

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

المختلف في الفقه بين أبي حنيفة وأصحابه

للأبي الليث السمرقندي

تحقيق ودراسة

من كتاب المكاتب إلى نهاية كتاب المأذون

بحث أعد لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب: محمد أيمن بطحيش

إشراف الدكتور: محمد نجدات المحمّد الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله. جامعة دمشق.

١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة دمشق

كلية الشريعة

الدراسات العليا

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

المختلف في الفقه بين أبي حنيفة وأصحابه

للأبي الليث السمرقندي (٣٧٥هـ)

دراسة وتحقيق

من كتاب المكاتب إلى نهاية كتاب المأذون

بحث أعد لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد الطالب: محمد أيمن بطحيش

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ الاثنين ٢٦ / ١١ / ٢٠١٢ ونالت تقدير جيد جدًا.

أعضاء اللجنة المناقشة:

١ - الدكتور محمد حسان عوض: الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله، رئيس قسم الأحوال الشخصية. جامعة دمشق.

٢ - الدكتور: محمد نجدات المحمّد الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله. جامعة دمشق. المشرف

٣ - الدكتورة نسيبة مصطفى البغا: المدرّسة في قسم الفقه الإسلامي وأصوله. جامعة دمشق.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الحقيقة

الحمد لله مستحق الحمد على نعمائه، وله الشكر على جميع آلائه، والشكر كفيل بالمزيد من فضائله وعطائه، والصلاة والسلام على معلم البشرية وهاديها إلى الطريق السوية سيدنا محمد ﷺ الذي بفضلته شرفت هذه الأمة وعلا قدرها فأُنقذت من الضلالة واهتدت للنور، وطمس الجهل وحلّ العلم مكانه، وكان من شعائر الدين ومستلزماته تحمّل العلم ونشره، لذلك انبرى جهابذة أشداء يتعلمون ويعلمون، وينشرون ويبلغون حتى وصلت إلينا العلوم لقمة سائغة، وشربة مريثة، لا يشوبها الشك ولا يعتريها النقصان، مستمدة من وحي السماء، ومستلهمة من كلام خاتم الأنبياء ﷺ.

وإن من أشرف العلوم وأعزّها، وأعلاها قيمة وأثمنها، علم الفقه، إذ به يعرف الإنسان الحلال من الحرام، ويدرك الصالح من الفاسد، إن في العبادة لله ﷻ، أو في المعاملة مع العباد.

وإنك إذ تطالع التراث الإسلامي ترى كتباً غيرة بعناية دقيقة تشهد لما كان عليه حال الفقهاء من التزام الدقة والشمول في إيصال العلوم بورع زائد وبيان ناصع، يهتدي بها الضال، وينال بغيته الراغب.

ولقد رأيت الاشتغال بتلك الكنوز من أعظم المطالب، والعناية بها من أهم المقاصد، علني أن أنال بعض ما نالوا، وأقتبس من معارفهم ما ينفعني في دنياي وآخرتي، فأحصل الخير التي وعد بها خير البرية ﷺ بقوله: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^١.

وها هو أحد مؤلفات أولئك العظام المشهود لهم بالعلم والورع، أبذل فيه جهدي، وأقضي به وقتي، لأخرجه بعون الله ناصعاً مضيئاً يسترشد به التائب، ويستنير به الحيران.

والله أسأل أن يوفقني لذلك، وأن يلهمني الصواب والرشاد، ويحبّني الزلل والوهم، إنه واسع الكرم.

^١: البخاري في العلم، باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، رقم (٧١)، ومسلم في الزكاة باب النهي عن المسألة، رقم (١٠٧٣).

شكر ونقد

الحمد لله مستحق الحمد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد صاحب الرفعة والمجد.

أما بعد واعترافاً بفضل الله الكبير ومتته عليّ، إذ أعانني على الكتابة والتحقيق، فسهّل لي الحزن، وذلّ لي الصّعب، أحمده لأسعد بهداه، وأشكره لأنال رضاه.

ومن شكر الله شكر الناس، كما في الحديث «من لم يشكر الناس لم يشكر الله»^١ فإنّني أقدم خالص شكري وامتناني لسَيّدي وأستاذي الدكتور: "محمد نجدات المحمّد" على ما بذله من الجهد والنّصح، رغم الظّروف العصيبة التي كانت تمرّ على أمّتنا الحبيبة، وهو ما فتى يوجّه وينصح، ويقدم وينضح بما آتاه الله من علم، وألهمه من فهم.

كما لا يفوتني أن أشكر كلّ من قدّم لي مشورة، أو وجّهني إلى صواب، فجزاهم الله عنّي خير الجزاء. وممن له حقّ الشّكر والتّقدير السّادة أعضاء اللّجنة المناقشة الذين وجّهوا وصوّبوا، وما كانت غايتهم إلّا الوصول بالبحث إلى الكمال، فلهم منّي خالص الامتنان.

^١: سنن الترمذيّ، أبواب البرّ والصّلة، باب ما جاء في الشّكر لمن أحسن إليك، رقم (١٩٥٥). وقال: حديث حسن صحيح.

هذا وقد قسمت البحث إلى تمهيد وقسمين: قسم الدراسة، قسم التحقيق، أتبع ذلك بخاتمة.

أولاً: التمهيد، ويتضمن المباحث التالية:

- ١- المبحث الأول: أسباب اختيار الموضوع
- ٢- المبحث الثاني: الدراسات السابقة للمخطوط
- ٣- المبحث الثالث: مشكلة البحث
- ٤- المبحث الرابع: الصعوبات التي واجهت الباحث
- ٥- المبحث الخامس: منهج الباحث في التعليق والتحقيق

ثانياً: القسم الأول: الدراسة، وفيه فصلين:

الفصل الأول: دراسة عن المؤلف، ويتضمّن المباحث التالية:

١- المبحث الأول: حياة المؤلف أبي الليث السمرقندي:

- المطلب الأول: اسمه وتاريخ وفاته
- المطلب الثاني: شيوخه والذين أخذ عنهم
- المطلب الثالث: تلامذته الذين أخذوا عنه
- المطلب الرابع: طلبه للعلم وسيرته العلميّة
- المطلب الخامس: مكانته بين العلماء
- المطلب السادس: آثاره العلميّة "مؤلفاته"
- المطلب السابع: رحلاته العلميّة
- المطلب الثامن: الوظائف التي أسندت إليه

٢- المبحث الثاني: الحالة المعاصرة لحياة المصنّف أبي الليث:

- المطلب الأول: الحالة السياسيّة
- المطلب الثاني: الحالة الاجتماعيّة
- المطلب الثالث: الحالة العلميّة والثقافيّة

٣- المبحث الثالث: مدينة سمرقند، وفيه المطالب التالية:

- المطلب الأول: تاريخ سمرقند
- المطلب الثاني: وصف سمرقند
- المطلب الثالث: فتح سمرقند

الفصل الثاني: دراسة عن المخطوط، وفيه مبحثين:

١- المبحث الأول: دراسة المخطوط وبيان أهميته، وفيه المطالب التالية:

- المطلب الأول: اسم الكتاب.
- المطلب الثاني: نسبة الكتاب إلى مؤلفه.
- المطلب الثالث: أهمية كتاب "المختلف" وقيّمته بين الكتب المؤلفة في فنّه، ومنزلته عند أهل العلم.
- المطلب الرابع: اعتماد النّاس على هذا الكتاب من بعد مؤلّفه.
- المطلب الخامس: المصادر التي اعتمد عليها المؤلف في كتابه.
- المطلب السادس: منهج المؤلّف في كتابه.
- المطلب السابع: حواشي الكتاب وشروحه.
- المطلب الثامن: الكتب التي تأثرت بهذا الكتاب.

٢- المبحث الثّاني: وصف نسخ المخطوط، وأذكر فيه المطالب الثّالية:

- مكان وجود النّسخة (مكتبة خاصّة أو عامّة) والدّولة الّتي توجد فيها.
- عدد أوراق المخطوط كاملة.
- عدد الأوراق الّتي أقوم بتحقيقها.
- عدد الأسطر في كلّ وجه من وجهي المخطوط.
- عدد الكلمات في كلّ سطر منها.
- الخطّ الّذي كتب به المخطوط، نوعه ولونه.
- ذكر هيئتها وبيان حالها فيما إذا كانت ناقصة أو تامّة، أو مصابة بالرّطوبة أو العفونة، أو أتت عليها الأرضة.
- اسم النّاسخ وتاريخ النّسخ.
- ذكر مبدئها ومنتهاها.
- بيان المقابلات والتّعليقات الّتي أجريت عليها.
- رسمها، والاختصارات الّتي التزم بها النّاسخ.
- إظهار الصفحة الأولى والأخيرة من المخطوط (صورة عنها).
- إظهار الصفحة الأولى والأخيرة للقسم المراد تحقيقه.

ثالثاً: القسم الثاني: قسم التحقيق

ويشمل التحقيق في هذا القسم الكتب والأبواب الفقهية التالية:

- كتاب المكاتب.
- كتاب الولاء.
- كتاب الإقرار.
- كتاب الصّح.
- كتاب الكفالة.
- كتاب الوكالة.
- كتاب الرّهن.
- كتاب الإكراه.
- كتاب الديات.
- باب جنابة العبيد والمكاتب والمدبّر.
- باب جنابة العبد في البئر.
- كتاب الجنائيات.
- كتاب المأذون.

رابعاً: الخاتمة.

ذكرت فيها أهمّ نتائج البحث والتوصيات المتعلّقة به.

ذيلت البحث بالفهارس التالية:

- فهرس القرآن الكريم
- فهرس الأحاديث الشريفة
- فهرس الآثار
- فهرس الأعلام
- فهرس المصادر والمراجع

أولاً- التمهيد

إنّ اختيار موضوع البحث والكتابة فيه لا تأتي عن عبث، بل لا بدّ للبحث في موضوع ما من أسباب تدعو للكتابة فيه، ولكي يكون البحث أكثر قيمة ينبغي أن لا يكون مطروحاً من ذي قبل، وقد تعتري الباحث صعوبات أثناء بحثه، ولا بدّ أن تكون هناك أسئلة راودت الباحث فجعلته يبحث عن موضوع ليكتب فيه، وما هو المنهج الذي اتّبعه الباحث في كتابه؟ وإنّني ومن خلال هذه المباحث أحاول بيان تلك الأمور والإجابة عنها.

المبحث الأول: أسباب اختيار الموضوع

تمّ اختيار موضوع البحث والكتابة فيه للأسباب التالية:

- ١- المساهمة في إخراج المخطوط وإبرازه.
 - ٢- موضوع المخطوط الذي يشمل فقهاً مقارناً في الفقه الحنفيّ.
 - ٣- تزويد المكتبة الإسلامية بكتاب فقهيّ لعالم من علماء المذهب الحنفيّ.
 - ٤- المكانة العلميّة لمؤلف الكتاب.
 - ٥- احتواء المخطوط لمختلف أبواب الفقه.
- وإبراز هذا الكتاب إلى الوجود مع التحقيق له، يمكن من الاستفادة منه، ويرى النور بعد أن عاش في غياهب الظلام.

وتأتي أهمية هذا الكتاب من كونه يبحث في الفروع الفقهيّة المبثوثة في كتب المذهب الحنفيّ، حيث قام مؤلّف كتاب "المختلف" بجمع المسائل المختلف فيها بين إمام المذهب - أبي حنيفة - وصاحبيه - أبي يوسف ومحمد - حتى كأنك تراه كتاباً في الفقه الحنفيّ المقارن.

وبالتالي فالكتاب من الأهمية بمكان، لا يكاد يستغني عنه طالب العلم والباحث في الفقه المقارن، وخاصة أن الكتاب حوى فروعاً كثيرة، ومسائل متفرقة، لعلها لم تجمع في كتاب غيره.

ومما يعطي أهمية للكتاب أيضاً، استقاؤه من مصادر كان عليها الاعتماد الأكبر في الفقه الحنفي.

فرأيت في تحقيقه نفعاً كبيراً وجهداً لا يضيع، بل تتحقق منه الاستفادة، ويعمّ النفع بإذن الله.

المبحث الثاني: الدراسات السابقة للمخطوط

إنّ كتاب أبي الليث هذا من أقدم الكتب المؤلّفة في الخلاف، جمع فيه مؤلّفه المسائل التي اختلف فيها أرباب المذهب الحنفيّ، ونسب كلّ قول لصاحبه، ولم يتعرّض للمسائل المتّفق عليها في المذهب إلا نادراً حيث اقتضت الضرورة، كأن تكون المسألة المتّفق عليها فرع المسألة المختلف فيها أو أصلاً لها.

وله كتاب أيضاً في الخلاف، لكن بين الأئمة الثلاثة، أبي حنيفة ومالك والشافعيّ، وسماه "مختلف الرواية".

وهناك أيضاً "منظومة الخلافات" لنجم الدّين عمر بن محمّد النّسفيّ^١.

وسار على منوال أبي الليث في كتابه الأخير "علاء الدّين العالم الأسمنديّ"^٢ في كتابه "مختلف الرواية" وهو كتاب مستقى من كتاب أبي الليث كما صرح مؤلّفه بأنّه نسج كتابه على غرار كتاب بعض المشايخ، وكذلك فإنّ النّاظر فيه يجد فيه المسائل عينها التي ذكرها أبو الليث، ويجد كذلك التّرتيب نفسه الذي نسجه أبو الليث^٣.

^١: عمر بن محمّد بن أحمد بن إسماعيل بن محمّد بن علي بن لقمان نجم الدّين أبو حفص النّسفيّ، سمع الحديث، له كتاب طلبة الطّلبة في اللّغة على ألفاظ كتب فقه الحنفيّة، ونظم الجامع الصّغير، وكتب مجاميع حديثيّة كثيرة التّصحيح والخطأ وتغيير الأسماء وإسقاط بعضها، وله كتاب تطويل الأسفار لتحصيل الأخبار، روى فيه عن خمسمئة وخمسين شيخاً، وله كتاب القند في علماء سمرقند، وله شعر حسن، وله المنظومة.

وكان فقيهاً عارفاً بالمذهب والأدب. ولد سنة إحدى أو اثنتين وستين وأربعمئة، وتوفيّ بسمرقند سنة سبع وثلاثين وخمسمئة. ر: الجواهر المضيّة: ٦٥٧/٢-٦٦٠.

^٢: محمّد بن عبد الحميد الأسمنديّ السمرقنديّ الملقّب بالعلاء العالم، كان فقيهاً فاضلاً مناظراً بارعاً، تفقه على الإمام الأشرف، وصنّف تصنيفاً في الخلاق، وكان يميل التّفسير. ولد سنة ثمان وثمانين وأربعمئة، وكان من فحول الفقهاء على مذهب أبي حنيفة رحمه الله، ومات سنة ثلاث وستين وخمس مئة. ر: لسان الميزان: ٥/٢٤٣، الجواهر المضيّة: ٣/٢٠٨-٢٠٩، كشف الظنون: ٢/١٦٣٦.

^٣: ر: مقدّمة تحقيق مختلف الرواية للدّكتور عبد الرّحمن الفرج: ١/٣٤-٣٥.

وإنّ كتاب مختلف الرواية بترتيب الأسمندي قد حظي بالاعتناء والتّحقيق، حيث قام بذلك د. عبد الرحمن بن مبارك الفرج، وهو مطبوع في دار الرّشد في أربعة أجزاء.

وحقّق "باب العبادات" منه عيسى زكي عيسى محمد شقرة، ومن "أول باب النّكاح إلى آخر باب التّحرّي" حقّقه زكي محمّد عبد الرحيم بخاريّ.

أمّا كتاب أبي الليث الذي بين يديّ فقد ظلّ محبوساً بين دفتيه، لم يلق العناية والرّعاية، سوى أنّ هناك دراسة للمخطوط من قبل: محمّد حسين علي، بإشراف الدّكتور: سيد عوّاد علي. الجامعة الإسلامية بالمدينة. إلّا أنّ هذه الدّراسة لم تشمل جميع المخطوط، بل شملت جزءاً منه، [من كتاب العبادات إلى باب اللّعان] واعتمد في تحقيقه على نسخة واحدة كما ذكر ذلك صريحاً، كما أنّه وأثناء دراسته للمسائل استطرد في بيان الأحكام ووجوه الأقوال، أي أنّه أفاض القول في التّعليق على بعض المسائل، كما أفاض القول في التعاريف الاصطلاحية التي قدّم لها أول كلّ كتاب، وأرجأ تراجم الأعلام إلى آخر الكتاب حيث جعلها في ملحق، وقام بتقييم المسائل، وأرى أنّ الحاجة ما زالت قائمة لتحقيق كامل المخطوط.

المبحث الثالث: مشكلة البحث

ورد على الباحث الأسئلة التالية: هل هناك كتاب في الفقه المقارن الحنفي؟ ما عنوانه؟ ما الطريقة التي اتبعها مؤلف هذا الكتاب؟ ما الأقوال التي ذكرها؟ وعلى أي من الكتب اعتمد؟ فجاء هذا البحث يفي بالغرض ويحيب عن هذه الأسئلة كلّها.

المبحث الرابع: الصّعوبات التي واجهت الباحث

لا بدّ لكلّ باحث أن تعتريه صعوبات أثناء بحثه، ومن الصّعوبات التي لقيت الباحث:

- كثرة المسائل التي أقوم بتحقيقها.
- توزّع المسائل على الكثير من الكتب والأبواب الفقهية، فكان لزاماً دراسة كلّ تلك الكتب والأبواب.
- خلوّ مسائل الكتاب من الأدلّة والتّعليل، فكان لا بدّ من بذل الجهد في استخراج تلك الأدلّة وتوجيه الأقوال المذكورة في الكتاب.
- التّحقّق من اسم الكتاب ونسبته إلى مؤلّفه، وقد حاول الباحث بعون الله أن يتوصّل إلى القول الفصل في ذلك.

المبحث الخامس: منهج الباحث في التحقيق والتعليق

أولاً: منهج التحقيق:

اعتمدتُ في تحقيق المخطوط المنهج الاستقرائي التحليلي، مع المقارنة والترجيح، وفيه ما يلي:

- ١ - جمع ما أمكن من نسخ المخطوط.
- ٢ - ترتيب تلك النسخ حسب زمنها وقربها من عصر المؤلف.
- ٣ - اتّخاذ النسخة الأصل محوراً تدور حوله النسخ الأخرى، حيث تلتزم عبارة الأصل، وتثبت الفوارق بين النسخ في هامش التحقيق.
- ٤ - لا أحيد عن النسخة الأصل، حتّى لو كان الصواب في غيرها، إذ تبقى عبارة الأصل كما هي، ويشار في الحاشية إلى وجود النقص أو الزيادة أو الخطأ.
- ٥ - إذا كان هناك خلاف بين النسخ في تصدير الأحكام، تُثبت عبارة الأصل، ويبيّن في الحاشية ما في النسخ الأخرى.
- ٦ - إذا كان الصواب في غير الأصل ذكرت في الحاشية "وهو الصواب" وإن كان في الأصل لم أذكر ذلك.
- ٧ - تكتب الكلمات بالرّسم الإملائيّ الحديث المتعارف عليه، مع مراعاة قواعد النّحو، دون التّنويه في الحاشية على رسم المؤلف.
- ٨ - إعجام ما أهمل النّساخ من نقط، دون الإشارة إلى ذلك في الحاشية.
- ٩ - إبراز عناوين الأبواب والمسائل بشكل واضح.
- ١٠ - ذكر رقم الصّفحة في المخطوط، حيث يوضع بين قوسين []، مع بيان موضعها من المخطوط، فإن كانت على يمينه، رُمز لها بالرّمز [أ]، وإن كانت على يساره، رمز لها بالرّمز [ب]
- ١١ - ضبط النّص كاملاً، أو شبه كامل، وذلك بالاعتماد على قواعد النّحو، وما أشكل من الكلمات أو الأعلام، يرجع فيه للكتب المختصّة بهذا الفنّ.
- ١٢ - وضع علامات التّرقيم المتّبعة، لتيسّر على دارس الكتاب وقارئه الفهم وبلوغ المراد.

ثانياً: منهج التعليق:

سار منهج التعليق على المخطوط على النحو التالي:

- ١ - إبراز ما بين النسخ من فوارق.
- ٢ - الضبط الكامل للآيات الكريمة، وعزوها إلى مواضعها من القرآن الكريم، بذكر السورة ورقم الآية فيها.
- ٣ - تخريج الأحاديث النبوية من كتب الحديث المعتمدة، وبيان درجة الحديث بنقل أقوال العلماء عليه إن وجد.
- ٤ - شرح المفردات اللغوية الغريبة، وذلك بالرجوع إلى كتب اللغة المعتمدة.
- ٥ - الرجوع إلى الكتب التي ذكر المؤلف أنه أخذ المسألة منها، ونقل عبارة الكتاب المأخوذ منه، مع ذكر اسم الكتاب ورقم الصفحة في الحاشية. أمّا باقي المعلومات عن الكتاب فتذكر في فهرس المصادر.
- ٦ - التنويه بالكتب المخطوطة التي اعتمد عليها المؤلف.
- ٧ - التعريف بالفقهاء والأعلام المذكورين في الكتاب، مع ذكر المصادر التي تم الرجوع إليها.
- ٨ - العناية بالمسائل التي ذكرها المؤلف، ودراستها دراسة فقهية، مع بيان الأدلة ووجوه الأقوال، وذلك بالرجوع إلى كتب الحنفية المعتمدة، ولو كانت متأخرة على كتاب المؤلف، وخاصة كتاب المبسوط للسرخسي.
- ٩ - الاكتفاء بآراء أصحاب المذاهب الأخرى المذكورة في المخطوط، مع بيان أدلة كل فريق.
- ١٠ - الرجوع إلى المصادر المعتمدة في فقه كل مذهب، لنقل القول الذي أشار صاحب المخطوط، زيادة في الإيضاح والتوثيق.

ثانياً- القسم الأول قسم الدراسة

ويتضمّن قسم الدراسة فصلين:

الفصل الأول: دراسة المؤلّف

الفصل الثاني: دراسة عن المخطوط

الفصل الأول

دراسة المؤلف

ضمّم هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: حياة المؤلف أبي الليث السمرقندي

المطلب الأول:

اسمه وتاريخ وفاته^١:

هو نصر بن محمد بن إبراهيم بن الخطّاب، الملقّب بـ (إمام الهدى) لفضله وصلاحه، فقيه من أئمة الحنفية، مفسّر، محدّث، حافظ، صوفي.

والسمرقندي: بفتح السين المشدّدة والميم، وسكون الراء، وفتح القاف، وسكون النون.

وفي التلمسانيّ على الشفا أنّه بسكون الميم وفتح الراء، ورُدّ بقول القاموس: إسكان الميم وفتح الراء لحن^٢.

أمّا تاريخ ولادته فمجهول، لم تذكره المصادر، أمّا وفاته فكانت في نهاية القرن الرابع الهجريّ، وتوفيّ ببلخ.

أمّا تاريخها فقد اختلف فيه على أقوال عدّة، ذكرت وفاته في (٣٧٣هـ) وقيل (٣٧٥هـ) وقيل (٣٨٢هـ) وقيل (٣٨٣هـ) وقيل (٣٩٣هـ) ولعلّ أقرب هذه الأقوال ما ذكره الذّهبيّ في سيره حيث قال: "نقلت وفاته من خطّ القاضي شهاب الدّين أحمد بن عليّ بن عبد الحقّ - أيده الله - في جهادى الآخرة سنة خمس وسبعين وثلاث مئة".

^١: انظر ترجمة أبي الليث: الوافي بالوفيات: ٢٧/ ٥٤، الجواهر المضية: ٣/ ٥٤٤-٥٤٥، تاج التّراجم: ٢/ ١١٨، الأعلام للزركلي:

٢٧/ ٨، سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٣٢٢، معجم المؤلّفين: ١٣/ ٩١، هدية العارفين: ٢/ ٤٩٠، فهرس الفهارس: ٢/ ٩٩٨، معجم

المطبوعات: ١/ ١٠٤٥، تاريخ الإسلام: ٢٦/ ٥٨٣، مقدّمة شرح الجامع الصّغير: ص/ ٥٣-٥٤.

^٢: ر: فهرس الفهارس: ٢/ ٩٩٨.

وهناك أبو الليث السمرقندي آخر يجب التنويه به لثلاً يقع الاشتباه، وهو نصر بن سيار المتوفى سنة (٢٩٤هـ)، ويقال له الحافظ، ولذلك الفقيه^١.

وهناك أبو الليث آخر، وهو نصر بن القاسم بن نصر بن زياد، البغدادي الفرائضي ت (٣١٤هـ)، المقرئ على رواية أبي عمرو بن العلاء^٢.

وهناك أيضاً أبو الليث، وهو أحمد بن عمر بن محمد ابن شيخ الإسلام أبي حفص النسفي، يعرف بالمجد، من أهل سمرقند، تفقه على والده نجم الدين عمر النسفي، مات قتيلاً سنة (٥٥٢هـ)^٣.

^١ : ر: الجواهر المضيئة: ٣/ ٥٤٤-٥٤٥، ٤/ ٨٣-٨٤.

^٢ : ر: سير أعلام النبلاء: ١٤/ ٤٦٥-٤٦٦، الأعلام للزركلي: ٨/ ٢٧، معجم المؤلفين: ١٣/ ٩١.

^٣ : ر: الطبقات السنية: ص/ ٤٨١-٤٨٢.

المطلب الثاني:

شيوخه الذين أخذ عنهم:

تفقه أبو الليث على أبي جعفر الهنداوي^١: محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر الهنداوي (٣٠٠ - ٣٦٢ هـ) والهنداوي: بكسر الهاء وسكون النون وضم الدال المهملة وفي آخرها النون، البلخي، من أهل بلخ، كان إماماً فاضلاً عارفاً بفقه أبي حنيفة رحمه الله، المعروف بأبي حنيفة الصغير.

كان شيخ تلك الديار في زمانه وممن يضرب به المثل، حدث بالحديث، وأفتى بالمشكلات، وشرح المعضلات، من آثاره: شرح أدب القاضي للخصّاف المتوفى سنة إحدى وستين ومئتين، الفوائد الفقهية، وكشف الغوامض في الفروع، ذكر فيه بعض ما أورده محمد في الجامع الصغير، وإنما قيل له الهنداوي، لأنه من محلة بلخ يقال لها: باب هندوان، ينزل فيها الغلمان والجواري التي تجلب من الهند.

سمع محمد بن عقيل الفقيه البلخي، وأبا القاسم أحمد بن عصمة الصفار، الملقّب حم، وأستاذه أبا بكر محمد بن أبي سعيد الفقيه وعليه تفقه، وعليّ بن أحمد الفارسي، وإسحاق بن عبد الرحمن القارئ الكندي وغيرهم.

روى عنه جعفر بن محمد بن حمدان الفقيه، وأبو إسحاق إبراهيم بن مسلم بن محمد بن محمد البخاري، وأبو إسحاق إسماعيل بن عمر بن حفص بن عبد الله بن عبق العبقي البخاري، وأبو عبد الله طاهر بن محمد الحدّادي وغيرهم.

مات ببخارى وحمل إلى بلخ ودفن بها يوم الجمعة لخمس بقين من ذي الحجة سنة اثنتين وستين وثلاثمائة، وهو ابن اثنتين وستين سنة.

١: ر: الأنساب للسمعاني: ٤/١٤٤، ٥/٦٥٣، العبر في خبر من غير: ٢/٣٣٤، الوافي بالوفيات: ٣/٢٧٨، الجواهر المضية:

٣/١٩٢-١٩٤، سير أعلام النبلاء: ١٦/١٣١، مرآة الجنان: ٢/٣٧٥، تاريخ الإسلام للذهبي: ٢٦/٢٩٨.

وَمَنْ رَوَى أَبُو اللَّيْث عَنْهُ:

- مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْبَلْخِيُّ: الزَّاهِدُ الْإِمَامُ الْكَبِيرُ الْعَلَّامَةُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ نَزِيلُ سَمَرْقَنْدَ، أَصْلُهُ مِنْ بَلْخِ، وَلَكِنَّهُ أُخْرِجَ مِنْهَا بِسَبَبِ الْمَذْهَبِ، فَدَخَلَ سَمَرْقَنْدَ، وَنَزَلَهَا وَبِهَا مَاتَ، وَكَانَ إِلَيْهِ الْمُنْتَهَى فِي الْوَعْظِ وَالتَّذْكِيرِ، وَهُوَ مِنْ أَجَلَّةِ مُشَايِخِ خُرَاسَانَ، صَحَبَ أَحْمَدُ بْنُ خَضْرَوِيَةَ الْبَلْخِيَّ، وَهُوَ آخِرُ مَنْ رَوَى عَنْ قَتِيبَةَ، وَقَدْ أَجَازَ لِأَبِي بَكْرٍ بْنِ الْمُقَرَّرِ، وَكَانَ أَبُو عَثْمَانَ الْحِيرِيُّ يَمِيلُ إِلَيْهِ كَثِيرًا، وَكَانَ يَقُولُ فِي حَقِّهِ: "هُوَ سَمْسَارُ الرِّجَالِ".

وَمِنْ مُشَايِخِهِ: أَبُو بَشَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ مَهْدِيٍّ، صَاحِبُ ابْنِ السَّمَاكِ الْوَاعِظُ، وَقَدْ حَدَّثَ عَنْهُ أَيْضًا إِسْمَاعِيلُ بْنُ نَجِيدٍ، وَإِبْرَاهِيمُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرَوِيَةَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ مَكِّيٍّ النَّيْسَابُورِيُّ، وَعَبِيدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّيْدِلَانِيُّ الْبَلْخِيُّ.

مِنْ كَلَامِهِ: "الدُّنْيَا بَطْنُكَ، فَبَقْدَرُ زَهْدِكَ فِي بَطْنِكَ تَزْهَدُ فِي الدُّنْيَا" وَيَقُولُ: "الْعَجَبُ مَنْ يَقْطَعُ الْمَفَاوِزَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى الْكَعْبَةِ وَالْحَرَمِ لِأَنَّ بَيْنَهُمَا آثَارُ الْأَنْبِيَاءِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ كَيْفَ لَا يَقْطَعُ نَفْسُهُ وَهُوَ حَتَّى يَصِلَ إِلَى قَلْبِهِ، لِأَنَّ فِيهِ آثَارَ رَبِّهِ عَزَّ وَجَلَّ".

تَوَفَّى سَنَةَ عَشْرِ وَثَلَاثِمِئَةٍ، وَقِيلَ سَبْعَ وَثَلَاثِمِئَةٍ وَقِيلَ تِسْعَ وَثَلَاثِمِئَةٍ.

- الْخَلِيلُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ الْخَلِيلِ بْنِ مُوسَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَاصِمٍ بْنِ جَنْكِ السَّجَزِيِّ أَبُو سَعِيدٍ، الْقَاضِي الْحَنْفِيُّ، إِمَامٌ فِي كُلِّ عِلْمٍ، شَائِعُ الذِّكْرِ مَشْهُورُ الْفَضْلِ، مَعْرُوفٌ بِالْإِحْسَانِ فِي النِّظْمِ وَالتَّثَرُّعِ، شَيْخُ أَهْلِ الرَّأْيِ فِي عَصَرِهِ مَعَ تَقَدُّمِهِ، وَهُوَ صَاحِبُ كِتَابِ "الدَّعَوَاتِ وَالْأَدَابِ وَالْمَوَاعِظِ". وَلَهُ رَحْلَةٌ وَاسِعَةٌ طَافَ الدُّنْيَا شَرْقًا وَغَرْبًا، جَمَعَ فِيهَا بَيْنَ بِلَادِ فَارَسَ وَخُرَاسَانَ وَالْعِرَاقِ وَالْحِجَازِ وَالشَّامِ وَبِلَادِ الْجَزِيرَةِ.

^١: انظر مثلاً: تنبيه الغافلين: ص/ ١٨ وغيرها، بحر العلوم: ٣٦/ ١ وغيرها.

^٢: العبر في خبر من غبر: ١٨٢/ ٢، سير أعلام النبلاء: ١٤/ ٥٢٣-٥٢٥، طبقات الصوفية: ص/ ١٧١، حلية الأولياء: ١٠/ ٢٣٢-٢٣٣، الأعلام للزركلي: ٢/ ٧٣، مرآة الجنان: ٢/ ٢٧٨، تاريخ الإسلام للذهبي: ٢٣/ ٥٤٩.

^٣: سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٤٣٧-٤٣٨، تاريخ دمشق: ١٧/ ٣١-٣٢، المنتظم: ١٤/ ٣٣٠، بغية الطلب في تاريخ حلب:

٧/ ٣٣٧٣، الوافي بالوفيات: ١٣/ ٢٤٥، تاج التراجم: ١/ ١٦٧، الجواهر المضيئة: ٢/ ١٧٨-١٨٠.

وكان من أحسن الناس كلاماً في الوعظ والتذكير. ذكره صاحب: "تمّة اليتيمة" فقال: "من أفضل القضاة، وأشهر أدبائهم، وله شعر الفقهاء".

مولده سنة إحدى وسبعين ومئتين، ومات في جمادى الآخرة سنة ثمان وسبعين وثلاثمائة بفرغانة وهو على مظالمها، وقيل: سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة، رثاه أبو بكر الخوارزمي.

أدرك الأئمة والعلماء، وصنّف التصانيف، ولي القضاء ببلدان شتى من وراء النهر. سمع بدمشق وبنيسابور وبغيرهما. وقيل: إن اسمه محمد، وخليل لقب.

حدّث عن أبي العباس السراج، وابن جوصا، وأبي الحسن عبد الله بن محمد الفقيه بمرو، والقاسم البغوي، ويحيى بن صاعد، وإمام الأئمة ابن خزيمة، ومحمد بن إبراهيم الديلمي.

روى عنه: الحاكم، وأبو يعقوب إسحاق القراب، وعبد الوهاب بن محمد الخطّابي، وجعفر المستغفري، وأبو ذر الهروي، ومسلم بن إسماعيل الصّبيّ الهروي.

- أبوه^١: محمد بن إبراهيم بن الخطاب التوزي الورسني كان يسكن ورسنين من قرى سمرقند أيضاً فانتقل منها إلى تود، وتود: بالذال المعجمة، قرية من قرى سمرقند على ثلاثة فراسخ منها. وتود أيضاً من قرى مرو، وقال أبو سعد: وأكثر الناس يسمونها "توث" بالثاء المثناة عوض الدال.

يروى عن العباس بن الفضل بن يحيى، ومحمد بن غالب وغيرهما.

- محمد بن الحسين بن محمد بن مهران المروزي الحدادي^٢، الحاكم أبو الفضل، شيخ مرو، القاضي الكبير، كان يتولّى الحكومة عن القضاة بمرو وبخارا، وكان فقيهاً فاضلاً من أصحاب الرأى. سمع عبد الله بن محمود المروزي السعدي، وأبا يزيد صاحب تفسير إسحاق، وحماد بن أحمد القاضي، وأقرانهم.

قال الحاكم: كان شيخ أهل مرو في الحديث والفقه والتّصوف والفتيا.

^١: ر: معجم البلدان: ٥٧/٢.

^٢: ر: سير أعلام النبلاء: ١٦/٤٧٠، الأنساب للسمعاني: ١٨٢/٢-١٨٣.

وتوفي في المحرم أو صفر من سنة ثمان وثمانين وثلاثمئة، وأنه توفي وهو ابن مئة وسبع وستين، وقد ولي قضاء نيسابور قبل الخمسين وثلاثمئة.

ومن روى عنه أبو الليث كذلك: عبد الغافر الفارسي، القاسم بن محمد بن روزية، أبو إبراهيم محمد بن سعيد الترمذي، عبد الرحمن بن محمد.

المطلب الثالث:

تلامذته والذين روى عنه:

من أشهر تلامذة أبي الليث: طاهر بن محمد بن أحمد بن نصر بن الحسين بن شهيد المطوعي الصوفي البخاري أبو عبد الله المعروف بالحدادي^١، تاج الدين، الواعظ، صاحب التصانيف في الزهد والتذكير، منها كتاب "عيون المجالس وسرور الدارس"، من أهل بخارا، وكان بعض أجداده يعمل في الحديد، سكن قرية بزده من أعمال نخشب.

حدث عن أبي صالح خلف بن محمد الخيام، وأبي بكر أحمد بن سعد الزاهد، وأبي حفص أحمد بن أحمد الختن، وأبي نصر أحمد بن سهل، وأبي عمرو محمد بن محمد بن صابر فمن دونهم.

روى عنه أبو العباس المستغفري، قال: سمع مني وسمعت منه، ومات ببزده، ودفن يوم السبت لسبع عشرة ليلة خلت من ذي القعدة سنة ست وأربعمئة.

ومن تلامذته أيضاً: الخطيب أبو مالك الرازي ثم البلخي^٢، أبو بكر محمد بن عبد الرحمن الترمذي^٣، أبو ملك تميم ابن فرينام بن علي بن زرعة الخطيب^٤، وأبو حفص عمر بن محمد العوفي^٥.

١: ر: الأنساب للسمعاني: ١٨٣/٢، إكمال الكمال: ٢٧٠/٢.

٢: ر: المعجم المفهرس: ص/٤٠١.

٣: ر: تاريخ الإسلام: ٥٨٢/٢٦.

٤: ر: التحجير في المعجم الكبير: ١/٥٥٤.

٥: ر: ذيل تاريخ بغداد: ١١٣/٥.

المطلب الرابع:

طلبه للعلم وسيرته العلمية:

أبو الليث السمرقندي النسبة، فهو قد عاش في سمرقند، لكن المصادر لم تذكر مكان ولادته أو رحلته في طلب العلم، إلا أنه -وعلى ما يبدو- قد رحل بين سمرقند وبلخ، وتفقه ودرس على مشايخها، فأستأذه وشيخه في الفقه أبو جعفر البلخي الهندواني، وكذا روى عن محمد بن الفضل البلخي وغيرهم من أهل بلخ وما جاورها، وقد مات ببلخ كما ذكره الذهبي^١، فلعله كان يتردد بين المدينتين.

وأبو الليث من الفقهاء المعبرين، كما سيتوضح عما قريب في الفقرة بعدها، بل بلغ رتبة "مجتهد ترجيح" في المذهب، وإلى جانب ذلك كان مفسراً يدل على ذلك كتابه في التفسير المسمى بحر العلوم، وهو أيضاً من الوعّاظ المشتهرين، حيث أنه ألف كتاباً في الوعظ والإرشاد، كبستان العافين، وتنبيه الغافلين، فهو إذاً قد جمع بين مختلف العلوم.

١: ر: الوافي بالوفيات: ٢٧/٥٤، الجواهر المضية: ٣/٥٤٤-٥٤٥، تاج التراجم: ٢/١١٨، الأعلام للزركلي: ٨/٢٧، سير أعلام

النبلأ: ١٦/٣٢٢، معجم المؤلفين: ١٣/٩١، هدية العارفين: ٢/٤٩٠، فهرس الفهارس: ٢/٩٩٨، معجم المطبوعات:

١/١٠٤٥، تاريخ الإسلام: ٢٦/٥٨٣، مقدمة شرح الجامع الصغير: ص/٥٣-٥٤.

٢: تاريخ الإسلام: ٢٦/٥٨٣.

المطلب الخامس:

مكانة أبي الليث بين العلماء:

حاز أبو الليث السمرقندي رتبة عالية بين علماء عصره، واعتمد عليه الناس واستقوا من آرائه واستفادوا من علومه، ولعل ما يهم هنا أن نذكر منزلته في الفقه - حيث أن كتابه هذا يتعلّق به - ومدى اعتماد العلماء على آرائه الفقهية، أو الأخذ بترجيحاته المذهبية.

وإنك إذ تطالع كتب الفقه ترى كثيراً من الأقوال متناثرة لأبي الليث فيها، إن بنقل قول للأئمة، أو بذكر رأي، أو بترجيح قول، فنجد على سبيل المثال في تبين الحقائق في مسألة تقدير الماء الكثير^١: "ثم اختلف كل واحد من الفريقين في التقدير، فأما من قال بالمساحة فمنهم من اعتبر عشرًا في عشر، وهو الذي اختاره صاحب الكتاب ومشايخ بلخ وابن المبارك وجماعة من المتأخرين. قال أبو الليث: وعليه الفتوى". وفيه أيضاً في مسألة الجنب والحائض^٢: "ويكره لهم أن يكتبوا كتاباً فيه آية من القرآن، لأنّه يكتب بالقلم وهو في يده كذا، في فتاوى أهل سمرقند وذكر أبو الليث أنّه لا يكتبه وإن كانت الصحيفة على الأرض، وإن كان ما دون الآية".

وقال في ذكر مبطلات الصلاة^٣: ويطلها تعلّم أمّي سورة، أمّا إذا كان يصلي خلف قارئ فقد قيل إنّ صلاته لا تبطل، لأنّ قراءة الإمام قراءة له، فقد تكامل أوّل صلاته، وبناء الكامل على الكامل جائز، وهو اختيار أبي الليث. وقال ابن عابدين: عند ذكر الاختلاف في نجاسة الأذن: "وقال في الحلية: لا شك أنّها ممّا تحلّها الحياة ولا تعرى عن اللحم، فلذا أخذ الفقيه أبو الليث بالنجاسة، وأقرّه جماعة من المتأخرين". وغير ذلك من الأقوال والآراء والترجيحات التي تجدها في ثنايا كتب الحنفية، وهذا دليل على أنّ كلامه معتبر ورأيه مقدّر مأخوذ به، وأنّ له مكانة عند الأحناف.

^١: تبين الحقائق: ٢٢/١.

^٢: المرجع السابق: ٥٨/١.

^٣: ر: المرجع السابق: ١٤٩/١.

^٤: حاشية ابن عابدين: ٢٠٧/١.

وقد ألف الشيخ الإمام أحمد بن موسى بن عيسى بن مأمون الكشني المتوفى في حدود (٥٥٠ هـ) "مجموع التوازل والحوادث والواقعات" وهو كتاب لطيف في فروع الحنفية، أوله: (الحمد لله الذي شرفنا بسيد الأصفياء...) ذكر أنه جمع من فتاوى منها: فتاوى أبي الليث السمرقندي، وفتاوى أبي بكر فضل، وفتاوى أبي حفص الكبير^١. وقد اعتمد على أبي الليث ليس في الفقه فحسب، بل بغيره من العلوم، فهذا الشيخ الإمام بدر الدين محمد بن أيوب بن عبد الفاهر المقرئ الحلبي، المعروف بالتأذي ت (٧٠٥ هـ) ألف كتاباً سماه: "مختصر الراشف من زلال الكاشف من التفاسير"، اختصره من الكشف مع المحاكمات من فوائد أبي العباس أحمد المهدي، ومن كتاب أبي الليث السمرقندي، ومن الكشف والبيان للثعلبي^٢.

وذكر ابن السحنة أن للشيخ علاء الدين الأسمندي السمرقندي، المعروف بالعلاء العالم "شرح عيون المسائل" لأبي الليث وسماه "بحصر المسائل وقصر الدلائل"^٣.

وقام الفقيه الحنفي مصلح الدين مصطفى بن زكريا بن أيدغمش القرماني ت (٨٠٩ هـ) بشرح مقدمة الصلاة لأبي الليث السمرقندي^٤.

وللشيخ عبد الواحد بن محمد بن عبد الواحد الأمدي التميمي المتوفى في حدود سنة (٥٥٠ هـ) كتاب: "جواهر الكلام في الحكم والأحكام من قصة سيد الأنام" ذكر أنه جمعه وانتخبه متوناً مجردة ورتبه على حروف المعجم ليسهل حفظه من مسموعاته على والده القاضي أبي نصر محمد وغيره، كالشيخ أحمد الغزالي بآمد، ومما نقله من الصحيحين وقوت القلوب، ومما رواه أبو بكر الآجري، والقاضي أبو نصر بن ودعان الموصل، وحبّة الإسلام الغزالي، والشيخ أبو الليث السمرقندي في تنبيه الغافلين، والشيخ أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي في الترغيب والترهيب^٥. فلأبي الليث إذاً مكانة عند العلماء دلّ عليها اعتناؤهم بمؤلّفاته، والأخذ منها.

^١: كشف الظنون: ١٦٠٦/٢، هدية العارفين: ٨٥/١.

^٢: كشف الظنون: ١٦٢٧/٢.

^٣: ر: المرجع السابق: ١١٨٧/٢.

^٤: المرجع السابق: ١٧٩٦/٢.

^٥: ر: كشف الظنون: ٦١٦/١، معجم المطبوعات: ٩/١، إيضاح المكنون: ٤١٤/١.

المطلب السادس:

آثار أبي الليث "مؤلفاته":

لأبي الليث السمرقندي العديد من الكتب في مختلف مجالات العلوم، فهو قد اشتهر في علم الفقه، إلى جانب اشتهاره بالتفسير والحديث والوعظ والإرشاد، ومن مؤلفاته المشهورة:

١- مؤلفات في العقيدة:

- أسرار الوحي أو "الوجه"¹. وهو الحديث الذي جرى بين الذات العليا سبحانه وبين النبي ﷺ في المعراج، وله شرح بالفارسية، وهو مخطوط، ويوجد في جامعة برلين برقم ٢٦٠٠-٢٦٠١.
- بيان عقيدة الأصول²: وهي رسالة في العقيدة، ولها عدة نسخ مخطوطة.
- رسالة في أصول الدين³، وهي رسالة في العقيدة.
- رسالة المعرفة والإيمان⁴، وهي مخطوط في مكتبة أسعد أفندي.
- شرح الفقه الأكبر لأبي حنيفة⁵. وهو مطبوع.
- قُوتُ النَّفْس في معرفة الأركان الخمس⁶، مخطوط.
- المعارف في شرح الصّحائف⁷: وهي أدلة على وجود الله. أوله: (الحمد لله الذي ليس لوجوده بداية...)، ولعله للسمرقندي شمس الدين محمد.

¹: ر: تاريخ التراث العربي: ١١٣/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٢٨/٥.

²: ر: تاريخ التراث العربي: ١١١/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٢٩/٥، مقدّمة تحقيق "مختلف الرواية" لعبد الرحمن الفرّج: ٢٤/١.

³: الأعلام للزركلي: ٢٧/٨.

⁴: تاريخ التراث العربي: ١١٤/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٣٢/٥.

⁵: تاريخ التراث العربي: ١١٣/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٣٢/٥.

⁶: تاريخ التراث العربي: ١١٤/٣.

⁷: تاريخ التراث العربي: ١١٤/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٣٤/٥، كشف الظنون: ١٠٧٥/٢.

٢- مؤلفات في التفسير:

- تفسير القرآن^١: وهو كتاب مشهور لطيف مفيد، خرّج أحاديثه: ابن قطلوبغا الحنفيّ ت (٨٩٩هـ)، وترجمته بالتركية لابن عربشاه الحنفيّ ت (٨٥٤هـ).

وتفسيره هو المسمّى "بحر العلوم". لكن قال الزركليّ في الأعلام^٢ أنّ "بحر العلوم" لعليّ بن يحيى، علاء الدين السمرقنديّ ثمّ القرمانيّ، وقال: ورد ذكره منسوباً إلى أبي الليث نصر بن محمد السمرقنديّ، وهو خطأ.

٣- مؤلفات في الفقه:

- تأسيس الفقه^٣: وله نسخة مخطوطة في بلدية الإسكندرية.

- تأسيس النظائر في الفروع^٤: كذ، ولعلّه للقاضي الإمام أبي جعفر السّرماريّ كذا في أحكام المرضى من صلاة فصول العماديّ، وذكر ابن الشّحنة أنّه لأبي الليث نصر بن محمّد السمرقنديّ، وهو كتاب مختصر، ذكر فيه أنّ أقسام الخلاف بين الأئمة ثمانية، فقدّم القسم الذي فيه خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

- تأسيس النّظر (المختلف بين أصحاب الفقه)^٥: ولعلّ تأسيس النّظر للدّبوسيّ، إذ له كتاب سمّاه "تأسيس النّظر في اختلاف الأئمة" في علمي الجدل والخلافات، أوله: (الحمد لله ربّ العالمين والعاقبة للمتقين...) للدّبوسيّ عبيد الله بن عمر بن عيسى الدّبوسيّ القاضي أبو زيد الفقيه الحنفيّ أحد القضاة السبعة توفيّ ببخارا سنة (٤٣٢هـ). قال: "لما نظرت في المسائل التي اختلف فيها الفقهاء فوجدتها منقسمة إلى أقسام ثمانية جعلت لكلّ قسم من هذه الأقسام باباً، وذكرت لكلّ منها أصولاً، وزدت عليها قسماً آخر في أصول تشتمل على مسائل خلافيّة متفرقة. طبع بمصر^٦.

^١: ر: كشف الظنون: ١/ ٤٤١، فهرس الفهارس: ٢/ ٩٩٨، هدية العارفين: ٢/ ٤٩٠، أسماء الكتب: ص/ ٧١، تاريخ الثّراث

العربيّ: ٣/ ١٠٤، معجم تاريخ الثّراث الإسلاميّ: ٥/ ٣٨٣٠-٣٨٣١.

^٢: الأعلام للزركلي: ٥/ ٣٢.

^٣: تاريخ الثّراث العربيّ: ٣/ ١١٣، مقدّمة تحقيق مختلف الرّواية للدكتور الفرج: ١/ ٢٣.

^٤: ر: أسماء الكتب: ص/ ٧٦، كشف الظنون: ١/ ٣٣٤.

^٥: ر: تاريخ الثّراث العربيّ: ٣/ ١١١، معجم تاريخ الثّراث الإسلاميّ: ٥/ ٣٨٣٠.

^٦: ر: كشف الظنون: ١/ ٣٣٤، هدية العارفين: ١/ ٦٤٨، معجم المطبوعات: ١/ ٨٦٦.

- حصر المسائل في الفروع^١.
- خزانة الفقه على مذهب أبي حنيفة^٢. وهو مختصر أوله: (الحمد لله رب العالمين...) جمع فيه مسائل الفقه معدودة الأجناس مجموعة النظائر ورتب ترتيب الكنز، ثم نسج صاحب التتف على منواله، وهو مطبوع بتحقيق: د/ صلاح الدين الناهي في العراق.
- شرح الجامع الصغير للشيباني^٣. ذكره ابن ملك في شرح المجمع.
- شرح مشكلات القدوري^٤: وهو شرح مختصر قيل إنه لأبي الليث، وفيه نظر، لعله شرح أبي بكر علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي ت (٥٥٢هـ).
- عيون المسائل^٥. وقد شرحه الشيخ علاء الدين الأسمندي السمرقندي، المعروف بالعلاء العالم في مجلد، وسمّاه: "حصر المسائل وقصر الدلائل". وهناك شرح أيضاً لمحمد بن عمر بن عربي الجاوي المتوفى بعد (١٨٨٨م)
- الفتاوى من أقاويل المشايخ^٦.

- مبسوط في الفروع^٧. ذكره العمادي في الفصل الثامن.
- مختلف الرواية^٨ في الخلافات بين أبي حنيفة ومالك والشافعي أوله: الحمد لله المتفرد بذاته...

^١: كشف الظنون: ١/٦٦٨، هدية العارفين: ٢/٤٩٠.

^٢: ر: الجواهر المضية: ٣/٥٤٥، كشف الظنون: ١/٧٠٣، الأعلام للزركلي: ٨/٢٧، تاريخ التراث العربي: ٣/١٠٦، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٥/٣٨٣١-٣٨٣٢، مقدمة تحقيق مختلف الرواية للدكتور الفرج: ١/٢٢.

^٣: كشف الظنون: ١/٥٦٣، هدية العارفين: ٢/٤٩٠، ولعله لعلاء الدين العالم. ر: تاريخ التراث العربي: ٣/٦٨.

^٤: كشف الظنون: ٢/١٦٣١.

^٥: كشف الظنون: ٢/١١٨٧، هدية العارفين: ٢/٤٩٠، تاريخ التراث العربي: ٣/١٠٧-١٠٨، معجم تاريخ التراث الإسلامي:

٥/٣٨٣٣.

^٦: الوافي بالوفيات: ٢٧/٥٤، هدية العارفين: ٢/٤٩٠، تاريخ التراث العربي: ٣/١٠٧، معجم تاريخ التراث الإسلامي:

٥/٣٨٣٣.

^٧: كشف الظنون: ٢/١٥٨٠، هدية العارفين: ٢/٤٩٠.

^٨: الأعلام للزركلي: ٨/٢٧، هدية العارفين: ٢/٤٩٠، تاريخ التراث العربي: ٣/١٠٧، معجم تاريخ التراث الإسلامي:

٥/٣٨٣٣.

وهناك مختلف الرواية للشيخ الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد المعروف بالعلاء العالم السمرقندي ت (٥٥٢هـ) قال: "قصدت فيه أن أكتب مسائل مختلف الرواية، وأرسم لخلاف كل واحد من الأئمة باباً على الترتيب الذي رتبته بعض أستاذينا، إلا أنهم أوردوا الكتب كلها في كل باب، وأنا أورد كلها في كل كتاب، وأذكر في كل مسألة نكتة شافية وحجة كاملة". أوله: (الحمد لله المتعزز بذاته...) ولعله نسجه من كتاب أبي الليث، إذ المسائل في كتاب "مختلف الرواية" لأبي الليث هي عينها في كتاب "مختلف الرواية" لعلاء الدين العالم، وقد ذكر الأخير أنه رتب كتابه على الترتيب الذي رتبته بعض أسيادها، وكأنه يقصد بذلك كتاب "مختلف الرواية" لأبي الليث.

وعلى الكتاب حاشية لصفى الدين عمر الحنفي، مكتبة جامعة استنبول (٥٤٠٨).

- المختلفات في فروع الحنفية: كذا في فهرس جامع الفصولين. لعله الكتاب الذي بين أيدينا كما سيوضح عند دراسة نسبة الكتاب لمؤلفه.

- المقدمة في الفقه: ألفها في الصلاة، وهي مقدمة قد اشتهرت فيما بين الأنام بركاتها، وشملتهم فوائدها. شرحها: ذو النون بن أحمد السرماري نزيل عيتاب ت (٦٧٧هـ)، والشيخ مصلح الدين مصطفى بن زكريا بن آي طوغمش القرماني ت (٨٠٩هـ)، وسماه: (التوضيح)، وشرحها أيضاً القاضي زاده ت (١٠٤٤هـ) وسماه: (قطرات الغيث على مقدمة أبي الليث) وغيرها من الشروح.

- النوازل في الفروع: أوله: (الحمد لله على نعمته التي لا تحصى...)

ذكر فيها أنه جمع من كلام محمد بن شجاع الثلجي ت (٢٦٦هـ)، ومحمد بن مقاتل الرازي ت (٢٤٢هـ)، ومحمد ابن سلمة، ونصير بن يحيى، ومحمد بن سلام، وأبي بكر الإسكافي: محمد بن محمد بن أحمد بن مالك، ت

١: كشف الظنون: ١٦٣٨/٢.

٢: كشف الظنون: ١٧٩٥/٢، هدية العارفين: ٤٩٠/٢، معجم المؤلفين: ٩١/١٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٣٤/٥.

٣: ر: كشف الظنون: ١٩٨١/٢، هدية العارفين: ٤٩٠/٢، تاريخ التراث العربي: ١٠٨/٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي:

٣٨٣٤/٥.

(٣٥٢هـ) وعليّ بن أحمد الفارسيّ، والفقهاء أبي جعفر محمد بن عبد الله الهندوانيّ ت (٣٦٢هـ)، فإنّهم وقفوا النّظر فيما وقع لهم من النّوازل.

قال: وصنّف كتابين من أقاويلهم، أحدهما: عيون المسائل، والآخر: النّوازل.

قال: وأوردت في العيون من أقاويل أصحابنا ما ليست عنهم رواية في هذه الكتب، وفي النّوازل من أقاويل المشايخ، وشيئاً من أقاويل أصحابنا ما لا رواية عنهم أيضاً في الكتاب، ليسهل على النّاظر فيها طريق الاجتهاد.

- نوادر الفقه^١.

٤- مؤلّفات في المواعظ والآداب:

- بستان العارفين أو (البستان)^٢: مختصر مفيد على مئة وخمسين باباً في الأحاديث والآثار الواردة في الآداب الشرعيّة والخصال والأخلاق وبعض الأحكام الشرعيّة. وهو مطبوع.

يروي أنّه ثلاث نسخ: الكبرى والوسطى والصّغرى، والموجود في بلاد العرب والروم هو الصّغرى^٣.

- تنبيه الغافلين^٤: جمع فيه أشياء من المواعظ والحكم شافية للنّاظر فيه. قال الحافظ الذهبيّ: "فيه موضوعات كثيرة"، وهو مرّتب على خمسة وتسعين باباً. أوّله: (الحمد لله الذي هدانا لهذا الذي كنا نلتمس له...)

^١ : هديّة العارفين: ٢/ ٤٩٠، تاريخ التّراث العربيّ: ٣/ ١٠٩-١١١.

^٢ : ر: كشف الظنون: ١/ ٢٤٣، أسماء الكتب: ص/ ٧١، هديّة العارفين: ٢/ ٤٩٠، معجم المطبوعات: ١/ ١٠٤٥، تاريخ التّراث العربيّ: ٣/ ١١٢، معجم تاريخ التراث الإسلاميّ: ٥/ ٣٨٢٩.

^٣ : وفيه نظر، إذ أصل هذا أنّ شمس الدّين شمس بن عطاء الله الرّازيّ المعروف بالهرويّ، وكان من أعوان تيمورلنك، وهو منسوب إلى العلم، شاع عنه أنّه يحفظ اثني عشرة ألف حديث، وأنّه يحفظ صحيح مسلم بأسانيده، ويحفظ متون البخاريّ، فاستعظم النّاس ذلك، فعقدوا له مجلساً بالعلماء ليظهر أنّه مزجّي البضاعة في العلم، فأرسل إلى القاضيين البلقينيّ وابن مغليّ، فتكلّموا بحضرته، وكان من جملة ما سئل الهرويّ عنه حينئذ هل ورد النّصّ على أنّ المغرب لا تقصر في السّفر؟ فقال: نعم، جاء ذلك من حديث جابر في كتاب الفردوس لأبي الليث السمرقندي، فلمّا انفصلوا روجع البستان لأبي الليث فلم يوجد فيه ذلك، فقليل له في ذلك فقال: للسّمرقنديّ بهذا الكتاب ثلاث نسخ: كبرى ووسطى وصغرى، وهذا الحديث في الكبرى، ولم يدخل الكبرى هذا البلاد، فاستشعروا كذبه من يومئذ. ر: إنباء الغمر بأبناء العمر: ٣/ ٥٧-٥٨.

^٤ : كشف الظنون: ١/ ٤٨٧، المعجم المفهرس: ص/ ٤٠١، هديّة العارفين: ٢/ ٤٩٠، معجم تاريخ التراث الإسلاميّ: ٥/ ٣٨٣١.

رواه عنه: أبو بكر محمد بن عبد الرحمن الترمذي.

وترجمته بالتركية لبعض أهالي رها المتوفى في حدود سنة (١٠٤٠هـ)، وبالفارسية لغيره.

- دقائق الأخبار في بيان أهل الجنة وأهوال النار: أولها (الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم...)

- رسالة في الحكم: وهي نظرات دينية في المخلوقات والحوادث.^١

- فضائل رمضان.^٢

- قرّة العيون ومفرّح القلب المحزون، رسالة فارسية مرتّبة على أربعة أقسام وفصول، في أمثال القرآن والأخبار وحكايات لطيفة، أولها: (چون آثار موهبت وانوار عاطفت مهتری در حق كهتری متكثر كردد...) معنون باسم الأمير: أبي المفاخر فاخر بن محمد. وهو مطبوع على هامش مختصر تذكرة القرطبي لعبد الوهاب بن أحمد الشعرائي المتوفى سنة (٩٧٣هـ) في التصوّف، مطبوع في بولاق سنة (١٣٠٠هـ).

٥- مؤلفات في المناقب:

- تحفة الأنام في مناقب الأئمة الأربعة الأعلام.^٣

٦- مؤلفات أخرى:

- جامع الحكم (الأسئلة والأجوبة في حكم الأمور الدينية).^٤

- شرعة الإسلام.^٥

- اللطائف المستخرجة من صحيح البخاري.^٦

^١ : إيضاح المكنون: ٣/ ٤٧٤، هدية العارفين: ٢/ ٤٩٠، الأعلام للزركلي: ٨/ ٢٧.

^٢ : تاريخ التراث العربي: ٣/ ١١٤.

^٣ : الأعلام للزركلي: ٨/ ٢٧.

^٤ : إيضاح المكنون: ٢/ ٢٢٦، معجم المطبوعات: ١/ ١٠٤٦، ١/ ١١٣٣، اكتفاء القنوع: ص/ ٤٩٨، تاريخ التراث العربي:

٣/ ١١٣.

^٥ : تاريخ التراث العربي: ٣/ ١١٤، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٥/ ٣٨٣٠.

^٦ : معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٥/ ٣٨٢٨.

^٧ : معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٥/ ٣٨٣٣.

^٨ : تاريخ التراث العربي: ٣/ ١١٤.

المطلب السابع:

رحلاته العلميّة:

لم تذكر الكتب التي ترجمت لأبي الليث^١ فيما اطّلت عليه رحلة علميّة لأبي الليث، لكن وعلى ما يبدو، وكما مرّ أثناء دراسة سيرته العلميّة أنّه انتقل بين سمرقند وبلخ وسمع من شيوخهما، أمّا سوى ذلك فلم تتعرّض له الكتب ولم تشر إليه.

المطلب الثامن:

الوظائف التي أسندت إليه:

لم أتوصّل من خلال البحث عن وظيفة تسلّم زمامها أبو الليث السمرقنديّ أو أسندت إليه من القضاء أو الإمارة أو الوزارة أو التعليم، سوى أنّه كان فقيهاً واعظاً يحدث الناس ويفتيهم.

^١ ر: الوافي بالوفيات: ٢٧/ ٥٤، الجواهر المضيّة: ٣/ ٥٤٤-٥٤٥، تاج التّراجم: ٢/ ١١٨، الأعلام للزركلي: ٨/ ٢٧، سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٣٢٢، معجم المؤلّفين: ١٣/ ٩١، هديّة العارفين: ٢/ ٤٩٠، فهرس الفهارس: ٢/ ٩٩٨، معجم المطبوعات: ١/ ١٠٤٥، تاريخ الإسلام: ٢٦/ ٥٨٣، مقدّمة شرح الجامع الصّغير: ص/ ٥٣-٥٤.

المبحث الثاني: الحالة المعاصرة لحياة المصنّف أبي الليث

المطلب الأول:

الحالة السياسيّة المعاصرة لحياة أبي الليث:

عايش الإمام أبو الليث الخلافة العبّاسيّة في طورها الثاني، وكانت الدولة العربيّة قد بلغت الغاية من الغلب والتّرف، وأذنت بالتّقلّص عن القاصية، حيث نزع "عبد الرحمن الدّاخل" إلى الأندلس قاصية دولة الإسلام، فاستحدث بها ملكاً واقتطعها عن دولتهم، وصيّر الدولة دولتين، ثمّ نزع "إدريس" إلى المغرب وخرج به وقام بأمره، واستولى على ناحية المغريين، ثمّ ازدادت الدولة تقلّصاً فاضطرب الأغلبة في الامتناع عليهم، ثمّ خرج الشّيعّة وقام بأمرهم كتامة وصنهاجة، واستولوا على إفريقية والمغرب، ثمّ مصر والشّام والحجاز وغلبوا على الأدارسة، وقسموا الدولة دولتين أخريين، وصارت الدولة العربيّة ثلاث دول: دولة بني العبّاس مركز العرب وأصلهم ومادّتهم الإسلام، ودولة بني أميّة المجدّدين بالأندلس، ملكهم القديم وخلافتهم بالشرق، ودولة العبيديّين بأفريقية ومصر والشّام والحجاز.

وكذلك انقسمت دولة بني العبّاس بدول أخرى، وكان بالقاصية "بنو سامان" فيما وراء النّهر وخراسان، و"العلويّة" في الدّيلم وطبرستان، وآل ذلك إلى استيلاء الدّيلم على العراقيين وعلى بغداد والخلفاء. ولقد رأيت من المفيد أن أتعرّض لشيء من حياة الدولة العبّاسيّة، وأنّ أنوّه ببعض الأمور الجسام التي وقعت معاصرة لحياة أبي الليث، حيث أنّ أمر المسلمين واحد، وما يصيب بلداً ما لا بدّ وأنّ ينعكس أثره على باقي البلدان، فأذكر هنا بعض خلفاء دولة بني العبّاس، وأذكر في ثنايا ذلك نبذة من الوقائع الهامّة التي وقعت وعمّ أثرها الدولة الإسلاميّة، وأعرض عن ذكر الحوادث التي لا تأثير لها على دولة الإسلام.

١: ر: تاريخ الخلفاء: ص/ ٣٨٦-٤١١، تاريخ الإسلام: ٣٧٦/٢٣ وما بعدها- ٤٧٥/٢٦ وما بعدها، البداية والنهاية: ١١/ ١٨٠ -

٣٥٢، مقدّمة ابن خلدون: ص/ ٢٩٢-٢٩٣.

ففي سنة اثنتين وعشرين وثلاثمئة انقطع الحجّ من بغداد إلى سنة سبع وعشرين. وكان الخليفة آنذاك "محمد بن المقتدر بن المعتضد بن طلحة بن المتوكل"، الملقّب "الرّاضي بالله".

وفي سنة خمس وعشرين اختلّ الأمر جدّاً، وصارت البلاد بين خارجيٍّ قد تغلّب عليها، أو عامل لا يحمل مالاً، وصاروا مثل ملوك الطوائف، ولم يبق بيد الرّاضي غير بغداد والسّواد مع كون يد ابن رائق عليه، ولما ضعف أمر الخلافة في هذه الأزمان، ووهت أركان الدّولة العباسيّة، وتغلّبت القرامطة والمبتدعة على الأقاليم قويت همّة صاحب الأندلس "الأمير عبد الرحمن بن محمد الأمويّ المروانيّ" وقال: أنا أولى الناس بالخلافة، وتسمّى بـ "أمير المؤمنين النّاصر لدين الله" واستولى على أكثر الأندلس، وكانت له الهيبة الزّائدة والجهاد والغزو والسّيرة المحمودّة، استأصل المتغلّبين، وفتح سبعين حصناً، فصار المسمّون بأمير المؤمنين في الدّنيا ثلاثة: العبّاسي ببغداد، وهذا بالأندلس، والمهديّ بالقيروان.

وفي سنة ستّ وعشرين خرج "بجكم" التّركي على "ابن رائق" فظهر عليه، واختفى ابن رائق فدخل بجكم بغداد، فأكرمه الرّاضي ورفع منزلته ولقّبه "أمير الأمراء" وقلّده إمارة بغداد وخراسان.

وسنة سبع وعشرين هي أوّل سنة أخذ فيها المكس من الحجّاج.

وفي سنة تسع وعشرين اعتلّ الرّاضي ومات، وكان سمحاً كريماً أديباً شاعراً فصيحاً محبّاً للعلماء، وله شعر مدوّن، وسمع الحديث من البغويّ وغيره. من فضائله: أنّه آخر خليفة له شعر مدوّن، وآخر خليفة خطب يوم الجمعة.

مات في أيّامه من الأعلام: نفطويه، وابن مجاهد المقرئ، وابن كاس الحنفيّ، وابن أبي حاتم، ومبرمان، وابن عبد ربّه صاحب العقد، والإصطخريّ شيخ الشّافعيّة، وابن شنبوذ، وأبو بكر الأنباريّ.

وفي سنة تسع وعشرين من ولاية "المتقيّ لله أبي إسحاق إبراهيم بن المقتدر بن الموفق" سقطت القبة الخضراء بمدينة المنصورة، وكانت تاج بغداد ومأثرة بني العبّاس، وهي من بناء المنصور، ارتفاعها ثمانون ذراعاً، وتحتها إيوان طوله عشرون ذراعاً في عشرين ذراعاً، وعليها تمثال فارس بيده رمح، فإذا استقبل بوجهه جهة علم أنّ خارجيّاً يظهر من تلك الجهة، فسقط رأس هذه القبة في ليلة ذات مطر ورعد.

وفي سنة ثلاثين كان الغلاء ببغداد، واشتدّ القحط وأكلوا الميتات، وكان قحطاً لم ير ببغداد مثله أبداً.

وفي جمادى الآخرة سنة أربع وثلاثين وثلاثمئة كانت الخلافة لـ "المطيع لله: أبي القاسم الفضل بن المقتدر بن المعتضد، وفيها مات "القائم العبيدي" صاحب المغرب، وقام بعده وليّ عهده ابنه "المنصور بالله إسماعيل" وكان القائم شرّاً من أبيه زنديقاً ملعوناً، أظهر سبّ الأنبياء، وكان مناديه ينادي "العنوا الغار وما حوى" وقتل خلقاً من العلماء.

وفي سنة تسع وثلاثين أعيد الحجر الأسود إلى موضعه، وجعل له طوق فضّة يشدّ به، وزنه ثلاثة آلاف وسبعمئة وستون درهماً ونصف. وفي سنة إحدى وأربعين ظهر قوم من التّناسخيّة.

وفيها مات "المنصور العبيدي" صاحب المغرب بالمنصوريّة التي مضّرها وقام بالأمر وليّ عهده ابنه "معد" ولقب بـ "المعزّ لدين الله" وهو الذي بنى القاهرة، وكان المنصور حسن السيرة بعد أبيه، وأبطل المظالم، فأحبّه الناس وأحسن أيضاً ابنه السيرة وصفت له المغرب.

وفي سنة ثلاث وأربعين خطب صاحب خراسان للمطيع ولم يكن خطب له قبل ذلك فبعث إليه المطيع اللّواء والخلع.

وفي سنة إحدى وخمسين كتبت الشيعة ببغداد على أبواب المساجد لعنة معاوية، ولعنة من غصب فاطمة حقّها من فلك، ومن منع الحسن أن يدفن مع جدّه، ولعنة من نفى أبا ذر، ثم إنّ ذلك محي في اللّيل، فأراد معزّ الدولة أن يعيده فأشار عليه "الوزير المهلبّي" أن يكتب مكان ما محي: لعن الله الظّالمين لآل رسول الله ﷺ، وصرّحوا بلعنة معاوية فقط.

وفي سنة اثنتين وخمسين يوم عاشوراء ألزم معزّ الدولة الناس بغلق الأسواق، ومنع الطّباخين من الطّبخ، ونصبوا القباب في الأسواق وعلّقوا عليها المسوح، وأخرجوا نساء منتشرات الشّعور يلطمن في الشّوارع ويقمن المأتم على الحسين، وهذا أول يوم نيح عليه فيه ببغداد، واستمرّت هذه البدعة سنين^١.

^١: ر: المراجع السابقة.

وفي سنة سبع ملك القرامطة دمشق، ولم يحجّ أحد فيها لا من الشّام ولا من مصر، وعزموا على قصد مصر ليملكوها، فجاء العبيديّون فأخذوها، وقامت دولة الرّفض في الأقاليم: المغرب ومصر والعراق. وقطعت خطبة بني العبّاس.

ثمّ في ربيع الآخر سنة تسع وخمسين أذنوا في مصر بـ "حيّ على خير العمل".

وفي سنة ستّين أعلن المؤدّنون بدمشق في الأذان بـ "حيّ على خير العمل" بأمر "جعفر بن فلاح" نائب دمشق للمعزّ بالله، ولم يجسر أحد على مخالفته.

قال الذهبي: وكان المطيع وابنه مستضعفين مع "بني بويه"، ولم يزل أمر الخلفاء في ضعف إلى أن استخلف "المقتفي لله" فانصلح أمر الخلافة قليلاً، وكان دست الخلافة لبني عبيد الرّافضة بمصر أميز، وكلمتهم أنفذ، ومملكتهم تناطح مملكة العبّاسيّين في وقتهم. ومات المطيع في المحرمّ سنة أربع وستّين.

وفي ذي الحجة من سنة ثلاث وستّين وثلاثمئة أقيمت الخطبة والدّعوة بالحرّمين للمعزّ العبيديّ.

وفي سنة أربع وستّين وما بعدها غلا الرّفض وفار بمصر والشّام والمشرق والمغرب.

وممّن مات في تلك السّنين من الأعلام: ابن السّنيّ الحافظ، وابن عديّ، والقفّال الكبير، والسّيرافيّ النّحويّ، وأبو سهل الصّعلوكيّ، وأبو بكر الرّازي الحنفيّ، وابن خالوية، والأزهريّ إمام اللّغة، وأبو إبراهيم الفارابيّ صاحب ديوان الأدب والرّفاء، وأبو زيد المروزيّ الشّافعيّ، والدّاركيّ، وأبو بكر الأبهريّ شيخ المالكيّة، وأبو الليث السّمرقنديّ إمام الحنفيّة، وأبو عليّ الفارسيّ النّحويّ، وابن الجلاب المالكيّ.

أما بلاد ما وراء النهر فكان يحكمها السامانيون في زمن الخلافة العباسية (٢٦١-٣٩٥هـ)، (٨٧٤-١٠٠٤م)^١



والدولة السامانية دولة فارسية أسسها سامان، وهو نبيل فارسي انحدر من بهرام جويين الذي قاد ثورة عنيفة ضد البيت الحاكم في دولة الفرس.

و"سامان" لقب ملك سمرقند، كما أنّ "الإخشيد" ملك فرغانة، ومعناه ملك الملوك، وهي من كبار مدن التّرك،

^١: الكامل في التّاريخ: ٦/٤٧٨-٤٨٠، ٨/٧، ١٧٣-١٧٥، ٢٤٩، ٣٦٧، ٤٨٧-٤٨٨، ٨/٣-٤، تاريخ الإسلام: ٣٠/٢٥،

٢١٧-٢١٨، سلسلة تاريخ الأدب العربي: ٤/٢٦، تاريخ ابن خلدون: ٤/٣٣٣.

و"الإصبهذ" لقب ملك طبرستان، و"صول" ملك جرجان، و"خاقان" ملك التّرك، و"الأفشين" ملك أشروسنة. اتّصل سامان بالدّولة الإسلاميّة في عهد الخليفة الأمويّ "هشام بن عبد الملك"، فقد وفد على "أسد بن عبدالله القسريّ" والي خراسان الأمويّ فأكرمه وقهر أعداءه، فاعتنق الإسلام وسمّى ابنه "أسداً" تعبيراً عن اعترافه بجميل أسد القسريّ عليه.

ودخل "أسد بن سامان" وأبناؤه في خدمة الدّولة العبّاسيّة. وأثناء ذلك خرج "رافع بن الليث" على الخليفة العبّاسيّ "هارون الرّشيد" واستولى على سمرقند، وعجز القائد العبّاسيّ "هرثمة بن أعين" عن استردادها منه. تقدّم أبناء أسد بن سامان ليشدّوا من أزر هرثمة، فقويت شوكته، ممّا أرغم رافعاً على عقد الصّلح مع هرثمة، وبناء على هذا زال خطر استيلاء رافع على سمرقند.

وولّى المأمون أولاد أسد بلاد ما وراء النهر، ورفع من شأنهم: ولّى "نوح بن أسد" سمرقند سنة ٢٠٤هـ - ٨١٩م، و"أحمد" فرغانة، و"يحيى" الشاش وأشروسنة، و"إلياس" هراة.

ولمّا ولي "طاهر بن الحسين" بلاد خراسان أقرّهم في هذه الأعمال، وشدّوا أزر الطّاهريّين في صراعهم ضدّ الصّفاريّين.

ولمّا ضعف أمر الدّولة الطّاهريّة وتغلّب الصّفاريّون على خراسان قدّرت الخلافة للسّامانيّين إخلاصهم، فجعلت بلاد ما وراء النّهر إقليمياً منفصلاً عن خراسان، وأقرّت عليه السّامانيّين.

وكان أمراؤها يتولّونها بعهود من الخلفاء حتّى تكون ولايتهم شرعيّة، وكانوا سنيّين، ودعم ذلك الصّلة بينهم وبين الخلافة.

مدّ السّامانيّون نفوذهم تجاه الشّرق في بلاد التّرك وبلاد ما وراء النّهر، فنشروا الإسلام وحضارته في تلك المناطق، واعتمدت عليهم الخلافة في ضرب أعدائها في المشرق.

واضطرب السامانيون نظراً لسعة أرجاء دولتهم إلى إنشاء ما يشبه منصب "نائب الملك"، فكانوا هم يقيمون في بخارى، على حين أن صاحب جيشهم كان يقيم في نيسابور^١.

يقول المقدسي^٢: "وهم من أحسن الملوك سيرة ونظراً وإجلالاً للعلم وأهله، ومن أمثال الناس: [لو أن شجرة خرجت على آل سامان لبيست] ألا ترى إلى عضد الدولة وتجبره وتمكّنه وكمال دولته وفتوة أمره، خطب عليه بجميع اليمن وأصابها من غير حرب، ولا دبّ إلا بكتاب كتبه ورسول أنفذه، وخطب له بالسند وفتح عمان، وملك ما ملك، فلمّا تعرّض لآل سامان وطلب خراسان أهلكه الله، وشتت جمعه، وفرّق جيوشه، ومكّن أعداءه من ممالكه. فتبّاً بمن عاند آل سامان".

وكان يحكم سمرقند في سنة ثلاثمئة وما قبلها "أحمد بن إسماعيل"، فقتل على يد غلمانه ليلة الخميس لسبع بقين من جمادى الآخرة سنة إحدى وثلاثمئة فحمل إلى بخارى فدفن بها ولقّب حينئذ بالشّهيد، ووليّ الأمر بعده ولده "أبو الحسن نصر بن أحمد" وهو ابن ثمان سنين، وكانت ولايته ثلاثين سنة وثلاثة وثلاثين يوماً، ولقّب بالسّعيد، وبايعه أصحاب أبيه ببخارى بعد دفن أبيه، وتولّى تدبير دولة السّعيد نصر "أبو عبد الله محمد بن أحمد الجيهاني" فأمضى الأمور وضبط المملكة، وأتفق هو وحشم نصر بن أحمد على تدبير الأمر فأحكموه. وكان موت نصر في رجب سنة إحدى وثلاثين وثلاثمئة.

وفي سنة إحدى وثلاثمئة خرج على نصر عمّ أبيه "إسحاق بن أحمد بن أسد" وابنه "إلياس"، وكان إسحاق بسمرقند لما قتل أحمد بن إسماعيل وولي ابنه نصر بن أحمد، فلمّا بلغه ذلك عصي بها، وقام ابنه إلياس بأمر الجيش، وقوي أمرهما فساروا نحو بخارى، فسار إليه "حمويه بن علي" في عسكر، وكان ذلك في شهر رمضان، فاقتلوا قتالاً شديداً فانهزم إسحاق إلى سمرقند، ثمّ جمع وعاد مرة ثانية فاقتلوا قتالاً شديداً فانهزم إسحاق أيضاً، وتبعه حمويه إلى سمرقند فملكها قهراً، واختفى إسحاق، وطلبه حمويه ووضع عليه العيون والرّصد، فضاق بإسحاق

^١: الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري: ٤٩/١.

^٢: أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: ص/٣٣٨-٣٣٩، وانظر: الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري: ٤٩/١.

مكانه فأظهر نفسه واستأمن إلى حمويه فأمنه وحمله إلى بخارى، فأقام بها إلى أن مات، وأمّا ابنه إلياس فإنه سار إلى فرغانة، وبقي بها إلى أن خرج ثانياً.

ثم خرج "إلياس بن إسحاق بن أحمد"، واستعان عند خروجه بـ "محمد بن الحسين بن مت"، وجمع من الترك فاجتمع معه ثلاثون ألف عنان، فقصده سمرقند مشافقاً للسعيد "نصر بن أحمد"، فسير إليه نصر "أبا عمرو محمد ابن أسد" وغيره في ألفين وخمسمئة رجل، فكمّنوا خارج سمرقند يوم ورود إلياس، فلما وردها واشتغل هو ومن معه بالتزول خرج الكمين عليه من بين الشجر ووضعوا السيوف فيهم فانهزم إلياس وأصحابه، فوصل إلياس إلى فرغانة، ووصل ابن متّ إلى إسبيجاب ومنها إلى ناحية طراز، فكوتب دهقان الناحية التي نزلها وأطعم وقبض عليه وقتله وأنفذ رأسه إلى بخارى.

ثم عاد إلياس فخرج مرّة ثالثة وأعانه "أبو الفضل بن أبي يوسف" صاحب الشّاش، فسير إليه "محمد بن اليسع" فحاربهم فانهزم إلى كاشغر، وأسر أبو الفضل وحمل إلى بخارى فمات بها، وأمّا إلياس فصاهر دهقان كاشغر طغانتكين واستقرّ بها، ثم وليّ "محمد بن المظفر" فرغانة فرجع إليها إلياس بن إسحاق معانداً، فحاربه "محمد بن المظفر" فهزّمه مرّة أخرى، فعاد إلى كاشغر فكاتبه "محمد بن المظفر" واستماله ولطف به فأمن إلياس إليه وحضر إلى بخارى فأكرمه السعيد "نصر" وصاهره وأقام معه.

وفي رجب سنة إحدى وثلاثين وثلاثمئة توفي السعيد نصر بن أحمد صاحب خراسان وما وراء النهر، وكان مرضه السّل، ولما طال مرضه أقبل على الصّلاة والعبادة، وبنى في قصره بيتاً سمّاه بيت العبادة، فكان يلبس ثياباً نظافاً، ويمشي إليه حافياً، ويصلي فيه ويدعو ويتضرّع، ويجتنب المنكرات والآثام إلى أن مات، ودفن عند والده.

ولما مات نصر بن أحمد تولى بعده خراسان وما وراء النهر ابنه "نوح بن نصر الساماني" واستقرّ في شعبان من هذه السنة، وبايعه الناس وحلفوا له، ولقب بـ "الأمير الحميد" وفوّض أمره وتدير مملكته إلى "أبي الفضل محمد بن أحمد الحاكم". ثم إنّ الأمير نوحاً أرسل إلى "أبي الفضل بن أحمد بن حمويه" كتاب أمان بخطّه فعاد إليه، فأحسن الفعل معه وولاه سمرقند، وكان أبو الفضل معرضاً عن محمد بن أحمد الحاكم ولا يلتفت إليه ويسمّيه الخياط، فأضمر الحاكم بغضه والإعراض عنه.

وفي ربيع الآخر من سنة ثلاث وأربعين وثلاثمئة مات الأمير "نوح"، ولما توفي ملك بعده ابنه "عبد الملك أبو الفوارس".

في سنة خمسين وثلاثمئة سقط الفرس تحت الأمير "عبد الملك بن نوح" فوقع إلى الأرض فمات من سقطته، وافتتحت خراسان بعده، وولي بعده أخوه "منصور بن نوح" وكان موته يوم الخميس حادي عشر شوال. وفي منتصف شوال من سنة ست وستين وثلاثمئة مات الأمير "منصور بن نوح" صاحب خراسان وما وراء النهر، وكان موته ببخارى، وكانت ولايته خمس عشرة سنة، وولي الأمر بعده ابنه "أبو القاسم نوح بن منصور" وكان عمره حين ولي الأمر ثلاث عشرة سنة ولقب "المنصور".

توفي الأمير الرضا "نوح بن منصور الساماني" في رجب سنة سبع وثمانين وثلاثمئة، واختل بموته ملك آل سامان، وضعف أمرهم ضعفاً ظاهراً، وطمع فيهم أصحاب الأطراف فزال ملكهم بعد مدة يسيرة، ولما توفي قام بالملك بعده ابنه "أبو الحارث منصور بن نوح" وبايعه الأمراء والقواد وسائر الناس، وقام بأمر دولته وتديرها "بكتوزون".

وفي هذه السنة توفي ناصر الدولة "سبكتكين" في شعبان وكان مقامه ببلخ، ودفن في غزنة، وكان مدة ملكه نحو عشرين سنة، وكان عادلاً خيراً كثير الجهاد وحسن الاعتقاد ذا مروءة تامة وحسن العهد، وكان ابنه "محمود" أول من لقب بـ "السلطان" ولم يلقب به أحد قبله، ولما حضرته الوفاة عهد إلى ولده "إسماعيل" بالملك بعده، فلما مات بايع الجند لإسماعيل وحلفوا له وأطلق لهم الأموال، وكان أصغر من أخيه محمود، فاستضعفه الجند فاشتطوا في الطلب حتى أفنى الخزان التي خلفها أبوه.

ولما بلغ الخبر ولده يمين الدولة "محمود" بنيسابور جلس للعزاء، ثم أرسل إلى أخيه "إسماعيل" يعزّيه بأبيه ويعرفه أن أباه إنما عهد إليه لبعده عنه، ويذكره ما يتعين من تقديم الكبير، ويطلب منه الوفاق وإنفاذ ما يخصه من تركته أبيه، فلم يفعل، وترددت الرسل بينهما فلم تستقر القاعدة، فسار "محمود" عن نيسابور إلى هراة عازماً على قصد أخيه بغزنة، فبلغ الخبر إلى إسماعيل وهو ببلخ فسار عنها مجداً فسبق أخاه محموداً إليها، وكان الأمراء الذين مع إسماعيل كاتبوا أخاه محموداً يستدعونه ووعدوه الميل إليه، فجاء المسير والتقى هو وإسماعيل بظاهر غزنة

واقْتَتَلُوا قتالاً شديداً، فانهزم إسماعيل وصعد إلى قلعة غزنة فاعتصم بها، فحصره أخوه محمود واستنزله بأمان، فلما نزل إليه أكرمه وأحسن إليه وأعلى منزلته وشركه في ملكه وعاد إلى بلخ واستقامت الممالك له، وكانت مدة ملك إسماعيل سبعة أشهر، وهو فاضل حسن المعرفة، له نظم ونثر وخطب في بعض الجمعيات.

في سنة تسع وثمانين وثلاثمائة قبض على الأمير "منصور بن نوح بن منصور الساماني" صاحب بخارى وما وراء النهر وملك أخوه "عبد الملك" وهو صبي صغير. وكانت مدة ولاية منصور سنة وسبعة أشهر.

ثم استقرّ ملك "محمود" بخراسان بعد أن أزال عنها اسم السامانية وانتزع الملك منهم، وكان لهم الملك مئة وستين سنة، وخطب فيها للقادر بالله، وكان إلى هذا الوقت لا يخطب للطائع لله، واستقلّ بملكها منفرداً.

وولّى "محمود" قيادة جيوش خراسان أخاه "نصراً" وجعله بنيسابور، وسار هو إلى بلخ مستقرّ والده فاتّخذها دار ملك، واتّفق أصحاب الأطراف بخراسان على طاعته.

المطلب الثاني:

الحالة الاجتماعية المعاصرة لحياة أبي الليث:

كانت معاملة أهل بخارى وسمرقند ونواحيهما في أيام السامانية بالدراهم ولا يتعاملون بالدنانير فيما بينهم، فكان الذهب كالسِّلَع والعروض، وكان لهم دراهم يسمونها "الغطريفية" من حديد وصفر^١ وأنك^٢ وغير ذلك من جواهر مختلفة، وقد رُكبت، فلا تجوز هذه الدراهم إلا في بخارى ونواحيها وحدها، وكانت سكّتها تصاوير، وهي من ضرب الإسلام، وكانت لهم دراهم آخر تسمى "المسيبية" و"المحمدية" جميعها من ضرب الإسلام^٣.

وبناء سمرقند من طين وخشب، وأهلها يرجعون إلى جمال بارع ورزانة، وهم من الإفراط في إظهار المروءة وتكلفت القيام على أنفسهم ما يزيدون على سائر بلاد خراسان، حتّى يجحف بأموالهم^٤.

والغالب على هوائها اليبس، وأهلها يستعملون دسم الطّعام كثيراً، ويشتكون بالبواسير ليسها، وعامة تجّارها مراوذة، وعربها من محارب وشيبان والأزد وباهلة وطّيء، ويقال: إن فقراء أهلها الذين يعطون الزّكاة سبعة عشر ألفاً، وفقراء ربضها وسوادها خمسون ألفاً^٥.

والبلد كلّ طرقة ومحالّه وسككه إلا قليلاً مفترش بالحجارة.

^١ : الصّفر: النّحاس الجيّد، وقيل: الصّفر ضرب من النّحاس، وقيل: هو ما صفر منه، واحدته صفرة. والصّفر: لغة في الصّفر عن أبي عبيدة وحده. قال ابن سيده: لم يك يميّزه غيره، والصّم أجود، ونفى بعضهم الكسر. لسان العرب: ٤/ ٤٦١.

^٢ : الأنك: الأسرّ وهو الرّصاص القلعي، وقال الداودي وكراع: هو القزدير. وفي الحديث: «من استمع إلى قينة صبّ الله الآنك في أذنيه يوم القيامة» [أخرجه ابن عساكر عن أنس. ر: كنز العمال: ٣/ ٦٦٢]. وفي الحديث: «من استمع إلى حديث قوم هم له كارهون أو يفرّون منه صب في أذنه الآنك يوم القيامة» [جزء من حديث أخرجه البخاري في التّعبير، باب من كذب في حلمه، عن ابن عبّاس مرفوعاً رقم (٧٠٤٢)، والتّرمدّي، أبواب اللباس عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في المصوّرين، رقم (١٧٥١)] وقال: حديث حسن صحيح، وغيرهما [قال أبو منصور: وأحسبه معرباً. وقيل: هو الرّصاص الأبيض، وقيل الأسود، وقيل هو الخالص منه. ر: لسان العرب: ١٠/ ٣٩٤، القاموس المحيط: ص/ ٩٣٢، فتح الباري: ١٢/ ٥٣٤-٥٣٦].

^٣ : معجم البلدان: ١/ ٣٥٤.

^٤ : المسالك والممالك للإصطخري: ص/ ٣١٨.

^٥ : الروض المعطار في خبر الأقطار: ١/ ٣٢٣.

وفيها عدد من الرّسائق^١ منها "أبغر" فإنّها مباخس^٢، أراضيتها منجبة، حتّى قيل أنّ القفيز البذر يريع بها مئة قفيز، وبها مراعى كثيرة^٣.

كانت سمرقند أكبر مركز لصناعة الورق (الكاغد) ومنها انتشر في العالم الإسلاميّ منذ القرن الثالث الهجريّ.

كانت الدّولة السّامانيّة من أكثر الدول عمراً، بلغت التّجارة والصّناعة بها درجة كبيرة من التّقدم، عبرت تجارتهم من سمرقند وبخارى إلى العراق والصّين والهند وبحر الخزر ودول شمالي أوروبا.

أمّا عن تنظيم السّامانيّين للشّؤون الماليّة وحسن تديريهم وإدارتهم للأعمال فيقول ابن حوقل: وليس بأرض المشرق ملك أمتع جانباً، ولا أوفر عدّة، ولا أكمل عدّة، ولا أنظم أسباباً، ولا أكثر أعطية، ولا أدّر طعاماً، ولا أدوم حسن نيات منهم، مع قلّة جباياتهم، ونزور أخرجتهم، وقلّة الأموال في خزائنتهم، وذلك أن جباية خراسان وما وراء النّهر لأبي صالح منصور بن نوح في وقتنا هذا، لكلّ خراج يقبض وضمان يحلّ في كلّ ستّة أشهر عشرون ألف ألف درهم، وعليه أربعة أطعام في كلّ سنة دارة غير مقطوعة ولا ممنوعة، وكلّ طعم منها في رأس تسعين يوماً، يخرج منه إلى غلمانه وقوّاده ولسائر المتصرّفين خمسة آلاف ألف درهم، فستوي الأربعة أطعام الخراج الواحد لسائر خدمته من الرّجال عند آخر السنّة، وتستوعب أعطيتهم نصف جباياته المذكورة وهي عشرون ألف ألف درهم عن نفس طيّبة ومسرّة ظاهرة غبطة بقيام المعدلة فيهم تامّة.

ثمّ قال: ولهذه الحال أعمالهم مشحونة بالقضاة والجباة والكفاة والولاة، منزّلين على أرزاق تتساوى، وأحوال في المراتب تتداني، وذلك أنّ رزق القاضي وصاحب البريد والعامل على جباية الأموال من البنادرة والوالي الصّلاة والمعونة راتبهم بقدر كلّ ناحية، وحسب كلّ كورة، وليس ينقص بعضهم عن بعض^٤.

^١ : الرّسائق: معرّب ويستعمل في النّاحية الّتي هي طرف الإقليم. المصباح المنير: ١/ ٢٢٦.

^٢ : البّخس: أرض تنبت من غير سقي، وجمعه: بخوس. العين: ٤/ ٢٠٣، المحكم والمحيط الأعظم: ٥/ ٨٨، لسان العرب: ٦/ ٢٥.

^٣ : المسالك والممالك للإصطخري: ص/ ٣٢٢.

^٤ : ر: التراتيب الإداريّة: ٢/ ٣٠٤، مصادر الشّعر الجاهلي: ص/ ٨٨، مجلّة البيان: ٩٠/ ١٤٠، تطوّر كتابة السيرة النّبويّة: ص/ ٨٨.

^٥ : ر: صورة الأرض: ٢/ ٤٦٩-٤٧٠، الحضارة الإسلاميّة في القرن الرابع الهجري: ١/ ٢٤١-٢٤٢.

المطلب الثالث:

الحالة العلميّة والثقافيّة المعاصرة لحياة أبي الليث:

أسهمت الحياة الاقتصاديّة المزدهرة أيام السامانيّين في النهوض بالعلم، ولهذا أصبحت مدنهم الكبرى مثل بخارى وسمرقند مراكز للثقافة والإشعاع العلميّ، فقد نهضوا بالأدب العربيّ والفارسيّ^١.

كيف لا وقد كان من أمراء الدولة السامانيّة أعلامٌ، فهذا "إسماعيل بن أحمد بن أسد بن سامان بن نوح" أمير خراسان وابن أميرها. كان عالماً فاضلاً عادلاً حسن السيرة في الرعيّة، مكرماً للعلماء، ميمون الفقه^٢.

والأمير "أحمد بن أسد بن سامان" وكان على مظالم بخارا، وكان من علمائها، وكذا الأمير: "نصر بن أحمد بن أسد ابن نوح" من علماء الأمراء السامانيّين.

ومن رسوم السامانيّين أنّهم لا يكلّفون أهل العلم تقييل الأرض، ولهم مجالس عشّيّات جمع شهر رمضان للمناظرة بين يدي السلطان، فيبدأ هو فيسأل مسألة، ثمّ يتكلّمون عليها، وميلهم إلى مذهب أبي حنيفة^٣.

ويختارون أبداً أفقه من بخارا وأعقّهم فيرفعونه، ويصدرون عن رأيه، ويقضون حوائجه، ويولون الأعمال بقوله، مثل الشيخ الإمام الجليل محمّد بن الفضل^٤.

وكانت خراسان جنّة العلماء، ولا يزال العلماء بها يتمتّعون بجاه واحترام لا نظير لهما في سائر البلاد، ومن أمثلة ذلك: أنّ أبا إسحاق الشّيرازيّ أحد العلماء الزّهاد دخل خراسان، فخرج أهلها بنسائهم وأولادهم يمسحون أركانهم ويأخذون تراب نعليه يستشفون به، وكان يخرج من كلّ بلد أصحاب الصّنائع بصنائعهم وينشرونها، ما بين حلوى وفاكهة وثياب وفراء وغير ذلك، وهو ينهّاهم، حتّى انتهوا إلى الأساكفة فجعلوا ينشرون المتاعات وهي تقع على رؤوس الناس والشيخ يتعجّب.

١: ر: تاريخ العالم الإسلاميّ الحديث والمعاصر: ١/ ٢٤٦.

٢: ر: تاريخ الإسلام: ١٠٨/ ٢٢- ١١٠.

٣: ر: أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: ص/ ٣٣٩.

٤: المرجع السابق.

وخرج إليه صوفيّات البلد وما فيهنّ إلّا من معها سبحة، وألقين الجميع إلى المحفّة، وكان قصدهنّ أن يلمسها فتحصل لهنّ البركة، فجعل يمرّها على يديه وجسده ويتبرّك بهنّ ويقصد في حقّهنّ ما قصدن في حقّه^١.

ويروى أن الأمير نوح بن منصور السّامانيّ استدعى الصّاحب بن عبّاد ليولّيه وزارته، فكان ممّا اعتذر به أنّه لا يستطيع حمل أمواله، وأنّ عنده من كتب العلم خاصّة ما يحمل على أربعمئة جمل أو أكثر، وكان فهرس كتبه يقع في عشر مجلّدات^٢.

وكان أبو الطّيب الصّعلوكيّ الفقيه الأديب مفتي نيسابور -مركز علماء خراسان- قد حضر مجلسه أكثر من خمسمئة طالب علم مع محابريهم عشية إحدى الليالي^٣.

وإنّك إذ تطالع كتب التّاريخ ترى عدداً متميّزاً من العلماء الذين نبغوا في مختلف العلوم في بلاد ما وراء النّهر، نذكر على سبيل المثال لا الحصر بعضاً من علمائهم مع ذكر موطنهم الذي ترعرعوا فيه:

- بنجخين: وهي محلّة كبيرة من محالّ سمرقند، خرج منها جماعة من المحدثين، منهم "عليّ بن محمّد بن محمّد بن حامد الكرايسيّ الفقيه البنجخينيّ"، يروي عن عبد الله بن محمّد بن الحسن القسّام السّمرقنديّ وغيره^٤.

- كلاباذ: محلّة كبيرة بأعلى البلد من بخارى، خرج منها جماعة كثيرة من العلماء والأئمّة في كلّ فنّ، والمشهور منها: "أبو نصر أحمد بن محمّد بن الحسين بن الحسن بن عليّ الكلاباذيّ الحافظ"، أحد الحفاظ المتقنين. توفيّ سنة ثمان وتسعين وثلاثمئة، ولم يخلف بها وراء النّهر مثله^٥.

^١: طبقات الشافعيّة الكبرى: ٤/ ٢٢٠-٢٢١، الحضارة الإسلاميّة في القرن الرابع الهجريّ: ١/ ٣٢١.

^٢: ر: الحضارة الإسلاميّة في القرن الرابع الهجريّ: ١/ ٣٢٦.

^٣: طبقات الشافعيّة الكبرى: ٤/ ٣٩٤، الحضارة الإسلاميّة في القرن الرابع الهجريّ: ١/ ٣٣٣.

^٤: ر: الأنساب للسّمعيّ: ١/ ٤٠٠.

^٥: ر: الأنساب للسّمعيّ: ٥/ ١١٤.

- خراجري: قرية من عمل فراوز العليا على فرسخ من بخارى، كان منها جماعة من الفقهاء تلمذوا لأبي حفص الكبير^١.

- خرادين: قرية من قرى بخارى، منها "أبو موسى هارون بن أحمد بن هارون الرّازيّ الحافظ، يعرف بالخرادينيّ"، من أهل بخارى، يروي عن محمّد بن أيوب الرّازيّ، وإبراهيم بن يوسف، وأحمد بن عمير بن جوصا، ومات سنة ثلاث وأربعين وثلاثمئة ببخارى^٢.

- سنجديزة: ويقال: (سنكديزة)، وهي محلة من محالّ سمرقند، فيها "أبو حفص عمر بن يعقوب العامريّ السنجديزكيّ القاضي"، كان جملة الزّهاد والمتورّعين^٣.

- شرغ: وهي قرية على أربعة فراسخ من بخارى، على طريق سمرقند، يقال لها: جرخ، كان بها جماعة من أهل العلم قديماً وحديثاً^٤.

- طواويس: وهي قرية من قرى بخارى على ثمانية فراسخ منها، معروفة للمتوجّه إلى سمرقند من بخارى، خرج منها جماعة من العلماء والمحدثين، منهم: الفقيه الفاضل الورع الزّاهد الثّقة "أبو بكر أحمد بن محمّد بن حامد بن هاشم الطّواويسيّ"، مات سنة أربع وأربعين وثلاثمئة بسمرقند^٥.

- فرخان: من رساتيق أستراباذ وفيها: "أبو جعفر محمّد بن إبراهيم بن الحسن بن محمّد بن فرخان" الفقيه الفرخانيّ الجرجانيّ، كان فاضلاً خيراً ثقة، سكن سمرقند، ومات بها في شهر ربيع الآخر سنة سبعين وثلاثمئة^٦.

^١: ر: الأنساب للسمعيّ: ٣٣٥ / ٢.

^٢: ر: المرجع السابق.

^٣: ر: المرجع السابق: ٣١٦ / ٣.

^٤: ر: الأنساب للسمعيّ: ٤١٤ / ٣.

^٥: ر: الأنساب للسمعيّ: ٧٨ / ٤.

^٦: ر: الأنساب للسمعيّ: ٣٦١ / ٤.

وهناك الكثير ممن نبغ في مجال الفقه والحديث أيضاً، من أمثال "أبي حاتم محمد بن حيان السمرقندي"، و"أبي بكر محمد بن المنذر النيسابوري"، و"محمد بن علي القفال الشاشي"، و"أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي"، و"أبي منصور الماتريدي"، و"أبي بكر السمرقندي أحمد بن إسماعيل بن عامر"، و"أبي علي التبراني السمرقندي" و"الإمام أبي بكر الشاشي الفقيه الشافعي، المعروف بالقفال الكبير" وغيرهم.

فلو ذهبت تحصي علماء ما وراء النهر لرأيت الكثير والجَم الغفير، لذلك قال صاحب الجواهر المضيّة: "ومن يحصي أيضاً مشايخ ما وراء النهر؟"

وقال: "ومن يحصي أيضاً علماء سمرقند من أصحابنا؟ فقد ذكر لي الثقة من أصحابنا ممن طاف البلاد أن "بجاكرديزه" من بلاد سمرقند تربة يقال لها "تربة المحمدين" دفن فيها نحو من أربعمئة نفس، كل واحد يقال له محمد، صنف وأفتى، وأخذ عنه الجَم الغفير. وزادني غيره أن كل واحد يسمّى بـ "محمد بن محمد" جمعهم أهل سمرقند بهذه التربة.

و"مقبرة الصدور" معروفة بظاهر باب كلاباد، فيها أمم لا يحصون من الحنفية.

وكذلك "مقبرة القضاة السبعة" قريبة من بخارى فيها أمم لا يحصون، وأحدهم أبو زيد الدبوسي^١.

ولقد ذكر النسفي في كتابه "القند في ذكر علماء سمرقند" أكثر من ألف ومئتي ترجمة لعلماء سمرقند وما حولها^٢.

ولم تكن العلماء في هذه البلاد مولعة بالفقه والحديث فحسب، بل برعت في كافة العلوم الدينية والكونية، ففي

ظل نصر الثاني (٣٠١ - ٣٣١ هـ، ٩١٣ - ٩٤٢ م) لمع الرودكي أول شاعر غنائي فارسي، ومؤسس الملحمة

التعليمية، أخصب فروع الأدب الفارسي.

^١ ر: الجواهر المضيّة: ٦/١ - ٧.

^٢ ر: المرجع السابق.

^٣ ر: القند في ذكر علماء سمرقند، نجم الدين عمر بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٥٣٧ هـ.

ولعل خير ما يمثل تقدم علم الطب في عهد هذه الدولة "أبو بكر محمد بن زكريا الرازي" المتوفى سنة (٣٢٠هـ) صاحب كتاب "الحاوي في الطب"^١.

ونضت حركة فلسفية في عهدهم، كان من أبرز رجالها "أبو زيد البلخي"، و"أبو القاسم الكعبي"، جمع الأول بين الفلسفة والعلوم الشرعية والأدب، واشتهر الثاني بالتعمق في علم الكلام.

وازدهرت في عصر السامانية صناعة الخزف والحريز. وتقدمت على أيديهم العمارة، وضرب بهم المثل في كل فن. وقد أدى السامانيون دوراً مهماً في مجال الدعوة الإسلامية في بلاد ما وراء النهر، وأضحى بلاطهم منارة للعلماء والأدباء، وأصبحت مناطقهم مراكز للإشعاع الحضاري الإسلامي^٢.

قال أحمد بن سعيد بن مسعود المروزي: لو لم يكن لآل سامان إلا ما فتحوا من بلاد الكفر لكفى، فإنهم فتحوا مسيرة شهر، ولم يفتح بنو العباس منذ ولوا مقدار شهر^٣.

قال المقدسي صاحب "أحسن التقاسيم" في وصفه لإقليم المشرق: "هو أجل الأقاليم وأكثرها أجلةً وعلماء، ومعدن الخير، ومستقر العلم، وركن الإسلام المحكم، وحصنه الأعظم" إلى أن قال: "فيه يبلغ الفقهاء درجات الملوك... وهو مفخر المسلمين ومعدن الراسخين".

إذاً فعصر أبي الليث عصر علم ومعرفة، نبغ فيه الكثير، واشتهر فيه الجم الفغير.

^١: ر: اكتفاء القنوع بما هو مطبوع: ص/٢١٦، أساء الكتب المتمم لكشف الظنون: ص/١٣٥.

^٢: ر: الموسوعة الموجزة: حسان الكاتب: ١٢/١٩١.

^٣: تاريخ الإسلام: ٢٢/١٠٩.

^٤: أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: ص/٢٦٠.

المبحث الثالث

مدينة سمرقند

رأيت من المناسب ذكر نشأة المدينة التي احتضنت فقيهنا وعاش في جناتها، وبيان وصفها وكنهها، والتنبؤ به يوم فتحها ودخول بريق الهدى إليها، إذ إن طبع المدينة لا بد وأن ينعكس أثره على الناس فيها، من لين وقساوة، وغضاضة وفظاظة، لذا كانت العرب ترسل بأبنائها إلى البادية لينعكس أثرها على أبدانهم فتكون سليمة، وعقولهم فتكون ناضجة، وألسنتهم فتكون فصيحة، وها أنا أذكر نبذة عن المدينة، وأجعل ذلك في مطالب ثلاث:

المطلب الأول: سمرقند في التاريخ:

سَمَرْقَنْد: بفتح أوله وثانيه، ويقال لها بالعربية: "سمران" بلد معروف مشهور، قيل: إنه من أبنية ذي القرنين بما وراء النهر.

قال الأزهري^١: بناها شمر أبو كرب، فسميت "شمر كنت" فأعربت فقل: "سمرقند". قال يزيد بن مفرغ يمدح سعيد بن عثمان وكان قد فتحها:

هَقِي عَلَى الْأَمْرِ الَّذِي كَانَتْ عَوَاقِبُهُ النَّدَامَةُ تَرَكِي سَعِيداً ذَا النَّدَى وَالْبَيْتُ تَرْفَعُهُ الدَّعَامَةُ
فُتِحَتْ سَمَرْقَنْدٌ لَهُ وَبَنَى بِعَرَصَتِهَا حَيَامُهُ وَتَبِعْتُ عَبْدَ بَنِي عَلَاجٍ تِلْكَ أَشْرَاطُ الْقِيَامَةِ

وقيل: أن الملك "شمر بن إفريقيس بن أبرهة" جمع جنوده وسار في خمسمئة ألف رجل حتى ورد العراق، ثم سار من العراق لا يصدّه صائد إلى بلاد الصين، فلما صار بالصغد اجتمع أهل تلك البلاد وتحصنوا منه بمدينة سمرقند، فأحاط بمن فيها من كل وجه حتى استنزلهم بغير أمان فقتل منهم مقتلة عظيمة، وأمر بالمدينة فهدمت، فسميت "شمر كند" أي شمر هدمها، فعربت بها العرب فقالت: "سمرقند".

١: ر: معجم البلدان: ٣/ ٢٤٦-٢٤٧.

٢: الأزهري: أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي اللغوي النحوي الشافعي، صاحب "تهذيب اللغة" وغيره من المصنفات الكبار الجليلة المقدار، روى عن البغوي ونفطويه وأبي بكر بن السراج، وترك الأخذ عن ابن دريد تورعاً لأنه رآه سكران، وقد بقي الأزهري في أسر القرامطة مدة طويلة. ر: سير أعلام النبلاء: ١٦/ ٣١٥-٣١٦.

بقيت سمرقند خراباً إلى أن ملك تبّع "الأقرن بن أبي مالك بن ناشر" حيث سار في جنوده نحو العراق، فأخذ الطّاعة وحمل إليه الخراج، حتّى وصل إلى سمرقند فوجدها خراباً فأمر بعمارتها وأقام عليها حتّى ردها إلى أفضل ما كانت عليه. وقيل: إنّ سمرقند من بناء الإسكندر.

المطلب الثاني: وصف المدينة:

استدارة حائطها اثنا عشر فرسخاً، فيها بساتين ومزارع وأرْحاء، ولها اثنا عشر باباً، من الباب إلى الباب فرسخ، وعلى أعلى السور أزاج وأبرجة للحرب، والأبواب الاثنا عشر من حديد، وبين كل بابين منزل للنّواب، فإذا جرت المزارع صرت إلى الرّبض، وفيه أبنية وأسواق.

وفي ربضها من المزارع عشرة آلاف جريب، ولهذه المدينة -الدّاخلة- أربعة أبواب، وساحتها ألفان وخمسمئة جريب، وفيها المسجد الجامع والقهندز^٢ وفيه مسكن السّلطان، وفي هذه المدينة الدّاخلة نهر يجري في رصاص وهو نهر قد بني عليه مسنة عالية من حجر يجري عليه الماء، ووجه هذا النّهر رصاص كلّ، وقد عمل في خندق المدينة مسنة وأجري عليها، وهو نهر يجري في وسط السّوق بموضع يعرف بباب الطّاق، وكان أعمر موضع بسمرقند، وعلى حافات هذا النّهر غلّات موقوفة على من بات في هذا النّهر وحفظة من المجوس.

وبسمرقند عدّة مدن منها: كرمانيّة، ودبّوسيّة، وأشروسنة، والشّاش، ونخشب، ويناكث، وقالوا: ليس في الأرض مدينة أنزه ولا أطيّب ولا أحسن مستشفّاً من سمرقند. ووجد مكتوباً على حائط سمرقند:

وَلَيْسَ اخْتِيَارِي سَمَرْقَنْدَ مَحَلَّةً	وَدَارَ مَقَامٍ لِاخْتِيَارٍ وَلَا رِضَا
وَلَكِنْ قَلْبِي حَلَّ فِيهَا فَعَاقَنِي	وَأَقْعَدَنِي بِالصُّغْرِ عَنْ فُسْحَةِ الْفَضَا
وَأَنْتِي لِمَنْ يَرْقُبُ الدَّهْرَ رَاجِيًا	لَيَوْمٍ سُرُورٍ غَيْرِ مَعْرَى بِمَا مَضَى

١: ر: معجم البلدان: ٢٤٧-٢٥٠، أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: ١/ ٢٦١ وما بعدها، تاريخ ابن خلدون: ١/ ٧١، ٢/ ٥٢.

٢: قَهَنْدَز: هو في الأصل اسم الحصن أو القلعة في وسط المدينة، وهي لغة كأنها لأهل خراسان وما وراء النهر خاصة، ر: معجم البلدان: ٤/ ٤١٩.

وقال البستي:

لِلنَّاسِ فِي أُخْرَاهُمْ جَنَّةٌ وَجَنَّةُ الدُّنْيَا سَمَرْقَنْدُ
يَا مَنْ يُسَوِّي أَرْضَ بَلْخِ بِهَا هَلْ يَسْتَوِي الحَنْظَلُ وَالْقَنْدُ^١

وقال يحيى بن أكثم^٢: ليس بالأرض أنزه من ثلاث بقاع: سمرقند، وغوطة دمشق، ونهر الأبله^٣.

وسمرقند الآن، هي ثانية كبريات مدن جمهورية أوزبكستان.

تعتبر المدينة مركزاً تعليمياً.

تضمّ مكتبة سمرقند نفائس المخطوطات الإسلامية، واشتهرت في عصور الحضارة بصناعة أنواع الورق.

وقد أسدى مشاهيرها خدمات جليلة للإسلام، واشتهرت منهم جماعة في العلوم الإسلامية.

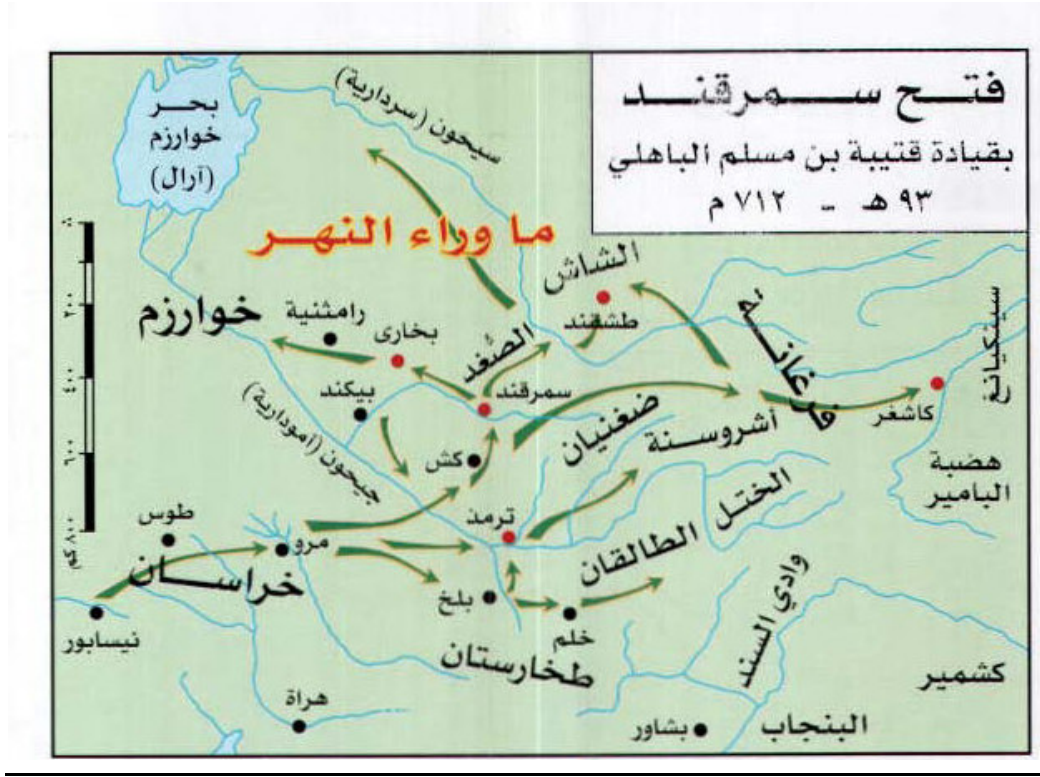
^١: القند: عصارة قصب السكر إذا جمد. العين: ١١٨/٥.

^٢: القاضي أبو محمد المروزي ثم البغدادي، أحد الأعلام، توفي سنة اثنتين وأربعين ومئتين منصرفاً من الحج وله سبعون سنة، وكان مجتهداً مصنفًا، قائماً بكل معضلة في الدنيا. غلب على المأمون حتى أخذ بمجامع قلبه وقلده القضاء وتدير مملكته، فكانت الوزراء لا تعمل شيئاً إلا بعد مطالعته. ر: العبر في خبر من غبر: ٤٣٩/١.

^٣: أحسن التقاسيم في معرفة الأقاليم: ص/١٥٩.

^٤: ر: أطلس التاريخ بالألوان: ص/٢١، مقدّمة القند في ذكر علماء سمرقند: ص/٣٣-٣٨، حاشية مسالك الأبصار في ممالك

الأمصار: ٣/١٤٢، مجلّة البحوث الإسلامية: أمكنة/٦٣٩.



في سنة ثلاثٍ وتسعين غزا قتيبة بن مسلم خوارزمَ فصالحوه على عشرة آلاف رأس، ثم سار إلى سمرقند فقاتلوه قتالاً شديداً، وحاصرهم حتى صالحوه على ألفي ألف ومئتي ألف، وعلى أن يعطوه تلك السنة ثلاثين ألف رأس. حيث سار قتيبة بن مسلم إلى سمرقند بغتةً في جيشٍ عظيمٍ فنازلها، فاستنجد بملك الشاش وفرغانة فأنجدوهم، فنهضوا لبيّتوا المسلمين، فعلم قتيبة فانتخب فرساناً مع "صالح بن مسلم" وأكمنهم على جنبي طريق الترك، فأتوا نصف الليل فخرج الكمين عليهم فاقتلوا قتالاً لم ير الناس مثله، ولم يفلت من الترك إلا اليسير. قال بعضهم: أسرنا طائفة فسألناهم فقالوا: "ما قتلتم منا إلا ابن ملك أو بطلاً أو عظيماً، كان الرجل يعد بمئة رجل"، فاحتزنا الرؤوس وكتبنا أسماءهم على آذانهم، وحوينا السلب والأمتعة العظيمة، وأصبحنا إلى قتيبة فنفلنا ذلك كله، ثم نصبنا المجانيق على أهل الصغد، وسمع بعض المسلمين قتيبة وهو يقول كأنها يناجي نفسه:

١: ر: الكامل في التاريخ: ٤/ ٢٧٢-٢٧٧، تاريخ الإسلام: ٦/ ٢٥٨-٢٥٩، البداية والنهاية: ٩/ ١٠١-١٠٢.

"حتّى متى يا سمرقند يعشّش فيك الشّيطان؟ أما والله لئن أصبحت لأحاولنّ من أهلك أقصى غاية" وجدّ في قتالهم حتّى قارب الفتح، ثمّ صالحهم وبنى بها الجامع والمنبر.

وقيل إنّ شرط عليهم في الصّلاح مئة ألف رأس وبيوت النّيران وحلية الأصنام، فسلبت ثمّ أحضرت إلى بين يديه فكانت كالقصر العظيم -يعني الأصنام- فأمر بتحريقها، فقالوا: "من حرقها هلك" قال قتيبة: "أنا أحرقها بيدي" فدعا قتيبة بالنار وكبر وأشعل فيها بيده ثمّ أضرمت، فوجدوا بعد الحريق من بقايا ما كان فيها من مسامير الذهب والفضّة خمسين ألف مثقال.

فلما فتح قتيبة سمرقند قيل: "إنّ هذا لأعدى العيرين"، لأنّه فتح سمرقند وخوارزم في عام واحد، وذلك أنّ الفارس إذا صرع في طلق واحد عيرين قيل: "عادي عيرين".

ثمّ رجع قتيبة إلى مرو، وكان أهل خراسان يقولون: "إنّ قتيبة غدر بأهل سمرقند فملكها غدرًا"، وكان عامله على خوارزم: "إياس بن عبد الله" على حربها، وكان ضعيفاً، وكان على خراجها "عبيد الله بن أبي عبيد الله مولى مسلم" فاستضعف أهل خوارزم إياساً فجمعوا له، فكتب عبيد الله إلى قتيبة، فبعث قتيبة أخاه عبد الله عاملاً، وخلف عنده جيشاً كثيفاً.

الفصل الثاني

دراسة عن المخطوط

يتضمّن هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: دراسة المخطوط وبيان أهميته

وقد اشتمل هذا المبحث على المطالب التالية:

المطلب الأول:

اسم الكتاب:

ذكرت الكتب التي ترجمت لأبي الليث أنّ له كتاباً في الخلافيات، لكن تسمية هذا الكتاب لم تكن واحدة، فهو في تاريخ التراث العربي ومعجم تاريخ التراث الإسلامي بعنوان: تأسيس النظر أو (المختلف بين أصحاب الفقه)^١.

وهو في كشف الظنون^٢ بعنوان: المختلفات في فروع الحنفية.

وفي غيره: مختلف الرواية، وفي بعضها: المختلف^٣. والذي يترجّح لي أنّ هذه التسمية مشتركة، فقد ذكرت الكتب عناوين نفسها لمؤلفين آخرين، ومن البعيد أن يكون لأكثر من مؤلف العنوان ذاته.

وبالنظر في غلاف المخطوط تجد أنّ النسخة (ب) دوّن عليها "المختلف بين الأصحاب في الفقه" أو "المختلف".

^١: ر: تاريخ التراث العربي: ١١٤ / ٣، معجم تاريخ التراث الإسلامي: ٣٨٣٠ / ٥.

^٢: كشف الظنون: ١٦٣٨ / ٢.

^٣: ر: الأعلام للزركلي: ٢٧ / ٨، هدية العارفين: ٤٩٠ / ٢.

لا يفرّق الكثيرون بين "مختلف" بكسر اللام و"مختلف" بفتحها ويضعون كلّ واحد منهما موضع الآخر، والصواب كسر اللام حين يكون اللفظ دلالة على اسم فاعل، وفتحها حين يكون دالاً على اسم مفعول.

أما النسخة الأصل فكان عنوانها: "المختلف في الفقه بين أبي حنيفة وأصحابه". ولقد اخترت هذا الأخير عنواناً، وذلك لما ترجّح لديّ أنّ تلك العناوين مشتركة، ولأنّ هذا العنوان الأخير ينبئ عن محتوى الكتاب، ويلئم موضوعه.

المطلب الثاني:

نسبة الكتاب إلى مؤلفه، وذكر سبب تأليفه:

إذا ما نظرت إلى الكتب التي ترجمت لأبي الليث رحمه الله لا تجد كتاباً له منسوباً إليه يحوي الاسم الذي دوّن عليه، فيكاد يعتريك الشكّ، وربّما يتسرّع المتصفح لأوّل وهلة فينفي نسبة هذا الكتاب إلى المؤلف، ومّا يزيد في الشكّ أنّ الكتب ذكرت لأبي الليث كتاباً سمّاه "مختلف الرواية" لكنّك إذ تطالعه لا تجده عين الكتاب الذي بين أيدينا بل هو كتاب آخر ذكر فيه الخلاف بين الأئمة الثلاثة أبي حنيفة ومالك والشافعي^١.

وحوت مكتبة أسعد أفندي في السليمانية مخطوطاً كتب على غلافه "المختلف بين الإمام الأعظم وصاحبيه" وعند التّمحيص تجد أنّها كتاب "حصر المسائل وقصر الدلائل" للأسمنديّ.

لكن وبنظرة عميقة وفحص دقيق يزول الشكّ، ويتّضح بلا ريب أنّ هذا الكتاب للمؤلف أبي الليث وذلك للأسباب التالية:

١ - أنّ كتاب مختلف الرواية قد اختلف في مؤلفه، فمنهم من ينسبه إلى أبي الليث، ومنهم من يرى أنّه للعلاء

العالم الأسمنديّ، ومنهم من ينسبه إلى عمر بن عثمان السمرقنديّ.

ويرى الدكتور عبد الرحمن بن مبارك الفرج أنّ أصل الكتاب للسمرقنديّ أبي الليث، لكن قام الأسمنديّ بترتيبه وتبويبه^٢.

^١ : ر: المراجع السابقة.

^٢ : ر: مقدّمة تحقيق مختلف الرواية: ١ / ٣٥.

ومما يرجح هذا القول أنّ الأسمنديّ نفسه ذكر ما يدلّ عليه إذ يقول في مقدّمة كتابه^١: "قصّدت فيه أن أكتب مسائل مختلف الرواية، وأرسم لخلاف كلّ واحد من الأئمّة باباً على التّرتيب الذي ربّبه بعض أشياخنا، إلّا أنّهم أوردوا الكتب كلّها في كلّ باب، وأنا أورد كلّها في كلّ كتاب، وأذكر في كلّ مسألة نكتة شافية وحجّة كاملة".

٢- أنّ مختلف الرواية المذكور أنّه لأبي اللّيث فهو في الخلاف بين المذاهب الثلاثة كما مرّ، وليس بين أصحاب المذهب الحنفيّ.

٣- أنّ بعض الكتب ذكرت أنّ لأبي اللّيث كتاباً في المختلفات في فروع الحنفيّة^٢، والظاهر القويّ يرشد إلى

أنّ الكتاب الذي بين أيدينا هو المقصود، وعلى فرض أنّه ليس المقصود فأين كتاب المختلفات إذن؟

٤- أنّ بعض الكتب ذكرت أنّ لأبي اللّيث كتاب تأسيس النّظر في الخلاف بين الحنفيّة، فلاّبي اللّيث إذن

وبدون شكّ كتاب في خلافيّات الحنفيّة، وإن اختلف في اسمه، ولم نعر على مؤلّف ذكر خلافيّات الحنفيّة خاصّة سواه، ممّا يشير أنّه له.

٥- بالعودة إلى كتب التّراث ترى أنّهم نسبوا الكتاب نفسه الذي بين أيدينا للمصنّف أبي اللّيث، وإن لم

يذكروا الاسم نفسه، فهذا سزكين^٣ يذكر كتاباً لأبي اللّيث بعنوان: "تأسيس النّظر" أو "المختلف بين أصحاب الفقه" ويذكر أنّ نسخة منه موجودة في مكتبة سراي أحمد الثالث برقم (١١٩٧) وعدد أوراقها (١٦٦) ورقة، وأنّها مكتوبة في (٧٥٤هـ)، وهذه المعلومات تطابق تماماً المعلومات التي لهذا الكتاب كما في نسخة (ب).

وذكر أيضاً أنّ لأبي اللّيث كتاباً بعنوان مختلف الرواية وقال: وصل إلينا الكتاب بروايتين: برواية قديمة ببايزيد رقم (٢١٦٧) وهي (١٩٦) ورقة، منسوخة (٤٥٧هـ). وهي عينها لهذا الكتاب كما في نسخة (أ).

^١: ر: كشف الظنون: ١٦٣٦/٢.

^٢: ر: المرجع السابق: ١٦٣٨/٢.

^٣: ر: تاريخ التراث العربيّ: ١١٤/٣، معجم تاريخ التراث الإسلاميّ: ٣٨٣٠-٣٨٣١/٥.

٦ - عند المطالعة في كتب الحنفية ترى أنهم ذكروا بعض المسائل ونوهوا أن صاحب المختلف قد ذكرها،

وبالعودة إلى كتابنا هذا تجد تلك المسائل فيه^١.

بقي الاختلاف في الاسم، والذي يتضح لي كما أشرت أن اختيار اسم المختلف إنما هو من قبيل المشترك باعتبار ما حواه، يدل عليه أنهم ذكروا لأكثر من مؤلف العنوان نفسه كما مرّ عن قريب.

المطلب الثالث:

أهمية كتاب "المختلف" وقيّمته بين الكتب المؤلفة في فنّه، ومنزلته عند أهل العلم:

لكتاب المختلف أهمية كبيرة في المذهب الحنفي، فهو يذكر اختلاف الأئمة الثلاثة، ومن المعلوم أن لصاحبي أبي حنيفة [أبي يوسف ومحمد] مكانة عظيمة، فأقوالهما معتبرة، وترجيحاتهما مأخوذة بالحسبان، وقد يعتمد المفتي على قولهما دون قول الإمام، وقد يرجح أهل الترجيح قولهما أو أحدهما على قول الإمام، فعلى هذا كان لزماً على المفتي خاصّة، وعلى أهل العلم وطلّابه عامّة أن يدركوا الخلاف بين أئمة المذهب، ويعلموا الأقوال المعتمدة فيه، فيتبصّروا الحق، ويفتوا على هدى، فتستقيم فتواهم، وتقوى حججهم، ويتعدوا عن الشطط والزيف.

ومما يزيد الكتاب أهمية ويعلي من شأنه أنه أوّل كتاب صنّف في فنّه، فلم تذكر لنا كتب التراث كتاباً قبله صنّف في الخلاف بين أصحاب المذهب، فحاز بذلك قصب السبق على الكتب المؤلفة على منوالها. وقد استخدم في تصنيفه العبارة الدقيقة والأسلوب الواضح، وعرض الأحكام الفقهية على هيئة مسائل، وأحاط بجميع أبواب الفقه لم يتغاض عن أيّ منها.

^١ : سأذكر شيئاً منها في المطلب الرابع.

وما من كتاب من الكتب المعتمدة في المذهب إلا ويذكر الخلاف بين الأصحاب الثلاثة، إلا أن ما يميّز كتاب أبي الليث هذا أنه أفرد الاختلافات وتغاضى عن الاتّفاقات، فخرج كتاباً عزّ نظيره، وقلّ مثيله، المتأمل فيه يجد ما يبحث عنه، والمتصفّح فيه يجد ما يروق له.

المطلب الرابع:

اعتماد الناس على هذا الكتاب من بعد مؤلّفه:

لأبي الليث - كما مرّ - قيمة عظيمة عند علماء الحنفية، فقد ذكروا أقواله، وأخذوا بترجيحاته. وإنّ لكتابه "المختلف" هذا وجوداً في كتبهم، نذكر على سبيل المثال لا الحصر بعض المسائل المنتقاة من المختلف:

- في حاشية الشلبي^١، باب العشر والخراج والجزية: "قال في المختلف في خلاف أبي يوسف مع محمّد: لا تجوز الزيادة على الخراج الموظّف بتوظيف الإمام وإن أطاق الأرض. وقال محمّد: يجوز، وهذا يردّ دعوى الإجماع من مدّعيه".
- وعين هذه المسألة في مختلف أبي الليث حيث قال^٢: "فإن أراد الإمام أن يزيد على وظيفة عمر بن الخطّاب وذلك ممّا يحتمل الزيادة لم يجز في قول أبي يوسف، ويجوز في قول محمّد".

^١: حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢٧٣/٣.

^٢: المختلف نسخة (ب) ص/ ١٣١.

- قال في درر الحكّام^١: "ذكر في المختلف: يجوز السّلم في الجوز والبيض عدداً وكيلاً ووزناً عندنا".
- وفي مختلف أبي الليث^٢: وإذا أسلم في الجوز أو البيض عدداً جاز في قول علمائنا الثلاثة، ولا يجوز في قول زفر".
- في فتح القدير^٣: إذا أعتق الحرّي عبده في دار الحرب وخلاه: "قال في المختلف: يعتق عند أبي يوسف وولاؤه له، وقالوا: لا ولاء له، لكن عتقه بالتّخلية لا بالإعتاق فهو كالمراغم.
- ثمّ قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشتري عبداً حربياً فأعتقه ثمّة القياس أن لا يعتق بدون التّخلية، لأنّه في دار الحرب، ولا تجري عليه أحكام الإسلام. وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية، لأنّه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين.
- ولا ولاء له عندهما، وهو القياس. وقال أبو يوسف: له الولاء، وهو الاستحسان، وذكر قول محمّد مع أبي يوسف في كتاب السير".
- وفي المختلف^٤: "ولو أنّ حربياً أعتق عبداً حربياً في دار الحرب لا يعتق إلّا أن يخلي سبيله، فإن خلى سبيله عتق ولا ولاء له في قولهما، وله أن يوالي من شاء. وفي قول أبي يوسف: ولاؤه له، وليس له أن يوالي أحداً.
- ولو أنّ مسلماً دخل دار الحرب واشتري عبداً في دار الحرب وأعتقه، عتق بالقول في الاستحسان، ولا ولاء له في قول أبي حنيفة، وهو قول محمد في هذه الرواية.
- وفي قول أبي يوسف: ولاؤه له، وهو قول محمد في رواية سير الكبير. وفرّق بين الحرّي والمسلم".

^١: درر الحكّام شرح غرر الأحكام: ١٩٥ / ٢.

^٢: نسخة (ب) ص/ ٦٢.

^٣: فتح القدير: ٤ / ٤١٠.

^٤: نسخة (أ) ص/ ١١٠.

المطلب الخامس:

المصادر التي اعتمد عليها المؤلف في كتابه:

من خلال النظر في كتاب المختلف نرى المصنّف قد اعتمد على مصادر فقهية، لعل أهمّها كتب محمد بن الحسن، مع اعتماده على مصادر أخرى. وهذه الكتب هي:

- اختلاف زفر ويعقوب^١: لبعض الفقهاء، ومختصره ذكره الكشي في مجموع النوازل.
- الأصل (المبسوط): محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ، وسمي بالأصل لأنه أوّل كتاب صنّفه^٢. وهو مطبوع.
- الأمالي^٣: محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ جزء منه مطبوع.
- الجامع الصغير^٤: محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ وهو مطبوع مع شرحه النافع الكبير.
- الجامع الكبير^٥: محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ وهو مطبوع.
- الزيادات^٦: محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ، غير مطبوع.
- السير الكبير^٧: محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ وشرحه محمد بن عمر السرخسي (٤٩٠ هـ). وشرح السير الكبير مطبوع.
- المجرد^٨: الحسن بن زياد اللؤلؤي الفقيه توفي سنة (٢٠٤ هـ)^٩.

^١: ر: ص/ ٨٢ من البحث.

^٢: ر: كشف الظنون: ١٢٨٣/٢.

^٣: ر: ص/ ٨٢ من البحث.

^٤: ر: ص/ ١٦٣ من البحث.

^٥: ر: ص/ ١٦٤ من البحث.

^٦: ر: ص/ ٩٥ من البحث.

^٧: ر: ص/ ١٠٤ من البحث.

^٨: ر: ص/ ١١٣ من البحث.

^٩: هدية العارفين: ٢٦٦/١، الفهرست: ٢٥٨/١، كشف الظنون: ١٥٩٣/٢.

وهناك شرح مسائل المجرد في فروع الحنفية^١ لأبي القاسم إسماعيل بن الحسن بن عبد الله البيهقي ت (٤٠٢هـ) اختصر فيه: المبسوط، والجامعين، والزيادات، ثم شرحه وسمّاه: الشّامل.

- نواذر محمد بن سماعه^٢ ت (٢٣٣هـ).
- نواذر معلّى بن منصور الرّازيّ الفقيه الحنفيّ ت (٢١١هـ).
- نواذر هشام^٣: هشام بن عبد الله الرّازيّ المازنيّ السّنيّ الحنفيّ المتوفّي سنة (٢٠١هـ).

المطلب السادس:

منهج المؤلّف في كتابه:

اعتمد أبو الليث في تأليفه لكتابه "المختلف" على الاختصار والاقتصار على ذكر أقوال أرباب المذهب [أبي حنيفة وصاحبيه]، فهو يذكر باب الفقه، ثمّ يتبعه بذكر المسائل المختلف فيها عند أئمة المذهب - وإن كان في بعض الأحيان يذكر قول مالك والشافعي - وينسب كلّ قول لصاحبه بأسلوب واضح ومنهج مبسّط خال عن التعقيد، دون أن يذكر حجة صاحب القول أو مستنده من قرآن أو سنة أو معقول، فكان كتابه هذا مجرداً عن الأدلة خاوياً منها. ولم يذكر كذلك ترجيح قول على آخر، ولعلّه قصد بذلك أن يسهّل على الفقيه بذكر الاختلافات، ويحمّله مسؤولية توضيح الأدلة والترجيح بين الأقوال.

وكأنّه أراد أن يبين بين مؤلفاته، فقد توضّح من قبل خلال دراسة سيرته أنّ له ترجيحات في المذهب، فكأنّه قصد بكتابه هذا المغايرة واستخدام أسلوب آخر، ليقدم لكلّ محتاج نصيبه، ولكل قاصد بغيته.

^١ : هدية العارفين: ١/ ٢٠٩، كشف الظنون: ٢/ ١٥٩٣.

^٢ : ر: ص/ ١٨٥ من البحث.

^٣ : ر: كشف الظنون: ٢/ ١٢٨٣، تاريخ التراث العربي: ٣/ ٨٢.

^٤ : هدية العارفين: ٢/ ٤٦٦، كشف الظنون: ٢/ ١٢٨٣.

^٥ : هدية العارفين: ٢/ ٥٠٨، كشف الظنون: ٢/ ١٢٨٣. ر: ص/ ١٣٣ من البحث.

وظاهر من اسم الكتاب أنّه للمسائل المختلف فيها، لذلك قام المصنّف رحمه الله بالتركيز على المختلفات، وإن كان في بعض الأحيان يذكر المسائل المتفق عليها إذا كانت فرع مسألة مختلف فيها أو أصل لها.

وذكر في كتابه اختلاف أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر^١، وبين ما إذا كان لأحد هؤلاء أكثر من رواية، وقد يلحق بهم غيرهم.

وكان جلّ اعتماده على كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن، وقد يعتمد على غيرها من الكتب، كما تبين في المطلب السابق.

وعرض في كتابه الأحكام على هيئة مسائل موجزة بعبارة جليّة، قاصداً بذلك التسهيل على طالب العلم خاصّة، وعلى القارئ عامّة، فكان أسلوبه مشابهاً لأسلوب الأقدمين في الاختصار مع الغزارة العلميّة. واستخدم المصطلحات التي تعورف عليها في المذهب الحنفيّ، كقولهم: "في قول علمائنا" وكذا قولهم "في قولهم جميعاً" أو "في قولهم" أو "بالاتفاق" وهذه كلّها تشير أنّ هذا القول مجمع عليه في المذهب ولا رواية أخرى تخالفه.

ويذكر المصنّف - كما هي عادة الأحناف - مصطلح "علمائنا الثلاثة" والمقصود بهم الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف ومحمد^٢.

ويذكر أحياناً مصطلح "المشايع"، والمقصود بهم من لم يدرك الإمام أبا حنيفة^٣.

١: لم يذكر قول زفر في جميع المسائل بل ذكره في بعضها، ولعلّ السبب في ذلك اعتماده في الغالب على كتب ظاهر الرواية، وكتب ظاهر الرواية في الغالب الشائع تذكر قول الثلاثة، وقد تلحق بهم أحياناً قول زفر والحسن وغيرهما. ر: حاشية ابن عابدين: ٧٤ / ١.

٢: ر: حاشية ابن عابدين: ٧٤ / ١، البناية شرح الهداية: ١٦٢ / ١.

٣: ر: مقدّمة تحقيق المختلف في الفقه: ص / ٨.

المطلب السابع:

حواشي الكتاب وشروحه:

ليس لكتاب المختلف حواشٍ أو شروحٌ، انتفع العلماء به على ما هو عليه، استقوا من أقواله، وانتفعوا بنقوله، ولعلّ في الجهد الذي أبدله فيه -بعون الله- تفتّح الأنظار إليه، وتشرّب الأعناق للترؤد من معينه، والغرف من كنوزه، والاقتباس من علومه.

المطلب الثامن:

الكتب التي تأثرت بهذا الكتاب:

ليس هناك كتابٌ تأثر مؤلفه بكتاب أبي الليث فيما اطلّعت عليه، سوى ما ذكر من قريب أنّ مصنّفي الحنفية قد ذكروا أقوالاً منتقاة من كتاب المختلف هذا.

المبحث الثاني

وصف نسخ المخطوط

يعتمد التحقيق على نسختين اثنتين، منتقاة بحسب أهميتها وقربها من عصر المؤلف وصلاحيّتها، وتشمل الدراسة وصف النسختين المعتمد عليهما في التحقيق، ابتداءً من النسخة الأصل، وانتهاءً بالنسخة الفرعية المساعدة.

أما النسخة الأولى (مرقّمة): ورمزت لها بـ (أ)

- وهي من مقتنيات مكتبة بايزيد في تركيا برقم: (٢١٦٧)، ولها صورة في الجامعة الإسلامية برقم (٦٠٥).
- عدد الأوراق [١٩٦] ورقة، عدد الأسطر: [٢٠] سطراً، عدد الكلمات في السّطر: [١٢] كلمة تقريباً.
- كتبت بمداد أسود، أبرزت عناوين الكتب والأبواب، رقّمت المسائل بخط أسود عريض.
- وهي بحالة جيّدة، أوراقها متناسكة، لا تحوي تالفاً أو ناقصاً.
- ذكر على غلافها أنّها بخطّ المرحوم أبي الليث، وهذا فيه نظر، إذ كتب ناسخها في منتهاها أنّه تمّ الفراغ من كتابتها سنة (٤٥٧ هـ)، وهذا بعد وفاة المؤلف بكلّ تأكيد.
- بداية الكتاب: "بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين. كتاب الصلاة: قال أبو الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي رحمه الله: قال محمد بن الحسن: يمسح برأسه وأذنه مرّة واحدة..."
- نهاية الكتاب: "وبالله التّوفيق، وله الحمد والمِنَّة، وصلواته على محمّد وآله أجمعين".
- ذكر ناسخه أنّه معارض.
- تمّ الفراغ من كتابته بأصبهان، يوم الجمعة: ١٢ / جمادى الأولى / ٤٥٧ هـ.
- الأوراق المراد تحقيقها: ١٠٧ - ١٤٨.
- وقد اعتمدت هذه النسخة الأصل، وذلك لقربها من عصر المؤلف.

- النسخة الثانية: (حمراء) ورمزت لها بـ (ب)
- وهي من مقتنيات مكتبة أحمد الثالث في استانبول تركيا برقم: (١١٩٧)
- قام بنسخها: يوسف بن علي بن محمد، المعروف بصلاح السعودي. تم الفراغ من كتابتها سنة (٧٥٤هـ).
- عدد الأوراق: (١٦٧) ورقة، عدد الأسطر: (٢١) سطراً، عدد الكلمات في السطر: (١٣-١٤) كلمة تقريباً، واضحة الخط، ملونة عناوين الكتب والأبواب فيها باللون الأحمر.
- بدايتها: "بسم الله الرحمن الرحيم، صلى الله على محمد، الحمد لله رب العالمين، والعاقبة للمتقين، وصلى الله على النبي محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين. قال: ويمسح برأسه وأذنه مرة واحدة.."
- نهايتها: "وبالله التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل، آخر كتاب المختلف بين الأصحاب رحمهم الله تعالى. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم".
- نظر فيها العلامة: علي بن محمد بن علي بن أويس المقرئ سنة (٨٠٤هـ).
- سجل في آخرها: "نقل هذا الكتاب من نسخة تاريخها: مئتان وخمسة وثلاثون سنة" وهذا فيه نظر، لأن هذا التاريخ يسبق عصر المؤلف.
- الأوراق المراد تحقيقها: ١٢٨-٩٤.
- واعتمدت هذه النسخة نسخة مساعدة، إذ تاريخ كتابتها متأخر عن سابقتها.

كتاب المختلف



نَعُوذُ بِاللّٰهِ نَعَالِي بِرَحْمَتِهِ وَرَحْمَةِ



علي محمد بن علي بن ابي المقرب

اشترى الكتاب من صاحب
من دار التمام في بيروت
ويعلم كتابه من دار التمام

أَحْسَنَ اللَّهُ وَجْهَهَا

هَذَا الْكِتَابُ لِلْجَنَابِ الْإِمَامِ الْعَالِي الْمَوْلَى مُحَمَّدٍ
السَّيِّدِي سُودُونٍ وَأَدَامَ الْمَقَرُّ الْمَحْمُودُ السَّيِّدِي
نِعْمَ اللَّهُ بِرَحْمَتِهِ آمِينَ

صفحة الغلاف من النسخة (ب)

بسم الله الرحمن الرحيم صلى الله عليه وسلم
 الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين وصلى الله على النبي محمد وعلى آله
 الطيبين الطاهرين
قال شيخنا رحمه الله في كتابه في الأصل لم يذكر
 الاختلاف وقال أبو حنيفة في كتاب الجرد إذا توضأ بركعة واحدة لم يقرأ
 مسبح مع اجزائه وهو قول الشافعي روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه
 قال إذا كان ركعة واحدة لم يقرأ بركعة واحدة ولا يسجد ولا يسلم
 وقال أبو يوسف لا يركع واحد من ركعتي الإمام روى عن محمد بن مسلمة قال في
 التسليم روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يسلم بعد الركعة مثل قول
 صاحبه في الركعة وروى في بعض الروايات عن أبي حنيفة أنه يسلم مع الإمام
 روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن المصل يقول بسم الله الرحمن الرحيم في أول
 الركعة ويسلم عليه أن يعيدها في كل ركعة وروى المعلى عن أبي يوسف
 أنه قال يقولها في أول كل ركعة وهو قول الشافعي وأما في السجود لا يجزئ
 إلا مرة واحدة في أول الركعة **قال** محمد بن زياد في كتاب الصلاة إذا ركع يقول
 سبحانك اللهم وبحمدك ثم يسجد وقال أبو يوسف في الأهل أحسن أن
 يقول بعد ما تكبر ويهتجج الذي في فطر السموات والأرض جفلا إلى قوله وأنا
 أو السجدة الإمام إذا وضع رأسه من الركعة يقول مع الله الرحمن في قولهم
 جميعا والمفتدي يقول سألت الله ولا يقول مع الله لم يركع في قول أصحابنا جميعا
 ولا يقول الإمام وسألت الله في قول أبي حنيفة وفي قول صاحبه قول الإمام
 سألت الله أيضا وفي قول الشافعي الإمام والمفتدي كل واحد منهما يقول
 مع الله الرحمن وسألت الله العلي إذا نزع في صلاته يخاطب سبع فدرت صلاته

في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف الأول لا تقطع صلوة إلا أن
 يريد به المانع ثم رجح أبو يوسف وقال لا تقطع وإن أراد به المانع وإذا
 أن في صلاته أو نافع فإن كان ذلك الحقة أو المانع لم يقطع صلاته وإن كان من
 وجه أو مضية فدرت صلاته في قول أبي حنيفة وفي كل الحام للصغير وفي
 فاس قول محمد بن زياد إذا ذكر أبو يوسف في الأهل أنه إذا قال الله لا تقطع صلاته وإن كان ذلك
 في قولهم جميعا وإذا وضع المصل وجهه على الأرض في السجود ولم يضع انفه جاز في كل ركعة
 صلاته في قولهم جميعا وإذا وضع انفه ولم يضع وجهه جاز في كل ركعة
 قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول صاحبه لا يجوز إلا مرة واحدة وإذا افتتح الصلاة
 بالهمزة أو لا الله إلا الله أو سبح الله فإنه يجزئ وكذلك إن قال الله الأعظم
 أو الله أجل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أحمد بن حنبل وأحمد بن حنبل
 وقال أبو يوسف لا يجوز إلا أن لا يحسن التكبير وروى عن أبي حنيفة أنه قال
 إذا قال الله الأكرم أو الله الأكر أو الله الأكر أو قال الله ولم يزد على هذا
 جاز وروى عن أبي يوسف أنه قال لا يجوز إلا أن يقول الله الأكر أو الله الأكر
 ولو كان اللهم أعز لي أو استغفر الله لم يجز في قولهم جميعا وإذا كان بالفارسية
 أو قرأ القرآن بالفارسية جاز في قول أبي حنيفة سواء كان بحسن العربية أو لا بحسن
 وفي قول صاحبه لا يجوز إلا أن يكون بالحسن العربية وهو قول الشافعي وروى
 أبو يوسف عن أبي حنيفة في الأهل أنه قال لو كان بالفارسية وهو بحسن العربية اجزأه
 وكذلك إن شئت بالفارسية وهو صحيح وأخطب بالفارسية أوفت اجزأه في هاتين
 قول أبي حنيفة وقالت أبو يوسف لا يجوز شئ من ذلك إلا أن يكون عجميا بحسن العربية
 ولو سمى عند الفرس بالفارسية أو كتب أيام المشرق بالفارسية أو أتم ولي عهد الأحرار
 بالفارسية أو بأبي لسان وهو بحسن العربية ولا حنيفة اجزأه في قولهم جميعا

اكرم ذلك كله واذا البس الحذر في الحرب فانه كرم عندنا في جيفه وقال ابو يوسف
 وجعل لابس البس الحذر والدياح في الحرب ولو كان يوب لجمته حور وسداه غير
 ذلك جاز لسه في الحرب والجور في غير في فو لجمه جميعا ولو كان سدا حورا
 ولجمه غير ذلك جاز لسه في الحرب وغيره الب قال ابو حنيفة اكرم من الرجل
 ان يقتل من الرجل فمه او يده او اكرم المعانقة ولا يابس المصالحه وروى عن علي
 يوسف انه قال الجور القبله والمعانقة والمصلحة واكرم مصالحه اهل الذمة
 ولا يابس بصادقه وهو مريض ولا يابس بيع بيا يوت مكة في فو لجمه جميعا
 واختلغوا في بيع الارض قال ابو حنيفة في الجامع الصغار اربعة وهو قول
 محمد ذكره في كتاب الآثار وروى عن ابن جنيده انه قال الجور وهو قول ابو يوسف

والله الموفق وهو حسنا ونعم الوكيل
 آخر الكتاب الخلف من الاصحاب رحمهم الله تعالى
 وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
 كتبه داود المكي ومعهما علي بن ابي حمزة القمي
 الى اخيه زينة المعروف بغيره وذنبه يوسف
 ابن علي بن محمد بن ابي داود السجستاني
 عفا الله عنه وعرفه الله
 جميع المسلمين منته وكوبه

وقال العرفان من تعلقيه في ثلثه سنة اربع وخمسة مائة اتمت الله غناها محمد وآله
 نقلا هذا الكتاب من نسخة تاريخها اثنان وخمسة وثلاثون سنة

بألف في قول علما وقال ان اي ايلي العنق جاز وعلى المشتري الغية ولو قال
لعبد عبدا دخلت الدار فابت حريمه بانه قد دخل الدار وهو في ملك المشتري
لم يعق في قول علما الدلالة في قول ان اي ايلي يعق ويطل البيع

كتاب المكاتب

ولو ان احدا كاتب امته على العبد دهر على ان يطأها او على ان يخدمه ولم يشر للحرية
وقفا فان الكتابة فاسدة فان ادت الالف عتقت وان كانت كلمة شلها اكثر فعليا
ان توفي في الزيادة الى غلام كلمة مثلها وهو قول ابي حنيفة الاول وفي قوله الآخر
وهو قول صاحبه سطر المعيار منها فان كانت منها اكثر من الالف فعليا ان
توفي في تمام قيمتها ولو كانت قيمتها اقل من الالف فليس لها ان ياحتر المولى
ما دلت في قول علما جميعا الا في قول زفر فان لها ان تترك مقدار الغية واحدة
الفضل وقال بشر المسمى هذا الجواب خطأ ينبغي ان لا يعق المكاتبه ما دلت الالف
لان المولى جعل شرط العنق الالف وشيئا اخره واذا كانت ارجل عتقت بكاتبه واحدة
وكانت قيمتها اكمل من صاحبه جاز ذلك ولا يعق احدهما الا مادام جميع الكتابة في قول
جميعه ولو انه كاتب عتق ذلك ان ذبا عتقا وان عجزا ذبا وجعل مجموعهما جرة
ولم يجعل كل واحد منهما كعتق صاحبه فان هذا الاول سواء في قول علما
الدلالة في قول زفر انهما ادى حصته عتق ولو انه كانتهما ولم يطل ان ذبا عتقا
وان عجزا ذبا فانهما ادى حصته عتق في قول زفر ولو انه كاتب عتق على شي بعينه طار
الكتابة في احدى الرقابتين من الحصة روى عنه الحسن في زيادة وان كان ذلك
الشيء اخر فاستوى لكانت ذلك الشيء واذا عتق ورزى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه قال لو كانت على عبده فانه لا يجوز ان ادى لم يعق الا ان يقول اذا دلت
فانشر وقال ابو يوسف يعق اذا ادى وان لم يطل وقال في خلاف زفر جاز كانت

عبد على ما يخدمها او يوب عنه لم يجر في قول زفر وروى الحسن ان اي ايلي
عن اي يوسف مثل قول زفر مكاتب بن اشراق عتقه احداهما فان في قول
ابي حنيفة نصيب الاخره كاتب على حاله فان في دعوى الاول لا ينهضان وان
عجزا لم يبعه بالخيار ان شاء عتق نصيبه وان شاء استسقى وان شاء ضمنه ان
كان موريا وفي قول اي يوسف لما عتقه احداهما عتق الكل فان كان موريا ضمن
نصف مئة وان كان مغيرا عتق العبد في نصف مئة وفي قول محمد عتق كله فان
كان المعق موريا ضمن الاقل من نصف مئة ومن نصف الكتابة وان كان مغيرا
سعى العبد بذلك المفسد واذا كان العبد من ثمن كانت احدى اوصيه فهو
على ملكه او جرح امان يكون الشريك له باذن له واما ان ادله بالكتابة فانه لا يملك
نقص الكتابة واما ان ادله بالكتابة فانه لا يملك ما دلت الالف بالكتابة
فليس له ان يطل الكتابة وان لم يطل حتى ادى الكتابة فان الشريك انما يخدمه نصف
ما قبض من الكتابة واخذ من العبد نصف ما بقي من كسبه الذي اكسبه قبل العنق
في يده مبرج من كسبه على العبد فاحضنه ما خرمه ثم ان كان الذي كان موريا
فشريكه بالخيار من ثلثه اسنان شاعق وان شاء استسقى العبد وان شاء ضمن وان
كان مغيرا فهو بالخيار من شئير هذا قول ابي حنيفة وفي قول صاحبه هكذا
ان الذي كانت له لا يرجع على العبد مما خرمه ثم ان كان المكاتب موريا ضمن وان كان
مغيرا سعى واذا ادله بالكتابة ولم يمد له بالعق فليس له ان يطل الكتابة
وان ادى الكتابة فله ان يشاركه فيما قبض ياخذ من العبد ايضا نصف ما اكتسب
قبل العنق والمكاتب يرجع على العبد ما خرمه الا ان يهاجرا لا يحضر عليه الضمان
بالعق ولكن يجب على العبد السعاية للشريك وهذا قول ابي حنيفة وفي قول صاحب
العبد كتابا بينهما ونوفى بالكتابة اليها فان في الكتابة كلها الى المكاتب لم يعق

المولى خازنه في قول ابي حنيفة ولا يجوز في قول صاحبه واذ لمع المولى عند دار اهل بيتها اوبا فان كان العبد لا يرب عليه فلا شفع للشفيع وان كان على العبد دين للشفيع للشفيع ولو بلغها ما كثر من هبتها لم يبع فاسد في قول ابي حنيفة في قول صاحبه المولى الخبار ان شارك الزبادة ونحو البيع وان تناقص البيع للشفيع ان اخر ما سلم للعبد وان قد فلا شفعه للشفيع الا ان احد جمع الثمن ولو ان حلا له ضمير خطه وضمير شعور بها للرجل المولى هذه الحظية وهذا الشعر كل فخر يدرهم ولا يعلم مبلغ الخطية والشعر فالباع فاسد في قول ابي حنيفة الا ان يعلم المشتري مقدار الخلل قبل ان يفرق او يرضى وفي قول صاحبه يجوز البيع الكله ولو قال ابعك هذه الخطية وهذا الشعر كل فخر منها بدينهم فالباع وقع على فخر واحد في قول ابي حنيفة نصفه من الخطية ونصفه من الشعر وفي قول صاحبه البيع في كل جازبه واذا كان للمادون بيعه فاعنى المولى رفقته فان كان على العبد دين محظوظ فتمتد به بما في يده صحفه باطل ولا يملك المولى حق العبد في قول ابي حنيفة اذا كان الدين محظوظا فان كان الدين غير محظوظ فان في قول ابي حنيفة الاول لا يملك كسب العبد ولو اعطى شيئا من ماله لم يحرم بيعه بوجه واحد وان يجوز عقه اذا لم يكن الدين محظوظا وفي قول صاحبه سوا كان الدين محظوظا او غير محظوظ فان اولى يملك كسب العبد ويجوز عقه في رفقته ثم انفقوا انه لو اعطى بعض العبد المادون جاز وان كان عليه دين وانفقوا ان جازبه المادون لو كانت بولده فادعاه المولى ثبت النسب هو اسحقان ولو اشترى العبد المادون عبدا فادعاه المولى ابتداءه لم يجز في قول ابي حنيفة كالعق ويجوز في قول صاحبه كما يجوز عقه ولو كان على العبد من فضل المولى عبدا من عبد المادون فعلى المولى فيه الحق ولو لم يملك سبيس فهاين قول ابي حنيفة في ماله وفي فهاين قول صاحبه عليه فتمت خاله وانفقوا

المولى

المراة والمعاملة كلاهما فاسد في قول ابي حنيفة وفي قول صاحبه كلاهما جائز وفي قول الشافعي المعاملة جائز والمراة فاسد واذ ادفع الارض على ان تزعم المارة بذرفه على ان يفر من قبل صاحب الارض فالمارة فاسد في قولهما وروى عن لا نوسفة وايه اخرى في الامالى فقا جازبه واذ اسقط بعض الخارج احد جهما والعهد ما دون فان كان العبد من قبل رب الارض فان اشترط احد رب الارض فان كان العبد ما دون عليه حاز سوا اشترط عليه العمل او لسو اشترط وما اشترط للعبد كون المولى وان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز والى اشترط عليه العمل لم يحرم وما اشترط للعبد كون المارفع ما خلافت المذهبين ولو اشترط لعبد المارة فان كان العبد ما دون عليه حاز وما اشترط للعبد كون المارة وان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز وما اشترط عليه العمل حاز وان اشترط عليه العمل فان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز وان اشترط عليه العمل فان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز وان اشترط عليه العمل فان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز وان اشترط عليه العمل فان كان على العبد دين فان اشترط عليه العمل حاز

كتاب المزارعة

القسم الثاني

قسم التحقيق

كِتَابُ الْمَكَاتِبِ^١

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَاتَبَ أُمَّتَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ عَلَى أَنْ يَطَّأَهَا، أَوْ عَلَى^٢ تَخْدِمَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِلْخِدْمَةِ وَقْتًا فَإِنَّ الْمَكَاتِبَةَ فَاسِدَةٌ^٣، فَإِنْ أَدَّتِ الْأَلْفَ عَتَقَتْ، فَإِنْ كَانَتْ كِتَابَةً مِثْلَهَا أَكْثَرَ فَعَلَيْهَا أَنْ تُؤَدِّيَ الزِّيَادَةَ إِلَى كِتَابَةِ مِثْلِهَا. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ^٤.

^١: الكتابة لغة الضم والجمع، يقول: كتب البغلة: إذا جمع بين شفرها بحلقة، ومنه فعل الكتابة لما فيها من الضم والجمع بين الحروف، فسُمي العقد الذي يجري بين المولى وعبده بطريق المعاوضة كتابة، إمّا لأنه لا يخلو عن كتابة الوثيقة عادة، ولهذا سُمي مكاتبة على ميزان المفاعلة، لأنّ العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده ليكون في يد كلّ واحد منهما ما يتوثق به، أو سُمي كتابة لأنّ المولى به يضمّ العبد إلى نفسه في إثبات صفة المالكية له يدًا.

والمكاتب: اسم مفعول من كاتب، وهو الرقيق الذي تمّ عقد بينه وبين سيده على أن يدفع له مبلغًا من المال نجومًا ليصير حرًا. فإذا أدّى جميع ما كاتبه عليه فقد عتق، ولاؤه لمولاه الذي كاتبه، وذلك أنّ مولاه سَوَّغَهُ كَسْبَهُ الَّذِي هُوَ فِي الْأَصْلِ لِمَوْلَاهُ، فَالسَّيِّدُ مَكَاتِبٌ، وَالْعَبْدُ مَكَاتِبٌ، وَإِنَّمَا خَصَّ الْعَبْدَ بِالْمَفْعُولِ، لِأَنَّ أَصْلَ الْمَكَاتِبَةِ مِنَ الْمَوْلَى وَهُوَ الَّذِي يَكَاتِبُ عَبْدَهُ.

وجواز هذا العقد ثبت بالنصّ قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ النور: ٣٣.

ر: معجم لغة الفقهاء: ٤٥٥/١، القاموس الفقهي: ص/٣١٥، لسان العرب: ٦٩٨/١، المبسوط للسرخسي: ٨/٢-٣.

^٢: في ب: على أنّ. وهو الصواب.

^٣: لأنّه شرط فاسد لكونه مخالفًا مقتضى العقد، لأنّ عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء، وأنّه دخل في صلب العقد لدخوله في البذل،

حيث جعل بدل الكتابة بألف درهم ووطئها ففسدت المكاتبة. بدائع الصنائع ٤/١٤١-١٤٢. وفي المبسوط للشيباني: "قلت:

أرأيت رجلاً كاتب أمة له على أن تخدمه حياتها أو حياته هل تجوز المكاتبة؟ قال: لا". المبسوط (الأصل) للشيباني: ٣/٤٢٢.

الفساد والبطلان في العبادات سيان، أمّا في المعاملات فإن لم يترتب أثر المعاملة عليها فهو البطلان، وإن ترتب فإن كان مطلوب

التفاسخ شرعاً فهو الفساد، وإلا فهو الصحة. فالفساد في المعاملات ما حدث خلل في شرط من شروطه المكتملة والمتمة حيث

يعتبر العقد فيه مختلفاً في بعض نواحيه الفرعية اختلافاً يجعله في مرتبة بين الصحة والبطلان. ر: حاشية ابن عابدين: ٢/٣٩٤، البحر

الرائق: ٢/٤٧٢-٤٧٣، الفقه الإسلامي للدكتور السلقيني: ١/١١-١٢.

^٤: في ب: وإن.

^٥: في ب: إلى تمام.

^٦: في ب: وهو.

^٧: لأنّ المستحقّ في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمّى. البحر الرائق: ٨/٧٥. وانظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني:

٤/١٠٢.

وفي قوله الآخر وهو قول صاحبيه يُنظر إلى مقدار قيمتها، إن^١ كانت قيمتها أكثر من الألف فعليها أن تؤدّي إلى تمام قيمتها.

ولو كانت قيمتها أقل من ألف^٢ فليس لها أن تأخذ من المولى ما أدّت في قول علمائنا جميعاً، إلا في قول زفر فإن لها أن تترك مقدار القيمة [١٠٧/ب] وتأخذ الفضل. وقال بشر المريسي^٣: هذا الجواب خطأ، ويُنبغي أن لا يعتق المكاتب بأداء الألف، لأن المولى جعل شرط العتق أداء الألف وشيئاً آخر^٤.

مسألة: وإذا كاتب الرجل عبدين^٥ مكاتبة واحدة، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه، جاز ذلك، ولا يعتق أحدهما إلا بأداء جميع الكتابة بالاتفاق^٦.

^١: في ب: فإن.

^٢: في ب: من الألف.

^٣: بشر بن غياث بن أبي كريمة المريسي العدوي المعتزلي، تفقه على أبي يوسف، له تصانيف وروايات في المذهب. اشتهر بعلم الكلام وخاض فيه، وكان أبو يوسف يذمه. مات سنة ثمان وعشرين ومئتين، ولم يشيعه أحد. والمريسي: نسبة إلى مريس، وهي قرية بأرض مصر. ر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١/٤٤٧-٤٥٠، وفيات الأعيان في أبناء أبناء الزمان: ١/٢٧٨.

^٤: حذف الواو في ب.

^٥: في ب: المكاتبة. وهو الصواب.

^٦: سقط من ب: أداء.

^٧: وجه قوله: أن المولى جعل شرط العتق شيئين الألف ووطأها، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما، كما إذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدّت الألف دون الخمر.

وفرق الحنفية بين المسألتين، وذلك بأن الوطء لا يصلح عوضاً في المكاتبة فلا يتعلّق العتق به فألحق ذكره بالعدم، أمّا الخمر فإنه يصلح عوضاً في الجملة، لأنّه مال مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم، وتعلّق العتق بأدائها. ر: بدائع الصنائع: ٤/١٤١.

^٨: العبد: من كان مملوك الرّبة لغير الله تعالى. والعبد القن: الرقيق كامل الرّق، أي هو الذي لم يطرأ عليه مكاتبة ولا تدبير ولم تصبح أم ولد. ر: معجم لغة الفقهاء: ص/٣٠٣.

^٩: استحساناً. ر: المبسوط للسرخسي: ٨/١٣، البحر الرائق: ٦/٤٠٧.

^{١٠}: في ب: في قولهم جميعاً. =

وَلَوْ أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ، وَقَالَ: "إِنْ أَدَّيَا عَتَقَا، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا"، وَجَعَلَ نُجُومَهُمَا وَاحِدًا، وَلَمْ يَجْعَلْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلًا عَنْ صَاحِبِهِ، فَإِنَّ هَذَا وَالْأَوَّلَ سَوَاءٌ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٢. وَقَالَ زُفَرٌ^٣: أُثْبِتُهَا أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ^٤.

وَلَوْ أَنَّهُ كَاتَبَهُمَا وَلَمْ يَقُلْ: "إِنْ أَدَّيَا عَتَقَا، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّا"، فَأُثْبِتُهَا أَدَّى حِصَّتَهُ عَتَقَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٥.

= قال السرخسي في المبسوط: "فإن أدَّى أحدهما جميع الألف عتقا، لوصول جميع المال إلى المولى، ولأنَّ أداء أحدهما كأدائها فإنَّ كلَّ واحد منهما مطالب بجميع المال، وهما كشخص واحد في حكم الأداء حتَّى ليس للمولى أن يأبى قبول المال من أحدهما". المبسوط للسرخسي: ١٣/٨. وانظر هذه المسألة في الأصل للشيباني: ٤٢٨/٣-٤٢٩. ١: في ب: واحدة.

والنَّجْم: الوقت المضروب، وبه سمِّي المنجِّم، ونجَّمت المال إذا أدَّيته نجوماً. تنجيم الدِّين: هو أن يقدر عطاؤه في أوقات معلومة متتابعة مشاهرة أو مساناة، ومنه: تنجيم المكاتب ونجوم الكتابة. وأصله أنَّ العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت حلول ديونها وغيرها فتقول: إذا طلع النِّجم حلَّ عليك مالي، فلما جاء الإسلام جعل الله تعالى الأهلَّة مواقيت لما يحتاجون إليه من معرفة أوقات الحجِّ والصَّوم ومحلِّ الدِّيون. لسان العرب: ١٢/٥٦٨، القاموس الفقهي: ص/٣٤٨، معجم لغة الفقهاء: ص/٤٧٥-٤٧٦. ٢: أي لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى، لأنَّ شرط المولى صحيح شرعاً فيجب مراعاته، وقد شرط العتق عند أدائها جميع المال نصّاً، فلو عتق أحدهما بأداء حصَّته كان مخالفاً لشرط المولى، ولأنَّ كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن، ولو عتق أحدهما بأداء حصَّته لم يبق لقول المولى فائدة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤/٨. ٣: في ب: وفي قول زفر.

٤: على قول زفر كلَّ واحد منهما لم يلتزم بالقبول إلا حصَّته، فليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع المال، ولو أدَّى أحدهما جميع المال لم يكن له أن يرجع على صاحبه بشيء، بخلاف شرط الكفالة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤/٨. ٥: سقطت كلمة جميعاً من ب. قال السرخسي في المبسوط: "لأنَّ المولى حين أوجب العقد لهما ببدل واحد فقد شرط على كلَّ واحد منهما حصَّته من المال، وكذلك هما بالقبول إنَّهما يلتزم كلُّ واحد منهما حصَّته فلا يكون للمولى أن يطالب كلَّ واحد منهما إلَّا بقدر حصَّته وبالأداء برئت ذمَّته فيحكم بحريته". المبسوط للسرخسي: ١٤/٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى شَيْءٍ بَعَيْنِهِ^١ جَاذَتْ الْكِتَابَةُ فِي إِحْدَى الرَّوَائِيَيْنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَرَوَى عَنْهُ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ: إِنَّ كَانَ ذَلِكَ الشَّيْءُ لِعَبْدِهِ، فَاشْتَرَى الْمُكَاتَبُ ذَلِكَ الشَّيْءَ وَأَذَاهُ، عَتَقَ^٣.

وَرَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ كَاتَبَ عَبْدٌ عَلَى عَبْدٍ بَعَيْنَهُ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ أَدَّى لَا يَعْتَقُ^٤، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: "إِذَا أَدَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ"^٥.

^١: في ب: ولو أنه كاتب.

^٢: وذلك الشيء ملك للغير، ويتعين بالتعيين. كما في المبسوط: ١١/٨، والهداية مع تكملة فتح القدير: ١٦٩/٩.

وإذا كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان: في رواية كتاب الشرب يجوز، وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز. وجه رواية الجواز: أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز، ووجه عدمه: أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى، فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله، وأنه لا يجوز. العناية شرح الهداية على هامش فتح القدير: ١٧٠/٩.

^٣: وفي ظاهر الرواية لا يجوز، وذلك لأن العين في عقد المعاوضة يكون معقوداً عليه، أي الشيء المعين، وقدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد في العقود التي تحمل الفسخ، وملك الغير ليس بمقدور التسليم للعبد، لأنه ملك الغير، فلا تصح تسميته. ر: الجامع الصغير: ص/٤٥٢، المبسوط للسرخسي: ١١/٨.

^٤: في ب "روى" أي بدون الواو. وهو الصواب. حيث رواية الحسن عن أبي حنيفة بالجواز. ر: المرجع السابق.

^٥: الحسن بن زياد: العلامة فقيه العراق، أبو علي الأنصاري مولاهم، الكوفي اللؤلؤي، صاحب أبي حنيفة. نزل بغداد، وصنف، وتصدر للفقه. وكان أحد الأذكياء البارعين في الرأي، ولي القضاء ثم عزل نفسه. قال يحيى بن آدم: ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد. مات سنة أربع ومئتين رحمه الله. سير أعلام النبلاء: ٩/٥٤٣، طبقات الفقهاء: ١/١٣٦.

^٦: في ب: وإن.

^٧: وجه الجواز: لأن المسمى مال متقوم، وقدرته على التسليم بما يحدث له من ملك فيه موهوم فتصح التسمية، كما في الصداق إذا سمى عبد غيره فتصح التسمية بهذا الطريق. المبسوط للسرخسي: ١١/٨.

^٨: في ب: كاتبه.

^٩: في ب: لم يعتق.

وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن ملك الغير لم يصير بدلاً في هذا العقد بتسميته لأنه غير مقدور التسليم له إذا لم يسم شيئاً آخر معه فلم ينعقد العقد أصلاً، فإنما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط، فإذا لم يصحح بالتعليق قلنا بأنه لا يعتق، كما لو كاتبه على ثوب أو على مئة. المبسوط للسرخسي: ١٢/٨.

^{١٠}: فحيث يعتق بحكم التعليق. المبسوط للسرخسي: ١١/٨.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَالِي^١: يَعْتَقُ إِذَا أَدَّى، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: "إِنْ أَدَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ"^٢.

وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ زُفَرٍ^٣: رَجُلٌ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى جَارِيَةٍ بِعَيْنِهَا أَوْ ثَوْبٍ بِعَيْنِهِ، لَا يُجُوزُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ.
وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ^٤ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مَثَلَ قَوْلِ زُفَرٍ^٥.

١ : سقطت "في الأمالي" من ب. في المبسوط: "روى عنه أصحاب الإملاء" ر: المرجع السابق.

الأمالي: لمحمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩ هـ جزء منه مطبوع، وهو من كتب غير ظاهر الرواية. وهناك أمالي أبي يوسف، يقال أنه أكثر من ثلاثمائة مجلد. ر: الفهرست: ص/٢٥٦، ٢٥٨، كشف الظنون: ١/١٦٤.

٢ : سقطت من ب عبارة: إن أديت فأنت حر.

قال في المبسوط: "لأن العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً متقوماً، وقد وجد الأداء فيعتق، كما لو كاتبه على خمر فأدى".

المبسوط للسرخسي: ١٢/٨

٣ : في ب: وقال في اختلاف زفر.

كتاب "اختلاف زفر ويعقوب" لبعض الفقهاء، ومختصره ذكره الكتبي في مجموع التوازل. كشف الظنون: ١/٣٢.

٤ : في ب: لم يجز.

٥ : وهو كرواية أبي يوسف عن أبي حنيفة.

٦ : الحسن بن أبي مالك، أبو مالك من أصحاب أبي يوسف، تفقه عليه، وأخذ عنه شيئاً كثيراً. قال الصميمي في حقه: ثقة في روايته، غزير العلم، واسع الرواية، كان أبو يوسف يشبهه بجمال حمل أكثر مما يطيق. توفي في السنة التي مات فيها الحسن بن زياد، سنة أربع ومئتين، رحمه الله تعالى. الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢/٩٠-٩١.

٧ : ر: المبسوط للسرخسي: ١١/٨.

مَسْأَلَةٌ: مَكَاتَبُ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ نَصِيبَ الْآخِرِ^١ عَلَى حَالِهِ مَكَاتَبُ^٢، فَإِنْ أَدَّى عَتَقَ وَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا^٣ نِصْفَانِ^٤، فَإِنْ عَجَزَ فَالَّذِي لَمْ يَعْتَقْهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَاهُ^٥، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ^٦ إِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ^٧ مُوسِرًا^٨.

^١ : في ب: مكاتب على حاله.

^٢ : لكون العتق متجزئاً عند الإمام. ر: بدائع الصنائع: ١٤٩/٤.

^٣ : في ب: فإن أدَّى وعتق فالولاء بينهما.

^٤ : ولا ضمان ولا سعاية. وكون الولاء بينهما، لوجود الإعتاق منها. والولاء للمعتق وحده إن لم يعتق الآخر نصيبه أو لم يستسعيه بل ضمنه الآخر، لصدور العتق كله من جهته، لأنه ملك نصيب الآخر بأداء ضمانه. ر: البحر الرائق: ١٠٢/٨، بدائع الصنائع: ١٤٩/٤.

^٥ : في ب: وإن.

^٦ : في ب: استسعى.

السَّعَايَةُ: من السَّعْيِ، العمل، وهي الطَّلَبُ من الرَّقِيقِ الَّذِي اعْتَقَ بَعْضُهُ الْكَسْبَ لِيَفْكَ مَا بَقِيَ مِنْهُ فِي الرِّقِّ. أو هي تكليف العبد بعمل يفِي به ما تَرْتَبُ عَلَيْهِ من مال. ر: معجم لغة الفقهاء: ص/٦١، ٢٤٤، القاموس الفقهي: ص/١٧٣. ويستسعي العبد هنا لاحتباس ماليته عنده. ر: فتح باب العناية: ٣٦٠/٢.

^٧ : أي ضَمَّنَ المعتق. كما في البحر الرائق: ١٠٣/٨.

^٨ : سقطت كلمة "المعتق" من ب.

^٩ : فإن كان المعتق معسراً فَالْثَّانِي مَخِيرٌ بَيْنَ الْإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ. وصار حكمه حكم عبد بين اثنين أعتقه أحدهما. ر: المرجع السابق، بدائع الصنائع: ١٤٩/٤.

وحدَّ اليسار لم يذكر في المراجع في هذا الموضع إنما ذكره بعضهم في كتاب العتاق. قال في الهداية: "ثمَّ المعتبر يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر، لا يسار الغنى، لأنَّ به يعتدل النَّظَرُ من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القرية وإيصال بدل حقِّ السَّاكِتِ إليه". ويعتبر اليسار يوم الإعتاق.

وسبب الضَّمان أَنَّهُ جَنَى عَلَى نَصِيبِ صَاحِبِهِ بِمَا مَنَعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِمَا عَدَا الْإِعْتَاقَ وَتَوَابَعَهُ. ر: الهداية مع فتح القدير: ٤/٤٢٥، وانظر: فتح باب العناية: ٣٦٠/٢.

وفي قول أبي يوسف لما أعتقه أحدهما يعتق الكل^١، فإن كان مؤسراً ضمن نصف [١٠٨/أ] القيمة^٢، وإن كان مُعسراً سعى^٣ في نصف قيمته.

وفي قول محمد عتق كله^٤، فإن كان المعتق مؤسراً ضمن الأقل من نصف قيمته ومن نصف الكتابة، وإن كان مُعسراً سعى العبد بذلك^٥.

مسألة: وإن^٦ كان العبد بين رجلين^٧ كاتب أحدهما نصيبه فهو على ثلاثة أوجه^٨:

١: في ب: عتق الكل.

٢: في ب: قيمته.

وتقدير القيمة يوم الإعتاق. فتح القدير: ٤/٤٢١.

٣: في ب: سعى العبد.

٤: فاتفق الصحابان على عتق العبد كله، وذلك لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، وإذا عتق كان الولاء للذي أعتقه. ر: بدائع الصنائع: ١٤٩/٧.

٥: في ب: "بذلك المقدار". أي الأقل. ر: المرجع السابق.

وسبب الخلاف ينهني على حرفين: أحدهما تجزؤ الإعتاق عند أبي حنيفة، وعدم تجزئته عند صاحبيه.

والثاني: أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وعندهما يمنع. لأبي حنيفة: أن الساكت احتبست ماله نصيبه عند العبد فله أن يضمته، كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به فلصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه مؤسراً كان أو معسراً. ولهما: النصوص التي ظاهرها تجزؤ الإعتاق كقوله عليه الصلاة والسلام: "من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل، لا وكس ولا شطط، ثم عتق عليه في ماله إن كان مؤسراً" [أخرجه مسلم، باب من أعتق شركاً له في عبد، رقم ١٥٠١/ وغيره]. وحديث أبي هريرة مرفوعاً «من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه» [البخاري: باب الشركة في الرقيق (٢٣٧٠) ومسلم: باب ذكر سعاية العبد (١٥٠٣) واللفظ له. وغيرهما] ر: فتح القدير: ٤/٤٢٢، فتح باب العناية: ٢/٣٦١. وهذه المسألة ذكرها محمد في الأصل، انظر المبسوط للشيباني (الأصل): ٣/٤٩٣-٤٩٤.

قلت: ولعل قولهما هو الزجاج، كيف وقد اعتمدا على دليل نقل صحيح فيكتفى به.

٦: في ب: وإذا.

٧: في ب: "بين اثنين". ولعل ما في ب أولى، لأن لفظ اثنين يعم ما إذا كان العبد بين رجلين، أو كان بين رجل وامرأة، أو كان بين امرأتين. ر: تكملة فتح القدير: ٩/٢٠١.

٨: هناك وجه آخر، وهو أن يكاتب نصفه أو كله. ر: بدائع الصنائع: ٤/١٤٨. انظر المسألة الأصل للشيباني: ٣/٤٩٤، وما بعدها.

- إِمَّا أَنْ يَكُونَ الشَّرِيكُ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِالْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ^١.

- وَإِمَّا أَنْ يَأْذَنْ لَهُ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِقَبْضِ الْكِتَابَةِ.

- وَإِمَّا أَنْ أْذَنْ لَهُ بِالْكِتَابَةِ وَبِقَبْضِ الْكِتَابَةِ.

فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِالْكِتَابَةِ فَلِلشَّرِيكِ أَنْ يُبْطِلَ الْكِتَابَةَ^٢، فَإِنْ لَمْ يُبْطِلَ الْكِتَابَةَ حَتَّى^٣ أَدَّى الْكِتَابَةَ^٤، فَإِنَّ لِلشَّرِيكِ^٥ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ^٦ نِصْفَ مَا قَبَضَ مِنَ الْكِتَابَةِ^٧، وَيَأْخُذَ مِنَ الْعَبْدِ نِصْفَ مَا بَقِيَ مِنْ كَسْبِهِ الَّذِي اكْتَسَبَهُ قَبْلَ الْعَتَقِ فِي يَدَيْهِ^٨، ثُمَّ يَرْجِعَ الَّذِي كَاتَبَهُ عَلَى الْعَبْدِ فَيَأْخُذَ^٩ مِنْهُ مَا أَخَذَ مِنْهُ^{١٠}.

^١ : سقط من ب "بالكتابة".

^٢ : سقطت عبارة: "ولم يكن يأذن له بقبض الكتابة" من ب.

^٣ : في ب: أذن.

^٤ : في ب: بالكتابة.

^٥ : بدون "باء" في ب.

^٦ : في ب: إذا.

^٧ : أي صار نصيبه مكاتباً، وللشريك أن ينقض الكتابة، لأنه يتضرر به في الحال وفي ثاني الحال، فلا يجوز بيعه في الحال لأن نصفه مكاتب، وفي الثاني يصير مستسعى، فكان له حق الفسخ. وهذا إذا كاتب نصفه. ر: بدائع الصنائع: ١٤٨/٤.

^٨ : في ب: وإن لم يبطل حتى.

^٩ : أو لم يعلم الشريك حتى أدى عتق نصيبه، لأن الكتابة نفذت في نصيبه، وقد وجد شرط العتق فيعتق. ر: المرجع السابق.

^{١٠} : الذي لم يكاتب.

^{١١} : من الذي كاتب.

^{١٢} : لأن ما أخذه كان كسب عبد بينها فكان له أن يشاركه في المأخوذ. بدائع الصنائع: ١٤٨/٤.

^{١٣} : وأما ما اكتسبه بعد الأداء فهو له خاصة، لأنه بعد الأداء يصير مستسعى، والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد. بدائع الصنائع: ١٤٨/٤.

^{١٤} : في ب: فأخذ منه

^{١٥} : أي ما أخذه منه الشريك الذي لم يكاتب، لأنه كاتبه على بدل ولم يسلم له إلا نصفه، فكان له أن يرجع عليه إلى تمام البدل. ر: المرجع السابق.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الَّذِي كَاتَبَ مُوسِرًا فَشَرِيكَهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى^١، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ^٢. وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ^٣. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قَوْلِهِمَا هَكَذَا إِلَّا أَنْ الَّذِي كَاتَبَهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ^٤. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُكَاتِبُ مُوسِرًا يَضْمَنُ^٥، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا سَعَى.

وَأَمَّا إِذَا أُذِنَ فِي الْكِتَابَةِ وَلَمْ يَأْذَنْ بِالْقَبْضِ^٦ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُبْطَلَ الْكِتَابَةُ، فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةَ فَلَهُ أَنْ يُشَارِكُهُ فِيهَا قَبْضًا، وَيَأْخُذَ مِنَ الْعَبْدِ أَيْضًا نِصْفًا مَا اكْتَسَبَهُ قَبْلَ الْعَتَقِ^٧، وَالْمُكَاتِبُ يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِمَا أَخَذَ مِنْهُ.

إِلَّا أَنْ هَاهُنَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ بِالْعَتَقِ^٨، وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ السَّعَايَةُ لِلشَّرِيكِ فِي هَذَا فِي قَوْلِ^٩ أَبِي حَنِيفَةَ.

^١ : فِي ب: اسْتَسْعَى الْعَبْد.

^٢ : وَإِنْ اخْتَارَ التَّضْمِينَ يَرْجِعُ الْمُكَاتِبُ بِمَا ضَمَّنَ عَلَى الْعَبْدِ وَيَكُونُ الْوَلَاءُ كُلَّهُ لَهُ، وَإِنْ اخْتَارَ الْاسْتِسْعَاءَ أَوْ الْإِعْتَاقَ أَوْ كَانَ الْمُكَاتِبُ مُعْسِرًا فَالْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ٣٥ / ٨.

^٣ : وَهُمَا: الْإِعْتَاقُ وَالْاسْتِسْعَاءُ. ر: الْبَحْرُ الرَّائِقُ: ١٠٣ / ٨.

^٤ : فِي ب: وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ.

^٥ : لِأَنَّ عِنْدَهُمَا صَارَ الْكُلُّ مَكَاتِبًا، فَإِنْ جَمَعَ الْبَدْلَ مُقَابِلَ جَمِيعِ الْكَسْبِ وَلَمْ يَسْلَمْ لَهُ إِلَّا النِّصْفُ، وَقَدْ سَلِمَ لِلْمَوْلَى مِنْ جِهَتِهِ نِصْفُ الْبَدْلِ أَيْضًا. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ٣٥ / ٨.

^٦ : فِي ب: ضَمَّنَ.

^٧ : فِي ب: وَإِذَا أُذِنَ لَهُ بِالْكِتَابَةِ وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ بِالْقَبْضِ.

^٨ : فِي ب: وَإِنْ.

^٩ : فِي ب: اكْتَسَبَ.

^{١٠} : لِأَنَّهُ أَدَّاهُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِذْنُهُ فِي الْعَقْدِ لَا يَكُونُ إِذْنًا بِقَبْضِ الْبَدْلِ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ٣٥ / ٨.

^{١١} : لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالْعَتَاقِ حَيْثُ أُذِنَ لَهُ بِالْكِتَابَةِ. بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ: ١٤٨ / ٤.

^{١٢} : فِي ب: وَهَذَا قَوْلٌ.

وفي قول أبي يوسف ومحمد^١ صار العبد مكاتباً بينهما، ويُؤدى الكتابة إليهما، فإن أدى الكتابة كلها إلى المكاتب لا يعتق^٢ ما لم يؤد^٣ إلى الشريك الآخر نصف الكتابة.

وأما إذا أذن له في الكتابة وفي قبض الكتابة فإن الذي كاتبه سلم^٤ له ما قبض من الكتابة^٥، إلا أن الشريك الآخر يأخذ من العبد نصف ما بقي في يديه^٦ مما اكتسب قبل العتق، ثم له أن يستسعيه في نصف [١٠٨/ب] قيمته، وهذا قول أبي حنيفة.

وفي قول أبي يوسف ومحمد^٧ صار العبد كله مكاتباً بينهما، فإذا قبض الذي كاتب^٨ كله عتق^٩، ويكون كالوكيل في قبض الكتابة^{١٠}.

^١: في ب: وفي قولهما.

^٢: في ب: لم يعتق.

^٣: في ب: ما لم يصل. وهو أصح. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٥ / ٨.

^٤: لأن المكاتب في نصيبه كان وكيلاً، والوكيل بالكتابة لا يملك القبض للبدل. فإذا وصل إلى الآخر نصيبه حينئذ يعتق، وما بقي من الكسب كله سالم للعبد. المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ٨.

^٥: في ب: وقبض الكتابة.

^٦: في ب: يسلم.

^٧: لأنه قبضه برضاه، وصار هو آذناً للعبد في أن يقضي دينه بكسبه فلا يثبت له حق استرداد شيء من القابض. المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ٨.

^٨: في ب: يده.

^٩: في ب: وفي قولهما.

^{١٠}: في ب: كاتبه الكتابة. وهي الأصح ليستقيم المعنى.

^{١١}: سواء وصل إلى الشريك الآخر نصيبه أو لم يصل. ر: المرجع السابق.

^{١٢}: لأنه كان وكيلاً من جهته في قبض البدل فيعتق العبد بالأداء إليه، والمقبوض مشترك بينهما، ولا سبيل للشريك على ما بقي من كسب العبد في يده سواء وصل إليه نصيبه مما قبضه المكاتب أو لم يصل بأن هلك في يده، لأن هلاك نصيبه في يد وكيله كهلاكه في يده. المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ٨.

وَلَوْ أَنَّ الَّذِي كَاتَبَ الْعَبْدَ لَمْ يُكَاتِبْ نَصِيْبَهُ، وَلَكِنْ كَاتَبَ جَمِيعَ الْعَبْدِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ صَاحِبِيهِ^٢: أَنَّ الشَّرِيكَ إِذَا أَخَذَ مِنَ الْمُكَاتِبِ [نِصْفَ الْكِتَابَةِ] لَا^٣ يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتِبُ^٤: وَتَرَكَ وَلَدًا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَعَلَى الْوَلَدِ أَنْ يُؤَدِّيَ الدَّيْنَ وَالْكِتَابَةَ، فَإِنْ بَدَأَ بِالْكِتَابَةِ جَازَ^٥ بِالْإِسْتِحْسَانِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَتْرُكْ الْمُكَاتِبُ مَالًا.

وَلَوْ تَرَكَ الْمُكَاتِبُ مَالًا فَأَدَّى الْوَلَدُ الْكِتَابَةَ^٦ قَبْلَ الدَّيْنِ، فَلِلْغُرْمَاءِ أَنْ يَأْخُذُوا مِنَ الْمَوْلَى، وَلَا يَبْطُلُ الْعَتَقُ^٧.

^١: سقط لفظ "في" من ب.

^٢: في ب: فَإِنْ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

^٣: في ب: لم.

^٤: قال السرخسي: "وإن كان أحد الشريكين كاتب جميع العبد فقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كقولهما، حتى إذا عتق بالأداء إليه رجع الشريك عليه بنصف المقبوض. وإذا كان بغير إذنه لم يكن له أن يرجع على العبد بشيء من ذلك، لأن جميع البدل هنا بمقابلة جميع الكسب والرقة، ولم يسلم له من جهة المكاتب إلا النصف، وقد سلم للمكاتب نصف البدل أيضاً فلا يرجع عليه بشيء آخر". المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ٨. وانظر: المحيط البرهاني: ١٤٧ / ٤.

^٥: ما بين قوسين ساقط من الأصل، ثم ألحق بالحاشية.

^٦: وهذا لأن الولد داخل في كتابة أبيه وكسبه ككسبه، فيخلفه في الأداء. ر: الهداية مع فتح القدير: ٢١٥ / ٩.

^٧: في ب: وللغرماء أن يأخذوا منه الدين، وفي الاستحسان يعتق، ولا يعتق في القياس. وهو صواب. ر: الأصل: ٧١ / ٤.

^٨: في ب: فأدى الولد دين الكتابة أولاً.

^٩: لم أعثر من خلال البحث على هذه المسألة بعينها في المراجع، إلا أن في المبسوط مسألة تماثلها: رجل كاتب أمة له حاملاً فما في بطنها داخل في كتابتها ذكر أو لم يذكر، فإن كاتبها وهي حامل فولدت ثم ماتت سعى الولد في مكاتبها، وإن كان عليها دين سعى فيه كذلك، لأنه جزء منها قائم مقامها، فإن أدى الولد المكاتب قبل الدين عتق بالاستحسان، وأخذه الغرماء بالدين حتى يسعى لهم فيه. وفي القياس لا يعتق، لأن كسب الولد فيما يرجع إلى حاجتها ككسبها، وإنما يبدأ من كسبها بالدين قبل الكتابة، لأن الدين أقوى من الكتابة. ووجه الاستحسان أن الولد قائم مقامها، وهي في حياتها لو أدت الكتابة قبل الدين عتقت، وكان للغرماء أن يطالبوها بالدين، فكذلك الولد إذا أدى، وهذا لأن ذمة الولد خلفت عن ذمتها، ولهذا بقيت النجوم بقاء الولد فهما دينان في ذمته. وإن ماتت الأم وتركت مالا وفاء بالدين الذي عليها فقبض المولى ذلك من الكتابة تعتق الأم والولد، إذا كان الولد هو الذي أدى إليه، لأنه خلف عنها فادأه كأدائها، إلا أن الغرماء أحق بذلك المال يأخذونه من المولى، لأن حقهم تعلّق بها لها بعد الموت، كما يتعلّق حق غرماء الحرّ بها بعد موته، وحقهم أقوى من حق المولى، وليس للابن ولاية لإبطال حقهم، فلهذا أخذوا المال منه، ثم يرجع هو على الابن ببطل الكتابة، ولكن لا يبطل العتق كما لو استحقّ المقبوض من البدل. =

وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِي هَذَا الْكِتَابِ^١: إِنَّ الْمُكَاتَبَ لَا يَعْتِقُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَاتَبَ الرَّجُلُ نِصْفَ عَبْدِهِ فَنِصْفُهُ مُكَاتَبٌ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ لِلْمَوْلَى وَنِصْفُهُ لِلْمُكَاتَبِ^٣. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ، كُلُّهُ مُكَاتَبٌ، وَهَذَا مِثْلُ اخْتِلَافِ الْعَتِقِ^٤.

= وهذا بخلاف ما إذا لم تترك مالا وأدى الولد الكتابة من كسبه، لأنّ هناك حقّ الغرماء في ذمّته كحقّ المولى، وهو مكاتب قائم مقام الأم فيملك تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدّين من كسبه. ر: المبسوط للشّيباني (الأصل): ٤٧٨ / ٣، المبسوط للسرخسي: ٢٨ / ٨ - ٣٠ بتصرف.

^١: المقصود بـ "الكتاب" كتاب المكاتب.

^٢: قاتل ذلك هو محمّد في المبسوط (الأصل)، وذلك هو منهج المصنّف في النّقول كما يتّضح في كتابه. وفي المبسوط: "قلت: أرايت إنّ كاتب الرّجل أمة له مأذوناً لها في التّجارة وعليها دين، فولدت ولداً في مكاتبها، ثمّ ماتت الأمّ، ثمّ جاء الغرماء ما حال الولد؟ قال: يردّ الولد في الرّق ويبيع للغرماء، إلّا أن يؤدّي المولى ما كان من دين على أمه". المبسوط للشّيباني (الأصل): ٤ / ٤.

^٣: هذا قبل الأداء، لأنّ نصفه مملوك للمولى غير مكاتب، أمّا بعد الأداء فليس للمولى منه شيء، لأنّ النّصف منه عتق بالأداء، والنّصف الآخر يستسعى كالمكاتب، فيكون هو أحقّ بجميع كسبه بعد الأداء. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٣ / ٨.

^٤: في ب: وفي قول أبي يوسف ومحمّد.

^٥: : مرّ أنّ الإعتاق يتجزّأ عند أبي حنيفة، ولا يتجزّأ عند صاحبيه، وكذلك الكتابة.

ومعنى بقاء نصفه عبداً عند الإمام: أنّ العبد إذا أدّى المكاتب عتق منه ذلك القدر، ويسعى فيما بقي من قيمته على قدر ما يطيق، بمنزلة رجل أعتق بعض عبده. ومعنى هذا أنّه ليس للمولى أن يطالبه بالسّعاية في الحال، ولكن يجعله منتجاً عليه بحسب ما يعلم أنّه يطيق أداءه، لأنّه معسر فيستحقّ النّظرة إلى الميسرة بالنّصّ، ولأنّ مقصوده تكميل العتق دون التّضييق عليه. ر: المبسوط (الأصل): ٤٣ / ٣، ٥١٦ / ٣، المبسوط للسرخسي: ٤٣ / ٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا خَرَجَ الْحَرْبِيُّ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ^٢ بِأَمَانٍ، فَاشْتَرَى عَبْدًا مُسْلِمًا، أَوْ ذِمِّيًّا فَكَاتَبَ جَارَ، فَإِنْ دَخَلَ بِالْمُكَاتَبِ دَارَ الْحَرْبِ عَتَقَ الْمُكَاتَبُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا لَا يَعْتَقُ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ، فَكَاتَبَ الذِّمِّيُّ نَصِيْبَهُ عَلَى حَرٍّ بِإِذْنِ شَرِيكِهِ، أَوْ بغيرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ، جَازَ فِي نَصِيْبِ نَفْسِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ فَهُوَ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُجَوُزُ، وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يُبْطِلَهُ، وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ بِإِذْنِهِ فَالْكِتَابَةُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّهُ لَوْ جَازَ صَارَ كُلُّهُ مُكَاتَبًا بَيْنَهُمَا^{١٠}.

^١: في الأصل بعد "إذا": كاتب، ثم شطب النَّاسِخَ عليها.

^٢: الحربيّ: منسوب إلى الحرب: الكافر الذي يحمل جنسيّة الدولة الكافرة المحاربة للمسلمين. ر: معجم لغة الفقهاء: ص/ ١٧٨.

^٣: دار الإسلام: البلاد التي غلب فيها المسلمون وكانوا فيها آمنين يحكمون بأنظمة الإسلام. معجم لغة الفقهاء: ص/ ٢٠٥.

^٤: في ب: فكاتبه. وهو الصحيح.

^٥: دار الحرب: بلاد العدو الكافر المحارب. أو هي أراضي الدولة الكافرة التي أعلنت الحرب على المسلمين. معجم لغة الفقهاء:

ص/ ١٧٨، القاموس الفقهي: ص/ ٢٠٥.

^٦: في ب: ولا يعتق في قول صاحبيه.

وجه رأي أبي حنيفة: أن الحربيّ مجبور على بيع العبد المسلم، لوجوب تخليص المسلم عن إذلال الكافر، فإذا لم يعتقه حتّى دخل به دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعاً بهذه الصّفة، لتعدّد الجبر بالإحراز بوجه، فيؤدّي إلى تغيير المشروع، وهذا لا يجوز.

ووجه قول صاحبيه: أن إحراز الكافر ماله بدار الحرب له أثر بزوال العصمة لا بزوال الملك، فمال الكافر مملوك لكنّه غير معصوم.

ر: المبسوط (الأصل): ٤/ ٤٨-٤٩، بدائع الصنائع: ٧/ ١٣٠، فتح القدير: ٦/ ١٢.

^٧: الذّمّيّ: هو المعاهد من أهل الكتاب الذي أعطى عهداً يأمن به على ماله وعرضه ودينه. ر: القاموس الفقهي: ص/ ١٣٨.

^٨: في ب: أو بغير إذنه.

^٩: في ب: وفي قول صاحبيه.

^{١٠}: الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ينبي على أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما، وقد مرّ ذكره.

وكتابة الذّمّيّ عبده الكافر على خر جائزة، فلو كانت بإذن الشريك المسلم وقعت على نصيب الذّمّيّ خاصّة عند أبي حنيفة. وعند

صاحبيه الكتابة فاسدة، لأنّ من أصلهما أن العقد انعقد لهما، حيث كانت بإذن شريكه، فلما بطل نصيب المسلم لكون المعقود عليه

غير متقوم بطل نصيب الذّمّيّ، لأنّها كتابة واحدة، فإذا بطل بعضها بطل كلّها. ولا شركة للمسلم فيها أخذ التصاري من الخمر، لأنّ

المسلم ممنوع من قبض الخمر. ر: المبسوط (الأصل): ٤/ ٤٣، بدائع الصنائع: ٤/ ١٥٠.

مَسْأَلَةٌ: الْمَكَاتِبُ إِذَا ارْتَدَّ فَوَهَبَ أَوْ أَقَرَّ أَوْ اسْتَدَانَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١ [عُقُودُهُ مَوْقُوفَةٌ، فَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، أَوْ قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ، فَهِيَ فَاسِدَةٌ، وَإِنْ أَسْلَمَ جَازَ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عُقُودُهُ بِمَنْزِلَةِ عُقُودِ الْمَرِيضِ^٢.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ عُقُودُهُ بِمَنْزِلَةِ عُقُودِ الصَّحِيحِ^٣. [١٠٩ / أ]

مَسْأَلَةٌ: الْمَكَاتِبُ إِذَا أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ فَهِيَ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ يُوصِيَ بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ، أَوْ يُوصِيَ بِثُلْثِ مَالِهِ، أَوْ رُبْعِ مَالِهِ^٤.

فَإِنْ أَوْصَى بِشَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَهُوَ عَلَى وَجْهِ وَاحِدٍ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ^٥.

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

فِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

^١ : في ب: ومحمد. وهو خطأ، والمثبت في الأصل هو الصحيح على ما سيبين في نهاية هذه المسألة.

^٢ : سقط ما بين قوسين من ب وأثبت بدلاً منه: "عقوده بمنزلة عقود المريض"، وما في الأصل هو الصحيح.

^٣ : لأن من أصل أبي يوسف رحمه الله أن الحر بعد الردة في التصرفات بمنزلة الصحيح، لتمكّنه من دفع الموت عنه بالتوبة، وكذلك المكاتب. ومن أصل محمد رحمه الله أن الحر بعد الردة في التصرفات بمنزلة المريض، لأنّه مشرف على الهلاك، وكذلك المكاتب. ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن الحر بالردة تتوقّف تصرّفاته ويصير في حكم المحجور عليه، بينما المكاتب ينفذ تصرّفه بعد الردة مراعاة لحق مولاه، لأنّ كسبه قد تعلّق به حق مولاه. ر: الأصل: ٦٩/٤، المبسوط للسرخسي: ٦٢/٨ وما بعدها، فتح القدير: ٧٨/٦.

^٤ : في ب: بثلث ماله فهو.

^٥ : في ب: أو أوصى.

^٦ : في ب: بربع ماله مرسلاً.

^٧ : لأنّه ما أضاف الوصية إلى حال الحرية وإنّما أوصى بعين ماله، فيتعلّق بملكه في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب، وملك المكاتب لا يحتمل التبرّع، فلا يجوز إلّا إذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز، لأنّ الوصية ممّا يجوّز الإجازة، بدليل أن رجلاً لو قال لورثته: "أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالي فلاناً" كان ذلك منه وصية. بدائع الصنائع: ١٤٦/٤.

وَفِي وَجْهِ يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^١.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا فِيهِ^٢.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَجُوزُ فَهُوَ أَنْ يُوصِيَ بِثُلْثِ مَالِهِ ثُمَّ يَمُوتَ وَيَتْرُكَ وَفَاءً لَمْ تَحْزُ وَصِيَّتُهُ^٣.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "إِذَا أُعْتِقْتُ فَقَدْ أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلْثِ مَالِي"، فَأَدَّى فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، جَازَتْ وَصِيَّتُهُ^٤.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ^٥ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِثُلْثِ مَالِي"، ثُمَّ أَدَّى فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ، لَمْ تَحْزُ وَصِيَّتُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٦، وَقَالَا يَجُوزُ^٧. وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي فِي كِتَابِ الْعَتَاقِ إِذَا قَالَ الْمُكَاتَبُ أَوْ الْعَبْدُ: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ^٨ فَهُوَ حُرٌّ^٩.

١: سقطت كلمة "جميعاً" في الموضعين.

٢: سقطت كلمة "فيه" من ب.

٣: لأننا وإن حكمنا بعقده، فإننا حكمنا به قبيل الموت بلا فصل، وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية. بدائع الصنائع: ١٤٦/٤.

٤: في ب: إذا عتقت.

٥: لأن المكاتب مخاطب له قول ملزم في حق نفسه فيصح إضافة التبرع إلى حالة حقيقة ملكه، وهو أضاف الوصية إلى حال الحرية، والحر من أهل الوصية. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٠/٨، ٩٢/٢٨، بدائع الصنائع: ١٤٦/٤.

٦: سقطت كلمة "فيه" في ب.

٧: في رأي أبي حنيفة لا تجوز إلا أن يحددها بعد العتق، لأنها تعلقت بملك المكاتب، وملكه لا يحتمل المعروف. بدائع الصنائع: ١٤٦/٤.

٨: في ب: ويجوز في قول صاحبيه. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٠/٨.

٩: في ب: إذا قال العبد أو المكاتب.

١٠: في ب: فيما أستقبل. وهو الصواب.

١١: قال في كتاب العتاق: ولو قال: "كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر" أو قال: "كل مملوك أشتريه فهو حر" فعتق فملك بعد ذلك عبداً أو اشترى عبداً لا يعتق عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يعتق. وجه قولها: أن قوله: "أملكه فيما أستقبل" يتناول =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَى أُمَّتَهُ عَلَى أَنَّ الْمَوْلَى بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ مَاتَتْ^٢ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ، فَإِنَّ فِي الْقِيَاسِ^٣ تَبْطُلُ الْكِتَابَةُ، وَهَذَا؛ قَوْلُ مُحَمَّدٍ^٤.

وَفِي الْأَسْتِحْسَانِ جَائِزٌ، وَالْمَوْلَى عَلَى خِيَارِهِ. وَيُقَالُ: هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ^٥.

= كل ما يملكه إلى آخر عمره، فيعمل بعموم اللفظ كما في الحرّ، ولأنّ في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرّفه، وفي الحمل على الحال إبطال، فكان الحمل على الاستقبال أولى.

ولأبي حنيفة أنّ للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب إليه في حالة الرّق في حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق، ألا ترى إلى قول النبي ﷺ: «من باع عبداً وله مال...» الحديث، [جزء من حديث أخرجه البخاري: باب الرّجل يكون له ممرّ أو شرب في حائط أو نخل (٢٥٥٠) وغيره] أضاف المال إليه، فاللّام للملك، دلّ أن له نوع ملك فهو مراد بهذا الإيجاب بالإجماع بدليل أنّه لو قال: "إن ملكتُ هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حرّ" فملكه في حال الكتابة فباعه ثمّ اشتراه بعدما صار حرّاً لا يعتق، وتنحلّ اليمين بالشّراء الأوّل، لأنّ الملك المجازي مراد، فخرجت الحقيقة عن الإرادة كي لا يؤدّي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد. بدائع الصنائع: ٧١ / ٤. وانظر: المبسوط (الأصل): ٧٣-٧٤.

^١: في ب: الرّجل.

^٢: في ب بعدها: الأمة.

^٣: في ب: ماتت الأمة في الثّلاثة الأيّام، ففي القياس.

والقياس لغة: ردّ الشّيء إلى نظيره.

اصطلاحاً: إلحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشّرع بالشّيء المسكوت عنه، لشبهه بالشّيء الذي أوجب الشّرع له ذلك الحكم، أو لعلّة جامعة بينهما. ر: بداية المجتهد: ١١ / ١، تهذيب الفروق: ٨ / ١، القاموس الفقهي: ص/ ٣١٢.

^٤: في ب: وهو.

^٥: لأنّ الأمّة قد ماتت قبل جواز المكاتبه فلا تجوز المكاتبه بعد ذلك. المبسوط للشيباني: ١١٤ / ٤.

^٦: في ب: جاز.

والاستحسان لغة: هو عدّ الشّيء واعتقاده حسناً.

اصطلاحاً: هو اسم لدليل من الأدلّة الاربعة (الكتاب والسنة والإجماع والقياس) يعارض القياس الجليّ، ويعمل به إذا كان أقوى منه. سمّوه بذلك لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجليّ، فيكون قياساً مستحسنًا. ر: التعريفات للجرجاني: ص/ ١٨، القاموس الفقهي: ص/ ٨٩.

^٧: وجه الاستحسان: أنّ الولد جزء منها فبقاؤه عند إسقاط الخيار كبقائها، ألا ترى أنّ بعد نفوذ العقد لو ماتت جعل الولد قائماً مقامها في السّعاية على النّجوم، فكذلك قبل تمام العقد بالإجازة إذا ماتت يجعل الولد قائماً مقامها في تنفيذ العقد بالإجازة. وإنّما استحسنّا ذلك لحاجتها ولحاجة ولدها إلى تحصيل العتق عند أداء البدل. المبسوط للسرخسي: ٧٣ / ٨. وانظر: الأصل: ١١١ / ٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَاتَبَ الْمَرِيضُ^١ عَبْدَهُ عَلَى أَلْفِي دِرْهَمٍ^٢، وَقِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ إِمَّا أَنْ يُؤَدِّي ثُلْثِي جَمِيعِ^٣ الْكِتَابَةِ حَالًا، وَإِمَّا أَنْ يُرَدَّ فِي الرَّقِّ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يُؤَدِّي ثُلْثِي الْأَلْفِ حَالَةً، وَلَا يُرَدُّ فِي الرَّقِّ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَيْنَ مَكَاتِبٍ وَحُرٍّ، فَجَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ فِي بَطْنَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ، فَادَّعَى الْحُرُّ الْأَكْبَرَ، وَادَّعَى الْمَكَاتِبُ الْأَصْغَرَ مَعًا، ثَبَتَ نَسَبُ الْأَكْبَرِ مِنَ الْحُرِّ، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الْأَصْغَرِ مِنَ الْمَكَاتِبِ^٥.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَثْبُتُ نَسَبُ الْأَصْغَرِ مِنَ الْمَكَاتِبِ بِالِاسْتِحْسَانِ، وَلَيْسَ فِي الْحَاصِلِ فِي الْمَسْأَلَةِ^٦ [١٠٩ / ب] اخْتِلَافٌ، لِأَنَّ مُحَمَّدًا بَيَّنَّ جَوَابَ الْإِسْتِحْسَانِ، [وَلَمْ يُخَالَفْ]^٧ هَذَا الْقِيَاسَ^٨.

^١: المقصود بالمرضى المريض مرض الموت.

^٢: في ب: ألف درهم. والصواب ما في الأصل. والتقدير ليس بلازم، بل المراد أن بدل الكتابة أكثر من قيمته. حاشية ابن عابدين: ١٠٨/٦.

^٣: في ب: ثلثي مال.

^٤: لهما: أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال، وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع، لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل. الهداية: ١٩٧/٩. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٤٦٢.

^٥: ذكر الناسخ في الأصل بعدها: وفي قول، ثم شطب عليها.

وجه قول محمد: أن للمريض أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها، وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل. الهداية: ١٩٧/٩.

^٦: بدون (ال) التعريف في ب.

^٧: في ب: والدعوة معًا.

^٨: لأنه تبين أنه استولد أم ولد الحر. المبسوط: ٧٦/٨.

^٩: وهو للحر بمنزلة أمه، (أي لا يعتق على المكاتب، لأنه ليس من أهل الإعتاق فيبقى مملوكاً مدعي الأكبر بمنزلة أمه)، لأنه حين وطئها كان نصفها مملوكاً له في الظاهر، وذلك يكفي لثبوت النسب. المبسوط للسرخسي: ٧٦/٨.

^{١٠}: في ب: في هذه المسألة.

^{١١}: ما بين قوسين سقط من ب ثم ألحق بالحاشية.

^{١٢}: ر: المرجع السابق، الأصل: ١٣١/٤.

وَالْإِسْتِحْسَانُ مِثْلُ مَا قَالَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى وَالْعَتَاقِ^١.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ^٢ فِي كِتَابِ الزِّيَادَاتِ^٣: وَإِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَيْنَ مُكَاتَّبَيْنِ فَوَلَدَتْ وَلَدًا فَادَّعِيَاهُ فَهُوَ ابْنُهُمَا^٤،
وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ هُمَا^٥.

^١: فِي الْمَبْسُوطِ لِلْسَّرْحَسِيِّ فِي بَابِ دَعْوَى الْعَتَاقِ: "جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنَيْنِ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا الْأَكْبَرَ، ثُمَّ ادَّعَى الْآخَرَ الْأَصْغَرَ، لَمْ تَحْزِ دَعْوَةُ صَاحِبِ الْأَصْغَرِ، لِأَنَّ الْعُلُوقَ بَهَا حَصَلَ فِي مَلِكَيْهَا، فَحِينَ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْأَكْبَرَ صَارَتِ الْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ مِنْ حِينَ عُلِقَتْ بِالْأَكْبَرِ، ثُمَّ الْأَصْغَرَ وَلَدَ أُمُّ وَلَدِهِ وَالشَّرِيكَ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ، وَمَنْ ادَّعَى وَلَدَ أُمِّ وَلَدٍ الْغَيْرِ لَمْ تَصَحَّ دَعْوَتُهُ". ثُمَّ قَالَ: "وَلَكِنَّهُ اسْتَحْسَنَ فَقَالَ: بَيِّنَةُ الْأَصْغَرِ مِنْ مَدَّعِي الْأَصْغَرِ، لِأَنَّ وَقْتُ الدَّعْوَةِ كَانَ الْأَصْغَرُ مَشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فِي الظَّاهِرِ مُحْتَاجًا إِلَى النَّسَبِ، وَكَذَلِكَ الْجَارِيَةُ حِينَ عُلِقَتْ بِالْأَصْغَرِ كَانَتْ مَشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِي الظَّاهِرِ، فَبَعْدَ أَنْ كَانَتْ أُمُّ وَلَدٍ مَدَّعِي الْأَكْبَرِ صَارَ مَدَّعِي الْأَصْغَرِ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْرُورِ، وَوَلَدَ الْمَغْرُورَ حَرًّا بِالْقِيَمَةِ، فَكَانَ جَمِيعُ قِيَمَةِ الْأَصْغَرِ لِمَدَّعِي الْأَكْبَرِ". الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧٣/١٧ - ١٧٤.

^٢: فِي ب: وَقَالَ.

^٣: الزِّيَادَاتُ لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ ت (١٨٩ هـ) غَيْرُ مَطْبُوعٍ، وَإِنَّمَا سَمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ كَانَ يَخْتَلِفُ إِلَى أَبِي يُوسُفَ وَكَانَ يَكْتُبُ مِنْ أُمَالِيهِ، فَجَرَى عَلَى لِسَانِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ مُحَمَّدًا يَشُقُّ عَلَيْهِ تَخْرِيجُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ، فَبَلَغَهُ فَبَنَاهُ مَفْرَعًا عَلَى كُلِّ مَسْأَلَةٍ بَابًا، وَسَمَّاهُ "الزِّيَادَاتِ" أَيُّ زِيَادَةٍ عَلَى مَا أَمْلَاهُ أَبُو يُوسُفَ، وَقِيلَ: إِنَّمَا سَمِّيَ بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا فُرِغَ مِنْ تَصْنِيفِ الْجَامِعِ الْكَبِيرِ تَذَكَّرَ فُرُوعًا لَمْ يَذْكُرْهَا فِيهِ فَصَنَّفَهَا. وَقِيلَ غَيْرُ ذَلِكَ. ر: كَشَفُ الظُّنُونِ: ٩٦٢/٢.

^٤: فِي ب: إِذَا.

^٥: فِي ب: فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ.

^٦: زِيَادَةٌ فِي ب: جَمِيعًا.

^٧: أَمَّا ثُبُوتُ النَّسَبِ: فَلَأَنَّ الْمَكَاتِبَ فِي كَسْبِهِ حَقُّ الْمَلِكِ، وَإِنَّهُ يَكْفِي لِإثْبَاتِ النَّسَبِ كَحَقِيقَةِ الْمَلِكِ.

وَأَمَّا ثُبُوتُهُ مِنْهَا: فَلْتَسَاوِيهِمَا فِي سَبَبِ اسْتِحْقَاقِ النَّسَبِ. وَيَصِيرُ الْوَلَدُ مَكَاتِبًا مَعَهَا دَاخِلًا فِي كِتَابَتِهَا، لِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ، وَالْمَوْلُودُ فِي حَالِ الْكِتَابَةِ يَكُونُ مَكَاتِبًا تَبَعًا. الْمَحِيطُ الْبَرْهَانِي: ١٣٤/٤.

^٨: أَيُّ يَمْتَنِعُ بَيْعُهَا كَمَا يَمْتَنِعُ بَيْعُ أُمِّ وَلَدٍ الْحَرِّ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ الْحَرِّيَّةَ كَأُمِّ وَلَدٍ الْحَرِّ، لِأَنَّ الْمَكَاتِبَ لَا يَمْلِكُ إِجْبَابَ حَقِّ الْحَرِّيَّةِ فِي أَكْسَابِهِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

فَإِنْ أَدَّى أَحَدُهُمَا فَعَتَقَ^١ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَعْتِقُ نِصْفُ الْوَلَدِ الَّذِي هُوَ تَبَعٌ لَهُ^٢، وَنِصْفُ الْآخَرِ مُكَاتَبٌ عَلَى حَالِهِ^٣، وَكَذَلِكَ أُمُّ الْوَلَدِ^٤.

وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي الْوَلَدِ وَالْأُمِّ^٥، وَلَا سَعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ، مَا لَمْ يَعْجَزِ الْآخَرُ، فَإِذَا عَجَزَ الْآخَرُ صَارَ عَبْدًا الْمُوَالَاةِ، وَكَذَلِكَ نِصْفُ الْوَلَدِ تَبَعٌ لَهُ^٦، فَحِينَئِذٍ يَسْعَى الْوَلَدُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ لِلْمَوْلَى^٧، وَالْأُمُّ تَكُونُ أُمًّا وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ^٨، وَيُضْمَنُ نِصْفَ قِيَمَتِهَا لِلْمَوْلَى الْآخَرِ^٩.

^١ : لوجود شرط العتق في حقه، وهو الأداء. ر: المرجع السابق.

^٢ : في ب: ففي.

^٣ : لأنه داخل في كتابته. ر: المرجع السابق.

^٤ : لأن عند أبي حنيفة الإعتاق متجزئ. المرجع السابق.

^٥ : فنصيب الذي عتق منها أم ولده للذي عتق بمنزلة أم ولد الحر، لأنه تحقق ملكه فيها، فتحققت أمية الولد في نصيبه، ونصيب الآخر بقي على حاله بمنزلة أم ولد المكاتب. المرجع السابق.

^٦ : سقطت الواو من ب.

^٧ : وذلك لأن العتق عند الأداء يقع من جهة المولى لا من جهة المكاتب، ولهذا كان الولاء للمولى، فلا يمكن إيجاب الضمان على المكاتب بسبب عتق يثبت من جهة المولى. المرجع السابق.

^٨ : في ب: وإذا.

^٩ : بزيادة كلمة "هو" في ب.

^{١٠} : أي لمولى العاجز. ويسعى لأنه إلى الأيتام بها كان لا يسعى، لأنه لو سعى سعى لابنه فتعذر إيجاب السعاية للأب، أما هاهنا لو سعى لمولى الأب، ومولى الأب يستحق السعاية عليه وقد احتبس عنده ملكه، لأن بانفساخ كتابة الأب انفسخت الكتابة في حقه تبعاً، فكان هذا النصف حق المولى بعد العجز، وقد احتبس عند الولد حكماً بعتق نصيب المؤدي، وتضمن المؤدي متعذر، فتجب السعاية على الولد رعاية لحق المولى وصيانة للملكه. ر: المرجع السابق/ ١٣٥ - ١٣٦.

^{١١} : لزوال المانع من تكميل الاستيلاء. ر: المرجع السابق.

^{١٢} : في ب: لمولى الآخر. وهو الصواب. والمقصود به مولى العاجز.

فَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِذَا أَدَّى أَحَدُهُمَا عَتَقَ، وَعَتَقَ الْوَلَدُ كُلَّهُ بِعَتَقِهِ^١، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَا سِعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ مَا دَامَ الْآخَرُ مُكَاتَبًا، فَإِذَا عَجَزَ الْآخَرُ فَحِينَئِذٍ يَسْعَى الْآخَرُ فِي نِصْفِ قِيمَتِهِ.

وَأَمَّا الْجَارِيَةُ: فَإِنَّ الَّذِي عَتَقَ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا حِينَ عَتَقَ بِأَدَاءِ الْكِتَابَةِ، فَهَذَا^٢ إِذَا عَتَقَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا، فَإِنْ لَمْ يَعْتَقِ أَحَدُهُمَا، وَلَكِنْ^٣ عَجَزَ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا، فَإِنَّ الَّذِي بَقِيَ عَلَى الْكِتَابَةِ يَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ فِي الْحَالِ، وَالْوَلَدُ عَلَى حَالِهِ: نِصْفُهُ مَمْلُوكٌ وَنِصْفُهُ مُكَاتَبٌ^٤، فَإِذَا عَجَزَ الْآخَرُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ^٥، وَإِذَا عَتَقَ

^١: في ب: وأما في قولهما.

^٢: في الأصل بعد هذا: عتق، ثم شطب عليها النَّاسِخ.

^٣: لأنَّ الإعتاق لا يتجزأ عندهما، وقد مرَّ.

^٤: لما مرَّ، وصارت الجارية كلها أمَّ ولد للذي عتق. المحيط البرهاني: ١٣٧/٤.

^٥: في ب: وإذا.

^٦: في ب: يسعى الولد للمولى الآخر. وهو الصحيح لما مرَّ.

^٧: في ب: وهذا.

^٨: في ب: ولكنه.

^٩: في ب: نصف، في الموضعين.

^{١٠}: وهذا عند أبي حنيفة، لأنَّ الكتابة عنده متجزئة، وقد مرَّ. أمَّا عند صاحبيه: فهو مكاتب مع الذي لم يعجز، لأنَّه لما عجز أحدهما انفسخت الكتابة في حقه فانفسخت في نصيبه من الولد، ونصيب المكاتب في الولد مكاتب، والكتابة عندهما غير متجزئة، فيصير الولد مكاتبًا مع الذي لم يعجز. أمَّا أمَّ الولد فتصير على قياس قول الصَّاحِبِينَ أمَّ ولد للذي لم يعجز، إذ لا مانع من تكميل الاستيلاد. وعلى قياس قول أبي حنيفة روايتان: تصير كلها أمَّ ولد للذي لم يعجز، لزوال المانع من تكميل الاستيلاد، أو تصير نصفها مملوكة ونصفها أمَّ ولد للمكاتب. ر: المحيط البرهاني: ١٣٦/٤ - ١٣٧.

^{١١}: في ب: وإذا عجز الآخر لم يجب شيء.

الْآخِرُ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَتَقَ نَصِيبُهُ وَسَعَى^١ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَى^٢ الَّذِي لَمْ يَعْتِقْ. وَقَالَ^٣: يَضْمَنُ
الْمُكَاتَبُ نِصْفَ قِيَمَةِ الْأُمِّ وَنِصْفَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ حِينَ عَجَزَ الْأَوَّلُ^٤.

^١: في ب: ويسعى.

^٢: في ب: للمولى.

^٣: في ب: وأما في قول أبي يوسف ومحمد.

^٤: لأنه لما صار الولد كله مكاتباً مع الذي لم يعجز صار مستهلكاً نصيب الآخر. وضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار.

المحيط البرهاني: ١٣٦/٤ - ١٣٧.

كِتَابُ الْوَلَاءِ^١

^١: الولاء: بفتح الواو، مصدر من ولي يلي ولياً، و المولى مولى الموالاته: وهو الذي يسلم على يدك ويواليك، و المولى مولى النعمة وهو المعتق أنعم على عبده بعته، و المولى المعتق، لأنه ينزل منزلة ابن العم يجب عليك أن تنصره وترثه إن مات ولا وارث له. وهو رابطة بين شخصين كرابطة النسب تعود أسبابها إلى سببين:

(١) اليد (الإحسان)، ومن ذلك العتق، ويسمى المعتق (بفتح التاء) مولى العتاقة، حيث يثبت للمعتق (بكسر التاء) الولاء على العبد الذي أعتقه، ومن ذلك: الاسلام عند البعض.

(٢) العقد، حيث يقول شخص لآخر: أنت وليي ترثني إذا متّ وتعقل عني إذا جنيت.

ودليل مشروعيته السنة وإجماع الأمة والمقول.

أمّا السنة فقول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق» [جزء من حديث أخرجه البخاري في الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، رقم (٤٥٦)، ومسلم في العتق، باب إننا الولاء لمن أعتق رقم (١٥٠٤) وغيرهما] وهذا نصّ، وروي «أن رجلاً اشترى عبداً فأعتقه فجاء به إلى رسول الله ﷺ فقال: "يا رسول الله، إني اشتريت هذا فأعتقته" فقال ﷺ: "هو أخوك ومولاك، فإن شكرك فهو خير له وشّر لك، وإن كفرك فهو خير لك وشّر له، وإن مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصيته" [أخرجه قريباً من هذا اللفظ الدارمي في سننه، كتاب الفرائض، باب الولاء (٣٠٥٥). قال محقق سنن الدارمي: إسناده ضعيف].

وأمّا الإجماع: فإنّ الأمة أجمعت على ثبوت هذا الولاء.

وأمّا المقول فمن وجوه: أحدها: أنّ الإعتاق إنعام، إذ المعتق أنعم على المعتق بإيصاله إلى شرف الحرّية، ولهذا سمّي المولى الأسفل "مولى النعمة" في عرف الشرع، وكذا سمّاه الله تعالى إنعاماً، فقال عزّ وجلّ في زيد مولى رسول الله ﷺ: ﴿وَإِذْ يَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] قيل في التفسير: أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعمت عليه بالإعتاق، فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكراً لإنعامه السابق، ولهذا لا يرث المعتق من المعتق.

الثاني: أنّ المعتق في نصرته المعتق حال حياته، ولهذا كان عقله عليه، وعليه أن ينصره بدفع الظلم عنه وبكفّه عن الظلم على غيره، فإذا جنى فقد قصر في أحد نوعي النصرة، وهو كفّه عن الظلم على غيره فجعل عليه ضماناً للتقصير، فإذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة.

الثالث: أنّ الإعتاق كالإيلاد من حيث المعنى، لأنّ كلّ واحد منهما إحياء معنى، فإنّ المعتق سبب حياة المعتق باكتساب سبب الأهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الآدمي عن البهائم، كما أنّ الأب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة، وهو الإيلاد، ثمّ الإيلاد سبب لثبوت النسب، فالإعتاق يكون سبباً لثبوت الولاء كالإيلاد، وهذا معنى قول النبي ﷺ: «الولاء لحمه كلحمه النسب» [الحديث روي عن ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: "الولاء لحمه كلحمه النسب" أخرجه الشافعي (٧٢/٢-٧٣)، ومن طريقه الحاكم (٣٧٩/٤)، وأخرجه الدارمي (٣٢٠٣) من طريق آخر وزاد في المتن: "لا يباع ولا يوهب" قال الدارمي محققه: "رجاله ثقات، ولكن جعفر بن عون ما عرفنا له سماعاً قديماً من سعيد بن أبي عروبة" وقال ابن حجر في الفتح: "والمحفوظ في هذا ما أخرجه عبد الرزاق (١٦١٤٩) عن الثوري عن داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيّب موقوفاً عليه: «الولاء لحمه كلحمه النسب»]=

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً أَعْتَقَتْ عَبْدًا ثُمَّ مَاتَتْ وَتَرَكَتْ أَبًا وَابْنًا، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْمِيرَاثَ كُلَّهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لِلْأَبِ السُّدُسُ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْابْنِ^١، وَهُوَ قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ^٢.

= ر: لسان العرب: ١٥/٤٠٥، معجم لغة الفقهاء: ص/٥٠٩، بدائع الصنائع: ١٥٩/٤.

^١: هذا القول الذي رجع إليه، وإلا فإن قوله الأول مع أبي حنيفة ومحمد. ر: العناية شرح الهداية: ٩/٢٣٢.

^٢: وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أن الأبوة تُستحق بها العسوبة كالبنوة، ألا ترى أن الأب عسبة عند عدم الابن، واستحقاق الميراث بالولاء ينبني على العسوبة، ووجود الابن لا يكون موجباً حرمان الأب أصلاً عن الميراث، ألا ترى أنه لم يصر محروماً عن ميراثها بهذا، فكذا عن ميراث معتقها، فالأحسن أن يجعل ميراث المعتق بينها كميراثها لو ماتت الآن، فيكون للأب السدس والباقي للابن، وهذا لأن كل واحد منهما ذكّر في نفسه ويتصل بها بغير واسطة، فلا يجوز أن يكون أحدهما محجوباً بالآخر، فهذا شبه الاستحسان من أبي يوسف رحمه الله تعالى. فأما القياس ما قاله أبو حنيفة ومحمد -رحمهما الله تعالى- لأن أقرب عسبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق، والابن هو العسبة دون الأب، واستحقاق الأب السدس منها بالفريضة دون العسوبة، فهو كاستحقاق البنت نصف ما لها بالفريضة مع الأب، وذلك لا يكون سبباً لمزاحمتها مع الأب في ميراث معتقها فكذا هنا. ر:

المبسوط للشيخ: ٤/١٦٣، المبسوط للشيخ: ٨/٨٥-٨٦، وانظر العناية شرح الهداية: ٩/٢٣٢.

والذي يترجح لدي الأخذ بالاستحسان لوضوح دليله، ولأن لا يحرم الأب من الميراث بالشبهة.

^٣: إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي، البجلي ثم الكوفي، وكان بصيراً بعلم ابن مسعود، واسع الرواية، فقيه النفس، كبير الشأن، وكان مفتي أهل الكوفة هو والشعبي في زمانهما. رأى عائشة رضي الله عنها وهو صبي. قال فيه الصلاح الصفدي: فقيه العراق، كان إماماً مجتهداً له مذهب. ولما بلغ الشعبي موته قال: والله ما ترك بعده مثله. ولد سنة خمسين وتوفي أول سنة ست وتسعين. ر:

الطبقات الكبرى: ٦/٢٧٠ وما بعدها، الأعلام للزركلي: ١/٨٠، سير أعلام النبلاء: ٤/٥٢٠ وما بعدها.

مَسْأَلَةٌ: [١١٠ / أ] وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَى يَدَيِ رَجُلٍ وَوَالَتَهُ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا، فَإِنَّ الْوَلَدَ مَوْلَى لِمَوَالِيهَا فِي قِيَاسٍ^١ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، [وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ وَلَدَتْ قَبْلَ ذَلِكَ^٢ فَالْوَلَدُ مُسْلِمٌ بِإِسْلَامِهَا، مَوْلَى لِمَوَالِيهَا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ].

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَحُمَيْدٍ: لَا يَكُونُ الْوَلَدُ مَوْلَى لِمَوَالِي الْأُمِّ، وَلَا يَنْفُذُ عَقْدُ الْأُمِّ عَلَيْهِمْ فِي ذَلِكَ^٣.

^١: سقط من ب كلمة: قياس

^٢: منهم من جعل هذه المسألة قياس ولاية التزويج، أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثبت ذلك للأم على ولدها الصغير حتى يصح عقدها، ولا يتعلق به صفة اللزوم حتى يثبت للولد خيار البلوغ، فكذلك يصح هذا العقد منها في حق الولد، لأنه لا يتعلق به صفة اللزوم بنفسه. وعندهما ليس للأم ولاية التزويج، مع اختلاف في الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى هناك، وكذلك ولاء الموالاة. والأظهر أن هذه مسألة على حدة. المبسوط للسرخسي: ٩٤ / ٨.

^٣: أي ولدت قبل إسلامها، سواء كان أبوهم عبداً أو حراً، فإن أسلم أبوهم ووالى رجلاً أو أعتق، فإن كان عبداً فأعتق فإنه يجرى ولاء الولد إليه. ر: المبسوط للشيباني: ١٩٢ / ٤.

^٤: سقطت عبارة: [وكذلك لو كانت ولدت قبل ذلك، فالولد مسلم بإسلامها، مولى لمواليها في قول أبي حنيفة] من ب. وإثباتها كما في الأصل صواب.

أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: ولاء الموالاة إما أن يعتبر بالإسلام من حيث أنه يترتب عليه عادة، أو بولاء العتاقة، فإن اعتبر بالإسلام فالولد الصغير يتبع أمه في الإسلام فكذا في هذا الولاء، وإن اعتبر بولاء العتاقة فالولد يتبع أمه فيه إذا لم يكن له ولاء من جانب أبيه، وهذا لأنه يتمخض منفعة في حق هذا الولد، لأنه ما دام حياً فمولاه يقوم بنصرته ويعقل جنايته، وإذا بلغ قبل أن يعقل جنايته كان له أن يتحول عنه إن شاء فعرفنا أنه منفعة محضة في حقه فيصح من الأم، كقبول الهبة والصدقة، بخلاف عقد الكتابة، فإن فيه إلزام الدين في ذمته ولا يتمخض منفعة في حقه. المبسوط للسرخسي: ٩٤ / ٨.

^٥: في ب: وفي قول صاحبيه.

^٦: في ب: ولا تعقد الأم عليهم ذلك. وفي المبسوط للشيباني: ولا تعقل الأم عليهم ذلك.

وجه قولها: أن حكم الولاء يثبت بعقد فيستدعي الإيجاب والقبول ويتردد بين المنفعة والمضرة، والولد بعد الانفصال لا يكون تبعاً للأم في مثل هذا العقد، ولا يكون لها عليه ولاية المباشرة لهذا العقد كعقد الكتابة. المبسوط (الأصل): ١٩٢ / ٤، المبسوط للسرخسي: ٩٤ / ٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّ أَبَاهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ هَذَا فِي مَرَضِهِ^١ أَوْ فِي صِحَّتِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ عَتَقَ،
وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ^٢ فِي الْقِيَاسِ^٣.

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: يَكُونُ وَلَاؤُهُ لِلْأَبِ^٤.

وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ وَكَذَّبَهُ فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ^٥، وَنِصْفُ الْوَلَاءِ لِلَّذِي اسْتَسْعَاهُ^٦، وَنِصْفُهُ لِلْمَيِّتِ فِي
قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٧.

^١: فِي ب: مَرَضٌ.

^٢: أَيْ حَتَّى يَرْجِعَ أَحَدُهُمَا إِلَى تَصْدِيقِ صَاحِبِهِ كَمَا سَيَأْتِي.

^٣: لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِهَا لَا يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُلْزَمَ وِلَاءَهُ أَبَاهُ بِإِنْشَاءِ الْعَتَقِ فَلَا يَصْدُقُ فِي الْإِقْرَارِ بِهِ لِكُونِهِ مَتَّهَمًا فِي حَقِّ أَبِيهِ، وَلِأَنَّ
الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ، وَيُاقَرَّرُ الْوَارِثُ إِذَا كَانَ وَاحِدًا لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ عَنْ أَبِيهِ، فَكَذَلِكَ لَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ لَهُ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١١/٨ -
١١٢.

^٤: فِي ب: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ وَلَاؤُهُ لِلْأَبِ.

قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: إِذَا كَانَ عَصَبَتُهَا وَاحِدًا وَقَوْمُهَا مِنْ حَيٍّ وَاحِدٍ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ أَثَرُ الْمَلِكِ، وَإِقْرَارُهُ فِي أَصْلِ الْمَلِكِ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ
كَإِقْرَارِ الْأَبِ لَهُ فِي حَيَاتِهِ فَكَذَلِكَ فِي أَثَرِهِ، ثُمَّ الْإِرْثُ بِحُكْمِ ذَلِكَ الْوَلَاءِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلْأَبْنِ الْمَقَرَّرِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ بِنَفْسِهِ، وَعَقْدُ الْجَنَائَةِ يَكُونُ
عَلَى قَوْمِهِ، فَإِذَا كَانَ مِنْ حَيٍّ وَاحِدٍ فَهُوَ غَيْرُ مَتَّهَمٍ فِي حَقِّ قَوْمِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ أَنْشَأَ عَتَقَهُ بِنَفْسِهِ يُلْزَمُهُمْ عَقْلُ جَنَائَتِهِ فَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ بِهِ عَلَى
أَبِيهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٢/٨.

^٥: فِي ب: فَكَذَّبَهُ.

^٦: لِأَنَّ نِصْفَ الْعَبْدِ مَمْلُوكٌ، وَهُوَ يَزْعُمُ أَنَّ صَاحِبَهُ قَدْ أَفْسَدَهُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ كَاذِبًا، وَلَمْ يَصِرْ بِذَلِكَ ضَامِنًا، كَمَا لَوْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ
بِالْعَتَقِ، بَلْ احْتَبَسَ نَصِيبُهُ عِنْدَ الْعَبْدِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٢/٨.

^٧: فِي ب: اسْتَسْعَى.

^٨: لِأَنَّهُ يَدَّعِيهِ وَيَزْعُمُ أَنَّهُ عَتَقَ عَلَى مَلِكِهِ بِأَدَاءِ السَّعَايَةِ، وَوَلَاءُ النَّصْفِ الْآخَرِ لِلْمَيِّتِ، لِأَنَّ الْوَلَدَ الْمَقَرَّرَ يَزْعُمُ أَنَّ وِلَاءَ الْكُلِّ لِلْمَيِّتِ،
وَإِقْرَارُهُ صَحِيحٌ فِيهَا هُوَ مِنْ حَقِّهِ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ غَيْرُهُ، وَلِهَذَا جَعَلْنَا وِلَاءَهُ حَصَّتَهُ لِلْمَيِّتِ إِذَا كَانَ قَوْمُهَا وَاحِدًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ:
١١٢/٨.

وفي قول صاحبه نصف الولاء للذي استسعه موقوف^١، ونصف الولاء للميت^٢.

مسألة: ولو أن حربياً أعتق عبداً حربياً في دار الحرب لا يعتق^٣ إلا أن يُحلي سبيله، فإن خلى سبيله عتق، ولا ولاؤه له في قولهما، وله أن يوالي من شاء^٤.

وفي قول أبي يوسف ولاؤه له، وليس له أن يوالي أحداً^٥.

^١: لأن عندهما العتق لا يتجزى، فالذي استسعه يتبرأ من الولاء ويقول: إنها عتق هذا النصف بإقرار شريكي، لأن إقراره كالعتق، فالولاء في الكل له، والمقر يزعم أنه ليس له بل هو للميت فيتعارض قولهما في نصيب الذي استسعه فيبقى موقوفاً حتى يرجع أحدهما إلى تصديق صاحبه. المبسوط للسرخسي: ١١٢/٨. وانظر المسألة في الأصل: ٢٤٣/٤.

^٢: في ب: ونصف الولاء للميت، ونصف الولاء للذي استسعه موقوف.

^٣: في ب: ولو أن حربياً في دار الحرب أعتق عبداً حربياً لم يعتق.

^٤: لأن العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الإعتاق بدون التخلية، لأن يده عليه تكون قائمة حقيقة، وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية، حتى إن العبد إذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه، وإذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق. بدائع الصنائع: ٥٧/٤.

^٥: في ب: وإذا.

^٦: في ب: وولاؤه له في قول أبي حنيفة ومحمد.

وجه قولها: أنه لم يعتق بإعتاقه، إنها عتق بخروجه إلى دار الإسلام، والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء، لأنها لا تزيل الرق وإن أزال الملك. ر: المرجع السابق، حاشية ابن عابدين: ١٢٣/٦.

^٧: لأنه عتق بإعتاق مولاه له.

والخلاف ليس فقط في الولاء، إنما الخلاف أيضاً في العتق حيث قالوا: أن الحربي إذا دخل إلى دار الإسلام ومعه ممالك فقال: "هم مدبرون" أنه لا يقبل قوله، وإن قال: "هم أولادي" أو "هن أمهات أولادي" قبل قوله، فهذا يدل على أن التدبير لا يثبت في دار الحرب. بدائع الصنائع: ٥٧/٤.

وَلَوْ أَنَّ مُسْلِمًا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ وَاشْتَرَى عَبْدًا فِي دَارِ الْحَرْبِ^١ وَأَعْتَقَهُ، عَتَقَ بِالْقَوْلِ فِي الْاِسْتِحْسَانِ^٢، وَلَا وَلَاؤُهُ لَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَلَاؤُهُ لَهُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي رِوَايَةِ سَيْرِ الْكَبِيرِ^٤. وَفَرَّقَ بَيْنَ الْحَرْبِيِّ وَالْمُسْلِمِ.

^١ : في ب: واشترى عبداً من أهل الحرب.

ولعل الصواب: واشترى عبداً في دار الحرب من أهل الحرب.

لأن كون العبد من أهل الحرب صواب ذكره هنا، لأنه سيذكر بعد قليل كون العبد مسلماً. ر: الدر المختار: ١٢٣/٦، البحر الرائق: ١١٨/٨.

^٢ : في القياس لا يعتق بدون التخلية، لأنه في دار الحرب ولا تجري عليه أحكام الإسلام، وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين. حاشية ابن عابدين: ٦٥٠/٣.

^٣ : في ب: عتق العبد في الاستحسان، وولاؤه له في قول أبي حنيفة. وما في الأصل هو الصواب. ر: البحر الرائق: ١١٨/٨، حاشية ابن عابدين: ١٢٤/٦.

^٤ : وقول أبي حنيفة هو القياس، وقولهما هو الاستحسان. ر: المرجع السابق.

^٥ : السير الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني، وشرحه شمس الأئمة: محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٨٣ هـ في جزأين ضخمين، أملاه مجوساً وأتمه في آخر المحنة بمرغينان في جمادى الأولى سنة ٤٨٠. طبع بحيدر أباد، ونشره صلاح الدين المنجد في ثلاثة أجزاء. وكذلك الكتاب مطبوع بتحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ونشرته دار الكتب العلمية في خمسة أجزاء. ر: كشف الظنون: ١٠١٤/٢، تاريخ التراث العربي: ٧٣/٣.

قال في السير الكبير وشرحه: "ولو أعتق المسلم المستأمن فيهم عبداً حربياً فهو حر لا سبيل عليه، لأن المسلم لا يكون مسترقاً لمعتقه، وهذا بناء على قول محمد رحمه الله تعالى، فأما عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كما لا ينفذ العتق من الحربي في عبده الحربي لا ينفذ من المسلم، لأنه يعتبر جانب المعتق ويقول: هو عرضة للتملك بالقهر في الوجهين فلا ينفذ فيه العتق". ثم قال: "وإن أسلم أهل الدار فولأؤه لمولاه في قول محمد رحمه الله تعالى لأن العتق كان نافذاً فيه عنده، والولاء لمن أعتق، ثم يتأكد حكم ذلك الولاء بإسلامهم فلا يكون له أن يوالي أحداً.

وأما على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه كان عتق مولاه إياه باطلاً، فإنها أعتق حين أسلم أهل الدار فله أن يوالي من أحب". السير الكبير: ٢٠٦-٢٠٧.

^٦ : في ب: وفرق محمد بين المسلم والحربي.

وحاصله أن الحربي إذا أسلم في دار الحرب أو بقي حربياً لو ملك أو عتق قريه ثمة لا يعتق ولا ولاء له، وأما المسلم الأصلي إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة فلا استحسان أنه يعتق بدون التخلية وله الولاء. حاشية ابن عابدين: ٦٥٠/٣.

وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا فَأَعْتَقَهُ مُسْلِمٌ أَوْ حَرَبِيٌّ فِي دَارِ الْحَرْبِ أَوْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَلَاؤُهُ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ، فَبَاعَهُ مِنْ حَرَبِيٍّ أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ، صَارَ حُرًّا فِي قَوْلِ أَبِي

حَنِيفَةَ^١. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَحُمَيْدٍ لَا يَعْتَقُ إِلَّا أَنْ يُخْرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ^٢.

وَلَوْ أَنَّ أُمَّةً اشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ بَنِي أَسَدٍ فَأَعْتَقَهَا^٣، ثُمَّ إِنَّمَا أَعْتَقَتْ عَبْدًا، ثُمَّ ارْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ

فَسَيِّئَتْ، فَاشْتَرَاهَا رَجُلٌ مِنْ هَمْدَانَ^٤ وَأَعْتَقَهَا^٥، ثُمَّ إِنَّ الْعَبْدَ الْمُعْتَقَ جَنَى جِنَايَةً، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ

الْأَوَّلِ [١١٠/ب]: عَقَلَهُ عَلَى بَنِي أَسَدٍ وَلَا يَتَحَوَّلُ أَبَدًا، وَمِيرَاثُهُ لِلْمَرْأَةِ^٦.

^١: فِي ب: فَوَلَاؤُهُ لَهُ بِالِاتِّفَاقِ.

لَأَنَّ إِعْتَاقَهُ جَائِزٌ بِالْإِجْمَاعِ. بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ: ٤/١٦١، وَانْظُرْ: الدَّرُ الْمُخْتَارُ: ٦/١٢٣.

^٢: سَقَطَ مِنْ ب: مِنْ.

^٣: فِي ب: عِنْدَ.

^٤: بِمَجَرَّدِ الْبَيْعِ لَا يَعْتَقُ، وَلَكِنْ إِذَا قَبِضَهُ الْمُشْتَرِي فَحِينَئِذٍ يَعْتَقُ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ خُرُوجَهُ مِنْ يَدِهِ لِيَعْتَقَ، وَإِنَّمَا يَتِمُّ ذَلِكَ بِالتَّسْلِيمِ لَا بِالْعَقْدِ، فَإِنَّ الْعَقْدَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ حَكْمِيٌّ، وَدَارُ الْحَرْبِ لَيْسَتْ بِدَارِ أَحْكَامِ كَدَارِ الْإِسْلَامِ. ثُمَّ هُنَا أُشِيرُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي مُسْلِمًا أَوْ ذَمِيًّا وَبَيْنَ مَا إِذَا كَانَ حَرَبِيًّا فَقَالَ: الْمُسْلِمُ وَالذَّمِيُّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، فَإِذَا أَصَابَ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ فِي يَدِهِ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا فَكَأَنَّهُ خَرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَيَكُونُ حُرًّا بِمَنْزِلَةِ الْمُرَاغَمِ، وَإِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي حَرَبِيًّا فَلَوْ لَمْ يَصِرْ فِي يَدِهِ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ فَلَا يَعْتَقُ. وَأَمَّا عَلَى رِوَايَةِ السَّيْرِ الصَّغِيرِ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ مَتَى زَالَ عَنْ مَلِكٍ مَوْلَاهُ الْحَرَبِيُّ يَزُولُ إِلَى الْحَرِّيَّةِ، وَقَدْ تَمَّ زَوَالُهُ عَنْ مَلِكِهِ بِالْبَيْعِ وَالتَّسْلِيمِ فِي الْفَصْلَيْنِ. وَالْأَصَحُّ مَا ذَكَرْهُ هَاهُنَا، لِأَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ حَرَبِيًّا فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ، وَقَدْ كَانَ هُوَ مَمْلُوكًا فِي مَلِكِ الْبَائِعِ فَكَذَلِكَ فِي مَلِكِ الْمُشْتَرِي. شَرْحُ السَّيْرِ الْكَبِيرِ: ٥/٢٠٣.

^٥: لِأَنَّ الْمُشْتَرِي يَخْلَفُ الْبَائِعَ فِي مَلِكِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ٨/١١٧.

^٦: فِي ب: وَعِنْدَهُمَا لَا يَعْتَقُ إِلَّا أَنْ يُخْرَجَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ يَظْهَرَ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ يَدَهُ فِي نَفْسِهِ أَقْرَبُ مِنْ أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ إِلَيْهِ فَيَصِيرُ مُحْرَرًا نَفْسَهُ بِمَنْعَةِ الْجَيْشِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٧: فِي ب: وَأَعْتَقَهَا.

^٨: تَمَّ ضَبْطُهَا وَفَقًّا لِقُلَاثِدِ الْجَمَانِ فِي التَّعْرِيفِ بِقَبَائِلِ عَرَبِ الرِّمَانِ، الْقَلْقَشْنَدِيِّ: ص/٥٤.

^٩: فِي ب: فَأَعْتَقَهَا.

^{١٠}: أَيِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ. وَجِهَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ: أَنَّهُ قَبْلَ رَدِّهَا كَانَ عَقْلُ جِنَايَةِ هَذَا الْمُعْتَقِ عَلَى بَنِي أَسَدٍ بِاعْتِبَارِ نِسْبَةِ الْمُعْتَقَةِ إِلَيْهِمْ، وَذَلِكَ بَاقٍ بَعْدَ السَّبْيِ، فَإِنَّ النَّسَبَ لَا يَنْقَطِعُ بِالسَّبْيِ، وَبَعْدَ مَا عَتَقْتَ هِيَ مَنْسُوبَةٌ إِلَيْهِمْ بِالنَّسَبِ أَيْضًا فَكَانَ عَقْلُ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِمْ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ بَعْدَ السَّبْيِ قَبْلَ الْعَتَقِ كَانَ الْحُكْمُ هَكَذَا فَلَا يَزِيدُ بِالْعَتَقِ إِلَّا وَكَادَةَ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ٨/١١٧.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ عَقْلُهُ عَلَى بَنِي هَمْدَانَ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ فِي يَدِهَا وَلَدٌ لَا يُعْرِفُ أَبُوهُ، فَأَقْرَتْ أَنَّهَا مَوْلَاةٌ عِتَاقَةٌ لِرَجُلٍ^٢ وَصَدَّقَهَا الْمَوْلَى، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ إِقْرَارُهَا عَلَى نَفْسِهَا وَعَلَى وَلَدِهَا^٣.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِقْرَارُهَا عَلَى نَفْسِهَا جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى وَلَدِهَا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَيْضًا. وَهَذَا فَرَعُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي سَبَقَتْ: أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا وَالتَ رَجُلًا وَلَهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقْرَ الرَّجُلُ أَنَّهُ مَوْلَى لِمَرْأَةٍ أَعْتَقَتْهُ، فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: "مَا أَعْتَقْتُكَ، وَلَكِنَّكَ أَسْلَمْتَ عَلَى يَدِي وَوَالَيْتَنِي" فَهُوَ مَوْلَاهَا^٥، فَإِنْ أَرَادَ التَّحْوِيلَ^٦ عَنْهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِهَا^٧.

^١: لِأَنَّ الْمَعْتَقَةَ لَمَّا سَبَّيْتُ فَأُعْتِقَتْ صَارَتْ مَنْسُوبَةً بِالْوَلَاءِ إِلَى قَبِيلَةِ مَعْتِقِهَا، فَكَذَلِكَ مَعْتَقُهَا يَكُونُ مَنْسُوبًا إِلَيْهِمْ بِوِاسْطَتِهَا، وَهَذَا لِأَنَّ وِلَاءَ الْعَتَقِ فِي الْحُكْمِ أَقْوَى مِنَ النَّسَبِ، أَلَا تَرَى أَنَّ عَقْلَ جَنَائِبَتِهَا يَكُونُ عَلَى قَوْمِ مَعْتِقِهَا. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ. وَانْظُرْ: الْأَصْلُ: ٢٧٠ / ٤.

^٢: فِي ب: وَإِذَا كَانَ فِي يَدِ الْمَرْأَةِ وَلَدٌ.

^٣: فِي ب: فَأَقْرَتْ أَنَّهَا مَوْلَاةٌ لِرَجُلٍ مَوْلَى عِتَاقَةٍ.

^٤: لِأَنَّهَا عِنْدَهُ تَمْلِكُ مَبَاشَرَةً عَقْدَ الْوَلَاءِ عَلَى وَلَدِهَا، وَيَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ فِي الْإِسْلَامِ، فَتَصْدُقُ فِي الْإِقْرَارِ عَلَيْهِ بِالْوَلَاءِ أَيْضًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٢٠ / ٨. وَانْظُرِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْأَصْلِ: ٢٧٥ / ٤.

^٥: لِأَنَّهَا عِنْدَهُمَا لَا تَمْلِكُ مَبَاشَرَةً عَقْدَ الْوَلَاءِ عَلَيْهِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٦: فِي ب: وَلَهَا ابْنٌ صَغِيرٌ.

قَالَ فِي الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ: وَإِنْ وَالتَ امْرَأَةٌ رَجُلًا فَوَلَدَتْ وَلَدًا لَا يَعْرِفُ لَهُ أَبٌ يَدْخُلُ فِي وَلَائِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَدْخُلُ فِي وَلَائِهَا. الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ: ٣٤ / ٥.

^٧: لِأَنَّهَا تَصَادَقَا عَلَى ثُبُوتِ أَصْلِ الْوَلَاءِ وَاخْتَلَفَا فِي سَبَبِهِ، وَالْأَسْبَابُ غَيْرُ مَطْلُوبَةٍ لِأَعْيَانِهَا بَلْ لِأَحْكَامِهَا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٢٠ / ٨.

^٨: فِي ب: التَّحْوِيلُ.

^٩: فِي ب: لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَهُ ذَلِكَ عِنْدَهُمَا.

وَجِهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْمَقْرَّ يَعْامِلُ فِي إِقْرَارِهِ كَأَنَّ مَا أَقْرَبَهُ حَقٌّ، وَفِي زَعْمِهِ أَنَّ عَلَيْهِ وِلَاءَ عِتَاقَةٍ لَهَا وَذَلِكَ يَمْنَعُهُ مِنَ التَّحْوِيلِ.

وَوَجْهٌ قَوْلِ صَاحِبِيهِ: أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِهِ مَقْدَارٌ مَا وَجَدَ فِيهِ التَّصَدِيقَ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُهُ مِنَ التَّحْوِيلِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلشَّيْبَانِيِّ

(الْأَصْلُ): ٢٧٧ / ٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٢٠ / ٨.

وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْدَّعَوَى^١.

إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّ فُلَانًا أَعْتَقَهُ، فَقَالَ فُلَانٌ: "مَا أَعْتَقْتُكَ وَلَا عَرَفْتُكَ"^٢، فَأَرَادَ الْمُقَرَّرُ أَنْ يُقَرَّرَ لِأَخَرٍ بِالْوَلَاءِ:
لَا يَجُوزُ^٣ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٤. وَهَذَا أَيْضًا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ الْأَوَّلِ^٥. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ^٦.

^١: في ب: وهذا مثل الاختلاف الذي ذكر في كتاب الإقرار والبيع والدعوى. وزاد في ب: [إذا أقر أن ولد جاريته من فلان زوجها إياه فكذبه، ثم ادّعه المولى لنفسه] والزيادة في ب صواب.

قال السرخسي في المبسوط: "وأصل المسألة في النسب إذا أقر لإنسان فكذبه ثم ادّعه لم يصح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو صحيح في قولهما".

وفي البيوع قال: إذا باع الرجل أمة حاملاً فخاف المشتري أن يدعي البائع حبلها فأراد أن يتحرز منه ويستوثق حتى لا تجوز دعوته فإنه يشهد عليه أن هذا الحبل من عبد له كان زوجاً للأمة، فإذا أقر بهذا لم يستطع أن يدعيه أبداً، سواء صدقه أو كذبه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه، وهذا قول أبي حنيفة، لأن لإقراره حكماً يخرج نفسه عن نسب هذا الولد وإثباته من المقر له، فإنما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه، فأما ما هو من خالص حق المقر فإن إقراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصاً فيما لا يمتثل الإبطال. وقال أبو يوسف ومحمد: إنه يستطيع أن يدعيه إذا أنكر العبد ذلك الولد، لأن الإقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله، فله أن يدعيه لنفسه بعد ذلك، وقاسا النسب بالولاء.

وفي الدعوى قال: أمة ولدت غلاماً فأقر المولى أن هذا الولد من زوج حر أو عبد معروف، فإن كان المقر له حاضراً فكذبه، ثم ادّعه المقر بعد ذلك لنفسه قال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه منه، لأن في كلامه الأول إقراراً بشيئين: ثبوت النسب من الغير، وخروجه من دعوى هذا النسب أصلاً، وتكذيب المقر له إنما يبطل ما هو من حقه، فأما ما لا حق له فيه لا يبطل الإقرار فيه بتكذيب، وخروج المقر من دعوى هذا النسب ليس بحق للمقر له فيبقى الحال فيه بعد التكذيب على ما كان قبله.

وقال أبو يوسف ومحمد: ثبت نسبه منه، لأن إقرار المقر قد بطل بتكذيب المقر له، وبقي الولد محتاجاً إلى النسب، فإذا ادّعه المولى في حال حاجته وليس فيه إبطال حق غيره ثبت منه. ر: المبسوط للشيباني: ٢٤٣/٥، المبسوط للسرخسي: ١٢٠/٨، ١٤٤/١٣، ١١١/١٧-١١٢، الفتاوى الهندية: ١٢٠/٤.

^٢: في ب: وإذا.

^٣: في ب: ولا أعرفك.

^٤: في ب: فأراد المقر أن لا يقر لآخر بالولاء لم يجز.

^٥: في ب: وجاز عندهما.

اعتباراً للولاء بالنسب، وفي النسب في نظيره خلاف ظاهر منهم، فكذلك في الولاء. المبسوط للسرخسي: ١٢١/٨.

^٦: في ب: وهذا مثل الاختلاف الأول أيضاً.

^٧: في ب: وبالله العصمة.

كِتَابُ الْإِقْرَارِ^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ^٢ أَنَّهُ غَضَبَ هَذَا الْعَبْدَ مِنْ هَذَا أَوْ مِنْ هَذَا، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِيهِ^٣، فَإِنْ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَا الْعَبْدَ، هُمَا ذَلِكَ^٤.

^١ : أقر لفلان بحقه: أذعن واعترف، فهو مقر.

قرر فلاناً بالذنب: حمله على الاعتراف به. والإقرار: إثبات الشيء أو الاعتراف. أو الإذعان للحق والاعتراف به.

وقد قرره عليه، وقرره بالحق غيره حتى أقر.

في الشرع: إخبار المرء بحق لآخر عليه. وفي المجلة (م ١٥٧٢): هو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر، يقال لذلك: مقر، ولهذا: مقر له، وللحق: مقر به.

والدليل على أن الإقرار حجة شرعاً قوله تعالى: ﴿وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾ البقرة/ ٢٨٢، فأمر من عليه الحق بالإقرار بها عليه دليل واضح على أنه حجة، والنهي عن الكتمان في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ وقوله في نفس الآية: ﴿وَلَيَسْتَقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾ دليل على أن إقراره حجة.

و«رجم رسول الله ﷺ ماعزاً» حين أقر على نفسه بالزنا [ر: البخاري: باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، رقم (٦٤٣٨)، مسلم: باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم (١٦٩٥)] وقال ﷺ في حديث العسيف: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» [البخاري: باب الاعتراف بالزنا، رقم (٦٤٤٠)، مسلم: باب من اعترف على نفسه بالزنا، رقم (١٦٩٧)] فيكون الإقرار حجة في الحدود التي تندري بالشبهات دليل على أنه حجة فيما لا يندري بالشبهات بالطريق الأولى. ثم الإقرار صحيح بالمعلوم والمجهول بعد أن يكون المعلوم، لأنه إظهار لما عليه من الحق، وقد يكون ما عليه مجهولاً فيصح إظهاره بالمجهول كالمعدوم. ر: لسان العرب: ٨٢/ ٥، المجلة: ص/ ٣٠٧، التعريفات للجرجاني: ص/ ٥٠، القاموس الفقهي: ص/ ٢٩٩، المبسوط للسرخسي: ١٧/ ١٨٥.

^٢ : سقطت كلمة "الرجل" من ب.

^٣ : كان الإقرار فاسداً. واختلف في إجباره على البيان، والأصح أنه لا يجبر. ر: حاشية ابن عابدين: ٨/ ١٠٥، الفتاوى الهندية:

١٧١/ ٤.

^٤ : لعل الأولى أن يأتي بالفاء الرابطة، فتصبح "فلهما"، وكذا في جواب الشرط الذي يليها "ليس".

^٥ : لأن المصوب جهالة ممن يجب عليه تسليمه إليه وقد يزال ذلك باصطلاحهما، فإن أحدهما مالك والآخر نائب عنه، وكما يؤمر الغاصب بالرد على نائبه، ولأنه كان مقرراً أنه لا حق له في العبد منهما فإن الحق فيه لا يعدوهما، وإنما لم يصح إقراره في التزام التسليم إلى أحدهما بعينه فلا يجبر على البيان، لأن ذلك غير ثابت بإقراره، فإذا اصطلاحا فقد ثبت بإقراره أن المستحق منهما يأمره بالتسليم إليه. المبسوط للسرخسي: ١٧/ ١٨٨.

وَأِنْ لَمْ يَصْطَلِحَا فَلَهُمَا أَنْ يَحْلِفَا^١، فَإِنْ حَلَفَا ثُمَّ أَرَادَا أَنْ يَصْطَلِحَا لِيَأْخُذَا الْعَبْدَ، لَيْسَ لَهُمَا ذَلِكَ^٢ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ^٣، وَهُمَا ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

^١ : لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي الحقَّ لنفسه عيناً، وهو لم يقرَّ بذلك، وإنَّما أقرَّ لمنكرٍ منهما، والمنكرُ في حقِّ المعين كالمعدوم. وللقاضِي الخيار في البداية بالاستحلاف لأيهما شاء، وقيل هذا بالاستحلاف لمن سبق بالدعوى، وقيل يقرع بينهما تطميناً لقلوبهما. وإذا حلف لكلِّ واحدٍ منهما لا يخلو من ثلاثة أوجه: إمَّا أن يحلف لأحدهما وينكل للآخر فيقضى بجميع العبد للَّذي نكل له، وإمَّا أن ينكل لهما فيقضى لهما بالعبد وقيمة العبد بينهما نصفين، وإمَّا أن يحلف لهما فقد برئ عن دعوى كلِّ واحدٍ منهما. ر: المبسوط للسرْحسي: ١٧/١٨٨، حاشية ابن عابدين: ٨/١٠٥.

^٢ : في ب: فإن اصطلاحاً جاز اصطلاحهما، ولهما أن يأخذا العبد، وإن لم يصطلحا فلهما أن يحلفا، فإن حلفا فأرادا بعد اليمين أن يصطلحا ويأخذا العبد لم يكن لهما ذلك.

^٣ : وجه قول أبي يوسف الآخر: أنَّ يمين المقرِّ يبطل حقَّ من حلف له، كما لو حلف لأحدهما يبطل حقُّه ومزاحمته. ثمَّ التفقه فيه من وجهين: أحدهما: أنَّ أصل الإقرار وقع فاسداً لجهالة المقرِّ له، لأنَّ الغصب يوجب ردَّ العين، والمستحقُّ للردِّ عليه بهذا الإقرار غير معلوم، أو كان الإقرار فاسداً، ولكنَّ منَع الفساد برفع المفسد بالاصطلاح ممكن، فإن أزال ذلك قبل تقرُّر الفساد صحَّ الإقرار وأمر بالتسليم إليهما، وإن تقرُّر الفساد بقضاء القاضي لا يمكن إزالته بعد ذلك برفع، وهنا لما استحلَّفه القاضي لكلِّ واحدٍ منهما فقد حكم بفساد ذلك الإقرار فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك باصطلاحهما.

الثاني: أنَّ لكلِّ واحدٍ منهما لما طلب يمينه فقد عامله معاملة المنكرين، فصار رادَّ الإقرار يرتدُّ برَدَّ المقرِّ له، فلم يبق لهما حقُّ الاصطلاح بعد ذلك، بخلاف ما قبل الاستحلاف، والثَّابت بالإقرار أحد الأمرين: إمَّا الاصطلاح أو الاستحلاف، فكما لو أقرَّ على الاصطلاح كانا قابِلين لإقراره فلا يبقى لهما حقُّ الاستحلاف بعد ذلك، فكذلك لو أقرَّ على الاستحلاف كانا رادِّين لإقراره فلا يبقى لهما حقُّ الاصطلاح بعد ذلك، وقوله: الاستحلاف في غير محلِّ لإقراره، قلنا محلُّ الإقرار لا يعدوهما، فإذا وجد الاستحلاف منهما فقد تيقَّن بوجوده ممَّن وقع الإقرار له، فكان ذلك مبطلاً لحقِّ الإقرار. ر: المبسوط للسرْحسي: ١٧/١٨٩.

^٤ : وجه هذا القول: أنَّ حقَّ الأخذ عند الاصطلاح ثبت لهما بهذا الإقرار، بدليل أنَّهما لو اصطلحا قبل الاستحلاف فإنَّ لهما أن يأخذهما، والحقُّ الثَّابت بالإقرار لا يبطل باليمين، والمعنى الَّذي فات لهما أن يأخذهما قبل الاستحلاف إذا اصطلحا على أنَّ أحدهما مالك والآخر نائب عنه، وهذا موجود بالاستحلاف، ولأنَّ الاستحلاف هو غير محلِّ للإقرار، لأنَّ الإقرار كان لأحدهما بغير عينه، والاستحلاف كان استحقاق كلِّ واحدٍ منهما بعينه فلا يتغيَّر به حكم ذلك الإقرار، فالقاضي يتيقَّن أنَّه صادق في يمينه أو كاذب، ولا تأثير لليمين الكاذبة في إبطال الاستحقاق. ر: المبسوط للسرْحسي: ١٧/١٨٩.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "غَضَبْتُكَ ثَوْبًا فِي عَشْرَةِ أَثْوَابٍ"، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الثَّوْبَ^١ وَلَا يَضْمَنُ الْعَشْرَةَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٢. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا.

وَلَوْ قَالَ: "غَضَبْتُكَ بَيْتًا"، أَوْ قَالَ: "غَضَبْتُكَ دَارًا"، لَمْ يَضْمَنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرَ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْغَضَبِ^٣.

^١: فِي ب: الثَّوْبُ الْوَاحِدُ.

^٢: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧/١٩٣.

^٣: وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ جَعَلَ عَشْرَةَ أَثْوَابٍ ظَرْفًا لثَوْبٍ وَاحِدٍ، وَذَلِكَ مُحْتَمَلٌ بِأَنَّهُ يَكُونُ فِي وَسْطِ الْعَشْرَةِ، فَأَشْبَهَ الْإِقْرَارَ بِثَوْبٍ فِي مَنْدِيلٍ أَوْ فِي ثَوْبٍ.

وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ مُمْكِنٌ لَكِنَّهُ غَيْرُ مَعْتَادٍ، وَمَطْلُوقُ الْكَلَامِ لِلْمَعْتَادِ، وَالْمَمْتَنِعُ عَادَةُ كَالْمَمْتَنِعِ حَقِيقَةً. ر: بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٧/٢٢١، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧/١٩٣، اللَّبَابُ: ص/٢٦٠. قَالَ فِي اللَّبَابِ: "وَالصَّحِيحُ قَوْلُهُمَا، وَهُوَ الْمَعْوَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ النَّسْفِيِّ وَالْمُحْبَوِيِّ وَغَيْرِهِمَا، كَمَا فِي التَّصْحِيحِ". اللَّبَابُ: ص/٢٦٠.

^٤: فِي ب: وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ غَضَبْتُكَ بَيْتًا أَوْ دَارًا.

^٥: فِي ب: لَمْ يَضْمَنْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرَ.

حُجَّتُهُمَا فِي ذَلِكَ: أَنَّ الْبَيْتَ أَوْ الدَّارَ مِمَّا لَا يَنْقَلُ وَلَا يَحُولُ، وَالْغَضَبُ الْمَوْجِبُ لِلضَّمَانِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالنَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧/١٩٣.

^٦: ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْغَضَبِ: أَنَّ الْغَضَبَ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ لَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَهُمَا فِي الْعَقَارِ، لِأَنَّ الْعَقَارَ لَا يَضْمَنُ بِالْغَضَبِ فِي الْقِيَاسِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخَرَ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يَضْمَنُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وَمُحَمَّدٍ.

حُجَّةُ أَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ الْأَوَّلِ وَمُحَمَّدٍ: قَوْلُهُ ﷺ: «مَنْ غَضِبَ شَبْرًا مِنْ أَرْضِ طَوْقِهِ اللَّهُ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ» [أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، كِتَابُ الْمَظَالِمِ وَالْغَضَبِ، بَابُ إِثْمٍ مِنْ ظَلَمٍ مِنَ الْأَرْضِ شَيْئًا (٢٣٢١) بَلْفَظٍ: «مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شَبْرٍ مِنَ الْأَرْضِ طَوْقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ» وَمُسْلِمٌ، بَابُ تَحْرِيمِ الظُّلْمِ وَغَضَبِ الْأَرْضِ وَغَيْرِهَا (١٦١٢) عَنْ عَائِشَةَ. وَعِنْدَ مُسْلِمٍ (١٦١٢) عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ عَمْرِو بْنِ نَفِيلٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ اقْتَطَعَ شَبْرًا مِنَ الْأَرْضِ ظُلْمًا، طَوْقَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ» [فَقَدْ أَطْلَقَ النَّبِيُّ ﷺ لَفْظَ الْغَضَبِ عَلَى الْعَقَارِ. وَكَذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الْعَرَفُ يُقَالُ: "غَضِبَ دَارُ فُلَانٍ".

وَمِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ: دَعَا الْغَضَبُ فِي الْعَقَارِ تَسْمِعَ، حَتَّى لَا تَنْدَفِعَ بِإِقَامَةِ ذِي الْيَدِ الْبَيْتَةِ عَلَى أَنَّ يَدَهُ أَمَانَةٌ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْغَضَبَ يَتَحَقَّقُ فِيهَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ حُكْمُهُ وَالْمَعْنَى فِيهِ.

وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْعَقَارُ يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ الْجَائِزِ وَالْفَاسِدِ فَيَضْمَنُ بِالْغَضَبِ كَالْمَنْقُولِ، وَتَحْقِيقُهُ هُوَ أَنَّ وَجُوبَ ضَمَانِ الْغَضَبِ يَعْتَمِدُ تَفْوِيتَ يَدِ الْمَالِكِ بِالنَّقْلِ وَلَكِنْ فِيهَا يَتَأْتَى ذَلِكَ فِيهِ، فَأَمَّا فِيهَا لَا يَتَأْتَى يَقَامُ غَيْرُهُ مَقَامَهُ لِإِثْبَاتِ الْحُكْمِ وَهُوَ الْإِسْتِيلَاءُ بِأَقْصَى مَا يُمْكِنُ بِالسَّكْنِ وَإِخْرَاجِ الْمَالِكِ عَنْهُ. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ [١١١ / أ] بِدَيْنٍ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

فِي وَجْهِ يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَفِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ^١.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ مَالًا وَرِثَةً مَا فِي الْبَطْنِ، أَوْ أُوصِيَ لَهُ بِهِ^٢.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَجُوزُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "أَقْرَضَنِي مَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ"، أَوْ "اشْتَرَيْتُ مِنْهُ شَيْئًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ"، فَإِنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا.

= وَحِجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فِي قَوْلِهِ الْآخِرُ: الْحَدِيثُ السَّابِقُ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَيَّنَّ جِزَاءَ غَاصِبِ الْعَقَارِ الْوَعِيدِ فِي الْآخِرَةِ وَلَمْ يَذْكُرِ الضَّمَانَ فِي الدُّنْيَا، فَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْمَذْكُورَ جَمِيعَ جِزَائِهِ، وَلَوْ كَانَ الضَّمَانُ وَاجِبًا لَكَانَ الْأَوَّلَى أَنْ يَبَيِّنَ الضَّمَانُ لِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ أَمَسَّ، وَإِطْلَاقُ لَفْظِ الْغَضَبِ عَلَيْهِ لَا يَدُلُّ عَلَى تَحَقُّقِ الْغَضَبِ فِيهِ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ، لِأَنَّ لِسَانَ الشَّرْعِ حَقِيقَةً وَمَجَازًا، وَكَذَلِكَ فِي عَرَفِ اللَّسَانِ حَقِيقَةً وَمَجَازًا، عَلَى أَنَّا نَقُولُ: يَتَحَقَّقُ أَصْلُ الْغَضَبِ فِي الْعَقَارِ، وَلَكِنَّ الْغَضَبَ الْمَوْجِبَ لِلضَّمَانِ لَا يَتَحَقَّقُ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَنْقَلُ وَلَا يَحُولُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١١ / ٧٣-٧٤.

^١: فِي ب: يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ.

^٢: فِي ب: لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ.

^٣: لِأَنَّ هَذَا السَّبَبَ جَائِزُ الْوُجُودِ عَادَةً. ر: بدائع الصَّنَائِعِ: ٧ / ٣٣٦.

^٤: فِي ب: لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ.

^٥: سَقَطَ مِنْ ب: فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا.

لِأَنَّ هَذَا السَّبَبَ مَحَالٌ عَادَةً. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا^١ إِذَا قَالَ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَقَرَّ إِقْرَاراً مُرْسِلاً، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ^٢. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَلْزَمُهُ إِنْ وُلِدَ حَيًّا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَفَلَ أَحَدُ الْمُفَاوِضِينَ يَلْزَمُ شَرِيكَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣. وَهِيَ^٤ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الشَّرِكَةِ^٥.

^١: بزيادة كلمة "فيه" في ب.

^٢: وهو قول أبي حنيفة أيضاً. ر: المرجع السابق.

^٣: لهما: أَنَّ الإِقْرَارَ المطلق بالدين يراد به الإِقْرَارُ بسبب المداينة، لأنَّه هو السَّبَبُ الموضوع لثبوت الدين، وإنَّه في الدين ههنا محال عادة، والمستحيل عادة كالمستحيل حقيقة. بدائع الصنائع: ٣٣٧/٧.

^٤: وجه قول محمد: أَنَّ تصرّف العاقل يحمل على الصّحة ما أمكن، وأمکن تصحيحه بالحمل على سبب متصوّر الوجود فيحمل عليه تصحيحاً له. بدائع الصنائع: ٣٣٧/٧.

^٥: في ب: المتفاوضين بهال أو أقر، لزم شريكه.

^٦: في ب: "وفي قول صاحبيه: لا يلزمه". وهو الصواب.

وجه قول الإمام: أنَّها تبرّع ابتداء ولكنها تنقلب مفاوضة بقاء، لأنَّه يرجع بما يؤدّي على المكفول عنه إذا كفّل بأمره. وكلامنا في البقاء، بخلاف الكفالة بالنفس، لأنَّها تبرّع ابتداء وبقاء.

ولصاحبيه: أَنَّ الكفالة تبرّع حتّى لا تصحّ ممّن ليس بأهله، وكلّ واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرّع، ولهذا لا تصحّ الهبة والصدقة والإقراض من أحدهما في حقّ شريكه، فصارت كالكفالة بالنفس. ر: المبسوط للشيباني: ١٣٧/٤، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: ٥٤٩/٢.

^٧: في ب: وهذا.

^٨: قال في كتاب الشَّرِكَةِ: وإن ادّعى على أحد المتفاوضين مالاً من كفالة وحوّله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك.

وأصل المسألة: أَنَّ أحد المتفاوضين إذا كفّل بهال فإنّ ذلك يلزم شريكه في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد لا يلزم شريكه. وتعليل قولهم كما ذكر في كتاب الكفالة. وذكر هنا طريقاً آخر لأبي حنيفة وهو أَنَّ الكفالة من مقتضيات المفاوضة، فإنّ كلّ واحد من المتفاوضين يكون كفيلاً عن صاحبه كما يكون وكيلاً عن صاحبه، فما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزماً شريكه، كما لو توكل أحدهما عن إنسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه. ر: المبسوط للسرخسي:

مَسْأَلَةٌ: الْوَصِيُّ إِذَا أَذِنَ لِلصَّبِيِّ^١ فِي التَّجَارَةِ، فَأَقْرَعَ بَعْدَ يَدَيْهِ لِرَجُلٍ، وَالْعَبْدُ مِيرَاثٌ وَرِثَةٌ عَنْ أَبِيهِ^٢، جَازَ إِقْرَارُهُ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ، وَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ الْمَأْذُونِ^٣.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الْمُجَرَّدِ: إِقْرَارُهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمَالِ الَّذِي هُوَ مِنْ تِجَارَتِهِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقْرَعَ الرَّجُلُ أَنَّ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ عَارِيَّةٌ عِنْدِي عَلَى يَدَيْ فُلَانٍ، فَلَيْسَ هَذَا بِإِقْرَارٍ.

وَقَالَ فِي هَذَا الْكِتَابِ^٥ بَعْدَ هَذَا: أَنَّ لِفُلَانٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ^٦.

^١: فِي ب: إِذَا أَذِنَ لِلْيَتِيمِ.

^٢: فِي ب: مِنْ أَبِيهِ.

^٣: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبِيهِ.

وَجِهَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الْحَجَرَ لَمَّا انْفَكَّ عَنْهُ بِالْإِذْنِ التَّحَقُّقُ بِالْبَالِغِينَ، فَكَانَ الْمُرُوثُ وَالْمَكْتَسَبُ فِي صَحَّةِ الْإِقْرَارِ سَوَاءً لِكُونِهَا مَالِيَّةً، وَلِكُونِ الْإِقْرَارِ مِنَ التَّجَارَةِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧/٢٠٠، الْعِنَايَةُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ: ٩/٣١٩-٣٢٠.

^٤: فِي ب: وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْمَجَرَّدِ.

الْمَجَرَّدُ: لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ اللَّوْلُؤِيِّ الْفَقِيهِ تَوَفَّى سَنَةَ (٢٠٤هـ) يَرْوِيهِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ. ر: هَدِيَّةُ الْعَارِفِينَ: ١/٢٦٦، الْفَهْرَسْتُ:

١/٢٥٨، كَشَفُ الظُّنُونِ: ٢/١٥٩٣.

^٥: فِي ب: إِقْرَارُهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمَلِكِ.

^٦: لِأَنَّ صَحَّةَ إِقْرَارِهِ فِي كَسْبِهِ لِحَاجَتِهِ فِي التَّجَارَةِ إِلَى ذَلِكَ لَثَلَا يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ مَعَامَلَتِهِ فِي التَّجَارَةِ، وَهِيَ مَعْدُومَةٌ فِي الْمُرُوثِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧/٢٠٠، الْعِنَايَةُ شَرْحُ الْهُدَايَةِ: ٩/٣١٩-٣٢٠.

^٧: أَيْ كِتَابِ الْإِقْرَارِ.

^٨: فِي ب: "وَقَالَ فِي الْكِتَابِ بَعْدَ هَذَا: لِفُلَانٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ".

فَالْمَسْأَلَةُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ، وَجِهَ الرِّوَايَةِ الْأُولَى: أَنَّ قَوْلَهُ "عَلَى يَدَيْ فُلَانٍ" مَعْنَاهُ: أَرْسَلَهَا صَاحِبُهَا إِلَيَّ عَارِيَّةً عَلَى يَدَيْ فُلَانٍ، فَإِنَّمَا إِقْرَارُهُ أَنَّ فُلَانًا كَانَ رَسُولًا فِيهَا، فَلَا يَصِيرُ مَقْرَأً بِالْمَلِكِ لَهُ. وَوَجِهَ الرِّوَايَةِ الْآخَرَى: أَنَّهُ أَقْرَعَ بِأَنَّ وَصُولَهَا إِلَى يَدِهِ كَانَ مِنْ يَدِ فُلَانٍ، وَالْمَتَعَيْنُ إِنَّمَا يَلْزِمُهُ الرَّدُّ عَلَى مَنْ أَخَذَ مِنْهُ كَمَا يَلْزِمُ الرَّدُّ الْمَكَارِي الَّذِي أَخَذَ مِنْهُ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ بِحُكْمِ هَذَا الْإِقْرَارِ رَدُّهَا عَلَى فُلَانٍ، فَلِهَذَا كَانَ مِنْهُ إِقْرَارُ لِفُلَانٍ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٨/٤.

وَإِذَا شَهِدَ الشَّاهِدَانِ^١ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ أَنَّهُ وَهَبَ لِفُلَانٍ هَذِهِ الْأَمَةَ وَأَنَّهُ قَدْ قَبَضَهَا^٢، وَلَمْ يُعَايِنِ الشُّهُودُ الْقَبْضَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ لَا يَجُوزُ^٣، وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا يَجُوزُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّهُ وَهَبَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَقَرَّ بِالْقَبْضِ^٥، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ، وَأَرَادَ أَنْ يُخْلَفَ الْمُوهُوبَ لَهُ فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَلَهُ أَنْ يُخْلَفَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بِمِثَّةِ دِرْهَمٍ فِي مَوْطِنٍ فَأَشْهَدَ^٧ عَلَى ذَلِكَ شَاهِدَيْنِ، ثُمَّ أَقَرَّ فِي مَوْطِنٍ بِمِثَّةِ دِرْهَمٍ وَأَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ^٨، فَشَهِدَ الْفَرِيقَانِ جَمِيعًا^٩ عِنْدَ الْحَاكِمِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ مِثَّتَا دِرْهَمٍ^{١٠}.

^١: بدون (ال) في ب. وهو الصواب.

^٢: في ب: هذه الجارية وأنه قبضها.

^٣: وجه قوله الأول: أن تمام هذه العقود بقبض يوجد، وهو فعل لا قول، والإقرار يحتمل الصدق والكذب، والمخير به إذا كان كذباً فبالإخبار لا يصير صدقاً، وما لم يكن موجوداً من القبض فإقراره لا يصير موجوداً، فظهر أن هذه الشهادة ليست بها هو سبب ملك تام. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢ / ٩٠، ١٨ / ٦.

^٤: في ب: وهو قول صاحبيه.

^٥: وجه قوله الآخر: أن القبض في هذه العقود لا يكون أقوى من القتل والغصب، ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على معانيته يثبت بالشهادة على الإقرار به، وهذا لأنَّ الثابت من الإقرار بالبيّنة كالمسموع من المقرِّ في مجلس الحكم، ولو أقرَّ الخصم بأنَّه وهبه وسلمه إليه قضي بالملك له، فكذا ذلك إذا ثبت إقراره بالبيّنة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢ / ٩٠، ١٨ / ٦.

^٦: في ب: أقرَّ بالقبض. أي: بدون واو.

^٧: استحساناً على رأي أبي يوسف. وأصل المسألة: البائع إذا أقرَّ بقبض الثمن ثمَّ جحد، وأراد استحلاف المشتري لم يكن له ذلك عندهما، لأنَّه مناقض في كلامه راجع عما أقرَّ به من القبض، والمناقض لا قول له، والاستحلاف ينبني على دعوى صحيحة. واستحسن أبو يوسف رحمه الله بها عرف من العادة الظاهرة أنَّ البائع يقرُّ بالثمن للإشهاد وإن لم يكن قبضه حقيقة، فللاحتياط لحقه يستحلف الخصم إذا طلب هو ذلك. المبسوط للسرخسي: ١٨ / ٦.

^٨: في ب: وأشهد.

^٩: في ب: ثم أقرَّ بذلك في موطن آخر وأشهد على ذلك شاهدين.

^{١٠}: سقطت كلمة "جميعاً" في ب.

^{١١}: في ب: تجب عليه مِثَّتَا درهم. =

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ لَا يَجِبُ إِلَّا مِثْلُهُ دِرْهَمٌ^١. وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ [١١١ / ب] يَقُولُ أَوَّلًا مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَإِنْ كَانَ عَلَى كُلِّ إِقْرَارٍ شَاهِدٌ فَإِنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا مِثْلُهُ دِرْهَمٌ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا

يُقْضَى بِشَيْءٍ^٢.

= وجه قول أبي حنيفة: أن ذكر المئة في كلامه منكر، والمنكر إذا أعيد منكرًا كان الثاني غير الأول. قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [١١٠ / ب] قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «لَنْ يَغْلِبَ عُسْرُ يَسْرِينَ» [قال الحافظ ابن حجر في "الفتح": قال الحاكم: صح ذلك عن عمر وعلي، وهو في الموطأ عن عمر لكن من طريق منقطع، وأخرجه عبد بن حميد عن ابن مسعود بإسناد جيد، وأخرجه الفراء بإسناد ضعيف عن ابن عباس. فتح الباري: ٨ / ٩١٠، وانظر: كشف الخفاء: ٢ / ١٧٥] فصار هذا بمنزلة ما لو كتب لكل واحد منهما صكًا على حدة، وأشهد على كل صك شاهدين، وهذا لأن كلام العاقل معها أمكن حمله على الإفادة لا يحمل التكرار والإعادة، فإذا صار المال الأول مستحكمًا بشهادة شاهدين فلو حملنا إقراره الثاني على ذلك المال كان تكرارًا غير مفيد، ولو حملناه على مال آخر كان مفيدًا. المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٠.

١: في ب: لا يجب عليه.

٢: وجه قولها: أن الإقرار خبر، وهو مما يتكرر، ويكون الثاني هو الأول فلا يلزمه بالتكرار مال آخر، بل قصده من هذا التكرار أن يؤكد حقه بالزيادة في الشهود، كما لو أن الإقرارين كانا في مجلس واحد. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٠.

٣: في ب: يقول مرة.

٤: وهي مذكورة في بعض نسخ أبي سليمان. ر: المرجع السابق.

٥: في ب: ولو كان على كل إقرار شاهد واحد.

٦: أما على قولها فظاهر، وأما على قول أبي حنيفة فلا أن المال بالشاهد الواحد لا يصير مستحكمًا، ففائدة إعادته استحكام المال باتمام الحجّة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٠.

٧: في ب: وقال.

٨: لم أعثر على رأي زفر فيما لدي من المراجع.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ قَرْضٍ أَوْ ثَمَنِ بَيْعٍ، ثُمَّ قَالَ: "هُوَ زَيْوْفٌ"^٢ أَوْ "بَهْرَجَةٌ"^٣، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُصَدَّقُ وَصَلَ أَوْ قَطَعَ وَيَلْزَمُهُ الْجِيَادُ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ إِنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ.

١ : ذكرت في ب: المسألة الثانية ثم الثالثة ثم الأولى.

٢ : زيوّف: أي مغشوشة، قال في المغرب: زَا فَتَ عَلَيْهِ دَرَاهِمُهُ: أَي صَارَتْ مَرْدُودَةً عَلَيْهِ لِعُشِّ فِيهَا. وقياس مصدره: "الزّيوّف" وأما "الزّيافة" فمن لغة الفقهاء. المغرب في ترتيب المغرب: ١ / ٣٧٦-٣٧٧، وانظر: لسان العرب: ٩ / ١٤٢.

٣ : البهرج: الدرهم الذي فضّته رديئة. وقيل: الذي الغلبة فيه للفضّة. وعن ابن الأعرابي: المبتل السّكة. وكلُّ مردودٍ عند العرب بَهْرَجٌ وَبَهْرَجٌ. ومنه: بهرج دمه، إذا أهدر وأبطل. وعن اللّحياني: درهم مبهرج أي بنهرج. قال ابن عابدين: واختلفوا في تفسير النَّبَهْرَجَةِ، قيل: هي التي تضرب في غير دار السّلطان. وَالزُّيُوفُ: هي المغشوشة. وقال عمّامة المشايخ: الجياد: فضّة خالصة تروج في التّجارات وتوضع في بيت المال، والزّيوّف: ما زيفه بيت المال -أي يردّه- ولكن تأخذه التّجار في التّجارات، لا بأس بالشّراء بها ولكن يبين للبائع أنّها زيوّف، والنّبهرجة ما يردّه التّجار. ر: المغرب: ١ / ٩٢، لسان العرب: ٢ / ٢١٧، حاشية ابن عابدين: ٥ / ٢٣٣.

٤ : في ب: وفي قول صاحبيه.

٥ : وجه قولها: أنّ الزّيوّف من جنس الدّراهم حتّى يحصل بها الاستيفاء في الصّرف والسّلم، فكان آخر كلامه بياناً، ولكن فيه تعبير لما اقتضاه أول الكلام من حيث العادة، لأنّ بيعات النّاس تكون بالجياد دون الزّيوّف، ومثل هذا البيان يكون صحيحاً إذا كان موصولاً، كقوله "فلان عليّ ألف درهم وفلان خمسة". توضيحه: أنّ قوله "إلا أنّها زيوّف" استثناء للوصف، وكان بمنزلة استثناء بعض المقدار بأن قال "الأمانة"، وذلك صحيح إذا كان موصولاً فهذا مثله. ووجه قول أبي حنيفة: أنّ الزّيافة في الدّراهم عيب، ومطلق العقد يقتضي سلامة الثّمن عن العيب، فلا يصدّق هو في دعوى كون الثّمن المستحقّ بالعقد معيباً، كما لو ادّعى البائع أنّ المبيع معيب وقد كان المشتري عالماً به فلم يقبل قوله في ذلك إذا أنكره المشتري، وهذا لأنّ دعواه العيب رجوع عمّا أقرب به، لأنّ بإقراره بالعقد مطلقاً يصير ملتزماً ما هو مقتضى مطلق العقد وهو السلامة عن العيب، وفي قوله "كان معيباً" يصير راجعاً، والرجوع عن الإقرار غير صحيح موصولاً كان أو مفصّلاً، وليس هذا من باب الاستثناء، لأنّ الصّفة ممّا يتناولها اسم الدّراهم مطلقاً حتّى يستثنى من الكلام، ولكنّ ثبوت صفة الجودة بمقتضى مطلق العقد بخلاف استثناء بعض المقدار، لأنّ أوّل كلامه يتناول القدر، واستثناء الملفوظ صحّ ليصير الكلام عبارة عمّا وراء المستثنى، ولأنّ الصّفة بيع للأصل، فثبوته بثبوت الأصل. فأما بعض المقدار لا يتبع النّقص فيصحّ استثناء بعض القدر. قال في اللّباب: "قال في التّصحيح: واعتمد قوله البرهانيّ والنّسفيّ وصدر الشّريعة وأبو الفضل الموصليّ". ر: الأصل: ص/ ٤١٦-٤١٧، المبسوط للسرخسيّ: ١٨ / ١٢، تكملة حاشية ابن عابدين: ٢ / ٢٧٩، اللّباب: ص/ ٢٦١.

وَلَوْ أَقْرَأَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً أَوْ غَضَبٍ^١، ثُمَّ قَالَ: "هِيَ زِيُوفٌ" أَوْ "نَبْهَرَجَةٌ"، يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٢ وَصَلَ أَوْ قَطَعَ، فَكُلُّهُمْ؛ فَرَّقُوا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الدَّيْنِ^٣.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَأَ بَكْرٌ حِنْطَةً وَدِيعَةً أَوْ غَضَبٍ أَوْ دَيْنٍ^٤ مِنْ قَرْضٍ أَوْ ثَمَنِ بَيْعٍ، ثُمَّ قَالَ: "هُوَ رَدِيٌّ"، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً، مَوْصُولاً قَالَ^٥ أَوْ مَفْصُولاً^٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقْرَأَ أَنْ لِفُلَانٍ عَلَيْهِ عَشْرَةُ فُلُوسٍ^٧ مِنْ قَرْضٍ أَوْ مِنْ^٨ ثَمَنِ بَيْعٍ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: "هِيَ مِنْ الْفُلُوسِ الْكَاسِدَةِ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يُصَدَّقُ، مَوْصُولاً قَالَ أَوْ مَفْصُولاً^٩.

^١: في ب: أقر الرجل.

^٢: في ب: ودِيعَةً أَوْ غَضَباً.

^٣: في ب: يصدق بالاتفاق.

^٤: في ب: وكلهم.

^٥: لأنه ليس للغصب والوديعة موجب في الجياد دون الزیوف، ولكن الغاصب يغصب ما يجده، والمودع إنما يودع غيره مما يحتاج إلى الحفظ، فلم يكن في قوله "إنها زيوف" معتبر في أول كلامه، فلهذا صح موصولاً كان أو مفصلاً. المبسوط للسرخسي: ١٣/١٨.

^٦: الكُرُّ: مكيال لأهل العراق، وجمعه: أكرار. قال الأزهری: الكرّ ستون قفيزاً، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات. قال: وهو من هذا الحساب: اثنا عشر وسقاً، كل وسق ستون صاعاً. وهو يساوي: ٢٣٤٨.٢٨ كيلو غراماً من القمح عند الحنطة، وعند غيرهم يساوي ١٥٦٣.٤٨ كيلو غراماً من القمح. ر: المغرب في ترتيب المعرب: ٢/٢١٤، معجم لغة الفقهاء: ٣٧٩/١.

^٧: في ب: ودِيعَةً أَوْ غَضَباً أَوْ دِيناً.

^٨: في ب: فالقول قوله بالاتفاق.

^٩: سقطت كلمة "قال" من ب.

^{١٠}: لأنها في الحنطة ليست بعيب، لأن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة، والحنطة قد تكون رديئة بأصل الخلقة، فلا يحمل مطلقاً على الجيد، ولذا لم يميز شراء البرّ بدون ذكر الصفة. حاشية ابن عابدين: ٧/٢١.

^{١١}: في ب: ولو قال: إن لفلان عليه عشرة أفلس.

^{١٢}: سقط من ب: من.

^{١٣}: لأن المعاملات فيما بين الناس في الفلوس الرائجة، فدعواه الكساد في الفلوس كدعوى الزيادة في الدراهم. المبسوط للسرخسي: ١٨/١٤. وليعلم أن في نسخة المبسوط التي بين يدي "فدعواه الجياد" ولعله خطأ مطبعي، فليتنبه.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ^١ إِنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ.^٢
وَهُوَ قَوْلُ^٣ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ فِي الْقَرْضِ يُصَدَّقُ إِنْ قَالَ مَوْصُولًا، وَفِي الْبَيْعِ لَا يُصَدَّقُ. وَكَذَلِكَ إِذَا أَقَرَّ
بِدَرَاهِمٍ وَقَالَ: "هِيَ سَتُوقَةٌ"^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فَقَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةُ دَرَاهِمٍ"، لَا بَلَّ مِثَّتَانِ^٥، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ مِثَّتَانِ دَرَاهِمٍ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا
الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ^٦.

^١: سقط من ب: أنه.

^٢: في ب: لم يصدق.

وذلك كما لو ادّعى الزيادة في الدراهم، فإن الكاسدة من جنس الفلوس، وبالجياذ تقل رغائب الناس فيها كما تقل بالزيادة في
الدراهم. المبسوط للسرخسي: ١٤ / ١٨.

^٣: في ب: وفي قول. وهو الصواب.

^٤: لأن هذا بيان يفسد البيع، فإن من اشترى بفلوس فكسدت قبل القبض ففسد البيع، وإقراره بمطلق البيع يكون إقرار الصحة،
فلا يصدق في دعوى الفساد موصولاً كان أو مفصلاً. وفارق القرض، لأن بدعوى الكساد هناك لا يصير مدعياً أنه لا فلوس عليه
فإن بالكساد لا يبطل القرض. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤ / ١٨.

^٥: أي وكذلك الاختلاف في قوله له علي عشرة دراهم ستوقه من قرض أو ثمن بيع. ر: المرجع السابق/ ص ١٥.

^٦: في ب: ثم قال.

^٧: دَرَاهِمٌ سَتُوقٌ، كَتَنُورٌ وَقُدُوسٌ، وَتُسْتُوقٌ، بَضْمٌ التَّائِينَ زَيْفٌ بَهْرَجٌ، مُكَبَّسٌ بِالْفَضَّةِ. القاموس المحيط: ١ / ١١٥٢.

قال ابن عابدين نقلاً عن بعض المشايخ: والسُّتُوقَةُ: أن يكون الطَّاقُ الأعلى فَضَّةً والأسفل كذلك وبينهما صفر، وليس لها حكم
الدراهم. حاشية ابن عابدين: ٢٣٣ / ٥.

^٨: في ب: وإذا أقر الرجل أن لفلان علي مئة درهم.

^٩: يذكر أن عبارة السرخسي في المبسوط: "يلزمه مئة درهم" وهو خطأ لعله مطبعي، يدل عليه تعليقه لوجه الاستحسان. وفي تبين
الحقائق: "يلزمه أكثرهما استحساناً". تبين الحقائق: ٢٣ / ٥.

^{١٠}: وجه الاستحسان: أن الإقرار بإخبار، والغلط يتمكّن في الخبر، والظاهر أن مراده بذكر المال الثاني استدراك الغلط بالزيادة على
المال الأول، لا ضمّ الثاني إلى الأول. ألا ترى أن الرجل يقول: "سني خمسون لا بل ستون" كان إخبار الستين فقط. ويقول:
"حجبت حجة لا بل حجبتين" كان إخباراً بحجبتين فقط، بخلاف ما إذا اختلف جنس المالين. المبسوط للسرخسي: ٩ / ١٨.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يَلْزَمُهُ ثَلَاثُمِئَةِ دِرْهَمٍ، وَهُوَ الْقِيَاسُ^١.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةُ دِرْهَمٍ، لَا بَلْ عَشْرَةُ دَنَانِيرٍ"، يَلْزَمُهُ الْمَالَانِ جَمِيعاً فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فَقَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ"، ثُمَّ قَالَ: "لَكِنِّي لَمْ أَقْبِضِ الْمَتَاعَ"، فَإِنَّهُ يَلْزَمُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْبَيْعِ^٣.

^١: وجه القياس: أن كلمة "لا بل" لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول، فرجوعه عن الإقرار بالمنة باطل، وإقراره بالمتين على وجه الإقامة مقام الأول صحيح، فيلزمه المالان، كما لو قال: "له علي مئة درهم لا بل مئة دينار". المبسوط للسرخسي: ٩/١٨.

^٢: في ب: لزمه المالان جميعاً بالاتفاق.

لأنه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكراراً، فرجوعه لا يصح وإقراره صحيح. ر: تبين الحقائق: ٥/٢٣.

^٣: وجه قول أبي حنيفة: أن هذا رجوع عما أقر به، والرجوع باطل موصولاً كان أو مفصلاً. وبيان ذلك: أنه أقر بوجوب ثمن متاع بغير عينه عليه، وثمن متاع يكون بغير عينه لا يكون واجباً على المشتري إلا بعد القبض، لأن ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذا لا طريق للتوصل إليه، فإنه ما من متاع يحضره إلا وللمشتري أن يقول: "المبيع غير هذا" وتسليم الثمن لا يجب إلا بإحضار المعقود عليه. وفرقنا أنه في حكم المستهلك، وثمن المبيع المستهلك لا يكون واجباً إلا بعد القبض فكأنه أقر بالقبض ثم رجع عنه. واعتمد قوله البرهاني والتسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي. المبسوط للسرخسي: ١٨/٢٢، اللباب: ص/٢٦١.

^٤: سقطت كلمة "كتاب" من ب.

^٥: وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله: يصدق إذا كان موصولاً، ولا يصدق إذا كان مفصلاً. وتفصيل ذلك: إذا كان مفصلاً يُسأل المقر له عن المال أهو ثمن بيع أم لا؟ فإن قال: "من ثمن البيع" فالقول قول المقر "أني لم أقبضه" وإن قال: "من جهة أخرى" سوى البيع فالقول قول المقر له.

وجه قولها: أن قوله لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه، وقوله: "من ثمن بيع اشتريته منه" بيان لسبب الوجوب، فإذا صدقه المقر له في هذا السبب ثبت السبب بتصادقهما، ثم المال بهذا السبب يكون واجباً قبل القبض وإثباته بالقبض، فصار البائع مدعياً عليه تسليم المعقود عليه وهو منكر لذلك، فجعلنا القول قول المنكر في إنكاره القبض. وإن كذبه في السبب فهذا بيان مغير لمقتضى مطلق الكلام، لأن مقتضى أول الكلام أن يكون مطالباً بالمال في الحال، ولكن على احتمال أن لا يكون مطالباً به حتى يحضر المتاع، فكان بيانه مغير إلى هذا النوع من الاحتمال، وبيان التغير صحيح إذا كان موصولاً، ولا يكون صحيحاً إذا كان مفصلاً.

المبسوط للسرخسي: ١٨/٢٢.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ هَذَا الْعَبْدِ"، فَقَالَ فُلَانٌ: "لَمْ أَبْعَكَ هَذَا الْعَبْدَ، وَلَكِنْ الْأَلْفُ بِسَبَبٍ [١١٢/أ] آخَرَ"، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرِّ وَلَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ بِالِاتِّفَاقِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ الْمَرِيضُ: "هَذِهِ الْأَلْفُ لِقُطَّةٍ عِنْدِي"، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَتَصَدَّقُ بِثُلُثِهَا، وَثُلَاثُهَا لِلْوَرَثَةِ^٢. وَلَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ مَرِيضًا أَقَرَّ لِمَرْأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ بِدَيْنٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا فَهَاتَمَتْ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، جَازَ إِقْرَارُهُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٤، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ^٥.

^١ : في ب: ولا يلزمه بالاتفاق.

لأنه إنما أقر له بالمال بشرط أن يسلم له العبد ولم يسلم له العبد، والمتعلق بالشروط معدوم قبله. المبسوط للسرخسي: ٢٣/١٨.

^٢ : في ب: إن هذه.

^٣ : اللُّقْطَةُ: بتسكين القاف، اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه وكذلك المنبوذ من الصبيان لُقْطَةً، وأما اللُّقْطَةُ بفتح القاف: فهو الرجل اللقّاط يتبع اللقّطات يلتقطها. قال ابن بري: وهذا هو الصّواب لأنّ الفُعْلَةَ للمفعول كالضُّحْكَةِ، والفُعْلَةُ للفاعل كالضُّحْكَةِ. لسان العرب: ٧/٣٩٢ مادة "لقط". وقال في المغرب: اللُّقْطَةُ: الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه. قال الأزهري: ولم أسمع اللُّقْطَةَ بالسكون لغير الليث. المغرب في ترتيب المعرب: ٢/٢٤٧.

^٤ : في ب: يتصدق بثلث ماله، وثلاثه لورثته.

وحجة أبي يوسف: أنه أقر أنّ ملكه عن هذا المال مستحقّ، والإرث عنه منتف لقربة تعلّقت به حقاً للشرع، فوجب تقييد تلك القربة عند إقراره من ثلث ماله. وإنّا قلنا ذلك لأنّ السبيل في اللقطة التصديق بها عند تعذر اتّصالها إلى مالكها، هكذا نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه تصدّق ببال في يده لغائب ثم قال: هكذا يصنع باللقطة [أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، في اللقطة ما يصنع بها؟ بسنده عن أبي وائل قال: اشترى عبد الله جارية بسبعمئة درهم فغاب صاحبها، فأنشدها حولاً أو قال: "سنة" ثم خرج إلى المسجد فجعل يتصدّق ويقول: "اللهم فله، فإن أبى فعليّ وإليّ"، ثم قال: "هكذا افعّلوا باللقطة أو بالضالة" مصنف ابن أبي شيبة: ٥/١٨٩] ر: المبسوط للسرخسي: ٣٠/١٨.

^٥ : في ب: "وفي قول محمد: إن لم يصدقه الورثة فهي كلّها ميراث، ولا يتصدق بشيء". وما في ب هو الصواب.

وجه قول محمد: أنه أقر بالملك فيها لمجهول، والإقرار للمجهول باطل، وإذا بطل الإقرار صار كأن لم يوجد. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٩/١٨.

^٦ : لأنّ الإقرار اعتباره حال وجوده، وهي أجنبية حال وجوده، فقيام الزوجية بعد ذلك غير مؤثّر. ر: الجامع الصغير: ص/٥٢٥، بدائع الصنائع: ٧/٣٣٧.

^٧ : في ب: جاز الإقرار عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر لا يجوز. =

وَلَوْ وَهَبَ لَهَا هِبَةً، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، لَمْ يُجْزِ الْهِبَةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً إِذَا لَمْ يُجْزِ سَائِرُ الْوَرَثَةِ.^١

وَلَوْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ وَهُوَ غَيْرُ وَاِرِثٍ^٢، ثُمَّ صَارَ وَاِرِثاً، وَمَاتَ مِنْ مَرَضِهِ، لَمْ يُجْزِ الْإِقْرَارُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بِدَيْنٍ، ثُمَّ مَاتَ الْابْنُ قَبْلَهُ^٣، ثُمَّ مَاتَ الْمَرِيضُ^٤ وَتَرَكَ ابْنًا آخَرَ سِوَاهُ، جَازَ إِقْرَارُهُ بِالْإِتِّفَاقِ^٥.

= وجه قول زفر: أنها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب، فصار كما إذا أوصى لها أو وهبها وهي أجنبية ثم تزوجها. ر: تبين الحقائق: ٢٦/٥.

١: في ب: لم تجز الهبة بالاتفاق.

٢: وذلك لأن تبرعات المريض تعتبر بالوصايا، أي تنفذ في الثلث. ر: بدائع الصنائع: ٣٣٧/٧.

٣: في ب: غير وارثه.

٤: في ب: ثم مات.

٥: سقطت كلمة "جميعاً" من ب. انظر المسألة في الجامع الصغير: ص/٥٢٥.

وهذه المسألة لم أجدها كما هي، إنما الموجود: وإن كان أقر له وهو غير وارث ثم صار وارثاً يوم موته، بأن أقر لأخيه وله ابن، ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثاً بطل إقراره له عندنا. وقال زفر رحمه الله: إقراره له صحيح، لأن الإقرار موجب الحق بنفسه، فإنما ينظر إلى حال الإقرار وقد حصل لمن ليس بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثاً بعد ذلك، كما لو أقر له في صحته ثم مرض. واستدل جمهور الحنفية: بأنه ورث بسبب كان يثبت قائماً وقت الإقرار، فثبت أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل، وهذا لأن الحكم مضاف إلى سببه فإذا كان السبب قائماً وقت الإقرار تثبت صفة الورثة للمقر له من ذلك الوقت، بخلاف ما لو أقر في الصحة ثم حصل له مرض حادث بعد الإقرار، فالحجر بسببه لا يستند إلى وقت الإقرار. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٢-٣٣/١٨.

١: في ب: ولو أقر.

٢: في ب: ثم مات الابن قبله وترك ابناً ثم مات المقر المريض وترك ابناً آخر سواه.

٣: في ب: المريض المقر.

٤: في ب: جاز إقرار المريض.

٥: لم أعثر على تعليل لهذه المسألة.

وَلَوْ أَنَّ الْمَرِيضَ لَمْ يَتْرُكْ ابْنًا آخَرَ، وَلَكِنْ وَارِثُهُ وَارِثُ الْإِبْنِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ^١.

وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ بَدَنَيْنِ لِرَجُلَيْنِ: أَحَدُهُمَا وَارِثٌ^٣، وَالْآخَرُ غَيْرُ وَارِثٍ، فَإِنَّ إِقْرَارَهُ كُلَّهُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٤.

وَلَوْ أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ رَدَّ إِقْرَارَهُ لِلْوَارِثِ، وَقَالَ: "لَيْسَ الْوَارِثُ مَعِيَ شَرِيكٌ"^٥، وَقَالَ الْوَارِثُ: "لَيْسَ لِي عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ"^٦، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ الْإِقْرَارُ أَيْضاً^٧.

^١: وجه قوله الأول: أن الإقرار حصل بسبب الوراثه بينه وبين المقر له قائم، وحكمه عند الموت فإنما يتم لمن هو وارثه فلم يجوز الإقرار لتمكّن تهمة الإيثار، ووارث المقر له خلف عنه قائم مقامه فيها هو حكم الإقرار، فإذا كان هو وارثاً للمقر جعل بقاؤه عند موت المقر كبقاء المقر له بنفسه. المبسوط للسرخسي: ٣٤ / ١٨.

^٢: وجه هذا القول: أن حياة الوارث عند موت المورث شرط ليتحقق له صفة الوراثه، وهنا المقر له لما مات قبله فقد تبين له أن الإقرار حصل لغير الوارث فيكون صحيحاً، ووارث المقر له ليس يملكه من جهة المقر إنما يملكه بسبب الوراثه بينه وبين المقر، وذلك غير مبطل للإقرار. كما لو أقر بعين لأجنبي فباعه الأجنبي من وارث المقر أو وهبه له أو تصدّق به عليه كان الإقرار صحيحاً، فكذلك هنا. المرجع السابق.

^٣: في ب: أحدهما وارثه.

^٤: في ب: فإن الإقرار كله باطل بالاتفاق.

لما فيه من منفعة الوارث فإن ما يحصل للأجنبي بهذا الإقرار يشاركه الوارث فيه.

قال صاحب الدر المختار: وإن أقر المريض لوارثه بمفرده أو مع أجنبي بعين أو دين بطل، لنا حديث: "لا وصية لوارث ولا إقرار له بدین" إلا أن يصدّقه بقية الورثة. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٥ / ١٨، الدر المختار: ٦١٣ / ٥. والحديث الذي استشهد به أخرجه البيهقي في سننه وضعفه عن جابر. ر: السنن الكبرى للبيهقي: ٨٦ / ٦، كنز العمال: ٦١٦ / ١٦.

^٥: في ب: ليس للوارث معي شركة.

^٦: في ب: أو قال.

^٧: في ب: لا يجوز إقراره.=

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ 'يَجُوزُ فِي حِصَّةِ الْأَجْنَبِيِّ'.

وَإِذَا كَانَ لِلْمَرِيضِ دَيْنٌ عَلَى الْوَارِثِ، فَأَقَرَّ أَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَاهُ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، فَإِقْرَارُهُ بَاطِلٌ فِي رَوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: "جَازَ إِقْرَارُهُ بِالْقَبْضِ". وَفَرَّقَ بَيْنَ إِقْرَارِهِ بِالْقَبْضِ مِنْهُ وَبَيْنَ إِقْرَارِهِ بِاللَّيْنِ لَهُ.

= وجه قولهما: أن الإقرار وقع فاسداً بمعنى من جهة المقر، وهو قصده إلى اتصال المنع إلى وارثه، فلا ينقلب صحيحاً لمعنى من جهة المقر له، لأن فساداً مانع من صيرورته ديناً في ذمة المقر، وليس للمقر له ولاية على ذمته في إلزام شيء، فلا نقدر على تصحيح إقراره لما فيه من إلزام الدين في ذمته. المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ١٨.

١: في ب: وعند محمد.

٢: وجه قوله: أنه أقرّ لهما بالمال، وادّعى عليهما الشركة في المقر به، وقد صدّقه فيما أقرّ وكذّباه فيما ادّعى عليهما، أو أنكر الأجنبى الشركة التي ادّعاها عليه فلم تثبت الشركة بقوله، وإذا لم تثبت الشركة بقي إقراره للأجنبى صحيحاً، لأن المانع من صحة الإقرار كان منفعة الوارث، وعند انتفاء الشركة لا منفعة للوارث في صحة إقراره للأجنبى.

وكلام محمد ليس بقوي، لأنه ما أقرّ لهما بالمال إلا بصفة الشركة بينهما، ولا يمكن إثباته مشتركاً لما فيه من منفعة الوارث، ولا يمكن إثباته غير مشترك لأن ذلك غير ما أقرّ به. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ١٨، حاشية ابن عابدين: ٦١٣ / ٥.

٣: في ب: بأنّه.

٤: في ب: في الروايات. وهو الصواب.

٥: وحجّتهم في ذلك: أن إقراره بالاستيفاء في الحاصل إقرار بالدين، لأنّ الديون يقضى بأمثالها فيجب للمدين على صاحب الدين عند القبض مثل ما كان له عليه، ثم يصير قصاصاً بدينه، فكان هذا بمنزلة الإقرار بالدين للوارث وهو غير صحيح، فكذا إقراره بالاستيفاء منه. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٢ / ١٨.

٦: في ب: وفرق بين الإقرار بالقبض وبين الإقرار بالدين.

وحجّة أبي يوسف: لما عامله في الصحة فقد استحقّ براءة ذمته عند إقراره باستيفاء الدين منه، فلا يتغيّر ذلك الاستحقاق بمرضه. المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ بَعْدَ فِي يَدَيْهِ أَنَّهُ لِفُلَانٍ، لِرَجُلٍ آخَرَ، فَقَالَ الْمُقَرُّ لَهُ: "لَيْسَ الْعَبْدُ لِي، وَلَكِنْ هُوَ لِابْنِ الْمَرِيضِ" ^١، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ، فَإِنَّ إِقْرَارَ الْمَرِيضِ بِاطِلٍ [١١٢ / ب] فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ ^٢. وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ ^٤ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ أَبِيهِ لِرَجُلٍ ^٥، ثُمَّ أَقَرَّ لِرَجُلٍ آخَرَ بَدَيْنِ، فَصَاحِبُ الْوَدِيعَةِ أَوَّلَى ^٦. فَإِنَّ ^٧ بَدَأَ بِالَّذِينَ ثُمَّ بِالْوَدِيعَةِ يَتَحَاصَّنَ ^٨، وَهَذَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً ^٩.

^١: في ب: لرجل أجنبي.

^٢: في ب: ولكنه.

^٣: أو لوارث آخر. ر: المبسوط: ٣٤ / ١٨.

^٤: في ب: مات المريض.

^٥: "في" مكررة في الأصل. وهو خطأ.

^٦: لأن المقر له لما حوِّله إلى وارث المريض صار كأن المريض أقر لوارثه ابتداء. المبسوط للسرخسي: ٣٤ / ١٨.

^٧: في ب: ويجوز في قول أبي يوسف الآخر، وهو قول محمد.

وحجة قولهما: أن وارث المريض لم يملكه بإقرار المريض وإنما يملكه بإقرار الأجنبي له بالملك، وإقراره له بالملك صحيح. وقوله

الآخر أقرب إلى القياس من قوله الأول. المبسوط للسرخسي: ٣٤ / ١٨.

^٨: في ب: المريض.

^٩: في ب: لرجل عند أبيه.

والحال أن أباه لم يترك غيرها.

^{١٠}: لأنه لما قدم الإقرار بالوديعة صارت هي بعينها مستحقة للمقر له، بإقراره بالدين بعد ذلك إنما يصح في تركه الميت، والوديعة

ليست من التركة في شيء. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٤ / ١٨.

^{١١}: في ب: وإن.

^{١٢}: في ب: فإنها يتحصان.

وهذا إذا قال: "لفلان على أبي ألف درهم، وهذه الألف وديعة لفلان" تحاصفاً فيه، لأنه لما قدم الإقرار صارت الألف كلها مستحقة

للغريم بالدين، بإقراره بالوديعة صادف محلاً مشغولاً، فمنع ذلك اختصاص المودع بالعين لما فيه من إبطال حق الأول، وانقلب هذا

إقرار بالدين، لأنه أقر بوديعة مستهلكة أو بوديعة جهلها المودع عند موته، فهو والإقرار بالدين سواء. المبسوط للسرخسي: ٤٥ / ١٨.

^{١٣}: في ب: وهذا قولهم.

وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: "هَذِهِ الْأَلْفُ الَّتِي تَرَكَهَا أَبُوكَ وَدِيعَةٌ لِي"، وَقَالَ الْآخَرُ: "لِي عَلَى أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٍ". فَقَالَ الابْنُ: "صَدَقْتُمَا"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَلْفَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^٢. وَقَالَ^٣: صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ أَوْلَى^٤.

وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ^٥ وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ، وَتَرَكَ ثَلَاثَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَادَّعَى رَجُلٌ عَلَى أَبِيهِمْ ثَلَاثَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَصَدَّقَهُ الْأَكْبَرُ فِي كُلِّهَا، وَصَدَّقَهُ الْأَوْسَطُ فِي الْأَلْفَيْنِ^٦، وَصَدَّقَهُ الْأَصْغَرُ فِي أَلْفٍ دِرْهَمٍ^٧، فَإِنَّ فِي قَوْلِ^٨ أَبِي يُوسُفَ يَأْخُذُ مِنَ الْأَكْبَرِ^٩ الْأَلْفَ، وَمِنَ الْأَوْسَطِ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْأَلْفِ، وَمِنَ الْأَصْغَرِ ثُلُثَ الْأَلْفِ^{١٠}. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَأْخُذُ مِنَ الْأَكْبَرِ الْأَلْفَ، وَمِنَ الْأَوْسَطِ الْأَلْفَ، وَمِنَ الْأَصْغَرِ ثُلُثَ الْأَلْفِ^{١١}.

^١: في ب: ولو آتته.

^٢: سقط من ب: دين.

^٣: وجه قول أبي حنيفة: آتته ما ظهر الإقرار بالوديعة إلا والدين ظاهر معه، فيمنع ظهور الدين اختصاص المودع بالوديعة. ر: المسبوط للسرخسي: ٤٥ / ١٨.

^٤: في ب: وفي قولها.

^٥: وجه قولها: أن الإقرار بالوديعة أقوى حتى يصح في كلام موصول تقدم أو تأخر، والإقرار بالدين لا يصح إذا تقدم ذكر الوديعة، فعند الاقتران يجعل الأقوى مقدماً. ر: المرجع السابق.

^٦: في ب: ولو أن رجلاً مات.

^٧: في ب: ثلاث.

^٨: في ب: في ألفين.

^٩: سقطت كلمة "درهم" من ب.

^{١٠}: في الأصل: فإن في قياس، ثم شطب الناسخ على كلمة قياس.

^{١١}: في ب: ففي قول.

^{١٢}: في ب: يأخذ من الأول.

^{١٣}: في ب: والاختلاف يتبين في الأوسط خاصة، فإن عند محمد: يأخذ..

^{١٤}: سقطت كلمة "الألف" من ب، ثم ألحقت بالحاشية.

وَالْاِخْتِلَافُ يَتَبَيَّنُ فِي الْاَوْسَطِ خَاصَّةً^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ بَبَيْتٍ مِنْهَا بَعَيْنِهِ، وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، فَأِقْرَارُهُ لَا يَجُوزُ فِي الْحَالِ، وَتُقَسَّمُ الدَّارُ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ^٢، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُقَرِّ، فَلِلْمُقَرَّرِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْبَيْتَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَإِنَّ نَصِيبَ الْمُقَرَّرِ يُقَسَّمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُقَرِّ لَهُ، فَيُضْرَبُ بِمَقْدَارِ الْبَيْتِ، وَالْمُقَرَّرُ يُضْرَبُ بِحَصَّتِهِ مِنَ الدَّارِ مَا سِوَى الْبَيْتِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

^١ : حجة أبي يوسف: أن الألف اتفقت الثلاثة على كونها دينًا، فيستوفي المقر له الألف من ثلاثتهم من كل واحد منهم ثلثها، ثم يأخذ من الأوسط الذي أقر له بألف أخرى بمشاركة أخيه الأكبر فيأخذ منه نصفها، فيكون له من الأوسط خمسة أسداس الألف، ثم يأخذ من الأكبر جميع ما في يده، لإقراره أن الدين يحيط بالتركة ولا ميراث له. وعلى قول محمد يبدأ المقر له بالأكبر فيأخذ جميع ما في يده، لإقراره أنه لا حق له في التركة، ثم يثنى بالأوسط فيأخذ منه الألف التي أقر له بها، لأن الدين مقدم على الميراث، ويثلث بالأصغر فيأخذ منه ثلث الألف، فإنه حين أقر له بالألف للمقر له منها الثلث من الأصغر وثلثاه من الأوسط والأكبر، وقد وصل إليه الثلثان وزيادة، فلا يأخذ من الأصغر إلا الثلث. ر: المبسوط: ٤٦/١٨-٤٧.

^٢ : في ب: فإن إقراره.

^٣ : لأننا لو صححنا الإقرار في الحال تضرر به الشريك، لأنه يحتاج إلى قسمتين، قسمة البيت مع المقر له، وقسمة بقية الدار مع المقر، فيتفرق عليه ملكه، وهذا الضرر يلحقه من جهة المقر لأن المطالبة بالقسمة بسبب الملك الثابت بالإقرار، فما يبتنى عليه من الضرر يضاف إلى أول السبب. المبسوط للسرخسي: ٥٣/١٨.

^٤ : في ب: فإن وقع ذلك.

^٥ : في ب: فيضرب المقر له.

^٦ : سقط من ب: "يضرب".

وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ: إِنْ كَانَتْ الدَّارُ كُلُّهَا مِثَّةَ ذِرَاعٍ، وَالْبَيْتُ^٢ مِنْهَا عَشْرَةُ أَذْرُعٍ، فَيَزَعُمُ الْمُقَرُّ: أَنَّ نَصِيبَ الْمُقَرِّ لَهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ ذِرَاعاً، فَيُقَسَّمُ نِصْفُ الدَّارِ الَّذِي وَقَعَ فِي يَدَيِ الْمُقَرِّ [يُضْرَبُ هُوَ فِيهِ]^٣ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ ذِرَاعاً، وَالْمُقَرُّ لَهُ بَعَشْرَةُ أَذْرُعٍ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُضْرَبُ الْمُقَرُّ لَهُ بِخَمْسَةِ [١١٣ / أ] أَذْرُعٍ، وَالْمُقَرُّ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ ذِرَاعاً^٤.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ إِقْرَارَهُ جَائِزٌ فِي نِصْفِ الْبَيْتِ، فَيَسْلَمُ نِصْفُ الْبَيْتِ لِلْمُقَرِّ لَهُ^٥. وَرُوِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

^١: في ب: أن تكون.

^٢: في ب: "البيت" بدون واو.

^٣: سقطت هذه العبارة من الأصل، ثم ألحقت بالحاشية.

^٤: في ب: فيضرب المقر بخمسة وأربعين ذراعاً.

^٥: وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على أحد قوليه: أَنَّ الْقِسْمَةَ فِي الْعَقَارِ فِيهَا مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ وَلِهَذَا لَا يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، فَالْبَيْتُ وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ فَعَوِضُهُ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْمُقَرِّ، وَحُكْمُ الْعَوِضِ حُكْمُ الْأَصْلِ، فِيمَا أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِهِ أَمْرٌ بِتَسْلِيمِ كُلِّهِ إِلَى الْمُقَرِّ لَهُ، فَكَذَلِكَ إِنْ وَقَعَ عَوِضُهُ فِي نَصِيبِهِ يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْمُقَرِّ لَهُ فِي جَمِيعِهِ، فَلِهَذَا ضُرِبَ بِمَقْدَارِ جَمِيعِ الْبَيْتِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْحَاصِلَ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ كَمَا يَصِحُّ بِمِلْكِهِ يَصَحُّ فِي عَوِضِهِ الَّذِي هُوَ قَائِمٌ مَقَامَهُ. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٣ / ١٨.

^٦: في ب: والمقر يضرب.

^٧: سقطت كلمة "ذراعاً" من ب.

أَيُّ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يُضْرَبُ الْمُقَرُّ لَهُ بِمَقْدَارِ نِصْفِ الْبَيْتِ، وَالْمُقَرُّ بِمَقْدَارِ نِصْفِ الدَّارِ سِوَى نِصْفِ الْبَيْتِ. وَحِجَّتُهُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ إِقْرَارَهُ فِي نِصْفِ الْبَيْتِ صَادِفٌ نَصِيبِ الشَّرِيكِ، وَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ حِينَ وَقَعَ الْبَيْتُ بِالْقِسْمَةِ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَلَمْ يَصَحَّ إِقْرَارُهُ إِلَّا بِقَدْرِ مِلْكِهِ وَذَلِكَ نِصْفُ الْبَيْتِ، ثُمَّ الْقِسْمَةُ إِذَا وَقَعَ هَذَا النِّصْفُ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَعَوِضُهُ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْمُقَرِّ، وَالْمُقَرُّ بِهِ إِذَا أَخْلَفَ عَوِضاً يَثْبُتُ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ فِي ذَلِكَ الْعَوِضِ، فَلِهَذَا ضُرِبَ بِنَصِيبِهِ بِمَقْدَارِ نِصْفِ الْبَيْتِ، وَالْمُقَرُّ بِجَمِيعِ حَقِّهِ وَهُوَ مَقْدَارُ نِصْفِ الدَّارِ سِوَى الْبَيْتِ. وَالْخِلَافُ بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِنَّهَا يَثْبُتُ فِي نَصِيبِ الْمُقَرِّ لَهُ. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٣ / ١٨.

^٨: لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الدَّارِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا، فَإِقْرَارُهُ فِي نِصْفِ الْبَيْتِ لَا فِي مِلْكِ نَفْسِهِ فَيَكُونُ صَحِيحاً، وَشَرِيكُهُ وَإِنْ كَانَ يَتَصَوَّرُ عِنْدَ الْقِسْمَةِ بِتَفَرُّقٍ لِمَلِكِهِ، وَلَكِنْ هَذَا الضَّرَرُ لَا يُلْحِقُهُ بِالْإِقْرَارِ إِنَّهَا يُلْحِقُهُ بِالْقِسْمَةِ مَعَ إِقْرَارِ الْمُقَرِّ فِي مَلِكِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ وَإِنْ أَدَّى إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْغَيْرِ فِي الْبَاقِي. الْمَبْسُوطُ لِلْسَرَخْسِيِّ: ٥٢ / ١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ بَيْتٍ مِنْهَا مَعْلُومًا^١ لَمْ يَحْزُ فِي الرَّوَايَةِ الظَّاهِرَةِ^٢.

وَرَوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: "الْبَيْعُ جَائِزٌ فِي نَصِيبِ نَفْسِهِ"^٣.

وَلَوْ كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَأَوْصَى بِبَيْتٍ مِنْهَا لِرَجُلٍ، فَإِنَّ الدَّارَ تُقَسَّمُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَإِنَّ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي أَخَذَ الْمُوصَى لَهُ جَمِيعَ الْبَيْتِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَأْخُذُ إِلَّا نِصْفَ الْبَيْتِ.

وَلَوْ لَمْ يَقَعْ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي^٤ فَإِنَّ الْمُوصَى لَهُ يَأْخُذُ مِقْدَارَ ذَرْعٍ^٥ ذَلِكَ الْبَيْتِ مِنْ نَصِيبِ الْوَرِثَةِ فِي قَوْلِ^٦ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَفِي قَوْلِ^٧ مُحَمَّدٍ يَأْخُذُ مِقْدَارَ نِصْفِ ذَلِكَ الْبَيْتِ^٨.

^١: في ب: ولو كانت الدار بين رجلين.

^٢: في ب: معلوم.

^٣: في ب: لم يحز بيعه في الروايات الظاهرة.

وجه ظاهر الرواية: أنه لو جاز بيعه لنصف البيت لتضرر به شريكه، لأنه يحتاج إلى قسمتين: قسمة مع المشتري في البيت، وقسمة مع الشريك في بقية الدار، فيتضرر بتفرق ملكه، والبيع إذا وقع على وجه يتضرر به البائع لم يحز، فإذا وقع على وجه يتضرر به شريكه أولى. المبسوط للسرخسي: ٥٦/١٨.

^٤: لأن بيعه صادف ملكه، وتسليمه بالتخلية ممكن، فكان بيعه صحيحاً. المبسوط للسرخسي: ٥٦/١٨.

^٥: في ب: في نصيبه.

^٦: في ب: بمقدار أذرع.

^٧: في ب: وهذا قول.

^٨: في ب: وعند محمد.

^٩: في ب: مقدار نصف ذلك البيت من نصيب الورثة.

وهذا المسألة كالمسألة التي مرّت قبلها وهي إقرار أحد الشريكين لرجل ببيت من الدار، إلا أن المسألة هاهنا تختلف عن سابقتها في أمرين: أولهما: أن قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة دون أن يذكر فيه قولاً ثانياً. ثانيهما: أن قول محمد فيما إذا وقع البيت في نصيب الورثة يختلف عن مسألة الإقرار، فهناك للمقر له جميع البيت، وهنا في مسألة الوصية له نصف البيت. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدَيَّ رَجُلَيْنِ: يَعْنِي أَخَوَيْنِ^١، فَأَقَرَّ الْأَكْبَرُ مِنْهُمَا أَنَّ الدَّارَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ زَيْدٍ أَثَلَاثًا، وَأَقَرَّ الْأَصْغَرُ أَنَّ الدَّارَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو أَرْبَاعًا، فَإِنَّ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ^٢، وَهُوَ زَيْدٌ، يَأْخُذُ مِنَ الَّذِي أَقَرَّ لَهُمَا جَمِيعًا، وَهُوَ الْأَصْغَرُ، رُبْعَ مَا فِي يَدَيْهِ، فَيُضَمُّ^٣ إِلَى مَا فِي يَدَيَّ الْأَكْبَرِ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، ثُمَّ يُقَاسَمُ^٤ الْأَصْغَرُ مَا فِي يَدَيْهِ بَيْنَهُ وَعَمْرٍو نِصْفَيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ^٥.

وَأَمَّا فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ^٦: فَإِنَّ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ جَمِيعًا يَأْخُذُ مِنَ الَّذِي أَقَرَّ لَهُمَا جَمِيعًا^٧ خُمُسَ مَا فِي يَدَيْهِ، وَيُضَمُّ^٨ إِلَى مَا فِي يَدَيَّ الْأَكْبَرِ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَالَّذِي بَقِيَ فِي يَدَيَّ الْأَصْغَرِ يُجْعَلُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الَّذِي أَقَرَّ لَهُ خَاصَّةً نِصْفَيْنِ^٩.

= ووجهه: أَنَّ وصية الموصي في نصف البيت صادفت ملكه، وفي نصفه صادفت نصيب شريكه، ومن أوصى بعين لا يملكها ثم ملكها لا تصح وصيته فيها، فلهذا أمر الورثة بتسليم نصف البيت إلى الموصى له، أمّا في الإقرار فإنه أقرب بما لا يملك ثم ملكه فيؤمر بتسليمه إلى المقر له، فلهذا أخذ المقر له جميع البيت. ر: الجامع الصغير: ص/ ٥٢٣، المبسوط للسرخسي: ٥٤ / ١٨.

^١: في ب: [يعني بين أخوين]. وليس التعبير بأخوين وتسميتهما بـ (الأكبر والأصغر) إلا للمثال.

^٢: في ب: أقرا له جميعاً.

^٣: في ب: ويضم.

^٤: في ب: ويقاسم.

^٥: في ب: نصفان.

^٦: في ب: وهذا قول أبي يوسف، وهو قول أبي حنيفة عند أبي يوسف. وهو الأصح.

^٧: في ب: عنده.

^٨: سقطت كلمة "جميعاً" من ب.

^٩: في ب: ويضم إلى الأكبر.

^{١٠}: في ب: مع ما في يديه، وما بقي في يدي الأصغر يجعل بينه وبين الذي أقّر له خاصة بنصفين.

وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أَنَّ الأصغر قد أقّر لزيد بربع الدار، فله ربع كل نصف من الدار، وفي يد الأصغر النصف، فيعطيه ربع ما في يده لإقراره له به، فإذا أخذ منه ربع ما في يده ضمّه إلى ما في يد الأكبر، لأنه أقّر بأن حقّها في الدار على السواء، وإقراره ملزم في حقّه.

وجه قول محمد رحمه الله: أَنَّ الأصغر أقّر بأنّ حقّه في سهم وحقّ عمرو في سهم وحقّ زيد في سهم، ولكنّ سهم زيد نصفه في يد الأصغر ونصفه في يد الأكبر، والأكبر مقرّر لزيد بذلك وزيادة فلا يضرب بما في يد الأصغر إلا بما أقّر له به وذلك نصف سهم، فزيد =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ سُفْلُ الدَّارِ فِي يَدَيْ رَجُلٍ، وَالْعُلُوُّ فِي يَدَيْ آخَرَ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الدَّارَ كُلَّهَا، فَإِنَّ السُّفْلَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ، وَالْعُلُوَّ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ، وَالسَّاحَةَ^١ لِصَاحِبِ السُّفْلِ، إِلَّا أَنَّ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ مَمْرَهُ^٢.

هَذَا^٣ [١١٣ / ب] فِي رِوَايَةِ هَذَا الْكِتَابِ، وَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ الدَّعْوَى هَكَذَا^٤.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ: السَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^٥.

= يضرب بما في يد الأصغر بنصف سهم، والأصغر بسهم، وعمره بسهم، فلهذا يأخذ منه خمس ما في يده ويضمه إلى ما في يد الأكبر فيقتسمانه نصفين، لاتفاقهما على أن حقهما في الدار سواء. المبسوط للسرخسي: ٥٨ / ١٨.

^١: عرصه في الدار أو بين يديها. تكملة حاشية رد المحتار: ٢ / ١٨٤.

^٢: في ب: ممر.

لأنه مستعمل له بالتطرق فيه إلى علوه. المبسوط للسرخسي: ٨٧ / ١٧.

^٣: سقط "هذا" من ب.

^٤: سقطت "في" من ب.

^٥: سقطت كلمة "هكذا" من ب.

لأنه هو المستعمل للساحة بوضع أمتعته وصب وضوئه وكسر خطبه فيه فالقول فيه قوله. وهذه المسألة ذكرت في كتاب الدعوى.

المبسوط للسرخسي: ٨٧ / ١٧. وانظر المسألة في الجامع الصغير: ص / ٣٨٤ وما بعدها.

^٦: زاد في ب: ومسألة الخَصَّ قد ذكرنا في كتاب الدعوى.

قال في كتاب الصلح: "الساحة بينهما نصفان، لثبوت يدهما عليها بالاستعمال.

ولا يقال الساحة أرض من جنس حق صاحب السفل فينبغي أن يكون هو أولى بها، لأن ثبوت اليد لا تكون بالمجانسة بل

بالاستعمال، وصاحب العلو مستعمل لها كصاحب السفل". المبسوط للسرخسي: ١٥٦ / ٢٠.

وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ^١ لَا يَقْضِي بِالْقَمْطِ^٢ وَلَا بِوَجْهِ الْبِنَاءِ، وَلَا بِأَنْصَافِ اللَّبَنِ وَلَا بِالطَّاقَاتِ^٣ وَلَا بِالرَّوَاظِنِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ: "فُلَانٌ شَرِيكِي فِي هَذَا الْعَبْدِ" فَالْعَبْدُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ شَرِكٌ فِي هَذَا الْعَبْدِ"^٥ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْعَبْدَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ:

"لِفُلَانٍ شَرِكَةٌ فِي هَذَا الْعَبْدِ".

^١: يقول أبو حنيفة: هو بينهما، إذ الإنسان كما يجعل المذكور إلى جانبه في ملكه الخاص يجعله إلى جانبه في المشترك أيضاً إذا تولى العمل فلا يصلح حجة.

وقالوا: هو لمن المذكور إلى جانبه إذ الظاهر يشهد له، لأنَّ الإنسان يزيّن وجه داره إلى نفسه لا إلى جاره، وكذا القمط، لأنّه وقت العقد يكون على سطحه فيجعل القمط إليه.

هذا إذا جعل وجه البناء حين بنى، وأمّا إذا جعل الوجه بعد البناء بالنّقص والتّطيين فلا يستحقّ به الحائط في قولهم جميعاً. حاشية ابن عابدين: ٥٥ / ٨، بدائع الصنائع: ٢٥٨ / ٦.

^٢: والقَمْطُ: بالكسر ضبطه الجوهريّ، ونقل ابن الأثير عن الهرويّ بالضم (القَمْطُ): جبل من ليف أو خوص تشدّ به الأخصاص، وهي البيوت التي تعمل من القصب. تاج العروس: ٥٤ / ٢٠.

وفي المغرب: القَمْطُ: الخشب التي تكون على ظاهر الخَصّ أو باطنه يشدّ إليها حراذي القصب (قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام يرسل عليها قضبان الكرم). قال: وأصل القَمْطُ الشدّ. المغرب: ١٩٥ / ٢.

^٣: الطّاق ما عطف من الأبنية، ج: طاقات وطيقان. القاموس المحيط: ١١٦٩ / ١.

وفي معجم لغة الفقهاء: الطّاق: ما جعل من الأبنية، كالقوس في القناطر والنوافذ. معجم لغة الفقهاء: ٢٨٨ / ١.

^٤: في ب: الرّوازين. والرّوازن: جمع رَوْزَن، وهو الكَوْءُ، مُعَرَّب. المغرب: ٣٢٩ / ١. وانظر: لسان العرب: ١٧٩ / ١٣.

^٥: لأنّ لفظة "الشّركة" تقتضي المساواة. قال الله تعالى: ﴿إِنْ كَانُوا أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]. المبسوط للسرخسي: ٦٤ / ١٨.

^٦: الشَّرِكُ: النَّصِيب، تسمية بالمصدر. المغرب: ٤٤١ / ١.

^٧: سقطت كلمة "العبد" من ب.

^٨: في ب: "له" بدلاً من قوله "لفلان".

^٩: لأنّ لفظ "الشّركة" يقتضي التّسوية. المبسوط للسرخسي: ٦٤ / ١٨.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْبَيَانُ إِلَى الْمَقَرِّ، وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ: "لِفُلَانٍ نَصِيبٌ فِي هَذَا الْعَبْدِ"^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بِنَخْلَةٍ فِي بُسْتَانِهِ لِرَجُلٍ فَإِنَّ لَهُ النَّخْلَةَ وَمَا تَحْتَهَا^٢ مِنَ الْأَرْضِ. وَهَذَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

ذِكْرُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْبَيْعِ^٣: لَوْ بَاعَ نَخْلَةً لِرَجُلٍ^٤ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَدْخُلُ مَا تَحْتَهَا^٥ مِنَ الْأَرْضِ فِي الْبَيْعِ^٦.

^١: في ب: وعند محمد البيان إليه.

^٢: وجه قوله أن ذكر الشُّرْك منكرًا عبارة عن النّصيب قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ﴾ [الأحقاف: ٤] فهذا وقوله "لفلان في عبدي نصيب" سواء، وهناك البيان فيه إلى المقر له وإلى نفسه فيقتضي المساواة، وهنا جعله صفة للمقر به فلا يتحقق فيه اعتبار معنى المساواة، فلهذا كان هو وذكر النّصيب سواء. ر: المبسوط للسرخسي: ٦٤ / ١٨.

^٣: في ب: وما تحته.

^٤: في ب: بالاتفاق.

^٥: لأن المقر به النخل والشجر، وإنما يسمى بهذا الاسم إذا كان ثابتاً في الأرض، فأما إذا لم تكن ثابتة فتسمى خشبة، فكان في لفظه ما يدل على دخول موضعها من الأرض، ولا خلاف في هذا في إقراره. المبسوط للسرخسي: ٦٦ / ١٨.

^٦: في نسخة ب: وذكر.

^٦: قال في كتاب البيع: ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أو للقرار قال أبو يوسف: لا يملك أرضها، وأدخل محمد ما تحتها وهو المختار، وإن اشترى للقطع لا تدخل الأرض اتفاقاً، وإن للقرار تدخل اتفاقاً. حاشية ابن عابدين: ٥٥٤ - ٥٥٥.

^٧: في ب: إذا.

^٨: في ب: من رجل.

^٩: في ب: تحته.

^{١٠}: أبو يوسف رحمه الله فرق بين البيع والإقرار، فالبيع تمليك مبتدأ فلا يتناوله إلا ما وقع التّنصيب عليه، والتّنصيب إنما وقع على الثابت دون موضعه الذي نبت عليه، وموضعه الذي نبت عليه ليس مانعاً للثابت فلا يستحقّه المشتري باستحقاقه الثابتة، وبالبيع لا يستحقّ المشتري استدامته على حاله، بخلاف الإقرار، فإنه إخبار عن ملك سابق للمقر له، وفيه إشارة إلى استدامته، ولا يكون ذلك إلا بموضعها من الأرض فاستحقّ موضعها من الأرض بدلالة كلامه، والمدلول عليه في الإقرار بالمنصوص عليه. ر: المبسوط للسرخسي: ٦٦ / ١٨.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ عَلَى النَّخْلَةِ وَعَلَى مَا تَحْتَهُ مِنَ الْأَرْضِ بِحِذَائِ أَصْلِهِ خَاصَّةً، وَلَا يَدْخُلُ مَوَاضِعُ الْعُرُوقِ كُلُّهَا فِيهِ¹.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ سَهْمٌ فِي دَارِي، أَوْ سَهْمٌ مِنْ دَارِي"²، فَإِنَّ فِي قِيَاسٍ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ لَهُ السُّدُسُ³.

¹: هشام بن عبيد الله الرازي: فقيه حنفي، من أهل الري، أخذ عن أبي يوسف ومحمد، كان من بحور العلم، وكان يقول: لقيت ألفاً وسبعمئة شيخ، وأنفقت في العلم سبعمئة ألف درهم. له كتاب "صلاة الأثر" و "النوادر". ليّنه ابن حبان، وقال أبو حاتم: صدوق، وما رأيت أحداً أعظم قدراً، ولا أجَلَّ من هشام بن عبيد الله بالري، وأبي مسهر الغساني بدمشق. ر: تهذيب التهذيب: ٤٣-٤٤، الأعلام للزركلي: ٨/٨٧، سير أعلام النبلاء: ١٠/٤٤٦، الجواهر المضية: ٣/٥٦٩-٥٧٠.

²: في ب: ولا يدخل موضع العروق فيه.

أي يدخل مقدار غلط الشجرة وقت البيع ووقت الإقرار، حتى لو ازداد غلطها بعد ذلك كان لصاحب الأرض أن يأمره بنحت الزيادة، ولا يدخل من الأرض ما تناهى إليه العروق والأغصان.

فمحمد رحمه الله تعالى سوى بين البيع والإقرار وقال: الإيجاب من البائع كان في النخلة والشجرة، ولا تكون نخلة وشجرة إلا وهي ثابتة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/٦٦، منحة الخالق على البحر الرائق: ٥/٤٩٢.

³: في ب: لفلان سهم من داري أو في داري.

⁴: سقطت كلمة "قياس" من ب.

والقياس إنما هو على العبد، إذا أعتق سهماً من عبده يعتق سدسه عند أبي حنيفة لا غير، وعندهما يعتق كله. ر: بدائع الصنائع: ٢٥٦/٧.

⁵: لأبي حنيفة: ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال "له السدس". والظاهر أن الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه، ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً. وروي عن إياس بن معاوية رضي الله عنه أنه قال: "السهم في كلام العرب السدس"، إلا أنه يستعمل أيضاً في أحد سهام الورثة. المرجع السابق. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٥٢١-٥٢٢.

والأثر المروي عن ابن مسعود وعن إياس أخرجهما ابن أبي شيبة، في الرجل يوصي للرجل بسهم من ماله. وقد ورد أثر ابن مسعود مرفوعاً أيضاً، لكن في سنده متروك ومن ليس بالقوي. ر: مصنف ابن أبي شيبة: ٧/٢٩٢، نصب الراية: ٤/٤٠٧.

وَفِي قَوْلِهِمَا الْبَيَانُ إِلَى الْمَقَرِّ، وَهُوَ كَقَوْلِهِ: "لِفُلَانٍ جُزْءٌ مِنْ دَارِي".

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ حَرْبِيًّا أَسْلَمَ، ثُمَّ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَ فُلَانٍ فِي حَالِ حَرْبِهِ. وَقَالَ فُلَانٌ: "بَلْ أَخَذْتَ مِنِّي فِي حَالِ الْإِسْلَامِ".

أَوْ أَقَرَّ رَجُلٌ فَقَالَ: "أَخَذْتُ مَالَ هَذَا الْحَرْبِيِّ فِي حَالِ حَرْبِهِ. وَقَالَ الْحَرْبِيُّ: "أَخَذْتَ مِنِّي بَعْدَ الْإِسْلَامِ"، فَإِنْ كَانَ الْمَالُ قَائِمًا بَعَيْنِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً، وَعَلَى الْآخِذِ رَدُّهُ.

وَإِنْ كَانَ الْمَالُ مُسْتَهْلَكًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ فِي قَوْلِهِمَا: يَعْنِي أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْآخِذِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ^١. وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ بِقَطْعِ يَدِهِ، فَهُوَ عَلَى هَذَا^{١١} الْاِخْتِلَافِ.

^١: في ب: وعندهما.

^٢: في ب: وهو مثل قوله.

^٣: ومثل الجزء: النَّصِيبُ وَالشَّقْصُ وَالطَّائِفَةُ وَالْقَطِيعَةُ. ر: الفتاوى الهندية: ١٧٥ / ٤.

^٤: في ب: جزء من مالي.

وجه قولهما: أَنَّ السَّهْمَ اسْمٌ لِنَصِيبٍ مُطْلَقٍ لَيْسَ لَهُ حَدٌّ مُقَدَّرٌ بَلْ يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، كَاسْمِ الْجُزْءِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسَمَّى سَهْمًا إِلَّا بَعْدَ الْقِسْمَةِ، فَيَقْدَرُ بَوَاحِدٍ مِنْ أَنْصِبَاءِ الْوَرِثَةِ، وَلَا يَزَادُ عَلَى الثَّلَاثِ. ر: الجامع الصغير: ص/ ٥٢٢، بدائع الصنائع: ٢٥٦ / ٧.

^٥: في ب: أخذته مني في حال الإسلام.

^٦: سقط لفظ "بعينه" في ب.

^٧: وهو غير مصدق في الإضافة إلى حال الحرب، لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ فِي الْأَصْلِ كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ، وَادَّعَى تَمَلُّكَهَا عَلَيْهِ بِإِضَافَةِ الْآخِذِ حَالِ كَوْنِهِ حَرْبِيًّا فَلَا يَصْدَقُ فِيهِ إِلَّا بِحِجَّةٍ، كَمَا لَوْ ادَّعَى التَّمَلُّكُ عَلَيْهِ بِشَرَاءٍ أَوْ هِبَةٍ. المبسوط للسرخسي: ٦٩ / ١٨.

^٨: في ب: أيضاً.

^٩: "سقط من ب عبارة: "يعني أبو حنيفة وأبو يوسف".

وجه قولهما: أَنَّ مَالَ الْحَرْبِيِّ قَدْ يَضْمَنُ إِذَا أَخَذَهُ دِينًا، فَكَانَ قَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يَبْرُثُهُ فَلَا يَسْمَعُ إِلَّا بِحِجَّةٍ. العناية شرح الهداية: ٣٧٧ / ١٠، المبسوط للسرخسي: ٦٩ / ١٨ - ٧٠.

^{١٠}: وجه قول محمد: أَنَّهُ أَسْنَدَ إِقْرَارَهُ إِلَى حَالِهِ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ. ر: المرجعان السابقان.

^{١١}: سقطت "هذا" من ب، ثُمَّ أَلْحَقْتُ بِالْحَاشِيَةِ مَصْحُوحًا عَلَيْهَا.

^{١٢}: أي لو قال: "قطعت يده حال ما كان حربياً" وقال المقر له: "بل فعلت ذلك بعد الإسلام". ر: المبسوط للسرخسي: ٦٩ / ١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فَقَالَ: "أَقْرَضْتَنِي [١١٤ / أ] أَلْفَ دِرْهَمٍ وَلَمْ تَدْفَعْهَا إِلَيَّ"^١، فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ وَهُوَ ضَامِنٌ^٢.

وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

فِي وَجْهِ الْقَوْلِ قَوْلُ الْمُقَرِّ.

وَفِي وَجْهِ الْقَوْلِ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرِّ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "أَقْرَضْتَنِي أَوْ أَعْطَيْتَنِي أَوْ أَسْلَفْتَنِي، وَلَكِنْ لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ" يُصَدَّقُ^٣.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يُصَدَّقُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "قَبَضْتُ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَلَكِنْ لَمْ تَدْعِنِي حَتَّى أَذْهَبَ بِهِ" فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ، وَهُوَ ضَامِنٌ^٤.

^١ : في ب: أقرضني ألف درهم ولم يدفعها إلي.

^٢ : في ب: لم.

^٣ : لأن أول كلامه صريح بإقراره بالقبض، لأن القرض لا يكون إلا بالقبض، فكان قوله "لم أقبضها" رجوعاً. ر: الأصل: ٣٢ / ٥، المبسوط للسرخسي: ٤٣٦ / ٢٠.

^٤ : في ب: وإن قال ذلك.

^٥ : في ب: أمّا.

^٦ : لأن أول كلامه إقرار بالعقد وهو القرض والسلم والسلف والعطية، فكان قوله "لم أقبضها" بياناً لا رجوعاً. المبسوط للسرخسي: ٢٣ / ١٨.

^٧ : ر: مجمع الضمانات: ٧٩٢ / ٢، الفتاوى الهندية: ١٩٠ / ٤. ولم أر تعليلاً لهذا الوجه.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الَّذِي اخْتَلَفُوا^١ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "دَفَعْتُ إِلَيَّ أَلْفَ دِرْهَمٍ"، أَوْ قَالَ: "نَقَدْتُني أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَلَمْ أَقْبَلْ"^٢، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يُصَدِّقُ، وَهُوَ ضَامِنٌ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرِّ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: "لَكَ عَلَيَّ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ عَلَى هَذَا^٣ الْحَائِطِ" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَلْزَمُهُ الْمَالُ^٤. وَفِي قَوْلِهِمَا لَا يَلْزَمُهُ، وَصَارَ كَقَوْلِهِ: "لَكَ عَلَيَّ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ لَا شَيْءٌ"^٥.

^١: في ب: اختلفوا فيه.

^٢: سقط من ب: قال.

^٣: في ب: فلم أقبلها.

^٤: وجه قول أبي يوسف: أَنَّ النَّقْدَ لَا يَتَصَوَّرُ إِلَّا بِالْقَبْضِ، وَكَذَلِكَ الدَّفْعُ يَسْتَدْعِي مَدْفُوعاً، فَقَوْلُهُ "لَمْ أَقْبِضْ" رَجُوعٌ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ "أَعْطَيْتَنِي" فَإِنَّ هَذَا اللَّفْظَ يَسْتَعَارُ لِلْهَبَةِ، فَجَعَلْنَا كَلَامَهُ عِبَارَةً عَنِ الْعَقْدِ إِذَا قَالَ مُوَصَّلاً "لَمْ أَقْبِضْهُ". ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤ / ١٨.

^٥: في ب: وعند محمد.

^٦: وجه قول محمد: أَنَّ الدَّفْعَ وَالْإِعْطَاءَ سُوءٌ، فَمَا ثَبَتَ فِي قَوْلِهِ "أَعْطَيْتَنِي" فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِهِ "دَفَعْتُ إِلَيَّ وَنَقَدْتُني" لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ بِفَعْلٍ الْغَيْرِ، وَهَذَا لَا يَكُونُ سَبَباً لَوْجُوبِ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، وَإِذَا قَالَ مُوَصَّلاً لَمْ أَقْبِضْهُ كَانَ مُنْكَرًا لَا رَاجِعاً. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤ / ١٨.

^٧: سقطت كلمة "هذا" من ب.

^٨: وجه أبي حنيفة: أَنَّ قَوْلَهُ "لَكَ عَلَيَّ" التَّزَامُ تَامٌ، وَإِنَّمَا يَنْعَدَمُ مَعْنَى الْإِلْتِزَامِ بِالْتَرَدُّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَذْكُورِ آخِراً، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ هَذَا التَّرَدُّ إِذَا كَانَ الْمَذْكُورُ آخِراً مُحَالاً لِاتِّزَامِ الْمَالِ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مُحَالاً لِذَلِكَ كَانَ ذِكْرُهُ فِي مَعْنَى الْإِلْتِزَامِ لِعَوَا، يَبْقَى هُوَ مُلْتَزِماً بِالْمَالِ بِأَوَّلِ كَلَامِهِ عَيْنًا. المبسوط للسرخسي: ٧٢ / ١٨.

^٩: في ب: وفي قول صاحبيه.

^{١٠}: في ب: وصار كقولهِ: "عَلَيَّ عَشْرَةُ أَوْ لَا شَيْءٍ".

وجه قولهما: أَنَّ عَمَلَ حَرْفِ "أَوْ" فِي شَيْئَيْنِ ضَمَّ الْمَذْكُورِ عَلَيْهِ آخِرَ إِلَيْهِ وَنَفَى الْإِلْتِزَامِ عَنْ نَفْسِهِ عَيْنًا، وَهَذَا إِعْمَالُهُ فِي أَحَدِهِمَا مُمْكِنٌ وَهُوَ نَفْيُ الْإِلْتِزَامِ عَنْ نَفْسِهِ، فَكَانَ عَامِلاً فِي ذَلِكَ، بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ "أَوْ لَيْسَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ". المبسوط للسرخسي: ٧٢ / ١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةٌ دِرْهَمٍ، وَإِلَّا فَلِفُلَانٍ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ، وَصَارَ كَقَوْلِهِ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةٌ دِرْهَمٍ أَوْ لِفُلَانٍ"^٣. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَلْزِمُهُ الْمِئَةُ لِلأَوَّلِ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي.^٤ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةٌ دِرْهَمٍ، وَإِلَّا فَلِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةٌ دِينَارٍ، عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ.^٥ وَلَوْ قَالَ: "أَقْرَضَنِي فُلَانٌ مِئَةَ دِرْهَمٍ، وَإِلَّا فَلِفُلَانٍ عَلَيَّ مِئَةُ دِينَارٍ" لَزِمَتْهُ الْمِئَةُ دِرْهَمٍ^٦، وَيَبْطُلُ الدِّينَارُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٧.

^١: سقطت كلمة "الرجل" من ب.

^٢: في ب: ألف.

^٣: لأن هذا اللفظ إنما يذكر عند التردد بين المذكورين على أن يكون أولى الوجهين في ظنه الأول، فإن الرجل يقول: "هذا القادم زيد وإلا فعمرو"، و"كل هذا الطعام وإلا فهذا" يكون المراد أحدهما، على أن يكون أولى الوجهين للأول، فهذا أيضاً يكون بهذا اللفظ مقراً لأحدهما، بمنزلة قوله: "لفلان أو لفلان". المبسوط للسرخسي: ٧٩ / ١٨.

^٤: في ب: وعند محمد.

^٥: في ب: يلزم للأول.

^٦: وجه قول محمد: أنه أقرّ للأول بالمال عيناً، وفي حق الثاني علق الإقرار بالشرط، فإن قوله "وإلا لفلان" يعني إن لم يكن لفلان عليّ مئة درهم، وهذا تعليق بالشرط، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، فيبقى إقراره للأول ملزماً وفي حق الثاني باطلاً. المبسوط للسرخسي: ٧٩ / ١٨.

^٧: سقط لفظ "علي" من ب.

^٨: في ب: أو لا.

^٩: في ب: فهو على هذا الاختلاف.

أما عند أبي يوسف فإنه لما تجانس الكلامان حصل التردد بين المذكورين، وعند محمد الإقرار الثاني باطل لأنه بمنزلة التعليق بالشرط. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٩ / ١٨.

^{١٠}: في ب: لزمه مئة درهم.

^{١١}: في ب: بالاتفاق.

أما على قول محمد رحمه الله فظاهر، لما مرّ أن الأول إيجاب صحيح، والثاني باطل لأنه بمنزلة التعليق بالشرط. وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك لأنه لا مجانسة بين الكلامين، فإن القبض بحكم الاستقراض فعل، وآخر كلامه قول، فلا يمكن أن يجعل قوله: "وإلا" بمعنى التردد كحرف "أو" فبقي مقراً بالمال للأول ومعلّقاً لإقراره للثاني بشرط عدم الاستقراض والقبض من الأول، وتعليق الإقرار بالشرط لا يجوز. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٨ / ١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ مَرِيضًا أَقَرَّ لَا مَرَأَتَهُ بِدَيْنٍ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ثُمَّ مَاتَ مِنْ مَرَضِهِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ إِقْرَارَهُ بَاطِلٌ. وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ يَجُوزُ.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ مَوْلَى لِرَجُلٍ قَدْ وَالَاهُ، فَأَقَرَّ لَهُ بِدَيْنٍ، ثُمَّ نَقَضَ وَلَاءَهُ، ثُمَّ وَالَاهُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ^٢ إِلَّا دِينَارًا"، [فَالْإِقْرَارُ جَائِزٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ جَائِزٌ] فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ [١١٤/ب] وَأَبِي يُوسُفَ^٣.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ الْإِقْرَارُ جَائِزٌ وَالْإِسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ^٤.

وَكَذَلِكَ لَوْ اسْتَشْنَى شَيْئًا مِنَ الْكَيْلِ أَوْ الْوِزْنِ^٥ فَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^٦.

^١: في ب: ففي.

^٢: في ب: والاه مرة أخرى. وهو الصواب.

حجة أبي يوسف: أن المقر متهم في الطلاق وفسخ المولاة. وحجة محمد: أن شرط امتناع الإقرار أن يبقى وارثاً إلى الموت بذلك السبب ولم يبق، ولأنه لما صار أجنبياً نفذ الإقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت، وإنه إذا لم يعقد ثانياً كان جائزاً، فكذا إذا عقد. تبين الحقائق: ٢٦/٥.

^٣: في ب: مئة درهم.

^٤: وعليه أن يطرح من الألف قيمة الدينار. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧/١٨.

^٥: استحسنا ذلك في المقدرات وهي المكيل والموزون، لأنها جنس واحد في المعنى من حيث إنها تثبت في الدمة حالاً ومؤجلاً ويجوز استقراضها وإن اختلفت صورتها، فإذا كانت في المعنى جنساً واحداً جاز استثناءها باعتبار المعنى، لأن الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى.

قال في اللباب: "والصحيح جواب الاستحسان، واعتمده المحبوبي والتسفي، كذا في التصحيح". تبين الحقائق: ١٥/٥، اللباب: ص/٢٥٩.

^٦: لمحمد وزفر أن الاستثناء إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام، على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلاً تحت اللفظ، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ، وقول محمد وزفر هو القياس. ر: المرجع السابق.

^٧: في ب: فالإقرار جائز والاستثناء باطل في قول محمد وزفر، وعندهما يجوز الاستثناء والإقرار.

^٨: في ب: من المكيل والموزون. ر: المرجع السابق.

^٩: في ب: فهو على هذا الاختلاف. ر: المرجع السابق.

وَلَوْ اسْتَشْنَى ثَوْبًا أَوْ عَبْدًا فَالْإِقْرَارُ جَائِزٌ وَالْاسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ جَازَ الْإِقْرَارُ وَالْاسْتِثْنَاءُ مِقْدَارُ قِيَمَةِ الثَّوْبِ أَوْ الْعَبْدِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ إِلَّا مِئَةَ دِرْهَمٍ أَوْ خَمْسِينَ دِرْهَمًا"، قَالَ فِي بَعْضِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ:

"تَلْزَمُهُ تِسْعُمِئَةٌ وَخَمْسِينَ دِرْهَمًا"، وَقَالَ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ: "تَلْزَمُهُ تِسْعُمِئَةٌ".

^١: في ب: وكذلك لو استثنى عبداً أو ثوباً.

^٢: في ب: فلا استثناء باطل، والإقرار جائز بالاتفاق.

^٣: في ب: يجوز الاستثناء والإقرار بمقدار.

^٤: في ب: والعبد.

لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه صحيح، ويسمى استثناءً منقطعاً، لوروده في القرآن وغيره، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّي إِلَّا رَبَّ الْعَالَمِينَ﴾ الشعراء: ٧٧، وقوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْبَاءُ الظَّالِمِينَ﴾ النساء: ١٥٧، وبيان ذلك: أن عليه أن يبين ثوباً لا يستغرق قيمته الألف، فإن استغرق فالتفسير لغو. وفي الاستثناء وجهان: أصحهما: يبطل ويلزمه الألف، لأنه بين ما أراد بالاستثناء فكأنه بلفظ به وهو مستغرق. والثاني: لا يبطل، لأنه صحيح من حيث اللفظ وإنما الخلل في تفسيره، فيقال: فسره بتفسير صحيح. ر: روضة الطالبين: ٤/٤٠٧، مغني المحتاج: ٢/٢٥٨، الإقناع: ٢/٣٢٨، نهاية المحتاج: ٥/١٠٦.

^٥: في ب: دراهم.

^٦: في ب: فإن في بعض كتاب الإقرار قال.

^٧: سقط من ب كلمة "درهماً".

^٨: في ب: وقال في بعضها. المقصود بـ "الكتب" الكتب الفقهيّة، ككتاب البيوع، والشركة و..

^٩: في ب: "فحسب". وجه هذا القول: أنه لما كان تكليماً بالباقي وكان مانعاً من الدخول شككنا في المتكلم به، والأصل فراغ الذم فلا يلزمه الزائد بالشك. ورجح الزيلعي وغيره الرواية الأولى، واعتبروا الرواية الثانية خلاف الأصح، وبعضهم عكس الأمر. قال ابن عابدين: نقل المقدسي عن متفرقات وصايا الكافي أن القائل بأن المستثنى خمسون العامة، وقال محمد: "إنه مئة". وذكر في الظهيرية والولولجية أن قول محمد رواية أبي حفص، وتلك رواية سليمان. وفي الدراية صححها، وصح فاضلخان في شرح الزيادات رواية أبي حفص، وقال: "وهو الموافق لقواعد المذهب". تبين الحقائق: ٥/١٣، حاشية ابن عابدين: ٨/١٤٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ فَقَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ كُرٌّ حِنْطَةٍ وَكُرٌّ شَعِيرٍ إِلَّا كُرٌّ حِنْطَةٍ وَ قَفِيزٌ شَعِيرٍ"، فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ كُرِّ حِنْطَةٍ بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً. وَاسْتِثْنَاءُ الْقَفِيزِ بَاطِلٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: ٧: اسْتِثْنَاءُ قَفِيزٍ مِنَ الشَّعِيرِ جَائِزٌ.^٨

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: "أَنْتَ حُرٌّ وَحُرٌّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ"، كَانَ حُرّاً، وَبَطَلَ الاسْتِثْنَاءُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^٩ وَفِي قَوْلِهِمَا "لَا يَعْتَقُ".^{١٠}

^١: في ب: وإذا قال.

^٢: مكيال قديم يختلف باختلاف البلاد. والقفيز الشرعي: يساوي اثنا عشر صاعاً، تعادل ثمانية مكوكاً، ويساوي عند الحنفية (٣٩٠.١٣٨) كيلو غراماً من القمح، وعند غيرهم يساوي (٢٦٠.٠٦٤) كيلو غراماً. ر: معجم لغة الفقهاء: ١/٣٦٨، القاموس الفقهي: ١/٣٠٧.

^٣: في ب: فإن استثناءه بكر الحنطة.

^٤: في ب: "باطل بالإجماع". وذلك لانصراف كُر الحنطة إلى جنسه فيكون استثناء الكل من الكل فلم يصح بدائع الصنائع: ٢١٢/٧.

^٥: في ب: واستثناءه بالقفيز أيضاً باطل.

^٦: لأنه لما لم يصح استثناء كُر الحنطة فقد لغا، فكأنه سكت ثم استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناءه أصلاً. بدائع الصنائع: ٢١٢/٧.

^٧: في ب: وعندهما.

^٨: في ب: استثناء القفيز جائز في الشعير.

وجه قولها: أن الكلام متصل وقد استثنى منه. ر: الجوهرة النيرة: ١/٣٠٧.

^٩: في ب: ولو قال.

^{١٠}: فالاستثناء باطل ويقع العتاق، لأن كلامه الثاني لغو فصار فاصلاً. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/٩٠.

^{١١}: في ب: وفي قياس قول صاحبيه.

^{١٢}: فالاستثناء صحيح، لكون الكلام موصولاً ظاهراً. المبسوط للسرخسي: ١٨/٩٠.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ دِرْهَمٌ غَيْرُ دَانِقٍ" مِنْ ثَمَنٍ بَقِلٍ^١ قَدْ قَضَيْتُهُ إِيَّاهُ، قَالَ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ: "عَلَيْهِ دِرْهَمٌ". وَقَالَ فِي بَعْضِ الْكُتُبِ^٢: "عَلَيْهِ دِرْهَمٌ غَيْرُ دَانِقٍ".

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَتَبَ الرَّجُلُ عَلَى نَفْسِهِ صَكًّا بِإِقْرَارٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ^٣، وَقَالَ فِي آخِرِهِ: "وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ حَقًّا فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ"، فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤ يَكُونُ الْإِسْتِثْنَاءُ عَلَى جَمِيعِ مَا فِي الصَّكِّ^٥. وَقَالَا^٦: الْإِسْتِثْنَاءُ^٧ عَلَى مَا يَلِيهِ، وَالْمَالُ الَّذِي أَقْرَبَهُ لَا زِمَ^٨.

^١ : بالفتح والكسر قيراطان، والدَّانِقُ ثمان حَبَّات، ويعادل: ٤٩٦، ٠ غ. المغرب: ١/ ٢٩٦، معجم لغة الفقهاء: ١/ ٤٤٩.

^٢ : سقط كلمة "بقيل" من ب، ثم ألحقت بالحاشية.

^٣ : في ب: وقال في بعضها.

^٤ : في ب: دنق في الموضعين.

المذكور في نسخ أبي سليمان: عليه درهم، لأنَّ قوله: "قد قضيته" صفة للدَّانِقِ الَّذِي استثناه، فكان هذا منه دعوى القضاء في الدَّانِقِ لَا الاستثناء على الحقيقة فلزمه درهم. وفي نسخ أبي حفص: عليه درهم إلا دانقاً. قال الحاكم رحمه الله: هذا أقرب إلى وفاق ما اعتلَّ به في المسألة لا في تعليل المسألة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/ ٩١، الفتاوى الهندية: ٤/ ١٩٣.

^٥ : صكّ: وثيقة، فارسيّ دخيل. معجم لغة الفقهاء: ١/ ١٩.

^٦ : في ب: بإقرار أو عتق.

^٧ : هكذا، ولعل الصحيح: "الحقّ".

^٨ : أي له ولاية المطالبة. الجامع الصغير: ص/ ٣٩٥.

^٩ : في ب: بها.

^{١٠} : في ب: فإنَّ عند أبي حنيفة.

^{١١} : في ب: الاستثناء يكون على جميعه.

لأبي حنيفة: أنَّ الصَّكَّ بمنزلة شيء واحد، فإذا لحقه الاستثناء يعمل به في الكل. وقول أبي حنيفة هو القياس. ر: الجامع الصغير: ص/ ٣٩٥.

^{١٢} : في ب: وعندهما.

^{١٣} : سقطت كلمة "الاستثناء" من ب.

^{١٤} : عندهما الدَّين لازم، وقوله: "إن شاء الله" يحمل على من قام بذكر الحق وعلى الخلاص، لأنَّ الصَّكَّ للاستيثاق فصار ذلك دلالة الصَّرف إليه والقصر عليه. وقولهما استحسان. ر: المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فَقَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فِيمَا أَعْلَمُ" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْإِقْرَارَ بَاطِلٌ^١. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْإِقْرَارُ جَائِزٌ^٢.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فِيمَا أَظُنُّ أَوْ فِيمَا أَحْسَبُ"، فَالْإِقْرَارُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَا بَيْنَ مِئَةٍ إِلَى مِئَتَيْنِ"^٤ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَلْزَمُهُ مِئَةٌ وَتِسْعَةٌ وَتَسْعُونَ^٥. وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ^٦.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَا بَيْنَ عَشْرَةِ دَرَاهِمٍ إِلَى عَشْرَةِ دَنَانِيرٍ" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ [١١٥/أ] يَلْزَمُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَتِسْعَةُ دَنَانِيرٍ.

^١: في ب: وإذا أقر أن لفلان.

^٢: في ب: فإن الإقرار باطل في قول أبي حنيفة ومحمد.

^٣: عندهما التشكيك يطل الإقرار، فقلوه "فيما أعلم" يذكر للشك عرفاً، فصار كقلوه "فيما أحسب وأظن". وله: أنه أثبت العلم بما أقر به فيوجب تأكيده. ر: حاشية ابن عابدين: ٢١٠/٨.

^٤: في ب: فإن الإقرار باطل بالاتفاق.

لأن هذه الألفاظ إنما تذكر في العادة لبيان شكّه فيه. المبسوط للسرخسي: ٩٤/١٨، حاشية ابن عابدين: ٢١٠/٨.

^٥: في ب: ولو قال: لفلان عليّ مئة درهم إلى مئتين.

^٦: في الأصل: وتسعين، والصواب ما أثبتناه.

وجه قول أبي حنيفة: الرجوع إلى العرف والعادة، فإن من تكلم بمثل هذا الكلام يريد به دخول الغاية الأولى دون الثانية، ألا ترى أنه إذا قيل: "سنّ فلان ما بين تسعين إلى مئة" لا يراد به دخول المئة، كذا ههنا.

وعندهما يلزمه مئتان. وجه قولها: أنه لما جعلها غاييتين فلا بد من وجودهما، ومن ضرورة وجودهما لزومهما. ر: الجامع الصغير:

ص/٤١٧-٤١٨، بدائع الصنائع: ٢٢١/٧.

^٧: في ب: ذكرناه في الطلاق.

قال في كتاب الطلاق: "ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة. ولو قال: من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: في الأولى هي ثنتان، وفي الثانية ثلاث. وقال زفر: الأولى لا يقع شيء، وفي الثانية تقع واحدة". الهداية مع فتح القدير: ١٧/٤.

[وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: "مَا بَيْنَ عَشْرَةِ دَنَانِيرَ إِلَى عَشْرَةِ دَرَاهِمَ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَلْزَمُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ وَتِسْعَةُ دَنَانِيرَ]، وَيُجْعَلُ الِاسْتِثْنَاءُ مِنْ أَفْضَلِهِمَا^١، سَوَاءً قَدَّمَ أَوْ آخَرَ. وَقَالَا^٢: يَلْزَمُهُ ذَلِكَ كُلُّهُ، وَلَا يُنْقَضُ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَلَوْ قَالَ^٣: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَلْزَمُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ^٤، وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ يَلْزَمُهُ مِثَّتَا دَرَاهِمٍ^٥. وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ عَظِيمٌ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِهِمَا^٦ يَلْزَمُهُ^٧ مِثَّتَا دَرَاهِمٍ^٨. وَلَيْسَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَايَةٌ. وَ^٩قَالَ بَعْضُ الْمَشَايخِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^{١٠}: يَنْبَغِي أَنْ يُحْكَمَ حَالُ الْمُقَرِّ فَيُقْضَى عَلَيْهِ بِمُقَدَّارِ مَا يَكُونُ عَظِيمًا عِنْدَهُ^{١١}.

^١: هذه الجملة ساقطة من ب، وفي ب: أو ما بين كَرَّ حنطة إلى كَرَّ شعير، يلزمه كَرَّ شعير وكَرَّ حنطة إلا قفيزاً من حنطة.

^٢: زاد في ب بعدها: يعني من حنطة.

^٣: في ب: وفي قولهما.

^٤: سقط من ب: "كله".

^٥: في ب: ولا ينتقص منه شيئاً. انظر: بدائع الصنائع: ٧/ ٢٢١.

^٦: في ب: وإذا قال.

^٧: في ب: يلزمه عشرة في قول أبي حنيفة.

^٨: وجه قول أبي حنيفة: أن أكثر ما يتناول هذا اللفظ مقروناً بالعدد عشرة، فقال: عشرة دراهم. وعندهما يلزمه مِثَّتَا دراهم، لأن الكثير من الدراهم ما يحصل به الغنى لصاحبه، وهو النصاب الذي تجب فيه الزكاة. وأبو حنيفة رحمه الله يبنى الجواب على اللفظ، وهما على المعنى المقصود باللفظ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/ ٩٧.

^٩: سقطت كلمة "لفلان" من ب.

^{١٠}: في ب: فإن في قول أبي يوسف.

^{١١}: في ب: عليه.

^{١٢}: على قياس مذهبهما عند الوصف بالكثرة. المرجع السابق.

^{١٣}: سقطت الواو من ب.

^{١٤}: في ب: على قياس قول أبي حنيفة.

^{١٥}: فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم، وكما أن المئتين مال عظيم في حكم الزكاة، فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة وتقدير المهر بها، فيتعارض فيرجع إلى حال الرجل وعلى حاله يبنى فيما بينه. المبسوط للسرخسي: ١٨/ ٩٨.

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ كَثِيرٌ"^١، فَعَلَيْهِ أَرْبَعُونَ شَاءً.

وَلَوْ قَالَ: "إِبِلٌ كَثِيرٌ"، يَلْزِمُهُ^٢ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ، وَهَذَا قَوْلُهُمَا^٣. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ مِقْدَارُ مَا يَسْتَكْثِرُهُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "أَسْكَنْتُ فُلَانًا بَيْتِي"^٥ ثُمَّ أَخْرَجْتُهُ مِنْهُ^٦، وَادَّعَى السَّائِكُ الْبَيْتَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْكِنِ فِي

قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَى الْمَقَرِّ لَهُ الْبَيْتُ^٧. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ السَّائِكِ، وَعَلَى الْمَقَرِّ الْبَيْتُ^٨.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: "أَعَرْتُ فُلَانًا هَذَا الثَّوبَ أَوْ هَذِهِ الدَّارَ"^٩ ثُمَّ أَخَذْتُ^{١٠} مِنْهُ^{١١}، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^{١٢}.

^١: سقطت كلمة "لفلان" من ب.

^٢: في ب: لزمه.

^٣: في ب: وهذا قول صاحبيه.

وهذا لأنها أدنى نصاب يؤخذ من جنسه. حاشية ابن عابدين: ١٠٨/٨.

^٤: في ب: وعلى قياس. وهو الصواب.

^٥: في ب: مقدار ما يستكثره الحاكم. كما مر.

^٦: في ب: وإذا قال الرجل.

^٧: زاد في ب: هذا.

^٨: وجه قول أبي حنيفة: أن المقر به ليس هو اليد المطلقة، بل اليد بجهة الإعارة والسكنى، وهذا لأن اليد لها ما عرفت إلا بإقراره فبقيت على الوجه الذي أقر به فيرجع في بيان كيفية اليد إليه. بدائع الصنائع: ٢١٨/٧.

^٩: في ب: وفي قولها.

^{١٠}: وجه قولها: أن قوله: "أسكنته داري ثم أخرجته" إقرار منه باليد لها ثم الأخذ منها، فيؤمر بالردّ عليها لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» [النسائي، باب ما جاء في الأحكام، رقم (٥٧٨٣)، أبو داود، باب في تضمين العارية، رقم (٣٥٦١)، ابن ماجه، باب العريّة، رقم (٢٤٠٠)، الترمذي، باب ما جاء في أن العارية مؤدّاة، رقم (١٢٦٦)] ر: بدائع الصنائع: ٢١٨/٧.

^{١١}: في ب: أو أكرت فلاناً هذه الدّابة.

^{١٢}: في ب: أخذته.

^{١٣}: ر: المرجع السابق. والمسألة ذكرها في الجامع الصغير: ص/٤١٦.

وَلَوْ قَالَ: "كُنْتُ أَوْدَعْتُ فُلَانًا ثُمَّ أَخَذْتُ مِنْهُ"، فَقَالَ: "هُوَ لِي، وَقَدْ أَخَذْتُهُ مِنِّي بِغَيْرِ حَقٍّ"، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَعْتَقَ الرَّجُلُ جَارِيَةً ثُمَّ أَقَرَّ^١ أَنَّهُ أَخَذَ مِنْهَا شَيْئًا قَبْلَ الْعَتَقِ، وَادَّعَتْ هِيَ^٢ أَنَّهُ أَخَذَ^٣ بَعْدَ الْعَتَقِ، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

فِي وَجْهِ الْقَوْلِ قَوْلُ الْجَارِيَةِ.

وَفِي وَجْهِ الْقَوْلِ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ.

وَفِي وَجْهِ اخْتِلَافُوا. فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْجَارِيَةِ فَهُوَ^٤ "أَنْ يُقَرَّرَ بِأَخْذِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ، وَذَلِكَ الشَّيْءُ قَائِمٌ بَعَيْنِهِ فِي يَدَيْهِ"^٥.

^١: سقط لفظ "كنت" من ب.

^٢: في ب: وقال فلان.

^٣: في ب: وقد أخذت بغير حق.

^٤: لأنَّ اليد في الإيداع مقصودة، لأنَّ المقصود هو الحفظ، ولا يكون الحفظ بدون اليد، فإذا كانت اليد مقصودة في الوديعة كان إقراراً بأنَّ العين كانت في يده، والإقرار باليد إقرار بالملك، وهذا الوجه علَّلَ الشَّيْخُ أَبُو مَنْصُورٍ الماتريديُّ في شرح الجامع الصَّغِيرِ حيث قال: "اليد في الإيداع مقصودة دون الإعارة". تبين الحقائق: ٢٢/٥.

^٥: سقطت كلمة "الرجل" من ب.

^٦: في ب: جارية له، وأقر.

^٧: في ب: وادَّعت الأمة.

^٨: في ب: أخذ منها.

^٩: في ب: الَّذِي يَقُولُ.

^{١٠}: في ب: هو.

^{١١}: في ب: قائم في يديه.

لأنَّه في القائم أقرَّ بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادَّعى التَّمْلِيكَ عليها وهي تنكر، فالقول قول المنكر، فلهذا يؤمَّر بالردِّ إليها. تبين الحقائق: ١٥٨-١٥٩/٦.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَوْلَى إِذَا أَقَرَّ^١ أَنَّهُ أَخَذَ غَلَّتَهَا، أَوْ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ^٢.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الَّذِي اخْتَلَفُوا^٣ فَهُوَ أَنْ يُقَرَّ بِأَخْذِ مَالٍ^٤، وَالْمَالُ مُسْتَهْلَكٌ، أَوْ أَقَرَّ بِقَطْعِ يَدِهَا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٥ [ب/١١٥] الْقَوْلَ قَوْلُ الْجَارِيَةِ^٦. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى^٧.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا^٨ مُضَارَبَةً^٩، فَجَاءَ الْمُضَارِبُ بِالْفَنَى دِرْهَمٍ، وَقَالَ: "كَانَ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَزَبَحْتُ^{١٠} أَلْفَ دِرْهَمٍ"، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: "كَانَ رَأْسُ الْمَالِ أَلْفِي دِرْهَمٍ وَلَمْ تَزَبَحْ شَيْئًا"، فَإِنَّ فِي

^١: في ب: القول قول المقر.

^٢: في ب: فهو أن أقر.

^٣: لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلَّتْها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقها. تبين الحقائق: ١٥٩/٦.

^٤: في ب: اختلفوا فيه.

^٥: في ب: المال.

^٦: في ب: قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وهو الصواب. ر: تبين الحقائق: ١٥٨/٦، الفتاوى الهندية: ٦١/٦.

^٧: لهما أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله. تبين الحقائق: ١٥٩/٦.

^٨: عند محمد لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها، لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية له، كما في الوطء والغلة، وفي القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها، ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر فالقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها. تبين الحقائق: ١٥٨/٦.

^٩: سقط لفظ "مالاً" من ب.

^{١٠}: أي دفعه له ليتنجر له فيه، على أن له حصّة معينة من ربحه. ر: القاموس الفقهي: ٢٢١/١.

^{١١}: سقط من ب: كان.

^{١٢}: في ب: وربحنا.

قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ^١. وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٍ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمُضَارِبُ أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: "لَا بَلْ لِفُلَانٍ"، ثُمَّ عَمِلَ بَعْدَ
ذَلِكَ فَرِيحَ^٣، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ يَأْخُذُ رَأْسَ الْمَالِ، وَالرَّبْحُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^٤، فَيَعْرُضُ الْمُضَارِبُ
لِلْمُقَرَّرِ لَهُ^٥ الثَّانِي رَأْسَ^٦ مَالِهِ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي مِنَ الرَّبْحِ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْمُضَارِبِ^٧.

^١: وجه هذا القول: أَنَّ المضارب أقرَّ أن جميع ما في يده مال المضاربة، والأصل في مال المضاربة حقَّ ربِّ المال، فإذا ادَّعى بعد ذلك
استحقاق بعض المال لنفسه لا يقبل قوله إلا بحجة، والقول قول رب المال لإنكاره. المبسوط للسرخسي: ٩١ / ٢٢.

^٢: وجه قوله الآخر: أَنَّ الاختلاف بينهما في مقدار المقبوض من رأس المال، والقابض هو المضارب، فيكون القول قوله في مقدار
المقبوض، لأنَّ ربَّ المال يدَّعي زيادة فيما أعطاه وهو ينكر، لأنَّه لو أنكر أصل القبض كان القول قوله، فكذلك إذا أنكر زيادة
القبض. المبسوط للسرخسي: ٩١ / ٢٢. وذكر في الجامع الصَّغِيرِ القول الثاني فحسب. ر: الجامع الصَّغِيرِ: ص / ٤٢٧.

^٣: في ب: وريح.

^٤: في ب: يأخذ الأول رأس ماله.

^٥: أي بين المضارب والأول، ولا شيء للثاني من الربح. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٠ / ١٨.

^٦: في ب: ويضرب.

^٧: في ب: المقر له.

^٨: في ب: برأس.

^٩: وأصل المسألة في كتاب المضاربة: أَنَّ المضارب إذا جحد ثم أقرَّ وتصرَّف وبيع كان الربح بينهما على الشَّرْكَة عند أبي يوسف رحمه
الله، وعند محمد رحمه الله الربح كله للمضارب، فهنا الأول لما تقدَّم إقرار المضارب له ثبت حقه وصار كالثابت بالمعينة، ثم بإقراره
للثاني صار جاحداً لحقَّ الأول، وإنَّما هو تصرَّف وبيع بعد جحوده فيكون نصف الربح للأول عند أبي يوسف رحمه الله، وجميع
الربح للمضارب عند محمد رحمه الله، ولكنَّه بسبب جلبه فيتصدَّق به ويغرم لكل واحد منهما نصف رأس ماله، أمَّا للأول فغير
مشكل، وأمَّا للثاني فلا قراره بأنَّه كان أميناً من جهته، وقد دفع الأمانة إلى غيره، وبإقراره صار ضامناً له. ر: المبسوط للسرخسي:

١٢٠-١٢١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا تَوَاضَعَ الرَّجُلَانِ عَلَى^١ أَنْ يَبِيعَا بَيْعَ التَّلَجَّةِ^٢، ثُمَّ تَبَايَعَا وَلَمْ يَذْكُرَا فِي الْبَيْعِ شَيْئًا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْبَيْعَ جَائِزٌ، إِلَّا أَنْ يَتَصَادَقَا أَنَّهُمَا تَبَايَعَا عَلَى تِلْكَ الْمَوَاضِعَةِ.
وَفِي قَوْلِهِمَا الْبَيْعُ فَاسِدٌ، إِلَّا أَنْ يَتَصَادَقَا أَنَّهُمَا أَعْرَضَا عَنْ تِلْكَ الْمَوَاضِعَةِ.
وَلَوْ أَنَّهُمَا تَبَايَعَا عَلَى أَلْفِي دِرْهَمٍ، وَكَانَ قَصْدُهُمَا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بِأَلْفٍ^٣، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفِي^٤ دِرْهَمٍ.
وَقَالَا: عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ^٥.

^١: تَوَاضَعَ الْقَوْمُ عَلَى الشَّيْءِ: اتَّفَقُوا عَلَيْهِ. لسان العرب: ٨/ ٣٩٦.

^٢: سَقَطَ مِنْ ب: عَلَى.

^٣: فِي ب: يَبِيعَا تَلَجَّةً.

وَبِيعَ التَّلَجَّةُ: الْبَيْعُ الصَّوْرِي، وَهُوَ أَنْ تَلْجَأَ لِأَنْ تَأْتِيَ بَيْعًا ظَاهِرَهُ غَيْرُ بَاطِنِهِ. معجم لغة الفقهاء: ١/ ٨٦، وانظر: القاموس الفقهي:

١/ ٣٢٨، حاشية ابن عابدين: ٨/ ١٥٤.

^٤: فِي ب: وَعِنْدَهُمَا.

^٥: جَعَلَ أَبُو حَنِيفَةَ صَحَّةَ الْإِيجَابِ أُولَى، لِأَنَّهَا الْأَصْلُ. وَهُمَا اعْتَبَرَا الْمَوَاضِعَةَ إِلَّا أَنْ يَوْجَدَ مَا يَنَاقِضُهَا. حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٧٤.

٥/ ٢٧٤.

^٦: فِي ب: بِأَلْفِ دِرْهَمٍ.

^٧: فِي ب: أَلْفًا.

^٨: فِي ب: وَعِنْدَهُمَا.

^٩: هَذَا إِذَا لَمْ يَذْكُرَا فِي الْبَيْعِ شَيْئًا، فَالْمَوَاضِعَةُ بَاطِلَةٌ، وَالتَّسْمِيَةُ لِلْأَلْفَيْنِ صَحِيحَةٌ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا الْعَمَلُ بِالْمَوَاضِعَةِ وَاجِبٌ، وَالْأَلْفُ

الرَّائِدَةُ الَّتِي تَبَايَعَا عَلَيْهَا بَاطِلَةٌ، لَمَّا مَرَّ أَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَهُ الْجَدُّ، وَعِنْدَهُمَا الْمَوَاضِعَةُ. ر: حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٧٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ عَبْدًا فَبَاعَ نِصْفَهُ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَتَحَالَفَانِ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَتَحَالَفَانِ^٢، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ النِّصْفَ، حِينَئِذٍ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَانِ النِّصْفَ، وَفِي النِّصْفِ الْآخَرَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي^٣.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٤ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَانِ^٥، ثُمَّ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ وَنِصْفَ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ وَيَأْخُذُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ كُلِّهِ^٦.

^١: حَلَفَ أَيِ أَقْسَمَ، يَخْلِفُ خَلْفًا وَخَلِيفًا وَمَحْلُوفًا. وَأَحْلَفْتُهُ أَنَا وَحَلَفْتُهُ وَاسْتَحْلَفْتُهُ كُلُّهُ بِمَعْنَى. وَالْحِلْفُ بِالْكَسْرِ: الْعَهْدُ يَكُونُ بَيْنَ الْقَوْمِ. وَتَحَالَفُوا، أَيِ تَعَاهَدُوا، وَمِنْهُ تَحَالَفَتْ قَرِيشٌ وَكَثَانَةُ عَلَى بَنِي هَاشِمٍ: أَيِ حَلَفَ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ عَلَى عِدَاوَتِهِمْ وَصَارُوا يَدًا عَلَيْهِمْ. وَيُقَالُ: هَذَا شَيْءٌ مُحْلَفٌ، إِذَا كَانَ يَشْكُ فِيهِ فَيَتَحَالَفُ عَلَيْهِ.

وَالْتَحَالَفَ الْمَقْصُودُ هُنَا: مِنَ الْحَلْفِ، وَفِي اصْطِلَاحِ الْفُقَهَاءِ: أَنْ يَحْلِفَ الْمُتَعَاقدَانِ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ.

وَفِي الْمَجْلَةِ (م ١٦٨٢): هُوَ تَحْلِيفُ الْخَصْمَيْنِ كُلِّهِمَا. ر: مَجْمَلُ اللَّغَةِ لِابْنِ فَارِسٍ: ١/٢٤٩، الصَّحاحُ تَاجُ اللَّغَةِ وَصَحاحُ الْعَرَبِيَّةِ: ٤/١٣٤٦، لِسَانُ الْعَرَبِ: ٩/٥٣، قُرَّةُ عَيْنِ الْأَخْيَارِ: ٨/٧٦-٧٧، مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ: ص/٣٣٩، الْقَامُوسُ الْفُقَهِيُّ: ص/٩٨، مَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: ص/١٢٢.

^٢: لِأَنَّ مَا أَخْرَجَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ مِلْكِهِ بَعُوضٌ أَوْ بَغِيرٌ عَوْضَ سَالِمٍ لَهُ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ لَهُ ذَلِكَ مَجَانًّا، فَلِهَذَا كَانَ الْقَوْلُ فِي الثَّمَنِ قَوْلَ الْمُشْتَرِي سِوَاءَ رِضَى الْبَائِعِ بِاسْتِرْدَادِ مَا بَقِيَ أَوْ لَمْ يَرْضَ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٨/١٣٧-١٣٨.

^٣: سَقَطَ مِنْ ب: "لَا يَتَحَالَفَانِ"، إِنَّمَا فِي ب: "الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي".

^٤: وَيَتَّبِعُ الْمُشْتَرِي بِحَصَّةٍ مَا خَرَجَ مِنْ مِلْكِهِ عَلَى قَوْلِ الْمُشْتَرِي. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٨/١٣٨.

^٥: فِي ب: فَحِينَئِذٍ.

^٦: لِأَنَّ مِنْ أَصْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ تَعَذَّرَ جَرِيَانُ التَّحَالَفِ فِي بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالَفَ فِيمَا بَقِيَ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٧: فِي ب: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ.

^٨: سَقَطَ لَفْظُ "وَيَتَرَادَانِ" مِنْ ب.

^٩: فِي ب: وَيَأْخُذُ الْقِيَمَةَ.

لِأَنَّ خُرُوجَ جَمِيعِ الْعَبْدِ مِنْ مِلْكِهِ لَا يَمْنَعُ جَرِيَانِ التَّحَالَفِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَكَذَلِكَ خُرُوجُ بَعْضِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٨/١٣٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ [١١٦/أ] لَهُ عَبْدًا بِعَيْنِهِ، فَقَالَ الْوَكِيلُ: "اشْتَرَيْتُ". فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ فِي يَدَيْهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ، سِوَاءٍ كَانَ الْمُوَكَّلُ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْوَكِيلِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ.

وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ هَلَكَ فِي يَدَيِ الْوَكِيلِ فَإِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ دَفَعَ الثَّمَنَ إِلَى الْوَكِيلِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ.

[وَلَوْ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، فَقَالَ الْوَكِيلُ: "اشْتَرَيْتُ" فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ هَالِكًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ، وَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ].^١

وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ قَائِمًا فِي يَدَيْهِ، وَقَالَ الْمُوَكَّلُ: "إِنَّمَا اشْتَرَيْتُ لِنَفْسِكَ". وَقَالَ هُوَ: "اشْتَرَيْتُهُ لَكَ"، فَإِنْ كَانَ الْمُوَكَّلُ دَفَعَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ.^٢ فِي هَذِهِ^٣ الْفُصُولِ كُلُّهَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

^١: في ب: دفع إليه الثمن.

^٢: في ب: أو لم يدفع.

وذلك لأنه أخبر عن أمر يملك استثنافه، والمخبر به في التحقيق والثبت يستغني عن الإشهاد فيصدق. تبين الحقائق: ٢٦٥/٤.

^٣: في ب: فإن.

^٤: لأن الثمن كان أمانة في يده، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة من الوجه الذي أمره به فكان القول له. تبين الحقائق: ٢٦٥/٤.

^٥: في ب: وإن لم يدفع.

^٦: لأنه أخبر عما لا يملك استثنافه، لأن الميت ليس بمحلّ لإنشاء العقد فيه، وغرضه الرجوع بالثمن والأمر منكرو فكان القول قوله. تبين الحقائق: ٢٦٥/٤.

^٧: لأنه لا يملك الإنشاء: ر: تبين الحقائق: ٢٦٦/٤.

^٨: ما بين قوسين ساقط من ب.

^٩: في ب: فقال.

^{١٠}: في ب: اشتريته

^{١١}: في ب: وقال الوكيل.

^{١٢}: لأنه أخبر عما يملك استثنافه. تبين الحقائق: ٢٦٥/٤.

^{١٣}: في ب: وهذه.

وَلَوْ كَانَ الْمُوَكَّلُ لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ^١.

وَفِي قَوْلِهَا الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ^٢.

وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ لَمْ يُذَكَّرْ فِي الْكُتُبِ إِلَّا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَلَمْ تُصَدِّقْهُ الْمَرْأَةُ حَتَّى مَاتَ الزَّوْجُ، ثُمَّ ادَّعَتْ وَصَدَّقَتْهُ، جَازَ دَعْوَاهَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْمِيرَاثَ^٤.

وَلَوْ أَنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي أَقَرَّتْ أَنَّ الرَّجُلَ تَزَوَّجَهَا فَلَمْ يُصَدِّقْهَا الزَّوْجُ حَتَّى مَاتَتْ، ثُمَّ أَقَرَّ بِذَلِكَ^٥، لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٦، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهَا^٧.

^١ : لَأَنَّهُ مَوْضِعُ تَهْمَةٍ، بَأَنَ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ فَإِذَا رَأَى الصَّفَقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الْأَمْرَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُوداً، لَأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الْخُرُوجِ عَنِ الْعَهْدَةِ. تَبَيَّنَ الْحَقَائِقُ: ٤/ ٢٦٥.

^٢ : لَأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِثْنَاهُ فَصَحَّ كَمَا فِي الْمَعِينِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ. وَهَذَا الْفَرْعُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: ص/ ٤١٠.

^٣ : فِي ب: "لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الْكُتُبِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ". وَمَا فِي ب هُوَ الصَّحِيحُ، لَأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ، بَلْ ذَكَرَ فِي بَابِ "الْوَكَالَةِ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ".

وَحَاصِلُ هَذِهِ الصُّورِ: أَنَّ الثَّمَنَ إِذَا كَانَ مَدْفُوعاً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ فِي جَمِيعِ الصُّورِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَدْفُوعٍ فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ لَا يَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ بَأَنَ كَانَ الْعَبْدُ مِيتاً فَالْقَوْلُ لِلْمُوَكَّلِ، وَإِنْ كَانَ يَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ فَالْقَوْلُ لِلْوَكِيلِ عِنْدَ الصَّاحِبِينَ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ، وَفِي مَوْضِعِ التَّهْمَةِ الْقَوْلُ لِلْمُوَكَّلِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ر: الْمَبْسُوطُ لِلشَّيْبَانِيِّ: ٥/ ٧١.

^٤ : فِي ب: "ثُمَّ صَدَّقَتْهُ وَادَّعَتْ". يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ التَّصْدِيقُ زَمَنَ الْعَدَّةِ.

^٥ : فِي ب: بِالْإِتِّفَاقِ.

^٦ : لِأَنَّ عِلَاقَةَ النِّكَاحِ بَاقِيَةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فِي جَانِبِهَا، إِذَا النِّكَاحُ بِمَوْتِ الزَّوْجِ يَرْتَفِعُ إِلَى خَلْفٍ وَهُوَ الْعَدَّةُ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ٥/ ١٥٧، مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ: ٣/ ٤١٩.

^٧ : فِي ب: ثُمَّ أَقَرَّ بَعْدَ ذَلِكَ.

^٨ : لَأَنَّهُ لَمَّا مَاتَ زَالَ النِّكَاحُ بِعِلَاقَتِهِ فِي جَانِبِهِ إِذْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ أَرْبَعاً سِوَاهَا، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَغْسِلَهَا عِنْدَنَا، فَالتَّصْدِيقُ مِنْهُ لَا يَفِيدُ شَيْئاً وَلَوْ بَاعْتِبَارَ إِرْثَ، لَأَنَّهُ مَعْدُومٌ وَقْتُ الْإِقْرَارِ، لِأَنَّ التَّصْدِيقَ إِذَا صَحَّ يَسْتَنْدُ إِلَى وَقْتِ الْإِقْرَارِ، فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ التَّصْدِيقِ بِاعْتِبَارِ إِرْثٍ سَيَحْدُثُ. مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ: ٣/ ٤١٩.

^٩ : فِي ب: لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَفَلَ لِلصَّبِيِّ^١، وَالصَّبِيُّ بِحَالٍ لَا يَتَكَلَّمُ، فَإِنْ قَبِلَ عَنْهُ أَجْنَبِيٌّ^٢ فَإِنَّ الْكَفَالَهَ تَتَوَقَّفُ^٣ عَلَى إِجَازَةِ وَلِيِّهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَأِنْ لَمْ يَقْبَلْ أَحَدٌ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْكَفَالَهَ فَاسِدَةٌ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَجُوزُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الْعَبْدُ التَّاجِرُ أَنَّهُ افْتَضَّ^٥ امْرَأَةً^٦ بِأَصْبُعِهِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ إِقْرَارُهُ بَاطِلٌ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِقْرَارُهُ جَائِزٌ^٧.

= لهما: أَنَّ النِّكَاحَ باقٍ بَعْدَ مَوْتِهَا فِي حَقِّ الْإِرْثِ، وَالْإِقْرَارَ قَائِمًا، وَالتَّكْذِيبَ مِنْهُ لَمْ يَوْجَدْ، فَصَحَّ التَّصْدِيقُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، فَيُثْبِتُ النِّكَاحَ بِتَصَادُقِهَا فِيرِثُ مِنْهَا، وَلِهَذَا لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى النِّكَاحِ بَعْدَ مَوْتِهَا تَقْبِلُ. ر: المرجع السابق.

^١: فِي ب: كَفَلَ رَجُلٌ لَصَبِيٍّ.

^٢: فِي ب: فِي الْمَجْلِسِ.

^٣: فِي ب: مَوْقُوفَةٌ.

^٤: فِي ب: بِالِاتِّفَاقِ.

^٥: عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ الْعَقْدُ صَحِيحٌ وَالْمَالُ لَا زَمَ لَهُ، لِإِقْرَارِهِ بِهِ عَلَى نَفْسِهِ لِلصَّبِيِّ. قَالَ: كَأَنَّ كَانَ أَبُو الصَّبِيِّ أَوْ وَصِيَّهُ خَاطَبَهُ بِهَذِهِ الْكَفَالَةِ، فَالْكَفَالَةُ بَاطِلَةٌ، عَلَى مَعْنَى أَنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ، بَلْ هِيَ مَوْقُوفَةٌ، فَإِذَا أَدْرَكَ الصَّبِيُّ وَرَضِيَ بِهَا جَازَتْ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤٦/١٨.

^٦: فِي ب: أَقَرَّ الْمَأْذُونِ.

^٧: افْتَضَّهَا: افْتَرَعَهَا، أَزَالَ بَكَارَتَهَا. ر: الْقَامُوسُ الْفَقْهِيُّ: ٢٨٣/١، مَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: ٨٠/١.

^٨: أَمَةٌ كَانَتْ أَوْ حُرَّةً. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤٨/١٨.

^٩: فِي ب: فَإِنْ إِقْرَارُهُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَجِهٌ قَوْلُهَا: أَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالْجَنَائَةِ، لِأَنَّ الْفِعْلَ بِالْأَصْبَعِ جَنَائِيَّةٌ مُحْضَةٌ، وَالتَّلَفُّ بِهِ جُزْءٌ مِنَ الْآدَمِيِّ، وَالْمَأْذُونُ فِي الْإِقْرَارِ بِالْجَنَائَةِ

كَالْمَحْجُورِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤٩/١٨.

^{١٠}: فِي ب: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ.

وَجِهٌ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْإِفْتِضَاضِ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ بِالْغَضَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ. وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ بِالْغَضَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ صَحِيحٌ يُوَازِئُ بَضْمَانَهُ فِي الْحَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْغَاصِبَ بِالْإِفْتِضَاضِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالاً فَإِنَّهُ يَسْلُكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ، حَتَّى يَمْلِكَ بِالْعَقْدِ مَقْصُوداً وَيَسْتَحَقُّ بِالْبَيْعِ شَرْطاً، وَإِقْرَارُهُ بِضْمَانِ الْمَالِ صَحِيحٌ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤٨/١٨ - ١٤٩.

وَلَوْ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّهُ وَذَهَبَ بِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ وَافْتَضَّهَا، وَمَوْلَى الْعَبْدِ يُنْكِرُ ذَلِكَ، فَإِنْ صَدَّقَهُ رَبُّ^١ الْجَارِيَةِ أَنَّهُ زَوَّجَهَا^٢ فَإِنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ مَا لَمْ يَعْتَقُ^٣.

وَلَوْ أَنَّهُ أَنْكَرَ النِّكَاحَ، وَصَدَّقَهُ بِذَهَابِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ، فَلَهُ [١١٦ / ب] أَنْ يُضَمِّنَهُ نَقْصَانَ الْاِفْتِضَاضِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً بِالْغَضَبِ^٤.

وَلَوْ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يُضَمِّنَهُ بِالْاِفْتِضَاضِ، وَلَمْ يُصَدِّقْهُ بِذَهَابِهَا إِلَى مَنْزِلِهِ، فَهُوَ عَلَى^٥ الْاِخْتِلَافِ^٦.

^١ : في ب: وإذا أقر.

^٢ : في ب: مولى.

^٣ : في ب: تزوجها.

^٤ : في ب: فلا.

^٥ : لأنَّ المهر يجب بالنكاح، وأنه ليس بتجارة ولا هو في معنى التجارة، فيستوي فيه إقرار المأذون والمحجور، وإن صدَّقه المولى جاز ذلك عليه. بدائع الصنائع: ١٩٦ / ٧.

وفي المبسوط: وقال أبو يوسف رحمه الله في الحرّة كذلك الجواب، أطلقه في رواية أبي سليمان رحمه الله، وفي رواية أبي حفص رحمه الله قال: إذا كانت كبيرة، لأنَّ وجوب المهر بالعقد لها، وهذا العقد ليس من التجارة، فهي قد رضيت بتأخيرها حين طأعت العبد فيه. فأما إذا كانت أمة، فإن كان المولى زوّجها له لم يلزمه شيء حتّى يعتق، لأنَّ المولى صار راضياً بتأخير حقّه، وإن لم يكن المولى زوّجها فهو مؤاخذ بالمهر في الحال، لأنَّ المتعلّق بالافتضااض من الأمانة في حكم المال حتّى يستحقّ بالبيع شرطاً، وهو مملوك للمولى، وإقرار العبد المأذون بإتلاف مال مملوك للمولى صحيح في إيجاب الضمان عليه فيلزمه المهر هنا باعتبار الإتلاف دون العقد.

وإن كانت الأمانة ثيباً لم يلزمه شيء حتّى يعتق، لأنَّ بالوطء هنا لم يتلف شيئاً ممّا هو مال، وإثماً وجوب المهر باعتبار عقد النكاح، وإقرار المأذون به غير صحيح في حقّ مولاه، لأنّه ليس من التجارة في شيء. المبسوط للسرخسي: ١٤٩ / ١٨.

^٦ : لأنَّ العبد حين ذهب بها إلى منزل مولاه فقد صار غاصباً لها بجميع أجزائها، وضمان الغصب يؤاخذ به المأذون في الحال، فإذا اختار المولى تضمينه ما ذهب من العذرة عنده لا بوطئه بل بالغضب السابق. المبسوط للسرخسي: ١٨٠ / ١٨.

^٧ : في ب: فهو على هذا.

^٨ : لأنَّ في الوطء وجوب المهر باعتبار العقد فلا يؤاخذ به المأذون في الحال حتّى يعتق، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله مع الوطء هنا إتلاف العذرة فيضمن باعتبار الحال لحقّ مولاه، ويصحّ إقراره بمنزلة إقراره بإتلاف المال. المبسوط للسرخسي: ١٥٠ / ١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَقَرَّ الْعَبْدُ أَنَّهُ أَذْهَبَ^١ عُذْرَةً^٢ صَبِيَّةً بِشُبُهَةٍ فَأَقْضَاهَا^٣، فَإِنْ كَانَ الْبَوْلُ يَسْتَمْسِكُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عِنْدَهُمَا، مَا لَمْ يَعْتَقْ^٤، فَإِذَا أُعْتِقَ فَأَرَشُ^٥ الْإِفْتِضَاءِ فِي عُنُقِهِ^٦، [وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْإِفْضَاءِ]^٧.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِ الْعُقْرُ^٨ فِي ذَهَابِ الْعُذْرَةِ فِي الْحَالِ^٩.

^١: في ب: ولو أنه أقر أذهب.

^٢: العُدْرَةُ بوزن المُسْرَةِ، والعُدْرَةُ: البَكَارَةُ. قال ابن الأثير: العُدْرَةُ ما لِلْبِكْرِ من الالتحام قبل الافتضاخ. ر: مختار الصحاح: ١٧٧/٤، لسان العرب: ٥٥١/٤.

^٣: الإفضاء: خلط مسلك الغائط ومسلك الذكر في الانثى بتمزيق الحاجز بينهما. معجم لغة الفقهاء: ٨١/١، ر: لسان العرب: ١٥٧/١٥.

^٤: في ب: في قول أبي حنيفة ومحمد.

^٥: لأن إقراره بوجوب المهر بالوطء بالشبهة بمنزلة إقراره بوجوب المهر بسبب النكاح. المبسوط للسرخسي: ١٨/١٥٠.

^٦: في ب: فإذا عتق فعليه أرش.

والأرش: ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس. معجم لغة الفقهاء: ٥٤/١.

^٧: سقط من ب: "في عنقه".

^٨: ما بين قوسين ساقط من ب.

لأنه ضمان الجناية، وإقرار العبد بالجناية لا يصح مأذوناً كان أو محجوراً، لأنه أقر على مولا. المبسوط للسرخسي: ١٨/١٥٠.

^٩: في ب: وقال أبو يوسف.

^{١٠}: صداق المرأة إذا وطئت بشبهة.

وأصله: أن واطى البكر يعقرها إذا افتضها فسمي ما تعطاه للعقر عُقْرًا. فهو دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها، ثم استعمل في

المهر. ر: القاموس الفقهي: ١/٢٥٧، معجم لغة الفقهاء: ١/٣١٨، لسان العرب: ٤/٥٩١.

^{١١}: في ب: عليه العقر في ذهاب العذرة في الحال، وأرش الإفضاء إذا عتق.

قال في نسخ أبي سليمان رحمه الله: يصدق في المهر ويكون ديناً عليه اليوم، ولا يصدق في الإفضاء، لأن الإفضاء بهذه الصفة في الحرية يوجب ثلث الدية والمهر.

وفي نسخ أبي حفص رحمه الله قال: وإن كان البول يستمسك فلا يصدق في المهر، فلا يكون ديناً عليه، لأن الجناية قد تحققت هنا

بالإفضاء، فلم يبق إذهاب العذرة بالوطء معتبراً، وإنما كان وجوب المهر باعتبار الوطء خاصة، وإقراره بالجناية لا يكون معتبراً

صحيحاً أصلاً، بمنزلة إقرار المحجور عليه. وما ذكر في نسخ أبي سليمان رحمه الله أشبه بالصواب. ر: المبسوط للسرخسي:

١٥١/١٨.

وَلَوْ كَانَ الْبَوْلُ لَا يَسْتَمْسِكُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً بِاخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ ضَمَانِ الْجَنَائَةِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَجَرَ الْمَوْلَى عَلَى عَبْدِهِ، ثُمَّ أَقَرَّ الْعَبْدُ بَدَيْنِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ كَانَ فِي يَدَيْهِ مَالٌ جَازَ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدَيْهِ^٣ مَالٌ لَمْ يَجْزِ إِقْرَارُهُ^٤.

وَفِي قَوْلِهِمَا^٥ لَمْ يَجْزِ إِقْرَارُهُ، سِوَاءَ كَانَ فِي يَدَيْهِ^٦ مَالٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ^٧.

^١: في ب: بالاتفاق.

^٢: في ب: ضمان الجارية.

أما عند أبي حنيفة ومحمد فلما مرَّ أنه إقرار بالجنائية، وهو لا يوجب الضمان في الحال، وأما عند أبي يوسف فلا من أصله أن الإفضاء بهذه الصفة يوجب كمال الدية في الحرية دون المهر، فيكون هذا إقراراً بالجنائية، وذلك غير صحيح من العبد. ر: المبسوط للسرخسي: ١٥٠ / ١٨.

^٣: في ب: يده.

^٤: لأبي حنيفة حرفان: أحدهما: أن إقراره في هذا المال كان صحيحاً في حال إذنه، وإنها كان يصحّ باعتبار يده على المال لا باعتبار كونه مأذوناً. والثاني: أن بقاء يده على المال أثر ذلك الإذن، وبقاء أثر الشيء كبقاء أصله فيما يرجع إلى دفع الضرر، وصحة إقرار المأذون بالدين لدفع الضرر عن الذين يتعاملون معه، والحاجة إلى دفع الضرر باقية بعد الحجر، فلدفع الضرر جعلنا بقاء أثر الإذن كبقاء أصله، بخلاف ما بعد أخذ المال منه، لأنه لم يبق هناك شيء من آثار ذلك الإذن. المبسوط للسرخسي: ٨٤ / ٢٥ - ٨٥.

^٥: في ب: وفي قول صاحبيه.

^٦: في ب: يده.

^٧: وما في يده للمولى، لأن صحة إقراره في حق المولى باعتبار الإذن، وقد ارتفع بالحجر، فهو كما لو كان محجوراً عليه في الأصل فأقر بعين في يده لإنسان أو بدين، وهناك إقراره في حق المولى باطل. المبسوط للسرخسي: ٨٤ / ٢٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتْ فِي يَدَيْ رَجُلٍ أُمَّةٌ، فَقَالَتْ: "أَنَا أُمُّ الْوَلَدِ لِفُلَانٍ، أَوْ مُدَبَّرَةٌ لِفُلَانٍ، أَوْ مُكَاتَبَةٌ لِفُلَانٍ، أَوْ مُعْتَقَةٌ لِفُلَانٍ" وَصَدَّقَهَا فُلَانٌ بِذَلِكَ، وَقَالَ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ "بَلْ أَنْتِ أُمَّةٌ لِي" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَ مُحَمَّدٍ الْقَوْلَ قَوْلُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ^١. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا فِي يَدَيْهِ غُلَامٌ، فَقَالَ: "أَنَا ابْنُ فُلَانٍ، وَأُمِّي أُمُّ وَلَدٍ لَهُ". وَقَالَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ: "بَلْ أَنْتَ عَبْدِي، وَأُمُّكَ أُمِّي"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَوْلَ قَوْلُ الَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ^٣.

وَفِي قَوْلِهِمَا^٤ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ. وَفَرَّقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى^٥.

^١ : في ب: فإن كانت الأمة في يدي رجل.

^٢ : في ب: أم ولد.

وأم الولد: كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو من مالك لبعضها. تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٧٣.

^٣ : المدبر: الرقيق الذي علّق عتقه على موت سيده، وهو نوعان: مطلق ومقيّد، فالمطلق: من تعلّق عتقه بموت المولى مطلقاً من غير قيد الموت بصفة ولا بشرط آخر سوى الموت.

والمقيّد نوعان: أحدهما: أن يكون عتقه معلّقاً بموت موصوف بصفة، بأن قال: "إن متّ من مرضي هذا أو من سفري هذا"، والثاني: أن يكون عتقه معلّقاً بموته وبشرط آخر سواه. ر: تحفة الفقهاء: ٢/ ٢٧٧، التعريفات: ص/ ٢٠٧، معجم لغة الفقهاء: ص/ ٤١٨.

^٤ : في ب: أو مدبرته أو مكاتبته أو معتقته.

^٥ : في ب: هو.

^٦ : في ب: هو.

^٧ : في ب: الذي هو.

^٨ : لأنّها أقرّت بالرّق المسقط لا اعتبار يدها في نفسها فلا تسمع دعواها إلاّ بحجّة. المبسوط للسرخسي: ١٨/ ١٥٥.

^٩ : في ب: "القول قول الأمة مع المقرّ له". وهو الرّاجح يدلّ عليه تعليل قوله.

وجه قول أبي يوسف: أنّ دعواها حقّ الحرّية بمنزلة دعواها حقيقة الحرّية، ولو قالت: "أنا حرّة" كان القول قولها، ولا يثبت استحقاق يد ذي اليد عليها إلاّ بحجّة، فكذلك هنا. المبسوط للسرخسي: ١٨/ ١٥٥.

^{١٠} : سقط من ب "بل".

^{١١} : أي كالمسألة السابقة، لأنّه أقرّ أنّه جزء من مملوكه، فكما لم يقبل قول الأمة في ذلك على ذي اليد، فكذلك قوله جزء منها. المبسوط للسرخسي: ١٨/ ١٥٥. وانظر: الأصل للشيباني: ٤/ ٢٧٧.

^{١٢} : في ب: وفي قول صاحبيه.

^{١٣} : في ب: وبين الأولى. =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً مَجْهُولَةَ النَّسَبِ، ثُمَّ أَقَرَّتْ أَنَّهَا أُمَةٌ لِفُلَانٍ، جَازَ إِقْرَارُهَا عَلَى نَفْسِهَا، وَلَا يَجُوزُ فِي إِبْطَالِ النِّكَاحِ^١. وَمَا وَلَدَتْ قَبْلَ إِقْرَارِهَا، أَوْ بَعْدَ إِقْرَارِهَا لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَلَدِ^٢ فَهُوَ حُرٌّ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْإِقْرَارِ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ فِي قَوْلِ^٣ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي قَوْلِ^٤ مُحَمَّدٍ هُوَ حُرٌّ^٥.

= فَإِنَّهُ يَقُولُ هُنَا: أَجْعَلِ الْوَلَدَ حُرًّا ابْنًا لِلَّذِي ادَّعَاهُ اسْتِحْسَانًا. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^١: لَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ كَوْنِهَا أُمَةٌ لَهُ فَسَادُ النِّكَاحِ، فَإِنَّ نِكَاحَ الْأُمَةِ بِإِذْنِ مَوْلَاهَا صَحِيحٌ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٦/١٨.

^٢: فِي ب: وَ.

^٣: سَقَطَ مِنْ ب "مِنَ الْوَلَدِ".

^٤: فِي ب: فَالْوَلَدُ حُرٌّ.

^٥: سَقَطَتْ عِبَارَةٌ: "فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا" مِنْ ب.

لَأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يَصْدَقُ عَلَى الْأَوْلَادِ وَعَلَى مَا كَانَ فِي الْبَطْنِ، فَلَا يُوَثِّرُ فِي إِبْطَالِ حُرِّيَّتِهِمْ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٦: فِي ب: وَلَوْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

^٧: فِي ب: عِنْدَ.

^٨: أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: هَذَا وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ أُمٍّ رَقِيقَةٍ فَيَكُونُ رَقِيقًا، كَمَا لَوْ ثَبِتَ رَقَبُهَا بِالْبَيِّنَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَلَدَ جُزْءٌ مِنَ الْأُمِّ يَتَّبِعُهَا فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، فَالزَّوْجُ لَمَّا أَعْلَقَهَا مَعَ عِلْمِهِ بِرَقَبِهَا فَقَدْ رَضِيَ بِرَقِّ هَذَا الْوَلَدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَوْجُودًا قَبْلَ إِقْرَارِهَا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٧/١٨.

^٩: فِي ب: وَعِنْدَ.

^{١٠}: حِجَّةُ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الزَّوْجَ بِالنِّكَاحِ اسْتَحَقَّ حُرْمَةَ الْأَوْلَادِ، وَهِيَ لَا تَصْدَقُ فِي إِبْطَالِ الْحَقِّ الثَّابِتِ، وَلَوْ قَبْلَنَا إِقْرَارُهَا فِي رَقِّ الْأَوْلَادِ تَضَرَّرَ الزَّوْجُ ضَرَرًا لَا يُمْكِنُ دَفْعُهُ عَنْ نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ وَطْئِهَا، وَفِيهِ إِبْطَالُ الْاسْتِحْقَاقِ الثَّابِتِ لَهُ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

[١١٧/أ] مَسْأَلَةٌ: الْمَكَاتِبُ إِذَا أَقَرَّ بِجَنَائِهِ عَمْدٌ أَوْ خَطِئَ فَقَضَى عَلَيْهِ الْقَاضِي^١ بِالْقِيمَةِ، ثُمَّ عَجَزَ لَا يُؤْخَذُ بِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ مَا لَمْ يَعْتِقْ^٢، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الْعِتَاقِ.

وَلَوْ أَقَرَّ الْمَكَاتِبُ أَنَّهُ افْتَضَّ امْرَأَةً بِأُصْبُعِهِ^٣، وَصَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ثُمَّ عَجَزَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ سَقَطَ عَنْهُ الضَّمَانُ، سَوَاءٌ كَانَ الْقَاضِي قَضَى عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَقْضِ^٤. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الضَّمَانُ وَاجِبٌ سَوَاءٌ قَضَى الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَقْضِ^٥.

وَفِي قَوْلِ^٦ مُحَمَّدٍ إِنْ قَضَى الْقَاضِي لَا يَسْقُطُ عَنْهُ^٧، وَإِنْ لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي سَقَطَ عَنْهُ^٨.

^١: فِي ب: أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ.

^٢: فِي ب: فَقَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ.

^٣: ر: الْأَصْل: ٤/٦٥٥، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ١٨/١٦٢.

^٤: فِي ب: وَقَدْ ذَكَرْنَا الْاِخْتِلَافَ. وَهِيَ الْأَصَحُّ.

^٥: لِأَنَّ وَجُوبَ هَذَا الْمَالِ بِقَوْلِهِ وَإِقْرَارِهِ فِيهَا لَيْسَ مِنَ التَّجَارَةِ يَكُونُ مِلْزَمًا إِيَّاهُ بَعْدَ الْعِتْقِ لَا بَعْدَ الْعِجْزِ قَبْلَ الْعِتْقِ، لِأَنَّ بَعْدَ الْعِجْزِ الْحَقَّ فِي مَالِيَّتِهِ لِمَوْلَاهُ، وَإِقْرَارُهُ لَيْسَ بِصَحِيحٍ فِي حَقِّ الْمَوْلَى كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالْجَنَائَةِ بَعْدَ الْعِجْزِ، فَكَذَلِكَ فِي الصَّلْحِ، لِأَنَّ دَمَ الْعَمْدِ لَيْسَ بِهَالٍ فَهُوَ هَذَا الصَّلْحُ يَلْتَزِمُ مَا لَا يَبَازِءُ مَالٍ فَهُوَ وَمَا يَقَرُّ بِهِ سَوَاءٌ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَالِيَيْنِ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَهُوَ مُطَالِبٌ بَيْنَهُمَا فِي حَالِ قِيَامِ الْكِتَابَةِ، فَيَبْقَى فِي ذِمَّتِهِ بَعْدَ الْعِجْزِ، فَيُبَاعَ فِيهِ كَسَائِرُ الدَّيُونِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ٧/٢٢٣.

^٦: فِي ب: وَلَوْ أَقَرَّ مَكَاتِبُ.

^٧: فِي ب: بِأُصْبُعِهَا. وَهُوَ خَطَأٌ.

^٨: فِي ب: سَوَاءٌ قَضَى لَهُ الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَقْضِ.

لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ بِالْجَنَائَةِ، وَإِقْرَارُ الْمَكَاتِبِ بِالْجَنَائَةِ صَحِيحٌ فِي حَالِ قِيَامِ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ الْأَرْضَ يَجِبُ فِيهِ وَكُسْبُهُ حَقٌّ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ بَطُلٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ١٨/١٦٢.

^٩: فِي ب: وَقَالَ.

^{١٠}: قِيَاسًا عَلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ، فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ بِهِ كَانَ مُؤَاخَذًا بِهِ فِي الْحَالِ عِنْدَهُ، فَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبُ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ١٨/١٦٢.

^{١١}: فِي ب: وَقَالَ.

^{١٢}: فِي ب: إِنْ كَانَ الْقَاضِي قَضَى عَلَيْهِ لَا يَسْقُطُ.

^{١٣}: إِنْ عَجَزَ قَبْلَ أَنْ يُوَدِّيَ جَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَإِنَّمَا أَرَادَ هَذَا إِذَا عَجَزَ بَعْدَ مَا قَضَى الْقَاضِي عَلَيْهِ بِالْجَنَائَةِ، أَمَّا إِذَا عَجَزَ قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي يَبْطُلُ إِقْرَارُهُ، هَكَذَا قَالَ مَشَايِخُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وَهُوَ الَّذِي اعْتَمَدَهُ الْحَاكِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجَعَلَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ إِقْرَارِهِ بِقَتْلِ رَجُلٍ خَطَأً. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مِقْدَارِ الْكِتَابَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الْعِتَاقِ^٢.

وَلَوْ قَالَ الْمَوْلَى: "كَاتَبْتُكَ وَلَمْ أُسَمِّ مَا لَا" فَقَالَ الْعَبْدُ: "بَلْ كَاتَبْتَنِي عَلَى خَمْسِمِئَةٍ" فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ. وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا، الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ لَمْ يَكْتَبْهُ عَلَى مَا ادَّعَى^٤.

= ولكن الأصح عنه أن هنا الجواب مطلق، لأنّ جنايته بالافتضاء لا تتعلق بنفسه لأنّه لا يدفع به بحال، وإنّما يتعلّق بكسبه ابتداء، فإن عجز قبل القضاء أو بعد القضاء كان مطالبا عند محمد رحمه الله. انظر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٦٢ - ١٦٣، الفتاوى الهندية: ٤ / ١٧١.

^١: لأنّ الكتابة إذا تمت بالعتق لا تحتمل الفسخ، فتكون بمنزلة العتق على مال والطلاق بال إذا وقع الاختلاف في مقدار البدل يكون القول قول المنكر في الزيادة ولا يجري التحالف. وعلى قول أبي حنيفة الأول وهو قول أبي يوسف ومحمد القول قول المولى ويتحالفان بمنزلة البيع، لأنّه لا يصحّ إلّا بتسمية البدل ويحتمل الفسخ كالبيع. ر: الأصل: ٤ / ٨١، المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٦٨.

^٢: في ب: ذكرناه.

^٣: حيث قال هناك: "وإذا اختلف المولى وأمّ الولد في المكاتبه فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتحالفان وتنفسخ المكاتبه بعد التحالف، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى، لأنّ الكتابة في معنى البيع من حيث أنّه لا يصحّ إلّا بتسمية البدل، وأنّه يحتمل الفسخ بعد تمامه. ثمّ رجع فقال: يكون القول قولها ولا يتحالفان، لأنّ حكم التحالف في البيع ثابت أيضاً بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه من كلّ وجه، والكتابة ليس في معنى البيع، أمّا من حيث الصّورة: فالبيع مشروع للاسترباح مبنّى على الضيق والمماكسة، والكتابة للأرقاء مبنّى على التّوسّع، ومن حيث المعنى: الكتابة بعد تمامها بأداء البدل لا تحتمل الفسخ بخلاف البيع، وفي الحال موجب العقد إثبات صفة المالكية يدا في المنافع والمكاسب فما مضى منه فائت لا يتحقّق ردّه، فعرّفنا أنّه ليس في معنى المنصوص من كلّ وجه، فلو ألحق به بالمشاركة في بعض الأوصاف كان قياساً، والثابت بخلاف القياس لا يمكن إثباته بطريق المقايضة". المبسوط للسرخسي: ٧ / ١٦٩ - ١٧٠، وانظر: بدائع الصّنائع: ٤ / ١٤١.

^٤: في ب: وقال.

^٥: لما مرّ أنّ الكتابة إذا تمت بالعتق لا تحتمل الفسخ، كالعتق على مال إذا وقع الاختلاف في مقدار البدل يكون القول قول المنكر في الزيادة، ولا يجري التحالف. المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٦٨.

^٦: سقطت كلمة "قياس" من ب.

^٧: في ب: بأنّه.

^٨: لما مرّ أنّه بمنزلة البيع، لأنّه لا يصحّ إلّا بتسمية البدل، ويحتمل الفسخ كالبيع. المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٦٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَسْلَمَ الذَّمِّي فَأَقَرَّ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ حُمْرَهُ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ: "بَلْ اسْتَهْلَكَتَهُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَيُضْمَنُ الْمُقَرَّرُ قِيَمَةَ الْحُمْرِ^٢. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الْحَرْبِيِّ وَفِي الْمُعْتَقِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَيْهِ عَبْدًا فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يُقْضَى عَلَيْهِ بِعَبْدٍ وَسَطٍ، أَوْ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُقْضَى عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ أَنَّ^٣ يُبَيِّنُ قِيَمَةَ أَذْنَى الْعَبِيدِ، لَا يَجِبُ^٤ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ^٥.

^١: في ب: فأقر رجل أنه. وفي المبسوط: "فأقر ذمّي أنه استهلك له خنزيراً".

^٢: في ب: خنزيراً له.

^٣: في ب: الخنزير.

لأنه أسنده إلى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة فلا يبرأ بهذا الإسناد. البحر الرائق: ٩٢ / ٧.

^٤: في ب: وهذا مثل الاختلاف الذي سبق في المدبر وفي المعتق. وما في الأصل هو الصواب.

والخلاف في الحربي إذا قال: "أخذت منك ألفاً فاستهلكتها وأنت حربي في دار الحرب" أو قال: "قطعت يدك" وقال المقر له: "لا بل

فعلت وأنا مستأمن أو ذمّي في دار الإسلام" فالقول قول المقر له، ويضمن له المقر ما قطع وأتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد وزفر لا يضمن شيئاً، لأن المولى منكر وجوب الضمان لإضافة الفعل إلى حالة منافية للوجوب وهي حالة الحراب،

والقول قول المنكر. ولأبي حنيفة وأبي يوسف: أن الظاهر شاهد للعبد، إذ العصمة أصل في النفوس، والسقوط بعارض المسقط،

فالقول قول من يشهد له الأصل. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٧٠، بدائع الصنائع: ٢١٩ / ٧.

^٥: في ب: أن عليه لفلان عبداً.

^٦: في ب بقيمة عبد أي عبد كان.

^٧: في ب: إلى أن.

^٨: في ب: فحينئذ لا يجب.

^٩: لمحمد أن قوله لا يتعين به وصف، بل على أي وصف بيّنه قبل قوله فيه، كإقراره بغصب عبد هو عين في يده، ولأن المقر به

مجهول فيكون البيان فيه إلى المقر، ولم يتعرض في إقراره لسبب، وبين الأسباب معارضة فلا تتعين، وتعين صفة الوسط بتعين بعض

الأسباب.=

وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ عَبْدٌ قَرَضَ" فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ قِيمَةُ أَذْنَى الْعَبِيدِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، مِثْلُ الْأَوَّلِ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَكَذَا أَيْضًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: "لِفُلَانٍ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ"، أَوْ "غَضَبْتُ مِنْ فُلَانٍ" [١١٧/ب] أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَمَعِيَ آخَرٌ^٢ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الْأَلْفُ كُلُّهَا فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ، إِنْ قَالَ: "مَعِيَ تِسْعَةُ أَنْفُسٍ"، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ إِلَّا الْعُشْرُ، فَإِنْ قَالَ: "مَعِيَ اثْنَانِ" يَلْزِمُهُ الثُّلُثُ^٣.

= وَحِجَّةُ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْعَبْدِ مطلقاً فَيَصْرِفُ مطلق الإقرار إلى السَّبَبِ الَّذِي يَثْبِتُ بِهِ الْعَبْدَ الْمَطْلُوقَ دِيناً فِي الذِّمَّةِ، وَذَلِكَ كَالنِّكَاحِ، وَيَتَعَيَّنُ فِيهِ وَكَأَنَّهُ صَرَّحَ بِذَلِكَ فَأَقَرَّ لَامْرَأَةً بِدَيْنٍ عَلَيْهِ صَدَاقاً، وَلَوْ صَرَّحَ بِذَلِكَ تَعَيَّنَ فِيهِ الْوَسْطُ فَكَذَلِكَ هُنَا. وَأَصْلُ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ مطلق الإقرار بالمال ينصرف إلى التزام بسبب عقد مشروع، وعند مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَتَعَيَّنُ هَذِهِ الْجِهَةُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/١٧٦.

^١ : فِي ب: هَكَذَا أَيْضًا بِلَا اخْتِلَافٍ.
أَمَّا عِنْدَ مُحَمَّدٍ فَلَمَّا مَرَّ أَنْفَاءً، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلَأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْقَرْضِ، وَاسْتَقْرَضَ الْحَيَوَانَ وَإِنْ كَانَ بَاطِلاً فَالْمَقْبُوضُ يَصِيرُ مَضموناً بِالْقِيَمَةِ كَالْمَغْضُوبِ، وَلَوْ أَقَرَّ بِالْغَضَبِ كَانَ الْقَوْلُ فِي تَعْيِينِهِ قَوْلَهُ، وَلَوْ كَانَ مُسْتَهِلَكاً فَالْقَوْلُ فِي بَيَانِ قِيَمَتِهِ قَوْلُهُ فَكَذَلِكَ هُنَا. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/١٧٦.

^٢ : فِي ب: لِفُلَانٍ عَلَيْنَا أَلْفَ دِرْهَمٍ، أَوْ قَالَ: غَضَبْنَا مِنْ فُلَانٍ. وَمَا فِي ب هُوَ الصَّوَابُ.
^٣ : سَقَطَ مِنْ ب "وَمَعِيَ آخَرٌ".
^٤ : حِجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ هَذَا الضَّمِيرَ فِي [غَضَبْنَا - عَلَيْنَا] يَسْتَعْمَلُ فِي الْوَاحِدِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُخْبِرُ بِفَعْلِهِ دُونَ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ قَوْلُهُ: "وَمَعِيَ آخَرٌ" رَجُوعاً فَلَا يَصِحُّ. نَعَمْ لَوْ قَالَ: "غَضَبْنَا كُلَّنَا" صَحَّ اتِّفَاقاً لِأَنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ فِي الْوَاحِدِ. ر: الدَّرِّ الْمَخْتَارُ: ٥/٦٢٦.

^٥ : فِي ب: وَفِي قَوْلِ.
^٦ : فِي ب: إِنْ كَانَ مَعَهُ.
^٧ : فِي ب: وَإِنْ.
^٨ : فِي ب: كَانَ مَعِيَ.

^٩ : وَجْهُ قَوْلِهِ: أَنَّ قَوْلَهُ: "غَضَبْنَا مِنْكَ" حَقِيقَةُ لِلْجَمْعِ، وَالْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ اللَّفْظِ وَاجِبٌ، وَفِي الْحَمْلِ عَلَى الْوَاحِدِ تَرْكٌ لِلْعَمَلِ بِالْحَقِيقَةِ فَيَصْدَقُ. بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٧/١٦٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَاتَ وَتَرَكَ عَبْدًا، فَقَالَ الْعَبْدُ: "أَعْتَقَنِي أَبُوكَ" وَقَالَ رَجُلٌ آخَرُ: "لِي عَلَى أَبِيكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ دَيْنٍ" فَقَالَ الْوَارِثُ: "صَدَقْتُمَا". فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الدَّيْنَ أَوَّلَى، وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ. وَفِي قَوْلِهِمَا يَعْتِقُ الْعَبْدُ وَلَا سَعَايَةَ عَلَيْهِ. ذَكَرَ^٢ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْكَيْسُ فِي يَدَي رَجُلَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: "الْكَيْسُ بَيْنِي وَبَيْنَ فُلَانٍ نِصْفَيْنِ"، وَقَالَ شَرِيكُهُ: "بَلِ الْكَيْسُ بَيْنِي وَبَيْنَ فُلَانٍ ذَلِكَ أَثْلَاثًا، لَهُ الثُّلُثُ وَلِي الثُّلُثَانِ" فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ صَدَقَ صَاحِبَ النِّصْفِ خَاصَّةً.

أَوْ صَدَقَ صَاحِبَ الثُّلُثِ خَاصَّةً.

أَوْ كَذَّبَهُمَا جَمِيعًا وَقَالَ: "الْكَيْسُ كُلُّهُ لِي".

فَإِمَّا إِذَا صَدَقَ صَاحِبَ النِّصْفِ^٣ فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنَ الْمُقَرَّرِ بِالثُّلُثِ خُمْسَ مَا فِي يَدَيْهِ، وَيَضُمُّهُ^٤ إِلَى مَا فِي يَدَيْ صَاحِبِ النِّصْفِ، فَيَجْعَلُ^٥ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ.

^١ : في ب: وقال العبد للوارث.

^٢ : في ب: وقال.

^٣ : في ب: ذكره. وهو الصَّوَابُ.

^٤ : لهما: أَنَّ الْعَتَقَ وَالَّذِينَ ثَبَتَا مَعًا، فَيُثَبِّتُ الدَّيْنَ وَالْعَبْدَ قَدْ عَتَقَ فَلَا يَتَعَلَّقُ الدَّيْنَ بِرَقَبَتِهِ.

ولأبي حنيفة: أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالَّذِينَ أَقْوَى مِنْ إِقْرَارِ الْعَتَقِ. الْجَامِعُ الصَّغِيرُ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ: ص/٥٢٦.

وليلاحظ أَنَّ فِي نَسْخَةِ الْجَامِعِ الَّتِي بَيْنَ يَدَيَّ "وَقَالَا: لَا يَعْتَقُ" وَهُوَ خَطَأٌ يَدُلُّ عَلَيْهِ تَعْلِيلُ قَوْلِهِمَا، كَذَلِكَ جَمِيعُ الْكُتُبِ ذَكَرَتْ الْعَتَقَ

عَلَى قَوْلِ الصَّاحِبِينَ. انْظُرْ: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٨/١٨٨، الْهَدَايَةُ مَعَ فَتْحِ الْقَدِيرِ: ١٠/٥٠١، الْفَتَاوَى الْهَنْدِيَّةُ: ٦/١١١.

^٥ : في ب: كيس.

^٦ : سقط "بل" من ب.

^٧ : في ب: خاصة.

^٨ : في ب: ويضم.

^٩ : في ب: ويجعل.

وَأَمَّا إِذَا صَدَّقَ الثُّلُثَ خَاصَّةً فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنَ الْمُقَرِّ بِالنِّصْفِ خُمْسَ مَا فِي يَدَيْهِ، وَيُضَمُّ إِلَى يَدَيْ صَاحِبِ الثُّلُثِ، فَيَجْعَلُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا^١.

وَأَمَّا إِذَا كَذَّبَهُمَا جَمِيعًا فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِ النِّصْفِ خُمْسَ مَا فِي يَدَيْهِ، وَمِنْ صَاحِبِ الثُّلُثِ خُمْسِي^٢ مَا فِي يَدَيْهِ. وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَذَكَرَ^٣ قَوْلُهُ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ^٤.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ كَذَّبَهُمَا جَمِيعًا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِ النِّصْفِ نِصْفَ مَا فِي يَدَيْهِ، وَمِنْ صَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثَ مَا فِي يَدَيْهِ. وَكَذَلِكَ إِنْ صَدَّقَ أَحَدَهُمَا فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنَ الْآخَرِ تَمَامَ مَا أَقَرَّ بِهِ، وَيُضَمُّ إِلَى الَّذِي صَدَّقَهُ، وَيَجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ^٥.

^١: سقط "خاصة" من ب في هذا الموضع.

^٢: سقط لفظ "يدي" من ب.

^٣: في ب: ويجعل بينهما نصفان.

^٤: في ب: وإن.

^٥: سقط من ب لفظ "فإنه".

^٦: هكذا في الأصل وفي ب، ولعل الصحيح "خُمسي". انظر: الجامع الكبير: ص/ ١٢٧، الفتاوى الهندية: ٤/ ٢٠٢.

^٧: في ب: خمس. وهو الصحيح. ر: المرجعان السابقان.

^٨: في ب: ذكر.

^٩: انظر: الجامع الكبير: ص/ ١٢٧، لكنه لم يذكر فيه تصديق صاحب الثلث خاصة.

^{١٠}: في ب: ويجعل نصفين.

ولم أرَ تعليل هذه المسائل فيما لديّ من المراجع، لكن وجدت في المبسوط مسألة تماثلها حيث قال: "دار بين رجلين أقرَّ أحدهما أُنْثَى بينهما وبين فلان، وأقرَّ الآخر أُنْثَى بينه وبين هذا المقرَّ له وبين آخر أرباعاً، فإنما نسَمِّي الَّذِي أَقَرَّ لَهُ "مُتَّفَقاً عَلَيْهِ" وَالَّذِي أَقَرَّ لَهُ أَحَدُهُمَا "مُجْهُوداً" وَالَّذِي أَقَرَّ لَهُمَا "مُقَرَّراً" وَشَرِيكَه "مُكَذَّباً" فنقول: على قول أبي يوسف رحمه الله يأتي المُتَّفَقُ عَلَيْهِ إِلَى الْمُقَرِّ فَيَأْخُذُ مِنْهُ رُبْعَ مَا فِي يَدِهِ وَيُضَمُّهُ إِلَى مَا فِي يَدِ الْمُكَذَّبِ فَيُقَسِّمُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَمَا بَقِيَ فِي يَدِ الْمُقَرِّ يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُجْهُودِ نِصْفَيْنِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى حِسَابٍ يَنْقَسِمُ نِصْفَيْنِ، ثُمَّ رُبْعُ نِصْفِهِ يَنْقَسِمُ نِصْفَيْنِ وَأَقَلُّ ذَلِكَ سِتَّةَ عَشَرَ، فَيَجْعَلُ سَهَامَ الدَّارِ سِتَّةَ عَشَرَ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَانِيَةً، ثُمَّ يَأْخُذُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنَ الْمُقَرِّ رُبْعَ مَا فِي يَدِهِ سَهْمَيْنِ فَيُضَمُّهُ إِلَى مَا فِي يَدِ الْمُكَذَّبِ، وَهُوَ ثَانِيَةً، فَيَصِيرُ عَشْرَةَ أَشْهُمٍ، نِصْفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةً، وَمَا بَقِيَ فِي يَدِ الْمُقَرِّ، وَهُوَ سِتَّةٌ، بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُجْهُودِ نِصْفَيْنِ، قَالَ: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الَّذِي قَاسَهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا فِي يَدَيْهِ عَبْدٌ أَوْ تَوْبٌ أَوْ مَتَاعٌ، فَقَالَ: "هَذَا [١٨٨ / أ] الشَّيْءُ هَذَا الرَّجُلِ، وَقَدْ أَوْدَعَنِيهِ فَلَانَ الْغَائِبُ"، فَإِنَّهُ يُؤْمَرُ بِأَنْ يَدْفَعَ إِلَى هَذَا الْحَاضِرِ، فَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ دَفَعَ إِلَى الْحَاضِرِ بغير قَضَاءٍ قَاضٍ يَضْمَنُ^١ لِلْغَائِبِ، وَإِنْ دَفَعَ بِقَضَاءٍ قَاضٍ لَا يَضْمَنُ.
وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُ، سَوَاءٌ دَفَعَ بِقَضَاءٍ قَاضٍ أَوْ بغير قَضَاءٍ قَاضٍ^٢. وَالْاِخْتِلَافُ ذَكَرَ^٣ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ^٤.

= فأما على قول محمد رحمه الله على قياس قول أبي حنيفة المتفق عليه يأخذ من المقر خمس ما في يده، والباقي كما قال أبو يوسف رحمه الله.

وأصل المسألة ما قال في كتاب الفرائض: رجل مات وترك ابنتين فأقر أحدهما بابنتين آخريين للميت وصدقه أخوه في أحدهما وكذبه في الآخر، فعلى قول أبي يوسف رحمه الله الذي قاسه على قول أبي حنيفة رحمه الله يأخذ المتفق عليه من المقر ربع ما في يده، وعلى قول محمد رحمه الله خمس ما في يده.

ووجه قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر، لأن المتفق عليه يقول للمقر: قد أقررت بأن الدار بيننا أرباعاً في ربع كل نصف من الدار، وفي يدك النصف، فأعطني ربع ما في يدك لإقرارك لي به، فإنه لا يجد بداً من قوله نعم، فإذا أخذ منه ربع ما في يده ضمه إلى ما في يد المكذب، لأنه يقول له: قد أقررت بأن حقنا في الدار على السواء، وإقراره ملزم في حقه.

وجه قول محمد رحمه الله: أن المقر يقول للمتفق عليه: أنا قد أقررت بأن حقي في سهم، وحق المجحود في سهم، وحقك في سهم، ولكن السهم الذي هو حقك نصفه في يدي ونصفه في يد شريكي، وهو مقر لك بذلك وزيادة، فلا يضرب بما في يدي إلا بما أقررت لك به وذلك نصف سهم، فأنت تضرب بما في يدي بنصف سهم، وأنا بسهم، والمجحود بسهم، فلهذا أخذ منه خمس ما في يده وضمه إلى ما في يد المكذب فاقسما نصفين، لاتفاقهما على أن حقهما في الدار سواء". المبسوط للسرخسي: ١٨ / ٥٧-٥٨، وانظر: الفتاوى الهندية: ٢٠٢ / ٤.

^١: في ب: يؤمر بالدفع.

^٢: في ب: ضمن.

^٣: في ب: لم.

^٤: في ب: وقال.

^٥: في ب: سواء كان.

^٦: أما عند أبي يوسف فلائه أقر للمدعي بملك مطلق، ثم أقر بعد ذلك أن فلاناً أودعه، ومن أقر بملك مطلق لإنسان، ثم أقر بالوديعة لغيره، ودفع المال إلى الأول بقضاء يضمن للثاني عند محمد، لأنه صار متلفاً له بإقراره للمدعي، خلافاً لأبي يوسف. ر: المحيط البرهاني: ١٩٧ / ٩.

^٧: في ب: ذكر الاختلاف.

^٨: لم أعثر على المسألة في الجامع الكبير.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا فِي يَدَيْهِ مَالٌ، فَأَقْرَأَهُ وَرِثَ مِنْ امْرَأَةٍ لَهُ سَمَاهَا، ثُمَّ أَقْرَأَ لِرَجُلٍ آخَرَ أَنَّهُ أَخُوهَا، فَقَالَ الْمَقْرَأُ لَهُ: "أَنَا أَخُوهَا، وَلَسْتُ أَنْتَ بِرَوْجِهَا"^١ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالْمَالِ كُلِّهِ لِلْأَخِ، وَلَا شَيْءَ لِلزَّوْجِ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النِّكَاحِ^٢.

وَلَوْ لَمْ يُقَرَّرْ بَعْدَ ذَلِكَ، وَقَالَ: "وَرِثْتُ هَذَا الْمَالَ مِنْ أَبِي وَهُوَ فَلَانٌ"، ثُمَّ أَقْرَأَ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَخٍ لِأَبٍ وَأُمٍّ، فَقَالَ الْأَخُ: "أَنَا ابْنُ فَلَانٍ، وَأَنْتَ لَسْتَ ابْنُهُ"^٣، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ النِّصْفَ وَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ الْجَمِيعُ، وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَيُقَالُ: هُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا^٤.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا الْمَقْرَأُ لَهُ^٥ أَوَّلَى بِالْمَالِ مِنَ الْمَقْرَأِ^٦.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَأْخُذُ مِنْهُ حِصَّتَهُ، وَيَتْرُكُ حِصَّةَ الْمَقْرَأِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا^٧.

^١: في ب: وقال.

^٢: سقط من ب: "ولست زوجها".

^٣: وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر، وهو القياس، وحجتهم: أن النكاح ينقطع بالموت، والإقرار بسبب منقطع لا يسمع إلا بيينة، بخلاف النسب. ر: بدائع الصنائع: ٧/ ٢٣٠، المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ٢٠٨.

^٤: في ب: ولو لم يقر بهذا.

^٥: في ب: ولكن قال.

^٦: في ب: بابنه.

^٧: في ب: يأخذ منه.

^٨: وقولها هو الاستحسان، ووجهه: أن المقر له إنما استفاد الميراث من جهة المقر، فلو بطل إقراره لبطلت وراثته، وفي بطلان وراثته بطلان وراثته المقر له. بدائع الصنائع: ٧/ ٢٣٠، وانظر: المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ٢٠٨.

^٩: في ب: المقر له في الوجهين جميعاً.

^{١٠}: وقوله هو القياس، ووجهه: أنهما تصادقا على إثبات وراثته المقر له، واختلفا في وراثته المقر، فيثبت المتفق عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل. بدائع الصنائع: ٧/ ٢٣٠، المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ٢٠٨.

^{١١}: وجه قول أبي يوسف في الفصلين: أنه لا يعتبر تكذيب المقر له، لأنه إنما استحق الميراث بإقرار المقر، فإذا زعم أن المقر غير وارث فإنه لا يثبت للمقر له شيء، وقد ثبت له شيء من التركة، فمن ضرورة ذلك الحكم بالقراءة، وينفذ الحكم بذلك. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٨/ ٢٠٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: "لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ جَارِيَةٍ"، فَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ: "لَا، وَلَكِنْ^١ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ"، أَوْ قَالَ: "لَا، وَلَكِنْ مِنْ قَرْضٍ أَقْرَضْتُكَ"، فَلِلْمُقَرَّرِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الْأَلْفَ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ بَطَلَ إِقْرَارُهُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ جَارِيَةٍ، لَا بَلْ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ الْغُلَامِ"، وَادَّعَى الْمُقَرَّرُ لَهُ الْأَلْفَيْنِ، فَعَلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ^٣. وَقَالَ زُفَرٌ: عَلَيْهِ أَلْفَا دِرْهَمٍ^٤.

وَلَوْ قَالَ: "لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ثَمَنِ الْغُلَامِ، لَا، بَلْ ثَمَنُ الْجَارِيَةِ" فَعَلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ فِي الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا^٥.

^١: سقط من ب "لك".

^٢: في ب: هي من.

^٣: في ب: لا، بل.

^٤: في ب: أو قال المقرّر له: لا بل من قرض كنت أقرضتك.

^٥: في ب: ألفاً.

^٦: لأتحاد الحكم، فلا يباي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم. ر: تبين الحقائق: ٣٠٨/٤.

^٧: لأنه ردّ إقراره وادّعى عليه شيئاً آخر. المبسوط للسرخسي: ١٨٥/١٨.

^٨: في ب: وإذا.

^٩: وهو استحسان، ووجه الاستحسان: أنّ الإقرار إخبار، والغلط يتمكّن في الخبر، والظاهر أنّ مراده بذكر المال الثاني استدراك الغلط بالزيادة على المال الأوّل، لا ضمّ الثاني إلى الأوّل. وقد مرّ ذلك. المبسوط للسرخسي: ١٨٥/٩، ١٨٥.

^{١٠}: في ب: عليه ألفان.

وقول زفر هو القياس، حيث اعتبر أنّ كلمة "لا بل" لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأوّل وإقامة الثاني مقام الأوّل، ورجوعه عن الإقرار بالأوّل، وإقراره بالثاني على وجه الإقامة مقام الأوّل صحيح، فيلزمه المألان. المبسوط: ١٨٥/٩، ١٨٥.

^{١١}: في ب: "من ثمن" في الموضعين.

^{١٢}: والفرق بين المسألتين عند زفر: أنّه في الأولى كرّر الألف فلزمه الألفان، وفي الثانية لم يكرّر، فلا يلزمه إلّا ألف واحدة. وفي الدر المختار: لو قال: "هذا الألف وديعة فلان لا بل وديعة فلان"، فالألف للأوّل، وعلى المقرّر ألف مثله للثاني، بخلاف "هي لفلان لا بل لفلان" بلا ذكر إيداع، حيث لا يجب عليه للثاني شيء، لأنّه لم يقرّ بإيداعه. الدر المختار: ٦٠٩/٥.

وفي المبسوط قال: لو قال: "لفلان عليّ ألف درهم ثمن هذا العبد لا بل ثمن جارية" وادّعاهما المقرّر له، أنّ على قول أبي يوسف رحمه الله يلزمه ألف واحد، وعند زفر رحمه الله يلزمه ألفان. ولو قال: "لا بل هي ثمن جارية" لم يلزمه إلّا ألف واحد بالاتفاق. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨٥/١٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ دِرْهَمٍ نَبَهْرَجَةٍ" فَقَالَ فُلَانٌ^١: "لَا، وَلَكِنْ عَلَيْكَ أَلْفٌ دِرْهَمٍ جَيَادٍ" يَلْزَمُهُ أَلْفٌ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ^٢ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣. وَقَالَ زُفَرٌ: بَطَلَ إِقْرَارُهُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لِفُلَانٍ عَلَيَّ [ب / ١١٨] أَلْفٌ دِرْهَمٍ"، فَقَالَ فُلَانٌ: "لَيْسَ لِي عَلَيْكَ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا الْأَلْفُ لِفُلَانٍ"، فَالْأَلْفُ لِلثَّانِي فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ. وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ بَطَلَ إِقْرَارُهُ^٥.

مَسْأَلَةٌ: دَارٌ فِي يَدَيَّ رَجُلٍ، فَقَالَ: "هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ"، وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ الْبَيْتَةَ عَلَى الشُّرَاءِ، قُبِلَتْ بَيْتَتُهُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٦، وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ^٧ لَا تُقْبَلُ بَيْتَتُهُ.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ" وَسَكَتَ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: "اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ"، لَا تُقْبَلُ بَيْتَتُهُ فِي الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا^٨.

^١: سقطت "فلان" من ب.

^٢: في ب: ألف نبهرجة. وهو الصواب.

^٣: سقطت "الثلاثة" من ب. أي عندهم يلزمه المال كما أقر به. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٨٥.

^٤: وجه قوله: أنه ردّ إقراره وادّعى عليه شيئاً آخر، فقياس تلك المسألة على قول زفر رحمه الله هنا يوجب أن يكون إقراره باطلاً.

المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٨٥.

^٥: في ب: فإنما الألف.

^٦: ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٨٥. ولم أعثر على تعليل أقوالهم فيما لديّ من المراجع.

^٧: استحساناً، وقول زفر هو القياس. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨ / ١٨٠. ولم أر تعليل هذه الأقوال فيما لديّ من المراجع.

^٨: في ب: وقال زفر.

^٩: في ب: لم.

^{١٠}: وكذلك لو قال بعد ما سكت: "اشتريته منه قبل الإقرار أو وهبه لي أو تصدّق به عليّ" لم تقبل بَيْتَتُهُ استحساناً. المبسوط

للسرخسي: ١٨ / ١٨٠.

وَلَوْ قَالَ: "هَذِهِ الدَّارُ كَانَتْ لِفُلَانٍ" ثُمَّ قَالَ: "اشْتَرَيْتُهَا مِنْهُ"، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ فِي الْقَوْلَيْنِ جَمِيعاً.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَاتَ، فَقَالَ وَارِثُهُ: "قَدْ أَوْصَى لِفُلَانٍ هَذَا" بِالثُّلُثِ، لَا بَلَّ لِفُلَانٍ آخَرَ "فَالثُّلُثُ

لِلْأَوَّلِ وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي"، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ الثُّلُثَ إِلَى الْأَوَّلِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ قَاضٍ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِلثَّانِي^١.

وَقَالَ زُفَرٌ: يَدْفَعُ الثُّلُثَ إِلَى الْأَوَّلِ، وَالثُّلُثَ إِلَى الثَّانِي^٢.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "أَوْصَى بِثُلُثِهِ هَذَا، لَا بَلَّ هَذَا، لَا بَلَّ هَذَا"، فَفِي "قَوْلِ زُفَرٍ يُخْرِجُ" إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ^٣

الثُّلُثُ، وَيَخْرِجُ بِغَيْرِ شَيْءٍ^٤.

وَفِي قَوْلِ عَلِيٍّ الثَّلَاثَةَ لِلْأَوَّلِ الثُّلُثُ، وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي وَالثَّلَاثِ^٥.

^١: في ب: في الوجهين.

^٢: لأنَّ قوله "كان كذا" لا يكون تصريحاً منه بقيامه في الحال، وإنَّما يجعل قائماً باعتبار استصحاب الحال، لأنَّ ما عرف ثبوته فالأصل بقاءه، وإنَّما يصرار إلى استصحاب الحال إذا لم يقيم الدليل بخلافه، وقد قام الدليل هنا حين أتى بالبينة على ما ادَّعى. المبسوط للسرخسي: ١٨٠/١٨.

^٣: في ب: قد أوصى فلان - يعني مورثه - لهذا.

^٤: لأنَّ رجوعه في إبطال استحقاق الأول باطل، ولكنَّه في حقِّ نفسه صحيح. المبسوط للسرخسي: ١٨٨/١٨.

^٥: في ب: إلا أن يدفع الثُّلُث.

^٦: في ب: بغير قضاء قاض عندنا.

وذلك لأنَّه صار متلفاً حقَّ الثَّانِي فيضمن له نصيبه. ر: المرجع السابق.

^٧: لم أر تعليل قول زفر فيها أطلعت عليه من المراجع.

^٨: في ب: بالثُّلُث.

^٩: سقطت هذه الجملة من ب.

^{١٠}: في ب: فإنَّ في.

^{١١}: في ب: يدفع.

^{١٢}: في ب: منها.

^{١٣}: لم أر تعليل قول زفر فيها أطلعت عليه من المراجع.

^{١٤}: في ب: ولا للثَّالِثَ =.

كِتَابُ الصُّلْحِ

= وجه قولهم: أن نفاذ الوصية في الثلث، وقد أقر به للأول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني بها. ر: الدر المختار:

٥/٦٢٦، مجمع الضمانات: ٢/٨٠١.

١: الصُّلَحُ: بضمّ فسكون مصدر صالح، صلح يَصْلُحُ صلَاحاً وصُلُوْحاً، والصِّلَاح خلاف الفساد، ومن معانيه إنهاء الخصومة، وإنهاء الحرب، والسّلم.

والصِّلَح: تصالَح القوم بينهم، وقد اصطلَحوا وصالَحوا واصلَحوا وتصالَحوا واصَّالَحوا، قلبوا التَّاء صاداً وأدغموها في الصَّاد بمعنى واحد. والصِّلَح يذكَّر ويؤنَّث.

وشرعاً: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة. أو هو عبارة عن عقد وضع بين المتصالحين لدفع المنازعة بالتراضي يحمل على عقود التصرفات. وهو مشتق من المصالحة، وهي المسالمة بعد المخالفة.

وركنه: الإيجاب والقبول الموضوعان للصّليح. وشرطه: أن يكون المصالح عنه مالاً أو حقّاً يجوز الاعتياض عنه كالقصاص.

الدليل على جواز الصلح: الكتاب والسنة والإجماع.

أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ الشَّاءُ: ١٢٨.

وَأَمَّا السُّنَّةُ فَقَوْلُهُ ﷺ: «الْصَّلَحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلَاحًا أَحْلَلَ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا».[أَخْرَجَهُ ابْنُ حَبَّانَ فِي صَحِيحِهِ، بَابُ ذِكْرِ

الإخبار عن جواز الصّلى بين المسلمين ما لم يخالف الكتاب أو السنّة أو الإجماع، رقم (٥٠٩١)، وابن ماجه، باب الصّلى، رقم

(٢٣٥٣)، والتِّرْمِذِيُّ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصُّلْحِ بين الناس، رقم (١٣٥٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح [

وأُجمعت الأمة على جوازهِ، وقال عمر رضي الله عنه: «ردّدوا الخصوم لكي يصطلحوا فإنّ فصل القضاء يورث الضّعائن» [ابن أبي شيبه:

٣٤٦/٥، مصنف عبد الرزاق، رقم (١٥٣٠٤)، البيهقي: ٦/٦٦. وعند البيهقي وكذا عند عبد الرزاق: "ردّوا" بدل "ردّدوا".

وانظر: كنز العمال: ٥ / ٨٠٥]

المصالح: هو الذي عقد الصّلاح، المصالح عليه: هو بدل الصّلاح، المصالح عنه: هو الشيء المدعى به. ر: لسان العرب: ٥١٦/٢،

معجم لغة الفقهاء: ص/ ٢٧٦، القاموس الفقهي: ص/ ٢١٥، الجوهرة النيرة: ٢/ ٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا صَلَّحَ رَجُلٌ^١ عَلَى سُكْنَى بَيْتٍ، أَوْ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ، أَوْ عَلَى رُكُوبِ دَابَّةٍ شَهْرًا، فَخَدَمَهُ الْعَبْدُ نِصْفَ الشَّهْرِ، أَوْ سَكَنَ الدَّارَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ نِصْفَ الشَّهْرِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُدَّعِي أَوْ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَطْلَ الصُّلْحِ^٢، وَيُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ^٣.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٤ إِذَا مَاتَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَبْطُلُ الصُّلْحُ^٥.

^١: في ب: صالح الرجل رجلاً. وهو الصحيح.

^٢: سقط من ب: على.

^٣: زاد في ب: "أو لبس ثوب".

وهذا الصلح جائز، لأن المصالح عليه مقدور التسليم معلوم. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٥/٢٠.

^٤: في ب: شهر.

^٥: في ب: شهر.

^٦: في ب: الصلح يبطل.

^٧: والإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين، وهذا لأنه إن مات المدعي فلو أبقينا الصلح أدى إلى توريث المنفعة، والمنفعة لا يجري فيها الإرث.

والاعتبار بالإجارة قول محمد، وهو الأظهر، واعتمده المحبوبي والنسفي. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢٠، حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٨.

^٨: وجه قول أبي يوسف: أن المقصود بالصلح قطع المنازعة، وفي إبطال هذا الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة بينهما، فلوجوب التحرز عن ذلك قلنا بأنه يبقى الصلح بعد موت أحدهما، لأنه إن مات المدعي عليه فوارثه ينتفع بإيفاء هذا الصلح، مثل ما كان المورث انتفع به وهو سقوط منازعة المدعي، فلو أبطالنا الصلح ربما لا يتمكن من تحصيل هذه المنفعة لنفسه، بخلاف الإجارة. وإن مات المدعي فوارثه يقوم مقامه فيما لا يتفاوت الناس في استيفائه، كخدمة العبد وسكنى البيت وربما لا يتمكن من تحصيل ذلك لنفسه بعقده فبقي الصلح، فأما فيما يتفاوت الناس فيه كلبس الثوب وركوب الدابة لا يمكن إقامة الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيه ولم يرض بالتزامه، فلهذا أبطالنا الصلح. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢٠.

^٩: في ب: مات المدعي. وما في الأصل هو الصواب. ر: حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٨.

^{١٠}: وللمدعي أن يستوفي جميع المنفعة من العين بعد موته كما لو كان حيًا. حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٨.

وَإِنْ مَاتَ الْمُدَّعِي^١ فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَلَى سُكْنَى دَارٍ أَوْ عَلَى خِدْمَةِ الْعَبْدِ^٢ لَا يَبْطُلُ الصُّلْحُ^٣، وَفِي رُكُوبِ الدَّابَّةِ يَبْطُلُ الصُّلْحُ^٤.

وَلَوْ أَنََّّهُ صَالِحٌ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ فَمَاتَ الْعَبْدُ أَوْ قَتَلَهُ [رَجُلٌ أَجَنِيٌّ أَوْ الْمُدَّعِي [١١٩/أ] أَوْ] الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ قَتَلَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَطَلَ الصُّلْحُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٥.
وَلَوْ قَتَلَهُ أَجَنِيٌّ فَإِنْ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَطَلَ الصُّلْحُ أَيْضاً^٦.

^١ : في ب: مات المدعى عليه. وما في الأصل هو الصواب. ر: المرجع السابق.

^٢ : في ب: إن.

^٣ : في ب: خدمة عبد.

^٤ : سقط لفظ "الصلح" من ب.

وتقوم ورثة المدعي مقامه في استيفاء المنفعة. حاشية ابن عابدين: ٢٢٥ / ٨.

^٥ : في ب: "وفي ركوب الدابة وفي لبس الثوب بطل الصلح". وهو صحيح. لأنه يتعين فيه العاقد. ر: المرجع السابق.

^٦ : في ب: صالحه.

^٧ : سقطت هذه العبارة من ب، ثم ألحقت بالحاشية مصححاً عليها.

^٨ : في ب: فمات.

^٩ : سقطت كلمة "جميعاً" من ب.

لتتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى. المبسوط للسرخسي: ١٤٥ / ٢٠.

^{١٠} : وجه قول محمد: أن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجارة، ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الإجارة فكذلك إذا قتل العبد الذي وقع الصلح على خدمته، وهذا لأن حق المصالح في المنفعة، والقيمة الواجبة على القاتل بدل العين لا بدل المنفعة، فقد فات المعقود عليه لا إلى عوض، وهو نظير موت العبد، ولأن الصلح عقد محتمل للفسخ، ودفع الضرر عن المدعي ممكن بالإعادة إلى رأس الدعوى، فلا حاجة بنا إلى أن نقيم بدل العين مقام بدل المنفعة في إيفاء هذا العقد. المبسوط للسرخسي: ١٤٥ / ٢٠.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْمُدَّعِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ نَقَضَ الصُّلْحَ وَرَجَعَ عَلَى دَعْوَاهُ، وَإِنْ شَاءَ مَضَى عَلَى الصُّلْحِ، وَيُؤْخَذُ مِنَ الْقَاتِلِ قِيمَةُ الْعَبْدِ فَيَشْتَرِي عَبْدًا آخَرَ فَيَخْدُمُهُ^١.

وَإِنْ قَتَلَهُ الْمُدَّعِي فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ بَطَلَ الصُّلْحُ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الصُّلْحُ: لَمْ يَنْتَقِضْ، وَيُؤْخَذُ مِنَ الْمُدَّعِي قِيمَةُ الْعَبْدِ وَيَشْتَرِي عَبْدًا آخَرَ فَيَخْدُمُهُ^٢.

ثُمَّ لِقَائِلٍ^٣ أَنْ يَقُولَ: لَا خِيَارَ لِلْمُدَّعِي فِي نَقْضِ الصُّلْحِ، لِأَنَّ التَّغْيِيرَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ. وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: لَهُ الْخِيَارُ^٤.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَلَى دَارٍ فَهَدَمَهُ^٥ رَجُلٌ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^٦.

^١: في ب: ويرجع.

^٢: في ب: ويشترى عبد.

^٣: المصالح مَلَكَ المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين، فإذا هلكت العين وأخلفت بدلاً لا يبطل الصُّلْحُ، كالعبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية، ولكن يشتري بقيمته عبداً آخر ليعمل الموصى له، بخلاف الإجارة وهي ملك المنفعة بعقد لا يجوز أن تملك به العين، فلا يمكن إقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد. المبسوط للسرخسي: ١٤٦/٢٠.

^٤: في ب: فني قول محمد أيضاً.

^٥: سقطت كلمة "الصلح" من ب.

^٦: في ب: فيشترى عبد.

^٧: وهذا كاخلاف الذي مرّ في قتل الأجنبي للعبد، وذلك لأن المدعي أجنبي من الرقبة، فيلزمه من القيمة بالقتل ما يلزم غيره. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٦/٢٠.

^٨: في ب: ولقائل.

^٩: وهذا على مذهب أبي يوسف، والأوجه أن لا يثبت له الخيار، لأن التَّغْيِيرَ حصل بفعله هنا، وهو راض بفعله لا محالة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢٠.

^{١٠}: في ب: فهدها. وهو الصحيح.

^{١١}: ولعل قول محمد قد اختلف فيه هنا، فقد ذكر قوله كقول أبي يوسف ليس يختلف عنه، كما في البدائع وغيره حيث قال الكاساني: أمّا إذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بأن انهدم، أو باستهلاكه بأن هدمه غيره لا يبطل الصُّلْحُ، ولكن لصاحب السكنى -وهو المدعي- الخيار: إن شاء بناه صاحب البيت بيتاً آخر يسكنه إلى المدة المضروبة، وإن شاء نقض الصُّلْحَ، ولا يتعدّر هنا خلاف محمد، =

وَلَوْ صَالِحُهُ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ، ثُمَّ إِنَّ الْمُدَّعِيَ آجَرَ الْعَبْدَ مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَا جَارَةَ جَائِزَةً فِي قَوْلِ أَبِي
يُوسُفَ. وَلَا تَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٢، لِأَنَّهُ سَلَكَ^٣ مَسْلَكَ الْإِجَارَةِ، وَأَبُو يُوسُفَ سَلَكَ^٤ مَسْلَكَ التَّمْلِيكِ^٥.
مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ^٦ حَقًّا فَصَالِحُهُ عَلَى دَارٍ، فَبَاعَ الْمُدَّعِيَ الدَّارَ قَبْلَ الْقَبْضِ، فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي
يُوسُفَ يَجُوزُ بَيْعُهُ^٧.

-
- = لأنَّ إجارة العبد تبطل بموته بالإجماع، وإجارة الدَّار لا تبطل بانهدامها، ولصاحب الدَّار أن يبينها مرَّة أخرى في بعض إشارات
الروايات عن أصحابنا. بدائع الصَّنائع: ٥٥/٦، وانظر: المبسوط للسرخسي: ١٤٨/٢٠.
- لكن ذكر صاحب البدائع في كتاب الإجارة رواية عن محمد بفسخ الإجارة إذا ما انهدم البيت ورَّجَحَ هذه الرواية القدوري، وقال:
الصَّحيح أنَّ العقد يفسخ لما ذكرنا أنَّ المنفعة المطلوبة من الدَّار قد بطلت.
- وفي اللِّباب: وعامة المشايخ على أنَّ الإجارة لا تنفسخ، وهو الصَّحيح، كما في الذَّخيرة والتاتارخانية والاختيار وغيرها. ر: بدائع
الصَّنائع: ١٩٦/٤، اللِّباب شرح الكتاب: ص/٢٧٨.
- ^١ في ب: فإنَّ الإجارة جائزة عند.
- ^٢ في ب: وعند محمد لا تجوز.
- ^٣ في ب: لأنَّ محمدًا يسلك.
- ^٤ كما لو آجره من المؤاجر في مدَّة الإجارة، وأتته لا يجوز بالإجماع، وتبطل الإجارة الأولى، ولا يجب على المستأجر شيء من الأجرة
كذا هذا. بدائع الصَّنائع: ٤٧/٦.
- ^٥ في ب: يسلك.
- ^٦ : لِأَنَّهُ مَلَكَ خِدْمَتَهُ بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ، فَلَا يَبْطُلُ الصَّلْحُ، كَمَا لَوْ آجَرَهُ مِنْ غَيْرِهِ. ر: بدائع الصَّنائع: ٤٧/٦.
- ^٧ في ب: الرَّجُل.
- ^٨ في ب: جاز بيعها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وهو صواب.
- لأنَّ المصالح عليه بمنزلة المبيع في الصَّلْح، فيردُّ بالعيب السير والفاحش، وله أن يتصرَّف فيه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي
يوسف، وليس له ذلك في قول أبي يوسف الأوَّل ومحمد، كالمبيع قبل قبضه.
- لأبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّ بيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض، وذلك
لأنَّ المطلق للتصرَّف الملك دون اليد، إلَّا أنَّ بيع المنقول قبل القبض في الملك غرر، لأنَّ هلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشتري،
فإذا قبضه انتفى هذا الغرر ولا يبقى إلَّا معنى الغرر بظهور الاستحقاق، وذلك لا يمكن الاحتراز عنه.
- وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه إلَّا غرر الاستحقاق، لأنَّه لا يتصوَّر هلاكه وانفساخ البيع به، وانتفاء الغرر لعدم تصوُّر سببه
أصلاً يكون أبلغ من انتفاء الغرر إذا تصوَّر سببه ولم يعمل، وإنَّما يتصوَّر الغرر فيه من حيث الاستحقاق، وذلك لا يمكن الاحتراز
عنه، والدليل عليه أنَّ التصرَّف في الثمن قبل القبض جائز، لأنَّه لا غرر في الملك. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣/٩-١٠.

وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ سُودٌ، فَصَالِحُهُ مِنْهَا عَلَى خَمْسِمِئَةِ دِرْهَمٍ^٢ يَبِضُّ جِيَادٍ، فَإِنْ قَبَضَهُ فِي الْمَجْلِسِ جَازٌ، وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ الْقَبْضِ بَطَلَ الصَّلْحُ، وَيَأْخُذُ الْمُدَّعِي خَمْسِمِئَةَ سُوداً^٣، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ.

^١: في ب: وهو.

^٢: لعموم التَّهْيِ «عن بيع ما لم يقبض»، [كالذي رواه ابن عباس رضي الله عنهما: «أَمَّا الَّذِي نَهَى عَنْهُ النَّبِيُّ ﷺ فَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يَبَاعَ حَتَّى يَقْبِضَ» قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. أخرجه البخاري، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، رقم (٢٠٢٨)] و«لنهي ﷺ عن ربح ما لم يضمن» [كالحديث الذي أخرجه النسائي، «نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع واحد، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن» باب المبيعات المنهي عنها من الغرر وغيره، رقم (٦٢٢٧)، الترمذي، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم (١٢٣٤)، وقال حديث حسن صحيح] وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن.

والمعنى فيه: أنه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول. وتأثيره أن ملك التَّصَرَّف يستفاد بالقبض، كما أن ملك العين يستفاد بالعقد، ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد، فكذلك فيما يملك به التَّصَرَّف، أو لأنَّ السَّبب وهو البيع لا يتم إلا بالقبض، ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد، والملك إنما يتأكد بتأكد السَّبب، وفي هذا العقد العقار والمنقول سواء.

يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثَّمَن، والعقار في هذا كالمَنْقُول، حتَّى إذا استحقَّ أو تصوَّر هلاكه فهلك سقط الثَّمَن، ولأنَّ القدرة على التَّسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعاً وذلك بيده أو بيد نائبه، ويد البائع الأول ليست بناتبة عن يده فلا تثبت قدرته على التَّسليم باعتبارها. المبسوط للسرخسي: ٩/١٣.

^٣: سقط من ب "درهم".

^٤: في ب: نقده.

^٥: باعتبار أنه يجعل كل واحد منهما محسناً إلى صاحبه بطريق الإسقاط، فصاحب الحق أبرأه عن خمسمئة، والمديون أعطى ما بقي أجود مما عليه، وهذا منه إحسان في قضاء الدين، وذلك مندوب إليه، وإذا كان المقصود بالصَّلْح قطع المنازعة فإذا أمكن تصحيحه لا يجوز إبطاله، وهنا تصحيحه بطريق ممكن فلا يحل على المعاوضة. المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٠.

^٦: في ب: أن يقبضه.

^٧: لأنه أبرأه عما بقي، وإنَّما تبقى الخمسمئة في ذمته بالصفة التي كانت قبل الإبراء، والمجازاة على الإحسان مطلوبة بطريق ولكن غير مستحق ديناً. ر: المرجع السابق.

وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ الصُّلْحُ بَاطِلٌ سِوَاءَ تَفَرَّقَا أَوْ لَمْ يَتَفَرَّقَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ سُودٌ كَمَا كَانَ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ فِي غَنَمٍ رَجُلٍ دَعَا، فَصَالِحُهُ عَلَى الصُّوفِ الَّذِي عَلَى ظَهْرِهَا^٢ عَلَى أَنْ يَجْزَّهَ مِنْ سَاعَتِهِ، جَازَ الصُّلْحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ.

وَلَوْ صَالِحُهُ عَلَى صُوفٍ عَلَى ظَهْرِ غَنَمٍ آخَرَ، لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا تَهَايَأَ رَجُلَانِ فِي [١١٩/ب] سَكَنَى دَارٍ بَيْنَهُمَا، أَوْ فِي سَكَنَى دَارَيْنِ، أَوْ عَلَى غَلَّةٍ دَارٍ أَوْ عَلَى غَلَّةٍ دَارَيْنِ، تَجُوزُ الْمُهَيَأَةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٤.

وَكَذَلِكَ لَوْ تَهَايَأَ عَلَى [خِدْمَةِ عَبْدٍ أَوْ عَلَى خِدْمَةِ عَبْدَيْنِ]^٥.

^١: سقطت كلمة "سواء" من ب.

^٢: لأتھا صرّحاً بالمعاوضة، فإنه أبرأه عن الخمسمئة بشرط أن يسلم له بصفة الجودة فيما بقي، ومعاوضة الدراهم بالجودة لا يجوز، ومع التصريح بالمعاوضة لا يمكن حمله على البراءة المبتدأة. المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٠.

^٣: في ب: على ظهورها.

^٤: وجه قول أبي يوسف: أن تصحيح هذا الصلح باعتبار زعم المدعي ممكن، لأنه يزعم أن الصوف والشاة ملكه، وأنه يترك للمدعي عليه بعض ملكه ويبقى في الصوف، لا أن تملكه ابتداء، وذلك جائز. ر: المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٠.

^٥: وجه قوله: أن المصالح عليه إذا كان معيّنًا فهو كالمبيع، ويبيع الصوف على ظهر الغنم باطل، فكذلك الصلح. المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٠.

^٦: في ب: أخرى.

^٧: في ب: لم يجوز بالاتفاق.

لأن بيع الصوف على ظهر الغنم غير جائز، فكذلك الصلح. ر: المرجع السابق.

^٨: تهايا القوم على الأمر تهايؤًا: توافقوا عليه، جعلوا الكل واحد هيئة معلومة، والمراد التوبة. والمهاياة: الأمر المتهايا عليه. ر: القاموس الفقهي: ٣٦٩/١، معجم لغة الفقهاء: ٤٦٦/١.

^٩: في ب: على.

^{١٠}: في ب: جاز المهاياة في قولهم.

لإمكان المعادلة، لأن التغير لا يميل إلى العقار ظاهراً. حاشية ابن عابدين: ٦٤٣/٥.

^{١١}: لعدم التفاوت ظاهراً ولقلته. المرجع السابق.

وَلَوْ أَتَمَّهَا تَهَايَا عَلَى^١ غَلَّةِ عَبْدٍ وَاحِدٍ، عَلَى أَنْ يَأْخُذَ هَذَا غَلَّةَ شَهْرٍ، وَهَذَا غَلَّةَ شَهْرٍ، لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَلَوْ تَهَايَا فِي غَلَّةِ عَبْدَيْنِ بَيْنَهُمَا، عَلَى أَنْ يَأْخُذَ هَذَا غَلَّةَ هَذَا الْعَبْدِ، وَهَذَا غَلَّةَ هَذَا الْعَبْدِ، لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

وَلَوْ تَهَايَا عَلَى رُكُوبِ دَابَّةٍ أَوْ عَلَى غَلَّتِهَا، أَوْ عَلَى رُكُوبِ دَابَّتَيْنِ أَوْ عَلَى غَلَّتِيهَا^٢، لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ^٣ فِي^٤ غَلَّةِ دَابَّةٍ وَاحِدَةٍ^٥.

^١: سقطت هذه العبارة من ب، ثم ألحقت بالحاشية مصححاً عليها.

^٢: في ب: على أن يأخذ غلته هذا شهراً، وهذا شهراً.

^٣: في ب: "لم يجز بالاتفاق". وذلك للتفاوت. ر: حاشية ابن عابدين: ٦٤٣/٥.

^٤: في ب: ولو أتمها.

^٥: حجة أبي حنيفة: أن التهايا في الخدمة جواز للضرورة لعدم إمكان قسمتها، ولا ضرورة في الغلة، لأنه يمكن قسمتها، لأنه عين مال ولأنه يتغير بالاستغلال. البحر الرائق: ٢٨٧/٨.

^٦: في ب: في قول صاحبيه.

وذلك إذا استوت الغلّتان. لهما أن تفاوت العبدان في الغلة يسير فيجوز عند الاستواء، بخلاف العبد الواحد فإنها فاحشة. البحر الرائق: ٢٨٧/٨.

^٧: في ب: غلّتها.

^٨: في ب: في قول.

^٩: معنى المعادلة والتميز في ركوب الدابّتين غير ممكن، فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة، فربّ راكب يروض الدابة، ويثقلها الآخر. وإذا ثبت أن التهايا على الدابّتين في الركوب لا يجوز ثبت في الغلة بالطريق الأولى، لأن استقلال الدواب بالإجارة ممن يركبها وذلك غير معلوم عند المهايأة، والضّرر على كلّ دابة يختلف باختلاف من يركبها، فلهذا لا يجوز، وعلى هذا الخلاف التهايا في ركوب دابة واحدة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٤/٢٠.

^{١٠}: في ب: في قولهما.

حيث أن منفعة الركوب في الدواب كمنفعة الخدمة في العبيد والسكنى في الدار، ألا ترى أن استحقاق ذلك بالإجارة يجوز وكذلك استيفاءه بالإعارة، فكما تجوز المهايأة في خدمة العبدان فكذلك في ركوب الدابّتين. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٤/٢٠.

^{١١}: في ب: إلّا في. وهو الصحيح. ر: المرجع السابق، تبين الحقائق: ٢٧٧/٥.

^{١٢}: أي لا تجوز، لأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء، فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة. تبين الحقائق: ٢٧٧/٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جَرَحَ الرَّجُلُ^١ عَمْدًا، فَصَالَحَ الْمَجْرُوحَ مِنْهُ^٢، فَإِنْ قَالَ عِنْدَ الصُّلْحِ: "صَالَحْتُكَ مِنَ الشَّجَةِ"^٣ أَوْ مِنَ الضَّرْبَةِ، أَوْ الْقَطْعِ، أَوْ الْجِرَاحَةِ، أَوْ الْيَدِ^٤، فَإِنْ بَرَأَ مِنْ ذَلِكَ^٥ جَازَ الصُّلْحُ^٦، وَإِنْ مَاتَ^٧ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ فِي الْقِيَاسِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: يَجِبُ^٨ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ^٩، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ^{١٠}.
وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الصُّلْحُ جَائِزٌ^{١١}.

^١: في ب: الرَّجُلُ الرَّجُل.

^٢: في ب: فصالحه منه المجروح.

^٣: الشَّجَةُ بالتحريك: واحدة شجاج، الجرح في الرأس أو الوجه دون غيرهما. معجم لغة الفقهاء: ص/ ٢٥٨.

^٤: سقطت عبارة: "أو من الضربة" من ب.

^٥: في ب: "أو القطعة".

القطعة من الشيء: الطائفة منه، القطعة: البضعة من اللحم وغيره: ر: القاموس الفقهي: ص/ ٣٨، ص/ ٣٠٦.

^٦: الجراحة: الجرح، وهو الشَّقُّ في البدن. (ج) جروح، وجراح.

وفي القرآن المجيد: ﴿وَالْمَجْرُوحَ فَصَّاحٌ﴾ [المائدة: ٤٥]. وهو خاصٌّ فيما كان بغير الوجه والرأس، لأنَّ ما كان فيها يسمَّى الشَّجَةَ. ر: القاموس الفقهي: ص/ ٦٠.

^٧: إن برأ بحيث بقي له أثر، وإن برأ بحيث لم يبق له أثر بطل الصُّلْحُ. ر: حاشية ابن عابدين: ٢٧٤/ ٨.

^٨: لأنَّه أسقط هذه الألفاظ حقَّه بعوض. المبسوط للسرخسي: ٩/ ٢١. وانظر المسألة في الأصل: ٥٢٠/ ٤.

^٩: في ب: وإن كان مات.

^{١٠}: سقط "يجب" من ب في الموضعين.

^{١١}: عليه الدِّيَّة في ماله، وإن آل الجرح إلى قتل كانت الدِّيَّة على عاقلته. المبسوط للسرخسي: ٩/ ٢١.

^{١٢}: وجه قوله: أنَّه أسقط بالصُّلْح قطعاً أو شجّة أو جرحاً له قصاصاً، وبالموت يتبيّن أنَّ الواجب له القصاص في النفس لا القطع والشَّجَةُ، فكان هذا إسقاطاً لما ليس بحقّه فيكون باطلاً، ولهذا كان عليه القصاص في النفس في القياس، ولكنه استحسن فقال: يتمكّن فيه نوع شبهة من حيث إنّ أصل القتل كان هو الشَّجَةُ، والقصاص عقوبة تندري بالشَّبهات، ولكنّ المال ثبت مع الشَّبهات. المبسوط للسرخسي: ١٠، ٩/ ٢١.

^{١٣}: ولا شيء عليه، لأنَّه أسقط الحقَّ الواجب له بالجراحة بالصُّلْح، وبعد الموت سبب حقّه الجراحة كما بعد البرء. المبسوط للسرخسي: ٩/ ٢١.

وَلَوْ قَالَ: "صَالِحْتُكَ مِنَ الشَّجَّةِ وَمَا تُحْدِثُ"، [أَوِ الصَّرِيَّةِ أَوِ الْقَطْعَةِ أَوِ الْجِرَاحَةِ وَمَا تُحْدِثُ]، "ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ جَازَ الصُّلْحِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً".

وَلَوْ قَالَ: "صَالِحْتُكَ مِنَ الْجِنَايَةِ"، وَقَالَ: "وَمَا تُحْدِثُ" أَوْ لَمْ يَقُلْ، ثُمَّ مَاتَ، جَازَ الصُّلْحِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً".
مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْقِصَاصُ بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَمِنْهُمْ الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ، فَصَالِحَ الْكَبِيرِ مِنْ حِصَّتِهِ، يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَمْتَصَّ فَلَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ "أَبِي حَنِيفَةَ"، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

^١: في ب: ولو أنه.

^٢: في ب: على.

^٣: في ب: يحدث منها.

^٤: الجملة الأخيرة ساقطة من ب.

^٥: سقط من ب "جميعاً".

لأن ما يحدث منه السرية يكون هو هذا اللفظ مسقطاً حقه عن النفس بعوض، والقصاص في النفس وإن كان يجب بعد الموت فإنما يجب بسبب الجنابة، وإسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب صحيح. ر: الأصل: ٥٢٠ / ٤، المبسوط للرخسي: ١٠ / ٢١.

^٦: في ب: ولو أنه.

^٧: في ب: بالاتفاق. لأن اسم الجنابة يعم النفس وما دونها. المبسوط للرخسي: ١٠ / ٢١.

^٨: في ب: بين ورثة صغير وكبير.

^٩: في ب: جاز بالاتفاق. قال في المبسوط: "فإن صالح عن الدية فصلحه جائز، أما عند أبي حنيفة، فلا يتمكن من استيفاء نصيب الصغير من القود فيتمكن من إسقاطه بالصالح على الدية، كما في الأب. وعندهما صلحه عن نصيب نفسه صحيح بمنزلة عفو، وبه ينقلب نصيب الصغير مالاً، وهو حصته من الدية لتعذر استيفاء القود عليه". المبسوط للرخسي: ١٥ / ٢١.

^{١٠}: في ب: عند.

^{١١}: له: أن استيفاء القصاص باعتبار الولاية دون الورثة، والولاية للكبير دون الصغير. المبسوط للرخسي: ١٧٤ / ٢٦.

^{١٢}: في ب: وليس له ذلك عند صاحبيه. وهو الصواب.

لها: أن استيفاء القصاص بطريق الخلافة إرثاً. ثم وجه قولها: أن القصاص أحد بدلي الدم فلا ينفرد الكبير باستيفائه. المبسوط للرخسي: ١٧٤ / ٢٦. والمسألة ذكرها في الأصل: ٥٤٣ / ٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ قَتِيلًا^١، فَصَالَحَ^٢ الْمَوْلَى عَلَى عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إِلَى الْوَلِيِّ، ثُمَّ قَتَلَ قَتِيلًا آخَرَ، فَإِنَّ وَلِيَّ الثَّانِي^٣ بِالْخِيَارِ [١٢٠/أ] إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْأَوَّلَ^٤، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَوْلَى بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ^٥، إِذَا كَانَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ قَاضٍ، ذَكَرَ^٦ أَنَّ هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَحُمَيْدٍ^٧ الْقَضَاءُ وَغَيْرُ الْقَضَاءِ سَوَاءٌ، فَيَأْخُذُ مِنَ الْمَوْلَى، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ^٨ الْأَوَّلِ^٩.

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ: الصَّحِيحُ أَنْ يُقَالَ: "لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافٌ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^{١٠} وَلِيَّ^{١١} الثَّانِي بِالْخِيَارِ"، لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَخَذَ عَلَى وَجْهِ الصُّلْحِ، وَالصُّلْحُ بِنَاؤُهُ عَلَى الْحَطِّ وَالتَّقْصَانِ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ فِي الَّذِي دَفَعَ الْقِيَمَةَ^{١٢}.

١: في ب: قتيلاً خطأً. وهو الصواب. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/٢١.

٢: في ب: فصالحه.

٣: في ب: ولي قتيلى الثاني.

٤: في ب: اتبع ولي قتيلى الأول.

لأن القيمة صارت مشتركة بينهما، وقد صالح أحدهما عن جميعه على عبد، فيدفع إلى الثاني نصفه أو نصف قيمة المدبر. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨/٢١.

٥: في ب: قيمته.

٦: في ب: وذكر.

٧: في ب: وفي قول صاحبيه.

٨: في ب: قتيلى.

٩: في ب بعد هذا: فيأخذ منه نصف القيمة.

١٠: سقطت كلمة "جميعاً" من ب.

وقولهم في الفرق بين قضاء القاضي وغير القضاء. المبسوط للسرخسي: ١٨/٢١.

١١: في ب: إن ولي.

١٢: هما يسويان بين القضاء وغير القضاء فيما إذا وقع إلى الأول عين الواجب وما يقضى به القاضي لو رفع الأمر إليه، وهذا موجود هنا. ولو كان لم يصالحه على العبد ولكن القاضي قضى له بالقيمة فاشترى به العبد، ثم قتل آخر فإنه يكون له على المشتري نصف المدبر، ولا خيار للمشتري في ذلك، ولا ضمان على البائع فيه، لأن القاضي قضى بالقيمة للأول فيتعين حق الثاني فيما قضى به =

وَالْاِخْتِلَافُ فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ^١ وَفِي الزِّيَادَاتِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ رَجُلًا خَطَأً وَفَقَّاعًا آخَرَ^٣، فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا أَثَلَاثًا^٤. فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ

سِتْمِئَةً، فَلِصَاحِبِ الْعَيْنِ مِئَتَانِ، وَلِصَاحِبِ النَّفْسِ أَرْبَعُمِئَةٍ.

فَإِنْ^٥ صَالَحَ صَاحِبُ الْعَيْنِ عَلَى مِئَةِ دِرْهَمٍ، وَأَبْرَأَهُ عَنِ الْمِئَةِ، فَهُوَ عَلَى^٦ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْبَرَاءَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْقِسْمَةِ.

أَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ وَالْقِسْمَةِ.

أَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

= القاضي للأول، فلهذا لا ضمان على البائع كما لو كان دفع القيمة إلى الأول بقضاء قاض، ثم على المشتري نصف قيمة المدبر هنا من غير خيار له في ذلك، بخلاف ما إذا أخذ العبد بطريق الصلح، لأن مبنى الشراء على الاستقضاء فيصير به في معنى المستوفي بجميع القيمة فيرجع الآخر عليه بنصفه، ومبنى الصلح على الإغماض عفو، فقد رضي بدون حقه حين أخذه صلحاً، فلهذا يكون له الخيار بين أن يعطي الآخر نصف ما قبضه صلحاً، وبين أن يغرم له نصف قيمة المدبر. المبسوط للسرخسي: ١٨/٢١-١٩.

^١: ر: المبسوط للشيباني: ٤/٦٤٢، المبسوط للسرخسي: ٢٧/٧٠-٧١.

^٢: في ب: ذكر الاختلاف في الدِّيَّات. في المبسوط: وهي مسألة كتاب الدِّيَّات. المرجع السابق.

^٣: في ب: خطأ. وهو الصَّواب. ر: المرجع السابق.

^٤: في ب: مولاه.

^٥: لأنَّ حقَّ صاحب العين في نصف الدِّية، وحقَّ وليِّ الدِّم في جميع الدِّية، وعلى المولى قيمة واحدة، فيضرب كل واحد منهما فيها بمقدار حقه. المبسوط للسرخسي: ٢١/١٩. وفرع المسألة هذا ذكره في الأصل: ٢٩٩/٤، ٦٤٠.

^٦: في ب: وإن.

^٧: في ب: فعلى.

فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْبَرَاءَةُ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْقِسْمَةِ^١، ثُمَّ أَخَذَ الْمِئَةَ^٢ تُقْسَمُ الْمِئَةُ عَلَى خَمْسَةِ أَصْهُمٍ: لِصَاحِبِ الْعَيْنِ^٣ سَهْمٌ، وَلِصَاحِبِ النَّفْسِ أَرْبَعَةُ أَصْهُمٍ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْبَرَاءَةُ بَعْدَ الْقَبْضِ وَالْقِسْمَةِ، وَقَدْ قَسَمَ مَا قَبِضَ^٤ أَثَلَاثًا، فَالْقِسْمَةُ مَا ضِيقُ^٥. وَهَذَانِ الْفَصْلَانِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَأَمَّا إِذَا قَبِضَ الْمِئَةَ، ثُمَّ أَبْرَأَهُ عَنِ الْمِئَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ تُقْسَمُ الْمِئَةُ أَثَلَاثًا^٦، وَكَانَ كَالْبَرَاءَةِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ. وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ تُقْسَمُ أَخْصَاسًا^٧.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جَرَحَتْ امْرَأَةٌ رَجُلًا عَمْدًا، فَتَزَوَّجَهَا عَلَى تِلْكَ الْجِرَاحَةِ^٨، فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى الشَّجَّةِ أَوْ الْقَطْعَةِ أَوْ الضَّرْبَةِ أَوْ الْجِرَاحَةِ أَوْ الْيَدِ، فَإِنْ بَرَأَ مِنْ ذَلِكَ فَأَرُشَ ذَلِكَ مَهْرًا لَهَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٩.

^١: أثبت في الأصل [أو بعد القبض قبل القسمة]، ثم شطب عليها النَّاسِخ.

^٢: في ب: قسم.

^٣: في ب: فلصاحب المئة.

^٤: فحقَّ صاحب العين بقي في مئة، لأنَّه أسقط حقَّه في المئة، فإنَّها يقسم المقبوض بينهما على قدر حقَّهما عند القبض، وعند القبض حقَّ وليِّ الدِّم أربع مئة، وحقَّ صاحب العين في مئة، فإذا جعلت كل مئة بينهما كان قسمة المقبوض بينهما أخصاسًا. المبسوط للسرخسي: ١٩/٢١.

^٥: في ب: وقد قسما ما قبضا.

^٦: فإنَّ إبراءه عن المئة الأخرى بعد القسمة لا يتغيَّر بتلك القسمة، لأنَّ جميع حقَّه كان ثابتًا عن القبض والقسمة، فبالإسقاط بعد ذلك لا تبطل القسمة. المبسوط للسرخسي: ١٩/٢١.

^٧: لأنَّ قسمة المقبوض بينهما باعتبار القبض، وعند ذلك حقَّ صاحب العين في مئتين، فوجب قسمة المقبوض بينهما أثلاثًا. المبسوط للسرخسي: ٢٠/٢١.

^٨: في ب: وصار.

^٩: لأنَّ القسمة تكون على مقدار القائم من حقَّ كل واحد منهما وقت القسمة، وعند القسمة حقَّ صاحب العين في المئة، وحقَّ الآخر في أربع مئة، كان هذا والإبراء قبل القبض في المعنى سواء. المبسوط للسرخسي: ٢٠/٢١.

^{١٠}: فالتكاح جائز. ر: المبسوط: ٢٠/٢١.

^{١١}: في ب: فأرُش ذلك مهرها بالاتِّفاق. =

وَإِنْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١ لَهَا^٢ مَهْرٌ مِثْلُهَا^٣ وَعَلَيْهَا الْقِصَاصُ [١٢٠/ب] فِي الْقِيَاسِ. وَفِي
الِاسْتِحْسَانِ: عَلَيْهَا دِيَّةٌ^٤ فِي مَالِهَا وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا^٥ فَيَتَقَاصَّانِ^٦.

وَأَمَّا فِي^٧ قَوْلِ صَاحِبَيْهِ صَارَ^٨ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْقِصَاصِ، فَوَقَعَ الْعَفْوُ وَلَهَا^٩ مَهْرٌ مِثْلُهَا^{١٠}.

وَلَوْ كَانَتِ الْجَنَائِزَةُ خَطَأً فَإِنَّ فِي^{١١} قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَتِهَا، وَلَهَا عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا^{١٢}.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٍ^{١٣} صَارَ كَأَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى الدِّيَّةِ.

= لأن القصاص لا يجري بين الرجال والنساء فيما دون النفس، فإن برأ تبين أن الواجب له عليها خمسة آلاف درهم، وذلك مال يصلح أن يكون مهراً، وكان ذلك مهرها. ر: الأصل: ٤/٥٠٩-٥١٠، المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^١: سقط من ب: "فإن في قول أبي حنيفة".

^٢: في ب: فلها.

^٣: لأنه تبين أن الواجب له عليها القصاص، والقصاص لا يصلح أن يكون صداقاً، لأنه ليس بهال، فكان لها مهر مثلها لذلك. المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^٤: في ب: الدية.

^٥: لأن العاقلة لا تعقل العمد. المرجع السابق.

^٦: في ب: فيتقاصان العقر ويغرم الزيادة.

وجه قول أبي حنيفة: أن التزويج على اليد والضربة أو الجراحة أو القطع بمنزلة الصلح، وقد مر أن في الصلح بهذه الألفاظ يتبين بطلانه بالسراية عنده، فيجب القصاص في القياس، وفي الاستحسان تجب الدية. ر: المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^٧: في ب: وفي.

^٨: كذا بدون "فاء" في جواب أمّا.

^٩: في ب: فلها.

^{١٠}: عندهما الصلح بهذه الألفاظ صحيح فها هنا كذلك، والقود ساقط، ولا شيء عليها. ر: المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^{١١}: في ب: ففي.

^{١٢}: لأنه سمي اليد في التزويج، ويبرأ أن حقه كان في النفس، فلها كانت الدية على عاقلتها عند أبي حنيفة رحمه الله، وليس لها منه شيء لأنها قاتلة، ولا ميراث للقاتل. المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^{١٣}: في ب: وفي قولهما.

فَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا عَشْرَةَ آلَافٍ سَلِمَ^١ لَهَا ذَلِكَ وَسَقَطَ^٢ عَنْ عَاقِلَتِهَا^٣.

وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةُ^٤ آلَافٍ تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ مَالِ الزَّوْجِ فَذَلِكَ لَهَا^٥ وَسَقَطَ^٦ عَنِ الْعَاقِلَةِ.

وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ فَلَهَا مِقْدَارُ مَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، وَيُؤْخَذُ الْبَاقِي مِنَ الْعَاقِلَةِ^٧.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَى الْجَنَائَةِ فَقَالَ: "مَا يَحْدُثُ^٨ مِنْهَا"، أَوْ لَمْ يَقُلْ^٩.

^١ : في ب: وسَلِمَ.

^٢ : في ب: سقط.

^٣ : لأنَّ التَّسْمِيَةَ صحيحة باعتبار أنَّ المسمى مال وهو الدِّية، وقد تناوله لفظة بدل النَّفس وما دونه. المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^٤ : في ب: كان تسعة.

^٥ : في ب: فلها ذلك.

^٦ : في ب: ويسقط.

^٧ : في ب: "ولو أنَّه تزوجها على الشَّجَّة وما يحدث منها، فجواب أبي حنيفة مثل جواب أبي يوسف ومحمد" وهذه العبارة ساقطة من الأصل، وما في ب صحيح.

إذا كان مهر مثلها ألفاً فما زاد على ذلك لا يستحقُّه، لأنَّه صاحب فراش، فالزيادة على قدر مهر المثل بمنزلة الوصية منه لها، والوصية منه لها وصية لقاتل، فالمستحقُّ لها مقدار مهر مثلها يدفع عن العاقلة من ذلك بقدر ثلثه، لأنَّ ذلك وصية منه لعاقلتها، على ما بيَّنا أنَّ الدِّية على العاقلة فيصحَّ بقدر الثلث، ولا ميراث لها لأنَّها قاتلة. المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^٨ : سقط "أنَّه" من ب.

^٩ : في ب: وقال.

^{١٠} : في ب: وما حدث.

^{١١} : فالقود يسقط، لأنَّ اسم الجنائية يتناول النَّفس وما دونها، ولها مهر مثلها، لأنَّ القصاص لا يصلح أن يكون صداقاً. المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١. وإنَّ طَلَّقَهَا قبل الدَّخُول أخذ من عاقلتها نصف الدِّية، لأنَّ نصف المسمى سقط بالطلاق قبل الدَّخُول، ونظر إلى النِّصْف الباقي فيرجع منه عن عاقلتها نصف مهر مثلها، لأنَّ الاستحقاق لها في مقدار مهر المثل صحيح وبقي نصف ذلك لها بعد الطلاق، ولا تعقل العاقلة عنه لها فيدفع ذلك عنهم، ثمَّ ينظر إلى ثلث ما ترك الميت ويدفع ذلك عن العاقلة، لأنَّه كان موجِباً بذلك لعاقلتها فتعتبر من الثلث، وتؤدِّي العاقلة ما بقي بعد ذلك فيكون لورثته. المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ مِئَةُ دِرْهَمٍ وَعَشْرَةُ دَنَانِيرٍ فَصَالَحَهُ مِنْهُمَا^١ [عَلَى مِئَةِ دِرْهَمٍ وَعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ]^٢ عَلَى أَنْ يَنْقُدَهُ خَمْسِينَ، وَسِتِّينَ^٣ مِنْهَا إِلَى أَجَلٍ، جَازَ الصُّلْحُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يُجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلَيْنِ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَاشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِنِصْفِ الدِّينِ شَيْئًا، أَوْ غَضَبَ مِنْهُ شَيْئًا سَاوَى^٥ خَمْسِمِئَةِ دِرْهَمٍ^٦ فَاسْتَهْلَكَهُ، فَلِلشَّرِيكِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيأُخَذَ مِنْهُ مِئَتِي وَخَمْسِينَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٧.

وَلَوْ لَمْ يَغْضَبْ، وَلَكِنْ^٨ أَحْرَقَ ثَوْبًا لَهُ قِيمَتُهُ خَمْسِمِئَةِ دِرْهَمٍ، فَقَدْ ذَكَرَ فِيهِ اخْتِلَافٌ^٩ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

^١: في ب: منها.

^٢: سقطت هذه العبارة من ب.

^٣: في ب: والستون. وهو الصواب.

^٤: وجه قوله: أن بدل الصرف حال مقبوض في المجلس، واشترط الأجل في ستين من المئة محتمل، يجوز أن يكون على وجه البراء المبتدأ، ويجوز أن يكون ذلك شرطاً في عقد الصرف، فمع الاحتمال لا يفسد عقد الصرف، وهذا لأنه قال: "ستين إلى أجل" ولم يقل: "وعلى ستين إلى أجل"، ومقصود المتعاقدين تصحيح العقد، فإن حملناه على الإبراء المبتدأ صح العقد، وإن حملناه على الشرط لم يصح. المبسوط للسرخسي: ٢٨/٢١.

^٥: لأن العقد في العشرة مع الدنانير صرف، وقد شرط في عقد الصرف التأجيل في بعض المئة، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، فاشترطه في عقد الصرف يفسد الصرف. المبسوط للسرخسي: ٢٨/٢١.

^٦: في ب: ثوباً.

^٧: في ب: يساوي.

^٨: سقطت كلمة: "درهم" من ب.

^٩: في ب: واستهلك.

^{١٠}: في ب: بالاتفاق.

لأنه صار قابضاً بنصيبه مالاً مضموناً، وضمان الغصب يوجب الملك في المضمون، فكأنه استوفى نصيبه، ولأن المديون يكون قابضاً لنصيبه بطريق المقاصة، لأن دينه يكون آخر الدينين. المبسوط للسرخسي: ٤٠/٢١.

^{١١}: في ب: ولكنه.

^{١٢}: في ب: اختلافاً.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُشَارِكُهُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُشَارِكُهُ^١.

فَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى حِصَّتِهِ، فَقَدْ رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ سَاعَةَ^٢ عَنْ مُحَمَّدٍ قَالَ: «إِنْ اسْتَأْجَرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى حِصَّتِهِ لَا يَشْرِكُهُ الْآخَرُ»، وَإِنْ اسْتَأْجَرَ بِدَرَاهِمٍ ثُمَّ جَعَلَهُ قِصَاصاً يَشْرِكُهُ^٣.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَشْرِكُهُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعاً، وَهُوَ كَالْبَيْعِ^٤.

^١: وجه قول أبي يوسف: أنه متلف لنصيبه بما صنع لا قابض، والإحراق إتلاف.

وحجة محمد: أنه بالإحراق صار قابضاً متلفاً للمال، ويكون ذلك مضموناً، فيكون كالغصب، والمديون صار قابضاً لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقضياً. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٠ / ٢١.

^٢: في ب: وإن استأجره.

^٣: محمد بن ساعدة بن عبيد بن هلال بن وكيع بن بشر التيمي، حدث عن الليث بن سعد وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، روى الكتب والأمايلي، وهو من الحفاظ الثقات، ولي القضاء ببغداد للامامون فلم يزل حتى ضعف بصره في أيام المعتصم فاستعفى. وكان يقول بالرأي على مذهب أبي حنيفة، صنف كتباً منها: أدب القاضي، والمحاضر والتسجيلات، والنوادر عن أبي يوسف. توفي سنة ثلاث وثلاثين ومئتين وله مئة سنة وثلاث سنين. ر: تهذيب الكمال: ٣١٧ / ٢٥، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١٦٨ / ٣، سير أعلام النبلاء: ١٠ / ٦٤٦.

^٤: في ب: أنه قال.

^٥: في ب: إن استأجره على حصته.

^٦: في ب: لا يشاركه.

^٧: سقط من ب "الآخر".

^٨: في ب: استأجره.

^٩: فالصلح هنا وقع على ما في الذمة، وأنه يوجب المقاصة، فكان اسيفاء الدين معنى بمنزلة الاستيفاء حقيقة، بخلاف الصلح على نفس الدين، فإن العقد هناك ما وقع على ما في الذمة مطلقاً بل أضيف إلى نفس الدين، فلم تقع المقاصة، ولم يسلم له أيضاً ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع. ر: بدائع الصنائع: ٦٧ / ٦.

^{١٠}: لأنه بمنزلة القبض، إذ المنافع مال في حكم العقد، وهي بالاستيفاء تدخل في ضمان المستأجر بمنزلة المشتري، ولو اشترى أحدهما بنصيبه شيئاً كان ذلك بمنزلة القبض وللآخر أن يرجع عليه بنصف نصيبه فكذا هذا. المبسوط للسرخسي: ٤٣ / ٢١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ السَّلَامُ فِي ثَوْبٍ رَدِيٍّ، فَجَاءَهُ بِأَجُودَ مِنْهُ، أَوْ كَانَ فِي الْجَيِّدِ فَجَاءَهُ بِأَرْذَى مِنْهُ عَلَى [١٢١/أ] أَنْ يَزِيدَهُ دِرْهَمًا أَوْ يَزِيدَهُ الْآخَرَ دِرْهَمًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا الْاِخْتِلَافَ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ،^٧

١: في ب: وإن.

٢: في ب: فجاء.

٣: في ب: بالجيّد.

٤: في ب: فجاء.

٥: في ب: على أن يزيده درهماً، أو يستردّ درهماً.

٦: في ب: فقد ذكرناه.

٧: قال في كتاب البيوع: إن أتاه بأزيد وصفاً أو ذرعاً، بأن أتاه بأحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع، فقال: "خذ هذا وزدني درهماً" يجوز، وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد، وذلك مستقيم، ألا ترى أنّه لو باعه ثوباً جيّداً بثوب وسط ودرهم يجوز؟ ولو باعه أحد عشر ذراعاً بعشرة أذرع ودرهم يجوز، فكذلك القبض بحكم السّلم. ولو أتاه بأنقص وصفاً بأن أتاه بثوب رديء فقال: "خذ هذا وأرد عليك درهماً" لا يجوز، لأنّ هذا منها إقالة للعقد في الصّفة، وحصة الصّفة من رأس المال غير معلومة، فلا تجوز الإقالة فيه.

وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال: "خذ هذا وأرد عليك درهماً" لأنّ الذّرع في الثّوب صفة، ولأنّ رأس المال لا ينقسم على ذرعان الثّوب باعتبار الأجزاء، فلم تكن حصة الذّرع معلومة من رأس المال، فلا تجوز الإقالة فيه.

وعن أبي يوسف أنّه يجوز في الفصول كلّها، ذكر قوله في كتاب الصّلاح، لأنّ ربّ السّلم يزيد في رأس المال فتلحق الزّيادة بأصل العقد، أو المسلم إليه يحطّ شيئاً من رأس المال، والخطّ أيضاً يلتحق بأصل العقد، لا أن يكون بمقابلة الصّفة أو يكون فيه إقالة العقد في شيء، ثمّ المسلم إليه أجنيبي في قضاء الدين إذا أتى بالأجود، وربّ السّلم أحسن إليه حين تجوز بالرّديء، فإذا أمكن تحصيل مقصودهما بهذا الطريق وجب حمل تصرفها عليه. وذكر أبو سليمان عن أبي يوسف رحمهما الله: أن أبا حنيفة جوّز ذلك في الثّياب ولم يجوّزه في الطّعام، وهذه الرواية تخالف رواية محمّد في الثّوب إذا أتاه بأرذى ممّا شرط أو بأنقص ممّا شرط، والاعتماد على رواية محمّد. ر: الأصل: ٢٠/٥، المبسوط للسرخسي: ١٢/١٥٣ - ١٥٤.

وفي كتاب الصّلاح قال: إن كان السّلم في ثوب فصالح منه فهذا لا يخلو من أحد وجهين: إما أن يصالح منه على جنسه، وإما أن

يصالح منه على خلاف جنسه. فإن صالح على جنسه فهو على ثلاثة أوجه:

إمّا أن يصالح على مثل حقّه، أو أكثر منه، أو أقلّ: فإن صالح على مثل حقّه قدرأً ووصفاً جاز، ولا يشترط القبض، لأنّه استوفى عين حقّه.

وكذلك إن صالح على أقلّ من حقّه قدرأً ووصفاً أو وصفاً لا قدرأً يجوز، ويكون هذا استيفاءً لبعض عين حقّه وخطأً للباقى، وإبراء عنه أصلاً ووصفاً، والإبراء عن المسلم فيه صحيح لأنّ قبضه ليس بواجب. وإن صالح على أقلّ من حقّه قدرأً لا وصفاً، بأن =

وَالْاِخْتِلَافُ هَاهُنَا ذُكِرَ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ^١.

وَإِذَا كَانَ السَّلَامُ كُرَّ حِنْطَةً إِلَى أَجَلٍ^٢، وَالثَّمَنُ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرٌ أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ^٣، فَاصْطَلَحَا عَلَى أَنْ زَادَهُ الَّذِي عَلَيْهِ السَّلَامُ نِصْفَ كُرٍّ حِنْطَةٍ فَالزِّيَادَةُ بَاطِلَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤.

=صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيّد جاز، لأنّ الجودة في غير الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة، بخلاف الأموال الربوية.

وإن صالح على أكثر من حقّه قدرًا ووصفًا يجوز، لكن يشترط القبض، لأنّ جوازه بطريق المعاوضة، والجنس بانفراده يحرم النساء، فلا بدّ من القبض لئلاّ يؤدي إلى الربا.

وكذلك إن صالح على أكثر من حقّه قدرًا لا وصفًا جاز، والقبض شرط لما ذكرنا.

ولو صالح على أكثر من حقّه وصفًا لا قدرًا جاز، لأنّه معاوضة، إذ لا يمكن حمله على استيفاء عين الحقّ، لأنّ الزيادة غير مستحقّة له فيحمل على المعاوضة، ويشترط القبض لئلاّ يؤدي إلى الربا.

وإن صالح على خلاف جنس حقّه كائنًا ما كان لا يجوز، دينًا كان أو عينًا، لأنّ فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض، وهو غير جائز إلّا على رأس مال السلم، لأنّ الصلح عليه يكون إقالة وفسخًا لا استبدالًا. ر: بدائع الصّنائع: ٤٦/٦.

^١: في ب: والاختلاف ذكر هاهنا أيضًا في الصلح.

^٢: سقط من ب "إلى أجل".

^٣: أي شيء بغير عينه. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٤/٢١.

^٤: في ب: فاتفقا، ثمّ أثبتتها في الحاشية كما هنا.

^٥: كذا، بدخول "على" على الجملة الشرطيّة، مع أنّ حروف الجرّ لا تدخل إلّا على المفردات.

^٦: في ب: بالاتفاق.

لأنّها لو جازت كانت برأس مال دين، وابتداء عقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز، فكذلك الزيادة. ر: الأصل: ٢٠/٥، المبسوط للسرخسي: ٤٥/٢١.

ثُمَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى الْمُسْلِمِ إِلَيْهِ^١ أَنْ يَرُدَّ ثُلُثَ رَأْسِ الْمَالِ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ^٣ لَا يَرُدُّ شَيْئًا^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلَانِ إِلَى رَجُلٍ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، فَنَقَدَ هَذَا مِنْ عِنْدِهِ خَمْسَةً، وَهَذَا خَمْسَةً، ثُمَّ صَالَحَ أَحَدُهُمَا عَلَى رَأْسِ الْمَالِ فِي حَصَّتِهِ، جَازَ فِي قَوْلِ^٥ أَبِي يُوسُفَ، وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَكِنْ فِي^٦ قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ كَمَا فِي^٧ كِتَابِ الْبُيُوعِ^٨.

^١: فِي ب: لِلْمُسْلِمِ إِلَيْهِ.

^٢: وَعَلَيْهِ كَرَّ حَنْظَلَةُ تَامَ. وَجَهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الزَّيَادَةَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ حَالُ قِيَامِ الْعَقْدِ وَبَقَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ الزَّيَادَةِ هُنَا لِأَنَّهُ دِينَ بَدِينٍ، فَإِذَا لَمْ تَثْبُتِ الزَّيَادَةُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ وَجِبَ رَدُّ الدِّينِ الَّذِي بِمُقَابَلَةِ هَذَا، لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَتْ هَذِهِ الزَّيَادَةُ أُلْحِقَتْ بِأَصْلِ الْعَقْدِ، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ أَسْلَمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي كَرَّ حَنْظَلَةَ وَنِصْفٍ، ثُمَّ أَبْطَلَا الْعَقْدَ فِي نِصْفِ الْكَرِّ فَيَجِبُ رَدُّ حَصَّتِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَهُوَ الثَّلَاثُ، وَإِقْدَامُهُ عَلَى هَذِهِ الزَّيَادَةِ إِخْرَاجُ الثَّلَاثِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ حَتَّى يَكُونَ بِمُقَابَلَةِ الْكَرِّ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ جَعَلَهُ بِمُقَابَلَةِ نِصْفِ الْكَرِّ جَعَلَ خَطَأً لِيَحْصَلَ مَقْصُودُهُ، وَهُوَ إِخْرَاجُ الْغَبْنِ مِنَ الْعَقْدِ وَإِدْخَالِ الرَّخْصِ فِيهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٥/٢١.

^٣: فِي ب: وَفِي قَوْلِهِمْ.

^٤: لِأَنَّهُ مَا حَطَّ شَيْئًا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ إِنَّمَا زَادَهُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ، وَلَمْ تَثْبُتْ تِلْكَ الزَّيَادَةُ، فَبَقِيَ جَمِيعُ رَأْسِ الْمَالِ بِمُقَابَلَةِ الْكَرِّ، وَالْعَقْدُ فِي جَمِيعِ الْكَرِّ بَاقٍ، فَلَا يَجِبُ رَدُّ شَيْءٍ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٥/٢١.

^٥: فِي ب: رَجُلَانِ.

^٦: فِي ب: وَهَذَا مِنْ عِنْدِهِ خَمْسَةٌ.

^٧: سَقَطَتْ "فِي" مِنْ ب.

^٨: فِي ب: جَازَ عِنْدَ.

^٩: لِأَنَّ أَصْلَ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَكُنْ مَشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٥١/٢١.

^{١٠}: فِي ب: عَلَى. وَهُوَ أَصَحُّ.

^{١١}: فِي ب: كَمَا قَالَ فِي.

^{١٢}: ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ أَنَّ الصُّلْحَ مِنْ أَحَدِ رَبِي السَّلَامِ يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْآخَرِ عِنْدَهُمَا، فَمِنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ مَنْ يَقُولُ: هَذَا عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا، إِذْ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ الَّذِي نَقَدَاهُ مُخْتَلَطًا أَوْ غَيْرَ مُخْتَلَطٍ. وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: بَلْ جَوَابُهَا هُنَا كَجَوَابِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهَذَا لِاخْتِلَافِ الطَّرِيقِ لَهَا فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ. فَعَلِيَ الطَّرِيقُ الَّذِي قُلْنَا إِنَّ وَجُوبَ الْمُسْلِمِ فِيهِ بِاعْتِبَارِ عَقْدِهِمَا، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِ كَشَطَرُ الْعَلَّةِ، الْجَوَابُ فِي الْفَصْلَيْنِ وَاحِدٌ. وَعَلَى الطَّرِيقِ الَّذِي قُلْنَا إِنَّ تَجْوِيزَ صَلَاحِ أَحَدِهِمَا يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَبْطُلَ حَقُّ رَبِّ السَّلَامِ عَنِ الْمُسْلِمِ فِيهِ وَيَتَقَرَّرُ فِي رَأْسِ الْمَالِ ثُمَّ يَعُودُ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ، هَذَا الْجَوَابُ قَوْلُهُمْ جَمِيعًا، لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِاعْتِبَارِ مِشَارَكَةِ

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ رَأْسَ الْمَالِ جُمْلَةً، وَبَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حِدَةٍ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَعْتَقَ نَصْرَانِيٌّ عَبْدًا لَهُ عَلَى خَمْرٍ^٢، ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَةَ نَفْسِهِ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْخَمْرِ، وَهَذَا مِثْلُ اخْتِلَافِ كِتَابِ الْبُيُوعِ^٣.

=السَّاتِئَاتُ مع المصالح في المقبوض، وليس له حق المشاركة هنا إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقدا من رأس المال. ولو لم يأخذه من رأس المال وقبض شيئاً من السلم شاركه صاحبه فيه، لأن طعام السلم وجب بالعقد مشتركاً بينهما، والعقد صفقة واحدة، فيشارك أحدهما صاحبه فيما يقبض من الدين المشترك. المبسوط للسرخسي: ٥١/٢١. وانظر في كتاب البيوع: ١٥٤/١٢.

^١: في ب: يدفع.

^٢: في ب زيادة "بعد أن يكون في مجلس واحد".

^٣: في ب: النصرائي

^٤: في ب: عبداً على دَن خمر.

^٥: في ب: وفي قول أبي حنيفة الأول وهو قول محمد.

^٦: في ب: "وهذا مثل الاختلاف في البيوع". وهذه المسألة ذكرها في الأصل: ٣٣/٤، وفي الجامع الصغير: ص/٢٥٢.

ومسألة كتاب البيوع هي: إذا أعتق عبده على جارية فاستحققت الجارية أو هلكت قبل التسليم، لأن هنا تعدد تسليم الخمر بإسلام أحدهما بعد صحة التسمية، فهو بمنزلة ما لو تعدد بالهلاك أو الاستخلاف والرد بالعيب.

وجه قوله الأول: أن هذا مبادلة مال بما ليس به، فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له، والذي من جهة المولى في هذا العقد الإعتاق، فإن بيع العبد من نفسه إعتاق وذلك ليس به، فعرنا أنه في حكم مبادلة مال بما ليس به، وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لورودها بالعيب لا يفسخ العقد فكيف يفسخ وقد عتق العبد، فإذا لم يفسخ فقد تعدد تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها.

ووجه قوله الآخر: أن المولى أزال عن ملكه مالاً بآزاء مال، فإذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل.

وبيان الوصف أن يقول: تصرف المولى باعتبار ملكه، وليس له في العبد إلا ملك المالية، إلا أن إزالة ملك المالية إذا لم تكن إلى مالك يكون موجباً عتق العبد، فأما تصرف المولى من حيث الإزالة ملك فتلاقي ملكه، وملكه ملك المالية.

وتحقيق هذا الكلام: أن في حق ما يسلم للعبد في هذا في معنى مبادلة المال بما ليس به، لأن الذي سلم للعبد العتق وهو ليس به، وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال، فعند الاستحقاق والرد بالعيب مراعاة جانب المولى أولى، لأن الحاجة في دفع الضرر عن المولى، فأما العتق فسالم للعبد بكل حال، ولأن العتق للعبد يبنى على إزالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الأصل، وباعتباره =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا غَضِبَ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ عَبْدًا، ثُمَّ صَالَحَ^١ مَوْلَاهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَائِمًا بِعَيْنِهِ فَالْصُّلْحُ جَائِزٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَأِنْ كَانَ الْعَبْدُ هَالِكًا وَصَالَحَ^٢ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ جَازٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ^٤ قَالَ الْمُوَدَّعُ لِصَاحِبِ الْوَدِيعَةِ: "رَدَدْتُ عَلَيْكَ الْوَدِيعَةَ"، أَوْ قَالَ: "هَلَكَ عِنْدِي"، وَكَذَّبَهُ رَبُّ الْوَدِيعَةِ، فَصَالَحَ^٥ عَلَى مَالٍ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ وَالرَّهْنُ وَالْمُضَارَبَةُ وَالْبِضَاعَةُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^٦.

= هذا مبادلة مال بهال ، ألا ترى أنه إذا أعتق عبداً على خمر يجب على العبد قيمة نفسه، وما كان ذلك إلا بالطريق الذي قلنا، فكذاك إذا استحقَّ البدل أو هلك قبل التسليم. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣/١١٧-١١٨، ٥٢/٢١.

١: في ب: رجل من رجل.

٢: في ب: صالحه.

٣: في ب: بالإجماع.

٤: في ب: ولو.

٥: في ب: وصالحه.

٦: لأبي حنيفة: أن المغضوب بعد الهلاك باق على ملك المغضوب منه ما لم يتضرر حقه في ضمان القيمة. المبسوط للسرخسي: ٥٦/٢١. وفي الجامع الصغير: "غضب ثوباً يهودياً قيمته أقل من مئة درهم فاستهلكه، فصالح منه على مئة درهم جاز. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه". الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير: ١/٤٢٠.

٧: في ب: "وفي قول صاحبيه لا يجوز".

وحجَّتْهُمَا فِي ذَلِكَ: أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْغَاصِبِ بَعْدَ هَلَاكِ الْعَيْنِ الْقِيَمَةَ، وَهِيَ مَقْدَرَةُ مِنَ النَّقُودِ شَرْعاً، فَإِذَا صَالَحَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا مِنْ جِنْسِ النَّقُودِ كَانَ رَبًّا. المبسوط للسرخسي: ٥٦/٢١.

٨: في ب: وإذا.

٩: في ب: هلك.

١٠: في ب: فصالحه.

١١: المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يدعي صاحبها عليه الاستهلاك وهو ينكر ذلك، وفي هذا يجوز الصلح، لأن صاحبها يدعي عليه ديناً بسبب لو أقر به لزمه، فهذا صلح مع الإنكار وذلك صحيح عندنا. والثاني: أن يقول الموَدَّعُ قد هلك أو رددتها، ولا =

وَلَمْ يَذْكُرْ هَاهُنَا قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ فِي [١٢١/ب] هَذَا الْكِتَابِ:
 أَنَّ أَجِيرَ الْمُشْتَرِكِ إِذَا قَالَ: "رَدَدْتُ"، ثُمَّ صَالَحَ، قَالَ:^٣ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ
 نَحْوَ هَذَا، وَذَكَرَ أَنَّ أَبَا يُوسُفَ رَجَعَ عَنْ ذَلِكَ.^٧

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَرِيضَ بَاعَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ بِثَلَاثَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ إِلَى سَنَةٍ، ثُمَّ مَاتَ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ،
 فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ عَجَلَ أَلْفِي دِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ.
 وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنْ شَاءَ عَجَلَ ثُلْثِي الْأَلْفِ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ.^٨

=يَدَّعِي صَاحِبُهَا عَلَيْهِ الْاسْتِهْلَاكَ وَلَكِنَّهُ يَكْذِبُهُ فِيمَا يَقُولُ، وَهَذِهِ مَسْأَلَتُنَا. وَجِهَ قَوْلَ مُحَمَّدٍ: أَنَّ صَاحِبَهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ الضَّمَانَ بِالْمَنْعِ بَعْدَ
 طَلَبِهِ، وَذَلِكَ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَضَبِ، وَلَوْ ادَّعَى غَضَبًا عَلَى إِنْسَانٍ ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مَالٍ جَازَ الصَّلْحُ فَهَذَا مِثْلُهُ، وَأَبُو يُوسُفَ يَقُولُ: الْمُوَدَّعُ
 أَمِينٌ، فَيُثَبَّتُ بِخَبَرِهِ مَا أَخَذَ عَنْ دَعْوَى الرَّدِّ أَوْ الْهَلَاكِ، لِأَنَّ تَأْثِيرَ كَوْنِهِ أَمِينًا فِي قَبُولِ قَوْلِهِ، فَصَارَ ثُبُوتُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ كَثْبُوتَهُ بِالْبَيِّنَةِ، وَلَوْ
 ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ لَمْ يَجُزِ الصَّلْحُ بَعْدَ ذَلِكَ. الثَّالِثُ: فِيمَا إِذَا قَالَ الْمُوَدَّعُ: "رَدَدْتُهَا" وَقَالَ الْمُوَدَّعُ: "اسْتَهْلَكْتُهَا" ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَى مَالٍ، فَفِي
 قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ هَذَا الصَّلْحُ أَيْضًا، ذَكَرَهُ فِي رِوَايَةِ أَبِي حَفْصٍ فِي الْجَامِعِ، وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرُ يَجُوزُ الصَّلْحُ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ. وَجِهَ
 قَوْلُهُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الْبَرَاءَةَ تَحْصُلُ لَهُ بِقَوْلِهِ رَدَدْتُهَا، وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِ صَاحِبِهَا، وَالْحُكْمُ الثَّابِتُ بِخَبَرِهِ لَا يَبْطُلُ بِدَعْوَى صَاحِبِهَا
 الْاسْتِهْلَاكِ.

وَجِهَ قَوْلُهُ الْآخِرُ: أَنَّ الرَّدَّ وَإِنْ ثَبَتَ بِخَبَرِهِ فَصَاحِبُهَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئًا آخَرَ لِلضَّمَانِ وَهُوَ الْاسْتِهْلَاكُ، فَصَارَ ذَلِكَ كَدَعْوَى مُبْتَدَأَةٍ عَلَيْهِ
 فَيَجُوزُ أَنْ يَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٦٠ / ٢١ - ٦١.

^١: فِي ب: يَذْكُرُ.

^٢: فِي ب: الْأَجِيرُ.

^٣: سَقَطَ مِنْ ب "قَالَ".

^٤: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا ادَّعَى الْأَجِيرَ الْمُشْتَرِكُ الرَّدَّ ثُمَّ صَالَحَ صَاحِبُهُ عَلَى مَا قَالَ فَالْأَجِيرُ عِنْدَهُ أَمِينٌ كَالْمُوَدَّعِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ:
 ٦٠ / ٢١.

^٥: فِي ب: مَسْأَلَةٌ مِثْلُ هَذَا.

^٦: سَقَطَتْ كَلِمَةُ "ذَكَرَ" مِنْ ب.

^٧: فِي ب: عَنْ هَذَا.

^٨: وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَحَابَةَ بِالْأَجْلِ تَعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ الثَّمَنِ وَصِيَّةٍ مِنَ الثَّلَاثِ عِنْدَهُمَا، لِأَنَّ التَّأْجِيلَ تَبَرُّعٌ مِنَ الْمَرِيضِ، مِنْ حَيْثُ إِنْ الْوَارِثُ
 يَصِيرُ مَمْنُوعًا عَنِ الْمَالِ بِسَبَبِ التَّأْجِيلِ، كَمَا يَصِيرُ مَمْنُوعًا بِنَفْسِ التَّبَرُّعِ، وَتَبَرُّعُ الْمَرِيضِ يَعْتَبَرُ مِنْ ثُلْثِ الْمَالِ، وَجَمِيعُ الثَّمَنِ هُنَا بَدَلُ =

وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ، فَحَطَّ عَنْهُ خَمْسَمِئَةٍ [عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ خَمْسَمِئَةٍ]^١، فَهَذَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ:

فِي وَجْهِ قَدْ بَرِيَ وَإِنْ لَمْ يُؤَدَّ.

وَفِي وَجْهِ لَا يَبْرَأُ إِذَا لَمْ يُؤَدَّ.

وَفِي وَجْهِ اخْتَلَفُوا.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَبْرَأُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "حَطَّطْتُ عَنْكَ خَمْسَمِئَةٍ [عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي خَمْسَمِئَةٍ]"، وَلَمْ يُوقَّتْ لِلْإِعْطَاءِ وَقْتًا، فَإِنَّهُ قَدْ بَرِيَ^٢.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَبْرَأُ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "حَطَّطْتُ عَنْكَ خَمْسَمِئَةٍ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْيَوْمَ خَمْسَمِئَةٍ، فَإِنْ لَمْ تُعْطِيَنِي خَمْسَمِئَةَ الْيَوْمِ؛ فَالْأَلْفُ كُلُّهُ عَلَيْكَ" فَلَمْ يُعْطِهِ حَتَّى مَضَى الْيَوْمُ، فَالْأَلْفُ كُلُّهُ عَلَيْهِ^٣.

=الرقبة، بدليل أنه ثبت فيه أحكام الإبدال. عند محمد: الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال، ويعتبر في قدر القيمة من

الثالث. تبين الحقائق: ١٦٤ / ٥.

١: سقط من الأصل، ثم ألحق بالحاشية.

٢: سقط من الأصل، ثم ألحق بالحاشية.

٣: سقط من ب: فإنه قد برئ. وذلك أن هذا الشرط لا يفيد شيئاً جديداً. ر: بدائع الصنائع: ٤٤ / ٦.

٤: سقط من ب "اليوم".

٥: لأنه علّق لزوم الإبراء بشرط إيفاء الباقي، قال ﷺ: «المسلمون عند شروطهم» [ذكره البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب

الإجارة، باب أجر السمسرة، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب من قال: المسلمون عند شروطهم. قال ابن حجر في التلخيص:

أخرجه أبو داود والحاكم من حديث الوليد بن رباح عن أبي هريرة، وضعفه ابن حزم وعبد الحق، وحسنه الترمذي. ورواه الترمذي

والحاكم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو عن أبيه عن جده، وزاد: «إلا شرطاً حراماً حلالاً أو أحلّ حراماً»، وهو ضعيف.

والدارقطني والحاكم من حديث أنس، ولفظه في الزيادة: «ما وافق الحق من ذلك»، وإسناده واه. والدارقطني والحاكم من حديث

عائشة وهو واه أيضاً. وابن أبي شيبة مرسلًا. والإبراء يجوز أن يتوقف لزومه على شرط مرغوب، عرفنا ذلك بآخر كلامه وهو قوله:

"فإن لم تنقضي غدا فالألف عليك"، وهذا لأن الإبراء فيه معنى التملك ولهذا يرتد بالرد، فجاز أن يقف لزومه على الشرط. حاشية

الشبلي على تبين الحقائق: ٤٥ / ٥، وانظر: تحفة الفقهاء: ٢٦٠ / ٣، تلخيص الحبير: ٢٣ / ٣.

وَأَمَّا الْوَجْهَ الَّذِي اخْتَلَفُوا فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: "حَطَطْتُ عَنْكَ خَمْسَمِئَةٍ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْيَوْمَ خَمْسَمِئَةٍ" فَلَمْ يُعْطِهِ حَتَّى مَضَى الْيَوْمُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْمَالَ كُلَّهُ عَلَيْهِ^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بَرَى مِنَ الْخَمْسَمِئَةِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ مُسْلِمًا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ فَاغْتَصَبَ مِنْ مُسْلِمٍ أَسْلَمَ هُنَاكَ مَالًا، أَوِ الْمُسْلِمُ الَّذِي أَسْلَمَ هُنَاكَ اغْتَصَبَ مِنَ الْمُسْلِمِ مَالًا وَاسْتَهْلَكَ^٣، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ وَهُوَ آثِمٌ فِي فِعْلِهِ^٤. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَجِبُ الضَّمَانُ^٥.

^١: في ب: هو.

^٢: فإن أعطاه في اليوم برى من خمسمئة بالاتفاق. ر: المرجع السابق.

^٣: في ب: المال عليه.

وجه قولهما: أنَّ شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد عند عدمه بدلالة حال تصرف العاقل، لأنَّ العاقل يقصد بتصرُّفه الإفادة دون اللغو واللعب والعبث، ولو حمل المذكور على ظاهر شرط التعجيل للغا، لأنَّ التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهراً شرطاً لانفساخ العقد عند عدم التعجيل، فصار كأنَّه نصَّ على هذا الشرط فقال: "فإن لم تعجل فلا صلح بيننا". بدائع الصنائع: ٦/ ٤٤. وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير: ص/ ٤١٩.

^٤: في ب: خمسمئة. وجه قوله: أنَّ شرط التعجيل ما أفاده شيئاً لم يكن من قبل، لأنَّ التعجيل كان واجباً عليه بحكم العقد، فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة، ولو سكت عنه لكان الأمر على ما وصفنا. المرجع السابق.

^٥: في ب "ولو أنَّ مسلماً دخل دار الحرب بأمان، واغتصب هناك مالا من مسلم أسلم هناك، أو المسلم الذي أسلم هناك اغتصب المستأمن، أو الذي أسلم هناك اغتصب من الذي أسلم هناك مالا واستهلكه".

^٦: لأنَّ أموالهم في حقنا على أصل الإباحة، وإنَّها ضمن المستأمن لهم أن لا يخونهم، وإنَّها غدر بأمان نفسه دون أمان الإمام فيفتى بالرد، ولا يجبر عليه في الحكم. ولا تسمع الخصومة على المسلم منهم أيضاً، لتحقيق معنى التسوية بين الخصمين.

وبه فارق المستأمنين في دارنا، لأنَّ أموالهم صارت معصومة بعقد الأمان فلا يمكنه أخذها بحكم الإباحة، والأخذ بهذه العقود الباطلة حرام. ر: الجامع الصغير: ص/ ٣١٣-٣١٤، السير الصغير: ص/ ١٧٩-١٩٤، المبسوط للسرخسي: ١٠/ ٩٥.

^٧: فإنَّ أبا يوسف يقول: تسمع الخصومة على المسلم، لأنَّه ملتزم أحكام الإسلام حيث ما يكون، ومن حكم الإسلام حرمة هذا النوع من المعاملة، كما لو فعله مع المستأمنين منهم في دارنا لم يجز، فكذلك في دار الحرب. ر: المراجع السابقة.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمُسْلِمَ الَّذِي دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ اغْتَصَبَ مَالَ حَرْبِيٍّ فَاسْتَهْلَكَهُ^١، أَوِ الْحَرْبِيُّ اسْتَهْلَكَ مَالَ هَذَا الْمُسْتَأْمِنِ^٢، أَوِ الْحَرْبِيُّ اغْتَصَبَ مِنْ حَرْبِيٍّ^٣، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً. [١٢٢/أ]

وَلَوْ أَنَّهُ صَاحِبُهُ مِنْ ذَلِكَ فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ جَازَ الصُّلْحُ، حَتَّى إِنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ^٤ كَانَ لَهُ أَنْ يُطَالِبَهُ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ عَبْدًا فَبَاعَهُ مِنْ غَيْرِهِ، فَمَاتَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي الثَّانِي، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا قَدِيمًا، كَانَ لِلْمُشْتَرِي الْآخِرِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى بَائِعِهِ بِنَقْصَانِ الْعَيْبِ. فَلَوْ^٥ أَرَادَ الْبَائِعُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى بَائِعِهِ^٦ بِالنَّقْصَانِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي قَوْلِهِمَا لَهُ ذَلِكَ^٧.

^١: في ب: اغتصب مال الحربى أو استهلكه.

^٢: في ب "أو الحربى اغتصب منه مالا فاستهلكه".

^٣: في ب: من رجل حربى.

^٤: في ب: بالاتفاق.

أَمَّا إِنْ غَضِبَهُمُ الْمُسْلِمُ فَلَأَنَّ أَمْوَالَهُمْ فِي حَقِّنَا عَلَى الْإِبَاحَةِ، وَأَمَّا إِنْ غَضِبُوا مَالَ الْمُسْلِمِ فَلِئَنَّهُمْ فَعَلُوا ذَلِكَ حَيْثُ لَا تَحْرِى عَلَيْهِمْ أَحْكَامُ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ غَضِبُوهُ فَقَدْ غَدَرُوا بِأَمَانِهِمْ حِينَ لَمْ يَكُونُوا مُلْتَزَمِينَ لِحُكْمِ الْإِسْلَامِ، وَلَئِنَّهُ عَرَضَ نَفْسَهُ لَذَلِكَ حِينَ فَارَقَ مَنَعَةَ الْمُسْلِمِينَ وَدَخَلَ إِلَيْهِمْ، وَإِنْ غَضِبُوا مَالَ الْحَرْبِيِّ فَكَذَلِكَ حَيْثُ لَا تَحْرِى فِيهِمْ أَحْكَامُ الْمُسْلِمِينَ. ر: المراجع السابقة.

^٥: في ب: الصلح جائز.

^٦: في ب: حتى إتيها لو أسلما.

^٧: في ب: ولو.

^٨: في ب: بائعه الأول.

^٩: في ب: وله ذلك في قول أبي يوسف ومحمد.

لأبي حنيفة: أنَّ الاستفادة له من قبله لم يعد إليه.

وعندهما يرجع على البائع الأول بما غرم للمشتري الثاني من نقصان العيب، لأنَّ الرجوع بالنقصان عند تعذر ردِّ العين بمنزلة الردِّ بالعيب عند الإمكان. المبسوط للسرخسي: ١٧٩/١٧. والمسألة ذكرها في الأصل: ١٨٢/٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ طَعَامًا وَقَبَضَ الطَّعَامَ^١ وَلَمْ يَنْقُذِ الثَّمَنَ حَتَّى وَجَدَ بِالطَّعَامِ عَيْبًا، فَصَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ الْبَائِعُ طَعَامًا مُؤَجَّلًا^٢ وَنَقَدَ^٣ الْمُشْتَرِي الثَّمَنَ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي زَادَهُ مِنْ جِنْسِ ذَلِكَ الطَّعَامِ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤. وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ غَيْرِ ذَلِكَ الطَّعَامِ^٥ لَمْ يُجْزَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٦. وَهَذَا مِثْلُ اخْتِلَافِ إِعْلَامِ رَأْسِ الْمَالِ فِي السَّلَمِ^٧.

^١: سقط من ب "الطعام".

^٢: قيد بالأجل، لأن الزيادة لو لم تكن مؤجلة يصير بيعاً حالاً، ولا يجوز اتفاقاً. مجمع الضمانات: ٨٠٦/٢.

^٣: في ب: ونقده.

^٤: في ب: الطعام الذي.

^٥: في ب: جاز ذلك بالاتفاق.

^٦: في ب: ولو كان من غير جنس ذلك الطعام.

^٧: في ب: عند.

^٨: في ب: وعندهما يجوز.

^٩: في ب: وهذا الاختلاف مثل الاختلاف في.

^{١٠}: كأنه يشير إلى مسألة أن لو كان المسلم فيه كَرَّ حنطة إلى أجل، والثمن دراهم أو شيء بغير عينه، فاصطلحا على أن زاده الذي عليه السلم نصف كَرَّ حنطة إلى ذلك الأجل لم تجز الزيادة، لأنها لو جازت كانت برأس مال دين، وبدء عقد السلم برأس مال هو دين لا يجوز، فكذلك الزيادة، وعلى المسلم إليه أن يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم، وعليه كَرَّ حنطة تام في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الزيادة في المعقود عليه حال قيام العقد وبقاء المعقود عليه صحيح، وإنما تعدر إثبات الزيادة هنا لأنه دين بدين، فإذا لم تثبت الزيادة في المسلم فيه باعتبار هذا المعين وجب رد الدين الذي بمقابلة هذا، لأنه لو ثبتت هذه الزيادة ألحقت بأصل العقد ويصير كأنه أسلم عشرة دراهم في كَرَّ حنطة ونصف، ثم أبطأ العقد في نصف الكَرَّ، فيجب رد حصته من رأس المال وهو الثلث، وإقدامه على هذه الزيادة إخراج الثلث من رأس المال حتى يكون بمقابلة الكَرَّ، فإذا لم يكن جعله بمقابلة نصف الكَرَّ جعل خطأ ليحصل مقصوده، وهو إخراج الغبن من العقد وإدخال الرخص فيه.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: ليس عليه رد شيء من رأس المال، لأنه ما حط شيئاً من رأس المال، إنما زاده في المسلم فيه، ولم تثبت تلك الزيادة، فبقي جميع رأس المال بمقابلة الكَرَّ، والعقد في جميع الكَرَّ باق فلا يجب رد شيء من رأس المال. ر: المبسوط

للسرخسي: ٤٤/٢١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ تَوَيْنِ كُلِّ تَوْبٍ بَعَشْرَةً^١، ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا، فَصَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَرُدَّ الْمَعِيبَ عَلَى أَنْ يَزِيدَ^٢ فِي ثَمَنِ الْآخَرِ دَرَاهِمَ، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَ مُحَمَّدٍ^٣ الْإِقَالَةَ جَائِزَةٌ وَالزِّيَادَةُ بَاطِلٌ^٤.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الزِّيَادَةُ وَالرَّدُّ كِلَاهُمَا بَاطِلَانِ، لِأَنَّهُ يُجْعَلُ الْإِقَالَةُ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ مُسْتَقْبَلٍ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ سِلْعَةً، فَلَمْ يَقْبُضْهَا حَتَّى أَبْرَأَ الْبَائِعَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَبْرَأُ الْبَائِعُ عَنِ الْعَيْبِ الْمَوْجُودِ فِي الْحَالِ، وَعَنِ الْعَيْبِ الَّذِي يَحْدُثُ بَعْدَ ذَلِكَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي^٦.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَبْرَأُ مِنَ الْمَوْجُودِ، وَلَا يَبْرَأُ مِمَّا يَحْدُثُ^٧.

^١: في ب: كل واحد بعشرة دراهم.

^٢: في ب: يزيده.

^٣: في ب: فإن في قولهما.

^٤: في ب: باطلة.

لها: أن هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وهو باطل، لأن الزيادة تلحق بأصل العقد، وأصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط، لأنه في معنى القمار، فكذا الزيادة عليه. أما الرد ففسخ العقد وهو يحتمل الشرط فجاز. ر: بدائع الصنائع: ٥١/٦.

^٥: في ب: البيع المستقبل.

وجه قوله: أن الرد بالعيب فسخ، والفسخ بيع جديد بمنزلة الإقالة، والبيع تبطله الشروط الفاسدة. المرجع السابق.

^٦: في ب: فإن أبا يوسف قال.

^٧: في ب: من.

^٨: وجه قول أبي يوسف: أن لفظ الإبراء يتناول الحادث نصاً ودلالة: أما النص: فإنه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها بجنس من العيوب على الإطلاق نصاً فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز إلا بدليل. وأما الدلالة: فهي أن غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد، ولا ينسأ إلا بدخول الحادث، فكان داخلياً فيه دلالة. بدائع الصنائع: ٢٧٧/٥.

^٩: وجه قول محمد: أن الإبراء عن العيب يقتضي وجود العيب، لأن الإبراء عن المعدوم لا يتصور، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع فلا يدخل تحت الإبراء، فلو دخل إنما يدخل بالإضافة إلى حالة الحادث، والإبراء لا يحتمل الإضافة، لأن فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد، ولهذا لم يدخل الحادث عند الإضافة إليه نصاً، فعند الإطلاق أولى. بدائع الصنائع: ٢٧٧/٥. والمسألة ذكرها في الأصل: ١٧٧/٥، ولم يذكر اختلافاً.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ شَيْئًا بِدَرَاهِمَ وَتَقَابُضًا ثُمَّ تَقَايَلَا عَلَى أَكْثَرِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ أَقَلِّ، فَلَا قَالَةَ جَائِزَةً، وَالزِّيَادَةُ وَالتَّقْصَانُ بَاطِلٌ^١، سِوَاءٍ^٢ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ^٣، [ب/١٢٢] أَوْ بَعْدَ الْقَبْضِ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَ مُحَمَّدٍ^٤.

وَلَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ فِي هَذَا الْكِتَابِ^٥، وَذَكَرَ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ فِي الْمَرَضِ وَغَيْرِهِ^٦.

وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنَّ^٧ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ تَجَوُّزُ الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانُ بِمَنْزِلَةِ بَيْعٍ مُسْتَقْبَلٍ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ تَجَوُّزُ الْإِقَالَةِ، وَلَا تَجَوُّزُ الزِّيَادَةِ وَالتَّقْصَانُ. وَرُويَ عَنْهُ رِوَايَةٌ^٨ أُخْرَى أَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَا قَالَةَ بَاطِلَةً. جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ^٩.

^١: أي تشاركوا البيع. ر: لسان العرب: ١١ / ٥٧٢.

^٢: في ب: باطلان.

^٣: سقطت كلمة "سواء" من ب.

^٤: في ب: قبل القبض كان.

^٥: لأن الإقالة عند أبي حنيفة فسخ في حق المتعاقدين، والفسخ يكون بالثمن الأول ويبطل الشرط الفاسد. وعند محمد إن كانت الإقالة بغير الثمن الأول أو بأكثر منه فهي بيع، وإن كانت بمثل الثمن الأول أو أقل فهي فسخ بالثمن، ويبطل شرط التقصان وكذلك إن أجل يبطل الأجل. ر: تحفة الفقهاء: ١١١ / ٢.

^٦: سقط من ب "في هذا الكتاب".

^٧: في ب: ولكنه ذكره في كتاب.

^٨: في ب: من المرض وغير ذلك.

انظر: المبسوط للسرخسي: ٥٧ / ٢٩، باب الإقالة في السلم والبيع في المرض.

^٩: كذا بلا "فاء" في جواب أمّا.

^{١٠}: في ب: في رواية.

^{١١}: على قول أبي يوسف يصح بما ذكرنا من الثمن وشرطا به من الزيادة والتقصان، لأنها بيع جديد ما أمكن، فإن لم يمكن أن تجعل بيعاً بأن كانت الإقالة قبل قبض المبيع وهو منقول فإنها تجعل فسخاً، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز. تحفة الفقهاء: ١١٢ / ٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ قَالَا لِنَصْرَانِيٍّ: "إِذَا أَسْلَمْتَ فَأَنْتَ الْحَاكِمُ بَيْنَنَا"، أَوْ قَالَا لِرَجُلٍ: "إِذَا أَهَلَ الْهَلَالَ فَأَنْتَ الْحَكَمُ بَيْنَنَا"، لَمْ يَجْزِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^١.

^١: في ب: الحكم.

^٢: لأبي يوسف: أَنَّ التَّحْكِيمَ لَا يَصَحُّ مَعْلَقًا بِخَطَرٍ وَلَا مِضَافًا إِلَى زَمَانٍ، وَهُوَ تَوَلِيَّةٌ صَوْرَةٌ وَصَلَحٌ مَعْنَى، إِذْ لَا يَصَارُ إِلَيْهِ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ بَيْنَهُمَا، فَبَاعْتِبَارُ أَنَّهْ صَلَحٌ لَا يَصَحُّ تَعْلِيْقُهُ وَلَا إِضَافَتُهُ، وَبَاعْتِبَارُ أَنَّهْ تَوَلِيَّةٌ يَصَحُّ، فَلَا يَكُونُ بِالشَّكِّ وَالْإِحْتِمَالِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِشَرْطِ إِضَافَتِهِ إِلَى الزَّمَانِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ إِلَّا تَفْوِيْضٌ وَتَوَلِيَّةٌ، فَصَارَ كَالْوَكَاةِ. ر: تَبْيِيْنُ الْحَقَائِقِ: ١٣٢/٤. وَفِي الْمَهْدِيَّةِ نَقْلًا عَنِ الْعَتَابِيَّةِ: لَا يَصَحُّ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، كَذَا فِي التَّارِيخِيَّةِ. الْفَتَاوَى الْمَهْدِيَّةِ: ٣/٣٩٨.

كِتَابُ الْكَفَالَةِ^١

١: في ب: كتاب الحوالة والكفالة. وهو الصحيح، لأنه ذكر هنا مسائل الكفالة والحوالة.

أما الكفالة: بفتح الكاف مصدر كفّل، والجمع كفالات.

الكافل والكفيل: الضامن. والأنثى: كفيل أيضاً. وجمع الكافل كُفُل، وجمع الكفيل كُفَلَاء، وقد يقال للجمع كفيل. ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ آل عمران: ٣٧، أي ضمّنها إياه حتّى تكفل بحضانتها، ومن قرأ "وكفّلها زكريّا" فالمعنى ضمن القيام بأمرها، وكفّل المال وبالمال ضمّنه، وكفّل بالرجل كضرب ونصر وكرم وعلم يكفّل ويكفّل كفلاً وكفولاً وكفالة وكفّل وكفّل وتكفّل به كلّ ضمّنه، وأكفّله إياه وكفّله ضمّنه، وكفّلت عنه بالمال لغريمه، وتكفّل بدينه تكفلاً. كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد. وفي الشّرع: ضمّ ذمّة إلى ذمّة في حقّ المطالبة، أو في حقّ أصل الدّين على حسب ما اختلف المشايخ فيه. وألغاظ الكفالة أن يقول الكفيل للطالب: دعه فأنا ضامن ما عليه، أو كفيل بذلك أو قبيل أو زعيم، أو هو إليّ أو عليّ أو هو لك عندي، أو هو لك قبلي.

ودليل مشروعيّتها قوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَهُ يَهُوَ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ يوسف/ ٧٢، وما ثبت في شريعة من قبلنا فهو ثابت في شريعتنا ما لم يظهر نسخه، والظاهر هنا التّقرير، فإنّ النّبي ﷺ بعث والنّاس يكفلون فأقرّهم على ذلك. وقال النّبي ﷺ: «الرّعيم غارم» [الترمذي في أبواب البيوع، باب ما جاء في أنّ العارية مؤدّاة (١٢٦٥)، ابن ماجة، باب الكفالة (٢٤٠٥)، البيهقي، باب وجوب الحقّ بالضّمان: ٦/ ٧٢، وعبد الرّزاق في مصنّفه، باب الكفلاء (١٤٧٦٧) وقال التّرمذي: حديث حسن] ر: لسان العرب: ١١/ ٥٨٨، القاموس الفقهي: ص/ ٣٢٢، معجم لغة الفقهاء: ص/ ٣٨٢، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٣٧-٢٣٨، المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٦١.

أما الحوالة: أحوال الغريم: زجاء عنه إلى غريم آخر، والاسم الحوالة. يقال للرجل إذا تحوّل من مكان إلى مكان، أو تحوّل على رجل بدرهم "حال" وهو يحول حوّلًا. ويقال: أحلت فلاناً على فلان بدرهم أحيله إحالة وإحالة، فإذا ذكرت فعل الرجل قلت: حال يحول حوّلًا واحتال احتيالاً إذا تحوّل هو من ذات نفسه. الحوالة إحالتك غريباً، يقال: أحلت فلاناً بها له عليّ وهو كذا درهماً على رجل آخر لي عليه كذا درهماً، أحيله إحالة فاحتال بها عليه. وأحلت زيدا بها كان له عليّ على رجل فاحتال زيد به على الرّجل، فأنا "محيل" وزيد "محال" والمال "محال به" والرجل "محال عليه" ومحتال عليه".

وقول الفقهاء للمحال: "المحتال له" لغو، لأنّه لا حاجة إلى هذه الصّلة ويقال للمحتال: "حويل" قياساً على "كفيل وضمين" وإنّما سمّي هذا العقد حوالة، لأنّ فيه نقل المطالبة أو نقل الدّين من ذمّة إلى ذمّة على سبيل التّوثّق به، بخلاف الكفالة فإنّ فيها ضمّ ذمّة إلى ذمّة.

الحوالة مشروعة لقوله ﷺ: «من أحيل على مليء فليتبعه». [رواه أحمد في مسنده (٩٩٧٤) ج ٢/ ص ٤٦٣، وابن أبي شيبة في مصنّفه، في مطل الغنيّ ودفعه عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ: «مطل الغنيّ ظلم، ومن أحيل على مليء فليحتل» ورواه البخاريّ، كتاب =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ فِي مِصْرِهِ، أَوْ كَفَلَ فِي مِصْرِهِ، وَلَمْ يَشْتَرِطْ هَذَا^١، فَسَلَّمَ إِلَيْهِ فِي مَفَازَةٍ، لَا يَبْرَأُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَإِنْ سَلَّمَ إِلَيْهِ فِي مِصْرٍ آخَرَ فِيهِ سُلْطَانٌ غَيْرُ الْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ مِنْهُ، فَإِنَّهُ يَبْرَأُ مِنْهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٍ لَا يَبْرَأُ حَتَّى يَدْفَعَ فِي الْمِصْرِ الَّذِي كَفَلَ مِنْهُ^٢.

=الحوالات، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة؟ (٢١٦٦) ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني، وصحة الحوالة، واستحباب قبولها إذا أحيل على مليء (١٥٦٤) عن أبي الزناد به بلفظ «وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع» وروى أحمد عن ابن عمر مرفوعاً (٥٣٩٥): ج ٢/ ص ٧١: «مطل الغنيّ ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه» ر: نصب الرّاية: ٥٩/ ٤ ر: لسان العرب: ١١/ ١٨٤، المغرب: ١/ ٢٣٥، القاموس الفقهي: ص/ ١٠٥، معجم لغة الفقهاء: ص/ ١٨٧، الجوهرة النيرة: ١/ ٣٧٣، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٤٧.

١: في ب: يسلمه.

٢: في ب: مصر.

٣: في ب: هذا الشرط.

٤: في ب: لم يبرأ بالاتفاق.

لأنّه لا يقدر على المحاكمة فيها ولا على إحضاره إلى القاضي، وربما يهرب منه أو لا يتمكّن من إحضاره بل يمتنع منه. ر: الجوهرة النيرة: ١/ ٣٧٤، المبسوط للرخسي: ١٩/ ١٦٥، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٤٥.

٥: سقطت من ب "منه".

٦: في ب: يدفعه إليه.

٧: وجه قولها: أنّ مقصود الطالب التسليم في موضع يمكن فيه إثبات حقّه عليه بالحجّة، وربما يكون شهوده على الحقّ في ذلك المصّر الذي كانت فيه الكفالة، فإذا سلّمه إليه في مصر آخر لا يتمكّن من إثبات الحقّ عليه.

ووجه قول أبي حنيفة: أنّه سلّمه إليه في موضع آمن وغاب فيبرأ ممّا سلّمه إليه في ذلك المصّر، وهذا لأنّ المعتبر تمكّنه من أن يحضره مجلس القاضي، إمّا ليثبت الحقّ عليه أو ليأخذ منه كفيلاً، وهذا قد حصل. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم، فأبو حنيفة رحمه الله كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالصدق فكانت الغلبة لأهل الصّلاح، والقضاة لا يرغبون في الميل بالرشوة، وعامل كل مصر يتفاد لأمر الخليفة فلا يقع التفارق بالتسليم إليه في ذلك المصّر أو في مصر آخر، ثمّ تغيّر الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر أهل الفساد، والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة فقالوا: يتقيّد التسليم بالمصّر الذي كفل له فيه دفعاً للضرر عن الطالب. ر: المبسوط للرخسي: ١٩/ ١٦٦-١٦٧.

وَإِذَا كَفَلَ رَجُلٌ بِنَفْسِ رَجُلٍ وَلَمْ يُخَاطِبْهُ أَحَدٌ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ.

فَإِنْ خَاطَبَهُ إِنْسَانٌ أَجْنَبِيٌّ، فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً إِذَا أَجَازَ الطَّالِبُ^٦، فَإِنْ خَاطَبَهُ الْمَطْلُوبُ وَهُوَ صَحِيحٌ لَا يَجُوزُ^٧ أَيْضاً فِي قَوْلِهِمَا^٨.

^١: سقطت كلمة "رجل" من ب.

^٢: في ب: عند.

^٣: لهما: أَنَّ فِيهِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ، وَهُوَ تَمْلِيكُ الْمَطَالِبَةِ مِنْهُ فَيَقُومُ بِهِمَا جَمِيعاً، وَالْمَوْجُودُ شَطْرَهُ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ. ر: العناية شرح الهداية: ١٨٩/٧، فتح القدير: ١٨٨/٧، البحر الرائق: ٣٨٨/٦.

^٤: في ب: عند.

^٥: عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ يَجُوزُ إِذَا بَلَغَهُ أَجَازَ، وَلَمْ يَشْتَرَطْ فِي بَعْضِ النُّسخِ الْإِجَازَةُ وَهِيَ الْأَظْهَرُ عَنْهُ. لَهُ: أَنَّهُ تَصَرَّفَ التَّزَامُ فَيَسْتَبْدُّ بِهِ الْمُلتَزِمَ.

وَلَهُ رَوَايَةُ التَّوَقُّفِ عَلَى الْإِجَازَةِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ، وَهُوَ أَنَّ يَجْعَلُ كَلَامَ الْوَاحِدِ كَالْعَقْدِ التَّامِّ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي هَذَا التَّوَقُّفِ عَلَى أَحَدٍ. ر: المراجع السابقة.

^٦: سقط من ب "جميعاً".

^٧: لَمَّا مَرَّ أَنَّ عِنْدَهُمَا الْكَفَالَةَ تَبَرَّعَ، وَهُوَ تَبَرَّعٌ عَلَى الطَّالِبِ بِالْإِتِمَارِ لَهُ، وَإِنْشَاءُ سَبَبِ التَّبَرُّعِ لَا يَتِمُّ بِالتَّبَرُّعِ مَا لَمْ يَقْبَلْهُ الْمُتَبَرِّعُ، فَلِهَذَا لَا تَصَحُّ الْكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِهِ. وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ هُوَ جَائِزٌ قَبْلَهُ الْفُضُولِيُّ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٠-١٧١.

^٨: في ب: وإن.

^٩: في ب: لم يميز.

^{١٠}: في ب: في قول أبي حنيفة ومحمد.

لَأَنَّهُ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِي مَالِهِ، وَلَا مَطَالِبَةٌ فِي شَيْءٍ مِنْ دِينِهِ قَبْلَ وَرَثَتِهِ فَلَا يَقُومُ هُوَ مَقَامَ الطَّالِبِ فِي الْخُطَابِ لَهُمْ هَذَا الضَّمَانُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧١/١٩.

وَلَوْ كَانَ الْمَطْلُوبُ مَرِيضًا قَالَ لَوَرَّثْتِهِ: "اكَفَلُوا عَنِّي"، فَكَفَلُوا عَنْهُ^١، لَا يَجُوزُ^٢ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ فِي الْقِيَاسِ، وَيَجُوزُ فِي الْإِسْتِحْسَانِ^٣.

وَلَوْ أَنَّ هَذَا الْمَرِيضَ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: "اكَفَلْ عَنِّي"، فَكَفَلَ، فَلَمْ يَذْكُرْ هَذَا الْفَصْلَ. قَالَ بَعْضُهُمْ: "هُوَ مِثْلُ الْوَرَثَةِ".^٤ وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ فِي هَذَا كُلِّهِ جَائِزٌ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَكَفَلَ رَجُلٌ بِنَفْسِ الْمَطْلُوبِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يُسَلِّمْهُ إِلَى الطَّالِبِ غَدًا، أَوْ وَقْتُ وَقْتًا^٦ فَعَلَيْهِ نَفْسُ فُلَانٍ آخَرَ [١٢٣/أ] فَكَفَالَةُ الْأَوَّلِ جَائِزٌ^٧ بِالِاتِّفَاقِ،

^١: في ب: فقال.

^٢: سقط من ب، ثم ألحق بالحاشية.

^٣: في ب: لم يجوز.

^٤: وجه القياس: أَنَّ الطَّالِبَ غَيْرَ حَاضِرٍ فَلَا يَتِمُّ الضَّمَانُ إِلَّا بِقَبُولِهِ، وَلِأَنَّ الصَّحِيحَ لَوْ قَالَ هَذَا لَوَرَّثْتَهُ أَوْ لَغَيْرَهُمْ لَمْ يَصَحَّ إِذَا ضَمَّنُوهُ فَكَذَلِكَ الْمَرِيضُ. وَجِهَ الْإِسْتِحْسَانُ: أَنَّ حَقَّ الْغَرَمَاءِ وَالْوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِتَرْكِهِ بِمَرَضِهِ عَلَى أَنْ يَتِمَّ ذَلِكَ بِمَوْتِهِ، وَتَتَوَجَّهُ الْمَطْلَبَةُ عَلَى الْوَرَثَةِ بِقَضَاءِ دِيُونِهِمْ مِنَ التَّرَكَةِ، فَمَقَامُ الْمَطْلُوبِ فِي هَذَا الْخُطَابِ لَوَرَّثْتَهُ مَقَامَ الطَّالِبِ أَوْ نَائِبِهِ، لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ حَتَّى يَفْرَغَ ذِمَّتَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ مِنْ تَرْكِهِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧١/١٩.

^٥: في ب: هو كالورثة. وفيها زيادة: "وقال بعضهم: لا يجوز، وهو خلاف الورثة". وإثباتها هو الصواب.

وجه القول الأول وهو صحّة الضمان: أَنَّ الْمَرِيضَ قَصِدَ بِهِ النَّظَرَ لِنَفْسِهِ، وَالْأَجْنَبِيَّ إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ يَرْجِعُ بِهِ فِي تَرْكِهِ فَيَصَحُّ هَذَا مِنَ الْمَرِيضِ عَلَى أَنْ يَجْعَلَ قَائِمًا مَقَامَ الطَّالِبِ لَضَيْقِ الْحَالِ عَلَيْهِ بِمَرَضِ الْمَوْتِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يَوْجَدُ فِي الصَّحِيحِ، فَأَخَذْنَا فِيهِ بِالْقِيَاسِ، وَهَذَا الْقَوْلُ أَوْجَهُ. وَوَجْهُ رَوَايَةِ عَدَمِ الْجَوَازِ: أَنَّ الْأَجْنَبِيَّ غَيْرَ مُطَالَبٍ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ بِدُونِ الْإِتِمَامِ، فَكَانَ الْمَرِيضُ فِي حَقِّهِ وَالصَّحِيحُ سِوَاهُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧١/١٩، فتح القدير: ١٩٠/٧.

^٦: لما مرَّ أَنَّ الْكَفَالَةَ التَّزَامُ مِنَ الْكَفِيلِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ بِمُقَابَلَتِهِ لِإِزَامٍ عَلَى غَيْرِهِ، أَيْ أَنَّ الْكَفَالَةَ تَصَرُّفٌ عَلَى نَفْسِهِ خَاصَّةً فَيَتِمُّ بِهِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٠/١٩، لسان الحكام: ٢٥٦/١.

^٧: في ب: أو في وقتٍ وقت.

^٨: في ب: فالكفالة الأولى جائزة.

وَالْكَفَالَةُ عَنْ فُلَانٍ آخَرَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ^١.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "إِنْ لَمْ أُوَافِكَ بِهِ غَدًا فَلَنَكَّ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ"^٢ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^٣.

^١: في ب: والكفالة الآخرة عن فلان جائزة.

^٢: في ب: عند.

^٣: في ب: وهو قول أبي يوسف.

^٤: وهنا فصول أحدها: أن يكون الطالب والمطلوب واحداً في الكفالتين فتجوز الكفالتان استحساناً.

الثاني: أن يكون الطالب مختلفاً فتبطل الكفالة بالمال، سواء كان المطلوب واحداً أو اثنين، نحو أن يكفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غداً فالمال الذي لرجل آخر على هذا المطلوب على الكفيل، أو المال الذي لرجل آخر سوى الطالب على رجل آخر سوى المطلوب على الكفيل، فهذا باطل بالاتفاق، لأن الكفالة الثانية عند اختلاف الطالب لا تكون تابعة للكفالة الأولى، ولا يكون تصحيحها مقصوداً، لأنه تعليق للالتزام بالشرط، ولأننا عند اتحاد الطالب والمطلوب صححنا الكفالة الثانية حملاً لكلامه على معنى التقديم والتأخير، ولا يتأتى ذلك عند اختلاف الطالب.

فأما إذا كان الطالب واحداً والمطلوب اثنين فهو على الخلاف، فمحمد يقول: الكفالة الثانية هنا لا يمكن تصحيحها تبعاً للكفالة الأولى، لأن الكفالة الأولى بنفس غير نفس المطلوب بالمال، ولا يمكن أن تجعل الموافقة بنفسه مبررة له عما التزمه عن آخر، فبقيت هذه كفالة مقصودة متعلقة بالشرط، وهي مخاطرة فلا يصح، وكذلك لا يمكن تصحيح الكفالة هنا بحمل كلامه على التقديم والتأخير، بخلاف ما إذا اتحد المطلوب.

أما أبو يوسف فيقول: الكفالة الثانية هنا توفى بحق من وقعت الكفالة الأولى له فيصح كما إذا اتحد المطلوب، وهذا لأن الكفالة إنما تقع للطالب حتى يحتاج إليه قبول الطالب، وإذا كان الطالب واحداً أمكن جعل الكفالتين في المعنى كفالة واحدة وإتباع الثانية للأولى فيحكم بصحتها، بخلاف ما إذا اختلف الطالب. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٩/١٩ - ١٨٠.

^٥: سقطت عبارة: "ولو أنه قال" من ب.

^٦: في ب: وكذلك إن لم أوافك.

^٧: أي: ولم يقل التي عليه، وفلان يقول: "لا شيء علي"، والطالب يدعي ألفاً، والكفيل ينكر وجوبه على الأصيل. ر: فتح القدير:

١٦٧/٧، لسان الحكام: ٢٥٦/١.

^٨: أي فالمال لازم على الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله، وفي قوله الأول وهو قول محمد رحمه الله لا شيء عليه، لأن بمجرد دعوى الطالب لا يثبت المال على واحد منهما، فكانت هذه رشوة التزامها الكفيل له عند عدم الموافقة، والرشوة حرام، ولو جعلناه كآته قال: "فعلي الألف التي لك عليه" لزمه المال، ولو جعلناه كآته قال: "فلك علي ألف درهم ابتداء من جهتي" لم يلزمه شيء، والمال لا يجب بالشك، لعلمنا ببراءة ذمته في الأصل ووقوع الشك في اشتغالها. =

وَلَوْ قَالَ: "إِنْ لَمْ أُسَلِّمْهُ إِلَيْكَ غَدًا فَمَا لَكَ عَلَيْهِ فَهُوَ عَلَيَّ" يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "إِنْ لَمْ أُؤَافِكَ بِهِ غَدًا فَمَا لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ آخَرَ فَهُوَ عَلَيَّ"، فَكَفَالَةُ الْأُولَى جَائِزَةٌ، وَالْآخَرَى بَاطِلٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَفَلَ عَبْدٌ عَنْ سَيِّدِهِ بِمَالٍ بَغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَجُزْ.

وَإِنْ كَفَلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ جَازٌ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْعَبْدَ، ثُمَّ إِنَّ الطَّالِبَ أَخَذَ مِنَ الْعَبْدِ، لَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى الْمَوْلَى فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^١. وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يَرْجِعُ^٢.

= وَحِجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الصَّحَّةَ مَقْصُودٌ كُلُّ مُتَكَلِّمٍ، فَمَهْمَا أَمَكْنَ حَمْلَ كَلَامِهِ عَلَى وَجْهِ صَحِيحٍ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ، وَلَوْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْإِلْتِزَامِ بِطَرِيقِ الرِّشْوَةِ لَمْ يَصَحَّ، وَلَوْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْإِلْتِزَامِ بِطَرِيقِ الْكِفَالَةِ عَنْ فُلَانٍ كَانَ صَحِيحًا "فَعَلَيْ" مَالِكٍ عَلَيْهِ وَهُوَ أَلْفُ دِرْهَمٍ" مُوجِبٌ حَمْلَهُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ ١٧٨/١٩، شَرْحُ فَتْحِ الْقَدِيرِ: ١٦٧/٧، لِسَانُ الْحَكَّامِ: ٢٥٦/١.

^١: فِي ب: وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ.

^٢: فِي ب: جَاز.

^٣: ذَكَرْتُ فِي ب هَذِهِ الْجُمْلَةَ قَبْلَ سَابِقَتِهَا.

لَأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْإِلْتِزَامِ بِطَرِيقِ الْكِفَالَةِ عَنْ فُلَانٍ، وَذَلِكَ إِقْرَارٌ بِوُجُوبِ الْمَالِ عَلَى فُلَانٍ، لِأَنَّ الْكِفَالَةَ لَا تَصَحُّ إِلَّا بِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧٨/١٩. وَهَذَا الْفَرْعُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: ص/ ٣٧٠.

^٤: فِي الْأَصْلِ: "أَوْافِكَ" فِي هَذَا الْمَوْضِعِ وَالَّذِي قَبْلَهُ، وَالصَّوَابُ حَذْفُ الْيَاءِ كَمَا أَثْبَتْنَاهُ لِلْجُزْمِ.

^٥: فِي ب: فَمَا لِفُلَانٍ آخَرَ عَلَى فُلَانٍ.

^٦: فِي ب: فَالْكَفَالَةُ.

^٧: فِي ب: بَاطِلَةٌ.

^٨: لِأَنَّهُمَا لَيْسَتْ مِنْ تَوَابِعِ الْكِفَالَةِ الْأُولَى، فَيَكُونُ تَعْلِيلًا لِلْإِلْتِزَامِ التَّسْلِيمِ بِمَحْضِ الشَّرْطِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٢٩/٢٠.

^٩: لِأَنَّ الْكِفَالَةَ تَبَرُّعٌ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُهُ بَدُونِ إِذْنِ مُوَلَّاهُ. ر: بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ: ٦/٦.

^{١٠}: لِأَنَّ الْحَقَّ فِي مَالِيَّتِهِ لِمُوَلَّاهُ. ر: الدَّرُ الْمَخْتَارُ مَعَ شَرْحِهِ رَدِّ الْمُحْتَارِ: ٣٣٩/٥.

^{١١}: حِجَّةُ الْجُمْهُورِ: أَنَّ الْكِفَالَةَ وَقَعَتْ غَيْرُ مَوْجِبَةٍ لِلرَّجُوعِ فَلَا يَثْبُتُ فِيهَا الرَّجُوعُ أَبَدًا. ر: الْجَامِعُ الصَّغِيرُ: ٣٧٧/١.

^{١٢}: فِي ب: يَرْجِعُ عَلَيْهِ.

وَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ: أَنَّ الْمَوْجِبَ قَدْ وَجَدَ وَالْمَانِعَ قَدْ زَالَ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَكَفَلَ بِإِذْنِ الْمَوْلَى لَمْ يَجْزِ^١.

فَإِنْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى^٢، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَمْ تَجْزِ الْكَفَالَةُ مَا لَمْ يُؤَدَّ السَّعَايَةُ^٣. وَفِي قَوْلِهِمَا^٤ لَمَّا مَاتَ الْمَوْلَى صَحَّتِ الْكَفَالَةُ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقْرَرَ نَصْرَانِيٍّ لِنَصْرَانِيٍّ بِخَمْرٍ^٦، ثُمَّ كَفَلَ^٧ عَنْهُ نَصْرَانِيٍّ^٨، ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ أَسْلَمَ الطَّالِبُ بَرِيَ الْكَفِيلُ وَالْمَكْفُولُ^٩ بِالْإِتِّفَاقِ^{١٠}.

^١ : لَأَنَّ إِذْنَهُ بِالتَّبَرُّعِ لَمْ يَصَحَّ. بدائع الصنائع: ٦/٦.

^٢ : فِي ب: أَعْتَقَ.

^٣ : سَقَطَتْ كَلِمَةُ "الْمَوْلَى" مِنْ ب.

^٤ : لَأَنَّ الْمُسْتَسْعَى فِي بَعْضِ قِيَمَتِهِ عِنْدَهُ كَالْمَكَاتِبِ، وَكَفَالَةُ الْمَكَاتِبِ لَمْ تَصَحَّ. المبسوط للسرخسي: ١٣/٢٠.

^٥ : فِي ب: وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدَ.

^٦ : لِأَنَّهُ عِنْدَهُمَا حَرٌّ عَلَيْهِ دِينَ، وَالْمَكْفُولُ لَهُ إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ مَالَ السَّيِّدِ، لِأَنَّ أَصْلَ دِينِهِ عَلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْعَبْدَ، لَصِحَّةِ كِفَالَتِهِ بَعْدَ عَتَقِهِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَشَارِكُ غَرْمَاءَهُ فِي تِلْكَ الْقِيَمَةِ، لِأَنَّهَا بَدَلُ مَالِيَّتِهِ، وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَزَاحِمَةٌ مَعَ غَرْمَاءِ الْعَبْدِ فِي مَالِيَّتِهِ فَكَذَلِكَ فِي بَدَلِ الْمَالِيَّةِ. المبسوط للسرخسي: ١٣/٢٠.

^٧ : فِي ب: وَإِذَا أَقْرَضَ النَّصْرَانِيُّ النَّصْرَانِيَّ خَمْرًا. وفي المبسوط: "وَلَوْ كَفَلَ الذَّمِّيُّ عَنِ الذَّمِّيِّ لِلذَّمِّيِّ بِالْخَمْرِ مِنْ قَرْضٍ أَوْ غَضَبٍ أَوْ اسْتِهْلَاكِ" ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤/٢٠.

^٨ : فِي ب: فَكَفَلَ.

^٩ : فِي ب: نَصْرَانِيٍّ آخَرَ.

الكفالة صحيحة، لِأَنَّ الْخَمْرَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ عِنْدَهُمْ. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤/٢٠.

^{١٠} : فِي ب: وَالْمَكْفُولُ عَنْهُ.

^{١١} : لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوْجِبُ الْخَمْرَ وَلَا قِيَمَتَهَا ابْتِدَاءً بِهَذَا السَّبَبِ عَلَى أَحَدٍ، فَكَذَلِكَ لَا يَبْقَى مَا كَانَ وَاجِبًا لَهُ، وَيَجْعَلُ بِإِسْلَامِهِ لَهُ كَمَبْرُئٍ الْأَصِيلَ وَالْكَفِيلَ جَمِيعًا. المبسوط للسرخسي: ٢٤/٢٠.

وَإِنْ أَسْلَمَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ بَرَاءَ الْمَطْلُوبِ وَالْكَفِيلِ أَيْضاً، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ زُفَرٍ [وَعَافِيَةٍ^٢] الطَّالِبُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْكَفِيلِ الْخَمْرَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْمَطْلُوبِ الْقِيَمَةَ، فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْكَفِيلِ رَجَعَ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِالْقِيَمَةِ.

وَلَوْ أَنَّ الْكَفِيلَ هُوَ الَّذِي أَسْلَمَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا شَيْءَ عَلَى الْكَفِيلِ، وَيَرْجِعُ الطَّالِبُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِالْخَمْرِ^٣.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الطَّالِبُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْكَفِيلِ الْقِيَمَةَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْمَطْلُوبِ الْخَمْرَ.

^١ : وجه قولها: أَنَّ الْخَمْرَ الَّتِي هِيَ بَدَلُ الْقَرْضِ إِذَا سَقَطَتْ بِالإِسْلَامِ تَسْقُطُ لَا إِلَى بَدَلٍ كَمَا إِذَا سَقَطَتْ بِإِسْلَامِ الطَّالِبِ. وكان المعنى فيه أَنَّ الطَّالِبَ لَوْ اسْتَوْفَى الْقِيَمَةَ لَكَانَ بِهِ مَمْلُكاً مِنَ الْمَطْلُوبِ الْخَمْرَ الَّتِي فِي ذِمَّتِهِ، وَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُ الْخَمْرِ مِنَ الْمُسْلِمِ بِبَدَلٍ، فَتَسْقُطُ أَصْلًا، لِأَنَّ حَقَّ إِسْقَاطِ الْبَدَلِ مَتَى كَانَ مُتَعَلِّقًا بِشَرْطِ تَمْلِيكِ الْمَبْدَلِ فَإِذَا امْتَنَعَ ذَلِكَ يَسْقُطُ أَصْلًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٠ / ٢٤.

^٢ : عَافِيَةُ بْنُ يَزِيدَ بْنِ قَيْسِ الْأَوْدِيِّ الْكُوفِيِّ، كَانَ عَامِلًا زَاهِدًا، وَكَانَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ الَّذِينَ يَذَكِّرُونَهُ يَخُوضُونَ فِي الْمَسْأَلَةِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ عَافِيَةُ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تَرْفَعُوا الْمَسْأَلَةَ حَتَّى يَحْضُرَ عَافِيَةُ، فَإِذَا حَضَرَ عَافِيَةُ فَإِنْ وَافَقَهُمْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَتَبَتُوهَا، وَإِنْ لَمْ يُوَافِقَهُمْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تَبْتُوهَا. وَبَيَّ الْقَضَاءُ لِلْمَهْدِيِّ ثُمَّ اسْتَعْفَى. تَوَفَّى سَنَةَ نَيْفٍ وَسِتِينَ وَمِئَةً. ر: تَهْذِيبُ الْكِمَالِ: ١٤ / ٥ وما بعدها، سِيرَ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ: ٣٩٨ / ٧ وما بعدها.

^٣ : سَقَطَ مِنْ ب، ثُمَّ أُلْحِقَ بِالْحَاشِيَةِ.

^٤ : وجه هذا القول: أَنَّ إِسْلَامَ الْمَطْلُوبِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ قِيَمَةِ الْخَمْرِ عَلَيْهِ لِلذَّمِّ ابْتِدَاءً، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْمَطْلُوبُ بِإِسْلَامِهِ كَالْمَبْرُئِ، لِأَنَّهُ لَا يَبْرَأُ نَفْسَهُ، وَإِنْ لَمْ يَبْرَأْ الْأَصِيلُ لَا يَبْرَأُ الْكَفِيلُ، فَيَكُونُ لِلطَّالِبِ الْخِيَارُ: إِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْأَصِيلِ بِقِيَمَةِ الْخَمْرِ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ عَلَى الْكَفِيلِ بِالْخَمْرِ، ثُمَّ الْكَفِيلُ يَرْجِعُ عَلَى الْأَصِيلِ بِقِيَمَةِ الْخَمْرِ إِنْ كَانَ كَفَلَ بِأَمْرِهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٠ / ٢٤.

^٥ : فِي ب: لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِشَيْءٍ. وَهُوَ خَطَأً.

^٦ : فِي ب: فَإِنَّ فِي قَوْلِهَا.

^٧ : لِأَنَّ بَرَاءَةَ الْكَفِيلِ لَا تَوْجِبُ بَرَاءَةَ الْأَصِيلِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٠ / ٢٥.

فَإِنْ أَخَذَ مِنْ [١٢٣/ب] الْكَفِيلِ الْقِيَمَةَ لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِشَيْءٍ^٣.

وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْخَمْرُ بِإِقْرَارٍ وَلَكِنْ كَانَ مِنْ ثَمَنِ بَيْعٍ وَبِهِ كَفِيلٌ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي بَطَلَ الْبَيْعُ وَسَقَطَ
الْخَمْرُ وَبَرِيَ الْكَفِيلُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَإِنْ أَسْلَمَ الْكَفِيلُ، وَلَمْ يُسَلِّمِ الْبَائِعُ وَلَا الْمُشْتَرِي، فَهُوَ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا^٤.

وَلَوْ كَانَ الْخَمْرُ سَلَمًا، فَأَسْلَمَ الطَّالِبُ أَوْ الْمَطْلُوبُ بَطَلَ السَّلَمُ، وَإِنْ أَسْلَمَ الْكَفِيلُ فَالسَّلَمُ عَلَى حَالِهِ، وَلَا
يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ^٥، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ قِيَمَةِ الْمُسْلَمِ مِنْهُ^٦.

^١ : في النسخة الأصل بعد هذا عبارة: "رجع الكفيل على المطلوب بالقيمة، ولو أن الكفيل هو الذي أسلم، فإن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا شيء على الكفيل، ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر. وفي قول "لكن وضعت بين قوسين، وشطب عليها، وأول كل سطر وآخره كلمة / لا / .

^٢ : سقط من ب "القيمة".

^٣ : لأنه مطالب في حق الأصيل. المبسوط للسرخسي: ٢٥ / ٢٠.

^٤ : في ب: قرضاً.

^٥ : في ب: بالاتفاق.

لأنفساخ العقد بينهما بإسلام أحدهما. ر: المرجع السابق.

^٦ : في ب: على هذا الخلاف.

^٧ : أي فالبيع يبقى على حاله ويسقط الخمر لا إلى بدل من الكفيل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله يتحول إلى القيمة، لأن ما في ذمة الكفيل بمنزلة القرض. المبسوط للسرخسي: ٢٥ / ٢٠.

^٨ : وسقطت الخمر لا إلى بدل لأنفساخ عقد السلم بينهما بإسلام أحدهما. ر: المرجع السابق.

^٩ : في ب: فإن.

^{١٠} : في ب: من الكفيل.

^{١١} : في ب: "لأنه لا يجوز أخذ قيمة الخمر في السلم". وهو أوجه.

فإن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز. المبسوط للسرخسي: ٢٥ / ٢٠. والمسألة في الأصل للشيباني: ٤٦ / ٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا نَصَرَ انِّيًا تَزَوَّجَ نَصْرَانِيَّةً عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ بَعَيْنَهَا أَوْ بَعِيرٍ^١ عَيْنَهَا، وَكَفَلَ لَهَا بِذَلِكَ نَصْرَانِيٍّ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ أَوِ الْمَرْأَةُ أَوِ الْكَفِيلُ، فَإِنْ كَانَ الْخَمْرُ بَعَيْنَهَا أَوِ الْخِنْزِيرُ بَعَيْنَهَا^٢ فَلَيْسَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا ذَلِكَ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الزَّوْجَ^٣، وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتِ الْكَفِيلَ^٤ بِأَنْ يُسْلِمَ إِلَيْهَا^٥، وَلَا يَتَغَيَّرُ بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا. فَإِنْ تَزَوَّجَهَا^٦ عَلَى خَمْرٍ بَعِيرٍ عَيْنَهَا فَإِنْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ فَلَهَا عَلَى^٧ الزَّوْجِ الْقِيَمَةُ وَبَرِئَ الْكَفِيلُ^٨. فَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَلَمْ تُسْلِمِ الْمَرْأَةُ فَلِلمَرْأَةِ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَتْ أَخَذَتِ الزَّوْجَ بِالْقِيَمَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ أَخَذَتِ الْكَفِيلَ بِالْخَمْرِ^٩، ثُمَّ لَا^{١٠} يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الزَّوْجِ بِشَيْءٍ^{١١}.

^١: في ب: أو غير.

^٢: في ب: فإن كان الخمر أو الخنزير بعينها.

الكفالة صحيحة، لأنَّ الصَّدَاقَ مضمون بنفسه في يد الزوج، والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٥/٢٠.

^٣: في ب: من الزوج إن شاءت.

^٤: في ب: وإن شاءت من الكفيل.

^٥: سقطت عبارة: "بأن يسلم إليها" من ب.

لأنَّ الزوج لما بقي مطالباً بالتسليم بعد إسلامه يبقى الكفيل مطالباً به أيضاً. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٥/٢٠.

^٦: في ب: وإن كان تزوجها.

^٧: في ب: فعلى.

^٨: لأنَّها طالبت به، وما في ذمَّة الكفيل بمنزلة بدل القرض فإنَّه غير واجب بالنكاح، بل إنَّها وجب بالكفالة، فيسقط بإسلام الطالب لا إلى بدل، فأما في ذمَّة الزوج فصدَّق، وإسلامها يحوِّل الحقَّ إلى قيمة الخمر في صدَّق بغير عينه عند أبي حنيفة رحمه الله. المبسوط للسرخسي: ٢٦/٢٠.

^٩: في ب: وإن.

^{١٠}: لأنَّ الأصيل ما برئ بإسلامه، بل تحوِّل إلى القيمة في حقِّه لتعدُّر تسليم عين الخمر عليه، ولم يتعدَّر ذلك على الكفيل. المبسوط للسرخسي: ٢٦/٢٠.

^{١١}: في ب: ولا.

^{١٢}: سقط من ب: "بشيء".

لأنَّه بمنزلة المقرض من الأصيل، وعند أبي حنيفة رحمه الله إسلام المستقرض يسقط الخمر لا إلى بدل. المبسوط للسرخسي: ٢٦/٢٠.

وَأَنَّ أَسْلَمَ الْكَفِيلُ، وَلَمْ يُسَلِّمِ الزَّوْجُ وَلَا الْمَرْأَةُ، بَرَى الْكَفِيلُ^١، وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ الْخَمْرَ مِنَ الزَّوْجِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمَهْرُ خَنْزِيرًا بغير عَيْنِهَا^٢، فَإِنْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ أَوْ الْمَرْأَةُ فَلَهَا^٣ مَهْرٌ مِثْلُهَا، وَبَرَى الْكَفِيلُ، لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ حَدِيثٌ^٤.

وَأَنَّ أَسْلَمَ الْكَفِيلُ بَرَى الْكَفِيلُ^٥ أَيْضًا، وَعَلَى الزَّوْجِ الْخَنْزِيرُ^٦. وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَأَمَّا فِي [١٢٤/أ] قَوْلُ^٧ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ^٨ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا^٩ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ^{١٠} بغير عَيْنِهَا^{١١} إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ:

^١ : لِأَنَّ مَا فِي ذِمَّتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْقَرْضِ، وَإِسْلَامُ الْمَطْلُوبِ عِنْدَهُ يَسْقُطُ الْخَمْرُ لَا إِلَى بَدَل. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٢٠.

^٢ : فِي ب: عَيْنُهُ.

^٣ : لِإِسْلَامِ الْمَرْأَةِ يَسْقُطُ الْخَنْزِيرُ، وَكَذَلِكَ لِإِسْلَامِ الزَّوْجِ يَبْرُئُهُ عَنِ الْخَنْزِيرِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٤ : فِي ب: فَإِنْ لَهَا.

^٥ : فِي ب: هَذَا لَهَا.

^٦ : أَيُّ مَهْرٍ الْمِثْلُ دَيْنٌ حَدِيثٌ عَلَى الزَّوْجِ، وَالْكَفِيلُ لَمْ يَكْفُلْ بِهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٢٠.

^٧ : سَقَطَ مِنْ ب كَلِمَةُ "الْكَفِيلُ".

^٨ : حَيْثُ سَقَطَ عَنْهُ الْخَنْزِيرُ لَا إِلَى بَدَل. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٢٠.

^٩ : فِي ب: وَلَهَا عَلَى.

^{١٠} : أَوْ قِيَمَتُهُ عَلَى حَالِهِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^{١١} : فِي ب: وَقَوْلُ.

^{١٢} : سَقَطَتِ كَلِمَةُ "مُحَمَّدٌ" مِنْ ب. وَحَذَفَهَا هُوَ الصَّوَابُ. عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خَاصَّةً فِي هَذِهِ الْفُصُولِ كُلِّهَا كَمَا هُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي

الْخَنْزِيرِ بَعِينِهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٢٠.

^{١٣} : سَقَطَ مِنْ ب: كُلِّهَا.

^{١٤} : فِي ب: خَنْزِيرٌ. وَهُوَ الصَّوَابُ.

^{١٥} : زَادَ فِي ب عِبَارَةً: "وَأَمَّا قَوْلُ مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا، كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ بغير عَيْنِهَا". وَإِثْبَاتُ

هَذِهِ الْعِبَارَةِ هُوَ الصَّوَابُ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

أَحَدُهُمَا: إِذَا أَسْلَمَ الْكَفِيلُ، فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ مِنَ الْكَفِيلِ قِيمَةَ الْخَمْرِ^١، ثُمَّ لَا^٢ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الزَّوْجِ بِشَيْءٍ^٣.

وَالثَّانِي: إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ وَأَخَذَتِ الْمَرْأَةُ الْخَمْرَ مِنَ الْكَفِيلِ كَانَ لِلْكَفِيلِ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الزَّوْجِ بِقِيمَةِ الْخَمْرِ^٤. وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فُرُعٌ لِمَسْأَلَةِ كِتَابِ النِّكَاحِ^٥ وَالْعَصْبِ^٦ وَالْإِجَارَاتِ^٧.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَفَلَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ بِمَالٍ كَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَطْلُوبِ أَوْ مِنَ الْكَفِيلِ^٨. وَلَوْ لَمْ تَكُنِ الْكَفَالَةُ^٩، وَلَكِنْ كَانَتْ حَوَالَةً كَانَ لِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ خَاصَّةً، وَبَرَى الْمَطْلُوبُ^{١٠}. وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ الْكَفَالَةُ وَالْحَوَالَةُ سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ أَيْبَاهَا شَاءَ^{١١}.

^١: في ب: أنّه إذا.

^٢: وإن شاءت رجعت على الزوج بالخمير. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٠/٢٦.

^٣: في ب: ولا يرجع.

^٤: سقطت كلمة "شيء" من ب.

^٥: في ب: فإن.

^٦: لأنه مطلوب في حقه، وإسلام المطلوب عند محمد رحمه الله يسقط الخمر إلى القيمة. المبسوط للسرخسي: ٢٠/٢٦.

^٧: ر: بدائع الصنائع: ٢/٢١٣.

^٨: ر: المبسوط للسرخسي: ١١/١٠٣-١٠٥.

^٩: لم أجد لها في كتاب الإجازات.

^{١٠}: في ب زيادة عبارة: "من أيهما شاء".

^{١١}: في ب: كفالة.

^{١٢}: حجّتهم في التفريق بين الكفالة والحالة: أنّ كلّ واحد من العقدين اختصّ باسم، واختصاص العقد بموجب هو معنى ذلك الاسم، ومعنى الكفالة الضمّ، فيقتضي أن يكون موجب هذا العقد ضمّ أحد الدّمتين إلى الأخرى، وذلك لا يكون مع براءة دّمة الأصيل، ومعنى الحالة التحويل، وذلك لا يتحقّق إلّا بفراغ دّمة الأصيل. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٦٢.

^{١٣}: لأنّ المقصود بها التوثيق لحقّ الطالب، وذلك في أن تزداد له المطالبة، لأن يسقط ما كان له من المطالبة. المبسوط للسرخسي:

١٩/١٦٢.

وَفِي قَوْلِ ابْنِ أَبِي كَيْلٍ ' الْكَفَالَةُ وَالْحَوَالَةُ سَوَاءٌ، لَا^١ يَأْخُذُ مِنَ الْمَطْلُوبِ شَيْئًا.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَفَلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ، فَارْتَدَّ الْمَطْلُوبُ، وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، فَإِنَّ الْكَفِيلَ يُؤْخَذُ بِهِ^٢ وَيُؤْجَلُّ عَلَى قَدَرِ الْمَسَافَةِ^٣.

^١: مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي لَيْلَى الْأَنْصَارِيِّ الْكُوفِيِّ، قَاضٍ فَقِيهٍ مِنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ. كَانَ صَاحِبَ قُرْآنٍ وَسَنَةٍ. قَالَ أَحْمَدُ بْنُ يُونُسَ: كَانَ أَفْقَهُ أَهْلِ الدُّنْيَا. وَلِيَ الْقَضَاءَ وَالْحُكْمَ بِالْكُوفَةِ لِبَنِي أُمَيَّةٍ، ثُمَّ لِبَنِي الْعَبَّاسِ وَاسْتَمَرَ ثَلَاثَ وَثَلَاثِينَ سَنَةً، لَهُ أَخْبَارٌ مَعَ الْإِمَامِ أَبِي حَنِيفَةَ وَغَيْرِهِ، مَاتَ بِالْكُوفَةِ سَنَةَ ثَمَانٍ وَأَرْبَعِينَ وَمِائَةٍ، وَهُوَ ابْنُ اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ سَنَةً. ر: الطَّبَقَاتُ الْكُبْرَى: ٦/٣٥٨، طَبَقَاتُ الْفُقَهَاء: ١/٨٤، الْأَعْلَامُ لِلزَّرَكَلِيِّ: ٦/١٨٩.

^٢: فِي ب: وَلَا.

^٣: لِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ وَجُوبِ الدِّينِ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ فَرَاغَ ذِمَّةِ الْأَصِيلِ مِنْهُ، لِأَنَّ مَا ثَبَتَ فِي مَحَلٍّ فَمَا دَامَ بَاقِيًا فِي ذَلِكَ الْمَحَلِّ فَرُغَ مِنْهُ سَائِرُ الْمَحَالِّ ضَرُورَةً، وَإِذَا ثَبَتَ فِي مَحَلٍّ آخَرَ فَرُغَ مِنْهُ الْمَحَلُّ الْأَوَّلُ ضَرُورَةً، لِامْتِحَالِهِ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْوَاحِدَ شَاغِلًا لِمَجْلِسٍ، وَقَدْ ثَبَتَ الدِّينُ فِي ذِمَّةِ الْكَفِيلِ، فَمِنْ ضَرُورَتِهِ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ الْأَصِيلِ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٩/١٦١-١٦٢.

^٤: فِي ب: فَارْتَدَّ الْمَطْلُوبُ عَنِ الْإِسْلَامِ.

^٥: لِأَنَّ لِحَاقَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ كَمُوتِهِ حُكْمًا فِي قِسْمَةِ مَالِهِ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، فَأَمَّا فِي حَقِّ نَفْسِهِ فَهُوَ مُطَالَبٌ بِالتَّوْبَةِ وَالرَّجُوعِ وَتَسْلِيمِ النَّفْسِ إِلَى الْخَصْمِ، فَيَبْقَى الْكَفِيلُ عَلَى كِفَالَتِهِ، وَكَذَلِكَ الْإِحْضَارُ وَالتَّسْلِيمُ يَتَأْتَى بَعْدَ رَدِّهِ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٩/١٦٤، وَانْظُرْ: تَبْيِينَ الْحَقَائِقِ: ٤/١٤٩.

لَكِنْ قَالَ صَاحِبُ دَرَرِ الْحُكَامِ: وَفِيهِ نَوْعٌ إِشْكَالٍ، لِأَنَّهُ إِذَا عَتَبَ مِيتًا فِي حَقِّ قِسْمَةِ مَالِهِ بِالْحُكْمِ بِلِحَاقِهِ، وَالدِّينُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ، وَالْكَفِيلُ إِنَّمَا يُطَالَبُ بِإِحْضَارِهِ لِيَتِمَّكَنَ الْمَكْفُولُ لَهُ مِنْ أَخْذِ حَقِّهِ، وَهُوَ وَلَوْ كَانَ مُؤْجَلًّا حَلَّ بِمَوْتِ الْمَكْفُولِ حُكْمًا فَيَقْدَمُ بِهِ عَلَى الْوَرِثَةِ. فَلْيَتَأَمَّلْ. دَرَرِ الْحُكَامِ شَرْحُ غَرَرِ الْأَحْكَامِ: ٢/٢٩٦.

^٦: إِنْ كَانَ يَتِمَّكَنُ مِنَ الدَّخُولِ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَإِحْضَارِهِ أَمْهَلُهُ فِي ذَلِكَ مِقْدَارُ مَا يَذْهَبُ فَيَأْتِي بِهِ، بَأَنْ كَانَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ مَوَاعِدَةٌ أَتَمُّهُمْ يَرُدُّونَ إِلَيْنَا الْمَرْتَدَّ، وَإِلَّا لَا يُؤْخَذُ بِهِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حَبْسَهُ حِينَئِذٍ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ غَائِبًا فِي بَلَدَةٍ أُخْرَى. وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّ الْكَفِيلَ لَا يَتِمَّكَنُ مِنْ ذَلِكَ أَمْهَلُهُ إِلَى أَنْ يَتِمَّكَنَ مِنْهُ، وَيجبُسه مَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْهُ بَعْدَ تَمَكُّنِهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٩/١٦٤، الْبَحْرُ الرَّائِقُ: ٦/٣٥٢.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا قَدَرَ الْكَفِيلُ أَنْ يَأْتِيَ بِهِ أَخَذَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى ذَلِكَ تَرَكَ، وَكَيْسَ فِي الْحَاصِلِ اخْتِلَافٌ،
وَإِنَّمَا قَالَ مُحَمَّدٌ عَلَى وَجْهِ التَّفْسِيرِ لِمَا سَبَقَ مِنَ الْكَلَامِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَحَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ عَلَى غَيْرِهِ فَإِنَّ الْمَطْلُوبَ يَبْرَأُ، وَلَا يَعُودُ الْمَالُ عَلَى الْمَطْلُوبِ إِلَّا بِأَحَدٍ
شَيْئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَمُوتَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا.

١: في ب: هذا إذا.

٢: في ب: على أن.

٣: في ب: وإنما قال ذلك.

٤: ر: التعليق السابق.

٥: في ب: حال الرجل الرجل.

٦: في ب: عند أبي حنيفة.

٧: للحنفية: حديث عثمان رضي الله عنه موقوفاً عليه ومرفوعاً: "في المحتال عليه يموت مفلساً، قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، لا توى على مال امرئ مسلم" فهذه براءة بالتقل، فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذي انتقل حقه عنه، كما لو اشترى بالدين شيئاً أو صالح من الدين على عين. وبيانه: أن حق الطالب كان في ذمة المحيل فنقله إلى ذمة المحتال عليه بالحق الذي له، كما له أن ينقله إلى العين بالشراء. وهناك إذا هلك العين قبل القبض عاد حقه في الدين كما كان فكذاك هنا، وكما أن ذلك السبب محتمل الفسخ فهذا السبب محتمل للفسخ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٧/٢٠.

والحديث الذي استدلل به الحنفية أخرجه البيهقي في سننه عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً، وعلّ بأنه عن رجل مجهول عن رجل معروف عن عثمان، قال البيهقي: والرجل المجهول هو خويلد بن جعفر، وهو بصري لم يحتج به البخاري في صحيحه، وروى له مسلم حديثه الذي يرويه مع المستمر بن الريان عن أبي نضرة عن أبي سعيد في المسك وغيره، وكان شعبة بن الحجاج يشني عليه. قال: "والمراد بالرجل المعروف: أبو إياس معاوية بن قرة المزني، وهو منقطع كما قال، فأبو إياس من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة، فهو لم يدرك عثمان بن عفان ولا كان في زمانه". لكن قال ابن الترمذي: أن أبا بكر الرازي وغيره ذكروا أنه لا يعلم لعثمان في ذلك مخالف من الصحابة. ثم قال: عدم احتجاج البخاري به لا يضره كما عرف، ومسلم وإن قرنه في حديث مع المستمر فقد احتج به في موضع آخر، وقد روى عنه عزرة بن ثابت، وشعبة كان يعظمه ويشني عليه وقال: كان من أصدق الناس وأشدّهم اتقاناً، ووثقه ابن معين وغيره، فكيف يجعل مثل هذا مجهولاً. أمّا إياس: فقد ذكر ابن عساكر في تاريخ دمشق أن له رؤية، وحكى عن ابن سعد أنه عدّه في الطبقة الثانية، وحكى عن خليفة وغيره أنه توفي سنة ثلاث عشرة ومائة، وعن يحيى وغيره أنه بلغ ستاً وتسعين سنة، فعلى هذا =

وَالثَّانِي: أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَخْلِفَ^١.

وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِذَيْنِ السَّبَبَيْنِ وَبِسَبَبِ ثَالِثٍ^٢ أَيْضًا، وَهُوَ أَنْ يَصِيرَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ مُفْلِسًا، وَقَضَى الْقَاضِي^٣ بِتَفْلِيسِهِ^٤.

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ لَا يَعُودُ إِلَى الْمَطْلُوبِ بِوَجْهِ مِنَ الْوُجُوهِ.

=يكون مولده سنة سبع عشرة، فكيف لم يكن في زمن عثمان؟ ر: السنن الكبرى للبيهقي: ٧١ / ٦، الجوهر النقي لابن التركماني: ٧١ / ٦.

^١ : ولم يكن للطالب بينة، لأنه يتعذر على الطالب الوصول إلى حقه من جهة المحتال عليه على التأيد، وهذا أبلغ أسباب التوى. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٦ / ٢٠.

^٢ : في ب: وعندهما يرجع بهذين وبثالث.

^٣ : في ب: ويقضي القاضي عليه.

^٤ : لأنّ رضاه بالخلافة كان بشرط السلامة، فإذا لم يسلم عاد الحق إلى المحلّ الأول، ولا معتبر ببقاء المحلّ الثاني حقيقة. والأصل فيه قوله ﷺ: "من أحيل على مليء فليتبّع" [تقدّم من قريب أول كتاب الكفالة]. فقد قيد الأمر بالاتباع بشرط ملاء المحتال عليه، فلا يكون مأموراً بالاتباع بدون هذا الشرط.

ولأبي حنيفة رحمه الله أنّ الإفلاس لا يتحقق، لأنّ المال غاد ورائح، فقد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنياً. ومشى على قول الإمام التّسفيّ ورجّح دليله، قال الغنيمي في اللّباب: "قال شيخنا: وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الإمام، ولم أر من صحّح قولهما" ر: المبسوط للسرخسي: ٤٨ / ٢٠، نصب الرّاية: ٥٩ / ٤، اللّباب شرح الكتاب: ص / ٣٢٢.

^٥ : لأنّه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع، كما لو أخذنا بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض. والدليل على ذلك قوله عليه الصّلاة والسّلام: "وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع" فكان الدليل فيه من وجهين: أحدهما: أنّه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاء فائدة، لأنّه إن لم يصل إلى حقه رجوع، فلمّا شرط الملاء علم أنّ الحقّ قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع له به، فاشتراط الملاء حراسة لحقه.

والدليل الثاني قوله: "فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبّع" فأوجب عموم الظّاهر اتباع المحال عليه أبداً، أفلس أو لم يفلس. وروي إنه كان لحزن جدّ سعيد بن المسيّب على عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه مال فأحاله به على إنسان، فمات المحال عليه فرجع حزن إلى عليّ وقال: "قد مات من أحلّنتي عليه" فقال: "قد اخترت علينا غيرنا أبعدك الله" [قال في "تنقيح التحقيق" هذه القصة ذكرها غير واحد من أصحابنا غير إسناد، ولم أجد لها - إلى الآن - سنداً. تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي: ١٣٨ / ٤] ولم يعطه شيئاً، فلو كان له الرجوع لما استعجز عليّ أن يمنعه منه وهو فعل منتشر في الصّحابة لا نعرف له مخالفاً. ر: الحاوي الكبير: ٤٢١ / ٦، المذهب:

٣٣٨ / ١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَمَرَ رَجُلٌ رَجُلًا بِأَنْ^١ [١٢٤ / ب] يَنْقُدَ فَلَانًا عَنْهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ^٢، فَقَالَ لَهُ: "انْقُدْ فَلَانًا أَلْفَ دِرْهَمٍ عَنِّي"^٣؛ أَوْ "ادْفَعْ إِلَى فَلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ قَضَاءً عَنِّي"^٤ فَأَعْطَاهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْإِمْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٥. وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ لَهُ: "ادْفَعْ إِلَى فَلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ قَضَاءً" أَوْ قَالَ: "اقْضِ فَلَانًا أَلْفَ دِرْهَمٍ" وَلَمْ يَقُلْ: "عَنِّي" فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ^٦، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَأْمُورُ خَلِيطًا لِلْإِمْرِ^٧، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ^٨. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ^٩ بِذَلِكَ، خَلِيطًا كَانَ أَوْ غَيْرَ خَلِيطٍ^{١٠}.

^١: في ب: الرجل.

^٢: في ب: أن.

^٣: سقط من ب "ألف درهم".

^٤: في ب: عني ألف درهم.

^٥: في ب: أو قال: ادفع.

^٦: في ب: قضاء عني أو عن ديني.

^٧: سقط من ب: جميعاً.

لأنّ هذا من الأمر استقراض من المأمور، وإنّ لا يتحقّق نقده عنه إلّا بعد أن يكون المنقود ملكاً له، ولا يصير ملكاً له بالاستقراض منه، فكأنّه استقرض منه الألف ووكل صاحب دينه بأن يقبض له ذلك أو لآثم لنفسه، ولأنّ أمره أن يملكه ما في ذمّته بهال يؤدّيه من عنده فكان بمنزلة ما لو أمره أن يملكه عين الغير في يده بأن يشتريها له فيؤدي الثمن من عنده، وهناك يثبت للمأمور حقّ الرجوع على الأمر بما يؤدّي، فكذلك هنا. المبسوط للسرخسي: ٥٥ / ٢٠.

^٨: سقط من ب "له".

^٩: في ب: فإن في قول أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف الأوّل.

^{١٠}: سقطت عبارة: "عليه بذلك" من ب.

^{١١}: لأنّ الخلطة القائمة بينها دليل ظاهر على أنّ أمره بالقضاء عنه بمنزلة التصريح بهذا اللفظ، وهذا لأنّ كلّ واحد من الخليطين ينوب عن صاحبه في قضاء ما عليه، وإن أذاه بناء على الخلطة السابقة، وتلك الخلطة تثبت له حقّ الرجوع بما يؤدّي بأمره، كما يثبت له حقّ الرجوع عليه بما يؤدّي إليه. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٥ / ٢٠.

^{١٢}: سقط من ب "وهو قول محمد".

^{١٣}: سقط من ب "عليه".

^{١٤}: في ب: خليطاً كان أو لم يكن. =

وَلَوْ قَالَ: "ادْفَعْ إِلَى فُلَانٍ" وَلَمْ يَقُلْ: "قَضَاءٌ" فَإِنْ كَانَ خَلِيطًا وَقَضَى عَنْ مَالِهِ يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَلِيطًا، لَا يَرْجِعُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ، الْأَوَّلِ لَا يَشْكُلُ، وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ

يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: "يَرْجِعُ"، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: "لَا يَرْجِعُ"، فَلَهُ طَرِيقَانِ، وَلَا رَوَايَةَ فِي هَذَا عَنْهُ.

= لأبي يوسف وجهان: أحدهما: أنَّ أمره بالدفع إلى غيره بمنزلة أمره بالدفع إليه، ولو قال: "ادفعه إليّ" كان له أن يرجع عليه، فكَذَلِكَ إذا أمره بالدفع إلى غيره، ولأنَّ فعله في الدفع يترتب على أمره في الفصلين، وإذا اعتمد في الأداء أمره فلو لم يرجع صار مغرراً من جهته، والغرر مدفوع كما في الخليطين.

الثاني: أنَّه قال: "ادفعها إليه قضاء" والقضاء بنبي على الوجوب، ولم يكن على المأمور شيء واجب للمدفع إليه، ولا يعتبر أمر الأمر بذلك بل أمره إنَّما يعتبر في قضاء ما هو واجب على الأمر، وكان إقراراً بوجوب المال عليه من هذا الوجه، وهذا وقوله: "اقض عني" سواء.

وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا: إنَّ قوله "اقض" أو "ادفعه إليه قضاء" كلام محتمل يجوز أن يكون المراد اقضه ماله عليك فيكون هذا منه أمراً بالمعروف، ويجوز أن يكون المراد اقضه ماله عليّ، والمحتمل لا يكون حجة فلا يثبت به المال على الأمر للمدفع إليه، وإذا لم يثبت المال عليه لا يكون هذا منه استقراضاً ولا أمراً بأن يملكه ما في ذمته وطريق الرجوع عليه. ر: المبسوط للسرخسي: ٥٦/٢٠.

١: في ب: "فإن كان خليطاً أو بعض عياله".

٢: في ب: يرجع بالاتفاق.

باعتبار الخلطة التي بينهما، فإنَّ ذلك بمنزلة الغرر من جهته لو لم يثبت له حق الرجوع عليه. المبسوط للسرخسي: ٥٧/٢٠.

٣: زاد في ب: عليه.

٤: في ب: وقول أبي يوسف.

٥: سقطت من ب عبارة "لا يشكّل".

أي لا إشكال في أنَّه لا يرجع على الأمر، إنَّما يرجع على القابض. ر: المرجع السابق.

٦: في ب: وله.

٧: فالاختلاف على قوله على طريقتين، فعلى قياس الطريقة الأولى يرجع على الأمر، بمنزلة قوله: "ادفعه إليّ"، وعلى قياس الطريقة الثانية يكون رجوعه على القابض، لأنَّه ليس في لفظه ما يدلُّ على أنَّ القابض يستوفي حقاً واجباً له، بخلاف قوله: "ادفعها إلى فلان قضاء" ر: المبسوط للسرخسي: ٥٧/٢٠.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقَدَّمَهُ إِلَى الْحَاكِمِ، وَقَالَ الْمُدَّعِي لِلْحَاكِمِ: "سَلْ هَذَا الرَّجُلَ: أَيَقْرُ أَوْ يُنْكِرُ" فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَسْأَلُهُ: فَإِنْ أَنْكَرَ حَلَفَهُ، وَإِنْ سَكَتَ أَيْضًا حَلَفَهُ.

وَإِنْ قَالَ: "لَا أُقِرُّ وَلَا أَنْكِرُ"، رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يُحْلَفُ.

رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا قَالَا: يُحْلَفُ^١.

وَلَوْ أَنَّ الْمُدَّعِيَ قَالَ: "لِي بَيِّنَةٌ، وَلَكِنْ حَلَفَهُ". فَإِنْ قَالَ: "لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ"^٢، فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يُحْلَفُ^٣.

١: في ب: اسأل.

٢: في ب: أم.

٣: سقط من ب "أيضاً".

٤: فالسكوت عن غير آفة إنكار دلالة، لأن الدَّعوى أوجبت الجواب عليه، والجواب نوعان: إقرار وإنكار، فلا بد من حمل السكوت على أحدهما، والحمل على الإنكار أولى، لأن العاقل المتدين لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه، وقد يسكت عن إظهار الحق لنفسه مع قدرته عليه، فكان حمل السكوت على الإنكار أولى، فكان السكوت إنكاراً دلالة، واليمين في الإنكار واجبة، لأنها وجبت للحاجة إلى دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الإنكار. ر: بدائع الصنائع: ٢٢٥-٢٢٦.

٥: في ب: فقد.

٦: في ب: وروي عن صاحبيه: أنه يحلف.

قال الكاساني في البدائع: "اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: "هذا إنكار". وقال بعضهم: "هذا إقرار"، والأول أشبه، لأن قوله: "لا أنكر" إخبار عن السكوت عن الجواب، والسكوت إنكار على ما مر. بدائع الصنائع: ٢٢٦/٦.

٧: في ب "ولو أن المدعي قال: لي بيينة حاضرة، ولكن حلفه الآن".

ومعناه: إذا قال المدعي: "لي بيينة حاضرة في المصر"، واحترز بهذا القيد عن البيينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإن البيينة إذا حضرت في مجلس الحكم لم يستحلف بالاتفاق. واحترز بقوله: "حاضرة" عن البيينة الغائبة عن المصر، فإنها إذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق. ر: فتح القدير: ١٧٧/٨.

٨: لأبي حنيفة: أن البيينة في كونها حجة المدعي كالأصل لكونها كلام غير الخصم، واليمين كالخلف عليها لكونها كلام الخصم، فلهذا لو أقام البيينة ثم أراد استحلاف المدعي عليه ليس له ذلك، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف. لقوله عليه الصلاة والسلام للمدعي: "ألك بيينة؟ فقال لا، فقال: لك يمينه". بدائع الصنائع: ٢٢٦/٦، وانظر: فتح القدير: ١٧٩/٨.

رُوي^١ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُمَا قَالَا: يُحْلَفُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَأَحَالَهُ عَلَى غَيْرِهِ، ثُمَّ جَاءَ رَجُلٌ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ ذَلِكَ الدَّيْنَ كَانَ لِي، وَهَذَا الرَّجُلُ كَانَ وَكِيلاً لِي بِبَيْعِ شَيْءٍ، فَإِنَّ الْحَوَالَةَ جَائِزَةٌ، وَهَذَا الَّذِي أَحَالَهُ ضَامِنٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ، وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي كِتَابِ الْبُيُوعِ^٣.

= والحديث أخرجه البخاري ومسلم في "القضاء" عن وائل بن حجر قال: "جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ، فقال الحضرمي: "يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي"، فقال الكندي: "هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق" فقال للحضرمي: "ألك بينة؟" قال: لا، قال: "فلك يمينه". الحديث. ر: نصب الرأية: ٩٤ / ٤.

^١: في ب: وروي.

^٢: لكن ذكر في الهداية أن محمداً مع أبي يوسف فيما ذكره الخصاف، ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي. ر: الهداية مع فتح القدير: ١٧٩ / ٨.

^٣: وجه قولها: أَنَّ اليمين حجة المدعي كالبيّنة، لقوله عليه الصلاة والسلام: "البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر" ولهذا لا تجب إلا عند طلبه، وللمدعي هنا غرض صحيح في الاستحلاف، في قصر المسافة والمؤنة عليه بإقرار المدعي عليه أو بنكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له حق اليمين، وكان له ولاية استيفاء أيها شاء. ر: بدائع الصنائع: ٢٢٦ / ٦، فتح القدير: ١٧٨ / ٨.

والحديث الذي استشهدا به أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الدعوى والبيّنات، باب البيّنة على المدعي، واليمين على المدعي عليه (٢١٢٠٠) عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن البيّنة على الطالب، واليمين على المطلوب". وفي البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الزاهن والمرتهن ونحوه، فالبيّنة على المدعي، واليمين على المدعي عليه (٢٣٧٩) «إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» وفي مسلم، كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعي عليه (١٧١١) بلفظ: "ولكن اليمين على المدعي عليه"، وفي الصحيحين: البخاري، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الزاهن والمرتهن ونحوه، فالبيّنة على المدعي، واليمين على المدعي عليه (٢٣٨٠)، مسلم، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار (٢٢١): "شاهدك أو يمينه". ر: نصب الرأية: ٩٥-٩٦، كشف الخفاء: ٣٣١ / ١.

^٤: في ب: ثم إن رجلاً أقام.

^٥: في ب: وكان هذا الرجل لي وكيلاً.

^٦: في ب: الاختلاف الذي كان في البيوع.

أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْبَيْعِ عِنْدَهُمَا فِي نَفْذِ تَصَرُّفِهِ فِي الثَّمَنِ بِمَنْزِلَةِ الْعَاقِدِ لِنَفْسِهِ، وَيُضْمَنُ لِلْمَوْكَلِّ. المبسوط للرخسي: ٩٨ / ٢٠ =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا بَاعَ الرَّجُلُ عَبْدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، ثُمَّ إِنَّ الْبَائِعَ أَحَالَ غَرِيماً عَلَى [١٢٥/أ] الْمُشْتَرِي، ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْعَبْدُ أَوْ وَجَدَ حُرّاً، بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ بِالِاتِّفَاقِ^٢.

وَلَوْ لَمْ يَسْتَحِقَّ وَلَكِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْباً فَرَدَّهُ أَوْ رَدَّ بِخِيَارِ الرُّوْيَةِ، لَا تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣. وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ بَطَلَتِ الْحَوَالَةُ^٤.

= وقد ذكر تعليل ذلك في كتاب البيوع، باب الوكالة في السلم، في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه، فأبو يوسف يقول: أستحسن ذلك وأدع القياس فيه.

قال محمد بن مقاتل: وهذا عجب من أبي يوسف يقول: "أستحسن"، والقياس ما قاله، لأن الثمن ملك الموكل فإنه بدل ملكه، وإنما يملك البديل بملك الأصل، فالوكيل تصرف في ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه، ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به أن الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن إلا بالخلاف، والدليل على أنه ملك الموكل أن الموكل لو كان هو الذي أبرأه عنه صح، ولو قبضه جاز قبضه، وكذلك لو اشترى به شيئاً أو صالح منه على عين بالثمن صح.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أن الوكيل تصرف في خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه، وإنما يخلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه، والمال هو المقبوض دون الدين، والدين ليس بهال، فعرفنا أن القبض خالص حقه فيصح إسقاطه بالإبراء، ثم يتعدى هذا التصرف إلى إبطال حق الموكل في المال باعتبار المال، لأنه لو قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك بإسقاطه فيكون ضامناً له، كالراهن إذا أعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفة حقه، ويضمن قيمة المالية للمرتن، لأنه أتلفه بتصرفه في ملك المالية. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٠٦/١٢-٢٠٧.

١: في ب: رجل.

٢: في ب: "غريباً له".

٣: لأنه ظهر أنه أحال عليه بهال ولا مال. المبسوط للسرخسي: ٨٧/٢٠.

٤: في ب: لم.

٥: وجه قولهم: أن الحوالة لما صححت مقيدة بهال واجب عنده، ولم يتبين أنه لم يكن واجباً، أو بطل إنما يبطل ببطلانه أن لو كان له تعلّق بالدين بها، أمّا من حيث الوجوب فلا يشكل، لأن تعلّق الدين بالذمة لا بالدين، ولا تتعلّق به استيفاء، لأن تعلّق به استيفاء إنما يستقيم إذا كان قابلاً للاستيفاء، والدين لا يقبل استيفاء دين آخر منه إلا بعد خروجه، فقبل خروجه منه لم يكن لدين الحوالة تعلّق به بوجه من الوجوه، فصار كالحوالة المطلقة في حالة البقاء فلا تبطل ببطلانه. المبسوط للسرخسي: ٨٧/٢٠.

٦: في ب: وقال.

٧: تبطل الحوالة عنده إذا كانت مقيدة. وجه قوله: أن الثمن الذي تقيّد به الحوالة بطل من الأصل لانفساخ العقد من الأصل، ولو ظهر بطلانه تبطل الحوالة، فكذا ذلك إذا بطل من الأصل. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧/٢٠.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ^١ فَأَحَالَ غَرِيماً لَهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ، ثُمَّ مَاتَ الْمُحِيلُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ كَثِيرٌ، فَإِنَّ الْمُحْتَالَ^٢ وَسَائِرَ غُرَمَاءِ الْمُحِيلِ فِي ذَلِكَ الدَّيْنِ الَّذِي عَلَى الْمَطْلُوبِ سَوَاءٌ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ^٤ الْمُحْتَالُ لَهُ أَوْلَى مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ^٥.

وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَانَ^٦ عَلَيْهِ دُيُونٌ، فَطَلَبَ الْغُرَمَاءُ مِنَ الْقَاضِي، حَتَّى حَبَسَ الْمَطْلُوبَ فَقَضَى بِتَقْلِيصِهِ^٧، ثُمَّ أَقَرَّ لِعَیْرِهِ بِدَيْنٍ، جَازَ إِقْرَارُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٨، وَالتَّفْلِيسُ لَيْسَ بِشَيْءٍ^٩. وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ^{١٠} لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ^{١١}.

^١: في ب: دين كثير.

^٢: في ب: المحتال له. وما في الأصل يوافق اللغة، وما في ب من استعمال الفقهاء، كما مرّ ذلك في بداية كتاب الكفالة.

^٣: في ب: سواء عندنا.

حجّة الجمهور: أنّ ما في ذمة المحتال عليه مال المحيل، لأنّه بعقد الحوالة لا يصير للمحتال له، لأنّ الدّين لا يقبل التّمليك من غير من عليه الدّين، ومتى كان باقياً على ملكه كان بين غرمائه بالخصص، لأنّه لا تعلّق لحقه بالدّين قبل الخروج، فصار هو وسائر غرمائه سواء، وإنّما منع المحيل من التّصرف فيه باعتبار عرصة الخروج، لأنّه لو خرج يكون المحتال له أحقّ بها. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧/٢٠.

^٤: في ب: وعند زفر.

^٥: لأنّه اختصّ به في حال حياته حتّى كان أحقّ به من المحيل، حتّى لو حجر المحيل عن استيفائه فيختصّ به بعد موته، بمنزلة المرتهن في حقّ الرّاهن. المرجع السابق.

^٦: سقط من ب "كان".

^٧: أن يحكم بعجزه عن الكسب فيجعله كالمريض مرض الموت. المبسوط للسرخسي: ٨٩/٢٠.

^٨: في ب: فإنّ إقراره جائز في قول أبي حنيفة.

^٩: في ب: وليس التّفليس بشيء.

^{١٠}: في ب: وفي قولها.

^{١١}: قول أبي يوسف مع أبي حنيفة، ثمّ رجع عن ذلك ووافق قول محمّد فقالا: تفلّيس القاضي إياه جائز، ولا يجوز إقراره بعد ذلك ولا بيعه ولا شراؤه ولا بشيء يضيفه في ماله، ما خلا العتق والطلاق والنكاح والإقرار بالسبب، فإنّنا ندع القياس فيه ونجوّزه. وأبو حنيفة لا يجوز التّفليس، لأنّه نوع حجر. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٩/٢٠.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ وَبِهِ كَفِيلٌ، فَقَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ: "أَبْرَأْتُكَ" بَرِئَ الْكَفِيلُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَطْلُوبِ^١.

وَلَوْ قَالَ لَهُ: "بَرِئْتَ إِلَيَّ" بَرِئَ الْكَفِيلُ، وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ^٢، وَهَذَانِ الْفَصْلَانِ بِالِاتِّفَاقِ^٣.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "بَرِئْتَ"، وَلَمْ يَقُلْ: "إِلَيَّ"، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَطْلُوبِ، وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ: "بَرِئْتَ إِلَيَّ"^٤.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَرْجِعُ، وَهُوَ مِثْلُ قَوْلِهِ: "أَبْرَأْتُكَ"^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَأَبْرَأَ الطَّالِبُ الْمَيِّتَ فَقَبِلَ^٦ الْوَرِثَةَ جَازًا، وَلَوْ^٧ رَدَّ الْوَرِثَةَ فَالِدَيْنِ عَلَى حَالِهِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٨. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ وَقَعَتِ الْبَرَاءَةُ^٩.

^١: في ب: ولا يرجع الكفيل على المطلوب بشيء.

لأنه أضاف الفعل إلى نفسه متعدياً إلى المطلوب، وذلك إنما يكون بإسقاط الدين عنه. المبسوط للسرخسي: ٩٢ / ٢٠.

^٢: سقطت كلمة "له" من ب.

^٣: لأنه أخبر عن البراءة بفعل متعدٍ من المطلوب والكفيل إلى الطالب، وذلك بفعل الأداء، لأن الإبراء متعدٍ من المطلوب إلى الطالب، وكذلك قوله: "قد دفعت إليّ المال" أو "نقدتني" أو "قبضته منك" وكذلك الحوالة. المبسوط للسرخسي: ٩١ / ٢٠.

^٤: سقطت عبارة: "وهذان الفصلان بالاتفاق" من ب.

^٥: فهذا إقرار بالقبض، لأنه وصفه بالبراءة، فينصرف إلى ذلك السبب المعهود، والسبب المعهود الإيفاء. المبسوط للسرخسي:

٩٢ / ٢٠. وهذه المسألة بفروعها في الجامع الصغير: ص / ٣٧٢-٣٧٣.

^٦: لأنه يحتتمل الوجهين، فالحمل على الأدنى أولى، لأن الحاجة إلى الرجوع على الأصيل لا تثبت بالشك. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٢ / ٢٠.

^٧: في ب: وقبل.

^٨: في ب: فإن.

^٩: وجه قول أبي يوسف: أن الدين قائم، وقد أخذ شيئاً بالأعيان بعد الموت لتعلقه بالتركة، فكان أقبل للتملك في هذه الحال، والملك بهذا التملك واقع لهم فيرتد بردهم، كما لو أضاف الإبراء إليهم تنصيماً. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٣ / ٢٠.

^{١٠}: وحجة محمد: أن هذا في حق الورثة إسقاط محض، لأنه لا دين عليهم حقيقة، إنما عليهم مجرد المطالبة، فأشبه الكفيل، ثم في حق الكفيل لا يرتد بالرد فكذا في حقهم. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٣ / ٢٠.

وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ قَذْفًا، وَطَلَبَهُ بِالْحَدِّ، أَوْ ادَّعَى قِصَاصًا فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ كَفِيلًا، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَهُ ذَلِكَ فِي قَوْلِهِمَا.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ قَذْفًا، وَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ بِمَحْضَرِ مَوْلَاهُ^١، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يُجْبَسُ الْعَبْدُ، وَيُؤْخَذُ مِنْ مَوْلَاهُ كَفِيلًا.

^١: في ب: وطالب.

^٢: في ب: القصاص.

^٣: كذا، الصواب: فليس.

^٤: لأبي حنيفة: أن تسليم النفس هنا لمقصود لا تصحّ الكفالة به، وهو الحدّ والقصاص، فلا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفس فيهما، بخلاف المال، وهذا لأنّ العقوبات تدرأ بالشبهات، فلا ينبغي للقاضي أن يسلك فيها طريق الاحتياط بالإجبار على إعطاء الكفيل بالنفس، لأنّ ذلك يرجع إلى الاستيثاق وهو ضدّ موضوع العقوبات، ولكن السبيل أن يقول له: "الزمه ما بينك وبين قيامي" فإن أحضر البيّنة قبل أن يقوم القاضي وإلا خلى سبيله. المبسوط للسرخسي: ١٠٣/٢٠-١٠٤. واختار قول الإمام النسفي والمجوي وغيرهما. ر: اللّباب: ص/٣١٧.

^٥: في ب: عندهما.

لأنّ تسليم النفس مستحقّ على الأصل الطّالب في هذا الموضع فتصحّ الكفالة به، كما في دعوى المال، وهذا لأنّ تسليم النفس تجري فيه النيابة، فالكفيل إنّما يلتزم ما يقدر على إيفائه. المبسوط للسرخسي: ١٠٣/٢٠. والمسألة في الجامع الصّغير: ص/٣٦٩.

^٦: في ب: وإذا.

^٧: في ب: فأقام البيّنة.

^٨: في ب: بمحضر من مولا.

^٩: في ب: "كفيل". وكلاهما صواب. أمّا على رواية ب فلائّه نائب فاعل، وأمّا على رواية الأصل بناء على مذهب بعض النّحاة، ومنهم الأخفش، بجعل الجار والمجرور نائب فاعل. ر: شرح القطر: ص/٢٥٤-٢٥٥، شرح ابن عقيل: ١/٤٦٢-٤٦٣.

عند أبي حنيفة لا يجبر على إعطاء الكفيل بالنفس قبل إقامة البيّنة، ولكن يصار فيه إلى الملازمة، ولا بدّ من حضرة المولى عنده لإقامة البيّنة، فيكون للمدّعي أن يلازمها، وبعد إقامة البيّنة يجبس العبد تعزيراً، كما يجبس الحرّ إذا قامت البيّنة عليه بالقذف، ويؤخذ من مولاة كفيل، لأنّه لا بدّ من حضرة المولى لإقامة الحدّ، ولا سبيل إلى حبسه، لأنّه ما ارتكب حراماً فيؤخذ منه كفيل نظراً للمدّعي، لأنّه ليس في أخذ الكفيل من المولى هنا توثّق بحدّ عليه، إذ لا حدّ على المولى. المبسوط للسرخسي: ١٠٦/٢٠.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يُؤْخَذُ مِنَ الْعَبْدِ كَفِيلًا^١، وَلَا يُؤْخَذُ [١٢٥/ب] مِنْ مَوْلَاهُ^٢.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُؤْخَذُ مِنَ الْمَوْلَى وَمِنَ الْعَبْدِ الْكَفِيلُ^٣.

وَقَالَ فِي الْكِتَابِ: وَكَذَلِكَ قَالَ مُحَمَّدٌ، يَعْنِي فِيهِمَا^٤، أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنَ الْمَوْلَى الْكَفِيلُ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ،

وَلَكِنْ يُخَالَفُهُ فِي نَفْسِ الْعَبْدِ وَيَقُولُ: يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ أَيْضًا.

^١: يصحّ هذا على مذهب بعض النحاة. ر: الصّفحة السّابقة.

^٢: على قول أبي يوسف: لا يأخذ الكفيلين بنفس المولى، لأنّه لا حاجة إلى حضوره في إقامته الحدّ، ويؤخذ الكفيل بنفس العبد، ولا يحبس قبل إقامة البيّنة ولا بعدها قبل ظهور عدالة الشّهود، لأنّ هذا بمنزلة المال عنده في حكم الكفالة بالنّفس. المبسوط للسرّحسي: ١٠٥/٢٠-١٠٦.

^٣: في ب: يؤخذ الكفيل من المولى ومن العبد.

وحجّة محمد كحجّة أبي يوسف، إلّا أنّه قال: يؤخذ الكفيل بنفس المولى، لأنّه لا بدّ من حضرة المولى لإقامة الحدّ على العبد عنده. ر: المرجع السّابق.

^٤: المقصود بـ "الكتاب": الأصل (المبسوط) لمحمد بن الحسن الشّيبانيّ.

قال حاجي خليفة عن كتاب المبسوط: ألفه مفرداً، ألف مسائل الصّلاة وسنّاه: (كتاب الصّلاة)، ومسائل البيوع وسنّاه: (كتاب البيوع)، وهكذا: الأيمان، والإكراه...، ثمّ جمعت فصارت مبسوطاً، وهو المراد حيث ما وقع في الكتب: قال محمد في كتاب فلان (المبسوط) كذا. ر: كشف الظّنون: ١٥٨١/٢.

^٥: في ب: قول.

^٦: في ب: فيها.

^٧: في ب: موله.

^٨: في ب: من العبد.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرِكْ شَيْئًا، فَكَفَلَ إِنْسَانٌ عَنِ الْمَيِّتِ بِدَيْنِ الطَّالِبِ^١، لَمْ يَجْزِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِذْ^٢ لَمْ تَكُنْ لَهُ تَرِكَةٌ^٣، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٤.

^١: في ب: ولم يترك شيئاً وعليه دين.

^٢: في ب: فكفل إنسان بالدين على الطالب.

^٣: في ب: إذا.

^٤: سقط من ب: له.

^٥: وجه قول أبي حنيفة: أَنَّ الْحَقَّ قَدْ تَوَى، وَإِنَّمَا تَصَحَّ الْكَفَالَةُ بِالْقَائِمِ مِنَ الدَّيْنِ دُونَ التَّأْوِي (الهالك)، وَلَا يَتَصَوَّرُ قِيَامُ الْحَقِّ بَدُونَ مُحَلٍّ، وَمَحَلُّ الدَّيْنِ الذِّمَّةُ، وَقَدْ خَرَجَتْ ذِمَّتُهُ بِمَوْتِهِ مِنْ أَنْ يَكُونَ مُحَلًّا صَالِحًا لَوْ جُوبَ الْحَقِّ فِيهَا، وَتَمَامُهُ بِالْإِلْزَامِ الْمَذْكُورِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَلْعَهُ فِي عُنُقِهِ﴾ [الإسراء/ ١٣]، وَذَلِكَ بِاعْتِبَارِ صِفَةِ الْحَيَاةِ قَبْلَهُ، فَأَمَّا بِالْمَوْتِ فَخَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلتَّزَامِ شَيْءٌ مِنَ الْحَقُوقِ فِي أَحْكَامِ الدُّنْيَا، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ ذِمَّةٌ صَالِحَةٌ تَكُونُ مُحَلًّا لِلْحَقِّ، وَلَكِنَّهُ فِي أَحْكَامِ الْآخِرَةِ مَعَدٌّ لِلْحَيَاةِ فَتَبْقَى الذِّمَّةُ فِي أَحْكَامِ الْآخِرَةِ وَهَذَا كَانَ مُؤَاخَذًا بِهِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٠٩/٢٠.

^٦: في ب: وفي قولهما يجوز.

لهما: ما روي "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِجَنَازَةِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ لِيَصَلِّيَ عَلَيْهِ فَقَالَ ﷺ: "هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ" فَقَالُوا: "نَعَمْ، دَرَهْمَانِ أَوْ دِينَارَانِ" فَقَالَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَامُهُ: "صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ"، فَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: "هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ" فَصَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ "فَلَوْ لَمْ تَصَحَّ الْكَفَالَةُ عَنِ الْمَيِّتِ الْمَفْلَسِ لَمَا صَلَّى عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَعْدَ الْكَفَالَةِ.

وَلَأَنَّ الدَّيْنَ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ فِي حَالِ حَيَاتِهِ فَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِإِبْرَاءٍ أَوْ انْفِسَاخٍ سَبَبِ الْوَجُوبِ، وَبِالْمَوْتِ لَا يَتَحَقَّقُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، فَهُوَ مُؤَاخَذٌ بِهِ فِي الْآخِرَةِ مَطْلُوبٌ بِهِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ إِنْسَانٌ بِقَضَائِهِ جَازَ التَّبَرُّعُ، إِلَّا أَنَّهُ تَعَدَّرَتْ مَطَالِبَتُهُ بِهِ فِي الدُّنْيَا بِمَوْتِهِ وَهَذَا لَا يَخْرُجُ الْحَقُّ مِنْ أَنْ يَكُونَ مَطْلُوبًا فِي نَفْسِهِ، كَمَا لَوْ أَفْلَسَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ. ر: المرجع السابق.

وَالْحَدِيثُ الَّذِي اسْتَدَلَّ بِهِ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، كِتَابُ الْخَوَالِاتِ، بَابُ إِنْ أَحَالَ دِينَ الْمَيِّتِ عَلَى رَجُلٍ جَازَ، رَقْمٌ: (٢١٦٨) بِلَفْظٍ: "كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ إِذْ أَتَى بِجَنَازَةٍ فَقَالُوا: "صَلِّ عَلَيْهَا" فَقَالَ: "هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟" قَالُوا: "لَا" قَالَ: "فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟" قَالُوا: "لَا" فَصَلَّى عَلَيْهِ. ثُمَّ أَتَى بِجَنَازَةٍ أُخْرَى فَقَالُوا: "يَا رَسُولَ اللَّهِ، صَلِّ عَلَيْهَا" قَالَ: "هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟" قِيلَ: "نَعَمْ" قَالَ: "فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟" قَالُوا: "ثَلَاثَةُ دَنَانِيرٍ" فَصَلَّى عَلَيْهَا. ثُمَّ أَتَى بِالثَّلَاثَةِ فَقَالُوا: "صَلِّ عَلَيْهَا" قَالَ: "هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟" قَالُوا: "لَا" قَالَ: "فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟" قَالُوا: "ثَلَاثَةُ دَنَانِيرٍ" قَالَ: "صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ" قَالَ أَبُو قَتَادَةَ: "صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دِينُهُ، فَصَلَّى عَلَيْهِ".

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ كَفَالَتهُ بِنَفْسِ رَجُلٍ، وَأَنْكَرَ الْكَفِيلُ، فَإِنَّ الْقَاضِيَ يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ: "مَا لَهُ قَبْلَكَ" هَذِهِ الْكَفَالَةُ"، وَلَا يُحْلِفُهُ^٢ مَا كَفَلْتُ لَهُ^١.

قَالَ: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ قَالَ: يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا كَفَلْتُ^٣.

وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى بِالْقَرْضِ^٤ يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا اسْتَقْرَضَ^٥، إِلَّا أَنْ يَعْرِضَ^٦ الْمَطْلُوبُ، فَيَقُولَ لِلْقَاضِي: "قَدْ يَكُونُ لِلرَّجُلِ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ، ثُمَّ قَدْ يُخْرِجُ" بِأَسْبَابٍ"، فَحِينَئِذٍ يُحْلِفُهُ بِاللَّهِ مَا لَهُ قَبْلَكَ^٧.

^١: في ب: ما قبلك.

^٢: في ب: ولا يحلفه بالله.

^٣: لأنَّ الإنسان قد يكفل لغيره ثم يبرأ من كفالته بسبب، فلو حلفه القاضي "ما كفل" يضر به، لأنَّه لا يمكنه أن يحلف، وإن كان هو محقاً في إنكاره الكفالة في الحال، والقاضي مأمور بالنظر للخصمين، فلهذا يحلفه بالله "ما له قبلك هذه الكفالة" المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢٠.

^٤: سقطت "قال" من ب.

^٥: في ب: أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

^٦: في ب: وقال.

^٧: لأنَّه إنَّما يستحلف على جحوده، وقد جحد الكفالة أصلاً فيحلف على ذلك، فإذا عرض المدعى عليه فقال: "أبى القاضي، قد يكفل الإنسان ثم يبرأ منه" فلا يلزمه شيء، فأما إذا لم يشتغل بهذا التعريض فإنه يحلف بالله ما كفلت، فإذا عرض فقد طلب من القاضي أن ينظر له، فعلى القاضي إجابته إلى ذلك، وإن لم يعرض فهو الذي لم ينظر لنفسه فلا ينظر القاضي له، ولكنَّه يحلفه على جحوده، وقال في ظاهر الرواية: هذا التعريض لا يهتدي إليه كلَّ خصم، وعلى القاضي أن يصون قضاء نفسه عن الجور، ونفسه عن الظلم فيحلفه على ما بينا عرض الخصم أو لم يعرض. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٩/٢٠.

^٨: في ب: في القرض.

^٩: في ب: استقرضت. وهي أولى.

^{١٠}: كلمة "يعرض" ساقطة من ب، ومكانها بياض.

^{١١}: في ب: فيخرج عنه.

^{١٢}: في ب: ما له قبلك هذا الحق. وهو أولى. =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ قَدْ كَفَلَ^١ عَنْ فُلَانٍ بِأَمْرِهِ، فَأَنْكَرَ الْكَفِيلُ، فَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ وَأَخَذَ مِنْهُ الْمَالَ^٢، كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَطْلُوبِ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْمَطْلُوبِ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ قَدْ أَنْكَرَ فِي أَوَّلِ الْأَمْرِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَفَلَ عَنْ رَجُلٍ إِلَى سَنَةٍ، فَمَاتَ الْكَفِيلُ، حَلَّ مَا عَلَيْهِ، وَلِلطَّالِبِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ حَالًا^٥، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ وَرَثَتُهُ عَلَى الْمَطْلُوبِ إِلَى سَنَةٍ^٦ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٧.

= وهذا على قول أبي يوسف أنه يحلف على السبب في هذه الصورة المذكورة، إلا عند تعريض المدعى عليه فحينئذ يحلف على الحاصل. قال وذكر شمس الأئمة الحلواني رواية أخرى عن أبي يوسف: أن المدعى عليه لو أنكر السبب يحلف على السبب، ولو قال: "ما علي ما يدعيه" يحلف على الحاصل، نقلاً عن قاضيخان، وقال: وهذا أحسن الأقاويل عندي وعليه أكثر القضاة. قال ابن عابدين: وكذا في مختارات النوازل لصاحب الهداية. ر: حاشية ابن عابدين: ٥/٥٥٦، الفتاوى الهندية: ١٨/٤.

^١: في ب: أنه كفَلَ.

^٢: سقطت "المال" من ب.

^٣: أما إذا كانت الكفالة بغير أمره فيقضى على الكفيل خاصة، وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران، فالكفالة بأمر تبرّع ابتداء ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرّع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضي بها بالأمر ثبت أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه، لأنه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أذى على الأمر. ر: فتح القدير: ٧/١٩٨ وما بعدها.

^٤: وعلى قول زفر لا يرجع، لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ونحن نقول صار مكذباً شرعاً فبطل ما زعمه. ر: المرجع السابق.

^٥: سقط من ب "حالا".

^٦: في ب: ولا.

^٧: في ب: إلى المطلوب إلا بعد أن يحل الأجل.

^٨: فإنهم يقولون بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل مؤجلاً، والأصيل باق منتفع بالأجل، فكما بقي المال مؤجلاً في حق الطالب بعد موت الكفيل فكذلك في حق الكفيل للطالب قبل حل الأجل، فإنه لا يرجع على الأصيل حتى يحل الأجل فهذا مثله. المبسوط للسرخسي: ٩٨/٢٠.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يَرْجِعُ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ^١.

^١ : لأنهم أدّوا ديناً عليه بعد توجّه المطالبة فيه شرعاً بحكم الكفالة عنه بأمره فيرجعون إليه، وهذا لأنّ الكفيل يصير بمنزلة المقرض لما أدى عن الأصيل فيستوجب الرجوع به عليه في الحال، إلا إذا قصد إثبات حق الرجوع لنفسه بتعجيله قبل حلّ الأجل ولم يوجد، إذا كان سقوط الأجل حكماً لموته. المرجع السابق.

كِتَابُ الْوَكَالَةِ^١

^١ : في أسماء الله تعالى "الوكيل" هو المقيم الكفيل بأرزاق العباد، وحقيقته أنه يستقل بأمر الموكل إليه. وفي التنزيل العزيز: ﴿أَلَا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلاً﴾ الإسراء/ ٢، قال أبو إسحق: الوكيل في صفة الله تعالى: الذي توكل بالقيام بجميع ما خلق. وكل بالله وتوكل عليه واتكل: استسلم إليه، يقال: توكل بالأمر إذا ضمن القيام به، ووكلت أمري إلى فلان أي أُلجأته إليه واعتمدت فيه عليه، ووكل فلان فلاناً إذا استكفاه أمره ثقة بكفائته أو عجزاً عن القيام بأمر نفسه، ووكل إليه الأمر سلّمه، ووكله إلى رأيه وكلاً ووكولاً تركه.

ويقال: قد اتكل عليك فلان وأوكل عليك فلان بمعنى واحد، ويقال: قد أوكلت على أخيك العمل أي خلّيته كلّ، ورجل وكّله إذا كان يكل أمره إلى الناس، وواكلت فلاناً مواكلة إذا اتكلت عليه واتكل هو عليك.

والوكيل: الجريء، وقد يكون الوكيل للجمع وكذلك الأثنى، وقد وكّله على الأمر. والاسم: الوكالة والوكالة. ووكيل الرجل: الذي يقوم بأمره، سمّي وكيلاً لأنّ موكله قد وكل إليه القيام بأمره، فهو موكل إليه الأمر، والوكيل على هذا القول فعيل بمعنى مفعول، يقال: وكّلته بأمر كذا توكيلاً. جمع وكيل: وكلاء.

التوكيل: أن تعتمد على غيرك، وتجعله نائباً عنك.

في الشرع: إقامة الشخص غيره مقام نفسه مطلقاً أو مقيداً.

في المجلة (م ١٤٤٩): تفويض أحد أمره إلى آخر وإقامته مقامه. ويقال لذلك الشخص: موكل. ولمن أقامه مقامه: وكيل، ولذلك الأمر: موكل به.

ودليل مشروعية هذا العقد الكتاب والسنة: أمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَاَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ الكهف/ ١٩، وهذا كان توكيلاً.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ «أنه وكلّ حكيم بن حزام بشراء الأضحية» [أخرجه أبو داود، باب في المضارب يخالف (٣٣٨٦)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ (١٢٥٧)، وقال: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبیب ابن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام] وبه وكلّ عروة البارقي، فلما سأل رسول الله ﷺ شيئاً أعطاه علامة وقال: "انت وكيلي بخير ليعطيك ما سألتني بهذه العلامة" [أخرجه أبو داود، باب في المضارب يخالف (٣٣٨٤)، ابن ماجه، باب الأمين يتجر به ويربح (٢٤٠٢)، والترمذي، كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ (١٢٥٨)، أحمد في مسنده (١٩٣٧٥) والحديث ليس بالثابت، لما في إسناده من إرسال، وهو أن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة البارقي إنما سمعه من الحيي يخبرونه عنه. ر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١٧٤/٢، السنن الكبرى للبيهقي: ١١٣/٦]

وفي هذا جواز التوكيل بالاتفاق. ر: لسان العرب: ١١/٧٣٤، معجم لغة الفقهاء: ص/٥٠٩، القاموس الفقهي: ص/٣٨٧، مجلة الأحكام العدلية: ص/٢٨٠، المبسوط للسرخسي: ١٩/٢.

مَسْأَلَةٌ: إِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ، فَأَقَرَّ الْوَكِيلُ^١ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي، لَا يَجُوزُ^٢ إِقْرَارُهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَيَجُوزُ عَلَى نَفْسِهِ بِإِبْطَالِ الْخُصُومَةِ^٣.

وَأِنْ أَقَرَّ عِنْدَ الْقَاضِي يَجُوزُ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى الْمُوَكَّلِ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَ مُحَمَّدٍ^٤.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ [١٢٦/أ] الْأَوَّلِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْقَاضِي وَلَا عِنْدَ غَيْرِهِ^٥، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^٦.

وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ يَجُوزُ عِنْدَ الْقَاضِي وَعِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي^٧.

^١ في ب: وإذا.

^٢ في ب: فأقر الوكيل على الموكل.

^٣ في ب: لم يجز.

^٤ في ب: بإبطال حقه.

^٥ في ب: وإذا.

^٦ وجه قولهما: ترك حقيقة الخصومة، وجعل هذا توكيلاً مجازاً بالجواب، والإقرار جواب تام، وحمله على هذا المجاز لأن توكيله يصح شرعاً بما يملكه الموكل بنفسه، والذي يتيقن به أنه مملك للموكل الجواب لا الإنكار، فإنه إذا عرف المدعي محققاً لا يملك الإنكار شرعاً، وتوكيله فيما لا يملك لا يجوز شرعاً، والديانة تمنعه من قصد ذلك، فلهذا حملناه على هذا النوع من المجاز، وسمي الجواب خصومة مجازاً إذا حصل في مجلس القضاء، لأنه لما ترتب على خصومة الآخر إياه سمي باسمه، ولأن مجلس الحكم الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازاً، وهذا لا يوجد في غير مجلس القضاء، ولأنه إنما استعان بالوكيل فيما يعجز عن مباشرته بنفسه، وذلك فيما يستحق عليه، والمستحق عليه إنما هو الجواب في مجلس الحكم. قال في اللباب: "قال في التصحيح: قال الإسيبيجي: والصحيح قولهما". ر: المبسوط للسرخسي: ٥/١٩.

^٧ في ب: لا يجوز إقراره سواء كان عند.

^٨ في ب: أو عند غير القاضي.

^٩ وهذا القول هو القياس، وجهه: أنه وكله بالخصومة، والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة، والإقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسألة والموافقة، وكان ضد ما أمر به، والتوكيل بالشيء لا يتضمن ضده. ر: المبسوط للسرخسي: ٥/١٩.

^{١٠} وجه هذا القول: أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه مطلقاً فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكا له، والموكل مالك للإقرار بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فكذلك الوكيل، وهذا لأنه إنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء إليه، كالبينة واليمين، فأما الإقرار فهو موجب للحق بنفسه سواء حصل من الوكيل أو من الموكل، فمجلس القضاء فيه وغير مجلس القضاء سواء. المبسوط للسرخسي: ٥/١٩. والمسألة في الأصل: ٥٤٢/٤، الجامع الصغير: ص/٤٠٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ فِي دَارٍ يَدْعِي فِيهَا دَعْوَى^١ ثُمَّ عَزَلَهُ، ثُمَّ جَاءَ الْوَكِيلُ يَشْهَدُ لِلْمُوكَّلِ بِتِلْكَ الدَّارِ، فَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ قَدْ خَاصَمَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ تَحْزُ شَهَادَتُهُ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُخَاصِمْ جَازَتْ شَهَادَتُهُ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ^٢.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخَرِ لَا يَجُوزُ فِي كُلِّ حَالٍ^٣، وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ كَاِخْتِلَافِ الْأَوَّلِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِالْخُصُومَةِ فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا تَجُوزُ وَكَأَلْتُهُ إِلَّا بِأَحَدِ أَشْيَاءَ ثَلَاثَةٍ^٥: أَنْ يَكُونَ مَرِيضًا، أَوْ غَائِبًا غَيْبَةً سَفَرٍ^٦، أَوْ يَرْضَى^٧ الْخَصْمَ. وَيَسْتَوِي فِيهِ الرَّجَالُ وَالنِّسَاءُ^٨.

^١: في ب: الرجل.

^٢: سقط من ب: دعوى.

^٣: إذ عندهما إنما يصير خصماً إذا خاصم في مجلس القاضي فكذلك يخرج من أن يكون شاهداً إذا خاصم في مجلس القاضي لا قبل ذلك. المبسوط للسرخسي: ٦/١٩.

وليلاحظ أن في نسخة المبسوط التي بين يديّ [فإن كان الوكيل قد خاصم إلى القاضي جازت شهادته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله] ولعلّ قوله: "جازت شهادته" خطأ يدلّ عليه ما ذكر في تعليل قولهما.

^٤: في ب: على حال.

^٥: في ب: فرع الاختلاف.

^٦: وهو بناء على ما ذكر في المسألة السابقة أن عند أبي يوسف رحمه الله بتعيينه للوكيل صار خصماً قائماً مقام الموكل، ولهذا جاز إقراره فيخرج من أن يكون شاهداً بنفس التوكيل. ر: المبسوط للسرخسي: ٦/١٩.

^٧: في ب: فإنه لا يجوز إلا بأحد أشياء ثلاثة.

^٨: في ب: أن يكون غائباً غيبة سفر، أو يكون مريضاً.

^٩: في ب: برضى.

^{١٠}: في ب: وهذا في قول أبي حنيفة.

وجه قوله: أنه بهذا التوكيل قصد الإضرار بخصمه فيما هو مستحقّ عليه فلا يملكه إلا برضاه كالحوالة بالدين. ومعنى هذا الكلام: أن الحضور والجواب مستحقّ عليه بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه، وإنما يحضره لإيفاء حقّ مستحقّ عليه، والناس يتفاوتون في هذا الجواب، فربّ إنكار يكون أشدّ دفعاً للمدعي من إنكار، والظاهر أن الموكل إنما يطلب من الوكيل ذلك الأشدّ الذي لا يتأتّى منه لو أجاب الخصم بنفسه وفيه إضرار بالخصم. =

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ تَجُوزُ الْوَكَالَةُ، وَالرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ سَوَاءٌ.^١

وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ مَرَّةً يَجُوزُ مِنَ النِّسَاءِ، وَلَا يَجُوزُ مِنَ الرِّجَالِ.^٢

وَفِي قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى يَجُوزُ مِنَ الْمَرْأَةِ الْبَكْرِ، وَلَا يَجُوزُ مِنَ الشَّيْبِ وَلَا مِنَ الرَّجُلِ.^٣

= ولا يشترط رضا الخصم في التوكيل عند غيبة الموكل أو مرضه، لأنه ليس للخصم حق المطالبة بإحضار الموكل، فلا يكون في التوكيل إسقاط حق مستحق عليه، وهو نظير شهادة الفروع على شهادة الأصول فإنها تصح عند مرض الأصول وغيبتهم مدة السفر، ولا تصح عند حضورهم، لاستحقاق الحضور بأنفسهم للأداء في هذه الحال. ر: المبسوط (الأصل): ٥٤١-٥٤٢، المبسوط للسرخسي: ١٩/٧-٨.

١: في ب: وفي قولها.

٢: في ب: فيه سواء.

لها: أن التوكيل حصل بها هو من خالص حق الموكل فيكون صحيحاً ولو بغير رضا الخصم، وقد وكله بالجواب الذي هو إنكار، والتوكيل بالإقرار صحيح، والإنكار خالص حق الموكل، لأن به يدفع الخصم عن نفسه، فهو إنكار وكله بها هو من خالص حقه. قال صاحب اللباب: "وبه أخذ أبو القاسم الصفار وأبو الليث، وفي فتاوى العتايي أنه المختار، وفي مختارات النوازل لصاحب الهداية: والمختار في هذه المسألة أن القاضي إذا علم التعتن من الأبى يقبل توكيله من غير رضاه، وإذا علم أن الموكل قصد إضرار خصمه لا يقبل، اهـ. ومثله في قاضيخان عن شمس الأئمة السرخسي وشمس الأئمة الحلواني، وفي الحقائق: وإليه مال الأوزجندي، كذا في التصحيح ملخصاً. وفي الدرر: وعليه فتوى المتأخرين". المبسوط للسرخسي: ١٩/٧، اللباب: ص/٣٠٦.

٣: في ب: مرة يقول.

٤: حجة أبي يوسف في هذا القول: أن المرأة التي ليست معتادة مخالطة الرجال فإنها لا تتمكن من هذا الجواب إذا حضرت مجلس الحكم، فإن حشمة القضاء تمنعها من ذلك، وإذا كان المقصود لا يحصل بحضورها جاز لها أن توكل. المبسوط للسرخسي: ١٩/٨. °: وجه قوله: أن المقصود بإحضار البكر لا يحصل لأنها تستحي فتسكت، والشرع مكنتها من ذلك فجاز لها أن توكل بغير رضا الخصم. المرجع السابق.

والمختار من هذه الأقوال: أن القاضي إذا علم من المدعي التعتن في إباء الوكيل لا يمكنه من ذلك، ويقبل التوكيل من الخصم، وإذا علم من الموكل قصد الإضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم، فيصير إلى دفع الضرر من الجانبين. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ فَأَيُّهُمَا مَا حَضَرَ فَهُوَ خَصَمٌ، وَهُوَ قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^١.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يُخَاصِمَ إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْآخَرِ^٢.

^١: في ب: وهذا.

^٢: لهم: أنه لو حضر لم يخاصم إلا أحدهما، لأنها لو تكلمتا معاً لم يتمكن القاضي من أن يفهم كلامهما، فلما وكلهما بالخصومة مع علمه أن اجتماعهما عليها متعذر فقد صار راضياً بخصومة أحدهما، بخلاف الوكيلين بالبيع. المبسوط للسرخسي: ١٩/١١. والمسألة في الأصل: ٤/٥٤٢، الجامع الصغير: ص/٤٠٧.

^٣: لأن الخصومة يحتاج فيها إلى الرأي، ورأي المثنى لا يكون كراي الواحد، فرضاه برأيها لا يكون رضاً برأي أحدهما، كالوكيلين بالبيع. المبسوط للسرخسي: ١٩/١١.

مَسْأَلَةٌ: الْوَكِيلُ إِذَا ذَهَبَ عَقْلُهُ وَجُنَّ جُنُونًا مُطَبَّقًا خَرَجَ الْوَكِيلُ مِنَ الْوَكَالَةِ^١، وَإِنْ كَانَ الْجُنُونُ قَلِيلًا فَالْوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ^٢.

وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: مِقْدَارُ الْجُنُونِ الْمُطَبَّقِ شَهْرٌ أَوْ أَكْثَرُ^٣.

^١: في ب: الموكل. وهو الصواب. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٢.

أما إذا ذهب عقل الوكيل ثم رجع إليه عقله فهو على وكرالته، لأنّه لم يوجد ما ينافي الوكرالة، ولكنّه في حال الجنون عاجز عن التصرف، فإذا زال ذلك صار كأن لم يكن فهو على وكرالته. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/٦٩.

^٢: بالباء المكسورة: أي دائماً، ومنه "الحمى المطبقة": أي الدائمة التي لا تفارق ليلاً ولا نهاراً. وقيل مطبقاً: أي مستوعباً، من أطبق الغيم السماء: إذا استوعبها.

والعامّة تفتح الباء على معنى أطبق الله تعالى عليه الحمى والجنون: أدامها، كما يقال: أحّمه الله وأجنّته: أي أصابه بهما. وعلى هذا فالأصل "مطبق عليه" فحذفت تخفيفاً، ويكون الفعل ممّا استعمل لازماً ومتعدياً.

وما ذكره محمول على ما إذا كانت الوكرالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل في كلّ ساعة وزمان، كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب، وأما إذا كانت الوكرالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل، كالعدل إذا سلّط على بيع الرهن، وكان التسلّيط مشروطاً في عقد الرهن، فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وإن كان الجنون مطبقاً، وهذا لأنّ الوكرالة إذا كانت غير لازمة يكون لبقائها حكم الإنشاء، ولو أنشأ الموكل الوكرالة بعدما جنّ جنوناً مطبقاً لا يصحّ، فكذا لا تبقى الوكرالة إذا صار الموكل بهذه الصفة. وأما إذا كانت الوكرالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكرالة حكم الإنشاء، وكان الوكيل في هذه الوكرالة بمنزلة المالك من حيث إنّه لا يملك الموكل عزله. ومن ملك شيئاً من جهة أخرى ثم جنّ المملّك فإنّه لا يبطل ملكه، كما لو ملك عيناً، فكذا إذا ملك التصرف. ر: فتح القدير: ٨/١٤٧، البحر الرائق: ٧/٣٢٢.

^٣: لأنّه نائب عن الموكل، وهو إنّما انتصب نائباً عن الموكل باعتبار رأي الموكل، وقد خرج الموكل بالجنون المطبق من أن يكون أهلاً للرأي، وصار مولى عليه، فبطلت وكرالة الوكيل كما تبطل بموته. المبسوط للسرخسي: ١٩/١٢.

^٤: في ب: كان الوكيل.

^٥: كأن ذهب عقله ساعة، أو جنّ ساعة فالوكيل على وكرالته، لأنّ هذا بمنزلة التّوم لا ينقطع به رأي الموكل فلا يصير مولى عليه. وأشار إلى القياس والاستحسان فيه، فذكر في باب وكرالة المكاتب: القياس والاستحسان في جنون ساعة واحدة: أنّ في القياس تبطل الوكرالة، وفي الاستحسان لا تبطل.

وفي باب الوكرالة في الطلاق ذكر القياس في المتناول وقال: لا تبطل الوكرالة بجنون الموكل وإن تناول، لبقاء المحلّ الذي تعلّقت الوكرالة به على حقّ الموكل، وفي الاستحسان تبطل الوكرالة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٣.

^٦: في ب: وأكثر.

اعتباراً بما يسقط به صوم شهر رمضان، وعليه الفتوى كما في المضمرات. وروى ذلك أبو بكر الرّازي عن أبي حنيفة. =

وَرُوِيَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: مِقْدَارُهُ سَنَةٌ. وَرُوِيَ عَنْهُ^١ أَنَّهُ قَالَ: مِقْدَارُهُ أَكْثَرُ مِنْ^٢ السَّنَةِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا، ثُمَّ إِنَّ الْوَكِيلَ أَوْ الْمُوَكَّلَ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَقَضَى الْقَاضِي بِلَحُوقِهِ^٣،
ثُمَّ رَجَعَ مُسْلِمًا، فَإِنَّ الْوَكَالََةَ لَا تَعُودُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

-
- = وقال في الوقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة: والمختار ما قاله أبو حنيفة أنه مقدر بالشهر، لأن ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيراً، والشهر فصاعداً في حكم الآجل فكان طويلاً.
- وعن أبي يوسف رواية أخرى أنه أكثر من يوم وليلة، لأنه تسقط به الصلوات الخمس فصار من جن في هذه المدة كالميت، فلا يصلح للوكالة. ر: فتح القدير: ١٤٨/٨، مجمع الأنهر: ٣/٣٣٩.
- ^١: وجه قول محمد: أن المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير به أولى. بدائع الصنائع: ٣٨/٦.
- ^٢: في ب: وروي عنه رواية أخرى.
- ^٣: سقط من ب "من".
- ^٤: قال ابن الهمام في فتح القدير: قال الناطفي في الأجnas: قال ابن سبابة في نوادره: قال محمد في قوله الأول: حتى يجن يوماً وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة، ثم رجع وقال: حتى يجن شهراً، ثم رجع وقال: حتى يجن سنة، لأنه يسقط بالحول الكامل جميع العبادات، وأما دون الحول فلا تسقط به الزكاة، لأن وجوبها مقدر بالحول فلا يكون في معنى الموت، فقدّر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطاً. قال في الكافي: وهو الصحيح، وكذا قال في التبيين. ر: فتح القدير: ١٤٨/٨.
- ^٥: في ب: بالحق.
- لأنه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاظه. ر: اللباب في شرح الكتاب: ص/٣١١.
- ^٦: في ب: فالوكالة.
- ^٧: وجه قول أبي يوسف: أن الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاظه بدار الحرب فلا يحتمل العود، كالنكاح. قال الشلبي في حاشيته على تبين الحقائق نقلاً عن الإسيجاوي: وقدّر مدة اللحاق بأقل من سنة، قال: إن بقي أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة، لأننا بقيناها على احتمال أن يعود، فأما إذا بقي أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة، لأن احتمال العود قد بطل بالحول ظاهراً وغالباً، فصار كالجنون إذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة، وإذا استوعب السنة تبطل. ر: بدائع الصنائع: ٣٩/٦، تبين الحقائق: ٤/٢٨٨.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا كَانَ هَذَا وَكَيْلًا عَادَتِ الْوَكَالَةُ^١. وَإِنْ كَانَ هَذَا مُوَكَّلًا لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: [١٢٦/ب] وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِقَبْضِ شَيْءٍ بَعَيْنِهِ لَا يَكُونُ وَكَيْلًا بِالْخُصُومَةِ^٣ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤.

^١: في ب: إن.

^٢: وجه قوله: أن نفس الردة لا تنافي الوكالة، ألا ترى أنها لا تبطل قبل لحاقه بدار الحرب؟ إلا أنه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين، فإذا عاد زال المانع فيجوز، ونظيره: من وكَّل رجلاً ببيع عبد بالكوفة، فلم يبعه فيها حتى خرج إلى البصرة، لا يملك بيعه بالبصرة، ثم إذا عاد إلى الكوفة ملك بيعه فيها، كذا هذا. في اللباب: "قال في التصحيح: قالوا: هذا قول أبي حنيفة، واعتمده السَّفي والمحبوب". بدائع الصنائع: ٣٩/٦، اللباب: ص/٣١١.

^٣: في ب: لم تعد.

^٤: في ب زيادة عبارة: "وقال في السير الكبير: سواء كان وكيلًا أو موكلًا عادت الوكالة".

في فتح القدير: قالوا: الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة، لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده، فكذا وكالته. وفي كتاب السير: "باب ما يوقف من أمر المرتدين وما لا يوقف من ذلك: قد بينا في المبسوط أن تصرفات المرتد على أربعة أوجه: نافذ بالاتفاق كالاستيلاء، ومنها ما هو باطل بالاتفاق كالنكاح، ومنها ما هو موقوف بالاتفاق كالمفاوضة، ومنها ما اختلفوا فيه، كالبيع والهبة والعق، على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يكون موقوفًا لتوقف نسبه، وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يكون نافذًا، إلا عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ينفذ كما ينفذ من الصحيح، وعند محمد رحمه الله تعالى ينفذ كما ينفذ من المريض". قال ابن الهمام: فقد تلخص من ذلك أن مراده هاهنا أن بعض تصرفات المرتد موقوف عنده، فكذا وكالته، لكونها في حكم ذلك. وقول محمد هذا في ظاهر الرواية. وروي عن محمد أنها تعود، ووجهه: أن بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل، فإذا عاد مسلمًا عاد ملكه الأول، فيعود بحقوقه. وجه ظاهر الرواية: أن لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت، ولو مات لا يحتمل العود فكذا إذا لحق بدار الحرب. السير الكبير: ١٥٥/٥، وانظر: بدائع الصنائع: ٣٩/٦، فتح القدير: ١٤٨/٨.

^٥: في ب: لم يكن.

^٦: في ب: في الخصومة.

^٧: سقط من ب "جميعًا".

لأن الوكيل يقبض العين أمين محض، حيث لا مبادلة هاهنا، لأنه يقبض عين حق الموكل، و قبض العين ليس بمبادلة، فأشبهه الرسول. ر: فتح القدير: ١١٨/٨. وانظر المسألة في الجامع الصغير: ص/٤٠٥-٤٠٦.

وَلَوْ كَانَ الْوَكِيلُ وَكَيْلًا بَقَبْضِ الدَّيْنِ فَهُوَ خَصْمٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١.

وَفِي قَوْلِهَا^٢ لَا يَكُونُ خَصْمًا^٣.

وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدٌ أَنَّ فُلَانًا جَعَلَهُ وَكَيْلًا فِي الْخُصُومَةِ فِي الدَّيْنِ، وَشَهِدَ شَاهِدٌ آخَرُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ، جَارَتْ شَهَادَتُهُمَا وَهُوَ وَكِيلٌ فِي الْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤.

^١: سقط من ب: وكيلاً.

^٢: له: أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة، فيكون خصماً، كالوكيل بالبيع.

وبيان ذلك: أن الديون تقضى بأمثالها، فكان الموكّل وكّله بأن يملك المطلوب ما في ذمته بما يستوفي منه، بخلاف الوكيل بقبض الدين، فليس فيه من معنى التملك شيء، ثم قبض الدين من وجه مبادلة، ومن وجه كأنه غير حقّ الموكّل، لأنّ من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فلا اعتبار شبهه بقبض العين قلنا: لا تلحقه العهدة في المقبوض، ولا اعتبار شبهه بالمبادلة قلنا: يملك الخصومة، وليس هذا كالرّسول، فإنّ الرّسول في البيع لا يخاصم بخلاف الوكيل، فكذا في قبض الدين، وهذا لأنّ الرّسالة غير الوكالة، ألا ترى أن الله تعالى سمّى محمداً ﷺ رسولا إلى الخلق بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الرّسُولُ﴾ المائدة: ٦٧، ونفى عنه الوكالة بقوله: ﴿قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ﴾ الأنعام: ٦٦، وقال الله تعالى: ﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾ الأنعام: ١٠٧، فظهرت المغايرة بينهما. المبسوط للسرخسي: ١٧/١٩.

^٣: في ب: وفي قول أبي يوسف ومحمد.

^٤: لهما: أن الوكيل بقبض الدين كالوكيل بقبض العين في أنّه نائب محض، فتقصر وكالته على ما أمر به فلا يملك الخصومة، ولا يكون خصماً فيما يدّعي على الموكّل، وقاساه بالرّسول فإنّ الرّسول بقبض الدين لا يملك، فكذا الوكيل، لأنّ كلّ واحد منهما لا يلحقه شيء من العهدة. المبسوط للسرخسي: ١٧/١٩. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٤٠٥.

وفي اللّباب: وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

ثم قال: قال في التّصحيح: وعلى قول الإمام مشى المحبوبي في أصحّ الأقاويل، والاختيارات، والنّسفي، والموصلي، وصدر الشريعة. اللّباب في شرح الكتاب: ص/٣١٤ بتصرف.

^٥: في ب: شاهد للوكيل.

^٦: وهذا بناء على ما سبق: أن الوكيل بالخصومة يملك القبض عندنا، والوكيل بالقبض يملك الخصومة عند أبي حنيفة -رحمه الله- فقد اتفق الشّاهدان على الحكمين معني، وإنّما اختلفا في العبارة، وذلك لا يمنع قبول الشّهادة، كما لو شهد أحدهما بالتّخلي والآخر بالهبة. المبسوط للسرخسي: ٢٢/١٩.

وَفِي قَوْلِهَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْقَبْضِ، وَلَا يَكُونُ وَكِيلًا فِي الْخُصُومَةِ^١.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْقَبْضِ وَلَا بِالْخُصُومَةِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَتَبَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي عَبْدٍ آتَى لِرَجُلٍ، لَا يُقْبَلُ^٣ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُقْبَلُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى.

وَفِي الْجَارِيَةِ لَا يُقْبَلُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

^١ : عندهما: الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة، فقد اتفق الشاهدان على ثبوت حق القبض له، فأما الشاهد بحق الخصومة لأحدهما، فيثبت فيما اتفقا عليه دون ما ينفرد به أحدهما. المرجع السابق.

^٢ : عند زفر: الوكيل بالخصومة لا يملك القبض، والوكيل بالقبض لا يملك الخصومة، لأنّ الخصومة غير القبض حقيقة وهي لإظهار الحق، ويختار في التوكيل بها من هو ألدّ الناس خصومة، وأكثرهم كذباً وخيانة، وأقلّهم ديناً وحياء، ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة، وأكثرهم ورعاً فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه، فالتوكيل بخصومته لا يدلّنا على الرضا بقبضه، بل يدلّ على عكسه، فلا يكون له القبض. وكذا المطالبة غير القبض، فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا. والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله، لتغيّر أحوال الناس، وكثرة الخيانات في الوكلاء، وهنا الشاهد أثبت أحد الأمرين، ولا تتمّ الحجّة بشهادة الواحد.

ر: المبسوط للسرخسي: ٢٣-٢٢ / ١٩، تبين الحقائق: ٢٧٨ / ٤، اللّباب في شرح الكتاب: ص/ ٣١٣-٣١٤.

^٣ : في ب: لم تقبل.

^٤ : لأنّه لا بد من إشارة الشهود إلى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم، ولهذا لو كان حاضراً في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة إلّا بعد إحضاره، فلا يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي كما في سائر العروض. المبسوط للسرخسي: ٢٤ / ١١.

^٥ : وقول أبي يوسف استحسان وحجته: أنّ العبد قد يأتى من مولاه، وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد إلى بلد فيمتنع من الرجوع إليه، ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي، فلو لم يقبل فيه كتاب القاضي إلى القاضي أدى إلى إتلاف أموال الناس، فكان قبول البيّنة بهذه الصّفة أرفق بالناس، وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى، لأنّ الحرج مدفوع، وعمل القضاة على هذا لأجل الصّورة العامّة. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤ / ١١، تحفة الفقهاء: ٣ / ٣٧١.

^٦ : في ب: بالاتفاق.

وكان أبو يوسف يقول مرّة: في الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضي إلى القاضي، ثمّ رجع فقال: لا يقبل في الجارية، لأنّ باب الفروج مبنيّ على الاحتياط، ولأنّ هذه البلوى تقلّ في الجوّاري، فالمولى لا يرسلها من بلد إلى بلد عادة، والإباق في الجوّاري يندر أيضاً. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤ / ١١.

وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ يُقْبَلُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ^٢ رَجُلًا بَبَيْعٍ أَوْ شَرَاءٍ، فَوَكَّلَ الْوَكِيلُ وَكَيْلًا آخَرَ، لَا يَجُوزُ^٣ ذَلِكَ عَلَى الْمُوَكَّلِ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ وَكَيْلٌ، الثَّانِي أَوْ يَشْتَرِيَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ^٤. وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا يَجُوزُ، سَوَاءٌ كَانَ حَاضِرًا أَوْ الْوَكِيلُ الْأَوَّلُ^٥ أَوْ غَائِبًا وَقَتَ الْعَقْدِ^٦.

١: في ب: ولو ادَّعى على العبد ديناً قُبِلَ في قولهم. وهو الصواب، لأنَّ "ديناً" مفعول به، ومحله النَّصَب.

قال في المبسوط: "والحاصل أنَّ كتاب القاضي إلى القاضي في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار، لأنَّ إعلامها في الدَّعوى والشَّهادة بذكر الحدود دون الإشارة إلى العين". المرجع السابق.

٢: في ب: الرَّجُل.

٣: في ب: لم يجز.

٤: في ب: الوكيل.

٥: لأنَّ مبنى الوكالة على الخصوص، لأنَّ الوكيل يتصرَّف بولاية مستفاداً من قبل الموكل فيملك قدر ما أفاده، ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدلُّ عليه وهو قوله: "اعمل فيه برأيك" وغير ذلك ممَّا يدلُّ على العموم، فإنَّ وكَّلَ غيره بالبيع فباع الثاني بحضرة الأول جاز، وإن باع بغير حضرته لا يجوز إلا أن يجيزه الأول أو الموكل، وكذا إذا باعه فضوليَّ فبلغ الوكيل أو الموكل فأجاز يجوز. بدائع الصنائع: ٢٨/٦. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٤١١.

وهذا القول هو الأقرب للصواب، لأنَّ عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رأيه، فإذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برأيه فنفذ، وإذا باعه لا بحضرته أو باع فضوليَّ فقد خلا التصرف عن رأيه فلا ينفذ، ولكنَّه ينعقد موقوفاً على إجازة الوكيل أو الموكل، لصدور التصرف من أهله في محله. ر: المرجع السابق.

٦: سقط من ب: "الوكيل الأول".

٧: سقط من ب: وقت العقد. وفيها زيادة عبارة: "وفي قول ابن أبي ليلى يجوز للوكيل أن يوكل غيره سواء كان حاضراً أو غائباً وقت العقد". وإثباتها صواب.

وحجَّة ابن أبي ليلى: أنَّ الوكيل لما ملك التصرف بنفسه بعد الموكل فقد ملك التَّفويض إلى غيره بالوكالة، كما في حقوق نفسه.

وحجَّة زفر: أنَّ حقوق العقد إنَّما تتعلَّق بالعاهد، والموكل إنَّما رضي بأن تتعلَّق الحقوق بالوكيل الأول دون الثاني، ولو جاز بيع الثاني بمحضر من الأول تعلَّقت الحقوق به دون الأول. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٢/١٩، بدائع الصنائع: ٢٨/٦.

وفي حاشية الشلبي على تبين الحقائق: "وأما الوكيل بالشراء إذا وكَّلَ غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف". حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢٧٦/٤.

مَسْأَلَةٌ: وَ الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَ بِعَرَضٍ^٢ أَوْ بِحَيَوَانٍ يُجُوزُ^٣ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ^٤ إِلَّا أَنْ يُجَيِّزَ الْمُوَكَّلُ^٥.

وَلَوْ أَنَّهُ حِينَ وَكَّلَهُ أَجَازَ بِمَا بَاعَ^٦ بِهِ جَازَ^٧ أَنْ يَبِيعَ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ وَكَثِيرِهِ^٨ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٩، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ هَذَا الشَّرْطَ فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^{١٠}.

^١: سقطت الواو من ب.

^٢: الْعَرَضُ: بوزن الفلّس المتاع. وكُلُّ شَيْءٍ عَرَضٌ إِلَّا الدَّرَاهِمَ وَالِدِّنَانِيرَ فَإِنَّهَا عَيْنٌ. وقال أبو عُبَيْدٍ: الْعَرُوضُ الْأُمْتَعَةُ الَّتِي لَا يَدْخُلُهَا كَيْلٌ وَلَا وَزَنٌ، وَلَا تَكُونُ حَيَوَاناً وَلَا عَقَّاراً. مختار الصحاح: ص/ ١٧٨.

^٣: في ب: أو حيوان جاز.

^٤: لأبي حنيفة: أَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ، فَيَجْرِي الْمَطْلَقُ عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التَّهْمَةِ، فَيَتَنَاوَلُ كُلُّ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ. فِي اللَّبَابِ: "فِي التَّصْحِيحِ: وَرَجَّحَ قَوْلَ الْإِمَامِ، وَهُوَ الْمَعُولُ عَلَيْهِ عِنْدَ السَّافِي، وَهُوَ أَصَحُّ الْأَقَاوِيلِ وَالِاخْتِيَارِ عِنْدَ الْمُجَوِّدِ، وَوَافَقَهُ الْمُوصِّلِيُّ وَصَدَرَ الشَّرِيعَةُ. اهـ. وَعَلَيْهِ أَصْحَابُ الْمُتُونِ الْمَوْضُوعَةُ لِنَقْلِ الْمَذْهَبِ بِمَا هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ". ر: الجامع الصغير: ص/ ٤٠٩، الهداية مع فتح القدير: ٨/ ٨٢، اللَّبَابُ فِي شَرْحِ الْكِتَابِ: ص/ ٣١١.

^٥: في ب: عندهما.

^٦: لِأَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِمَا هُوَ مُتَعَارَفٌ بَيْنَ النَّاسِ، لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ التَّصَرُّفَاتُ بِمَوَاقِعِ الْحَاجَاتِ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْعَرَضِ يَبِيعُ مِنْ وَجْهِ وَشَرَاءٍ مِنْ وَجْهِ، لِأَنَّهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ إِخْرَاجَ السَّلْعَةِ مِنَ الْمَلِكِ بَيْعٌ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهِ تَحْصِيلَ السَّلْعَةِ فِي الْمَلِكِ شَرَاءٌ، فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْعِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ، لِأَنَّ الْمَطْلَقَ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ. قَالَ فِي الْبَزَازَةِ: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى. ر: المراجع السابقة.

^٧: في ب: ما باع.

^٨: في ب: جاز له.

^٩: في ب: بقليل أو كثير.

^{١٠}: في ب: بالاتفاق.

^{١١}: في ب: وإن لم يذكر فهو على الاختلاف.

أَيُّ يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ سِوَاءَ كَانَ الْغَبْنُ يَسِيرًا أَوْ فَاحِشًا، وَعِنْدَهُمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بَغْبِنٍ فَاحِشٍ.

أَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: أَمْرُهُ بِمُطْلَقِ الْبَيْعِ وَقَدْ أَتَى بِهِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ مُبَادَلَةٌ مَالٍ بِأَلٍ شَرْطًا، وَقَدْ وَجَدَ ذَلِكَ، فَمَا مِنْ جُزْءٍ مِنَ الْمُبِيعِ إِلَّا وَيُقَابِلُهُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُبِيعَ لَوْ كَانَ دَارًا يَجِبُ لِلشَّفِيعِ الشَّفْعَةُ فِي جَمِيعِهِ، وَبِهِ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ يَبِيعُ وَلَيْسَ بِهِبَةً. وَلِئِنْ اعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَثِ فِي حَقِّ الْمَرِيضِ فَهَذَا لَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ مُطْلَقٍ وَأَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَمْلِكُهُ كَالْبَيْعِ بَغْبِنٍ يَسِيرٍ، وَالْدَّلِيلُ عَلَيْهِ أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ بَغْبِنٍ فَاحِشٍ يَحْنُثُ، وَلَا يَحْنُثُ إِلَّا بِكَمَالِ الشَّرْطِ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ يَبِيعُ مُطْلَقًا، فَيَصِيرُ الْوَكِيلُ بِهِ مُمَثِّلًا لِلْأَمْرِ، فَإِنَّا لَوْ قَيَّدْنَا بِالْبَيْعِ بِمَثَلٍ =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا وَ سَمَّى جِنْسَهُ، أَوْ جَارِيَةً وَ سَمَّى جِنْسَهَا، فَاشْتَرَى جَارِيَةً عَمِيَاءَ أَوْ مَقْطُوعَةَ الْيَدَيْنِ أَوْ رَجُلَيْنِ بِثَمَنِ يُسَاوِي ذَلِكَ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى الْمُوَكَّلِ^١. وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٢.

وَلَوْ كَانَتْ مَقْطُوعَةَ إِحْدَى الْيَدَيْنِ أَوْ عَوْرَاءَ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

= القيمة أبطنا حكم الإطلاق من كلامه، وذلك لا يجوز من غير دليل. ثم البيع بالغبن متعارف، فالمقصود من البيع الربح، وذلك لا يحصل إلا وأن يصير أحدهما مغبوناً.

وللصاحبين: أن دليل العرف يقيّد مطلق التوكيل، والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف، فالظاهر إنهما يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه، وهو لا يعجز عن بيع ما يساوي مئة درهم بعشرة دراهم، وقاسا بالوكيل بالشراء، فإن شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الأمر، كذلك الوكيل بالبيع، لأن كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار، وكذلك الأب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بغبن فاحش لهذا المعنى، ولأن المحاباة الفاحشة كالهبة، حتى إذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث، والوكيل بالبيع لا يملك الهبة.

ر: الجامع الصغير: ص/ ٤٠٩، المبسوط للسرخسي: ١٢/ ٢١٤.

^١: في ب: الرجلين. وهو الصواب.

^٢: في ب: عند.

^٣: وجه قول أبي حنيفة: أن اسم الجارية بإطلاقها يقع على هذه الجارية كما يقع على سليمة الأطراف، فلا يجوز تقييد المطلق إلا بدليل، ولا يقاس على الكفارة، لأن الأمر تعلق بتحرير رقبة، والرقبة اسم لذات مركّب من هذه الأجزاء، فإذا ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقض الذات، فلا يتناول مطلق اسم الرقبة، أمّا اسم الجارية فلا يدلّ على هذه الذات باعتبار الأجزاء، فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية، والتوكيل لو كان بشراء رقبة لا يجوز كما لا يجوز في الكفارة. ر: بدائع الصنائع: ٦/ ٣٠.

^٤: في ب: عندهما.

وجه قولهما: أن الجارية تشتري للاستخدام عرفاً وعادة، وغرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيقيّد بالسلامة عن هذه الصفة بدلالة العرف، ولهذا قلنا لا يجوز تحريرها عن الكفارة، وإن كان نصّ التحرير مطلقاً عن شرط السلامة لثبوتها دلالة كذا هذا. بدائع الصنائع: ٦/ ٢٩-٣٠.

^٥: سقط من ب: جميعاً.

لأنها معيبة، والناس قد يشترون المعيب. الجوهرية النيرة: ١/ ٣٦٢، وانظر: بدائع الصنائع: ٦/ ٢٩.

مَسْأَلَةٌ: [١٢٧/أ] وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا يَبِيعُ عَبْدَيْنِ لَهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِقَدَرِ قِيمَتِهِ أَوْ بِأَكْثَرِ جَازَ، وَإِنْ بَاعَهُ بِأَقَلِّ لَمْ يَجْزُ^١. وَلَمْ يُذَكَّرْ هَاهُنَا اخْتِلَافُ^٢، وَإِنَّمَا ذُكِرَ الْاِخْتِلَافُ فِي جَامِعِ الصَّغِيرِ فِي الشِّرَاءِ، قَالَ:

لَوْ أَنَّ رَجُلًا وَكَّلَ رَجُلًا بَأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ قِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَاشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِئَةٍ أَوْ أَقَلِّ^٣، جَازَ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ اشْتَرَى بِأَكْثَرٍ مِنْ خَمْسِمِئَةٍ يَكُونُ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤.

^١ : في ب: جاز في قولهم.

وجاز بيع أحدهما دون الآخر لأنه ليس في التفريق بين العبدین في البيع إضرار بالموكِّل، فربما لا يجد مشترياً يرغب في شرائها جملة، فلما وكله بذلك مع علمه بما قلنا كان راضياً ببيعه أحدهما دون الآخر دلالة، وكذلك إن باعه بأكثر من حصته وفيه زيادة منفعة للموكل. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٣/١٩.

^٢ : في ب: لم يجوز في قولهم.

^٣ : في ب: اختلافاً.

قال السرخسي في المبسوط: "وسوى في الكتاب بين النقصان الكثير واليسير وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فإن كان النقصان يسيراً جاز، وإن كان فاحشاً لم يجوز، لأن الموكِّل إنما سمى الثمن بمقابلتها جملة، ولم ينص على حصّة كل واحد منهما، وإنما طريق معرفة حصّة كل واحد منهما الخزر والظن دون اليقين، وفي مثله لا يمكن التجوُّز عن النقصان اليسير فجعل عفواً، كما لو لم يسم الثمن للوكيل فباع بغبن يسير جاز ببيعة. وأبو حنيفة رحمه الله يقول: تنصيبه على ثمنها في الوكالة يكون تنصباً على حصّة كل واحد منهم بحصّته، حتّى إنّه لو وجد بأحدهما عيباً ردّه بحصّته، وعند التنصيب على الثمن إذا نقص الوكيل عن ذلك القدر يصير مخالفاً، سواء قلّ النقصان أو كثر". المبسوط للسرخسي: ٤٣/١٩.

^٤ : في ب: وذكر في الجامع الصغير في الشراء.

^٥ : سقط من ب: له.

^٦ : في ب: وقيمتها.

^٧ : في ب: أو بأقل.

^٨ : في ب: كان.

^٩ : لأنه قابل الألف بهما وقيمتها سواء، فيقسم بينهما نصفين دلالة، فكان أمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمئة، ثم الشراء بهما موافقة، وبأقل منها مخالفة إلى خير، وبالإضافة إلى شر قلّت الزيادة أو كثرت، فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما استحساناً، لأن شراء الأوّل قائم، وقد حصل غرضه المصرّح به وهو تحصيل العبدین، وما يثبت الانقسام إلا دلالة، والصريح يفوقها. البحر الرائق: ٧/٢٧٥-٢٧٦. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٤٠٨.

وَفِي قَوْلِهِمَا^١ إِنْ كَانَتْ الزَّيَادَةُ قَلِيلَةً، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الثَّمَنِ مَا يُمَكِّنُ شِرَاءَ الْآخَرِ، جَازٌ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدٍ لَهُ، فَبَاعَ نَصْفَهُ جَازٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٢ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الْآخَرَ^٣.

^١: في ب: وعندهما.

^٢: قال في الجامع الصغير: "رجل أمر رجلاً أن يشتري له عبيدين بأعيانها ولم يسم له ثمنًا، فاشترى له أحدهما جاز، وإن أمره أن يشتريها بألف وقيمتها سواء فاشترى أحدهما بخمسمئة أو أقل جاز، وإن اشترى بأكثر من خمسمئة لم يلزم الأمر، إلا أن يشتري والباقي بقيّة الألف. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز". الجامع الصغير: ص/ ٤٠٧-٤٠٨.

لهما: أن التوكيل مطلق، لكنه يتقيّد بالمتعارف وهو فيما قلناه، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكّنه تحصيل غرض الأمر. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: احتمال أن المسألة لا اختلاف فيها، لأن أبا حنيفة إنما قال لم يجز شراؤه على الأمر إذا زاد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها، وهما قالا: فيها يتغابن الناس أنه يلزم الأمر، فإذا حل على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف، واحتمل الاختلاف، ففي قوله إذا زاد على خمسمئة قليلاً أو كثيراً لا يجوز على الأمر، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة. ر: فتح القدير: ٨/ ٦٠-٦١، البحر الرائق: ٧/ ٢٧٦.

^٣: في ب: الرجل رجلاً.

^٤: سقط من ب: له.

^٥: له: أن الوكيل قائم مقام الموكل في بيع العبد، والموكل مالك لبيع البعض كما هو مالك لبيع الكل، فكذلك الوكيل، لأن اعتبار الجزء باطل، واعتبار الكل صحيح. ثم في تصرفه في هذا منفعة للموكل، لأنه لو باع الكل بالثمن الذي باع به النصف جاز عند أبي حنيفة رحمه الله كما بينا، فإذا باع البعض به كان أقرب إلى الجواز، لأنه حصل له ذلك القدر من الثمن، وبقي بعض العبد على ملكه. قال في اللباب: "قال في التصحيح: واختار قول الإمام البرهاني والتسفي وصدور الشريعة". المبسوط للسرخسي: ١٩/ ٤٤، اللباب: ص/ ٣١٢، الجامع الصغير: ص/ ٤٠٩.

^٦: في ب: عندهما.

^٧: لها: أن بيع النصف يضرّ بالموكل فيما بقي، لأنه يتبعّض عليه الملك، والشركة في الأملاك المجتمعة عيب، وأمره إياه بالبيع لا يتضمن الرضا بتعييب ملكه فهذا لا يجوز، إلا أن يبيع ما بقي قبل الخصومة، فحينئذ قد زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز. وهذا استحسان عندهما، وهو يفيد ترجيح قولهما، ولذا أخره مع دليله كما هو عادته. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/ ٤٤، الهداية مع فتح القدير: ٨/ ٩١، البحر الرائق: ٧/ ٢٨٨، الجامع الصغير: ص/ ٤٠٩.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشَرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ، فَاشْتَرَى نِصْفَ الْعَبْدِ^١، فَإِنَّ الشَّرَاءَ يَكُونُ لِنَفْسِهِ^٢ وَلَا يَكُونُ لِلْأَمْرِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَحْتَصِمًا^٣، وَهَذَا قَوْلُ عَلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٤.

وَقَالَ زُفَرٌ: إِذَا اشْتَرَى النِّصْفَ جَازَ شَرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ^٥، وَلَا يَتَحَوَّلُ إِلَى الْأَمْرِ شَرَاءُ النِّصْفِ الْآخَرِ، وَيَكُونُ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلْوَكِيلِ^٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ^٧ بِأَنْ يَبِيعَ شَيْئًا فَبَاعَهُ بِالنِّسِيئَةِ جَازَ، وَرُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ أَمْرُهُ بِالْبَيْعِ عَلَى وَجْهِ التَّجَارَةِ جَازَ، وَإِلَّا فَلَا^٨.

^١: في ب: نصف ذلك العبد.

^٢: في ب: شراء لنفسه.

^٣: فحيثُذ يجوز كله على الأمر. الجامع الصغير: ص/ ٣٥٤، المبسوط للسرخسي: ١٩/ ٤٤.

^٤: وهذا على أصلهما ظاهر، للتسوية بين جانب البيع والشراء، وأبو حنيفة رحمه الله يفرق فيقول: الوكيل بالشراء لو اشترى بالزيادة الكثيرة لا يجوز، بخلاف الوكيل بالبيع، والتهمة تتمكن في جانب الوكيل بالشراء، فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم أن الشركة عيب أراد أن يحوله على الأمر. توضيح الفرق: أن صحة التوكيل بالشراء بتسمية العبد، ونصف العبد ليس بعبد، فلا يصير به ممثلاً أمر الأمر إلا أن يشتري ما بقي قبل الخصومة، فأما في جانب البيع فصحة التوكيل باعتبار ملك الموكل للغير، وذلك موجود في البعض والكل. المرجعان السابقان.

^٥: في ب: إذا اشترى النصف الآخر فإنه يكون لنفسه.

^٦: في ب: بشراء.

^٧: لأنه خالفه بشراء نصف فلا يلزم الموكل إلا بعد شرائه. مجمع الأنهر: ٣/ ٣٢٨.

^٨: في ب: الرجل رجلاً.

^٩: عند أبي حنيفة يجوز وإن طالت المدة، وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك السلعة وبالإضافة على ذلك فلا.

وعن أبي يوسف إن وكَّله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة، وإن وكَّله بالبيع لحاجته إلى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة، لأنَّ مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف، والتصرفات لدفع الحاجات، فيتقيد التوكيل بها بمواقعها، والمتعارف البيع بالتقود حالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس.

لأبي حنيفة: أنَّ التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة، والبيع بالنسيئة إذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله: "بعه واقض به ديني"، ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتضجر من العرض، فلم يخرج من أن يكون بيعاً في العرف ولا في الحقيقة. ر: الأصل: ٥/ ٧٩، تبين الحقائق: ٤/ ٢٧١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِأَنْ يَبِيعَ شَيْئًا لَهُ^١ وَيَشْتَرِطَ الْخِيَارَ لِلْأَمْرِ شَهْرًا، فَبَاعَهُ وَاشْتَرَطَ الْخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِأَنْ يَبِيعَ شَيْئًا بَيْعًا فَاسِدًا، فَبَاعَهُ^٤ بَيْعًا جَائِزًا جَازَ الْبَيْعُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ^٥.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ^٦: لَا يَجُوزُ^٧.

^١: في ب: وإذا وكل الرجل رجلاً.

^٢: في ب: له شيئاً.

^٣: استحساناً، لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله: أن اشتراط الخيار في البيع لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام، فإنما هذا وكيل بالبيع الفاسد عنده، والوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعاً جائزاً نفذ على الأمر استحساناً، فهذا مثله. المبسوط للسرخسي: ٥٥-٥٦.

^٤: في ب: ولا يجوز عندهما.

^٥: لأن من أصلهما: أن الخيار يثبت في مدة الشهر، ويصح البيع معه، فإنما أمره بعقد يكون فيه الرأي إلى الأمر في هذه المدة، وهو لم يأت بذلك فكان ضامناً. المبسوط للسرخسي: ١٩/٥٥.

^٦: في ب: ولو.

^٧: سقط من ب: شيئاً.

^٨: في ب: فباع.

^٩: في ب: عند.

^{١٠}: في ب: استحساناً.

ووجهه: أنه من جنس التصرف الذي أمره به، وهو خير للأمر مما أمره به فلا يكون مخالفاً.

وبيانه: أنه أمره بأن يطعمه الحرام بالتجارة وهو أطعمه الحلال، والتجارة مشروعة لاكتساب الحلال بها دون الحرام، بخلاف

المضمون المأمور بالهبة إذا باع، لأن ما أتى به ليس من جنس ما أمره به، وبخلاف بيع المأمور بشرط الخيار إذا لم يذكر الخيار، لأن ما أتى به ليس بأنفع للأمر به بل هو أضر عليه. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/٥٦.

^{١١}: وهو قول زفر أيضاً، ووجهه: أن أمره بالعقد لا يزيل ملكه بنفس العقد، فكان كالمأمور بالهبة إذا باع، أو لأنه أمره ببيع لا ينقطع به حق الموكّل في الاسترداد، أو أمره ببيع يكون المبيع مضموناً بالقيمة على المشتري إذا قبضه، فكان كالمأمور بشرط الخيار للأمر إذا باعه بغير خيار. المبسوط للسرخسي: ١٩/٥٦.

وَرَوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ^١ فِي الْأَمَالِي: أَنَّ رَجُلًا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا أَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً نِكَاحًا فَاسِدًا، فَرَزَّجَهُ نِكَاحًا جَائِزًا، لَمْ يَجُزْ. قَالَ: وَلَا يُشَبِّهُ النِّكَاحَ الْبَيْعَ، لِأَنَّ نِكَاحَ الْفَاسِدِ لَيْسَ بِنِكَاحٍ^٢. [١٢٧/ب]

وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يُشْكِلُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ، كَمَا قَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ: أَنَّ الْإِذْنَ بِالنِّكَاحِ يَكُونُ إِذْنًا بِالْجَائِزِ وَالْفَاسِدِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا بِعَيْنِهِ، فَاشْتَرَاهُ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ^٤، جَازَ عَلَى الْأَمْرِ الْعَبْدَ الَّذِي أَمَرَهُ، وَالْعَبْدَ الْآخَرَ لِلْوَكِيلِ، وَهَذَا إِذَا أَمَرَهُ بِالشَّرَاءِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَهُ الثَّمَنَ^٥.

^١: في ب: وذكر أبو يوسف.

^٢: في ب: بأن.

^٣: في ب: "صحيحاً جائزاً". والنكاح الفاسد كأن يزوجه بغير شهود.

^٤: سقط من ب "قال".

^٥: في ب: ولم.

^٦: في ب: النكاح. وهو الصواب.

^٧: لأن التوكيل بالنكاح لا يتناول النكاح الفاسد عنده، بخلاف البيع، ولأن النكاح الفاسد لا يوجب الحل أصلاً، وهو غير مأمور من جهته بإثبات الحل له، فلهذا لا يصح مباشرة العقد الصحيح، بخلاف البيع. المبسوط للسرخسي: ٥٦/١٩.

^٨: سقط من ب: أن.

^٩: في ب: إذن بالنكاح الفاسد والجائز جميعاً.

قال في كتاب النكاح: الإذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده، وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير. لهما: أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز، بخلاف البيع، لأن بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات. وله: أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع، وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل، كالنسب، وجوب المهر والعدة، على اعتبار وجود الوطء. ر: الجامع الصغير: ص/١٨٨، الهداية فتح القدير: ٣/٣٧٥.

^{١٠}: في ب: فاشتراه الوكيل وعبداً آخر معه.

^{١١}: والجواز إذا كان حصّة المشتري للامر مثل قيمته أو أكثر بما يتغابن الناس فيه. المبسوط للسرخسي: ٥٢/١٩.

وَلَوْ قَالَ: "اشْتَرَيْ لِي الْعَبْدَ بِخَمْسِمِئَةٍ"، فَاشْتَرَاهُ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، قَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَالِيِّ: فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَكُونُ الْوَكِيلُ مُخَالِفًا، وَيَكُونُ الشَّرَاءُ لِنَفْسِهِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَتْ حِصَّتُهُ خَمْسِمِئَةٍ يَجُوزُ عَلَى الْأَمْرِ^٨.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ هَكَذَا يَكُونُ^٩.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَبِيعَ هَذَا الْعَبْدَ بِخَمْسِمِئَةٍ، فَبَاعَهُ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ^{١٠}، فَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْوَكِيلُ مُخَالِفٌ، وَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي عَبْدٍ الْأَمْرِ^{١١}.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ كَانَتْ^{١٢} حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ خَمْسِمِئَةٍ^{١٣} جَازَ. وَهَكَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ^{١٤}.

^٨: سقط من ب "العبد".

^٩: في ب: فاشترى مع ذلك العبد عبداً.

^{١٠}: سقط من ب "في الأمالي".

^{١١}: سقطت كلمة "الوكيل" من ب.

^{١٢}: في ب: شراؤه.

^{١٣}: في ب: وفي قول.

^{١٤}: أو أقل. ر: المرجع السابق.

^{١٥}: في ب: للأمر.

^{١٦}: سقط من ب "يكون". انظر: المبسوط للسرخسي: ٥٢/١٩. ولم أر تعليلاً لذلك.

^{١٧}: سقط من ب "درهم".

^{١٨}: أبو حنيفة يقول: أمره بالبيع بثمان مقطوع على مقداره بيقين ولم يأت بذلك، لأنّ انقسام الثمن على العبدین باعتبار القيمة، وطريق معرفة ذلك الخزر والطنّ، فكان هذا غير التصرف المأمور به، فلهذا لا ينفذ. المبسوط للسرخسي: ٥٢/١٩.

^{١٩}: في ب: كان.

^{٢٠}: أو أكثر.

^{٢١}: لأنّه حصل مقصود الأمر بتصرفه. المبسوط للسرخسي: ٥٢/١٩.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِالْبَيْعِ وَلَمْ يُبَيِّنْ لَهُ الثَّمَنَ، فَبَاعَهُ مَعَ عَبْدٍ آخَرَ، يَجُوزُ^١ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، سَوَاءٌ كَانَ حِصَّتُهُ^٢ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَحُمَيْدٍ^٣ يَجُوزُ إِنْ كَانَتْ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ مِقْدَارَ قِيَمَتِهِ أَوْ نُقْصَانٍ قَلِيلٍ.

مَسْأَلَةٌ: الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ إِذَا قَبِضَ الْعَبْدَ، وَهَلَكَ فِي يَدَيْهِ بَعْدَ الْحَبْسِ، هَلَكَ بِالثَّمَنِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٤.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَهْلِكُ^٥ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الثَّمَنِ.

^١ : في ب: جاز.

^٢ : في ب: حصته من الثمن.

^٣ : في ب: وفي قول صاحبيه.

^٤ : في ب: كان.

^٥ : جواز البيع بالاتفاق، لأنه حصل مقصود الأمر إذ لا فرق في حقه بين أن يبيعه وحده وبين أن يبيعه مضمومًا إليه عبد آخر، وإنما الخلاف في الجواز وعدمه باختلاف حصّة الأمر، فأبو حنيفة يرى الجواز مطلقاً، قلّت حصّة الأمر أو كثرت، وهما يريان الجواز إذا كان بحصّة من الثمن قدر قيمته أو أقلّ بما يتغابن الناس في مثله. المبسوط للسرخسي: ٥١ / ١٩.

^٦ : وهو قول أبي حنيفة أيضاً، فعندهما يكون مضموناً ضمان المبيع، ووجهه: أنّ الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري، فكما أنّ المبيع إذا هلك في يد البائع سقط الثمن قلّ أو كثر فكذلك هنا، ولا نقول العقد لا ينفسخ هنا بل انفسخ فيما بين الموكل والوكيل، وإن لم ينفسخ في حقّ البائع، وهو كما لو وجد الموكل بالمشتري عيباً فردّه ورضي به الوكيل فإنه يلزم الوكيل، وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل، والدليل على أنّ هذا ليس نظير الرهن أنّ هذا الحبس ثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة، والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة، وإنّما يثبت ذلك بحكم البيع، فعرفنا أنّه كالبيع. قال في اللباب: "قال في التصحيح: ورجح دليلها في الهداية، واعتمده المحبوبيّ والتسفيّ والموصليّ وصدر الشريعة". ر: المبسوط للسرخسي: ٢٠٥ / ١٢. اللباب في شرح الكتاب: ص / ٣٠٩.

^٧ : في ب: هلك.

^٨ : أي يكون مضموناً ضمان الرهن، ووجهه: إنّما كان مضموناً عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضموناً، فيكون في معنى المرهون، بخلاف المبيع، فإنّه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه. يوضّحه: أنّه يحبسه ليستوفي ما أدّى عنه من الدين، والحبس للاستيفاء حكم الرهن، ولأنّ بهلاكه لا ينفسخ أصل البيع، بخلاف المبيع إذا هلك في يد البائع، وسقوط الثمن هناك لانفساخ البيع. المبسوط للسرخسي: ٢٠٥ / ١٢.

وَالْاِخْتِلَافُ^١ ذُكِرَ هَاهُنَا وَلَمْ يُذَكَّرْ فِي كِتَابِ الشُّيُوعِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَغَابَ الطَّالِبُ، فَجَاءَ رَجُلٌ وَادَّعَى^٣ أَنَّ الطَّالِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دَيْنِ الْمَطْلُوبِ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ بِالْوَكَّالَةِ، فَإِنْ أَقَرَّ الْمَطْلُوبُ بِالْوَكَّالَةِ وَأَنْكَرَ الدَّيْنَ فَلَا خُصُومَةَ [١٢٨/أ] بَيْنَهُمَا وَلَا يَمِينَ عَلَى الْمَطْلُوبِ^٤.

وَأِنْ أَقَرَّ بِالْدَّيْنِ وَأَنْكَرَ الْوَكَّالَةَ فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ أَيْضًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٥، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، فَيَكُونُ نُكُولُهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ عَلَى نَفْسِهِ. وَالْاِخْتِلَافُ ذَكَرَ^٦ الْخُصَّافُ^٧.

^١: سقط من ب "والاختلاف".

^٢: قال في المبسوط: "وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة". ر: المرجع السابق.

^٣: في ب: فادَّعى.

^٤: في ب: بقبض الدَّيْنِ من المطلوب.

^٥: هذه الجملة موضعها في ب ليس هنا، وإنما في العبارة التالية.

^٦: في ب "فإن أقرَّ المطلوب، ولا بَيِّنَةَ لَهُ بِالْوَكَّالَةِ".

^٧: في المبسوط: وإن أقرَّ المطلوب بالوكالة وأنكر الدَّيْنَ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يستحلف المطلوب، وعندهما لا يستحلف، لأنَّ الوكيل بقبض الدَّيْنِ عنده يملك الخصومة، وقد ثبتت الوكالة في حقه بإقراره. المبسوط للسرخسي: ٧٦/١٩.

^٨: وجه قول أبي حنيفة: أنَّ الاستحلاف يبنى على صحَّة الدَّعْوَى، وما لم يثبت كونه نائباً عن الأمر لا تصحَّ دعواه على المطلوب، فلا يكون له أن يحلفه. المبسوط للسرخسي: ٧٦/١٩.

^٩: وهو قول محمد أيضاً، ويحلف على العلم، لأنَّه ادَّعى عليه ما لو أقرَّ به لزمه، فإذا أنكر حلفه، ولكنه استحلف على فعل الغير فيكون على العلم. ر: المبسوط للسرخسي: ٧٦/١٩.

^{١٠}: في ب: ذكره.

^{١١}: أحمد بن عمرو بن مهير، وقيل مهران الشَّيبَانِيُّ أَبُو بَكْرٍ، المعروف بالخَصَّاف، فَرَضِيَّ حاسب فقيه. كان مقدِّماً عند الخليفة المهدي بالله، فلما قتل المهدي نهب فذهب بعض كتبه. كان ورعاً يأكل من كسب يده، له تصانيف منها (أحكام الأوقاف، الحيل، الوصايا، الشُّرُوط، المحاضر والسَّجَّلات، أدب القاضي، الخراج..) قال شمس الأئمة الحلواني: الخَصَّاف رجل كبير في العلم، وهو مَن يصحَّ الاقتداء به. توفي ببغداد سنة ٢٦١هـ، وقد قارب الثَّمانين. ر: الجواهر المضية: ١/٢٣٠، الفهرست لابن النديم: ص/٢٥٩، الأعلام للزركلي: ١/١٨٥، معجم المؤلفين: ١/٢١٩.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا دَفَعَ الرَّجُلُ إِلَى رَجُلٍ مَتَاعًا وَقَالَ: "بِعْهُ، وَارْتَهِنْ بِهِ رَهْنًا" فَأَخَذَ رَهْنًا قَلِيلًا، جَازٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٢، إِنْ كَانَ نُقْصَانًا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ.

وَلَوْ قَالَ: "بِعْهُ بِرَهْنٍ ثَقِيَّة"^٣، فَبَاعَهُ^٤ وَارْتَهِنْ^٥ وَحَطَّ مِنْ قِيَمَتِهِ مِقْدَارَ مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ، لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلَيْنِ بِقَبْضِ وَدِيعَةٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَقَبَضَاهَا، ثُمَّ أَوْدَعَهَا^٧ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ^٨، فَهَلَكَ، فَإِنَّ الدَّافِعَ يَضْمَنُ نَصِيبَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمَا^٩.

^١: في ب: فأخذ به.

^٢: لأن الأمر بالارتهان مطلق فيجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد. المبسوط للسرخسي: ٧٨/١٩.

^٣: في ب: في قول صاحبيه.

^٤: وذلك بناء على أصلهما أن التقييد يحصل بدلالة العرف. وأيضاً بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع، لأن قبض الرهن قبض ضمان، ويصير مستبدلاً مستوفياً في العاقبة، والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش. ر: المبسوط للسرخسي: ٧٨/١٩، حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢٧٤/٤.

^٥: في ب: وثيقة.

^٦: سقط من ب: فباعه.

^٧: في ب: فارتهن.

^٨: في ب: بالاتفاق.

لأنه قيد الارتهان هنا بأن يكون ثقة، وهو عبارة عما يكون في ماليته وفاء بالدين فيتقيد به، إلا أن قدر ما يتغابن الناس فيه لا يمكن التحرز عنه فكان عفواً. المبسوط للسرخسي: ٧٨/١٩.

^٩: في ب: الرجلين.

^{١٠}: في ب: أودع.

^{١١}: جاز، لأنها امتثالا أمره في القبض، ثم لا يقدران على الاجتماع على حفظه آناء الليل والنهار، ولما استحفظهما على علمه بذلك فقد صار راضياً بترك أحدهما عند صاحبه، ولكن إنهما يعتبر هذا فيما يطول وهو استدامة الحفظ، فأما في ابتداء القبض فيتحقق اجتماعهما عليه من غير ضرر فلهذا لا ينفرد به أحدهما. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧/١٩.

^{١٢}: في ب: في قول أبي يوسف ومحمد.

وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدْعَى اثْنَيْنِ، فَأَوْدَعَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ صَاحِبِهِ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِأَنْ يَعْتِقَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَأَعْتَقَ كُلَّهُ، لَمْ يَجْزِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَلَا يَعْتِقُ^٣.
وَفِي قَوْلِهَا^٤ يَجُوزُ، وَيَعْتِقُ كُلَّهُ^٥.

^١: في ب: إن.

^٢: في ب: اثنان.

^٣: سقط من ب: عند.

^٤: هذا إذا كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه أحدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك في يده، لأنه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع، ومودع المودع عند أبي حنيفة لا يضمن، فأما الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه ضامن للنصف، لأنه ترك الحفظ الذي التزمه مع الإمكان، فإنهما يتمكنان من القسمة ليحفظ كل واحد منهما نصفه. وعندهما لا يضمن شيئاً، لأنه لما أئتمنهما فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما في الذي لا يحتمل القسمة. وقول أبي حنيفة أقيس، لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد، فإذا كان الحفظ منها يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل وحده.

وإن كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما إذا هلك، لأن المالك لما أودعها مع علمه أنها لا يجتمعان على حفظه آتاء الليل والنهار فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما جميعه. وعلى هذا الخلاف في المرتنين والوكيلين بالقبض. ر: المبسوط للسرخسي: ١١ / ١٢٥، تحفة الفقهاء: ٣ / ١٧٤.

^٥: في ب: في قياس.

^٦: وذلك بناء على شيئين: أحدهما: أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة. والثاني: أن تسمية النصف عنده غير تسمية الكل، والوكيل متى زاد على ما أمر به وأتى بغيره كان مخالفاً، وهنا الموكل أمره بإعتاق النصف وهو قد سمى الكل فصار مخالفاً، فلهذا لا يعتق منه شيء. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٩ / ١٩.

^٧: في ب: ولا يعتق شيء.

^٨: في ب: وعندهما.

^٩: لأن عندهما العتق لا يتجزأ، فالتوكيل بإعتاق النصف وإعتاق الكل سواء، ويكون هو ممثلاً أمر الموكل في إعتاق الكل، فلهذا عتق كله. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٩ / ١٩.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ يُعْتِقَ كُلَّهُ، فَأَعْتَقَ النِّصْفَ^١، عَتَقَ النِّصْفَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَتَقَ الْكُلَّ فِي قَوْلِهِمَا^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ تَطْلِيقَةً، فَطَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ، لَا يَجُوزُ^٣ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَيَعُفُّ فِي قَوْلِهِمَا^٤ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِالْقِصَاصِ أَوْ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ لَا يَجُوزُ^٦ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِطَلَبِ الْقِصَاصِ أَوْ بِطَلَبِ الْحَدِّ جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٧، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٨.

^١: في ب: نصفه.

^٢: كما لو أعتق الموكل بنفسه نصفه، وهذا لأن الوكيل أتى ببعض ما أمره به فلم يكن مخالفاً، فاعتق نصفه، وعلى العبد أن يسعى في نصف قيمته. المبسوط للسرخسي: ٩٩/١٩.

^٣: في ب: وفي قول صاحبيه عتق الكل.

عندهما يعتق كله ولا يسعى في شيء، لأن العتق عندهما لا يتجزأ. المبسوط للسرخسي: ٩٩/١٩.

^٤: في ب: لم يجز.

^٥: وكذلك إذا طلقها ثلاثاً لا يقع شيء عند أبي حنيفة، لأن الثلاث والثنتين غير الواحدة، ولم يصح متمكناً من إيقاع الثنتين أو الثلاث بتفويض الواحدة إليه، فلا تقع الثنتين أو الثلاث، لعدم تمكنه من إيقاعهما، ولا الواحدة لأنه ما أوقعها. المبسوط للسرخسي: ١٢٥/١٩. والذي أراه ترجيح قول أبي حنيفة، لأن هذا في الطلاق فيحتاج فيه ما لا يحتاج في غيره، فلا يقع إلا إذا أوقعه كما أمره به.

^٦: في ب: في قول صاحبيه.

^٧: لأنه أوقع ما فوض إليه وزيادة، فيعمل إيقاعه بقدر ما فوض إليه. المبسوط للسرخسي: ١٢٥/١٩.

^٨: في ب: لم يجز.

^٩: لأنها عقوبة تندري بالشبهات، وإذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه، ولو استوفاه الوكيل في حال غيبة الموكل كان استيفاءه مع تمكن الشبهة، لجواز أن من له القصاص قد عفى، وأن المذدوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده، وهذا لا يستوفي بحضرة الوكيل حال غيبة الموكل. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٤/٩.

^{١٠}: له: أن الإثبات من جملة ما إذا وقع الغلط فيه أمكن التدارك فيه وتلافيه، والتوكيل في مثله صحيح كالأموال، بخلاف الاستيفاء، فإنه إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه. وقول أبي حنيفة في هذا الفصل أظهر، لأن دفع القصاص جائز بمن يقوم مقام الغير. ر:

المبسوط للسرخسي: ١١٤/٩، ١٠٦/١٩.

^{١١}: في ب: وفي قول أبي يوسف لا يجوز.

وهذا القول الذي رجع إليه، وإلا فإن قوله الأول مع أبي حنيفة. =

وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ مُضْطَرِبٌ^١، ذَكَرَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ^٢، وَفِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ، مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.
وَقَالَ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْمَوَاضِعِ: مَعَ أَبِي يُوسُفَ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً، فَرَوَّجَهُ [١٢٨ / ب] امْرَأَةً، وَزَادَ فِي مَهْرِهَا بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤، وَفَرَّقَ بَيْنَ النِّكَاحِ وَالشَّرَاءِ^٥.

= وجه قوله الثاني: أنَّ خصومة الوكيل تقوم مقام الموكل، وشرط الحد لا يثبت بمثله، ولأنَّ بالاجماع لا يصح التوكيل باستيفاء الحد والقصاص، لأنها عقوبة تندرج بالشبهات، وفيما يقوم مقام الغير ضرب شبهة في العادة، وهو إنما يوكل ليحتال الوكيل لإثباته، وفي القصاص إنما يحتال لإسقاطه لا لإثباته، فكذا في الإثبات، كما في الحدود التي هي حق لله تعالى. ر: المرجع السابق.

^١: قال الزَّيْلَعِيُّ: وقول محمد مضطرب، والأظهر أنه مع أبي حنيفة رحمه الله، إلا أنه يجوز من غير عذر ولا رضا الخصم، وعند أبي حنيفة لا يجوز إلا بأحدهما. وقيل الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في حال غيبة الموكل، وأما حال حضرته فهو جائز إجماعاً. تبين الحقائق: ٤/ ٢٥٥، وانظر: فتح القدير: ٨/ ٨-٩، الجامع الصغير: ص/ ٤٠٧.

^٢: في ب: ذكره في الجامع الكبير. وهو خطأ، والصواب ما في الأصل. ر: الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير: ص/ ٤٠٧.

^٣: ر: الفتاوى الهندية: ٢/ ١٦٧.

^٤: في ب: وفي كثير من المواضع ذكر قوله مع أبي يوسف.

قال صاحب "تحفة الفقهاء": أما الوكالة في حقوق الله تعالى فنوعان: في الإثبات والاستيفاء، الأول: التوكيل في إثبات الحدود: وهو الذي يحتاج فيه إلى الخصومة: من حد السرقة، وحد القذف، وفيه خلاف قال أبو حنيفة ومحمد: يجوز، وقال أبو يوسف: لا يجوز. وكذا الخلاف في إثبات القصاص أيضاً.

أما في غيرهما فلا يحتاج فيه إلى الخصومة، فلا يصح فيه التوكيل في الإثبات، بل يثبت ذلك عند القاضي بالشهود والإقرار. وأما في الاستيفاء: فإن كان المسروق منه حاضراً والمقذوف يجوز التوكيل بالاستيفاء، لأن ذلك إلى الإمام، وهو لا يقدر أن يباشر بنفسه على كل حال. وإن كان غائباً اختلف المشايخ، قيل: يجوز، لأنه لا يصح العفو والصِّلح عنهما. وقيل: لا يجوز، لأنه يحتمل الإقرار والتصديق.

وأما في القصاص: فإن كان الولي حاضراً يجوز، وإن كان غائباً لا يجوز، لاحتمال العفو. تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٢٧-٢٢٨.

^٥: في ب: وإذا وكله بأن يزوجه.

^٦: بناء على أصله أنَّ المطلق يجري على إطلاقه حتى يقوم دليل التقييد. المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١١٧.

^٧: فإنَّ هناك إذا زاد بصير مشترياً لنفسه، لأنَّه لم يضيف أصل العقد إلى الموكل، وإنَّما أضافه إلى نفسه، فتمكَّن التَّهمة في تصرُّفه من حيث أنَّه قصد الشَّراء لنفسه، ولمَّا علم بغلاء الثَّمن حوَّله إلى الأمر، وفي النِّكَاح يضيف العقد إلى الموكل، فلا تمكَّن فيه التَّهمة، ولو أضاف العقد إلى نفسه بأن تزوجها كانت امرأته دون الموكل، بخلاف الشَّراء، فإنَّ هناك يجوز أن يثبت حكم العقد لغير من يضاف إليه العقد، ولا يجوز مثله في النِّكَاح، بل يثبت الملك لمن يضاف إليه العقد. المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١١٧.

وَفِي قَوْلِهِمَا لَا يَجُوزُ^١، وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالْخُلْعِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا^٣ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً وَلَمْ يُسَمِّهَا، فَزَوَّجَهُ امْرَأَةً غَيْرَ كُفُوٍّ، أَوْ زَوَّجَهُ أَمَةً، وَالرَّجُلُ مِنْ قُرَيْشٍ، أَوْ زَوَّجَهُ امْرَأَةً ذِمِّيَّةً، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ^٥ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً، فَزَوَّجَهُ ابْنَتَهُ، فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٦.

^١ : إذا زاد في مهرها أكثر مما يتغابن الناس فيه، لأنَّ التقييد عندهما يثبت بدليل العرف. ر: المرجع السابق.

^٢ : زاد في ب: فهو على هذا الاختلاف. وهو الصواب.

وذلك بناءً على أصلهما أنَّ التوكيل يتقيد بالعرف، فلا يجوز إلا فيما يتغابن الناس في مثله. وعلى أصل أبي حنيفة أنَّ التوكيل يجري على إطلاقه. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٣٢، البحر الرائق: ٣ / ٥٧٨.

^٣ : في ب: الرَّجُل.

^٤ : لأنَّ التقييد بدليل العرف، والعرف مشترك هنا، فقد يتزوج الرجل من ليست بكفو له، لأنَّ الكفاءة غير مطلوبة من جانب النساء، فإنَّ نسب الأولاد إلى الآباء، فيبقى مطلق التوكيل عند تعارض دليل العرف. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١١٧.

^٥ : في ب: في قول صاحبيه.

استحساناً، لأنَّ المرء مندوب شرعاً أن يتزوج من يكافئه دون من لا يكافئه، قال ﷺ: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء"، والغالب أنَّ مراده بهذا التوكيل نكاح من يكافئه، لأنَّه غير عاجز بنفسه عن التزوج إذا كان يرضى بمن لا يكافئه. ر: الجامع الصغير: ص / ١٧٥، المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١١٧. والحديث أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، رقم (١٩٦٨)، والذارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، رقم (٣٧٨٨)، والحاكم في المستدرک، كتاب النكاح، رقم (٢٦٨٧) وقال: "هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه". قال المناوي في التيسير: "وفيه ثلاث ضعفاء". وقال ابن حجر في الفتح: أخرجه ابن ماجه، وصححه الحاكم من حديث عائشة مرفوعاً. وأخرجه أبو نعيم من حديث عمر أيضاً، وفي إسناده مقال ويقوى أحد الإسنادين بالآخر. ر: التيسير بشرح الجامع الصغير: ١ / ٤٤٦، فتح الباري: ٩ / ١٥٧، ر: كشف الخفاء: ١ / ٣٤٤.

^٦ : في ب: رجلاً.

^٧ : في ب: لم يجوز بالاتفاق.

لو كانت صغيرة لم يجوز، لأنَّه هو الموجب والقابل، فكان ذلك بمنزلة عقده مع نفسه، وبمطلق التوكيل لا يملك العقد مع نفسه. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١١٨.

وَإِنْ كَانَتْ كَبِيرَةً لَا يُجْوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^١ مِثْلَ الْوَكِيلِ بِالشَّراءِ إِذَا اشْتَرَى مِنْ ابْنِهِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا، بَانَ يُزَوِّجُهُ امْرَأَتَيْنِ، فَزَوَّجَهُ ثَلَاثًا فِي عُقْدَةٍ، جَازَ نِكَاحُ الْاِثْنَتَيْنِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ، وَالْبَيَانُ إِلَى الْوَكِيلِ^٣.

وَلَا يُجْوزُ فِي قَوْلِهِ الْآخِرِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ^٤.

^١: في ب: لم يجوز.

^٢: زاد في ب: وحده.

لأنه بمطلق التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يملك التصرف مع ولده للثمة، فالثمة دليل تقييد المطلق، وعندهما يملك ذلك، فيجوز ذلك إذا رضيت بذلك. المرجع السابق.

^٣: في ب: أبيه. وكلاهما صحيح.

الوكيل بالشراء لا يجوز أن يشتري ممن لا تجوز شهادته له عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز بضمن المثل وما يتغابن فيه. الجوهرة النيرة: ص/ ٢٤١، بدائع الصنائع: ٣١/ ٦.

^٤: في ب: الرجل.

^٥: في ب: جاز الاثنتان.

^٦: في ب: إلى الموكل. وهو الصواب.

وجه قوله الأول: أنه في العقد على إحداهن امتثل أمر الزوج فينفذ عليه ذلك، إذ لا يبعد أن يكون ملك النكاح له في امرأة بغير عينها ويتعين باختياره، كما لو طلق إحدى امرأتيه بغير عينها ثلاثاً. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٢١.

^٧: زاد في ب: "وكذلك إذا وكله بأن يزوجه امرأة، فزوجه امرأتين في عقدة، جازت الواحدة في قول أبي يوسف الأول، والبيان إلى الموكل. ولا يجوز في قوله الآخر، وهو قول أبي حنيفة ومحمد". وهذه الجملة صحيحة كسابقتهما.

ووجه هذا القول: أن عقد النكاح عقد تمليك، فلا يملك إثباته في المجهول ابتداءً، لأنه إن ثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالخطر، فإن الثابت في غير المعنى في الحكم كالتعلق به لخطر البيان، ولا يمكن إثباته في إحداهما بعينها، لأنه ليست إحداهما بأولى من الأخرى، ولا فيها، لأن الموكل لم يرض بنكاح امرأتين. ر: الجامع الصغير: ص/ ١٧٥، المبسوط للسرخسي: ١٩/ ١٢١.

والذي أراه ترجيح هذا القول وأن الزواج لا يقع، للاحتياط في مسائل الأبضاع.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا^١ بِأَنْ يُزَوِّجَهُ امْرَأَةً بِعَيْنِهَا، فَازْتَدَّتْ وَلَحِقَتْ بِدَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ سُيِّتَ فَصَارَتْ أُمَةً^٢، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا^٣ الْوَكِيلُ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِهَا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الْأُمَةُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، وَلَهَا زَوْجٌ، فَشَهِدَ الْمَوْلِيَانِ أَنَّ الزَّوْجَ طَلَّقَهَا، فَإِنْ ادَّعَتِ الْأُمَةُ^٤ الطَّلَاقَ لَا^٥ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَأِنْ لَمْ تَدَّعِ الْأُمَةُ جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٦، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٧، وَلَا رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ.

^١: في ب: الرجل.

^٢: فأسلمت.

^٣: في ب: زوجه. وهو الصواب.

^٤: لأن من أصل أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يتقيد بالحرّة، وكذلك التوكيل في المرأة المعيّنة، فمتى زوّجها منه كان ممثلاً أمره. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٣/١٩.

^٥: في ب: عندهما.

لأن من أصلها أن تسمية المرأة مطلقاً في التوكيل ينصرف إلى الحرّة دون الأمة. المبسوط للسرخسي: ١٢٣/١٩.

^٦: أي شهدا على وكالة زوج أمتهما بالطلاق وأنّ الوكيل قد طلق، أو شهدا على ذلك وأنّ الزوج طلقها بنفسه. المبسوط للسرخسي: ١٢٨/١٩.

^٧: سقط من ب "الأمة".

^٨: في ب: لم.

^٩: في ب: بالاتفاق.

لأنهما يشهدان لها. المبسوط للسرخسي: ١٢٨/١٩.

^{١٠}: لأن أبا يوسف رحمه الله يعتبر الدّعوى والإنكار في شهادة الابن لأبيه، وكذلك في شهادة المولىين لأمتها، ويعتبر أن هذه الشّهادة تقوم بطريق الحسبة، وهذا لأنّ كون الإنسان خصماً في منافاة الشّهادة أبلغ من منفعة له في ذلك، وكلّ أحد خصم فيما هو حقّ الشّرع، ومع ذلك كانت شهادته في ذلك مقبولة كالزّنا ونحو ذلك، فكذلك فيما له فيه منفعة، مع أنّه لا منفعة لهما في المشهود به، لأنّ موجب الطلاق سقوط ملك الزّوج عنها أو حرمة المحلّ عليه، لا انتقال ذلك الملك إلى المولىين، وكذلك إذا سقط ملك الزّوج ظهر ملك المولىين، لفرغ المحلّ عن حقّ الغير، وبهذا لا يمنع قبول الشّهادة، كصاحبي الدّين إذا شهدا للمديون بهال من جنس حقّها على إنسان قبلت الشّهادة، وإن كانا يتمكّنان من استيفاء حقّها إذا قبض المشهود له المال. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٨/١٩.

^{١١}: لأنّه يعتبر المنفعة، ويجعلها في معنى الشّاهدين لأنفسهما، لأنّ ملك البضع يعود إليها بعد طلاق الزّوج، وشهادته لنفسه أو فيما فيه منفعة له لا تكون مقبولة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٨/١٩.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ رَهْطٍ، فَوَكَّلَ أَحَدُهُمْ وَكِيلاً بِإِجَارَةِ نَصِيْبِهِ، فَأَجَرَهَا مِنْ أَحَدِهِمْ^١ جَازَ، وَإِنْ أَجَرَهَا مِنْ غَيْرِهِمْ^٢ لَمْ يَجْزَ.

وَكَذَلِكَ الْأَرْضُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَجَرَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، لَمْ يَجْزَ، وَإِنْ أَجَرَهُ^٣ مِنْ شَرِيْكَهِ جَازَ^٤. وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيْهِ فِي [١٢٩/أ] الْأَحْوَالِ كُلُّهَا.

مَسْأَلَةٌ: الْوَكِيلُ بِالْإِجَارَةِ إِذَا أَجَرَ الْأَرْضَ^٥ بِالْذَّرَاهِمِ أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ أَوْ الْحَيَوَانِ جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٦.

^١: الصَّوَابُ: جَمِيعُهُمْ، لِيَسْتَقِيمَ التَّعْلِيلُ.

^٢: الصَّوَابُ: مِنْ أَحَدِهِمْ أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ، لَمَّا مَرَّ.

^٣: فِي ب: وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ بَيْنَ رَهْطٍ، فَأَجَرَ أَحَدُهُمْ مِنْ أَحَدِهِمْ لَمْ يَجْزَ، وَإِنْ أَجَرَهَا مِنْ جَمِيعِهِمْ جَازَ. وَهُوَ الْأَقْرَبُ لِلصَّوَابِ. قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ: "وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ بَيْنَ رَهْطٍ فَوَكَّلَ أَحَدُهُمْ وَكِيلاً بِإِجَارَةِ نَصِيْبِهِ فَأَجَرَهُ مِنْ جَمِيعِهِمْ جَازَ، وَإِنْ أَجَرَهُ مِنْ أَحَدِهِمْ لَمْ يَجْزَ". الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٣٢/١٩.

لَأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ إِذَا أَجَرَ نَصِيْبَهُ مِنْ جَمِيعِ شُرَكَائِهِ فَهُمْ يَقْدِرُونَ عَلَى الْإِسْتِيفَاءِ كَمَا هُوَ قَضِيَّةُ الْعَقْدِ، وَإِنْ أَجَرَهُ مِنْ أَحَدِهِمْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَمَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ، فَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْعَقْدُ عِنْدَهُ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٤: فِي ب: أَرْضَ.

^٥: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً، وَحِجَّتُهُ: أَنَّ الْمُسْتَأْجَرَ لَا يَقْدِرُ عَلَى اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَمَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ، لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَنُفَعَةٌ نَصِيْبٌ مِنَ الْعَيْنِ شَائِعٍ، وَالْإِسْتِيفَاءُ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/١٩.

^٦: فِي ب: أَجَرَ.

^٧: وَالْجَوَازُ هُنَا بِالْإِتِّفَاقِ، لِتَمَكُّنِ الْمُسْتَأْجَرَ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ كَمَا تَنَاوَلَهُ الْعَقْدُ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/١٩.

^٨: سَقَطَتْ "كُلُّهُ" مِنْ ب، ثُمَّ أُلْحِقَتْ بِالْحَاشِيَةِ مَصْحُوحاً عَلَيْهَا.

^٩: فِي ب: وَفِي قَوْلِهِ يَجُوزُ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا. وَهُوَ الصَّوَابُ. لَهَا: لِأَنَّ بَيْعَ الْمَنُفَعَةِ مُعْتَبَرٌ بِبَيْعِ الْعَيْنِ، فَالشُّيُوعُ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/١٩.

^{١٠}: فِي ب: الدَّارُ وَالْأَرْضُ.

^{١١}: لِأَنَّ التَّوَكِيلَ بِالْإِسْتِجَارِ مُطْلَقٌ، فَمَا اسْتَأْجَرَ بِهِ مِنْ مَكِيلٍ أَوْ مُوزُونٍ بغيرِ عَيْنِهِ فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّهُ اسْتِجَارٌ مُطْلَقٌ. وَقِيلَ هَذَا بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ الْأَوَّلُ فِي الْوَكِيلِ بِالشَّرَاءِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الشَّرَاءَ بِمَكِيلٍ أَوْ مُوزُونٍ بغيرِ عَيْنِهِ، فَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِ الْآخِرُ كَمَا لَا يَمْلِكُ الْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ أَنْ يَشْتَرِيَ إِلَّا بِالنَّقْدِ، فَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ بِالْإِسْتِجَارِ. وَقِيلَ بَلْ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، لِأَنَّ فِي الشَّرَاءِ بِالنَّقْدِ عَرَفاً ظَاهِراً، فَإِذَا=

وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ، إِلَّا بِالْأَرْضِ أَوْ بِالدَّنَانِيرِ^١، أَوْ بِشَيْءٍ مَّا تُخْرِجُ^٢ الْأَرْضُ^٣.

وَإِذَا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِأَنْ يَسْتَأْجِرَ لَهُ، أَرْضًا، فَأَخَذَهَا مُزَارَعَةً، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ لَا يُجِزُ الْمَزَارَعَةَ. وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ^٤. وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ^٥.

مَسْأَلَةٌ: الْوَكِيلُ إِذَا آجَرَ الْأَرْضَ أَوْ الدَّارَ، ثُمَّ أَتَى الْمُسْتَأْجِرَ مِنَ الْأَجْرِ^٦، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ جَارَى فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُضْمَنُ الْوَكِيلُ.

=تَعَذَّرَ حَمْلُ التَّوَكُّلِ عَلَى الْعُمُومِ حَمْلًا عَلَى الْمَتَعَارِفِ، وَلَيْسَ فِي الْأَسْتِجَارِ مِثْلُ ذَلِكَ الْفَرْقِ، فَقَدْ يَكُونُ بِمَكِيلٍ أَوْ مُوزُونٍ بِالنِّسْبَةِ كَمَا يَكُونُ بِالنَّقْدِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٥ / ١٩.

١: فِي ب: وَالدَّنَانِيرِ.

٢: فِي ب: أَوْ بِمَا تُخْرِجُ.

٣: عِنْدَهُمَا الْوَكِيلُ بِالْأَسْتِجَارِ يَمْلِكُ أَخْذَ الْأَرْضِ مُزَارَعَةً، وَذَلِكَ اسْتِجَارَ بَعْضُ مَا تُخْرِجُ الْأَرْضُ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَهَا بِالْأَرْضِ أَوْ بِشَيْءٍ مَّا تُخْرِجُهُ تِلْكَ الْأَرْضُ كَانَ مِمْتَلًا أَمْرَ الْأَمْرِ فَيَجُوزُ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا بِشَيْءٍ مِنَ الْجِرَابِ أَوْ الْمَكِيلِ أَوْ الْمُوزُونِ بَعِينَهُ كَانَ مُخَالَفًا، لِأَنَّهُ لَوْ نَفَّذَ هَذَا التَّصَرُّفَ مِنْهُ خَرَجَ مَلِكُ الْعَيْنِ عَنْ مَلِكِ الْأَمْرِ، وَهُوَ مَأْمُورٌ مِنْ جِهَتِهِ بِإِدْخَالِ الْمَنْفَعَةِ فِي مَلِكِهِ لَا بِنَقْلِ الْمَلِكِ بِشَيْءٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ إِلَى غَيْرِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٥ / ١٩.

٤: سَقَطَ مِنْ ب: لَهُ.

٥: فِي ب: وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

٦: فَأَبُو حَنِيفَةَ لَا يَجِزُ الْمَزَارَعَةَ أَصْلًا، وَهَمَّا يَرِيانُ جَوَازَهَا.

حِجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ: مَارُوي أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ الْمَخَابِرَةِ [الْبَخَارِيِّ، كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ، بَابُ الرَّجُلِ يَكُونُ لَهُ مَرٌّ أَوْ شَرْبٌ فِي حَائِطٍ أَوْ فِي نَخْلٍ (٢٢٥٢)، وَمُسْلِمٌ، كِتَابُ الْبَيْعِ، بَابُ النَّهْيِ عَنِ الْمَحَاقِلَةِ وَالْمَزَابِنَةِ وَعَنِ الْمَخَابِرَةِ، وَبَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بَدْوِ صِلَاحِهَا، وَعَنِ بَيْعِ الْمَعَاوِمَةِ وَهُوَ بَيْعُ السَّنَنِ (١٥٣٦)]، وَلِأَنَّ الْمَزَارَعَةَ اسْتِجَارَ الْأَرْضِ بِجِزَاءٍ مِنَ الْخَارِجِ، فَيَكُونُ فِي مَعْنَى قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَلِأَنَّ الْأَجْرَ مَجْهُولٌ أَوْ مَعْدُومٌ، وَكُلُّ ذَلِكَ مَفْسُدٌ، وَمُعَامَلَةُ النَّبِيِّ ﷺ أَهْلٌ خَيْرٌ كَانَ خَرَجٌ مَقَاسِمَةٌ.

وَلِصَاحِبِيهِ: مَا رُوي أَنَّهُ ﷺ "عَامِلُ أَهْلِ خَيْرٍ عَلَى نِصْفٍ مَا يُخْرِجُ مِنْ تَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ" [أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ، كِتَابُ الْمَزَارَعَةِ، بَابُ الْمَزَارَعَةِ بِالشَّطْرِ وَنَحْوِهِ (٢٢٠٣)، وَمُسْلِمٌ، كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ، بَابُ الْمَسَاقَاةِ، وَالْمُعَامَلَةُ بِجِزَاءٍ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ (١٥٥١)]، وَلِأَنَّهَا عَقْدُ شَرَكَةٍ بَيْنَ الْمَالِ وَالْعَمَلِ فَيَجُوزُ. وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهَا، لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، وَلِظُهُورِ تَعَامُلِ الْأُمَّةِ بِهَا. ر: الْجَامِعُ الصَّغِيرُ: ص / ٤٦٩، اللَّبَابُ شَرَحَ الْكِتَابِ: ص / ٣٧١-٣٧٢، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٥ / ١٩، الْهُدَايَةُ مَعَ فَتَحِ الْقَدِيرِ: ٩ / ٤٧٤-٤٧٥.

٧: فِي ب: مِنَ الْأَرْضِ. =

وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^١.

وَلَوْ كَانَتْ الْبَرَاءَةُ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ. وَكُلَّمَا مَضَتْ الْمُدَّةُ يَغْرُمُ الْوَكِيلَ بِذَلِكَ الْمِقْدَارِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ قِصَاصٌ فَوَكَّلَ الطَّالِبُ وَكِيلًا بِالصُّلْحِ، فَصَالَحَ عَلَى قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ وَكِيلُ الْمَطْلُوبِ، فَزَادَ عَلَى الدِّيَّةِ، فَإِنْ لَمْ يَضْمَنْ يَجُوزُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ ضَمَّنَ يَجُوزُ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، مِثْلَ وَكِيلِ الشِّرَاءِ^٣.

= إن وهب الأجر للمستأجر أو أبرأه منه جاز إن لم يكن شيئاً بعينه ويضمنه للآمر، وإن كان شيئاً بعينه لم يجز إبرأؤه ولا هبته، لأنَّ الغير صار مملوكاً له باستيفاء المنفعة واشتراط التعجيل، فتصرف الوكيل بالهبة يلاقي عيناً هي ملك الغير بغير أمره، فكان باطلاً في غير المعين. المبسوط للسرخسي: ١٣٣/١٩.

^١: في ب: ولا يجوز عند.

^٢: وجه قولها: أنه إنما وجب الأجر بعقد الوكيل عند استيفاء المنفعة ديناً في ذمة المستأجر، فيكون بمنزلة الثمن في البيع، والوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن صحَّ إبرأؤه، وصار ضامناً للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، فهذا مثله. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣٣/١٩.

^٣: في ب: لم يجز عند.

^٤: في ب: ويجوز عند.

^٥: قال صاحب المبسوط: وأما إذا أبرأه عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة فهو على الخلاف الذي عرف في المؤاجر إذا كان مالكا فأبرأ عن جميع الأجر قبل استيفاء المنفعة، وفيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله مذكور في الإجازات. وفي الجوهرية في كتاب الإجازات: قال في الكرخي: إذا وقع عقد الإجارة ولم يشترط تعجيل الأجرة ولم يتسلم ما وقع عليه العقد حتى أبرأ المؤجر المستأجر من الأجرة، أو وهبها له، فإنَّ ذلك لا يجوز عند أبي يوسف عيناً كانت الأجرة أو ديناً، ولا يكون ذلك نقضاً للإجارة؛ لأنَّ الأجرة لا تملك بالعقد، فإذا أبرأ منها أو وهبها فقد أبرأ من حقِّ لم يجب وذلك لا يصح. وإنَّما لم تبطل الإجارة بقبول البراءة، لأنَّها لم تصحَّ، فوجودها وعدمها سواء.

وقال محمد: إذا كانت الأجرة ديناً جاز ذلك، وأما إذا كانت عيناً من الأعيان فوهبها المؤجر المستأجر قبل استيفاء المنافع، إن قبل الهبة بطلت الإجارة، وإن ردَّها لم تبطل، لأنَّ الهبة لا تتمَّ إلا بالقبول، فإذا ردَّها فكأنَّها لم تكن. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣٣/١٩، الجوهرية النيرة: ٣٢٥/١.

^٦: لأنه بمنزلة الوكيل بالبيع، والتوكيل مطلق، فلا يتقيّد بشيء من البدل كما هو مذهبه. المبسوط للسرخسي: ١٤٥/١٩.

^٧: في ب: مثل الوكيل بالشراء في قول أبي حنيفة. =

وَفِي قَوْلِهِمَا^١ فِي هَذَا كَلِّهِ لَا يَجُوزُ عَلَى الْمُوَكَّلِ، إِلَّا بِمَقْدَارٍ^٢ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ فِي شَجَّةٍ، ادَّعَاهُ قِبَلَهُ، فَصَالَحَ الْوَكِيلُ عَلَى الْجَنَائِيَّةِ، فَإِنْ بَرَأَ مِنَ الشَّجَّةِ، لَمْ يَجْزُ^٤، وَإِنْ مَاتَ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ ضَمِنَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْمُوَكَّلِ^٥.

وَإِنْ كَانَ الْوَكِيلُ صَالِحَ عَنِ الشَّجَّةِ وَمَا يَخْدُثُ مِنْهَا إِلَى النَّفْسِ، عَلَى خَمْسِمِئَةٍ، وَالشَّجَّةُ خَطٌّ، ثُمَّ بَرِئَ^٦ مِنَ الشَّجَّةِ^٧، فَإِنَّ الْمَشْجُوجَ يَرُدُّ^٨ تِسْعَةَ أَعْشَارِ الْمَالِ وَنِصْفَ عَشْرِهِ، وَيَسْلَمُ لَهُ نِصْفُ الْعُشْرِ^٩، إِنْ كَانَتِ الشَّجَّةُ مُوَضَّحَةً^{١٠}، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ^{١١}.

= وقد تقدّم أنّ تصرّفه يتقيّد بما يتغابن الناس في مثله، فإذا زاد على ذلك لم يجز على الموكل. وانظر: المرجع السابق.

١: في ب: وفي قول صاحبيه.

٢: في ب: مقدار.

٣: بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء عندهما. المبسوط للسرخسي: ١٩/١٤٥.

٤: في ب: الرجل رجلاً.

٥: في ب: أدعيت. وهو الصواب، ليستقيم المعنى.

٦: في ب: فصالحه.

٧: لأنه حصل مقصود الموكل في إسقاط الموجب للشجة عنه بلفظ الجنائية. المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٢.

٨: لأنه تبين أنّه صالح عن الدّم، فإن اسم الجنائية يتناول النفس وما دونها، وإنّما كان هذا مأموراً بالصّالح عن الشّجّة، فيكون هو في الصّالح عن الدّم متبرّعاً بمنزلة أجنبيّ آخر، فيلزمه المال بالضّمان، ولا يرجع به على الموكل. المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٢.

٩: في ب: على.

١٠: في ب: وبرئ.

١١: في ب: وبرئ من تلك الشّجّة.

١٢: في ب: فإنّه لا يجب على هذا المشجوج أن يردّ.

١٣: في ب: ويسلم نصف العشر.

١٤: المَوْضُحَةُ: بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْوَاوِ وَكَسْرِ الضَّادِ، اسم فاعل من وضع الشيء إذا ظهر، وهي الجرح التي تبدي بياض العظم. أو هي الجراحة التي ترفع اللحم من العظم وتوضّحه. معجم لغة الفقهاء: ١/٤٦٩، عون المعبود: ١٢/٢٠١، تكملة حاشية رد المحتار: ١/١١٨. وموجب موضحة الخطأ خمسمئة درهم، وموجب العمدة القود. المبسوط للسرخسي: ١٤/١٤٦.

١٥: لأنه إنّما جعل الخمسمئة بالصّالح عوضاً عن جميع الدّية، وقد تبين أنّ الواجب كان بعد نصف عشر الدّية، فيمسك من بدل الصّالح حصّة حقّه ويردّ ما بقي منه. ولم يذكر في المبسوط فيه خلافاً. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٣.

وَقَالَا: الصُّلْحُ جَائِزٌ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَلَا يَرُدُّ شَيْئًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا صَلَّحَ مِنَ الدَّمِ [١٢٩/ب] عَلَى عَبْدَيْنِ فَإِذَا أَحَدُهُمَا حُرٌّ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْبَاقِي^٢.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَهُ الْعَبْدُ الْبَاقِي، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ الْآخِرِ^٣.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَهُ الْعَبْدُ الْبَاقِي، وَالزِّيَادَةُ إِلَى تَمَامِ الْأَرْضِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ قَتِيلًا خَطَأً، فَصَالَحَ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ^٥، جَازَ الصُّلْحُ، وَيَرُدُّ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٦ فِي الرِّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ^٧.

^١: في ب: وفي قول صاحبيه.

^٢: له: أَنَّ الصُّلْحَ بِاعْتِبَارِ تَسْمِيَةِ الْبَاقِي صَحِيحٌ، وَتَسْمِيَةُ الْحَرِّ مَعَهُ لَغْوٌ، فَصَارَ ذِكْرُهُ وَالسُّكُوتُ عَنْهُ سَوَاءً، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْمُسَمَّى عَبْدًا وَاحِدًا، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ هُنَاكَ مَعَاوِضَةً بِاعْتِبَارِ مَا وَقَعَتِ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ مِنَ الْعَبْدِ الْبَاقِي، فَلِهَذَا جَعَلْنَا التَّسْمِيَةَ فِي الْعَبْدِ الْآخِرِ لَغْوًا. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٥٥/١٩.

^٣: أي فيما لو كان عبداً. وهو قوله الآخر. وحجة أبي يوسف: أَنَّهُ سَمَّى الْعَبْدَيْنِ، وَقَدْ عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِ أَحَدِهِمَا فَتَجَبَّ قِيَمَتُهُ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، الْجَامِعُ الصَّغِيرُ: ص/١٨٠.

^٤: وهو قول أبي يوسف الأول، وحجته: أَنَّ الْمَصَالِحَ سَمَّى عَبْدَيْنِ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا فَقَدْ تَحَقَّقَ الْغُرْرُ مِنْ جِهَتِهِ، فَيَكُونُ حَقُّ الطَّالِبِ فِي تَمَامِ أَرْضِ الشَّجَّةِ، فَيَأْخُذُ الْعَبْدَ الْبَاقِي وَمَا زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ إِلَى تَمَامِ الشَّجَّةِ بِاعْتِبَارِ الْغُرْرِ، كَمَا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَلَى عَبْدٍ وَاحِدٍ فَظَهَرَ أَنَّهُ حُرٌّ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٥٤/١٩ - ١٥٥.

^٥: فَوَكَّلَ مَوْلَاهُ وَكَيْلًا بِالصُّلْحِ فَصَالَحَ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٥٦/١٩.

^٦: في ب: عشرة آلاف درهم. وهو الصَّوَابُ.

^٧: أي المولى. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٨: في ب: بالاتِّفَاقِ.

لأنَّ بَدَلَ نَفْسِ الْعَبْدِ فِي الْخَطَأِ لَا يَزِيدُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةٌ، فَالزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ أَخْذُ بَغَيْرِ حَقٍّ، فَيُلْزِمُهُ رَدُّهُ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٥٦/١٩. وَالْمَسْأَلَةُ ذَكَرَهَا فِي الْأَصْلِ: ٢٩١/٤.

^٩: وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف رحمه الله أَنَّهُ لَا تَتَقَدَّرُ نَفْسُ الْعَبْدِ بِشَيْءٍ، وَلَكِنْ تَجِبُ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ مَا بُلِغَتْ لَا يُلْزِمُهُ بِهِ شَيْءٌ. الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ: ١٥٦/١٩.

وَلَوْ لَمْ يُقْتَلْ وَلَكِنْ فَقَا عَيْنَهُ، فَصَالَحَ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ^١، جَازَى فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٢.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَنْقُصُ مِنْ خَمْسَةِ آلَافٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ^٣.

وَلَوْ كَانَتْ الشَّجَّةُ مُوَضَّحَةً، يَجُوزُ خَمْسَمِئَةٍ^٤ إِلَّا نِصْفَ دِرْهَمٍ^٥.

وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي^٦ رِوَايَةٍ أُخْرَى أَنَّ النَّفْسَ وَمَا دُونَ النَّفْسِ سَوَاءٌ، يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ، بِمَنْزِلَةِ الصُّلْحِ مِنَ الْمَالِ^٧.

^١: في ب: ستة آلاف. وما في المبسوط موافق لما في "ب".

^٢: زاد في ب: "ولو صالحه على عشرة آلاف نقص منها أحد عشر في قول أبي يوسف". وهو صواب. وجه هذه الرواية: أن بدل الطرف وإن كان لا يتقدر بشيء فعلم أنه لا يكون مساوياً لبذل النفس، وإذا كان بدل نفسه يتقدر بعشرة آلاف إلا عشرة، ينقص من ذلك في بدل العين درهم، فلهذا يسلم له عشرة آلاف إلا أحد عشر درهماً. ووجه الرواية الأولى: ما مر أن بدل النفس أو الطرف من العبد في الجناية لا يتقدر بشيء، بل تجب القيمة بالغة ما بلغت، بمنزلة الجناية على الأموال. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٦-١٥٧.

^٣: لأن بدل عين العبد في الخطأ لا يزداد على خمسة آلاف إلا خمسة، فالزيادة على ذلك أخذ بغير حق. ر: المرجع السابق.

^٤: في ب: شجة.

^٥: زاد في ب: "فصالحه على أكثر من خمسمئة".

^٦: في ب: فإنه يجوز على خمسمئة.

^٧: وهذا على قول محمد، لأنها جناية على العبد فيما دون النفس، وعلى هذه الرواية يسلم له باعتبار الموضحة نصف عشر بدل نفسه، وذلك خمسمئة إلا نصف درهم. المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٧.

^٨: سقط من ب "في".

^٩: كما مر أن بدل الطرف من العبد في الجناية لا يتقدر بشيء، بل تجب القيمة بالغة ما بلغت، بمنزلة الجناية على الأموال. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩/١٥٦.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا وَكَّلَ رَجُلًا بَبَيْعِ جَارِيَةٍ وَقِيمَتُهَا أَلْفٌ، فَبَاعَهَا بِأَلْفٍ، وَالْوَكِيلُ بِالْخِيَارِ، فَزَادَتْ قِيمَتُهَا وَصَارَتْ تُسَاوِي أَلْفَيْنِ، فَأَجَازَ الْبَيْعَ، أَوْ لَمْ يُجِزِ الْبَيْعَ، وَلَكِنْ مَضَتْ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ، جَازَ الْبَيْعُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الْبَيْعُ بَاطِلٌ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا^٢.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ اخْتَارَ الْبَيْعَ لَمْ يُجْزَ، وَلَوْ سَكَتَ حَتَّى مَضَتْ الْأَيَّامُ الثَّلَاثَةُ جَازَ الْبَيْعُ^٣.
وَالِاخْتِلَافُ^٤ ذَكَرَ فِي رِوَايَةِ هِشَامٍ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا وَكَّلَ وَكِيلاً^٦ بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا، فَاشْتَرَاهُ^٧ بِحِنْطَةٍ أَوْ شَعِيرٍ، فَإِنْ كَانَتْ الْحِنْطَةُ وَالشَّعِيرُ بَعِيْنِهِ، فَهُوَ مُحَالِفٌ، وَصَارَ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٨.

^١: في ب: جارية له.

^٢: سقط من ب: "البيع"

^٣: لأنه يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته، فكذا يملك الإمضاء. ر: المبسوط للسرخسي: ١٥٩/١٩.

^٤: لأن عنده لا يملك ابتداء البيع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه، فكذا لا ينفذ بالإجازة، سواء كانت الإجازة بفعله أو بمضي المدة قبل الفسخ، لأن سكوته عن الفسخ حتى مضت المدة بمنزلة الإجازة منه. المبسوط للسرخسي: ١٦٠/١٩.

^٥: في ب: أجاز.

^٦: أي كما قال محمد. ر: المرجع السابق.

^٧: ويجعل كأن حصول الزيادة بعد مضي المدة. المبسوط للسرخسي: ١٦٠/١٩.

^٨: كرر في ب لفظ "الاختلاف".

^٩: مر ذكره.

^{١٠}: في ب: رجلاً.

^{١١}: في ب: فاشترى.

^{١٢}: في ب: أو.

^{١٣}: في ب: والشراء لنفسه بالاتفاق.

لأنه بيع من كل وجه لا شراء. مجمع الضمانات: ٥٤١/١.

وَلَوْ اشْتَرَى بِحِنْطَةٍ مَوْصُوفَةٍ، أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ مَوْصُوفًا^١، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ يَجُوزُ شِرَاؤُهُ لِلْأَمْرِ^٢.

وَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْآخِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا يَكُونُ شِرَاؤُهُ لِنَفْسِهِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا وَكَّلَ رَجُلًا بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ شَيْئًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَاشْتَرَاهُ بِأَقْلٍ، أَوْ وَكَّلَهُ بِأَنْ [١٣٠ / أ] يَبِيعَ^٤ بِأَلْفٍ، فَبَاعَهُ بِأَكْثَرٍ، جَازَ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٥، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ^٦.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا وَكَّلَ رَجُلًا بِأَنْ يَبِيعَ شَيْئًا لَهُ^٧ فِي السُّوقِ، فَبَاعَهُ فِي مَنْزِلِهِ أَوْ فِي قَبِيلَتِهِ مِنَ الْمِصْرِ فِي غَيْرِ السُّوقِ، يَجُوزُ^٨ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٩، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ^{١٠}.

^١: في ب: من المكيل أو الموزون.

^٢: في ب: "فإنَّ في قول زفر يجوز شراؤه للأمر، وهذا قول أبي حنيفة الأول".

لأنَّ المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنًا، فالشراء به كالشراء بالدرهم. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^٣: في ب: "وفي قوله الآخر يكون شراؤه لنفسه، وهو قول صاحبيه".

لأنَّه لما لم يحمل التوكيل في الثمن على العموم، حمل على أحصَّ الخصوص، وهو الشراء بالنقد، فإذا اشترى لغيره كان مشترياً لنفسه.

ر: المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^٤: في ب: يبيعه.

^٥: سقط من ب: الثلاثة.

حجتهم: أنَّه إذا حصل مقصود الأمر وزاد خيراً لم يكن تصرفه خلافاً. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٣٤.

^٦: لأنَّه خالف اللفظ في الفصلين. المرجع السابق.

^٧: في ب: له شيئاً.

^٨: في ب: جاز.

^٩: نصَّ في المبسوط أنَّ هذا قول أبي يوسف، ولم يتعرض لقولهما. وحجَّة هذا القول: أنَّ مقصود الموكل إنَّما هو سعر المصّر لا عين

السُّوق، وقد حصل مقصوده، وإنَّما يراعى من الشُّروط ما يكون مفيداً. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^{١٠}: لأنَّه خالف ما أمره به نصّاً. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ عَبْدًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ، بَاعَ رَجُلٌ^١ نِصْفَهُ بِأَلْفٍ^٢ بَعِيرٍ إِذْنَهُمَا، فَأَجَّازَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ زُفَرٍ لَهُ نِصْفُ الثَّمَنِ، وَيَلْزَمُ الْبَيْعُ فِي نَصِيْبِهِ^٣، وَالْبَيْعُ وَقَعَ عَلَى النَّصِيْبَيْنِ جَمِيعًا.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ جَازَ الْبَيْعُ فِي نَصِيْبِ الَّذِي أَجَّازَ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ، ثُمَّ إِذَا أَجَّازَ الْآخَرُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ^٤ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ^٥. وَإِنْ أَجَّازَا مَعًا، فَالْثَّمَنُ نِصْفَانِ^٦ فِي الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا^٧. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ وَلَهُ الْحَمْدُ وَالْمِنَّةُ^٨.

^١: أي فضولي. ر: المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^٢: في ب: بألف درهم.

^٣: في ب: في نصف نصيبه.

^٤: عند زفر يجوز في النصف نصيبه، ويبقى النصف نصيب الآخر موقوفاً على إجازته، لأنه هكذا يتوقف، وعند الإجازة إنما ينفذ على الوجه الذي يتوقف. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^٥: في ب: إن.

^٦: في ب: فلا شيء له. وهو الصواب، يفسره تعليل قوله. ر: الحاشية التالية.

^٧: عند أبي يوسف يجوز في جميع نصيب المجيز، ويصير عند الإجازة كأنه باشر بيع النصف بنفسه، فينصرف إلى نصيبه خاصة، ولو أراد صاحبه أن يميز بعد ذلك لا تصح إجازته في شيء. المبسوط للسرخسي: ١٩ / ١٦٠.

^٨: في ب: جميعاً.

^٩: في ب: "فالثمن بينهما نصفين". والصواب: فالثمن بينهما نصفان.

^{١٠}: ر: المرجع السابق.

^{١١}: سقطت عبارة: "وبالله التوفيق وله الحمد والمِنَّة" من ب.

كِتَابُ الرَّهْنِ^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْمُزْتَمِنُ اثْنَانِ فَدَفَعَ أَحَدُهُمَا الرَّهْنَ إِلَى صَاحِبِهِ^٢، فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ مَمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، جَازَ دَفْعُهُ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

^١ : الرَّهْنُ فِي اللُّغَةِ: الْحَبْسُ. قَالَ ابْنُ سِيدَه: "الرَّهْنُ: مَا وَضَعَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ مِمَّا يَنْبَغُ مَنْابَ مَا أَخَذَ مِنْهُ". يُقَالُ: رَهَنْتُ فُلَانًا دَارًا رَهْنًا، وَارْتَهَنَ: إِذَا أَخَذَهُ رَهْنًا، وَاجْمَعَ: رُهُونٌ وَرِهَانٌ وَرُهْنٌ بِضَمِّ الْهَاءِ. رَهْنَهُ الشَّيْءَ يَرْهَنُهُ رَهْنًا وَرَهْنَةً عِنْدَهُ كِلَاهُمَا جَعَلَهُ عِنْدَهُ رَهْنًا. قَالَ الْأَصْمَعِيُّ: وَلَا يُقَالُ: "أَرْهَنْتُهُ" وَرَهْنَةً عَنْهُ جَعَلَهُ رَهْنًا بَدَلًا مِنْهُ. وَكُلُّ شَيْءٍ يُحْتَبَسُ بِهِ شَيْءٌ فَهُوَ رَهِينَةٌ وَمُزْتَمِنُهُ. وَارْتَهَنَ مِنْهُ رَهْنًا أَخَذَهُ. وَالرَّهَانُ وَالْمُرَاهَنَةُ: الْمُخَاطَرَةُ. قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: "الرَّهْنُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ هُوَ الشَّيْءُ الْمَلْزَمُ" يُقَالُ: "هَذَا رَاهِنٌ لَكَ" أَيْ دَائِمٌ مَحْبُوسٌ عَلَيْكَ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ وَ﴿كُلُّ أُنثَىٰ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينٌ﴾ أَيْ مُحْتَبَسٌ بِعَمَلِهِ، وَرَهِينَةٌ: مَحْبُوسَةٌ بِكَسْبِهَا. وَكُلُّ شَيْءٍ ثَبَتَ وَدَامَ فَقَدْ رَهَنَ. وَالْمُزْتَمِنُ: الَّذِي يَأْخُذُ الرَّهْنَ. وَالشَّيْءُ مُرْهُونٌ وَرَهِينٌ، وَالْأُنْثَى: رَهِينَةٌ. وَالرَّاهِنُ: الثَّابِتُ. الرَّهْنُ فِي الْإِصْطِلَاحِ: عَقْدٌ وَثِيقَةٌ بِهَالٍ مَشْرُوعٌ لِلتَّوَثُّقِ فِي جَانِبِ الْإِسْتِيفَاءِ، فَالْإِسْتِيفَاءُ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِالْمَالِ وَلِهَذَا كَانَ مُوجِبُهُ ثُبُوتُ يَدِ الْإِسْتِيفَاءِ حَقًّا لِلْمُزْتَمِنِ عِنْدَنَا، لِأَنَّهُ مُوجِبٌ حَقِيقَةُ الْإِسْتِيفَاءِ مَلِكٍ عَيْنِ الْمُسْتَوْفَى وَمَلِكِ الْيَدِ، فَمُوجِبُ الْعَقْدِ الَّذِي هُوَ وَثِيقَةُ الْإِسْتِيفَاءِ بَعْضُ ذَلِكَ وَهُوَ مَلِكُ الْيَدِ.

وَالرَّهْنُ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ وَهُوَ أَمْرٌ بِصِغَةِ الْخَبَرِ، لِأَنَّهُ مُعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاصْكُتُوا﴾ وَعَلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ وَأَدْنَى مَا يَثْبِتُ بِصِغَةِ الْأَمْرِ الْجَوَازَ. وَمِنَ السَّنَةِ حَدِيثُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «اشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا بِنَسِيئَةٍ وَرَهْنَهُ دَرْعَهُ» [أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي صَحِيحِهِ: كِتَابُ الْبَيْعِ، بَابُ شِرَاءِ الْإِمَامِ الْحَوَاتِجَ بِنَفْسِهِ (١٩٩٠)]. وَفِي حَدِيثِ أُسَاءِ بِنْتِ يَزِيدَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «تَوَقَّى وَدَرْعَهُ مَرهُونَ عِنْدَ يَهُودِيٍّ بَوَسَقَ مِنْ شَعِيرٍ» [أَخْرَجَهُ بِغَيْرِ هَذَا اللَّفْظِ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ (٢٧٦٢٨) وَابْنُ مَاجَةَ، كِتَابُ الرَّهُونِ، بَابُ (٢٤٣٨) وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ (٤٦٠)، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، فِي الرَّهْنِ فِي السَّلَامِ (٢٠٠٢١)]. وَفِي هَذَا دَلِيلٌ جَوَازُ الرَّهْنِ فِي كُلِّ مَا هُوَ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ، مَا يَكُونُ مَعْدًّا لِلطَّاعَةِ وَمَا لَا يَكُونُ مَعْدًّا لَهُ فِي ذَلِكَ سِوَاهُ. ر: لِسَانُ الْعَرَبِ: ١٨٨/١٣، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٦٣/٢١، ٦٤.

^٢ : فِي ب: فَوَضَعَ أَحَدُهُمَا عِنْدَ صَاحِبِهِ.

^٣ فِي ب: وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا هَلَكَ بِالْإِتِّفَاقِ.

الْعَدْلَانِ فِي الرَّهْنِ قِيَاسُ الْمُوَدَّعِينَ فِي ذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ قَبْلَهُ أَنَّ الْمُوَدَّعِينَ إِذَا قَبَضُوا الْوَدِيعَةَ ثُمَّ أَوْدَعَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَكَانَ شَيْئًا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْدَعَهَا مَعَ عِلْمِهِ بِأَنَّهُ لَا يَتَهَيَّأُ لَهَا الْاجْتِمَاعُ عَلَى حِفْظِهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَأَطْرَافِ النَّهَارِ، فَقَدْ صَارَ رَاضِيًا بِتَرْكِ أَحَدِهِمَا إِتْيَاَهُ عِنْدَ صَاحِبِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧٩/٢١.

وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ شَيْئًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَالِدَّافِعُ ضَامِنٌ لِنَصِيْبِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.^١

وَأَمَّا الْقَابِضُ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً بِاخْتِلَافِ الْمَذْهَبَيْنِ؛.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَضَعَ الرَّهْنُ عِنْدَ عَدْلٍ لَا يَجُوزُ، وَلَا يَكُونُ رَهْنًا فِي قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ عَلَمَائِنَا.

فَإِنْ سَلَّطَ الرَّاهِنُ الْعَدْلَ عَلَى بَيْعِهِ، فَبَاعَهُ الْعَدْلُ وَوَهَبَ جَمِيعَ الثَّمَنِ أَوْ بَعْضَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، جَازٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَهِيَ مَسْأَلَةٌ كِتَابِ الْبُيُوعِ.^٢

^١: في ب: مما يحتمل.

^٢: في ب: عندهما.

لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مؤتمنٌ فيه. المبسوط للسرخسي: ٧٩ / ٢١. وانظر هذه المسألة في كتاب الوكالة في قوله: "وإذا وكلَّ الرَّجل رجلين بقبضٍ وديعةٍ له عند رجلٍ فقبضاها.."

^٣ في ب: بالاتفاق.

^٤: لما مرَّ أنها لا يملكان التَّهَيُّؤَ في الحفظ فيما يحتمل القسمة عند أبي حنيفة، وعندهما يملكان، ولكن يضمن كلُّ واحدٍ منهما بما دفع لا بما أخذ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مودع المودع فيما أخذ، ومودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة. ر: المرجع السابق، حاشية السُّلَيْبِي على تبين الحقائق: ٨١ / ٦.

^٥: والمراد بالعدل هاهنا: من رضي الرَّاهِنَ والمرتهن بوضع الرَّهن في يده، ورضيا ببيعه الرَّهن عند حلول الأجل، وهو وكيل الرَّاهِن ببيعه. العناية شرح الهداية: ١٩٢ / ١٠.

^٦: في ب: لم يجز.

^٧: في ب: عند.

^٨: أي ولا يجوز في قول أبي يوسف، بمنزلة الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري من الثمن. المبسوط للسرخسي: ٨١ / ٢١. وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: أنَّ الوكيل تصرَّف في خالص حقِّه فينفذ تصرُّفه كما لو كان عاقداً لنفسه. وبيان الوصف في التَّأجيل ظاهر، لأنَّه يؤخِّر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن، والمطالبة حقُّ الوكيل حتَّى ينفرد به على وجه لا يملك أحدٌ عزله عنه، وليس لأحد أن يطالب إلاَّ بأمره، وكذلك الإبراء فإنَّه إسقاط حقِّ القبض، والقبض خالص حقِّه، لأنَّه حكم العقد، وهو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه، وإنَّما يخلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه، والمال هو المقبوض دون الدَّين، والدَّين ليس بهال، فعرفنا أنَّ القبض خالص حقِّه فيصحَّ إسقاطه بالأبراء، ثمَّ يتعدَّى هذا التصرُّف إلى إبطال حقِّ الموكل في المال باعتبار المال، لأنَّه لو قبض =

وَلَوْ أَنَّ الْعَدْلَ بَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، ثُمَّ وَهَبَ الْمَقْبُوضَ كُلَّهُ أَوْ بَعْضَهُ، لَمْ يَجْزُ بِالْإِنْفَاقِ^١.

وَلَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي^٢: "حَطَطْتُ عَنْكَ"، أَوْ قَالَ: "وَهَبْتُ لَكَ مِنَ الثَّمَنِ كَذَا وَكَذَا" فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَى نَفْسِهِ^٣، وَيَغْرُمُ ذَلِكَ الْمِقْدَارَ مِنْ خَالِصِ^٤ مَالِهِ^٥. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ [١٣٠/ب] وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ^٦.

= كان المقبوض ملكه، وقد فات ذلك بإسقاطه فيكون ضامناً له، كالزاهن إذا أعتق المرهون ينفذ تصرفه لمصادفة حقه، ويضمن قيمة المالصة للمرتهن، لأنه أتلفه بتصرفه ملك المالصة.

وقال أبو يوسف: لا يصح شيء من ذلك، أستحسن ذلك وأدع القياس فيه. قال محمد بن مقاتل: وهذا عجب من أبي يوسف، يقول أستحسن والقياس ما قاله، لأن الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فإنه بدل ملكه، وإنما يملك البدل بملك الأصل، فقبضه يتعين ملك الموكل، وإنما يتعين بالقبض ملك من كان مالكا قبله، فالوكيل تصرف في ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه، كما لو قبضه فوهبه منه. ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه، ودليل أن تصرفه ما أمره به أن الوكيل ضامن عندكم، ولا يضمن إلا بخلاف، والدليل على أنه ملك الموكل أن الموكل لو كان هو الذي أبرأه عنه صح، ولو قبضه جاز قبضه، وكذلك لو اشترى به شيئاً أو صالح منه على عين بالثمن صح. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢/٢٠٦-٢٠٧.

^١: في ب: العبد.

^٢: لأن المقبوض بحكم ملك الزاهن مشغول بملك المرتهن، فتصرف العدل فيه بطريق التبرع باطل. المبسوط للسرخسي: ٢١/٨١.

^٣: في ب: المشتري.

^٤: سقط من ب: قال.

^٥: سقط من ب "على نفسه"، وفيها زيادة "وهي مسألة كتاب البيوع".

^٦: في ب: من خاص.

^٧: لأن الحط يلتحق بأصل العقد، ولو حط قبل القبض جاز عليه وصار ضامناً، فكذلك إذا حط بعد القبض يجوز ذلك عليه، وتبين أن قبض ذلك القدر بغير حق، فعليه أن يغرم مثله للمشتري من ماله، والمقبوض سالم للمرتهن، لأن تصرفه صحيح في حق نفسه لا في حق المرتهن، وهذا بخلاف ما إذا أضاف الهبة إلى المقبوض، لأن المقبوض حق غيره فلا تصح هبته، فهاهنا أضاف الهبة إلى الثمن، والثمن بالعقد يجب للوكيل، ولهذا لو وهبه قبل القبض جاز ذلك في حقه، وهذا لأن القبض يقرر الثمن، لأن المقصود يحصل بالقبض، وبحصول المقصود ينتهي حكم الشيء ويتقرر مكان إضافة الهبة إلى الثمن بعد القبض كإضافته إليه قبل القبض فيصح ذلك في حقه. المبسوط للسرخسي: ٢١/٨١.

^٨: لم أعثر على تعليل قول أبي يوسف.

وَإِنْ كَانَ الْعَدْلُ صَغِيرًا لَا يَعْقِلُ^١ وَلَا يُعْبَرُ مَنْطِقًا فَإِنَّ الرَّهْنَ بَاطِلٌ لَا يَجُوزُ، وَلَا يَكُونُ قَبْضُهُ قَبْضًا.

وَإِنْ كَبِرَ^٢ وَبَاعَ الرَّهْنُ جَازَ بَيْعُهُ بِتَسْلِيطِ الرَّاهِنِ عَلَى الْبَيْعِ، وَلَمْ يُذَكَّرْ هَاهُنَا اخْتِلَافُ^٣. وَذَكَرَ الْحَصَّافُ أَنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ كَبِرَ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ارْتَهَنَ الرَّجُلُ عَبْدًا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ وَقَبْضَهُ، ثُمَّ وَهَبَ الْمُرْتَهِنُ الْمَالَ لِلرَّاهِنِ أَوْ أَبْرَأَهُ^٥ مِنْهُ وَلَمْ يَرُدَّ الْعَبْدَ حَتَّى مَاتَ فِي يَدَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَمْنَعَهُ فَإِنَّ فِي الْقِيَاسِ الْمُرْتَهِنَ يَضْمَنُ^٦ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^٧.

^١ : وكذا إذا كان كبيراً لا يعقل . ر: المبسوط للسرخسي: ٨٨ / ٢١.

^٢ : لأنه ليس من أهل اليد إذ هو مميز، وقبض مثله لا يكون معتبراً شرعاً، وما هو المقصود بالقبض لا يحصل بقبضه، فلا يمكن تميم الرهن باعتبار إقامة قبضه مقام قبض المرتهن . المبسوط للسرخسي: ٨٨ / ٢١.

^٣ : في ب: فإن كبر الصبي .

^٤ : في ب: اختلافاً .

لأن الموكَّل ينفرد بالتوكيل، ونفوذ تصرف الوكيل يعتمد علمه به، فإذا باعه بعد ما عقل فقد وجد شرط نفوذ تصرف الموكَّل بعد صحة التسليط، فهو نظير ما لو وكل غائباً ببيع شيء فبلغه وباعه . المبسوط للسرخسي: ٨٨ / ٢١.

^٥ : في ب: وإن كبر .

لأبي حنيفة: أن التسليط كان لغواً، لانعدام الأهلية عنده، فلا يعود بحدوث الأهلية، بخلاف الغائب فهو أهل للتصرف، فيصح تسليطه، وعلمه به شرط، فإذا وجد نفذ تصرفه . المبسوط للسرخسي: ٨٨ / ٢١.

^٦ : في ب: عندهما . لما سبق .

^٧ : في ب: وأبرأه .

^٨ : في ب: يضمن المرتهن .

^٩ : وجه القياس: أن قبض الرهن ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن ويتم ذلك بهلاك الرهن، وصيرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الإبراء، فيلزمه رد المستوفى، ولا يقال: إنما يصير مستوفياً من وقت القبض حتى تعتبر قيمته من ذلك الوقت فيكون بريئاً بعد الاستيفاء، لأن الإبراء بعد الاستيفاء صحيح موجب لرد المستوفى، كالبائع إذا قبض الثمن ثم أبرأ المشتري عن الثمن . ولا وجه لإسقاط الضمان الفائت في مالية الرهن بسبب الإبراء عن الدين، لأن ضمان العقد بالقبض، فيبقى بعد القبض وإن سقط الدين، كما لو استوفى الدين حقيقة، أو اشترى بالدين عيناً، أو صالح منه على عين، أو أحاله على إنسان آخر، بقي ضمان الرهن وإن برئت ذمة الراهن عن الدين . ر: المبسوط للسرخسي: ٩٠ / ٢١.

وَفِي الْاِسْتِحْسَانِ لَا يَضْمَنُ، وَهُوَ قَوْلُ عَلِمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^١.

وَإِذَا قَبِضَتِ الْمَرْأَةُ الرَّهْنَ بِصَدَاقِهَا فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً نَقَدَتْهَا رَجُلٌ صَدَاقَهَا^٢ مُتَطَوِّعًا عَنْ زَوْجِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَإِنَّ نِصْفَ الْمَهْرِ يَرْجِعُ إِلَى الْمُتَطَوِّعِ فِي قَوْلِ عَلِمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.

^١: للاستحسان وجهان: أحدهما: أنَّ ضمان الرَّهْنِ يثبت باعتبار القبض والدين جميعاً، لأنَّه ضمان الاستيفاء، فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار الدين، وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين، والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما فلو أنَّه ردَّ الرهن سقط الضمان، لانعدام القبض مع بقاء الدين، فكذلك إذا أبرأ من الدين يسقط الضمان، لانعدام الدين مع بقاء القبض، وهذا بخلاف ما لو استوفى حقيقة، لأنَّ هناك الدين بالاستيفاء لا يسقط بل يتقرَّر، فإنَّ ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء، وحصول المقصود بالشيء ينهي ويقرِّره، ولهذا جاز الإبراء عن الثمن بعد الاستيفاء، فإذا بقي الدين حكماً بقي ضمان الرهن، وبهلاك الرهن يصير مستوفياً، فتبين أنَّه استوفى مرتين، فيلزمه ردُّ أحدهما، فأما بالإبراء فيسقط الدين، فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٠/٢١ - ٩١.

^٢: في المبسوط: ولو ارتهن المرأة رهناً بصداقها وهو مسمًى بقيمته مثله، ثم أبرأته أو وهبته له ولم يقبضه حتَّى هلك عندها فلا ضمان عليها في الاستحسان، وكذلك لو اختلعت منه قبل أن يدخل بها ثم لم يقبضه حتَّى مات، لأنَّ مقصود الزوج هو براءة ذمته عن الصَّدَاق بالخلع من غير أن يلزمه شيء آخر وقد حصل، وكذلك لو طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا وَقَدْ أBRأته عن الصَّدَاق، ولو لم تبرئه من الصَّدَاق قبل الطلاق ولكن أبرأته من حقها قبل الطلاق أو لم تبرئه حتَّى هلك فلا ضمان عليها فيه، أمَّا إذا أبرأته فلحصول مقصود الزوج، وإذا لم تبرئه فقد حصل مقصود الزوج في النصف بالطلاق قبل الدخول، وإنَّما بقي ضمان الرهن في النصف الذي هو حقها، فبهلاك الرهن يصير مستوفياً ذلك القدر خاصَّة، فلهذا لا يلزمها ردُّ شيء. ولو تزوّجها على غير مهر مسمًى، وأعطائها بمهر المثل رهناً، فمهر المثل في نكاح لا تسمية فيه بمنزلة المسمًى في النكاح الذي فيه تسمية. المبسوط للسرخسي: ٩٢/٢١.

وقال صاحب البحر في كتاب النكاح، باب المهر: إذا لم تقبض المرأة شيئاً من المهر، ثم وهبته كلّ له، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ، فَإِنَّهُ لَا رَجُوعَ لَهُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ، وَفِي الْقِيَاسِ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ، لِأَنَّهُ سَلِمَ لَهُ بِالْإِبْرَاءِ، فَلَا تَبْرَأُ عَمَّا يَسْتَحَقُّهُ بِالطَّلَاقِ. وَوَجْهُ الْاِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ عَيْنٌ مَا يَسْتَحَقُّهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَهُوَ بَرَاءة ذمته عن نصف المهر، وَلَا يَبَالِي بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ عِنْدَ حَصُولِ الْمَقْصُودِ. البحر الرائق: ٣/٢٧٦.

^٣: في ب: ولو أنَّ رجلاً نقد صداق امرأة.

^٤: ولو ارتدَّت قبل الدخول بها رجع المال إلى المتطوِّع. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٥/٢١.

^٥: لأنَّه لم يملكه، فبقي على ملك المتطوِّع، بخلاف ما إذا دفع عنه بأمره فإنَّه يرجع عليه بها أدّى، فيملكه بالضمان. ر: تبين الحقائق:

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ^١ يَرْجِعُ إِلَى الزَّوْجِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ^٢ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَتَقَدَّهُ رَجُلٌ الثَّمَنَ مُتَطَوِّعًا، ثُمَّ رَدَّ الْمُشْتَرِيَ الْعَبْدَ بَعِيْبٍ،
فَإِنَّ الْمُتَطَوِّعَ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ، وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يَرْجِعُ الثَّمَنُ إِلَى الْبَائِعِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ رَجُلٌ^٤ عِنْدَ رَجُلٍ رَهْنًا بِدَيْنٍ، ثُمَّ زَادَ الرَّاهِنُ فِي الرَّهْنِ بِذَلِكَ الدَّيْنِ، فَالزَّيَادَةُ جَائِزَةٌ فِي
قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٥، وَلَا تَجُوزُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ^٦.

^١: في ب: زفر والشافعي. وهو الصواب. ر: حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤٤٦/٣.

^٢: لأن المتطوع أدى عنه، فصار كأدائه بإذنه. تبين الحقائق: ٩٧/٦. والذي أراه ترجيح قول زفر، لأن المتطوع لما ملكه المرأة نيابة
عن الزوج فكأنه ملك الزوج نفسه.

^٣: في ب: اشترى الرجل من الرجل.

^٤: أو استحقَّ العبد. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٥/٢١.

^٥: في ب: بالثمن.

^٦: انظر التعليل السابق.

^٧: في ب: الرجل.

^٨: في ب: زاده.

^٩: عند الأئمة الثلاثة تثبت الزيادة في الرهن في حكم الدين، لأن تراضيها على الزيادة بعد العقد بمنزلة تراضيها عليه عند العقد،
حيث يقسم الدين على قيمة الأصل وقت العقد، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض، وهذا بخلاف ما إذا تبادلا رهناً برهن، فلم يوجد
هناك افتراض منها على ثبوت حكم الرهن فيها جميعاً. توضيحه: أنه بالناس حاجة إلى تصحيح هذه الزيادة، وربما نطق المرتهن
بالابتداء إنه في الرهن وفاء بدينه، ثم ثبت له خلاف ذلك، فلا يرضى برهن لا وفاء فيه، فيحتاج الراهن برد عين آخر ليطمئن قلبه،
والزيادة في الرهن تجوز إن ثبت حكماً، فإن المرهونة إذا ولدت يكون الولد زيادة تثبت في الرهن حكماً فيجوز إثباته أيضاً فضلاً. ر:
الجامع الصغير: ص/٤٨٩، المبسوط للسرخسي: ٩٧/٢١.

^{١٠}: لأنه لا بد من أن يجعل بعض الدين بمقابلة الزيادة ليكون مضموناً به، وذلك متعذر مع بقاء حكم الرهن في الدين الأول لبقاء
القبض، فهو نظير ما لو تبادلا رهناً برهن، وهذا بناء على أصل زفر رحمه الله أن الزيادة في الثمن والبيع لا يثبت ملحقه بأصل العقد.
ر: المبسوط للسرخسي: ٩٦-٩٧/٢١.

وَلَوْ أَنَّ الْمُزْتَمِنَ زَادَهُ فِي الدَّيْنِ عَلَى أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهِ أَيْضًا، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ^١ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ رَهْنًا فَجَنَى جِنَايَةً فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ فَالْفِدَاءُ كُلُّهُ عَلَى الْمُزْتَمِنِ،

^١: أي ليكون الرهن عنده رهناً بهما جميعاً. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٧/٢١.

^٢: في ب: على أن يكون في ذلك الرهن فإنه لا يجوز.

^٣: وهو قول زفر أيضاً، وهو القياس. ووجهه: أن هناك فرق بين الزيادة في الرهن وبين الزيادة في الدين من وجهين: أحدهما: أن الزيادة في الدين تؤدي إلى الشبوع في الرهن، لأن بعض الرهن يفرغ من الدين الأول بثبت فيه ضمان الدين الثاني، ويبقى حكم الأول في البعض مشاعاً، ويثبت فيما يقابل الزيادة مشاعاً، والشبوع في الرهن يمنع صحة الرهن، فأما الزيادة في الرهن فتؤدي إلى الشبوع في الدين، لأن بعض الدين يحول ضمانه من الرهن الأول إلى الثاني، والشبوع في الدين لا يصير، كما لو رهنه بنصف الدين رهناً. ولا يقال: الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد فلا يؤدي إلى الشبوع فيه، لأننا نسلّم هذا، ولكنه مع الالتحاق بأصل العقد تثبت قيمته ملحقة، فهو كما لو رهنه في الابتداء ثوباً بعشرين، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة وذلك لا يجوز، وبه فارق البيع، فالشبوع وتفرّق التسمية لا يؤثر في إفساد البيع.

والثاني: أن الزيادة إنما تصح ملحقة بأصل العقد في المعقود عليه والمعقود به، والدين ليس بمعقود عليه ولا بمعقود به، لأن المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد، والدين كان واجباً قبل عقد الرهن بسببه، ويبقى بعد فسخ الرهن، فلا يملك إثبات الزيادة فيه ملحقة بأصل العقد، فأما الرهن فمعقود عليه، لأنه لم يكن محبوساً قبل عقد الرهن، ولا يبقى محبوساً بعد فسخ عقد الرهن، فالزيادة في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق بأصل العقد. المبسوط للسرخسي: ٩٧/٢١-٩٨.

^٤: وهو استحسان. وجه قول أبي يوسف: أن الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة المبيع مع الثمن، حتى يكون الموهون محبوساً بالدين مضموناً به، كالمبيع بالثمن عن الزيادة في الرهن يجعل ملحقة بأصل العقد، وكذلك الزيادة في الدين، كما في البيع، فإن الزيادة في الثمن والمبيع تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد، وهنا مثله، وكما أن الحاجة تمس إلى الزيادة في الرهن، فقد تمس الحاجة إلى الزيادة في الدين، بأن يكون في مالية الرهن فضلاً على الدين ويحتاج الرهن إلى مال آخر فيأخذه من المرتين ليكون الرهن رهناً بهما، وهذا بخلاف المسلم فيه، فالزيادة في المسلم فيه لا تجوز، وإن كانت تجوز في رأس المال، لأن جواز السلم بخلاف القياس، فإنه بيع المعدوم، وإنما جعل المسلم فيه كالموجود حكماً لحاجة المسلم إليه، والزيادة في رأس المال من حوائج المسلم إليه، فأما الزيادة في المسلم فيه فليس من حوائج المسلم إليه في شيء فلا يظهر هذا العقد فيه، فأما جواز الرهن بالدين فثابت بمقتضى القياس، إذ هو حاجة المدين، والزيادة في الدين من حوائج المدين. المبسوط للسرخسي: ٩٧/٢١. وانظر المسألة في الجامع الصغير: ص/٤٨٩.

وَإِنْ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَلَى الدَّيْنِ^١ فَالْفِدَاءُ عَلَيْهِمَا جَمِيعاً.

فَإِنْ^٢ فَدَى الْمُرْتَهَنُ الْكُلَّ، وَكَانَ الرَّاهِنُ حَاضِراً، فَالْمُرْتَهَنُ مُتَطَوِّعٌ فِي الْفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ الرَّاهِنُ غَائِباً لَا يَكُونُ الْمُرْتَهَنُ^٣ مُتَطَوِّعاً فِي الْفِدَاءِ^٤، وَهُوَ^٥ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي [١٣١/أ] رِوَايَةِ مُحَمَّدٍ^٦.

^١ : كَأَنَّ كَانَ الْعَبْدَ رَهْناً بِأَلْفٍ وَهُوَ يَسَاوِي أَلْفَيْنِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨٢/٢١.

^٢ : الْمُخَاطَبُ بِالذَّفْعِ إِنَّمَا هُوَ الْمَالِكُ، لِأَنَّ فِي الذَّفْعِ تَمْلِيكَ الْعَيْنِ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُهَا مَنْ هُوَ مَالِكٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الذَّفْعَ هُنَا بَدُونِ رِضَا الْمُرْتَهَنِ، فَرُبَّمَا يَكُونُ الْفِدَاءُ أَنْفَعًا لِلْمُرْتَهَنِ، وَحَقُّ الْمُرْتَهَنِ فِي جَنَایَةِ الرَّهْنِ مَرْعِيٌّ؛ فَلِهَذَا يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهَنُ جَمِيعاً، فَإِنْ شَاءَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهَنُ دَفْعَاهُ وَبَطَلَ الرَّهْنُ، حَيْثُ يَدْفَعُ بِالْجَنَایَةِ وَهُوَ مَرهُونٌ، لِأَنَّهُ جَنَى وَهُوَ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَسْتَحَقُّ دَفْعَهُ عَلَى الصَّفَةِ الَّتِي كَانَتْ الْجَنَایَةُ مِنْهُ فِيهَا، فَلِهَذَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ، حَيْثُ يَفُوتَ الْمَلِكُ لَا إِلَى بَدَلٍ. وَإِنْ شَاءَ فَدِيَاهُ بِالْذِّیَّةِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنِّصْفِ، لِأَنَّ نِصْفَهُ مَضمُونٌ، وَنِصْفُهُ أَمَانَةٌ، وَالْفِدَاءُ فِي الْمَضمُونِ عَلَى الْمُرْتَهَنِ، لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَنْتَفِعُ بِهِ، وَقَدْ أَشْرَفَتْ مَالِيَّتُهُ عَلَى الْهَلَاكِ وَبِالْفِدَاءِ يَحْيَا، وَفِيهِ إِیْقَانٌ دِينَ الْمُرْتَهَنِ، وَكَانَ الْفِدَاءُ فِي الْمَضمُونِ عَلَيْهِ لِهَذَا، وَفِي النِّصْفِ الَّذِي هُوَ أَمَانَةٌ عَلَى الرَّاهِنِ، بِمَنْزِلَةِ أَجْرَةِ الطَّبِیبِ وَثَمَنِ الْأَدْوِيَةِ، فَإِنْ فَدِيَاهُ فَقَدْ فَرَّغَ مِنَ الْجَنَایَةِ وَبَقِيَ رَهْناً عَلَى حَالِهِ. ر: السیر الصغیر: ص/١٢٦، المبسوط للسرخسي: ١٨٢/٢١.

^٣ : فِي ب: وَإِنْ.

^٤ : فِي ب: فَإِنْ كَانَ.

^٥ : فَفِدَاؤُهُ جَائِزٌ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى الرَّاهِنِ فِي هَذَا الْفِدَاءِ، وَهُوَ لَا يَكُونُ فِي هَذَا دُونَ أَجْنَبِيٍّ آخَرَ، إِلَّا أَنَّ الْمَجْنَبِيَّ عَلَيْهِ لَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْفِدَاءِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَيُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ مِنَ الْمُرْتَهَنِ، لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ إِصْلَاحَ رَهْنِهِ وَإِحْيَاءَ حَقِّهِ، فَيَكُونُ هُوَ فِي ذَلِكَ كَالْمَالِكِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٢١.

^٦ : سَقَطَ مِنْ ب: الْمُرْتَهَنُ.

^٧ : إِذْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الرَّاهِنِ بِنِصْفِ ذَلِكَ الْفِدَاءِ، وَلَا يَكُونُ الْعَبْدُ بِهِ رَهْناً، لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الزَّیَادَةِ فِي الدَّيْنِ، فَلَا يَثْبُتُ فِي حُكْمِ الرَّهْنِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٢١.

^٨ : فِي ب: وَهَذَا.

^٩ : وَوُجْهَ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الْمُرْتَهَنَ عِنْدَ حُضْرَةِ الرَّاهِنِ مَتَمَكِّنٌ مِنْ اسْتِطْلَاعِ دَائِنِهِ وَالْمُطَالَبَةِ بِالمُسَاعَدَةِ مَعَهُ إِمَّا عَلَى الْفِدَاءِ أَوْ الذَّفْعِ، وَفِي حَالِ غِيَبَةِ الرَّاهِنِ يَعْجِزُ عَنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ مُحْتَاجاً إِلَى الْفِدَاءِ، فَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْفِدَاءِ مُتَطَوِّعاً عِنْدَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٢١.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَىٰ صِدِّ هَذَا، قَالَ: ^٢ إِنْ كَانَ الرَّاهِنُ غَائِبًا يَكُونُ الْمُرْتَهَنُ مُتَطَوِّعًا، وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا لَا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا.

وَقَالَ: ^٣ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعًا يَكُونُ مُتَطَوِّعًا.

^١ : في المبسوط: "وروى زفر". ر: المرجع السابق، وانظر: تبين الحقائق: ٩٣/٦.

^٢ : في ب: في.

^٣ : سقط من ب "قال".

^٤ : في ب: لا يكون. وما في الأصل هو الصواب.

^٥ : وجه هذا القول: أنه في حال غيبة الرّاهن لا حاجة له إلى الفداء، لأنّ المجنيّ عليه لا يخاطبه بالدفع، ولا يتمكّن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الرّاهن، فيكون متبرّعاً في الفداء، أمّا في حال حضرة الرّاهن فالمجنيّ عليه يخاطب بالدفع أو الفداء، ولا يتوصّل المرتهن إلى استدامة يده إلّا بالفداء، فلا يكون متبرّعاً فيه. المبسوط للسرخسي: ١٨٤/٢١.

^٦ : في ب: وفي قولها.

^٧ : سقط من ب: جميعاً.

أي سواء كان الرّاهن غائباً أم حاضراً.

^٨ : لأنّ نصف المهرن أمانة في يد المرتهن كالوديعة، والمودّع إذا فدى الوديعة من الجناية كان متطوعاً، وهذا لأنّه تعيّن التزامه باختياره من غير أن يكون مضطراً إليه ومجبوراً عليه، ففي النّصف الذي هو أمانة ليس للمرتهن ملك العين ولاحقّ استيفاء الدّين من المالّة. المبسوط للسرخسي: ١٨٣/٢١.

ومّا يتعلّق بهذه المسألة: أنّ الرّاهن إن دفع الرّهن والمرتهن غائب فللمرتهن إذا قدم أن يبطل دفعه وأن يفديه، لأنّ في دفعه ضرراً على المرتهن، وليس في فداء المرتهن ضرر على الرّاهن.

وكذلك لو دفعه المرتهن والرّاهن غائب فالمرتهن غير مالك فكان دفعه باطلاً إذا لم يرض به الرّاهن.

فإن فداء الرّاهن والمرتهن غائب فهو جائز، لأنّه بالفداء يظهر ملكه عن الجناية، وليس فيه إبطال شيء من حقّ المرتهن، فإنّه إذا حضر فإنّما أن يساعده على ذلك فيردّ عليه نصف ما فداه به، أو يأبى ذلك فيكون المهرن هالكاً في حقّه ويسقط دينه ولا يرجع عليه الرّاهن بشيء، وإنّما لم يجعل الرّاهن متبرّعاً في الفداء، لأنّه قصد به تطهير ملكه عن الجناية وهو محتاج إلى ذلك فلا يكون متبرّعاً في نصيب المرتهن، كالمعير للرّهن إذا قضى الدّين، ثمّ إن ردّ عليه المرتهن نصف الفداء بقي مرهوناً كما لو فداه به، وإن أبى ذلك فقد خرج من الرّهن، لأنّ المرتهن حين أبى الفداء فقد رضي بإتوائه، فيجعل في حقّه كأنّه هلك، وما توصل الرّاهن إليه إلّا بإل أعطي بمقابلته. فإن قال أحدهما: "أدفع" وقال الآخر: "أفدي" فليس يستقيم ذلك، لأنّه إن قال المرتهن "ادفع" فهو غير مالك، فلا يمكن أن يملك غيره، وإن قال الرّاهن "ادفع" فهو ممنوع من تملكه ببدل يتعلّق به حقّ المرتهن بغير رضاه وهو البيع، فلا يكون ممنوعاً من تملكه لا ببدل يتعلّق به حقّ المرتهن بغير رضاه كان أولى. ر: المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ أَحَدُ الْوَصِيِّينَ لَمْ يَجْزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْوَصَايَا^١.

وَإِذَا كَانَتِ الْوَرَثَةُ صِغَارًا وَكِبَارًا^٢ لَمْ يَجْزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَرْهَنَ مِنْ مَتَاعِهِمْ شَيْئًا بِدَيْنٍ يَسْتَدِينُهُ عَلَيْهِمْ أَوْ عَلَى الصِّغَارِ خَاصَّةً، وَلَمْ يُذَكَّرْ هَاهُنَا اخْتِلَافٌ^٣.

^١: وفي قول أبي يوسف يجوز، وهذا بناء على اختلافهم في أحد الوصيين ينفرد بالتصرف. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢١.

^٢: في كتاب الوصايا: أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف في قول أبي حنيفة ومحمد إلا في أشياء معدودة استحساناً، وهي تجهيز الميت، وشراء ما لا بد منه للصغير، وقضاء الدين، وردّ الوديعة، وتنفيذ الوصية في العين، وقبول الهبة، والخصومة، وإنها لم يجز لأن سبب هذه الولاية التفويض، فلا بد من مراعاة سبب التفويض، وإنها فوّض إليهما حقّ التصرف، وكلّ واحد منهما في هذا السبب بمنزلة شطر العلة، وشطر العلة لا يثبت شيئاً من الحكم، بخلاف الأخوين فالسبب هناك الأخوة، وهي متكاملة في حقّ كلّ واحد منهما، فولاية التصرف للوصي بعد موت الموصي باعتبار اختيار الموصي ورضاه به، وهو إننا رضي برأي المثني، فرأي الواحد لا يكون ك رأي المثني، ومقصوده توفير المنفعة عليه وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رأييهما أظهر، فأشبهت من هذا الوجه الوكالة.

وإنما جازت في تلك الأشياء المعدودة والقياس فيها أن لا ينفرد أحدهما به، لأنّ التجهيز لا يمكن تأخيره، وربما يكون في اشتراط اجتماعهما إلحاق الضرر لا توفير المنفعة عليه، وكذلك شراء ما لا بد للصبي منه فإن ذلك لحاجته فلا يحتمل التأخير، وقضاء الدين، لأنّ صاحب الدين يستبدّ باستيفائه من غير حاجة فيه إلى فعل أو رأي من الوصي، وردّ الوديعة كذلك، والوصية بالعين إذا كانت تخرج من الثلث كذلك، فالوصي له أن يأخذه، فكذلك لأحدهما أن يعينه على ذلك بالتسليم، والخصومة ممّا لا يتحقّق اجتماعهما عليه، وإن حضرا لم يتكلم إلا أحدهما، أما قبول الهبة والصدقة فإنّه لا يستدعي الولاية، فالصبي يقبل بنفسه ومن يعوله وإن كان أجنبياً له أن يقبل الهبة له، فأحد الوصيين بذلك أولى، فأما اقتضاء الدين واسترداد الوديعة فهو على الخلاف.

وجه قول أبي يوسف: أنّ الوصايا تثبت الولاية للوصي في التصرف، وكلّ واحد من الوليّين يتصرّف بانفراده كأنه ليس معه غيره، كالأخوين في النكاح والأبوين، وهذا لأنّ الولاية لا تحتمل التجزئ، وبتكامل السبب في حقّ كلّ واحد منهما بانفراده يثبت الحكم، بخلاف الوكيلين، فإنّ الوكالة إنابة، وإنما جعلها نائبين عنه في التصرف، فلا تثبت الإنابة لكلّ واحد منهما بانفراده. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٨/٢٠-٢١.

^٣: في الأصل: صغار وكبار.

^٤: في ب: لم يكن.

^٥: أو كانوا كباراً محبوسين عن التصرف. المبسوط للسرخسي: ١٠٠/٢١.

^٦: في ب: اختلافاً.

وذلك لأنّه إنما يملك عليهم من التصرف ما يرجع إلى الحفظ، والرهن ليس من ذلك في شيء، فهو بمنزلة بيع العقار. المبسوط

للسرخسي: ١٠٠/٢١.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ هَذَا جَوَابُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ خَاصَّةً، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ، كَمَا قَالَ فِي الْوَصِيِّ إِذَا بَاعَ مَالًا بَيْنَ الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ جَازَ بَيْعُهُ فِي الْكُلِّ.^٢

وَقِيلَ:^٣ إِنَّ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ وَلَيْسَ كَالْبَيْعِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اسْتَدَانَ الْوَصِيُّ لِنَفْسِهِ شَيْئًا، فَرَهَنَ مَتَاعًا لِلْيَتِيمِ^٤ بِذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ.

وَرُوي^٥ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِيَاسِ^٦.

وَكَذَلِكَ الْأَبُ إِذَا رَهَنَ مَالَ الصَّغِيرِ بِدَيْنٍ لِنَفْسِهِ^٧.

^١: سقط من ب: في.

^٢: لَأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ لَهُ الْوَلَايَةُ فِي بَيْعِ الْبَعْضِ ثَبَتَ فِي الْكُلِّ، لِأَنَّ الْوَلَايَةَ بِسَبَبِ الْوَصَايَةِ لَا تَحْتَمِلُ التَّجْزُؤَ، وَهَذَا لِأَنَّ فِي بَيْعِ الْبَعْضِ إِضْرَارًا بِالصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ جَمِيعًا، لَأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ نَصِيبُ الْكَبِيرِ، وَالْأَشْقَاصُ لَا يَشْتَرَى بِهَا يَشْتَرَى بِهِ الْجُلُّ، فَكَانَ فِي بَيْعِ الْكُلِّ تَوْفُّرُ الْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِمْ، وَلِلْوَصِيِّ وَلَايَةُ فِي نَصِيبِ الْكَبِيرِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى تَوْفِيرِ الْمَنْفَعَةِ عَلَيْهِ، لِذَلِكَ فَإِنَّهُ يَمْلِكُ الْحِفْظَ وَبَيْعَ الْمُنْقُولَاتِ حَالِ غَيْبَتِهِ لَمَّا فِيهِ مِنَ الْمَنْفَعَةِ لَهُ. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٤-٣٥/٢٨. ورواية قول ما بصيغة التَّمْرِضِ "قِيلَ" وما شابهها يذكر عندما يكون في الأمر خلاف، وقد يكون لضعف تلك الرواية، ولكن لا يمكن الجزم بضعف القول المحكي. ر: معجم لغة الفقهاء: ص/١٤٦.

^٣: في ب: وقد قيل.

^٤: في ب: ولا.

^٥: في ب: وليس الرهن.

^٦: في ب: دينًا.

^٧: في ب: ورهن متاع اليتيم.

^٨: في ب: وقد روي.

^٩: لَأَنَّهُ صَرَفَ مَالَ الْيَتِيمِ إِلَى مَنْفَعَةِ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ، وَلَيْسَ لِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ ذَلِكَ، فَكَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمَا أَنْ يَقْضِيَا دَيْنَهَا بِمَالِ الصَّغِيرِ، فَكَذَلِكَ لَا يَكُونُ لَهُمَا أَنْ يَرْهِنَا مَتَاعَ الْيَتِيمِ بِدَيْنِهَا. ر: المبسوط للسرخسي: ١٠٢/٢١.

^{١٠}: في ب: أو المفاوض. وما في الأصل هو الصواب.

حِجَّةُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ: أَنَّ لِلْأَبِ وَالْوَصِيِّ أَنْ يَدْعَا مَالَ الصَّغِيرِ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ، وَالْمَنْفَعَةُ لِلصَّغِيرِ فِي الرَّهْنِ أَظْهَرَ مِنْهُ فِي الْإِدَاعِ، لَأَنَّهُ فِي الْإِدَاعِ إِذَا هَلَكَ بَطُلَ حَقُّ الصَّغِيرِ، وَفِي الرَّهْنِ إِذَا هَلَكَ صَارَ الْمُرْتَهَنُ مُسْتَوْفِيًا لَدَيْنِهِ، وَكَانَا ضَامِنِينَ لِلصَّغِيرِ مَالِيَّةَ الرَّهْنِ، =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الرَّجُلُ مِئَةَ شَاةٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَضَاهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ، فَأَرَادَ أَنْ يَقْبِضَ شَاةً مِنْهُ^١، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

فَلَوْ أَنَّهُ رَهَنَ مِئَةَ شَاةٍ، كُلَّ شَاةٍ بِعَشْرَةٍ^٢، ثُمَّ قَضَاهُ^٣ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ، فَأَرَادَ أَنْ يَقْبِضَ مِنْهَا شَاةً، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا رَهَنَ ثَوْبَيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِكَذَا^٤.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الزِّيَادَاتِ: إِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الْوَاحِدَةَ^٥. وَقَالَ^٦: هَذَا الَّذِي^٧ قَالَ هَاهُنَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَتِلْكَ الرِّوَايَةُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ^٨.

= وهذا بخلاف حقيقة الإيفاء، لأنّه إخراج ملك الدّين من ملك الصّغير بغير عوض يدخل في ملكه بمقابلته في الحال فلا ينفذ منها، فأما بالرّهن فلا تخرج العين عن ملكه، ولكن يتعيّن حافظ يحفظها وهو المرتهن، فهو كالإيداع من هذا الوجه. المبسوط للسرّحسيّ: ١٠٢/٢١.

^١: في ب: وأراد.

^٢: في ب: منها. وهي الأصحّ.

^٣: في ب: لم يكن.

^٤: لأنّ العقد منفعة واحدة، وكلّ جزء ممّا يتناوله العقد يكون محبوساً بجميع الدّين، فما لم يقض جميع الدّين لا ينعدم المعنى المثبت بحق الجنس في شيء من الرّهن. المبسوط للسرّحسيّ: ١١٠/٢١.

^٥: في ب: ولو.

^٦: في ب: بعشرة دراهم.

^٧: في ب: قضاها منها.

^٨: في ب: كلّ واحد بكذا وكذا.

وكذا إذا رهن عدلاً زطياً بألف درهم أو بمئة شاة أو عشرة من الإبل. المبسوط للسرّحسيّ: ١٠٩/.

^٩: سقط من ب: إنّ.

^{١٠}: في ب: الواحد.

^{١١}: قائل ذلك هو الحاكم. ر: المرجع السابق.

^{١٢}: في ب: ويقال: الذي.

^{١٣}: لكن كان أبو بكر الرّازي ينكر ما ذكره الحاكم ويقول: قد ذكر ابن سماعه في نوادره عن محمد مثل ما أجاب به في كتاب الرّهن. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الرَّجُلُ أَرْضًا وَنَخَلَ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَقِيمَةُ الْأَرْضِ خَمْسُمِئَةٍ، وَقِيمَةُ النَّخْلِ خَمْسُمِئَةٍ، فَاحْتَرَقَ النَّخْلُ، فَلَا أَرْضَ رَهْنٌ بِخَمْسِمِئَةٍ، وَسَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسُمِئَةٌ^١.

فَإِنْ نَبَتَ فِي^٢ الْأَرْضِ نَخْلٌ تَسَاوَى خَمْسُمِئَةٍ فَإِنَّ هَذِهِ [١٣١/ب] الْأَرْضَ وَالنَّخْلَ رَهْنٌ بِثُلَاثِي الدَّيْنِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَنْبَتَ النَّخْلُ مِنْ عُروِقِ الْأَوَّلِ^٣ أَوْ مِنْ الْأَرْضِ.

= والصحيح أن المسألة على روايتين: وجه هذه الرواية ظاهر فإن المرهون محبوس بالدين، كالمبيع بالثمن، ثم في البيع لا فرق في حكم الحبس بين فصل الثمن والإجمال، حتى إنه إذا اشترى شاتين بعشرة فنقده عشرة لم يكن له أن يقبض واحدة منها، وكذلك في الرهن. فأما وجه الرواية في الزيادات: فإنها تفرق القيمة بتفرق الصفقة في الرهن، بدليل أنه لو رهن عبداً بألف درهم كل نصف بخمسمئة لا يجوز، ولو رهن عبداً من رجلين نصفه من كل واحد منهما بدينه لا يجوز، بخلاف حال الإجمال، فعرفنا أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق الثمن، فكذلك رهن كل شاة بعقد على حدة، بخلاف البيع، فهناك بتفرق التسمية لا بتفرق الصفقة، بدليل أنه لو باعه عبيدين بألف كل واحد منهما بخمسمئة فقبل العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حال الإجمال، وهذا لأن البيع عقد تمليك، والهلاك قبل القبض مبطل للبيع، فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى إلى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه، بخلاف الرهن، فإن بالهلاك ينتهي حكم الرهن بحصول المقصود به، كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن، فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك إلى تفرق الصفقة، لأن أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن منه.

فإن قيل "هذا في حال الإجمال موجود" قلنا "نعم" ولكن في حال الإجمال حصّة كل شاة من الدين غير معلوم متعين، فأما عند التفصيل فما رهن به كل شاة معلوم بالتسمية، فهذا يمكن انفكاك البعض بقضاء بعض الدين به. المبسوط للسرخسي: ١١٠/٢١.

^١: لأن ضمان الرهن ضمان قبض، والأوصاف تفرد بالقبض فتفرد بالضمان، فلهذا سقط بذهاب النخل نصف الدين إذا كانت قيمتهما سواء.

وهذا بخلاف البيع، فإن ضمان البيع ضمان عقد، والنخل في العقد تبع، وبهلاكه لا يسقط شيء من الثمن. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٣/٢١-١١٤.

^٢: في ب: نبت من.

^٣: في ب: فإن هذا النخل والأرض.

^٤: لأن الثابت زيادة في الأرض فيصير هو كالموجود في أن حكم الرهن ثبت في كل واحد منهما معاً، وتبين أن الدين ينقسم على قيمة الأرض وقيمة الثابت والذي احترق، والقيم سواء، كأنما سقط بذهاب ما احترق حصتها، وهو ثلث الدين. المبسوط للسرخسي: ١١٤/٢١.

^٥: في ب: من العروق الأولى.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ إِنْ نَبَتَ مِنْ عُروِقِ الْأَوَّلِ، يَكُونُ الْأَرْضُ وَالنَّخْلُ رَهْنًا بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الدِّينِ^١،
وَإِنْ نَبَتَ^٢ مِنَ الْأَرْضِ يَكُونُ رَهْنًا بِنِصْفِ الدِّينِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الرَّجُلُ قَلْبَ فِضَّةٍ وَزَنُّهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةٍ، أَوْ أَكْثَرَ مِنْ عَشْرَةٍ، أَوْ عَشْرَةً^٤. وَكُلُّ وَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَهْلِكَ^٥ أَوْ يَنْكَسِرَ.

فَلَوْ كَانَ وَزْنُ الْقَلْبِ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ، فَهُوَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجُهٍ: إِمَّا أَنْ تَكُونَ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ وَالْوِزْنِ، أَوْ
مِثْلَ الدِّينِ وَالْوِزْنِ، أَوْ أَقَلَّ مِنَ الْوِزْنِ وَأَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ، أَوْ مِثْلَ الدِّينِ وَأَقَلَّ مِنَ الْوِزْنِ، أَوْ مِثْلَ الْوِزْنِ وَأَقَلَّ
مِنَ الدِّينِ^٦. ثُمَّ كُلُّ وَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَهْلِكَ أَوْ يَنْكَسِرَ، فَذَلِكَ عَشْرَةُ أَوْجُهٍ.

^١: في ب: إن نبت النخل من العروق الأولى.

^٢: لأنَّ النَّابِتَ إِذَا كَانَ فِيهِ عُرُوقٌ فَاحْتَرَقَتْ فَهُوَ زِيَادَةٌ فِي النَّخِيلِ خَاصَّةً، فَيُقَسَّمُ الدِّينُ أَوَّلًا عَلَى قِيَمَةِ الْأَرْضِ وَقِيَمَةِ النَّخِيلِ الْمَوْجُودِ
عِنْدَ الْعَقْدِ نِصْفَيْنِ، ثُمَّ تَقْسَمُ حَصَّةُ النَّخِيلِ عَلَى قِيَمَتِهَا وَقِيَمَةِ النَّابِتِ نِصْفًا، فَسَقَطَ بِاحْتِرَاقِ النَّخِيلِ الْمَوْجُودَةِ رُبْعُ الدِّينِ، بِمَنْزِلَةِ
الْجَارِيَتَيْنِ إِذَا وَلَدَتَا إِحْدَاهُمَا ثُمَّ مَاتَتِ الْأُمُّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٤ / ٢١.

^٣: في ب: وإن نبت.

^٤: إِذَا نَبَتِ النَّخِيلُ مِنَ الْأَرْضِ كَانَ زِيَادَةٌ فِي الْأَرْضِ دُونَ النَّخِيلِ، فَبِاحْتِرَاقِ النَّخِيلِ سَقَطَ مَا كَانَ فِيهَا وَهُوَ نِصْفُ الدِّينِ، وَالنِّصْفُ
الْبَاقِي حَصَّةُ الْأَرْضِ يَنْقَسِمُ عَلَيْهَا وَعَلَى النَّخِيلِ النَّابِتِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٤ / ٢١.

^٥: عنوان في ب: مسائل القلب.

^٦: في ب: قيمته.

^٧: في ب: أو مثلها.

^٨: في ب: وإمّا أن.

^٩: ذكر في ب الأوجه الخمسة كما يلي: إمّا أن تكون قيمته أكثر من الدين والوزن، أو مثل الوزن، أو أقل من الوزن، أو أكثر من
الدين، أو مثل الدين، أو أقل من الدين.

وَإِنْ كَانَ وَزْنُ الْقَلْبِ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ فَهُوَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْجِهٍ: إِمَّا أَنْ تَكُونَ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ وَالْوَزْنِ، أَوْ مِثْلُ الدِّينِ وَأَكْثَرُ مِنَ الْوَزْنِ، أَوْ مِثْلُ الْوَزْنِ وَأَكْثَرُ مِنَ الدِّينِ، أَوْ أَكْثَرُ مِنَ الْوَزْنِ وَأَقَلَّ مِنَ الدِّينِ، أَوْ أَكْثَرُ مِنَ الْوَزْنِ وَأَكْثَرُ مِنَ الدِّينِ.^١ ثُمَّ كُلُّ وَجْهِ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَهْلِكَ أَوْ يَنْكَسِرَ. فَذَلِكَ عَشْرَةُ أَوْجِهٍ، فَصَارَ فِي الْجُمْلَةِ سِتَّةً وَعِشْرُونَ وَجْهًا:

فَأَمَّا إِنْ كَانَ وَزْنُهُ عَشْرَةً وَقِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ عَشْرَةٍ، فَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ الْمُزْتَمِنُ قِيَمَتَهُ مَصْغُوعًا مِنَ الذَّهَبِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٢، وَالْمَكْسُورُ لِلْمُزْتَمِنِ. فَإِنْ هَلَكَ فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَهْلِكُ بِالدِّينِ^٣.

^١: في ب: وزن الرهن.

^٢: الأوجه الخمسة كما في ب: إِمَّا أَنْ تَكُونَ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ وَالْوَزْنِ، أَوْ مِثْلُ الْوَزْنِ، أَوْ أَكْثَرُ مِنَ الْوَزْنِ، أَوْ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ، أَوْ مِثْلُ الدِّينِ، أَوْ أَكْثَرُ مِنَ الدِّينِ.

^٣: في ب: وكل.

^٤: في ب: إِمَّا أَنْ يَنْكَسِرَ الْقَلْبُ أَوْ يَهْلِكَ.

^٥: في ب: فصارت الجملة ستة وعشرين.

^٦: في ب: أمّا إذا كان وزنه عشرة، فإن كانت قيمته أقل من عشرة.

^٧: في ب: بالاتفاق.

عند أبي حنيفة وأبي يوسف ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء يكون من المالية، ومالية القلب باعتبار وزنه، والوزن قائم بعد الانكسار من كل وجه، فلا يمكن جعل المرتهن مستوفياً. وعند محمد حالة الانكسار معتبرة بحالة الهلاك، وفي حالة الهلاك عنده في هذا الفصل القلب مضمون بالقيمة دون الدين. ر: المبسوط للرخسي: ١١٧/٢١ - ١١٨.

^٨: في ب: وإن.

^٩: عند أبي حنيفة ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء يكون بالوزن، وفي القلب وفاء بالدين، فيجعل مستوفياً كمال حقه، فإنه لما قبض الرهن مع علمه بهلاك الرهن يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن، فكأنه رضي بدون حقه في الجودة. ر: المبسوط للرخسي: ١١٧/٢١.

وَقَالَا^١: يَغْرَمُ^٢ قِيمَتُهُ^٣، فَيَكُونُ^٤ رَهْنًا مَكَانَهُ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ عَشْرَةً فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ^٥ بِالدَّيْنِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٦،

^١: في ب: وفي قول صاحبيه.

^٢: في ب: يغرم المرتهن.

^٣: والقيمة ينبغي أن تكون من خلاف جنسه كيلا يؤدي إلى الربا، ولا يسقط شيء من الدين، لأنه لا يمكن أن يجعل مستوفياً قدر قيمته من الدين، فإن استيفاء العشرة بثمانية رباً، ولا يمكن أن يجعل مستوفياً لجميع دينه باعتبار الوزن، لأن فيه اعتبار حق المرتهن في الجودة، وكما يجب مراعاة حقه في الوزن يجب مراعاة حقه في الجودة، فالزاهن لو أراد قضاء دينه بها هو دون حقه في الجودة لا يملك ذلك بغير رضا المرتهن، فإذا تعذر جعله مستوفياً يجعل كالمقبوض بغير إذن المالك فيكون مضموناً بالقيمة على القابض إذا هلك. ر:

المبسوط للسرخسي: ١١٧/٢١.

^٤: في ب: ويكون.

^٥: في ب: يهلك.

^٦: سقط من ب: جميعاً.

لأن في وزنه وقيمه وفاء بالدين، فيصير المرتهن مستوفياً كمال حقه بهلاكه. المبسوط للسرخسي: ١١٥/٢١-١١٦.

وَإِنْ انْكَسَرَ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ الْمُرْتَهَنُ قِيَمَتَهُ، وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ.^١

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ الرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ جَعَلَهُ [١٣٢/أ] بِالذَّيْنِ، وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ.^٢

^١ : إِنْ شَاءَ مِنْ جِنْسِهِ وَإِنْ شَاءَ مِنْ خِلَافِ جِنْسِهِ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ فِيهِ الرِّبَا. وَذَلِكَ لَمَّا مَرَّ مِنْ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَبَا يُوسُفَ اعْتَبَرَا ضَمَانَ الرَّهْنِ ضَمَانَ اسْتِيفَاءٍ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَكُونُ مِنَ الْمَالِيَّةِ، وَمَالِيَّةُ الْقَلْبِ بِاعْتِبَارِ وَزْنِهِ، وَالْوِزْنُ قَائِمٌ بَعْدَ الْإِنْكَسَارِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَلَا يُمْكِنُ جَعْلُ الْمُرْتَهَنِ مُسْتَوْفِيًّا رَضِيَ بِهِ الرَّاهِنُ أَوْ لَمْ يَرْضَ، لِأَنَّ عِنْدَ تَسْلِيمِ الرَّاهِنِ الْمَكْسُورِ لِلْمُرْتَهَنِ لَا بَدَّ مِنَ الْقَبُولِ، لِأَنَّ الْمُرْتَهَنَ يَمْتَلِكُ الْمَكْسُورَ وَذَلِكَ لَيْسَ مِنْ حُكْمِ ضَمَانِ الْإِسْتِيفَاءِ إِذَا لَمْ يَهْلِكِ الرَّهْنُ لَا يَمْلِكُ الْمُرْتَهَنُ الْمَرْهُونَ بِهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ عَبْدًا كَانَ كَفَنَهُ عَلَى الرَّاهِنِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ جَعَلَ الْمُرْتَهَنَ مُسْتَوْفِيًّا قُلْنَا: الرَّاهِنُ مَا رَضِيَ بِقَبْضِهِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًّا عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ كَمَا قَبِضَ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًّا بِقَبْضِهِ بَدُونِ هَذَا الشَّرْطِ، فَالْقَلْبُ فِي هَذِهِ الْحَالِ كَالْمَقْبُوضِ بَغَيْرِ رِضَاهِ وَهُوَ الْمَغْصُوبُ، فَيَكُونُ مَضمُونًا بِقِيَمَتِهِ، وَيُخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمَكْسُورَ وَلَا يَبِيعَهُ بَشْيَءٍ، وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَهُ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُ الْمَكْسُورَ بِضَمَانَ الْقِيَمَةِ، وَهَذَا تَبَيَّنَ أَنَّ لَا نَثْبَ ضَمَانَيْنِ بِاعْتِبَارِ قَبْضٍ وَاحِدٍ وَلَكِنْ بِاعْتِبَارِ قَبْضَيْنِ، مَعْنَاهُ: أَحَدُهُمَا قَبْضُ بَرِّضِ الْمَالِكِ، وَالْآخَرُ قَبْضُ بَغَيْرِ رِضَاهِ، وَكَالوَاحِدِ مِنْهُمَا يُعْتَبَرُ فِي حَالَةٍ أُخْرَى.

وَرَوَى أَصْحَابُ الْإِمْلَاءِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الرَّاهِنَ يُجْبِرُ عَلَى افْتِكَكِ اقْتِضَاءِ جَمِيعِ الدَّيْنِ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَضْمَنَ الْمُرْتَهَنَ شَيْئًا.

وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا يَضْمَنُهُ الْمُرْتَهَنُ شَيْئًا، لِأَنَّ الْقَبْضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ يُوجِبُ ضَمَانَ الْإِسْتِيفَاءِ فَقَطْ، وَالِاسْتِيفَاءُ يَكُونُ مِنَ الْمَالِيَّةِ، وَهُوَ بِاعْتِبَارِ الْوِزْنِ، وَلَمْ يَفْتِ شَيْءٌ بِالْإِنْكَسَارِ مِنَ الْوِزْنِ إِنَّمَا فَاتَتْ الصَّفَقَةُ، وَلَا قِيَمَةُ لِلصَّفَقَةِ فِي مَالِ الرَّبَا عِنْدَ الْمَقَابَلَةِ بِجِنْسِهَا، وَمَا لَا قِيَمَةَ لَهُ لَا يَكُونُ مَضمُونًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ، وَفَوَاتِهِ لَا يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ وَلَا يَثْبِتُ الْخِيَارَ لِلرَّاهِنِ، كَفَوَاتِ الزِّيَادَةِ إِذَا لَمْ يَتِمَّ بَحْدُوثُهَا نَقْصَانٌ فِي الْأَصْلِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٦/٢١ - ١١٧.

^٢ : إِلَى أَنْ يَحُلَّ أَجَلَ الدَّيْنِ، ثُمَّ يَسْتَوْفِيهِ ضَامِنٌ حَقَّهُ وَالْمَكْسُورَ مَمْلُوكٌ لَهُ بِالضَّمَانِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٦/٢١.

^٣ : إِنْ شَاءَ سَلَّمَ الْمَكْسُورَ لِلْمُرْتَهَنِ بَدِينَهُ وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بَعْضَ الدَّيْنِ.

الْأَصْلُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ حَالَةَ الْإِنْكَسَارِ مَعْتَبَرَةٌ بِحَالَةِ الْهَلَاكِ، وَالْقَلْبُ عِنْدَ الْهَلَاكِ فِي هَذَا الْفَصْلِ مَضمُونٌ بِالذَّيْنِ دُونَ الْقِيَمَةِ، فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْإِنْكَسَارِ، لِأَنَّ ضَمَانَ الْقِيَمَةِ يُوجِبُ الْمَلِكَ فِي الْمَضمُونِ لِلضَّمَانِ، وَضَمَانُ الدَّيْنِ لَا يُوجِبُ ذَلِكَ، وَسَبَبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الضَّمَانَيْنِ الْقَبْضُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِشَيْءٍ وَاحِدٍ ضَمَانَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَعِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا لَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ الثَّابِتُ أَحَدَهُمَا، وَبِالْإِجْمَاعِ فِي حَالَةِ الْهَلَاكِ الْقَلْبُ مَضمُونٌ بِالذَّيْنِ هُنَا فَكَذَلِكَ فِي حَالَةِ الْإِنْكَسَارِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَبِيعَ لَمَّا كَانَ مَضمُونًا بِالثَّمَنِ اسْتَوَى فِيهِ حَالَةُ الْهَلَاكِ وَحَالَةُ الْإِنْكَسَارِ، وَالْمَغْصُوبُ لَمَّا كَانَ مَضمُونًا بِالْقِيَمَةِ اسْتَوَى فِيهِ حَالَةُ الْهَلَاكِ وَحَالَةُ الْإِنْكَسَارِ فَهَذِهِ مِثْلُهُ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْهَلَاكِ يَتِمُّ الْإِسْتِيفَاءُ حُكْمًا مِنَ الْوِزْنِ، لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ يَكُونُ مِنَ الْمَالِيَّةِ، وَالْمَالِيَّةُ فِي مَالِ الرَّبَا عِنْدَ الْمَقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ يَكُونُ بِقَدْرِ الْوِزْنِ وَالْكَيْلِ، فَأَمَّا عِنْدَ الْإِنْكَسَارِ فَلَا يَتِمُّ الْإِسْتِيفَاءُ لِبَقَاءِ الْوِزْنِ، وَلَكِنَّهُ يَتَخَيَّرُ الرَّاهِنُ: إِنْ شَاءَ سَلَّمَ الْمَكْسُورَ لِلْمُرْتَهَنِ وَجَعَلَهُ فِي حُكْمِ الْهَلَاكِ فَيَتِمُّ الْإِسْتِيفَاءُ، وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، كَمَا إِذَا انْكَسَرَ الْقَلْبُ الْمَبِيعَ يُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُؤَدِّيَ جَمِيعَ الثَّمَنِ، وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ الْمَبِيعَ وَيَجْعَلَهُ فِي حُكْمِ الْمُسْتَهْلَكِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينِ، وَهُوَ اثْنِي عَشَرَ^١، فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ بِمَا فِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَإِنْ انْكَسَرَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ^٢، وَتَكُونُ الْقِيَمَةُ رَهْنًا مَكَانَهُ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ الْمُرْتَهِنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ، وَتَكُونُ الْقِيَمَةُ مَعَ سُدُسِ الْقَلْبِ رَهْنًا، وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ^٣ يَصِيرُ لِلْمُرْتَهِنِ^٤.

^١ : زاد في ب: درهماً.

^٢ : في ب: بالاتفاق.

فتكون تلك الزيادة أمانة، ويصير مستوفياً كمال حقه. المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢١.

اعتباراً للوزن عنده، وصرفاً للأمانة إلى الجودة والمضمون إلى الوزن عند محمد، وعند أبي يوسف وإن كان يصرف الضمان والأمانة إلى الوزن والجودة لكن صار مستوفياً بقدر المضمون منها والباقي منها أمانة. تبين الحقائق: ٦/ ٧٥.

وذكر ابن سعاة أن في قياس قول أبي يوسف يضمنه المرتهن قيمة خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه ولا يسقط شيء من الدين، لأنه لا يمكن أن يجعل مستوفياً دينه بجميع القلب، فإن من أصله أن الجودة لا تفصل عن الأصل في حكم الضمان، وفي هذا إبطال حق الراهن عن الجودة، فكما يراعى حق المرتهن في الجودة فكذلك يراعى حق الراهن، ولا يمكن أن يجعل مستوفياً دينه بما يساوي عشرة من القلب، وهو خمسة أسداسه، لأن وزن ذلك ثمانية وثلاث، واستيفاء العشرة بثمانية وثلاث يكون ربا، فإذا تغير الاستيفاء قلنا يضمن خمسة أسداس القلب من خلاف جنسه ويكون مرهوناً بالدين. ولكن الأول أصح، لما بينا أن زيادة الجودة لا تكون أعلى من زيادة الوزن، والمرتحن آمن في تلك الزيادة، فهلاكها في يده كهلاكها في يد الراهن. المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢١.

^٣ : في ب: جميع قيمته.

^٤ : لأن من أصله أن المعتبر هو الوزن، والصيغة تبع للوزن، وليس للوزن هنا فضل على الدين فكان كله مضموناً بالدين، وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الأصل، فمن ضرورة كون الأصل كله مضموناً أن تكون الجودة كلها مضمونة، وحالة الانكسار ليست بحالة استيفاء الدين عنده فيكون ضامناً جميع القيمة من خلاف جنسه، كما في المغصوب. وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله مثل هذه. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢١.

^٥ : في ب: رهناً بالدين.

^٦ : في ب: أسداس القلب.

^٧ : لأن من أصل أبي يوسف أن الضمان والأمان تبع في الوزن والجودة، لأن الجودة والصناعة لها حكم المالية مع الأصل، ولهذا يعتبر من القلب في القلب الموصى به، ولو باع الوصي قلب البيت بمثل وزنه لا يجوز ويجعل محاباته بالجودة والصناعة كمحاباته بالوزن، وكذلك في القلب المغصوب باعتبار فوات الصناعة والجودة يصير الغاصب ضامناً، وإذا تقرر هذا قلنا: خمسة أسداس القلب تصير =

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ النُّقْصَانُ دِرْهَمَيْنِ أَوْ أَقَلَّ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى افْتِكَاحِهِ^١.

وَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالذَّيْنِ^٢.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ وَزْنُ الْقُلْبِ^٣ أَكْثَرَ مِنَ الذَّيْنِ اثْنَا عَشَرَ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الذَّيْنِ وَالْوِزْنِ، ثَلَاثَةَ عَشَرَ، فَإِنْ هَلَكَ هَلَكًا بِمَا فِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤.

وَإِنْ انْكَسَرَ فَعَلَى^٥ قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَغْرُمُ الْمُزْتَمِنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيَمَتِهِ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ جُزْءًا.

= مضمونة بجودته وصنعيته، وسدسه أمانة، فالتغير بالانكسار فيها هو أمانة لا يعتبر فيها هو مضمون معتبر، وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده، فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه لهذه. المبسوط للسرخسي: ١١٩/٢١.

^١: لأن من أصله أن الضمان في الوزن، والأمانة في الجودة والصناعة، باعتبار أن الجودة والصناعة تابعة للوزن، وأن الأمانة في المرهون كذلك، فيجعل الأصل بمقابلة الأصل، والتبع بمقابلة التبع، وهذه لأن الصنعة مال من وجه كما قرره أبو يوسف أنها مال تبعاً للأصل، ولكن ليس لها حكم المالية والتقوم منفردة عن الأصل، كما أن حكم الرهن فيها هو أمانة ثابت من وجه وهو الحبس بالدين وليس بثابت في حكم الضمان، فإذا كانت الأمانة هنا في الصنعة والجودة قلنا: إذا لم تنقص بالانكسار أكثر من درهمين فالثابت ما كان أمانة، فيجبر الرهن على الفكاح. المبسوط للسرخسي: ١١٩/٢١.

^٢: لأنه قد فات شيء من المضمون، وحالة الانكسار عند محمد معتبرة بحالة الهلاك، وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفياً دينه، فكذلك عند الانكسار يكون مضموناً بالدين ويتخير الراهن. وقد مر ذلك. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٩/٢١.

^٣: في ب: الرهن.

^٤: في ب: اثني عشر.

^٥: في ب: يعني ثلاثة عشر درهماً.

^٦: في ب: بالاتفاق.

لأن في الوزن وفاء بالدين، وفي القيمة كذلك، وزيادة القيمة على الدين كزيادة الوزن فيلغى، فتكون تلك الزيادة أمانة، ويصير مستوفياً كمال حقه بهلاك الرهن. المبسوط للسرخسي: ١١٨/٢١.

^٧: في ب: فففي.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ النُّقْصَانُ دِرْهَمًا أَوْ أَقَلَّ يُجْبَرُ عَلَى افْتِكَاحِهِ، وَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ جَعَلَ خُمْسَةَ أَسْدَاسِهِ بِالذِّينِ، وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ.

وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ مِثْلَ الْوَزْنِ^٢ فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ بِمَا فِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

وَإِنْ انْكَسَرَ فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ الْمُرْتَهِنُ خُمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيَمَتِهِ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ هُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ جَعَلَ خُمْسَةَ أَسْدَاسِهِ بِالذِّينِ، وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ.

وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الْوَزْنِ وَأَكْثَرَ مِنَ الذِّينِ، يَعْنِي أَحَدَ عَشَرَ، فَإِنْ هَلَكَ فَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَهْلِكُ بِمَا فِيهِ^٤، وَلَا رَوَايَةَ عَنْ صَاحِبَيْهِ^٥.

وَقَدْ قِيلَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمَا: يَهْلِكُ^٦ بِجَمِيعِ الذِّينِ.

وَقَدْ قِيلَ: إِنْ الْمُرْتَهِنُ يَغْرُمُ عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ [١٣٢/ب] جُزْءًا مِنْ قِيَمَتِهِ.

وَلَوْ انْكَسَرَ فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَغْرُمُ خُمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيَمَتِهِ^٧.

^١: في ب: وفي قياس.

^٢: في ب: وزنه.

^٣: في ب: بالاتفاق.

لأن في وزنه وقيمته وفاء بالدين فيصير المرتهن مستوفياً كمال حقه بهلاكه، والزيادة على الدين تهلك أمانة بلا خلاف. ر: المبسوط

للسرخسي: ١١٦/٢١، بدائع الصنائع: ١٦٢/٦.

^٤: في ب: فإن.

^٥: في ب: هلك بما فيه في قول أبي حنيفة.

والزيادة تهلك أمانة عنده. بدائع الصنائع: ١٦٣/٦.

^٦: في ب: عن أبي يوسف ومحمد.

^٧: في ب: إن في قياس.

^٨: في ب: هلك.

^٩: لأنه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين. المرجع السابق.

وَفِي قَوْلِهَا يَغْرُمُ عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا، وَلَا يَقَعُ فِيهِ اشْتِبَاهٌ^١.

وَإِنْ^٢ كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلَ الدِّينِ -يَعْنِي عَشْرَةً- فَإِنْ هَلَكَ هَلَكًا بِمَا فِيهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهَا قِيلَ: إِنَّهُ يَهْلِكُ بِمَا فِيهِ أَيْضًا، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ.

وَإِنْ^٤ انْكَسَرَ يَغْرُمُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهَا جَمِيعَ قِيمَتِهِ^٥.

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ هَلَكَ هَلَكًا بِمَا فِيهِ.

وَإِنْ انْكَسَرَ غَرِمَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهَا^٦ إِنْ هَلَكَ أَوْ انْكَسَرَ غَرِمَ جَمِيعَ قِيمَتِهِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ وَزْنُهُ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ -يَعْنِي ثَمَانِيَةً- فَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنَ الدِّينِ وَالْوِزْنِ -يَعْنِي سَبْعَةً-

فَإِنْ هَلَكَ هَلَكًا بِثَمَانِيَةٍ^٧، وَفِي قَوْلِهَا^٨ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ^٩.

^١: في ب: وفي قياس. وهو الصواب.

^٢: لتعذر التملك بالدين لما فيه من الضرر. المرجع السابق.

^٣: في ب: ولو.

^٤: لأنه يعتبر الوزن. المرجع السابق.

^٥: في ب: قول صاحبيه.

^٦: في ب: ولو.

^٧: في ب: ويغرم جميع قيمته في قياس قول صاحبيه.

ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد هنا، لأنه يؤدي إلى الربا. بدائع الصنائع: ١٦٣/٦.

^٨: في ب: قول صاحبيه.

^٩: في ب: أقل من الوزن والدين.

^{١٠}: اعتبارا للوزن، وهذا قول أبي حنيفة. ر: بدائع الصنائع: ١٦٢/٦.

^{١١}: في ب: قول صاحبيه.

^{١٢}: والقيمة من خلاف جنسه، كيلا يؤدي إلى الربا، وقد مرّ تعليلهم لذلك. ر: المرجع السابق.

وَإِنْ أَنْكَسَرَ غَرَمُ قِيمَتِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^١.

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ ثَمَانِيَةً فَإِنْ هَلَكَ هَلَكٌ بِمَا فِيهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٢.

وَإِنْ أَنْكَسَرَ فَإِنَّ فِي^٣ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِثَمَانِيَةٍ، وَإِنْ شَاءَ أَفْتَكَّهُ.

وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ تِسْعَةً فَإِنْ هَلَكَ هَلَكٌ بِثَمَانِيَةٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ^٤.

وَإِنْ أَنْكَسَرَ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٥.

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ عَشْرَةً فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ.

^١ : في ب: بالاتفاق.

أمّا على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا تمها لا يميزان الجعل بالدين حال قيام الرهن أصلاً ورأساً، ومحمد إن كان يميزه لكن شريطة انعدام الضرر، وفي الجعل بالدين هنا ضرر بالمرتهن. بدائع الصنائع: ٦ / ١٦٢.

^٢ : في ب: هلك بثمانية بالاتفاق.

^٣ : في ب: في قياس.

^٤ : في ب: وإن.

^٥ : في ب: صاحبيه.

^٦ : لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن، فالوزن إن كان يفي بثمانية والقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن: إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه ثمانية، وإن شاء غرم قيمته تسعة ورجع عليه بدينه. البحر الرائق: ٨ / ٤٥٩.

^٧ : في ب: بالاتفاق.

عند محمد: لأنه لا يمكن ترك القلب بثمانية من الدين، لأنه إذا ترك بثمانية يتضرر به المرتهن، لأن قيمة الرهن لا تفي بثمانية، وإن ترك بسبعة من جنسه يؤدي إلى الربا، لأنه يصير مستوفياً ثمانية بسبعة، وإن تعدد تركه عنده. ر: البحر الرائق: ٨ / ٤٥٩.

وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَحَدَ عَشَرَ فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ بِثَمَانِيَةٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهِمَا^٢ يَغْرُمُ قِيمَتُهُ، عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا.

وَإِنْ انْكَسَرَ فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَغْرُمُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ يَغْرُمُ عَشْرَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ جُزْءًا.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِنْ كَانَ النُّقْصَانُ دِرْهَمًا أَوْ أَقَلَّ يُجْبَرُ عَلَى افْتِكَاحِهِ.

وَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ أَكْثَرَ فَالرَّاهِنُ [١٣٣ / أ] بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالذَّيْنِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جَحَدَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ، فَشَهِدَ الشَّاهِدَانِ^٦ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالرَّهْنِ وَالْقَبْضِ، لَمْ يَجْزِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ^٧، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِ الْآخِرِ، وَهُوَ قَوْلُ صَاحِبِيهِ^٨.

^١: فِي ب: وَلَوْ.

^٢: فِي ب: إِنْ.

^٣: فِي ب: قَوْلُ صَاحِبِيهِ.

^٤: سَقَطَ مِنْ ب: قِيمَتِهِ.

^٥: فِي ب: أُجْبِرَ.

^٦: فِي ب: شَاهِدَانِ. وَهُوَ أَوَّلِي.

^٧: وَجْهُ قَوْلِهِ الْأَوَّلِ: أَنَّ تَمَامَ عَقْدِ الرَّهْنِ، وَمِثْلَهُ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ، بِقَبْضِ يَوْجَدُ، وَالْقَبْضُ فَعْلٌ لَا قَوْلَ، وَالْإِقْرَارُ يَحْتَمِلُ الصَّدَقَ وَالْكَذِبَ، وَالْمَخْبَرُ بِهِ إِذَا كَانَ كَذِبًا فَبِالْإِخْبَارِ لَا يَصِيرُ صَدَقًا، وَمَا لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا مِنَ الْقَبْضِ فَبِإِقْرَارِهِ لَا يَصِيرُ مَوْجُودًا، فَظَهَرَ أَنَّ هَذِهِ الشَّهَادَةُ لَيْسَتْ بِمَا هُوَ سَبَبُ مَلِكٍ تَامٍ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٩٠ / ١٢.

^٨: فِي ب: أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

وَجْهُ هَذَا الْقَوْلِ: أَنَّ الْقَبْضَ فِي الرَّهْنِ وَكَذَا الْهَبَةِ لَا يَكُونُ أَقْوَى مِنَ الْقَتْلِ وَالْغَضَبِ، ثُمَّ فَعَلَ الْقَتْلَ وَالْغَضَبَ كَمَا يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى مَعَانِيَتِهِ يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّابِتَ مِنَ الْإِقْرَارِ بِالْبَيِّنَةِ كَالْمَسْمُوعِ مِنَ الْمَقْرَرِّ فِي مَجْلَسِ الْحُكْمِ، وَلَوْ أَقْرَأَ الْخَصْمُ بِأَنَّهُ رَهْنُهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ قَضَى بِالْمَلِكِ لَهُ فَكَذَلِكَ إِذَا ثَبَتَ إِقْرَارُهُ بِالْبَيِّنَةِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٩٠ / ١٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا ثَوْبًا أَوْ عَبْدًا، وَكُلُّ^١ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ صَاحِبَهُ رَهْنٌ مِنْهُ وَقَبْضُهُ، لَا يُقْضَى لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْقِيَاسِ،^٢ وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يُقْضَى^٣. قَالَ^٤: وَبِالْقِيَاسِ نَأْخُذُ^٥.

^١: في ب: كل.

^٢: في ب: يعني الرّاهن.

^٣: والمذكور هنا فيما إذا لم تعلم البيّنة الأولى، أمّا إن أقام أحدهما البيّنة أنّه الأوّل، أو ثبتت بيّنة كلّ واحد منهما فهو رهن لأوّلهما وقتاً، لأنّه أثبت حقه بعقد تامّ في وقت لا ينازعه فيه صاحبه، وبثبوت حقه في ذلك الوقت يمنع ثبوت حقّ الثاني بعده ما لم يسقط حقّ الأوّل بانفكاك.

وإن كان في يد أحدهما فهو أولى به، لأنّ تمكّنه من القبض دليل سبق عقده، ولأنّ الآخر يحتاج إلى إثبات استحقاق اليد عليه، وليس في بيّنته ما يوجب ذلك، لجواز أن يكون عقد ذي اليد سابقاً.

وذو اليد لا يحتاج إلى إثبات استحقاق اليد على صاحبه؛ لأنّ ذلك ثابت له بظاهر يده، فكان ذو اليد أولى، إلّا أن يقيم الآخر بيّنة أنّه الأوّل، فحينئذٍ شهوده صرّحوا بسبق تاريخ عقده، وبما يوجب استحقاق اليد له على ذي اليد، والتّاريخ المنصوص عليه يترجّح على التّاريخ المدلول عليه، فإن كانت يدهما جميعاً فإن علم الأوّل منها فهو له. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٧/٢١.

^٤: في ب: لم يقض.

^٥: عند التعارض والتساوي إنّما يقضى لكلّ واحد منهما بالنّصف، كما في البيع، وذلك غير ممكن هنا لأجل الشّيوخ، والعين في حكم الرّهن بمنزلة المرأة في حكم النّكاح لا يحتمل التجزّي، وعند استواء البيّتين في دعوى النّكاح على امرأة واحدة لا يقضى بشيء فهذا مثله. ر: الجامع الصّغير: ص/٤٩٠، المبسوط للسرخسي: ١٢٧/٢١.

^٦: في ب: يقضي لهما.

وفي الاستحسان: لكلّ واحد منهما نصفه رهناً بنصف حقه، لأنّ التعارض لما وقع بين البيّتين والعمل بهما ممكن وجب العمل بهما بحسب الإمكان، كالبيع عند التعارض يعمل بالبيعين جميعاً بحسب الإمكان ويجعل كأنّه باع منهما جميعاً، فكذلك في الرّهن يجعل كأنّه رهن منهما جميعاً، ورهن العين من رجلين صحيح على أن يكون مضموناً بدين كلّ واحد منهما. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢٧/٢١.

^٧: سقط من ب: قال.

والمقصود بصاحب القول: محمّد رحمه الله في الأصل. ر: العناية شرح الهداية: ١٠/١٩٠، ولم أجده في الأصل.

^٨: وهذا لأنّ وجه الاستحسان أضعف ووجه القياس أقوى، فإنّ هذا ليس في معنى الرّهن من رجلين، لأنّ هناك كلّ واحد منهما ثبت حقه في جميع الرّهن، حتّى إذا قبض جميع دين أحدهما لا يستردّ شيئاً من الرّهن ما لم يقبض دين الآخر، لوجود الرضا من كلّ واحد منهما بثبوت حقّ صاحبه في الحبس معه، وهنا لا يمكن القضاء بذلك، لأنّ كلّ واحد منهما غير راهن بحقّ صاحبه، ولأنّ هناك العقد في جانب الرّاهن واحد، وهنا كلّ واحد منهما يثبت بيّنته عقداً آخر. المبسوط للسرخسي: ١٢٧/٢١.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ، ثُمَّ أَقَامَ الْمُزْتَهِنَانِ الْبَيِّنَةَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُقْضَى بِالرَّهْنِ لَهَا، وَهِيَ أَوْلَى بِثَمَنِهِ مِنْ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يُقْضَى، وَالْمُزْتَهِنَانِ^٢ وَسَائِرِ الْغُرَمَاءِ سَوَاءٌ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَقَامَ أَحَدُ الْمُزْتَهِنَيْنِ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ ارْتَهَنَ هَذَا الثَّوبَ مَعَ فُلَانٍ، وَأَنْكَرَ الْمُزْتَهِنُ الْآخَرُ وَالرَّاهِنُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَثْبُتُ الرَّهْنُ^٤. وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُقْضَى بِالرَّهْنِ، وَيَكُونُ فِي يَدَيِ الْمُزْتَهِنِ الَّذِي يَدَّعِي، وَيَكُونُ فِي يَدَيِ عَدْلٍ آخَرَ^٥.

^١: عندهما لكل واحد منهما نصفه، ونصف حقه يباع له، فإن فضل عن نصيب كل واحد منهما شيء كان الفضل بين الغرماء بالتخصيص، وإن بقي من دين كل واحد منهما شيء ضرب كل واحد منهما بالدين فيما بقي له من الغرماء في التركة. وهذا القول هو الاستحسان. وفرق بين إقامة البيينة حال حياة الراهن وبين إقامتها بعد موته لمعنيين: أحدهما: أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص دون الجنس، وكل واحد منهما أثبت لنفسه حق الاختصاص بالعين حتى يباع له في دينه، وهذا مما يحتمل الشركة في العين، وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد منهما البيينة فيقضي لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج، بخلاف حال الحياة، وثانيهما: أن الشيوع يمنع استحقاق دوام اليد، واليد في حال حياة الراهن مستدامة للمرتهن، فتمكّن الشيوع يمنع القاضي من القضاء به، فأما بعد موته فلا يستدام حبس الرهن ولكنه يباع في الدين، والشيوع لا يمنع من ذلك فيقضي لكل واحد منهما ببيع النصف في دينه. ر: الجامع الصغير: ص/ ٤٩٠، المبسوط للسرخسي: ١٢٨/٢١.

^٢: في ب: وهما.

^٣: أخذ أبو يوسف بالقياس وقال: إن الرهن باطل وهو بين الغرماء بالتخصيص، وسوى بين ما بعد وفاة الراهن وحال حياته باعتبار أن القاضي لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما بالرهن إلا في النصف، والشيوع لما كان يمنع صحة الرهن في حياة الراهن فكذلك بعد وفاته. المبسوط للسرخسي: ١٢٨/٢١.

^٤: في ب: وأنكر الراهن.

^٥: لأبي يوسف رحمه الله: أن ما يدّعيه على صاحبه ليس سبباً لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه لا قول صاحبه، فلا يمكنه إثبات قول صاحبه وهو جاحد، كما لو ادّعى هنا من اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بيينة الخارج على إثبات الرهن على الغائب، فكذا هذا. ر: البحر الرائق: ٨/ ٤٤٥.

^٦: فإن قضى الراهن المرتهن المقيم البيينة فله أخذ الرهن، فإن هلك الرهن ذهب نصيبه لا نصيب الجاحد. حجته: أنه لا يمكن المدعي إثبات الرهن على الراهن إلا بعد إثباته على صاحبه، لأن الرهن من اثنين لا يصح إلا بقبولهما جميعاً، فكان الرهن من صاحبه سبباً لثبوت الرهن في حقه، ومن أنكر سبب ثبوت حق إنسان ينتصب خصماً له فقامت البيينة على خصمه، كما لو ادّعى عيناً في يد =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الْمُكَاتَبُ أَخَاهُ أَوْ عَمَّهُ، وَقَدْ اشْتَرَاهُمَا أَوْ اشْتَرَى جَارِيَةً قَدْ وَلَدَتْ مِنْهُ فَرَهْنَهَا، وَلَيْسَ مَعَهُ وَلَدٌ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١. وَهَذَا مِثْلُ اخْتِلَافِ الْبَيْعِ^٢ ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الْعِتَاقِ^٣.

=إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك، ومتى ثبت الرهن منهما يوضع في نوبة الجاحد على يد عدل، لأن الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حق المدعي، والزاهن ما رضي بحفظ المدعي وحده. ر: المرجع السابق.

^١: في ب: معها. وهو الصواب.

^٢: لأنه لا يمتنع عليه بيع الأخوة فلا يمتنع عليه رهنهم بالدين. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢١.

^٣: في ب: الاختلاف في البيع. وما في الأصل هو الصواب.

^٤: في ب: الذي ذكرنا.

^٥: لأنه يتعذر عليه بيع الأخوة إذا ملكهم فلا يجوز له أن يرهنهم أيضاً عندهما. وعند أبي حنيفة لا يمتنع عليه بيع الأخوة فلا يمتنع عليه رهنهم بالدين أيضاً. المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢١.

وفي كتاب العتاق قال: إن اشترت المكاتب أباها أو أمها أو ولدها فليس لها أن تبيعهم، ولو اشترت أخاها أو ذا رحم محرم منها فلها أن تبيعهم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحساناً، وليس لها ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهو القياس. وجه قولها: أن الحر لو اشترى أخاه يصير في مثل حاله، وكذلك المكاتب إذا اشترى أخاه يصير في مثل حاله، ألا ترى أن في الآباء والأولاد لا يفصل بين المكاتب وبين الحر حتى يصير في مثل حاله في الوجهين، وكذلك في كل ذي رحم محرم، لأن القرابة المتأبدة بالحرمة بمنزلة الولد في استحقاق الحرية، كما في استحقاق العتق بها، وهذا لأن ما للمكاتب من الحق في كسبه يحتمل الكتابة، حتى لو كاتب عبده صح، كما أن ما للحر من الملك يحتمل العتق، فإذا سوى هناك بين الأخوة والآباء في إثبات ما يحتمله ملك الحر فكذلك يسوى بينهما هنا في إثبات ما يحتمله كسب المكاتب.

وجه الاستحسان لأبي حنيفة: أن من تكاتب عليه يكون تبعاً، لأن الكتابة لا تكون إلا ببدل، وليس عليه شيء من البدل، فعرفنا أنه تبع، ومعنى الأصالة والتبعية يتحقق فيما بين الآباء والأولاد لأجل الجزئية فيستقيم أن يتكاتب عليه بسبب الجزئية، فأما معنى الأصالة والتبعية لا يتحقق بين الأخوة وسائر القرابات فلا يتكاتب أحدهما على الآخر.

والثاني: أنه لا يثبت حق الأخوة في الكسب على أن يوفي من الملك إذا ظهر، فكذلك لا يثبت حق الأخوة في كسب المكاتب ولا يمتنع عليه بيعهم. توضيحه: أن الأقارب يكثرون، فلو تعذر عليه بيعهم إذا دخلوا في ملكه أدى إلى تفويت المقصود بالكتابة، وهو تحصيل المال ليؤدي فيعتق، ولا يوجد مثل ذلك في الآباء، فلهذا استحسنت أبو حنيفة رحمه الله تعالى.

وكذلك لو اشترى المكاتب أم ولد مع ولده منها لم يجز له بيعها، ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبي حنيفة، وليس له بيعها عندهما لأنها أم ولد له، فصار كالحرة إذا اشترى أم ولد وحدها بدون له.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولدها، لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيتقرر له، وبين أن يعجز فيتقرر للمولى، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد، إذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ، أو كان الاستيلاء محتملاً للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة، فحينئذ يلزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الْمُكَاتَبُ عَبْدًا مِنْ مَوْلَاهُ بِالْكِتَابَةِ، جَاَزَ الرَّهْنُ، كَمَا يَجُوزُ فِي سَائِرِ الدُّيُونِ^١.

فَإِنْ أَبَقَ الْعَبْدُ فَاخْتَصَمَ^٢ إِلَى الْقَاضِي، فَجَعَلَ الْقَاضِي الرَّهْنَ^٣ بِمَا فِيهِ، وَقَضَى بِعَتَقِ الْمُكَاتَبِ^٤، ثُمَّ رَجَعَ الْعَبْدُ الْآبِقُ، فَإِنَّهُ يَعُودُ رَهْنًا^٥، وَالْعَتَقُ مَاضٍ فِي قَوْلِ^٦ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٧.

وَفِي قَوْلِ^٨ زُفَرٍ يَكُونُ الْعَبْدُ لِلْمَوْلَى، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ الدُّيُونِ يَكُونُ الْعَبْدُ لِلْمُرْتَهِنِ^٩. جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ إِذَا ضَمِنَ الْقِيَمَةَ^{١٠}.

=الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز، لأنّ الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعاً لما هو دونه، ومال المكاتب موقوف فلا يجوز أن يتعلّق به ما لا يلحقه الفسخ، إلّا أنّه يمتنع بيعها تبعاً لولدها منه، وما يثبت تبعاً يثبت بشرائط المتبوع، ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه. ر: الأصل: ١١٦-١١٧، المبسوط للسرخسي: ١٢٦-١٢٧، تبين الحقائق: ١٥٩/٥.

^١: لأنّ المكاتب دين يستوفى، والرهن في هذا ليس كالكفالة، فالكفالة له يبدل الكتابة لا تصحّ، لأنّ الكفالة وثيقة بجانب اللزوم، والكفيل يلتزم في ذمته المطالبة التي هي على الأصيل، لأنّ الفاتئ بحقيقة الالتزام أصل الدين، والمطالب فيها هو وثيقة بجانب بعضه، فبهذا تبين أنّه لا يمكن إلزام الكفيل بمطالبة أقوى ممّا على الأصيل، والمطالبة يبدل الكتابة على المكاتب ضعيفة لتمكّنه من أن يعجز بنفسه، وتعذر إثبات مثله في ذمة الكفيل. المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢١.

^٢: في ب: واختصما.

^٣: في ب: الدين.

^٤: على المولى أن يحلف على الإباق بعد أن يتأتّى به وينتظر، لجواز أن يكون المولى قد عينه قصداً منه الإضرار بالمكاتب، وهو نظير المغصوب إذا زعم أنّه قد أبق فإنّ القاضي يجعل بالقضاء بالقيمة ويحلف الغاصب على ذلك، فهنا أيضاً يحلف المولى، فإذا حلف بطلت الكتابة عن المكاتب، لأنّ الآبق يتوى فهو كالهالك حقيقة. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢١.

^٥: ورجع عليه المولى بالمال كما كان قبل الإبان. المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢١.

^٦: في ب: وهذا قول.

^٧: هو حرّ بالعتق الأوّل الماضي فيه، لأنّه ناقض للعتق بعد ما نفذ بقضاء القاضي، وهو نظير ما لو استوفى البذل فاستحقّ من يده كان العتق ماضياً. المرجع السابق.

^٨: في ب: وقال.

^٩: لتقرير الضمان عليه بقضاء القاضي. المبسوط للسرخسي: ١٣٥/٢١.

^{١٠}: في ب: ضمن الغاصب القيمة. =

وَلَوْ أَنَّ الْقَاضِيَ لَمْ يَقْضِ بِهِ^١ حَتَّى ظَهَرَ الْعَبْدُ، فَهُوَ عَلَى حَالِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا أَوَّلَ الْإِبَاقِ سَقَطَ [١٣٣/ب] مِنَ الدَّيْنِ بِحِسَابِ ذَلِكَ^٢، لِأَنَّ الْعَبْدَ صَارَ مَعِيّاً.

وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ اشْتَرَى ذَا رَحِمٍ مُحْرَمٍ مِنْ مَوْلَاهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِقِيمَتِهِ، فَرَهْنَهُ، جَازَ رَهْنُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ^٣ صَارَ حُرّاً، وَلَا يَجُوزُ رَهْنُهُ، لِأَنَّ مَنْ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْمَأْذُونِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِقِيمَتِهِ فَإِنَّ مَوْلَاهُ لَا يَمْلِكُ كَسْبَهُ^٤.

= قاس زفر ضمان الرهن بضمان الغصب. لكن الجمهور اعتبروا ضمان الرهن ضمان استيفاء، والاستيفاء حالة الرهن دون العين، لأن الاستيفاء بجنس الحق يتحقق، ولا محاسبة باعتبار العين، فيصير المرتهن مالكا للعين وإن جعل مستوفياً بقضاء القاضي، فلهذا يعود العبد إلى ملك المكاتب، وأشبه هذا الغصب في المدبرة. ر: المرجع السابق.

^١: في ب: يقض له.

^٢: في ب: فهو رهن على حاله بالاتفاق.

أي هو مكاتب على حاله حتى يؤدي البدل، وهو بمنزلة المغضوب إذا أبق فإن رجع قبل أن يقضي القاضي بالقيمة فهو ملك للمغضوب منه وصار الأباق كأن لم يكن، وإن رجع بعد القضاء بالقيمة كان القضاء ماضياً، وكان العبد للغاصب كذا هنا. المبسوط للسرخسي: ١٣٤/٢١.

^٣: أي يسقط من بدل الكتابة مقدار نقصان العيب. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣٥/٢١.

^٤: فهذا عيب حدث فيه عند المرتهن فيسقط بحصته من الدين، كما لو تعيب بعيب محسوس. ر: المرجع السابق.

^٥: في ب: اشترى عبداً.

^٦: في ب: محيط.

^٧: في ب: قولها.

^٨: في ب: لا يملك المولى كسبه.

والمسألة تعرف بأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون ديناً مستغرقاً لرقبته وكسبه عنده، وعندهما يملك.

وجه قولها: أن رقة المأذون وإن تعلقت بها حق الغرماء فهي ملك المولى، ألا ترى أنه ملك إعتاقه، وملك الرقة علة ملك الكسب، فيملك الكسب كما يملك الرقة.

وجه قول أبي حنيفة: أن شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه، كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين. والدليل على أن الفراغ شرط أن الملك للمولى في كسب العبد ثبت معدولاً به عن الأصل أنه لم =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا دَخَلَ الْحَرِيُّ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ، فَرَهْنَ رَهْنًا بِدَيْنٍ اسْتَدَانَهُ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ ظَهَرَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى تِلْكَ الدَّارِ، فَأَخَذُوهُ^١ أَسِيرًا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ بَطْلَ الدَّيْنِ، وَصَارَ الرَّهْنُ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدَيْهِ^٢.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يُبَاعُ^٣، وَيَسْتَوِي فِي الْمُرْتَهِنِ بِدَيْنِهِ^٤، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ فِيءٌ لِمَنْ أَسْرَهُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^٥.

= يحصل بكسبه حقيقة، وقال الله تعالى: ﴿وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ النجم: ٣٩، وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص، إلا أن الكسب الفارغ عن حاجة العبد خصص عن عموم النص وجعل ملكاً للمولى، فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص، هذا إذا كان الدين محيطاً بالرقبة والكسب. ر: بدائع الصنائع: ١٩٩/٧. وسيأتي ذلك في كتاب المأذون.

١: في ب: دارنا.

٢: الحربي المستأمن في الرهن والارتهان كالذمي. ر: المبسوط للسرخسي: ١٥٢/٢١.

٣: في ب: وأخذه.

٤: وجه قول أبي يوسف: تبدلت نفس الحربي المستأمن بالأسر وصار مملوكاً بعد أن كان مالكاً فيسقط الدين بفوات محله وهو الذمة المشغولة، فالدين لا يجب في ذمة العبد إلا شاغلاً مالية رقبته لضعف الذمة بالرق، وذلك غير ممكن هنا، لأن الشيء يقتضي صفاء ملك المالية في الشيء الثاني، فلفوات المحل يسقط الدين ثم الرهن الذي في يديه إما باعتبار أن يده إليه أقرب من يد الأسير فيصير هو متملكاً، كمن أسلم في دار الحرب إذا ظهر المسلمون على الدار كان معقولاً به، لأنه صار محرراً لها بسبق يده إليها، أو لأن المرهون كان محبوساً عنده إلى أن يصل إليه دينه وقد وقع اليأس عند ذلك فبقي محبوساً في يده على التأيد، ولا تظهر فائدة ذلك إلا بأن يصير مملوكاً له، وقد كان هو بحكم يده أخص بغرمه، حتى لو هلك سقط دينه، فيكون أخص بقيمته فيملكه بذلك الدين. المبسوط للسرخسي: ١٥٢/٢١.

٥: في ب: الرهن

٦: في ب: دينه.

٧: زاد في ب: أيضاً.

وجه قول محمد: أن سقوط الدين عند الاسترقاق لفوات المحل، ولم يفت المحل هنا، لأن الذمة بقيت صالحة لبقاء الواجب فيها، والرهن خلف في حكم الاستيفاء، فيبقى الدين باعتبار هذا الخلف، كالمدين إذا مات يبقى الدين باعتبار التركة لأنها خلف عن الذمة في حكم الاستيفاء، فإذا بقي الدين بقي حكم الأمان في عين الرهن بحق المسلم المرتهن في بيعه في دينه، وإذا استوفى دينه سقط حقه، فيكون الباقي لمن أسره، لأن المرتهن في الباقي كان أميناً، يده فيه كيد صاحب الأمانة، فكأنه كان في يد المأسور، والأسر كما يملك المأسور بالقهر يملك ما في يده، ولا يمكن أن يجعل مملوكاً للمرتهن بضمان الرهن، لأن ضمان الرهن لا يوجب الملك في العين، ولا بطريق الاغتنام، لأن بقاء يد المرتهن وحقه يبقى الإحراز ولا يفوت فلا يكون محلاً للاغتنام ما لم يسقط حق المرتهن، والإحراز كان باعتبار حقه، لأنه لم يبق للمأسور حق، فلهذا كان الباقي لمن أسره. المبسوط للسرخسي: ١٥٢/٢١.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَاتَانِ: رِوَايَةٌ مِثْلُ مَا قَالَ أَبُو يُوسُفَ، وَرِوَايَةٌ مِثْلُ مَا قَالَ مُحَمَّدٌ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الْمُرْتَدُّ رَهْنًا فَإِنْ رَهَنَ مَالًا اكْتَسَبَهُ قَبْلَ الرَّدَّةِ بِدَيْنٍ وَجَبَ عَلَيْهِ بَعْدَ الرَّدَّةِ، أَوْ رَهَنَ مَالًا اكْتَسَبَهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ بِدَيْنٍ وَجَبَ عَلَيْهِ قَبْلَ الرَّدَّةِ، فَإِنَّ الرَّهْنَ بَاطِلٌ، فَإِنْ هَلَكَ لَا يَهْلِكُ بِالذَّيْنِ، وَالْمُرْتَهِنُ ضَامِنٌ لِقِيَمَتِهِ؛.

= قال ابن عابدين في حاشيته: "وينبغي ترجيح قول محمد، لأن ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة. بحر. ورده في النهر بأن تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه، وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئاً، لما مر أنها في يده حكماً، ولا كذلك الرهن. اهـ. وأجاب الحموي: بأنه على تسليم أن التقديم يفيد الترجيح دائماً فيفيد أرجحية الأول فيما إذا كان الرهن قدر الدين، أما الزيادة فقد صرحوا في كتاب الرهن بأنها أمانة غير مضمونة". رد المحتار: ١٧٢ / ٤ - ١٧٣.

١: في ب: مثل قول.

٢: رهن المرتن المرتد وارتداه موقوف عند أبي حنيفة كسائر تصرفاته. المبسوط للسرخسي: ١٥٣ / ٢١.

٣: في ب: قبل، وسقطت عبارة "أو رهن مالا اكتسبه بعد الردة بدين وجب عليه قبل الردة".

٤: ويكون ذلك كبائع ما اكتسب في الردة، ويرجع المرتن بماله فيما اكتسبه قبل الردة، لأن كسب الردة عنده فيء، وكسب الإسلام ميراث، فإذا أوفى دين الإسلام في كسب الردة فقد أوفاه من محل هو فيء للمسلمين، فيرد ذلك لمراعاة حق المسلمين بإيجاب ضمان القيمة على المرتن، وكذلك إذا أوفى دين الردة من كسب اكتسبه قبل الردة، لأنه قضى بها هو حق الورثة ديناً لزمه في حالة الردة، ومحل ذلك الدين كسب الردة، لأن الغنم مقابل بالغرم، فيكون المرتن ضامناً بقيمته للورثة.

وفي روايته عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله: إنما يقضي الدينان من كسب الردة، لأن حق المسلمين إنما يثبت في كسب الردة باعتبار أنه مال ضائع وذلك إذا فرغ من دينه، وكسب الإسلام يثبت فيه حق ورثته بالردّة فصار خارجاً عن ملكه، وإنما يقضي دينه مما كان على ملكه إلى وقت موته، فعلى هذا يقول: إن كان الرهن من كسب الردة فهو بما فيه بأي العينين كان، وإن كان من كسب الإسلام فالمرتن ضامن بقيمته للورثة.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يقضي الدينان من كسب الإسلام إذا أمكن، لأنه كان مملوكاً له موروثاً عنه، والميراث يتأخر عن الدين، فعلى هذا إذا كان الرهن من كسب الإسلام فهو بما فيه، وإن كان من كسب الردة فالمرتن ضامن بقيمته للمسلمين ويرجع بدينه في كسب الإسلام. المبسوط للسرخسي: ١٥٣ / ٢١ - ١٥٤.

وَإِنْ رَهْنٌ مَالًا اكْتَسَبَهُ قَبْلَ الرَّدَّةِ بَدَيْنٍ وَجَبَ عَلَيْهِ قَبْلَ الرَّدَّةِ، أَوْ رَهْنٌ مَالًا اكْتَسَبَهُ بَعْدَ الرَّدَّةِ بَدَيْنٍ وَجَبَ عَلَيْهِ بَعْدَ الرَّدَّةِ، فَالرَّهْنُ فَايِسٌ أَيْضًا، وَلَكِنْ إِذَا هَلَكَ هَلَكٌ بِمَا فِيهِ، وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.^١

وَفِي قَوْلِهِمَا فِي هَذَا كُلِّهِ، الرَّهْنُ جَائِزٌ^٢. وَلَوْ أَسْلَمَ جَارَ الرَّهْنِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهْنَ الرَّجُلُ عَبْدًا قَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، أَوْ عَبْدًا مُرْتَدًّا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقُتِلَ عِنْدَهُ، فَهُوَ مِنْ مَالِ الرَّاهِنِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.

^١: في ب: ولو.

^٢: لأنَّ الرَّهْنَ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدَّيْنِ عِنْدَ هَلَاكِهِ فَيَتَغَيَّرُ بِحَقِيقَةِ الْإِيفَاءِ، وَإِنَّمَا يُوقَى دِينَ الْإِسْلَامِ مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ، وَدِينَ الرَّدَّةِ مِنْ كَسْبِ الرَّدَّةِ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عَنْهُ، فَلَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِ الرَّهْنِ هُنَا، وَإِنْ كَانَ فِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَلَى الدَّيْنِ فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ يَضْمَنُ الْفَضْلَ، لِأَنَّ الرَّهْنَ لَمْ يَصَحَّ فِي الْفَضْلِ كَمَا فِي حَقِيقَةِ الْإِيفَاءِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٣/٢١.

^٣: في ب: وفي قول صاحبيه الرَّهْنُ جَائِزٌ فِي هَذَا كُلِّهِ.

حَكَمَ الْكُتُبُ سِوَاهُ فِي أَنَّهُ مِيرَاثٌ عَنْهُ، وَتَصَرَّفَهُ مِنْ حَيْثُ الرَّهْنُ وَالْإِرْتِهَانُ نَافِذٌ، وَكَانَ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٤/٢١.

^٤: في ب: بالاتِّفَاقِ.

لأنَّ بِإِسْلَامِهِ يَنْفِذُ الرَّهْنَ كَمَا يَنْفِذُ سَائِرَ تَصَرُّفَاتِهِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٥: سقط من ب: قد.

^٦: أَصْلُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي الْبَيْعِ، إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا سَارِقًا أَوْ حَلَالًا الدَّمَ فَقُتِلَ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ عِنْدَ الْمُشْتَرِي: فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا قَدْ حَلَّ دَمُهُ بِقِصَاصٍ أَوْ رَدَّةٍ فَقُتِلَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ بِالْثَمَنِ كُلِّهِ، لِأَنَّ يَدَ الْمُشْتَرِي زَالَتْ عَنِ الْبَيْعِ كَسَبَبِ الْإِزَالَةِ مُسْتَحَقَّةٌ فِي يَدِ الْبَائِعِ فَيَرْجِعُ بِالْثَمَنِ، كَمَا لَوْ اسْتَحَقَّه مَالِكٌ أَوْ مُرْتَهِنٌ أَوْ صَاحِبُ دَيْنٍ، لِأَنَّ الْإِزَالَةَ لَمَّا كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرِي يَنْتَقِضُ بِهَا قَبْضُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْأَصْلِ فَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَتْلَ بِسَبَبِ الرَّدَّةِ مُسْتَحَقٌّ لَا يَجُوزُ تَرْكُهُ، وَبِسَبَبِ الْقِصَاصِ مُسْتَحَقٌّ فِي حَقِّ مَنْ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يَنْشِئَ مِنْهُ عَفْوًا بِاخْتِيَارِهِ، وَبِالْبَيْعِ وَإِنْ كَانَ يَرُدُّ عَلَى الْمَالِيَّةِ، وَلَكِنْ اسْتِحْقَاقُ النَّفْسِ بِسَبَبِ الْقَتْلِ، وَالْقَتْلُ مُتَلَفٌ لِلْمَالِيَّةِ فِي هَذَا الْمَحَلِّ، فَكَانَ فِي مَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ، وَعِلَّةُ الْعِلَّةِ تَقَامُ مَقَامَ الْعِلَّةِ فِي الْحُكْمِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ الْمُسْتَحَقُّ كَأَنَّهُ الْمَالِيَّةُ، وَلَا تَصَوَّرُ لِبَقَاءِ الْمَالِيَّةِ فِي هَذَا الْمَحَلِّ بِدُونِ النَّفْسِيَّةِ، وَالنَّفْسِيَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ بِالسَّبَبِ الَّذِي كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ فَيَجْعَلُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ اسْتِحْقَاقِ الْمَالِيَّةِ، لِأَنَّ مَا لَا يَنْفَصِلُ عَنِ الشَّيْءِ بِحَالٍ فَكَأَنَّهُ هُوَ، وَلَا تَصَوَّرُ لِبَقَاءِ الْمَالِيَّةِ فِي هَذَا الْمَحَلِّ بِدُونِ النَّفْسِيَّةِ، إِلَّا أَنْ اسْتِحْقَاقُ النَّفْسِيَّةِ فِي حُكْمِ الْاسْتِيفَاءِ فَقَطُّ وَانْعِقَادُ الْبَيْعِ صَحِيحًا وَرَاءَ ذَلِكَ، وَإِذَا مَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَلَمْ يَتِمَّ الْاسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الْاسْتِيفَاءِ، فَلِهَذَا هَلَكَ فِي ضِمَانِ الْمُشْتَرِي، وَإِذَا قَبْلَ فَقْدِ ذَلِكَ الْاسْتِحْقَاقِ، وَلَا يَبْعَدُ أَنْ يَظْهَرَ الْاسْتِحْقَاقُ فِي حُكْمِ الْاسْتِيفَاءِ =

وَفِي قَوْلِهِمَا 'يَقُومُ حَلَالُ الدَّمِّ وَحَرَامُ الدَّمِّ، فَيَسْقُطُ عَنْهُ مَقْدَارُ ذَلِكَ النُّقْصَانِ، وَيَهْلِكُ الْبَاقِي بِالذَّيْنِ'.^٣
وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ بِالسَّرِقَةِ.^٤

وَلَوْ كَانَ وَجَبَ عَلَيْهِ حَدُّ الزَّانَا أَوْ الْقَذْفِ [١٣٤/أ] أَوْ الْحَمْرِ، فَضُرِبَ عِنْدَ الْمُزْتَهِنِ، فَانْتَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ^٥
بِالضَّرْبِ، سَقَطَ مِنَ الذَّيْنِ بِحِسَابِ النُّقْصَانِ^٦ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً.^٧

=دون غيره، كملك الزوج في زوجته، وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في الاستيفاء. المبسوط
للسرخسي: ١١٦/١٣، ١٥٤/٢١. والمسألة في السير الصغير: ص/٢١٢.

١: في ب: أبي يوسف ومحمد.

٢: في ب: ويقوم.

٣: لأن العبد بعد ما حلّ دمه مال متقوم، وحلّ الدّم عيب فيه، ومن اشترى شيئاً معيباً وتعذر عليه ردّه بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن، كما لو كان زانياً فجلد عند المشتري ومات، وبيان الوصف: أن بيع حلال الدّم صحيح، وبالقبض ينتقل إلى ضمان المشتري، بدليل أنّه لو مات كان الثمن متقدراً على المشتري، ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه فيه، ولو كان عالماً حين اشتراؤه أنّه حلال الدّم لم يرجع بشيء، فعرفنا أنّ حلّ الدّم عيب فيه، يوضحه أنّ البيع يرد على محلّ غير مستحقّ بسبب حلّ الدّم فالمستحقّ به النفس، وإنّما يملك بالبيع الماليّة، ومحلّ الدّم لا يعدم الماليّة ولا يصير يستحقّه، وإنّما تلفت الماليّة باستيفاء القتل، وذلك فعل أنشأه المستوفي باختياره بعد ما دخل المبيع في ضمان المشتري، بخلاف ما إذا استحقّ المبيع بملك أو حقّ رهن أو دين، لأنّ المستحقّ هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشتري من الأصل. المبسوط للسرخسي: ١١٥/١٣.

٤: في ب: وكذلك العبد إذا وجب عليه.

٥: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السارق يسقط من الذّين نصف قيمته سارقاً ويكون مرهوناً بما وراء ذلك.
وعند أبي حنيفة لم يذهب من الذّين شيء وكان رهناً بالذّين كلّه.

وفي كتاب البيع الذي هو أصل هذه المسألة: عندهما يرجع بحصة العيب من الثمن بأن يقوم سارقاً وغير سارق.
وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن، لأنّ قطع اليد كان مستحقاً عليه بسبب كان عند البائع، واليد من الآدمي نصفه، فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون المشتري بالخيار: إن شاء رجع بنصف الثمن وإن شاء ردّ ما بقي ويرجع بجميع الثمن على البائع، كما لو قطعت يده عند البائع، وإن مات العبد من ذلك قبل أن يردّه لم يرجع إلا في نصف الثمن، لأنّ النفس ما كانت مستحقّة في يد البائع.
وهذا في البيع ويقاس عليه الرهن. ر: المبسوط للسرخسي: ١١٧/١٣، ١٥٤/٢١.

٦: سقط من ب: "من قيمته".

٧: فالنقصان إذاً من مال المرتهن.

٨: في ب: بالإجماع.=

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَعَارَ أَحَدُ الْمُفَاوِضِينَ^١ إِنْسَانًا مَتَاعًا لِيَرْهَنَهُ كَانَ جَائِزًا فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى نَفْسِهِ وَعَلَى صَاحِبِهِ. وَلَا يَجُوزُ فِي مَذْهَبِهِمَا^٢ عَلَى صَاحِبِهِ. وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي كِفَالَةِ أَحَدِ الْمُفَاوِضِينَ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الرَّجُلُ أُمَّةً تُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ^٤، فَوَلَدَتْ ابْنَةً تُسَاوِي أَلْفًا، فَجَنَى الْوَلَدُ^٥ جِنَايَةً، فَدْفِعَ بِهَا، لَمْ يَبْطُلْ مِنَ الدَّيْنِ شَيْءٌ^٦.

فَإِنْ^٧ فَقَاتِ الْأُمُّ عَيْنِي الْابْنَةَ، فَدْفَعَتِ الْأُمُّ وَأَخَذَتِ الْابْنَةَ الْعَمِيَاءُ مَكَانَهَا^٨، فَإِنَّ الْابْنَةَ رَهْنٌ بِأَلْفٍ كُلِّهَا^٩، وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ عَلَى افْتِكَاحِهَا^{١٠}، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

= لَأَنَّ زَنَا الْعَبْدِ لَا يَصِيرُ نَفْسَهُ مُسْتَحَقَّةً، وَإِنَّمَا الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ ضَرْبُ مَوْلٍ، وَاسْتِيفَاءُ ذَلِكَ لَا يَنَافِي الْمَالِيَّةَ فِي الْمَحَلِّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١٦/١٣.

١: فِي ب: الْمُتَفَاوِضِينَ. وَهُوَ الصَّوَابُ.

٢: فِي ب: فِي قَوْلٍ.

٣: فِي ب: وَفِي قَوْلِهَا لَا يَجُوزُ.

٤: ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٦/٢١.

٥: فِي ب: مِثْلُ اخْتِلَافِ كِفَالَةٍ.

٦: كِفَالَةُ أَحَدِ الْمُتَفَاوِضِينَ عَنْ رَجُلٍ بِمَهْرٍ أَوْ أَرَشٍ جِنَايَةً بِمَنْزِلَةِ كِفَالَتِهِ بِدَيْنٍ آخَرَ لَا يُوْخَذُ بِهِ شَرِيكَهُ عِنْدَهُمَا.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يُوْأَخَذُ بِهِ، لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُفَاوِضِ بِسَبَبِ الْكِفَالَةِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ فِيمَا يَجِبُ بِاعْتِبَارِ سَبَبِ يَحْتَمِلُ الشَّرَكَةَ. ر: الْأَصْلُ: ١٣٦/٤-١٣٧، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٠٤/١١.

٧: فِي ب: أَلْفُ دِرْهَمٍ.

٨: كَذَا، وَلَعَلَّ الصَّوَابَ "الْبَنْتُ" بِدَلِّ "الْوَلَدِ".

٩: لِأَنَّ الْبَنْتَ خِلَا مَكَانِهَا بِالْذَّفْعِ فَكَأَنَّهَا مَاتَتْ. الْأَصْلُ: ٣١٨/٥، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧٢/٢١.

١٠: فِي ب: وَإِنْ.

١١: لِأَنَّ الْأُمَّ لَمَّا دَفَعَتْ بِالْجِنَايَةِ صَارَتْ كَلِمَةً أُخْرَى لِلْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ، فَتَعْتَبَرُ جِنَايَةُ الْأُمِّ عَلَيْهَا لِحَقِّ الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ، فَلِهَذَا تَدْفَعُ الْأُمُّ بِرِضَا الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَمَنِ، وَتُوْخَذُ الْبَنْتُ كَمَا هُوَ الْحُكْمُ فِي الْجَنَّةِ الْعَمِيَاءِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧٢/٢١.

١٢: وَذَلِكَ أَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ إِنَّمَا قَامَ مَقَامُ الْجَانِيِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ، لِأَنَّ الْأُمَّةَ دَفَعَتْ بِقَوِّ الْعَيْنَيْنِ فَلَا يَسْتَنْدُ الذَّفْعُ وَالْأَخْذُ إِلَى مَا قَبِلَ الْفَقَاءُ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَأْخُوذَ قَامَ مَقَامَ الْمَدْفُوعِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ، وَأَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ لَمْ يَثْبُتْ فِي عَيْنِهِ فَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٧٢/٢١. وَانْظُرْ: الْأَصْلُ: ٣١٨/٥.

١٣: فِي ب: افْتِكَاحَهُ.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَكُونُ رَهْنًا بِحَصَّتِهِ^١، وَسَقَطَ^٢ مِنَ الدَّيْنِ مِقْدَارُ^٣ نُقْصَانِ الْعَيْنَيْنِ^٤، وَالرَّهْنُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ^٥.

فَإِنْ^٦ فَقَّاتِ الابْنَةُ عَيْنِي الْأُمِّ بَعْدَ ذَلِكَ، فَدَفَعَتْ^٧ وَأَخَذَتِ الْأُمُّ، فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَكُونُ رَهْنًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ^٨.

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ بِحِسَابِ الْعَيْنَيْنِ^٩.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَعْنِي^{١٠} فِي الْقِيَاسِ، أَنْ يَسْقُطَ مِمَّا^{١١} بَقِيَ مِنَ الدَّيْنِ نُقْصَانُ الْعَيْنَيْنِ^{١٢}.

^١: في ب: بحصتها.

^٢: في ب: ويسقط.

^٣: في ب: بمقدار.

^٤: له أن المجني عليه قائم مقام الجاني حين أخذ بدفع الجاني، فكانت الأمة مرهونة بما فيها وذهبت عنها فيسقط نقصان العينين من الدين. ر: الأصل: ٣١٩/٥، المبسوط للسرخسي: ١٧٢/٢١.

^٥: لعل الصواب: الزاهن.

^٦: في ب: افتكها وإن شاء تركها. ر: المرجع السابق، البحر الرائق: ٤٩٧/٨.

^٧: في ب: وإن.

^٨: في ب: دفعت الابنة.

^٩: في ب: ينبغي أن يكون.

^{١٠}: لأنها قائمة مقام البنت المدفوعة. الأصل: ٣١٩/٥، المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٢١.

^{١١}: لأن جميع الدين كان في الأم التي هي الأصل وعاد إليها المال فسقط باعتبار ما تخلل بين ذلك من الزوائد، ويجعل كأنها كانت مرهونة إلى الآن وذهبت عنها. الأصل: ٣١٩/٥، المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٢١.

^{١٢}: في ب: ينبغي.

^{١٣}: في ب: ما.

^{١٤}: زاد في ب: من جميع الدين.

أي: يتحول إلى الأم ما زاد على نقصان عيني البنت. المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٢١.

وَفِي الْاِسْتِحْسَانِ يَنْسُقُ بِنُقْصَانِ الْعَيْنِ جَمِيعُ الدَّيْنِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا رَهَنَ الرَّجُلُ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا^٢ بِأَلْفٍ، فَجَنَى عَلَى الرَّاهِنِ أَوْ فِي^٣ مَالِهِ، فَهُوَ هَدَرٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤.

وَلَوْ جَنَى عَلَى الْمُرْتَهِنِ^٥، فَهُوَ هَدَرٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٦.

وَفِي قَوْلِهِمَا يُعْتَبَرُ الدَّفْعُ أَوْ الْفِدَاءُ^٧.

^١ : هذه العبارة "وفي الاستحسان..الخ" ساقطة من ب. وإثباتها هو الصواب. ففي الاستحسان: يتوزع ذلك المقدار على ما بقي من الأم وعلى نقصان عينها، فتسقط حصة نقصان العينين، وتكون هي مرهونة بما بقي. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٣/٢١.

^٢ : في ب: ألف درهم.

^٣ : في ب: على.

^٤ : جناية خطأ في نفس أو دونها. المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٢١.

^٥ : سقط من ب "جميعاً".

لأنه بعد عقد الرهن باق على ملك الراهن، وجناية المملوك على المالك فيها يوجب المال يكون هدرًا، لأنه لو جنى على غيره كان المستحق به ملك المولى وماليته فيه، فإذا جنى عليه لا يثبت له الاستحقاق على نفسه، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فالمستحق به دمه، والمولى من دمه كأجنبي آخر. المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٢١.

^٦ : في نفس أو فيما دونها جناية خطأ. ر: المرجع السابق.

^٧ : وجه قوله: أن المرتهن في الرهن إذا كانت قيمته مثل الدين بمنزلة المالك في حكم جنايته، فإنه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان مالكا، فكذلك في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا تعتبر جنايته عليه، وذلك لأن أصل حق المجني عليه في بدل الفاء وهو الأرض، إلا أن للمولى أن يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد إن شاء، ولا يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق أصل البدل، لأنه لو وجب ذلك كان قراره عليه ولا يجب على نفسه أرش الجناية، ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد فإن ذلك لا يكون إلا باختيار الراهن، والراهن لا يختار ذلك خصوصاً إذا لم يكن عليه من الفداء شيء، فصار هذا وجنائه على مال المرتهن سواء. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٩/٢١.

^٨ : في ب: هو معتبر، يجب الدفع أو الفداء. وما في ب هو الصواب.

وجه قولها: أن المرتهن غير مالك للعين، والمستحق بالجناية ملك العبد، وإذا كان المرتهن منه كأجنبي آخر يعتبر جنايته عليه كما يعتبر على غيره، وهذا على أصلهما مستقيم، فإن عندهما جناية المغصوب على الغاصب معتبرة، فكذلك جناية المرهون على المرتهن، لأن كل واحد منهما ضامن غير مالك، ثم في اعتبار هذه الجناية فائدة للمرتهن، لأنها إذا اختار الدفع تملك المرتهن العين أو من يخلفه إن كان قتل، وإن كان سقط حقه في الدين ولكن بضمان الدين ما كان يثبت له ملك العين فربما يكون له في ملك العين غرض صحيح =

وَلَوْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفَيْنِ، فَإِنَّ الْجَنَايَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا، وَهُوَ رَهْنٌ بِأَلْفٍ، فَقَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِئَةً، فَدَفَعَ بِهِ، فَإِنَّ^١ فِي قَوْلِ

أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ يَكُونُ رَهْنًا بِأَلْفٍ^٢، وَيُجْبَرُ عَلَى افْتِكَاحِهِ^٣.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَكُونُ رَهْنًا بِأَلْفٍ^٤، وَالرَّاهِنُ [١٣٤/ب] بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ افْتِكَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ بِالَّذِينَ^٥.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يَسْقُطُ مِنَ الدَّيْنِ تِسْعُمِئَةٍ وَيَكُونُ رَهْنًا بِمِئَةٍ^٦.

= فيستفيد ذلك باعتبار الجناية، وربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء أنفع له، ففي إثبات الخيار له توفير النظر عليه. واعتبار الجناية لحق المرتهن صحيح، وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن، لأنه لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية، فإنه لا يستحق بها الملك، ولكن المستحق بالدين مالية العبد فتباع فيه أو يقضيها المولى، وذلك مستحق له بدينه، فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله فهذا لا يعتبر. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٢١ - ١٧٩.

^١: سقط من ب: جميعاً.

أمّا على قولهما غير مشكل، وأمّا على قول أبي حنيفة رحمه الله فجنايته هنا معتبرة في ظاهر الرواية.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يعتبر، لأنّ الكلّ محبوبس لحق المرتهن فلا تعتبر جنايته عليه كما في المسألة الأولى. ووجه ظاهر الرواية: أنّ النّصف منه أمانة هنا، ولا بدّ من اعتبار جنايته على المرتهن في ذلك النّصف لأنّه بمنزلة الوديعة، وجناية الوديعة على المودع معتبرة، ولو جنى على أجنبيّ كان الفداء في هذا النّصف على الرّاهن، فإذا جنى على المرتهن كان في اعتبار جنايته منفعة للمرتهن فلهذا تعتبر، بخلاف الأوّل. المبسوط للسرخسي: ١٨٠/٢١.

^٢: سقطت "فإن" من ب.

^٣: في ب: بالألف.

^٤: لأنّ المدفوع قائم مقام المقتول فيفتكّه الرّاهن بجميع الدّين، وبنقصان سعر الرّهن لا يسقط شيء من الدّين ولا يتخيّر الرّاهن. ر: الجامع الصّغير: ص/٤٩١-٤٩٢، المبسوط للسرخسي: ١٨٦/٢١.

^٥: في ب: بالألف.

^٦: عند محمد يتحوّل جميع الدّين من المقتول إلى المدفوع، إلّا أنّ للرّاهن الخيار لتغيّر العين في ضمان المرتهن بهال منه أوصى به وافتكّه بجميع الدّين، وإن شاء سلّمه للمرتهن بدينه، بخلاف ما إذا انتقص سعر الأوّل، لأنّ العين لم تتغيّر هناك. المرجع السابق.

^٧: وهذا على أصل زفر، فإنّ عنده لو كان العبد الأوّل بحاله وتراجعت قيمته إلى مئة لنقصان السّعر فإنّه يفتكّه بمئة، ويسقط ما زاد على ذلك من الدّين، فكذلك إذا كانت قيمة المدفوع مكانه مئة. ر: المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ارْتَهَنَ الرَّجُلُ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ^١ يُسَاوِي أَلْفًا، فَعَصَبَهُ رَجُلٌ، فَقَتَلَ عِنْدَهُ قَتِيلًا^٢، ثُمَّ رَدَّهٗ^٣ فَعَصَبَهُ آخَرُ، فَقَتَلَ عِنْدَهُ قَتِيلًا، فَرَدَّهٗ فَعَصَبَهُ آخَرُ^٤ فَقَتَلَ عِنْدَهُ قَتِيلًا، ثُمَّ رَدَّهٗ^٥، فَاجْتَمَعَ أَصْحَابُ الْجَنَائِيَّاتِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ أَثَلَاثًا^٦، وَيُضْمَنُ الْغَاصِبُ الْأَوَّلُ ثُلثَ قِيَمَتِهِ^٧، فَيُدْفَعُهَا الْمَوْلَى وَالْمُرْتَهِنُ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ بِثُلثِ قِيَمَتِهِ^٨، فَيُدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ الْأَوَّلِ^٩، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ بِثُلْثِهِ^{١٠} فَيَكُونُ فِي يَدِهِ^{١١}.

^١: سقط من ب: درهم.

^٢: أي وكان القتل خطأ، بدليل ما بعده، وانظر: المبسوط للسرخسي: ٦/٢٢.

^٣: زاد في ب: على المرتهن.

^٤: في ب: وغصبه ثالث.

^٥: في ب: فردّه.

^٦: حقّ أولياء الجنائيات في رقبته بالاستواء في سبب الاستحقاق، فإنّ كلّ واحد منهم لو انفرد كان مستحقاً جميع نفسه بالجنابة. المبسوط للسرخسي: ٦/٢٢.

^٧: لأنّ المدفوع إلى وليّ الجنابة الأولى استحقّق بسبب كان عند الأوّل، فلهذا يضمن الغاصب الأوّل ثلث قيمته. المرجع السابق. وليلاحظ أنّ في المبسوط في النسخة بين يديّ "ولم يضمن الغاصب الأوّل ثلث قيمته". ولعلّ قوله "لم" خطأ مطبعيّ يدلّ عليه تعليقه، فليتبّه.

^٨: في ب: إلى.

^٩: في ب: بمثله.

والمقصود الرجوع مرّة ثانية. ر: المرجع السابق.

^{١٠}: لأنّ حقه ثبت في العبد فارغاً وما سلم له إلّا ثلثه فيرجع في بدله مرتين حتّى يسلم له ثلثي القيمة. المبسوط للسرخسي: ٧/٢٢.

^{١١}: في ب: بمثله. وهذا الرجوع الثالث.

^{١٢}: في ب: يديه رهناً. وهو الصواب.

فثلث العبد فارغ فيرجع على الغاصب الأوّل بمثله فيكون رهناً في يده. ر: المبسوط للسرخسي: ٧/٢٢.

وَيَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ الثَّانِي بِثُلْثِ قِيَمَتِهِ، فَيُدْفَعُ نِصْفَ ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ الثَّانِي^١، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ الثَّانِي بِذَلِكَ^٢.

وَيَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ الثَّالِثِ بِثُلْثِ الْقِيَمَةِ، فَيَسْلَمُ لَهُ^٣، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَلَمْ يَذْكُرْ هَاهُنَا قَوْلَ مُحَمَّدٍ^٤.

وَلَكِنْ فِي قَوْلِهِ^٥: إِذَا دُفِعَ الْعَبْدُ^٦ أَثْلَاثًا، يَأْخُذُ^٧ مِنَ الْغَاصِبِ الْأَوَّلِ ثُلْثَ الْقِيَمَةِ، فَيَسْلَمُ لَهُ^٨، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْجَنَايَةِ الْأُولَى، لِأَنَّ هَذَا بَدَلُ ذَلِكَ الثُّلُثِ، وَلَا يَجْتَمِعُ لَهُ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ^٩.

^١: لَأَنَّهُ حِينَ جَنَى عَلَى وَلِيِّهِ كَانَ مَشْغُولًا بِالْجَنَايَةِ، فَإِنَّمَا يَثْبِتُ حَقَّ وَلِيِّ الثَّانِي فِي نِصْفِهِ، وَقَدْ سَلِمَ لَهُ الثُّلُثُ، فَيَرْجِعُ إِلَى تَمَامِ حَقِّهِ وَذَلِكَ نِصْفُ الثُّلُثِ حَتَّى يَسْلَمَ لَهُ النِّصْفُ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧/٢٢.

^٢: أَيِ الْمُرْتَهَنِ.

^٣: فِي ب: بِذَلِكَ النِّصْفِ.

فَيَجْعَلُ فِي يَدِهِ ثُلْثَ الْقِيَمَةِ مَعَ ثُلْثِ الْأَوَّلِ مَرْهُونًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧/٢٢.

^٤: وَلَا يَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْقَتِيلِ الثَّالِثِ، لَأَنَّهُ حِينَ جَنَى عَلَيْهِ كَانَ مَشْغُولًا بِجَنَائَتَيْنِ، فَإِنَّمَا يَثْبِتُ حَقَّهُ فِي ثُلْثِ الْعَبْدِ وَقَدْ سَلِمَ لَهُ ثَلَاثُهُ، فَيَجْتَمِعُ فِي يَدِ الْمُرْتَهَنِ قِيَمَةٌ كَامِلَةٌ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَ الْعَبْدِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧/٢٢.

^٥: فِي ب: قَوْلَ مُحَمَّدٍ هَاهُنَا.

^٦: فِي ب: وَلَكِنْ قَوْلُهُ.

^٧: كَلِمَةُ "الْعَبْدُ" سَاقِطَةٌ مِنْ ب.

^٨: فِي ب: وَأَخْذُ.

^٩: فِي ب: فَلَا.

^{١٠}: وَلَمْ أَرِ تَعْلِيلَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ فِي هَذَا الْبَابِ، إِنَّمَا تَعْلِيلُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ، فِيمَا لَوْ غَضِبَ عَبْدًا فَقَتَلَ عِنْدَهُ قَتِيلًا خَطَأً بِأَمْرِهِ أَوْ بغيرِ أَمْرِهِ، ثُمَّ رَدَّهَ إِلَى الْمَوْلَى فَقَتَلَ عِنْدَهُ آخَرَ خَطَأً فَاخْتَارَ الْمَوْلَى دَفْعَهُ بِهِمَا، قَالَ مُحَمَّدٌ وَزَفَرٌ: يَأْخُذُ الْمَوْلَى نِصْفَ الْقِيَمَةِ مِنَ الْغَاصِبِ فَيَسْلَمُ لَهُ، وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ، وَالْقِيَاسُ هَذَا، لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِقِيَمَةِ نِصْفِ الْمُدْفُوعِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى، فَلَوْ أَمَرَ بِدَفْعِ ذَلِكَ النِّصْفِ إِلَيْهِ اجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، وَلِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْقِيَمَةِ عِنْدَ عَدَمِ سَلَامَةِ الْعَيْنِ، لِتَقْوَمِ الْقِيَمَةُ مَقَامَ الْعَيْنِ، وَذَلِكَ النِّصْفُ سَالِمٌ لَوْلِي الْجَنَايَةِ الْأُولَى فَلَا حَقَّ لَهُ فِي بَدْلِهَا، وَالنِّصْفُ الَّذِي أَخَذَهُ وَلِيُّ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ فَاتٍ وَلَمْ يَخْلَفْ بَدَلًا، لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ ذَلِكَ النِّصْفِ بِجَنَايَةٍ كَانَتْ عِنْدَ الْوَلِيِّ، فَلَا يَكُونُ لَوْلِي الْجَنَايَةِ الْأُولَى أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْمَوْلَى بِشَيْءٍ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٥٣/٢٧ - ٥٤.

ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الْعَاصِبِ الثَّانِي ثُلْثَ الْقِيَمَةِ فَيَدْفَعُهُ^١ إِلَى صَاحِبِ الْجَنَائَةِ الْأَوَّلِ^٢.

ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الثَّالِثِ بِثُلْثِ الْقِيَمَةِ، فَيَدْفَعُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ ذَلِكَ إِلَى الْأَوَّلِ، وَالرُّبْعَ إِلَى الثَّانِي، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى^٣ الْعَاصِبِ الْأَوَّلِ بِتِلْكَ الثَّلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ، وَعَلَى الْعَاصِبِ الثَّانِي بِذَلِكَ الرُّبْعِ، فَيَأْخُذُ الرُّبْعَ مِنَ الثَّانِي فَيَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ حَتَّى يُكْمَلَ لَهُ الْقِيَمَةُ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْعَاصِبِ الْأَوَّلِ فَيَسْلَمَ لَهُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلَيْنِ مَالٌ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنِ صَاحِبِهِ، فَأَعْطَاهُ أَحَدُهُمَا رَهْنًا بِجَمِيعِ الْمَالِ، وَهُوَ يُسَاوِي ذَلِكَ^٥، ثُمَّ أَعْطَاهُ الْآخَرَ بَعْدَ ذَلِكَ رَهْنًا^٦ بِجَمِيعِ الْمَالِ [١٣٥/أ] وَهُوَ يُسَاوِي ذَلِكَ^٧، جَازَ^٨، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ بِنِصْفِ^٩ الْمَالِ^{١٠}.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَالُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَالْآخَرُ كَفِيلٌ^{١١}.

^١: في ب: فیدفع.

^٢: في ب: الأولى.

^٣: في ب: إلى.

^٤: في ب: فإذا أخذ.

^٥: في ب: دفع.

^٦: لم أر تعليل ذلك فيما اطلعت عليه.

^٧: سقط من ب "ذلك".

^٨: زاد في ب: آخر.

^٩: سقطت من ب "وهو يساوي ذلك". وما في الأصل هو الصواب يدل عليه تعليله. وانظر: المبسوط للسرخسي: ١٤/٢٢.

^{١٠}: في ب: جاز ذلك.

^{١١}: في ب: ذهب نصف.

^{١٢}: لأن كل واحد منهما مطالب بجميع المال هنا، فهما كشخص واحد في إيفاء هذا الدين، حتى لو أذاه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه، فيجعل الرهن من الثاني زيادة في الرهن الأول، فيقسم الدين على قيمة الرهنتين، وقيمتها سواء، فأيهما هلك ذهب بنصف المال. المبسوط للسرخسي: ١٤/٢٢.

^{١٣}: وكذلك لو كانا مكاتبين مكاتبة واحدة، فالحكم كذلك. ر: المرجع السابق.

وَقَالَ فِي اخْتِلَافٍ زُفَرٍ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ وَبِهِ كَفِيلٌ، فَأَعْطَاهُ الْمَطْلُوبُ رَهْنًا، وَأَعْطَاهُ الْكَفِيلُ بِهِ رَهْنًا، فَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ بِالَّذِينَ كُلُّهُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ هَلَكَ الثَّانِي فَإِنْ عَلِمَ حِينَ رَهْنَهُ أَنَّ الْأَوَّلَ رَهْنُهُ هَلَكَ بِالنِّصْفِ^١، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلَكَ بِالَّذِينَ كُلُّهُ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْمَالِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَالْآخَرُ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، فَرَهْنَهُ الثَّانِي مُتَطَوِّعًا، فَالْجَوَابُ مِثْلُ الْأَوَّلِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: "مَعْنَاهُ أَنَّ رَهْنَ الثَّانِي لَوْ هَلَكَ هَلَكَ بِنِصْفِ الدَّيْنِ^٢، وَإِنْ هَلَكَ^٣ الْأَوَّلُ هَلَكَ بِالَّذِينَ كُلُّهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلثَّانِي أَنْ يُغَيِّرَ حُكْمَ رَهْنِ الْأَوَّلِ".

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: "أَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ بِالنِّصْفِ". وَطَرِيقُ^٤ الْأَوَّلِ أَصَحُّ.

^١: سقط من ب "به".

^٢: لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا رَضِيَ بِالرَّهْنِ فِي مَتَاعِهِ إِلَّا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي ذَلِكَ غَرَضٌ صَحِيحٌ، فغرض الكفيل في ذلك أن يصير موفياً لجميع الدَّيْنِ بهلاكه ليرجع بالكُلِّ على الأصيل، وغرض الأصيل أن يصير موفياً لجميع الدَّيْنِ بهلاكه حتَّى لا يرجع الكفيل عليه بشيء. المبسوط للسرخسي: ١٤/٢٢ - ١٥.

^٣: فِي ب: أَنَّ صَاحِبَهُ أَعْطَاهُ رَهْنًا.

^٤: لَوْجُودُ الرِّضَا مِنَ الثَّانِي بِأَنْ يَكُونَ رَهْنُهُ زِيَادَةً فِي الرَّهْنِ الْأَوَّلِ حِينَ عَلِمَ بِهِ. المبسوط للسرخسي: ١٥/٢٢.

^٥: ر: تَعْلِيلُ قَوْلِ زُفَرِ السَّابِقِ.

^٦: فِي ب: بِالنِّصْفِ.

^٧: فِي ب: وَلَوْ هَلَكَ رَهْنٌ.

^٨: فِي ب: وَالطَّرِيقُ.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ رَجُلًا لَوْ رَهَنَ عَبْدًا عَنْهُ بَغِيرَ أَمْرِهِ^١، ثُمَّ جَاءَ الْآخَرُ فَرَهَنَ عَبْدًا عَنْهُ بَغِيرَ أَمْرِهِ^٢، فَإِنْ هَلَكَ الْأَوَّلُ هَلَكَ بِالَّذِينَ كُلُّهُ، وَإِنْ هَلَكَ الثَّانِي هَلَكَ بِنِصْفِ الدَّيْنِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ، فَأَعْطَاهُ ثَوْبًا، وَقَالَ: "أَمْسِكْ هَذَا حَتَّى أُعْطِيكَ مَالَكَ"، قَالَ: هُوَ رَهْنٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَكُونُ رَهْنًا، وَهُوَ وَدِيعَةٌ^٥.

وَإِنْ قَالَ: "أَمْسِكْ هَذَا بِمَالِكَ، أَوْ أَمْسِكْ هَذَا رَهْنًا حَتَّى أُعْطِيكَ مَالَكَ"، فَهُوَ رَهْنٌ بِالِاتِّفَاقِ^٦، ذَكَرَهُ أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَالِي، وَذَكَرَ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ^٧ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ^٨.

^١: في ب: إذنه.

^٢: لعل المسألة كما في المبسوط: "ولو أن المديون رهن متاعه بالدين الذي عليه، وتبرّع إنسان بأن رهن به متاعاً آخر له" المبسوط للسرخسي: ١٥/٢٢.

^٣: في ب: ولو.

^٤: لأن رهن المطلوب صار مضموناً بجميع الدين، فالمتبرّع لا يملك، فيعتبر موجب عقده عليه، وأما رهن المتبرّع فهو زيادة في رهن المطلوب فيكون بنصف الدين. المبسوط للسرخسي: ١٥/٢٢.

^٥: في ب: فإن هذا.

^٦: لأنه أتى بمعنى الرهن، وهو الإمساك والحبس لأجل إيفاء الدين وإعطائه. ر: الجامع الصغير/ ٤٩١، البحر الرائق: ٨/ ٤٦٣.

^٧: لأن الإمساك محتمل، قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة، فيحمل على الوديعة، لأنها أقل وهي متيقنة، والرهن مشكوك فيه. البحر الرائق: ٨/ ٤٦٣.

^٨: كلمة "رهناً" ساقطة من ب. وإثباتها هو الصواب، وإلا كانت كسابقتها.

^٩: أما في قوله: "أمسك هذا بمالك" فإنه لما قابله بالدين فقد عبّر جهة الرهن. وأما في قوله: "أمسك هذا رهناً" فقد انتفى احتمال كونه وديعة. ر: المرجع السابق، الجوهرة النيرة: ص/ ٨٥.

^{١٠}: زاد في ب: أيضاً خاصة.

^{١١}: ر: الجامع الصغير: ص/ ٤٩١.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلَانِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى رَجُلٍ أَلْفٌ دِرْهَمٍ، فَارْتَهَنَا مِنْهُ أَرْضاً لَهُ^١ بِدَيْنِيهِمَا وَقَبَضَاهَا، ثُمَّ قَالَ أَحَدُ الْمُرْتَهِنَيْنِ: "إِنَّ الْمَالَ الَّذِي لَنَا عَلَى فُلَانٍ بَاطِلٌ، وَالْأَرْضُ فِي أَيْدِينَا تَلَجِيَّةٌ"، وَأَنْكَرَ صَاحِبُهَا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَبْطُلُ الرَّهْنُ^٢. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ، وَيَبْرَأُ مِنْ حَصَّتِهِ^٣. ذَكَرَهُ فِي رِوَايَةِ هِشَامٍ.

وَإِذَا أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى الرَّهْنِ، أَمَرَ الْقَاضِي الْمُرْتَهِنَ حَتَّى يُنْفِقَ عَلَيْهِ^٤، وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَمْنَعَ الرَّهْنَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ النَّفَقَةَ، فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ [١٣٥/ب] بَعْدَ ذَلِكَ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ فِي قَوْلِ زُفَرٍ^٥.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْنَعَ الرَّهْنَ بِالنَّفَقَةِ، وَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ لَا تَبْطُلُ النَّفَقَةُ^٦.

^١: سقطت "له" من ب.

^٢: لِأَنَّ الدَّيْنَيْنِ وَإِنْ اخْتَلَفَا وَلَكِنَّ الرَّهْنَ بَهَا وَاحِدًا، فَإِذَا اعْتَرَفَ أَحَدُهُمَا بِبُطْلَانِ الدَّيْنِ وَالرَّهْنِ بَطُلَ الرَّهْنُ أَصْلًا. الْبَحْرُ الرَّائِقُ: ٤٦٦/٨.

^٣: لِأَنَّ الدَّيْنَيْنِ مُخْتَلِفَانِ، وَالرَّهْنَ إِنَّمَا يَصَحُّ بِهَا حَقًّا لَهَا، فَإِقْرَارُهُ يَصَحُّ مَبْطُلًا لِحَقِّ نَفْسِهِ دُونَ شَرِيكِهِ، فَيَبْطُلُ حَقُّ الْمُقَرِّ فِي الدَّيْنِ وَالرَّهْنِ، وَيَبْقَى حَقُّ الْآخَرِ فِيهِمَا عَلَى حَالِهِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٤: نَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الرَّاهِنِ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَبِنُ الدَّرِّ يَحْلِبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَالظَّهْرُ يَرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَحْلِبُ النَّفَقَةُ» [أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، بَابُ فِي الرَّهْنِ (٣٥٢٦) وَقَالَ: وَهُوَ عِنْدُنَا صَحِيحٌ]. وَلِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً عَلَى مَلِكِ الرَّاهِنِ، وَنَفَقَةُ الْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ، وَفِي اسْتِحْقَاقِ الْيَدِ عَلَيْهِ لِلْمُرْتَهِنِ مَنَافِعَ لِلرَّاهِنِ، فَإِنَّهُ يَصِيرُ قَاضِيًا دَيْنَهُ بِهَلَاكِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧٨/٢١.

^٥: فِي ب: لِيَنْفِقَ.

^٦: لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ بِأَمْرِ الْقَاضِي كَالْإِنْفَاقِ بِأَمْرِ الرَّاهِنِ، وَلِلْقَاضِي وَلَايَةُ النَّظَرِ فِي مَالِ الْغَائِبِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى حِفْظِ مَلِكِهِ. فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، وَالرَّاهِنُ غَائِبٌ، فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١١١/٢١، الْجَوْهَرَةُ النِّيْرَةُ: ٢٨٧/١.

^٧: وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. ر: الْفَتَاوَى الْبَرْزَايَةِ: ٥٨/٦.

^٨: زَادَ فِي ب: "فِي قَوْلِ زُفَرٍ وَيَهْلِكُ بِالْقِيَمَةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَهْلِكُ بِمَا شَاءَ الْمُرْتَهِنُ".

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مِئَةُ دِرْهَمٍ، فَأَعْطَاهُ تَوْبًا وَقَالَ: "هَذَا رَهْنٌ بِبَعْضِ حَقِّكَ"، فَالرَّهْنُ فَاسِدٌ فِي قَوْلِ زُفَرٍ وَيَهْلِكُ بِالْقِيَمَةِ^١، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَهْلِكُ^٢ بِمَا شَاءَ الْمُرْتَهِنُ.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَاسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا، فَالْبَاقِي بِحَصَّتِهِ، يَفْتَكُّهُ بِذَلِكَ الْمِقْدَارِ فِي قَوْلِ زُفَرٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَفْتَكُّهُ إِلَّا بِجَمِيعِ الدِّينِ^٣.

وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُدَبَّرًا أَوْ مُكَاتَبًا، فَالْبَاقِي رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدِّينِ لَا يَفْتَكُّهُ إِلَّا بِذَلِكَ فِي الْقَوْلَيْنِ جَمِيعًا.

^١: فِي ب: فَأَعْطَى.

^٢: كَالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ. ر: فِتَاوَى قَاضِيخَانَ: ٦/٦٣، مَجْمَعُ الصَّيَانَاتِ: ١/٢٥٩.

^٣: فِي ب: هَلَكَ.

^٤: إِنْ شَاءَ بَقِيَّةُ الرَّهْنِ، وَإِنْ شَاءَ بَعْضُ الدِّينِ، لِأَنَّهُ رَهْنٌ مُوقُوفٌ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَخَذَ الرَّهْنُ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَهَلَكَ خَيْرَ الْمُرْتَهِنِ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ مِنَ الدِّينِ أَوْ مِنَ الْقِيَمَةِ. ر: الْمَرْجِعَانِ السَّابِقَانِ.

^٥: لَكِنَّ الَّذِي فِي الْمَبْسُوطِ عَلَى خِلَافِ هَذَا حَيْثُ قَالَ: "وَذَكَرَ فِي اخْتِلَافِ زُفَرٍ وَيَعْقُوبَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّهُ لَوْ رَهَنَ جَارِيَتَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ فَاسْتَحَقَّتْ إِحْدَاهُمَا فَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأُخْرَى رَهْنٌ بِحَصَّتِهَا مِنَ الْأَلْفِ، وَعَلَى قَوْلِ زُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ الْأُخْرَى رَهْنٌ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ إِنْ هَلَكَتْ، وَذَلِكَ قِيَمَتُهَا يَمْلِكُهَا بِهِ، وَلَا يَفْتَكُّهَا إِلَّا بِجَمِيعِ الْمَالِ.

وَلَوْ ظَهَرَ أَنَّ إِحْدَاهُمَا مُدَبَّرَةٌ أَوْ أُمٌّ وَلَدَ فَالْأُخْرَى رَهْنٌ بِجَمِيعِ الْمَالِ بِاتِّفَاقٍ، وَإِنْ هَلَكَتْ هَلَكَتْ بِهِ.

فَزُفَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ قَاسَ اسْتِحْقَاقَ الْغَيْرِ إِحْدَاهُمَا بِاسْتِحْقَاقِهَا نَفْسَهَا.

وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: الْمُسْتَحَقُّ مَحَلٌّ لِلرَّهْنِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ رَهَنَهَا بِرِضَا صَاحِبِهَا جَازَ فَيَنْقَسِمُ الدِّينُ عَلَى قِيَمَتِهَا، فَإِنَّمَا صَارَتِ الْأُخْرَى رَهْنًا بِحَصَّتِهَا، فَإِذَا هَلَكَتْ هَلَكَتْ بِهِ، وَالْمُدَبَّرَةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لِلرَّهْنِ فَيَكُونُ جَمِيعُ الدِّينِ فِي الْأُخْرَى، فَإِذَا هَلَكَتْ وَفِي قِيَمَتِهَا وَفَاءً بِذَلِكَ صَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا جَمِيعَ دِينِهِ."

وَفِي الْفِتَاوَى الْهِنْدِيَّةِ: "رَهْنُ عَبْدَيْنِ بِأَلْفٍ فَاسْتَحَقَّ أَحَدُهُمَا أَوْ بَانَ حَرًّا، وَقَالَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: "إِنْ احْتَجَجْتَ إِلَى أَحَدِهِمَا فَرُدَّهُ إِلَيَّ" فَرُدَّهُ الْمُرْتَهِنُ فَالْبَاقِي رَهْنٌ بِحَصَّتِهِ، لَكِنْ لَا يَفْتَكُّهُ إِلَّا بِكُلِّ الدِّينِ". ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٢/١٧، الْفِتَاوَى الْهِنْدِيَّةُ: ٥/٤٥٢،

مَجْمَعُ الصَّيَانَاتِ: ١/٢٦٢.

^٦: سَقَطَ مِنْ ب "جَمِيعًا".

كِتَابُ الْإِكْرَاهِ

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أُكْرِهَ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ عَيْدٍ لَهُ، فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي، جَازَ عَتَقُهُ، وَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِيَمَةُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَجُوزُ عَتَقُهُ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أُكْرِهَتْ امْرَأَةٌ، أَوْ أُكْرِهَ وَلِيُّهَا حَتَّى زَوَّجَهَا مِنْ رَجُلٍ، جَازَ النِّكَاحُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا^٢، وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ^٣.

^١: كرهت الشيء من باب سَلِمَ، وكرهية فهو شيء كرهه ومكره. والكرهية: الشدة في الحرب. الفراء: الكره بالضم المشقة، وبالفتح الإكراه. يقال: قام على كرهه، أي على مشقة، وأقامه فلان على كرهه، أي أكرهه على القيام. وقال الكسائي: هما لغتان بمعنى واحد. وأكرهه على كذا حملة عليه كرهاً، وكرهت إليه الشيء تكريهاً، ضد حببته إليه، و(استكرهت) الشيء. قال تعالى: ﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الْإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ﴾ (الحجرات: ٧) وقال تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ (البقرة: ٢٥٦).

وشرعاً: وهو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة. أو هو عبارة عن الدَّعاء إلى الفعل بالإيعاد والتَّهديد مع وجود شرائطها. ويقال له: المكره، بفتح الراء، ويقال لمن أجبر: مجبر، ولذلك العمل: مكره عليه، وللشيء الموجب للخوف: مكره به. والإكراه على قسمين: الإكراه التام أو الملجئ: وهو ما فيه تلف نفس، أو عضو، أو ضرب مبرح، حداً لا يقابله صارف، كمن جرّد عليه السيف، أو أجهت له نار، لا يمكنه دفعها إلا بفعل ما أمر به. والإكراه الناقص أو غير الملجئ: وهو الذي يوجب الغم والألم فقط، كالضرب غير المبرح، والحبس غير المديد. ر: مختار الصحاح: ص/ ٥٦٨-٥٦٩، المغرب: ٢/ ٢١٧، القاموس الفقهي: ١/ ٣١٧-٣١٨. المجلة: مادتي (٩٤٨-٩٤٩): ١/ ١٨٥، بدائع الصنائع: ٧/ ١٧٥.

^٢: هذه المسألة ساقطة من ب.

^٣: ولا ضمان على المكره فيه، لأن البضع ليس بهال متقوم، وتقومه على المتملك باعتبار ثبوت الملك فيها هو مصون عن الابتذال، وهذا المعنى لا يوجد في حق المكره. المبسوط للسرخسي: ٢٤/ ٦٤. والمسألة في الجامع الصغير: ص/ ٣٣٢.

قلت: وينبغي أن يقيّد الإكراه بغير الولي إذ له ولاية الإيجاب.

^٤: في ب: وفي قول زفر والشافعي.

عند الشافعي لا يصح النكاح من مكره بغير حق، أمّا إذا كان بحق كأن أكره على نكاح المظلومة في القسم فيصح، بأن ظلمها هو فيتعيّن عليه نكاحها لبيّت عندها ما فاتها. =

فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَيْرَ كُفُوٍّ فَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ فِي فسخِ النِّكَاحِ.^٢

فَإِنْ رَضِيَتْ فَلَوْلِيَّهَا الْخِيَارُ.

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ كُفُوًّا لَهَا، وَلَكِنْ نَقَصَ فِي الْمَهْرِ فَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ، إِلَّا أَنْ يُبَلِّغَهَا الزَّوْجُ تَمَامَ مَهْرِ مِثْلِهَا، فَإِنْ رَضِيَتْ الْمَرْأَةُ بِذَلِكَ، فَلِلْوَلِيِّ الْخِيَارُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^٣

= وهذا بناء على أن التصرفات القولية التي يكره عليها بغير حق باطلة، سواء الردة والبيع والإجارة وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها، لحديث: «رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [يأتي تخريجه بعد قليل] ر: المجموع: ١٥٩/٩، حاشية الجمل: ١٣٨/٤، أسنى المطالب: ٢٨٢/٣.

^١: في ب: وإن.

^٢: في ب: فالمرأة بالخيار لفسخ.

^٣: لما يلحقها من الضرر من استفراش من لا يكافئها. المبسوط للسرخسي: ٦٥/٢٤.

^٤: لأن للأولياء حق طلب الكفاءة، فإتباعها لو زوّجت نفسها طائعة من غير كفؤ كان للأولياء حق الاعتراض، فهنا أيضاً لم يوجد من الأولياء الرضا بسقوط حقهم في الكفاءة، والزواج لا يتمكّن من إزالة عدم الكفاءة، فيكون للأولياء أن يفرّقوا بينهما. المبسوط للسرخسي: ٦٥/٢٤.

^٥: في ب: فإن.

^٦: كلمة "لها" ساقطة من ب.

^٧: لما يلحقها من الضرر بنقصان حقها عن صداق مثلها، والزواج متمكّن من إزالة هذا الضرر بأن يلتزم لها كمال مهر مثلها، فإن التزم ذلك فالنكاح بينهما لازم، وإن أبى فرق بينهما، ولا شيء لها إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها مكرهة فلها تمام مهر مثلها، لانعدام الرضا منها بالنقصان، ولا خيار لها بعد ذلك، لأن الضرر اندفع حين استحققت كمال مهر مثلها. المبسوط للسرخسي: ٦٤/٢٤.

^٨: أصل هذه المسألة في كتاب النكاح، إذا زوّجت نفسها من كفؤ بغير صداق.

وجه قول أبي حنيفة: أنها ألحقت الضرر بالأولياء فيكون لهم حق الاعتراض، كما لو زوّجت نفسها من غير كفء.

وبيان ذلك: أن الأولياء يتفاخرون بكمال مهرها ويعيرون بنقصان مهرها، فإن ذلك مهر المومسات الزانيات عادة، ومع لحوق العار بالأولياء فيه إلحاق الضرر بنساء العشيرة أيضاً، فإن من تزوّج منهن بعد هذا بغير مهر فإتباع مهرها بمهر هذه، فعرفنا أن في ذلك ضرراً عليهن، وإتباعها يذنب عن نساء العشيرة رجالها، فكان لهم حق الاعتراض. وقتال بعضهم: لا حاجة إلى هذا التفسير، بل يحمل على القول المرجوح عنه، فإنه صحّ رجوعه عنه إلى قولها. ر: الجامع الصغير: ص/١٨١، المبسوط للسرخسي: ١٤/٥.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ لَا خِيَارَ لِلْوَلِيِّ، وَالنِّكَاحُ نَافِذٌ¹.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَكْرَهَ رَجُلًا حَتَّى قَتَلَ رَجُلًا²، فَإِنْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِالْحَبْسِ أَوْ بِالْقَيْدِ³ فَالْقِصَاصُ عَلَى الْقَاتِلِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا⁴.

وَإِنْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِشَيْءٍ يُخَافُ التَّلَفُ مِنْهُ⁵، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الْقِصَاصَ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ⁶.

¹ : لَأَنَّ الْمَهْرَ مِنْ خَالِصِ حَقِّهَا فَإِنَّهُ بَدَلَ مَا هُوَ مَمْلُوكٌ لَهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ وَالْإِبْرَاءَ إِلَيْهَا وَالتَّصَرُّفَ فِيهِ كَيْفَ شَاءَتْ، وَتَصَرَّفَهَا فِيهَا هُوَ خَالِصٌ حَقُّهَا صَحِيحٌ، فَلَا يَكُونُ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقٌّ الْاِعْتِرَاضِ. الْمَبْسُوطُ لِلرَّسْخَسِيِّ: ١٤/٥. وَانْظُرِ الْجَامِعَ الصَّغِيرَ: ص/١٨١.

² : لَا يَسْعَى قَتْلُهُ بَلْ يَصْبِرُ حَتَّى يَقْتُلَ، فَإِنْ قَتَلَهُ كَانَ أَتَمًّا وَيَعْزُرُ، لِأَنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ لَا يَسْتَبَاحُ لِلضَّرُورَةِ، إِذْ قَتَلَ الْمُسْلِمَ بِغَيْرِ حَقٍّ لَا يَحْتَمِلُ الْإِبَاحَةَ بِحَالٍ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ الْإِسْرَاءُ/٣٣، فَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قَتَلَ كَانَ مَأْجُورًا.

ر: اللَّبَابُ شَرْحُ الْكِتَابِ: ص/٦٠٥، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ١٧٧/٧.

³ : فِي ب: الْقَيْدِ.

وَيُسَمَّى هَذَا إِكْرَاهًا نَاقِصًا. ر: بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ١٧٥/٧.

⁴ : لَأَنَّ الْإِكْرَاهَ النَّاقِصَ لَا يَسْلُبُ الْاِخْتِيَارَ أَصْلًا، فَلَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ. ر: بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ١٨٠/٧.

⁵ : وَهَذَا هُوَ الْإِكْرَاهُ التَّامُّ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ: ١٧٥/٧.

⁶ : هَذَا إِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا. لَهَا قَوْلُهُ ﷺ «رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».

وَإِنَّمَا وَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَكْرِهِ، لِأَنَّ فِعْلَ الْمَكْرِهِ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ وَيَصِيرُ كَالْأَلَةِ، فَكَأَنَّهُ أَخَذَ بِيَدِ الْمَكْرِهِ وَفِيهَا سَيْفُ قَتْلِهِ بِهِ.

وَقَيْدٌ بِالْعَمْدِ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ خَطَأً تَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَكْرِهِ وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الْمَكْرِهِ إِجْمَاعًا. ر: الْجَوْهَرَةُ النِّيرَةُ: ٢/٣٥٥.

قَالَ صَاحِبُ اللَّبَابِ: "قَالَ الْإِسْبِيجَانِيُّ: وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَيْهِ مَشَى الْأَثَمَةُ كَمَا هُوَ الرَّسْمُ" ر: اللَّبَابُ: ص/٦٠٥.

وَالْحَدِيثُ الَّذِي اسْتَشْهَدَ بِهِ قَالَ الْعَجْلُونِيُّ فِي كَشْفِ الْخَفَاءِ: قَالَ فِي اللَّكَلِيِّ لَا يَوْجَدُ هَذَا اللَّفْظُ، وَأَقْرَبُ مَا وَجَدَ مَا رَوَاهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ عَنْ أَبِي بَكْرَةَ بَلْفِظَ «رَفَعَ اللَّهُ عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ ثَلَاثًا الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَالْأَمْرَ بِكَرْهُونٍ عَلَيْهِ»، قَالَ: وَعَدَّهُ ابْنُ عَدِيٍّ مِنْ مُنْكَرَاتِ جَعْفَرِ بْنِ جَسْرٍ، وَأَخْرَجَ ابْنُ مَاجَهٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ يَرْفَعُهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبَّانٍ عَنْهُ يَرْفَعُهُ، وَكَذَا الْحَاكِمُ وَقَالَ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ.

قَالَ يَوْسُفُ الْحَاجِّ أَحْمَدُ مُحَقِّقُ كَشْفِ الْخَفَاءِ: إِنَّهُ صَحِيحٌ هَذَا اللَّفْظُ عَلَى شَرْطِ الْبُخَارِيِّ، وَقَالَ: وَبِهَذَا يَتَبَيَّنُ لَكَ أَنَّ لِهَذَا الْحَدِيثِ أَصْلًا هَذَا اللَّفْظُ الْمَشْهُورُ، وَقَوْلُ الْمُصَنِّفِ عَنِ السِّيُوطِيِّ فِي اللَّكَلِيِّ أَنَّهُ لَمْ يَوْجَدَ مُرَدُّدًا.

وَقَالَ السَّخَاوِيُّ فِي الْمَقَاصِدِ الْحَسَنَةِ: وَقَعَ هَذَا اللَّفْظُ فِي كُتُبِ كَثِيرٍ مِنَ الْفُقَهَاءِ وَالْأُصُولِيِّينَ، وَقَالَ غَيْرُ وَاحِدٍ مِنْ مَخْرَجِيهِ وَغَيْرِهِمْ: لَمْ أَظْفَرْ بِهِ، وَلَكِنْ قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ نَصْرِ الْمَزُورِيُّ فِي بَابِ طَلَاقِ الْمَكْرِهِ: يَرُودُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «رَفَعَ اللَّهُ عَنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وَمَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ» وَرَوَى أَبُو النَّعِيمِ فِي تَارِيخِ أَصْبَهَانَ وَابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ بِسَنَدٍ فِيهِ جَعْفَرُ بْنُ جَسْرٍ، وَهُمَا ضَعِيفَانِ، عَنْ أَبِي بَكْرَةَ =

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الدِّيَّةُ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ، وَلَا يَحِبُّ الْقِصَاصُ^١.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَحِبُّ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا^٢.

=مرفوعاً بلفظ: «رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً: الخطأ والتسيان والأمر يكرهون عليه»، لكن له شاهد جيد أخرجه أبو القاسم الفضل ابن جعفر التميمي، المعروف بأخي عاصم في فوائده عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «رفع الله» والباقي بلفظ الترجمة، ورواه ابن ماجه وابن أبي عاصم والضياء في المختارة عن محمد بن المصنف لكن بلفظ: «وضع» بدل «رفع» ورجاله ثقات، وصححه ابن حبان، وأخرجه الطبراني والدارقطني والحاكم بلفظ: «تجاوز» بدل «وضع».

وقال أيضاً صاحب المقاصد: وله طرق عن ابن عباس، بل للوليد فيه إسنادان آخران عن ابن عمرو عن عقبة بن عامر، قال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنها فقال: هذه أحاديث منكراً كأنتها موضوعة، وقال في موضع آخر: لم يسمعه الأوزاعي من عطاء، ولا يصح هذا الحديث ولا يثبت إسناده، وقال عبد الله بن أحمد في العلل: سألت أبي عنه فأنكره جداً وقال: ليس يروى هذا إلا عن الحسن عن النبي ﷺ.

وقال محمد بن نصر عقب إيراده: ليس له إسناد يحتج بمثله، ورواه العقيلي في الضعفاء وكذا البيهقي وقال: ليس بمحفوظ عن مالك، ورواه الخطيب عن مالك، وقال: إنه منكر عنه، والحديث يروى عن ثوبان وأبي الدرداء وأبي ذر، ومجموع هذه الطرق تظهر أن للحديث أصلاً، لا سيما وأصل الباب حديث أبي هريرة في الصحيح عن زرارة بن أوفى يرفعه: «أن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به»، ورواه ابن ماجه بلفظ: «عما توسوس به صدورها» بدل «ما حدثت به أنفسها»، وزاد في آخره: «وما استكروها»، ويقال: أن هذه الجملة مدرجة في آخره، وصححه ابن حبان والحاكم وغيرهما، وقال النووي في "الروضة" و"الأربعين": "إنه حسن" وتكلم عليه الحافظ ابن حجر في تحريج المختصر، وبسط الكلام عليه السخاوي في تحريج الأربعين. ر: كشف الخفاء: ١/ ٤٩١، المقاصد الحسنة: ص/ ٣٧٠، البدر المنير: ٤/ ١٧٧ وما بعدها، التلخيص الحبير: ١/ ٦٧١ وما بعدها، روضة الطالبين: ٨/ ١٩٣، شرح الأربعين النووية: ص/ ١٣٠.

١: زاد في ب: وقال زفر: يجب القصاص على القاتل. وهو الصواب.

حجة أبي يوسف: أن المكره لم يباشر القتل وإنما هو سبب فيه، كحافر البئر وواضع الحجر، وإنما وجبت الدية في ماله، لأن هذا قتل عمد تحول مالا، والعاقلة لا تعقل العمد.

وحجة زفر: أن الإكراه لا يبيح القتل فحاله بعد الإكراه كحاله قبله.

فالقتل وجد من المكره حقيقة حساً ومشاهدة، وإنكار المحسوس مكابرة، فوجب اعتباره منه دون المكره، إذ الأصل اعتبار الحقيقة، ولا يجوز العدول عنها إلا بدليل. ر: الجوهرية النيرة: ٢/ ٣٥٥، بدائع الصنائع: ٧/ ١٧٩.

٢: سقط من ب: "جميعاً".

وهو قول مالك والشافعي. ر: المرجع السابق، بدائع الصنائع: ٧/ ١٧٩.

قال الدردير في الشرح الصغير: فمن أكره غيره على قتل نفس فيقتل المكره - بالكسر - لتسببه، كما يقتل المكره - بالفتح - لمباشرته. =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَخَذَهُ لِحْصٌ [١٣٦/أ] غَالِبٌ، وَقَالَ: "لَأَقْتُلَنَّكَ، أَوْ لَتَقُطَّعَنَّ يَدَ نَفْسِكَ"، فَإِنَّهُ يَسْعُهُ أَنْ يَقُطَّعَ، فَإِذَا قَطَعَ فَإِنَّ الْقِصَاصَ عَلَى الَّذِي أَكْرَهَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَلَا رِوَايَةَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ.

وَلِقَائِلٍ أَنْ يَقُولَ: تَحِبُّ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ قَالَ: "لَأَقْتُلَنَّكَ أَوْ لَتَلْقَيْنَ نَفْسَكَ فِي النَّارِ"، فَإِنْ كَانَتِ النَّارُ بِحَالٍ قَدْ يَنْجُو مِنْهَا وَقَدْ لَا يَنْجُو، فَإِنَّهُ يَسْعُهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ^٢، فَإِنْ فَعَلَهُ فَعَلَى^٣ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَى الْمَكْرِهِ الْقِصَاصُ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الرِّوَايَةُ مُشْتَبِهَةٌ.

وَأِنْ كَانَتِ النَّارُ بِحَالٍ لَا يَنْجُو مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ فِي الْإِقَاءِ نَفْسُهُ أَدْنَى رَاحَةٍ، فَلَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٤.

= وقال الشَّريفي في مغني المحتاج: "ولو أكرهه على قتل لشخص بغير حقّ فقتله فعلى المكره القصاص، لأنّه أهلكه بما يقصد به الإهلاك غالباً، فأشبهه ما لو رماه بسهم فقتله. وكذا يجب القصاص على المكره أيضاً في الأظهر، لأنّه قتله عمداً عدواناً لاستبقاء نفسه، فأشبهه ما لو قتله المضطر ليأكله بل أولى، لأنّ المضطر على يقين من التلف إن لم يأكل بخلاف المكره. والثاني لا قصاص عليه لحديث «رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، ولأنّه آله للمكره فصار كما لو ضربه به. وقيل: لا قصاص على المكره -بكسر الزاء- لأنّه متسبب بل على المكره فقط، لأنّه مباشر، والمباشرة مقدّمة". ر: حاشية الصّاوي على الشرح الصّغير: ١٦٧/٤، حاشية الدّسوقي: ٢٤٦/٤، مغني المحتاج: ٩/٤ بتصرّف.

^١: زاد في ب: ولقائل أن يقول: يجب عليه القود.

^٢: زاد في ب: في النار.

^٣: في ب: فإن فعل، فإن في.

^٤: في ب: وقول.

^٥: في رواية يجب القصاص، وفي رواية تجب الدّية في ماله. مجمع الصّمانات: ٤٥٦/١.

^٦: في ب: فإن.

^٧: لأنّه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الأهلون في زعمه. تبين الحقائق: ١٩٠/٥.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ، وَيُقَالُ: هُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ^١.

فَإِنْ أَلْقَى نَفْسَهُ فَهَلَكَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَى الْمَكْرِهِ الْقِصَاصَ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ^٢ أَبِي يُوسُفَ تَجِبُ الدِّيَّةُ بِلاِ اسْتِيبَاهِ.

وَإِنْ كَانَتِ النَّارُ بِحَالٍ لَا رَاحَةَ لَهُ^٣ فِي ذَلِكَ، لَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ فِيهَا، فَإِنْ أَلْقَى نَفْسَهُ فِيهِلِكَ^٤، فَدَمُهُ هَدَرٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ^٦ قَالَ: "لَأَقْتُلَنَّكَ، أَوْ لَتُلْقِيَنَّ^٧ نَفْسَكَ مِنْ شَاهِقِ الْجَبَلِ"، فَإِنْ كَانَ لَا رَاحَةَ لَهُ فِي إِلْقَاءِ نَفْسِهِ مِنْهُ، فَإِنَّهُ لَا يَسَعُهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ، فَإِنْ فَعَلَ فَدَمُهُ هَدَرٌ.

وَإِنْ كَانَ لَهُ فِي إِلْقَاءِ نَفْسِهِ مِنْهُ أَدْنَى^٨ رَاحَةٍ، فَلَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ مِنْهُ^٩ فِي قِيَاسِ قَوْلِ صَاحِبِيهِ.

فَإِنْ فَعَلَ فَهَلَكَ فَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَكْرِهِ، وَصَارَ كَأَنَّهُ قَتَلَهُ بِحَجَرٍ كَبِيرٍ^{١٠}.

^١: فعندهما عليه الصبر، لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه، فيصبر تحامياً عنه. وأصله: أن الحريق إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق، ولو وقع في الماء غرق، فعنده يختار أيهما، وعندهما يصبر. تبين الحقائق: ١٩٠ / ٥.

^٢: في ب: وفي قول.

^٣: سقطت كلمة "له" من ب.

^٤: في ب: لم يكن له.

^٥: في ب: فهلك. وهو الصواب.

^٦: سقطت كلمة "جميعاً" من ب.

^٧: في ب: إن.

^٨: في ب: لتلقي.

^٩: في ب: كان في إلقاء نفسه أدنى.

^{١٠}: كلمة "منه" ساقطة من ب.

^{١١}: لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص، لأنه قتل بالمثل، بل فيه الدية على العاقلة، فكذا إذا أكره عليه. تبين الحقائق: ١٩٠ / ٥.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ الْقَوْدُ^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ.

وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ يَنْجُو وَيَخَافُ، فَلَهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٢. فَإِنْ أَلْقَى نَفْسَهُ فَهَلَكَ، فَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَكْرِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ: "لَا قَتْلَنَّاكَ أَوْ لَتَلْقَيْنَ نَفْسَكَ فِي الْمَاءِ"، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَنْجُو فَهُوَ كَشَاهِقِ الْجَبَلِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ امْرَأَةً [١٣٦/ب] أَكْرَهَتْ حَتَّى تَقْبَلَ مِنْ زَوْجِهَا تَطْلِيقَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَقَبِلَتْ، فَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ وَالْمَالُ لَا يَجِبُ، وَيَكُونُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا^٤.

فَإِنْ أَجَازَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ ذَلِكَ فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ جَازَتْ إِجَازَتُهَا، وَيَجِبُ الْمَالُ، وَيَصِيرُ الطَّلَاقُ بَائِنًا.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ إِجَازَتُهَا بَاطِلٌ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ، وَلَمْ يُذَكَّرْ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ.

وَقِيلَ: إِنْ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٥.

^١: يجب القصاص على المكره، لأنه كالقتل بالسيف عنده، وعلى المكره القصاص عنده. المرجع السابق.

^٢: سقط من ب: "جميعاً".

^٣: سقط من ب: "جميعاً".

^٤: في ب: فإن قال.

^٥: في ب: بألف.

^٦: لأن التزام البدل يعتمد تمام الرضا، وبالإكراه ينعدم الرضا، سواء كان الإكراه بحبس أو بقتل، ولكن وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول لا وجود المقبول، ألا ترى أنه لو طلق امرأته الصغيرة على مال فقبلت وقع الطلاق ولم يجب المال، وبسبب الإكراه لا ينعدم القبول، فلهذا كان الطلاق واقعاً، ثم الواقع بصريح اللفظ يكون رجعيًا إذا لم يجب العوض بمقابلته، وهنا لا عوض عليه فكان الطلاق رجعيًا. المبسوط للسرخسي: ٨٦/٢٤.

^٧: بناءً على أن المسألة فرع لما في كتاب الطلاق: إذا قال لامرأته أنت طالق كيف شئت، عند أبي حنيفة تقع تطليقة رجعية، ولها الخيار في جعلها بائنة، وعندهما لا يقع عليها شيء ما لم تشأ. =

وَقِيلَ: إِنَّ قَوْلَهُ مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهَذَا أَصَحُّ، وَهُوَ فَرْعٌ لِمَسْأَلَةِ أُخْرَى^١، وَهُوَ أَنَّهُ^٢ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، ثُمَّ جَعَلَهُ بَائِنًا، جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ^٣، وَلَمْ يَجْزُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَكْرَهَ الرَّجُلُ^٥ عَلَى الزَّوْنَا، فَإِنْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِشَيْءٍ لَا يَخَافُ مِنْهُ التَّلَفَ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ بِلَا خِلَافٍ^٦.

وَإِنْ كَانَ الْإِكْرَاهُ بِشَيْءٍ يَخَافُ^٧ مِنْهُ التَّلَفَ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^٨.

ثُمَّ رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ: لَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ صَاحِبِيهِ^٩.

= فمن أصل أبي حنيفة أنه يقع أصل الطلاق، ويبقى لها المشيئة في الصفة، فهنا أيضاً وقع أصل الطلاق بقبولها، وبقي لها المشيئة في صفته، فإذا التزمت المال طوعاً صارت تطليقة بائنة.

وعندهما لا يجوز أن يبقى لها مشيئة بعد وقوع أصل الطلاق بقبولها، فلا رأي لها بعد ذلك في التزام المال لتغير صفة تلك التطليقة. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧ / ٢٤.

^١: وهي مسألة كتاب الدعوى والتي ذكرها المصنف هنا. ر: المرجع السابق.

^٢: سقط من ب: "أخرى وهو أنه".

^٣: إذ من أصلهما أن للزوج أن يجعل الواقع بصفة الرجعية بائناً، فكذاك للمرأة ذلك بالتزام المال. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٧ / ٢٤.

^٤: في ب: ولا يجوز.

^٥: عند محمد لما لم يكن للزوج ولاية جعل التطليقة الرجعية بائنة فكذاك لا يكون لها ذلك بالتزام المال. المبسوط للسرخسي:

٨٧ / ٢٤.

^٦: في ب: أكره رجلاً.

^٧: في ب: بالاتفاق.

لأن تمكن الشبهة باعتبار الإلجاء، وبسبب الإكراه بالحبس لا يتحقق الإلجاء، فوجوده وعدمه في حق الحكم سواء. المبسوط

للسرخسي: ٩٠ / ٢٤.

^٨: في ب: وإن كان يخاف.

^٩: وجه هذا القول: أن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار الآلة، ولا تنتشر آله إلا بلذة، وذلك دليل الطوعية، فمع الخوف لا يحصل انتشار الآلة. وفرق على هذا القول بين الرجل والمرأة، قال: المرأة في الزنا محل الفعل، ومع الخوف يتحقق التمكن منها، فالزنا يتحقق منها وهي نائمة أو مغمى عليها لا تشعر بذلك، بخلاف جانب الرجل. المبسوط للسرخسي: ٨٨ / ٢٤.

^{١٠}: وجه هذا القول: أن الحد مشروع للزجر، ولا حاجة إلى ذلك في حالة الإكراه، لأنه منزجر إلى أن يتحقق الإلجاء وخوف التلف على نفسه، فإنما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة، فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه، وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف، فقد تنتشر الآلة طبعاً بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال، وقد يكون ذلك طوعاً، كالتائم تنتشر =

مَسْأَلَةٌ: وَلَا يَكُونُ الْإِكْرَاهُ إِلَّا مِنْ سُلْطَانٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَ صَاحِبَيْهِ: كُلُّ مَنْ صَارَ مُسْلَطًا يَكُونُ إِكْرَاهُهُ إِكْرَاهًا، سَوَاءً كَانَ سُلْطَانًا أَوْ لَصًّا أَوْ غَيْرَهُ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ: "اقتلني"، فَقَتَلَهُ، فَعَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ، وَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ.

=آلته طبعاً من غير اختيار له في ذلك ولا قصد. قال صاحب اللباب: "وفي الحقائق والفتوى على قولهما، وعليه مشى البرهاني والتسفي وغيرهما. تصحيح" ر: الجامع الصغير: ص/ ٢٨١، المبسوط للرخسي: ٨٩/ ٢٤، اللباب في شرح الكتاب: ص/ ٦٠٦.

١: في ب: السلطان.

٢: في ب: كان.

٣: في ب: لصاً غالباً.

٤: قيل: هذا اختلاف عصر فقد كان السلطان مطاعاً في عهد أبي حنيفة، ولم يكن لغير السلطان من القوة ما يقدر على الإكراه، فأجاب بناء على ما شاهد في زمانه، ثم تغير حال الناس في عهديهما وظهر كل متغلب في موضع فأجابا بناء على ما عينا. وقيل: بل هو اختلاف حكم، فوجه قولهما: أن المعتبر في إسقاط الحد هو الإلجاء، وذلك بأن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدده به، لأن خوف التلف للمكره بذلك يحصل، ألا ترى أن السلطان لو هدده وهو يعلم أنه لا يفعل ذلك به لا يكون مكرهاً، وخوف التلف يتحقق عند قدرة المكره على إيقاع ما هدده به، بل خوف التلف بإكراه غير السلطان أظهر منه بإكراه السلطان، فالسلطان ذو أناة في الأمور، لعلمه أنه لا يفوته، وغير السلطان ذو عجلة في ذلك، لعلمه أنه يفوته ذلك بقوة السلطان ساعة فساعة. وأبو حنيفة يقول: الإلجاء لا يتحقق بإكراه غير السلطان وإنما يتحقق بإكراه السلطان، لأنه لا يتمكن من دفع السلطان عن نفسه بالالتجاء إلى من هو أقوى منه، ويتمكن من دفع اللص عن نفسه بالالتجاء بقوة السلطان، فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر، والحكم إننا يبنني على أصل السبب لا على الأحوال، وباعتبار الأصل يمكن دفع إكراه غير السلطان بقوة السلطان، ولا يمكن دفع إكراه السلطان بشيء، ثم ما يكون مغيراً للحكم يعتبر فيه السلطان، كتغيير الفرائض من الأربع إلى الركعتين يوم الجمعة، وإقامة الخطبة مقام الركعتين يعتبر فيه السلطان، ولا يقوم في ذلك غيره مقامه. وفي اللباب: "والفتوى على قولهما". المبسوط للرخسي: ٨٩-٩٠، وانظر: الجامع الصغير: ص/ ٢٨٢، اللباب: ص/ ٦٠٣.

٥: زاد في ب: "وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى أنه قال: يجب القصاص. وقال أبو يوسف: في قوله اقتلني، لا يجب به شيء وهو رواية عن أبي حنيفة".

ولعل وجوب القصاص إنما هو على قول زفر خاصة. أما وجوب الدية فهناك روايتان: فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا دية عليه، قال في الكرخي: وهو الصحيح، وفي الرواية الثانية عليه الدية، وهو قول أبي يوسف ومحمد.

وفي المبسوط: "يجب الدية عليه دون القصاص في ظاهر الرواية، وعلى قول زفر رحمه الله عليه القصاص، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا شيء عليه". =

وَلَوْ قَالَ: "اقطع يدي"، فَقَطَعَهَا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُذَكَّرْ هَاهُنَا اخْتِلَافٌ^١.

وَذَكَرَ زُفَرٌ فِي اخْتِلَافِهِ^٢: لَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِرَجُلٍ^٣: "اقْتُلْنِي"، فَقَتَلَهُ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

وَإِنْ قَالَ: "اقطع يدي"، فَقَطَعَهُ فَمَاتَ، لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ^٤.

وَلَوْ قَالَ^٥: "اقْتُلْ ابْنِي، أَوْ اقْطَعْ يَدَ ابْنِي الصَّغِيرِ"، أَوْ قَالَ: "اقْطَعْ يَدَ أَبِي"^٦، فَفَعَلَ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ لِأَبِيهِ^٧.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: "فِي قَوْلِهِ اقْتُلْنِي"، لَا يَجِبُ شَيْءٌ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي ابْنِهِ الصَّغِيرِ، وَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ لِأَبِيهِ^٨.

= وكان ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر لأن الإباحة لا تجري في النفوس، وإنها سقط للشبهة باعتبار الإذن فتجب الدية في مال القاتل، لأنه عمد والعاقلة لا تتحمله. وعلى الرواية الثانية لا يجب عليه شيء، لأن نفسه حقه فصار كإذنه بإتلاف ماله، وثم لا ضمان فكذا هنا. ر: الجامع الصغير: ص/ ٥١٨، المبسوط للسرخسي: ٩١/ ٢٤، الجوهرة النيرة: ٢/ ٢٢٥، تبين الحقائق: ٥/ ١٩٠، حاشية ابن عابدين: ٦/ ٥٩١.

^١: في ب: اختلافاً.

^٢: في ب: وقال زفر في كتاب الاختلاف.

^٣: سقط من ب: لرجل.

^٤: في ب: ولو.

^٥: في ب: فقطع فمات لا قصاص عليه فيه.

ولم يكن على القاطع ولا على الأمر في ذلك شيء، لأن أصل الفعل صار هدرًا، فلو سرى إلى النفس كان كذلك، كما لو قطع يد مرتد فأسلم، ثم سرى إلى النفس.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تجب الدية هنا، لأن القطع إذا اتصلت به السراية كان قتلاً، فإذا لم يتناوله الإذن فلا شك أنه يجب الضمان به، وإن تناوله الإذن فهو بمنزلة قوله "اقْتُلْنِي" فيكون موجباً للدية. المبسوط للسرخسي: ٩٢/ ٢٤.

^٦: في ب: "وكذلك قال في رجل قال لرجل".

^٧: سقط من ب "أو قال: اقطع يد أبي".

^٨: في ب: لابنه.

^٩: في ب: لم.

^{١٠}: هذه العبارة "ولا يجب القصاص في ابنه الصغير، وله أن يقتص لأبيه" ساقطة من ب.

وَلَوْ قَالَ: "اقْتُلْ أَبِي" فَقَتَلَ^١، أَسْتَحْسِنُ أَنْ أَجْعَلَ عَلَيْهِ الدِّيَّةَ.

وَأِنْ قَالَ: "اقْطَعْ يَدَ أَبِي"^٢، فَقَطَّعَ، يُقْتَصُّ^٣. وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي قَوْلِهِ اقْتُلْنِي مِثْلَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ [١٣٧/أ] وَفِي قَوْلِهِ: "اقْتُلْ ابْنِي" مِثْلَ قَوْلِ زُفَرٍ.

وَمَسْأَلَةُ التَّلَجِيَّةِ: قَدْ ذَكَرْنَاهَا فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَكْرَهَ الرَّجُلُ رَجُلًا عَلَى أَنْ يَقْطَعَ يَدَ رَجُلٍ، فَفَعَلَ، ثُمَّ قَطَعَ رِجْلَهُ بِغَيْرِ إِكْرَاهٍ، فَمَاتَ، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ يُقْتَلَانِ جَمِيعًا.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَيْهِمَا فِي أَمْوَالِهِمَا.

^١: في ب: اقتل ابني ففعل.

^٢: في ب: ابني.

^٣: في ب: يقتص منه.

^٤: وجه هذه الرواية: أَنَّ الإِذْنَ فِي الْإِبْتِدَاءِ كَالْعَفْوِ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَبَعْدَ مَا جَرَحَهُ لَوْ عَفَى عَنِ الْجَنَايَةِ وَمَاتَ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، فَكَذَلِكَ إِذَا أُذِنَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَقَّ فِي بَدَلِ نَفْسِهِ لَمْ يَحْتَاجْ يَقْضِي مِنْهُ دِيُونُهُ فَيَسْقُطُ بِإِسْقَاطِهِ، كَمَا فِي الطَّرَفِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٩١/٢٤.

^٥: وجهها: أَنَّ بَدَلَ النَّفْسِ إِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ زَهْوِ الرُّوحِ، وَالْحَقُّ عِنْدَ ذَلِكَ لِلْوَارِثِ، فَإِذْنُهُ فِي الْقَتْلِ صَادِفٌ مُحَالٌ هُوَ حَقُّ الْغَيْرِ فَكَانَ لَغْوًا وَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، بِخِلَافِ بَدَلِ الطَّرَفِ، فَإِنَّ الْحَقَّ لَهُ بَعْدَ تَمَامِ الْفِعْلِ فَيَعْتَبَرُ إِسْقَاطُهُ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَفْوِ، فَإِنَّ الْعَفْوَ إِسْقَاطٌ بَعْدَ وَجُودِ السَّبَبِ، وَالْإِسْقَاطُ بَعْدَ وَجُودِ السَّبَبِ وَقَبْلَ الْوُجُوبِ يَصَحُّ، فَأَمَّا الْإِذْنُ فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ إِسْقَاطًا، لِأَنَّ السَّبَبَ لَمْ يَوْجَدْ بَعْدَ، وَبِاعْتِبَارِ عَيْنِهِ الْإِذْنُ لَا قِيَّ حَقُّ الْغَيْرِ فَلَا يَصَحُّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٩١/٢٤-٩٢.

^٦: في ب: ثم إنّه.

^٧: لِأَنَّهُ مَاتَ بِفَعْلَيْنِ أَحَدُهُمَا انْتَقَلَ إِلَى الْمَكْرِهِ، وَالْآخَرُ اقْتَصَرَ عَلَى الْقَاطِعِ، فَصَارَا قَاتِلَيْنِ لَهُ. تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ: ١٩٠/٥.

^٨: في ب: ما لهما.

لِأَنَّ فِي قِطْعِ الْيَدِ عَلَى الْمَكْرِهِ الدِّيَّةَ عِنْدَهُ فَصَارَ نَصِيبَ الْآخَرِ مَالًا ضَرُورَةً. تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ: ١٩٠/٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَكْرَهَ الرَّجُلُ رَجُلًا عَلَى أَنْ يَعْتِقَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَأَعْتَقَهُ كُلَّهُ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُكْرِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١، وَيُضْمَنُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى أَنْ يَعْتِقَ الْعَبْدَ كُلَّهُ، فَأَعْتَقَ نِصْفَهُ، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يُضْمَنُ الْمُكْرَهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ^٣. وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ يُضْمَنُ الْمُكْرَهُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ عَلَى زَوْجِهَا بِأَنَّهُ قَذَفَهَا وَأَقَامَتِ الْبَيِّنَةَ، فَلَا عَنَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا^٥، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الشُّهُودَ عَبِيدَ، فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ طَائِعًا فِي اللَّعَانِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا^٦.

^١: فِي ب: رَجُلٌ.

^٢: لِأَنَّ الْعَتَقَ عِنْدَهُ يَتَجَرَّأُ، وَمَا أَتَى بِهِ غَيْرَ مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ، فَلَا يَصِيرُ الْإِتْلَافُ بِهِ مَنْسُوبًا إِلَى الْمُكْرِهِ. أَلَا تَرَى أَنَّ عَلَى أَصْلِهِ لَوْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَعْتِقَ نِصْفَ عَبْدِهِ فَأَعْتَقَهُ كُلَّهُ كَانَ بَاطِلًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/٢٤.

^٣: لِأَنَّ عِنْدَهُمَا الْعَتَقَ لَا يَتَجَرَّأُ، فَالْإِكْرَاهُ عَلَى إِعْتَاقِ النَّصْفِ، بِمَنْزِلَةِ الْإِكْرَاهِ عَلَى إِعْتَاقِ الْكُلِّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/٢٤.

^٤: فِي ب: قِيَمَةُ الْعَبْدِ.

فَالْعَتَقُ يَتَجَرَّأُ فَيَسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ، بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ كَانَ أَعْتَقَ نِصْفَ عَبْدِهِ طَائِعًا، وَيَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْمُكْرِهِ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ، لِأَنَّهُ أَتَى بِبَعْضِ مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ، فَكَانَ حُكْمُ الْإِكْرَاهِ ثَابِتًا فِيهَا أَتَى بِهِ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَأْمُورَ بِإِعْتَاقِ الْعَبْدِ لَوْ أَعْتَقَ نِصْفَهُ نَفَذَ، فَإِنْ نَوَى مَا عَلَى الْعَبْدِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ كَانَ لِلْمَوْلَى أَنْ يَرْجِعَ بِهِ أَيْضًا عَلَى الْمُكْرِهِ، وَيَرْجِعُ الْمُكْرَهُ بِهِ عَلَى الْعَبْدِ، فَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ الْمُكْرَهُ صَارَ كَالْمَعْتَقِ لَذَلِكَ النَّصْفِ، وَإِعْتَاقُ النَّصْفِ إِفْسَادُ لِمُلْكِهِ فِي النَّصْفِ الْآخَرَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ اسْتِدَامَةُ الْمُلْكِ فِيهِ فَيَكُونُ ضَامِنًا لَهُ قِيَمَةَ النَّصْفِ الْآخَرِ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ذَلِكَ النَّصْفَ بِالضَّمَانِ فَيَسْتَسْعِيهِ فِيهِ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّ هَذَا النَّصْفَ عَتَقَ عَلَى مَلِكِ الْمُكْرِهِ بِأَدَاءِ السَّعَايَةِ إِلَيْهِ. قَالُوا: وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا الْجَوَابُ فِيهَا إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ مُوسِرًا عَلَى قِيَاسِ ضَمَانِ الْمَعْتَقِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٣٣/٢٤.

^٥: لِأَنَّ إِعْتَاقَ النَّصْفِ كِإِعْتَاقِ الْكُلِّ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٦: فِي ب: أَنَّهُ.

^٧: لِأَنَّهُ لَا تَقَعُ فَرْقَةٌ حَتَّى يَفْرَقَ الْقَاضِي. ر: الْجَامِعُ الصَّغِيرُ: ص/٢٤٢.

^٨: أَوْ مَحْدُودُونَ فِي قَذْفٍ أَوْ بَطَلَتْ شَهَادَتُهُمْ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٥٥/٢٤.

^٩: يَمْضِي اللَّعَانُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْمَرْأَةِ وَتَمْضِي الْفَرْقَةُ وَيَجْعَلُهَا بَائِنًا مِنْ زَوْجِهَا، لِأَنَّ الْقَاضِي لَمَّا لَمْ يَهْدِهِ بِحَبْسٍ وَلَا غَيْرِهِ حَتَّى قَالَ: "أَشْهَدُكُمْ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّنا" كَانَ هَذَا إِقْرَارًا مِنْهُ بِأَنَّهُ قَذَفَهَا بِغَيْرِ إِكْرَاهٍ فَيُلْزَمُهُ مَا أَقْرَبَهُ مِنْ ذَلِكَ، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ أَقْرَبَقَذَفَهُ إِيَّاهَا بَعْدَ مَا جَحَدَ ثُمَّ التَّعَنُّ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَفَرَّقَ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا، فَيَكُونُ ذَلِكَ تَفْرِيقًا صَحِيحًا بِاعْتِبَارِ حُجَّةِ شَرْعِيَّةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهُ الْقَاضِي: "قَدْ شَهِدُوا عَلَيْكَ أَنَّكَ قَذَفْتَ هَذَا الرَّجُلَ بِالزَّنا، وَقَدْ قَضَيْتَ عَلَيْكَ بِالْحَدِّ" فَقَالَ الْمَقْضِي عَلَيْهِ: "أَجَلٌ =

وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ مُكْرَهًا بِاللَّعَانِ بَطَلَتِ الْفُرْقَةُ^١.

وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ أَنَّ الشُّهُودَ عَبِيدٌ، وَلَكِنَّ الْمَرْأَةَ عَلِمَتْ أَنَّهَا كَاذِبَةٌ، وَلَا عَنَ الْقَاضِي بِإِكْرَاهِ الزَّوْجِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جَمِيعًا.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ فِي الظَّاهِرِ وَلَمْ تَقَعْ فِي الْبَاطِنِ^٣.

= قد قذفته بالزنا"، ثم علم أن شهادة الشهود باطلة ضرب الحد لإقراره على نفسه بالقذف. الجامع الصغير: ص/ ٢٤٢، المبسوط للسرخسي: ١٥٦/٢٤.

١: في ب: في اللعان.

٢: يبطل القاضي اللعان الذي كان بينهما ويبطل الفرقة ويردّها إليه، لأنّه تبيّن أنّه قضى بغير حجة، والقضاء بغير حجة باطل مردود. ولا يقال فقد أقرّ بالقذف بالزنا في شهادات اللعان، لأنّ ذلك كان بإكراه من القاضي إياه على ذلك، والإكراه بالحبس يمنع صحة الإقرار. ألا ترى أنّه لو هدّده بالحبس على أن يقرّ بأنّه قذف هذا الرجل فأقرّ بذلك لم يلزمه بهذا الإقرار شيء، فكذلك هنا. فإن قيل: "ذاك إكراه بالباطل وهذا إكراه بحق" قلنا: هذا إكراه بحق ظاهراً، فأما إذا تبيّن أنّ الشهود عبيد فقد ظهر أنّ الإكراه كان بالباطل حقيقة. المبسوط للسرخسي: ١٥٥/٢٤-١٥٦.

٣: وهو قول أبي يوسف الأول. ر: المبسوط للسرخسي: ١٥٦/٢٤.

٤: سقط من ب "الفرقة".

٥: في ب: ولا.

٦: وهي في كتاب الرجوع عن الشهادات.

وأصل المسألة أنّ قضاء القاضي بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعناق بشهادة الزور تنفذ ظاهراً وباطناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد ينفذ قضاؤه ظاهراً لا باطناً، حتّى إذا ادّعى نكاح امرأة وأقام شاهدي زور فقضّى القاضي له بالنكاح وسعه أن يطأها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول، ولا يحلّ له ذلك في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد.

لها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَى الْحُكْمِ﴾ البقرة/ ١٨٨، فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجاً بحكم الحاكم، فهو تنصيص على أنّه وإن قضى القاضي له بالشراء بشهادة الزور لا يحلّ له تناوله، ويكون ذلك منه أكلاً بالباطل. وقوله ﷺ «إِنكُمْ تَحْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ بِحَقِّ أَخِيهِ شَيْئاً فَقُولْ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلَا يَأْخُذْهَا» [البخاري: كتاب الشهادات، باب من أقام البيّنة بعد اليمين (٢٥٣٤) ومسلم: كتاب الحدود، باب الحكم بالظاهر والّلحن بالحجة (١٧١٣)]. والمعنى فيه: أنّ قضاءه اعتمد سبباً باطلاً فلا ينفذ باطناً، كما إذا قضى بشهادة العبيد أو الكفّار أو المحدودين في القذف.=

= وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة الزور، وهو سبب باطل، فإنه كبيرة، وحجة القضاء مشروعة، والكبيرة ضدها، وإذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء، فحقيقة الكذب أولى، ولأن ما قضى به لا وجود له فيكون قضاؤه باطلاً، كما لو قضى بنكاح منكوحة الغير لإنسان بشهادة الزور، وإذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور إظهاره بالقضاء، فتبين أنه قضى بها لا وجود له.

ولا يجوز أن يجعل قضاؤه إنشاء، لأن ولاية الإنشاء لم تثبت له، فإن سبب ولايته دعوى المدعي وشهادة شهوده، وهو إنما ادعى عقداً سابقاً وبذلك شهد شهوده، فلا يتمكن القاضي من القضاء بما لم يدعه المدعي ولا يشهد به الشهود، ولأن القاضي لم يقصد إنشاء العقد بينهما، وإنما ينفذ قضاءه على الوجه الذي قصده.

ولهذا المعنى فإن قضاءه في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطلاً ولا يجعل ذلك إنشاء تملك منه، وبه فارق قضاء القاضي بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في الدين الثابت بشهادة الزور، لأنه قصد الإنشاء هنا، وما ظهر عنده من الحجة يصلح للإنشاء أيضاً، وكذلك في المجتهديات ثبت له ولاية الإنشاء بما لاح عنده من الدليل، وقضاؤه إنشاء أيضاً بطريق القصد منه إلى ذلك، فأما هنا إنما قصد الإمضاء فلا يمكن أن يجعل منشأً.

وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما روي «أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً بين يدي عليّ ؓ وأقام شاهدين، ف قضى عليّ ؓ بالنكاح بينهما، فقالت المرأة: إن لم يكن بداً يا أمير المؤمنين فزوجني منه فإنه لا نكاح بيننا، فقال عليّ: شاهداك زوْجاك» [قال ابن حجر في الفتح: واحتج بعض الحنفية بما جاء عن عليّ ؓ «أن رجلاً خطب امرأة فأبت، فادعى أنه تزوّجها وأقام شاهدين. فقالت المرأة: "إنهما شهدا بالزور، فزوجني أنت منه فقد رضيت"، فقال: "شاهداك زوْجاك"، وأمضى عليها النكاح» وتعقب بأنه لم يثبت عن عليّ.

وفي العرف الشذّي: "ذكره محمد في الأصل، ولا يذكرون سند هذه الواقعة، ولم أجد السند، وظني أنها لا تكون بلا أصل، ومرو الحافظ على هذا الأثر ولم يردّه زيادة الردّ، ولم يقبله أيضاً، فدلّ على أنه ليس بلا أصل". ر: فتح الباري: ٢١٨/١٣، العرف الشذّي شرح سنن الترمذي: ٣/٧٥] فقد طلبت منه أن يعفّها عن الزنا بأن يعقد النكاح بينهما فلم يجبهما إلى ذلك، ولا يقال: إنما يجبهما إلى ذلك لأن الزوج لم يرض بذلك، لأننا نقول: بل الزوج راض، لأنه يدّعي النكاح، والمرأة رضيت أيضاً حيث قالت: "فزوجني منه" وكان يتيسر عليه ذلك، فقد كان الزوج راغباً فيها ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال: "شاهداك زوْجاك" أي ألزمني القضاء بالنكاح بينكما، فثبت النكاح بقضاء، وما نقل عنه في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله ﷺ فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأي، وتبين بهذا أن ما استدلوا به من الآية والحديث في الأملاك المرسلة، وبه يقول.

والمعنى فيه أنه قضى بأمر الله تعالى فيما له فيه ولاية الإنشاء، وقضاؤه بأمر الله تعالى يكون نافذاً حقيقة لاستحالة القول بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه، وبيان الوصف: أنه لما تفحص عن أحوال الشهود وزكوا عنده سرّاً وعلانية وجب عليه القضاء بشهادتهم، حتى لو امتنع من ذلك يأثم ويخرج ويعزل ويعذر، فعرفنا أنه صار مأموراً بالقضاء، لأنه لا طريق له إلى معرفة حقيقة الصدق والكذب من الشهادة، لأن الله تعالى لم يجعل لنا طريقاً إلى معرفة حقيقة الصدق من خبر من هو غير معصوم عن الكذب، ولا يتوجه عليه شرعاً الوقوف على ما لا طريق له إلى معرفته، لأن التكليف بحسب الوسع، والذي في وسعه التعرف عن أحوال الشهود، فإن استقصى ذلك غاية الاستقصاء فقد أتى بما في وسعه وصار مأموراً بالقضاء، لأن ما وراء هذا ساقط عنه باعتبار أنه ليس في وسعه، ثم إنما يتوجه عليه الأمر بحسب الإمكان، والمأمور به أن يجعلها بقضائه زوجته، فلذلك طريقان إظهار نكاح إن كان، وإنشاء عقد بينهما.

= فإذا لم يسبق منها عقد تعذر إظهاره بالقضاء فيتعين الإنشاء إذ ليس هنا طريق آخر، فيثبت له ولاية الإنشاء بهذا النوع من الدليل الشرعي، ويجعل إنشاء كإنشاء الخصمين، فيثبت الحلّ به بينهما حقيقة، بل قضاؤه أولى وأقوى من إنشاء الخصمين عن اتفاق. ألا ترى أنّ في المجتهديات صفة اللزوم يثبت بإنشاء القاضي ولا يثبت بإنشاء الخصمين، فعرفنا أنّ قضاءه أقوى من إنشاء الخصمين. وشرط صحة الإنشاء الشهادة والمحلّ القابل له، ولا شك أنّ المحلّ شرط، حتّى إذا كانت المرأة منكوحه الغير أو محرّمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحلّ.

فكذلك الشهادة شرطه، إلّا أن مجلس القضاء لا يخلو عن شاهدين، فلهذا لم يذكر الشهادة. وإذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزّنا، ويثبت له ولاية تزويج الصّغير والصّغيرة لمعنى النّظر لهما، فلاّن يثبت له ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها به عن الزّنا ويصون قضاؤه به عن التّمكين من الزّنا أولى. وكذلك يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب أحدهما كما قال ﷺ «الله يعلم أنّ أحدكما كاذب» [جزء من حديث أخرجه البخاري في التفسير: باب: ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنّه لمن الكاذبين (٤٤٧٠)، ومسلم: في اللّعان (١٤٩٣)، وغيرهما] فكذلك يثبت له ولاية الإنشاء مع كذب الشّهود، لتوجّه الأمر بالقضاء عليه شرعاً. وبهذا يتبين فساد ما قالوا: أنّ المدّعي عالم بما لو علمه القاضي امتنع من القضاء، ففي اللّعان الكاذب منها عالم بما لو علمه القاضي امتنع من التفريق، ومع ذلك نفذ القضاء في حقّه، لتوجّه الأمر على القاضي، وتوجّه الأمر بالانقياد وأتباع أمر القاضي في حقّ النّاس، وهذا بخلاف ما إذا ظهر أنّ الشّهود عبيد أو كفار أو محدودون في قذف، فإنّ هذه أسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء، ولكن ربما يلحقه الحرج في ذلك، فللحرج تعذر بترك الاستقصاء، ولكن لم يسقط الخطاب بإصابتها حقيقة، فلا يتوجّه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة.

فأما حقيقة الصّدق فلا طريق إلى الوقوف عليه، والأمر بالقضاء يتوجّه بدونه، وهو بمنزلة ما لو قضى باجتهاده ثمّ ظهر نصّ

بخلافه. ر: المبسوط للسرخسي: ١٦ / ١٨٠ - ١٨٣.

كِتَابُ الدِّيَّاتِ^١

^١: الدِّيةُ: حقُّ القتيل، وهي مصدر (ودى) القاتل المقتول إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، ثم قيل لذلك المال (الدِّيةُ)، وقد وديته ودياً.

والدِّيةُ: واحدة الدِّيَّات، والهاء عوض من الواو. تقول: وديت القتيل أديه دية: إذا أعطيت ديته، واتديت: أي أخذت ديته، وإذا أمرت منه قلت: دِ فلاناً، وللاثنين ديا، وللجماعة دواً فلاناً.

وفي حديث القسامة: "فداه من إيل الصدقة" [البخاري، كتاب الدِّيَّات، باب القسامة (٦٥٠٢)، مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والدِّيَّات، باب القسامة (١٦٦٩)] أي أعطى ديته، يقال ودى فلان فلاناً: إذا أذى ديته إلى وليه. وأصل الدِّية: ودية، فحذفت الواو كما قالوا شية من الوشي.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، حيث قال صاحب العناية: والدِّية مصدر من ودى القاتل المقتول، إذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس، كالعدة من وعد. وبمثله قال الزيلعي في تبين الحقائق، لكن قال صاحب تكملة فتح القدير بعد أن ذكر هذه التعاريف: الأظهر في تفسير الدِّية ما ذكره صاحب الغاية آخرًا، فإنه بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال: والدِّية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه، سمي بها لأنها تودي عادة، لأنه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي.

دليل مشروعيتهما: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا﴾ النساء/ ٩٢.

سبب وجوبها: الخطأ، فإن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدَّم مضموناً عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان. فائدتها: دفع الفساد وإطفاء نار وليّ المقتول.

ركنها: الأداء والإيتاء. شرط وجوبها: كون المقتول معصوم الدَّم متقوماً بعصمة الدار ومنعة الإسلام، فلو أسلم الحرّ في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدِّية. حكمها: تمحيص ذنب التَّقصير بالتَّكفير.

ر: المغرب: ٣٤٧/٢، لسان العرب: ٣٨٣/١٥، العناية شرح الهداية: ٢٩٤/١٠، البحر الرائق: ٧٥/٩، تبين الحقائق: ١٢٦/٦، تكملة فتح القدير: ٢٩٤/١٠.

مَسْأَلَةٌ: الْقَاتِلُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِبْلِ فُضِيَ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمِثْلِهِ مِنَ الْإِبْلِ فِي الْخَطَا أَخْمَاسًا:

عِشْرُونَ حَقَّةً، وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَعِشْرُونَ ابْنَةً لَبُونٌ^٦، وَعِشْرُونَ ابْنَةً مَخَاضٍ^٧، وَعِشْرُونَ ابْنَ مَخَاضٍ^٨.

^١: في ب: ففضي.

^٢: العاقلة: اسم مشتق من العقل، وهو المنع، ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقلاً، لأنه يمنعه من التفور، ومنه سمي اللب عقلاً، لأنه مما يمنع الإنسان عما يضره، فذلك عاقلة الإنسان، وهم أهل نصرته ممن يمنعون من قتل من ليس له قتله. وأما العاقلة شرعاً: فهم أهل الديوان من المقاتلة، وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال، وكتب أسماؤهم في الديوان، ومن لا ديوان له فعاقلته من عصابة النسب لا على أهل الديوان.

الأصل فيه ما صحَّ عن النبي ﷺ «أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنيهاً على عصابة العاقلة. فقال أبو القاتلة المقتضي عليه: يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل ذلك ضلال، فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من الكهان»، [أخرجه بغير هذا اللفظ: البخاري في الكهانة (٥٤٢٦)، ومسلم: باب دية الجنين ووجوب الدية في القتل الخطأ (١٦٨١)] ولأنَّ النفس محرمة فلا وجه إلى إهدارها، ولا إيجاب على المخطئ لأنه معذور فرفع عنه الخطأ، وفي إيجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من إحجافه واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف فكانوا أولى بالضم. المغرب: ٧٥/٢، مختار الصحاح: ص/٤٤٧، البحر الرائق: ٩/٢٠٣-٢٠٤.

^٣: الخطأ نوعان: أحدهما أن يقصد الرمي إلى صيد أو هدف أو كافر فيصيب مسلماً، فهذا خطأ من حيث أنه انعدم منه القصد إلى المحل الذي أصاب. والثاني أن يرمي شخصاً يظنه حربياً فإذا هو مسلم، أو يظنه صيداً فإذا هو مسلم، فهذا خطأ باعتبار ما في قصده، وإن كان هو قاصداً إلى المحل الذي أصابه. المبسوط للرخسي: ٦٦/٢٦.

^٤: وهي التي طعنت في الرابعة. الهداية مع فتح القدير: ١٨١/٢.

^٥: وهي التي طعنت في الخامسة. المرجع السابق.

^٦: وهي التي طعنت في الثالثة. المرجع السابق.

^٧: وهي التي طعنت في الثانية. المرجع السابق.

^٨: لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «في الخطأ أخماساً: عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنات مخاض، وعشرون بنو مخاض، وعشرون بنات لبون». [أخرجه أصحاب السنن الأربعة، والبيهقي والدارقطني وابن أبي شيبه في مصنفه] وفي رواية: «قضى رسول الله ﷺ في دية الخطأ: عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون ابنة لبون، وعشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن لبون ذكر» والذي في هذا الحديث من "ابن لبون" مكان "ابن مخاض" الذي ذكر في الرواية الأولى، والصواب ما في الحديث الأول، لأنه لا اختلاف بين أهل العلم أن قول ابن مسعود كان في الدية في الخطأ كذلك. ر: سنن ابن ماجه رقم: (٢٦٣١): ٢/٨٧٩، عون المعبود شرح سنن أبي داود: ١٢/١٨٦، مصنف ابن أبي شيبه: ٦/٢٧٣، السنن الكبرى للبيهقي: ٨/٧٤، مشكل الآثار للطحاوي:

١٣/٢٩٧، نصب الراية: ٤/٣٥٧، الأصل للشيباني: ٤/٤٤٤، المبسوط للرخسي: ٢٦/٧٦.

وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ أَرْبَاعًا: خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ حَقَّةً، وَخَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، وَخَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ابْنَةً لَبُونٍ، وَخَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ابْنَةً مَخَاضٍ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

^١: شبه العمد: هو ما تعمّد ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد، فإنّ في هذا الفعل معنيين: العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل، لأنّ الآلة التي استعملها آلة الضرب للتأديب دون القتل، والعاقِل إنّما يقصد كلّ فعل بآلته، فاستعماله آلة التأديب دليل على أنّه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ لشبه العمد صورة من حيث أنّه كان قاصداً إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرّم عليه. وقد ورد الشّرع به على ما رواه النّعمان بن بشير رضي الله عنه أنّ النّبي صلى الله عليه وآله قال «ألا إنّ قتيلاً خطأ العمد قتل السوط والعصا، وفيه مئة من الإبل، أربعون منها خلفه في بطونها أو لادها» لم أجده عن النّعمان بن بشير، إنّما هو عن ابن عمرو وابن عبّاس رضي الله عنهما. أمّا حديث ابن عمرو: "أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله خطب يوم الفتح بمكة، فكبر ثلاثاً. إلى أن قال: ألا إنّ دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مئة من الإبل، منها أربعون في بطونها أو لادها" أخرجه: أبو داود، باب في الخطأ شبه العمد (٤٥٤٧)، سنن البيهقي الكبرى، كتاب الدّيّات، باب أسنان الإبل المغلّظة في شبه العمد (١٥٨٩٦)، وعبد الرّزاق في مصنّفه، باب شبه العمد (١٧٢١٣) ٢٨٢/٩.

وأما حديث ابن عبّاس فرواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن ابن عبّاس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «شبه العمد قتل الحجر والعصا فيه الدّية مغلّظة من أسنان الإبل». وفيه حديث مرسل عن الحسن قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «قتل السوط والعصا شبه عمد، وفيه مئة من الإبل أربعون منها في بطونها أو لادها» رواه ابن أبي شيبة في مصنّفه في الدّيّات، شبه العمد ما هو؟ ٢٧٥/٦. ر: نصب الرّاية: ٣٣١-٣٣٢، كنز العمال: ٥١/١٥] والصّحابة اتّفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدّية فيه مغلّظة مع اختلافهم في صفة التّغليظ. وقال علي رضي الله عنه: «شبه العمد الضّربة بالعصا والعزقة بالحجر العظيم». [ر: مسند الحارث (زوائد الهيثمي) باب الدّيّات (٥٢٥)] ولا قصاص فيه، لتمكّن السّبهة والخطأ من حيث انعدام القصد إلى القتل، والقصاص عقوبة تندريّ بالشّبهات، وهي تعمّد المساواة، ولا مساواة بين قتل مقصود وقتل غير مقصود، ثمّ هذا القتل لما اجتمع فيه معنيان أحدهما يوجب القصاص والآخر يمنع ترجّح المانع على الموجب، لأنّ السّعي في إبقاء النّفس واجب ما أمكن، فإنّ الإبقاء حياة حقيقة، وفي القصاص حياة حكماً فلهذا لا يوجب القود في شبه العمد، وإذا تعدّر إيجاب القود وجبت الدّية وهي مغلّظة. ر: المبسوط للسرخسيّ: ٦٤-٦٥.

^٢: احتجّاً بحديث السّائب بن يزيد: «أنّ النّبي صلى الله عليه وآله قضى في الدّية بمئة من الإبل أرباعاً» [أخرجه الطّبراني في الكبير (٦٦٦٤) عن السّائب بن يزيد قال: كانت الدّية على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله أربعة أسنان: خمس وعشرون حَقَّةً، وخمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنات مخاض... إلى آخر الحديث. قال الهيثميّ في مجمع الرّوائد: وفيه أبو معشر نجيح وصالح بن أبي الأخضر وكلاهما ضعيف. ر: المعجم الكبير للطّبراني: ٧/١٥٠، مجمع الرّوائد: ٢٩٧/٦، بغية الحارث: ١/١٨٣، كنز العمال: ٢٣٤/٦] ومعلوم أنّه لم يرد به الخطأ، لأنّها في الخطأ تجب أخماساً، فعرّفنا أنّ المراد به شبه العمد. وقال: «في النّفس المؤمنة مئة من الإبل» [يأتي تخرجه قريباً] والمراد به أدنى ما يكون منه، وما قلناه أدنى. والمعنى فيه: أنّه إنّما تجب الدّية عوضاً عن المقتول، والحامل لا يجوز أن تستحقّ في شيء من المعاوضات، فكذا لا تستحقّ في الدّية لوجهين:

أحدهما: أنّ صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها. =

وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي الْخَطِّ مِثْلَ قَوْلِهَا أَخْمَاسًا^١. وَفِي شِبْهِ [١٣٧/ب] الْعَمْدِ قَالَ: يَجِبُ^٢ أَثْلَاثًا: ثَلَاثُونَ حَقَّةً، وَثَلَاثُونَ جَدْعَةً، وَأَرْبَعُونَ مَا بَيْنَ الثَّانِيَةِ إِلَى بَازِلِ عَامِهَا^٣ كُلُّهَا خَلْفَةً -يَعْنِي حَوَامِلُ- وَهَذَا الْقَوْلُ رُوي عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ^٤.

= والثاني: أنَّ الجنين من وجه كالمنفصل، فيكون هذا في معنى إيجاب الزيادة على المئة عددًا، وبالاتفاق صفة التغليظ ليست من حيث العدد بل من حيث السن، ثم الدِّيات تعتبر بالصدقات، والشَّرع نهى عن أخذ الحوامل في الصدقات لأتباع كرائم أموال النَّاس، فكذلك في الدِّيات، وهذا لأنَّ شبه العمد يجب على العاقلة بطريق الصَّلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات. فأما الحديث الذي روي فلا يكاد يصح، لأنَّ ما ذكره رسول الله ﷺ عام حجة الوداع كان بمحضر من جماعة من الصحابة، ولم يرو هذا الحديث إلاَّ النُّعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت كان في عداد الصَّبيان، وقد خفي الحديث على كبار الصحابة حتَّى اختلفوا بينهم على أقاويل كما بيَّنا، ولم تجر المحاجة بينهم بالحديث، فلو كان صحيحاً لما اختلفوا مع هذا النَّص، ولا احتجَّ به بعضهم على بعض.

ومن أصل أبي حنيفة أنَّ العامَّ المتفق على قبوله أولى بالأخذ به من مثل هذا الخاص، ولا خلاف أنَّ صفة التغليظ في الدِّية لا تثبت إلاَّ في أسنان الإبل، ولكنا نقول: ما عرفنا صفة التغليظ إلاَّ بالنَّص، فإنَّ الدِّية بدل عن المتلف، ولا يختلف التَّلف بالخطأ وشبه العمد، وإنَّما تثبت صفة التغليظ بما ورد به الشَّرع خاصَّة. المبسوط للسرخسي: ٧٧/٢٦. وانظر الأصل: ٤/٤٤٤. قال الإسيدي: والصَّحيح قول الإمام، واعتمده المحبوبيُّ والسَّفيي وغيرهما، كما في التَّصحيح. اللَّباب في شرح الكتاب: ص/٤٨٢.

١: سقط من ب "أخماساً".

٢: سقط من ب: "قال: يجب".

٣: الثَّني من الإبل ما استكمل السَّنة الخامسة ودخل في السَّادسة، والبازل من الإبل ما دخل في السَّنة التاسعة، والذَّكر والأنثى فيه سواء. حاشية الشبلي على تبين الحقائق: ١٢٦/٦.

٤: في ب: حامل. وهو أولى لأنَّه استعمل المفرد فيناسبه المفرد.

خَلْفَةً: بوزن نكرة، والجمع: الخَلْف بوزن الكَنَف: المخاض، وهي الحَوَامِل من النُّوق. مختار الصحاح: ص/١٨٦، المرجع السابق. في ب: قول.

٦: وهو قول المغيرة بن شعبة وأبي موسى الأشعري أيضاً. لحديث النُّعمان بن بشير أنَّ النَّبي ﷺ قال في خطبة عام حجة الوداع: «ألا إنَّ قَتِيلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مِئَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، أَرْبَعُونَ مِنْهَا فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا». وعن عمر أنَّه قضى بذلك في شبه العمد، وقضاؤه كان بمحضر من الصَّحابة. ر: المبسوط للسرخسي: ٧٧-٧٦/٢٦.

مَسْأَلَةٌ: قَضَىٰ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رضي الله عنه ^١ بِالذِّبْيَةِ فِي سِتَّةِ أَصْنَافٍ: عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ مِئَةً مِنَ الْإِبِلِ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ: عَشْرَةَ آلَافٍ ^٢، وَعَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الشَّاةِ أَلْفِي شَاةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِئَتِي بَقَرَةٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْحَلَلِ مِئَتِي حُلَّةٍ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ^٣.
وَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ الْإِبِلِ وَالْدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ ^٤.
وَقَدْ قِيلَ: فِي ^٥ الْحَاصِلِ لَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ ^٦.

^١: فِي ب: وَقَضَى.

^٢: سَقَطَ مِنْ ب: رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

^٣: فِي ب: دَرَاهِمٌ. وَهُوَ الصَّحِيحُ. ر: الْمَبْسُوطُ: ٧٧/٢٦.

^٤: أَخَذًا بظَاهِرِ حَدِيثِ عُمَرَ وَقَالَ: الذِّبْيَةُ مِنَ الْأَصْنَافِ السَّتَةِ، فَإِنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جَعَلَهَا مِنْ هَذِهِ الْأَصْنَافِ وَقَدَّرَ كُلَّ صِنْفٍ مِنْهُ بِمَقْدَارٍ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ مَا كَانَ يَتَّفَقُ الْقَضَاءُ بِذَلِكَ كُلِّهِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، فَعَرَفْنَا أَنَّ الْمُرَادَ بَيَانَ الْمَقْدَارِ مِنْ كُلِّ صِنْفٍ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧٨/٢٦. وَالْمَسْأَلَةُ ذَكَرَهَا فِي الْأَصْلِ: ٤٥١-٤٥٢.

^٥: فِي ب: فِي.

^٦: لِأَنَّ الْأَثَارَ اشْتَهَرَتْ بِذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَإِنَّمَا أَخَذَ عُمَرَ مِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَالْحَلَلِ فِي الْإِبِلِ لِأَنَّهَا كَانَتْ أَمْوَالَهُمْ فَكَانَ الْأَدَاءُ مِنْهَا أَيْسَرَ عَلَيْهِمْ، وَأَخَذَهَا بِطَرِيقِ التَّيْسِيرِ عَلَيْهِمْ، فَظَنَّ الرَّاوي أَنَّ ذَلِكَ كَانَ مِنْهُ عَلَى وَجْهِ بَيَانِ التَّقْدِيرِ لِلذِّبْيَةِ فِي هَذِهِ الْأَصْنَافِ، فَلَمَّا صَارَتِ الدَّوَابُّ وَالْإِعْطَاءَاتُ جَلَّ أَمْوَالُهُمُ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ وَالْإِبِلُ فَقَضَى بِالذِّبْيَةِ مِنْهَا، ثُمَّ لَا مَدْخَلَ لِلْبَقَرِ وَالْغَنَمِ فِي قِيَمَةِ الْمُتَلَفَاتِ أَصْلًا، فَهِيَ بِمَنْزِلَةِ الدَّوَرِ وَالْعَبِيدِ وَالْجَوَارِي، وَهَكَذَا كَانَ يَنْبَغِي أَنْ لَا تَدْخُلَ الْإِبِلُ، إِلَّا أَنَّ الْأَثَارَ اشْتَهَرَتْ فِيهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَتَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِذَلِكَ فِي الْإِبِلِ خَاصَّةً. ر: الْأَصْلُ: ٤٥١-٤٥٢، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧٨/٢٦. قَالَ فِي اللَّبَابِ ص/٤٨٣: "قَالَ جَمَالُ الْإِسْلَامِ فِي شَرْحِهِ: الصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ الْبَرْهَانِيُّ وَالتَّنْسَفِيُّ وَغَيْرُهُمَا. تَصْحِيحٌ".

^٧: فِي ب: إِنَّ فِي.

^٨: حَيْثُ أَنَّ فِي كِتَابِ الْمَعَاقِلِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ كَقَوْلِهِمَا فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا صَالَحَ الْوَلِيُّ مِنَ الذِّبْيَةِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَلْفِي شَاةٍ أَوْ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مِئَتِي بَقَرَةٍ أَوْ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ مِئَتِي حُلَّةٍ لَا يَجُوزُ الصَّلَاحُ، فَهَذَا دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْأَصْنَافَ فِي الذِّبْيَةِ أَصُولٌ مُقَدَّرَةٌ عِنْدَهُ كَمَا هِيَ عِنْدَهُمَا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٧٨-٧٩، ٧٩/٢٧، ١٣٩.

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ الدِّيَّةُ مِنَ الْإِبِلِ خَاصَّةً^١.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ كَفَّ رَجُلٍ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ فِي كَفِّهِ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي كَفِّهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَصَابِعِ، أَوْ يَكُونَ فِي كَفِّهِ أَصْبُعٌ أَوْ أَصْبُعَانِ^٢.
فَإِنْ كَانَتْ فِي كَفِّهِ ثَلَاثَةُ أَصَابِعَ أَوْ أَكْثَرُ يَجِبُ عَلَى الْقَاطِعِ أَرْشُ الْأَصَابِعِ، وَصَارَ الْكَفُّ تَابِعاً لَهُ بِالِاتِّفَاقِ^٣.

١: في ب: في.

٢: قال الشَّرْبِينِي فِي مَغْنِي الْمَحْتَاجِ: فِي قَتْلِ الذَّكَرِ الْحَرِّ الْمُسْلِمِ الْمُحَقَّقُونَ الدَّمُ مِثَّةً بَعِيرٍ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ دِيَّةً فِي قَوْلِهِ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ﴾ [النساء/ ٩٢]، وَبَيْنَهَا النَّبِيُّ ﷺ فِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حُزَمٍ فِي قَوْلِهِ: «فِي النَّفْسِ مِثَّةٌ مِنَ الْإِبِلِ» [رواه النَّسَائِيُّ فِي سُنَنِهِ، بَابُ ذِكْرِ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ حُزَمٍ فِي الْعُقُولِ وَاخْتِلَافِ النَّاقِلِينَ لَهُ (٧٠٦٠)، وَمَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ، بَابُ ذِكْرِ الْعُقُولِ (١٥٤٧)، وَابْنُ حَبَّانٍ فِي صَحِيحِهِ، ذَكَرَ كِتَابَةَ الْمُصْطَفَى ﷺ كِتَابَهُ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ (٦٥٥٩)]. وَنَقَلَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ وَغَيْرُهُ فِيهِ الْإِجْمَاعَ، وَأَنَّ أَوَّلَ مَنْ سَنَّهُ مِثَّةَ عَبْدِ الْمَطْلُبِ، وَقِيلَ: أَبُو سَيَارَةَ الَّذِي أَجَارَ الْحِجَابَ أَرْبَعِينَ سَنَةً فِي الْجَاهِلِيَّةِ مِنَ الْمَزْدَلِفَةِ إِلَى مَنَى، وَجَاءَتِ الشَّرِيعَةُ مُقَرَّرَةً لَهَا.

وَلَوْ عَدِمَتْ إِبِلَ الدِّيَّةِ حَسَبًا بَانَ لَمْ تَوْجِدْ فِي مَوْضِعٍ يَجِبُ تَحْصِيلُهَا مِنْهُ، أَوْ شَرَعًا بَانَ وَجَدَتْ فِيهِ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ مِثْلِهَا فَالْمَذْهَبُ الْقَدِيمُ الْوَاجِبُ أَلْفَ دِينَارٍ عَلَى أَهْلِ الدَّنَانِيرِ، أَوْ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَضْلاً عَلَى أَهْلِ الدَّرَاهِمِ لِحَدِيثِ «عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفَ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرَقِ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ» [أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ، بَابُ الْعَمَلِ فِي الدِّيَّةِ مَوْقُوفًا عَلَى عَمْرِ، أَبُو دَاوُدَ فِي سُنَنِهِ عَنْ عَمْرِ، بَابُ الدِّيَّةِ كَمْ هِيَ؟]. قَالَ الزَّيْلَعِيُّ: "وَفِي الْبَابِ حَدِيثُ مَرْفُوعٍ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ قَالَ: ذَكَرَ عَطَاءٌ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ: "فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الدِّيَّةِ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ مِثَّةٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ مِثَّتِي بَقْرَةً، وَعَلَى أَهْلِ الشَّاءِ أَلْفِي شَاةً، وَعَلَى أَهْلِ الْخَلَلِ مِثَّتِي حَلَّةً، وَعَلَى أَهْلِ الطَّعَامِ شَيْئًا" لَمْ يَحْفَظْهُ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ. انْتَهَى. قَالَ الْمُنْذَرِيُّ: لَمْ يَذْكُرْ ابْنُ إِسْحَاقَ مِنْ حَدِّثِهِ بِهِ عَنْ عَطَاءٍ فَهُوَ مَنْقُطَعٌ، وَأَخْرَجَهُ أَيْضاً عَنْ ابْنِ إِسْحَاقَ عَنْ عَطَاءٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى، فَذَكَرَ نَحْوَهُ، قَالَ الْمُنْذَرِيُّ: مَرْسَلٌ، وَفِيهِ ابْنُ إِسْحَاقَ. نَصَبَ الرَّايَةَ: ٤/ ٣٦٣ ر: مَغْنِي الْمَحْتَاجِ: ٤/ ٥٣-٥٦.

٣: الْأَوْجُهَةُ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ عَلَى وَجْهِ الْإِجْمَالِ لَمْ تَذْكُرْ فِي ب.

٤: أَيُّ عَلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ دِيَّةِ الْيَدِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ٢٦/ ٨٢.

٥: فِي ب: لَهَا.

٦: لِأَنَّ أَكْثَرَ الْأَصَابِعِ لَمَّا كَانَتْ قَائِمَةً جَعَلَ كَقِيَامِ جَمِيعِهَا فَيَكُونُ الْكَفُّ تَابِعاً لَهَا، وَإِقَامَةُ الْأَكْثَرِ مَقَامَ الْكُلِّ أَصْلٌ فِي الشَّرْعِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحِيِّ: ٢٦/ ٨٢. وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْأَصْلِ: ٤/ ٥٨.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كَفِّهِ شَيْءٌ مِنَ الْأَصَابِعِ فَعَلَيْهِ فِي الْكَفِّ حُكُومَةُ عَدْلٍ^١ بِالِاتِّفَاقِ^٢.

وَإِنْ كَانَ فِي كَفِّهِ أَصْبَعٌ أَوْ أَصْبُعَانِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْضُ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْضُ الْكَفِّ^٣.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ أَرْضُ الْكَفِّ أَكْثَرَ مِنْ أَرْضِ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ يَجِبُ عَلَيْهِ أَرْضُ الْكَفِّ.

وَإِنْ كَانَ أَرْضُ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ أَكْثَرَ يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَيَدْخُلُ الْقَلِيلُ فِي الْكَثِيرِ^٤.

^١: سقط من ب: "عدل". وكلاهما صحيح مستعمل لدى الفقهاء. وحكومة عدل: ما يجب فيه أرض غير مقدّر.

تفسيرها: إن كان الجاني والمجني عليه عبداً يقوم العبد مجنياً عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما بين القيمتين بلا خلاف. وإن كان الجاني والمجني عليه حرّاً فقد ذكر الطحاوي رحمه الله أنّه يقوم المجني عليه لو كان عبداً ولا جناية به، ويقوم وبه الجناية، فينظر كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية.

وقال الكرخي رحمه الله: تقرب هذه الجناية إلى أقرب الجنايات التي لها أرض مقدّر فينظر ذوا عدل من أطباء الجراحات كم مقدار هذه ههنا في قلّة الجراحات وكثرتها بالحزر والظنّ فيأخذ القاضي بقولهما، ويحكم من الأرض بمقداره من أرض الجراحة المقدّرة. ر: بدائع الصنائع: ٣٢٣-٣٢٤/٧.

^٢: على لا يبلغ بها أرض أصبع، لأنّ قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع. ر: تبين الحقائق: ٦/١٣٤.

^٣: له: أنّ أرض الأصبع مقدّر شرعاً، وليس للکفّ أرض مقدّر شرعاً، وما ليس بمقدّر شرعاً يجعل تبعاً لما هو مقدّر شرعاً، ولهذا جعل الکفّ تبعاً لجميع الأصابع وهذا المعنيين: أحدهما: أنّ المقدّر شرعاً ثابت بالنصّ، وما ليس فيه تقدير فهو ثابت بالرأي، والرأي لا يعارض النصّ، والمصير إلى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة.

والمعنى الثاني: أنّ المصير إلى الرأي والتقويم لأجل الضرورة، وهذه الضرورة لا تتحقّق عند إمكان إيجاب الأرض المقدّر بالنصّ. ر: الأصل: ٤/٤٥٨، المبسوط للسخي: ٨٣/٢٦.

^٤: لأنّ أكثر الأصابع هاهنا فائتة فيجعل ذلك كفوات الكلّ، ولو قطع الکفّ وليس عليها شيء من الأصابع كان عليه حكم عدل فهذا مثله، وهذا لأنّ بقاء أكثر الأصابع تبقى منفعة البطش، وإن كان يتمكّن فيها نقصان فيعتبر تفويت ذلك في إيجاب الأرض، وأمّا بقاء أصبع واحد فلا تبقى منفعة البطش، ولا يمكن اعتبار ذلك في إيجاب الأرض فيجب حكم عدل، إلّا أنّه لا بدّ من اعتبار أرض الأصبع المقطوعة بالنصّ، ومن اعتبار حكومة العدل في الکفّ لما قلنا، ولا وجه إلى الجمع بينهما بالإتلاف فاعتبرنا الأكثر منهما فجعلنا الأقلّ تابعاً للأكثر، وهو أصل في الشرع في باب الأرض. الأصل: ٤/٤٥٨، الجامع الصّغير: ص/٥٠٥، المبسوط للسخي: ٨٢-٨٣/٢٦.

وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ مَرَّةً: "إِنْ كَانَ أَرُشُ الْكَفِّ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ الْأَرْشَانِ، وَإِنْ كَانَ أَرُشُ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ أَكْثَرَ فَعَلَيْهِ دِيَّةُ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَرُشُ الْكَفِّ".

وَرَوِيَ عَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ قَالَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَرُشُ الْأُصْبُعَيْنِ التَّامَّيْنِ وَأَرُشُ الْكَفِّ، وَلَا يُتَجَاوَزُ بِهِ كُلُّهُ أَرُشُ ثَلَاثَةِ أَصَابِعٍ.^٢ [١٣٨/أ]

وَرَوِيَ عَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ قَالَ: "يَجِبُ عَلَيْهِ أَرُشُ مَا بَقِيَ مِنَ الْأَصَابِعِ، وَصَارَ مَا بَازَا ذَلِكَ مِنَ الْكَفِّ تَابِعًا لَهُ، وَعَلَيْهِ فِيهَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْكَفِّ أَرُشٌ".

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنَ الْمِرْفَقِ فَعَلَيْهِ دِيَّةُ الْيَدِ فِي الْكَفِّ وَالْأَصَابِعِ، وَعَلَيْهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ فِي السَّاعِدِ.

^١: لم أعر على قوله هذا.

^٢: لأن جعل الكف تبعاً للأصابع باعتبار أن معنى البطش يكون بهما، وذلك لا يوجد في الأصبع الواحد، ولا يمكن جعل الأصبع تبعاً للكف، لأن للأصبع أرشاً مقدراً شرعاً فلا يجوز التقصان عن ذلك بالرأي، فإذا لم يمكن إتباع أحدهما الآخر كان كل واحد منهما أصلاً فيجب أرشهما. المبسوط للسرخسي: ٨٣/٢٦.

^٣: سقطت هذه العبارة: "وروي عنه رواية أخرى .. ثلاثة أصابع" من ب.

ولم أجد قوله هذا فيما أطلعت عليه.

^٤: في ب: ما كان.

^٥: لأن الأصابع لو كانت قائمة كان موضع كل أصبع من الكف تبعاً لذلك الأصبع، فعند قيام البعض يعتبر البعض بالكل. المبسوط للسرخسي: ٨٣/٢٦.

^٦: لها: أن ما زاد على الكف من الساعد إما أن يجعل تبعاً للأصابع أو الكف، ولم يمكن جعله تبعاً للأصل، لأن الكف حائل بينه وبين الأصابع، والتابع ما يكون متصلاً بالأصل، ولا يمكن جعله تبعاً للكف، لأن الكف في نفسه تبع للأصابع، ولا تبع للتبع، فإذا تعذر جعله تبعاً، ولا يجوز إهداره عرفنا أنه أصل بنفسه، وليس فيه أرش مقدّر فيجب حكم عدل، كما لو قطع يده من المفصل أولاً فبرأت، ثم عاد فقطع الساعد. ولا حجة في الحديثين، لأن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند بدليل آية السَّرَقَةِ، والذي روي أن القطع كان من نصف الساعد شاذ لا يعتمد على مثله في الأحكام. وفي الباب: والصحيح قولها. واعتمده المحبوبي والنسفي. ر: الأصل: ٤/٤٥٧-٤٥٨، المبسوط للسرخسي: ٨٢/٢٦، الباب: ص/٤٨٧.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: "يَجِبُ عَلَيْهِ دِيَةُ الْيَدِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ".^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَطَعَ الرَّجُلُ^٢ أُصْبُعَ رَجُلٍ، فَشَلَّتِ الْأُخْرَى بِجَنْبِهَا، وَكَانَ الْقَطْعُ عَمْدًا، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وَعَلَيْهِ أَرْشُ الْأُصْبُعَيْنِ^٣.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَأَرْشُ الْأُصْبُعِ الْأُخْرَى.

^١ : احتجّ في ذلك بقوله ﷺ: «وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية» [ر: نصب الرأية: ٤ / ٣٧١، الدرّاية: ٢ / ٢٧٧] واليد: اسم للجراحة من رؤوس الأصابع إلى الآباط، وقد روي في حديث عمران بن حارثة: «أن النبي ﷺ قضى على قاطع اليد بنصف الدية خمسة آلاف» [أخرجه الطبراني في معجمه رقم / ٢٠٩٠ عن دهشم بن قران عن نمران بن جارية بن ظفر الحنفي عن أبيه "أن رجلاً قطع يد رجل من نصف ساعده فخاصمه إلى رسول الله ﷺ، فقضى له بخمسة آلاف درهم، فقال له خذها بورك لك فيها". قال عبد الحق في "أحكامه": ودهشم بن قران متروك الحديث، ووافقه ابن القطان عليه. نصب الرأية: ٤ / ٣٧١. ولعل ما في المبسوط من قوله "في حديث عمران بن حارثة" خطأ، إذ الصحيح نمران بن جارية] من غير تفصيل، وقد روي في بعض الروايات أنه قطعها من نصف الساعد، ولأن الساعد ليس له أرش مقدّر فيكون تبعاً لما له أرش مقدّر، كالكفّ، فإن بالإجماع يجب نصف الدية بقطع الأصابع، ثم لو قطع الكفّ مع الأصابع لا يلزمه إلا نصف الدية وتجعل الكفّ تبعاً للأصابع لهذا المعنى، فكذلك إذا قطع من نصف الساعد أو المرفق أو المنكب، لأنّه ليس من هذه الأعضاء بدل مقدّر سوى الأصابع. ألا ترى أنّه لو قطع المارن أو الحشفة يلزمه الدية، ولو قطع جميع الأنف أو جميع الذّكر لا يجب عليه أكثر من دية واحدة. المبسوط للسرخسي: ٨١-٨٢.

^٢ : في ب: رجل.

^٣ : وجه قول أبي حنيفة: أنّ المستحقّ فيها دون النفس هو المثل، والمثل وهو القطع المشلّ ههنا غير مقدور الاستيفاء فلا يثبت الاستحقاق، ولأنّ الجناية متّحدة حقيقة، وهي قطع الأصبع، وقد تعلّق به ضمان المال فلا يتعلّق به ضمان القصاص، بخلاف ما إذا قطع أصبعاً عمداً فنفد السّكين إلى أخرى خطأ، لأنّ الموجود هناك فعلاً حقيقة فجاز أن يفرد كلّ واحد منهما بحكم، وفي مسألة الرّمي جعل الفعل المتحدّ حقيقة متعدّداً شرعاً بخلاف الحقيقة، ومن ادّعى خلاف الحقيقة ههنا يحتاج إلى الدليل. ر: الأصل للشيباني: ٤ / ٤٦٨، بدائع الصنائع: ٧ / ٣٠٦-٣٠٧.

^٤ : وهو قول زفر والحسن. ر: المرجع السابق.

^٥ : وجه قولهم: أنّ المحل متعدّد، والفعل يتعدّد بتعدّد المحلّ حكماً وإن كان متّحداً حقيقة لتعدّد أثره، وههنا تعدّد الأثر فيجعل فعلين، فيفرد كلّ واحد منهما بحكمه، فيجب القصاص في الأوّل والدية في الثاني، كما لو قطع أصبع إنسان فانسَلّ السّكين إلى أصبع أخرى خطأ فقطعها حتّى يجب القصاص في الأوّل والدية في الثاني، وكما لو رمى سهماً إلى إنسان فأصابه ونفذ منه وأصاب آخر حتّى يجب القصاص في الأوّل والدية في الثاني لما قلنا، وكذلك هذا، وإذا تعدّدت الجناية تفرد كلّ واحدة منهما بحكمها فيجب القصاص في الأولى والأرش في الثانية. بدائع الصنائع: ٧ / ٣٠٦. وانظر: الأصل: ٤ / ٤٦٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا شَجَّ رَجُلٌ رَجُلًا فَذَهَبَ بَصَرُهُ أَوْ لِسَانُهُ فَعَلَيْهِ أَرُشُ الشَّجَّةِ، وَالذِّئْبُ فِي اللِّسَانِ أَوْ الْبَصَرِ.

وَلَوْ ذَهَبَ سَمْعُهُ، فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ فِي الرُّوَايَاتِ الظَّاهِرَةِ^١.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: "يَجِبُ عَلَيْهِ الذِّئْبُ، وَدَخَلَ أَرُشُ الشَّجَّةِ فِيهِ"^٢.

وَلَوْ ذَهَبَ عَقْلُهُ فَعَلَيْهِ الذِّئْبُ، وَدَخَلَ أَرُشُ الشَّجَّةِ فِيهِ، فِي قَوْلِ عَلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣.

وَفِي قَوْلِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ لَا تَدْخُلُ إِحْدَى الْجِنَايَتَيْنِ فِي الْأُخْرَى، إِلَّا فِي الْمَوْضِعَةِ إِذَا ذَهَبَ شَعْرُهُ^٤.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا تَدْخُلُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا، وَيَجِبُ عَلَيْهِ^٥ الْأَرْشَانِ جَمِيعًا^٦.

^١: في ب: و.

^٢: محل السمع غير محل الشجّة، وكذلك محل الكلام، وبتفويتهما لا تتبدّل النفس، وإنّما تجب الذّية لتفويت منفعة مقصودة منهما فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجّة. المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢٦. وانظر: الأصل: ٤٦٧/٤.

^٣: عند أبي يوسف يدخل أَرُشُ الشَّجَّةِ فِي الذِّئْبِ فِي السَّمْعِ وَالْكَلَامِ، أَمَّا فِي الْبَصَرِ فَلَا يَدْخُلُ، لِأَنَّ الْبَصَرَ ظَاهِرٌ كَالْمَوْضِعَةِ، فَقَدْ بَيَّانَ الْمَحَلَّ حَقِيقَةً وَحُكْمًا، فَأَمَّا السَّمْعُ وَالْكَلَامُ فَمَعْنَى بَاطِنٍ بِمَنْزِلَةِ الْعَقْلِ، فَكَمَا يَدْخُلُ أَرُشُ الْمَوْضِعَةِ فِي الذِّئْبِ الْوَاجِبَةِ بِإِذْهَابِ الْعَقْلِ فَكَذَلِكَ فِيهَا تَجِبُ بِإِذْهَابِ السَّمْعِ وَالْكَلَامِ. ر: المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢٦.

^٤: في ب: وأرُشُ الشَّجَّةِ دَخَلَ فِيهِ.

^٥: لِأَنَّ ذَهَابَ الْعَقْلِ فِي مَعْنَى تَبْدِيلِ النَّفْسِ وَالْحَاقِقَةِ بِالْبَهَائِمِ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ. ر: الأصل: ٤٩٧/٤، المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢٦.

^٦: لاختلاف محلّ الجناية، فإنّ محلّ الموضّعة غير محلّ العقل، بخلاف الشعر مع الموضّعة. المبسوط للسرخسي: ٩٩/٢٦. وانظر: الأصل: ٤٦٧/٤.

^٧: سقط من ب: عليه.

^٨: سقط من ب: جميعاً.

وجه قوله: أَنَّ الشَّجَّةَ وَإِذْهَابَ الشَّعْرِ وَالْعَقْلَ وَغَيْرَهُمَا جِنَايَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ فَلَا يَدْخُلُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى، كسائر الجنائيات من قطع اليدين والرّجلين ونحو ذلك. بدائع الصنائع: ٣١٧/٧.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا حَلَقَ رَأْسَ رَجُلٍ^١ فَلَمْ يَنْبِتْ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا^٢.

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ لَا تَحِبُّ الدِّيَّةُ^٣.

وَكَذَلِكَ فِي اللَّحْيَةِ تَحِبُّ الدِّيَّةُ عِنْدَنَا^٤.

^١: الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ وَالصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٦/٧١، الفتاوى الهندية: ٢٤/٦.

^٢: إِلَّا أَنَّهُ لَا يَخَاطَبُ بِالْدِّيَّةِ حَالِ الْحَلْقِ بَلْ يُؤَجَّلُ سَنَةً. الْأَصْلُ: ٤/٤٤١، الفتاوى الهندية: ٢٤/٦.

^٣: قَالَ النَّوَوِيُّ فِي الْمَجْمُوعِ: "الشَّعُورُ لَا يَجِبُ فِيهَا قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ، قَالَ بِهِذَا أَبُو بَكْرٍ الصَّدِيقُ وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا" ثُمَّ قَالَ: "دَلِيلُنَا أَنَّهُ إِتْلَافٌ شَعْرٍ فَلَمْ يَكُنْ فِيهِ أَرَشٌ مُقَدَّرٌ، كَأَرَشِ الشَّارِبِ وَالصَّدْرِ، وَمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَعَارِضُهُ مَا رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِيقِ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُمَا لَمْ يُوَجِّبَا الدِّيَّةَ" ثُمَّ قَالَ: "إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَإِنَّهُ إِذَا حَلَقَ شَعْرَ رَجُلٍ وَطَرَحَ عَلَيْهِ شَيْئًا فَتَمَعَّطَ فَإِنْ نَبَتَ كَمَا كَانَ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْجَانِي شَيْءٌ، كَمَا لَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ ثُمَّ نَبَتَ، فَإِنْ لَمْ يَنْبِتْ أَصْلًا وَأَيْسَ مِنْ نَبَاتِهِ وَجِبَتْ فِيهِ حُكُومَةُ اللَّشِينِ الْحَاصِلُ بِذَهَابِهِ". ر: المجموع: ٢١٨/١٩-٢١٩.

^٤: حُجَّةُ الْحَنْفِيَّةِ: حَدِيثُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «فِي الرَّأْسِ إِذَا حَلَقَ وَلَمْ يَنْبِتِ الدِّيَّةُ كَامِلَةٌ» [فِي مُصَنَّفِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ (١٧٣٧٤) عَنْ تَمِيمِ بْنِ سَلَمَةَ قَالَ: "أَفْرَغَ رَجُلٌ عَلَى رَأْسِ رَجُلٍ قَدْرًا فَذَهَبَ شَعْرُهُ، فَذَهَبَ إِلَى عَلِيٍّ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالْدِّيَّةِ كَامِلَةً". قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ فِي الشَّعْرِ يَجْنَى عَلَيْهِ فَلَا يَنْبِتُ: "رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ وَزَيْدٍ أَنَّهُمَا قَالَا فِيهِ الدِّيَّةُ" قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: "وَلَمْ يَثْبُتْ عَنْ عَلِيٍّ وَزَيْدٍ مَا رَوَى عَنْهُمَا". مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ: ٣١٩/٩، مَعْرِفَةُ السَّنَنِ وَالْأَثَارِ: ٢٣١/٦] فَإِنَّ مَا نَقَلَ عَنْهُ فِي هَذَا الْبَابِ كَالْمَرْفُوعِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَسْتَدْرِكُ بِالرَّأْيِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّهُ فُوتَ عَلَيْهِ جَمَالًا كَامِلًا فَيَلْزِمُهُ كِمَالُ الدِّيَّةِ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَذْنَيْنِ الشَّاحِصَتَيْنِ.

وَيَبَيَّنَ ذَلِكَ: أَنَّ فِي اللَّحْيَةِ جَمَالًا كَامِلًا فِي أَوَانِهِ، وَكَذَلِكَ فِي شَعْرِ الرَّأْسِ جَمَالٌ كَامِلٌ، فَإِنَّ مِنْ عَدَمِ ذَلِكَ خَلْقَةٌ تَكْلِفُ لِسْتَرِهِ وَإِخْفَانَهُ. وَلَا شَكَّ أَنَّ فِي شَعْرِ الرَّأْسِ جَمَالًا كَامِلًا وَبَعْضُ الْمَنْفَعَةِ أَيْضًا، فَمَا يَحْصِلُ لَهَا بِالْجَمَالِ مِنَ الْمَنْفَعَةِ أَعْظَمُ وَجْهَ الْمَنْفَعَةِ، وَكَذَلِكَ فِي اللَّحْيَةِ. وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَلَائِكَةٌ تَسْبِيحُهُمْ: سَبْحَانَ مَنْ زَيْنَ الرِّجَالِ بِاللَّحْيِ، وَالنِّسَاءِ بِالْقُرُونِ وَالذَّوَائِبِ» [سَبْحَانَ مَنْ زَيْنَ الرِّجَالِ بِاللَّحْيِ، وَالنِّسَاءِ بِالذَّوَائِبِ رَوَاهُ الْحَاكِمُ عَنْ عَائِشَةَ، وَذَكَرَهُ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ مُسْنَدِ الْفَرْدُوسِ لِلْحَافِظِ ابْنِ حَجَرٍ فِي أَثْنَاءِ حَدِيثِ بَلْفُظٍ: "مَلَائِكَةُ السَّمَاءِ يَسْتَغْفِرُونَ لَذَوَائِبِ النِّسَاءِ وَلِحَى الرِّجَالِ وَيَقُولُونَ: سَبْحَانَ الَّذِي زَيْنَ الرِّجَالِ بِاللَّحْيِ، وَالنِّسَاءِ بِالذَّوَائِبِ" أَسْنَدُهُ عَنْ عَائِشَةَ. قَالَ الْفَتْنِيُّ فِي تَذَكُّرَةِ الْمَوْضُوعَاتِ: "فِيهِ ابْنُ دَاوُدَ لَيْسَ بِثِقَةٍ". وَقَالَ يَوْسُفُ الْحَاكِمِ أَحْمَدُ فِي تَخْرِيجِهِ لِأَحَادِيثِ كَشْفِ الْخَفَاءِ: "مَوْضُوعٌ" أَوْرَدَهُ السَّيُوطِيُّ فِي ذَيْلِ اللَّالِيِّ، وَابْنُ عَرَابٍ فِي التَّنْزِيهِ وَقَالَ: فِيهِ الْحُسَيْنُ بْنُ دَاوُدَ بْنِ مَعَاذِ الْبَلْخِيِّ ذَكَرَهُ فِي مَقْدَمَةِ كِتَابِهِ وَقَالَ: قَالَ الْخَطِيبُ: حَدِيثٌ مَوْضُوعٌ، وَقَالَ الْحَاكِمُ: لَهُ عَجَائِبُ يَسْتَدَلُّ بِهَا عَلَى حَالِهِ". ر: كَشْفُ الْخَفَاءِ: ٥٠٦/١، تَذَكُّرَةُ الْمَوْضُوعَاتِ: ص/١٦٠]

ثُمَّ تَفَوُّتِ الْمَنْفَعَةُ يَوْجِبُ كِمَالُ الدِّيَّةِ، كَمَا إِذَا ضَرَبَ عَلَى ظَهْرِهِ حَتَّى انْقَطَعَ مَآؤُهُ، فَكَذَلِكَ تَفَوُّتِ الْجَمَالِ الْكَامِلِ يَوْجِبُ كِمَالُ الدِّيَّةِ، لِأَنَّ الْغَرَضَ لِلْعُقْلَاءِ فِي الْجَمَالِ أَكْثَرُ مِمَّا هُوَ فِي الْمَنْفَعَةِ، بِخِلَافِ شَعْرِ الصَّدْرِ وَالسَّاقِ فَلَيْسَ فِي حَلْقِهِ تَفَوُّتِ جَمَالٍ كَامِلٍ فَلِهَذَا لَمْ يُوَثِّرْ ذَلِكَ فِي النِّقْصَانِ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ. ر: الْأَصْلُ: ٤/٤٤٢، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٧١-٧٢.

وَفِي قَوْلِهِ تَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ^١.

وَلَوْ نَبَتْ شَعْرُ رَأْسِهِ^٢ أَبْيَضَ وَالرَّجُلُ شَابٌّ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حُرًّا فَلَيْسَ عَلَى الْحَالِقِ شَيْءٌ^٣،

وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَفِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ^٤.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِي الْحُرِّ وَالْعَبْدِ يَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلٍ^٥، وَهُمَا سَوَاءٌ^٦. ذَكَرَ الْاِخْتِلَافَ فِي رِوَايَةِ هِشَامٍ.

^١: أي في قول الشافعي. ر: الحاوي الكبير: ١٢ / ٣٠٠.

^٢: في ب: "وكذلك في اللحية، ولكن تجب حكومة عدل". والصحيح ما في الأصل. ر: المرجع السابق.

^٣: لعل الصحيح "أو لحيته". يدل عليه تعليل أقوالهم.

^٤: لأن الجمال يزداد بيباض شعر اللحية. المبسوط للسرخسي: ٧٣ / ٢٦.

^٥: في ب: فعليه.

^٦: لأنه ينتقص به قيمته. تبين الحقائق: ٦ / ١٣٠.

^٧: تقدير حكومة العدل في الحر أن يقوم أبيض اللحية لو كان عبداً وأسود اللحية فيلزمه التقصان الذي بينهما. الفتاوى الهندية:

٢٥ / ٦.

^٨: في ب: الحر والعبد سواء وفيه حكومة عدل.

لها: أن يبيض الشعر جمال في أوانه فأما في غير أوانه فيشينه فيجب حكومة العدل باعتباره. وأبو الليث كان يفتي بقولها. ر: المبسوط

للسرخسي: ٧٣ / ٢٦، الفتاوى الهندية: ٢٤ / ٦.

وَكَذَلِكَ لَوْ ضَرَبَ سِنُّهُ فَاصْفَرَّتْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ حُرًّا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَعِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا.

وَقَالَ زُفَرٌ: إِذَا اصْفَرَّتِ السِّنُّ [١٣٨/ب] فَعَلَيْهِ أَرْشُ السِّنِّ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: فِيهِ حُكُومَةُ عَدْلٍ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي الْمَحِلَّةِ، يَخْلِفُ^١ مِنْهُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا، فَإِنْ أَبَوْا عَنِ الْيَمِينِ^٢ حَبَسُوا^٣.

١: لم.

٢: له: أَنَّ الصَّفْرَةَ مِنْ أَلْوَانِ السِّنِّ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ مَوْتِ السِّنِّ، وَالْمَطْلُوبُ بِالسِّنِّ فِي الْإِحْرَازِ الْمَنْفَعَةُ وَهِيَ قَائِمَةٌ بَعْدَمَا اصْفَرَّتْ. قَالَ فِي بَدَائِعِ الصَّنَائِعِ: "وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ لَا تَكَادُ تَصَحُّ عَنْهُ، لِأَنَّ الْحَرْ أَوَّلَى بِإِجَابِ الْأَرْشِ مِنَ الْعَبْدِ". ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨١/٢٦، بَدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٣١٥/٧.

٣: فِي ب: عَلَيْهِ.

٤: لِأَنَّ حَقَّ الْمَوْلَى فِي الْمَمْلُوكِ هُوَ الْمَالِيَّةُ وَقَدْ تَنْتَقِصُ بِاصْفِرَارِ السِّنِّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨١/٢٦.

٥: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا كَمَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ بَعْدَ قَوْلِ زُفَرٍ. لَهَا: أَنَّ الْجَمَالَ عَلَى الْكَمَالِ فِي بَيَاضِ السِّنِّ، فَبِالصَّفْرَةِ يَنْقُصُ مَعْنَى الْجَمَالِ فِيهَا، وَلِهَذَا يَجِبُ فِي الْمَمْلُوكِ حَكْمُ عَدْلٍ فَكَذَلِكَ فِي الْحَرْ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨١/٢٦.

٦: أَيْ كَمَا فِي السَّوَادِ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ يَفُوتُ الْجَمَالَ. بَدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٣١٥/٧.

٧: فِي ب: عَلَيْهِ.

٨: قَالَ فِي الْبَدَائِعِ: "وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ إِنْ كَثُرَتِ الصَّفْرَةُ حَتَّى تَكُونَ عَيْبًا كَعَيْبِ الْحَمْرَةِ وَالْخَضْرَاءِ فَعِيَهَا عَقْلُهَا تَامًا، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا". بَدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٣١٥/٧.

٩: الْمَحِلَّةُ: مَنْزِلُ الْقَوْمِ. ج: مَحَالٌّ وَمَحَلَّاتٌ. ر: الْقَامُوسُ الْفَرَقِيُّ: ص/١٠٠، مَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: ص/٤١٤.

١٠: فِي ب: حَلَفَ. انْظُرِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْمَبْسُوطِ لِلشَّيْبَانِيِّ: ٤/٤٧٤-٤٧٧.

١١: فِي ب: أَبَوَا الْيَمِينِ.

١٢: حَبَسُوا حَتَّى يَخْلِفُوا أَوْ يَقْرَؤُوا، لِأَنَّ الْيَمِينَ فِي بَابِ الْقِسَامَةِ حَقٌّ مَقْصُودٌ بِنَفْسِهِ لَا أَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى الْمَقْصُودِ وَهُوَ الدِّيَّةُ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَّةِ، وَلِهَذَا قَالَ الْحَارِثُ بْنُ الْأَزْمَعِ لِسَيِّدِنَا عَمْرٍو: «أَنْبِذْ أَيْمَانَنَا وَأَمْوَالَنَا؟ فَقَالَ: نَعَمْ» وَرَوَى أَنَّ الْحَارِثَ قَالَ: «أَمَّا تَجْزِي هَذِهِ عَنْ هَذِهِ؟ فَقَالَ: لَا»، وَرَوَى أَنَّهُ قَالَ: «فَبِمَ يَبْطُلُ دَمُ صَاحِبِكُمْ؟» [أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ بِسَنَدِهِ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ قَالَ: "وَجَدَ قَتِيلَ الْيَمَنِ بَيْنَ وَادِعَةٍ وَأَرْحَبَ، فَكَتَبَ عَامِلُ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ إِلَيْهِ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَمْرٌ أَنْ قَسَ مَا بَيْنَ الْحَيِّينَ فَلَيْ أَيْمَانُهَا كَانَ أَقْرَبَ فَخَذَهُمْ بِهِ، قَالَ: فَقَاسُوا فَوَجَدُوهُ أَقْرَبَ إِلَى وَادِعَةٍ، قَالَ: فَأَخَذْنَا وَأَعْرَمْنَا وَأَحْلَفْنَا، فَقُلْنَا: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، أَتَحْلِفُنَا وَتَعْرَمُنَا؟ قَالَ: فَأَحْلَفَ مِنْهَا خَمْسِينَ رَجُلًا بِاللَّهِ مَا فَعَلْتُ وَلَا عَلِمْتُ قَاتِلًا". وَعَنْ عَبْدِ الرَّزَّاقِ (١٨٢٦٦) عَنْ الثَّوْرِيِّ عَنْ مَجَالِدِ بْنِ سَعِيدٍ وَسَلِيَانَ =

فَإِنْ أَمَرَ الْإِمَامُ أَنْ يَحْلِفُوا، وَشَاءَ الْأَوْلِيَاءُ -يَعْنِي أَوْلِيَاءَ الْقَتِيلِ^٢- أَنْ يَغْرَمَهُمُ الدِّيَّةَ^٣، فَصَّى عَلَيْهِمُ بِالْأَدْيَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا أَبَوَا الْيَمِينَ لَمْ يُجْبَسُوا، وَجُعِلَتْ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَجْبَسُ فِي الْيَمِينِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَتَاهُمْ أَقْرَبُوا أَنْ قَاتِلَهُ فَلَانْ فَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: "يَحْلِفُونَ مَا قَتَلْنَاهُ فَحَسَبُ"^٥.

= الشَّيْبَانِيُّ عَنِ الشَّعْبِيِّ أَنَّ قَتِيلًا وَجَدَ بَيْنَ وَادَعَةٍ وَشَاكِرٍ، فَأَمَرَهُمُ عُمَرُ ابْنُ الْخَطَّابِ أَنْ يَقْسُوا مَا بَيْنَهُمَا، فَوَجَدُوهُ إِلَى وَادَعَةٍ أَقْرَبَ، فَأَحْلَفَهُمْ عُمَرُ خَمْسِينَ يَمِينًا، كُلَّ رَجُلٍ مِنْهُمْ: مَا قَتَلْتَ وَلَا عَلِمْتَ قَاتِلًا، ثُمَّ أَغْرَمَهُمُ الدِّيَّةَ". قَالَ الثَّوْرِيُّ: وَأَخْبَرَنِي مَنْصُورٌ عَنِ الْحَكَمِ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ أَنَّهُ قَالَ: "يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَا أَبَيَانَنَا دَفَعْتَ عَنْ أَمْوَالِنَا، وَلَا أَمْوَالِنَا دَفَعْتَ عَنْ أَبَيَانِنَا، فَقَالَ عُمَرُ: كَذَلِكَ الْحَقُّ" وَفِي مُشْكِ الْأَثَارِ عَنِ الْحَارِثِ بْنِ الْأَزْمَعِ قَالَ: "قَتَلَ قَتِيلٌ بَيْنَ وَادَعَةٍ وَحَيٍّ آخَرَ، وَالْقَتِيلُ إِلَى وَادَعَةٍ أَقْرَبَ، فَقَالَ عُمَرُ لَوَادَعَةٍ: يَحْلِفُ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْكُمْ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا وَلَا نَعْلَمُ لَهُ قَاتِلًا، ثُمَّ أَغْرَمُوا، فَقَالَ لَهُ الْحَارِثُ: نَحْلِفُ وَتَغْرَمُنَا؟ قَالَ: نَعَمْ". ر: مصنف ابن أبي شيبة: ٤١١/٦، مصنف عبد الرزاق: ٣٥/١٠، مشكل الآثار للطحاوي: ١١/٥١٣-٥١٤، نصب الرأية: ٣٩٧/٤ فإذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن أداء حق مقصود بنفسه وهو قادر على الأداء يجبر عليه بالحبس، كمن امتنع عن قضاء دين عليه مع القدرة على القضاء، بخلاف اليمين في سائر الحقوق فإنها ليست مقصودة بنفسها بل هي وسيلة إلى المقصود وهو المال المدعى، لذا لا يجمع بينهما، بل إذا حلف المدعى عليه برئ، وإذا لم يحلف المدعى عليه ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شيء، وههنا لو لم يحلفوا ولم يقرّوا وبذلوا الدية لا تسقط عنهم القسامة فدلّ أنها مقصودة بنفسها فيجبون عليها بالحبس. ر: الأصل: ٤٨٣/٤، بدائع الصنائع: ٢٨٩/٧.

^١ في ب: أيس. وهو الصواب. ر: بدائع الصنائع: ٢٨٩/٧.

^٢ في ب: المقتول.

^٣ في ب: يغرموهم.

^٤ في ب: وجعل.

^٥ وهذه رواية الحسن بن زياد عنه. وقال ابن أبي مالك: هذا قوله الآخر، وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول. تكملة فتح القدير: ٤٠٧/١٠.

^٦ زاد في ب: يعني أهل القسامة.

^٧ لأتباعها زعموا أنها يعلمان القاتل، فلا معنى لاستحلافها على العلم، وإنما يستحلفان على البتات بالله ما قتلنا. المبسوط للسرخسي:

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: "يُحْلِفُونَ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ"^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ فِي الْمَحَلَّةِ مَنْ اشْتَرَى الدَّارَ، أَوْ اسْتَأْجَرَ أَوْ اسْتَعَارَ فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَصْحَابِ الْخِطَّةِ^٢.

^١: في ب: وروي عن محمد أنه قال.

^٢: في ب: عرفنا.

^٣: لأن ما هو المقصود يحصل بهذا الاستثناء فلا يجوز إسقاط اليمين على العلم في حقها كما لا يجوز في حق غيرها. المبسوط للسرخسي: ١١٥/٢٦.

^٤: في ب: داراً.

^٥: القسامة بالفتح: اليمين، كالقسم. وقد أقسم يقسم قسماً وقسامة إذا حلف. وقد جاءت على بناء الغرامة والحالة، لأنها تلزم أهل الموضوع الذي يوجد فيه القتل. وهي: أيان تقسم على المتهمين في الدم. أو هي: حلف معين عند التهمة بالقتل على الإثبات أو النفي. ر: النهاية في غريب الحديث والأثر: ٦٢/٤، التعريفات: ص/١٧٥، القاموس الفقهي: ص/٣٠٣، معجم لغة الفقهاء: ص/٣٦٢، فتح الباري: ١٩٧/٧.

^٦: قالوا: صاحب الخطة أخص بتدبير المحلة من المشترين.

ألا ترى أن المحلة تنسب إلى أصحاب الخطة دون المشترين، وأن المشترين قل ما يزايمون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة، فكان صاحب الخطة أخص بحكم القسامة والدية من المشترين أيضاً، بمنزلة صاحب الدار في القتل الموجود في داره مع أهل المحلة، لما كان هو أخص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عليه. ثم المشترين أتباع لأصحاب الخطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون التبعية.

وقيل: إنما أجب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشترين في ذلك. المبسوط للسرخسي: ١١٢/٢٦. وفي الباب ص/٤٩٧: "قال في التصحيح: وعلى قول أبي حنيفة ومحمد مشى الأئمة، منهم البرهاني والنسفي وغيرهما". والمسألة في الأصل: ٤/٤٧٨.

الخطة: بكسر الخاء: الأرض يحددها الشخص بعلامات لتعلم أنه قد اختارها لنفسه، ج: خطط. وفي المغرب: المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات. ر: معجم لغة الفقهاء: ص/١٩٧، المغرب في ترتيب المغرب: ص/١٤٨.

وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: الْقَسَامَةُ عَلَى السُّكَّانِ الَّذِينَ فِي الْمَحِلَّةِ سَوَاءٌ كَانُوا أَصْحَابَ الْخِطَّةِ أَوْ غَيْرِهِمْ.^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَجِدَ الرَّجُلُ قَتِيلًا^٢ فِي دَارِ نَفْسِهِ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الْقَسَامَةُ، وَالْدِّيَّةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

^١: في ب: كان.

^٢: لأنهم قاموا مقام البائع، ولأنهم مَلَّاك لبعض المحلّة كأصحاب الخطّة، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب الملك، كاستحقاق الشّفعة، ألا ترى أنّ في القتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب خطّة، فكذا في القتل الموجود في المحلّة. المرجع السابق.

^٣: في ب: وُجد قتيلاً.

^٤: قال صاحب العناية: "في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أنّ القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ، فإنّ القسامة لم تذكر في الأصل، واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال: لا تجب، لأنّها تختص بمن يعلم بحال القتل وليس هاهنا من يعلمه فلا تلزم القسامة، ومنهم من قال: تجب، لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله، واختاره المصنّف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية، لأنّ وجوبها يستلزم وجوب الدية، وما ألفتّه مخبراً بلّ الله ثراه". العناية شرح الهداية: ١٠ / ٤٢٠، وانظر: الأصل: ٤ / ٤٧٨.

^٥: استدللّ بقوله عليه الصّلاة والسّلام: «لا يترك في الإسلام مفرح» أي مهدر الدّم [الطبراني في الكبير (٣٦) بلفظ: «لا يترك مفرّج في الإسلام» زاد ابن نمير في حديثه: «حتّى يضمّ إلى قبيلته» وكذا رواه البوصيريّ في إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة: ٣ / ٣٧٨، كتاب القراض، باب لا يترك دين إلّا قضى، قال ابن أبي شيبة: ثنا حفص بن غياث عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جدّه عن النّبى ﷺ قال: «لا يترك مفرّج في الإسلام -أو قال: مفرّج» قال: هذا إسناد ضعيف، لضعف كثير بن عبد الله. وقال ابن حجر في المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية: ٧ / ٣٦٨ بعد أن ساق الإسناد الأوّل: كثير ضعيف. والمراد لا يترك ذو دين إلّا قضى، يقال: أفرحه الدّين إذا أثقله، ويروى بالجيم أيضاً. وانظر: كنز العمّال: ١ / ٩٨. والمعنى فيه: أنّه وجد قتيلاً في موضع لو وجد غيره قتيلاً في ذلك الموضع كانت الدّية عليه وعلى عواقله، فإذا وجد هو قتيلاً فيه كانت الدّية على عواقله، كما لو وجد واحد من أهل المحلّة قتيلاً في المحلّة تجب الدّية والقسامة على أهل المحلّة بهذا المعنى، ولهذا لا تجب القسامة هاهنا، لأنّه لو وجد غيره فيه قتيلاً لكانت القسامة عليه دون عاقلته، فإذا وجد هو قتيلاً فيه يتعدّر إيجاب القسامة، بخلاف الدّية، وحقيقة المعنى فيه أنّ السّبب وجود القتل في ذلك المكان كما نصّ عليه عمر رضي الله عنه: «وإنّا أغرمكم الدّية بوجود القتل بين أظهركم» [في أبي داود (٤٥٢٥) إنّ رسول الله ﷺ كتب إلى يهود أنّه قد وجد بين أظهركم قتل فدوه، فكتبوا يلحفون بالله خمسين يميناً ما قتلناه ولا علمنا قاتلاً.. إلى آخر الحديث. ر: سنن في أبي داود: ٤ / ١٧٩] وحين وجد هو قتيلاً كانت الدار مملوكة لورثته لا له، لأنّه ليس من أهل الملك فتكون الدّية عليهم. وإنّا قال: الدّية على عاقلته بناء على الظّاهر، وهو أنّ عاقلة الوارث والمورث تتحد، فإن كان في موضع تختلف العاقلة فينبغي على قياس هذه الطّريقة أن تكون الدّية على عاقلة الورثة، وهو الأصحّ، وعلى قياس الطّريقة الأولى على عاقلة القتل. ثمّ إذا وجد =

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ دَمُهُ هَدْرٌ^١.

وَاتَّفَقُوا أَنَّ مَكَاتِبًا لَوْ وُجِدَ فِي دَارِ نَفْسِهِ قَتِيلًا فَدَمُهُ هَدْرٌ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ، فَادَّعَى أَوْلِيَاؤُهُ عَلَى بَعْضِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، فَشَهِدَ رَجُلَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَلَيْهِ^٣، لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٤.

=غيره قتيلاً في داره إنما يجعل الدية والقسامة عليه باعتبار الظاهر، لأن الظاهر أن غيره لا يتمكن من ذلك في ملكه، وهذا لا يوجد فيما إذا وجدوه قتيلاً فيها، فالظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه، فلهذا يجعل كأن غيره قتله، وعند القتل كان التدبير في حفظ ذلك الموضع إليه فإذا فرط في ذلك وجبت الدية على عاقلته لورثته.

فإن قيل: "إذا قُتلتم تجب الدية على عاقلة الورثة فكيف يستقيم أن تعقلوا عنهم؟" قلنا: "لأن الدية تجب للمقتول حتى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث". المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٣-١١٤، الأصل: ٤٧٨/٤.

^١: لأنه لو وجد غيره قتيلاً في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية، فإذا وجد هو قتيلاً فيها يجعل كأنه باشر قتل نفسه، ومن قتل نفسه كان دمه هدرًا، والدليل عليه: أن المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار من كسبه لا يجب فيه شيء لهذا المعنى، وكذا لو أن عبده وجد قتيلاً فيه كان موجه عليه، فإذا وجدوه فيها قتيلاً لا يجب له على نفسه شيء، فكذلك في الحر، ولا ينظر إلى كون الدار في الحال لورثته، لأن الوجوب باعتبار أصل الجناية، وعند الجناية كانت الدار مملوكة، ألا ترى أنه لا تجب القسامة هاهنا، ولو كان المعتبر هو الحال لكانت الدية على عاقلة ورثته. المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٣. وانظر: الأصل: ٤٧٨/٤.

^٢: لأن داره في وقت ظهور القتل ليست لورثته بل هي على حكم ملك نفسه إلى أن يؤدي بدل الكتابة، فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه. بدائع الصنائع: ٧/٢٩٤، وانظر: الأصل: ٤/٣٨٧.

^٣: سقط من ب: عليه.

^٤: في ب: لم.

^٥: سقط من ب: جميعاً.

لأن الخصومة قائمة مع الكل، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً. ر: الهداية مع فتح القدير: ١٠/٤١٩، المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٥.

وَلَوْ أَدَّعَى الْأُولَيَاءُ عَلَى رَجُلٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، فَشَهِدَ رَجُلَانِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، فَشَهِدَتْهُمَا بَاطِلٌ^٣ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَتَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَجِدَ قَتِيلٌ فِي الْفُرَاتِ، فَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا فِي جَانِبٍ، فَإِنَّهُ يُقْضَى عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى^٤، يَعْنِي إِذَا كَانَ بِحَالٍ يُسْمَعُ الصَّوْتُ مِنْهُ^٥.

وَإِنْ كَانَ يَجْرِي بِهِ الْمَاءُ لَا^٦ يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٧.

^١: زاد في ب: هذه.

^٢: زاد في ب: هذه.

^٣: في ب: لم تقبل شهادتهما.

^٤: له: أتهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم، كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد. الهداية مع فتح القدير: ١٠/٤١٩، وانظر: المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٥. قال في اللباب ص/٤٩٨: "قال جمال الإسلام في شرحه: والصحيح قول الإمام، وعيه اعتمد المحبوبي والنسفي وغيرهما. تصحيح".

^٥: لأتهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة. المرجعان السابقان. وانظر الأصل: ٤/٤٧٩.

^٦: أي بالقسامة والدية. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٨.

^٧: لأن الحبس إلى جانب الشاطئ كالملقى على الشاطئ، والذين هم بقرب ذلك الموضع أحص بالتدبير فيه، لأتهم يسقون الماء منه ويسقون دوابهم إلى ذلك الموضع للسقي، وإذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على ذلك الموضع، فإن كانوا لا يسمعون ذلك فلا شيء عليهم فيه، هكذا فسر الكرخي. الأصل: ٤/٤٨١، المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٨.

^٨: في ب: لم.

^٩: لأن مثل هذا النهر لا يد لأحد عليه، فقهر الماء يمنع قهر غيره عليه، فهو كالقتيل الموجود في المغارة في موضع لا حق لأحد فيه، إلا أن يكون نهراً صغيراً لقوم معروفين فهو عليهم، لأنه منسوب إليهم. الأصل: ٤/٤٨١، المبسوط للسرخسي: ٢٦/١١٧-١١٨.

وَقَالَ زُفَرٌ: يَجِبُ عَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى، كَمَا لَوْ وُجِدَ عَلَى الدَّابَّةِ وَهِيَ تَسِيرُ^١. [١٣٩/أ]

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ امْرَأَةٍ فِي مِصْرٍ لَيْسَ فِيهَا مِنْ عَشِيرَتِهَا أَحَدٌ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهَا^٢، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ^٣.

وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ الْقَسَامَةُ وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَطَعَ الرَّجُلُ يَمِينَ رَجُلَيْنِ فَإِنَّهُ تُقَطَّعُ يَدُهُ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ دِيَّةٌ يَدٌ^٥ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^٦.

فَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ:

^١: في ب: وفي قول.

^٢: قال صاحب البدائع: "وهذا القياس ليس بسديد، لأنَّ الموضوع الذي تسير فيه الدَّابَّةُ تابع لأقرب المواضع إليه فكان في يد أهله، بخلاف النهر الكبير، فإنه لا يدخل تحت يد أحد لا بالأصالة ولا بالتبعية". بدائع الصنائع: ٢٨٩/٧.

^٣: فإن الأيمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا. الأصل: ٤٨٢/٤، المبسوط للسرخسي: ١٢٠/٢٦.

^٤: وهو قول أبي حنيفة كذلك. وجه هذا القول: أنَّ وجوب القسامة في القتل الموجود في الملك باعتبار الملك، والمرأة في الملك كالرجل، ألا ترى أنها تختص بالتدبير في ملكها، وأنَّ الولاية في حفظ ملكها إليها، فكانت كالرجل في حكم القسامة، بخلاف الصبي، لأنه لا تدبير له في ملك نفسه ولا يقوم بحفظ ملكه بنفسه، ثم للمرأة قول ملزم في الجنابة كالرجل، حتى يصحَّ منها الإقرار بالقتل، وليس للصبي قول ملزم في الجنابة، والقسامة في معنى قول ملزم فيثبت ذلك في حق المرأة دون الصبي، بخلاف القتل الموجود في المحلة، فالمرأة في المحلة مثل الصبي من حيث إنها لا تقوم بحفظ المحلة والدفع عنها والتدبير فيها. ر: الأصل: ٤٨٢/٤، المبسوط للسرخسي: ١٢٠/٢٦.

^٥: وجه قوله هذا: أنَّ المرأة في حكم القسامة كالصبي، بدليل أنَّ في القتل الموجود في المحلة لا يدخل النساء والصبيان، ثم إذا وجد القتل في دار الصبي فالقسامة والذية على عاقلته، فكذلك في دار المرأة، وعاقلتها هم أقرب القبائل إليها، لأنها ليست من أهل النصرة والديوان. ر: المرجعان السابقان.

^٦: في ب: قطعت.

^٧: في ب: وأخذ.

^٨: سقط من ب: يد.

^٩: سواء قطعهما معاً أو على التعاقب، لأنَّ حقَّ كل واحد منهما ثابت في جميع اليد، لأنَّ السبب تقرر في حقَّ كل واحد منهما وهو القطع المحسوس، وكونه مشغولاً بحقَّ الأول لما لم يمنع تقرر السبب في حقَّ الثاني لا يمنع ثبوت حكمه. ر: الأصل للشيباني:

٤/٤٩٤، المبسوط للسرخسي: ١٣٩/٢٦-١٤٠.

إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْعَفْوُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالدَّيَّةِ^١، أَوْ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ^٢ الدَّيَّةَ،

أَوْ بَعْدَ قَضَاءِ الْقَاضِي وَاسْتِيفَاءِ الدَّيَّةِ.

فَأَمَّا إِذَا عَفَا قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي، فَلِأَخَرِ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٣.

وَأَمَّا إِذَا عَفَا بَعْدَ الْقَضَاءِ قَبْلَ الاسْتِيفَاءِ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ^٤ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ^٥.

وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ^٦ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ، وَلَكِنْ يَأْخُذُ أَرْضَ الْيَدِ^٧.

^١ : في ب: قبل قضاء القاضي.

^٢ : في ب: يستوفي.

^٣ : سقط من ب: "جميعاً".

ولا شيء للعافي، لأن المزاومة بينهما في القطع لثبوت حق كل واحد منهما في المحل، وقد انعدم ذلك بعفو أحدهما، فكان للآخر القصاص فقط. المبسوط للسرخسي: ١٤٠ / ٢٦. وانظر: الأصل: ٤ / ٤٩٤.

^٤ : في ب: فالجواب كذلك.

^٥ : في قولهما للآخر أن يستوفي القصاص، كما لو عفى أحدهما قبل قضاء القاضي، وقولهما هو القياس.

حجتها: أن القاضي إنما قضى بما كان على ما كان فنزل ذلك منزلة الفتوى، ولو استفتيا فأفتى لهما القاضي أن القصاص بينهما أو أن الأرض بينهما ثم عفا أحدهما كان للآخر استيفاء القصاص، فكذلك إذا قضى به القاضي، وهو نظير من مات وترك ابناً وبتاً فقضى القاضي بينهما بالميراث أثلاثاً كان هذا كفتوى المفتي. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤١ / ٢٦ - ١٤٢.

^٦ : وهو قول زفر أيضاً. ر: المرجع السابق.

^٧ : عند محمد وزفر ليس للآخر أن يستوفي القصاص استحساناً، كما لو عفا أحدهما بعد استيفاء الأرض، وذلك لأن قضاء القاضي بالقصاص وبالأرض بينهما قد نفذ، ومن ضرورته ضرورة القصاص مشتركاً بينهما، فإذا أسقط أحدهما نصيبه يبقى حق الآخر في نصف القصاص، ولا يتصور استيفاء نصف اليد قصاصاً. المبسوط للسرخسي: ١٤١ / ٢٦.

وَلَوْ كَانَ الْعَفْوُ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَاسْتِيفَاءِ الدَّيَّةِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ كَانَ يَنْبَغِي فِي الْقِيَاسِ أَنْ
يَجِبَ الْقِصَاصُ، وَلَكِنَّهُمَا اسْتَحْسَنَا وَقَالَا: لَا يَقْتَضُ، وَلَكِنْ: يَأْخُذُ تَمَامَ دِيَّةِ الْيَدِ، مِثْلَ قَوْلِ مُحَمَّدٍ.
وَكَذَلِكَ لَوْ أَخَذَ بِهِ^١ رَهْنًا^٢.

^١: سقط من ب: "لكن".

^٢: في ب: أخذًا.

^٣: أي فهو على الخلاف. وجه القياس: أَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ بِالْأَرْضِ كَالْكَفَالَةِ، فَكَمَا أَنَّ عَفْوَ أَحَدِهِمَا بَعْدَ كِفَالَةِ الْكَفِيلِ بِالْأَرْضِ لَا يَمْنَعُ
الْآخَرَ مِنَ الْاسْتِيفَاءِ فَكَذَلِكَ بَعْدَ الرَّهْنِ، لِأَنَّ بِالْإِثْمَانِ لَمْ يَتَمَّ مِلْكُهُمَا فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي بَدَلِهِ.

وجه الاستحسان: أَنَّ مَوْجِبَ عَقْدِ الرَّهْنِ ثُبُوتُ يَدِ الْاسْتِيفَاءِ لَهَا، حَيْثُ إِنَّهُ يَتِمُّ اسْتِيفَاؤُهُمَا بِهَلَاكِ الرَّهْنِ، وَيَعْتَبَرُ قِيَمَةُ الرَّهْنِ وَقْتُ
الْقَبْضِ، فَتَقَامُ يَدُ الْاسْتِيفَاءِ مَقَامَ حَقِيقَةِ الْاسْتِيفَاءِ فِي إِيرَاثِ الشَّبْهَةِ، بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ، فَإِنَّ بِالْكَفَالَةِ تَزْدَادُ الْمَطَالِبَةُ وَلَا تَثْبُتُ يَدُ
الْاسْتِيفَاءِ، فَبَقِيَ كُلُّ حَقٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْدَ الْكَفَالَةِ فِي جَمِيعِ الْقِصَاصِ كَمَا كَانَ قَبْلَهُ. ر: الأصل: ٤ / ٤٩٤، المبسوط للسرخسي:

١٤٣ / ٢٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اقْتَصَّ الرَّجُلُ^١ مِنْ يَدٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَمَاتَ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي اقْتَصَّ دِيَّةَ النَّفْسِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ،
وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ^٢...

^١: في ب: رجل.

^٢: لأبي حنيفة رحمه الله طريقتان: أحدهما: أن هذا قتل بغير حق فيكون مضموناً. وبيانه: أن القتل اسم لجرح يعقبه زهوق الروح وقد وجد ذلك، ولا شك أن القطع غير القتل، فالقطع اسم لفعل يكون مؤثراً في إباحة جزء من الجملة، والقتل اسم لفعل يكون مؤثراً في إزهاق الروح، وإنما يتعين ذلك باعتبار المآل، ولهذا يعتبر في الجنائيات مآله، وعند السراية تبين أن أصل الفعل كان قتلاً، لا أن يقال: كان قطعاً فصار قتلاً، لأن الفعل لا يتصور أن يكون على صفة ثم يصير على صفة أخرى، ولما انزهق الروح بهذا الفعل عرفنا أنه كان قتلاً من الأصل، ولا حق له في القتل، فيكون هذا قتلاً بغير حق بمنزلة ما لو حَزَّ رقبته، ولهذا كان القياس أن يلزمه القصاص عند أبي حنيفة، إلا أنه أوجب عليه الدية استحساناً بمنزلة الخطأ، فإنه ما قصد قتله وإنما قصد استيفاء حقه بإقامة فعل هو حق، فيكون بمنزلة ما لو رمى إلى صيد أو حربى فأصاب مسلماً. والحرف الآخر لأبي حنيفة: أن هذه سراية تولدت من قطع مضمون فيكون مضموناً، كما لو قطع يد إنسان ظلماً، وبيان ذلك: أن القصاص محض حق العباد فيكون واجباً بطريق الجبران، وما يستوفى جبراً يكون على المستوفى بما كان استوفى منه، فإن معنى الجبران لا يتحقق إلا به، فإذا كان أصل الفعل مضموناً، والسراية أثره فتكون مضمونة أيضاً، وعليه يخرج قطع يد السارق، لأنه أقامه حداً فلا يكون مضموناً على الإمام. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢٦ - ١٥٠.

^٣: وجه قولهما: أن هذا قطع بحق أو قطع مستحق، فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة، كالإمام إذا قطع يد السارق فمات من ذلك، وتأثيره أن السراية أثر الفعل فلا تنفصل عن أصل الفعل، ولما اتصل أصل الفعل بالخفية فكذلك أثره، ثم نفس من عليه القصاص صارت في حكم نفسه، على معنى أن الفعل في محل حقه يكون حقاً مباحاً وفيما وراء ذلك يكون عدواناً، وإن محل حقه صار مملوكاً له في حكم الاستيفاء، وما وراء ذلك غير مملوك له، والفعل في محل حقه جزاء وفيما سوى ذلك عدوان. فإذا تميز أحد المحللين عن الآخر حكماً يجعل كالتمييز حساً، ولا تنوب السراية من بدن إلى بدن فباعتبار هذا المعنى، يجعل عقيب القطع كأنه تم البرء فلا تعتبر السراية بعد ذلك، ولأن هذا فعل مأذون فيه، فالسراية المتولدة منه لا تكون مضمونة، وهذا لأن الشرع أثبت له حق قطع اليد، وليس في وسعه التحرز عن السراية فلا يجوز أن يكون مؤاخذاً به، والسراية إنما تكون لعجز الطبيعة عن دفع أثر الجراحة والبرء، وبقوة الطبيعة عن دفع أثرها، وشيء من ذلك ليس في وسع المستوفى لحقه. ر: المبسوط للسرخسي: ١٤٧/٢٦.

^٤: زاد في ب مسألة ساقطة من النسخة الأصل وهي كالتالي: "ولو أن رجلاً وجب له على رجل القصاص في النفس، فقطع يده، ثم عفا عنه، فعليه دية اليد في قول أبي حنيفة، ولا شيء عليه في قول صاحبيه". وهو صواب.

للصاحبين: أنه استوفى طرفاً من نفس لو استوفاهما لم يضمن، فكذلك إذا استوفى جزءاً منها لم يضمن، كما لو قطع يد مرتد، وهذا لأن الأطراف تابعة للنفس، فمن ضرورة ثبوت حقه في النفس ثبوت حقه في الأطراف، لأن الحق في التبع إنما يثبت بشبوته في الأصل، ولهذا لم يكن استيفاء الطرف موجباً للضمán عليه قبل العفو فكذلك بعد العفو، ولأن العفو إسقاط، فإن ما ينصرف إلى الباقي لا إلى المستوفى، والدليل عليه أنه لو أعقب القطع قتلاً لم يضمن شيئاً، وكان ذلك باعتبار ثبوت حقه في الطرف، فكذلك إذا أعقبه عفواً، =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ رَجُلًا بِخَشَبٍ كَبِيرٍ أَوْ بِحَجَرٍ كَبِيرٍ^١ فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

= لَأَنَّهُ فِي الْعَفْوِ مُحْسَنٌ، وَإِحْسَانُهُ لَا يَكُونُ مُوجِبًا عَلَيْهِ الضَّمَانُ. يَوْضَحُهُ أَنَّهُ بَعْدَ الْعَفْوِ لَوْ سَرَى إِلَى النَّفْسِ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، وَالْقَطْعُ السَّارِي أَفْحَشُ مِنَ الْمَقْتَصَرِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَضْمَنْ بَعْدَ الْعَفْوِ إِذَا سَرَى شَيْئًا فَإِذَا اقْتَصَرَ أَوْلَى أَنْ لَا يَضْمَنْ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ اسْتَوْفَى طَرَفًا لَا حَقَّ لَهُ فِي اسْتِيفَائِهِ مِنْ نَفْسٍ مَتَقَوِّمَةٌ فَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. وَبَيَانُهُ: أَنَّ نَفْسَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مَتَقَوِّمَةٌ فِي حَقِّ سَائِرِ النَّاسِ فَكَذَلِكَ فِي حَقِّ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ، إِلَّا أَنَّ تَقَوُّمَهَا سَقَطَ فِي حَقِّ الْإِسْتِيفَاءِ بِهَا سَبْقًا، وَلَا حَقَّ لِمَنْ لَهُ الْقِصَاصُ فِي اسْتِيفَاءِ الطَّرَفِ، لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الطَّرَفِ قَطْعٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ حَقَّهُ فِي الْقَتْلِ، وَالْقَطْعُ غَيْرُ الْقَتْلِ، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ أَنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ مَعَ أَنَّ الْقَطْعَ طَرِيقَ مَشْرُوعٍ لَاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، فَإِنَّمَا يَمْنَعُ هُنَاكَ لِأَنَّهُ مَخْطُوعٌ فِي الطَّرِيقِ وَهَاهُنَا غَيْرُ مَخْطُوعٍ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ يَمْنَعُ مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ عَرَفْنَا أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الطَّرَفِ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي النَّفْسِ، وَالْأَطْرَافُ تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ، فَإِنَّمَا يَثْبُتُ لَهُ الْحَقُّ فِي اسْتِيفَائِهَا تَبْعًا لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا اسْتَوْفَى الطَّرَفَ مَقْصُودًا كَانَ مُسْتَوْفِيًا مَا لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ، إِلَّا أَنَّهُ قَبْلَ الْعَفْوِ مَتَمَكِّنٌ مِنْ أَنْ يَجْعَلَهُ تَبْعًا لِلنَّفْسِ بِأَنْ يَقْتُلَهُ فَيَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَعْلَيْنِ قِتْلًا وَيَصِيرُ الطَّرَفُ تَبْعًا لِلنَّفْسِ فَلَا يَضْمَنْ شَيْئًا، فَأَمَّا بَعْدَ الْعَفْوِ فَقَدْ سَقَطَ حَقُّهُ فِي النَّفْسِ وَبَقِيَ الطَّرَفُ مَقْصُودًا بِالْإِسْتِيفَاءِ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِ مَقْصُودًا فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ. ر: الأَصْل: ٥٠٥/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٥٠-١٥١.

^١ فِي ب: بِحَجَرٍ كَبِيرٍ أَوْ بِخَشَبٍ كَبِيرٍ.

^٢ : لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «كُلُّ شَيْءٍ خَطَأٌ إِلَّا السَّيْفُ، وَفِي كُلِّ خَطَأٍ الدِّيَّةُ» [عَنِ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «كُلُّ شَيْءٍ خَطَأٌ إِلَّا السَّيْفُ، وَلِكُلِّ خَطَأٍ أَرْشٌ» مُصَنَّفُ عَبْدِ الرَّزَّاقِ، كِتَابُ الْعُقُولِ، بَابُ عَمْدِ السَّلَاحِ (١٧١٨٢)، أَحْمَدُ فِي مُسْنَدِهِ، مُسْنَدُ الْكُوفِيِّينَ، حَدِيثُ النَّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ (١٨٣٩٥)، مُصَنَّفُ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ، كِتَابُ الدِّيَّاتِ، فِي الْخَطَأِ مَا هُوَ؟ (٢٦٧٧٢). قَالَ ابْنُ حَجَرٍ فِي الدَّرَايَةِ ٢/٢٦٦: إِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ. [وَفِي حَدِيثِ الْحِجَاجِ بْنِ أَرْطَاةَ: «أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالْحِجَارَةِ فَقَضَى عَلَيْهِ بِالْأُجْدَةِ» [لَمْ أَجِدْهُ] وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّ هَذِهِ الْآلَةَ لَا تَجْرَحُ وَلَا تَقْطَعُ فَالْقَتْلُ بِهَا لَا يَكُونُ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ كَالْقَتْلِ بِالْعَصَا الصَّغِيرَةِ.

وَتَحْقِيقُهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ وَجُوبَ الْقِصَاصِ يَخْتَصُّ بِقَتْلِ هُوَ عَمْدٌ مُحَضٌّ، وَصِفَةُ التَّمَحُّضِ أَنْ يَبْشُرَ الْقَتْلَ بِآلَتِهِ فِي مَحَلِّهِ، وَآلَةُ الْقَتْلِ هِيَ الْآلَةُ الْجَارِحَةُ، لِأَنَّ الْجَرْحَ يَعْمَلُ فِي نَقْضِ الْبَنِيَّةِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا، وَمَا سِوَاهَا يَدْقُ بِنَقْضِ الْبَنِيَّةِ بَاطِنًا لَا ظَاهِرًا، وَقَوَامُ الْبَنِيَّةِ بِالظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جَمِيعًا، فَالْقَتْلُ الَّذِي هُوَ نَقْضُ الْبَنِيَّةِ إِذَا كَانَ مِمَّا يَعْمَلُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ يَكُونُ قِتْلًا مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَعْمَلُ فِي الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ يَكُونُ قِتْلًا مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ، وَالثَّابِتُ مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِهِ يَكُونُ قَاصِرًا فِي نَفْسِهِ فَيَصْلَحُ أَنْ يَجِبَ بِهِ مَا يَثْبُتُ مَعَ الشَّبَهَاتِ، وَلَا يَصْلَحُ أَنْ يَجِبَ بِهِ مَا يَنْدُرِي بِالشَّبَهَاتِ.

وَمَا ادَّعَوْا مِنْ أَنَّ الْجَرْحَ وَسِيلَةٌ يَتَوَسَّلُ بِهِ إِلَى إِزْهَاقِ الرُّوحِ غَلْطٌ، فَإِنَّ إِزْهَاقَ الرُّوحِ بِنَقْضِ الْبَنِيَّةِ، وَكَمَالُ الْجَنَاحَةِ مِمَّا يَنْقُضُ الْبَنِيَّةَ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَنَقْضُ الْبَنِيَّةِ بِجَرْحٍ فِي الرُّوحِ لَا يَتَأَتَّى، لِأَنَّهُ لَا يَحْسُ وَيَفْعَلُ فِي الْجِسْمِ مَا لَا يَكُونُ كَامِلًا، فَإِنَّمَا الْكَامِلُ مِنْهُ مَا يَكُونُ بِفَعْلٍ فِي النَّفْسِ الَّتِي بِهَا قَوَامُ الْآدَمِيِّ، وَذَلِكَ الْفِعْلُ الْجَارِحُ الْمُؤَثِّرُ فِي تَسْيِيلِ الدَّمِّ، وَالذَّلِيلُ عَلَيْهِ حُكْمُ الذَّكَاءِ، فَإِنَّ الْحُلَّ بِالذَّكَاءِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِفَعْلِ جَارِحٍ مُسِيلٍ لِلدَّمِّ بِهَذَا الْمَعْنَى وَلَا يَحْصُلُ بِمَا يَعْمَلُ فِي الْجِسْمِ فَلَا يَكُونُ نَاقِضًا لِلْبَنِيَّةِ ظَاهِرًا وَهُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَدْقُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ الْحُلَّ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِحْتِيَاطِ فَلَا يَثْبُتُ عِنْدَ تَمَكُّنِ الشَّبَهَةِ كَالْقُودِ، وَيَخْرُجُ عَلَيْهِ النَّارُ فَإِنَّمَا تَعْمَلُ فِي الظَّاهِرِ وَالْبَاطِنِ جَمِيعًا. ر:

الأَصْل: ٥٠٦/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٢٢-١٢٣.

وَرُوي عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: لَوْ قَتَلَهُ بِأَبَا^١ فُبَيْسٍ لَا^٢ يَجِبُ الْقِصَاصُ، مَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ بِالْحَدِيدِ أَوْ بِالنَّارِ^٣.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ يَجِبُ الْقِصَاصُ، فَيُقْتَصُّ بِالسَّيْفِ^٤.

١: في الأصل: بأبو، وفي ب: بأبا.

٢: في ب: لم.

٣: في ب: النار.

لأنَّ آلةَ القتلِ الحديدَ قالَ اللهُ تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ الحديد: ٢٥ / والمرادُ القتلُ، فأما الخشبُ والأحجارُ فمعدَّةٌ للأبنيةِ، والحديدُ هو المستعملُ في القتالِ، وإنَّما ينصبُ المنجنيقُ لتخريبِ الأبنيةِ. فالحديدُ إذا حصلَ القتلُ به وجبَ القصاصُ صغيراً كانَ أو كبيراً، حتَّى أنَّه لو غرزه بمسلةٍ أو إبرةٍ في مقتله يلزمه القصاصُ، وما سوى الحديدِ الصَّغيرِ منه لا يوجبُ القصاصَ وإن تحقَّقَ به القتلُ، والفعلُ لا يتمُّ إلَّا بآلتهِ، فبقصورِ في الآلةِ تتمكَّنُ شبهةُ النَّقصانِ في الفعلِ وذلكَ يمنعُ وجوبَ القصاصِ. فعلى هذا القتلُ بمثقلِ الحديدِ يوجبُ القصاصَ نحو ما إذا ضربه بعمودِ حديدٍ أو بصنجاتِ الميزانِ، لأنَّ الحديدَ في كونه آلةَ القتلِ منصوبٌ عليه، وفي المنصوصِ عليه يعتبرُ عينُ النَّصِّ، فأما في غيرِ المنصوصِ عليه فالحكمُ بتعلُّقِ بالمعنى فيعتبرُ كونه محدداً. ر: الأصل: ٥٠٩/٤، المبسوطُ للسرخسي: ١٢٣/٢٦.

٤: لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾ الإسراء: ٣٣، والمرادُ بالسُّلْطَانِ استيفاءُ القودِ بدليلِ أنَّه عقبه بالنهي عن الإسرافِ في القتلِ، فالتقييدُ بكونِ الآلةِ جارحةً زيادةً على النَّصِّ، وفي الحديثِ: «أنَّ يهودياً رضخَ رأسَ جارِيةٍ على أوصاحٍ فأمرَ رسولُ اللهِ ﷺ بأن يرضخَ رأسه بين حجرين» [البخاري، كتابُ الدِّيَّاتِ، بابُ إذا قتلَ بحجرٍ أو بعضاً (٦٨٧٧)، مسلم، كتابُ القسامةِ والمحاريبِ والقصاصِ والدِّيَّاتِ، بابُ ثبوتِ القصاصِ في القتلِ بالحجرِ وغيره (١٦٧٢)] والمعنى فيه أنَّه عمدٌ محضٌ لأنَّه قصدَ قتله بما لا يقصدُ به إلَّا القتلُ، ولا يعرفُ محضُ العمدِ إلَّا بهذا، والآلةُ الجارحةُ إذا حصلَ القتلُ بها كانَ عمداً، لأنَّ ذلكَ فعلٌ مزهقٌ للروحِ، وما لا تلبثُ ولا تطيقُ النَّفسُ احتماله في كونه مزهقاً للروحِ أبلغُ من الفعلِ الجارحِ، لأنَّ هذا مزهقٌ للروحِ بنفسه، والفعلُ الجارحُ مزهقٌ للروحِ بواسطةِ الجراحةِ، والجرحُ وسيلةٌ يتوسَّلُ بها إلى إزهاقِ الروحِ، وما يكونُ عاملاً بنفسه يكونُ أبلغَ ممَّا يكونُ عاملاً بواسطةً، وكذلك من حيثِ العرفِ في قصدِ النَّاسِ إلى قتلِ أعدائهم بإلقاءِ الأسطوانةِ أو رفعِ حجرٍ الرَّحَاءِ عليهم يكونُ أبلغَ من القصدِ إلى ذلكَ بالجرحِ في بعضِ الأعضاء، فإذا جعلَ ذلكَ موجباً للقصاصِ فهذا أولى. المبسوطُ للسرخسي: ١٢٢/٢٦.

٥: فإنَّ القصاصَ متى وجبَ فإنَّه يستوفى بطريقِ حَزِّ الرَّقبةِ بالسَّيْفِ ولا ينظرُ إلى ما به حصلَ القتلُ. وحجَّتنا في ذلكَ ظاهرُ قوله عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: «لا قودَ إلَّا بالسَّيْفِ» [أخرجه ابنُ ماجة، بابُ لا قودَ إلَّا بالسَّيْفِ، وابنُ أبي شيبَةَ، رقم ١٥٢، والبيهقيُّ في سننه، بابُ القصاصِ بغيرِ السَّيْفِ، والطَّبْرانيُّ في الكبيرِ رقم ٩٩٠١/ وغيرهم. قال ابنُ التَّركماني: "فهذا الحديثُ قد روي من وجوه كثيرة يشهد بعضها لبعضٍ فأقلُّ أحواله أن يكونَ حسناً، وبه قال النخعيُّ والشعبيُّ والحسنُ وأبو حنيفةٌ وأصحابه". الجوهرُ النقي لابنِ التَّركماني: ٦٤/٨] وهو تنصيصٌ على نفيِ استيفاءِ القودِ بغيرِ السَّيْفِ، والمعنى فيه أنَّه قتلٌ مستحقٌّ =

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ يُقْتَصُّ بِالْحَجَرِ مِثْلَ مَا قَتَلَ^١.

وَلَوْ غَرَّقَهُ بِالْمَاءِ^٢ فَإِنْ كَانَ الْمَاءُ بِحَالٍ قَدْ يَنْجُو وَقَدْ لَا يَنْجُو^٣ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ الدِّيَّةُ^٤.

وَإِنْ كَانَ بِحَالٍ لَا يَنْجُو مِنْهُ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ أَيْضًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٥.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ^٦.

= شرعاً فيستوفي بالسيف، كقتل المرتد، وهذا لأنه إنَّما يستوفي المستحق بالطريق الذي يتيقن أنه طريق له، وحز الرقبة يتيقن بأنه طريق استيفاء القتل. وتأويل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «أمر برضخ رأس اليهودي بين حجرين» ما بيننا، والذي روي أنه قضى بالقصاص شاذ لا يعتمد عليه، أو قاله الراوي بناء على ما وقع عنده أنه كان بطريق القصاص، وفي الحقيقة إنَّما كان ذلك بطريق السياسة. ر: الأصل: ٤/٤٨٣، المبسوط للسرخسي: ٢٦/١٢٥-١٢٦.

^١: قال النووي في المجموع: فإن أحرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو رماه من شاهق أو ضربه بخشب أو حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات، فللولي أن يقتص بذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ النحل/١٢٦، ولما روى البراء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من حرَّق حرَّقناه ومن غرَّق غرَّقناه» [أخرجه البيهقي في المعرفة، باب النبأش. قال ابن حجر في التلخيص: "البيهقي في المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده، وقال: في الإسناد بعض من يجهل، وإنَّما قاله زياد في خطبته". ر: التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: ٤/١٩] ولأن القصاص موضوع على الماثلة، والماثلة ممكنة بهذه الأسباب فجاز أن يستوفي بها القصاص، وله أن يقتص منه بالسيف، لأنه قد وجب له القتل والتعذيب، فإذا عدل إلى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز. المجموع: ١٨/٤٥٨.

^٢: في ب: في الماء.

^٣: بأن كان قليلاً لا يقتل به غالباً. مجمع الأنهر: ٤/٣١٩.

^٤: وفي المنح: وإن سبح ساعة فلا دية فيه. وقال في الينابيع: إذا قمط رجلاً وألقاه في البحر فغرق تجب الدية عند أبي حنيفة، وإن سبح ساعة ثم غرق بعد ذلك لم تجب الدية. الأصل: ٤/٥٠٦، مجمع الأنهر: ٤/٣١٩، الجوهرة النيرة: ٢/٢٠٥.

^٥: سقط من ب: منه.

^٦: له أن القصاص يتعلّق بالعمد المحض وهو أن تقتل بألة جارحة تعمل في نقض البنية ظاهراً وباطناً ولم يوجد، والقود يستوفي بالسيف وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان. مجمع الأنهر: ٤/٣١٩. وانظر: الأصل: ٤/٥٠٨.

^٧: لوجود القتل بغير حق. المرجعان السابقان.

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ يُعْرَقُ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا عَفَا أَحَدُ الْوَلَدَيْنِ، ثُمَّ قَتَلَهُ الْآخَرُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعَفْوِ، أَوْ عَلِمَ بِالْعَفْوِ وَلَكِنْ لَمْ يَعْلَمْ [١٣٩/ب]
بِأَنَّ الدَّمَ قَدْ حُرِّمَ^٢، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ^٣.

وَإِنْ عَلِمَ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَهَذَا قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٤.

^١: زاد في ب: "ومسألة التزويج على الجراحة والشجعة والقطع ونحوها قد ذكرناها في كتاب الصلح". وهي صواب.

وقد مرّ وجه قول الشافعي قبل قليل عند قوله: ويقتص بالحجر مثل ما قتل.

وفي كتاب الصلح: "التزويج على اليد والضربة أو الجراحة أو القطع بمنزلة الصلح، والصلح بهذه الألفاظ يتبين بطلان الصلح بالسراية عند أبي حنيفة. وفي القياس يجب القصاص، وفي الاستحسان تجب الدية، وعندهما الصلح صحيح فهناك كذلك. عندهما القود ساقط ولا شيء عليها، وعند أبي حنيفة عليها الدية في مالها استحساناً، لأنّ العاقلة لا تعقل العمد، وإن كان القتل خطأ فالدية على عاقلتها عند أبي حنيفة، لأنّه سمى البد في التزويج وبين أنّ حقّه كان في النفس فلماذا كانت الدية على عاقلتها عند أبي حنيفة، وليس لها منه شيء لأنّها قاتلة، ولا ميراث للقاتل. ر: الأصل: ٥٠٩-٥١٠، المبسوط للسرخسي: ٢١/٢١.

^٢: في ب: بأنّ الدم حرام عليه.

^٣: لأنّه قد علم وجوب القصاص وما علم ثبوته فالأصل بقاؤه ما لم يعرف المسقط، فإذا لم يعلم العفو كان القصاص واجباً في حقّه ظاهراً، والظاهر يصير شبهة في درء ما يندري بالشبهات، وكذلك إذا علم بالعفو ولم يعلم أنّ القود سقط به، لأنّ الظاهر أنّ تصرّف الغير في حقّهم غير نافذ، وسقوط القود عند عفو أحدهما باعتبار معنى خفيّ وهو أنّ القصاص لا يحتمل التجزؤ فإنّها اشتبه عليه حكم قد يشتهه فيصير ذلك بمنزلة الظاهر في إيراد الشبهة، لكن عليه الدية في ماله يحسب له من ذلك نصف الدية حصّته من دم المقتول الأوّل، ويؤدّي النصف. ر: الأصل: ٥٢١/٤، المبسوط للسرخسي: ١٦٣/٢٦.

^٤: بأن كان فقيهاً. ر: الأصل: ٥٢١/٤.

^٥: في ب: فعليه القصاص عندنا.

لأنّه قد ظهر المسقط عنده وأقدم على القتل مع العلم بالحرمة، بأن كان فقيهاً. ر: المرجعان السابقان.

وَقَالَ زُفَرٌ: يَحِبُّ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَطَعَ رَجُلٌ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ أَنْ يَبْرَأَ مِنَ الْيَدِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: لِلْمَوْلَى أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ ثُمَّ يَقْتُلَهُ إِنْ شَاءَ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ^٣.

وَلَوْ بَرَأَ مِنَ الْقَطْعِ ثُمَّ قَتَلَهُ، فَلَهُ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ ثُمَّ يَقْتُلَهُ^٤ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٥.

وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَهُ خَطَأً، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْبُرْءِ فَعَلَيْهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ^٦.

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْبُرْءِ فَعَلَيْهِ دِيَّةُ النَّفْسِ وَدِيَّةُ الْيَدِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٧.

^١: في ب: وعند.

^٢: سقط من ب: عليه.

^٣: زفر يقول: القود سقط بعفو أحدهما علم الآخر أو لم يعلم، اشتبه عليه حاله أو لم يشته، فإنما بقي مجرد الظن في حق الآخر، والظن غير مانع من وجوب القصاص بعد ما تقرر سببه، كما لو قتل رجلاً على ظن أنه قتل وليه، ثم جاء وليه حياً كان عليه القصاص. المبسوط للسرخسي: ١٦٣/٢٦.

^٤: له أن حق المجني عليه في المثل وذلك في القطع والقتل، والاستيفاء بصفة الماثلة ممكن، فإذا قطع المولى يده ثم قتلته كان مستوفياً للمثل فيكون الجزاء مثل الجناية جزاء وفاقاً، بخلاف الخطأ، لأن المثل هناك غير مستحق، بل المستحق غير المثل، لأن المال ليس بمثل النفس، وكان ينبغي أن لا يجب أصلاً، إلا أن وجوبه ثبت معدولاً به عن الأصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة إلى حكم الأصل. بدائع الصنائع: ٣٠٣/٧. وانظر: الأصل: ٥٣٥/٤.

^٥: وجه قولهما: أن الجناية على ما دون النفس إذا لم يتصل بها البرء لا حكم لها مع الجناية على النفس في الشريعة، بل يدخل ما دون النفس في النفس، كما إذا قطع يده خطأ ثم قتلته قبل البرء حتى لا يجب عليه إلا دية النفس. بدائع الصنائع: ٣٠٣/٧.

^٦: في ب: من اليد.

^٧: وإن شاء اكتفى بالقتل، وإن شاء عفا عن النفس وقطع يده. المرجع السابق.

^٨: فلا تدخل اليد في النفس. المرجع السابق.

^٩: لأن حكم الأول لم يستقر. المرجع السابق. وانظر: الأصل: ٥٣٦/٤.

^{١٠}: سقط من ب: جميعاً. =

وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَدِيَّةُ الْيَدِ فِي قَوْلِ زُفَرٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَّةُ الْيَدِ إِلَّا أَنْ تَبْرَأَ^١.

وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ قَتَلَ خَطَأً.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ قَطَعَ أَصْبَعَ رَجُلٍ فَجَاءَ آخَرُ فَقَطَعَ كَفَّهُ، أَوْ قَطَعَ كَفَّهُ فَجَاءَ آخَرُ فَقَطَعَ مِرْفَقَهُ فَمَاتَ، فَإِنْ كَانَ

عَمْدًا فَقِصَاصُ النَّفْسِ عَلَى الثَّانِي، وَقِصَاصُ الْكَفِّ أَوْ الْأَصْبَعِ عَلَى الْأَوَّلِ.

وَإِنْ كَانَ خَطَأً، فَدِيَّةُ النَّفْسِ عَلَى الثَّانِي، وَدِيَّةُ الْقَطْعِ عَلَى الْأَوَّلِ. وَهَذَا قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٢.

= وتجب دية كاملة ونصف دية تتحملها العاقلة وتؤدى في ثلاث سنين، وإنما لم يدخل ما دون النفس في النفس لأن الأول لما برئ فقد استقر حكمه، فكان الباقي جناية مبتدأ فيبتدأ بحكمها. بدائع الصنائع: ٣٠٣/٧. وانظر: الأصل: ٥٣٦/٤.

^١: سقط من ب: كان.

^٢: ولم أر تعليل قول أبي يوسف، ولا تعليل قول زفر فيما اطلعت عليه.

^٣: سقط من ب: يده.

^٤: سواء كان بعد البرء أو قبله، لأن العمد مع الخطأ جنايتان مختلفتان فلا يمتثلان التداخل، فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب في العمد القصاص وفي الخطأ الأرش. بدائع الصنائع: ٣٠٣/٧.

^٥: في ب: و.

^٦ لأن السراية باعتبار الآلام المترادفة التي لا تتحملها النفس إلى أن يموت، وقطع اليد يمنع وصول الألم من الأصبع إلى النفس فكان قطعاً للسراية، فبقيت السراية مضافة إلى قطع اليد، وصار كما لو قطع الأصبع فبرئت ثم قطع آخر يده فمات، وهناك القصاص على الثاني كذا هذا بل أولى، لأن القطع في المنع من الأثر وهو وصول الألم إلى النفس فوق البرء، إذ البرء يمتثل الانتقاض، والقطع لا يمتثل، ثم زوال الأثر بالبرء يقطع السراية، فزواله بالقطع كان أولى وأحرى. بدائع الصنائع: ٣٠٤/٧. والمسألة في الأصل: ٥٣٦-٥٣٧/٤.

^٧: في ب: "فدية النفس عليهما، إن كان قبل أن يبرأ من الأول". وسقط من ب ما بعد هذه العبارة إلى المسألة التي تليها. وما في الأصل هو الصواب. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٠/٢٦.

^٨: لما مر في العمد أن فعل الثاني بمنزلة البرء في حق الأول تنقطع به سراية الفعل الأول فكأنه انقطع بالبرء، والعمد والخطأ في هذا سواء بمنزلة البرء. ر: الأصل: ٥٣٧/٤، المبسوط للسرخسي: ١٧٠/٢٦.

وَقَالَ زُفَرٌ: إِنْ كَانَ عَمْدًا يُقْتَلَانِ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانَ خَطًّا، فَدِيَّةُ النَّفْسِ عَلَيْهِمَا، إِنْ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَبْرَأَ مِنَ
الْأَوَّلِ.^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِنْ قَطَعَ رَجُلٌ أَصْبَعَهُ عَمْدًا، ثُمَّ قَطَعَ آخَرَ كَفَّهُ خَطًّا، فَفِي^٢ قَوْلِ زُفَرٍ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَعَلَى كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ إِنْ مَاتَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقْتَصُّ مِنَ الْأُصْبُعِ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْآخِرِ الدِّيَةُ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ أَحَدَيْنِ قَتَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ابْنَ الْآخَرِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَارِثُ الْآخَرِ، فَجَاءَ إِلَى الْحَاكِمِ،
وَطَلَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصَ [١٤٠ / أ] قَالَ أَبُو يُوسُفَ: سَقَطَ عَنْهُمَا الْقِصَاصُ^٣، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
يَلْزَمُ فِي حَالٍ وَلَا يَلْزَمُ فِي حَالٍ^٤.

^١: وجه قول زفر: أَنَّ السَّريَّةَ باعتبار الألف، والقطع الأول اتصل ألمه بالنفس وتكامل بالثاني فكانت السَّريَّة مضافة إلى الفعلين
فيجب القصاص عليهما. بدائع الصنائع: ٣٠٤ / ٧.

^٢: لما مرَّ أَنَّ السَّريَّة تضاف إلى الفعلين عنده، والعمد والخطأ في هذا سواء. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٠ / ٢٦، البحر الرائق:
٥٠ / ٩.

^٣: في ب: في.

^٤: المرجع السابق.

^٥: المرجع السابق، وانظر الأصل: ٥٣٧ / ٤.

^٦: في ب: يسقط القصاص عنهما.

^٧: في ب: ويسقط.

^٨: وجه قول أبي يوسف رحمه الله: أَنَّ وجوب القصاص وجوب الاستيفاء لا يعقل له معنى سواه، ولا سبيل إلى استيفاء القصاص،
لأنَّه إذا استوفى أحدهما سقط الآخر، وليس أحدهما بالاستيفاء أولى من الآخر، فتعذر القول بالوجوب أصلاً، ولأنَّ في استيفاء أحد
القصاصين بقاء حقِّ أحدهما وإسقاط حقِّ الآخر وهذا لا يجوز، والقول باستيفائهما بطريق التوكيل غير سديد، لأنَّ الفعلين قلما
يتفقان في زمان واحد بل يسبق أحدهما الآخر عادة، وكذا أثرهما الثابت عادة وهو فوات الحياة، وفي ذلك إسقاط القصاص عن
الآخر. بدائع الصنائع: ٢٥١ / ٧.

وَقَالَ زُفَرٌ: لِلْإِمَامِ أَنْ يَبْدَأَ بِأَيِّهَا شَاءَ فَيَقْتُلَهُ، وَبَطَلَ قِصَاصُ الثَّانِي، لِأَنَّهُ وَارِثٌ لِدَمِّ نَفْسِهِ عَنْ أَحِيهِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الدَّمُ بَيْنَ وَرَثَةٍ صِغَارٍ وَكِبَارٍ فَلِلْكِبَارِ أَنْ يَقْتُلُوا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَقْتُلُوا مَا لَمْ يُدْرِكِ الصَّغَارُ^٣.

وَلَوْ كَانَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ غُيَّبًا، فَأَقَامَ الْحَاضِرُ الْبَيْتَةَ عَلَى الْقِصَاصِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ بِالْإِتِّفَاقِ مَا لَمْ يَحْضُرِ

الْغَائِبُ^٤.

^١: في ب: ورث دم.

^٢: وجه قول زفر رحمه الله: أَنَّ الْقِصَاصَ وَجِبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا لَوْ جُودَ السَّبَبُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا وَهُوَ الْقَتْلُ الْعَمْدُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتِمُّ اسْتِيفَاؤُهُمَا، لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَوْفِيَ أَحَدُهُمَا يَسْقُطُ الْآخَرُ، لِصِرُورَةِ الْقِصَاصِ مِيرَاثًا لِلْقَاتِلِ الْآخَرِ، فَكَانَ الْخِيَارُ فِيهِ إِلَى الْقَاضِي يَبْتَدِئُ بِأَيِّهَا شَاءَ وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الْآخَرِ حَتَّى يَقْتُلَهُ، وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الْآخَرِ.

وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُوَكَّلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا وَكِيلاً يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ فَيَقْتُلُهَا الْوَكِيلَانِ مَعًا.

وَجِهٌ قَوْلُهُ: أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ مِنْهَا مُمْكِنٌ بِالْوَكَالَةِ بِأَنْ يَقْتُلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَكِيلَيْنِ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَاتِلَيْنِ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ فَلَا يَتَوَارَثَانِ، كَمَا فِي الْغُرَقِيِّ وَالْحَرَقِيِّ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٣: اسْتَدْلَّ أَبُو حَنِيفَةَ بِمَا رَوَى أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ مَلْجَمٍ لَمَّا قَتَلَ عَلِيًّا عليه السلام قَتَلَهُ الْحَسَنُ عليه السلام بِهِ قِصَاصًا، وَقَدْ كَانَ فِي أَوْلَادِ عَلِيٍّ صِغَارٌ وَلَمْ يَنْتَظِرْ بُلُوغَهُمْ، وَإِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ بِأَمْرِ عَلِيٍّ عليه السلام عَلَى مَا رَوَى أَنَّهُ لَمَّا بَلَغَهُ أَنَّ ابْنَ مَلْجَمٍ أَخَذَ قَالَ لِلْحَسَنِ: «إِنْ عَشْتَ رَأَيْتَ فِيهِ رَأْيِي، وَإِنْ مِتَّ فَاقْتُلْهُ إِنْ شِئْتَ» وَقَالَ: «وَاضْرِبْهُ ضَرْبَةً كَمَا ضَرَبَنِي» [رواه بمعناه الطبراني في الكبير رقم: ١٦٨، وإسناده منقطع. ر: مجمع الزوائد: ٦/٢٤٩] وَلَا يُقَالُ إِنَّمَا قَتَلَهُ لِأَنَّهُ كَانَ مُرِيدًا مُسْتَحِلًّا لِقَتْلِ إِمَامِ الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ إِمَامَ الْمُسْلِمِينَ وَكَانَ قَتْلُهُ ذَنْبًا عَظِيمًا فَلَا يَصِيرُ بِهِ الْقَاتِلُ مُرْتَدًّا، إِنَّمَا ذَلِكَ لِلْأَنْبِيَاءِ خَاصَّةً، وَاسْتِحْلَالُهُ كَانَ بِالتَّأْوِيلِ، فَإِنَّهُ كَانَ مِنْ جَمَلَةِ أَهْلِ الْبَغْيِ وَهُمْ يَسْتَحِلُّونَ دِمَاءَ أَهْلِ الْعَدْلِ وَأُمُوهُمْ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ عَلَّقَهُ عَتَبَةً فَقَالَ: «اقْتُلْهُ إِنْ شِئْتَ» وَآخَرَهُ إِلَى مَا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَوْ كَانَ مُرْتَدًّا لَمَّا آخَرَ عَلِيٌّ قَتْلَهُ، وَلَا يُقَالُ قَتَلَهُ حَدَّ السَّعْيِ فِي الْأَرْضِ بِالْفُسَادِ حَتَّى قَتَلَ إِمَامَ الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّ السَّعْيَ بِالْفُسَادِ يَقْتُلُ الْإِمَامَ لَا يَقْتُلُ قِصَاصًا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ اعْتَبَرَ الْمِثْلَةَ بِقَوْلِهِ: «فَاضْرِبْهُ ضَرْبَةً كَمَا ضَرَبَنِي». ر: الْأَصْلُ: ٥٤٣/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٧٤-١٧٥.

^٤: لَهَا: أَنَّ الْقِصَاصَ أَحَدُ بَدَلِي الدَّمِ فَلَا يَنْفَرِدُ الْكَبِيرُ بِاسْتِيفَائِهِ كَالَّذِي بَلْ أَوَّلَى، لِأَنَّ الْمَالَ يَجْرِي فِيهِ مِنَ الْمَسَاهَلَةِ فِي الْإِثْبَاتِ وَالِاسْتِيفَاءِ مَا لَا يَجْرِي فِي الْعُقُوبَاتِ، وَلِأَنَّ هَذَا قِصَاصٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ، وَلَا وَلَايَةَ لِلْكَبِيرِ عَلَى الصَّغِيرِ فَلَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهُ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا. الْمَرْجِعَانِ السَّابِقَانِ.

^٥: لَتَوْهَمَ الْعَفْوُ مِنْهُ. الْأَصْلُ: ٥٤٣/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٧٨.

فَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١. وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: الْقِصَاصُ إِذَا وَجَبَ لِلْيَتِيمِ، فَإِنْ كَانَ دُونَ النَّفْسِ فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يَقْتَصَّ وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ^٣.

وَإِنْ كَانَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ وَلَهُ أَنْ يُصَالِحَ^٤ فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ^٥.

١: في ب: وإذا.

٢: لأبي حنيفة: أَنَّ الْقِصَاصَ حَقَّ الْمَيِّتِ مِنْ وَجْهِ وَحَقَّ الْوَرِثَةِ مِنْ وَجْهِ، وَلَوْ كَانَ كُلُّهُ حَقَّ الْوَرِثَةِ يَكْلَفُ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ، لِأَنَّ بَعْضَ الْوَرِثَةِ لَا يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فِيهَا هُوَ مِنْ خَالِصِ حَقِّهِمْ، وَلَوْ كَانَ حَقَّ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَا يَكْلَفُ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ، فَلَمَّا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقٌّ كَانَ الْمَصِيرُ إِلَى الْإِحْتِيَاظِ اسْتِعْظَامًا لِأَمْرِ الدَّمِّ وَاجِبًا، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ مَعْدُولٌ بِهِ عَنْ سَائِرِ الْأَحْكَامِ لِلِاسْتِقْصَاءِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَاتِلَ إِذَا ادَّعَى الْعَفْوَ وَقَالَ: "لِي بَيِّنَةٌ عَلَى ذَلِكَ" وَأَجَلَّهُ الْقَاضِي أَيَّامًا وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى إِقَامَتِهَا فَإِنَّهُ لَا يَعَجَلُ بِالْقِصَاصِ وَيَتَأَنَّى بَعْدَ ذَلِكَ أَيَّامًا، فَالِإِحْتِيَاظُ أَنْ يُلْحَقَ هَذَا بِالْحَقُوقِ الَّتِي هِيَ لِلْوَرِثَةِ حَتَّى إِنَّهُ يُؤَمَّرُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَرَبَّهَا يَعْجُزُ عَنْ إِقَامَتِهَا فَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٢٦.

٣: إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْوَرِثَةِ خَصِمٌ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ أَصْحَابِهِ فَيُؤَدَّى لِلْمَيِّتِ وَيُدَّعَى عَلَيْهِ كَمَا فِي الْخَطَأِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْحَقُوقِ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقَّ الْمَيِّتِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ عَفَا عَنْ الْجَارِحِ صَحَّ وَانْقَلَبَ مَا لَا تَقْضَى مِنْهُ دِيُونُهُ وَتَنْفَذَ وَصَايَاهُ وَيُورِثُ عَنْهُ، وَلِهَذَا لَوْ أَقَامَ الْقَاتِلُ الْبَيِّنَةَ عَلَى صَلَاحِ الْغَائِبِ أَوْ عَفَا عَنْهُ تَقَبَّلَ بَيِّنَتَهُ، وَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْحَقُّ لِلْمَيِّتِ لَمَا قَبِلَتْ لَهَا فِيهِ مِنَ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، وَإِذَا كَانَ حَقَّ الْمَيِّتِ فَأَقَامَ الْوَاحِدُ مَقَامَ الْجَمِيعِ فَكَانَتِ الْبَيِّنَةُ قَائِمَةً عَلَى الْخَصِمِ فَلَا يَكْلَفُ إِعَادَتَهَا. المبسوط للسرخسي: ١٧٨/٢٦.

٤: في ب: والقصاص.

٥: لِأَنَّ مَا دُونَ النَّفْسِ سَلَكَ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ حَتَّى تَعْتَبَرُ فِيهِ الْمَسَاوَاةُ فِي الْبَدَلِ وَيَقْضَى عَلَيْهِ بِالنَّكُولِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، كَمَا فِي الْأَمْوَالِ، وَلِلْوَصِيِّ وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ اسْتِيفَاءً فَكَذَلِكَ فِيهَا يَسْلُكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ. الْأَصْلُ: ٥٤٣/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرَخْسِيِّ: ١٥/٢١.

٦: سقط من ب: القصاص.

٧: لِأَنَّ وَلَايَةَ الْوَصِيِّ وَلَايَةُ قَاصِرَةٌ تَثْبُتُ فِي الْمَالِ دُونَ النَّفْسِ، وَالْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ لَيْسَ بِهَالٍ حَقِيقَةٍ وَلَا حَكْمًا فَيَكُونُ الْوَصِيُّ فِي اسْتِيفَائِهِ كَأَجْنَبِيٍّ آخَرَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ عَقُوبَةٌ تَنْدَرِي بِالشَّبَهَاتِ، فَالْمُسْتَحَقُّ بِهِ مَحَلٌّ هُوَ مَصُونٌ عَنِ الْإِبْتِدَالِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، وَفِي وَلَايَةِ الْوَصِيِّ شَبَهَةُ الْقُصُورِ، فَلَا يَتِمَكَّنُ بِهِ مِنْ اسْتِيفَاءِ مَا يَنْدَرِي بِالشَّبَهَاتِ. ر: المرجعان السابقان.

٨: في ب: فلا يقتص ويصالح.

٩: وَجْهُ هَذِهِ الرَّوَايَةِ: أَنَّ فِي الصَّلَاحِ اكْتِسَابَ الْمَالِ لِلْيَتِيمِ، وَالْوَصِيُّ مَنْصُوبٌ لِاِكْتِسَابِ الْمَالِ، بِخِلَافِ اسْتِيفَاءِ الْقُودِ فَهُوَ لَيْسَ مِنْ اِكْتِسَابِ الْمَالِ فِي شَيْءٍ. وَذَلِكَ أَنَّ الْقِصَاصَ لَيْسَ بِهَالٍ لِلْحَالِ وَهُوَ مَالٌ فِي الْمَالِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْوَصِيُّ، وَفِي الصَّلَاحِ تَحْقِيقُ مَا هُوَ الْمَطْلُوبُ فِي الْمَالِ وَهُوَ الْمَالُ فَيَمْلِكُهُ الْوَصِيُّ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ حَكْمُ الصَّلَاحِ عَلَى الْمَالِ مُخَالَفًا لِحُكْمِ اسْتِيفَاءِ الْقُودِ. ر: المرجع السابق، الجامع الصغير: ص/٤٩٥.

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ فِي رِوَايَةِ كِتَابِ الصُّلْحِ^١. وَلِلْأَبِ أَنْ يَقْتَصَّ وَيُصَالِحَ فِي الرِّوَايَاتِ كُلِّهَا^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ قِصَاصًا، وَشَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَيْهِ بِالْقِصَاصِ فَأَقْتَصَّ الْوَلِيُّ، ثُمَّ أَقَرَّ الْوَلِيُّ وَالشَّاهِدَانِ أَنَّ الرَّجُلَ لَمْ يَكُنْ قَاتِلًا، فَإِنَّ وَلِيَّ الْقَتِيلِ^٣ الثَّانِي بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْقَاتِلِ^٤.

فَإِنْ أَخَذَ مِنَ الْقَاتِلِ لَا^٥ يَرْجِعُ عَلَى أَحَدٍ^٦.

وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الشَّاهِدَيْنِ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَرْجِعُ^٧ عَلَى الْقَاتِلِ، وَهُوَ الْوَلِيُّ الَّذِي اسْتَوْفَى الْقِصَاصَ^٨.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ يَرْجِعَانِ عَلَيْهِ^٩.

^١: وجه هذه الرواية: أنه لا يملك استيفاء القود بولايته، وإنما يملك الإسقاط بعوض من يكون متمكنًا من الاستيفاء. المرجع السابق.

^٢: لأن ولايته ولاية متكاملة تعم المال والنفس. المبسوط للسرخسي: ١٦/٢١. والمسألة في الأصل: ٥٤٣/٤.

^٣: في ب: قاتل.

^٤: لأن القاتل متلف للنفس حقيقة، والشهود متلفون له حكمًا، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالإتلاف الحقيقي، فكان له أن يضمن أيها شاء. المبسوط للسرخسي: ١٨٢/٢٦. والمسألة ذكرها في الأصل: ٥٤٧/٤.

^٥: في ب: لم.

^٦: لأنه يضمن بفعل باشره لنفسه باختياره. المرجعان السابقان.

^٧: في ب: لا يرجعان. وهو الصواب.

^٨: أبو حنيفة يقول: الشهود ضمنوا لإتلافهم المشهود عليه حكمًا، والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره كالولي، وهذا لأنهم لم يكونوا متلفين ما كانوا ضامين مع مباشرة الإتلاف، لأن مجرد السب يسقط اعتباره في مقابلة المباشرة. المبسوط للسرخسي:

١٨٢/٢٦.

^٩: لأنهم ضمنوا بشهادتها، وقد كانا عاملين فيه للولي فيرجعان عليه بما يلحقهما من الضمان، كما لو شهدا بالقتل خطأ أو بالمال ففضى القاضي واستوفى المشهود له ثم رجعا جميعاً وضمن المشهود عليه الشاهدين كان لهما أن يرجعا على المشهود له. المرجعان السابقان.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَفَرَ الرَّجُلُ بُئْرًا فِي الطَّرِيقِ، فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ فَمَاتَ مِنَ الْوُقُوعِ، فَالْحَافِرُ ضَامِنٌ^١.

وَإِنْ مَاتَ فِي الْبُئْرِ عَمًى أَوْ جُوعاً رَوَى أَبُو يُوسُفَ فِي الْأَمَالِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَا شَيْءَ عَلَى الْحَافِرِ^٢.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ مَاتَ ظَمًى ضَمِنَ، وَإِنْ مَاتَ جُوعاً لَا يَضْمَنُ^٣. [١٤٠/ب]

وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ جَمِيعاً.

^١: ضمان ذلك على عاقلة الحافر، لحديث شريح: «فَإِنْ عَمِرُوا بَنَ الْخَارِثِ حَفَرَ بُئْرًا عِنْدَ دَرَبِ أَسَامَةَ فَوَقَعَتْ فِيهَا بَغْلَةٌ فَضَمَّنَهُ شُرَيْحٌ قِيمَتَهَا» [في مصنف ابن أبي شيبة: "أَنَّ عَمِرُوا بَنَ الْخَارِثِ بَنَ الْمَصْطَلِقِ حَفَرَ بُئْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَمَرَّ بَغْلٌ فَوَقَعَ فِيهَا فَانْكَسَرَ، فَضَمَّنَهُ شُرَيْحٌ قِيمَةَ الْبَغْلِ مِائَتِي دِرْهَمٍ، وَأَعْطَاهُ الْبَغْلَ". مصنف ابن أبي شيبة: ٦/٣٥٠] وكان قضاؤه بمحض من الصحابة ولم ينكر أحد منهم ذلك، ولأن الحافر بمنزلة الدافع للواقع في مهواه، فإنه بفعله أزال المسكة عن الأرض، والآدمي لا يستمسك إلا بمسكة، فإذا ما به كان مستمسكاً بإيجاد شرط الوقوع، والحكم يضاف إلى الشرط مجازاً عند إضافته إلى السبب، والسبب هاهنا ثقل الماشي في نفسه، ولا يمكن إضافة الحكم إليه إذ لا صنع لأحد من العباد فيه، فيصير مضافاً إلى الشرط، ولأن الحافر سبب لوقوعه وهو متعدي في هذا السبب لأنه أحدث في الطريق ما يتضرر به المارة ويخرج به ذلك الموضع من أن يكون ممراً لهم، ثم الضمان على عاقلة لأنه دون المخطئ، وفعل المخطئ اتصل بالمتلف، وفعل الحافر اتصل بالأرض، فما يجب على العاقلة من فعل المخطئ يجب على العاقلة هاهنا بطريق الأولى. المبسوط للسرخسي: ٢٧/١٤-١٥. وانظر المسألة في الأصل: ٥٧٦-٥٧٧.

^٢: إنها يصير هلاكه مضافاً إلى الحافر إذا هلك بسبب الوقوع فيجعل الحافر كالدافع له، فأما إذا طرأ عليه سبب آخر لهلاكه كالجوع الذي هاج من طبعه، أو الغم الذي أثر في قلبه، فإنما يكون هلاكه مضافاً إلى هذا السبب ولا صنع للحافر فيه. المرجع السابق.

^٣: في ب: غمًا. وهو الصواب. ر: المرجع السابق.

^٤: إذ أن سبب هذا الغم هو الوقوع في البئر، فأما الجوع فله سبب آخر وهو بعد الطعام عنه واحتراق معدته حتى لم يبق فيها شيء من مواد الطعام. ر: المرجع السابق.

^٥: سقط من ب: "لا". والصواب ما في ب. ر: المرجع السابق.

^٦: وجه قول محمد: أن كل ذلك إنما حدث بسبب الوقوع في البئر، فلولا له لكان الطعام قريباً منه، والحافر متعدي في ذلك السبب، والحكم تارة يضاف إلى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة، وكذلك يضاف إلى الشرط تارة بواسطة وتارة بغير واسطة. ر: المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَفَرَ الرَّجُلُ بئراً عَلَى الطَّرِيقِ فَوَقَعَ فِيهَا رَجُلٌ، فَتَعَلَّقَ بِآخَرٍ، ثُمَّ تَعَلَّقَ الْآخَرُ بِالثَّالِثِ، فَوَقَعُوا جَمِيعاً فَمَاتُوا وَلَا يُدْرَى حَالُ مَوْتِهِمْ، فَإِنَّ فِي الْقِيَاسِ: دِيَّةَ الْأَوَّلِ عَلَى الْحَافِرِ، وَدِيَّةَ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ، وَدِيَّةَ الثَّالِثِ عَلَى الثَّانِي، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ^١.

وَأَمَّا فِي قَوْلِ مَنْ لَمْ يَبَيِّنْ^٢ قَائِلُهُ، وَيُقَالُ هُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ: دِيَّةُ الْأَوَّلِ أَثْلَاثاً، ثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ، وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي، وَثُلُثُهُ هَدَرٌ^٣.

وَ دِيَّةُ الثَّانِي نِصْفَانِ: نِصْفُهُ عَلَى الْأَوَّلِ وَنِصْفُهُ هَدَرٌ^٤. وَ دِيَّةُ الثَّالِثِ عَلَى الثَّانِي^٥.

^١ : في ب: بآخر ثالث.

^٢ : لأنَّ وقوع الأول في البئر سبب لهلاكه وهو أسبق الأسباب وقد ظهر الحكم عقيبهِ فيكون مضافاً إليه، ولا يعتبر احتمال موته من وقوع الثاني أو الثالث عليه، لأنَّ هذا الاحتمال ترجَّح بالسَّبق، والسَّابق وقوعه في البئر، وكذلك في حقِّ الثاني أسبق الأسباب الوقوع في البئر، وهو مضاف إلى الأول، وفي حقِّ الثالث لا سبب لموته سوى الوقوع في البئر وهو مضاف إلى الأول فضمانه على الثاني. المبسوط للسرخسي: ١٩/٢٧. والمسألة في الأصل: ٥٧٩/٤.

^٣ : في ب: وأما في قول آخر ولم يبين.

^٤ : لأنَّه ظهر بموته أسباب ثلاثة: وقوعه في البئر، ووقوع الثاني والثالث عليه، وليست الإضافة إلى البعض بأولى من البعض، فالترجيح في هذا لا يقع بالسَّبق، كما في الجراحات، فيكون ثلث دية على الحافر، وثلثه على الثاني، لأنَّه جرَّ الثالث إليه، وثلثه هدر، لأنَّه هو الذي جرَّ الثاني عليه. المرجع السابق، وانظر: الأصل: ٥٧٩/٤-٥٨٠.

^٥ : لأنَّه ظهر لموته سببان فيضاف إليهما. المرجعان السابقان.

^٦ : لأنَّه لا سبب لموته سوى جرَّ الثاني إياه إلى نفسه.

قال: فإذا لم يعرف من أيِّ ذلك ماتوا يبطل نصف ذلك ويؤخذ بالنِّصف. قيل: ليس مراده حقيقة المناصفة بل مراده التَّبعض والانقسام في حقِّ الأول أثلاثاً، فإن كان مراده المناصفة فإنَّه أراد به في حقِّ الثاني خاصَّةً، لأنَّه لا شك أنَّ جميع دية الثالث واجب على الثاني في الأحوال كلّها. قال في الزوائد: وبهذا القول نأخذ. المرجع السابق، وانظر: الأصل: ٥٨٠/٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا وَقَعَ الرَّجُلُ فِي بُئْرٍ حَفَرَهَا رَجُلٌ فِي الطَّرِيقِ، فَقَالَ الْحَافِرُ: "إِنَّمَا أَلْقَى نَفْسَهُ مُتَعَمِّدًا".

وَقَالَ وَرَثَةُ الْمَيِّتِ: "بَلْ سَقَطَ بِغَيْرِ عَمْدٍ"، فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ الْقَوْلَ قَوْلَ الْوَرَثَةِ، وَالْحَافِرِ ضَامِنٌ^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ الْقَوْلَ قَوْلَ الْحَافِرِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَسْجِدِ بَسَطَ حَصِيرًا أَوْ عَلَقَ قِنْدِيلًا، فَعَطَبَ بِهِ إِنْسَانٌ، فَهُوَ ضَامِنٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ بِغَيْرِ أَمْرِهِمْ.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ عَامًّا.

^١: سقط من ب: قياس. وهو الصواب.

^٢: لأن الظاهر يشهد لهم، فالإنسان لا يلقي نفسه في البئر عمدًا في العادة، فعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر. المبسوط للسرخسي: ٢٧/٢٠.

^٣: لأن الضمان بالشك لا يجب، والظاهر إنَّما يكون حجة لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق، وحاجة الورثة هنا إلى الاستحقاق وهو استحقاق الدية على عاقلة الحافر، فلا يكفيهم الظاهر لذلك بل يحتاجون إلى إقامة البيّنة على أنه وقع فيها بغير عمد، وهذا الظاهر يقابله ظاهر آخر، وهو أنَّ الظاهر أنَّ البصير يرى البئر أمامه في مشاه، فيتقابل الظاهران ويبقى الاحتمال في سبب وجوب الضمان فلا نوجه بالشك. الأصل: ٤/٥٨١، المبسوط للسرخسي: ٢٧/٢٠.

^٤: زاد في ب: في المسجد.

^٥: لأبي حنيفة: أنَّ أهل المسجد اختصوا بالتدبير في هذه البقعة، فغيرهم إذا أراد شيئاً من ذلك يباح له فعله ولكنه مقيد بشرط السلامة، بمنزلة المشي والسير على الدابة في الطريق، والدليل على اختصاص أهل المسجد به: أنَّ التدبير في فتح الباب وإغلاقه ونصب الإمام والمؤذن والمتولي يكون إلى أهل المسجد دون غيرهم، فإنه لو وجد في مسجدهم قتيل كان ذلك عليهم خاصة دون غيرهم. ر: الأصل: ٤/٥٩٠، الجامع الصغير: ص/٥١٥، المبسوط للسرخسي: ٢٧/٢٤.

^٦: وجه قولهما: أنَّ هذا ممَّا يرجع إلى إصلاح المسجد، وعمارة المسجد ممَّا ندب الله إليها كل مسلم، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسْجِدَ اللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ التوبة: ١٨، ثم بتعليق القنديل وبسط الحصر يتمكن الناس من إقامة الصلاة في المسجد، وغير أهل المسجد سواء في إقامة الصلاة فيه فكذلك فيما يرجع إلى التمكن منه، إلا أنَّ أهل المسجد أخص بالتدبير، فهم في ذلك كالملاك وغيرهم كالسكان، نحو المستعير والمستأجر في الدار، والمستعير لا يكون جانباً في وضع الأمتعة وصب الماء ونصب القنديل في الدار. ر: الأصل: ٤/٥٩٠، المبسوط للسرخسي: ٢٧/٢٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ حَفَرَ فِيهِ بُئْرًا أَوْ بَنَى فِيهِ بِنَاءً بَعِيرٍ إِذْنِ أَهْلِ الْمَسْجِدِ فَهُوَ ضَامِنٌ بِالْإِتِّفَاقِ^١.

وَلَوْ فَعَلَ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، لَا يَضْمَنُ بِالْإِتِّفَاقِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَعَدَ الرَّجُلُ فِي الْمَسْجِدِ لِلْحَدِيثِ أَوْ نَامَ فِيهِ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَهُوَ ضَامِنٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.
وَفِي قَوْلِهِمَا لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ^٤.

^١: لأنَّ المسجدَ معدٌّ للصَّلاة فيه، والبناء والحفر يخرج ذلك الموضع من أن يكون مصلًى، فيكون ذلك من باب التدبير لا من باب التمكن من إقامة الصلاة فيه، فيختصُّ به أهل المسجد دون غيرهم، فيكون جانياً إذا فعله بغير أمرهم وإذنه. المبسوط للسرخسي: ٢٧/ ٢٤. وانظر المسألة في الأصل: ٤/ ٥٩٠.

^٢: في ب: لم.

^٣: لأنَّ هذا النوع من التصرف مباح لأهل المسجد في مسجدهم مطلقاً، فإنَّ حقَّ التدبير في المسجد فيما يرجع إلى الإصلاح إليهم على الوجه الذي يكون للمالك في ملكه، فكما أنَّ المالك لا يكون جانياً بإحداث شيء من هذا في ملكه فكذلك أهل المسجد في مسجدهم، وكذلك إن فعله غيرهم بإذنه يكون فعل المأذون من جهتهم كفعلهم. ر: الأصل: ٤/ ٥٨٩-٥٩٠، المرجع السابق.

^٤: سقط من ب "فيه".

^٥: أبو حنيفة يقول: المسجد معدٌّ للصَّلاة، والقعود والنوم فيه لغير الصَّلاة مقيد بشرط السلامة، كالطريق فإنه معدٌّ للمشى فيه، فالجلوس أو النوم فيه وإن كان لا يضرُّ بالمأزاة يتقيد بشرط السلامة. والدليل عليه: أنَّ من يجلس في المسجد للصَّلاة إذا احتاج من يصلي في ذلك الموضع إلى إزعاجه ليصلي كان له ذلك شرعاً، وليس لغير المصلي أن يزعج المصلي عن مكانه، فعرَفنا أنَّه معدٌّ للصَّلاة فيه، فشغله بغير ذلك يتقيد بشرط السلامة وإن كان ذلك مباحاً أو مندوباً إليه، ولا يكون هذا أقوى من الرمي إلى الكافر أو العبد فإنه مباح أو مندوب إليه، ومع ذلك إذا أصاب مسلماً كان ضامناً له. المبسوط للسرخسي: ٢٧/ ٢٥.

^٦: لأنَّه لو كان مصلًى في هذه البقعة لم يضمن ما يعطب به فكذلك إذا كان جالساً فيه لغير الصَّلاة، بمنزلة الجالس في ملكه، وهذا لأنَّ الاعتكاف في المسجد قرينة بالصَّلاة، والمعتكف يتحدث وينام في المسجد، والجلوس لانتظار الصَّلاة مندوب إليه قال عليه الصَّلاة والسلام: «المنتظر للصَّلاة في الصَّلاة ما دام ينتظرها» [أخرجه بمعناه: البخاري: باب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين من القبل والدبر، ومسلم: باب فضل صلاة الجماعة وانتظار الصَّلاة] وندب رسول الله ﷺ إلى الجلوس في المسجد بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشَّمس، وبعد صلاة العصر إلى غروب الشَّمس، وكذلك الجلوس في المسجد لتعليم العلم وتعلُّمه مندوب إليه فيكون ذلك مباحاً مطلقاً، والمباح المطلق لا يكون سبباً لوجوب الضَّمان على الحرِّ. الأصل: ٤/ ٥٩٠، الجامع الصغير: ص/ ٥١٥، المبسوط للسرخسي: ٢٧/ ٢٥.

بَابُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبَّرِ

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَكْثَرُ مِنْ عَشْرَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ^١، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ عَشْرَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ إِلَّا^٢ عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ^٣.

وَأِنْ قَتَلَ [١٤١/أ] أَمَةً قِيمَتُهَا عَشْرَةُ آلَافٍ^٤ أَوْ أَكْثَرُ، فَعَلَيْهِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ^٥ أَنَّهُ قَالَ: خَمْسَةُ آلَافٍ^٦ إِلَّا خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ^٧.

^١ في ب: العبد. وهو أولى ليناسب ما بعده.

^٢ سقط من ب: درهم.

^٣ في ب: غير.

^٤ لقوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِيهِ﴾ النساء/ ٩٢ أو جبهها مطلقاً من غير فصل بين أن يكون حرّاً أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الأدمية، وهو آدمي فيدخل تحت النص، وهذا لأن المذكور في الآية حكمان: الدية والكفارة، والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالإجماع لكونه آدمياً فكذا في حق الدية لأنه آدمي، ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع ويكون مكلفاً، ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الأموال. وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الأدمية، إلا أنه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً، بخلاف كثير القيمة، لأن فيه قول ابن مسعود رضي الله عنه: "لا يبلغ بقيمة العبد دية الحرّ وينقص منه عشرة دراهم" [أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٨١٧٢)، عن الثوري عن مغيرة عن إبراهيم والشعبي قالاً: "لا يبلغ بالعبد دية الحرّ" وكذا رواه ابن أبي شيبة عنها بلفظ: "لا يبلغ بدية العبد دية الحر في الخطأ". وقال في نصب الرأية: "روي عن ابن عباس أنه ينقص في العبد عشرة إذا بلغت قيمته عشرة آلاف". وقال "غريب". ر: مصنف عبد الرزاق: ٩/١٠، مصنف ابن أبي شيبة: ٣٣١/٦، نصب الرأية: ٣٨٩/٤ والأثر في المقدرات كالخبر إذ لا يعرف إلا سماعاً، ولأن أدميته أنقص فيكون بدلها أقل، كالمرأة والجنين، ألا ترى أنه لما كان أنقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه إظهاراً لانهطاط رتبته فكذا في هذا. قال في التصحيح: وعلى قول أبي حنيفة ومحمد اعتمد الأئمة البرهاني والنسفي والموصلي وغيرهم. ر: الجامع الصغير: ص/٥١٠، تبين الحقائق: ٦/١٦١-١٦٢، اللباب في شرح الكتاب: ص/٤٩٣.

^٥ زاد في ب: درهم.

^٦ في ب: عليه خمسة آلاف درهم.

^٧ في ب: عن أبي يوسف.

^٨ زاد في ب: درهم.

^٩ لأن دية الأنثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الأنثى نصف الناقص عن دية الذكر، كما في الأطراف. =

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: فِي الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ تَحِبُّ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جُنَّتِ الْأَمَةُ جِنَايَةً فَأَعْتَقَهَا مَوْلَاهَا أَوْ دَبَّرَهَا أَوْ كَاتَبَهَا أَوْ بَاعَهَا وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ، فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعاً^٢.

وَلَوْ أَنَّهُ عَرَضَهَا عَلَى بَيْعٍ^٣ أَوْ وَطِنَهَا أَوْ رَهْنَهَا أَوْ أَجْرَهَا، فَإِنَّهُ لَا يَصِيرُ مُحْتَاراً لِلدِّيَّةِ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٤.

= وقول أبي حنيفة الأول أظهر، لأن أقل مال له خطر في الشرع عشرة، كنصاب السرقة والمهر، وما دونه لا يعتبر، بخلاف الأطراف، لأنه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه، ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلاً. ر: الجامع الصغير: ص/ ٥١٠، تبين الحقائق: ١٦٢/ ٦. وقال في اللباب: "قال الزاهدي: وما وقع في بعض نسخ المختصر: "وفي الأمة خمسة آلاف إلا خمسة" غير ظاهر الرواية، وفي عامة الأصول والشروح التي ظفرت بها "إلا عشرة" وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب خمسة آلاف إلا خمسة، والصحيح ما ذكرناه، وفي الينابيع: والرواية المشهورة هي الأولى، وهي الصحيحة في النسخ. اللباب في شرح الكتاب: ص/ ٤٩٣. ^١: لما روي عن عمر وعليّ وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت [أخرجه ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب قال: "قيمته بالغة ما بلغت". والبيهقي في السنن الكبرى عن عمر رضي الله عنه في العبد يصاب قال "قيمته بالغة ما بلغت" وفي ابن أبي شيبة ومصنف عبد الرزاق والبيهقي عن عليّ وعبد الله وشريح قالوا: "ثمنه وإن خلف دية الحر". ر: مصنف ابن أبي شيبة: ٣٣٠-٣٣١، مصنف عبد الرزاق: ١٠/ ١٠، السنن الكبرى للبيهقي: ٨/ ٣٧. ولأن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدّم لكان للعبد، إذ هو في حق الدّم مبقى على أصل الحرية، فعلم أنه بدل المالية، ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الأموال، وكقليل القيمة والغصب، ولأن ضمان المال بالمال أصل، وضمان ما ليس به مال بخلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف الأصل. تبين الحقائق: ١٦١/ ٦. وانظر: الجامع الصغير: ص/ ٥١٠. ^٢: سقط من ب: جميعاً.

فإنه يتعذر عليه دفعها بما أنشأ من التصرف فيضمن الذي اختار الفداء منه. ر: الأصل: ٤/ ٥٩٣، المبسوط للسرخسي: ٢٧/ ٣٣.

^٣: في ب: البيع.

^٤: في ب: آجرها.

^٥: أما الإجارة فإنها تنقص بالقدر فيكون قيام حق وليّ الجناية فيها عذراً في نقض الإجارة. وأما الرهن فإن الرّاهن يتمكّن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء، ولم يتحقق عجزه عن دفعها بهذين العقدين. والوطء لا يكون نقصاناً في عينها إذا كانت ثيباً ولا يعجزه عن دفعها، فلا يكون إقدامه عليه دليل الاختيار، كالاستخدام. ر: الأصل: ٤/ ٥٩٣، المبسوط للسرخسي: ٢٧/ ٣٣-٣٤.

وَقَالَ زُفَرٌ: صَارَ مُحْتَاراً لِلدِّيَّةِ.^١

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي الْوَطْءِ خَاصَّةً أَنَّهُ اخْتِيَارٌ.^٢

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى قَالَ لِعَبْدِهِ: "إِنْ قَتَلْتَ فَلَانًا فَأَنْتَ حُرٌّ"، فَقَتَلَهُ خَطَأً، فَعَلَى الْمَوْلَى الدِّيَّةُ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ.^٣

وَقَالَ زُفَرٌ: عَلَى الْمَوْلَى الْقِيَمَةُ، وَلَا يَكُونُ اخْتِيَاراً.^٤

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جَرَحَ الْعَبْدُ رَجُلًا جِرَاحَةً، فَخَيَّرَهُ الْقَاضِي، فَاخْتَارَ أَنْ يُمْسِكَ الْعَبْدَ وَيُعْطِيَ أَرْشَ الْجِرَاحَةِ^٥، ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرِ وَهُوَ الْقِيَاسُ عَلَى الْمَوْلَى جَمِيعَ الدِّيَّةِ.^٦

^١: في ب: وفي قول زفر.

^٢: لأنَّ البدل بالإجارة والرهن يصير مستحقاً عليه وذلك يمنعه من دفعها بالجناية فيجعل اختيار الفداء كالكتابة. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٣/٢٧.

^٣: في ب: اختيار منه.

لأبي يوسف أنَّ البائع إذا كان بالخيار فوطئ المبيعة كان ذلك منه اختياراً للفسخ، وهذا لأنَّ الوطء دليل تقرير ملكه فيها، ولأنَّ الوطء في حكم الجناية، ولو جنى عليها كان اختياراً للفداء. ر: المرجع السابق.

^٤: وجه قولهم: أنَّ المعلق بالشَّروط يصير منجزاً عند وجود الشَّروط بتنجز مبتدأ، كأنَّه قال له بعد وجود الجناية: "أنت حرٌّ". ونظيره إذا قال لامرأته وهو صحيح: "إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً" فمرض حتَّى وقع الطَّلاق عليها يصير فازاً عن الميراث حتَّى ترثه المرأة وإن كان التعليق في حالة الصَّحَّة لما قلنا، كذا هذا. ر: الأصل: ٥٩٤/٤، الجامع الصَّغير: ص/٥٠٦، بدائع الصنائع: ٧/٢٦٤.

^٥: وجه قوله: أنَّه إنَّما صار معتقاً بالقول السَّابق وهو قوله: "أنت حرٌّ" ولا جناية عند ذلك، وبعد وجود الجناية لا إعتاق فكيف يصير مختاراً؟ المرجع السابق.

^٦: أي خيَّر القاضي المولى.

^٧: في ب: ويعطي الأرش.

^٨: وجه القياس: أنَّ المولى اختار الأرش بعدما تقرَّر السَّبب فنزل ذلك منزلة اختياره بعد موت المجروح، وهذا لأنَّه أقدم على الاختيار مع علمه أنَّه قد يبرأ وقد يتنقض فيسري إلى النَّفس. =

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَهُوَ اسْتِحْسَانُ يُخَيِّرُ الْمَوْلَى تَخْيِيرًا مُسْتَقْبَلًا، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الدِّيَّةَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الْعَبْدَ^١.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ^٢: إِنْ كَانَ اخْتِيَارُهُ دَفَعَ الْأَرْضَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ^٣ فَهُوَ اخْتِيَارٌ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا^٤.

وَإِنْ كَانَ اخْتِيَارُهُ بِقَضَاءٍ لَا يَكُونُ اخْتِيَارًا لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا^٥.

وَقَالَ زُفَرٌ: فِي كُلِّهِمَا يَكُونُ اخْتِيَارًا^٦.

= يوضحه أنَّ الاختيار قد يكون منه حكماً وقد يكون قصداً، فقد صار مختاراً لما يجب بها، ثم الاختيار بطريق الحكم يسوّى فيه بين ما قبل البرء وما بعده وهو الإعتاق باعتبار أنَّه اختيار لموجب الفعل، فكذلك في الاختيار قصداً. المبسوط للسرخسي: ٣٥ / ٢٧. وانظر المسألة في الأصل: ٥٩٤ / ٤ - ٥٩٥.

^١: وجه الاستحسان: أنَّ المولى اختار الأرض على حساب أنَّ البرء قد تمَّ وأنَّ الواجب أرض الطرف فلا يكون ذلك منه دليل اختياره الدية، فالإنسان قد يختار الشيء إذا كان قليلاً ولا يختاره إذا كان كثيراً، فإذا تبين أنَّ الواجب كان هو الدية قلنا نخير خياراً مستقبلاً، بمنزلة الشفع إذا أخبر بثمان قليل فطلب الشفعة وقضى له بها ثمَّ تبين أنَّ الثمن كان أكثر من ذلك كان على خياره، ولو أخبر أنَّ الثمن كثير فسلم الشفعة ثمَّ تبين أنَّه كان أقلَّ من ذلك كان هو على حقّه، بخلاف الإعتاق، فإنَّه تفويت لمحلِّ الدفع ولا يمكن إبقاء خياره بعده قائماً، وعند الاختيار قصداً لا يفوت محلّ الدفع فلهذا كان على خياره. المرجعان السابقان.

^٢: زاد في ب: قال.

^٣: في ب: قضاء القاضي.

^٤: سقط من ب: منها.

^٥: في ب: بقضاء القاضي.

^٦: سقط من ب: منها.

بمنزلة من اشترى داراً بعبد فأخذها الشفع بقيمة العبد ثمَّ استحقَّ العبد، فإن أخذها بقضاء القاضي بطلت شفعتها ووجب عليه ردّها، وإن أخذها بغير قضاء القاضي جعل ذلك كالشراء المبتدأ. المبسوط للسرخسي: ٣٦ / ٢٧.

^٧: لأنَّ القاضي إنَّما قضى بالأرض بناء على اختياره. المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا جَنَى عَبْدٌ رَجُلًا جَنَائَةً، فَخَيَّرَ مَوْلَاهُ فَاخْتَارَ الْفِدَاءَ، وَالرَّجُلُ مُفْلِسٌ لَيْسَ لَهُ مَالٌ يَفْدِيهِ، فَاخْتِيَارُهُ جَائِزٌ، وَالذِّيَّةُ دَيْنٌ^١ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ إِنْ أَدَّى الذِّيَّةَ مَكَانَهُ جَازَ، وَإِلَّا دَفَعَ الْعَبْدَ، وَاخْتِيَارُهُ إِمْسَاكُ الْعَبْدِ بَاطِلٌ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْأَوْلِيَاءُ^٣.

وَرَوَى عَنْ [١٤١/ب] أَبِي يُوسُفَ رَوَايَةً أُخْرَى أَنَّهُ قَالَ: اخْتِيَارُهُ جَائِزٌ، وَيُبَاعُ الْعَبْدُ فِي دَيْنِهِ وَيُدْفَعُ الثَّمَنُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائَةِ^٤.

^١: في ب: الرجل.

^٢: سقط من ب: دين.

^٣: وجه قول أبي حنيفة: أنه بجناية العبد يختار المولى بين الدفع والفداء، والمخير بين اثنين إذا اختار أحدهما تعين ذلك واجباً من الأصل، كالمكفر إذا اختار أحد الأنواع الثلاثة، فهاهنا باختياره تبين أن الواجب هو الذية في ذمة المولى من الأصل، وأن العبد فارغ من الجناية فلا يكون لأولياء الجناية عليه سبيل.

يوضحه: أن من ثبت له الخيار شرعاً يستبد بالخيار من غير أن يحتاج إلى رضا صاحبه، ولو رضي الأولياء أن يتبعوا بالذية لم يبق لهم حق في العبد، فكذلك إذا اختار المولى ذلك في حال ما ثبت له الخيار شرعاً. ر: الأصل: ٥٩٥/٤، المبسوط للسرخسي: ٣٦/٢٧-٣٧.

^٤: في ب: لإمساك.

^٥: وجه قولها: أن نفس صاحب العبد صار حقاً لمولى الجناية، إلا أن المولى يتمكن من تحويل حقهم من العبد إلى الأرض باختياره الفداء، فإذا أعطاهم الأرض كان هذا تحويلاً لحقهم من محل إلى محل فيه وفاء بحقهم فيكون صحيحاً منه، وإذا كان مفلساً كان هذا منه إبطالاً لحقهم لا تحويلاً من محل إلى محل يعد له فيكون ذلك باطلاً من المولى، وهذا لأن ثبوت الخيار للمولى كان على وجه النظر من الشرع، وإنما يثبت على وجه لا يتضرر به صاحب الحق، فإذا آل الأمر إلى الضرر كان باطلاً، كالمحتال عليه إذا مات مفلساً فإن الدين يعود إلى ذمة المحيل، لأنه حوّل حقه من ذمته إلى ذمة المحتال عليه بشرط أن يسلم له، فإذا لم يسلم عاد كما كان، وهاهنا أيضاً إن رضي المولى كان مسقطاً حقه في العبد، وإن أبى كان له أن يأخذ العبد.

وقيل: إن هذه المسألة في الحقيقة تبنى على اختلافهم في التفليس، وعند أبي حنيفة التفليس ليس بشيء، والمال غاد ورائح، وهذا التصرف من المولى يكون تحويلاً لحق الأولياء إلى ذمته لا إبطالاً، وعندهما التفليس معتبر، والمال في ذمة المفلس يكون تاوياً، فيكون هذا الاختيار من المولى إبطالاً لحق الأولياء. ر: المرجعان السابقان.

^٦: بناء على مذهب أبي يوسف في الحجر بسبب الدين فإنه يقول: القاضي يحجر على المديون ويبيع عليه ماله. المبسوط للسرخسي:

مَسْأَلَةٌ: الْعَبْدُ إِذَا قَتَلَ قَتِيلًا، ثُمَّ إِنَّ الْمَوْلَى أَخْبَرَهُ إِنْسَانٌ وَاحِدٌ أَنَّهُ جَنَى فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَخْبَرَهُ عَدْلًا فَعَلَى الْمَوْلَى الدِّيَّةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا فَعَلَى الْمَوْلَى الْقِيَمَةُ، وَلَا يَكُونُ عَتُقُهُ اخْتِيَارًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^١

وَفِي قَوْلِهِمَا سُوءًا: كَانَ الْمُخْبِرُ عَدْلًا أَوْ غَيْرَ عَدْلٍ يَصِيرُ مُخْتَارًا إِذَا ظَهَرَ أَنَّهُ كَانَ صَادِقًا.

مَسْأَلَةٌ: الْعَبْدُ إِذَا جَنَى جَنَائَةً، فَقَالَ الْمَوْلَى: "هُوَ لِفُلَانٍ الْغَائِبِ"، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ.^٢

وَقَالَ زُفَرٌ: هَذَا الْقَوْلُ اخْتِيَارٌ مِنْهُ وَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ.

^١ : في ب: ثقة عدل.

^٢ : لأن خبر العدل مقبول فيما يكون ملزماً. المبسوط للسرخسي: ٤٠ / ٢٧.

^٣ : عند أبي حنيفة فيما يتعلق به اللزوم لا يعتبر خبر الفاسق، وهذا خبر المألوم في حق المولى، لأن الإعتاق بعد العلم بالجناية يلزمه الفداء فلا يعتبر فيه خبر الفاسق إذا كان فضولياً. المبسوط للسرخسي: ٤٠ / ٢٧.

^٤ : في ب: وفي قول صاحبيه.

^٥ : في ب "إن" بدلاً من "سواء".

^٦ : في ب: أنه صادق.

^٧ : لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول عندهما عدلاً كان أو فاسقاً. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٠ / ٢٧.

^٨ : في ب: يجب.

^٩ : لأنه بكلامه يزعم أنه ليس بخصم في هذه الجناية أصلاً، واختياره يبنى على كونه خصماً، فإذا ثبت بالبينة أنه ليس بخصم فيه صار إثبات ذلك بالبينة كالأثبات بالمعينة، وإن لم يبق بينة على ذلك فهو الخصم باعتبار ظهور يده فيه، وهو متمكن من دفعه فيخاطب بالدفع أو الفداء، ولا معنى لجعله مختاراً مع بقاء تمكنه من الدفع بالجناية. ر: الأصل (للشيباني): ٤ / ٦٠٠، المبسوط للسرخسي: ٤١ / ٢٧.

^{١٠} : لأنه زعم أنه لا سبيل له على دفعه فيجعل به مقوماً للدفع مختاراً للفداء، كما لو أعتقه. المبسوط للسرخسي: ٤١ / ٢٧.

بَابُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ فِي الْبُئْرِ

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَفَرَ الْعَبْدُ بُئْرًا فِي الطَّرِيقِ بَغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ، فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ يَعْلَمُ فَعَلَيْهِ الدِّيَّةُ^١.

وإن^٢ وَقَعَ فِيهَا آخَرُ فَإِنَّ لَوْلِيَّ الثَّانِي أَنْ يُشَارِكَ الْأَوَّلَ فِي الدِّيَّةِ، وَيَضْرِبَ فِيهِ الْأَوَّلَ بِمَقْدَارِ الدِّيَّةِ، وَالْآخَرَ بِمَقْدَارِ الْقِيَمَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.

وَفِي قَوْلِهِمَا عَلَى الْمَوْلَى نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِلْآخَرِ^٤.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ يُقَالُ لِلْمَوْلَى: "ادْفَعْ قِيَمَةَ الْعَبْدِ إِلَى الثَّانِي أَوْ أَفْدِهِ"^٥.

^١: لَأَنَّهُ صَارَ مَخْتَارًا بِالْإِعْتَاقِ، فَقَدْ صَارَ مَتَخِيرًا بِمَوْتِ الرَّجُلِ فِيهَا وَعِلْمُهُ بِذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ إِعْتَاقُهُ قَبْلَ أَنْ يَقَعَ فِي الْبُئْرِ أَحَدٌ، لَأَنَّهُ مَا صَارَ مَتَخِيرًا قَبْلَ وَقُوعِ الْوَاقِعِ فِيهَا فَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ إِعْتَاقُهُ اخْتِيَارًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٧/٢٧. وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْأَصْلِ: ٦٠٧/٤.

^٢: فِي ب: فَإِنْ.

^٣: لِأَنَّ دَفْعَهُ الدِّيَّةَ إِلَى الْأَوَّلِ بِسَبَبِ إِعْتَاقِهِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ بِمَنْزِلَةِ دَفْعِهِ الْقِيَمَةَ إِلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ، ثُمَّ هُنَاكَ الْمَوْلَى لَا يَغْرَمُ شَيْئًا آخَرَ إِذَا وَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ آخَرٌ وَلَكِنَّ الثَّانِي شَارَكَ الْأَوَّلَ فِيمَا قَبِضَ فَكَذَلِكَ هَا هُنَا، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى قَدْ غَرِمَ جَمِيعَ جِنَايَةِ الْعَبْدِ فَلَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ آخَرَ بَعْدَ ذَلِكَ، لَأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِوُقُوعِ الثَّانِي فِيهِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى تَجَدُّدُ الْجِنَايَةِ، فَإِنَّهُ حَرَّ حِينَ وَقَعَ فِيهِ الثَّانِي، وَبِهِ فَارَقَ مَا إِذَا أَمْسَكَهُ وَأَدَّى الدِّيَّةَ، لِأَنَّ الْعَبْدَ عِنْدَ وَقُوعِ الثَّانِي فِيهِ صَارَ جَانِيًا بِاعْتِبَارِ الْحَفْرِ السَّابِقِ، وَهَذَا عَلَى مَلِكٍ الْمَوْلَى فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، فَيُخَاطَبُ الْمَوْلَى بِمُوجِبِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ النَّصْفُ أَوْ يَفْدِيهِ، وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَغْرَمُ شَيْئًا آخَرَ قَلْنَا وَلِيَ الثَّانِي يَضْرِبُ مَعَ الْأَوَّلِ فِيمَا قَبِضَهُ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ، لَأَنَّهُ صَارَ جَانِيًا عَلَيْهِ لَا بِالْحَفْرِ السَّابِقِ، وَالْمَوْلَى فِي حَقِّهِ يَصِيرُ مَخْتَارًا فَيَكُونُ حَقُّهُ فِي قِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَحَقُّ الْأَوَّلِ فِي الدِّيَّةِ، فَقَدْ صَارَ الْمَوْلَى مَخْتَارًا فِي حَقِّهِ فَيَضْرِبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْمَقْبُوضِ بِمَقْدَارِ حَقِّهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٧/٢٧.

^٤: أَيُ نِصْفِ قِيَمَةِ أُخْرَى لَوْلِيِّ الْقَتِيلِ الْآخَرِ، وَلَا يَشْرِكُ الْأَوَّلُ فِي الدِّيَّةِ.

وَذَلِكَ لِأَنَّ إِعْتَاقَ الْمَوْلَى إِيَّاهُ اخْتِيَارَ الدِّيَّةِ فِي حَقِّ الْأَوَّلِ، فَكَأَنَّهُ لَمْ يَعْتَقَهُ وَلَكِنَّهُ أَمْسَكَهُ وَأَدَّى الدِّيَّةَ، وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ ثُمَّ وَقَعَ فِي الْبُئْرِ آخَرٌ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَهُ إِلَى الْآخَرِ أَوْ يَفْدِيهِ بِالدِّيَّةِ، فَكَذَلِكَ هَا هُنَا يَصِيرُ هُوَ بِالْإِعْتَاقِ فِي حَقِّ الثَّانِي مُسْتَهْلَكًا لِلْعَبْدِ فَيَغْرَمُ لَهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ. ر: الْأَصْلُ: ٦٠٧/٤، الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٧/٢٧.

^٥: سَقَطَ مِنْ ب "قِيَمَةٌ".

^٦: لَمْ أَرِ قَوْلَ زُفَرٍ فِيهَا لَدَيَّ مِنَ الْمَرَاJِعِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ عَبْدًا حَفَرَ بُئْرًا فِي الطَّرِيقِ بَعِيرٍ إِذْنِ مَوْلَاهُ، ثُمَّ إِنَّ الْمَوْلَى أَعْتَقَهُ، ثُمَّ وَقَعَ الْعَبْدُ فِيهَا، فَعَلَى الْمَوْلَى قِيمَةُ الْعَبْدِ لَوْرَثَتِهِ^١.

وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: دَمُهُ هَدَرٌ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اغْتَصَبَ الرَّجُلُ عَبْدًا وَقَتَلَ^٣ عِنْدَهُ قَتِيلًا خَطَأً، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى الْمَوْلَى فَقَتَلَ عِنْدَهُ قَتِيلًا آخَرَ خَطَأً، فَاخْتَارَ الْمَوْلَى دَفْعَهُ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ^٤، وَيَأْخُذُ الْمَوْلَى مِنَ الْغَاصِبِ نِصْفَ قِيمَةِ الْعَبْدِ^٥ وَيَدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِذَلِكَ النِّصْفِ فَيَسْلَمُ لَهُ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ [١٤٢/أ] وَأَبِي يُوسُفَ^٦.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى سِوَى مَا وَصَلَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَبْدِ^٧.

^١: لَأَنَّهُ حِينَ أَعْتَقَ فَقَدْ خَرَجَ مِنْ أَنْ يَكُونَ جَانِيًا حَكَمًا، وَيَصِيرُ كَأَنَّ الْجَانِيَّ بِالْحَفْرِ هُوَ الْمَوْلَى، حَتَّى أَنْ عِنْدَ وَقُوعِ الْوَاقِعِ فِيهَا يَكُونُ مُوجِبَ الْجَنَايَةِ عَلَى الْمَوْلَى وَلَا شَيْءَ فِيهِ عَلَى الْمَعْتَقِ، فَيَكُونُ وَقُوعُ الْمَعْتَقِ فِيهَا كَوُقُوعِ أَجْنَبِيٍّ آخَرَ فَيَغْرَمُ الْمَوْلَى قِيمَتَهُ لَوْرَثَتِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٦/٢٧-٤٧. وَانْظُرِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْأَصْلِ لِلشَّيْبَانِيِّ: ٤/٦٠٨.

^٢: لَأَنَّهُ كَالْجَانِيِّ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ الْحَفْرِ السَّابِقِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٤٦/٢٧.

^٣: فِي ب: فَقَتَلَ.

^٤: سَقَطَ مِنْ ب: آخَرَ.

^٥: فِي ب: وَاخْتَارَ.

^٦: لَا اسْتِواءَ حَقَّهِمَا فِي رَقَبَتِهِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٧/٥٣.

^٧: لَأَنَّهُ اسْتَحَقَّ قَبْلَ الْجَنَايَةِ الْأُولَى بِجَنَايَةٍ كَانَتْ مِنَ الْعَبْدِ عِنْدَ الْغَاصِبِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٨: قَالَا: حَقٌّ وَلِيَ الْجَنَايَةِ الْأُولَى ثَبَتَ فِي جَمِيعِ الْعَبْدِ فَارْغًا، وَإِنَّمَا سَلِمَ لَهُ نِصْفُ الْعَبْدِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْلَمَ لِلْمَوْلَى شَيْءٌ مِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ مَعَ بَقَاءِ نِصْفِ حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى وَلَكِنْ يَدْفَعُ إِلَيْهِ هَذَا النِّصْفِ مِنَ الْقِيمَةِ حَتَّى يَسْلَمَ لَهُ كِمَالُ حَقِّهِ، نِصْفُ الْعَبْدِ وَنِصْفُ قِيمَتِهِ.

الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٧/٥٤. وَانْظُرِ: الْأَصْلُ: ٤/٦١٥.

^٩: وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ أَيْضًا وَهُوَ الْقِيَاسُ. ر: الْمَرْجِعَانِ السَّابِقَانِ.

^{١٠}: لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِقِيمَةِ نِصْفِ الْمَدْفُوعِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى، فَلَوْ أَمَرَ بِدَفْعِ ذَلِكَ النِّصْفِ إِلَيْهِ اجْتَمَعَ الْبَدَلُ وَالْمَبْدَلُ فِي مَلِكٍ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، هَذَا وَلِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى الْقِيمَةِ عِنْدَ عَدَمِ سَلَامَةِ الْعَيْنِ لَتَقَوْمَ الْقِيمَةُ مَقَامَ الْعَيْنِ، وَذَلِكَ النِّصْفُ =

وَلَوْ كَانَ أَوْلاً قَتَلَ عِنْدَ الْمَوْلَى قَتِيلًا، ثُمَّ غَصَبَهُ إِنْسَانٌ فَقَتَلَ عَنْدَهُ قَتِيلًا آخَرَ، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ الْعَبْدَ إِلَيْهِمَا، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الْغَاصِبِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ، وَيَدْفَعُ^١ إِلَى وَلِيِّ قَتِيلِ^٢ الْأَوَّلِ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِالِاتِّفَاقِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا غَصَبَ الرَّجُلُ عَبْدًا، فَجَنَى عَلَى الْمَوْلَى أَوْ عَلَى مَالِهِ، فَالْغَاصِبُ ضَامِنٌ لِقِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ. وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ لَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ جَنَى عَلَى الْغَاصِبِ فَدَمَهُ هَدَرَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٥.

= سالم لولي الجناية الأولى فلا حق له في بدنها، والنصف الذي أخذه ولي الجناية الثانية فات ولم يخلف بدلاً، لأن استحقاق ذلك النصف بجناية كانت عند الولي فلا يكون لولي الجناية الأولى أن يرجع على المولى بشيء. المبسوط للسرخسي: ٥٤ / ٢٧.

^١: في ب: ويدفعه.

^٢: في ب: القاتل.

^٣: لأن استحقاق هذا النصف من القيمة كان بجناية من العبد عند المولى، والغاصب غصب العبد مشغولاً بالجناية الأولى ثم رد نصف القيمة كذلك مشغولاً بالجناية، ولو رد جميع القيمة فاستحقها ولي الجناية الأولى بعد ما هلك العبد عنده لم يرجع المولى عليه بشيء، وكذلك إذا رد نصف القيمة فاستحقه ولي الجناية الأولى. المبسوط للسرخسي: ٥٤ / ٢٧، الأصل: ٦١٥ / ٤.

^٤: انظر تعليل قولهم في المسألة التي بعدها. والمسألة في الأصل: ٦١٩ / ٤.

^٥: لأن الغاصب في حكم جناية المغصوب كالمالك باعتبار المال والمغصوب منه بمنزلة الأجنبي.

الدليل عليه: أنه لو جنى على أجنبي آخر كان قرار ضمان الجناية على الغاصب واستحقاق ضمان جناية العبد على مالكة، فلما كان قرار ضمان جنايته على الغاصب ها هنا عرفنا أنه صار كالمالك في حكم ضمان الجناية والمولى كالأجنبي. يوضحه أن إهدار جناية المملوك على المالك ليس لعين الملك بل لأن اعتبارها غير مفيد، ألا ترى أنه لو قتل مولاة عمداً فإنه تعتبر جنايته عليه في حكم القصاص، لأنه مفيد فإذا عرفنا هذا فنقول ها هنا لو اعتبرنا جنايته على مولاة أو على مال مولاة كان مفيداً، لأنه ثبت للمولى حق الرجوع على الغاصب باعتباره بعد ما أخذ العبد كما لو جنى على غيره، فلكونه مفيداً وجب اعتباره بمنزلة جناية المولى على عبده المديون فإنه يكون معتبراً لحق الغرماء، لأن ذلك مفيد لا فائدة في اعتبار جنايته على مال الغاصب، لأنه يستحق به ماليته ثم يرجع المولى بتلك المالية، فأبي فائدة تكون في اعتبار هذه الجناية في جنايته على نفس الغاصب. المبسوط للسرخسي: ٥٥ / ٢٧.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ يُقَالُ لِلْمَوْلَى: "ادْفَعْهُ أَوْ افْدِهِ"، ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ^١ عَلَى الْغَاصِبِ^٢.

وَالْمَسْأَلَةُ الَّتِي قَبْلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ طَوِيلَةٌ؛ فَرَعُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَكَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي ذَكَرَ بَعْدَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ مُكَاتَبًا قَتَلَ قَتِيلًا ثُمَّ قَتَلَ قَتِيلًا آخَرَ، فَإِنْ كَانَ الْقَاضِي لَمْ يَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى قَتَلَ الثَّانِي لَا يَجِبُ^٣ عَلَى الْمُكَاتَبِ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ^٤.

وَلَوْ كَانَ الْقَاضِي قَضَى لِلأَوَّلِ، ثُمَّ قَتَلَ قَتِيلًا آخَرَ، يَجِبُ^٥ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ أُخْرَى، وَهَذَا قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٦.

وَقَالَ زُفَرٌ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةٌ^٧ عَلَى حِدَةٍ، قَضَى الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَقْضِ^٨.

^١: زاد في ب: لا يلزمه شيء ويقال للمولى.

^٢: سقط من ب: بذلك.

^٣: وجه قولهما: أَنَّ العبد بعد الغصب باقٍ على ملك المَغْصُوبِ منه والغاصب منه كالأجنبي، بدليل أَنَّ التَّصَرُّفَاتِ الْمُخْتَصَّةَ بِالْمَلِكِ تنفذ فيه من المولى دون الغاصب، وكذلك في حكم الجناية حتى لو جنى على أجنبي كان المولى هو المخاطب بالدفع أو الفداء دون الغاصب، ثم رجوع المولى على الغاصب يكون بسبب الغصب لا بسبب الجناية، وذلك أنه يقرر ملك المولى. المبسوط للسرخسي: ٥٥/٢٧.

^٤: في ب: وهي المسألة الطويلة.

^٥: سقط من ب: وكذلك المسألة.

^٦: في ب: لم تجب.

^٧: لِأَنَّ حَقَّ الْوَلِيِّينَ فِي الرِّقَّةِ مُعْتَبَرٌ حَتَّى لَوْ عَجَزَ دَفْعُ إِلَيْهَا فَلَا يُلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ بِجَمِيعِ الرِّقَّةِ. المبسوط للسرخسي: ٦٢/٢٧. والمسألة في الأصل للشيباني: ٦٢٢-٦٢٣/٤.

^٨: في ب: وجب. وهو الصواب، لِأَنَّ جَوَابَ "لَوْ" لَا يَكُونُ إِلَّا مَاضِيًا، وَقَدْ يَأْتِي مُضَارَعًا إِذَا سَبَقَ بِهِ "لَمْ" النَّافِيَةُ. ر: شرح ابن عقيل: ٣٥٦/٢.

^٩: لِأَنَّ بَقْضَاءَ الْقَاضِي تَحْوِلُ حَقَّ الْأَوَّلِ إِلَى الْقِيَمَةِ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ وَفَرَّغَتْ الرِّقَّةَ مِنْهُ فَيُثَبَّتُ فِيهَا حَقُّ وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ، وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ جَنَايَةٍ يَجْنِيهَا بَعْدَ الْقَضَاءِ بِهَا قَبْلُهَا. المرجع السابق.

^{١٠}: في ب: القيمة.

^{١١}: لِأَنَّ حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَبَتَ فِي الْقِيَمَةِ فِي ذِمَّتِهِ ابْتِدَاءً وَفِي الذِّمَّةِ، لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمَمْلُوكِ بِسَبَبِ الْجَنَايَةِ لَا تَزِيدُ عَلَى هَذَا الْمَقْدَارِ فَكَذَلِكَ فِي الْجَنَايَةِ مِنْهُ، لِأَنَّ فِي الْمَوْضِعِينَ وَجُوبَ الْقِيَمَةِ بِسَبَبِ الْجَنَايَةِ. المبسوط للسرخسي: ٦٢/٢٧.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ مُكَاتَّبًا قَتَلَ قَتِيلًا خَطَأً ثُمَّ عَجَزَ، فَإِنْ كَانَ الْقَاضِي قَضَى عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ فَالْقِيَمَةُ دَيْنٌ عَلَيْهِ^١.

وَإِنْ لَمْ يَقْضِ^٢ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ فَالْجَنَايَةُ فِي رَقَبَتِهِ، يُقَالُ^٣ لِلْمَوْلَى: "ادْفَعْهُ أَوْ افْدِهِ".

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ قَضَى الْقَاضِي أَوْ لَمْ يَقْضِ فَالْقِيَمَةُ دَيْنٌ عَلَيْهِ.

وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ يَقُولُ بِهَذَا الْقَوْلِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَقْضِ الْقَاضِي فَالْجَنَايَةُ فِي رَقَبَتِهِ، يَدْفَعُ أَوْ يَقْدِي.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَكَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ جَنَى الْعَبْدُ، فَأَدَّى فَعَتَقَ، فَهَاهُنَا حُكْمَانِ: حُكْمُ الْكِتَابَةِ وَحُكْمُ الْجَنَايَةِ.

فَأَمَّا حُكْمُ الْكِتَابَةِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الْمُكَاتَّبِ^٤.

^١: يباع بها، لأن سببه ظاهر في حق المولى، وقد صار ديناً في ذمته بالقضاء. المبسوط للسرخسي: ٢٢٤/٧.

^٢: في ب: وإن لم يكن قضى.

^٣: في ب: ويقال.

^٤: لأن موجب جنايته في رقبته لتوهم إمكان الدفع بعد العجز، وإنما يتحول إلى الذمة بقضاء القاضي، فإذا عجز قبل القضاء بقيت الجناية في رقبته، فكانت جنى ابتداء بعد العجز فيخاطب المولى بالدفع أو الفداء. المرجع السابق. وانظر: الأصل: ٣٨٨-٣٨٩.

^٥: بناء على أصله أن موجب جنايته القيمة ابتداء. ر: المرجع السابق.

^٦: في ب: فكما. وهو الصواب.

^٧: وقد مر ذلك في كتاب المكاتب أن الكتابة عندهما لا تتجزأ، وعند أبي حنيفة تتجزأ. وانظر: المبسوط: ٤٣/٨.

وَأَمَّا حُكْمُ الْجِنَايَةِ فَإِنَّ عَلَى الْمُكَاتَبِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ لِصَاحِبِ الْجِنَايَةِ^١، وَالنِّصْفَ عَلَى [١٤٢/ب] الْمَوْلَى الَّذِي لَمْ يُكَاتَبْ إِذَا قَبِضَ نِصْفَ الْقِيَمَةِ مِنَ الْعَبْدِ أَوْ مِنَ الشَّرِيكِ يَدْفَعُهُ^٢، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قَوْلِهَا الدِّيَةُ كُلُّهُ عَلَى الْمُكَاتَبِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَدَّى فَعَتَقَ صَارَ كُلُّهُ حُرًّا^٣.

مَسْأَلَةٌ: الْمُدَبَّرُ إِذَا قَتَلَ قَتِيلًا فَعَلَى مَوْلَاهُ قِيَمَتُهُ، فَإِنْ قَتَلَ قَتِيلًا آخَرَ شَارَكَ الثَّانِي الْأَوَّلَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةٍ وَاحِدَةٍ، سَوَاءً قَضَى الْقَاضِي لِلأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَقْضِ^٤، وَهَذَا قَوْلُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٥.

وَقَالَ زُفَرٌ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةٌ عَلَى حِدَةٍ، سَوَاءً قَضَى الْقَاضِي لِلأَوَّلِ أَوْ لَمْ يَقْضِ^٦.

^١: يقضى على المكاتب بالأقل من نصف قيمته ونصف أرش الجناية، لأن النصف منه مكاتب حين جنى، والبعض معتبر بالكل، وقد تأكد حكم الكتابة بالأداء والعتق بالجناية، وجناية المكاتب تلزمه بعد العتق الأقل من قيمته ومن أرش الجناية فكذلك في هذا النصف. المبسوط للسرخسي: ٦٦/٢٧. وانظر: الأصل للشيباني: ٤/١٣٤.

^٢: إن اختار تضمين الشريك واستسعاها في قيمة نصيبه وقبض هو ضامن للأول من نصف قيمة المكاتب ومن نصف أرش الجناية، لأن الجناية في نصيبه كانت متعلقة بالرقة وقد فاتت وأخلف بدلاً وهو ما قبض من نصف القيمة، فيلزمه دفع ذلك إلى ولي الجناية إلا أن يكون نصف الأرش أقل منه. المرجع السابق.

^٣: لما مر أن الكتابة عندهما لا تتجزأ. وانظر: المبسوط: ٨/٤٣.

^٤: لأنه ما منع إلا رقة واحدة، ولكن تلك القيمة مشتركة بين أولياء الجنائتين سواء قربت المدة فيما بينهما أو بعدت، لأنها قائمة مقام الرقة في تعلق حق أولياء الجنائيات بها. المبسوط للسرخسي: ٢٧/٧٠. والمسألة في الأصل: ٤/٦٣٤.

^٥: في ب: وفي قول.

^٦: سقط من ب: للأول.

^٧: لم أر قول زفر فيما اطلعت عليه من المراجع.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى دَفَعَ قِيمَةَ الْمُدَبَّرِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ^١، ثُمَّ قَتَلَ قَتِيلًا آخَرَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ دَفَعَ إِلَى الْأَوَّلِ بِقَضَاءٍ قَاضٍ، فَوَلَّى الثَّانِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ شَارَكَ الْأَوَّلَ وَبَرِيَ الْمَوْلَى، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنَ الْمَوْلَى نِصْفَ الْقِيمَةِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْأَوَّلِ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ سَوَاءٌ دَفَعَ بِقَضَاءٍ قَاضٍ أَوْ بغيرِ قَضَاءٍ قَاضٍ شَارَكَ الْأَوَّلَ، وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى الْمَوْلَى^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ مَوْلَاهُ عَمْدًا، وَلَهُ ابْنَانِ فَعَفَا أَحَدَهُمَا، فَإِنَّ الْقِصَاصَ قَدْ بَطَلَ، وَيُقَالُ لِلْعَافِي: "ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ إِلَى أَخِيكَ"، أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ^٤، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ خَاصَّةً^٥.

^١ : في ب: جناية الأولى.

^٢ : لأبي حنيفة أنَّ القيمة إنما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة، وإنما منعها بالتدبير السابق، وذلك في حق أولياء الجنائيتين جميعاً سواء، فيجعل في حق أولياء الجنائيتين كأن دفع القيمة من المولى كان بعد وجوب الجنائيتين جميعاً، وهناك إن دفع إلى أحدهما جميع القيمة بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئاً، وإن دفع بغير قضاء القاضي كان للثاني الخيار فهذا مثله. والدليل على أنَّ المعترف هذا أنَّ للثاني حقَّ المشاركة مع الأول في تلك القيمة، ولا يكون ذلك إلا باعتبار أنَّه جنى عليهما في حالة واحدة. فبذلك التدبير انعقد سبب ثبوت حقَّ وليِّ الجناية في القيمة ديناً في ذمة المولى عند جنائيته فهو يدفع القيمة نحو ذلك الحقَّ من ذمته إلى المدفوع، فإن كان ذلك بقضاء القاضي تمَّ التحويل لأنَّ للقاضي هذه الولاية، وإن كان بدون قضاء القاضي لم يتمَّ التحويل، لأنَّه ليس للمولى هذه الولاية، فيبقى الخيار لوليِّ الجناية الثانية إن شاء رضي بهذا التحويل وأتبع الأول بنصف القيمة، وإن شاء لم يرض بهذا وأتبع المولى بنصف القيمة في ذمته، ثم يرجع المولى على الأول، لأنَّه تبين أنَّه استوفى منه زيادة على مقدار حقه. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٧ / ٧١.

^٣ : وجه قولهما: أنَّ المولى حين دفع القيمة إلى الأول فقد فعل بنفسه ما يأمره القاضي به لو رفع الأمر إليه، فيكون القضاء وغير القضاء سواء، وهذا لأنَّه حين دفع ما كان لأحد في القيمة حقَّ سوى الأول، لأنَّ السبب الموجب لحقَّ الثاني وهو الجناية لم يوجد بعد، والحكم لا يسبق السبب، فلا يكون هذا الدفع جانباً في حقَّ الثاني فلا يضمن له شيئاً، وكيف يكون جانباً في حقه ولو أراد أن يمنع بعض القيمة من الأول لمكان حقَّ الثاني ما كان يتمكَّن من ذلك. ر: الأصل: ٤ / ٦٣٤، المبسوط للسرخسي: ٢٧ / ٧١.

^٤ : سقط من ب: "إلى أخيك".

^٥ : لأبي يوسف رحمه الله أنَّ حقَّ القصاص ثبت في العبد على سبيل الشَّيْع، لأنَّ ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنَّه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه، والنصف في نصيب صاحبه، فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أنَّ المولى لا يستوجب على عبده مالا، وما كان في نصيب صاحبه بقي، ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال: "ادفع نصف نصيبك أو افدته برُبْعِ الدِّيَةِ". الهداية مع فتح القدير: ١٠ / ٣٨٠.

وَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١ لَا يَحِبُّ شَيْءٌ، وَيَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَالِهِ نِصْفَيْنِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا عَمْدًا وَالْآخَرَ خَطًّا^٣، وَلِلْعَمْدِ وَلَيَّانٍ، فَعَفَا أَحَدَهُمَا، فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ أَثَلَاثًا، ثُلَاثُهُ لِصَاحِبِ الْخَطِّ، وَثُلَاثُهُ لِصَاحِبِ الْعَمْدِ الَّذِي لَمْ يَعْفُ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ^٤.
وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الْقِيَمَةُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لِصَاحِبِ الْخَطِّ، وَرُبُعُهُ لِصَاحِبِ الْعَمْدِ الَّذِي لَمْ يَعْفُ^٥.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لَوْلِيِ الْخَطِّ، وَرُبُعُ الْقِيَمَةِ لَوْلِيِ الْعَمْدِ، وَسَقَطَ^٦ عَنِ الْمَوْلَى الرَّبْعُ، وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَائِيَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، رَوَى عَنْهُ الْحَسَنُ بْنُ أَبِي مَالِكٍ^٧.

^١: زاد في ب: ومحمد. وهو الأصح. قال في العناية: "ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله، والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله". العناية شرح الهداية: ٣٧٩/١٠ - ٣٨٠.

^٢: لها أن ما يجب من المال يكون حقَّ المقتول لأنه بدل دمه، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه. الهداية مع فتح القدير: ٣٨٠/١٠. وانظر: الأصل: ٣٠٩/٤.

^٣: فعليه القصاص وعلى المولى قيمته لأصحاب الخطأ. الأصل: ٦٤٢/٤، المبسوط للسرخسي: ٧٥/٢٧.

^٤: لأن أصل كل واحد منهما في الأرض، وحق ولي الخطأ عشرة آلاف، وحق الذي لم يعف من ولي الدم خمسة آلاف، وإنما وجب قسم ألفين بينهما بسبب حقَّ الدين في الدِّمَّة، فيضرب كل واحد منهما بحقه، بمنزلة الغرماء في التركة وبمنزلة صاحب النفس من صاحب العين. قال في البحر: "وهو الأصح" ر: الأصل: ٦٤٣/٤، المبسوط للسرخسي: ٧٦/٢٧، البحر الرائق: ١٤٦/٩.

^٥: في ب: وقال صاحبه.

^٦: هما يقولان: حق الذي لم يعف ثابت في النصف دون النصف، فيسلم لولي الخطأ النصف الذي هو حصّة العافي لفراغ ذلك النصف عن حق الذي لم يعف، والنصف الآخر حقهما فيه سواء فيكون بينهما نصفين. ر: الأصل: ٦٤٢/٤ - ٦٤٣، المبسوط للسرخسي: ٧٦/٢٧. ولعل قول صاحبيه هو الراجح إذ قدمه في الأصل.

^٧: في ب: ويسقط.

^٨: في ب: وهذا.

^٩: وهذا القول هو القياس. ووجهه: أن حق الوليين متعلق بالعين، وبغفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر إلى الرقبة أو الفداء في النصف، وحق ولي الخطأ في الكل، لأنه لا يشاركه غيره فيه، وحق الولي بالغفو عاد إلى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباعه بينهما على قدر حَقِّهما. ر: المرجع السابق، البحر الرائق: ١٤٦/٩.

مَسْأَلَةٌ [١٤٣ / أ]: الْمَكَاتِبُ إِذَا أَقَرَّ بِجَنَائِيَةِ خَطَا، فَقَضَى عَلَيْهِ الْقَاضِي ثُمَّ عَجَزَ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِهِ^١ مَا لَمْ يَعْتِقْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْعِتَاقِ وَالْإِقْرَارِ^٢.

وَكَذَلِكَ الْمَكَاتِبُ إِذَا قَتَلَ عَمْدًا وَتَرَكَ وَفَاءً وَلَمْ يَتْرُكْ وَرَثَةً سِوَى الْمَوْلَى، فَيَجِبُ^٣ الْقِصَاصُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ كِتَابِ الْعِتَاقِ^٤.

^١: سقط من ب: به.

^٢: فإن كان عجزه قبل قضاء القاضي عليه بالقيمة بإقراره باطل في حق المولى بلا خلاف حتى لا يؤخذ به للحال ولكن يتبع به بعد العتاق، لأنه لما عجز قبل القضاء فقد انفسخ العقد من الأصل وعاد قنًا كما كان، فتبين أنه أقر على مولاه، وإقرار العبد على المولى باطل إلا أنه يتبع بعد العتاق، لأن إقراره في حق نفسه صحيح. وإن كان بعد ما قضى به القاضي عليه بالقيمة بطل إقراره في حق المولى ولا يؤخذ به للحال عند أبي حنيفة عليه الرحمة ويتبع بعد العتاق، وعندهما لا يبطل إقراره في حق المولى ويؤخذ به للحال وبيع. وجه قولهما: أن القيمة قد وجبت عليه بإقراره من حيث الظاهر لصحة إقراره ظاهراً، أو بقضاء القاضي تقرّر الوجوب فلا يحتمل البطلان بالعجز، كما لو أقر بدين لإنسان ثم عجز. ولأبي حنيفة رحمه الله: أن صحة إقراره من حيث الظاهر لم تكن لمكان الكتابة، لأن الدّاخل تحت الكتابة ما كان من التجارة، والإقرار بالجناية ليس من التجارة وإنما كانت لكونه أحقّ بكسبه من المولى، فإذا عجز فقد صار المولى أحقّ بأكسابه فبطل إقراره. وفي كتاب العتق قال: وإن أقر المكاتب بجناية خطأ أو عمداً لا قصاص فيه لإقراره جائز مادام مكاتباً، لأن موجب جنائته في كسبه، وإقراره في كسبه صحيح، وإن عجز وردّ في الرّق بطلت عنه قضي به عليه أو لم يقض، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وذكر في كتاب الجنائيات أن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله تعالى قالاً يؤخذ بها قضي عليه خاصة. وما أذاه قبل العجز لم يستردّه عندهم جميعاً. بدائع الصنائع: ٢٦٩/٧، الأصل: ٦٥٥/٤، وانظر في كتاب العتق المبسوط للسرخسي: ٢٢٥/٧، وفي كتاب الإقرار المبسوط للسرخسي: ١٦٢/١٨.

^٣: في ب: يجب.

^٤: لأنه متعين للاستيفاء مات حرّاً أو عبداً. وفي قول محمد رحمه الله لا قصاص فيه لاشتباه السبب. المبسوط للسرخسي: ١١٢/٢٧.

^٥: وفي كتاب العتق: وعند محمد رحمه الله تعالى لا يجب، لأن سبب ثبوت حق الاستيفاء له مشتبه، فإن الكتابة إن انفسخت كما قال زيد رضي الله عنه فإنما يستوفيه بالملك، وإن بقيت كما قاله عليّ وعبد الله رضي الله عنهما فإنما يستوفيه بالإرث بالولاء، واشتباه السبب معتبر فيما يندرى بالشبهات كاشتباه المستوفي.

وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان: تيقناً بثبوت حق استيفاء القصاص للمولى فيجب القصاص ويتمكّن من استيفائه كما لو قتل عاجزاً، وهذا لأن الأسباب غير مطلوبة لأعيانها بل لإحكامها. وهنا لا يعتبر الاشتباه في السبب بعد ما تعيّن المولى مستوفياً بأيّ =

=السَّبَّيْنِ كان ، وهنا السَّبَبُ الموجب للقود وهو العمد المحض متيقن به، وثبت حق استيفاء المولى متيقن به أيضاً، إمّا باعتبار الملك أو الولاء فلهذا يمكن من الاستيفاء. ر: الأصل: ٤/٣٩٨-٣٩٩، الجامع الصغير: ص/٥٠٦-٥٠٧، المسوط للسرخسي: ٢٢٠-٢٢١/٧.

كِتَابُ الْجَنَائَاتِ^١

مَسْأَلَةٌ: مُدَبَّرٌ قَتَلَ قَتِيلًا فَعَلَ الْمَوْلَى قِيمَتَهُ وَقَتَ الْجَنَايَةَ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فَقَالَ^٢ الْمَوْلَى: "كَانَتْ قِيمَتُهُ حَمْسِمِئَةً"، وَقَالَ صَاحِبُ الْجَنَايَةِ: "كَانَتْ قِيمَتُهُ أَلْفًا"، فَإِنْ وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ فِي وَقْتِ الْجَنَايَةِ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى قِيمَتِهِ فِي الْحَالِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

وَإِنْ تَصَادَفَا أَنَّ جِنَايَتَهُ كَانَتْ مِنْ قَبْلُ، وَاخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ، فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْأَوَّلِ يُنْظَرُ إِلَى قِيمَتِهِ فِي الْحَالِ، وَفِي قَوْلِهِ الْآخِرِ وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا^٤.

^١: الجناية في اللغة: الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة، والمعنى أنه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وأباعد، وجنى فلان على نفسه إذا جرّ جريرة يجني جناية على قومه، وتجنّى فلان على فلان ذنباً: إذا تقوله عليه وهو بريء. وتجنّى عليه وجانى: ادّعى عليه جناية. والجمع: جنايا، وهو قليل، وجنایات. شرعاً: اسم لفعل محرم حلّ بهال أو نفس. وخصّ الفقهاء الغصب والسرقة بها حلّ بهال، والجناية بها حلّ بنفس وأطراف. أو هي الفعل أو الترك أو التسبب إذا أضرّ بالنفس أو غيرها واستوجب عقوبة دنيوية. ر: لسان العرب: ١٤/١٥٣، القاموس الفقهي: ص/٧٠، معجم لغة الفقهاء: ص/١٦٧، اللّباب شرح الكتاب: ص/٤٧٤.

^٢: في ب: وقال.

^٣: سقط من ب: جميعاً.

إضافة للحادث إلى أقرب الأوقات. المبسوط للسرخسي: ٢٧/٨٨. والمسألة ذكرها في الأصل: ٢٩٤/٤.

^٤: وجه قوله الأول: أنّ قيمته للحال معلوم، وفيما مضى مسببه، فبرد المسبب إلى المعلوم ويجعل في الحال شاهداً على ما مضى باعتبار الظاهر فيكون القول قول من شهد له الظاهر، كما إذا اختلف ربّ الماء مع المستأجر في انقطاع الماء في المدّة فإنه يحكمّ الحال فيه. ألا ترى أنّه لو كان عاجل الدّفع كان مدفوعاً بالجناية في الحال، فكذلك إذا لم يكن عاجل الدّفع كان الواجب على المولى قيمته في الحال إلا أن يعلم أنّ قيمته وقت الجناية كانت دون هذا. المرجع السابق.

^٥: في ب: وهو.

^٦: وجه قوله الآخر: أنّ جنايته لا تتعلّق برقبته وإنّما يقوم في الحال ليتبين به حكم متعلّق برقبته، ولكنّ موجب جنايته قيمته في ذمّة المولى وقت الجناية، وقيّمته في الحال لا يكون دليلاً على قيمته وقت الجناية إذ القيمة تزداد تارة وتنقص الأخرى، فإن بقي بينهم الدّعوى والإنكار فالمولى يدعي الزيادة فيها هو دين له في ذمّة المولى، والمولى ينكر ذلك فكان القول قول المولى كما في سائر الدّعوى. المبسوط للسرخسي: ٢٧/٨٨.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ أَعْتَقَ عَبْدَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ قَتَلَهُ - يَعْنِي قَتَلَ مَوْلَاهُ - فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى الْعَبْدِ أَنْ يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ لِرَدِّ الْوَصِيَّةِ^١، وَقِيَمَةٍ أُخْرَى لِأَجْلِ الْجَنَايَةِ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ عَلَى الْعَبْدِ قِيَمَتُهُ لِرَدِّ الْوَصِيَّةِ، وَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَّةُ^٣، وَعَاقِلَتُهُ عَاقِلَةُ مَوْلَاهُ^٤.

مَسْأَلَةٌ: مُدَبِّرٌ قَتَلَ قَتِيلًا بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهُ وَهُوَ لَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٥.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ^٦.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ فَقَأَ عَيْنَيْ مُدَبِّرٍ أَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ، فَعَلَيْهِ نَقْصَانُ ذَلِكَ لِلْمَوْلَى فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٧.

١: في ب: لرَبِّ.

٢: فَإِنَّ الْعَتَقَ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ، وَلَا وَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ. المبسوط للسرخسي: ٢٧ / ٩١.

٣: لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى فِي قِيَمَةِ عَبْدِهِ مَكَاتِبَ، وَجَنَايَةُ الْمَكَاتِبِ عَلَى مَوْلَاهُ خَطَأٌ كَجَنَايَةِ الْأَجْنَبِيِّ فَيَلْزِمُهُ قِيَمَتُهُ كَذَلِكَ. المرجع السابق، وانظر المسألة في الأصل: ٣٠٨ / ٤.

٤: سقط من ب: على العبد.

٥: في ب: لرَبِّ.

٦: لِأَنَّ الْمُسْتَسْعَى عِنْدَهُمَا حَرٌّ عَلَيْهِ دِينَ، فَجَنَايَتُهُ خَطَأٌ تَكُونُ عَلَى عَاقِلَتِهِ. المبسوط للسرخسي: ٢٧ / ٩١.

٧: قَالَ فِي الْبَدَائِعِ: "وَأِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مُعْتَقًا أَوْ مَوْلَى الْمَوَالَةِ فَعَاقِلَتُهُ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَةُ مَوْلَاهُ، لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ» [رواه أصحاب السنن وابن حبان عن أبي رافع. وعند الشيخين عن أنس بلفظ من أنفسهم، وعند أحمد عن أم كلثوم ابنة علي رضي الله عنهما عن مولى لرسول الله ﷺ رفعه بلفظ: "إِنَّا لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ، وَمَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ". كشف الخفاء: ٢ / ٣٤٦-٣٤٧]، ثُمَّ عَاقِلَةُ الْمَوْلَى الْأَعْلَى قَبِيلَتُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ فَكَذَا عَاقِلَةُ مَوْلَاهُ، وَلِأَنَّ اسْتِنصَارَهُ بِمَوْلَاهُ وَقَبِيلَتِهِ فَكَانُوا عَاقِلَتَهُ". بدائع الصنائع: ٧ / ٢٥٦.

٨: عَلَيْهِ أَنْ يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرَشِ الْجَنَايَةِ، وَيَسْعَى الْمُدَبِّرُ فِي ثُلْثِي قِيَمَتِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ بَمَوْتِ الْمَوْلَى عَتَقَ ثُلْثَهُ بِالتَّدْبِيرِ وَلِزِمَهُ السَّعَايَةُ فِي ثُلْثِي قِيَمَتِهِ، وَالْمُسْتَسْعَى بِمَنْزِلَةِ الْمَكَاتِبِ عِنْدَهُ، وَجَنَايَةُ الْمَكَاتِبِ تَوْجِبُ عَلَيْهِ فِي كَسْبِهِ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ أَرَشِ الْجَنَايَةِ. المبسوط للسرخسي: ٢٧ / ٩٤.

٩: عَلَى قَوْلِهِمَا هُوَ حَرٌّ عَلَيْهِ دِينَ فَجَنَايَتُهُ تَكُونُ عَلَى عَاقِلَتِهِ. ر: الأصل: ٤ / ٣١٩-٣٢٠، المرجع السابق.

١٠: سقط من ب: جميعاً.

لِأَنَّ إِجْبَابَ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْجَانِي غَيْرُ مُمْكِنٍ هَاهُنَا، فَإِنَّ شَرْطَ وَجوبِ جَمِيعِ قِيَمَةِ الدِّيَّةِ دَفْعُ الْجُثَّةِ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَتْلًا فَغَرَمَ الْجَانِي جَمِيعَ الْقِيَمَةِ هَذِهِ الْجَنَايَةُ سَلِمَتْ لَهُ الْجُثَّةُ، وَاتَّخَذَ هَذَا الشَّرْطَ مُتَعَدِّرًا فِي هَؤُلَاءِ فَيَكُونُ الْوَاجِبُ نَقْصَانُ الْمَالِيَّةِ. المبسوط للسرخسي:

٢٧ / ٩٦. وانظر المسألة في الأصل: ٤ / ٣٢٧.

وَلَوْ قَطَعَ يَدَيَّ عَبْدٍ أَوْ فَقَأَ عَيْنَيْهِ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ دَفَعَ الْعَبْدُ إِلَى الْفَاقِيٍّ يَأْخُذُ مِنْهُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ فَلَا شَيْءَ لَهُ^١.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ إِنْ لَمْ يَدْفَعْ الْعَبْدُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ^٢ مَا تَقَصَّصَهُ الْقَطْعُ أَوْ [١٤٣/ب] الْفَقْهُ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَقَالَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: "رَجُلٌ قَطَعَ يَدَيَّ عَبْدٍ رَجُلٍ عَمْدًا، فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ، فَمَاتَ الْعَبْدُ مِنْ تِلْكَ الْجَنَائَةِ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْقَاتِلِ"^٤.

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْتُلَ. وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ^٥.

^١: لأبي حنيفة: أنَّ الجناية على بني آدم إن أوجبت كمال بدل النفس لا يكون موجب التقصان كما في الجناية على الأحرار، وهذا لأنَّ كمال بدل النفس وجوبه بالنَّصِّ، والتقصان إنَّما يكون بطريق الاجتهاد والحذر، والاجتهاد في غير موضع النَّصِّ، فمع وجود النَّصِّ لا معنى لاعتبار التقصان، وبه فارق المدبِّر، لأنَّ ما وجب هناك جميع بدل النفس بالجناية على أطرافه، فإذا كان معنى التَّقْصِيَةِ معتبراً في الجناية على نفس المملوك فكذلك في الجناية على أطرافه، وما تردَّد بين أصليين توفَّر حظُّه عليهما، فلشبهه بالجناية على الأموال قلنا إذا لم يكن محلَّ الدَّفْعِ يجب التقصان، ولشبهه بجناية الأحرار قلنا إذا وجب كمال بدل النفس لا يعتبر التقصان، فإذا ثبت أنَّ الواجب هنا هو القيمة دون التقصان عن شرط استيفاء جميع القيمة تسلم الجثة، فإذا منع المولى هذا الشرط باختياره لم يكن له أن يرجع بشيء. ر: الجامع الصغير: ص/٥٠٩، الأصل: ٤/٤٠٣، المبسوط للسرخسي: ٩٨/٢٧.

^٢: زاد في ب: إليه.

^٣: زاد في ب: منه.

^٤: في ب: الفقهاء أو القطع.

وجه قولهما: أنَّ العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتَّى لا يتعلَّق القصاص بالجناية على أطرافه بحال ولا تتحمله العاقلة وتجب بالغة ما بلغت، فعرَّفنا أنَّه بمنزلة المال، وفي الجناية على الأموال يثبت الخيار للمالك. المبسوط للسرخسي: ٩٨/٢٧.

^٥: لاشتباه الولي، ولا يرتفع الاشتباه بالاجتماع، لأنَّه لا يمكن القضاء للمجهول. الجامع الصغير مع شرحه النَّافِع الكبير: ص/٥٠٦.

^٦: لهما: أنَّ المستوفي معلوم وهو المولى، وجهالة السَّبَب لا يمنع لأنَّه لا يفضي إلى المنازعة، بخلاف ما إذا كان القطع خطأ، لأنَّ العتق يمنع سراية الجناية إذا كانت خطأ لتبدُّل المستحقِّ حال ابتداء جنائية المولى وحالة السَّراية للعبد، وتبدل المستحقِّ يمنع السَّراية، أمَّا إذا كان عمداً فالعتق لا يمنع السَّراية، لأنَّ المستحقِّ في الحالين هو العبد، لأنَّه في استحقاق القصاص يبقى على أصل الحرِّية، وإنَّما يستوفي المولى بطريقة النَّيَابَةِ. المرجع السابق.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَعَلَيْهِ أَرْشُ الْيَدِ وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى وَفْتِ الْعَتَقِ^١.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ اشْتَرَى دَارًا، فَلَمْ يَقْبُضْهَا^٢ حَتَّى وُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْقَسَامَةَ وَالِدِيَّةَ عَلَى مَنْ فِي يَدَيْهِ الدَّارُ، إِنْ كَانَتْ فِي يَدَيِ الْبَائِعِ [فَعَلَى^٣ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَتْ] فِي يَدَيِ الْمُشْتَرِي فَعَلَى الْمُشْتَرِي، سَوَاءٌ كَانَ الشِّرَاءُ بَتَاتًا أَوْ فِيهِ خِيَارٌ^٤.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ إِنْ كَانَ الشِّرَاءُ بَتَاتًا^٥ فَالْقَسَامَةُ عَلَى الْمُشْتَرِي وَالِدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ^٦ فَالْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى مَنْ صَارَتْ لَهُ الدَّارُ^٧. ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعَيْنِ^٨.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ دَارًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ، لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثَانِ وَلِلْآخَرِ الثُّلُثُ، فَحَفَرَ أَحَدُهُمَا^٩ بُئْرًا بَعِيرٍ إِذْنِ^{١٠} الْآخَرِ فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ فَإِنَّ عَلَيْهِ^{١١} الدِّيَّةَ إِلَّا مِقْدَارَ نَصِيبِ نَفْسِهِ.

^١: لَأَنَّهُ اشْتَبَهَ سَبَبَ الْحَقِّ فَأَلْحَقَ بِاشْتِبَاهِ الْوَلِيِّ، وَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا لَا يَجِبُ قِيَمَةُ النَّفْسِ وَإِنَّمَا يَجِبُ أَرْشُ الْيَدِ وَمَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ إِلَى أَنْ أَعْتَقَهُ كَذَلِكَ هَهُنَا. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٢: فِي ب: يَقْبُضُهُ.

^٣: فِي ب: عَلَى.

^٤: مَا بَيْنَ قَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ، ثُمَّ أَلْحَقَ بِالْحَاشِيَةِ.

^٥: فِي ب: شِرَاءٌ بَتَاتًا.

^٦: أَبُو حَنِيفَةَ اعْتَبَرَ الْيَدَ، لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحِفْظِ حَقِيقَةٌ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْيَدِ لَا غَيْرَ، غَيْرَ أَنَّ الْمَلِكَ سَبَبُ الْيَدِ فَأَقِيمَ مَقَامَ الْيَدِ، فَإِذَا وَجَدَ الْمَلِكَ لِأَحَدِهِمَا وَالْيَدَ لِلْآخَرِ كَانَ اعْتِبَارُ الْيَدِ أَوْلَى. الْجَامِعُ الصَّغِيرُ مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ: ص/٥٠٢.

^٧: فِي ب: بَتَاتًا.

^٨: فِي ب: الْخِيَارُ.

^٩: اعْتَبَرَ الْمَلِكَ، لِأَنَّ الْحِفْظَ إِنَّمَا يَمْلِكُ بِهِ، وَالْمَلِكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِ، وَفِي الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ يَعْتَبَرُ قَرَارَ الْمَلِكِ، كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفَطْرِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ. الْهُدَايَةُ: ١٠/٤١٣.

^{١٠}: فِي ب: الْجَامِعُ. وَهُوَ الصَّحِيحُ، فَالْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ وَلَمْ أَجِدْهَا فِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ. وَانْظُرْ: بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٧/٢٩٣.

^{١١}: زَادَ فِي ب: فِيهَا.

^{١٢}: فِي ب: أَمْرٌ.

^{١٣}: فِي ب: فَوَقَعَ إِنْسَانٌ فِيهَا فَعَلِيهِ.

وَلَوْ كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَحَفَرُوا أَحَدَهُمْ فِيهَا بُئْرًا فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ، فَعَلَيْهِ ثُلُثَا الدِّيَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^١
وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ.^٢

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ رَمَى عَبْدًا بِسَهْمٍ فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى الْعَبْدَ، ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ فَمَاتَ، فَعَلَى الرَّامِي قِيمَةُ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^٣

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيْهِ فَضْلٌ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مَرْمِيًّا إِلَى غَيْرِ مَرْمِيٍّ^٤ أَنْ لَوْ كَانَ عَبْدًا.^٥

^١ : لأنَّ الموت حصل بعلّة واحدة وهو العمق المقدّر، لأنَّ أصل ذلك ليس بعلّة وهو القليل منه حتّى يعتبر كلّ جزء علّة على حدة فتجتمع العلل، فإذا كان كذلك يضاف التّلف إلى العلّة الواحدة، ثمّ تقسم على أربابها بقدر الملك، والتّلف عند المزاومة يضاف إلى الكلّ لعدم الأولويّة. تبين الحقائق: ١٤٨/٦. والمسألة ذكرها في الجامع الصّغير: ص/٥١٤.

^٢ : سقط من ب: عليه.

^٣ : لأنّه في الحفر باعتبار ملكه غير متعدّد، وباعتبار ملك شريكه متعدّد، فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين، كما إذا هلك بهرح الرّجل ونهش الحيّة وعقر الأسد. ر: المرجعان السّابقان.

^٤ : في ب: عبدًا لرجل.

^٥ : مرّ على أصله وهو اعتبار وقت الفعل، لأنّه صار قاتلاً بالرّمي السّابق، وهو كان ملك المولى حينئذ. بدائع الصّنائع: ٢٥٣/٧. وانظر هذه المسألة في الجامع الصّغير: ص/٤٩٨.

^٦ : زاد في ب: ومحمّد. لكن في الجامع الصّغير وفي البدائع هذا قول محمّد، ثمّ قال في البدائع: "وذكر القاضي في شرحه مختصر الطّحاوي رحمه الله قول أبي يوسف مع قول محمّد". المرجعان السّابقان.

^٧ : في ب: قيمته مرميٍّ وغير مرميٍّ.

^٨ : لأنّه لما رمى إليه فقد صار ناقصاً بالرّمي في ملك مولاه قبل وقوع السّهم به، لأنّه أشرف على الهلاك بتوجّه السّهم إليه فوجب عليه ضمان النّقصان، فصار كما لو جرحه ثمّ أعتقه مولاه، ولو كان كذلك لانقطعت السّراية ولا يضمن الدّيّة ولا القيمة وإنّما يضمن النّقصان كذا هذا. بدائع الصّنائع: ٢٥٣/٧.

مَسْأَلَةٌ: رَجُلٌ رَمَى رَجُلًا مُسْلِمًا فَأَرْتَدَّ الْمُرْمِيُّ بِهِ^١، ثُمَّ وَقَعَ بِهِ السَّهْمُ، فَعَلَى الرَّامِي الدِّيَّةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِنْ رَمَى مُرْتَدًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ فَوَقَعَ بِهِ السَّهْمُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٣.

مَسْأَلَةٌ: عَبْدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ، قَتَلَ مَوْلَى هُمَا -يَعْنِي مُعْتَقًا لَهُمَا- فَعَقَا أَحَدَ الْمَوْلَيْنِ، لَا يَجِبُ شَيْءٌ^٤ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ [١٤٤/أ] وَمُحَمَّدٍ^٥.

^١ : سقط من ب: رجلاً.

^٢ : سقط من ب: به.

^٣ : لأبي حنيفة رحمه الله: أَنَّ الضَّمانَ يجبُ بفعله وهو الرَّمِي إذ هو الَّذِي يدخل تحت قدرته دون الإصابة، ولا فعل له أصلاً بعده فيصير قاتلاً بالرَّمِي، والمُرْمِيُّ إليه متقومٌ في تلك الحالة، كما لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتدَّ والعياذ بالله، فأصاب السَّهم الصَّيد وهو مرتدٌّ فجرح الصَّيد ومات حلَّ أكله، وكذا لو كفر بعد الرَّمِي قبل الإصابة جاز تكفيره فكان العبرة بحالة الرَّمِي، وكان القياس أن يجب القصاص ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة التَّلَف فتجب الدِّيَّة. ر: الجامع الصَّغير: ص/ ٤٩٨، تبيين الحقائق: ١٢٤/٦.

^٤ : لأنَّ التَّلَف حصل في محلٍّ لا عصمة له، وإتلاف غير المعصوم هدر، وهذا لأنَّه بارتداده أسقط تقوُّم نفسه فيكون مبرئاً للرَّامي عن موجهه، فصار كما إذا أبرأه في هذه الحالة، وهذا لأنَّ إخراج نفيه عن التَّقويم كالإبراء، كالمغصوب منه إذا أعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضَّمان. ر: المرجعان السابقان.

^٥ : في ب: ثم وقع.

^٦ : سقط من ب: جميعاً.

وذلك لأنَّ الاعتبار عند أبي حنيفة حالة الرَّمِي، ووقت الرَّمِي لم يكن المُرْمِي متقوماً لعدم العصمة بكونه مرتدًّا أو حربياً فكان تلفه هدرًا. وأمَّا عندهما فلأنَّ فعله وقت الرَّمِي وقع هدرًا باعتبار الظَّاهر فلا ينقلب معتبراً، ولأنَّ قتل الحربيّ المرتدَّ مأمور به، فلو اعتبرنا حالة الإصابة لا تمتنع الناس من قتلهم، فسقط اعتبار وقت الإصابة في حقِّهم لمكان الصَّرورة، بخلاف ما إذا كان مسلماً وقت الرَّمِي، لأنَّه لا ضرورة ثمة. ر: الجامع الصَّغير: ص/ ٤٩٨، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق: ١٢٤/٦.

^٧ : في ب: لم يجب عليه شيء.

^٨ : ذكر في الجامع الصَّغير قول محمد مع أبي يوسف. وذكر صاحب الهداية: أنَّ بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة. ر: الجامع الصَّغير: ص/ ٥١٠، الهداية: ٣٧٩/١٠.

لها: أنَّ ما يجب من المال يكون حقَّ المقتول لأنَّه بدل دمه، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه، ثمَّ الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه. ر: الهداية مع شرح فتح القدير: ٣٨٠/١٠.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُقَالُ لِلَّذِي عَفَا: ادْفَعِ نِصْفَ نَصِيْبِكَ أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ^١. ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسَائِلَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا ضَرَبَ الْأَبُ الْإِبْنَ فِي أَدَبٍ، أَوْ الْوَصِيُّ ضَرَبَ الْيَتِيمَ فَمَاتَ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنُ^٣، وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ لَا يَضْمَنُ^٤.

وَلَوْ ضَرَبَ امْرَأَتَهُ فِي أَدَبٍ فَمَاتَتْ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ أُذُنَ عَبْدٍ أَوْ أَنْفَهُ أَوْ حَلَقَ لَحْيَتَهُ فَلَمْ تَنْبُتْ فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ^٦.

وَرَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ عَلَيْهِ قِيمَتَهُ تَامًا إِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْعَبْدُ^٧.

^١: سقط من ب: نصف.

^٢: له: أَنَّ حَقَّ الْقَصَاصِ ثَبَتَ فِي الْعَبْدِ عَلَى سَبِيلِ الشَّيْءِ، لِأَنَّ مَلِكَ الْمَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقَصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَا أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ وَهُوَ النِّصْفُ مَا لَا غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةُ أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَا لَا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ، وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرَّبْعُ فَلِهَذَا يُقَالُ: "ادْفَعِ نِصْفَ نَصِيْبِكَ أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ". الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٣: ر: الجامع الصغير: ص/ ٥١٠.

^٤: سقط من ب: ضرب.

^٥: لأبي حنيفة رحمه الله أَنَّ مَنْفَعَةَ الصَّغِيرِ كَالْوَاقِعِ لَهُ لِقِيَامِ الْبَعْضِيَّةِ بَيْنَهُمَا، أَلَا تَرَى أَنَّ شَهَادَتَهُ لَهُ جَعَلَتْ كَشَهَادَتِهِ لِنَفْسِهِ، وَوَضَعَ الزَّكَاةَ فِيهِ كَوَضَعَهُ فِي نَفْسِهِ، وَلِأَنَّ التَّأْدِيبَ يَحْصُلُ بِالزَّجْرِ وَالتَّعْرِيكِ. ر: تبين الحقائق: ١١٨/٥، الدر المختار: ٥٦٦/٦.

^٦: لِأَنَّ الضَّرْبَ لِإِصْلَاحِ الصَّغِيرِ فَكَانَ مَعْنِيًّا بِهِ إِذْ مَنْفَعَتُهُ عَائِدَةٌ عَلَيْهِ، وَهُوَ مُأْجُورٌ عَلَيْهِ، فَصَارَ كضَرْبِ الْمُعَلِّمِ إِيَّاهُ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الْمُعَلِّمَ لَيْسَ لَهُ وَلَايَةُ الضَّرْبِ وَإِنَّمَا يَسْتَفِيدُهُ مِنْهُ. تبين الحقائق: ١١٨/٥.

^٧: لِأَنَّهُ ضَرَبَهَا لِمَنْفَعَتِهِ نَفْسَهُ فَيَشْتَرِطُ فِيهِ السَّلَامَةُ، بِخِلَافِ الْأَبِ مَعَ الْإِبْنِ، وَلِأَنَّ تَأْدِيبَهَا لِلْوَلِيِّ. ر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي: ١١٨/٥، الدر المختار: ٥٦٦/٦.

^٨: وَجِهَ رِوَايَةُ الْحَسَنِ: أَنَّ الْفَائِتَ مِنَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَبِفَوَاتِ الْجَمَالِ تَقَلُّ رَغْبَاتُ النَّاسِ فَتَنْتَقِصُ الْمَالِيَّةُ فَيُضْمَنُ النِّقْصَانُ. الْبَحْرُ الرَّائِقُ: ١٤٥/٩.

^٩: فِي ب: الْعَبْدُ إِلَيْهِ. =

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا فَقَّأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ رَجُلٍ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ فَقَطَعَ يَدَهُ، كَانَ عَلَى فَاقِيَّ الْعَيْنَيْنِ مَا نَقَصَهُ، وَعَلَى قَاطِعِ الْيَدِ^٢ نِصْفُ قِيمَتِهِ مَقْفُوءَ الْعَيْنَيْنِ. رَوَى^٣ أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنَّ لَا يَكُونُ عَلَى فَاقِيَّ الْعَيْنَيْنِ شَيْءٌ يَعْنِي قِيَاسًا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً^٤.

= وجه رواية محمد: أن ما يجب بتفويته من الحر كمال الدية، فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة. المرجع السابق.

^١: في ب: رجل.

^٢: في ب: يده.

^٣: في ب: وروى.

^٤: وجهه: أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم وإهدار الجناية، فيغرم النقصان صوتاً للذمة عن الهدر والبطلان. ر: البحر الرائق: ١٤٥ / ٩.

^٥: في ب: يعني على قياس قول.

^٦: لأن عنده ليس للمولى إمساك المقفوء وتضمن النقصان وإنما له كمال القيمة وتمليك الجثة منه، وبالقسط الطارئ على المقفوء امتنع تضمين القيمة فيقدر إيجاب الضمان عليه. البحر الرائق: ١٤٥ / ٩.

كِتَابُ الْمَأْذُونِ^١

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ: "قَدْ أَذَنْتُ لَكَ فِي التِّجَارَةِ"، صَارَ مَأْذُونًا فِي التِّجَارَاتِ كُلِّهَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٢.

وَلَوْ قَالَ: أَذَنْتُ لَكَ فِي تِجَارَةِ الْبُرِّ أَوْ تِجَارَةِ الطَّعَامِ، فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي التِّجَارَاتِ كُلِّهَا فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٣.
وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ هُوَ مَأْذُونٌ فِي ذَلِكَ النَّوعِ خَاصَّةً^٤.

^١ : أذن بالشيء إذنًا وأذنًا وأذانة: علم. وفي التنزيل العزيز: ﴿فَأَذْنُوا يَحْرَبِ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ البقرة: ٢٧٩، أي كونوا على علم، وأذنه الأمر وأذنه به: أعلمه. ويقال: قد أذنته بكذا وكذا أو ذنه إيدانًا وإذنًا: إذا أعلمته. ويقال: أذنت لفلان في أمر كذا وكذا أذن له إذنًا، واستأذنت فلانًا استئذانًا وأذنت: أكثرت الإعلام بالشيء، والأذان: الإعلام، وأذنتك بالشيء: أعلمتكه.
المأذون: بضم الدال من أذن: أباح.

المأذون له بالتصرف: الذي أبيح له التصرف، لأن الإذن يفيد الإباحة، ومنه: المحجور عليه الذي أباح له مولاه، أو المأذون له وصيه ممارسة البيع والشراء.

شرعاً: فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعاً شرعاً.

في المجلة (م ٩٤٢): هو فك الحجر وإسقاط حق المنع. ر: لسان العرب: ٩/١٣، القاموس الفقهي: ص/١٩، معجم لغة الفقهاء: ص/٣٩٦، مجلة الأحكام العدلية: ص/١٨٤.

^٢ : سقط من ب: الرجل.

^٣ : سقط من ب: جميعاً.

لإطلاق الإذن من المولى، فلا حاجة في تصحيح الإذن إلى التنصيص على أنواع التجارة لأنه فك الحجر كالكتابة، ولأن مقصود المولى عادة أن يحصل العبد الربح بكسبه، واعتبار إذنه شرعاً ليتحقق به الرضا من المولى لتعلق الدين الواجب بالتجارة بهاليه رقبته، وهذا لا يختلف باختلاف أنواع التجارات، واشتراط ما لا يفيد لا يجوز. المبسوط للسرخسي: ٦/٢٥.

^٤ : في ب: وكذلك لو أذن له في تجارة البر أو الطعام في قول علمائنا.

للائمة الثلاثة: أن الإذن إسقاط الحق وفك الحجر، وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع، بخلاف الوكيل، لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته، وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة، وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه. ر: الهداية مع فتح القدير: ٢٩٣/٩.

^٥ : له: أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته، ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد، ولهذا يملك حجره، فيتخصص بها خصه به كالمضارب. الهداية مع فتح القدير: ٢٩٣/٩.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ حِنْطَةً مَزَارَعَةً، عَلَى أَنْ يَزْرَعَ الْمَزَارِعُ فِي أَرْضِ نَفْسِهِ^١ بِالنِّصْفِ
بِالنِّصْفِ^٢، فَالْمَزَارَعَةُ فَاسِدَةٌ^٣، وَالخَارِجُ كُلُّهُ لِلْمَزَارِعِ، وَعَلَيْهِ مِثْلُ الطَّعَامِ لِلْعَبْدِ.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الْمَزَارَعَةِ: إِذَا دَفَعَ رَجُلٌ إِلَى رَجُلٍ بَذْرًا مَزَارَعَةً بِالنِّصْفِ، فَالْخَارِجُ كُلُّهُ لِلدَّافِعِ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ
مِثْلِ^٤ الْعَامِلِ وَأَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ^٥.

^١: في ب: أرضه.

^٢: سقط من ب تكرار "بالنصف".

^٣: لآفته يصير قرضاً، وليس للمأذون أن يقرض، لأن القرض تبرع.

قيل: هذا التعليل غلط، إنما الصحيح من التعليل أن هذا دفع البذر مزارعة، ودفع البذر مزارعة وحده لا يجوز، لأن صاحب البذر
مستأجر الأرض، وشرط الإجارة التخلية بين المستأجر وبين ما استأجره، وذلك ينعدم إذا كان العامل صاحب الأرض.
كما أنه إذا دفع الطعام إلى رب الأرض مزارعة بالنصف فزرعه كان الخارج كله لرب الأرض وهو ضامن للعبد طعاماً مثل طعامه.
المبسوط للسرخسي: ٨/٢٥.

^٤: وجه ما قال هنا: أن صاحب البذر إنما رضي بإلقاء البذر في الأرض بطريق المزارعة بالنصف، فبدون ذلك الطريق لا يكون
راضياً، بل الزارع بمنزلة الغاصب لبذره، ومن غصب من آخر بذراً وزرعه في أرضه كان الخارج للزارع وعليه مثل ما غصب.
ر: المبسوط للسرخسي: ٨/٢٥.

^٥: في ب: الرجل إلى الرجل.

^٦: في ب: مثل أجر.

^٧: قال في كتاب المزارعة: في المزارعة الفاسدة الخارج كله لصاحب البذر لآفته بما بذره. فالنبي ﷺ ألحقه بصاحب البذر وألغى
الأرض، وذلك فيما روي عن مجاهد قال: «اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم: من عندي البذر، وقال الآخر: من
عندي العمل، وقال الآخر: من عندي الفدان، وقال الآخر: من عندي الأرض، فقضی في ذلك رسول الله ﷺ أن لصاحب الفدان
أجراً مسمى، وجعل لصاحب العمل درهماً كل يوم، وألحق الزرع كله لصاحب البذر، وألغى الأرض» [شرح معاني الآثار: باب من
زرع في أرض قوم بغير إذنهم كيف حكمهم في ذلك؟ رقم (٥٩٧٨). ٤/١١٩] فهو لم يجعل لصاحب الأرض من الخارج شيئاً، إلا
أنه يستوجب على صاحب البذر أجر مثل أرضه، بل يستوجب ذلك عليه كصاحب الفدان وقد أعطاه أجراً مسمى، والمراد أجر
المثل، وصاحب العمل فقد أعطاه درهماً كل يوم، وتأويله أن ذلك كان أجر مثله في عمله، وكما أنه سلم لصاحب البذر منفعة
الفدان، والعامل بحكم عقد فاسد فقد سلم له منفعة الأرض بعقد فاسد، فيستوجب أجر المثل، وبهذا تبين أن المراد بالإلغاء أنه لم
يجعل لصاحب الأرض شيئاً من الخارج. المبسوط للسرخسي: ٢٣/١٥-١٦.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ [١٤٤/ب] فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَيْنِ^١. وَقِيلَ: إِنَّ الْفَرْقَ لِيُوضَعَ الْمَسْأَلَةُ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَى عَبْدِهِ يَشْتَرِي وَيَبِيعُ وَلَمْ يَنْهَهُ فَالْعَبْدُ صَارَ مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا
الثَّلَاثَةِ^٣. وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا^٤.

^١: في ب: وقيل في هذه المسألة.

^٢: في الأصل: روايتان، والصواب ما أثبتته.

أصحّ الروايتين ما قال في المزارعة، لأنّ الخارج نماء البذر. ر: المبسوط للسرخسي: ٨/٢٥.

^٣: في ب: المسألتين.

فهناك وضع المسألة في الحرّ، وإذن الحرّ في استهلاك البذر صحيح معتبر، والمزارعة وإن فسدت بقي إذنه معتبراً في استهلاك البذر بإلقائه في الأرض، فكان الإلقاء بإذن صاحب البذر كإلقائه بنفسه فالخارج كلّ له. وأمّا إذن العبد في استهلاك بذره لا على وجه المزارعة فغير معتبر، فإنّه لا يملك أن يأذن في إتلاف البذر ولا أن يقرض البذر، فإذا لم يصحّ العقد وسقط اعتبار إذنه فكان الزّارع بمنزلة الغاصب المستهلك للبذر بإلقائه في الأرض، والخارج كلّ له، وعليه ضمان مثل ذلك البذر للعبد. المبسوط للسرخسي: ٨/٢٥.

^٤: في ب: فلم.

°: لأنّه لما كان إذنه في نوع يوجب الإذن في سائر الأنواع لدفع الغرور والضّرر عن النّاس، فكذلك سكوته عن النّهي عند رؤيته تصرّفاً منه يكون بمنزلة الإذن دفعاً للضرر والغرور عن النّاس. فلو لم تتعيّن جهة الرّضا عند سكوت المولى عن النّهي أدّى إلى الضّرر والغرور، فالنّاس يعاملون العبد ولا يمتنعون من ذلك عند محضر المولى إذا كان ساكناً، وإذا لحقته ديون ثمّ قال المولى: كان عبدي محجوراً عليه، فتتأخّر الدّيون إلى وقت عتقه، ولا يدري متى يعتق وهل يعتق أو لا يعتق؟ فيكون فيه إتواء حقّهم، ويلحقهم فيه من الضّرر ما لا يخفى، فلرفع الضّرر والغرور جعلنا سكوته بمنزلة الإذن له في التّجارة، ثمّ وإن كان السّكوت محتملاً لكنّ دليل العرف يرجّح جانب الرّضا. ر: المبسوط للسرخسي: ١٢-١١/٢٥.

^١: في ب: وفي قول.

^٢: لأنّ سكوته عن النّهي محتمل، قد يكون للرّضى بتصرفه وقد يكون لفرط وقلة الالتفات إلى تصرّفه لعلمه أنّه محجور عن ذلك شرعاً، والمحتمل لا يكون حجّة، فهو بمنزلة من رأى إنساناً يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك التّصرف بسكوته، ولأنّ الحاجة إلى الإذن من المولى، والسّكوت ليس بإذن، فالإذن ما يقع في الإذن، ولو أذن له ولم يسمع لم يكن ذلك إذناً، فمجرد السّكوت كيف يكون إذناً؟ المبسوط للسرخسي: ١٢/٢٥.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: "أَذْنْتُ لَكَ فِي التَّجَارَةِ يَوْمًا" أَوْ قَالَ: "شَهْرًا"، فَهُوَ مَأْذُونٌ فِي التَّجَارَةِ فِي الْأَوْقَاتِ كُلِّهَا فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^١.

وَقَالَ زُفَرٌ: هُوَ مَأْذُونٌ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ خَاصَّةً، فَإِذَا مَضَى الْوَقْتُ صَارَ مُحْجُورًا^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَذِنَ الْمُضَارِبُ لِعَبْدٍ مِنَ الْمُضَارِبَةِ فِي التَّجَارَةِ جَازَ وَصَارَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا^٣.

وَرَوَى هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَجُوزُ إِذْنُ الْمُضَارِبِ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَةَ أَخْصَصَ مِنَ الْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَذِنَ الْأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ^٥ فِي التَّجَارَةِ، وَهُوَ يَعْقِلُ الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ، جَازَ إِذْنُهُ، وَيَصِيرُ مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا^٦.

^١: زاد في ب: الرجل.

^٢: لِأَنَّ الْإِسْقَاطَاتِ لَا تَتَوَقَّتُ. فَإِنْ قِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ وَلَايَةُ الْحَجَرِ لِأَنَّ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ. قُلْتُ: بَقَاءُ وَلَايَةِ الْحَجَرِ بِاعْتِبَارِ بَقَاءِ الرِّقِّ، فَكَانَ فِي الْحَجَرِ امْتِنَاعٌ عَنِ الْإِسْقَاطِ فِيمَا يَسْتَقْبِلُ، إِلَّا أَنْ السَّاقِطَ لَا يَعُودُ، وَفِيهِ إِشْعَارُ بِأَنْ تَعْلَقَ الْإِذْنُ بِالشَّرْطِ جَائِزٌ كِإِضَافَتِهِ إِلَى الْمُسْتَقْبَلِ. مَجْمَعُ الْأَنْهَرِ: ٦٣/٤.

^٣: لِأَنَّ الْإِذْنَ عِبَارَةٌ عَنْ تَوْكِيلٍ وَإِبَانَةٍ فَيَتَقَيَّدُ بِمَا قَيَّدَ بِهِ الْمَوْلَى. ر: المرجع السابق.

^٤: لِأَنَّ الْمُضَارِبَ مَقْضُودٌ إِلَيْهِ وَجْهَ التَّجَارَةِ فِي مَالِ الْمُضَارِبَةِ، وَالْإِذْنُ فِي التَّجَارَةِ مِنَ التَّجَارَةِ، فَإِنْ حَجَرَ عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ فَحَجَرَهُ بَاطِلٌ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَبِيعَهُ فِيهِ فِي رَأْسِ الْمَالِ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَبَّ الْمَالِ لَوْ نَهَى الْمُضَارِبَ لَمْ يَتَبَرَّأْ مِنْهُ؟ وَنَفْسُهُ أَقْرَبُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِذَا كَانَ لَا يَعْمَلُ مِنْهُ فِي مَنَعَ الْمُضَارِبِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ فَلَا أَنْ لَا يَعْمَلَ مِنْهُ فِي مَنَعَ الْمَأْذُونِ مِنْ جِهَتِهِ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي كَسْبِهِ كَانَ أَوْلَى. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٣٩/٢٥.

^٥: في ب: عن محمد قال.

^٦: فَإِنَّ الْإِذْنَ فَكٌّ لِلْحَجَرِ، وَلَا يَسْتَفَادُ بِالشَّيْءِ مَا هُوَ فَوْقَهُ. ر: المرجع السابق.

^٧: الصَّغِيرُ: خِلَافُ الْكَبِيرِ، وَهُوَ نَوْعَانِ: الصَّغِيرُ الْمُمَيَّزُ: الصَّبِيُّ دُونَ الْبُلُوغِ الَّذِي يَفْرُقُ بَيْنَ الضَّارِ وَالنَّافِعِ، وَالرِّيحِ وَالْخُسَارَةِ. الصَّغِيرُ غَيْرُ الْمُمَيَّزِ: الصَّبِيُّ دُونَ الْبُلُوغِ وَلَا يَفْرُقُ بَيْنَ الرِّيحِ وَالْخُسَارَةِ، وَلَا بَيْنَ الضَّارِ وَالنَّافِعِ. ر: مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّةِ (م ٩٤٣): ص/ ١٨٤، الْقَامُوسُ الْفَقْهِيُّ: ص/ ٢٠٧، ٢١٢، مَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: ص/ ٢٧٤.

^٨: أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ عِبَارَتَهُ صَالِحَةٌ لِلْعُقُودِ الشَّرْعِيَّةِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ فِيمَا يَتَرَدَّدُ بَيْنَ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَضَرَّةِ.

وَحُجَّتُهُمْ فِي ذَلِكَ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ كَفَرُوا إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ النِّسَاءُ: ٦، وَالْإِبْتِلَاءُ هُوَ الْإِمْتِحَانُ بِالْإِذْنِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ لِيَعْرِفَ رَشْدَهُ وَصَلَاحَهُ، فَلَوْ تَصَرَّفَ بَدُونَ مَبَاشَرَتِهِمْ لَا يَتَمُّ بِهِ مَعْنَى الْإِبْتِلَاءِ.=

وَفِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ لَا يَكُونُ مَادُونًا فِي التَّجَارَةِ^١.

= ثم علق الزام دفع المال إليه بالبلوغ، وذلك عبارة عن زوال ولاية الولي عنه وبه نقول أن ذلك لا يثبت ما لم يبلغ، قال تعالى: ﴿وَأَتُوا آلَيْنَا أَمْوَالَهُمْ﴾ النساء: ٢، واسم اليتيم حقيقة يتناول الصّغير، فعرفنا أن دفع المال إليه وتمكينه من التصرفات جائز إذا صار عاقلاً، والمراد بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ النساء: ٥، الذين لا يعقلون، أو المراد النساء، وهو أن الرجل يدفع المال لزوجته ويجعل التصرف فيه إليها وذلك منهّي عنه عندنا. وقال رسول الله ﷺ لعمر بن أبي سلمة: «قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله ﷺ» وكان ابن سبع سنين [لفظ الحديث: فقالت لابنها: "قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ": مسند ابو يعلى الموصلي، مسند أم سلمة زوج النبي ﷺ: ١٢/ ٣٣٤، المستدرک على الصحيحين، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم، ذكر أم المؤمنين أم سلمة بنت أمية رضي الله عنها (٦٧٥٩) وصححه ووافقه الذهبي. المستدرک: ٤/ ١٨. وليس في الأحاديث -التي اطلعت عليها- أنه ابن سبع سنين، بل فيها أنه "يتيم"، وهذا موضع الشاهد، و"ابن سبع سنين" من كلام الشراح] ورأى رسول الله ﷺ عبد الله بن جعفر يبيع لعب الصبيان في صغره فقال: «بارك الله لك في صفقتك» [ر: شرح معاني الآثار (٥٧٥٦)، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ من قوله لأم سلمة لما خطبها. ج ٤٥٨/ ١٤] فقد مكّن الصبي من التصرف فدل أن عبارته صالحة لذلك والمعنى فيه أنه محجور أذن وليه له وعرفه فينفذ تصرفه كالعبد، وهذا لأنه مع الصغر أهل للتصرف إذا كان عاقلاً لأنه ممیز، والأهلية للتصرف بكونه متكلاً عن تمييز وبيان لا عن تلقين وهذيان وقد صار ممیزاً، إلا أن الحجر عليه لدفع الضرر عنه، ولهذا سقط عنه الخطاب، لأن في توجيه الخطاب عليه إضراراً به عاجلاً، ولأن الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار، فإن الصبا سبب للمرحمة، واعتبار كلامه في التصرف محض منفعة، لأنّ الآدمي باين سائر الحيوانات بالبيان وهو من أعظم المنافع عند العقلاء، وهذه منفعة لا يمكن تحصيلها له برأي المولى، ولهذا صحّ منه من التصرفات ما يتمخض منفعة كقبول الهبة، أمّا ما يتردد بين المنفعة والمضرة فيعتبر فيه انضمام رأي إلى رأيه لتوفير المنفعة عليه، فلو نفذنا ذلك منه قبل الإذن ربّما يتضرر به، ويزول هذا المعنى بانضمام رأي الولي إلى رأيه، ولتوهم القصور فيه بقي ولاية الولي عليه ويتمكّن من الحجر عليه بعد ذلك، وهو كالسفيه، فإن القاضي بعد ما أطلق عنه الحجر إذا أراد أن يحجر عليه جاز ذلك لهذا المعنى. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٥/ ٢١-٢٣.

١: في ب: لا يصير.

٢: لأن حجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً، لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَيْنَا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ النساء: ٦، والابتلاء: الاختبار والامتحان، والرشد ضد الغي. وفي سنن أبي داود: «لا يتم بعد الاحتلام» [عن علي بن أبي طالب ؓ: حفظت من رسول الله ﷺ: «لا يتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل» أبو داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء متى ينقطع اليتيم (٢٨٧٣). قال ابن حجر في التلخيص الحبير: "وقد أعلّه العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسكاً بسكوت أبي داود عليه"، والمراد من إيناس الرشد العلم به.

ووقت الاختبار قبل البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَابْتُلُوا آلَيْنَا حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾، واليتيم إنّما يقع على غير البالغ، والمراد بالقبليّة: الزّمن القريب للبلوغ بحيث يظهر رشده ليسلم إليه المال، وقيل بعده ليصحّ تصرفه. =

وَكَذَلِكَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْوَصِيِّ إِذَا أَذِنَ لِلصَّبِيِّ^١ فِي التِّجَارَةِ، صَارَ مَأْذُونًا فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^٢، وَصَارَ مَأْذُونًا فِي التِّجَارَاتِ كُلِّهَا^٣، فَإِنْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ تَرَكَةِ أَبِيهِ جَازَ بَيْعُهُ^٤ فِي هَذِهِ الرِّوَايَةِ.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ إِلَّا مَا كَانَ مِنْ تِجَارَتِهِ، وَإِنَّمَا تَجُوزُ فِي الَّذِي يَكْتَسِبُ بِنَفْسِهِ^٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الصَّبِيَّ الْمَحْجُورَ بَاعَ شَيْئًا أَوْ اشْتَرَى أَوْ تَزَوَّجَ، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ غَيْرُهُ، فَكَبِرَ الصَّبِيُّ فَأَجَازَ، تَجُوزُ إِجَازَتُهُ^٦.

= فعلى الأول الأصحُّ أنه لا يصحُّ عقده لما مرَّ من بطلان تصرّفه، بل يسلم إليه المال ويمتحن في الماكسة، فإذا أراد العقد عقد الولي لما تقرّر من بطلان تصرّفه، وعلى الثاني يصحُّ عقده للحاجة. ر: مغني المحتاج: ١٦٦/٢ - ١٧٠.

^١: في ب: لليتيم.

^٢: في ب: جاز إذنه في قول علمائنا.

^٣: لما سبق. قال في الهداية: وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرّفه، وذكر الولي ينتظم الأب والجدّ عند عدمه والوصي والقاضي والوالي. وعند الشافعي لا يكون مأذوناً. ر: الهداية مع فتح القدير: ٣١٦/٩ - ٣١٨، مغني المحتاج: ١٦٦/٢ - ١٧٠.

^٤: في ب: وإذا.

^٥: زاد في ب: أو أقرّ على أبيه بالدين. وهو صواب. ر: الهداية مع فتح القدير: ٣١٩/٩ - ٣٢٠.

^٦: سقط من ب: بيعه.

^٧: وجه هذه الرواية: أنّ الحجر لما انفكّ عنه بالإذن التحقّ بالبالغين، فكان الموروث والمكتسب في صحّة الإقرار سواء لكونهما ماليّة. ر: العناية شرح الهداية: ٣١٩/٩ - ٣٢٠.

^٨: في ب: في.

^٩: لأن صحّة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لثلاً يمتنع الناس عن معاملته في التجارة، وهي معدومة في الموروث. المرجع السابق.

^{١٠}: لأنّ هذه تصرّفات لها مجيز حال وجودها، فلو فعلها وليّه جازت، فاحتمل التوقّف على الإجازة، وإنّما يتوقّف على إجازته بنفسه أيضاً بعد البلوغ كما يتوقّف على إجازة وليّه في حال صغره، لأنّه لما بلغ فقد ملك الإنشاء فأولى أن يملك الإجازة، ولأنّ ولايته على نفسه فوق ولاية وليّه عليه في حال صغره، فلما جاز بإجازة وليّه فلا يجوز بإجازة نفسه أولى.

ولا يتوقّف على نفس البلوغ من غير إجازة، لأنّ الإجازة لها حكم الإنشاء من وجه، وأنّه فعل فاعل مختار، والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل إجازة. ر: بدائع الصنائع: ١٤٩/٥ - ١٥٠.

وَلَوْ طَلَّقَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ، ثُمَّ أَدْرَكَ^١ فَأَجَازَ، لَمْ يَجُزْ^٢.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا يَجُوزُ شَيْءٌ^٣ مِنْ ذَلِكَ بِإِجَازَتِهِ^٤.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى قَالَ لِقَوْمٍ: "بَايَعُوا عَبْدِي"، فَبَايَعُوهُ، وَالْعَبْدُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، صَارَ مَأْذُونًا.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الزِّيَادَاتِ: إِذَا قَالَ الْأَبُّ لِرَجُلٍ: "اشْتَرِ مِنْ ابْنِي عَبْدًا" فَاشْتَرَى الرَّجُلُ^٥، وَالابْنُ لَمْ يَعْلَمْ^٦، فَإِذْنُ الْأَبِّ لَا يَجُوزُ، وَلَا يَصِيرُ الْابْنُ مَأْذُونًا.

وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ^٧.

^١: في ب: كبير.

^٢: لأنه لا يجوز لهذا التصرف عند وقوعه، فالطلاق والهبة والعتاق محض ضرر عاجل في حقه فلا يعتبر فيه عقله ولا ولاية الولي عليه، لأن ثبوت الولاية عليه لتوفير المنفعة له لا للإضرار به، إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء بأن يقول بعد البلوغ: أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز، ويكون ذلك إنشاء الإجازة. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٥ / ٢٤. بدائع الصنائع: ١٥٠ / ٥.

^٣: في الأصل: شيئاً.

^٤: لم أعثر على توجيه قول زفر فيما أطلعت عليه من المراجع.

^٥: في ب: عبده.

^٦: سقط من ب: الرجل.

^٧: في ب: ولم يعلم الابن.

^٨: قال ابن عابدين في حاشيته: "وفي بعض الروايات: جاز مطلقاً. وحمل بعض المشايخ الأول على القياس، والثاني على الاستحسان، وبعضهم قال على الروايتين.

والحاصل: أن الإذن بالتصرف لو ثبت مقصوداً يشترط له علم المأذون، ولو ثبت ضمناً لغيره ففيل: فيه قياس واستحسان، وقيل: روايتان.

ومن المشايخ من قال: لا فرق بينهما وهو الظاهر. اهـ ملخصاً.

قال أبو السَّعُود: وهو صريح في ردِّ المخالفة التي ذكرها المصنّف بقوله: بخلاف ما إذا قال بايعوا ابني الصغير. اهـ، وأقره شيخنا هبة الله البعلي في شرحه على الأشباه. رد المحتار: ١٧٦ / ٦.

^٩: في الأصل: روايتان.

وَقِيلَ: إِنَّ الْفَرْقَ لِيُوضَعَ الْمَسْأَلَةُ: [١٤٥/أ]

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ مَأْذُونًا فَحَجَرَ عَلَيْهِ الْمَوْلَى، وَالْعَبْدُ لَمْ يَعْلَمْ بِالْحَجَرِ، فَهُوَ مَأْذُونٌ عَلَى حَالِهِ^١.

وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى أَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولًا، فَبَلَغَهُ الرَّسُولُ الرَّسَالََةَ، صَارَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ، سَوَاءٌ كَانَ الرَّسُولُ عَدْلًا أَوْ غَيْرَ عَدْلٍ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

^١: زاد في ب: فيه.

^٢: منهم من أثبت اختلاف الروايتين في جواز الإذن القائم من غير علم العبد، ومنهم من لم يثبت الاختلاف، وفرق بين العبد والصبي فجعل العلم شرطاً في الصبي دون العبد.

وجه الفرق أن انحجار العبد لحق مولاه، فإذا أذن انفك بمبايعته فقد أسقط حق نفسه فانفك الحجر فصار مأذوناً، بخلاف الصبي، لأن انحجاره عن التصرف لحق نفسه لا لحق أبيه، ألا ترى أن العهدة تلزمه دون أبيه؟ فشرط علمه بالإذن الذي هو إزالة الحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة مضافاً إليه.

ويحتمل أن يفرق بينهما من وجه آخر، وهو أن الإذن على سبيل الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعاً، إلا أن السبب لا يقام مقام المسبب إلا للضرورة، والضرورة في حق العبد دون الصبي، لأن الناس يحتاجون إلى مبايعة العبد المأذون، لأن الإذن للعبد بالتجارة من عادات التجار، وإذا وجد الإذن على الاستفاضة وأنه سبب لحصول العلم غالباً فالناس يعاملونه بناء على هذه الدلالة ثم يظهر أنه ليس بمأذون لانعدام العلم حقيقة فتعلق ديونهم بذمة المفلس وتتاخر إلى ما بعد العتق فيؤدي إلى الضرر بهم، بخلاف الصبيان، لأن إذن الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار، والناس أيضاً لا يعاملون الصبيان عادة، ولو توقّف الإذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر إلا على سبيل الندرة، والنادر ملحق بالعدم. بدائع الصنائع: ١٩٤/٧.

^٣: لأن الأصل في الإذن والحجر هو العبد، وإنما ثبت حكمه في حق غيره تبعاً، ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم، فكذا في حق غيره. حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢١١/٥.

^٤: في ب: وبُليغ الرسول.

^٥: سقط من ب: عليه.

^٦: سقط من ب: جميعاً.

لأن العلم قد وقع به، لأن قول الرسول كقول المرسل، سواء كان الرسول عدلاً أو غير عدل، لأن الرسول ينقل كلام المرسل. ر: حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢١١/٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَتَاهُ إِنْسَانٌ فَأَخْبَرَهُ، وَالْمَوْلَى^١ لَمْ يُرْسِلْهُ، فَإِنْ كَانَ الْمُخْبِرُ عَدْلًا صَارَ الْعَبْدُ مُحْجُورًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَدْلًا لَا يَصِيرُ^٢ مُحْجُورًا فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ إِذَا أَخْبَرَهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ أَوْ صَبِيٌّ عَدْلٌ أَوْ غَيْرُ عَدْلٍ صَارَ الْعَبْدُ مُحْجُورًا^٤.

^١: في ب: أن المولى.

^٢: في ب: لم يصير.

^٣: استدلل بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦]، فقد أمر الله بالتوقف في خبر الفاسق، وذلك منع من العمل بخبر الفاسق، فلو أثبتنا الحجر بخبر الفاسق لكان ذلك حكماً يخالف النص، بخلاف الرسول فإنه نائب عن المرسل، فعبارة الرسول كعبارة المرسل، فأما الفضولي فليس بنائب عن المولى لأنه ما أنابه مناب نفسه، فيبقى حكم الخبر مقصوراً عليه، وهو فاسق فكان الواجب التوقف في خبره بالنص، ثم هذا خبر ملزم لأنه يلزم العبد الكف عن التصرف، وخبر الفاسق لا يكون ملزماً كخبره في الديانات، بخلاف إخباره بالوكالة والإذن فإن ذلك غير ملزم، لأنه بالخيار إن شاء تصرف وإن شاء لم يتصرف.

وتقرير هذه: أن لهذا الخبر شبهين: شبه رواية الإخبار من حيث إلزام العمل به، وشبه الإخبار بالوكالة من حيث إنه معاملة، وما تردد بين أصلين يوقر حظه عليهما، فلا اعتبار معنى الإلزام شرطنا فيه العدالة، ولشبهه بالمعاملات لا يشترط فيه العدد. ر: المبسوط للسرخسي: ٣٢/٢٥.

^٤: طريقهما أن هذا من باب المعاملات، وخبر الواحد في المعاملات مقبول وإن لم يكن عدلاً، كما لو أخبر بالوكالة وبالإذن للعبد، وهذا لأن في اشتراط العدالة في هذا الخبر ضرب حرج، فكل أحد لا يتمكن من إحضار عدل عند كل معاملة، ولهذا سقط اشتراط العدد فيه، بخلاف الشهادات، فلذلك يسقط اعتبار العدالة فيه، ومتى كان الخبر حقاً فالمخبر به كأنه رسول المولى، لأن المولى حين حجر عليه بين يديه فكأنه أمره أن يبلغه الحجر دلالة، والدلالة في بعض الأحكام كالصريح خصوصاً فيما بني على التوسع، ولو أرسله لم يشترط فيه صفة العدالة فكذاك هاهنا.

قال في البحر: "وفي الخاتمة فرق الإمام بين الإذن والحجر، فعنده لا يثبت الحجر بخبر الواحد إلا إذا كان عدلاً أو اثنان، ويثبت الإذن بقول الفضولي الواحد على كل حال.

وذكر الشيخ خواهر زاده عن الفقيه أبي بكر البلخي أنه لا فرق بينهما، وإنما يصير مأذوناً إذا كان الخبر صادقاً عند العبد وكذا الحجر، والفتوى على هذا القول". ر: المبسوط للسرخسي: ٣١-٣٢، البحر الرائق: ٨/١٧٥.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زَيْدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ: مَا لَمْ يُجْبَرْهُ رَجُلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لَا يَصِيرُ مُحْجُورًا،
وَكَذَلِكَ الْاِخْتِلَافُ^١ فِي الْوَكِيلِ إِذَا^٢ أَخْبَرَهُ رَجُلٌ أَنَّ الْمُوَكَّلَ حَجَرَ عَلَيْهِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَدْنَى الرَّجُلِ^٣ لِأَمْتِهِ فِي التَّجَارَةِ، ثُمَّ دَبَّرَهَا، لَمْ تَصِرْ مُحْجُورَةً بِالِاتِّفَاقِ^٤.

وَلَوْ أَنَّهُ وَطَّيَّهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ فَإِنَّ فِي الْقِيَاسِ لَا تَصِيرُ مُحْجُورَةً، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ^٥.

وَفِي الْاِسْتِحْسَانِ تَصِيرُ مُحْجُورَةً، وَهُوَ قَوْلُ عِلْمَانَا الثَّلَاثَةِ^٦.

^١ : وجه هذه الرواية: أن هذا خبر ملزم، ومن أصله اشتراط العدد في الخبر الملزم. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٤٦/١، بدائع الصنائع: ١٣٥/١.

قلت: وهذا قد ذكره في الصلاة، ونبه على أن ذلك أيضاً في حق الحجر على المأذون وعزل الوكيل والإخبار بجناية العبد. ولم أجده في المواطن التي ذكرها.

^٢ : في ب: هذا الاختلاف.

^٣ : في ب: إن.

^٤ : فعند أبي حنيفة لا ينعزل الوكيل إلا إذا كان المخبر عدلاً، وعندهما ينعزل عدلاً كان المخبر أو غير عدل إذا ظهر صدقه. ر: بدائع الصنائع: ٣٧/٦.

^٥ : في ب: المولى.

^٦ : لأن العادة لم تجر بتحسين المدبرة، ولم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت، إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن، لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المال، وحكم الإذن فك الحجر، وحق الحرية لا يمنع فك الحجر. البحر الرائق: ١٧٨/٨. وهذه المسألة ذكرها في الجامع الصغير: ص/٤٦٣.

^٧ : لأن المولى لو أذن لأُم ولده ابتداءً يجوز، فالتنقي أولى. البحر الرائق: ١٧٧/٨.

^٨ : في ب: وفي قول علمائنا: تصير محجورة، وهو استحسان.

وجه الاستحسان: أن العادة جرت بتحسين أمهات الأولاد، وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة، ودليل الحجر كصريحه، بخلاف ما لو أذن لأُم ولده صريحاً، ونظيره: إذا قدم لآخر طعاماً ليأكله حل له التناول، فإذا نهاه صريحاً حرم عليه التناول لقوة الصريح. البحر الرائق: ١٧٧-١٧٨. وانظر: الجامع الصغير: ص/٤٦٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ عَبْدًا عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَأَذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ^١، صَارَ اخْتِيَارًا مِنْهُ وَبَطَلَ الْخِيَارُ^٢.

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَأَذِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ بِغَيْرِ مُحْضَرٍ مِنَ الْمُشْتَرِي، لَمْ يَكُنْ إِذْنُهُ نَقْضًا لِلْبَيْعِ مَا لَمْ يَلْحَقْهُ الدَّيْنُ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ صَارَ إِذْنُهُ نَقْضًا لِلْبَيْعِ^٣. وَهَذَا فَرَعٌ مَسْأَلَةِ كِتَابِ الْبُيُوعِ، أَنَّ نَقْضَ الْبَيْعِ بِغَيْرِ مُحْضَرٍ صَاحِبِهِ لَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ^٤، وَتَجُوزُ إِجَازَتُهُ^٥.

^١: في ب: ثم أذن.

^٢: أو نظر إليه يشتري ويبيع فلم ينهه. المبسوط للسرخسي: ٤٦/٢٥.

^٣: وصار العبد مأذوناً له قبضه أو لم يقبضه، لأن الإذن في التجارة تصرف منه فيه بحكم الملك فيكون دليل الرضا منه بتقرير ملكه، وذلك إسقاط منه لخياره، والسكوت عن النهي عند التمكن منه بمنزلة الإذن، وهو متمكن من الإذن للنهي عن التصرف سواء قبضه أو لم يقبضه، فكان سكوته كإذنه. ر: الأصل: ١١٦/٤، المبسوط للسرخسي: ٤٦/٢٥.

^٤: لأن الدين عيب في العبد، وإنما تعيب بهذا العيب بسبب الإذن الموجود من البائع، فالتعيب من البائع في مدة الخيار فسخ وإن لم يكن بمحضر من صاحبه، لأنه فسخ من طريق الحكم. المرجع السابق.

^٥: لأن الإذن له في التجارة تصرف بحكم الملك فيكون مقررًا به ملكه، وذلك منه كالتصريح بالفسخ. ومن أصل أبي يوسف أن من له الخيار ينفرد بالفسخ بغير محضر من صاحبه. ر: المرجع السابق.

^٦: زاد في ب: وعند أبي يوسف يجوز. وهو الصواب.

فإن أبا يوسف قال: ردّه جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه، لأن تصرفه يلاقي خالص حقه فيكون نافذاً، كالزواج إذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها، والمعتقة إذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحاً.

وبيان الوصف أن الخيار خالص حق من له الخيار، ولهذا لا يشترط رضا الآخر في تصرف من له الخيار بحكم الخيار، فكذلك لا يشترط حضوره، واعتبر الفسخ بالإجازة.

وأبو حنيفة ومحمد قالا: إنه بالفسخ يلزم غيره حقاً فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به، كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به.

وبيان الوصف أن العقد منعقد مع الخيار، وبالفسخ ارتفع الانعقاد في حق الآخر، وحكم الفسخ ضد حكم العقد، فعرّفنا أن بتصرفه يلزم غيره حقاً، وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به، ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب ما

لم يعلم به. ر: الأصل: ١٢٧/٥، الجامع الصغير: ص/٣٤٣، المبسوط للسرخسي: ٤٤/١٣-٤٥.

^٧: زاد في ب: عندهم.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا أَذِنَ لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ فَلَحِقَهُ دَيْنٌ، ثُمَّ وَهَبَ لَهُ هِبَةً أَوْ تُصَدَّقَ عَلَيْهِ بِصَدَقَةٍ، أَوْ كَانَتْ أُمَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا، فَالْغُرْمَاءُ أَحَقُّ بِالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَلَدُ فِي قَوْلِ عَلَمَانَا الثَّلَاثَةِ^١.

وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ لَا حَقَّ لِلْغُرْمَاءِ فِي الْهِبَةِ وَلَا فِي الصَّدَقَةِ وَلَا فِي الْوَلَدِ^٢، وَإِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي ثَمَنِ الْعَبْدِ وَفِي تِجَارَتِهِ. [١٤٥/ب]

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَذِنَا لَهُ فِي التَّجَارَةِ، وَأَدَانَهُ أَجْنَبِيٌّ مِئَةَ دِرْهَمٍ، وَأَدَانَهُ أَحَدُ الْمُؤَلَّيْنِ مِئَةَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ بَاعَ الْعَبْدُ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ، أَوْ مَاتَ الْعَبْدُ وَتَرَكَ مِئَةَ دِرْهَمٍ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ تَقْسِمُ الْمِئَةِ أَثْلَاثًا: ثُلَاثًا لِلْأَجْنَبِيِّ، وَثُلَاثًا لِلْمَوْلَى الَّذِي أَدَانَهُ^٣.

^١ : في ب: وبالصدقة.

^٢ : لأن الهبة والصدقة كسب العبد فلا يسلم للمولى إلا بشرط الفراغ من دين العبد، ككسب التجارة، وهذا لأن الكسب يوجب الملك للمكتسب بأي طريق كان إلا أن المكتسب إذا لم يكن أهلاً للملك يخلفه في ذلك مولاه خلافة الوارث المورث، فكما أنه لا يسلم للوارث شيء من التركة إلا بشرط الفراغ من دين المورث فكذلك لا يسلم للمولى شيء من كسب العبد إلا بشرط الفراغ من دينه، وهذا لأن العبد وإن لم يكن أهلاً للملك فهو من أهل قضاء الدين بكسبه، وحاجته في ذلك مقدّمة على حق مولاه في كسبه، فما لم يفضل عن حاجته لا يسلم للمولى شيء منه.

وكذا إذا كان الدين لحقها قبل أن تلد ثم ولدت، لأن حق الغرماء تعلّق بها في حال ما كان الولد جزءاً متصلاً بها فيسري إلى الولد بحكم الاتصال. ر: الأصل: ٤/٤، المبسوط للسرخسي: ٢٥/٥٤-٥٥.

^٣ : في ب: وفي الصدقة والولد.

^٤ : في ب: أو.

^٥ : لأن وجوب الدين عليه بسبب التجارة، فما كان من كسب تجارته يتعلّق الدين به لا لتحاد السبب، وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أملاك المولى فلا يتعلّق حقّ غرمائه به، كما لو ولدت الجارية ثم لحقها دين بعد ذلك لم يتعلّق حقّ غرمائها بولدها لهذا المعنى، وهذا لأنّ وقوع الملك للمولى في الهبة والصدقة ما كان بسبب فكّ الحجر عنه.

فإن قيل: الإذن كان يثبت له الملك في الهبة والصدقة أيضاً بخلاف كسب التجارة فحصوله كان بسبب الإذن له في التجارة، قلنا بأنّه لا يسلم للمولى ما لم يفرغ من دين العبد. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٥/٥٤.

^٦ : في ب: أو مات فترك.

^٧ : لأي حنيفة رحمه الله أنّ محلّ الدين هو الدّمة، وإنّما المال محلّ قضاء الدين لا محلّ وجوب الدين، وجميع دين الأجنبيّ ثابت في دّمة العبد، والثّابت من دين المولى نصفه، لأنّ نصف العبد ملكه، ولا يستوجب المولى على عبده ديناً، فيضرب كلّ واحد منهما بجميع ما=

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ تُقْسَمُ أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعِهِ لِلْأَجْنَبِيِّ، وَرُبُعُهُ لِلْمَوْلَى الَّذِي أَدَانَهُ.

وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ وَافَقَ^٢ الْاِخْتِلَافَ الَّذِي فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ، إِذَا قَتَلَ الْمُدَبِّرُ^٣ قَتِيلَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً.

وَهَذَا الْاِخْتِلَافُ عَلَىٰ صِدِّ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي قَالَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى: إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ جَمِيعَ الدَّارِ وَالْآخَرِ
نِصْفَ الدَّارِ: فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ تُقْسَمُ أَرْبَاعًا، وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ تُقْسَمُ أَثَلَاثًا^٤.

= ثبت من دينه، لأنَّ قسمة كسب العبد بين غرمائه كقسمة التركة بين الغرماء، وإذا اجتمع في التركة دين مئة لرجل ودين خمسون
لآخر والتركة مئة فإنه يضرب كل واحد منهما فيها بجميع حقه، وتكون التركة بينهما أثلاثاً فهذا مثله. المبسوط للسرخسي: ٦٣/٢٥.
١: وجه قولهما: أن نصف المئة نصيب المولى الدائن، ودينه لا يثبت في نفسه، فيسلم ذلك للأجنبي خاصة، ونصفه نصيب الذي لم يدن
وقد استوفى فيه حق الأجنبي، وحق المولى الدائن من دين كل واحد منهما فيه مقدار خمسين فيقسم ذلك بينهما نصفين. المرجع
السابق.

٢: في ب: يوافق.

٣: في ب: في المدبر إذا قتل.

٤: في ب: أو خطأ. وما في الأصل هو الصواب.

وقد مرّت هذه المسألة في باب جنابة العبد في البئر وهي كالتالي: إذا قتل المدبر رجلين أحدهما عمداً والآخر خطأ، وللعمد وليان،
فعدا أحدهما، فعلى المولى قيمة المدبر أثلاثاً، ثلثاه لصاحب الخطأ، وثلثه لصاحب العمد الذي لم يعف، وهذا قول أبي حنيفة.
وفي قول صاحبيه القيمة بينهما أرباعاً، ثلاثة أرباعه لصاحب الخطأ، وربعه لصاحب العمد الذي لم يعف. وقد ذكرت تعليل أقوالهم
فراجع هناك.

٥: سقط من ب: على.

٦: الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد منهما إذا كان يدلي بسبب صحيح معلوم فالقسمة على طريق العول، كالورثة في
التركة، وإذا كان يدلي لا بسبب صحيح ثابت فالقسمة على طريق المنازعة، وفي مسألة الدعوى سبب استحقاق كل واحد منهما
الشهادة، وهي لا توجب شيئاً قبل اتصال القضاء، فلم يكن كل واحد من السببين معلوم الصحة فلهذا كانت القسمة على طريق
المنازعة. ر: المبسوط للسرخسي: ٨٤/١٧.

٧: أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله أن قسمة العين متى وجبت بسبب حق في العين كانت القسمة على طريق العول، ومتى وجبت
بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة، وفي مسألة الدعوى حق كل واحد من المدعين في العين فكانت القسمة على
طريق العول، لمعنى أن حق كل واحد منهما شائع في العين فما من جزء منه إلا وصاحب القليل مزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه،
فلهذا كانت القسمة بطريق العول. ر: المرجع السابق.

وَيُجَالِفُ أَيْضاً مَسْأَلَةَ كِتَابِ الْوَصَايَا، وَهِيَ مَسْأَلَةُ السَّيْفِ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى بَاعَ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ طَعَاماً أَوْ رَقِيقاً^٢ أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ، وَعَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ، جَازَ الْبَيْعُ^٣ إِنْ أَخَذَ الثَّمَنَ قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَ الْمَبِيعَ^٤.

^١: "لو أوصى لرجل بسيف قيمته مئة ولآخر بسدس ماله وله خمسمئة درهم سوى السيف كان لصاحب السيف أحد عشر سهماً من اثني عشر سهماً من السيف في قول أبي حنيفة، لأنه اجتمع في السيف وصيتان: وصية بجميعه، وصية بسدسه، والقسمة في هذا عند أبي حنيفة على طريق المنازعة، فخمسة أسداس السيف تسلم لصاحب السيف بلا منازعة، وقد استوت منازعتها في السدس فكان بينهما نصفين، وتبين أن سهام السيف صارت على اثني عشر لحاجتنا إلى سدس ينقسم نصفين، وقيمة السيف مئة، فكل مئة من الخمسمئة يكون على اثني عشر أيضاً فذلك ستون سهماً، للموصى له بالسدس سدس ذلك، لأنه أوصى له بسدس ماله فيستحق به السدس من كل مال وذلك عشرة، فتبين أن للموصى له بالسدس أحد عشر سهماً، عشرة من الخمسمئة وسهم من السيف، ولصاحب السيف أحد عشر، فقد بلغت سهام الوصايا اثنين وعشرين وذلك دون الثلث، لأن سهام المال اثنان وسبعون والسالم للورثة خمسون فكان التوزيع مستقيماً.

وفي قول أبي يوسف ومحمد قسمة السيف بين الموصى لهما على طريق العول، فيضرب فيه صاحب السيف بستة، وصاحب السدس بسهم، فيكون السيف بينهما على سبعة أسهم، والخمسمئة الأخرى تجعل كل مئة على سبعة أيضاً فذلك خمسة وثلاثون، للموصى له بالسدس سدس ذلك، وذلك خمسة وخمسة أسداس سهم فقد نفذت الوصية له في هذا القدر من الخمسمئة، وفي سهم من السيف، وذلك ستة وخمسة أسداس، ولصاحب السيف ستة من السيف كلها فذلك اثنا عشر وخمسة أسداس، وجملة سهام المال اثنان وأربعون فكانت الوصية بأقل من الثلث فلا حاجة إلى إجازة الورثة". المبسوط للسرخسي: ١٦٤-١٦٥ / ٢٧.

وليلاحظ أن في نسخة المبسوط بين يدي "وفي قول أبي حنيفة ومحمد" بدلاً من "أبي يوسف ومحمد" والصواب ما أثبتته، حيث ذكر قول أبي حنيفة منفصلاً فكان الصواب أن يذكر قول صاحبيه. وانظر: البحر الرائق: ٢٢٢ / ٩.

^٢: في ب: دقيقاً.

^٣: لأنه مفيد، فإنه يخرج به من كسب العبد إلى ملك المولى ما كان المولى ممنوعاً منه قبل ذلك لحق الغرماء ويدخل به في كسب العبد ما لم يكن تعلق به حق الغرماء وهذا عندهما. أمّا عند أبي حنيفة فالمولى لا يملك كسب عبده المديون كما لا يملك كسب مكاتبه فيجوز البيع بينهما. المبسوط للسرخسي: ٧٠ / ٢٥.

^٤: ولا سبيل للغرماء على المولى فيما قبض من الثمن، لأن المبيع خلف عن الثمن في تعلق حق الغرماء به. المبسوط للسرخسي:

٧١ / ٢٥.

وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى دَفَعَ الْمَبِيعَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الثَّمَنَ صَارَ الْمَبِيعُ لِلْعَبْدِ، وَغَرَمَ أَوْهُ أَحَقُّ بِهِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ^١.

وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: لِلْمَوْلَى أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَبِيعَ إِنْ كَانَ قَائِمًا، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ الْعَبْدُ فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْلَى. وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى بَاعَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ بِقَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الْمَوْلَى بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْ عَبْدِهِ الثَّمَنَ مِقْدَارَ قِيَمَتِهِ وَأَبْطَلَ الْفَضْلَ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ. وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى دَفَعَ الْمَبِيعَ إِلَى الْعَبْدِ، صَارَ الْجَوَابُ مِثْلَ الْفَضْلِ الْأَوَّلِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ أَقْرَأَ أَنَّهُ افْتَضَّ جَارِيَةً بِأُصْبُعِهِ كَانَ إِفْرَاؤُهُ بَاطِلًا فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

^١: لَأَنَّهُ بَسَلَّمَ الْمَبِيعَ أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الْحَبْسِ وَمَلَكَ الْيَدَ الَّتِي كَانَ بَاقِيًا لَهُ، فَلَوْ بَقِيَ الثَّمَنُ بَقِيَ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ، وَالْمَوْلَى لَمْ يَسْتَوْجِبْ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٢: فِي ب: مَا دَامَ.

^٣: فِي ب: فَإِنْ.

^٤: فِي ب: لَهُ.

وَجِهَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِنَّمَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الْعَيْنِ بِشَرَطِ أَنْ يَسْلَمَ لَهُ الثَّمَنُ، وَلَمْ يَسْلَمْ، فَيَبْقَى حَقُّهُ فِي الْعَيْنِ عَلَى حَالِهِ، وَيَتِمَكَّنُ مِنْ اسْتِرْدَادِهِ مَا بَقِيَ فِي الْعَيْنِ، لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَلَكَ الْعَيْنِ فِيهَا فِي يَدِ عَبْدِهِ، فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَلَكَ الْيَدِ فِيهِ، فَأَمَّا بَعْدُ الْاسْتِهْلَاكِ فَقَدْ صَارَ دَيْنًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَنِيِّ: ٧١/٢٥.

^٥: لِأَجْلِ الزَّيَادَةِ وَكَوْنِ الْعَبْدِ مَتَّهًا فِي حَقِّ مَوْلَاهُ، فَإِقْرَارُهُ لِمَوْلَاهُ لَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَكَذَلِكَ الْمَحَابَاةُ وَالزَّيَادَةُ مِنْهُ لِمَوْلَاهُ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَنِيِّ: ٧/٢٦.

^٦: فَالزَّيَادَةُ لَا تَسْلَمُ لِلْمَوْلَى لِكَوْنِهِ مَتَّهًا فِي الْمَعَامَلَةِ مَعَ الْمَوْلَى بِحَقِّ الْغَرَمَاءِ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى، لَأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِخُرُوجِهِ عَنْ مَلَكَهِ إِلَّا بِشَرَطِ سَلَامَةِ جَمِيعِ الثَّمَنِ لَهُ وَلَمْ يَسْلَمْ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَنِيِّ: ٧١/٢٥.

^٧: وَلَعَلَّ الْمَقْصُودَ الْعَبْدَ التَّاجِرَ أَوْ الْمَأْذُونَ. وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ.

^٨: فِي ب: وَفِي.

^٩: وَجِهَ قَوْلُهُمَا: أَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالْجَنَائَةِ، لِأَنَّ الْفِعْلَ بِالْأَصْبَغِ جَنَائِيَّةٌ مُحْضَةٌ، وَالتَّلَفُ بِهِ جُزْءٌ مِنَ الْآدَمِيِّ، وَالْمَأْذُونَ فِي الْإِقْرَارِ بِالْجَنَائَةِ كَالْمَحْجُورِ، فَكَمَا أَنَّ الْمَحْجُورَ لَوْ أَقْرَأَ بِهَذَا لَمْ يَصَحَّ إِقْرَارُهُ لَأَنَّهُ مَقْرَّرٌ عَلَى مَوْلَاهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَقْرَأَ بِهِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَنِيِّ: ١٨/١٤٩، ٧٦/٢٥.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ جَازاٌ إِقْرَارُهُ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونِ أَقَرَّ لِأَبِيهِ بِدَيْنٍ وَهُوَ^٢ حُرٌّ، أَوْ لِابْنِهِ أَوْ لِزَوْجَتِهِ وَهِيَ حُرَّةٌ، لَمْ يَجْزُ إِقْرَارُهُ

[١٤٦/أ] فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، سَوَاءٌ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ.

وَيَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ.

وَهَذَا مِثْلُ اخْتِلَافِ كِتَابِ الْبَيْعِ^٣ فِي الْوَكِيلِ إِذَا بَاعَ مِنْ هَؤُلَاءِ^٤.

^١: فِي ب: يَجُوزُ.

^٢: وَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالْإِفْتِضَاظِ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ بِالْغَضَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ. وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ بِالْغَضَبِ وَالِاسْتِهْلَاكِ صَحِيحٌ يُوَازِئُ بَضْمَانَهُ فِي الْحَالِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْغَاصِبَ بِالْإِفْتِضَاظِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالاً فَإِنَّهُ يَسْلُكُ بِهِ مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ حَتَّى يَمْلِكَ بِالْعَقْدِ مَقْصُوداً وَيَسْتَحِقُّ بِالْبَيْعِ شَرْطاً، وَإِقْرَارُهُ بِضْمَانِ الْمَالِ صَحِيحٌ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٣: فِي ب: وَأَبُوهُ.

^٤: إِقْرَارُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِمَنْ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِي حَقِّ الْغَيْرِ بَاطِلٌ لَوْ كَانَ حُرّاً فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَبْدًا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨٠/٢٥.

^٥: وَيُشَارِكُونَ الْغُرَمَاءَ فِي كَسْبِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ كَسْبَ الْمَأْذُونِ فِيهِ حَقٌّ غُرْمَائِهِ أَوْ حَقٌّ مَوْلَاهُ، بِمَنْزِلَةِ إِقْرَارِهِ لِأَخِيهِ. ر: الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٦: فِي ب: اخْتِلَافُ الْبَيْعِ.

^٧: لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْبَيْعَ مِنْ هَؤُلَاءِ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى لِاتِّصَالِ مَنَفْعَةِ مَلِكٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَاحِبِهِ، ثُمَّ لَا يَمْلِكُ الْبَيْعُ مِنْ نَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ مِنْ هَؤُلَاءِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ، يَحْقُقُهُ أَنَّ اتِّصَالَ مَنَافِعِ الْأَمْلاكِ بَيْنَهُمَا تَوَرَّثَ التَّهْمَةُ، لِهَذَا لَمْ تَقْبَلْ شَهَادَةُ أَحَدِهِمَا لِصَاحِبِهِ بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ.

وَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّ الْبَيْعَ مِنْ هَؤُلَاءِ وَمِنَ الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْلِكُهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْ صَاحِبِهِ، ثُمَّ لَا يَمْلِكُ الْبَيْعُ مِنْ نَفْسِهِ. ر:

الْأَصْلُ: ٢٠٤/٥، بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٢٨/٦.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَجَرَ الْمَوْلَى عَلَى عَبْدِهِ فَأَقَرَّ بَعْدَ مَا حَجَرَ عَلَيْهِ بِغَضَبٍ^١ اغْتَصَبَهُ أَوْ بَوَدِيْعَةٍ^٢ أَوْ عَارِيَّةٍ^٣ أَوْ مُضَارِيَّةٍ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْعَبْدِ مَالٌ جَازَ إِقْرَارُهُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ^٤.

وَلَوْ أَنَّ الْمَوْلَى أَخَذَ الْمَالَ مِنْ يَدَيْهِ، ثُمَّ أَقَرَّ الْعَبْدُ بِذَلِكَ، لَمْ يَجْزُ إِقْرَارُهُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^٥.

^١: الغضب في اللغة: أخذ الشيء، مألًا كان أو غيره، ظلمًا وقهراً، أو أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب.

وفي الشَّرع: أخذ مال متقوم محترم بغير إذن مالكه على وجه يزيل يده إن كان في يده بلا خفية. أو هو: إزالة يد محقة، بإثبات يد مبطله، في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير إذن مالكه. ويقال للأخذ "عاصب" وللمال المضبوط "مغضوب" ولصاحبه "مغضوب منه". ر: أنيس الفقهاء: ص/ ١٠٠، التعريفات: ص/ ١٦٢، القاموس الفقهي: ص/ ٢٧٥، اللباب في شرح الكتاب: ص/ ٣٤٢، مجلة الأحكام العدلية (م ٨٨١): ص/ ١٧٠.

^٢: في ب: أو وديعة.

الوديعة لغة: التَّرك، وشرعاً: تسليط الغير على حفظ ماله، وهي اسم أيضاً لما يحفظه المودع، أي المال الذي يوضع عند شخص بقصد الحفظ بغير أجر، أو هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصداً. نهاية ابن الأثير: ١٦٧/٥، مجلة الأحكام العدلية (م ٧٦٣):

ص/ ١٤٤، التعريفات ص/ ٢٥١، أنيس الفقهاء: ص/ ٩٢، معجم لغة الفقهاء: ص/ ٥٠١، اللباب في شرح الكتاب: ص/ ٣٤٨.

^٣: العارية: مشددة الياء على المشهور ويجوز تخفيفها، ج عواري، الشيء المعار، وبالتخفيف فقط: المتجرّدة من ثيابها (مؤث العاري)، العاري)، وفي الهداية: هي من العريّة وهي العطية، وفي المغرب: والعارية فعلية منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة. وفي الصّحاح: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، والعارة مثل العارية.

شرعاً: تمليك المنافع بغير عوض. وفي المجلة (م ٧٦٥): العارية: هي المال الذي تملك منفعتة لآخر مجاناً أي بلا بدل، ويسمى معاراً أو مستعاراً أيضاً. ر: التعريفات: ص/ ١٤٦، أنيس الفقهاء: ص/ ٩٤، المغرب: ص/ ٣٣١، الهداية مع فتح القدير: ٩/ ٣-٤، مجلة الأحكام العدلية: ص/ ١٤٥، معجم لغة الفقهاء: ص/ ٣٠٠.

^٤: في ب: يدي.

^٥: وهو استحسان، ووجهه: أن المصحح للإقرار قبل الحجر عليه هو اليد، ولهذا لا يصحّ إقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى، واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغ ما في يده من الأكساب عن حاجته، وإقراره دليل على تحققها. ر: تبين الحقائق: ٢١٢/٥.

^٦: وقولها هو القياس، ووجهه: أن المصحح لإقراره هو الإذن وقد زال بالحجر، ويده على أكسابه قد بطلت بالحجر، لأن يد المحجور عليه غير معتبرة، فصار كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل إقراره. المرجع السابق.

^٧: سقط من ب: العبد.

^٨: سقط من ب: جميعاً. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَجَرَ عَلَى عَبْدِهِ وَفِي يَدَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ، فَأَقَرَّ بَدَيْنِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ، كَانَ عَلَيْهِ فِي الْإِذْنِ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ يُصَدَّقُ فِي ذَلِكَ الْمَالِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.^١

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ الْمَالِ الَّذِي فِي يَدَيْهِ لَمَوْلَاهُ^٢، وَالَّذِينَ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا حَجَرَ عَلَى عَبْدِهِ وَفِي يَدَيْهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ وَعَلَيْهِ خَمْسَمِئَةٌ دِرْهَمٍ، فَأَقَرَّ بَعْدَ الْحَجْرِ بِدَيْنِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي التَّجَارَةِ، فَأَقَرَّ أَنَّ الْأَلْفَ الَّتِي فِي يَدَيْهِ وَدِيعَةٌ لِفُلَانٍ، فَإِنَّ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ خَمْسَمِئَةً لِصَاحِبِ دَيْنِ^٣ الْأَوَّلِ، وَخَمْسَمِئَةً لِلَّذِي أَقَرَّ لَهُ^٤ فِي حَالِ الْحَجْرِ، ثُمَّ يَتَّبِعُهُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَيُبَاعُ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ عَنْهُ مَوْلَاهُ^٥.

= لِأَنَّهُ يَدُهُ قَدْ زَالَتْ عَنْهُ، وَيَدُ الْمَوْلَى ثَابِتَةٌ فِيهِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا فَلَا تَبْطُلُ بِإِقْرَارِهِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^١: فِي ب: إِذْن.

^٢: فِي ب: فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ.

^٣: فِي ب: الْمَالِ الَّذِي يَدُهُ لَمَوْلَاهُ.

^٤: وَهَذَا فِرْعٌ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلُهَا.

إِذَا لَا أَثَرَ لِلْإِذْنِ الثَّانِي فِيهِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْمَالِ مِمَّا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ فِي الْإِذْنِ الْأَوَّلِ فَيَجْعَلُ وَجُودَهُ كَعَدَمِهِ، وَلَوْ لَمْ يَوْجَدْ كَانَ الْإِقْرَارُ صَحِيحًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَقْرَرِ لَهُ الْعَيْنَ.

وَعِنْدَهُمَا يَكُونُ إِقْرَارُهُ بَاطِلًا فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْإِذْنِ الثَّانِي، إِلَّا أَنْ عِنْدَهُمَا إِقْرَارُهُ فِي الْإِذْنِ الثَّانِي إِقْرَارًا بِالذَّيْنِ، وَهُوَ لَوْ أَقَرَّ بِدَيْنِ اتَّبَعَهُ الْمَقْرَرُ لَهُ فِي رَقَبَتِهِ فَبَاعَهُ فِيهِ فَكَذَلِكَ هُنَا. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨٥ / ٢٥.

^٥: فِي ب: يَدَيْهِ.

^٦: زَادَ فِي ب: دَيْن.

^٧: فِي ب: الدَّيْنِ. وَهُوَ الصَّوَابُ.

^٨: فِي ب: بِهِ.

^٩: وَلَا يُصَدَّقُ عَلَى الْوَدِيعَةِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨٨ / ٢٥.

^{١٠}: لِأَنَّ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ فِي الْإِذْنِ الْأَوَّلِ مُقَدَّمٌ فِيهِمَا فِي يَدِهِ، فَيَأْخُذُ صَاحِبُ الدَّيْنِ الْأَوَّلِ كَمَا لِحَقِّهِ، ثُمَّ الْمَقْرَرُ لَهُ بِالذَّيْنِ بَعْدَ الْحَجْرِ مُسْتَحَقٌّ لِمَا بَقِيَ فِي يَدِهِ فَيَأْخُذُهُ، وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ خَمْسَمِئَةٌ فَيُؤْخِذُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَيَتَّبِعُ صَاحِبُ الْوَدِيعَةِ الْعَبْدَ بِوَدِيعَتِهِ كُلَّهَا فَيُبَاعُ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَقْضِيَهُ الْمَوْلَى، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالْوَدِيعَةِ حَصَلَ فِي حَالِ الْإِذْنِ الثَّانِي وَهُوَ صَحِيحٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى، وَقَدْ قَضِيَ الْوَدِيعَةَ دَيْنًا عَلَيْهِ بَزَعَمَهُ فَيُؤْخِذُ بِبَدَلِهِ فِي الْحَالِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٨٨ - ٨٩ / ٢٥.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ صَاحِبِهِ خَمْسُمِئَةٍ لِصَاحِبِ دَيْنٍ^١ الْأَوَّلِ وَخَمْسُمِئَةٍ لِلْمَوْلَى. وَلِصَاحِبِ الْوَدِيعَةِ أَنْ يَتَّبَعَ الْعَبْدَ بِخَمْسُمِئَةٍ وَيُطِيلَ عَنْهُ خَمْسُمِئَةٍ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى الْعَبْدِ^٣ الْمَأْذُونِ دَيْنٌ، فَوَكَّلَ الطَّالِبُ مَوْلَاهُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ مِنْ عَبْدِهِ، فَإِنَّ الْوَكَالَهَ بَاطِلَةٌ، وَإِقْرَارُ الْمَوْلَى بِالْقَبْضِ لَا يَجُوزُ^٤.

وَقَالَ فِي كِتَابِ الْوَكَالَهَ: إِذَا وَكَّلَ رَجُلٌ^٥ رَجُلًا بِقَبْضِ دَيْنٍ عَلَى أَبِيهِ أَوْ عَلَى ابْنِهِ^٦ أَوْ مُكَاتَبِهِ أَوْ عَبْدِهِ، جَارَتْ الْوَكَالَهَ^٧.

^١: في ب: الدَّيْنِ. وهو الصَّواب.

^٢: زاد في ب: ولصاحب الدَّيْنِ أَنْ يَتَّبِعَهُ بِذَلِكَ.

لأنَّ إقراره بالدَّيْنِ بعد الحجر عندهما غير صحيح. ويتبع صاحب الوديعه فيه العبد بخمسمئة درهم، ويطلق من وديعته الخمسمئة التي أخذها المولى، لأنَّ إقراره بالوديعه حصل في حالة الإذن، إلَّا أنَّه إنَّما يصير ضامناً لما قضى به ديناً عليه دون ما أخذه المولى بغير اختياره، وإنَّما قضى الدَّيْنِ الذي عليه بخمسمئة منها فيتبع بذلك خاصَّة، والخمسمئة الأخرى أخذها المولى فهي في حقِّه. المرجع السابق: ٨٩/٢٥.

^٣: سقط من ب: العبد.

^٤: سقط من ب: بالقبض.

^٥: ولم يبرأ العبد من الدَّيْنِ، لأنَّ المولى في قبض الدَّيْنِ من عبده عامل لنفسه، والأصل أنَّ العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائباً عن غيره.

قال في المبسوط: "وأصحُّ الروايتين ما ذكرناه هنا". البحر الرائق: ٨/١٦٤، وانظر: المبسوط للسرخسي: ٢٥/١٢١.

^٦: في ب: الرَّجُلِ.

^٧: في ب: أو ابنه.

^٨: سقط من ب: الوكالة.

قال في كتاب الوكالة: ولو وكله بقبض دين له على أبي الوكيل أو ولده أو مكاتبه أو عبده فقال الوكيل: "قد قبضته وهلك في يدي" وكذبه الأمر فالقول قول الوكيل، لأنَّ الوكالة لما صحَّت بالقبض من هؤلاء صار هو مسلطاً من جهة الأمر على الإقرار بالقبض، لأنَّ من ملك مباشرة الشيء يملك الإقرار به. وتأويله في حقِّ العبد إذا كان مديوناً، أمَّا إذا لم يكن مديوناً فتوكيله بالقبض يصحُّ، كتوكيله بالقبض من نفسه، ولا يصحُّ إقراره بالقبض، لأنَّ وجوب الدَّيْنِ فيها هو ملك المولى. المبسوط للسرخسي: ١٩/٧٥.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ أَلْفُ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ وَأَلْفُ دِرْهَمٍ إِلَى أَجَلٍ، فَطَلَبَ صَاحِبُ الدَّيْنِ الْحَالَ دَيْنَهُ فَبَاعَهُ الْقَاضِي، فَإِنْ [١٤٦/ب] نَصَفَ الثَّمَنَ يُدْفَعُ إِلَيْهِ، وَالنَّصْفُ إِلَى الْمَوْلَى حَتَّى يَحُلَّ دَيْنُ الْآخَرِ، وَهَذَا قَوْلُ عَلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ^١.

وَقَالَ زُفَرٌ: إِذَا بَاعَ الْعَبْدُ يَحُلُّ الدَّيْنَ، وَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِهِ^٢.

وَإِذَا كَانَ عَلَى الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ دَيْنٌ، ثُمَّ إِنَّ مَوْلَى الْعَبْدِ وَهَبَ الْعَبْدَ مِنْ صَاحِبِ الدَّيْنِ، فَالْهَبَةُ جَائِزَةٌ وَبَطْلُ الدَّيْنِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي هَبَّتِهِ لَمْ يَعِدِ الدَّيْنُ أَبَدًا، وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ خَاصَّةً^٣.

وَذَكَرَ^٤ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فِي الزِّيَادَاتِ: أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا رَجَعَ فِي هَبَّتِهِ عَادَ الدَّيْنُ^٥.

^١ : لِأَنَّ بَيْعَ الْقَاضِي يَتَحَوَّلُ حَقُّ الْغَرَمَاءِ إِلَى الْعَبْدِ مِنَ الثَّمَنِ، وَأَصْلُ الْاسْتِحْقَاقِ لَصَاحِبِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ ثَابِتٌ وَإِنْ كَانَتْ الْمَطَالَبَةُ مُتَأَخِّرَةً إِلَى حُلُولِ الْأَجَلِ، وَاسْتِحْقَاقُ الثَّمَنِ بِشُيُوبِ حَقِّهِ مِنَ الدَّيْنِ فِي ذِمَّتِهِ فَكَانَ ذَلِكَ بَائِعًا سَلَامَةً جَمِيعِ الثَّمَنِ لَصَاحِبِ الدَّيْنِ الْحَالَ فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ نِصْفُ الثَّمَنِ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤١/٢٥.

^٢ : فِي ب: الدَّيْنِ.

^٣ : وَيُدْفَعُ النَّصْفُ إِلَى الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ حَقٌّ لَصَاحِبِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، وَلَكِنْ مَطَالِبَتُهُ بِهِ تَتَأَخَّرُ إِلَى حُلُولِ الدَّيْنِ، أَلَا تَرَى أَنَّ قَبْلَ حُلُولِ الْمَالِ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ عَلَى رَقَبَتِهِ وَكَسْبِهِ فَكَذَلِكَ عَلَى بَدْلِ الرَّقَبَةِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ كَانَ الْمَوْلَى أَحَقَّ بِهِ لِأَنَّهُ بَدَلَ مَلِكِهِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٤ : فِي ب: وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ.

^٥ : فِي ب: يَصِيرُ.

^٦ : لِأَنَّ الدَّيْنَ يَتَحَوَّلُ بَيْعَ الْقَاضِي إِلَى الثَّمَنِ، وَالثَّمَنُ عَيْنٌ لَا يَقْبَلُ الْأَجَلَ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَوْتِ الْحَرِّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤١/٢٥.

^٧ : وَجْهٌ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّ الدَّيْنَ بِالْهَبَةِ سَقَطَ عَنِ الْعَبْدِ لَا إِلَى بَدَلٍ فَكَانَ كَالسَّاقِطِ عَنْهُ بِالْإِبْرَاءِ، وَبَعْدَ الْإِبْرَاءِ لَا يَتَصَوَّرُ عَوْدُ الدَّيْنِ إِذَا تَمَّ السَّقُوطُ بِالْقَبُولِ، وَهَذَا لِأَنَّ السَّاقِطَ يَكُونُ مُتَلَاشِيًا، وَالْعَوْدُ يَتَصَوَّرُ فِي الْقَائِمِ دُونَ الْمُتَلَاشِيِّ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ١٤٩/٢٥.

^٨ : فِي ب: ذَكَرَ.

^٩ : لِأَنَّ الرَّجُوعَ فِي الْهَبَةِ بفسخِ الْعَقْدِ مِنَ الْأَصْلِ وَتَعَوُّدِ الْعَيْنِ إِلَى قَدِيمِ مَلِكِهِ، وَسَقُوطِ الدَّيْنِ كَانَ بِحُكْمِ الْهَبَةِ، فَإِذَا انْفَسَخَ عَادَ الدَّيْنُ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

وَرَوَى ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَرَادَ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَيْبَتِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْعَبْدَ لَمَّا بَرِيَ مِنَ الدِّينِ صَارَ بِمَنْزِلَةِ الزِّيَادَةِ فِيهِ، كَرَجُلٍ وَهَبَ عَبْدًا أَصَمًّا^١ فَسَمِعَ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ، وَبَاعَ وَحَابَى فِيهِ مِقْدَارَ مَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ، جَازَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ^٤.

^١: في ب: محمد بن سماعه.

^٢: في الأصل وفي ب: أصمًّا، وهو خطأ.

^٣: لأن ذلك في معنى زيادة حادثة في ملك الموهوب له، والزيادة المتصلة تمنع الواهب من الرجوع. ولكن في ظاهر الرواية هذه زيادة لا تغير صفة العين، فتكون كزيادة السعر فلا يمنع الواهب من الرجوع. المرجع السابق.

^٤: سقط من ب: المأذون.

^٥: وجه قول أبي حنيفة: أنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جرياً على قضية إطلاق اللفظ، ولا يجوز تقييده بالغرض، لأن اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة، على أننا لا نسلّم خلوه من الغرض، فإن التاجر في العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل إلى غرض لا طريق له إلا ببيع ما عنده، وعسى لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق، ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتتمس حاجته إلى بيع ما عنده بوضعية رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه، وهذا معهود بين التجار. حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ٢٠٦/٥.

^٦: الصبي المأذون والعبد عندهما لا يملكان البيع بالمحاباة الفاحشة من أجنبي، لأن في ذلك معنى التبرع وهما ليسا من أهل التبرع، ولأن التجارة لأجل الاسترباح وهذا ضده. ر: الجامع الصغير: ص/ ٥٣١، المبسوط للسرخسي: ١١٤/٢٥، تبين الحقائق:

٢٠٦/٥.

وَاعْلَمَ أَنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: الْوَكِيلُ وَالْمُضَارِبُ وَشَرِيكَ الْعِنَانِ وَالْمُفَاوِضُ، إِذَا بَاعَ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ بِمُحَابَاةٍ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ جَارَ، وَإِنْ اشْتَرَى هَؤُلَاءِ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ لَمْ يَجْزُ.

^١: في ب: أن الوكيل.

^٢: ضاربه في المال من المضاربة، وهي القراض، والمضاربة: أن تعطي إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق قال الله تعالى: ﴿وَالْأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ المزمّل: ٢٠، المضاربة: مصدر ضارب. والمضارب: العامل في شركة المضاربة. شرعاً: عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب. في المجلة (م ١٤٠٤): نوع شركة على رأس المال من طرف، والسعي والعمل من الطرف الآخر. ويقال لصاحب رأس المال: رب المال، وللعامل مضارب. ر: لسان العرب: ١/٥٤٣، القاموس الفقهي: ص/٢٢١-٢٢٢، معجم لغة الفقهاء: ١/٤٣٤، مجلة الأحكام العدلية: ص/٢٧١.

^٣: هي ما تضمنت وكالة فقط لا كفالة.

في المجلة (م ١٣٣١): إذا عقد اثنان أو أكثر الشركة بينهما وكان مالهما الذي أدخله في الشركة مما يصلح أن يكون رأس مال للشركة، ولم يشترط المساواة التامة في رأس المال والربح، فتكون الشركة شركة عنان. ر: القاموس الفقهي: ص/٢٦٣، مجلة الأحكام العدلية: ص/٢٥٥.

^٤: شركة المفاوضة: هي شركة يتساوى فيها الأطراف مالاً وتصرّفاً. في المجلة (م ١٣٣١): إذا عقد اثنان أو أكثر عقد الشركة بينهما على المساواة التامة، وكان مالهما الذي أدخله في الشركة مما يصلح أن يكون رأس مال للشركة، وكانت حصّتهما متساوية من رأس المال والربح، فتكون الشركة مفاوضة. ر: المعجم الوسيط: ص/٧٠٦، القاموس الفقهي: ص/٢٩١، مجلة الأحكام العدلية: ص/٢٥٥.

^٥: في ب: محاباة.

^٦: في ب: اشترى أحد من هؤلاء شيئاً.

^٧: فرق أبو حنيفة في تصرّف الوكيل والمضارب وشريك العنان والمفاوض بين البيع والشراء في الغبن الفاحش، لأن هؤلاء يرجعون على الأمر بما يلحقه من العهدة، فكان الوكيل بالشراء متّهماً في أنه كان اشتراه لنفسه فلما ظهر الغبن أراد أن يلزمه الأمر. أمّا في تصرّف المأذون سوى أبو حنيفة بين البيع والشراء، لأن المأذون متصرّف لنفسه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد، فكان البيع والشراء في حقّه سواء. ر: الجامع الصغير: ص/٤٠٩، المبسوط للسرخسي: ٢٥/١٥٧، بدائع الصنائع: ٦/٩٢.

وَالْأَبُ وَالْجَدُّ وَالْوَصِيُّ وَالْقَاضِي، إِذَا بَاعَ أَحَدٌ مِنْ هَؤُلَاءِ مَالَ الْيَتِيمِ بِأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ، أَوْ اشْتَرَى لِلْيَتِيمِ شَيْئًا بِأَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَبْدًا قَلِيلًا^١.

وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ وَالْمُكَاتَّبُ إِذَا بَاعَ أَوْ اشْتَرَى جَازَ ذَلِكَ كُلُّهُ بِقَلِيلِ الثَّمَنِ وَكَثِيرِهِ^٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ فِي هَذَا كُلِّهِ لَا يَجُوزُ، إِلَّا بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا بَاعَ الْمَأْذُونُ جَارِيَةً بَعْدَ وَدْفَعِ الْجَارِيَةِ وَلَمْ يَقْبُضِ الْعَبْدَ حَتَّى هَلَكَ فِي يَدَيِ الْبَائِعِ، فَلِلْمَأْذُونِ أَنْ يَسْتَرِدَّ جَارِيَتَهُ إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً^٤.

وَإِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ وَلَدَتْ^٥ أَوْ قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهَا فَوَجَبَ الْأَرْشُ، أَوْ وَطِئَهَا رَجُلٌ بِشُبْهَةٍ فَوَجَبَ الْمَهْرُ [١٤٧/أ] ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ، فَلَيْسَ لِلْمَأْذُونِ عَلَى الْجَارِيَةِ سَبِيلٌ، وَلَكِنْ يَأْخُذُ قِيَمَتَهَا^٦.

١: في ب: شيئاً.

٢: لأنَّ تَصَرَّفَهُمْ مَقْيَّدٌ بِالْأَنْظَرِ. تبين الحقائق: ٢٠٦/٥. والمسألة في الجامع الصغير: ص/٥٣١.

٣: سقط ب: كله.

٤: في ب: بقليل أو كثير.

ر: الجامع الصغير: ص/٥٣١، البحر الرائق: ٨/٨١.

٥: طريقها أن المحابة الفاحشة بمنزلة الهبة، ألا ترى أن من لا يملك الهبة كالأب والوصي لا يملك التصرف بالمحابة الفاحشة، وأنه متى حصل ذلك من المريض كان معتبراً من ثلثه كالهبة، ثم هؤلاء لا يملكون الهبة فكذلك لا يملكون التصرف بالمحابة الفاحشة، وهذا لأنه ضد لما هو المقصود بالتجارة، فالمقصود بالتجارة الاسترباح دون إتلاف المال، وإنا لم ننفذ هذا العقد من الأب والوصي لدفع الضرر عن الصبي، فإذا نهى له إنما يصح لتوفر المنفعة عليه لا للإضرار به، فحاله فيما يلحق الضرر به من التصرفات بعد الإذن كما قبله. المبسوط للسرخسي: ١٥٦/٢٥. وانظر الجامع الصغير: ص/٥٣١.

٦: لأن البيع قد انتقض بموت الغلام قبل التسليم لفوات القبض المستحق بالعقد فثبت له حق الرجوع بملكه. الأصل: ١١٢/٥، المبسوط للسرخسي: ١٥٧/٢٥.

٧: ولدت ولداً من غير سيدها. الأصل: ١١٢/٥، المبسوط للسرخسي: ١٥٨/٢٥.

٨: لأنه حدث فيها زيادة منفصلة متولدة من عقر أو أرش أو ولد وذلك في العقد الصحيح بعد القبض، فمنع فسخ العقد فيها لمعنى الرضا حق للشرع، فلا يتغير ذلك برضا الغير، ويكون حقه في قيمتها، لأنه تعذر رد عينها مع بقاء السبب الموجب له فيجب قيمتها يوم دفعها. ر: المرجع السابق.

وَلَوْ أَنَّ الْجَارِيَةَ زَادَتْ^١ فِي بَدَنِهَا، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، فَلِلْمَأْذُونِ أَنْ يَأْخُذَ الْجَارِيَةَ بِزِيَادَتِهَا^٢، وَهَذَا قَوْلُ زُفَرٍ
أَيْضًا^٣.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْمَأْذُونَ يَأْخُذُ قِيَمَةَ الْجَارِيَةِ، وَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى
الْجَارِيَةِ، وَهَذَا مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ الَّذِي قَالُوا فِي كِتَابِ النِّكَاحِ: إِذَا زَادَتْ الْجَارِيَةُ فِي يَدَيِ الْمَرْأَةِ ثُمَّ طَلَّقَهَا^٤.

^١ : في ب: ازدادت.

^٢ : لأنه لا معتبر بالزيادة المتصلة في باب البيع في المنع من الرد والفسخ. المبسوط للسرخسي: ١٦٠ / ٢٥.

^٣ : في ب: وهذا قول محمد خاصة، وهو قول زفر أيضاً. قال في كتاب النكاح: "وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة". لكن في كتاب المأذون قال: "وأصح الروايتين ما ذكره هنا، فالزيادة المتصلة تبع من كل وجه، وحق المأذون في استردادها عند هلاك الغلام حتى قوي، فيثبت ذلك فيها هو تبع من كل وجه". ر: الأصل: ١١٢ / ٥، المبسوط للسرخسي: ٧٣-٧٤، ١٦٠ / ٢٥.

^٤ : أي الزيادة المتصلة في المنع من التحالف كالزيادة المنفصلة.

^٥ : في ب: يد.

^٦ : زاد في ب: قبل الدخول. وهو الصواب.

في كتاب النكاح: أما إذا كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال فطلقها قبل أن يدخل بها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى هذا والزيادة المنفصلة سواء، وللزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضت. وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يتنصف الأصل بزيادته.

وحجة محمد وزفر: أن النكاح عقد معاوضة، والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات، كما لو اشترى جارية بعبد، وقبض الجارية فازدادت زيادة متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم، أو رده المشتري بعيب، يسترد الجارية بزيادتها، بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة، لأن الزيادة المتصلة بمنزلة الشعر، وكما أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة الشعر فكذلك في الصداق.

وقبضها الصداق قبض ضمان، وثبوت الضمان لحق الزوج، فبه يتبين بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كما في البيع. أما أبو حنيفة وأبو يوسف فقالا: هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح تام لها فيكون سالماً لها بكل حال كالزيادة المنفصلة، وإذا تعدد تنصف الزيادة تعدد تنصف الأصل، والدليل عليه: أن الصداق في حكم الصلة من وجه، لأنها تملكه لا عوضاً عن مال يستحق عليها، والزيادة المتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب، وتأثير الزيادة المتصلة في الصلات أكثر من تأثير الزيادة المنفصلة، حتى أن الزيادة المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع، والمتصلة تمنع، ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصف الأصل فالمتصلة أولى. أما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة هناك تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة، وما ذكر في المأذون فهو قول محمد رحمه الله تعالى خاصة. =

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الْمَأْذُونُ جَارِيَةً فَتَقَابَضَا^١، فَازْدَادَتِ الْجَارِيَةُ فِي يَدَيْهِ زِيَادَةً كَثِيرَةً ثُمَّ تَقَايَلَا، جَارَتْ
الإِقَالَةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٢، وَهَذَا^٣ مِثْلُ الْاِخْتِلَافِ فِي الْبَيْعِ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَأْذُونُ بَاعَ جَارِيَةً بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَتَقَابَضَا، فَقَطَعَ^٤ أَجْنَبِيٌّ يَدَهَا، أَوْ وَطِئَهَا رَجُلٌ بِشُبْهَةٍ^٥، ثُمَّ
تَقَايَلَا، فَلَا إِقَالَةَ بَاطِلَةً فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَجْلِ الزِّيَادَةِ الَّتِي مَعَهَا^٦.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الإِقَالَةُ جَائِزَةٌ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ بَيْعِ مُسْتَقْبَلٍ^٧.

= وقد نصّ في كتاب البيوع على أنّ الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتّحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى كالزيادة
المنفصلة. ر: المبسوط للسرخسي: ٧٣-٧٤/٥.

^١: في ب: وإن.

^٢: زاد في ب: بألف درهم.

^٣: في ب: وتقابضا.

^٤: في ب: بدنها. والصواب ما في الأصل. ر: المبسوط للسرخسي: ١٦٤/٢٥.

^٥: وهو بناء ما تقدّم أنّ المأذون إذا باع شيئاً من كسبه أو اشترى شيئاً ممّا لا يتغابن الناس في مثله، فعلى قول أبي حنيفة لما كان يملك
ابتداء التّصرّف بهذه الصّفة فكذلك الإقالة.

أمّا عندهما فإنّه لا يملك ابتداء التّصرّف بهذه الصّفة لحقّ المولى أو للغرماء فكذلك لا يملك الإقالة، لأنّ الإقالة في حقّ غير

المتعاقدين بمنزلة البيع المبتدأ. ر: المبسوط للسرخسي: ١٦٤/٢٥-١٦٥.

^٦: سقط من ب: وهذا.

^٧: في ب: ثمّ قطع.

^٨: في ب: بالشّبهة.

فوجب الأرض أو العقر. المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٥.

^٩: حيث أنّ الإقالة عند أبي حنيفة فسخ في حقّ المتعاقدين، فإذا لم يمكن تصحيحه فسخاً كان باطلاً، وهاهنا العقر والأرض زيادة
منفصلة وهي تمنع الفسخ حقّاً للشرع فلا تصحّ الإقالة بعدها. المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٥.

^{١٠}: الإقالة عند أبي يوسف بمنزلة البيع في المستقبل، إلّا إذا تعدّر جعلها بيعاً فحينئذ يجعل فسخاً، وذلك في المنقول قبل القبض.
وعند محمّد الإقالة بالثمن الأوّل أو أقلّ منه تكون فسخاً، فأما بأكثر من الثمن الأوّل أو بجنس آخر غير الثمن الأوّل تكون بيعاً
مستقبلاً، والثمن الأوّل إنّما يكون فسخاً إذا كان المحلّ قابلاً للفسخ، فأما إذا لم يكن قابلاً لذلك كان بيعاً مبتدأ. ر: المرجع السابق.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الْمَأْذُونُ جَارِيَةً وَقَبَضَ الْجَارِيَةَ وَلَمْ يَدْفَعِ الثَّمَنَ حَتَّى أَبْرَأَهُ الْبَائِعُ مِنَ الثَّمَنِ، ثُمَّ تَقَايَلَا، فَإِلْقَاةُ فَاسِدَةٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ^١.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ الْإِقَالَةُ جَائِزَةٌ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ بَيْعِ مُسْتَقْبَلٍ^٢.

وَفَرَّقَ مُحَمَّدٌ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْأُولَى، لِأَنَّهُ لَيْسَ هَاهُنَا ثَمَنٌ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ الْمَأْذُونَ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ جَارِيَةً وَأَمَرَهُ بِبَيْعِهَا فَبَاعَهَا، وَلِلْمُشْتَرِي عَلَى الْمَأْذُونِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، صَارَ الثَّمَنُ قِصَاصًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى الْوَكِيلِ صَارَ قِصَاصًا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَيُضْمَنُ الْوَكِيلُ.

^١: حيث أن عند أبي حنيفة الإقالة فسخ، ولا يمكن تصحيحها هاهنا فسخاً، فإنه بالفسخ يردّها بغير شيء.

وعند محمد كذلك، لأنّ المحلّ قابل للفسخ، فإنه لو لم يهب الثمن منه كان الفسخ صحيحاً، وإن كان المشتري حرّاً كان الفسخ صحيحاً، فعرفنا أنّ المحلّ قابل للفسخ، والإقالة بالثمن الأوّل فلو صحّت كان فسخاً بغير شيء، والعبد ليس من أهل ردّ الجارية بغير شيء. ر: المبسوط للسرخسي: ١٦٦/٢٥.

^٢: في ب: وهي.

^٣: عند أبي يوسف الإقالة بمنزلة البيع المستقبلي فكأنه باعها ابتداء من البائع بألف، وذلك صحيح فيأخذ العبد الألف من البائع ويدفع إليه الجارية. المرجع السابق.

^٤: في ب: المسألة.

^٥: ودفع الجارية إليه. المبسوط للسرخسي: ١٧٧/٢٥.

^٦: في ب: بالاتفاق.

لأنّ الثمن بالبيع وجب للمأذون حتى إذا قبضه الوكيل يؤمر بالتسليم إليه، وللمشتري على المأذون مثل ذلك ديناً فيصير قِصَاصًا، لأنّه لا فائدة في القبض. المبسوط للسرخسي: ١٧٧/٢٥.

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ لَا يَصِيرُ قِصَاصاً، وَهِيَ فَرْعُ مَسْأَلَةٍ^١ كِتَابِ الْبَيْعِ، فِي الْوَكِيلِ إِذَا أBRَأَ الْمُشْتَرِيَ عَنِ الثَّمَنِ أَوْ الْمُسْلَمِ إِلَيْهِ^٢.

^١ : في ب: لمسألة.

^٢ : أصل المسألة أنَّ الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهب له أو أجله فيه صحَّ ذلك وضمنه للموكل في قول أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف لا يصحَّ شيء من ذلك.

وجه قول أبي يوسف: أنَّ الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فإنه بدل ملكه، وإنما يملك البديل بملك الأصل، ألا ترى أنَّ قبضه يتعيَّن ملك الموكل، وإنما يتعيَّن بالقبض ملك من كان مالكا قبله، فالوكيل تصرّف في ملك الغير بخلاف ما أمره به فلا ينفذ تصرّفه كما لو قبضه فوهبه منه، ودليل أنَّ تصرّفه بخلاف ما أمره به أنَّ الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن إلا بالخلاف، والدليل على أنَّه ملك الموكل أنَّ الموكل لو كان هو الذي أبرأه عنه صحَّ، ولو قبضه جاز قبضه، وكذلك لو اشترى به شيئا أو صالح منه على عين بالثمن صحَّ، ولو كان للمشتري على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئا حتّى وجب للموكل على المشتري دين أيضاً يصير قصاصاً بدينه، فبه يتبيّن أنَّ الثمن الذي يجب بعقد الوكيل ملك الموكل.

وجه قول أبي حنيفة ومحمد: أنَّ الوكيل تصرّف في خالص حقّه فينفذ تصرّفه كما لو كان عاقداً لنفسه، وبيان الوصف في التأجيل ظاهر، لأنّه يؤخّر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن، والمطالبة حقّ الوكيل حتّى ينفرد به على وجه لا يملك أحد عزله عنه، وليس لأحد أن يطالب إلا بأمره، وكذلك الإبراء فإنّه إسقاط حقّ القبض، والقبض خالص حقّه لأنّه حكم العقد، وهو في حكم العقد بمنزلة العاقد لنفسه بدليل أنّه لا يعزله أحد عنه، وأنّ المشتري لا يجبر على التسليم إلا إليه، وإنما يخلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه، والمال هو المقبوض دون الدين، والدين ليس بهال، حتّى أنَّ من حلف أن لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث، فعرّفنا أنَّ القبض خالص حقّه فيصحّ إسقاطه بالإبراء، ثمّ يتعدّى هذا التصرّف إلى إبطال حقّ الموكل في المال باعتبار المال، لأنّه لو قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك بإسقاطه فيكون ضامناً له، فمن حيث إنّه إسقاط صحّ منه ويرى المشتري، ومن حيث إنّه تملك الثمن الذي هو حقّ الموكل من المشتري صار ضامناً له، كالوكيل بالشراء إذا رضي بالعيب، وإلى الموكل أن يرضى به، فإن رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر في إلزام الموكل فيختصّ هو بضرره، وهذا لأنّ الإسقاط أصل في الإبراء، ومعنى التملك بيع، ولهذا صحّ بدون القبول وإن كان يرتدّ بالردّ، وأمّا قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فهبته بعد ذلك تصرّف في حقّ الغير. ر: الأصل: ٧٢/٥، المبسوط للسرخسي: ٢٠٦/١٢-٢٠٨.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا اشْتَرَى الْمَادُّونُ جَارِيَةً عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَوَهَبَ الْبَائِعُ الثَّمَنَ لِلْمُشْتَرِي [١٤٧/ب] ثُمَّ أَرَادَ الْعَبْدُ أَنْ يَرُدَّ الْجَارِيَةَ بِالْخِيَارِ، جَازَ رَدُّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^١، وَلَا يَجُوزُ فِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ^٢.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا بَاعَ الْمَوْلَى مِنْ عَبْدِهِ دَارًا بِمِثْلِ قِيمَتِهَا أَوْ بِأَقْلَ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ^٣، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ فَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ^٤.

وَلَوْ بَاعَهَا مِنْهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيمَتِهَا فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٥.

^١ : لأن خيار المشتري عنده يمنع دخول المبيع في ملكه، فهو بهذا الرد لا يخرج العين عن ملكه بغير عوض ولكنه يتمتع من تملكه، وهو صحيح من العبد كالاتناع من قبول الهبة. المبسوط للسرخسي: ١٦٧/٢٥.

^٢ : عندهما السلعة دخلت في ملك المشتري، فهذا الرد إخراج لها من ملكه بغير عوض. المرجع السابق.

^٣ : لأنه يبيع ملك المولى له، ولا شفعة في البيع لمن وقع البيع له، ولا فائدة في أخذ ما اشتراه بالشفعة، لأنه متمكن من أخذه لا بطريق الشفعة، فإنه مالك لكسبه إذا لم يكن عليه دين، والأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراؤه كسب عبده إذا لم يكن عليه دين باطل. وكذلك لا شفعة للعبد فيما باع مولاه أو اشتراه، لأنه إذا لم يكن عليه دين فإنما يأخذ ما باعه المولى بالشفعة له، ولا شفعة للبائع، ولا يفيد أخذه بها اشتراه المولى بالشفعة، لأن المولى متمكن من استرداد ما في يده منه فيكون متمكناً من منعه من إثبات اليد عليه أيضاً. المبسوط للسرخسي: ٦/٢٦.

^٤ : لأن كسبه حق غرمائه، والمولى كالأجنبي منه، فيكون أخذ كل واحد منهما من صاحبه في هذه الحالة مفيداً بمنزلة شرائه ابتداءً، إلا في وجه واحد: وهو ما إذا باع العبد داراً بأقل من قيمتها بما يتغابن الناس أو بغير ذلك لم يكن للمولى فيها الشفعة، لأنه لو وجبت له الشفعة أخذها من العبد قبل التسليم إلى المشتري فيكون متمكناً عليه الدار بأقل من قيمتها، ولو باع العبد منه بالغبن لم يجز لحق غرمائه، ويستوي في حقهم الغبن اليسير والفاش، كما في تصرف المريض في حق غرمائه، ولا يمكن الأخذ بمثل القيمة، لأن ما لم يكن ثمناً في حق المشتري لا يثبت ثمناً في حق الشفيع.

ولو باع العبد من مولاه داراً ولا دين عليه والأجنبي شفيعها فلا شفعة له، لأن ما جرى بينهما ليس ببيع حقيقة، فالبيع والثمن كلاهما خالص ملك المولى، ومبادلة ملكه بملكه لا تجوز، وقد كان متمكناً من أخذها بدون هذا البيع فلا يكون هذا البيع مفيداً، والأسباب الشرعية تلغو إذا كانت خالية عن فائدة، فإذا كان عليه دين وكان البيع بمثل القيمة أو أكثر فله الشفعة، لأن هذا بيع صحيح بينهما، فالدار كانت حقاً لغرمائه، وكان المولى ممنوعاً من أخذه قبل الشراء، وبالشراء يصير هو أحق بها، وباعتبار البيع الصحيح تجب الشفعة للشفيع. المبسوط للسرخسي: ٦/٢٦-٧.

^٥ : سقط من ب: منه.

^٦ : لأجل الزيادة وكون العبد متبهاً في حق مولاه، ألا ترى أن إقراره لمولاه لا يجوز بشيء إذا كان عليه دين، فكذلك المحاباة والزيادة منه لمولاه، وإذا بطل البيع لم تجب الشفعة للشفيع. المبسوط للسرخسي: ٧/٢٦.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ الْمَوْلَى بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ تَرَكَ الزِّيَادَةَ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ، وَإِنْ شَاءَ نَقَضَ الْبَيْعَ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَا سَلِمَ لِلْعَبْدِ، وَإِنْ رَدَّ فَلَا شُفْعَةَ لِلشَّفِيعِ إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ.^١

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا لَهُ صُبْرَةٌ حِنْطَةٌ وَصُبْرَةٌ شَعِيرٌ، فَقَالَ لِرَجُلٍ^٢: "أَبِيعْكَ هَذِهِ الْحِنْطَةَ وَهَذَا الشَّعِيرَ كُلَّ قَفِيزٍ بِدَرْهَمٍ"، وَلَا يَدْرِي مَبْلَغَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ الْمُشْتَرِي مِقْدَارَ الْكَيْلِ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقَا وَرَضِيَ.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ يَجُوزُ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ^٣.

وَلَوْ قَالَ: "أَبِيعْكَ هَذِهِ الْحِنْطَةَ وَهَذَا الشَّعِيرَ، كُلَّ قَفِيزٍ مِنْهُمَا^٤ بِدَرْهَمٍ"، فَالْبَيْعُ وَقَعَ عَلَى قَفِيزٍ وَاحِدٍ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، نِصْفُهُ مِنَ الْحِنْطَةِ وَنِصْفُهُ مِنَ الشَّعِيرِ^٥.

^١: فِي ب: رَدَّهُ.

^٢: لِأَنَّ التَّزَامَ الْعَبْدَ الزِّيَادَةَ لِمَوْلَاهُ لَمْ تَصَحَّ، وَأَمَّا أَصْلُ الْبَيْعِ بِمِثْلِ الْقِيَمَةِ فَصَحِيحٌ، فَثُبُوتُ الْخِيَارِ لِلْمَوْلَى لَانْعِدَامِ الرِّضَا مِنْهُ بِذَلِكَ، فَإِنْ سَلَّمَهَا لَهُ بِالْقِيَمَةِ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِذَلِكَ، لِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ ثَابِتٌ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ رِضَاهَا، وَإِنْ أَبَى كَانَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَهَا مِنَ الْمَوْلَى بِجَمِيعِ الثَّمَنِ إِنْ شَاءَ، لِأَنَّ رِضَا الْمَوْلَى قَدْ تَمَّ بِالْبَيْعِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَذَلِكَ يَكْفِي لَوْجُوبِ الشُّفْعَةِ، كَمَا لَوْ أَفْرَأَ بِبَيْعِهَا وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ عَهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمَوْلَى، لِأَنَّهُ تَمَلَّكَهَا عَلَيْهِ بِالْأَخْذِ مِنْ يَدِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ اشْتَرَاهَا مِنْهُ ابْتِدَاءً. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/٧-٨.

^٣: فِي ب: لِلرَّجُلِ.

^٤: فِي ب: يَعْلَمُ.

^٥: فِي ب: يَرْضَى. وَهُوَ الصَّحِيحُ.

لِأَنَّ الْجُمْلَةَ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ، فَإِنْ مَا يَتَنَاوَلُ هَذَا اللَّفْظُ قَفِيزًا وَاحِدًا، وَلَا يَعْلَمُ أَنَّ ذَلِكَ الْقَفِيزَ مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ مِنَ الشَّعِيرِ فَفُسَدَ الْبَيْعُ فِي ذَلِكَ لِلْجَهَالَةِ حَتَّى يَعْلَمَ الْكَيْلَ كُلَّهُ، فَإِنْ عَلِمَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّ قَفِيزٍ حِنْطَةً بِدَرْهَمٍ وَكُلَّ قَفِيزٍ شَعِيرًا بِدَرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، وَهَكَذَا يَكْشِفُ الْحَالُ عِنْدَهُ إِذَا صَارَتْ جُمْلَةُ الثَّمَنِ مَعْلُومَةً لَهُ الْآنَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالتَّرْكِ. ر: الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٢.

^٦: فَيَبِيعُ كُلَّ قَفِيزٍ مِنَ الْحِنْطَةِ بِدَرْهَمٍ، وَكُلَّ قَفِيزٍ مِنَ الشَّعِيرِ بِدَرْهَمٍ، لِأَنَّ جَهَالََةَ الْجُمْلَةِ لَا تَنْفِضِي إِلَى تَمَكُّنِ الْمُنَازَعَةِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٧: فِي ب: مِنْهَا.

^٨: لِأَنَّ هَذَا مَعْلُومٌ وَثَمَنُهُ مَعْلُومٌ، وَفِيهَا زَادَ عَلَى الْقَفِيزِ الْوَاحِدِ إِذَا عَلِمَ بِكَيْلِ ذَلِكَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ كُلَّ قَفِيزٍ مِنْهَا بِدَرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: ٢٦/١٢.

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ الْبَيْعِ فِي الْكُلِّ جَائِزٌ^١.

مَسْأَلَةٌ: وَإِذَا كَانَ لِلْمَأْذُونِ رَقِيقٌ، فَأَعْتَقَ الْمَوْلَى رَقِيقَهُ، فَإِنْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ مُحِيطٌ بِقِيَمَتِهِ وَبِمَا فِي يَدِهِ^٢،

فَعَتَقَهُ بَاطِلٌ، وَلَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى رَقِيقَ الْعَبْدِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ^٣.

وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ غَيْرَ مُحِيطٍ، فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ الْأَوَّلِ: لَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى كَسْبَ الْعَبْدِ، وَلَوْ أَعْتَقَ شَيْئاً مِنْ رَقِيقِهِ لَمْ يَجْزُ^٤.

ثُمَّ رَجَعَ أَبُو حَنِيفَةَ وَقَالَ: يَجُوزُ عَتَقُهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطاً^٥.

^١: كَلَّ قَفِيزٌ مِنْهُمَا بَدْرَهُمْ، نَصْفُهُ مِنَ الْخَنْطَةِ وَنَصْفُهُ مِنَ الشَّعِيرِ. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٢: فِي ب: يَدَيْهِ.

^٣: زَادَ فِي ب: إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطاً بِقِيَمَتِهِ. وَهُوَ الصَّوَابُ.

وَجِهَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ شَرْطَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لِلْمَوْلَى فِي كَسْبِ الْعَبْدِ فَرَاغُهُ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ وَلَمْ يَوْجَدْ فَلَا يَثْبُتُ الْمَلِكُ لَهُ فِيهِ، كَمَا لَا يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ فِي الثَّرَكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالْدَّيْنِ. وَالذَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْفَرَاغَ شَرْطُ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْلَى فِي كَسْبِ الْعَبْدِ ثَبَتَ مَعْدُولاً بِهِ عَنِ الْأَصْلِ أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ بِكَسْبِهِ حَقِيقَةٌ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ النِّجْمُ/ ٣٩، وَهَذَا لَيْسَ مِنْ سَعْيِهِ حَقِيقَةٌ فَلَا يَكُونُ لَهُ بَظَاهِرِ النَّصِّ، إِلَّا أَنَّ الْكَسْبَ الْفَارِغَ عَنْ حَاجَةِ الْعَبْدِ خَصَّ عَنْ عَمُومِ النَّصِّ وَجَعَلَ مَلِكاً لِلْمَوْلَى، فَبَقِيَ الْكَسْبُ الْمَشْغُولُ بِحَاجَتِهِ عَلَى ظَاهِرِ النَّصِّ، هَذَا إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطاً بِالرَّقَبَةِ وَالْكَسْبِ. بِدَائِعِ الصَّنَائِعِ: ٧/ ١٩٩. وَانْظُرِ الْمَسْأَلَةَ فِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: ص/ ٣٦٣.

^٤: وَجِهَ قَوْلُهُ الْأَوَّلُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْفَرَاغَ شَرْطُ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ، فَالشَّغْلُ وَإِنْ قَلَّ يَكُونُ مَانِعاً. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ.

^٥: وَجِهَ قَوْلُهُ الْآخَرُ: أَنَّ الْمَانِعَ مِنْ مَلِكِ الْمَوْلَى كَوْنِ الْكَسْبِ مَشْغُولاً لِحَاجَةِ الْعَبْدِ، وَبَعْضُهُ مَشْغُولٌ وَبَعْضُهُ فَارِغٌ، فَإِذَا كَانَ يُعْتَبَرُ جَانِبُ الشَّغْلِ فِي الْمَنْعِ مِنْ ثُبُوتِ الْمَلِكِ لَهُ فِي كُلِّهِ، وَإِنَّمَا أَنْ يُعْتَبَرَ جَانِبُ الْفَرَاغِ فِي إِيْجَابِ الْمَلِكِ لَهُ فِي كُلِّهِ، وَاعْتِبَارُ جَانِبِ الْفَرَاغِ أَوَّلَى، لِأَنَّ إِذَا اعْتَبَرْنَا جَانِبَ الْفَرَاغِ فَقَدْ رَاعَيْنَا حَقَّ الْمَلِكِ بِإِثْبَاتِ الْمَلِكِ لَهُ، وَحَقَّ الْغَرَمَاءِ بِإِثْبَاتِ الْحَقِّ لَهُمْ، فَإِذَا اعْتَبَرْنَا جَانِبَ الشَّغْلِ فَقَدْ رَاعَيْنَا جَانِبَ الْغَرَمَاءِ، وَأَبْطَلْنَا حَقَّ الْمَالِكِ أَصَلاً، فَقَضَيْنَا حَقَّ الْمَالِكِ بِتَنْفِيزِ اعْتَاقِهِ، وَقَضَيْنَا حَقَّ الْغَرَمَاءِ بِالضَّمَانِ صِيَانَةَ لِلْحَقِّينِ عَنِ الْإِبْطَالِ عَمَلاً بِالْأَدْلِيَّةِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَهَذَا أَثْبَتَ الْمَلِكَ لِلْوَارِثِ فِي كُلِّ الثَّرَكَةِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ مُحِيطاً بِهَا، كَذَا هَذَا. الْمَرْجِعُ السَّابِقُ. قَالَ فِي اللَّبَابِ ص/ ٣٧٠: "قَالَ فِي التَّصْحِيحِ: وَاخْتَارَ قَوْلَ الْإِمَامِ الْمُحِبُّوْبِيِّ وَالتَّسْفِيَّيِّ وَالْمَوْصَلِّيِّ وَصَدَرَ الشَّرِيعَةُ".

وَفِي قَوْلِ صَاحِبِهِ سَوَاءٌ كَانَ الدَّيْنُ مُحِيطًا أَوْ غَيْرَ مُحِيطٍ، يَمْلِكُ الْمَوْلَى كَسْبَ الْعَبْدِ، وَ يَجُوزُ عَتَقُهُ فِي رَقِيقِهِ^١.

وَأَتَّفَقُوا أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ نَفْسَ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ جَازَ وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ [١٤٨/أ] دَيْنٌ^٢.

وَأَتَّفَقُوا أَنَّ الْجَارِيَةَ إِذَا كَانَتْ لِعَبْدِ الْمَأْذُونِ، إِذَا جَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ الْمَوْلَى يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ^٣.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ اشْتَرَى الْمَأْذُونُ عَبْدًا، فَادَّعَى^٤ الْمَوْلَى أَنَّهُ ابْنُهُ، لَمْ يَجْزِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَهُوَ^٥ كَالْعَتَقِ^٦.

وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا^٧ كَمَا يَجُوزُ عَتَقُهُ^٨.

^١ : في ب: فإن المولى يملك.

^٢ : وجه قولهما: أن رقبة المأذون وإن تعلقت بها حق الغرماء فهي ملك المولى، ألا ترى أنه ملك إعتاقه، وملك الرقبة علة ملك الكسب، فيملك الكسب كما يملك الرقبة. الجامع الصغير: ص/ ٣٦٤، بدائع الصنائع: ١٩٩/٧.

^٣ : في ب: ثم.

^٤ : لبقاء ملكه في رقبته بعد ما لحقه الدين، والمولى ضامن لقيمته بالغة ما بلغت، لأنه ألتف المالية بالإعتاق، وهذه المالية حق الغرماء فيضمنها لهم بالغة ما بلغت. ر: المبسوط للسرخسي: ١٣/٢٦-١٤.

^٥ : في ب: وأتفقوا أن جارية المأذون لو جاءت.

^٦ : في ب: ثبت.

^٧ : في ب: وهو.

^٨ : وتصير الأمة أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها، لأن حق المولى في كسب عبده المديون أقوى من الأب في جارية ابنه، فالمولى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر، والأب لا يملك ذلك في جارية ابنه، ثم هناك استيلاده صحيح ويجب عليه ضمان قيمتها دون العقر فكذلك هاهنا. المبسوط للسرخسي: ١٥/٢٦-١٦.

^٩ : في ب: العبد المأذون.

^{١٠} : في ب: فادَّعاه.

^{١١} : سقط من ب: وهو.

^{١٢} : ر: المسألة قبلها.

^{١٣} : في ب: قول صاحبيه.

^{١٤} : ويضمن قيمته للغرماء، فإن كان معسراً ضمن الولد ورجع به على أبيه، لأن دعوته دعوة التحرير، فإن أصل العلق لم يكن في ملكه، ودعوة التحرير كالإعتاق. المبسوط للسرخسي: ١٧/٢٦.

وَلَوْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ، فَقَتَلَ الْمَوْلَى عَبْدًا مِنْ عِبِيدِ الْمَأْذُونِ، فَعَلَى الْمَوْلَى فِي مَالِهِ قِيمَةُ الْمَقْتُولِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ
فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَفِي قِيَاسِ قَوْلِهِمَا^٢ عَلَيْهِ قِيمَتُهُ حَالَةً.

وَاتَّفَقُوا أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ عَبْدًا لِلْمُكَاتَبِ يَغْرُمُ قِيمَتَهُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

مَسْأَلَةٌ: وَلَوْ أَنَّ حَرِيًّا دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ وَمَعَهُ عَبْدٌ لَهُ كَافِرٌ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّجَارَةِ، فَادَّعَى عَلَيْهِ ثَلَاثَةَ
نَفَرٍ دَيْنًا: أَحَدُهُمْ ذِمِّيٌّ شَهِدَ لَهُ ذِمِّيَّانِ، وَالْآخَرُ حَرِيٌّ شَهِدَ لَهُ مُسْلِمَانِ، وَالْآخَرُ مُسْلِمٌ شَهِدَ لَهُ حَرِيَّانِ، فَبَاعَ

^١: سقط من ب "في ماله".

^٢: ذكر في ب: "في ماله" هنا.

هذا إذا كان الدين محيطاً بقيمته، لأنه لا يملك كسبه في هذه الحالة، فقتله إياه بمنزلة قتله عند الأجنبي فتكون القيمة مؤجلة في ثلاث سنين، لأن وجوبها باعتبار القتل، ولكنها عليه في ماله، لأنه من وجه كالمالك على معنى أنه يتمكن من استخلاصه لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فلا تعقله العاقلة لذلك. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٦ / ٢٥.

^٣: في ب: وفي قياس قول صاحبيه.

^٤: سواء كان الدين محيطاً بقيمته أم غير محيط، لأن الدين إذا لم يكن محيطاً فالمولى مالك لكسبه كما هو مالك لرقبته، فيكون الضمان عليه لحق الغريم في ماليته، وإن كان الدين محيطاً فكذلك عندهما. ر: المبسوط للسرخسي: ٢٦ / ٢٥.

^٥: لأن وجوب القيمة ها هنا باعتبار القتل، فإن كسب المكاتب غير مملوك للمولى رقبته من وجه، حيث أن المكاتب صار بمنزلة الحرّ يداً، فتجب على المولى القيمة بنفس القتل فتكون مؤجلة، ولكنها تجب في ماله، لأن رقبته مملوكة له من وجه أن له في كسبه حق الملك، على معنى أنه يملكه حقيقة عند عجز المكاتب فلا تعقله العاقلة لذلك، وهذا إذا كان في القيمة وفي تركته وفاء لمكاتبه، لأنه حينئذ يبقى عقد الكتابة ويؤدى البدل من كسبه وبدل نفسه فيحكم بحرّيته، فإن لم يكن وفاء فيها فلا شيء على المولى في قتل مكاتبه، لأن الكتابة انفسخت بموته عاجزاً، فتبين أنه قتل عبده ولا دين عليه. ر: المرجع السابق.

الْقَاضِي هَذَا الْعَبْدَ، فَإِنَّهُ يُقْسَمُ ثَمَنُهُ، فَيَبْدَأُ بِدَيْنِ الدِّمِيِّ وَالْحَرْبِيِّ بَيْنَهُمَا^١ عَلَى قَدَرِ دَيْنِهِمَا^٢، ثُمَّ إِنَّ الْمُسْلِمَ يَأْخُذُ مِنَ الْحَرْبِيِّ نِصْفَ مَا صَارَ لَهُ، إِذَا كَانَ دَيْنُهُمَا سَوَاءً^٣.

وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ قَالَ: يُجْعَلُ ثَمَنُهُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا^٤.

وَذَكَرَ قَوْلُ^٥ زُفَرٍ مِثْلَ مَا قَالَ هَاهُنَا فِي الْكِتَابِ^٦. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ^٧.

^١: سقط من ب: بينهما.

^٢: لأنَّ دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد وعلى صاحبه، فأما المسلم فإنما يثبت دينه بما ليس بحجة على الدِّمِيِّ، وهو شهادة الحريين، فلهذا لا يزاخهما. المبسوط للسرخسي: ٤٣/٢٦، وانظر: البحر الرائق: ١٧٤/٨.

^٣: لأنَّ دينه ثابت بما هو حجة في حقِّ الحربي، وإنما كان ممنوعاً لحقِّ الدِّمِيِّ، وقد سقط حقُّ الدِّمِيِّ عن هذا النِّصْف فكان بينهما نصفين. المرجعان السابقان.

^٤: سقط من ب: ثمنه.

^٥: لأنَّ المسلم الذي شهد له الحريَّان والدِّمِيُّ الذي شهد له الدِّمَيَّان استويا من حيث إنَّ دين كل واحد منهما ثبت بما هو حجة على العبد دون صاحبه، فليس جعل المسلم محجوباً عن المزاخمة لأجل الدِّمِيِّ بأولى من جعل الدِّمِيِّ محجوباً عن المزاخمة لأجل المسلم، وقد ثبت دين كل واحد منهما بما هو حجة على الحربي، ودين الحربي بما هو حجة عليها، فينبغي أن يكون بينهما أثلاثاً، وهو قول عيسى بن أبان. ر: المبسوط للسرخسي: ٤٣/٢٦.

^٦: في ب: وفي قول.

^٧: وقيل في تصحيح جواب الكتاب: إنَّه وإن كان كذلك فشهادة الدِّمِيِّ أقوى من شهادة الحربي، لأنَّ شهادة أهل الحرب إنَّما تقبل بعقد الأمان، والأمان يثبت للحربي بهذا المسلم أو من يقوم مقامه من المسلمين، أما عقد الدِّمَّة فليس يثبت من جهة الدِّمِيِّ، فكانت شهادة أهل الدِّمَّة للدِّمِيِّ أقوى وأبعد عن التَّهمة من شهادة المستأمنين للمسلم فترجَّح جانبه لهذا. المرجع السابق.

^٨: سقط من ب: وبالله التوفيق.

خاتمة ونوصيات

الحمد لله حمداً يليق بجلال وجهه، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيّد الأولين والآخرين سيّدنا

محمد.

وبعد:

فإنني أتقدّم هنا بإبراز أهمّ النتائج التي توصل إليها الباحث وأعرضها تباعاً، فمن النتائج التي توصلت

إليها:

١ - أن كتاب أبي الليث كتاب ذو قيمة علمية ثمينة، وأنه مرجع من مراجع الحنفية، إذ جلّ اعتماده

كان على كتب ظاهر الرواية التي عليها الفتوى في الفقه الحنفي.

٢ - أن كتاب "المختلف" حوى المسائل المختلف فيها في جميع أبواب الفقه، فلم يغفل كتاباً ولا باباً.

٣ - اعتمد المؤلف في كتابه على ذكر المسائل المختلف فيها بين أبي حنيفة وصاحبيه دون ذكر الأدلة أو

الترجيحات.

٤ - ذكر المؤلف في مصنّفه أقوال أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد وأحياناً يلحق بهم قول زفر،

ولا يتعرّض لذكر غيرهم إلا نادراً، وقد ينوّه بأقوال أئمة المذاهب الأخرى كالشافعي ومالك.

٥ - كتاب المختلف هذا صالح للفتوى، لاعتماده على كتب ظاهر الرواية، وإن كان في بعض المسائل

أخذ من غيرها.

٦ - أبو الليث السمرقندي عالم من علماء المذهب الحنفي له ترجيحاته في المذهب.

٧ - اشتهر أبو الليث السمرقندي بكثرة مصنّفاته في مختلف العلوم، فقد صنّف في العقيدة والتفسير

والمواعظ والفقه وغيرها، يدلّ ذلك على سعة علمه ووفرة اطلاعه.

٨ - عصر أبي الليث عصر علم ومعرفة، نبغ فيه الكثير، واشتهر فيه الجَمّ الغفير.

وإنّ هذا القسم من الكتاب الذي قمت بتحقيقه اشتمل على أربع وعشرين وثلاثمئة مسألة، لكتاب المكاتب منها خمس عشرة مسألة، ولكتاب الولاء سبع، وحوى كتاب الإقرار ثمان وستين مسألة، وكتاب الصّلاح ستاً وعشرين، ولمسائل الكفالة منها عشرون، أمّا كتاب الوكالة فله منها ثلاث وأربعون، واشتمل كتاب الرّهن على اثنتين وثلاثين، وكتاب الإكراه على أربع عشرة، تبعه كتاب الديّات فكان حظّه منها إحدى وثلاثين، وباب جناية العبد والمكاتب احتفظ منها بسبع مسائل، وباب جناية العبد في البئر ثلاث عشرة مسألة، وكان لكتاب الجنايات أربع عشرة مسألة، واختتم هذا القسم كتاب المأذون واقتصر على أربع وثلاثين مسألة.

وأرجو أن تكون العناية بكتاب "المختلف في الفقه.." لأبي الليث السمرقندي قد تمت على أحسن وجه وأكمّله، وحقّقت المراد منها، فقد حاول الباحث بذل الجهد والوقت ليكون العمل محاطاً بالدقّة الكافية والحرص الشّديد ليخرج هذا الكتاب بعون الله وتوفيقه كتاباً متقناً ناصعاً، لا يعتريه الخلل أو يشوبه النقصان، إلّا أنّ الإنسان -ومن طبعه الضّعف- لن يبلغ الكمال، فالكمال لله وحده، فما سدّدت فيه فهو من توفيق الله وعونه، وما أخطأت فيه فهو من نفسي.

ولعلّ بهذا العمل يخرج الكتاب إلى النور، فتقصده العلماء وطلبة العلم، فيجدون فيه ضالّتهم، وينشدون فيه بغيتهم، فيفيدون ويُفيدون.

وهذا الكتاب لا يكاد يستغني عنه الفقيه، بل من الواجب عليه الرّجوع إليه، ليعلم آراء أرباب المذهب، فيفتي على هدى، ويتكلّم عن بصيرة.

وإنّني ومن خلال البحث رأيت أنّ هناك بعض المسائل المختلف فيها بين أصحاب المذهب إلّا أنّ المصنّف أغفلها، فلعلّ همم الباحثين تتّجه إليها وتحيطها بالعناية وتضيفها ملحقاً لهذا الكتاب، ليغدو الكتاب متكاملاً شاملاً.

ولعلّ من المفيد أيضاً أن يُصنّف بحثٌ يضمّ المسائل التي اتّفق فيها الأصحاب فيجعل ملحقاً آخر لهذا الكتاب، فيكون كتاباً فقهياً جامعاً لأبواب الفقه ومسائله كلّها، بل يكون موسوعة فقهية عملاقة، على غرار غيره من الكتب والموسوعات، إلّا أنّه يتميّز عنها بطريقة التّأليف وفنّ التّقسيم.

ولعلّ من المفيد كذلك أن يصنّف بحثٌ يضمّ بين جنباته ما انفرد به زفر عن الأئمة الثلاثة، وخاصّة أنّه من علماء المذهب الحنفيّ، إلّا أنّه يخالفهم في كثير من المسائل.

والله أسأل أن يوفّقنا للعمل بما يرضيه، وأنّ يجنّبنا معاصيه.

والحمد لله أولاً وآخراً

الفهارس العامة

١ - فهرس القرآن الكريم

٢ - فهرس الأحاديث الشريفة

٣ - فهرس الأعلام

٤ - فهرس المصادر والمراجع

٥ - فهرس الكتب والأبواب الفقهية

فهرس القرآن الكريم

طرف الآية	السورة ورقم الآية	رقم الصفحة
﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ ﴾	البقرة / ١٨٨	٣١٩
﴿ لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ ﴾	البقرة / ٢٥٦	٣٠٧
﴿ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾	البقرة / ٢٧٩	٣٨٢
﴿ وَيُمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ ﴾	البقرة / ٢٨٢	١٠٨
﴿ وَلَيَسِّرِ اللَّهُ رَجْعَهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ﴾	البقرة / ٢٨٢	١٠٨
﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾	البقرة / ٢٨٢	٢٦٤
﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَقْبُوضَةً ﴾	البقرة / ٢٨٣	٢٦٤
﴿ وَكَفَلَهَا زَكِّيًّا ﴾	آل عمران / ٣٧	١٩٩
﴿ وَءَاتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ ﴾	النساء / ٢	٣٨٦
﴿ وَلَا تَتَوَلَّوْا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ﴾	النساء / ٥	٣٨٦
﴿ وَأَبْلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾	النساء / ٦	٣٨٦-٣٨٥
﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾	النساء / ١٢	١٣١
﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾	النساء / ٩٢	٣٢٢-٣٢٧-٣٥٨
﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾	النساء / ١٢٨	١٦٩
﴿ مَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا أَنْبَاءُ الظَّالِمِينَ ﴾	النساء / ١٥٧	١٣٩
﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾	المائدة / ٤٨	١٧٧

طرف الآية	السورة ورقم الآية	رقم الصفحة
﴿يَا أَيُّهَا الرُّسُولُ﴾	المائدة/ ٦٧	٢٣٥
﴿قُلْ لَسْتُ عَلَيْكُمْ بِكِيلٍ﴾	الأنعام/ ٦٦	٢٣٥
﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِكِيلٍ﴾	الأنعام/ ١٠٧	٢٣٥
﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسْجِدَ اللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾	التوبة/ ١٨	٣٥٦
﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ، حُمِلَ بِهِ، وَأَنَا بِهِ، رَعِيمٌ﴾	يوسف/ ٧٢	١٩٩
﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾	النحل/ ١٢٦	٣٤٦
﴿أَلَا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكِيلًا﴾	الإسراء/ ٢	٢٢٧
﴿وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِفَةً فِي عُنُقِهِ﴾	الإسراء/ ١٣	٢٢٣
﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾	الإسراء/ ٣٣	٣٠٩
﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ﴾	الإسراء/ ٣٣	٣٤٥
﴿فَاذْهَبُوا أَحَدَكُمْ يَورِقْكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾	الكهف/ ١٩	٢٢٧
﴿وَالَّذِينَ يَبْنِعُونَ الْكِتَابَ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَايَبُواهُمْ﴾	التور/ ٣٣	٧٨
﴿فَاتَّبَعْتُمُ عَذَابِي إِلَى رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾	الشعراء/ ٧٧	١٣٩
﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾	الأحزاب/ ٣٧	٩٩
﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ﴾	الأحقاف/ ٤	١٣٢
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاصِقًا بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾	الحجرات/ ٦	٣٩٠
﴿وَلَكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الْإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ وَكَرَّهَ إِلَيْكُمُ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ﴾	الحجرات/ ٧	٣٠٧

طرف الآية	السورة ورقم الآية	رقم الصفحة
﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾	الطور / ٢١	٢٦٤
﴿وَأَنْ لِّسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾	النجم / ٣٩	٢٩٢
﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾	الحديد / ٢٥	٣٤٥
﴿وَأَخْرَجُوا يَصْرِيخُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾	المنزل / ٢٠	٤٠٣
﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾	المدثر / ٣٨	٢٦٤
﴿فَإِنْ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ﴿٥﴾ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾	الشرح / ٥-٦	١١٥

فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	طرف الحديث الشريف
٣٨٣	اشترك أربعة نفر على عهد ...
٢٦٤	اشترى رسول الله ﷺ من يهودي ...
٣٢٤	ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط ...
٢١٧	ألك بيّنة؟ فقال: لا ...
١٧٤	أما الذي نهى عنه النبي ﷺ ...
٣٤٤	أن رجلاً قتل رجلاً على عهد ...
٣٣٢	إن لله تعالى ملائكة تسيحهم ...
٣٤٥	أن يهودياً رضح رأس جارية ...
٣١٩	إنكم تختصمون إليّ ...
٣٨٦	بارك الله لك في صفقتك
٢١٧	البيّنة على المدّعي ...
٢٥٢	تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء
٢٦٤	توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهون ...
١٠٨	رجم رسول الله ﷺ ماعزاً ...
٣٠٩	رفع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما ...

١٩٩	الرَّعِيم غارم
١٦٩	الصِّلح جائز بين المسلمين ...
٢٥٦	عامل النبي ﷺ أهل خير ...
١٤٤	على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي
٣٢٧	على أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل ...
٣٢٢	فوداه من إبل الصدقة
٣٢٣	في الخطأ أحماساً ...
٢١٢	في المحتال عليه يموت مفلساً ...
٣٢٧-٣٢٤	في النفس المؤمنة مئة من الإبل ...
٣٢٣	قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها ...
٣٢٣	قضى رسول الله ﷺ في دية الخطأ ...
٣٣٠	قضى على قاطع اليد بنصف الدية
٣٢٤	قضى في الدية بمئة من الإبل أرباعاً ...
٣٨٦	قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله ﷺ ...
٣٤٤	كلّ شيء خطأ إلا السيف
٣٤٥	لا قود إلا بالسيف

١٢٢	لا وصية لوارث، ولا إقرار له بدين
٣٣٧	لا يترك في الإسلام مفرح
٣٨٦	لا يتم بعد الاحتلام
٣٠٥	لبن الدرّ يجلب بنفقه إذا كان مرهوناً ...
٣٢١	الله يعلم أنّ أحدكم كاذب ...
١٩٢	المسلمون عند شروطهم
١٩٩	من أحيل على مليء فليتبعه
٨٤	من أعتق عبداً بينه وبين آخر ...
٩٣	من باع عبداً وله مال ...
٣٤٦	من حرّق حرّقناه، ومن غرّق ...
١١٠	من غصب شبراً من أرض ...
٢	من لم يشكر الناس لم يشكر الله
١	من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين
٣٥٧	المنتظر للصلاة في الصلاة
٣٧٥	مولى القوم منهم
٢٥٦	نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة

١٧٤	نهى رسول الله ﷺ عن ربح ...
٢٢٣	هل على صاحبكم دين؟ فقالوا نعم ...
٩٩	هو أخوك ومولاك ...
١٠٨	واغديا أنيس إلى امرأة هذا ...
٣٣٠	وفي اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية
٢٢٧	وكل حكيم بن حزام ﷺ بشراء الأضحية ...
٢٢٧	وكل عروة البارقي ﷺ ...
٩٩	الولاء لحمة كلحممة النسب
٩٩	الولاء لمن أعتق

فهرس الآثار

رقم الصفحة	طرف الأثر
١٢٠	اشترى جارية بسبعمئة درهم ...
٣٢٠	أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً ...
٣٥١	إن عشت رأيت رأيي فيه ...
٣٥٤	أن عمرو بن الحارث حفر بئراً ...
٣٣٤	أنبذل أياننا وأموالنا ...
١٦٩	رددوا الخصوم لكي يصطلحوا ...
١٣٣	السهم في كلام العرب السدس
١٣٣	سئل عن رجل أوصى بسهم ...
٣٢٤	شبه العمد الضربة بالعصا والعزقة ...
٣٣٢	في الرأس إذا حلق ولم ينبت ...
٢١٣	قد اخترت علينا غيرنا ...
٣٥٩	قيمتها بالغة ما بلغت ...
٣٥٨	لا يبلغ بقيمة العبدية الحرّ ...
١١٥	لن يغلب عسر يسرين
٣٣٧	وإنما أغرّمكم الدية بوجود ...

فهرس الأعلام

اسم العلم	رقم الصّفحة
إبراهيم بن يزيد النّخعيّ	١٠٠
أحمد بن إسماعيل السّامانيّ	٣٩
أحمد بن عمرو الخصّاف	٢٤٧
أحمد بن محمّد أبو نصر الكلاباذيّ	٤٦
أحمد بن محمّد الطّواويسيّ	٤٧
إسحاق بن أحمد السّامانيّ	٣٩
إلياس بن إسحاق السّامانيّ	٤٠
بشر بن غياث المريسيّ	٧٩
الحسن بن أبي مالك	٨٢
الحسن بن زياد اللؤلؤيّ	٨١
الخليل بن أحمد السّجزيّ	٢٠
طاهر بن محمّد الحدّاديّ	٢٢
عافية بن يزيد	٢٠٦
عبد الرّحمن بن محمّد الأمويّ (الناصر لدين الله)	٣٤

اسم العلم	رقم الصفحة
عبد الملك بن نوح السّامانيّ	٤١
عبد الملك بن نوح بن منصور السّامانيّ	٤٢
عليّ بن محمّد الكرابيسيّ	٤٦
عمر بن محمّد أبو حفص النّسفيّ	١١
عمر بن يعقوب السّنجديّ	٤٧
محمّد بن إبراهيم التّوذيّ	٢١
محمّد بن إبراهيم الفرخانيّ	٤٧
محمد بن الحسين الحدّاديّ	٢١
محمّد بن الفضل البلخيّ	٢٠
محمّد بن سماعه	١٨٥
محمّد بن عبد الحميد السّمرقنديّ	١١
محمّد بن عبد الرّحمن بن أبي ليلى	٢١١
محمّد بن عبد الله أبو جعفر الهندوانيّ	١٩
محمود بن سبكتكين	٤١
منصور بن نوح السّامانيّ	٤١

اسم العلم	رقم الصفحة
منصور بن نوح بن منصور السّامانيّ	٤١
نصر بن أحمد السّامانيّ	٤٠
نوح بن منصور السّامانيّ	٤١
نوح بن نصر السّامانيّ	٤٠
هارون بن أحمد الرّازيّ	٤٧
هشام بن عبيد الله الرّازيّ	١٣٣
يحيى بن أكثم	٥٢

فهرس المصادر والمراجع

١- كتب الحديث الشريف وشروحه

- إتحاف الخيرة المهرة بزوائد المسانيد العشرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل بن سليم بن قايماز بن عثمان البوصيري الكناي الشافعي ت (٨٤٠هـ)، المحقق: دار المشكاة للبحث العلمي

بإشراف أبو تميم ياسر بن إبراهيم، دار الوطن للنشر، الرياض، ط ١، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

- بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث (زوائد الهيثمي)، الحارث بن أبي أسامة الحافظ نور الدين الهيثمي، تحقيق: د. حسين أحمد صالح الباكري، مركز خدمة السنة والسيرة النبوية - المدينة المنورة، ط ١،

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٨٩م.

- الجوهر النقي على سنن البيهقي، علاء الدين علي بن عثمان بن إبراهيم بن مصطفى المارديني، أبو الحسن، الشَّهير بابن التركماني (المتوفى: ٧٥٠هـ)، دار الفكر

- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ابن حجر العسقلاني (المتوفى: ٨٥٢هـ)، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة - بيروت

- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ت (٢٧٣هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت

- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (المتوفى: ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.

- سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي (المتوفى: ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي - بيروت

- سنن الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، (المتوفى: ٢٥٥هـ)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط ١، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م

- السنن الكبرى للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي ت (٤٥٨هـ)، دار الفكر

- السنن الكبرى، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن، دار الكتب العلميّة/ بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

- شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد (المتوفى: ٧٠٢هـ)، مؤسسة الريان، ط ٦، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

- شرح مشكل الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي المعروف بالطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م

- شرح معاني الآثار، أبو جعفر الطحاوي (المتوفى: ٣٢١هـ)، حققه وقدم له: (محمد زهري النجار، محمد سيد جاد الحق)، راجعه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م

- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (٣٥٤هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

- صحيح البخاريّ (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه)، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاريّ الجعفي، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة/ بيروت، ط ٣، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م

- صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ)، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيريّ النيسابوريّ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربيّ/ بيروت

- العرف الشذّيّ شرح سنن الترمذيّ، محمد أنور شاه بن معظم شاه الكشميريّ الهنديّ (المتوفى: ١٣٥٣هـ)، تصحيح: الشيخ محمود شاكر، دار التراث العربيّ - بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

- عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد شمس الحقّ العظيم آبادي، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط ٢، ١٩٩٥م

- فتح الباري شرح صحيح البخاريّ، أحمد بن عليّ بن حجر العسقلانيّ (٧٧٣-٨٥٢هـ)، تحقيق: عبد العزيز بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، دار السلام/ الرياض، دار الفحاء/ دمشق، ط ٣، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

- كشف الخفاء ومزيل الالتباس عمّا اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، إسماعيل بن محمد العجلونيّ الجراحيّ ت (١١٦٢هـ)، حقّقه: يوسف بن محمود الحاجّ أحمد، مكتبة العلم الحديث، ط ١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م

- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، علاء الدين عليّ بن حسام الدين ابن قاضي خان، الشّهير بالمتقيّ الهنديّ (المتوفى: ٩٧٥هـ) تحقيق: بكري حيّاتيّ - صفوة السّقا، مؤسسة الرّسالة، ط ٥، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت (٨٠٧هـ) بتحريه الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

- المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ)، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط ١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م

- مسند أبي يعلى، أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي، ت (٣٠٧هـ)، المحقق: حسين سليم أسد، دار المأمون للتراث - دمشق، ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

- مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، مؤسسة قرطبة - مصر

- المصنّف، أبو بكر عبد الرزّاق بن همام بن نافع الحميريّ اليمانيّ الصنعانيّ (المتوفى: ٢١١هـ)، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ

- مصنّف ابن أبي شيبة في الأحاديث والآثار، الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة إبراهيم بن عثمان ابن أبي بكر بن أبي شيبة الكوفيّ العسبيّ المتوفى سنة (٢٣٥هـ)، ضبطه وعلّق عليه الأستاذ سعيد اللحام، الإشراف الفنيّ والمراجعة والتصحيح: مكتب الدراسات والبحوث في دار الفكر، دار الفكر

- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، أبو الفضل أحمد بن عليّ ابن حجر العسقلانيّ، المحقق: (١٧) رسالة علمية قدّمت لجامعة الإمام محمد بن سعود، تنسيق: د. سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشّريّ، دار العاصمة، دار الغيث - السعودية، ط ١، ١٤١٩هـ

- المعجم الكبير، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبرانيّ، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفيّ مكتبة الزهراء - الموصل، ط ٢، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م

- المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، أبو الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، تحقيق: محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي/ بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
- موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصمعي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي/ مصر
- نصب الرأية لأحاديث الهداية، تأليف: عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفى الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث/ مصر، ١٣٥٧هـ

٢- الفقه الحنفى

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفى ت (٩٧٠هـ) ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية - بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي - بيروت، ط ٢، ١٩٨٢
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ط ١، ١٣١٣هـ
- تحفة الفقهاء علاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ)، دار الكتب العلمية بيروت / لبنان، ط ٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م
- الجامع الصغير أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (١٣٢هـ - ١٨٩هـ) مع شرحه النافع الكبير، أبو الحسنات عبا الحى اللكنوي (١٣٠٤هـ)، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م

- الجامع الكبير، أبو عبد الله محمد بن الحسن الشَّيباني (١٣٢هـ - ١٨٩هـ) عنيت بنشره: لجنة غحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، مطبعة الاستقامة، ط ١، ١٣٥٦هـ.
- الجوهرة النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (المتوفى: ٨٠٠هـ)، مطبعة: محمود بك، ١٣٠١هـ.
- حاشية الشلبي على تبين الحقائق، شهاب الدين أحمد الشلبي، وهو مطبوع على هامش تبين الحقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر، ط ١، ١٣١٣هـ.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار (للتمراشي ١٠٠٤هـ)، علاء الدين محمد بن علي الحصني المعروف بالحصفكي (١٠٨٨هـ) دار الفكر/ بيروت، ط ٢، ١٣٨٦هـ.
- درر الحكام في شرح غرر الأحكام، القاضي منلا خسرو الحنفي، مير محمد كتب خانة آرام باغ - كراتشي
- رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م
- شرح السير الكبير، محمد بن أحمد السرخسي ت (٤٩٠هـ)، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م
- العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (المتوفى: ٧٨٦هـ)، وهو مطبوع على هامش فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
- الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار صادر، ١٤١١هـ - ١٩٩١م

- فتاوى قاضيخان، المطبوع على هامش الفتاوى الهندية، دار صادر، بيروت، ١٤١١-١٩٩١.
- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي ت (٨٦١هـ)، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م
- فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية (لعبيد الله بن مسعود المحبوبي)، الملا علي القاري الهروي ت (١٠٤١هـ)، تحقيق: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت/ لبنان، ط ١، ٢٠٠٩م
- قرّة عيون الأخيار تكملة ردّ المحتار على الدرّ المختار، محمد علاء الدين أفندي نجل المؤلف، طبعة منقّحة مصحّحة، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م
- اللّباب في شرح الكتاب، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الشهير بالميداني (١٢٢٢ - ١٢٩٨م)، تحقيق: عبد الكريم العطا، مكتبة العلم الحديث، ط ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م
- لسان الحكّام في معرفة الأحكام، إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، دار النشر: البابي الحلبي - القاهرة، ط ٢، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م
- المبسوط (الأصل)، محمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني
- المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي ت (٤٨٣هـ)، دار المعرفة - بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م
- مجلّة الأحكام العدليّة، لجنة مكوّنة من عدّة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانيّة، تحقيق: نجيب هواويني، النّاشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي

- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي، المدعو بشيخي زاده، دار الكتب العلميّة - لبنان/ بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، خرّج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور

- مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، تحقيق: أ.د محمد أحمد سراح، أ.د علي جمعة محمد

- المحيط البرهاني في الفقه النعماني، برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة ت (٦١٦هـ) تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م

- منحة الخالق على البحر الرائق، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين، المعروف بابن عابدين الدمشقي الحنفّي ت (١٢٥٢هـ) وهو مطبوع على هامش البحر الرائق، دار الكتب العلميّة - بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

- الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ت (٥٩٣هـ)، وهو مطبوع مع شرحه فتح القدير، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط ١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

٣- الفقه المالكيّ

- بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصّغير (للدردير)، الشّيخ أحمد الصّاوي، ضبطه وصحّحه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلميّة، بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي ت (١٢٣٠هـ)، دار الفكر/ بيروت، تحقيق: محمد عlish

٤- الفقه الشافعي

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاريّ، زين الدّين أبو يحيى السنيكي (المتوفّى: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلاميّ
- الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع، محمّد الشّربينيّ الخطيب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، تحقيق: مكتب البحوث والدّراسات - دار الفكر
- حاشية الجمل على شرح المنهج (لزكريّا الأنصاريّ)، تأليف: سليمان الجمل، دار الفكر/ بيروت
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعيّ، وهو شرح مختصر المزنيّ، عليّ بن محمّد بن حبيب الماورديّ البصريّ الشّافعيّ، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، تحقيق: الشّيخ عليّ محمّد معوض - الشّيخ عادل أحمد عبد الموجود
- روضة الطّالين وعمدة المفتين، النّوويّ، المكتب الإسلاميّ - بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ
- المجموع شرح المهذّب، أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّوويّ ت (٦٧٦هـ)، دار الفكر/ بيروت - ١٩٩٧م
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمّد الخطيب الشّربينيّ ت (٩٧٧هـ)، دار الفكر/ بيروت
- المهذّب في فقه الإمام الشّافعيّ، إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشّيرازيّ أبو إسحاق، دار الفكر/ بيروت
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدّين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّمليّ ت (١٠٠٤هـ)، دار الفكر/ بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

٥- اللغة والمصاحف

- التعريفات، عليّ بن محمد بن عليّ الجرجانيّ، تحقيق: إبراهيم الأبياريّ، دار الكتاب العربيّ/ بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ

- القاموس الفقهيّ، سعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق/ سورية، ط ٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، تصوير ١٩٩٣م

- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقيّ المصريّ، دار صادر - بيروت، ط ١

- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازيّ، مكتبة بكداش/ حلب

- معجم لغة الفقهاء، عربيّ - انكليزيّ، د. محمد روا قلعه جيّ، د. حامد صادق قنيبيّ، دار النَّفائس، بيروت - لبنان، ط ٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

- المغرب، ناصر بن عبد السيّد أبي المكارم ابن عليّ، أبو الفتح، برهان الدّين الخوارزميّ المَطَرِزيّ (المتوفّى: ٦١٠هـ)، تحقيق: محمود فاخوريّ، و عبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد - حلب، ط ١، ١٩٧٩م

٦- كتب التاريخ والحضارة ونراجه الرجال

- أحسن التّقاسيم في معرفة الأقاليم، أبو عبد الله محمد بن أحمد المقدسيّ البشاريّ، مكتبة مدبولي القاهرة، ط ٣، ١٤١١هـ/ ١٩٩١م

- أسماء الكتب، عبد اللّطيف بن محمد رياض زادة ت (١٠٧٨هـ)، تحقيق: د. محمد التّونجيّ، دار الفكر/ دمشق، ط ٣، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م

- أطلس التّاريخ العربيّ الإسلاميّ، د. شوقي أبو خليل، دار الفكر، سورية، طبعة محدّثة مزيّدة

- أطلس تاريخ الإسلام، د. حسين مؤنس، الزّهاء للإعلام العربيّ، ط ١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م

- الأعلام، خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين/ بيروت، ط ٥، ١٩٨٠ م
- الإكمال في رفع الارياب عن المؤلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب الأمير الحافظ ابن ماکولا، دار الكتاب الإسلامي
- إنباء الغمر بأبناء العمر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني، المحقق: د. حسن حبشي، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، مصر، ١٣٨٩ هـ، ١٩٦٩ م
- الأنساب، للإمام أبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني ت (٥٦٢ هـ) تقديم وتعليق: عبد الله عمر البارودي، دار الجنان، ط ١، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م
- البداية والنهاية، أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقي ت (٧٧٤ هـ)، حققه ودقق أصوله وعلّق حواشيه: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م
- بغية الطلب في تاريخ حلب، كمال الدين عمر بن أحمد بن أبي جرادة، تحقيق: د. سهيل زكار، دار الفكر
- تاج التراجم في طبقات الحنفية، زين الدين أبو العدل قاسم بن قطلوبغا ت (٨٧٩ هـ)، المحقق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م
- تاريخ ابن خلدون، عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي، دار القلم/ بيروت، ط ٥، ١٩٨٤ هـ
- تاريخ الأدب العربي، د. شوقي ضيف، دار المعارف/ القاهرة، ط ١٢
- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، دار الكتاب العربي، لبنان/ بيروت، ط ١، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، تحقيق: د. عمر عبد السلام تدمري
- تاريخ التراث العربي، د. فؤاد سزكين، نقله إلى العربية: د. محمد فهمي حجازي، راجعه: د. عرفة مصطفى، د. سعيد عبد الرحيم، إدارة الثقافة والنشر بالجامعة، الرياض، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م

- تاريخ الخلفاء، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة/ مصر، ط ١، ١٣٧١هـ - ١٩٥٢م
- تاريخ مدينة دمشق وذكر فضلها وتسمية من حلها من الأماثل أو اجتاز بنواحيها من واردتها وأهلها، أبو القاسم علي بن الحسن بن هبة الله بن عبد الله الشافعي، المعروف بابن عساكر (٤٩٩ - ٥٧١هـ)، دراسة وتحقيق: علي شيري، دار الفكر، بيروت/ لبنان، ط ١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م
- تهذيب التهذيب، شيخ الإسلام شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ت (٥٢٨هـ) دار الفكر، ط ١، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزني (٦٥٤ - ٧٤٢هـ)، تحقيق: د. بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، ط ٤، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، محي الدين أبو محمد عبد القادر بن محمد بن محمد القرشي الحنفي (٦٩٦ - ٧٧٥هـ)، تحقيق: د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان
- الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري (عصر النهضة في الإسلام)، الأستاذ: آدم ميتز، ترجمة: محمد عبد الهادي أبو ريدة، أعد فهارسه: رفعت البدراوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٥
- الروض المعطار في خبر الأقطار، أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد المنعم الحيمري ت (٩٠٠هـ)، المحقق: إحسان عباس، مؤسسة ناصر للثقافة/ بيروت، طبع على مطابع دار السراج
- سير أعلام النبلاء، الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ت (٧٤٨هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة/ بيروت، ط ٩، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
- الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري، دار صادر / بيروت

- طبقات الشافعية الكبرى، تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: د. محمود محمد الطناحي، د. عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع ط ٢، ١٤١٣هـ
- طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي، هذبه: محمد بن جلال الدين المكرم (ابن منظور)، تحقيق: إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت/ لبنان، ط ١، ١٩٧٠م
- العبر في خبر من غبر، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد، مطبعة حكومة الكويت/ الكويت، ط ٢، ١٩٨٤م
- فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات، عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت/ لبنان، ط ٢، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
- الفهرست في أخبار العلماء المصنفين من القدماء والمحدثين وأسماء كتبهم، ابن النديم البغدادي أبو الفرج محمد بن أبي يعقوب (٣٨٠هـ)، تحقيق: رضا
- قلائد الجمان في التعريف بقبائل عرب الزمان، أبو العباس أحمد بن علي القلقشندي ت (٨٢١هـ)، تحقيق: إبراهيم الإياري، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، ط ٢، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
- القند في ذكر علماء سمرقند، نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد السسفي (٤٦١ - ٥٣٧هـ) تحقيق: يوسف الهادي، مرآة التراث، ط ١، ١٩٩٩م
- الكامل في التاريخ، أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيباني، دار الكتب العلمية، بيروت ط ٢، ١٤١٥هـ، تحقيق: عبد الله القاضي
- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي، دار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١٣ - ١٩٩٢

- لسان الميزان، أحمد بن عليّ بن حجر أبو الفضل العسقلانيّ الشافعيّ، تحقيق: دائرة المعارف النظاميّة/ الهند، نشر: مؤسّسة الأعلمي للمطبوعات/ بيروت، ط ٣، ١٤٠٦ - ١٩٨٦
- مرآة الجنان وعبرة اليقظان، أبو محمّد عبد الله بن أسعد بن عليّ بن سليمان اليافعيّ، دار الكتاب الإسلاميّ/ القاهرة، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م
- المسالك والممالك للإصطخريّ، أبو إسحاق إبراهيم بن محمّد الفارسيّ الإصطخريّ، المعروف بالكرخيّ ت (٣٤٦هـ)، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤م
- معجم التّاريخ التّراث الإسلاميّ في مكتبات العالم، عليّ الرّضا قره بلوط، أحمد طوران قره بلوط، دار العقبة، قيصريّ/ تركيا
- معجم المؤلّفين، عمر رضا كحالة، مكتبة المشي، دار إحياء التّراث العربيّ/ بيروت
- معجم المطبوعات العربيّة، يوسف إليان سرّكيس، منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشيّ النّجفيّ
- النجوم الزّاهرة في ملوك مصر والقاهرة، جمال الدّين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي، وزارة الثّقافة والإرشاد القوميّ - مصر
- هديّة العارفين أسماء المؤلّفين وآثار المصنّفين، إسماعيل باشا البغداديّ، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت/ لبنان، بعناية وكالة المعارف الجديدة، إستانبول، ١٩٥١م
- الوافي بالوفيات، صلاح الدّين خليل بن أيّبك الصّفديّ، دار إحياء التّراث/ بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزّمان، أبو العبّاس شمس الدّين أحمد بن محمّد بن أبي بكر بن خلّكان، تحقيق: إحسان عبّاس، دار صادر/ بيروت ط ٢، ١٩٨٠م

فهرس الموضوعات والأبواب الفقهية

العنوان	رقم الصفحة
المقدمة	١
شكر وتقدير	٢
مخطط البحث	٣
التمهيد	٩
أسباب اختيار الموضوع	٩
الدراسات السابقة	١١
مشكلة البحث	١٣
الصعوبات التي واجهت الباحث	١٣
منهج الباحث في التحقيق والتعليق	١٤
قسم الدراسة	١٦
المبحث الأول: حياة المؤلف أبو الليث السمرقندي	١٧
اسمه ومولده وتاريخ وفاته	١٧
شيوخه الذين أخذ عنهم	١٩
تلامذته والذين رويوا عنه	٢٢
طلبه للعلم وسيرته العلمية	٢٣

العنوان	رقم الصّفحة
مكانة أبي اللّيث بين العلماء	٢٤
آثار أبي اللّيث " مؤلّفاته "	٢٦
رحلاته العلميّة	٣٢
الوظائف التي أسندت إليه	٣٢
المبحث الثّاني: الحالة المعاصرة لحياة المصنّف أبي اللّيث	٣٣
الحالة السيّاسيّة المعاصرة لحياة أبي اللّيث	٣٣
الحالة الاجتماعيّة المعاصرة لحياة أبي اللّيث	٤٣
الحالة العلميّة والثّقافيّة المعاصرة لحياة أبي اللّيث	٤٥
المبحث الثالث: مدينة سمرقند	٥٠
سمرقند في التّاريخ	٥٠
وصف مدينة سمرقند	٥١
فتح سمرقند	٥٣
الفصل الثّاني: دراسة المخطوط	٥٣
اسم الكتاب	٥٥
نسبة الكتاب إلى مؤلّفه، وسبب تأليفه	٥٦
أهميّة كتاب "المختلف" وقيّمته بين الكتب المؤلّفة في فنّه، ومنزلته عند أهل العلم	٥٨

العنوان	رقم الصّفحة
اعتماد النَّاس على هذا الكتاب من بعد مؤلّفه	٥٩
المصادر التي اعتمد عليها المؤلّف في كتابه، والكتب التي تأثّرت بهذا الكتاب	٦١
منهج المؤلّف في كتابه	٦٢
حواشي الكتاب وشروحه	٦٤
وصف نسخ المخطوط	٦٥
قسم التّحقيق	٧٧
كتاب المكاتب	٧٨
كتاب الولاء	٩٩
كتاب الإقرار	١٠٨
كتاب الصّلح	١٦٩
كتاب الكفالة	١٩٩
كتاب الوكالة	٢٢٧
كتاب الرّهن	٢٦٤
كتاب الإكراه	٣٠٧
كتاب الديّات	٣٢٢
باب جنّاية العبيد والمكاتب والمدبّر	٣٥٨

العنوان	رقم الصفحة
باب جنایة العبد فی البئر	٣٦٤
كتاب الجنایات	٣٧٤
كتاب المأذون	٣٨٢
خاتمة وتوصیات	٤١٥
الفهارس العامة	٤١٨
فهرس القرآن الكريم	٤١٩
فهرس الأحادیث الشریفة	٤٢٢
فهرس الآثار	٤٢٦
فهرس الأعلام	٤٢٧
فهرس المصادر والمراجع	٤٣٠
فهرس المواضیع والأبواب الفقهيّة	٤٤٤

مست