجد صار كأنه تزوجها على القصاص فوقع
العفو ولها مهر مثلها .

فصل

لو كانت الجناية خطأ

٥١٩٣ - ولو كانت الجناية خطأ ، ففي قول ابي حنيفة الدية على عاقلتها ولها
عليه مهر مثلها .

٥١٩٤ - ولقي قولها كأنه تزوجها على الدية ، فان كان مهر مثلها عشرة آلاف
سلم لها ذلك ، وسقط عن عاقلتها ، وان كان مهر مثلها ألف درهم
فان كانت تسعة آلاف تخرج من الثلث للزوج لذلك لها ويسقط
عن العاقلة وان لم يخرج من الثلث فلها مقدار ما يخرج من الثلث ،
ويؤخذ للباقي من العاقلة .

فصل

الصلح على عهد منصوب

٥١٩٥ - واذا غصب رجل عبداً فصالحه مولاه على اكثر من قيمته جاز ،
سواء كان ذلك العبد هالكا او باقياً عند ابي حنيفة .

٥١٩٦ - وقال ابو يوسف ومجد : ان كان هالكا لا يجوز على الزيادة .

٥١٩٧ - وهو قول الشافعي .

(١) المقاصة

٥١٩٨ - لأن العبد عند أبي حنيفة كائن قائما في الدمة

فصل

٥١٩٩ - وإذا ادعى الودعة أو العارية أو الرهن أو البضاعة فقال : هلك

ذلك أو رددته عليك ثم صالح عن ذلك بطل الصلح عند أبي يوسف ولم يبطل عند محمد .

٥٢٠٠ - وقيل إن قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف لأنه قال في الاجير المشترك إذا صالح عن دعوى الضياع أنه لا يجوز ، فيجب أن يكون قوله مثل ذلك .

فصل

الصلح على ثوب قيمته عشرة حالة

٥٢٠١ - ولو اتلف ثوباً قيمته عشرة حالة فصالحه على عشرة مؤجلة صح الصلح .

٥٢٠٢ - وقال الشافعي لا يصح .

فصل

الروشن على الطريق العام

٥٢٠٣ - وإن اشترع روشنا (١) على طريق المسلمين فلكل أحد منعه وإن لم يضر المارة .

٥٢٠٤ - وقالوا والشافعي إذا لم يضر بأحد فليس لأحد منعه :

٥٢٠٥ - وجعل ذلك أبو حنيفة بمنزلة الدكة والبناء في هواء الغير والدرب المشترك

(١) الروشن فارسية لم يتعرض لها شفاء الغليل لشهاب الدين الخفاجي

بالذكر ، ولكنه ذكر لفظة قريبة منها وهي روزنة وقال : الكوة ،

مغرب . وفي قاموس آموز كار إن روزنة هي النافذة ، ولم يتعرض لها

أيضاً كتاب الالفاظ الفارسية العربية للسيد ادى شير ولا المعرب

للجواليقي ، وجاء في قاموس آموز كار ما مفاده إن الروشن بالفتح هو

الكوة والمنور .

فصل

الجدوع والقمط

٥٢٠٦ - ويرخص (١) عند ابي حنيفة بالجدوع على الحائط وبالتربيع ببناء احدهما وبوجه البناء ولا يرخص بالهراوي ولا بالقمط (٢) وقال ابو يوسف يرخص بالقمط .

النزاع على السقف

٥٢٠٧ - وصاحب السفل والعلو اذا تنازعا في السقف فهر لصاحب السفل لأنه على ملكه ، ولصاحب العلو الانتفاع به .

٥٢٠٨ - وقال الشافعي هما سواء

فصل

انهدام السفل والعلو

٥٢٠٩ - واذا انهدم السفل والعلو ، وامتنع صاحب السفل من البناء فانه لا يجبر على البناء .

٥٢١٠ - وقال الشافعي يجبر ، ولكن يبني صاحب العلو ويمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يعطيه ما انفق في رواية ، وفي رواية اخرى القيمة .

فصل

إجبار الشريك في النهر على الإنفاق

٥٢١١ - ويجبر الشريك في النهر والبئر على الإنفاق .

(١) في النسختين : ويرجع .

(٢) الهراوي جمع هراوة وهي العصا الغليظة والقمط ما تشد به الأخصاص

(جمع خص اي البيت من القصب) (لسان العرب) .

٥٢١٢ - وقال الشافعي لا يجبرني أحد القولين .

فصل

٥٢١٣ - وإن أنفق الشريك كان ديناً له على شريكه .

٥٢١٤ - وقال الشافعي هو منطوع بذلك .

فصل

وضع خشبة على حائط الجار

٥٢١٥ - وليس للجار وضع خشبة على حائط جاره إلا بأذنه .

٥٢١٦ - وقال مالك له ذلك .

وهو أحد قوليه

٥٢١٧ - وكتاب الصلح فيه مسائل كثيرة ، وقد ذكرنا من ذلك ما يجوز أن

يقع ، وإذا قد ذكرنا ذلك وكان الإنسان يجوز أن يبيع ما صالح

عليه ويجوز أن يوقفه وجب ذكر الوقف .

كتاب الوقف

فصل

وهذا كتاب الوقف

عموم البلوى بالوقف

٥٢١٨ - اعلم ان الوقف من امهات الكتب والبلوى به عامة لكل حاكم ،
وعامة الفقهاء وهو اكثر ما يدور في البلاد .

فصل

تعريف

٥٢١٩ - وقد ترجم كتابه بانه ازالة ملك الى غير مالك ، من غير ائلاف .
هذا معناه عند اصحابنا

٥٢٢٠ - وقيل انها سمي وقفاً لأن المالك وقف تصرفه فيه .

٥٢٢١ - وقيل انها سمي بذلك لأن الموقوف عليه لا يتصرف في ذلك .

٥٢٢٢ - وبهذا سمي حبساً لأنه محبوس .

فصل

أنواع العقود من حيث المحل

٥٢٢٣ - والعقود على ضربين :

منها ما يقع على العين .

ومنها ما يقع على المنفعة .

٥٢٢٤ - وكل واحد من العقدين اخي ما يقع على الرقة والمنفعة يتنوع :

فمنها ما يملك بنفس العقد وهو البيع والنكاح .

ومنهما ما يعتبر فيه معنى زائد على العقد ينظم الى العقد فن ذلك الهبة يعتبر (فيها) القبض والأذن فيه مع العقد ، وهو تسليم العين الى الموهوب له ، وفي المسجد الصلاة فيه ، وفي المقبرة الدفن وفي الاسقاية ان يتطهر منها الناس وفي الوقف حكم الحاكم ، او يخرج منه في مخرج الوصية بعد الموت ، وفي الوصية موت الموصى .

فهذه المعاني هي التي تعتبر في هذه العقود .

فصل

٥٢٢٥ - وذكر المتأخرون من اصحابنا ان الوقف قسرية مندوب اليها

ويستحب فعلها ، غير انه لا يزول ملكه عنه ، ويستحب له ان لا يرجع فيه ، وكذلك اذا مات ، المستحب لورثته ان لا يرجعوا .

٥٢٢٦ - وحكى الطحاوي ان عند أبي حنيفة ان الوقف باطل (١) ،

وحكى المخالفون عنه انه عنده مكروه .

٥٢٢٧ - ولو كان مكروهاً لما فعله النبي (ص) والأئمة بعده وسائر الناس .

في جميع الازمان يفعلونه من غير نكير ، ولان المقصود منه القرية فهو كسائر القرب .

فصل

مصير الملك الموقوف

٥٢٢٨ - والوقف على ملك ما ملكه ، ولا يزول بمجرد القول ، ويورث عنه
الا ان يحكم به حاكم او يخرج مخرج الوصية .

٥٢٢٩ - وقال ابو يوسف يزول ملكه بنفس العقد .

٥٢٣٠ - وهو قول الشافعي .

٥٢٣١ - وقال محمد لا يزول بنفس العقد حتى ينضم اليه قبض الموقوف
عليه او الوالي .

٥٢٣٢ - وقد روى ابن عباس انه لما نزلت آية المواريث قال النبي عليه السلام
لا حبس عن فرائض الله ،

٥٢٣٣ - وقال فريق : جاء محمد ببيع الحبس ، يعني دين محمد .

٥٢٣٤ - وهذا اخبار عن امر محمد ، ولا يعلم ذلك الا توقفاً ، ولأنه ازالة
ملك لا الى مالك ، وليس باتلاف كما لو وهب لواحد من الناس
فهنا اولى .

(١) في عبارة الطحاوي تفصيل فقد جاء في مختصره في حكاية قول ابي
حنيفة في الوقف .

« ولا يجوز تحييس الرجل داره ولا أرضه ولا وقفه لها ، ولا
صدقة لها ، وان جعل آخرها لله عز وجل ، في قول ابي حنيفة (ر)
الا ان يكون فعل ذلك في مرضه الذي مات فيه فيخرج
مخرج الوصايا ، ويجوز كما تجوز الوصايا . وقد روى ان محمد بن
الحسن عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز منه
في صحته ، وانه لا يخرج مخرج الوصايا ، وهو الصحيح على اصوله
(مختصر الطحاوي ص ٣٦ - ٣٧) .

فصل

٥٢٣٥ - وحكى عن ابي يوسف انه كان يقول ابي حنيفة حتى روى له خبر عمر بن الخطاب رضى الله عنه فرجع عن ذلك (١) .

٥٢٣٦ - والخبر انه كان له ارض تدعى نبع بخير وكان فيها نخيل نفيس

(١) ورد لابي يوسف في مختصر الطحاوي رأي واحد في الوقف ولم يرد فيه رجوع عن رأي .

وقد جاء في المختصر (ص ١٣٧) .

وقال ابو يوسف : اذا جعل حبساً كان ذلك باطلا الا يجعلها حبساً موقوفاً او حبساً صدقة ، فيكون ذلك جائزاً ، وتكون رقبته لله عز وجل ومنافعها لمن اشترطها له ، وان اقتضوا رجعت الى الله عز وجل ، فتكون مصروفة في وجود القرب منه ، وسواء اخرجها من يده او لم يخرجها منها ، وسواء كانت في كامل او جزء مشاع ، وسواء جعلها الواقف لها وفقاً على نفسه او على من سواه ، وقد اخذ الطحاوي بقول ابي يوسف .

ولم يشر السخاوي الى قول مذهب الحسن الشيباني وهو قريب من رأي ابي يوسف في الجملة ولا يختلف عنه الا في بعض التفصيلات ، وقد فصل قول الطحاوي في مختصره بقوله (ص ١٣٧) : « وقال محمد في ذلك بقول ابي يوسف الا انه قال : لا تجوز صدقة ولا الوقف حتى يخرجها المنتصدق بوسا والواقف لها من يده الى يد سواها ، ولا يجوز الا في مقسوم »

فقال عمر يا رسول الله اني استفتدت مالا وهو عندي نفيس
افأصدق به ؟

فقال عليه السلام

- احبس اصلها وتصدق بشمرتها لا لباع ولا توهب ولا تورث
ولكن تنفق ثمرته ، وشرط عمر رحمه الله تعالى فقال :

• هذا ما تصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والاضياف
والمساكين ولا بن السبيل ولذي القربى ، ولا جناح على من وليه
ان يأكل منه بالمعروف ويؤكل صديقاً غير ممنوع ،

فصل

فقه الخبر المروى عن عمر

١٢٣٧ - وفي هذا الخبر وجوه من الفقه منها انه يدل على ان الصدقة بما هو
انفس افضل ،

ومنها انه قال احبس الاصل وتصدق بالثمره فيحتمل حبس
الاصل عليك ويحتمل حبس الاصل على الجهة التي جعلت
ومنها جواز الصدقة بالثمره بعد وجودها ، ومنها قوله لا يباع ولا يوهب
ولا يورث فيحتمل للنهي ، ويحتمل فعل ذلك على نية ان لا يبيع
ذلك لانه لا يجوز بيعه ،

ومنها ان الجهة التي صرف اليها عمر الصدقة لم يعينها النبي (ص)
لان ذلك يشق على اختيار عمر وابثاره .
ومنها ان الجهات التي صرف اليها عمر الصدقة هي جهات يتقرب
بها الى الله تعالى .

ومنها ان قوله : ولدي القريبى يحتمل قرابة لاني (ص) ويحتمل
 ان يكون قرابة نفسه ، والاظهر انه اراد قرابته .
 ومنها انه يجوز ان يشترط لمن وليها ان يأكل منها .
 ومنها انه لا يجوز ان يأكل بغير اذن في ذلك .
 ومنها انه يجوز ان يأكل ولا يتمول حتى لا يملك ذلك عليه .

فصل

زوال الملك بحكم الحاكم

٥٢٣٨ - واذا حكم الحاكم بصحته زال الملك لان ذلك مختلف فيه ، وحكم
 الحاكم يقطع الخلاف ويزيل وجوه الاجتهاد ، واذا حكم نفسه لانه
 موضع اجتهاد .

فصل

إخراج الوقف مخرج الوصية

٥٢٣٩ - واذا اخرج ذلك مخرج الوصايا فانه يصح ايضاً لان موته يوجب
 ازالة املاكه عن جميع ماله ، وبالوصية يمنع ان يدخل ذلك في
 ملك الورثة ، وهو يملك ذلك كالوصية بالثلث .

فصل

الوقف في حال المرض

٥٢٤٠ - وقد روى عن ابي حنيفة في وقفه في حال مرضه روايتان :

احدهما انه يصح لانه ينزل بمنزلة الوصية ، والثانية ان المعنى الذي لا يصح لاجله حال صحته هو انه يزول ملكه بمجرد قوله وقفت ، وهو موجود ههنا .

٥٢٤١ - ومن اصحابنا من قال هذا هو الصحيح من الرواية .

فصل

تصدقته في حياته وصحته

٥٢٤٢ - واذا تصدق في حياته وصحته كان ذلك في جميع ماله ، لانه يتبرع في صحته كسائر التبرعات .

فصل

تصدقته في مرضه

٥٢٤٣ - واذا تصدق به في مرضه اعتبر من ثلثه لان تصرف المريض يعتبر من الثلث .

فصل

إخراج الوقف مخرج الوصايا

٥٢٤٤ - وكذلك اذا اخرج مخرج الوصايا بأن يقول :

اذا مت فهو وقف فانه يخرج ايضاً من الثلث كسائر الوصايا .

فصل

إخراج الموقوف من يده

٥٢٤٥ - وقال اصحابنا : واذا جعل الرجل في صحته ارضاً مقسومة صدقة

على الفقراء والمساكين ، وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم عليها
وينفق عليها ، في شربها وأصلاح مجاريها ومزارعها ، ويدفع من
غلتها ما تحتاج إليه لنوائبها ، ويقسم الباقي بعد ذلك كل سنة في
الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة ، وليس له أن يرجع فيها ،
لأن الصدقة قد اعتاض عنها الثواب فهي كالطبة إذا اعتاض عنها ،
وهذا لا خلاف فيه .

فصل

وقف نصف أرضه مشاعاً

- ٥٢٤٦ - فإن وقف نصفها مشاعاً لم يصح الوقف عند محمد .
- ٥٢٤٧ - وقال أبو يوسف يجوز وقف المشاع كما يجوز المقسوم .
- ٥٢٤٨ - لأنه إزالة ملكه لا إلى مالك فاشبه العتق .
- ٥٢٤٩ - وهو قول الظاهري .
- ٥٢٥٠ - ومحمد يقول بتبرع في حال الحياة من غير اللان كالطبة .

فصل

إنخاذ مقبرة

- ٥٢٥١ - وإذا جعل أرضه مقبرة وأذن في الدفن فيها فحق دفن فيها واحد
لم يكن له الرجوع لأن الدفن كالقبض في المبة .
- ٥٢٥٢ - والفرق بين هذا وقبض المتولي في الوقف أنه لا يزول ولا يمنع
الرجوع لأن المتولي يقوم مقام الواقف ، فهو كالوكيل يدفع ذلك

عليه ، وههنا اليد للمسلمين ، وهي قائمة مقام يد الله في القبض .

فصل

إتخاذ الخان

٥٢٥٣ - وإذا جعل داره خالاً لمارة المسلمين فاذا نزل أحد زاله ملكه ، ولا سبيل له بعد ذلك اليها كما قلنا في المقبرة .

٥٢٥٤ - وإن مات لم يورث ذلك عنه .

٥٢٥٥ - وقد روى بعض اصحابنا في ذلك عن ابي يوسف رواين احدهما هذه ، وهو قول مجد .

٥٢٥٥ - والثانية انه لا يجوز لان القياس ان لا يجوز الوقف ، والمأ ترك ذلك لخبر عمر رضي الله عنه ، وذلك وارد في الثمرة فما سواها باق على القياس ، وقياس الادلة على الثمرة لانه نوع منفعة .

فصل

دور مكة

٥٢٥٦ - ودور مكة اذا جعلها لمن يمر من الحاج فانه ليس له بعد ذلك الرجوع فيها لان عند ابي حنيفة لا يصح وقفها ، وهي غير مملوكة وعندهما تملك ويصح الوقف فلا يرجع فيه .

فصل

حفر البئر وتصدق بها

٥٢٥٧ - ولو حفر بئراً وجعلها صدقة فله ان يشرب منها ويتوضأ ويصلي

في المسجد ويدفن في المقبرة لآلله مالك ، ولكن لانه واحد من
المسلمين .

فصل

استحقاق بعض الموقوف مشاعاً

٥٢٥٨ - ولو وقف أرضاً فاستحق بعضها مشاعاً بطل الوقف في الجميع ،
ورجع الباقي اليه في حياته ، والى ورثته بعد وفاته .

٥٢٥٩ - فاما ابو حنيفة فيقول : لا يصح وقف الشاع ، وان حكم به حاكم
لانه مختلف فيه مع الاشاعة ، وقد كان له ان يرجع فيه مع الاشاعة
وقد كان له ان يرجع فيه قبل ذلك .

٥٢٦٠ - وعلى قول ابي يوسف والشافعي لا يبطل ، لان اللقدر الذي استحق لم
يدخل في الوقف ، وما بقي فيجوز وقفه ابتداء .

٥٢٦١ - ومجد لا يجيزه ابتداء فلا يجوز في حالة البقاء .

فصل

استحقاق بعض المسجد

٥٢٦٢ - واتلق الفريقان انه لو استحق بعض المسجد انه يبطل لانه لا يصح
كونه مسجداً مع تعلق حق الغير به .

٥٢٦٣ - وان استحق بعضه معيناً فانه لا يبطل لأن الباقي يجوز فيه الوقف ،
وكذلك حالة البقاء .

فصل

أرض لرجلين تصدقا بها

٥٢٦٤ - والأرض اذا كانت لرجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة فهو جائز اذا دفعا ذلك الى ولي يقوم بها ، لأن مثله في الصدقة المملوكة يجوز كذلك لو وقف .

٥٢٦٥ - ولو تصدقا بها على رجلين صدقة واحدة لاحدهما بعينه نصيب هذا المتصدق خاصة وللآخر نصيب الآخر فهو باطل لأن الاشاعة وجدت من الطرفين والاصل عند محمد في هذا الباب ان يعتبر الوقف بالصدقة فكل شركة تجوز في الصدقة فالحق تجوز في الوقف ، فالشركة اذا كانت في الطرفين جميعا لم تجز .

٥٢٦٦ - ولو تصدق كل واحد بنصيبه عليهما وقبضاه فهو جائز لأن للشركة حصلت في احد الطرفين لأن كل واحد تصدق على اثنين .

٥٢٦٧ - ولو تصدقا بها على رجل واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضهما لقبضها له جاز ، وان كان القابض اثنين لان القبض لواحد ، وهو كما لو قبض بنفسه .

فصل

٥٢٦٨ - ولو تصدقا بها صدقة موقوفة احدهما على ولده وولد ولده ابداً ماتا سلموا فاذا انقضوا كانت غلتها للمساكين ، وجعل الآخر نصيبه على اخوته واهل بيته ، فاذا انقضوا كانت غلتها في الحج يحج بها عنه في كل سنة وسلمها الى رجل واحد فان ذلك جائز ،

لأن المقصود من الوقف هو الله تعالى فلا يعتبر فيه اختلاف الجهات
فصار ذلك كالجبهة الواحدة .

فصل

شرط تقديم نفقة العمارة والخراج . . إلخ

٥٢٦٩ - وإذا اشترط في الوقف ان يبدأ الناظر بعمارته وتأدية الخراج والعشر
واصلاح الانهار والدوايب وبصرف الباقي الى ولده فهو جائز
ولا خلاف في ذلك .

فصل

موت العم في حياة الواقف

٥٢٧٠ - وإذا مات القيم عليه في حياة الواقف ، فالأمر الى الواقف ، بقيم
فيه من أحب لأن هذا وقف من جهته ، وله ان يجعل الى من شاء .

فصل

موت القيم بعد الواقف

٥٢٧١ - وان مات بعده ولم يوص الى أحد فالأمر الى القاضي ، لأنه لما مات
فقد عجز عن تصرفه ، فيكون ذلك الى القاضي ، كسائر تصرفات
الميت ، من تنفيذ وصاياه وقضاء ديونه .

فصل

من يعين القيم من الأجانب

٥٢٧٢ - ولا يجعل النعم من الأجانب ما وجد من ولد الواقف واهل بيته من

يصلح لذلك لأن هؤلاء اشفق وارقب في حفظه .

٥٢٧٣ - وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى اجنبي جاز ، لأن ذلك حال
الضرورة لأنه لا بد من قيم يقوم به .

٥٢٧٤ - وان حصل فيهم من يصلح له صرف ذلك اليه ، لأنه لو كان موجوداً
في الابتداء كان احق بذلك ، فاذا صار في الباقي فهو احق .

فصل

حيلة شرعية للاحتياط من درك الوقف

٥٢٧٥ - ومن اراد الاحتياط لوقفه والأمن في المستقبل من درك ، ان يفترط
في كتاب الوقف اله متى ابطله قاض او غيره بوجه من وجوه
الابطال ، فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصبة من مال فلان
الوقف تباع فيتصدق بثمانها على كذا وكذا ، لأنه اذا ابطال ذلك
احتاج الى ان يتصدق بثمانها فلا يكون فائدة في فسخ الوقف .

فصل

الوقف على تجهيز المجاهدين

٥٢٧٦ - ويجوز ان يوقف على تجهيز الرجال والسلاح والكرام والتفقات في
سبيل الله تعالى لأن كل هذه الجهات قريبة .

فصل

حيلة أخرى في التوثيق للوقف

٥٢٧٧ - ووجه آخر في التوثيق من ابطاله ان يتصدق به ، ثم يخاصم فيه القيم

الى قاض برى اجازته ، ويطلب منه اجازته فيأخذ منه القيم كتاب
قضية باجازته ويشهد الشهود على القاضي بقضائه ، فينقطع الخلاف
وليس لحاكم آخر ان يفسخه ، ويكون الكتاب هو الحجة
على كل حاكم .

فصل

وقف الضيعة بممالكها

٥٢٧٨ - وان كان في الضيعة ممالك يعملون بايديهم فوقها ومن فيها ،
وسماهم في كتاب الوقف جاز ذلك على طريق البيع لما
يصح وقفه .

فصل

الاستبدال بممالك الوقف

٥٢٧٩ - وللمتولى ان يستبدل بهم اذا اراد لأن للغلام بهرم والبقر بهرم فلا
يمكن الانتفاع به فجاز ان يستبدل بغيره كبواري المسجد
اذا خلقت .

فصل

وقف على أمهات أولاده

٥٢٨٠ - والوقفها على امهات اولاده في حال وقفه ، وعلى من يحدث منهن
بعد ذلك ، وسعى لكل واحدة منهن سهما في حياته وبعد وفاته مالم
يتزوجن فهو جائز لأنهم قوم معينون فيجوز الوقف ، ويجوز على

من يهدث ، لأن الوقف يجوز تعليقه بالشرط كما وقف على اولاده
واولاد اولاده ما تناسلوا كذلك هذا .

فصل

جعل الرأي للقيم في توزيع الغلة

٥٢٨١ - وإذا جعل الرأي في توزيع الغلة الى القيم على الوقف جاز ، وله ان
يفضل ويسوى ، لأن اصل الحق يجوز ان يقف على شرطه ،
فكذلك القدر .

فصل

العمل بشرط الواقف

٥٢٨٢ - وجملة الحال : انك تعمل على مباشر الواقف وتلفظ به في القدر
والموقوف عليه .

فصل

٥٢٨٣ - واختلف في جواز الوقف المنقطع فقال مجد : لا يجوز حتى يكون
على صفة يعلم انها لا تنقطع ولا تبطل ، وهو ان يجعل آخره
للقراء والمساكين .

٥٢٨٤ - وقال ابو يوسف يجوز كما تجوز الصدقة (١) .

(١) بقول ابى يوسف اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٣٧)

فصل

جواز وقف العقار إجماعاً

٥٢٨٥ - ويجوز وقف العقار : الدور والاراضي والحوادث إجماعاً .

فصل

وقف الحيوان والمنقول

٥٢٨٦ - واختلف في وقف الحيوان والمنقول : فقال مذهب لا يجوز .

٥٢٨٧ وقال ابو يوسف يجوز .

٥٢٨٨ - وهو قول الشافعي لأنه لا يبايد فصار كالوقف المنقطع .

فصل

وقف الدراهم والدنانير

٥٢٨٩ - واختلف اصحاب الشافعي في وقف الدراهم والدنانير فمن اجاز

اجازتها اجاز وقفها ، ومن لم يجز اجازتها لم يجز وقفها .

وقف الكلب

٥٢٩٠ - واختلفوا في وقف الكلب فاجاز وقفه بعضهم ولم يجزه البعض لأنه لا يملك .

وقف أم الولد

٥٢٩١ - واختلفوا في أم الولد فمنهم من اجاز وقفها لأنه ينتفع بها ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك .

فصل

وقف عهد بغير عينه

٥٢٩٢ - واتفق الفريقان على انه لو وقف عبداً بغير عينه او فرساً غير معين ان الوقف لا يصح لانه ازالة ملك فصار كالعتق .

فصل

خروج الوقف الصحيح من ملك الواقف

٥٢٩٣ - والوقف اذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٤ - ومن اصحاب الشافعي من قال يدخل في ملك الموقوف عليه .

٥٢٩٥ - لانه لو جاز الانتقال لم يصح وقفه كسائر الاموال .

٥٢٩٦ - ولا خلاف انه يجوز ان يجعله سنة ازيد واخرى لعمرو واخرى لبكر ، ونقل الملك لا يقبل الشروط ، ولأن الملك لو انتقل لم يكن للواقف ثواب لانه لا ملك له فيه ولا صنع .

فصل

قسمة المشاع الموقوف

٥٢٩٧ - واذا وقف المشاع للشريك ان يطلب القسمة على قول ابي يوسف واذا قسم صححت القسمة .

٥٢٩٨ - وهو قول الشافعي .

فصل

شرط الواقف لنفسه بيع الوقف

٥٢٩٩ - وإذا شرط الواقف لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الى ما هو افضل
جاز ذلك عند ابي يوسف ، لان عليا رضى الله عنه جعل فى شرط
وقفه ان الحسن والحسين رضى الله عنهما اذا احتاجا الى بيعه ان
يبيعوا ذلك .

فصل

البداية بعمارة الوقف

٥٣٠٠ - وعمارة الوقف يجب البداية بها ، وان لم بشرط ذلك الواقف ، لأن
لأن الغلة هي المقصودة .

فصل

شرط الغلة لنفسه

٥٣٠١ - وان جعل للواقف غلة الوقف لنفسه ، او جعل الولاية اليه جاز عند
ابى يوسف ، وقال محمد لا يجوز .

٥٣٠٢ - وهو قول الشافعي .

٥٣٠٣ - لأن عمر وليه بفسقه وشرط لمن وليه ان يأكل وقاس ذلك على المسجد
والسقاية انه ينتفع بذلك .

فصل

خراب المسجد بما حوله

٥٣٠٤ - والمسجد اذا ضرب بما حوله واستغنى عن الصلاة فيه ، فانه يعود

الى مالكه ان كان حياً ، والى ورثته ان كان ميتاً عند محمد.

٥٣٠٥ - وقيل انه قول ابي حنيفة .

٥٣٠٦ - وقال ابو يوسف لا يعود ابداً الى ملكه .

٥٣٠٧ - لأنه وجه القرية بطل فصار كالميت اذا اكله السبع رجع الكفن الى المالك كذا هذا .

فصل

على ولده وولد ولده وذريته

٥٣٠٨ - واذا وقف على ولده وولد ولده وذريته دخل ولد البنات ، قال ابو يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة .

٥٣٠٩ - وقال محمد لا يدخلون ، وهو قول مالك .

٥٣١٠ - لأنهم ليسوا بولد له انما هم اولاد الاجانب .

فصل

لا وقف إلا على بر معروف

٥٣١١ - وقال اصحاب الشافعي لا يصح الوقف الا على بر معروف ، كالمساجد والقناطر والفقراء والاقارب ، فان وقف على ما لاقرية فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع للطريق او يردن عن الدين لم يصح الوقف ، لأن المأصود به القرية .

٥٣١٢ - وان وقف على زمن جاز لأنه موهب للقرية ، لأنه تجوز الصدقة (عليه) .

٥٣١٣ - ولهم في الوقف على المولد والحربي وجهان :
احدهما يجوز كالذي والثاني لايجوز لأنه مأمور بقتلهما :

فصل

٥٣١٤ - وان وقف على دابة رجل ففيه وجهان احدهما لايجوز لأن مؤولتها
على مالها :
٥٣١٥ - والثاني يجوز لأنه كالوقف على مالها .

فصل

٥٣١٦ - ولا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد والبهيمة لأنه تملك منجز
فلم يصح كالحبة والصدقة (١)

فصل

تعليق الوقف

٥٣١٧ - ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل ولا على مجهول من الناس كالبيع .

فصل

الإضافة إلى مدة

٥٣١٨ - ولا يجوز الى مدة كالصدقة والعنق ، هذا كله قول
اصحاب الشافعي .

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق لاحد قراء النسخة بتوابع لا يقرأ أو عبارة
هذا التعليق : يصح عندنا الوقف على العبد ويملكه مولاه ، فهذا
داخل في قول اصحاب الشافعي .

٥٣١٩ - وقد اختلف اصحابنا في الوقف على البيع والكنايس فمنهم من اجازوه
ومنهم من منعه .

فصل ألفاظ الوقف

٥٣٢٠ - والالفاظ المستعملة في الوقف : وفقت وحبت ومبليت وتصدقت
وأبليت وحرمت .

فصل اختلاف أرباب الوقف في السهام

٥٣٢١ - واذا اختلف ارباب الوقف في السهام ولاينة ، قسم على الجميع
لانهم تساوا في الدهوى ، وان كان الواقف حيا رجع الى قوله لاله
يستفاد من جهة .

٥٣٢٢ - وأن اقام احدهم بينة فهي أولى ، وتقدم في ذلك :

٥٣٢٣ - وفي كتاب الوقف مسائل كثيرة ، وذكر الجميع غير ممكن ، وفي
اللى ذكرت جملة مقنعة في معرفة الجملة ، ولما كان الوقف الباهو
على الشركاء وكان يجوز ان يختلفوا ويطلب كل واحد حقه على
سبيل المهاداة او يطلب الشريك في المشاع قسمته وجب ان لا كرهنا
كتاب القسمة .

كتاب القسمة

وهذا كتاب القسمة^(١)

تولى الحاكم القسمة

٥٢٢٤ - اعلم بان القسمة من الامور العامة الوجسود ، وثبتت بين الصغير والكبير والحاضر والغائب ، وهي من الابواب التي يتولاها الحاكم ويفعلها بنفسه تارة وبأعوانه اخرى . ولها شعب وتفاصيل .

(١) جاء في لسان العرب في مادة قسم :

القسم مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم ، والموضع مقسم مثال مجلس .

وقسمه جزأه ، وهي القسمة .

والقسم بالكسر النصيب والحظ والجمع اقسام ، وهو القسيم والجمع اقسام واقاسيم الاخيرة جمع الجمع ، يقال هذا قسمك وهذا قسمي والاقاسيم الحظوظ المقسومة بين العباد والواحدة اقسومة مثل اظفور واظافير .

وقيل الاقاسيم جمع الاقسام ، والاقسام جمع القسم .

الجوهري : القسم بالكسر : الحظ والنصيب من الخير . وقوله عز وجل : فالقسمات أمراء هي الملائكة تقسم ما وكلت به .

فصل

تكيف القسمة

٥٣٢٥ - واختلف فيها هل هي اقرار حق أو بيع ، فمنهم من قال هي بيع حصته فيما سلم بها أخذ .

٥٣٢٦ - ولو كانت بهما لوجب فيها الثلثة ولو كانت افراز حق لما جاز لاحدهما ان يأخذ زيادة عن حقه وقدره .

٥٣٢٧ - ومن الناس من قال هي في المكمل والموزون افراز حق ، وفي العقار بيع .

٥٣٢٨ - ومنهم من قال لها شبه بالبيع ، وليست ببيع في الحقيقة ولا افراز حق ، ولكن لها حكما بين حكمين وشبهاً بالأصلين .

فصل

القاسم

٥٣٢٩ - وقد كان لكل امام قاسم وكذلك لكل حاكم .

فصل

الآثار المروية في القسمة

٥٣٣٠ - وقد روى محمد في الاصل عن ابي يوسف عن يحيى بن سعيد (١) .

(١) هو يحيى بن سعيد بن قيس بن ثعلبة الانصاري البخاري ابو سعيد المدني القاضي ، روى عن السوابن المسيب والقاسم وهراث بن مالك وخلق وعنه الزهري والاوزاعي ومالك والشافعيان والحمادان والجريران وامم ، روى له الستة ، مات سنة ١٤٣ هـ .

عن بشير بن يسار عن رسول الله (ص) انه قسم خيبر على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر سهما للمسلمين وسهم رسول الله (ص) معهم وثلاثة عشر سهما منها اوراق ازواج النبي (ص) ولوائيه (وما ينزل به) (١) .

٥٢٣١ - وكان عبد الله بن يحيى الكندي يقسم لعل الدور والارضين وبأخذ على ذلك .

٥٢٣٢ - وذكر عن علي رضي الله عنه انه عزل شريحا عن القضاء ثم اعاده ورزقه خمسمائة في الشهر (٢) .

٥٢٣٣ - وذكر عن محمد بن اسحق الكلبي قال :

قسم رسول الله (ص) خيبر على ثمانية عشر سهما جمع (٣) وكانت الرجال الفا واربعمائة ، وكانت الخيل مائتي فارس فكان على كل مائة رجل (فارس) وكان علي بن ابي طالب على مائة وكان عبيد السهام على مائة وكان حاصم بن عدي على مائة وكان الزبرقان على مائة وكان طلحة على مائة ، وكان عبد الرحمن بن عوف على مائة ، فكان سهم رسول الله (ص) مع سهم حاصم بن عدي ، وكانت الثنائيم في الشق ونطاة وكان الشق ثلاثة عشر سهما ، وكانت نطاة خمسة اسهم ، وكانت الكتيبة فيها خمس الله تعالى وطعام ازواج رسول الله (ص) وعطاياه وكان اذا اسهم خرج من الشق سهم حاصم ولله سهم رسول الله (ص) ثم سهم علي بن ابي طالب ثم سهم عبد الرحمن بن عوف ثم سهم طلحة ثم سهم ساعدة ثم

(١) الزيادة من الطبقات الكبرى لأبن سعد (٩٥/٦) (٢) ايضا .

(٣) في الطبقات الكبرى لأبن سعد (١/٢ ص ٨٢) وجمع كل سهم مائة سهم .

سهم الفجار ثم سهم حارثة ثم سهم اسلم ثم سهم سلمة ثم سهم
اجره ثم سهم اويس وكان اول سهم يخرج بنطاة سهم للزبير ثم
سهم بياضة ثم سهم اسيد ثم سهم الحرث ثم سهم ناعم وفيه قيل
محمود بن مسلمة .

٥٢٣٤ - وذكر عن النبي (ص) ان رجلا احتق سنة اعبد عند الموت ولا مال
له غيرهم فافزع رسول الله (ص) بينهم فاحتق اثنين منهم
ورد اربعة (١) .

٥٢٣٥ - وذكر عن عمر انه قال : ما احب ان يأخذ قاضي المسلمين على
القضاء اجراً ولا الذي على المغالمة ولا على المقامم ، وذكر في الاصل
آثاراً سوى ما ذكرنا .

٥٢٣٦ - وقد روي صديق بن موسى عن النبي (ص) انه قال لا تمضيد الا فيما
احتمل القسم (٢) .

(١) الظر سبل السلام ١٤٣/٢ .

(٢) جاء في تاج العروس : العضد بفتح فسكون من الطريق الناحية
كالعضادة بالكسر واعضاد البيت نواحيه (واعضاد الخوض والطريق
وغيره ما يشد) بالبناء للمعلوم والمجهول وبالسكن المهملة والمعجمة
(حواليه من البناء) للواحد عضد : وعضد البناء كالصفائح المنصوبة
حول شفير الخوض . وفي لسان العرب عضد البناء وغيره وعضده
واعضاده ما شد من حواليه كالصفائح المنصوبة حول شفير الخوض ،
وعضد الخوض من اذاته الى مؤخره ، وازاؤه مصب الماء فيه ،
وقيل عضده جانباه . واعضاد المزارع حدودها ، وهي الحدود التي
تكون فيما بين الجار والجار كالجدران في الارضين .

فصل

- ٥٣٣٧ - قال اصحابنا : ولا يقسم الا ما احتمل القسمة :
٥٣٣٨ - وعن الشعبي انه قال : اقسام ولو كانت آجرة ، ذكره في الاصل .

فصل

جعل القاسم ورزقه

- ٥٣٣٩ - وينبغي للقاضي ان يجعل للناس قاسماً ويرزقه من بيت المال لتخف
المؤونة على المسلمين .

فصل

- ٥٣٤٠ - فلو اخذ الآجرة من الناس جار ذلك لأنه عمل .
٥٣٤١ - وأحب البنا ان لا يأخذ القاضي رزقاً على القضاء ، وان اخذ ذلك فهو
جائر وليس باجرة ، وقد مضى في اول الكتاب ما في هذا الفصل ،

فصل

الإجبار على القسمة

- ٥٣٤٢ - واذا كانت للدار بين قوم فاراد قسمتها وابى الآخرون فالهم
يجبرون على القسمة فان شاؤا اقتسموا السلعة بالذرع واقتسموا
الهيوط والابنية بالقيمة ، وان شاؤا اقتسموا الجميع بالقيمة ،
كل ذلك جائز .

فصل

- ٥٣٤٣ - واذا اقتسموا فليفضل من ذلك ما كان فاصلاً بقدره ولينصب للدار
صورة تقع للقسمة عليها .

فصل

٥٣٤٤ - وان كان بعضهم لا ينتفع بما يأخذ لقلة واهى القسمة فان الدار

تقسم ولا يترك هذا ينتفع بحق صاحب النصيب الكثير

عند اصحابنا (١)

٥٣٤٥ - وقال ابن ابي ليلى لا يقسم .

فصل

٥٣٤٦ - ولو كان كل واحد لا ينتفع بما يأخذ لم يقسم حتى يتلفا لانه قال عليه

السلام لا تضيد الالفا بحمل القسمة .

٥٣٤٧ - وان تخلصوا بالدراهم جاز لالها تعدل السهام ، وتوفى الحقوق .

فصل

الإقرار بكونها ميراثاً

٥٣٤٨ - ولو أقروا الالفا في ايديهم ميراث قال ابو حنيفة لا قسم حتى يقيموا

البينة على وفاة والدهم ، وملكه لها ، وعدد الورثة ؛

٥٣٤٩ - وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وغيرهم يقسم ذلك على اقرارهم .

فصل

عزل حق الغائب

٥٣٥٠ - ولو كان فيهم غائب وطلب القسمة اثنان فصاعداً وحق الغائب في

يد الحضور قسمت كأنها في ايديهم جميعاً وعزل حق الغائب .

(١) كذلك ايضا في مختصر الطحاوي (ص ٤٩١) :

فصل

حق الغائب وديعة

٥٣٥١ - ولو كان حق الغائب في يد انسان وديعة لم يقسم .

فصل

اتفقوا على أنها في أيديهم بشراء

٥٣٥٢ - واتفق الفريقان على انها لو كانت في ايديهم بشراء قسمت على الجميع لأن الشراء حق الحي وليس يجب حياطته ، والميت بخلاف ذلك .

فصل

أقروا بالشراء وفيهم غائب

٥٣٥٣ - واتفق الفريقان أنهم لو كان فيهم غائب وقد أقروا بالشراء انها لانقسم الجواز ان يكذبهم فيما قالوا .

فصل

طلب القسمة والباقون غيب

٥٣٥٤ - ولو حضر واحد يطلب القسمة والباقون غيب لم يقسم ، لأنه لا خصم عنه حاضر .

٥٣٥٥ - وقال ابن ابي ليلى والشافعي يقسم ويودع سهم الغائب حتى يحضر .

فصل

إقرارهم بما سوى العقار أنه ميراث

٥٣٥٦ - وكان أبو حنيفة يقسم ماسوى العقار اذا اقرؤا انه ميراث استحسن ذلك لانه يخاف فساد .

٥٣٥٧ - وسوا ابو يوسف ومحمد والشافعي ابن الجميع ،

فصل

ما فيه ضرر شامل لا يقسم

٥٣٥٨ - ولا يقسم حمام ولا حائط ولا جوهرة ولا ثوب واحد ولا وسادة ولا بساط ولا ما شبه ذلك اذا طلب بعض المالك ذلك ، لأن فيه ضرراً شاملاً فلا يقسم حتى يتفقوا .

٥٣٥٩ - وقال مالك بن الن يقسم لاله يطلب حقه ،

فصل

على الميت دين وفي التركة وفاء

٥٣٦٠ - وقالوا لو كان على الميت دين فاقسموا وفي التركة وفاء بالدين وفضل فالتسمة جائزة اذا قضوا الدين ، والغريم ان يبطلها اذا حضر الا ان يقضوه حقه ، ارايت لو خلف الميت الف درهم وعليه درهم اما كان ليحياً ان لا يقسم ذلك ؟

فصل قسمة الرقيق والمكيل إلخ

- ٥٣٦١ - وكان أبو حنيفة لا يجيز قسمة الرقيق بعضه في بعض الا ان يكون معه شيء آخر لأنه يتفاوت .
- ٥٣٦٢ - وأما المكيل والموزون والمواقي فإله يقسمها .
- ٥٣٦٣ - وقال أبو يوسف ومحمد الرقيق وغيره سواء ويقسم كل ذلك .
- ٥٣٦٤ - وهو قول الشافعي .

فصل قسمة العلو والسفل

- ٥٣٦٥ - وكان أبو حنيفة يقوم السفل والعلو كل ذراع بذراعين من العلو إذا كانت الابنية تتقارب ، وليس فيها تفاوت .
- ٥٣٦٦ - وقال أبو يوسف أقسم كل ذراع من العلو بذراع من السفل ، فإذا جعلت للذي يقع له السفل والعلو ذراعاً جعلت للذي يقع له العلو بلا سفل كل ذراع بذراعين .
- ٥٣٦٧ - وقال محمد أقسم الكل على القيمة ولا افعل ذلك .
- ٥٣٦٨ - وقال بعض اصحابنا وهو القياس وبه تأخذ .

فصل لهم عدة دور

- ٥٣٦٩ - وإذا كان لهم عدة دور ، قسمت كل دار على حدة ، ولا يجمع

نصيب احدهم في دار واحدة عند ابي حنيفة وزفره
ويقال ابو يوسف ينظر الى ما هو اعدل في القسمة فيفعله .

فصل

تقسيم أجرة القاسم

٥٣٧٠ - واجرة القاسم على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة لانه ربما كان
(النصيب الصغير) اصعب استخراجاً من النصيب الكبير .
٥٣٧١ - وقال ابو يوسف ومجد يكون على عدد للنصيب ومساحة الارض .

فصل

القرعة

٥٣٧٢ - والقرعة بعد تعديل الانصبة عندنا تقطع التشاح والخصومة ويجعل
كل سهم في بندقة (١) فنخرج سهمه الخلد مما يليه حتى
يكمل حقه .

فصل

٥٣٧٣ - وان احب القاسم ان يخير بعضهم فعل ، وكل ذلك جائز ، وان قسم
بينهم رجل اجنبي ثم اقرع فهو جائز لانه امين لهما في ذلك .

(١) جاء في لسان العرب : البندق واحدة بنديقة ، وللواحدة
البندق والجمع البنادق وقيل البندق حمل شجر كالجوز . . . والبندق
الذي يرى .

فصل

٥٣٧٤ - وقد قال ابو حنيفة : القرعة في القياس لانستقيم ، ولكن اخذنا في ذلك بالسنة والاثار .

فصل

التفاضل

٥٣٧٥ - وان وقع في القسمة تفاضل في الزرع لأجل القيمة فهو جائز ، ولا تبطل القسمة .

فصل

٥٣٧٦ - واذا كتب في كتاب القسمة : فكل حق هو لهذا السهم ، فانه يدخل في ذلك الطريق والمرب والبناء والنخل والشجر ، كما يدخل في البيع .

فصل

٥٣٧٧ - ولا يدخل الثمر والزرع في ذلك اذا كان ظاهراً ، لانه ليس بحق لها .

فصل

٥٣٧٨ - وان قال في الكتاب : وكل قليل وكثير فهو فيها او منها ، دخل جميع ذلك في البيع والقسمة .

٥٣٧٩ - ولو لم يكتب ذلك لم يدخل في القسمة ولا في البيع .

فصل

بيع النصيب من غير الشريك

٥٣٨٠ - ولكل واحد من الشركاء ان يبيع حقه ونصيبه من غير الشريك ، في سائر الاشياء ، ولا يجوز لشريكه منعه من ذلك لانه اقام الغير مقامه منه .

فصل

خيار الرؤية في القسمة

٥٣٨١ - ويثبت خيار الرؤية في القسمة اذا قسم بغير محضر منه ، ولمن لم ير ذلك الخيار اذا رآه ، فان شاء اجاز ذلك ، وان شاء رده كما في البيع .

٥٣٨٢ - وعبد الشافعي قسمة ما لم يره باطلة كما يقول في البيع في قياس قوله .

٥٣٨٣ - وسائر الاموال في ذلك سوء ، من للعقار والمكيل والموزون والرقيق والثياب .

٥٣٨٤ - وكل ما يجوز بيعه مع عدم الرؤية فهو في القسمة مثل ذلك .

فصل

قسمة بستان وكرم

٥٣٨٥ - وقال اصحابنا لو اقتسم رجلان بستانا وكروما فاصاب احدهما للبستان واصاب الاخر الكرم ، ولم ير واحد منهما الذي اصاب ، ولا رأي جوفه ولا نخلة ولا شجرة ولكن رأى حائطه من ظاهره فالقسمة جائزة .

٥٣٨٦ - ورؤية الظاهر تكفي في لزوم القسمة ، وكذلك قالوا في البيع ليس لاحدهما ان يرد .

٥٣٨٧ - وكذلك اذ ارى كل واحد اطراف الشجر من وراء الحائط فالقسمة جائزة .

فصل

شرط الخيار لثلاث

٥٣٨٨ - ويجوز بشرط الخيار لثلاث في القسمة كما يجوز في البيع ، ولا يفسد ذلك للقسمة .

فصل

٥٣٨٩ - ولئن له الخيار ان يفسخ في الثلاث ، وليس ذلك لمن لا خيار له ، كما يفعل في البيع .

فصل

٥٣٩٠ - وان مضت الثلاث قبل الفسخ فليس له ان يفسخ .

فصل

بطلان الخيار بتصرف من له الخيار

٥٣٩١ - ولو تصرف من له الخيار في ذلك ببناء او تجصيص او هدم او ما يبطل خياره في البيع بطل خياره .

فصل

ادعاء من له الخيار الرد

٥٣٩٢ - ولو قال من له الخيار بعد مضيتها قد كنت رددت للقسمة قبل

مضي الثلاث فانه لا يصدق في ذلك ، ولا خيار له اذا انكر الآخر ،
وان اقام (١) بينة على ذلك ابطلت القسمة .

فصل

٥٣٩٣ - وان لم يدع ذلك هو وادعى ذلك صاحبه فانه لا يصدق وعليه البينة
انه رد القسمة ، وان اقام بينة بالرد واقام الآخر بينة انه اجازها
فاصحابنا يأخذون بشهود الرد ويبطلون القسمة .

فصل

البينة بالرد

٥٣٩٤ - وايهما اقام البينة بالرد فهو مثل صاحبه لانه الامر للطاريه
على العقد .

فصل

خيار أربعة أيام

٥٣٩٥ - وان شرط خيار أربعة ايام فالقسمة باطلة ، وان امسك اليوم الرابع
قبل مجيئه صحت القسمة .

٥٣٩٦ - وهذا قول ابي حنيفة .

٥٣٩٧ - وقال ابو يوسف ومحمد الشرط جائز ، وان كان اكثر من اربعة وهو
قول مالك كما قالوا في البيع .

(١) في النسختين : اقاما ،

فصل

من باب قسمة الأب والجد

على الصبي والمعتوه

٥٣٩٨ - قال اصحابنا ، وقسمة الأب على الصغير والمعتوه جائزة ، وسائر الاموال في ذلك سواء .

٥٣٩٩ - فان فعل مالا يتغابن فيه الناس فانقسمه باطلة :

٥٤٠٠ - وان كان ما يتغابن فيه الناس فالقسمة جائزة ، وكذلك قالوا في جواز بيعه .

٥٤٠١ - وحكم الجدة اذا لم يكن اب مثل ذلك وكذلك وصى الاب عندنا ، ولا تجوز قسمة الجدة ان كان للاب وصي .

والمعتوه والمغلوب على عقله في ذلك كالصبي ،

فصل

وصي المرأة ووصي الأب

٥٤٠٢ - قالوا : ولو وصي المرأة ان يقاسم لولدها للصغير ميراثه منها في غير العقار اذا لم يكن له اب ولا وصي اب ، وكذلك وصي القيم ، ووصي ابن القيم يقاسم للصغير اذا لم يكن له اب ولا وصي اب في جميع ميراثهم من الميت الذي اوصى اليه ما خلا العقار .

٥٤٠٣ - وليس لوصي الام ولا لوصي العم والاخ ان يقاسم ميراثا لهم غير ذلك .

٥٤٠٤ - فاما وصي الاب فيقاسم ميراثهم من الاب وغيره .

فصل قسمة الأب الكافر

٥٤٠٥ - ولا تجوز قسمة الأب الكافر على الصغير المسلم ، وكذلك المكاتب
والعبد المأذون على الحر الصغير من ولده ، لا عمته لا ولاية لهم
على الصغير .

باب القسمة ترد العيب

فصل

٥٤٠٦ - وإذا وجد أحدهم بما صار إليه عيباً من حائط منهدم أو جمذع
منكسر فإنه يرد ذلك ، كالمعيب في البيع سواء .

٥٤٠٧ - وكذلك (ان) وجد سهمه من الطعام عفناً فإنه يرد ذلك ويرجع
على أصل حقه كما كان .

٥٤٠٨ - وإن كان ذلك عبداً أو ثياباً أو حيواناً فاصاب بأحد ما أخذه عيباً
رد المعيب خاصة ، وعاد شريكاً بقدر المردود فيما أخذه .

فصل استحقاق ما في يد أحد الشركاء

٥٤٠٩ - وإذا بنى أحد الشركاء في نصيب ما أو غرس غرساً ثم استحق
بعض ما في يديه وكلفه الجأكم نقضه لم يرجع على شريكه بشي من
القيمة إذا كان ذلك في أرض واحدة ودار واحدة ، سواء قسما

باختيار او باجبار ، وهذا قولهم جميعاً ، بخلاف البيع .
٥٤١٥ - وان كانت اراضي مختلفة او دور مختلفة ، فأخذ كل واحد منهم
فبني وغرس ثم استحق ذلك بطلت القسمة ، واذا امسره المالك
بالجذاذ والقلع فانه يرجع بحصة ما يصيب شريكه عليه من البناء ،
وكذلك ان اخذ أمة من الاماء فأولدها ثم استحققت وضمن قيمة
الولد فانه يرجع على شريكه بنصف ما غرم من القيمة .

باب

دعوى الغلط في القسمة

٥٤١١ - واذا اقتسم الرجلان داراً أو أرضاً وقبض كل واحد منهما حقه من
ذلك ثم ادعى أحدهما للغلط فيما اخذ فان القسمة لا تعاد الا ان يقيم
البيئة بالغلط .

٥٤١٢ - وله ان يستحلف الشريك ، فان حلف بري ، وان نكل عن اليمين
عاد الامر كما كان ، ولا تعاد القسمة بدعوى الغلط بحال بعد ان أقر
الشريك بأخذ حقه .

٥٤١٣ - وان اقتسما دارين وأخذ كل واحد واحدة ، ثم ادعى أحدهما للغلط
واقام بيئته انه له كذا وكذا ذراعاً فاضلاً في يد الآخر ، فانه يقضي
له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة ، وليس هذا كالدار الواحدة عند
أبي يوسف ومحمد .

٥٤١٤ - وفي قياس قول أبي حنيفة القسمة فاسدة ، والدار بينهما نصفان ،
لان أحدهما رجع لجهل الموضع ، فهو كمن اشترى أرضاً من دار ولم

يبين موضع الأذرع ، فالبيع باطل عند أبي حنيفة .
٥٤١٥ - وإذا اختلف فقال أحدهما أصابني ألف وقبضت تسعة ، وقال
الآخر بل قبضت ألفاً فإنها يتحالفان ويترادان القسم لانه لم يقر
بقبض المائة ، وقد اقر بها الذي هي في يديه .

٥٤١٦ - ولو قال له أحدهما : أصابني هذا البيت وهو في يد شريكه ؟
وقال الآخر لم يصيبك ذلك وإنما ذلك لي وحقي ؟
قبل له :

أكان في يد شريكك قبل القسمة فلم يدفعه اليك او اخذه من يدك
بعد القسمة ؟
فان قال اخذه بعد القسمة باجازة او عارية فالقسمة جائزة ويحلف
شريكه على دعواه
وان قال كان قبيل القسمة فلم يسلمه تحالفا وترادا لانه لم يقر
بقبض حقه .

٥٤١٧ - وإذا كانت الغنم مائة واقتسماها وقال أحدهما : أصابك خمسون ولي
خمسون وإنما دفعت لي اربعين وقد بقي لي عشرة في يدك من حقي ولم
تدفعها الي .

وقال الآخر : بل أصابني ستون بالقسمة وأصابك اربعون فإنها
يتحالفان ويترادان القسم .

٥٤١٨ - ولو كانا شهداء بالقسمة والاستيفاء كان القول قول الذي في
يده الستون .

فصل

استحقاق بعض ما صار إلى أحد الشريكين

٥٤١٩ - وإذا استحق رجل بعض ما صار إلى أحد الشريكين بالقسمة فإنه على وجهين أحدهما أن يستحق ذلك مشاعاً والثاني أن يكون معيناً .

٥٤٢٠ - فإن كان مشاعاً وقد استحق نصف ما في يده فهو بالخيار أن شاء أبطل القسمة وأن شاء أجازها وشارك شريكه في نصيبه الذي أخذه بقدر ما استحق من سهمه .

٥٤٢١ - وقال أبو يوسف ومحمد القسمة باطلة ولا خيار . وإن كان ذلك معيناً فالخيار إليه في الإبطال في قولهم جميعاً .

فصل

توقف القسمة على حضور الغائب

٥٤٢٢ - وإذا اقتسم الشركاء وفيهم غالب عزلوا سهمه .
فالقسمة موقوفة على حضوره ورضاه ، فإن أجاز ذلك جاز وإن لم يزل ، وإن مات قبل الإجازة والفسخ وله وارث فأجاز ذلك جاز عند أبي يوسف .

٥٤٢٣ - ولم يجز عند محمد ، لأنه خيار الإجازة لا يورث .

ظهور شريك ثالث

٥٤٢٤ - وإن ظهر شريك ثالث فالقسمة باطلة عندهم جميعاً .

فصل

استحقاق عشرة أفقرة من أصل أربعين اقتسماها

٥٤٢٥ - والمنطة اذا كانت بين اثنين وهي اربعون قفيزاً فاقسماها واخذ احدهما من ذلك عشرة افقرة وثوباً واخذ الآخر ثلاثين قفيزاً ثم استحق من الثلاثين عشرة افقرة فانه يرجع على صاحبه بنصف الثوب في الاستحسان ، وكان القياس ان يرجع عليه بثلث الثوب وسدس العشرة افقرة .

٥٤٢٦ - وكذا روى ابن زياد وقاله في الزيادات .

فصل

اقتسا داراً وأرضاً

٥٤٢٧ - واذا اقتسا داراً قيمتها ألف وأرضاً مثل ذلك ، على ان يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبداً قيمته ألف ثم استحق من حلو الدار ما قيمته عشر السفل فافه يرجع على صاحب الارض بستة عشر درهماً وثلاثي درهم ، عند ابي حنيفة يرجع في الدراهم ولا يرجع في الارض :

٥٤٢٨ - وقال ابو يوسف يرجع بعشر الارض :

٥٤٢٩ - وكتاب القسمة كبير ، وفيه مسائل جمة ، وذكر الكل فلا يمكن ، ولما كانت القسمة في معنى البيع من وجه وكانت افرازا عند آخرين من العلماء وكان البيع يتعلق به وجوب الشفقة في العقار وكانت القسمة بهماً لا يجب فيه شفقة وجب ان نذكر كتاب الشفقة على ذلك .

كتاب الشفعة

وهذا كتاب الشفعة^(١)

حكمة الشفعة

٥٤٣٠ - اطم ان الشفعة وضعت لدفع الضرر عن الشريك والجار ، ولهذا وجبت في العقار خاصة .

القياس عدم وجوبها

٥٤٣١ - والقياس انه لا تجب شفعة لأنه اخذ مال الغير بغير رضاه .

وجوبها استحساناً

٥٤٣٢ - والاستحسان انها تجب لدفع الضرر .

الآثار المروية

٥٤٣٣ - والاصل في هذا الباب مارواه ابن المسيب عن النبي (ص) انه قال :

(١) الشفعة في اللغة الزيادة ، وهو ان يشفعك فيما يطلب حتى تضمه الى ما عندك فتزيده ، وتشفعه بها ، أي ان تزيده بها ، أي انه كان =

« النما الشفعة فيما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وهلمت للطرق

= وقرأ واحداً فضم اليه مازاده وشفعه به ، وقال القنبي في تفسير الشفعة
كان الرجل في الجاهلية اذا اراد بيع منزل اتاه رجل فشفع اليه فيما
باع ، وجعله اولى بالبيع ممن بعد سبقه ، فسميت شفعة وسمي طالبها
شفيعاً ، وفي الحديث : الشفعة في كل ما يقسم ، الشفعة في الملك معروفة
وهي مشتقة من الزيادة ، لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به
كأنه كان واحداً وترأ فصار زوجاً شفيعاً . وفي حديث الشعبي الشفعة
على رؤوس الرجال ، هو تكون الدار بين جماعة مختلفي السهام
فيبيع واحد منهم نصيبه ، فيكون ما باع لشركائه بينهم على رؤسهم
لا على سهامهم ، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة
(لسان العرب) .

وفي سبل السلام للامير الصنعاني (٧٣/٣) « الشفعة بضم الشين
المعجمة وسكون الفاء : في استئاقها ثلاثة أقوال : قيل من الشفع
وهو الزوج وقيل من الزيادة وقيل الاهانة ، وهي شرعاً التنازل حصّة
الى حصّة بسبب شرعي كأن انتقلت الى اجنبي بمثل العوض المسمى
وقال أكثر الفقهاء انها واردة على خلاف القياس ، لانها تؤخذ كرهاً
ولان الاذية لا تدفع عن واحد بضرر آخر ، وقيل خالفت هذا
القياس ووافقت قياسات آخر بدفع ضرر الغير بضرر الآخر ، ثم
يؤخذ حقه كرهاً كبيع الحاكم عن المتمرذ والمفلس ونحوها . اهـ .
اقول وهذا محل نظر وقياس مع الفارق لأن البيع في المثالبين مرده
رابطة الدين بين الطرفين وتقصير المدين في الوفاء ولا رابطة بين الشفيع =

فلاشفة (١) .

٥٤٣٤ - وروى رافع عن النبي (ص) انه قال الجار أحق بسقبة (٢) والسقبة القرب . في اللغة (٣) والشريك لا يسمى جاراً في صحة الكلام ، وخبر جابر انه عليه السلام قال : والجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غالباً اذا كان طريقتهما واحداً ، (٤)

= وبين مشري الدار . والصحيح ان الشفعة على خلاف القباس ومبناها عرف قديم فاذا زالت الضرورة وتضرر الناس بذلك العرف جاز للمشرع إيقاف العمل بالشفعة بتخصص القضاء بعدم النظر .

- (١) - سبل السلام ٧٥/٣ وفيه ان القسمة تبطل الشفعة .
- (٢) - ومعنى الحديث ان الجار أحق بالشفعة اذا كان جاراً ملاصقاً (كتاب الاثار لأبي يوسف هامش ٥ من (ص ١٦٧) .
- (٣) - جاء في صدد هذا الحديث في بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام ورواه احمد والاربعة ورجال ثقة ، وجاء في سبل السلام (٧٦-٧٥/٣) احسن المصنف بوثيق رجاله وعدم اعلاله ، والا فانهم قد تكلموا في هذه الرواية باله قد انفرد بزيادة قوله ، اذا كان طريقتهما واحداً ، عبد الملك بن ابى سليمان العزمي . قلت : وعبد الملك ثقة مأمون لا يضر انفراده ، كما عرف في الاصول وعلم الحديث ، والحديث من ادلة شفعة الجار ، الا انه قيده بقوله « اذا كان طريقتهما واحداً ، وقد ذهب الى اشتراط هذا بعض العلماء ..

فصل

الشفعة في العقار وحده

٥٤٣٥ - والشفعة واجبة في جميع ما يبيع من العقار دون غيره ، للدور

(٤) - جاء في كتاب الآثار لأبي يوسف « قال حدثنا يوسف بن أبيه عن أبي حنيفة عن عبد الكريم عن المسور بن محزمة (٩) (ان) أبا رافع (٧) ساومه سعد ببيت ، فقال سعد : خذ هذا البيت بأربعمائة أما إنني قد أعطيت به ثمانمائة ولكن أعطيك الحديث سمعته من رسول الله (ص) انه قال : الجار أحق بسقبة ، (الحديث ٧٦٧ من كتاب الآثار) والسقبة القرب ، ومعنى الحديث ان الجار أحق بالشفعة اذا كان مجاوراً ملاصقاً .

وفي سبل السلام (٧٥/٣) ورد عن أبي رافع (ر) قال : قال رسول الله (ص) « الجار أحق بسقبة ، بالصاد المهملة مفتوحة وفتح اللام ، القرب ، الخرج البخاري ... والحديث ... يعنى الشفعة ، فذهب الى ثبوتها (الجار) المادية والحنفية وآخرون لهذه الاحاديث ولغيرها كحديث الشهيد بن سويد قال « قلت يا رسول الله أرخص ليس لأحد فيها شرك ولا قسم الا الجوار ، قال : الجار أحق بسقبة وحديث جابر (اي حديث الجار أحق بشفعة جاره الخ) وذهب علي وعمر وعثمان والشافعي وأحمد وأسحق وغيرهم الى انه لا شفعة بالجوار .

والمنازل والحوانيت والحانات والمزارع والبساتين والأفرحة
والأراضي والعمارات والأرحية ، إذا وقع البيع على عراض ذلك ،
كله ، وسواء كانت في مصر أو قرية أو غير ذلك من أرض الإسلام
إذا كان ذلك مملوكا يجوز بيع مالكة ، وكان البيع بائنا ليس فيه
خيار شرط ، للسنة التي روينها ، ولأجماع العلماء على ذلك .

٥٤٣٦ - وقال مالك تجب في السفن .

٥٤٣٧ - ولو وجبت في السفن لوجبت في كل منقول ، ولا خلاف أنها
لا تجب في ذلك .

فصل

لا شفعة إذا كان الخيار للبائع

٥٤٣٨ - وإذا كان الخيار للبائع لم تجب الشفعة لأنه لم يرغب عن ملكه ولا
خرج عنه عندنا .

٥٤٣٩ - وقد كان يلزم الشافعي أن يوجب الشفعة على قوله للذي يقول أنه
بملك المشتري ذلك .

فصل

وجوب الشفعة في الخيار للمشتري

٥٤٤٠ - وإن كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة لأن خياره لا يمنع من
خروج المالك عن البائع ، وإن لم يدخل في ملك المشتري في إحدى
الروايتين .

فصل

خيار الرؤية والعيب لا يمنع الشفعة

- ٥٤٤١ - وان كان خيار رؤية او عيب لم يمنع وجوب الشفعة ، لأن ذلك لا يمنع من اتمام الملك فيه ، وهذا ينبنى على جواز بيع ما لم يره .
- ٥٤٤٢ - خلاف الشافعي .

فصل

الشفعة في مدة الخيار

- ٥٤٤٣ - ولا فرق بين ان يأخذ ذلك في مدة الخيار أو بعدها .

فصل

لا شفعة في البيع الفاسد

- ٥٤٤٤ - والبيع الفاسد لا تجب الشفعة فيه مادام حق للنقض قائما فيه ، سواء قبض ذلك أو لم يقبض ، لأن حق القبض للبائع سابق لحق الشفيع ، فهو كشرط الخيار .

فصل

خروج المبيع إلى غيره

- ٥٤٤٥ - واذا خرج المبيع عن ملكه الى غيره فالشفيع بالخيار ان شاء اخذه

بالثمن الثاني ، وان شاء رد البيع وأخذه بقيمته من الاول ،

فصل

٥٤٤٦ - وان بنى المشتري في المبيع بيعاً فاسداً سقط حق البائع ووجبت للشفعة فيه عند أبي حنيفة .

٥٤٤٧ - وقال أبو يوسف ومحمد لا شفعة .

٥٤٤٨ - وهو قول الشافعي .

٥٤٤٩ - والمسألة تبني على ان البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ملكه واذا سقط حق الفسخ فيه لزم وصح كالصحيح .

فصل

٥٤٥٠ - واتفق للعلماء على ان الشفعة لا تجب في الميراث .

٥٤٥١ - وقال اصحابنا اذا ملكت الارض بغير بدل يجب بالعقد كالهبة والوصية فلا شفعة في ذلك .

٥٤٥٢ - وقال مالك تجب الشفعة في الهبة بالقيمة ولو وجبت في الهبة وجبت في الميراث والوصية .

فصل

٥٤٥٣ - وان استأجر داراً بدار أو عبداً بدار أو تزوج امرأة على دار أو صالح من دم عمد يجب به القصاص على داره أو خلع بها امرأة أو اعتق بها عبداً فلا شفعة في ذلك عند اصحابنا .

٥٤٥٤ - وقال الشافعي يجب في ذلك الشفعة .

٥٤٥٥ - وهو قول ابن ابي ليلى .

٥٤٥٦ - لأن هذه المعاني لا قيمة لها في حق غير العاقد وليس لها مثل يؤخذ به ، ولا يجوز ان يؤخذ بالقيمة لأنه كان يجب ان يوجب ذلك في الهبة .

فصل

لا شفعة في الهبة بشرط العوض

٥٤٥٧ - والهبة بشرط العوض لا تجب فيها شفعة حتى يقع التقابض ، فإذا وقع أخذ بمثل العوض ان كان له مثل من الوزن والكيل والمسدد وان كان لا مثل له اخذه بقيمته يوم وقع القبض ، وفي البيع يوم وقع البيع .

٥٤٥٨ - وقال زفر تجب الشفعة بنفس عقد الهبة اذا كان ذلك على عوض لأنه عقد بيع ، وقد قدمنا ذلك في كتاب الهبة .

فصل

عوض عن الهبة من غير شرط

٥٤٥٩ - ولا عوض عن الهبة من غير شرط فلا شفعة عندنا ، لأن العقد لم يجب به بدل له قيمة فلا تجب به الشفعة عند اصحابنا جميعاً .

فصل

٥٤٦٠ - وتجب الشفعة في العلو الذي لا مدغل معه ، وفي السفلى الذي لا علو

معه وفيهما جميعاً لأن حق الاستقرار قائم في ذلك لما لكه ، والبناء
بخلاف ذلك لأنه يجب تسليمه منقوضاً .

٥٤٦١ - وقد كان القياس عندهم ان لا يصح بيع ذلك لأنه لا يمكن بيعه الا
بان يكون بيعاً لما يصح ان يزال عن موضعه ، واستحسنوا جواز
ذلك في الجملة .

فصل

لا شفعة فيما لا يجوز بيعه

٥٤٦٢ - وكل عقار لا يجوز بيعه ولا يملك بالبيع فلا شفعة فيه ولا تجب
الشفعة به كالوقوف والرباطات والمساجد والمقابر والسقايات
والآبار التي للشرب على قول من اجاز ذلك .
٥٤٦٣ - ومن لم يجز هذه الامور فهو وسائر الاملاك سواء .

فصل

لا شفعة في دور مكة

٥٤٦٤ - ودور مكة لا تجب فيها شفعة على قول ابي حنيفة في رواية الأصل .
٥٤٦٥ - وفي رواية الحسن تجب .
٥٤٦٦ - وهو قولهما .

فصل

الشفعة في أرض السواد

٥٤٦٧ - والسواد وأرض الخراج مملوكان يجوز بيعهما وتجب الشفعة فيهما

خلافاً لمن قال لا يجوز ذلك من الشافعي وغيره ممن قال هي موقوفة ٥

فصل

جواز الشفعة بجواز البيع

٥٤٦٨ - ووجوب الشفعة يتبع جواز بيع الارض في المشاع والمقسم ، فسا
جاز بيع جملة جاز بيع بعضه .

فصل

من تجب لهم الشفعة

٥٤٦٩ - وللشفعة واجبة للمسلم والذمي والحر والمكاتب والمأذون له في
التجارة والمعتق بعضه ، وتجب عليهم الشفعة لأن الشفعة تجب برغبة
البائع عن ملكه ، ويملكه عليه المستحق وان كان كل واحد من
هؤلاء لا يصح ان يملك ذلك على البائع بالبيع فكذلك بالشفعة .

٥٤٧٠ - وقد روى عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه لا شفعة للذمي على
مسلم وهو قول شريح والحنابلة .

٥٤٧١ - والجميع بخلافه .

فصل

باع ما تجب الشفعة فيه مع جعل الخيار له

٥٤٧٢ - ومن باع ما تجب للشفعة فيه أو اجاز بيع البائع له اذا جعل الخيار اليه

فلا شفعة له ، وان اشترى ما يجب له فيه الشفعة او اجاز البيع لله الشفعة .

٥٤٧٣ - ومنهم من قال يجب لها الشفعة ومنهم من قال لا يجب في الجميع لأن البائع (١) فهو كالبائع نفسه فلا يجب له شفعة ، ولأنه لو وجبت له الشفعة لاسقط باخله ما وجب عليه للمشتري من الحقوق وليس له ذلك ، لانه اذا باع فقد رضى بسقوط الشفعة ، والمشتري بخلاف ذلك كله وهو الصحيح .

فصل

استحقاق الشفعة

٥٤٧٤ - وتستحق الشفعة بالشركة في المبيع ثم بالشركة في حقوقه ، ثم بالجوار الاقرب فالأقرب (٢) .

٥٤٧٥ - وحكى أبو الحسن في مختصره عن أبي يوسف ان بعض اصحابنا قال : لا شفعة الا للشريك الذي لم يقاسم .
٥٤٧٦ - ولا فرق عندنا بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل .

(١) كذا في النسختين .

(٢) في مختصر الطحاوي : أولى الشفعاء بالمبيع الشريك الذي لم يقاسم ، ثم ينلوه الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم ينلوه الجار الملاصق . (مختصر الطحاوي ، ص ١٢٠) .

- ٥٤٧٧ - وقال الشافعي لا شفعة إلا في مناع يمتثل القسمة ، فاما ما لا يقسم
من العقار فلا شفعة فيه في أحد قولي .
٥٤٧٨ - واتفق قوله على ان الجوار لا تستحق به شفعة .

فصل

الجار المحاذي

- ٥٤٧٩ - واتفق الفريقان على ان الجار المحاذي لا شفعة له .

فصل

الخليط

- ٥٤٨٠ - وانما قدم الخليط لقربه والشريك في الحقوق اقرب من الجار .
٥٤٨١ - وكل من أوجب الشفعة لمن عدى الشريك يقول بما ذكرناه .

فصل

إذا أسلم الشفيع القريب الشفعة

- ٥٤٨٢ - وإذا سلم الشريك في نفس المبيع الشفعة اخذها الشريك في الحقوق
وإذا سلم الشريك في الحقوق اخذها الجار الملاصق ثم كذلك ابتداء
الى آخر الزقاق .
٥٤٨٣ - وقال الحسن بن صالح : اذا سلم القريب الشفعة فلا شفعة للبعيد لانه
قد سلم ما يستحقه الى المشتري فلا يبقى لغيره حق .
٥٤٨٤ - واصحابنا جعلوا ذلك كالبراث اذا سقط حق القريب بالقتل اخذ

البعيد ، ولأن الضرر حاصل على البعيد
٥٤٨٥ - وإنما قدم الشريك لأن الضرر اخص به .

فصل

على عدد الرؤوس

- ٥٤٨٦ - والشفعة تجب على عدد الرؤوس لا على قدر الانصباء .
٥٤٨٧ - وقال الشافعي تقسم على مقدار الانصباء في احد قوله .
٥٤٨٨ - لأن السبب المستحق انما هو الشركة والجوار ، دون قدر الملك ،
لانه لو انفرد اخذ الكل ولم يأخذ بقدر ملكه وبهذا فارق الديون .
٥٤٨٩ - ولو ترك الجميع حقوقهم إلا واحداً اخذ جميع ما تركوا بخلاف
الدين فانه لا يأخذ الا بقدر حقه فلذلك قسم على الرؤوس .

فصل

الطلب والأخذ

- ٥٤٩٠ - والشفعة تجب بعقد البيع وتستحق بالطلب (١) وتملك بالاخذ .
لانه اذا لم يكن بيع فلا شفعة ، وقد مضى ذلك .
٥٤٩١ - واذا ترك الطلب بطلت الشفعة ، ولا يحصل الملك الا بأخذ المبيع
اما برضا المشتري بذلك او قضاء القاضي ، لانه لو ملك لكان تجب
له الشفعة بذلك كما بعد الاخذ .

(١) في مختصر الطحاوي (ص ١٢١) بالاشهاد والطلب .

فصل

- ٥٤٩٢ - وليس للشفيع ان يأخذ ذلك بغير رضا ولا قضاء .
٥٤٩٣ - وقال الشافعي له ان يأخذ ذلك بنفسه .
٥٤٩٤ - لان هذا مما يختلف فيه العلماء ويسوغ فيه الاجتهاد ، وبملك على الغير فلا بد من طريق يأخذ به ذلك ، ولا يجوز ان يأخذ من غير شفعة .

فصل

كيفية الطلب

- ٥٤٩٥ - والطلب ان يشهد عند أول ماعسة يعلم بالبيع ، ثم يقصد البائع او المشتري او المبيع فيشهد هناك لان الطلب لابد منه ، والاشهاد حتى لا يسقط حقه ، والبائع لانه هو الذي باع ، والمشتري لانه اشترى ، فلا بد من اعلام من تطالب منه الشفعة .

فصل

فورية الطلب

- ٥٤٩٦ - والطلب على الفور في رواية الاصل .
٥٤٩٧ - وفي رواية هشام كالمخبرة ٠ (٢)
٥٤٩٨ - وللشافعي اربعة اقوال :
احدها الها على الفور ، والثاني على المجلس ، والثالث على الابد

لانسقط بتأخير الطلب ، كما لا يسقط حق المفصوب منه بتأخير طلبه .
وقول (رابع) آخر الطلب الى ثلاثة ايام لانها اجل قوم لمود .
٥٤٩٩ - وللمشتري ان يطالبه بالاختذ او اسقاط الشفعة .

فصل

- ٥٥٠٠ - واذا اشهد الدليع على الطلب فهو على شفעתه ابدأ حتى يسقط بالقول
عند ابي حنيفة .
٥٥٠١ - وقال ابو يوسف اذا مضى مجلس من مجالس القاضي ، وهو يقدر
على طلبه فلم يطلب فقد بطلت شفעתه (١) .
٥٥٠٢ - وقال محمد يسقط اذا مضى شهر
٥٥٠٣ - وفي قول الشافعي على ما حكيناه .
٥٥٠٤ - لانه قد اعلمه بالطلب وزال غرور الشفيع له فصار كسائر الحقوق
الواجبة التي لا تسقط بالترك .

فصل

ممن تؤخذ الدار؟

- ٥٥٠٥ - وعندنا للشفيع ان يأخذ الدار من يد البائع اذا كانت بيده ، وبأذن
من المشتري ان كان قد قبض الدار .
واذا اخذ من البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، لان الشفعة

(١) في مختصر الطحاوي (ص ١٢١) ان رأي ابي يوسف كراي ابي حنيفة

تجب برغبة البائع عن ملكه بعقد البيع ، وهذا المعنى حاصل قبل تسليم للدار .

٥٥٠٦ - وقال الشافعي لا يأخذ حتى يقبض المشتري :

فصل

العهد

٥٥٠٧ - والعهد عندنا على من اخذ من يده الدار ابهما كان ، وعنده لا تكون الا على المشتري .

فصل

غية البائع أو المشتري

٥٥٠٨ - وان كان البائع غائباً او المشتري والمبيع في يد البائع فانه لاشفعة حتى يحضر لان حق الحبس للبائع فاعتبر حضوره ، وحق الملك للمشتري فاعتبر احضوره ، وباللهيه يتعلو الوصول الى ذلك .

فصل

إذا لم يتمكن من الإشهاد

٥٥٠٩ - وان لم يمكنه الاشهاد ، وحال بينه وبين ذلك حائل ان يكون بحضرة المبيع او أحد المتعاقدين فهو على شفخته حتى يقدر على ذلك لان هذا علر ، فهو كما لو لم يعلم فهو على شفخته .

فصل

رجوع المشتري بالثمن

٥٥٠٠ - وإذا اخذ الشفعة من البائع وقد كان المشتري دفع الثمن الى البائع ولم يقبض ، فإن المشتري يرجع عليه بما ورثه ان كان باقياً وبقيته ان كان هالكا ان كان من ذوات القيم والامثلة من ذوات الامثال لان الشفيع يدفع الثمن الى من العهد عليه دون من لم يدفع اليه ذلك .

باب

ما يبطل الشفعة عند وجوبها

- ٥٥١١ - وإذا صاوم الشفع المشتري على ما اشتراه او سأل ان يوليه اياها او أستأجرها للشفيع من المشتري او كانت مزرعة فعامله فيها مزارعة او مساقاة او صحاحه من شفيعته على مال فان كل هذا تسليم للشفعة اذا كان يعلم بذلك كله ويعلم البيع ، ويبطل الصالح ويرد العوض من المأخوذ ولا شفعة له : ولا خلاف تعلمه في ذلك .
- ٥٥١٢ - وان باع الشفيع داره ، وهو يعلم بالبيع او لا يعلم بطلت شفيعته لأن ما يستحق به الشفعة قد زال عن ملكه .
- ٥٥١٣ - وان ردها المشتري على البائع بعيب او خيار رؤية وعادت الى البائع فقد بطلت للشفعة لانه قد صار غير جار (٢) .
- ٥٥١٤ - ولو عادت الى الشفيع (عادت) على حكم ملكه الأول (٢) .

فصل

شفيع باع داره

- ٥٥١٥ - وان كان الشليح باع داره بيعاً فاسداً وقبضت فلا شفعة له ؛
٥٥١٦ - وان كان باع وفسرط الخيار لنفسه فهو على شفيعته ، وان طلب في مدة الخيار بالشفعة فله ذلك ، ولا يبطل الشفعة بينه وبين المشتري لأن ملكه لم يزل عنه بالبيع .

فصل

- ٥٥١٧ - وان باع من داره حصة معلومة ، وبقي له منها سهم فهو على شفيعته بما بقي له فيها .

فصل

باع من داره منزلاً

- ٥٥١٨ - وان باع منزلاً منها مما لا يلي الدار المداوعة فهو على شفيعته منها ؛
٥٥١٩ - وان كان المبيع مما يلي الدار المشفوعة وهو يستغرق جميع الحد فلا شفعة له ؛ وان كان قد بقي من الحد شيء مما يلي الدار المبيعة فهو على شفيعته لأنه قد بقي له ما يأخذ به الشفعة ؛

فصل

- ٥٥٢٠ - وللشريك اذا كان جاراً ووجب له الشفعة لباع نصيبه المشترك وبقي له الجوار فهو على شفيعته ، لأن الجوار نجب به الشفعة اذا انفرد ، فلم يخرج من ان يكون مستحقاً الشفعة .

فصل

طلب الشفيع نصف المبيع

٥٥٢١ - والشفيع اذا طلب نصف المبيع وسكت عن النصف ، لم تبطل شفعته
هذه ابي يوسف ، لأن طلب النصف طلب للجميع لأنه ليس له ان
يبعض ذلك على المشتري فهو بمثابة ما لا يتبعض من الحقوق كالمهر
والعقر وغيره .

٥٥٢٢ - وقال محمد قد بطلت الشفعة لأن سكوته عن طلب النصف يوجب
ابطال الشفعة فيه ، والشفعة اذا بطل بعضها بطل الجميع .

٥٥٢٣ - وقال محمد لو كان طلب الكل وقال : انا اطلب الشفعة واسلم لك
النصف وآخذ انا النصف فليس هذا تسليما وهو على شفعيه ولا يبطل

فصل

إبطال الحق في الشفعة إسقاط

٥٥٢٤ - واذا ابطال حقه من الشفعة بعد الشراء سقط ، سواء علم بالشراء أو
لم يعلم ، علم ان له شفعة أو لم يعلم لأنه إسقاط حتى لا يقف على قبول
من عليه الحق فهو كإطلاق والعناق والابراء .

٥٥٢٥ - وفرق اصحابنا بين البكر تسكت وهي لا تعلم بالنكاح لا يبطل
خيارها ان سكوته جعل بمنزلة الاذن في تتميم النكاح وليس
بإسقاط حتى لما ، فاعتبر علمها بالنكاح .

٥٥٢٦ - وقد روى عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله انها لو قالت : رخصت
بالنكاح ، وهي لا تعلم ، يسقط خيارها ، وسوى بين المسألتين في
النطق والسكوت .

فصل

تصديق المشتري الشفييع على دعواه

- ٥٥٢٧ - ولا يصدق بعد ذلك انه لا يعلم ، ولو صدقه المشتري اهلاً على ذلك فهو تسليم للشفعة لأن حقه اذا سقط لم ينفعه تصديق المشتري انه لا يعلم كما لا ينفع الزوجة وللعبد المعتق تصديق المطلق والمعتق .
- ٥٥٢٨ - واذا اخبر بان الشراء وقع بدراهم فسلم الشفعة ثم اخبر بان الشراء بدراهم فسلم الخ ثم (المخير) انه دنابر ، فان كانت اكثر قيمة من الدراهم فهو تسليم ، وان كانت اقل من الثمن (١) فهو على شفعة .
- ٥٥٢٩ - وان اخبر بالميكل والموزون فوجد بخلاف الجنس فهو على شفعه ، لأنه يأخذ بالمثل ولا تعتبر القيمة .
- ٥٥٣٠ - وقد روى عن زفر ان لا يكون تسليماً في سائر الاحوال والاجناس في الزائد والنقص والاثان والعروض في ذلك سواء لاله سلم حقه على وجه مخصوص فكان بخلافه كما لو كان اقل .
- ٥٥٣١ - وخير الجنس من ذوات الامثال .
- ٥٥٣٢ - وانطلقوا في ذوات القيم ان القيمة اذا كانت اكثر مما سلم به الشفعة انه تسليم وان كانت اقل فليس بتسلم .
- ٥٥٣٣ - ولو اخبر انه اشترى نصف الدار فسلم ثم علم انه اشترى الكل فهو على شفعه ؛

(١) في نسخة (ق) بعد ذلك « الاقل قيمة » .

٥٥٣٤ - ولو اخبر انه اشترى الدار كلها فسلم ، ثم علم انه اشترى النصف فلا شفعة له لان تسليم الكل تسليم لما دونه فيكون ذلّا نصيباً للمشتري .

٥٥٣٥ - وحكى الكرخي رحمه الله عن النضر بن حذار (؟) انه قال قلت لهذا الجواب فقال اذا اشترى الكل فقبل له اشترى النصف فسلم ثم علم انه اشتراها كلها بطلت شفعته وان اشترى نصفها فقبل له اشتراها كلها فسلم ثم علم انه اشترى نصفها فهو على شفعته لانه قد سلم لكثرة الثمن في الكل والعجز عن ادائه ، وعدم قدرته ، وفي النصف لا يعجز عن ذلك فلم يكن تسليماً لها ، لانه اذا عجز عن البعض فالكل اولى ، فلهذا كان تسليماً لها كلها .

فصل

سلم ثم علم أن مشتريها هو زيد وعمر

٥٥٣٦ - ولو اخبر ان زيدا اشتراها فسلم ثم علم انه وعمر اشترياها فله ان يأخذ نصيب عمرو وقد سلم لزيد نصيبه لانه قد يرهب في زهد ولا يرهب في عمرو ، فليس في تسليم ذلك لزهد تسليم منه لعمرو .

فصل

حضور المال

٥٥٣٧ - والفاضي لا يقضي بالشفعة حتى يكون المال حاضراً .

٥٥٣٨ - فان قضى له وطالب الشفع الملهة امهل يوماً ويومين .

٥٥٣٩ - ويحبس الشفيع على الثمن كما يحبس المشتري لأله بمنزله في العين .
٥٥٤٠ - وإن لم يحضر الثمن الى الأجل المذكور ابطال القاضي شفيعته لأنه
ضرر على المشتري وغرور (١)

فصل

أعلمه المشتري بالشراء

٥٥٤١ - ولو لقيه المشتري وأعلمه بالشراء وقال له : هات الثمن فلم يأت به
الى ثلاث هطلت شفيعته ، لأن هذا هو القدر الذي يؤجل في مثله .

فصل

للدار جماعة شفعاء

٥٥٤٢ - وإذا كان للدار جماعة شفعاء فلهم الثلثة على عددهم ، ولمن حضر
منهم ان يأخذ جميعها ولا يقسم على من لا يطلبه ولا على غالب ،
فإن حضر وطلب قضى له بحقه .

(١) يمكن تسمي حكم هذه القاعدة وصياغته صياغة شاملة بقولنا :
كلما ترتب على تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزام مترتب على
علاقة تعاقدية او غير تعاقدية ضرر بالطرف الآخر وغرور كان للطرف
المضار أو المغرور ان يطلب من القاضي فسخ العقد أو قطع العلاقة .

فصل

هل للشفيع نقض ما بنى المشتري

٥٥٤٣ - وللشفيع ان ينقض ما بنى المشتري ويقلع الشجر ويبطل بيعه ووقفه .

٥٥٤٤ - وقال ابو يوسف : يأخذ بقيمة البناء مقلوعاً (١)

٥٥٤٥ - وهو قول الشافعي .

٥٥٤٦ - وقال الشافعي له ان يبطل جميع عقود تصرفه بالقول .

٥٥٤٧ - وعن ابن رباح وابن ابي ليلى انه اذا اوقفها او جعلها مقبرة ودفن فيها فليس له عليها سبيل لأنه ازال ملكه على نحو لا يلحقه الفسخ في ذلك .

٥٥٤٨ - ومن اشترى دارين صفقة واحدة (ولهما شفيع واحد (٢) فليس للشفيع ان يأخذ احدهما دون الاخرى لأنه يبعض الصفقة على المشتري .

فصل

٥٥٤٩ - وان اشترى دارين لأحدهما شفيع وليس له في الاخرى شفيع فله ان يأخذ التي له فيها الشفعة دون الاخرى .

(١) في مختصر الطحاوي ص ١٢٤ : (بقيمة البناء قائماً) وفيه ايضاً ان

أخذ الشفيع بقيمة البناء قائماً هو قول آخر لأبي يوسف ،

(٢) ما بين قوسين من مختصر الطحاوي (ص ١٢٣) :

٥٥٥ - وقد ذكر الطحاوي في مختصره في ذلك خلاف رواية انه يأخذ
الجميع او يدع (١)

فصل

البناء والغرس والثمرة

- ٥٥٥١ - وللشفيح ان يأخذ البناء والغرس والثمرة المتصلة على النخل بالهففة .
٥٥٥٢ - وقال الشافعي لا شفعة له في الثمرة القائمة لأنها عين اخرى .
وهي عندنا كالشجر القائم في الارض .

فصل

هدم البناء والغرس وذهابه بآفة

- ٥٥٥٣ - واذا هدم المشتري البناء وقلع الغرس اخذ الشفيح الباقي بحصته من
الثلث .
٥٥٥٤ - وان ذهب بآفة فهو بالخيار ، ان شاء اخذ بكل الثلث وان شاء ترك .
٥٥٥٥ - وللشافعي قولان :

(١) ما نسبته الى مختصر الطحاوي ليس على نحو ماورد في المطبوع من
هذا المختصر فقد ورد فيه (ص ٢٢٢) «من اشترى دار آمن رجلين وقبضها
او لم يقبضها ، صفقة واحدة ، فاراد الشفيح أن يأخذ ما باع احدهما دون
ما باع الآخر ، فليس له ذلك ، وانما له ان يأخذها كلها او يدعها
كلها ، ولعل ما اشار اليه السمناني مما اطلع عليه في نسخة خطية لم
نصلنا وتعليل ما اسنده الى تلك النسخة وحدة الصفقة .

احدهما يأخذ بكل الثمن في الموضعين والثاني يأخذ بالحمصة في
الموضعين .

فصل

٥٥٥٦ - وان وجد الغنيم الثمرة مقطوعة والبناء مقاوها فليس له اخذه
بالشعة ه انما يأخذ مادام متصلا .

باب

اختلاف المشتري والشفيع في الثمن

٥٥٥٧ - والها احتملا في الثمن وقد سلمه الى البائع فالقول قول المشتري في قدره وجلسه ، ولا يصدق عليه الشفيع ولا البائع فيما يقول لأن الشفيع كالمشتري مع البائع ، وقد بينا ذلك في كتاب البيوع .

فصل

٥٥٥٨ - وان اقام بينة جميعاً فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد لأنه المدعي (١) .

فصل

٥٥٥٩ - وقال ابو يوسف للبينة بينة المشتري لأنها تثبت زيادة الثمن (٢) .
٥٥٦٠ - واذا اختلف المشتري والبائع فأقام البينة البائع باليمين والمشتري بألف قضى بينة البائع لأنه يثبت الزيادة .

(١) و (٢) مختصر الطحاوي . ص ١٢٢

٥٥٦١ - وكذلك القول قوله في الثمن اذا لم يكن بينة .

فصل

العبرة بما أخذه البائع

٥٥٦٢ - والشفيع يأخذ الشفعة بما اخذه البائع ، دون ما أقر به المشتري ، لأن بينة البائع قد اكذبته فيما قال وذكر .

٥٥٦٣ - وقال الشافعي يأخذ الشفيع بما أقر به المشتري .

فصل

الخط من الثمن الأول والزيادة فيه

٥٥٦٤ - وقال اصحابنا : لو خط بعض الثمن أخذ الشفيع بما بقي ، وان زاد على الثمن أخذ بالثمن الاول .

٥٥٦٥ - وقال الشافعي يأخذ بالثمن الاول في الفصلين لأنه وقع به عقد البيع .

٥٥٦٦ - وفرق اصحابنا بين خط بعض الثمن وبين خط الكل في انه يأخذ بأصل الثمن لأنه لم يبق ههنا ما يجوز ان يؤخذ به .

فصل

اختلافهما في قيمة البناء

٥٥٦٧ - وان اختلفا في قيمة البناء وما ذهب منها فالقول قول المشتري عندنا

- ٥٥٦٨ - وان أقاما بينة فالبينة بينة المشتري على حد قول محمد عن أبي حنيفة .
وانه قياس قوله لانه ليس يقيم البينة على اقرار المشتري .
٥٥٦٩ - وعند أبي يوسف ان البينة بينة الشفيع على قول أبي حنيفة وأصله
الذي تقدم .

فصل

بطلان الشفعة بموت الشفيع

- ٥٥٧٠ - واذا مات الشفيع بطلت الشفعة لانه اكبر من السكوت .
٥٥٧١ - وقال الشافعي لا يبطل وهو كخيار الميب .

فصل

أخذ الأب الشفعة لولده الصغير

- ٥٥٧٢ - والفق الجميع على ان للأب ان يأخذ الشفعة لولده الصغير .
٥٥٧٣ - واختلفوا هل له اسقاطها ؟
فقال أبو حنيفة وأبو يوسف له ذلك .
٥٥٧٤ - وقال محمد وافر ليس له ذلك .
٥٥٧٥ - ولو اشترى الأب داراً وابنه شفيعها بطلت الشفعة .
٥٥٧٦ - وبطل بسكوته عن الطلب .

فصل

في الثمن المؤجل

٥٥٧٧ - وللطهيم في الثمن المؤجل ان يأخذ بمن حال ، او يصبر حتى يحل الأجل ويأخذ .

٥٥٧٨ - وقال الشافعي : يأخذه بمثل قيمة سلعة .

فصل

هل يقدم أحد الشركاء؟

٥٥٧٩ - ولا يقدم في الشفعة أحد الشركاء على غيره ، وقال الشافعي يقدم الأخ على العم اذا كان ذلك ميراثاً .

٥٥٨٠ - لأن الكل شفعاء .

فصل

المشتري شفع

٥٥٨١ - والمشتري اذا كان شفعياً فهو مثل سائر الشفعاء في ذلك ، وكونه مشترياً لا يمنع ان يأخذ بقسطه من المبيع .

٥٥٨٢ - وقال الشافعي لاشفعة له في أحد قسولي لانه لا يستحق على نفسه شفعة .

٥٥٨٣ - وتقضي ما في كتاب الشفعة فلا يمكن اطوله وكثرة فروعه وفي الذي ذكرت جملة من اصوله وإذا قد ذكرنا حكم بيع الوعاين وما يترتب عليها من الكتب وختمنا ذلك بالشفعة ، وكان ملك النكاح مثل ملك البعث في الاباحة والحظر ، وله احكام تترتب عليه وجب ان تذكره بعد ذلك .

كتاب النكاح

وهذا كتاب النكاح^(١)

فصل

الحاجة إلى النكاح

٥٥٨٤ - اعلم ان النكاح أمر دعت الحاجة اليه وبه قوام العالم ، وبقاء النسل
وقد فعله الالبياء والصالحون والعلماء والعوام والاحرار والعبيد :

فصل

النذب إليه

٥٥٨٥ - وهو مندوب اليه في الشرع عندنا .

(١) جاء في لسان العرب في مادة (نكح) :

نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً اذا تزوجها ونكحها ينكحها
باضعها ايها . وكذلك دحها وخجأها :
الازهري : وقوله عز وجل :
والزاني لا ينكح الا زانية او مشركة ، والزانية لا ينكحها الا

فصل

الوجوب

٥٥٨٦ - وقال احمد هو واجب (١)

٥٥٨٧ - ولو وجب على الانسان النكاح لكان لوجوبه وجه يعقل في الشرع والعقل ، ولكان من امتنع من ذلك ان يحكم عليه بالدم والقبح .

= زان او مشرك ، تأويله لا يتزوج الزاني الا زانية ، وكذلك الزانية لا يتزوجها الا زان .

وقد قال قوم : معنى النكاح ههنا اللوط ، فالمعنى عندهم : الزاني لا يوطأ الا زانية والزانية لا يوطأها الا زان .

قال - وهذا القول بعيد ، لانه لا يعرف شي من ذكر النكاح في كتاب الله الا على معنى للتزويج ، قال الله تعالى : « وأنكحوا الابامى منكم » فهذا تزويج لاشك فيه ، وقال تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا كنتم المؤمنات »

فأعلم ان عقد التزويج يسمى النكاح . واكثر التفسير ان هذه الآية نزلت في قوم من المسلمين فقرأوا بالمدينة ، وكان بها بغايا يزنيون ويأخذن الاجرة ، فأرادوا التزويج بهن وعوطن ، فأنزل الله عز وجل تحريم ذلك .

قال الازهري : أصل النكاح في كلام العرب اللوط ، وقيل للتزويج نكاح لانه سبب للوط المباح .

الجهوري : النكاح اللوط ، وقد يكون العقد ، نقول : نكحتها =

فصل

الثناء على يحيى

٥٥٨٨ - وقد اتى الله تعالى على يحيى بن زكريا عليهما السلام بأنه كان سيدها
وحضورا ، والحضور من لم يعرف للنكاح ،

= ونكحت هي اي تزوجت . وهي ناكح في بني فلان ، أي ذات
زوج منهم .

قال ابن سيده : النكاح البضع وذلك في نوع الانسان خاصة ،
واستعمله ثعلب في الذباب .

نكحها ينكحها نكحا ونكاحاً .

ورجل نكحة ونكح كثير النكاح : وفي حديث معاوية :

لست بنكح طلقه أي كثير التزويج والطلاق :

وانكحه المرأة زوجه اياها وانكحها زوجها والاسم النكح والنكح .
وكان الرجل في الجاهلية يأتي الحي مخاطباً فيقوم في ادبيهم فيقول
خطب ، اي جئت مخاطباً ، فيقال له نكح ، اي قدس الكحنالك اياها .
ويقال نكح الا ان نكحا هنا ليوازن خطبا .

ونكحها الذي ينكحها وهي نكحته كلاهما من اللحياني .

واستنكح في بني فلان تزوج فيهم . وحكي الفارسي : استنكحها
كنكحها .

فصل

عموم البلوى بالنكاح

٥٥٨٩ - وكتاب النكاح البلوى به عامة ، والخصائم فيه كثيرة ، ومذاهب

وفي سبل السلام (١٠٩/٣) النكاح لغة الضم والتداخل ، ويستعمل في الوطء وفي العقد ، قيل مجاز من اطلاق اسم المسبب على السبب وقيل انه حقيقة فيها ، وهو مراد من قال انه مشترك وكثر استعماله في العقد فقيل انه فيه حقيقة شرعية .

(١) الاصل في هذا الخلاف حديث « يا معشر الشباب من استطاع منكم لقاءة فليتزوج فإنه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء » . وقد جاء في سبل السلام (١٠٩/٣) « اختلف العلماء في المراد بالبائة ، والاصح ان المراد بها الجماع ، فقد بصره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة النكاح فليتزوج ، ومن لم يستطع الجماع لمعجزه عن مؤننه فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شرمه كما يقطع الوجاء : (اي) الاخضاء ... والامر بالتزويج يقتضي وجوبه مع القدرة على تحصيل مؤننه ، والى الوجوب ذهب داود وهو رواية عن احمد ، وقال ابن حزم وفرض على كل قادر على الوطء ان يجد ان يتزوج او يتعمى ، فان معجز عن ذلك فليكثر من الصوم ، وقال انه قول جماعة من السلف . وذهب الجمهور الى ان الامر للنبد .. »

الفقهاء مختلفة ، في فروعه وأصوله ، ومواضع الجواز والبطان فيه ، وخلافه كثير ، وحججه كبير ، ولا بد من ذكر مسائل من كل باب ، وطرفاً من كل فن ، وما يفعله الجاهل فيهما وقعت الخصائص وتشاجر الزوجان ، ويقدم المجمع عليه مجملًا والمختلف فيه مفصلاً ، ومواضع الخصائص مبينة إن شاء الله .

ما أجمع عليه من النكاح اللازم

٥٥٩٠ - اجمع العلماء أن النكاح إذا عقده الولي على وليته ، وهو عدل في دينه ، مرضي في قوله سليم من الموانع ، وقد اذنت له في ذلك المولى عليها ، وحضر الشهود العدول ، ووجد لفظ النكاح والتزويج وذكر المهر والخطبة ونفى عن المهر الفساد والجهالة ، واستوفى قدر مهر المثل ، ووجدت الكفاءة في النسب والدين والحرية والقدرة على المهر والنفقة ، والزوجان مميّحون أن ينكح كل واحد منهما صاحبه أن النكاح جائز وحكمه لازم .

٥٥٩١ - وكلما انخرم من هذه الشروط المذكورة شرط دخل الخلاف في ذلك .

٥٥٩٢ - ونحن نفصل هذه الشروط كلها ليعلم أن الجملة التي ذكرنا جميع عليها وما عداها مختلف فيه .

فصل

الولاية في النكاح

٥٥٩٣ - وأما الولاية (١) في النكاح على الحرة البالغة المكلفة ، فعند أبي حنيفة

(١) سند من ذهب إلى شرط الولاية في النكاح حديث أبي بردة بن =

لا ولاية عليها واذا زوجت نفسها من كفوء لازم ، وان كان
النكاح من غير كفوء فللاولياء فسخه واجازته (١)
٥٥٩٤ - وقال ابو يوسف ومجد لا يجوز النكاح بغير اذن الولي في الحلين ،
ويقف النكاح اجازته ورده (٢) .

= موسى عن ابيه قال ، قال رسول الله (ص) « لا نكاح الا بولي »
وحديث هائلة ان النكاح من غير ولي باطل . وقد جاء في سبل السلام
(١١٧/٣) « اختلف العلماء في اشتراط الولي في النكاح ، فالجمهور
على اشتراطه ، وانه لا تزوج المرأة نفسها ، وحكى عن ابن المنذر
انه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك . وقال مالك بشرط
في حق الشريفة لا الوضيعة ، فلها ان تزوج نفسها . وذهب الحنفية
انه لا يشترط مطلقاً ، محتجين بالقياس على البيع ، فانها تستقل
ببيع مملكتها .

(١) اخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بقول
ابي حنيفة في كون العاقلة البالغة لا ولاية لاحد عليها في الزواج
(م ٤ و ٧ ق و ١) ايا كان مذهبها عند العقد المعقد .

(٢) جاء في شرائع الإسلام للمحقق الحلبي في صدد الولاية في النكاح « لا
ولاية في عقد النكاح لغير الأب والجد لأب واذن هلا... وهل ثبت
ولايتها على البكر الرشيدة ؟ فيه روايات اظهرها سقوط
للولاية عنها » .

وجاء ايضاً « اذا عطلها الولي ، وهو ان لا يزوجه من كفء مع
رغبتها ، فانه يجوز لها ان تزوج نفسها ، ولو كررها اجماعاً . ولا
ولاية لها على الثيب مع البلوغ والرشد ولا على البالغ الرشيد » .

٥٥٩٥ - ولا فرق عندنا بين الثيب والبكر .

٥٥٩٦ - وفسر بعض الفقهاء بين ذلك واجاز نكاح الثيب وابطل نكاح البكر ؛

٥٥٩٧ - ولا فرق بين الدنية والشريفة .

٥٥٩٨ - وقال مالك ان كانت شريفة لم يمز ، وان كان لا حسب لها جاز .

٥٥٩٩ - وقال الشافعي النكاح الى الرجال ولا يملك النساء عقده بحال على نفسها ولا غيرها بوكالة ولا ملك (١) ؛

فصل

كمال أهلية المرأة في العقود

٥٦٠٠ - واجمع الفريقان انها كالرجال في مائر العقود سوى النكاح .

٥٦٠١ - وانها يصح اقرارها بالنكاح .

٥٦٠٢ - وانها في الحد كالرجل الحرة كالحر والأمة كالعبد .

٥٦٠٣ - وانها تملك اسقاط مهرها واختيار اعيان الازواج ، وتملك بذل مالها في الخلع .

٥٦٠٤ - وانها في التكليف والرجل سواء الا في مواضع اختلفوا فيها .

٥٦٠٥ - والعملة عندنا انها مكلفة مالكة لامرها فلا يولي عليها .

(١) الأصل في هذا حديث لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة لنفسها

رواه ابن ماجه والدارقطني ورجال ثقة وجاء في سبيل السلام

(٣ / ٢٠) فيه دليل على ان المرأة ليس لها ولاية في الانكاح لنفسها

ولا لغيرها ، فلا عبارة لها في النكاح ايجاباً ولا قبولاً .

فصل

حق المرأة في الاعتراض على تزويجها

من غير كفوء

- ٥٦٠٦ - واتفق الفريقان ان الولي لو زوجها من غير كفوء ان لها الاعتراض عليه في الفسخ والاجازة .
- ٥٦٠٧ - وقال الشافعي اذا زوج (الولي) من غير كفوء فالنكاح باطل .
- ٥٦٠٨ - وقال مالك الكفاة في النكاح غير معتبره (١) .
- ٥٦٠٩ - وهو اختيار الكرخي من اصحابنا ، لانها لا تعتبر في الدماء .
- ٥٦١٠ - والجماعة بخلافه .

فصل

نكاح الأمة والصغيرة

- ٥٦١١ - واتفقوا جميعاً على انه لا يجوز نكاح أمة ولا صغيرة لانهما لا ولاية لهما على نفسيهما ولا على غيرهما .

(١) لم يؤخذ بقول مالك على اطلاقه في الفقه المالكي فقد افتى سحنون بان للسلطان منعه الأب من تزويج ابنته بمن ليس بكفء لها فجاء في البهجة في شرح البحفة للتسولي (٢٥٩/١) « قال سحنون في العلمانية : اذا اراد الأب ان يزوج ابنته بمجنونا أو مجذوماً أو ابرص أو اسود أو من ليس بكفء لها ، وأبت الابنة ذلك ، كان للسلطان منعه ، لأن ذلك ضرر » وجاء ايضاً ان قول سحنون هذا احسن

فصل

الآثار المروية في النكاح

- ٥٦١٢ - وقد زوج أبو بكر رضى الله عنه عائشة رضى الله عنها ، وهي صغيرة بنت سبع وبنى بها النبي (ص) وهي بنت تسع .
- ٥٦١٣ - وزوج علي ام كلثوم من عمر بن الخطاب رضى الله عنهم وهي صغيرة .
- ٥٦١٤ - وهو قول اصحابنا والشافعي ومالك وعامة الفقهاء انه يجوز للاب تزويج الصغير والصغيرة (١)
- ٥٦١٥ - وكان القياس عندنا انها تختار بعد البلوغ ، وهو قول الحسن وعطاء وقتادة والأصم وابن عليه .
- ٥٦١٦ - ولو كان لها خيار لخبرت عائشة رضى الله عنها .

(١) عدل قانون الاحوال الشخصية عن هذا القول فلم يعد الاب والجد الصحيح تزويج الصغير والصغيرة دون السادسة عشرة ، اما اذا بلغ المراهق أو المراهقة هذه السن كاملة وأدعى أحدهما البلوغ وطلب الزواج فقد جعل القانون المذكور أمر تزويجه للقاضي بعد التحقق من صدق دعواه وقابليته البدنية وبعد موافقة الولي الشرعي ، فان عقل الولي الصغير أو الصغيرة طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض ، او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج (م ٩ من قانون الاحوال الشخصية) .

فصل

الأب والجد الصحيح في الولاية سواء

٥٦١٧ - والأب والجد في ذلك سواء عندنا وعند الشافعي .

٥٦١٨ - وقال مالك لا يجوز الا نكاح الأب خاصة ، على الصلبي .

٥٦١٩ - وهو قول حاكم الشعبي .

٥٦٢٠ - لأن الجد أب في الشرع ، وكل حكم ثبت للأب فالجد مثله ،

والحاجة داعية الى تصرف الجد بالمال وحفظه ، ولو لم يجوز نكاح

الجد لكان الأب مثله ، والشرع ورد بخلاف ذلك .

فصل

الصداق^(١)

٥٦٢١ - والصداق يكون على الأبن عندنا ، وهو قول الحسن وحماد وبه قال

الشافعي ومالك .

٥٦٢٢ - وقال الشعبي على الأب العاقد دون الأبن .

٥٦٢٣ - ولا خلاف ان ثمن المبيع يكون في مال الصبي دون الأب .

فصل

كفالة الأب والجد

٥٦٢٤ - وعندنا لو كفل به الأب أحده به ، لأنه دين ، ونصح الكفالة به ،

فان أداه في صحته فهو متطوع به ، لا يرجع على ابنه ، وان أداه

(١) الصدقة والصدائق والصدائق مهر المرأة وجمعها في ادنى العدد اصدته

والكثير صدق وهذان البناءان انما هما على الغالب ، وقد اصدق المرأة

حين تزوجها جعل لها صداقاً (وسمى لها صداقاً والصدقات جمع

الصدقة في قوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) لسان العرب .

وهو مريض ، أو أخذ من تركته بعد موته احتسب ذلك من
نصيب الابن .

٥٦٢٥ - وقال زفر لا يرجع به على الابن في الحالين ، لأنه لزمه بفقر اذنه .

فصل

تزويج غير الأب والجد

من العصب الصغير

٥٦٢٦ - وان كان المزوج للصغير والصغيرة غير الأب والجد من العصبات
فالتكاح جائز ولهما الخيار بعد البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد .

٥٦٢٧ - وكذلك اذا زوج الحاكم جاز وفي الخيار روايتان .

٥٦٢٨ - وفي جواز تزويج ذوي الارحام ممن يرث خلاف رواية عن
أبي حنيفة .

٥٦٢٩ - وقال الشافعي ليس لغير الأب والجد أن يزوج الصغيرة والصغير .

٥٦٣٠ - وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم بنت حمزة من عمر بن أم سلمة (١)
وهي صغيرة .

٥٦٣١ - ولا فرق بين الأب والجد وسائر العصبات بعد البلوغ ، وفي
طلب الكفاءة .

٥٦٣٢ - وما للأب من المزية في الاحكام يوجب تقديمه على البعيد من
العصبات كالميراث .

(١) هو سلمه ابن ابي سلمه عبد الله بن عبد الاسد بن هلال بن همر بن
مخزوم القرشي المخزومي وهو الذي زوج امه ام سلمة من رسول الله
(اسد الغابة ج ٢ ص ٣٣٧ ، ج ٥ ص ٤٠٠) .

فصل

تزويج الإبن أمه المجنونة

- ٥٦٣٣ - والأبن يزوج أمه المجنونة وإن كان من غير العشيرة كما برئها .
٥٦٣٤ - وقال الشافعي لا يزوج أمه إلا إن يكون مولاهما أو حاكما أو من العشيرة .
٥٦٣٥ - وعنده ابن العم لا يزوج الصغيرة فكيف يزوج المجنونة ، فإن قال إنه لا يجوز أن ارتفع الخلاف في المسألة .

فصل

اجتماع الأب والإبن

- ٥٦٣٦ - وإذا اجتمع الأب والابن فالأبن أحق عند أبي يوسف .
٥٦٣٧ - وقال مجد الأب أحق لأنه سبق بالولاية (١)
٥٦٣٨ - ومن أصحابنا من قال إيهما زوج جاز لأنه عصبة يرث كل واحد مع الآخر وإن اختلفا في كيفية الإرث .

فصل

تقصيرها في المهر

- ٥٦٣٩ - وإن قصرت في مهرها فللأولياء الاعتراض عليها في ذلك ، فسخ النكاح عند أبي حنيفة .

(١) بقول مجد أخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٦٩) .

٥٦٤٠ — وقال ابو يوسف ومجد ليس لهم ذلك وهو قول الشافعي .

٥٦٤١ — والخلاف يتحقق اذا اذن الولي لرجل بان يزوج ورخصت
هي بالهداق .

فصل

تقصير الأب في مهر ابنته

٥٦٤٢ — وقال ابو حنيفة اذا قصر الأب في مهر ابنته ، أو زاد في مهر
الابن فهو جائز ويلزم ذلك .

٥٦٤٣ — وقال ابو يوسف ومجد لا يجوز ذلك ، ولا يجوز الا بمهر المثل
وما يتغابن الناس فيه (١)

٥٦٤٤ — وهو قول الشافعي واختلف عنهما في تفسير لا يجوز فمنهم من قال
عنهما لا يجوز تسمية الصداق ويلزم مهر المثل كما لو لم يسم في العقد
شيء ومنهم من قال العقد لا يجوز .

٥٦٤٥ — لأن ابطال القسمة انما يصح تبعاً لأبطال العقد .

فصل

خيار البلوغ

٥٦٤٦ — وخيار الصغيرين اذا بلغا يكون خيار البلوغ ، فاذا اشهد في

(١) بقولهما اخذ الطحاوي في مختصره (ص ١٧٣)

المجلس الذي بلغا فيه (١) ورفع ذلك الى القاضي فرق بينهما وهما
زوجان ما لم يفرق بينهما يتوارثان ، ما لم يفرق القاضي وان
حصل الاختيار .

٥٦٤٧ — وقد روى ابن المبارك انه لا خيار لهما عند ابي حنيفة .

٥٦٤٨ — وهو قول ابي يوسف من غير خلاف عنه .

٥٦٤٩ — والخيار في المجلس في قولهم عند البلوغ فان سكنت البكر قليلا
ولم تختر فسخ النكاح جاز النكاح وبطل الخيار لان سكونها
بمنزلة الاذن .

٥٦٥٠ — وخيار الطلاق والعنة على المجلس ما لم يوجد اعتراض
كخيار القبول في البيع .

٥٦٥١ — وان قامت من المجلس بطل الخيار .

فصل

زعمت أنها لا تعلم أن لها الخيار

٥٦٥٢ — واذا علمت بالنكاح وقالت لم اعلم ان لي الخيار فلا خيار لها ، كما
لو أقر الشفيع بالبيع وقال لا اعلم ان لي شفعة .
٥٦٥٣ — وكذلك الرد بالعيب .

(١) في المخطوطة : (بلغ) وما بين قوسين يقتضيه سياق الكلام .

فصل

زعمت أنها لم تعلم بالنكاح

٥٦٥٤ — وان قالت انا اعلم بان الخيار لمن زوجها غير الأب والجد ، ولكن لم اعلم بالنكاح فلها الخيار .

٥٦٥٥ — والقول قولها مع يمينها انها ما علمت بالنكاح .

٥٦٥٦ — فاذا حلفت فلها الخيار عقيب ذلك . فان فسخت والا لزم للنكاح .

فصل

اختلاف الزوجين في اختيارهما الفرقة

٥٦٥٧ — وان اختلفت هي والزوج بعد البلوغ فقالت اخترت الفرقة حين ادركت ، وقال الزوج لم نختاري ، فالقول قول الزوج لأن الاصل عدم الخيار .

٥٦٥٨ — والبينة بينة المرأة اذا شهدت لها بالفرقة ، ولها ان تستحلف الزوج على دحواها ، لأن الفرقة يصح بدلها عند أبي حنيفة ، وثبت بالأقرار عندهما .

فصل

ردت النكاح بعد البلوغ ثم رضيت

٥٦٥٩ — ولو قالت بعد البلوغ لا ارضى بالنكاح وقد اخترت الفرقة ، ثم
(١) الفرق بين هذه المسألة والسابقة عليها ان الجهل بحكم الشرع لا يقبل من مكلف والجهل بالواقعة يقبل .

رضيت قبل ان يلحق الحاكم جاز النكاح ، لأنها رضيت قبل
الفرقة بالنكاح (١) .

فصل

سكوت الغلام

٥٦٦٠ — ولا يكون سكوت الغلام رضا بعد البلوغ ، ورضاه ان يرضى
بقوله : رضيت او يبطأ الزوجة فيكون رضا .

فصل

تكييف اختيار الفسخ

٥٦٦١ — وهي اذا اختارت أو اختار الفسخ (وقعت) فرقة بغير طلاق
لأنها يستوي فيها الرجل والمرأة .

فصل

لا مهر مع اختيار الفرقة

٥٦٦٢ — ولا مهر لها ان لم يدخل بها ، سواء أكانت هي التي اختارت ، أو
اختار الزوج (٢) .

فصل

دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة

٥٦٦٣ — وان كان دخل بها وهو صغير ثم اختار الفرقة بعد البلوغ فعليه

(١) أي قبل الحكم بالفرقة بالنكاح .

(٢) لأن هذه الفرقة ليست طلاقاً وإنما هي نقض لعقد موقوف على الخيار .

المهر الذي سمي كائناً ما كان ، والفرقة بغير طلاق .
وسند كـر في كتاب الطلاق ما يكون طلاقاً وما لا يكون لان ذكره
هناك اشبه بالموضع من ههنا .

فصل

٥٦٦٤ - والاب اذا زوج ابنته او غيره من الاولياء وهي بكر ، واختلفت
هي والزوج ، فقال الزوج بلغك النكاح فسكت ، وقالت بل بلغني
فرددت ، فالقول قول المرأة عند ابي حنيفة ، ولا يمين عليها ،
وهنهما اليمين عليها .

٥٦٦٥ - وقال زفر القـول قول الزوج لان الاصل هو السكوت
والرد طاريء .

٥٦٦٦ - وابو حنيفة يقول الظاهر يدفع به دعوى الغير ولا يستحق به على
الغير شيء . ولهذا مسائل كثيرة نظرت .

فصل

كيفية إجازة العقد

٥٦٦٧ - وكل عقد وقف على الاجازة فاجازته انما تكون بقول المجيز او
لممكنه من الوطء .

٥٦٦٨ - وقد كان النبي (ص) اذا اراد ان يزوج بنتاً دلاً من خدورها وقال :
ان فلاناً يذكر فلانة فان سكنت زوجها .

فصل

إذنها صماتها

٥٦٦٩ - وقال « الام أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في (نفسها)
واذنها صماتها » (١) .

(١) سنن النسائي (٨٤ / ٦) في رواية اخرى « واليتيمة تستأثر » وفي
ثالثة « ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمها اقرارها »

وقال «سكوتها اقرارها» .
٥٦٧٠ - وقد كان القياس ان لا يكون السكوت اذنا ، والها تركنا
ذلك للأثر .

فصل

بكاء البكر

٥٦٧١ - ولو بكيت حين اعلمت فقد روى عن محمد انه يكون اذنا .
٥٦٧٢ - وقال غيره لا يكون البكاء اذنا .
٥٦٧٣ - وانفق الجميع على ان الضحك اذن .

فصل

زوجها ولي بغير كفوء برضاها

٥٦٧٤ - واذا زوج أحد الاولياء من غير كفوء برضا الزوجة سقط حق
من بقي من الاعتراض عند أبي حنيفة ومحمد لأنه حق لا يتبعض .
٥٦٧٥ - وقال أبو يوسف لا يسقط ، ولمن بقي حق للفسخ .
٥٦٧٦ - وللشافعي قولان .
٥٦٧٧ - وانفق الجميع على ان حق العقد لكل واحد ، وانه اذا تولاه
بعضهم سقط حق الباقي .

فصل

عند غيبة الولي الأقرب

٥٦٧٨ - والولي الأقرب اذا غاب جاز للولي الأبعد ان يزوج الصغيرين ،

- ويتصور الخلاف في الأب والجد والاخ للأب والأم والاخ للأب
 ٥٦٧٩ — وقال زهر لا يجوز .
 ٥٦٨٠ — وقال الشافعي بزواج مع غيبة الولي الاقرب الحاكم .
 ٥٦٨١ — والخلاف لا يتصور مع الشافعي في امرأة بعينها ، لأنها اذا كانت
 كبيرة فليس لاحد عليها ولاية ، وان كانت صغيرة فالحاكم
 لا يزوج الصغار عنده ، وقد اوضحنا ذلك في كتاب الخلاف من
 والهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل .

فصل

عدالة الولي^(١)

- ٥٦٨٢ — واما اعتبار العدالة في الولي فان الشافعي اعتبرها ، وقال : لا يجوز
 ولاية فاسق على ابنته واخته ، ومن أصحابه من قال ان كانت
 ولاية اختيسار لم يناف الفسق ، وان كانت ولاية اجبار كالأب
 والجد نافي الفسق .
 ٥٦٨٣ — واعتبر بعضهم العدالة الباطنة والظاهرة .
 ٥٦٨٤ — وقال ابو حنيفة يجوز ان يكون الولي فاسقاً ووكيلاً في النكاح .
 ٥٦٨٥ — واتفق الجميع على ان الرق والصغر والجنون يمنع الولاية .
 ٥٦٨٦ — وقال محمد بن الحسن والشافعي : السفه لا يكون ولياً في النكاح
 على ابنته .

(١) انظر في عدالة الولي بحث العدالة في الشهادة .

٥٦٨٧ - وقال الجميع للاب الكافر ان يزوج ابنته الكافرة ، وجعل الكفر
اقل من الفسق .

٥٦٨٨ - واجاز الجميع ان يزوج لنفسه وانه يملك الاعتراض عليها في
الكفاءة ، وانه يستوفى القصاص ، ويجوز ان يكون وكيلا في
سائر العقود ، ويجوز ان يبيع الامة ويشترى العبد .

الشهادة في النكاح

٥٦٨٩ - واعتبر اصحابنا في النكاح الشهادة ، وقالوا انها شرط في
الصحة (١) .

٥٦٩٠ - وبه قال الشافعي .

٥٦٩١ - وقال مالك : يجوز بغير شهادة كما يجوز البيع ، ويجوز بشهادة
الفاسق ، لانه يجوز بشهادة الكافر .

٥٦٩٢ - وقال الشافعي لا يجوز بشهادة فاسقين .

٥٦٩٣ - ويجوز ان ينقذ النكاح بما لا يثبت به عند الحاكم كنكاح
الكافرين بشهادة مثلهم ، ولا يثبت بالاقرار ، ولا ينقذ
به النكاح .

فصل

٥٠٩٤ - ويجوز بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عندنا .

٥٦٩٥ - وقال الشافعي لا ينقذ بشهادة الرجال والنساء ولا يثبت .

٥٦٩٦ - وكذلك الرجعة والوكالة والوصية والطلاق والعناق وكل ما ليس
بمال ولا المقصود منه المال .

(١) إعتبار الشهادة شرطاً في النكاح - خلافاً لسائر العقود - من مسائل
الاجماع في الشهادة كما في الميزان الشعراني والافصح لابن هبيرة
في بحث الشهادة .

٥٦٩٧ - واجاز شهادة النساء في الرضا مع الرجال ، وليس بمال ، وكذلك
اذا شهدوا بالاسلام فقتل (١) .

فصل

أخبار النساء في النكاح

٥٦٩٨ - واخبار للنساء في النكاح مقبولة ، وليس في اعتبار الشهادة والولي
الارواية النساء فكيف عمل بقولها في الأصل ولم يعمل به
في الفرع .

فصل

٥٦٩٩ - واذا شهد ذميان في نكاح كافرة ومسلم جاز عند ابي حنيفة
والابي يوسف .
٥٧٠٠ - وقال محمد لا ينعقد .
٥٧٠١ - وهو قول الشافعي .
٥٧٠٢ - وهذه المسئلة تبنى على جواز شهادة الكافر على الكافر ، وهو الذي
يحتاج اليه في الاباحة .

فصل

ألفاظ النكاح

٥٧٠٣ - واما اعتبار اللفظ التزويج والانكاح فعندنا ينعقد بهما النكاح ،

(١) كما في النسختين وما بين حرف القاف واللام حرف غير
منقوط فيهما .

وبكل اللفظ يملك به رقبة الأمة ؛ فإنه ينعقد النكاح لأن المقصود
ان يملك بلفظ يفيد الملك .

٥٧٠٤ - وفي الاجارة خلاف رواية عن ابي الحسن الكرخي رحمه الله .
٥٧٠٥ - وقال الشافعي لا ينعقد بغير اللفظ النكاح والتزويج لأنه وطع
للنكاح .

٥٧٠٦ - وافق الفريقان على انه يجوز ان يطلق ويعتق ويبيع ويرهن ويشارك
ويساقى بغير اللفظ الموضوع للعقد .

فصل

النكاح بغير العربية

٥٧٠٧ - ويجوز بغير اللفظ العربية وسائر اللغات وان كان يحسن العربية .
٥٧٠٨ - وقال الشافعي لا يجوز بغير اللفظ العربية لمن يحسن ذلك ، ولين
لا يحسن وجهان في الجواز .
٥٧٠٩ - وافق العلماء على انه يجوز ان يقر بالنكاح بغير العربية وبوكل (١)
ويبيع ويعقد سائر عقودة .

فصل

لا نكاح بغير بدل

٥٧١٠ - واجمعوا على انه ليس لأحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، ان
ينكح بغير بدل في العقد ، وسنذكر كتاب الصداق وما فيه ان
شاء الله .

(١) في اللسختين يؤمن .

فصل

تمهيد لما يحل ويحرم من المنكوحات

٥٧١ - واختلف العلماء في مواضع اباحة النكاح وجوازه في الايمان دون الشروط في العقد وأجمعوا على مواضع في التحريم ومواضع في الصحة واختلفوا في المواضع الأخر ، فمنهم من يلحق ذلك بالمحرم ومنهم من يلحق ذلك بالمحلل ، والأصل في ذلك ما نذكره .

باب

ما يحرم من المنكوحات

٥٧١٢ - ذكر الله تعالى في كتابه أربعة عشر ضرباً من المحرمات : لأربع عشرة امرأة سبعة من جهة النسب وسبعة بالسبب .

فصل

الحرمة من جهة النسب

٥٧١٣ - فقال :

« حرمت عليكم امهاتكم ، (١)

فالأم حرام بنص الكتاب والسنة وامهاتها الى آدم حرام من جهة الآباء والامهات وكذلك امهاتها من جهة الرضاعة (٢) حرام بالسنة ، والاجتماع فيما عدا الأم . (٣)

(١) النساء ٢٣ - ٢٥

(٢) الرضاع بفتح الراء وكسرهما لغة مص الولد ثدي الأم واصطلاحاً مص الرضيع اللبن (رسالة لأبن نجيم في حدود الفقه منشورة في آخر الاشياء والنضائر مع غمز عيون البصائر (ص ١١٩) .

(٣) اي انها حرام بنص القرآن .

٥٧١٤ - ثم قال :

« وبناتكم »

فالبنات حرام بنص القرآن وأولاد البنين والبنات حرام بالسنة
والاجماع الى آخر النسل .

٥٧١٥ - ثم قال :

« واخواتكم »

فالأخت حرام بالنص ، ولا فرق بين الأخت من الأب أو الام
او منهما (وما ولدن وان سفلن عليه حرام ، وكذلك اخته من
الرضاع وما ولدت وان سفلن) (١)

٥٧١٦ - ثم قال :

« وعماتكم »

فالعمة حرام بنص القرآن وعماتها وخالاتها وامهاتها حرام
بالاجماع والسنة .

٥٧١٧ - ثم قال :

« وخالاتكم »

فالخاله حرام وخالاتها وامهاتها بالاجماع والسنة ،

٥٧١٨ - ثم قال :

« وبنات الاخ وبنات الاخت »

واجمع العلماء ان بنت العمة والخاله حلال ، وان بنت الأخت

(١) ما بين قوسين من مختصر الطحاوي (ص ١٧٦)

وبنائها حرام وكذلك بنات الأخ وبنات بناته وبنات بنيه حرام .
فهؤلاء حرام من جهة النسب .

فصل

الحرمة من جهة السبب

٥٧١٩ - وأما السبب : فقوله :

« وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم » .

فالأم من الرضاعة حرام بالنص . والقول في أمهاتها كالقول في
أم للنسب ، وكذلك بناتها ، لأنه عليه السلام قال :

« يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (١) »

٥٧٢٠ - والأخت من الرضاعة كالأخت من النسب وأولادها كأولادها .

٥٧٢١ - واجمعوا على أن أولاد الأخ من الرضاعة مثل للنسب وإن أولاده
كأولاده سواء في التحريم .

٥٧٢٢ - ثم قال :

« وأمهات نسائكم ، فحرمت أم الزوجة بالنص وأمهاتها حرام
بالاجتماع إلى آدم ، ولا فرق عندنا بين أن يكون دخل بالهنت أو لم
يدخل بها لأنها مبهمة » (٢)

(١) سنن النسائي ٩٩/٦ وروى أيضاً : يحرم من الرضاع ما يحرم
من الولادة .

(٢) في النسختين : بالأم وهو غلط والصواب ما أثبتناه .

٥٧٢٣ - وهو قول ابن عباس وابن مسعود ، وبه قال عامة الفقهاء .

٥٧٢٤ - ومن التابعين من قال : اذا لم يدخل بالبنت لم تحرم عليه بالعقد ، وجعل شرط الدخول يرجع الى الجميع ، ولورد الى الجميع لفسد الكلام لأنه يصير « وربائبكم من نساءكم » وهذا يفسد الكلام

٥٧٢٥ - واجمعوا على ان الأمة المشتراة لا تحرم (امها) بنفس الشراء ، وانه اذا دخل بأمة ان امها حرام عليه كالحرّة .

٥٧٢٦ - ثم قال :

« وربائبكم اللاتي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن . فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم »
فالربينة حرام بهذه الشرائط المذكورة .

٥٧٢٧ - وان كانت في غير حجره فكذلك ايضاً ، وانما خسر ج الكلام على المعتاد .

٥٧٢٨ - ومن السواد من الفقهاء من قال : اذا لم تكن في حجره يجوز ، وهذا ظاهر الفساد .

٥٧٢٩ - ثم قال :

« وحلائل ابنائكم »

فزوجة الابن حرام بالنص على أبيه .

٥٧٣٠ - واجمع العلماء ان سائر الاجداد مثل الاب في ذلك .

٥٧٣١ - واجمعوا على انه لو وطئ أمة انها تحرم على الآباء كالزوجة .

٥٧٣٢ - واجمعوا ان اولاد البنات والبنين في ذلك سواء :

٥٧٣٣ - وقوله :

« من اصلا بكم »

٥٧٣٤ - ليخرج من ذلك اولاد النبي كزيد بن حارثة . (١)

٥٧٣٥ - والما فرض الله تعالى لكاح امرأة زيد على رسول الله (ص) واوجبه عليه لتقتدي به الأمة في ذلك ، ولهذا قال « لكيلا يكون على المؤمنين حرج في ازواج ادعيالهم اذا قصروا منهم وطراً ، وكان أمر الله مفعولاً .

٥٧٣٦ - ثم بين ان لبيه كان يكره ذلك ويمتنع منه طبعاً بقوله :

٥٧٣٧ - « ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له » يعني عليه .

ثم قال :

« سنة الله في الذين خلوا من قبل »

٥٧٣٨ - ثم قال :

« وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »

فالجمع بين الاختين حرام في عقد النكاح .

٥٧٣٩ - واجمعوا ان ملك اليمين مثل ذلك (٢)

(١) كان النبي معروفاً في الجاهلية وقد نبى النبي (ص) زيد بن حارثة عملاً بذلك للعرف ثم ابطال النبي بعد ذلك بآية « ادعهم لآبائهم » (انظر قصة هذا النبي في حزانة الادب للبغدادي . المطبعة السلفية

ج ٣ ص ٢٦٦ - ٢٦٧) .

(٢) انظر الموطأ رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ١٨٠) باب الرجل يجمع بين المرأة وابنتها وبين المرأة واختها في ملك اليمين (الرقم ٥٣٦-٥٣٧)

٥٧٤٠ - وقد خالف في ملك اليمين مخالفتون ، ولو جاز ذلك لبي الالتهين
لجاز في الأم والابنة .

٥٧٤١ - وقوله :

والا ما قد سلف ، يعني في الجاهلية .

٥٧٤٢ - وقال في آية أخرى :

ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء (١) فهذه السابعة .

٥٧٤٣ - وقال :

والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم (٢)

فهذا في ازواج الكفار اذا سبين وقعت الفرة بينهم وحللن لنا .

٥٧٤٤ - ثم قال :

« كتاب الله عليكم »

أي اقتدوا بما حرمت وحللت ولا تفعلوا غيره ؛

٥٧٤٥ - ثم قال :

(١) في سنن النسائي (١٠٩/٦ - ١١٠) « عن البراء قال لقيت خالي ومعه

الراية ، فقلت ابن تريد ؟ قال ارسلني رسول الله (ص) الى رجل

تزوج امرأة ابيه من بعده ان اضرب عنقه أو اقتله » وفي رواية

أخرى عنه « ان اضرب عنه وأخذ ماله » .

(٢) وهنا يخطر لنا سؤال مهم في هذا الصدد فهل ينطبق حكم هذه

الآية في عصرنا هذا على المحروب التي تقع بين دولة مسلمة وأخرى

غير مسلمة وهل يحل لمحنود الدولة المسلمة ان يملكوا نساء جيش

العدو غير المسلمين وان يدخلوا بهن دخولا مشروحا ؟ أم يقال بأن =

« وأحل لكم ما وراء ذلك »

بشرط ان لا يكون في معنى ما حرم علينا ، ففي كان في معناه فهو
حرام مثله .

= حكم هذه الآية مبني على عرف العصر الذي نزل فيه القرآن حيث كانت
جميع الدول المعاصرة للدولة الإسلامية في عصر البعثة تفعل
بالأسيرات مثل ذلك الفعل ، فكانت جيوش الدول غير المسلمة
تستبيح الأسيرات من نساء المسلمين بمجرد الأسير اذ كن يعتبرن
بالأسر مملوكات لمن كما تعتبر نساؤهم بالأسر مملوكات للمسلمين ،
فلما تغير العرف الدولي في عصرنا هذا وجب القول بأن حكم
الآية وأن لم يتغير الا ان تغير العرف الدولي جعل احد شروط
تطبيقه مفقوداً فلم يعد جائزاً تملك الأسيرات غير المسلمات بمجرد الأسير
وانما نملك حجزهن فحسب كما لا يملكون الأسيرات من رعايا الدولة
الإسلامية وانما يملكون حجزهن فقط وبذلك لانه نسخ عقود الزواج بين
الأسيرات وبين أزواجهن في معسكر الفريقين فلا ينطبق حكم
الآية الكريمة الا إذا خالف جيش العدو العرف وأباح لجنوده
تملك الأسيرات من المسلمات والزوج بهن .

ولا يمكن الرد بأن العرف لا يغير نص القرآن لأن حكم الآية
مشروط ببقاء العرف القديم وعدم تجاوز العرف الدولي الجديد ، فإن
التزم العدو به فحكمه النص تقضي بأن لا يطبق على الحروب الحديثة
وهذا شبيه بالآية المتعلقة بالمؤلفة قلوبهم فقد اجتهد الامام المعادل عمر
ابن الخطاب (رض) عنه فوجد ان حكمها موقوفة وان حكمها =

فصل

عدم الجمع بين المرأة وعمتها أو بينها وخالتها

٥٧٤٦ - وقد روى عن النبي (ص) انه قال :

« لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا بنت اختها ولا بلت
أخيها ، ولا نسأل المرأة طلاق اختها لتكفي ما في صفتها ، فإن
الله هو الرزاق (١) .

= مرهون بالحاجة الموقته بمقدار تحقق شروط الحاجة ، فلا تنطبق الا اذا
تجددت الحاجة ، فإذا انتفت فلا نلتزم « بتأليف قلوب ، خاوية
على ايمانها . من هذا المثال يتضح لنا ضرورة تجديد احكام السير أي
قواعد القانون الدولي ، بمراعاة روح التشريع الاسلامي من جهة
وتغير العرف الدولي من النقيض الى النقيض حيث اصبح الاصل في
العلاقات الدولية في عصرنا هذا قيامها على السلم والتعاون وتبادل
المصالح ومراعاة مبادئ المروءة والعدل ، وعدت الحرب شذوذاً على
ذلك فوجب معاملة الدول الاخرى على اساس من المقابلة بالمثل وهو
مبدأ يقره الاسلام وعلى اساس منه فرض سيدنا عمر بن الخطاب (ر)
الضريبة على التجار الوافدين الى دار الاسلام . ويمكن ان نلمس
قاعدة التعايش السلمي بين الشعوب المؤمنة بالسلام في قوله تعالى
« تعالوا الى كلمة سواء » فإن مطلق هذه الآية لا يمكن التسلم بنسخه
بفرض الجهاد على المسلمين لأن للجهاد شروطاً واحكاماً وظرفاً فهو
مقيد بكل ذلك .

(١) في سنن النساء عن ابي هريرة ان رسول الله (ص) نهى عن اربع
نسوة يجمع بينهن المرأة وعمتها والمرأة وخالتها (٩٧/٦) في
سنن النساء .

٥٧٤٧ - ومن اصحاب الظاهر من قال يجوز الجمع .

٥٧٤٨ - وهو مذهب الخوارج .

٥٧٤٩ - والصحيح عند الفقهاء هو المنع .

٥٧٥٠ - والقاعدة عندنا ان كل امرأتين لو كان واحد منهما رجلاً لم يجوز ان

يتزوج بالآخرى فان الجمع بينهما لا يجوز .

فصل

لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

٥٧٥١ - واجمع علماء الأقطار على أن لا يجمع بين أكثر من أربع حرائر

لان النسبي (ص) لفرق بين غيلان وبين ما زاد على أربع

نسوة (١) .

٥٧٥٢ - وقال من لا يعتمد بخلافه يجوز ذلك الى تسع ، وهذا خلاف

السنة المروية .

(١) في الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني : قال رسول الله لرجل من

ثقيف اسلم وكان عنده عشر نسوة : « امسك اربعاً ابتهن شاء ،

ويفارق ما بقى ، واما ابو حنيفة فقال : نكاح الاربع الاول جائز ،

ونكاح ما بقى ممنهون باطل ، وهو قول ابراهيم النخعي . (الموطأ

ص ١٧٨ الرقم ٥٣٠) وانظر ترجمة غيلان بن سلمة في اسد

الغابة ١٧٢/٤ .

فصل

تزوج امرأة في عدة أختها

٥٧٥٣ - وإذا تزوج امرأة في عدة أختها أو أربعا سواها فالنكاح جائز عند الشافعي إذا كان الطلاق بائناً ، وإن كان رجعياً لم يجز .

٥٧٥٤ - وقال أصحابنا لا يجوز في الفصلين لأن العدة كالنكاح في حق الزوجة فكان النكاح في حق الزوج كالطلاق الرجعي لأنه يجمع ماله في رحم أختين وهذا لا يجوز .

٥٧٥٥ - وإن قال أخبرني باللفظاء عدتها جاز أن يتزوج بأختها أو أربع سواها عند أبي حنيفة وصاحبيه .

٥٧٥٦ - وقال زفر لا يجوز له ذلك وإن كانت قالت ذلك في وقت لا يمكن انقضاء العدة (فيه) لم يجز في قولهم جميعاً .

فصل

نكاح المشتركة والوثنية إلخ

٥٧٥٧ - ولا يجوز نكاح مشتركة ولا وثنية ولا مجوسية ولا مرتدة بنكاح ولا ملك يمين .

٥٧٥٨ - وفي المجوسية خلاف أبي ثور وهو شاذ من الفقهاء (١)

(١) في مذهب الشيعة الإمامية الاثنا عشرية قول بجواز نكاح المجوسية وإن يكن التحريم هو أشهر الروايتين عندهم (شرايع الاسلام للمحقق الحلي ١٩/٢) .

فصل

نكاح الكتابيات

- ٥٧٥٩ - ويجوز نكاح الكتابية نصرانية كانت أو يهودية .
٥٧٦٠ - ومنهم من قال لا يجوز (١) .
وقال الشافعي لا يجوز الا نكاح الامرائليات وحدهن ، فخص
العموم بغير دلالة ، وسوى بين الجمع في اباحة الطعام .
٥٧٦١ - ويجوز وطء الأمة الكتابية بملك اليمين والنكاح .
٥٧٦٢ - وقال الشافعي يجوز بملك اليمين ولا يجوز في النكاح . وسوى
الجمع بين المسلمة في النكاح والملك وبين الوثنية في النكاح والملك
اله لا يجوز ، وفرق هو في الكتابية .

فصل

الجمع بين حرة وأمة

- ٥٧٦٣ - واجمع الفقهاء المشهورون انه لا يجوز الجمع بين حرة وأمة في
عقد للنكاح ، وانه اذا فعل ذلك بطل نكاح الأمة .
٥٧٦٤ - وقال سواد منهم يجوز الجمع كما يجوز في الحرائر لأن كل واحد
يجوز في حالة الانفراد .

(١) في شرائع الاسلام ان مثل هذا الخلاف وارد في فقه الامامية فقد
جاء فيه ، في تحريم الكتابية من اليهود والنصارى روايتان اشهرها
المنع في النكاح الدائم (١٩/٢) .

٥٧٦٥ - وقال الشافعي اذا جمع بينهما بطل العقد في الحرية ايضاً ، وعندنا

لا يبطل في الحرية .

٥٧٦٦ - لأنه لا يجوز ادخالها على الأمة .

فصل

زواج الأمة

٥٧٦٧ - ويجوز تزوج الأمة وان كان قادراً على تزوج حرة .

٧٥٦٨ - وقال الشافعي لا يجوز الا بشرطين عدم طول (١) حرة وخوف

العنت ، (٢) لأن الله شرط ذلك .

٥٧٦٩ - وعندنا الآية على بيان الاولى ولهذا شرطان لا تكون ذات محدن (٣)

ولا مسافحة .

(١) الطول القدرة على المهر وقوله تعالى « ذي الطول لا اله الا هو »

أي ذي القدرة ، وقيل الطول الغنى والطول الفضل (لسان العرب) .

(٢) العنت : دخول المشقة على اللسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلان

فلاناً ، اذا ادخل عليه حنتاً أي مشقة . قال ابن الاثير : العنت

المشقة والفساد والهلاك والأثم والغلط والخطأ والزنا ، كل ذلك قد

جاء واطلق العنت عليه (لسان العرب) .

(٣) في لسان العرب المحدن المدين ، وخدن الجارية محدثها ، وكانوا

في الجاهلية لا يمتنعون من خدن يحدث الجارية فجاء الاسلام

يهدمه ، والمخادلة المصاحبة .

٥٧٧٠ - والطول عندنا ان تكون تحت الحرية لأنه بذلك تحصل القدرة .

فصل

الجمع بين أربع من الأماء

٥٧٧١ - ويجوز ان يجمع الحر بين أربع من الأماء .

٥٧٧٢ - وعنده لا يجوز وان وجد الشرط .

فصل

تزوج الحرية على الأمة

٥٧٧٣ - ويجوز ان يتزوج حرة على أمة ، وقال ابن عباس اذا فعل ذلك بطل نكاح الأمة .

٥٧٧٤ - ولا فرق عندنا بين الحر والعبد في ذلك .

٥٧٧٥ - وقال الشافعي للعبد ان يجمع بين أمتين وبين حرة وأمة .

٥٧٧٦ - ولو كان في العبد لكان في الحر اجوز

فصل

إذن المولى للعبد في الزواج

٥٧٧٧ - ولا يتزوج العبد بغير إذن مولاه .

٥٧٧٨ - وقال مالك يجوز ، وهو قول اهل الظاهر .

٥٧٧٩ - لأن العبد مملوك كالأمة .

فصل

لا يجمع العبد بين أربعة

٥٧٨٠ - ولا يجوز له (للعبد) ان يجمع بين أربعة (وقال مالك رحمه الله
يجوز) (١) .

٥٧٨١ - لانه الاصل من الحر في الاباحة ، ولا يملك ما زاد على اثنين لانه
ينصف ما يجوز للحر مما يقبل ذلك .

فصل

إجبار الأرقاء على الزواج

٥٧٨٢ - ويجوز اجبار الأرقاء كلهم على النكاح الا المكاتبين الصغار
والكبار .

٥٧٨٣ - وقال الشافعي لا يجوز اجبار العبد ويجوز اجبار الامه .

٥٧٨٤ - وفي الصغير وجهان لهم .

٥٧٨٥ - لان العقد في حق المولى يقع حكمه لا فيما يملكه العبد فهو كالامة

٥٧٨٦ - وقد روى الطحاوي في المختصر في العبد مثل قول الشافعي (رحمه

الله) (٢) .

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس . وانظر بداية المجتهد ٢ / ٢٣ وفيها

« قال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً ، وبه قال اهل

الظاهر ، وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين

اثنتين فقط » .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

إقرار المولى على عبده بالنكاح

- ٥٧٨٧ - ولو أقر المولى على عبده بالنكاح لم يجز عند أبي حنيفة .
- ٥٧٨٨ - وجاز عند أبي يوسف ومحمد ، سوى ما بين العبد والامة ، وفرق هو في ذلك .
- ٥٧٩٩ - وقد روى عن أبي حنيفة مثل قولهما ، وروى عنه انه قال في العبد يقبل وفي الامة لا يقبل لانه فرج ، حكى الرواية ابو الليث في خلافة لاصحابنا .
- ٥٧٩٠ - وانفقت الرواية عنه ان المولى لا يقبل إقراره في الصغير والصغيرة ويقبل عقده .
- ٥٧٩١ - وكذلك وكيل المرأة (١) والزوج لا يقبل إقراره عنده ،
- ٧٥٩٢ - وقال ابو يوسف ومحمد يقبل الجميع .

فصل

حكم من ذهب بكارتها في الإذن

- ٥٧٩٣ - وقالوا : لو ذهب بكاراة الحرة بطول الزمان او رتبة فهي بحكم البكر في المكوث انه اذن منها ، ولو ذهب بما يجب به المهر فهي ثيب في الاذن
- ٥٧٩٤ - واختلفوا في الزنا فقال ابو حنيفة هي كالبكر .
- ٥٧٩٥ - وقال ابو يوسف ومحمد هي كالثيب ، وهو قول الشافعي :
-
- (١) في نسخة تونس (الوكيل) بدلا من (وكيل المرأة) .

٥٧٩٦ - لان هذا وطء ولا يتعلق به حكم من احكام النكاح .

فصل

إجبار الأمة في عيوب الزوج

٥٧٩٧ - وان زوج أمته من ابرص او مجذوم فلا خيار لها عندنا ؛

٥٧٩٨ - وقال الشافعي لها الخيار .

وان وجدته مجنولاً او عنيناً فالخيار الى المولى عند أبي حنيفة وزفر
ولا خيار لها ،

٥٨٩٩ - وقال ابو يونس الخيار لها دون المولى ؟

فصل

تزوجت على أنها حرة

٥٨٠٠ - ولو تزوجت على أنها حرة فإذا هي أمة فالنكاح باطل ولا يجوز
إلا ان يجيزه المستحق .

٥٨٠١ - وما ولدت قبل ذلك فهو حر ، وعلى الزوج قيمة ما هو حي من
الأولاد دون الميت ، ويرجع به على الغار له كائنا من كان فإن كانت
هي التي غرت رجع عليها بعد العتق .

فصل

شرط في النكاح على أنه حر إلخ . .

٥٨٠٢ - واذا شرط في النكاح انه حر ، فكان عبداً فقد أذن له مولاه ، او

من عشيرة فكان من غيرها أو بكراً وكانت ثيباً ، أو وجد بخلاف
ما شرط فالنكاح جائز .

٥٨٠٣ - وقال الشافعي وهو باطل في أحد قوليه لأن المعقود عليه ليس هو
عين الزوج (١) عندنا .

فصل

إجبار أم الولد والمكاتبة على النكاح

٥٨٠٤ - ويجوز إجبار أم الولد على النكاح .

٥٨٠٥ - وقال الشافعي لا يجوز .

واتفقوا على أنه لا يجوز في المكاتبة .

فصل

تزوج أخت أم ولده في عدتها منه

٥٨٠٦ - ولا يجوز أن يتزوج أخت أم ولده في عدتها منه من العتق .

٥٨٠٧ - وقال الشافعي يجوز ، لأن عدتها أقوى من فراشها لأنه لا يملك أن
ينقله إلى غيره .

فصل

إعفاف العبد والأب

٥٨٠٨ - ولا يجب على المولى إعفاف عبده ، ولا يجوز على الابن
إعفاف الأب .

(١) في نسخة تونس (المزوج) .

٥٨٠٩ - وقال الشافعي يجب في ذلك ولا يجب في الام والأبن بإجماع .

فصل

من له أب في الإسلام

٥٨١٠ - ومن له أب في الإسلام فقير كفوء لمق له آباء ،

٥٨١١ - وقال الشافعي همساواة في الكفاءة (١) .

فصل

تزوج الأب جارية الإبن إلخ ..

٥٨١٢ - ويجوز للأب ان يتزوج جارية ابنه .

٥٨١٣ - وقال الشافعي لا يجوز .

٥٨١٤ - واتفقوا على ان المولى لا يجوز ان يتزوج بجارية المكاتب ، ويجوز

للمكاتب ان يتزوج بجارية المولى ؛

٥٨١٥ - وان زوج ابنه من مكاتبته او بنته من مكاتبته ثم مات لم يفسخ

النكاح عندنا (٢) ؛

٥٨١٦ - وقال الشافعي يفسخ لانه لا يجوز في هذه الحالة عقده .

٥٨١٧ - وقد يجوز ان يبقى النكاح في حال لا يجوز ان يبدأ كنكاح الامة

اذا تزوج حرة وكما لو قدر على نكاح حرة بعد الامة .

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) لم يرد هذا البند والبند الاربعة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

فصل

المكاتب يشتري زوجته

٥٨١٨ - والمكاتب اذا اشترى زوجته والمأذون له في التجارة لم يبطل النكاح .

٥٨١٩ - وقال الشافعي يبطل . والعلة في الجمع انه ما ملك به الزوجة ملكاً تاماً .

فصل

العزل عن الزوجة الأمة

٥٨٢٠ - واذا عزل عن الزوجة الأمة فالأذن الى المولى عند أبي حنيفة ويهد.

٥٨٢١ - وقال أبو يوسف اليها .

٥٨٢٢ - وقال الشافعي يعزل بغير إذن احد .

٥٨٢٣ - لان الحق للمولى في الولد فهو كالحررة في حق الإذن .

فصل

أعتقت تحت عبد أو حر

٥٨٢٤ - واذا اعتقت (١) تحت عبد أو حر فلهما الخيار في فسخ النكاح والبقاء عليه .

٥٨٢٥ - وقال مالك والشافعي لا خيار لها ان كان حراً ولها في العبد الخيار (٢) .

(١) في نسخة تونس : (والأمة اذا اعتقت) .

(٢) في نسخة تونس زيادة (في احد قوايه وفي الآخر النكاح باطل وان كان الحمل منها) .

٥٨٢٦ - وقال او تزوجت حرة رجلاً على انه حر فكان عبداً او عبداً فكان
حرّاً ان لها الخيار في احد قوليه ، وفي الآخر النكاح باطل وان كان
اكل منها .

فصل

بيع الأمة المزوجة

- ٥٨٢٧ - ويبيع الأمة المزوجة جائز والنكاح باق .
٥٨٢٨ - وقال ابن عباس والاعمش بيع الأمة طلاقها .
٥٨٢٩ - ولو بطل النكاح لماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم (بريرة) (١)
في النكاح .
٥٨٣٠ - وان اختارت وهي معتدة زوجها او الفرقة صح خيارها ، خلاف
الشافعي لا يصح .

فصل

مكاتبة تزوجت بإذن المولى

- ٥٨٣١ - والمكاتبة اذا تزوجت بإذن المولى ثم اعتقت بالاداء او العتاق من
سيدها ، فلها الخيار لان العقد تم عليها ، وهي لا تملك نفسها .
٥٨٣٢ - وقال زفر لا خيار .
٥٨٣٣ - واتفق اصحابنا على ان الأمة او تزوجت بغير اذن المولى ان النكاح
موقوف على اجازته ، فان اعتقت جاز النكاح ولا خيار لها .

(١) ما بين قوسين من نسخة تونس .

فصل

انتقال الإجازة

٥٨٣٤ - والاجازة يجوز ان تقف على واحد وتنقل الى آخر عندنا ، وقال زفر لا يجوز لان الخيار لا يورث .

فصل

ما يدخل تحت إذن المولى بالتزوج

٥٨٣٥ - والمولى اذا اذن لعبد بالتزوج ، دخل في اذنه الصحيح من المباح والفاسد عند ابي حنيفة .

٥٨٣٦ - وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل الفاسد في الاذن .

فصل

للمكاتب تزويج الأمة . . إلخ

٥٨٣٧ - والمكاتب يزوج الأمة دون العبد وكذلك ابوالصبي والصبي المأذون والمضارب ، وقال ابو يوسف يجوز الجميع اذا كان من التجارة وللصبي ، وقد روي عن ابي حنيفة حكاه ابن كاس في الخلاف (١) .

فصل

النكاح المقترن بشرط والمعلق عليه

٥٨٣٨ - واذا تزوج بشرط صح للنكاح وبطل الشرط .

(١) في نسخة قليج : الخصال .

٥٨٣٩ - وقال الشافعي يبطل النكاح .

٥٨٤٠ - وانتفوا على انه لو طلق او اعتق وشرط الخيار ، انه يصح ويبطل الشرط .

فصل

تعليق طلاقها على النكاح

٥٨٤١ - ولو قال لما : اذا تزوجتك ودخلت فانت طالق صح النكاح ووقع الطلاق عند وجود الشرط .

٥٨٤٢ - وقال الشافعي لا يصح النكاح ، ولا تحل لزوجها الأول .

٥٨٤٣ - وقال مجد يصح النكاح ولا تحل للأول .

٥٨٤٤ - ويقول الشافعي في البطلان قال ابو يوسف اذا شرط تحايلها الأول لأن الشروط الفاسدة لا تفسد النكاح ، كما لو شرط ان لا يسافر بها .

فصل

الحرمة بالزنا

٥٨٤٥ - ومن زنا بإمرأة حرمت عليه امها وبناتها .

٥٨٤٦ - والزنا يوجب تحريم المصاهرة كالوطء بشبهه (١) .

٥٨٤٧ - وقال ابو يوسف لا يوجب تحريم المصاهرة .

(١) في نسخة تونس (بين المتعاقدين) بدلا من (كالوطء يشبهه) وهو غلط .

فصل

٥٨٤٨ - واتفق الجميع على ان العقد الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة بين المتعاقدين (١) .

فصل

٥٨٤٩ - وكذلك قال اصحابنا في اللمس بشهوة والنظر الى الفرج (انه) (٢) يوجب التحريم .
٥٨٥٠ - وللشافعي قولان فيما عدا الوطء .
٥٨٥١ - واتفق الجميع على انه لو كان لغير شهوة لما اوجب التحريم لانه مباح لغير الزوج .

فصل

البنت من الزنا

٥٨٥٢ - وبنته من الزنا لا يحق له نكاحها .
٥٨٥٣ - وقال الشافعي يحل له ان يتزوجها .
٥٨٥٤ - ولهم في بنت الملاعنة وجهان .

فصل

الابن من الزنا لا ينكح أمه

٥٨٥٥ - واتفق الجميع على ان الابن من الزنا لا ينكح امه ولا سائر من يحرم على الولد الحلال .

(١) لم يرد هذا البند في نسخة تونس .

(٢) من نسخة تونس .

فصل

أقر أن زوجته بنته

٥٨٥٦ - وقالوا : لو أقر رجل أن زوجته بنته أو اخته أنها تحرم عليه ولا
يثبت النسب منه ، ولا فرق بين من هي معروفة النسب أو
مجهولة (١) .

فصل

نكاح الزانية الحامل

٥٨٥٧ - والزانية الحامل يجوز نكاحها ولا يبطأها الزوج حتى تضع (٢) .
٥٨٥٨ - وقال أبو يوسف النكاح باطل .
٥٨٥٩ - وقال الشافعي النكاح جائز ويبطأها مع الحمل .

(١) في هامش نسخة (ق) تعليق على هذا الفصل حيث جاء : أقول
الذي في كتب الفقه أن امرأة الرجل (أن كان) لها نسب معروف لا
يفرق بينهما وإن كان يولد مثلها لمثله ولم يكن لها نسب معروف
فلو قال بعده وهمت أو الخطأت أو غلطت أو نسيت صدق ، وأو
ثبت على إقراره وقال هو حق كما قلت أو أشهد عليه شهوداً ففرق
بينهما ، فإن جحد بعد ذلك لا ينفع جحدوه ، ثم إن كان يولد مثلها
لمثله وأقرت المرأة أنها بنته ثبت النسب وإن كان لا يولد مثلها لمثله لا
يثبت النسب ويفرق بينهما ، ولم أر في هذا خلافاً « أ ه » .

(٢) انظر المحلى ٢٧/١٠ بند ١٨٧٣ .

٥٨٩٠ - ولو جاز وطء الحامل لغير من الحمل من جهته لكالت المرأة اذا
وطئت وهي نائمة ولا تعرف الواطئ ان بطأها زوجها .

فصل

- ٥٨٩١ - والوطء في الموضع المكروه حرام في ملك اليمين والنكاح .
٥٨٩٢ - وقال المزني في المختصر : قال الشافعي ذهب بعض اصحابنا الى
تحليله واخرون الى تحريمه (١) .
٥٨٩٣ - وقد حكى في الخلاف عن مالك (٢) وهو مذهب الشيعة من الإمامية (٣)
وفيه آثار وفي منعه لظن وقياس .
٥٨٩٤ - وقد روي عن ابن عمر اباحة ذلك ، وروي عنه خلافه .

(١) وفيه ايضاً فلسفت اخص فيه بل انتهى عنه ، فأما التلذذ بغير ابلاج بين
الآيتين فلا بأس به ، وان اصابها في الدبر ولم يحسنها وينهاه الامام
فان عاد عزوه ، فان كان في زنا حده (مختصر الربيع ص ١٧٢) .

(٢) انكرت متون المالكية نسبة هذا القول للشافعي الى مالك (انظر اسهل
المدارك ١٣٠/٢ - ١٣) .

(٣) اما في مذهب الامامية الاثنا عشرية فقد جاء في شرائع الاسلام
للمحقق الحلي :

« الوطء في الدبر ، فيه روايتان احدها الجواز وهو المشهور - وروين
الاصحاب ، لكن على كراهية شديدة .

ومن هذا يفهم ان قول السمتاني « وهو مذهب الشيعة الخ » . .
غير دقيق لان فيه تفصيلاً وروايتين . فالاطلاق غير صحيح .

فصل

الإحرام لا يمنع عقد النكاح

- ٥٨٦٥ - والإحرام لا يمنع العقد في النكاح كما لا يمنع الشراء للأمة ولا يعقد على وليه لغیره ، وقال الشافعی لا يزوج ولا يتزوج .
- ٥٨٦٦ - وإجاز ان يراجع في الإحرام .
- ٥٨٦٧ - ومن أصحابه من قال لا يكون شاهدا فيه ايضاً .
- ٥٨٦٨ - ولو كان الإحرام يمنع العقد لا يطل النكاح كالمالك والكفر ولو كان سائر العبادات مثل الحج لأن الوطء في جميع ذلك حرام ، والعقد مباح كذلك الحج .

فصل

نكاح الكافر

- ٥٨٦٩ - ونكاح الكافر جائز كما يجوز نكاح المسلم فيما يجوز نكاح المسلم فيه .

فصل

- ٥٨٧٠ - وإذا أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة او اختين فإنه يمسك الأولى وتحرم الثانية ولا يختار احدهما ولا اربعاً اذا وقع عليهن معاً (١) .

(١) ما ذكره السمناني هو قول أبي حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وبخلاف ذلك ذهب مالك والشافعي وأحمد وداود (بداية المجتهد لإبن رشد ٢ / ٤٠) .

٥٨٧١ - وقال مجد والشافعي يختار اربعاً مما زاد واحدى الاختين .

٥٨٧٢ - ولو تزوج بشرط متعة الى اجل لم يجهز عنده (١) .

٥٨٧٣ - وقال لو تزوج امرأة وبنتها ودخل بهما لم يختار في ذلك فلم يضمن على اصله في الباب (٢) .

(١) جاء في بداية المجتهد (٤٧/٢) في صدد نكاح المتعة « انه تواترت الاخبار عن رسول الله (ص) بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم . واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامة صار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ، ورووا ان ابن عباس كان يحنج لذلك بقوله (فما استمتعتم به منهن ، فآتوهن اجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه : الى اجل مسمى . ثم نهى عنها عمر الناس .

ونكاح المتعة جائز في فقه الامامية الاثنا عشرية ويسمى عندهم ايضاً للنكاح المنقطع ويشترط فيه عندهم المهر خاصة والأجل فلو لم يذكره انعقد دائماً ويجوز عندهم ان يقتصر على بعض يوم بشرط ان يقرنه بغاية معلومة كالزوال والغروب . ولابالغاة الرشيدة ان تمنع نفسها وليس لوليها اعتراض بكرراً كانت او ثيباً على الأشهر عندهم ، ولا يقع بها طلاق وتبين بانهضاء المدة ، ولا يثبت بهذا العقد ميراث الزوجين شرطاً سقوطه او اطلاقاً (انظر تفصيل ذلك في شرائع الاسلام (٢/٢٣ - ٢٦) ولم يرد في القانون المدني الابرائي تحريم لزواج المتعة بل ورد في المادة (٩٩٣) منه وجوب تسجيل الزواج المنقطع في سجل الأحوال شأنه في ذلك شأن الزواج الدائم =

فصل

هجرة أحدهما إلى دار الإسلام

- ٥٨٧٤ - وإذا هاجر أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلماً أو ذمياً وقعت
الفرقة بينه وبين الآخر .
- ٥٨٧٥ - وقال الشافعي لا تنقح ، ويقف على مضي العدة وإن كانت مدخولاً
بها ، وإن لم يدخل بها وقعت الفرقة .
- ٥٨٧٦ - وإن كانت المهاجرة امرأة فلا عدة عليها عند أبي حنيفة ، ولها
أن تزوج .
- ٥٨٧٧ - وقال عليها العدة .
- ٥٨٧٨ - وهو قول الشافعي .
- ٥٨٧٩ - واختلفت الرواية في الحامل المهاجرة هل لها أن تزوج عند
أبي حنيفة .

فصل

الفرقة بالردة

- ٥٨٨٠ - وإذا ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما ، ولا فرق بين أن
يدخل بها أو لا يدخل .

وورد في المادة (١٠٧٥) منه أن النكاح الوفي منقطع ويكون للمدة
المعينة كما ورد في المادة (١٠٧٦) أن مدة النكاح المنقطع يجب أن
تعين تعييناً كاملاً .

(٢) لم يرد هذا البند والبند الستة اللاحقة عليه في نسخة تونس .

٥٨٨١ - وقال الشافعي ان كان دخل بها لم تقح حتى تمضي ثلاث حيض

فأيهما عاد قبل انقضاء العدة فهما على النكاح .

٥٨٨٢ - وان ارتدا معاً فهما على النكاح استحساناً .

٥٨٨٣ - والقياس ان الفرقة تقح ، وهو قول زفر .

٥٨٨٤ - اما الشافعي فمضى على اصله في اعتبار العدة في المدخول بها .

فصل

إسلام أحد الزوجين

٥٨٨٥ - واذا اسلم احد الذميين عرض على الآخر الاسلام ، فإن اسلم فهو

على النكاح وان ابي ففرق بينهما ، وان كانت في دار الحرب

وقفت على ثلاث حيض .

٥٨٨٦ - وقال الشافعي حكم الاسلام حكم الردة في الفرقة ، ولا يعرض

على الآخر الاسلام .

فصل

يهود النصراني وتنصر اليهودي

٥٨٨٧ - وان يهود النصراني او تنصر اليهودي فهما على النكاح ، ولا يقتل

ولا يرد الى دينه الأول لأنه يقر على الثاني ابتداء .

٥٨٨٨ - وقال الشافعي يرد الى دينه الأول او الاسلام ونقح الفرقة بينهما

وبين زوجته وان امتنع قتل عنده .

فصل

العيوب^(١)

- ٥٨٨٩ - والنكاح لا يفسخ بشي من العيوب الموجودة بأحد الزوجين .
- ٥٨٩٠ - وقال الشافعي يفسخ بثلاث عيوب يشترك فيها الرجل والمرأة وهي :
- الجنون والجذام والبرص ، والقرن والرتق في الزوجة والجلب والعنة
- في الزوج (٢) :

(١) اجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٨٥٩ للزوجة ان تطلب التفريق اذا اطلعت بعد العقد ان الزوج مبتلى بعملة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص والشلل والزهري والجنون (م / ٤٤) او اصيب اخيراً بعملة من هذه الملل . وجعلت الفقرة (٣) من المادة المذكورة للمحكمة ان تؤجل التفريق حتى زوال العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل وعندى ان هذا النص بحاجة الى التعديل بما يحقق لزوجة المصاب بالزهري والجنون التفريق دون الزامها بانتظار زوال العلة لخطورة هذين المرضين واحتمال ابتلاء الزوجة او هي والأولاد بهما .

(٢) نصت الفقرة (١) من المادة (٤٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه : اذا وجدت الزوجة زوجها حنبلاً او مبتلى بما يمنع البناء فلها ان تطلب الى المحكمة التفريق وهذا النص جعل للزوجة طلب التفريق في حالتي الجلب والعنة ولم يقتصر عليهما بل عمم حكمه فجعله ينصرف الى كل ما يمنع البناء بالزوجة وحسناً فعل ،

٥٨٩١ - ولا يفسخ بما سوى ذلك من العيوب .

٥٨٩٢ - ولو جاز الفسخ بعيب لكان كل عيب مثله كالبيع (١)

(١) اقتصر السمناني على حكم عيوب الزوجين أو أحدهما في المذهبين الحنفي والشافعي . وما رواه عن المذهب الحنفي هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي مختصر الطحاوي أن مجداً غير رأيه فقام الجنون والبرص على العنة (مختصر الطحاوي ، ص ١٨١-١٨٢) . وفي بداية المجتهد (٤٢/٠) قال أبو حنيفة وأصحابه ، والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيين فقط : القرن والرتق ، ولم ترد الإشارة إلى هذا الاستثناء في السمناني ، وقد فصل ابن رشد في بداية المجتهد أقوال سائر الفقهاء في خيار العيوب في النكاح بقوله : (اختلاف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين : أحدهما ، هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟

والموضع الثاني ، إذا قلنا أنه يرد فنأيها يرد ، وما حكم ذلك ؟ فاما الموضع الأول : فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبدالعزيز . وسبب اختلافهم شيان : أحدهما قول صاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع .

فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص - وفي بعض الروايات أو قرن - فلها صداقها كاملاً وذلك غرم -

فصل

٥٨٩٣ - والمتولد بين كتابي ومجوسي محل لكاحه لانه يغلب الكتاب بأي
الأبوين كان :

- لزوجها على وليها .

واما القياس على البيع فان القائلين بموجب اخبار العيب في النكاح
قالوا : للنكاح في ذلك شبهه بالبيع ، وقال المخالفون لم ليس شبيهاً
بالبيع لأجماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد
به البيع .

واما الموضع الثاني في الرد بالعيوب ، فانهم اختلفوا في أي العيوب
يردها ، وفي ايها لا يرد ، وفي حكم الرد .

فاتفق مالك والشافعي على ان الرد يكون من اربعة عيوب :
الجنون والجلدام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء . اما قرن او
رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء ، واختلف اصحاب مالك
في اربع في السواد والقرح وبخر الفرج وبخر الألف ، فقبل ترد
وقبل لا ترد .

فاما احكام الرد ، فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم
بالعيب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه .
واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس :

٥٨٩٤ - وقال الشافعي يغلّب الاسلام بأحد الأبوين وفي الكتاب يغلب جهة الأب دون الأم ولا يهل لكاح من ذكرناه .

فصل

الذميون والغسل من الجنابة والحيض

٥٨٩٥ - ولا يجبر ذمي على غسل من جنابة ولا حيض وقال الشافعي تجبر الذمية على ذلك ان كان زوجها مسلماً .

= فقال مالك : ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالمعيب مثل الأب والأخ فهو غار ، يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء .

وان كان بعيداً رجس الزوج على المرأة بالصداق كله الاربع دينار فقط .

وقال الشافعي : ان دخل لزمه الصداق كله بالميسر ، ولارجوع له عليها ولا على وليه (بداية المجتهد ٤١/٢ - ٤٢) والنظر الفقرة (٢) من المادة ٤٤ من قانون الاحوال الشخصية) .

باب

المحبوب والعنين والخصي واختلافهما

في ذلك

٥٨٩٦ - المحبوب (١) ان تزوج جاز نكاحه ، فان كانت الزوجة تعلم بذلك فلا خيار لها ، وان كانت جاهلة بالحال خ-برت ، ولا يؤجل لأنه لا يرجى له صلاح .

فصل

تأجيل العنين^(٢)

٥٨٩٧ - وان كان عنيناً أجل سنة شمسية ، لا هلالية ، بخلاف الآجال في الدهون والزكاة والدية (٣)

(١) جاء في لسان العرب في مادة (جيب) : الحب : القطع ، جبه يجبه جبا وجبابا واجتبه وجب خصاه جبا أستاذله ، وخصى محبوب : بين الجباب والمحبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه ؛

(٢) يمكن القول ان تأجيل العنين يمكن العمل به بالرغم من ان الفقرة الاولى من المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية لم تشر الى تأجيل =

فصل

الآثار المروية في تأجيله

وقد أجل عمر بن الخطاب العنين سنة ، فان وصل اليها والا فرق .

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال :

ما انا بمفروق بينكما فانقي الله واصبري .

وأجل عهد الله بن ابي ربيعة عشرة اشهر .

٥٨٩٨ - وكل من اعتبر الأجل اعتبر سنة وهو قول ابراهيم وعطاء والشعبي
وابن المسيب وعبد الملك بن مروان .

= العنين ويؤيد ذلك نص الفقرة الاخبارية من المادة المذكورة وتفرقة
بين علة يؤمل (والها) واخرى لا يؤمل فهو مطلق يتصرف الى جميع
العلل المذكورة مثل ذلك .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (عنن) : العنين : الذي لا يأتي النساء
ولا يريدهن بين العنانة والعنينة والعنينية ، وعنن عن امرأته اذا حكم
القاضي عليه بذلك أو منع عنها بالسحر ، والاسم منه العنة (وهو
من التعنين اي الحبس) كأنه اعترضه ما يحبه من النساء وامرأة عنينة
كذلك لا تريد الرجال ولا تشتهيهم وهو فعيل بمعنى مفعول مثل خرج

فصل

وصل إليها مرة

٥٨٩٩ - وان وصل إليها مرة فلا خيار لها ابداً .

فصل

الفرقة بالعنة طلاق

٥٩٠٠ - ومن ادعت عليه امرأته انه لا يصل إليها ، فان صدقها أجله الحاكم سنة ، فان وصل إليها فهي امرأته ، وان لم يصل إليها فرق بينهما ، وكانت الفرقة طلاقاً لأنها بسبب من جهة الزوج خاصة .

فصل

تفريق القاضي بينهما

٥٩٠١ - ولا تقع الفرقة باختيارها حتى يفرق القاضي بينهما في رواية الحسن عن أبي حنيفة (١) .

٥٩٠٢ - وقال أبو يوسف ومحمد عنه تقع باختيارها مادامت في المجلس ، فان قامت أو اعرضت بطل الخيار .

(١) بهذا القول اخذت المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي وحسناً فعلت :

فصل

ادعاء البكر عنة زوجها

٥٩٠٣ - وان كانت بكراً وأدعت ما ذكرناه وكذبها الزوج وأدعى الوصول اليها ، وانها ليست ببكر ، فان يريها النساء ، فان قلن هي بكر اجله سنة ، فان عادت وقالت : لم يصل الي ، وأدعى الوصول ، اريت النساء ، فان قلن هي بكر خيرها الحاكم ، وان قلن هي ثيب احلفه انه وصل اليها ، وهي امرأته ولا خيار لها وان تكلم خيرها الحاكم .

٥٩٠٤ - وان قال : ما تقدمت اليها بعد الأجل وانما تقدمت اليها قبل ذلك خيرها الحاكم .

فصل

ادعى الوصول إلى الثيب

٥٩٠٥ - وان كانت المرأة ثيباً فادعى الوصول اليها فالقول قسوله ، وان اختلفت النساء في الشهادة عليها استظهر بغيرهن ، ويحتمس عليها بأيام الحيض وارقات الصلوات ولا يحتمس ايام المرض اذا لم يمكن معه الجماع ، ولا يحتمس عليه ايام الحبس لها ولا لغيرها ، وان امكنه الوصول في الحبس احتسب بذلك .

فصل

شرح حال العنين في كتاب القاضي

٥٩٠٦ - وينبغي للقاضي ان يشرح الحال ويكتب كتابا وبورخ اول المدة .

وان عزل القاضي أو مات قام الثاني مقامه في ذلك ولفرق لأنه بنفسه
حكم من مضى قبله .

فصل

الزيادة في الأجل

٥٩٠٧- وان سألها الزيادة في الأجل ففعلت ثم رجعت في ذلك قبل الحول
أو بعده فلها ذلك لأنها تبرعت بما لم يسلم إليه .

فصل

فرق بينهما ثم تزوجها

٥٩٠٨- وان فرق بينهما ثم عاد الزوج وتزوجها وأدعت العنة ، وقالت انه
وعندي ان يصل الي فلا محبار لها والنكاح لازم لها لأنها علمت
بالعيب ؛

فصل

تزوجها بعد الطلاق

٥٩٠٩ - ولو كان طلقها ثلاثاً وتزوجت بغيره وكانت قد ولدت من الاول
ولداً ثم تزوجها بعد الطلاق الثاني وأدعت عليه العنة يؤجل لأن هذا
نكاح غير الاول ولا يبنى عليه في حكم من الاحكام فهي فيه كمن لم
يتزوجها من قبل في جميع الاحكام والدعاوي .

فصل

يصل إلى غيرها إلخ

- ٥٩١٠ - وان كان يصل إلى غيرها ولا يصل إليها أجل ولا هبة بخبرها .
٥٩١١ - وان كان يجامعها فيما دون الفرج زماناً ثم طلبت الوصول وهي بكر أو ثيب أجل ولا يلزم حقها من الوطء في الفرج ؛

فصل

زوج الأمة عتق

- ٥٩١٢ - وزوج الأمة إذا كان عتقاً فالحجاء إلى المولى عند أبي حنيفة وزفر
فكره الحشاف وأبو الليث ؛
٥٩١٣ - وقال أبو يوسف لها الحجار وقد مضت .

فصل

- ٥٩١٤ - وإذا اسرق بينهما فهي طالقة بائنة لأنها لو كانت رجعية لما
افادت الحكم .

فصل

- ٥٩١٥ - وان اختارت المقام معه فلا خيار لها إهدأ .

فصل

الاختيار قبل الفرقة

٥٩١٦ - ولها ان تختار قبل فرقة القاضي زوجها ، ولا يثبت لها بعد ذلك خيار .

فصل

جاءت بولد من المجبوب

٥٩١٧ - والمجبوب اذا فرق بينه وبين زوجته ثم جاءت بولد فيما بينها وبين صنتين لزمه الولد ، اذا لم تقر بانقضاء العدة ، وكان عليه المهر كاملاً في قولهم جميعاً ، لأن الولد شاهد بالوصول .
٥٩١٨ - وان فرق بعد الخلوة فعليه المهر كاملاً عند أبي حنيفة وزفر وهو قولهما في العنين :

٥٩١٩ - واتفق اصحابنا في العنين ان لها المهر كاملاً :

٥٩٢٠ - واختلفوا في المجبوب .

٥٩٢١ - وهو قول شريح والشعبي وابراهيم وعطاء وميمون بن المسيب والحسن وعروة بن الزبير .

٥٩٢٢ - وقال طاووس لها نصف المهر .

فصل

عدة امرأة المجبوب

٥٩٢٣ - واتفق اصحابنا ان على امرأة المجبوب العدة .

فصل

استقرار المهر

٥٩٢٤ - وقال الشافعي الخلوة لا تقرر المهر من عنين ولا محبوب ولا لعل ولا يستقر المهر الا بالوطء او الموت ،

فصل

لا خيار للرتقاء

٥٩٢٥ - والمرأة اذا كانت رتقاء والزوج محبوباً فلا خيار لها ، والنكاح لازم لها ، لانه لا حق لها في الوطء .

فصل

٥٩٢٦ - وان حلف الزوج والزوجة فقالت هو محبوب ، وقسال الزوج انا فحل ، وقد وصلت اليها ، نظر الى الرجل دونها ، فان كان محبوباً خبرت وان كان يمين امره بالجنس من غير كشف هورة فعل ، وان كان لا يمين كشف عنه ، وقد يجوز ذلك لأجل حق الغير كما يجوز لأجل الحثان فيمن اسلم كبيراً او كن شهد عليه بالاحصان وادعى الحب فانه ينظر اليه ، كما ينظر الشهود في الزنا الى الفرجين .

فصل

ادعى أنها رتقاء

٥٩٢٧ - وان قالت هو محبوب وقال هي رتقاء نظر اليها النساء ، فسان قلن انها رتقاء فلا خيار لها سواء كان الزوج فحلاً او محبوباً .

فصل

تزوج لمدة سنة

٥٩٢٨ - وإذا تزوج الرجل مدة سنة أو دونها فهو باطل عند أبي حنيفة وصاحبيه .

٥٩٢٩ - وقال زفر النكاح جائز والشرط باطل ، وحكاة شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن حماد بن أبي حنيفة .

٥٩٣٠ - وقال الحسن بن زياد ، إن كانت المدة لا يعيشان اليها فالنكاح جائز وإن كان يجوز أن يبلغا ذلك بطل النكاح لأنه لكاح مؤبد يقطعه الموت .

باب

دعوى النكاح على الرجل والمرأة

٥٩٣١ - ولو ان اختين ادعت كل واحدة منهما على رجل انه تزوجها قبل
اختها واقامت كل واحدة البيّنه بما ادعت فالبيان الى الزوج، والقول
قوله في الأول ، فان ابى ان يبين فرق بينه وبينهما وعليه نصف المهر
بينهما نصفان ان لم يكن دخل بهما لأن احد النكاحين باطل والآخر
قد وقع فيه الفرقة قبل الدخول ، فيجب نصف المهر وقد تساوى في
الدعوى فقسم بينهما بالسوية .

فصل

٥٩٣٢ - وعن محمد انه يلزمه مهر كامل بينهما بالسوية لكل واحدة نصف .
٥٩٣٣ وذكر عن ابي يوسف في الاملاء انه لاشي " لواحدة منهما ، لان
القضاء بالمجهول لا يصح .

فصل

الكفيل بالمهر

٥٩٣٤ - ولو ان رجلا حضر عند امرأة وقال لما ان زوجك طلقك ومضت
العدة وانه امرني ان ازوجك به دفعة اخرى وضمن لما المهر فحضر
الزوج وانكر الاذن فلاشي عليه ، ولا على الكفيل عند ابي يوسف
وهو ظاهر المذهب .

وقال زفر على الكفيل المهر باقراره بالكفالة .

فصل

ادعت أنه زوج أختها الخ .

٥٩٣٥ - ومن ادعى لكاح امرأة فاقامت البينة انه زوج أختها الغائبة او امها ، واقام هو البينة عليها بالنكاح فالبينة ببينة الزوج ، ويقضي على الحاضرة بالنكاح عند أبي حنيفة .

٥٩٣٦ - وقال ابو يوسف ومحمد تقف البينتان ولا يحكم بشي كمن وكل رجلا يحمل اليد زوجته او امته فاقامت الزوجة او الامه بينة انه طلقها ثلاثا او اعتقها فانه يقف الحكم ولا يحكم على الغائب بطلاق ولا عتاق .

٥٩٣٧ - وحكى قاضي القضاة رحمه الله في درس الجامع الكبير عليه ان من اصحابنا من قال يحكم ببينة الحاضرة في صحة نكاح الغائبة وابطال نكاح الحاضرة ، ومنهم من قال يحكم بابطال نكاح الحاضرة ولا يحكم بنكاح الغائبة ، ولو شهدوا انه دخل بالأم جازت الشهادة وحكم بابطال نكاح الحاضرة باتفاق .

استدراك

حيث قد تم حصولي على نسخة مصورة اخرى من روضة القضاة
للسماني جالب ميكروفيلها من دار الكتب الوطنية بتونس فقد وجدت
ضرورة مقابلتها مع ما طبع من هذا الكتاب فرأيت ان اخرج الجزء الثاني
من المجلد الاول من كتاب روضة القضاة والموضوع بالمجلد الثاني بعد تمام هذه
المقابلة التي بدأت باجرائها من الصفحة (٨٨١) من الجزء الثاني من المجلد
الاول وقد اشرت الى النسخة الجديدة بهارة نسخة تونس وسأخلق بإذن الله
في آخر المجلد الثاني استدراكا باهم ما سيظهر من زيادات في هذه النسخة
بالنسبة للنسخ السابقة التي تم تحقيق الكتاب عليها مع العلم بان النسخة
التونسية هذه مهمة كل الأهمية لما ورد فيها من اشارة الى مقابلتها مع نسخة
المؤلف نفسه ومع ذلك فالظاهر ان كاتبها تخير جانباً من قواعد روضة
القضاة وامل جانباً ولعل هذا هو سر اضافة كلمة فتاوى الى اسم الكتاب
في هذه النسخة ويعزى الفضل في حصولي على ميكرو فلم نسخة تونس للسيد
الاستاذ محمود ابن الشيخ المدهي العام لكتابة الدولة للعدل في الجمهورية
التونسية ولدار الكتب الوطنية بتونس فلها في مزيد الشكر والتقدير .