كتاب

المبسوط

شمس الدين السرخسي

المجلد الثامن

دار المعرفة
بيروت - لبنان

كتاب

المبسوط لشمس الدين السرخسي

Marfat.com

١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
بيروت - لبنان

دار المعرفة
للطباعة والنشر والتوزيع
Publishing & Distributing
DAR EL-MAREFAH

مستديرة المطار - محمد بك مكو - شارع الرحاوي ص.ب ٧٨٧٦ تلفون: ٨٣٤٣٠١ - ٨٣٤٣٣٢ - برقياً معرفكار بيروت - لبنان

Marfat.com

﴿ الجزء الخامس عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت . لبنان

Marfat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القسمة

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء القسمة من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء وجوازها بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والسنة ما اشتهر من قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم بين الصحابة رضوان الله عليهم وقسمة المواريث وغير ذلك والناس يعاملون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وانما تجب بعد طلب بعض الشركاء لان كل واحد من الشريكين قبل القسمة منتفع بنصيب صاحبه فالطالب للقسمة يسأل القاضي أى يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته الى ذلك وفى القسمة شيئان المعادلة فى المنفعة وتمييز نصيب أحدهما من نصيب الآخر وهى تتنوع نوعين أحدهما تمييز محض وهو القسمة فى المكيلات والموزونات ولهذا ينفرد بعض الشركاء حتى أن المكيل والموزون من جنس واحد اذا كان مشتركا بين اثنين وأحدهما غائب كان للحاضر أن يتناول من ذلك من مقدار نصيبه وبعد ما اقتسما نصيب كل واحد منهما عين ما كان مملوكا له قبل القسمة ولهذا يبيعه مرابحة على نصف الثمن ونوع هو تمييز فيه معنى المبادلة كالقسمة فيما يتفاوت من الثياب والحيوانات فانما يتميز عند اتحاد الجنس وتقارب المنفعة ولهذا يجبر القاضي عليها عند طلب بعض الشركاء وفيها معنى المبادلة على معنى أن ما يصيب كل واحد منهما مما يصفه كان مملوكا له ونصفه عوض عما أخذه صاحبه من نصيبه ولهذا لا ينفرد به أحد الشريكين ولا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة اذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بحديث يسير بن يسار عن رسول الله صلى الله عليه أنه قسم جبر ل على ستة وثلاثين سهما جمع ثمانية عشر للمسلمين وسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وثمانية عشر سهما فيها أرزاق أزواج رسول الله

Marfat.com

صلى الله عليه وسلم ونوائبه واعلم أن خيبر كانت ستة حصون الشق والنطاة والكيبة والسلالم والغموس والوطيخة الا أن الاموال والمزارع كانت فى ثلاثة حصون منها والشق والنطاة والكيبة وقد افتتح بعض الحصون منها عنوة وقهرا وبعضها صلحا على ما روى ان كنانة من أبى الحقيق مع قومه صالح على النزول وذلك معروف فى المغازى فما افتتح منها كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا فانهم انما خرجوا لما وقع فى قلوبهم من الرعب وقد خص الله سبحانه وتعالى رسوله صلى الله عليه وسلم بالنصرة بالقاء الرعب فى قلوب أعدائه قال صلى الله عليه وسلم نصرت بالرعب مسيرة شهر والى ذلك أشار الله تعالى في قوله وما أفاء الله على رسوله منهم الى قوله ولكن الله يسلط رسله على من يشاء فجمع رسول الله صلى عليه وسلم تلك الحصة مع الخمس فى الشطر وقسم الشطر بين الغانمين وقد فسر ذلك محمد بن اسحاق والكلبي على ماذكر بعد هذا عنهما أن النبي صلي الله عليه وسلم قسم خيبر على ثمانية عشر سهما جميعا وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل مائتى فرس وكان على كل مائة رجل فكان على رضى الله عنه على مائة وكان عبيد السها على مائة وكان عاصم بن عدى رضى الله عنه على مائة وكان القاسم فى النسق والنطاة وكانت النسق ثلاثة عشر سهما والنطاة خمسة أسهم وكانت الكتيبة فيها خمس الله وطعام أزواج رسول الله صلي الله عليه وسلم وعطاياه وكان أول سهم خرج من النسق سهم عاصم رضي الله عنه وفيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث الي آخره فهذا الحديث يبين معنى الحديث الاول ففى الحديث الاول ذكر الشطرين وأن أصل القسمة كانت علي ستة وثلاثين سهما وفى الحديث الآخر ذكر مقدار ماقسم بين الغانمين انه قسم علي ثمانية عشر سهما وفيه دليل علي أن للإمام في المغانم قسمين قسمة علي العرفاء وأصحاب الرايات وقسمة أخرى علي الرؤس الذين هم تحت كل راية وانما يفعل ذلك لان اعتبار المعادلة بهذا الطريق أيسر فانه لو قسم ابتداء علي الرؤس ربما يتعذر عليه اعتبار المعادلة ثم لم يجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم بانم نفسه سهما ولكن كان سهمه مع سهم بن عاصم ابن عدى رضي الله عنه فقيل أنه تواضع بذلك وقيل انما فعل ذلك لانه ماكان يساوى اسمه اسم في المزاحمه عند خروج القرعة ولهذا خرج سهم عاصم بن عدي رضى الله عنه أولا لان فيه سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا أولى مما يقوله بعض مشايخنا أن المرافة مذمومة فى الجملة فيتحرز من ذلك فان فى الجهاد وقسمة الغنائم المرافة غير مذمومة (ألا ترى) انه

Marfat.com

اختار لذلك الكبار من الصحابة كعلي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم ثم بظاهر الحديث استدل أبو يوسف ومحمد فى أن سهم الفرس ضعف سهم الرجل لانه قال وكانت الرجال ألفا وربعمائة والخيل ربعمائة فرس فعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم وعرفنا أنه كان لكل مائة من الرجال سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولكن أبو حنيفة يقول المراد بالرجال الرجالة قال الله تعالى يأتوك رجالا وعلى كل ضامر والمراد بالخيل الفرسان يقال عارت الخيل قال الله وأجلب عليهم بخيلك ورجلك أى بفرسانك ورجالتك فهذا يتبين أن الرجال كانوا ألفا وستمائة وانه أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وفيه دليل انه لا بأس باستعمال القرعة فى القسمة فقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك في قسمة الغنيمة مع نهيه صلوات الله عليه عن القمار فدل ان استعماله ليس من القمار وذكر عن مسروق رحمه الله انه لم يأخذ عن القضاء رزقا ففيه دليل أنه من ابتلى بالقضاء وكان صاحب يسار فالاولى له أن يحتسب ولا يأخذ كفايته من مال بيت المال وان كان لو أخذ جاز له وبيانه بما روى عن عمر رضى الله عنه فيه قال ما أحب أن يأخذ قاضى المسلمين أجرا ولا الذى على الغنائم ولا الذى على المقاسم ولم يرد به حقيقة الاجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز ولا يستوجب الاجر على القضاء وان شرط ولكن مراده الكفالة التى يأخذها القاضى من بيت المال فالمستحب له عند الاستغناء أن لا يأخذ ذلك قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف وقد بينا الكلام فى هذا الفصل فيما أمليناه من شرح أدب القاضى والذى على الغنائم يحفظها والذي على المقاسم من وجد كالقاضي لانه عامل للمسلمين ولكنه ليس بمنزلة القاضى فى الحكم حتى يجوز استئجاره على ذلك ان لم يكن له فيه نصيب وتأويل الحديث اذا كان له نصيب فى ذلك فاستئجار أحد الشركاء على العمل في المال المشترك لا يجوز كما لا يجوز استئجار القاضي على القضاء ذكر عن يحيى بن جزار ان عبد الله بن يحيى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك الاجر وقد بينا فوائد هذا الحديث في أدب القاضى وجواز الاستئجار لعمل القسمة بخلاف عمل القضاء وعن عامر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه الى اليمن فاتى بركاز فأخذ منه الخمس وترك أربعة أخماسه للواجد وأتاه ثلاثة يدعون غلاما كل واحد يقول ابنى فاقرع بينهم وقضى بالغلام للذى خرجت قرعته وجعل عليه الدية لصاحبيه قال الراوى فقلت لعامر هل رفع عنه بحصته قال لا أدرى أما حكم الخمس فى الركاز فقد بيناه

Marfat.com

في كتاب الزكاة وأما حكم القرعة فالشافعي رحمه الله يستدل بظاهر هذا الحديث في المصر على القرعة في دعوى النسب عند الاشتباه ولسنا نأخذ بذلك ان فعله هذا كان بعد حرمة القمار أم قبله وانه عرض ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضي به أولم يرض عليه ثم لعل القضاء له بحجة أقامها وكان استعماله القرعة ليطيب القلوب وانما رجحه في القضاء لترجيح في حجته من يد أو غيره وقوله فقضى للذى خرجت قرعته مذكور على سبيل التعريف لالأن الاستحقاق كان بالقرعة كما يقال قضى القاضي لصاحب الطيلسان وماذكر في آخره من انه جعل عليه الدية لصاحبيه مشكل لا يتضح فالحى الحر لا يتقوم بالدية وان كان هذا الغلام مملوكا لهم أومن جارية مشتركة بينهم فاقرار كل واحد منهم أنه ابنه يوجب حرية نصيبه ويسقط حقه في التضمين وكذلك ما أشكل علي السائل حيث قال هل رفع عنه بحصته فان الدية اسم يجمع بدل النفس وقد كان في ذلك حصة الذي قرع فلا بد من أن يرفع عنه بحصته في الموضع الذى يجب كاحد الشركاء في العبد اذا قبله الا أن عامر لم يحارف ألم يرد ما سمع فقال لا أدوى فكأنه لم يتكلف لذلك لعمله ان هذا ليس بحكم مأخوذ به فبهذا يتبين ضعف هذا الحديث في استعمال القرعة في النسب وعن إسماعيل بن ابراهيم قال خاصمت أخى الى الشعبي في دار صغيرة أريد قسمتها ويأبى ذلك فقال الشعبي رضى الله عنه لو كانت مثل هذه فخط بيده مقدار آجرة قسمتها بينكم فقال وخطها على أربع قطع وفيه دليل على أن القاضي يقسم المشترك عند طلب بعض الشركاء وان أبى ذلك بعضهم لان الذى طلب القسمة متظلم من صاحبه أنه يشفع بملكه ولا ينصفه في الانتفاع والذي يتعنت وانما يبنى القاضى قضاءه على التماس المتظلم الطالب للانصاف دون المتعنت ولهذا لا تجب القسمة فيما لا يحتملها عند طلب بعض الشركاء لان الطالب هنا متعنت فانه قبل القسمة ينتفع بنصيبه وبالقسمة تنقطع عنه المنفعة وأما قول الشعبي في مقدار آجرة خطها على الارض قسمتها بينكم علي وجه التمثيل دون التحقيق للمبالغة في دار الذى يأتى القسمة منهما فيما يحتمل لان مقدا الآجرة يحتمل القسمة وهو نظير قوله صلى الله عليه وسلم من بنى مسجدا لله كمفحص قطاه بنى الله له بيتا في الجنة والمسجد لا يكون كمفحص القطاة وانما قال ذلك للمبالغة في بيان الميل وقال أبو حنيفة رحمه الله أجرة القسام اذا استأجره الشركاء للقسمة بينهم على عدد الرؤس لا على مقدار الانصباء وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله على مقدار الانصباء ويستوي في ذلك قاسم القاضى وغيره وهو رواية عن أبى

Marfat.com

حنيفةرحمه الله وجه قولهم أن هـذه مؤنة تلحق الشركاء بسبب الملك فيكون بينهم علي وجه النفقة علي قدر الملك كالنفقة وأجرة الكيال والوزان ان استأجروه ليفعل ذلك فيما هو مشترك بينهم وهذا لان المقصود هنا بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكبير أكبر من منفعة نصيب صاحب القليل أولان الغرم مقابل بالغنم ثم الغنم بين الشركاء علي قدر الملك يعنى الثمار والاولاد فكذلك الغرم عليهم بقدر الملك ولابى حنيفة رضى الله عنه أن عمله لهم سواء وانما يستحق الاجر بذلك فيكون الأجر عليهم بالتسوية كما اذا استوت الانصباء وبيان الوصف أن القسام لايستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشى علي الحدود فانه لو استعاز في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فعرفنا أنه لايستوجب الاجر بالقسمة وهى تمييز نصيب كل واحد منهم ولا تفاوت بينهم فى ذلك فكما يتميز نصيب صاحب الكبير بعمله عن نصيب صاحب القليل يتميز نصيب صاحب القليل عن نصيب صاحب الكبير وربما يكون عمله فى نصيب صاحب القليل أكبر والحساب لا يدق اذا استوت الانصباء وانما يدق عند تفاوت الانصباء وتزداد دقته بقلة بعض الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أسوأ من تمييز نصيب صاحب الكبير ولكن لايعتبر ذلك لان التمييز حصل بعمل واحد وهما فى ذلك العمل سواء بخلاف الزوائد فانها تتولد من الملك فانما تتولد بقدر الملك وبخلاف النفقة فانها لابقاء الملك وحاجة الكبير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل ولا معنى لما قال أن منفعة صاحب الكثير هنا أكثر لان ذلك الكثرة نصيبه لا للعمل الذي استوجب الاجر به فاما أجر الكيال والوزان فقدقال بعض مشايخنا هو علي الخلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك والكيال والوزان بمنزلة القسام والاصح أن أبا حنيفةرضى الله عنه يفرق بينهما فنقول هنا انما لا يستوجب الأجر بعمله فى الكيل والوزن ألا ترى أنه لو استعان فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله فى ذلك لصاحب الكثير أكثر فكل عاقل يعرف أن كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة فلهذا كانت الاجرة عليهما بقدر الملك بخلاف القسام فذكر أن الاولى أن يجعل لقاسم الارضين رزقا من بيت المال حتى لا يأخذ من الناس شيئا وان لم يجعل رزقا له فقسم بالاجر فهو جائز لان القسمة ليست كعمل القضاء فالقضاء فرض هو عبادة والقاضى فى ذلك نائب عن رسول الله صلي الله عليه وسلم والقسمة

Marfat.com

ليست من ذلك فى شيء ولكنها تتصل بالقضاء لان تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فمن هـذا الوجـه القسام نائب عن القـاضى فالأولى أن يجعل كفايته في مال بيت المال ومن حيث ان عمله ليس من القضاء فى شيء يجوز له أخذ الاجر على ذلك والقسام بمنزلة الكاتب للقاضى في ذلك وقد قررنا هذا فى أدب القـاضى وكذلك ماذكر بعده من حديث شريح رحمه الله ومالى لاأرتزق استوفى منهم وأوفيهم أصبر لهم نفسى فى المجلس وأعدل بينهم فى القضاء فقد بينا ان شريحا رحمه الله كان يأخذ كفايته من بيت المال على ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يرزقه مائة درهم على القضاء فزاده على رضى الله عنه وذلك لكثرة عياله حتى جعل له في كل شهر خمسمائة درهم ولعل عاتبه بعض أصدقائه على أخذ الاجر وقال له احتسب فقال شريح في جوابه ما قال ومراده انى فرغت نفسي عن أشغالى لعمل المسلمين فآخذ كفايتى من مال المسلمين وكأنه بهذا الكلام أشار الى الاستدلال بما جعل الله تعالى من النصيب في الصدقات للعاملين عليها فانهم لما فرغوا أنفسهم لعمـل الفقراء استحقوا الكفاية فى مال الفقراء وذكر عن محمد بن اسحق والكلبي أن رسول الله صلي الله عليه وسلم كان اذا سافر أقرع بين نسائه قالت عائشة رضى الله عنها فاصابتنى القرعـة فى السـفرة التى أصابنى فيها ما أصابنى تريد به حديث الافك واعلم بان المرأة لاحق لها فى القسم عند سفر الزوج فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يسافر بواحدة منهن وأن يسافر بمن شاء منهن من غير قرعة ولكنه كان يقرع بينهن تطييبا لقلوبهن فاستعمال القرعة فى مثل هذا الموضع جائز عند العلماء أجمع رحمهم الله وبهذا الحديث قلنا اذا تزوج أربع نسوة فله أن يقرع بينهن لابدائه بالقسم لان له أن يبدأ بمن شاء منهن فيقرع بينهن تطييبا لقلوبهن ونفيا لتهمة الميل عن نفسـه وانما أورد الحديث للحكم المذكور بعده أنه لا بأس للقسام أن يستعجل القرعة فى القسمة بين الشركاء قاسم القاضي وغيره في ذلك سواء وهو استحسان وفى القياس هذا لا يستقيم لانه فى معنى القمار فانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة والقمار حرام ولهـذا لم يجوز علماؤنا اسـتعمال القرعة فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق ثم هـذا فى معنى الاستقسام بالازلام الذى كان بعبادة أهل الجاهلية وقد حرم الله تعالى ذلك ونص على ذلك انه رجس وفسق ولكنا تركنا بالسنة والتعامل الظاهر فيه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هـذا من غير نكير منكر ثم هذا ليس فى معنى القمار ففى القمار أصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وفي هذا

Marfat.com

الموضع أصل الاستحقاق بكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة ثم القاسم لو قال عدلت أنا في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل هذا القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما ينسب الى مالا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليها السلام الى نفسه وقد كان علم أنه أحق بها منهم لان خالتها كانت تحته ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ثم ان كان القاضي هو الذي يقسم بالقرعة أو نائبه فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام كما لا يلتفت الى إباء بعض الشركاء قبل خروج القرعة وان كان القاسم يقسم بينهم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج بعض السهام كان له ذلك الا اذا خرجت السهام كلها الا واحدا لان التمييز هنا يعتمد التراضي بينهم فلكل واحد منهم أن يرجع قبل أن يتم وبخروج بعض السهام لا يتم فكان هذا كالرجوع عن الايجاب قبل قول المشتري فاما اذا خرج جميع السهام الا واحدا فقد تمت القسمة لان نصيب ذلك الواحد تعين خرج أولم يخرج فلا يملك بعضهم الرجوع بعد تمام القسمة * دار بين ورثة اقتسموها وفضلوا بعضا على بعض بفضل قيمة البناء على بعض بفضل قيمة البناء والموضع فهو جائز لانه يعتبر في القسمة المعادلة في المالية والمنفعة ولا يتأتى ذلك في المساواة في الزرع والبناء يكون في جانب دون جانب وبعض العرصة تكون أفضل قيمة من البعض وأكثر منفعة فان مقدم الدار يرغب فيه مالا يرغب في مؤخره وفي اعتبار هذه المعادلة لا بد من تفضيل البعض على البعض في المساحة وان قتسموا الارض مساحة والبناء والقيمة قيمة بقيمة عدل فهو جائز عند التراضي لا يشكل وكذلك اذا قضي القاضي به لان المعادلة في الارض باعتبار المساحة تتيسر وقد يتعذر ذلك في البناء لما بين الابنية من التفاوت العظيم في القيمة فقسمة البناء بالتقديم تكون أعدل واذا جاز قسمة الكل باعتبار القيمة فقسمة البعض كذلك وان كان البناء حين اقتسموا الارض غير معروف القسمة فهذا في القياس لا يكون لان البناء والارض تتناولهما قسمة واحدة واذا لم تعرف قيمة البناء فقد تعذر تصحيح القسمة في البناء للجهالة فلا تصح القسمة في الارض أيضا كما هو الاصل في العقد

Marfat.com

الواحد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد فى الكل ولكنا استحسنا وجوزنا هذا لمعنيين (أحدهما) أنهم ميزوا البناء عن الارض في هذه القسمة حين خالفوا بينهما فى طريق القسمة فاعتبروا فى الارض المعادلة فى المساحة وفى البناء المعادلة في القيمة فصار بمنزلة أرضين يقسم كل واحدة منهما قسمة على حدة وفى ذلك تصح القسمة فى احديهما قبل ظهور المساحة فى الاخرى فكذلك هنا تجوز القسمة فى الارض قبل أن يظهر قيمة البناء (والثانى) أن حكم القسمة فى الارض لا يتم بالمساحة ولكن يتوقف تمام القسمه فيها على معرفة قيمة البناء وقسمتها بالقيمة لا تتم القسمة الا بعد ظهور المعادلة فى الكل ومعرفة كل واحد من الشركاء نصيبه وانما يعتبر حال تمام العقد واذا كان يتم في المعلوم لم تضرهم الجهالة في الابتداء كما لو اشترى أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويسمى لكل واحد ثمنا واذا كانت الدار ميراثا بين قوم حضور كبار تصادقوا عند القاضي عليها وأرادوا القسمة بها فان فعلوا ذلك عن تراض منهم لم يمنعهم القاضى من ذلك لان هذا تصرف منهم فيما بقى فى أيديهم بطريق مشروع ولو تصرفوا فى ذلك ببيع أو هبة لم يمنعوا منه فكذلك بالقسمة وان سألوا القاضى أن يقسمها بينهم فان أبا حنيفة قال القاضى لا يقسم العقار بينهم باقرارهم حتى تقوم البينة على أصل الميراث وقال أبو يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويشهد أنه قسمها باقرارهم وقضى بذلك عليهم دون غيرهم لان اليد فيها لهم ومن فى يده شيء فقوله مقبول فيه مالم يحضر خصم ينازعه فى ذلك وليس هنا خصم ينازعهم فلا حاجة لهم الى اقامة البينة لاثبات ملكهم فيها واذا كان الملك ثابتا لهم بقولهم انما سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم فعليه أن يجيبهم الى ذلك كما لو زعموا أن الدار مملوكة لهم ولم يذكروا ميراثا ولا غيره وسألوه أن يقسمها بينهم قسمها القاضى بطلبهم وأشهدوا أنه قضي بذلك عليهم دون غيرهم نظرا منه لغائب عسي يحضر فيدعى لنفسه فيها حقا فكذلك هنا والدليل عليه انه لو كانت فى أيديهم عروض أو منقول سوى العقار فاقروا انها ميراث بينهم وطلبوا قسمتها قسمها القاضي باقرارهم واشهد على انه قسمها باقرارهم لاعتبار يدهم فكذلك فى العقار لان اليد تثبت على العقار كما تثبت على المنقول وكذلك لو كان فى أيديهم دار فاقروا أنها دارهم اشتروها من فلان الغائب وسألوا القاضى قسمتها أجابهم القاضي الى ذلك بهذا الطريق فكذلك فى الميراث اذ لا فرق بينهما لانهم فى الموضعين أقروا بأصل الملك لغيرهم ثم أخبروا بانتقال الملك اليهم بسبب محتمل مشروع فاذا جاز له أن يعتمد القسمة

Marfat.com

على قولهم فكذلك فى الشراء وكذلك فى الميراث ولابى حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما على قولهم في أن قضاء القاضى هنا يتناول الميت ويصير هو مقضيا عليه بقسمة القاضى وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها حجة القضاء على الميت وبيانه من وجهين (أحدهما) أن التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت بدليل ان حقه يثبت فى الزوائد التي تحدث حتى يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان فيه قضاء على الميت بقطع حقه (والثانى) ان القاضى يثبت له الولاية على الميت فى تركته فيما يرجع الى النظر وينفذ تصرفه اليه اذا كان فيه نظر للميت فهم يخبرون القاضي بثبوت ولايته على الميت ليلزم الميت قضاؤه فيما يرجع الى النظر وذلك أمر وراء مافي أيديهم فلا يكون قولهم فى ذلك حجة فيكلفهم اقامة البينة على ذلك وتقبل هذه البينة من غير خصم لانها تقوم لاثبات ولاية النظر للقاضى في حق من هو عاجز عن النظر لنفسه وهذا بخلاف ما اذا اقتسموا بانفسهم لان فعلهم لا يلزم الميت شيئا وبخلاف العروض لان معنى النظر للميت هناك فى القسمة من وجهين (أحدهما) أن العروض يخشي عليها النوى والتلف وفى القسمة تحصين وحفظا لها فاما العقار محصنة بنفسها لا يخشى عليها التلف ففى القسمة قضاء على الميت بقطع حقه عنها (والثانى) ان في العروض ما يأخذه كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض فى حق غيرهم ففى جعل ذلك مضمونا عليهم معنى النظر للميت وذلك لا يوجد فى العقار فانها لا تصير مضمونة على من أثبت يده فيها عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا بخلاف ما زعموا انها مملوكة لهم لان القضاء بالقسمة هناك لا يقتصر عليهم ولا يتعدى الى غيرهم اذ لم يثبت فيها أصل الملك لغيرهم فاما في الشراء فقد روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى غير الاصول أن القاضي لا يقسمها بينهم وسوى بين الشراء والميراث ولكن على هذا الطريق نسلم كما هو ظاهر الرواية فنقول قضاؤه بالقسمه فى المشتري لا يتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع بخلاف الميراث ولانه لا يثبت للقاضي الولاية على الغائب بالتصرف فى أمواله فهم ما أخبروا القاضي بثبوت ولايته على البائع الغائب بخلاف الميراث على ما قررنا والطريق الآخر لابى حنيفة أنه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بموت المورث ويتعلق بموته أحكام غير مقصودة على ما فى أيديهم من وقوع التفريق بينه وبين زوجته وعتق أمهات أولاده ومدبراته وحلول آجاله وقولهم ليس بحجة فى شئ

Marfat.com

من ذلك فلا يشتغل القاضى بالقسمة حتى تقوم البينة عنده على الموت وأصل الميراث بخلاف العروض فالقسمة فيها للتحصين لا لتحصيل الملك (ألا ترى) ان القسمة فى العروض تجرى بين المودعين للحفظ فلا يتضمن القضاء بموته فاما فى العقار القسمة لتحصيل الملك ولا يكون ذلك الا بعد القضاء بموته وعلى هذا الطريق يأخذ في مسئلة الشراء برواية النوادر لانه لا يتمكن من القضاء بالقسمة حتى يقضى بالبيع وزوال ملك البائع وقولهم ليس بحجة عليه والمن سلمنا فنقول الحكم المتعلق بالبيع هناك مقصود على ما في أيديهم فيستقيم أن يجعل ذلك نائبا فى حقهم باقرارهم بخلاف الميراث واذا كان في الورثة صغير أو كبير غائب والدار فى أيدى الكبار الحضور فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله لا يقسمها القاضى بينهم حتى تقوم البينة على أصول المواريث لانها لما لم يقسم فى الفصل الاول مع أن الورثة كلهم كبار حضور ففى هذا الفصل أولى أن لا يقسم لان فى قسمته قضاء على الغائب والصغير بقولهم وعلى قول أبى يوسف ومحمد يقسمها بينهم ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد أنه قسمها باقرار الحضور الكبار وان الغائب والصغير على حجتهما كما فى الفصل الاول لان الدار كلها فى يد الكبار الحضور وليس فى هذه القسمة قضاء على الصغير والغائب باخراج شىء من يدهما بل فيها نظر لهما بظهور نصيبهما مما في يد الغير فانه بالقسمة يعزل نصيب الغائب والصغير وكان هذا محض نظر فى حق الغائب والصغير وللقاضى هذه الولاية وان كان شىء من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شىء مما كان في يده عن يده وكذلك ان كان الكبير أودع ما كان فى يده منها رجلا حين غاب لان المودع أمين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضى أن يقضي على الغائب بحضور أمينه فلهذا لا يقسم حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضى لانها تقوم لاثبات ولاية القاضى فى تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت فى الميراث فينتصبون خصما عنه وينصب بعضهم خصما عن بعض فقل ما تخلو تركة عن هذا فان الورثة يكثرون وقل ما يحضرون فلو لم يقبل القاضى البينة ولم يقسمها لمكان غائب أو صغير أدى الى الضرر والضرر مدفوع وكذلك اذا حضر القاضي اثنان من الورثة والعقار فى أيديهما وأقاما البينة على أصل الميراث فان القاضي يقسمها بينهم ويوكل بنصيب الغائب والصغير من يحفظه لانه يجعل أحد الحاضرين خصما عن الميت وعن الصغير والغائب والآخر خصما عن نفسه

Marfat.com

فيتمكن من قبول هذه البينة والعمل بها بحضور مدع ومدعى عليه واذا كان الحاضر واحدا لم يقسمها القاضي ولم يقبل منه البينة لانه ليس معه خصم فان الحاضر لوكان خصما عن نفسه فليس هنا خصما عن الميت وعن الغائب وان كان هـذا الحاضر خصما عنهما فليس هنا من يخاصم عن نفسـه ليقيم البينة عليه بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين من الورثة والثانى أن الحاضر اذا كان واحدا فهو غير متظلم فى طلب القسمة ولا طالب للانصاف اذ ليس معه من ينتفع بملـكه حتى يقول للقاضى أقسمها بيننا لكيلا ينتفع بملـكى غيرى فاذا حضر اثنان فكل واحد منهما يطلب القسمة ليسأل القاضى أن يمنع صاحبـه من الانتفاع بنصيبه وذلك مستقيم وان كان فيهم خصم صغير جعل له القاضي وصيا لان للقاضى ولاية النظر للصبي في نصيب الوصي ووصى الصـغير قائم مقام الصغير فكانه بالغ حاضر فتقبل البينة حينئذ ويأمر بالقسمة باعتبار أنه يجعل احدهما مدعيا والآخر مدعى عليه واحدهما خصما عن نفسه والآخر عن الميت والغائب وان كان العقار شراء بينهم ومنهم غائب لم أقسمها بينهم وان أقاموا البينة على الشراء حتي يحضر الغائب لان فى الميراث انما قسمها عند حضور جماعة منهم لتعذر اشتراط حضورهم عند القسمة بطريق العادة وهذا لا يوجد فى الشراء فقد كانوا حاضرين عند الشراء فتيسر اشتراط حضورهم عند القسمة أيضا ولان الحاضر من المسيرين لا ينتصب خصما عن الغائب لان النائب بالشراء لكل واحد منهم ملك جـديد بسبب باشره فى نصيبه ولا يجوز القضاء على الغائب بالبينة اذا لم يكن عنـه خصم حاضر فاما فى الميراث لا يثبت للورثة ملك متجدد بسبب حادث وانمـا ينسب اليهم ما كان من الملك للمورث بطريق الخلافة ولهـذا يثبت لهم حق الرد بالعيب على بائع المورث ويصح اقالتهم معه فيستقيم أن يجعل بعضهم خصما عن البعض فى ذلك لاتحاد السبب فى حقهم وهو الخلافة عن الميت واذا كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة غائب وبعضهم شاهد فاراد الموصي له بالثلث القسمة وأقام البينة على المواريث والوصية فان الدار تقسم على ذلك لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة فتقبـل بينة الموصى له بذلك عليهم واذا قبلت بينته قسمت الدار بينهم على ذلك ولو أن بيتا فى دار بين رجلين أراد أحدهما قسمته وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع واحد منهما بنصيبه اذا قسم لم يقسمه القاضى بينهما لان الطالب للقسمة بينهما متعنت فان قبل القسمة يتمكن كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه وبالقسمة يفوت ذلك فالطالب

Marfat.com

منهما انما يقصد التعنت والاضرار بشريكه فلا يجيبه القاضى الى ذلك وكذلك لا يقسم الحائط والحمام بين رجلين لان فى قسمته ضررا والمقصود بالقسمة اتصال منفعة الملك الى كل واحد من الشركاء وفى الحائط والحمام تفوت المنفعة بالقسمة لان كل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة كما كان ينتفع قبل القسمة فلا يقسمه القاضى بينهم لانه لا يشتغل لما لا يفيد ولا بما فيه اضرار ولو اقتسموا بينهم بالتراضى لم يمنعهم من ذلك لانهم لو أقدموا على اتلاف الملك لم يمنعهم من ذلك فى الحكم فكذلك اذا تراضوا القسمة فيما بينهم فان كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به اذا قسم فاراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وان أبى ذلك صاحب القليل عندنا (وقال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها وكذلك ان كان سائر الشركاء لا ينتفعون بانصبائهم الا هذا الواحد الطالب للقسمة فانه يقسمها بينهم وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها اذا كان هو لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لا يقسمها عند اباء بعضهم الا اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة لان المقصود بالقسمة تحصيل المنفعة لا تفويتها والمعتبر فى القسمة المعادلة بين الشركاء فى المنفعة فاذا كان بعضهم لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة فهذه قسمة تقع على ضرر والقاضى لا يجبر الشركاء على مثله كما لو كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة ولنا أن الطالب للقسمة يطلب الانصاف من القاضى ولا يتعنت لانه يطلب منه أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الانصاف فعلى القاضى أن يجيبه الى ذلك بخلاف ما اذا كان الطالب للقسمة من لا ينتفع بنصيبه لانه متعنت فى طلب القسمة والقاضى يجيب المتعنت بالرد يوضحه أن بعد القسمة وان تعذر على صاحب القليل الانتفاع بنصيبه فذلك لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكبر وذلك لا يعتبر فى حق صاحب الكبير فيصير هذا فى حقه وما اذا كان كل واحد منهما ينتفع بنصيبه بعد القسمة سواء والحاكم فى المختصر (قال) اذا كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمتها أيهما طلب القسمة وهذا غير صحيح والصحيح أنه انما يقسم اذا طلب ذلك صاحب الكبير خاصة ومنهم من صحح ماذكره الحاكم رحمه الله وقال صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكبير منتفع بالقسمة فيقسمه القاضي بينهم لهذا ولكن الاول أصح لان رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلبه الانصاف من القاضى واتصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل

Marfat.com

ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان بحيث لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة من القاضي لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة والرجال والنساء والحر والمملوك وأهل الاسلام وأهل الذمة فى القسمة سواء لانها من حقوق الملك والمقصود التوصل بها الى منفعة الملك وهم فى ذلك سواء واذ اقتسم الرجلان دارا ورفعا بينهما طريقا فهو جائز لانهما قسما بعض المشترك وبقيا شركتهما فى البعض وهو موضع الطريق فيجوز ذلك اعتبارا للبعض بالكل ولان المقصود بالقسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه وانما يتم ذلك اذا رفعا طريقا بينهما وما يرجع الى تتميم المقصود بالقسمة لا يكون مانعا صحتها وان كان نصيب احدهما أكثر من نصيب الاخر ينبغى أن يبين ذلك فى كتاب القسمة ويذكر كيف الطريق بينهما لانه بقى فى موضع الطريق ما كان لهما من الشركة فى جميع الدار وقد كانت شركتهما فيها على التفاوت فانما يحصل التوثق أن يبين ذلك في كتاب القسمة لانهما اذا لم يبينا ذلك فربما يدعي صاحب الاقل المساواة بينهما فى رقبة الطريق ويحتج على ذلك بأنه مساو فى استعماله بالتطرق فيه وانما يكتب الكتاب بينهما للتوثق فينبغى أن يكتب على وجه يحصل به معنى التوثق لهما واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت فى الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه فى ذلك فاراد أن يمر فى الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء اشترط كل واحد منهما أن له ما أصابه بكل حق له أو لم يشترط ذلك والقسمة في هذا بخلاف البيع فانه لو باع البيت وذكر فى البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر الحقوق والفرق أن المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشترى أن يتمكن من الانتفاع وذلك انما يتم بالطريق والمسيل لا أن ذلك خارج من المحدود فلا يدخل في البيع بمطلق التسمية للبيت الا بذكر الحقوق والمرافق فالمقصود بالقسمة تمييز أحد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يشاركه الاخر فيه وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل لتمييز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه فلهذا لا يدخل مع ذكر الحقوق والمرافق توضيح الفرق أن المقصود بالبيع الاسترباح وذلك باعتبار المالية والمالية تختلف بدخول الطريق والمسيل فى البيع

Marfat.com

فعند ذكر الحقوق والمرافق عرفنا أنهما قصدا ذلك فاما فى القسمة المقصود التميز دون الاستربا ح فبذكر الحقوق والمرافق لا يتبين أنهما لم يقصدا التميز فى أن لايبقى لاحدهما فى نصيب الآخر طريق ميسل ماء ولو لم يكن له مفتتح للطريق ولا مسيل ماء فانه ذكر في كتاب القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل مائه على طريق سطحه كما كان قبل القسمة وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة بخلاف البيع فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا المقصود يتم للمشترى وان كان يتعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشتري مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى وهذا لانه ترك النظر لنفسه حين لم يذكر الحقوق والمرافق ليدخل الطريق والمسيل فلا يشتغل بالنظر له فاما فى القسمة المقصودة اتصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فاذا لم يكن له مفتتحا الى الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على ضرر فلا يجوز الا أن يذكر الحقوق والمرافق فيستدل بذلك علي أنهما قصدا ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة لعلمها أن القسمة لا تصح بدونهما فى هذا الموضع بخلاف ماسبق توضيحه أن المعتبر في القسمة المعادلة فى المنفعة واذا لم يكن له طريقا ولا مسيل ماء لايحصل معنى المعادلة فى المنفعة فلا تصح القسمة كما لو استأجر مهرا صغيرا أو أرضا سبخة للزراعة لم يجز لفوات ماهو المقصود وهو المنفعة فان قيل فعلي هذا ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصحيح القسمة كما اذا استأجر أرضا دخل الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب والطريق ليس مما تتناوله الاجارة ولكن يتوصل به الى الانتفاع بالمستأجر والأجير انما يستوجب الأجرة اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ففى ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما وأما هنا موضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الآخر تضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه وانما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل الطريق والمسيل بدون ذكره الحقوق والمرافق ولو رفعا طريقا بينهما وكان على الطريق ظلة وكان طريق احدهما على تلك الظلة وهو يستطيع أن يتخذ طريقا آخر فاراد صاحبه أن يمنعه من المرور على ظهر الظلة لم يكن له ذلك لان أصل الطريق

Marfat.com

مشترك بينهما وكما أن أسفله ممر لهما فكذلك أعلاه فهو لا يريد بهذا أن يحدث لنفسه حقا في نصيب شريكه وانما يريد أن يستوفي حقه فلا يمنع من ذلك بخلاف ماتقدم فهناك انما يريد اتخاذ طريق ومسيل لنفسه في ملك خص به صاحبه وليس له ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا علو له يحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف رحمه الله يحسب العلو بالنصف والسفل بالنصف ثم ينظر كم جملة ذرع كل واحد منهما فيطرح من ذلك النصف وقال محمد رحمه الله يقسم ذلك على القيمة قيمة العلو أو قيمة السفل وقيل ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف رحمه الله أجاب بناء على ماشاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد شاهد اختلاف العادات في البلدان فقال انما يقسم على القيمة وقيل بل هو بناء على أصل آخر وهو أن عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة رضي الله عنه لصاحب السفل منفعتان منفعة السكنى ومنفعة البناء فانه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك فلصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فانه لو أراد أن يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه من ذلك والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة فلهذا جعل بمقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو وأبو يوسف رحمه الله يقول لصاحب العلو أن يبني على علوه اذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا في السفل اذا كان لا يضر بصاحب العلو فاستويا في المنفعة فيحصل ذراع من السفل بذراع من العلو وحجته لاثبات هذا الأصل ان صاحب العلو يبني على ملكه كما أن صاحب السفل يتصرف في ملكه واتصال العلو بالسفل كاتصال بيتين متجاورين فلكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر لصاحبه وأبو حنيفة رحمه الله يقول صاحب السفل بحفر السرداب يتصرف في الارض وهي خالص ملكه وصاحب العلو يحمل ما يبني على حائط السفل أيضا وهو مملوك لصاحب السفل وزيادة البناء تصير بحائط صاحب السفل لا محالة ويتبين ذلك في الثاني ان كان لا يتبين في الحال ولا يكون له أن يفعل ذلك بدون رضاء صاحب السفل ومحمد في هذا الفصل وافق أبا يوسف ولكن في القسمة يقول تعتبر القيمة لان العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء تتيسر ولان في بعض البلدان تكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل وهو كذلك

Marfat.com

بمكة وبمصر وفى بعض البلدان قيمة السفل أكثر من قيمة العلو كما هو بالكوفة قيل في كل موضع تكثر النداوة في الارض يختار العلو عن السفل وفى كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة فاستحسن القسمة فى العلو والسفل باعتبار القيمة ثم تفسير المسئلة فى فصلين أحدهما أن يكون بينهما سفل علوه لغيرهما وعلو سفله لغيرهما فاراد القسمة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يجعل بمقابلة كل ذراع ذراع والثاني أن يكون المشترك بين الشركاء بيتا اسفله علو وسفل لا علو له بان كان العلو لغيرهم وعلو لا سفل له فعند أبى حنيفة رحمه الله يجعل بازاء مائة ذراع من العلو الذى لا سفل له ثلاثة وثلثين ذراعا وثلثا من البيت الكامل وبأزاء مائه ذراع من السفل الذى لا علو له ستة وستين ذراعا وثلثى ذراعا من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل كما فى الفصل الأول وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل الذى لا علو له ومائة ذراع من العلو الذى لا سفل له لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو ومحمد رحمه الله فى ذلك كله يعتبر المعادلة بالقيمة وعليه الفتوى واذا كانت الدور بين قوم فاراد أحدهم أن يجمع نصيبه منها في دار واحدة وأبى ذلك بعضهم قسم القاضي كل دار بينهم على حدة ولم يضم بعض انصبائهم الى بعض الا أن يصطلحوا على ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الرأى فى ذلك الى القاضى وينبغى أن ينظر فى ذلك فان كانت انصباء أحدهم اذا جمعت فى دار كان أعدل للقسمة جمع ذلك لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المنفعة والمالية والمقصود دفع الضرر واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم فى دار وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فيمضى قضاءه على وجه يرى النظر فيه كما يمضى قضاءه فى المجتهدات على ما يؤدى اليه اجتهاده ولان الدور فى حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى والجنس الواحد يقسم بين الشركاء قسمة واحدة كالغنم والثياب الهروية الا أنها تتفاوت منفعة السكنى باختلاف البلدان وباختلاف المحال فمن هذا الوجه نسبه البلدان الاجناس المختلفة فعند تعارض الادلة الرأى للقاضي فيرجح بعضها بطريق النظر وأبو حنيفة رحمه الله يقول الدور أجناس مختلفه بدليل انها لا تثبت صداقا بمطلق التسمية حتى اذا تزوج امرأة على دار فهو

Marfat.com

بمنزلة مالو تزوجها على ثوب (وكذلك) لو وكل وكيلا بشراء دار لم يصح التوكيل وبعد اعلام الجنس جهالة الوصف لاتمنع صحة الوكالة فعرفنا أنها أجناس مختلفة والاجناس المختلفة لاتقسم قسمة واحدة الا باصطلاح الشركاء علي ذلك وهذا لان فى الأجناس المختلفة معنى المعاوضة يغلب علي معنى التمييز والمعاوضة تعتمد التراضى وفى الجنس الواحد معنى التمييز يغلب وذلك داخل تحت ولاية القاضى ففى الدور معنى المعاوضة يغلب لان قبل القسمة يتيقن بان نصيب كل واحد منهم فى أمكنة متفرقة فاذا جمعها فى مكان واحد يكون ذلك بطريق المعاوضة واذا قسم كل ذراع علي حدة فمعنى التمييز فيه يغلب لان نصيب كل واحد منهم يكون فى أمكنة متفرقة بعد القسمة كما كان قبلها ثم المقصود بالقسمة تمكين كل واحد منهم من الانتفاع بملكه فلا بد من اعتبار المعادلة فى المنفعة والتفاوت فى المنفعة فى الدور تفاوت عظيم فانما يختلف باختلاف البلدان وباختلاف المحال وباختلاف الجيران وبالقرب من الماء وبالبعد عنه وبالقرب من الربط والبعد عنه والظاهر أنه يتعذر عليه اعتبار المعادلة في المنفعة اذا قسمها قسمة واحدة وأن قسمة كل دار علي حدة أعدل ثم هى ثلاثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور سواء كانت متفرقة أو متلازقة لايقسم عنده قسمة واحدة إلا برضاء الشركاء والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متفرقة أو مجتمعة في مكان واحد لانها تتفاوت في منفعة السكنى فالبيت إسم لسقف واحد له دهليز فلا يتفاوت فى المنفعة عادة (ألا ترى) انها تؤجر بأجر واحد فى كل محلة فتقسم قسمة واحدة والمنازل ان كانت مجتمعة فى دار واحدة متلازقة بعضها ببعض تقسم قسمة واحدة وان كانت متفرقة تقسم كل منزلة علي حدة سواء كانت فى محال أو فى دار واحدة بعضها فى أقصاها وبعضها فى أدناها لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالمنازل تتفاوت فى منفعة معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت فى الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها تقل فى مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت فى أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة وهما فى الفصول كلها يقولان ينظر القاضى الى أعدل الوجوه فتمضى القسمة علي ذلك ولو اختلفوا فى قيمة البناء فقال بعضهم يجعل البناء بذرع من الارض وقال بعضهم يجعلها علي الدراهم والصحيح أن القاضى يجعلها علي الذرع اذا تيسر عليه ذلك لان الدراهم ليست من الميراث والثابت لقاضى ولاية قسمة الميراث بينهم فاذا جعل على ذلك الذرع كان ذلك تصرفا فى

Marfat.com

محل ولايته واذا جعل ذلك علي الدراهم كان ذلك تصرفا منه وراء محل ولايته وربما لا يقدر كل أحد علي تحصيل الدراهم وأدائها فليس للقاضى أن يكلفه ذلك توضيحه انه اذا جعل ذلك على الدراهم فالذي وقع البناء فى نصيبه الدرهم دين عليه وربما ينوي ذلك عليه وان كان يخرج فنفس القسمة يتعجل نصيب من وقع البناء في نصيبه ويتأخر نصيب الآخر الى خروج الدين منه فتنعدم المعادلة بذلك واذا جعل ذلك علي الذرع يتعجل وصول نصيب كل واحد منهم اليه ويتم القسمة ولا حق لبعضهم علي بعض فهذا أولى الوجهين واذ اتعذر عليه اعتبار المعادلة علي الذرع فله أن يقسم على الدراهم عندنا (وقال) مالك رحمه الله ليس له ذلك الا أن يصطلحوا عليه أو تكون الدراهم يسيرة لان في القسمه علي الدراهم محض المعاوضة وهو بيع نصيب أحدهما من البناء بما يوجب له من الدراهم على صاحبه وليس للقاضى ولاية المعاوضة إلا عند تراضى الخصمين عليه الا أن اليسير من الدراهم ربما يتحقق فيه الحاجة والضرورة فيتعدى اليه حكم ولايته للحاجة وأصحابنا رحمهم الله يقولون هذه الحاجة تتحقق فى الكثير كما تتحقق فى القليل لان قيمة نصيب أحدهما من البناء ربما يكون أضعاف جميع قيمة الارض فتتعذر عليه القسمة بطريق مقابلة قيمة البناء بالذرع من الارض أو يقع جميع الساحة لاحدهما فلا يتمكن صاحب البيت من الانتفاع بالبناء بدون الارض واذا كلف نقل البناء تنقطع المنفعة عنه فلهذا قلنا عند الضرورة يجوز له أن يجعل القسمة فى البناء على الدراهم وهذا لان ولاية القسمة تثبت له فلا يتعدى فيتعدي ولايته الى مالا يتأتى له القسمة الا به كالجد مع وصي الاب يصح منه تسمية الصداق في النكاح وان كان التصرف فى المال الي الوصي دون الجد وكذلك الاخ ليس له ولاية التصرف فى المال ثم له ولاية التسمية فى الصداق باعتبار ثبوت الولاية فى التزويج ولو اختلفوا فى الطريق فقال بعضهم يرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا يرفع نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريقا يفتحه فى نصيبه قسمه بينهم بغير طريق يرفع كما بين عنهم وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بينهم لان المقصود بالقسمة توفير المنفعة علي كل واحد منهم ثم موضع الطريق مشترك بينهم كغيره فاذا كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه فى نصيبه فالذي يقول لا يرفع طريقا بطلب القسمة فى جميع المشترك وذلك ممكن مع اعتبار المعادلة فى المنفعة فيجيبه القاضى الي ما التمس واذا كان لا يستقيم ذلك ففى قسمة موضع الطريق قطع المنفعة عنهم وذلك ضد ما هو المقصود بالقسمة

Marfat.com

والقائل لا يرفع طريقا في هـذا الموضـع متعنت توضيحه انه لو كان المشترك بينهم موضع الطريق فقط فطلب بعضهم قسمته وفيه ضرر على كل واحـد منهم لم يجبه القاضي الى ذلك وان كان فيه منفعة للطالب أجابه القاضى الى ذلك فكذلك اذا كان المشترك موضع الطريق وغيره ولو اختلفوا فى سعة الطريق وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله على أدنى مايكفيهم لان باب الدار متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ثم لافائدة فى جعل الطريق أعرض من باب الدار لانه مالم يدخـل الحمل من باب الدار لايحمله فى ذلك الطريق واذا جعل الطريق أضيق من باب الدار يتضرر به الشركاء ومقصود كل واحد منهم أن يحمل الى مسكنه فى ذلك الطريق ما يدخله في باب الدار فلهذا يجعـل الطريق بينهم علي عرض الدار وطوله واذا وقع الحائط لاحد القسمين وعليه جزوع للآخر ووقعت القسمة علي أن يكون هكذا أولم يذكرا ذلك فى القسمة فانه يترك على حاله لانه وجـد كذلك عند تمام القسمة ويجوز أن يكون ملك الحائط لاحدهما وللآخر عليه حق وضع الجذوع فيترك على حاله الاأن يشترط قلع الجذوع عنه فحينئذ يجب الوفاء به للحديث الشرط أملك وكذلك لوكان أزج وقع على حائط على هـذه الصفة أودرجة وكذلك اسطوانة وقع عليها جـذوع وكذلك روشن وقع على صاحب العلو مشرف علي نصيب الآخر فاراد صاحب السفل أن يقطع الروشن ليس له ذلك إلا أن يشترط قطعه لان حق قرار هذه الاشياء تجوز أن تكون مستحقا لانسان فى حائط غيره فاذا تمت القسمة بينهما على هذه الصفة يجب تركها كذلك ألاترى انه لوأصاب أحدهما ثبت علو والآخر السفل لم يكن لصاحب السفل أن يهدم العلو فاما اذا وقعت الساحة لاحدهما وللآخر أطراف جذوع شاخصة فيها فاراد صاحب الساحة قطع تلك الجذوع فان كانت اطراف الجذوع بحيث يمكن البناء عليها فليس له أن يقطع ذلك لان هذا لجواز أن يكون قراره مستحقا لانسان فى ساحة غيره وان كان بحيث لايمكن البناء عليها فلصاحب الساحة أن يجبره على قطع ذلك أوتفريغ هواء الساحة عنه بما يقدر عليه لان ذلك لايجوز أن يكون حقا مستحقا له في ملك الغير اذهو لا ينتفع به من حيث البناء عليه ولو وقعت شجرة فى نصيب أحدهما وأغصانها متدلية الى نصيب الآخر فقد ذكرنى رستم عن محمد رحمه الله ان له ان يجبره علي قطع تلك الاغصان وهذا مما لا يستحق اقراره فى ملك الغير بسبب من الاسباب وذكرنى سماعة عن محمد رحمه الله انه يترك كذلك لانه بالقسمة استحق

Marfat.com

الشجرة باغصانهافترك الاغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة بمنزلة الازج والدرجة واذا أصاب رجلا مقصورة من الدار وأصاب من الآخر منزل طريق علو هذا المنزل في هذه المقصورة ولم يذكروا ذلك عندالقسمة فلا طريق له فى المقصورة لانه يقدرعلى أن يجعل طريقه فى حقه من غير ضرر والقسمة لتمييز نصيب احدهما من نصيب الآخر وتمام التمييز اذا لم يبق لاحدهما حق فى نصيب الآخر فاذا أمكن ذلك من غير ضرر يجب امضاء القسمة عليه واذا أصاب احدهما قسمة ساحة فى القسمة وأراد أن يبنى فيها ويرفع بناء وأراد الآخر منعه وقال انك تسد على الريح والشمس فله أن يرفع بناء مابدا له لان الساحة ملكه والساحة حق خالص له وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه بما يبدوا له وليس للجار ان يمنعه عن ذلك وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا أو مخرجا لانه يتصرف فى خالص ملكه أرأيت لو أرادأن يجعل فيها رحا أو حدادا أو قصارا كان للآخر أن يمنعه من ذلك والحاصل أن من تصرف فى خالص ملكه لم يمنع منه فى الحكم وان كان يؤدى الى الحاق الضرر بالغير ألاترى أن من اتجر فى حانوته نوع تجارة لم يمنع من ذلك وان كانت تكسد بسببه تجارة وان أصحاب الحوانيت يتأذون بغبار سنابك الدواب المارة وان يتأذى المارة بدخان نيرانهم التى يوقدونها فى حوانيتهم ثم ليس للبعض منع البعض من ذلك وللانسان أن يسقى أرضه وليس لجاره أن يمنعه من ذلك مخافة أن يقل ماء بئره فعرفنا أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه. وان كف عما يؤذي جاره كان أحسن له قال صلي الله عليه وسلم مازال جبريل عليه السلام يوصي بالجار حتى ظننت أنه سيورثه والتحرز عن سوء المجاورة مستحق دينا ولكنه لايجبر علي ذلك فى الحكم والحيلة للجار أن يتصرف في ملك على وجه يدفع به ضرورة عن نفسه ويحول بينه وبين مقصوده علي ما حكى أن رجلا جاء الى أبى حنيفة رضى الله عنه فقال أن جارى اتخذ مجمدة بجنب حائطى فقال اتخذ أنت أتونا بجنب الحائط ليذيب هو مايجمع من الجمد وعلى هذا قال في الكتاب لو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة فتأذى بذلك صاحب الساحة فليس له أن يمنعه من ذلك لان اتخاذ الباب والكوة يرفع نقص الحائط ولو رفع جميع البناء لم يكن للآخر أن يمنعه منه فلهذا أولى ولكنه يبنى فى ملكه مايستره ان شاء وليس لصاحب الكوة أن يمنعه عن ذلك وكذلك هذا الحكم في الدارين والجارين ولو اتخذ رجل بئرا فى ملكه كرياسا أوبالوعة أو بئر ماء فنزمنها حائط جاره وطلب

Marfat.com

تحويل ذلك لم يجبر على تحويله لان تصرفه فى خالص ملكه وان سقط الحائط من ذلك لم يلزمه ضمانه لانه غير متعدى فى هذا السبب والمسبب اذا كان غير متعدى في تسببه فهو غير ضامن لما تلف به كما لوسقط انسان فى بئره هذا واذا قسم رجلان دارا فأخذ أحدهما حيزا والآخر حيزا فوقع لاحدهما حائط للظاهر منه على آجرتين وأسه على أربع وقد دخل فى نصيب صاحبه من ذلك آجرة فقال صاحب الحائط أنا آخذ من نصيبك مادخل فيه من أس حائطى لم يكن له ذلك وانما له ماظهر من الحائط على وجه الارض لانه بالقسمة استحق الحائط والحائط اسم للبناء المرتفع من وجه الارض فاما الاس الذى ليس عليه بناء مرتفع عن وجه الارض فهو أرض لاحائط والارض واقع في قسم الآخر فلو استحقه صاحب الحائط انما يستحقه حريما لحائطه وليس للحائط حريم واذاقسم الشريكان دارا أودارين بينهما لم يكن للجار في ذلك شفعة لان كل واحد منهما شريك لصاحبه والشريك مقدم على الجار ألاترى ان احدهما لو باع نصيبه من صاحبه لم يكن للجار فيه الشفعة ثم فى دار واحدة معنى التمييز فى القسمة تغلب على معنى المعاوضة والشفعة تختص بمعاوضة مال بمال واذا اقتسم الرجلان دارا ورفعا طريقا بينهما ثم أراد قسمة الطريق بعد ذلك فان كانت قسمته تستقيم بغير ضرر قسمته بينهما وان كانت لاتستقيم ولا يكون لاحدهما طريق لم أقسمه ثم لان فى القسمة هنا معنى الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما لاتفويتها واذا اصطلح الرجلان فى القسمة على ان أخذ أحدهما دارا والآخر منزلا فى دار أخري أوعلى ان أخذ أحدهما دارا والآخر نصف دار أخرى أوعلى ان أجر كل واحد منهما سهاما معلومة من دار على حدة أوعلى أن أخذ أحدهما دارا والآخر عبدا أوما اشبه ذلك من الاصطلاح فى الاجناس المختلفة فذلك جائز لان هذه معاوضة تجرى بينهما بالتراضي ولاربا فى شئ مما تناوله تصرفه ولو اصطلحا فى دار واحدة على أن يأخذ أحدهما الارض كلها والآخر البناء كله فهو جائز للتراضى فان الارض والبناء كل واحد منهما مال متقوم مبادلة نصيب احدهما من الارض بنصيب الآخر من البناء صحيح فان شرط على أن يكون البناء له ينقضه وتكون الارض للآخر فهو جائز وان اشترط أن لايقلع بناءه فهذا فاسد لان صاحب الارض لايتوصل بهذه القسمة الى الانتفاع بالأرض ولان هذا فى معنى بيع شرط فيه اعارة أو اجارة فان صاحب البناء لما شرط ترك البناء فى أرض الآخر فان كان بمقابلة هذا الترك شئ من العوض

Marfat.com

فهو اجارة فاسدة شرطت فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شئ من العوض فهو اعارة مشروطة فى فى البيع واذا كانت الدار فى طريق ليس بنافذ لها فيه باب فاقتسمها أهلها على أن يفتح كل انسان منهم فى ذلك الزقاق لنفسه فهو جائز وليس لاهل الزقاق منعهم من ذلك لان كل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد منهم يفتح الباب برفع بعض الحائط ولو رفعوا جميع الحائط لم يكن لاهل الزقاق منعهم عن ذلك ولان لكل واحد من الشركاء حق المرور فى هذا الطريق الى أن يتوصل الى ملكه وكل واحد منهم يفتح الباب يريد أن يستوفى حق نفسه ولا يريد الزيادة على ذلك ولو كانت مقصورة بين ورثة بابها فى دار مشتركة ليس لاهل المقصورة فيها الا طريقهم فاقتسموا المقصورة على أن يفتح كل واحد منهم بابا من نصيبه فى الدار العظمى لم يكن لهم ذلك لان لهم طريقا واحدا فى موضع معلوم من عرصة الدار فهم يريدون هذه الزيادة فى ذلك بان يجعلوا جميع صحن الدار ممرا فيكون لاهل الدار منعهم من ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يمنعون من فتح الباب لان ذلك رفع بعض الحائط والحائط خالص حقهم وانما يمنعون من التطرق فى غير الموضع المعروف طريقا لهم فى صحن الدار ولكن فى ظاهر الجواب قال يمنعون من فتح الابواب لانهم اذا تمكنوا من ذلك فربما يدعى كل واحد منهم بعد تقادم الزمان لهم طريقا خاصا فى صحن الدار ويستدل على ذلك بالباب المركب وقد يعتمد ذلك بعض القضاة فيفصل الحكم به فلهذا منعوا من فتح الابواب ولأهل الدار أن يبنوا ما بدا لهم فى صحن الدار بعد أن يتركوا لهم طريقا واحدا بقدر عرض باب الدار العظمى لان ذلك القدر من حقهم متفق فيرد عليه ما وراء ذلك الموضع وما سوى ذلك من صحن الدار فهو ملك خاص لاهل الدار فلهم ان يبنوا فيها ما أحبوا ويفتح أهل المقصورة ما بدا لهم من الابواب فى ذلك الموضع لانهم بفتح هذه الابواب لا يبنون لانفسهم زيادة على مقدار حقهم وان كان لاهل هذه المقصورة دارا أخرى الى جنب هذه المقصورة فوقعت هذه الدار فى قسم رجل منهم فاراد أن يفتح بابا فى هذا الطرق المرفوع بينهم فليس له ذلك لانه لا طريق لهذه الدار فيها فما كنها يريد اثبات طريق لنفسه فى طريق مشترك الشركه فيها خاصة والطريق الخاص بمنزلة الملك فكما لا يمكن من احداث طريق لنفسه فى ملك الغير فكذلك فى الطريق الخاص وان اشترى الذى اصابته المقصورة هذه الدار فاراد أن يجعل طريقها فى

Marfat.com

مقصورته ثم يمر فى ذلك الطريق المشترك فله اذ كان الدار والمقصورة واحدا لان الكل فى حكم منزل واحد وان كان ساكن المقصورة غير ساكن الدار لم يكن له ذلك لانهما منزلان وكما انه ليس لساكن الدار أن يتطرق فى هذا الطريق من داره فكذلك لا يكون له أن يتطرق فيه من المقصورة لان لصاحب المقصورة أن يرضى بتطرقه فما هو خالص ملكه وهو المقصورة ولا يعتبر رضاه بذلك فى ملك الغير وهو الطريق وفرق بين هذا وبين الشرب فان من له أرض بجنب نهر شربها من ذلك النهر اذا اشترى بجنب أرضه أرضا أخرى وأراد أن يسقي الارض الاخرى من هذا النهر باجراء الماء فى أرضه لم يكن له ذلك وفى الطريق له ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا لان هناك يستوفى من الماء فوق حقه فان حقه فى هذا النهر مقدار ما يسقى به أرضه فاذا سقى به أرضين فهو يستوفى أكثر من حقه فيمنع من ذلك وفى الطريق هو الذى يتطرق سواء دخل المقصورة فقط أو يحول من المقصورة الى الدار فلهذا لا يمنع من ذلك اذا كان ساكن الدار والمقصورة واحدا واذا اقتسم الرجلان دارا فأخذ أحدهما طائفة وفى نصيب الآخر ظلة على الطريق وكنيف شارع فالقسمة فى هذا كالبيع وقد بينا فى كتاب الشفعة ان كنيف الشارع يدخل في بيع الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر والظلة عند أبى حنيفة لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يدخل اذا كان منتحها فى الدار سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر فكذلك فى القسمة فان هدم أهل الطريق تلك الظلة لم تنتقض القسمة لانه انما استحق البناء بالقسمة أما الارض من طريق المسلمين وانما يستحق بالقسمة ما كان مشتركا بينهم قبل القسمة والمشترك البناء دون الارض ولا يرجع على شريكه بشيء لانهما كانا يعلمان أن الظلة على الطريق فان لهم منها نفس البناء لا حق القرار وذلك سالم له واذا اقتسما دارا فلما وقعت الحدود بينهما اذا أحدهما لا طريق له ولا يقدر على طريق فالقسمة مردودة لانها وقعت على الضرر والمقصود تحصين كل واحد منهما بالانتفاع بملكه لا قطع ملك المنفعة عنه وقد تبين أن فى هذه القسمة قطع منفعة الملك عن أحدهما فكانت مردودة وان كان له حائط يقدر على أن يفتح بابا يمر فيه رجل ولا تمر فيه الحمولة فالقسمة جائزة لتمكنه من الانتفاع بنصيبه بالتطرق اليه من هذا الجانب فالأصل فى الطريق مرور الناس فيه فاما مرور الحمولة فيه لا يكون الا نادرا ويتعذر ذلك لا يمتنع عليه استيفاء ما هو المقصود وان كانت بحيث لا يمر فيه رجل فليس هذا بطريق ولا تجوز القسمة

Marfat.com

لما فيها من قطع منفعة الملك عن احدهما وان كان اقتسما على أن لا طريق لفلان وهو يعلم أنه لا طريق له فهو جائز بتراضيهما لانه رضي بذلك لنفسه وانما لم تصح القسمة لدفع الضرر عنه فاذا رضى بالتزام الضرر سقط اعتبار ذلك الضرر واذا اقتسما دارا على أن يستوفى أحدهما من الآخر دارا له بالف درهم فالقسمة على هذا الشرط باطلة لان فيها معنى البيع واشتراط هذا في البيع مبطل له لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وكذلك كل قسمة على شرط هبة أو صدقة فهى فاسدة كالبيع وكذلك كل شراء على شرط قسمته فهو باطل لان اشتراط القسمة فى الشراء كاشتراط الشراء فى القسمة واذا كانت القسمة على أن يزيد شيئا معروفا فهو جائز لانه لو شرط في البيع زيادة فى الثمن مقدار مسمى أو زيادة فى المبيع شيئا بعينه جاز ذلك فكذلك في القسمة والله أعلم

باب قسمة الدور بالدراهم يريدها

(قال رحمه الله أحدهما واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها على أن يرد أحدهما على الآخر دراهم مسماة فهو جائز) لان فى حصة الدراهم المشروطة العقد بيع وقد تراضيا عليه وجواز البيع يعتمد المراضات وقد بينا أن الشريكين عند القسمة يحتاجان الى ذلك عادة الا أن القاضى لا يفعله الا عند الضرورة فاما اذا تراضيا على القسمة فذلك مستقيم منهما ثم كل ما يصلح أن يكون عوضا مستحقا بالبيع يجوز اشتراطه فى هذه القسمة عند تراضيهما عليه فالنقود حالة كانت أو مؤجلة والمكيل والموزون معينا أو موصوفا مؤجلا أو حالا يجوز استحقاقه عوضا فى البيع فكذلك في القسمة فان كان لشيء من ذلك حمل ومؤنة فلا بد من بيان مكان الايفاء فيه عند أبي حنيفة رحمه الله كما فى السلم والاجارة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان بينا للتسليم مكانا جاز ذلك وان لم يبينا جازت القسمة ويتعين للتسليم موضع الدار وكان ينبغى فى القياس أن يتعين موضع العقد كما فى السلم عندهما ولكنهما استحسنا فقالا تمام القسمة يكون عند الدار وانما يجب عند تمام القسمة فيتعين موضع الوجوب فيه للتسليم كما فى الاجارة عندهما يتعين موضع الدار لا موضع العقد لان وجوب الآخر باستيفاء المنفعة وذلك عند الدار يكون وان كانت الزيادة شيئا من الحيوان بعينه فهو جائز وان كان بغير عينه لم يجز موصوفا كان أو غير موصوف مؤجلا كان أو حالا لان الحيوان لا يستحق فى الذمة عوضا عما هو مال وان كان بعينه

Marfat.com

وشرط أن لا يسلمه الى شهر فهو فاسد لانه شرط الاجل في العين وذلك مفسد للبيع لكونه غير منتفع به بل فيه ضرر على المتملك للعين بالعقد من غير منفعة للآخر فيه فكذلك فى القسمة ولو كانت الزيادة ثيابا موصوفة الى أجل معلوم فهو جائز وان لم يضرب له أجلا لم يجز كما في البيع وهذا لان الثياب تثبت فى الذمة سلما ولا تثبت في الذمة قرضا والسلم لا يكون إلا مؤجلا والقرض لا يكون الا حالا فعرفنا بذلك أنها تثبت فى الذمة مؤجلا ثبوتا صحيحا ولا تثبت حالا واذا كان ميراث بين رجلين فى دار وميراث فى دار أخرى فاصطلحا على أن لاحدهما ما فى هذه الدار وللآخر ما في تلك الدار وزاد مع ذلك دراهم مسماة فان كانا سميا سهاما كم هى سهم من كل دار جاز لان ما يستحقه كل واحد منهما بالقسمة والبيع معلوم له وان لم يسميا ذلك لم يجز لجهالة ما يستحقه كل واحد منهما وهذه جهالة تفضي الى تمكن المنازعة بينهما فى الثانى وان سميا مكان السهام أذرعا مسماة مكسرة جاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يجز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وأصل الخلاف فيما ذكرنا فى البيوع اذا باع ذراعا في عشرة أذرع من هذه الدار فالقسمة نظير البيع فى ذلك داران بين ثلاثة نفر اقتسموها على أن يأخذ أحدهما احدى الدارين والثانى الدار الاخرى على أن يرد الذى أخذ الدار الكبري على الذى لم يأخذ شيئا دراهم مسماة فهو جائز لانه اشترى نصيب الشريك الثالث بما أعطاه من الدراهم ولو اشترى نصيب الشريكين جميعا بالدراهم جاز فكذا اذا اشترى نصيب أحدهما ثم قاسم الشريك الآخر على قدر ملكهما فى الدارين وذلك مستقيم أيضا فقد بينا أن الدور تقسم قسمة واحدة بالتراضى وكذلك ان أخذ الدار الكبرى اثنان منهم وأخذ الثالث الدار الصغرى واذ كانت دارا واحدة بينهم وأخذها اثنان منهم كل واحد منهما طائفة معلومة على أن يرد على الثالث دراهم معلومة فهو جائز لانهما اشتريا نصيبه بما نفذاله من الداهم وكذلك ان اشترطوا على أحدهما ثلثى الدراهم لفضل فى منزله فذلك جائز لانه يكون مشتريا ثلثى نصيب الثالث وصاحبه الثلث وكذلك دار بين شريكين اقتسماها نصفين على أن يرد أحدهما على الآخر عبدا بعينه على أن زاده الآخر مائة درهم فهو جائز لان بعض العبد عوض عن المائة الدراهم وبعضه عوض عما أخذ مالك العبد من نصيب صاحبه بالقسمة من الدار وذلك مستقيم وكذلك لو اقتسماها على أن يأخذ أحدهما البناء وأخذ آخر الخراب على أن يرد صاحب البناء على الآخر دراهم مسماة فذلك جائز لان بعض ما أخذ من البناء عوض مستحق له بالقسمة وبعضه مبيع له بما

Marfat.com

تقدمن الدراهم وكذلك لو أخذ أحدهما السفل والآخر العلو واشترط أحدهما على صاحبه دراهم مسماة لان السفل مع العلو كالبيتين المتجاورين يجوز بيع كل واحد منهما فكذلك يجوز اشتراط فضل الدراهم على أحدهما فى قسمة العلو والسفل شرط ذلك على صاحب العلو أو على صاحب السفل والله أعلم

باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على البعض بغير دراهم

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين فاقتسماها فأخذ أحدهما مقدمها وهو الثلث والآخر أخذ مؤخرها وهو الثلثان جاز ذلك) لان المعتبر فى القسمة المعادلة في المالية والمنفعة والظاهر أن ذلك لا يتأتى مع اعتبار المساواة في المساحة ومالية مقدم الدار فوق مالية مؤخرها لكثرة الرغبة فى المقدم دون المؤخر وتفاوت المنفعة بحسب ذلك فالقسمة لا تخلو فى العادة عن التفاوت فى المساحة ولا يعد ذلك ضررا وانما الضرر بالتفاوت فى المنفعة والمالية ففى ذلك تعتبر المعادلة بينهما فان كانت الدار بينهما أثلاثا فأخذ صاحب الثلث نصيبه مابقى من الدار وهو أكثر من حقه فهو جائز بمنزلة البيع لوجود التراضى منهما وقد بينا أن المال الذى لا يجرى فيه الربا يعتبر لجواز المبايعة فيه المراضاة فكذلك ان كان الذي وقع فى قسم الآخر ليست له غلة فهو جائز لانه رضي به لغرض له وهو غير متهم فى النظر لنفسه فيه ولو اشتراه بمال عظيم جاز شراؤه فكذلك اذا اختار أحدهما أخذه فى القسمة بقسمه واذا اقتسما دارا بينهما على أن لكل واحد منهما طائفة من الدار على ان رفعا طريقا بينهما ولاحدهما ثلثه والآخر ثلثاه فهذا جائز وان كانت الدار فى الأصل بينهما نصفين لان رقبة الطريق ملك لهما محل للمعاوضة فقد شرط أحدهما لنفسه بعض نصيب صاحبه من الطريق عوضا عن بعض ماسلم اليه من نصيبه فى المنزل الذي أخذه صاحبه بالقسمة وذلك جائز وان أخذهما طائفة منهما يكون قدر الثلث وأخذ الآخر طائفة تكون قدر النصف ورفعا طريقا بينهما يكون مقدار السدس فهو جائز لانهما نفيا شركتهما فى موضع الطريق وقسما ماوراء ذلك على الاخماس فأخذ أحدهما ثلثة أخماسه والآخر خمسه ولو قسما الكل بينهما بهذه الصفة جاز فكذلك اذا اقتسما البعض وبقيا شركتهما فى البعض ليكون ذلك طريقا لهما ولو اشترطا أن يكون الطريق بينهما على قدر مساحة مافى أيديهما فهو جائز لانهما لو قسما الكل على هذه المساحة

Marfat.com

جاز فكذلك اذا اشترطا أن يتركاه مشتركا للطريق بينهما على قدر هـذه المساحة وكذلك ان شرطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل ويكون للآخر ممرة فيه فهو جائز لان عين الطريق مملوك لهما فقد حصل أحدهما نصيبه من عين الطريق لصاحبه عوضا عن بعض ما أخذه من نصيب صاحبه بالقسمة ولكن بقى لنفسه حق الممر فى ذلك جائز بالشرط كمن باع طريقا مملوكا له من غيره على أن يكون له حق الممر فان ذلك جائز بمثله بيع السفل على أن يكون حق القرار العلو له عليه وان لم يشترطا شيئا من ذلك فالطريق بينهما على قدر ما ورثا لانهما نفيا شركتهما فى قدر الطريق فيبقى فى هـذا الجزء عين ما كان لهما من الشركة فى الكل واذا كانت دار بين رجلين وبينهما شقص من دار أخرى فاقتسماها على أن يأخذ أحدهما الدار والآخر الشقص ولم يسميا سهام الشقص لم يجز ذلك للجهالة فان أقرا أنهما كان يعرفان كم هو يوم اقتسما فهو جائز لان عين التسمية فى العقد غير مقصودة بل المقصود اعلام المتعاقدين بها وقد تصادقا على أنه كان معلوما لهما وان عرف ذلك أحدهما وجهله الآخر فالقسمة مردودة وقد بينا فى كتاب الشفعة انه اذا اشترى نصيب فلان من الدار فان كان المشترى يعلم كم نصيبه جاز البيع وان كان البائع يعلم ذلك دون المشترى لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجوز في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وينبغى أن يكون الجواب في القسمة علي ذلك التفصيل أيضا وقيل بل هذا الجواب صحيح فى القسمة وهو قولهم جميعا لان المعتبر فى القسمة المعادلة فى المنفعة والمالية ولا يصير ذلك معلوما لكل واحد منهما الا اذا كان الشقص معلوما لكل واحد منهما فلهذا قلنا اذا جهل أحدهما ذلك فالقسمة مردودة فاما البيع عقد معاينة يقصد للاسترباح والمشترى هو الذى يقبض البيع فيشترط أن يكون مقداره معلوما له فاما حق البائع فى الثمن معلوم فلتحقيق هذا المعنى يظهر الفرق واذا اقتسم الرجلان دارا علي أن أخذ أحدهما الثلث من مؤجرها بجميع حقه وأخذ الثلثين من مقدمها بحقه فهو جائز وان كان فيه غبن لانهما تراضيا عليه والقسمة نظير البيع فلا يمتنع جوازها بسبب الغبن عند تمام التراضى من المتعاقدين عليه وما لم تقع الحدود بينهما والتراضى بعد القسمة فلكل واحد منهما أن يرجع كما فى البيع قبل تمام العقد بالايجاب والقبول لكل واحد منهما أن يرجع فكذلك فى القسمة وتمام القسمة بوقوع الحدود بينهما واذا كانت أقرحة الارض متفرقة بين رجلين فهي كالدور عند أبى حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح بينهما

Marfat.com

على حدة الا اذا تراضيا على أن يقسما الكل قسمة واحدة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ينظر القاضي فى ذلك فيقسمها بينهم على أعدل الوجهين كما هو مذهبهما في الدور وهـذا لان الاراضي المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منهما فى العلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك بمنزلة تفاوت الدور المتفرقة تتفاوت فيما هو المقصود منها أو أكبر من ذلك فكما أن هناك لتعذر المعادلة فى المنفعة قال أبو حنيفة رحمه الله تقسم كل دار على حدة فكذلك الجواب فى الاقرحة واذا كانت القرية ميراثا بين قوم اقتسموها فاصاب أحدهم قراح وغلات فى قراح وأصاب الآخر قرحا كرم فهو جائز لان هـذا النوع من القسمة يعتمد الرضا وما أصاب كل واحد منهما غير مال متقوم يجوز بيعه فيجوز استحقاقه بالقسمة أيضا واذا أصاب بعضهم بستان وكرم وبيوت وكتبوا فى القسمة بكل حق هو لها أولم يكتبوا ذلك فله مافيها من الشجر والبناء ولا يدخـل في ذلك الثمر والزرع وقد بينا هـذا فى كتاب الشفعـة فى البيع فهو كذلك في القسمة وان كتبوا بكل قليل وكثير هو فيها أومنها دخل ذلك فى القسمة وفى كتاب المزارعة قال لايدخل الزرع والثمر بهذا اللفظ ولكن قال هناك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها فيما ذكر فى آخره يتبين ان المراد ادخال الطريق والشرب دون الزرع والثمر وهناك أطلق بكل قليـل وكثير هو فيها أومنها والثمر والزرع من هذه الجملة فعند إطلاق اللفظ تدخل فى القسمة ومن جعل المسئلة على روايتين فقد بينا وجه الروايتين فى كتاب الشفعة واذا اقتسم نفر بينهم أرضا على أن لا طريق لهم ولا شرب ورضوا بذلك فهو جائز لوجود التراضى منهم على التزام الضرر إلا أنهم قالوا القاضي لا يشتغل بهذه القسمة وان تراضوا عليه لان القاضى لا يشتغل بما لا يفيد ولكن ان فعلوا ذلك لم يمنعهم من ذلك كما لو طلبوا من القاضى قسمة الحمام بينهم لا يفعل ذلك وان فعل بتراضيهم لم يمنعهم من ذلك وان كانت أرض بين قوم لهم نخل فى غير أرضهم فاقتسموا على أن يأخذ اثنان منهم الارض وأخذ الثالث النخيل باصولها فهذا جائز لان النخلة بمنزلة الحائط منها ولو شرط لاحدهم فى القسمة حائطا ينصبه جاز فكذلك النخلة وان شرطوا أن لفلان هذه القطعة وهذه النخلة وهو فى غير تلك القطعة وللآخر قطعة وللثالث القطعة التى فيها تلك النخلة فاراد أن يقطع النخلة فليس له ذلك والنخلة لصاحبها باصلها لما بينا أن النخلة كالحائط وتسمية الحائط فى القسمة يستحقه بأصله فكذلك تسمية النخلة وهذا لانها نخلة مالم تقطع فاما بعد القطع هو جذع فمن ضرورة

Marfat.com

استحقاق النخلة استحقاق أصلها وكذلك على هذا لو أقر لانسان بنخلة استحقها بأصلها وذكر في النوادر في البيع اختلافا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قال عند أبي يوسف رحمه الله يستحقها باصلها وعند محمد رحمه الله لا يستحق بأصلها إلا بالذكر فقيل الجواب في الاقرار كالجواب في البيع على الخلاف فابو يوسف رحمه الله يسوى بين القسمة والبيع ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فنقول في القسمة بعض نصيب أحدهما باعتبار أصله ملكه وأصل ملكه فيها نخلة وانما تكون نخلة قبل القطع فمن ضرورة استحقاقه البعض باصله استحقاق جميع النخلة باصلها وكذلك في الاقرار فهو اخبار بملك النخلة له وانما تكون نخلة باصلها فاما البيع ايجاب ملك مبتدا فلا يستحق به الا المسمى فيه والنخلة اسم لما ارتفع من الارض لا الارض فلا يجوز أن يثبت له الملك ابتداء في شئ من الارض بتسمية النخلة في البيع فلهذا يشترط فيه ذكر الاصل فان قطعها فله أن يغرس مكانها مابدا له لانه قد استحق له ذلك من الارض فكما كان له أن يبقى الاولى فيها قبل القطع فكذلك له أن يغرس مكانها أخرى فان أراد أن يمر اليها فمنعه صاحب الارض فالقسمة فاسدة لانها وقعت على الضرر فلا طريق له الي نخلته وقد بينا أن القسمة متى وقعت علي ضرر فهي فاسدة وان الطريق الخاص لا يدخل الا بذكر الحقوق والمرافق فان كانوا ذكروا في القسمة بكل حق هو لها فالقسمة جائزة وله الطريق الى نخلته لانه نص على شرط الحقوق والمرافق ولا يقصد بهذا اللفظ الا شرط الطريق فكأنه شرط الطريق الى نخلته أيضا واذا كانت قرية وأرض ورحا ماء بين نفر فاقتسموها فاصاب رجل الرحاء وأصاب الآخر أقرحة معلومة وأصاب الاخر بيوت وأقرحة فاقتسموها بكل حق هو لها فأراد صاحب النهر أن يمر الى نهره في أرض قسمة فمنعه ذلك ليس له أن يمنعه وله الطريق الى نهره اذا كان نهره في وسط أرض هذا ولا يخلص اليه الا بذلك لانه لا يتمكن من الانتفاع بنهره ما لم يخلص اليه ولا طريق له الى ذلك الا في أرض قسيمه وقد اشترط في القسمة كل حق هو لها فعرفنا انه انما شرط ذلك لاجل هذا الطريق والطريق بالشرط يصير مستحقا له في نصيب قسيمه وان كان النهر منعرجا مع حد الارض له طريق اليه في غير الارض لم يكن له أن يمر في أرض هذا لان القسمة لتمييز ملك أحدهما من ملك الآخر وتمام ذلك بان لا يبقي لاحدهما حق في نصيب الآخر واتمام القسمة في هذا الفصل ممكن بهذه الصفة فلا يستحق الطريق بذكر الحقوق والمرافق وفي الأول

Marfat.com

لا يمكن اتمام القسمة بينهما بهذه الصفة فيجعل الطريق مستحقا له بذكر الحقوق وقد تقدم بيان هذا الفرق في البيت والصفة وان كان في وسط أرض هذا ولم يشترطوا المرافق والطريق ولا كل حق هو لها ولا كل قليل وكثير هو فيها أو منها فلا طريق له في أرض هذا لما بينا انه لا يستحق في نصيب قسيمه حقا من غير لفظ يدل عليه في القسمة والقسمة فاسدة لانها وقعت على ضرر الا أن يقدر على أن يمر في بطن النهر بان انكشف الماء عن موضع من النهر فان قدر على هذا فالقسمة جائزة وطريقه في بطن النهر ليمكنه من الانتفاع بنصيبه بهذه الصفة وطريقه لا في بطن النهر زيادة منفعة له ولم يشترط ذلك لنفسه فلا يستحقه ولا تبطل القسمة لاجله مع تمكنه من الانتفاع بنصيبه لان حرمانه هذه الزيادة بتركه النظر لنفسه عند القسمة وان كان للنهر مسناة من جانبيه يكون طريقه عليها فهو جائز وطريقه عليها دون أرض صاحبه وان ذكر الحقوق في القسمة لتمكنه من الانتفاع بالنهر بالتطرق على مسناته وان لم يذكروا المسناة في القسمة فاختلف صاحب النهر والارض فيها فهي لصاحب النهر لملتقى طينه وطريقه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله هو لصاحب الارض وهذا بناء على مسئلة كتاب الشرب أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وعندهما للنهر حريم من جانبيه مثل عرض بطن النهر فاذا كان عندهما للنهر حريم كان اشتراط النهر لاحدهما في القسمة اشتراطا لحريمه له فهو أولى به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم للنهر وقد جعلا في القسمة النهر حدا لملك صاحبه والمسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض من الغرس والزراعة ولا يصلح لما يصلح له من اجراء الماء فيه فيكون صاحب الارض أولى به وان لم يكن للنهر طريق الا في أرض لقسيمه واشترطوا عليه أن لا طريق له في هذه الارض فهو جائز ولا طريق له اذا علم يومئذ أنه لا طريق له لان فساد القسمة لدفع الضرر عنه وقد رضي هو بالتزام الضرر والشرط أملك وكذلك النخلة والشجرة نصبت احداهما في أرض الآخر واشترطا أن لا طريق له في أرض صاحبه فهو والنهر سواء ولو كان نهر يصب في أجمه كان لصاحبه ذلك المصب على حاله لانه محتاج اليه مستعجل له وقد وقعت القسمة على هذه الصفة فيترك على ذلك لما بينا في جذوع لاحدهما على حائط الآخر فالمصب يجوز أن يكون مستحقا لصاحب النهر في ملك الغير كالجذوع واذا كان نهر لرجل يمر في ملك رجل آخر فاختلفا في مسناة على النهر فهي لرب الارض في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما المسناة لصاحب النهر وهذا بناء على مسئلة

Marfat.com

حريم النهر وعلى سبيل الابتداء هما يقولان لصاحب النهر فى المسناة يد من حيث الاستعمال فانه بالمسناة من الجانبين يجرى ماؤه فى النهر مستويا والاستعمال يد وعند المنازعة القول قول ذى اليد ولابى حنيفة ان الظاهر يشهد لرب الارض لان المسناة من جنس الارض يصلح لما يصلح له الارض وملك الآخر فى النهر وهو العمق الذى يجرى فيه الماء وما وراء ذلك يكون لصاحب الارض باعتبار الظاهر حيث يثبت للآخر استحقاقه بالحجة الا أنه ليس له أن يهدمها فان ذلك يضر بالنهر لان الماء يفيض عدم المسناة فهو مملوك لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيه حق استمساك الماء به فلا يهدمها لحقه كحائط لانسان عليه جذوع لآخر ليس لصاحب النهر أن يهدمه ولكن لصاحب الارض أن يغرس على المسناة مابداله لانه يتصرف فى ملكه وليس فيه ابطال حق صاحب النهر فهو بمنزلة حائط سفله لرجل وعلوه لآخر ولصاحب العلو أن يحدث على علوه مابداله مالم يضر بالسفل واذا كانت القرية والارض بين قوم اقتسموا الارض مساحة على ان من أصابه شجر أو بيوت فى أرضه فهى عليه بقيمتها دراهم فهو جائز وهذا استحسان بمنزلة رجلين يقتسمان دارا على ان لكل واحد منهما ما أصابه من البناء بالقيمة فهو جائز وان لم يسميا ذلك استحسانا وقد بيناه قال ألا ترى أنه لو كانت دار بين رجلين فيها ساحة وبناء لهما ولآخر فاقتسماها على أن أخذ أحدهما الساحة وأخذ الآخر موضع البناء على أن البناء بينهم على حاله ثم أراد الذى أصابه الساحة أن يأخذ نصيبه من البناء لم يكن له ذلك لان فيه ضررا على صاحبه ولكن له قيمة حقه من ذلك أجبره عليه فاذا كنت أجبره على أخذ القيمة بغير شرط فهى اذا كان بشرط أجوز وان لم يسميا ذلك ومعنى هذا أن البناء وصف للساحة وتبع لها فاذا استويا فى ملك البيع وتفرد احدهما بملك الاصل كان لصاحب الاصل أن يتملك على شريكه من الوصف بالقيمة ألا ترى أن صبغ الغير لو اتصل بثوب الغير كان لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ على صاحبه بالقيمة باعتبار انه وصف لملكه وهذا بخلاف ما اذا كان البناء كله لانسان فى ساحة الغير لان هناك صاحب البناء يتمكن من رفع بنائه من غير اضرار بصاحب الساحة فلا يكون لصاحب الساحة حق تملك البناء عليه بغير رضاه وأما اذا كان البناء مشتركا فهو لا يتمكن من رفع نصيبه من البناء بدون الاضرار بصاحب الساحة لانه مالم يرفع جميع البناء لا يمكن قسمته بينهما فلهذا كان لصاحب الاصل أن يرفع الضرر عن نفسه ويتملك نصيبه عليه بضمان القيمة توضيحه أن البناء تبع من وجه حتى يدخل فى

Marfat.com

بيع الاصل من غير ذكر كالصبغ في الثوب وهو أصل من وجه حتى يجوز بيعه على الانفراد فيوفر حظه علي الشبهين فلشبهه بما هو أصل لا يكون لصاحب الارض أن يتملك على صاحب البناء جميع البناء بغير رضاه ولشبهه بالبيع يكون له عليه أن يتملك نصيبه من البناء اذا كان مشتركا بينهما وان اشترطوا ذلك بدنانير فالدنانير كالدراهم فى انها لا تستحق إلا بمنافى الذمة وكذلك ان اشترطوا مكيلا أو موزونا موصوفا فى الذمة فذلك ثمن بمقابلة العين والبناء عين فاشتراط المكيل والموزون فى الذمة بمقابلة البناء بمنزلة اشتراط الثمن فهو كاشتراط الدراهم والدنانير وان شرطوا شيئا من ذلك بعينه أو من غير ذلك من العروض والحيوان فذلك باطل لانه مبيع يرد عليه العقد مقصودا فجهالته عند العقد تكون مبطلة للعقد وهذا لان الثمن معقود به (ألا ترى) أن قيامه في ملك المشترى عند العقد ليس بشرط لصحة العقد فكذلك ترك تسمية المقدار فيه عند ابتداء القسمة لا يمنع جواز القسمة اذا كان معلوم المقدار عند تمام القسمة فاما العين يكون معقودا عليه ويشترط وجوده فى ملك العاقد وقدرته على تسليمه عند العقد فكذلك يشترط أن يكون معلوما بالتسمية عند العقد أو بالاشارة الى عينه وهذا لانه اذا لم يكن معلوما فهو يكون مشتريا للعين بقيمته وذلك لا يجوز وفي الثمن هنا يقتسمان المشترك بعضه بالمساحة وبعضه بالقيمة وذلك جائز والفضة والذهب التبر والاوانى المصوغة فى هذا بمنزلة المكيل والموزون بعينه وهذا دليل على أنه يتعين التبر وانه يستحق مبيعا وقد تقدم الكلام فيه فى كتاب الشركة والصرف ولو أقامت الورثة البينة على المواريث وسألوا القاضى قسمته وعلى الميت دين وصاحب الدين غائب لم يقسم شيئا من أجناس التركة لان الدين مقدم على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنفسه وذلك للورثة بعد قضاء الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلا يشتغل القاضى بالقسمة قبل قضاء الدين كما لا يشتغل به فى حياة المورث فان كان الدين أقل من التركة فسألوه أن يوقف منها قدر الدين ويقسم الباقى فعل ذلك استحسانا وفى القياس لا يفعل لان الدين شاغل لكل جزء من أجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين وهذا القياس قول أبى حنيفة الاول ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو التركة عن دين يسير ويقبح أن يوقف عشرة آلاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن أن ينظر الفريقين جميعا فيقف من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم مازاد علي ذلك بين

Marfat.com

الورثة مراعاة لحقهم وفيه نظر للميت أيضا من حيث أن وارثه يقوم بحفظ مايصيبه من ذلك ويكون ذلك مضمونا عليه مالم يصل الى صاحب الدين حقه ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك أرأيت لو لم يجد الوارث من يكفل عنه أولم يجد الغريم من يكفل عنه أيسع القاضى امساك حقه وهو يعرف أنه حقه وانما يطلب الكفيل بشئ لم يلحقه بعد ولكنه يخاف ذلك وعسي لا يلحقه شئ وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وفى الجامع الصغير قال هذا شئ احتاطه القضاة وهو جور رأى مائل عن طريق القصد فقد بينا المسئلة فى كتاب الدعوى وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل هى دين أم لا فان قالوا لا فالقول قولهم ويقسم المال بينهم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ ذمة الميت عن الدين ولان المال في أيديهم فقد زعموا أنه خالص حقهم فيقبل فيه قولهم مالم يحضر خصم ينازعهم فان ظهر دين بعد ذلك نقض القسمة بينهم لانه لو كان الدين معلوما لم يشتغل بالقسمة فكذلك اذا ظهر بعد القسمة لانه تبين أن القسمة كانت قبل أوانها فان أوان القسمة بعد قضاء الدين وكذلك لوقسم قبل أن يسألهم عن الدين الا أن يقضوا الدين الذى ظهر قبل أن تنقض القسمة فحينئذ لا ينقضها لارتفاع الموجب لنقضها كما لا ينقض سائر تصرفات الوارث اذا قضى الدين من موضع آخر وكذلك لو لحق وارث آخر لم يعرفه الشهود ولم يشهدوا عليه لان القسمة تنتقض فى كلها لانه تبين انها وقعت بغير محضر من بعض الشركاء ولو لم تنقض القسمة تضرر به هذا الوارث لانه يحتاج الى أن يستوفي مما وصل الى كل واحد منهم مقدار نصيبه فيتفرق نصيبه فى مواضع فلهذا تنتقض القسمة ويستقبل بينهم وان أقر أحدهم لرجل بدين وجحد ذلك بعضهم قسمت التركة بينهم على المواريث لان الدين المانع من ذلك لا يظهر في حق الجاحدين ثم يؤمر المقر بقضاء الدين من نصيبه اذا كان فى نصيبه وفاء بذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقضي من نصيبه بقدر حصته وقد بينا المسئلة فى الاقرار ولو قسم القاضي التركة بينهم ثم أقام رجل البينة أن الميت أوصي له بالف درهم وهى تخرج من ثلثه فالقسمة تبطل لان الوصية بالمال المرسل اذا كان يخرج من الثلث يستحق سابقا علي الميراث كالدين فظهور هذه الوصية بعد القسمة كظهور الدين فان غرم الوارث هذه الالف من مالهم مضت القسمة لوصول حق الموصي له بكماله اليه كما لو قضوا الدين وكذلك لو قضى ذلك واحد منهم على أن لا يرجع عليهم بشئ وهو سواء فى الدين والوصية وان أراد أن يرجع عليهم لم تجز القسمة لان قيام حقه فى التركة كقيام حق صاحب الدين والموصي له

Marfat.com

قبل أن يقضيه فى المنع من القسمة الا أن يقضوه بالحصص فان فعلوا ذلك قبل نقض القسمة فالقسمة مافيه ولوكان صاحب الوصية أقام البينة على أنه أوصى له بالثلث أبطلت القسمة لان الموصي له بالثلث شريك الورثة فى التركة حتى تزداد حصته بزيادة التركة وتنقص بنقصان التركة فثبوت وصيته بالبينة كظهور وارث آخر لم يكن معلوما وقت القسمة فتنتقض القسمة لحقه واذا كانت القرية وأرضها بين رجلين بالشراء فمات أحد وترك نصيبه ميراثا فاقام ورثته البينة على الميراث وعلي الاصل وشريك أبيهم غائب لم يقسم حتى يحضر الغائب لان حضور ورثة الميت لوكان حيا وقد بينا فى الشركة فى المشتراة ان غيبة بعض الشركاء يمنع القاضي من القسمة وان قامت البينة علي الشراء فهذا مثله ولوحضر الغائب وغاب بعض الورثة قسمتها بينهم لان من حضر من الورثة قائم مقام الميت وحضوره كحضور الميت لو كان حيا ولان بعض الورثة فى التركة خصم عن البعض وحضور بعضهم كحضور جماعة اما وارث الميت لايكون خصما عن شريكه المشترى معه فلهذا لا يشتغل بالقسمة عند غيبة الشريك ولو كان الأصل بين رجلين ميراثا من أبيهما فمات أحدهما وترك نصيبه ميراثا بين ورثته فحضروا وغاب عمهم وأقاموا البينة على أصول ميراث الجد قسمتها بينهم ويعزل نصيب عمهم وكذلك لوكان عمهم حاضرا وغاب بعض بنى أخيه لان الأصل ميراث هنا وفي الميراث بعض الورثة يكون خصما عن البعض فيجعل حضور بعضهم كحضور جماعتهم للقسمة عند اقامة البينة ويعزل نصيب كل غائب من ذلك كمالو كانت الشركة بالميراث بينهم من رجل واحد واذا اقتسم القوم القرية وهى ميراث بينهم بغير قضاء قاض وفيهم صغير ليس له وصى أو غائب ليس له وكيل لم تجز القسمة لانه لاولاية لهم على الغائب والصغير والظاهر أن نظرهم لانفسهم فى هذه القسمة فوق نظرهم للغائب والصغير بخلاف القاضى اذا قسم بينهم فله ولاية النظر على الصبي والغائب والظاهر انه ينظر له شفقة لحق الدين بعجزه عن النظر لنفسه وكذلك لو اقتسموها بامر صاحب الشرط أوعامل غير القاضى كالعامل على الرستاق أو الطسوج علي الخراج أوعلى المعونة لانه لاولاية لهؤلاء على الغائب والصغير فوجود أمرهم كعدمه وكذلك لورضوا بحكم بعض الفقهاء فسمع من بينهم على الأصل والميراث ثم قسمها بينهم بالعدل وفيهم صغير لاوصى له أوغائب لاوكيل له لم تجز لان الحكم لاولاية له على الغائب والصبي فانه صار حكما بتراضى الخصوم فيقتصر ولايته على من وجد منه الرضا بحكمه فان أجاز الغائب أو

Marfat.com

كبر الصبي فاجاز فهو جائز لان هذا العقد مجيزا حال وقوعه (ألا ترى) أن القاضي لو أجاز جاز وهو نظير مالو باع إنسان مال الصبي فكبر الصبي وأجاز ذلك وان مات الغائب أو الصغير فاجاز وارثه لم يجز في القياس وهو قول محمد رحمه الله لان الملك حادث للورثة فلا تعمل اجازة الوارث كما لو باع إنسان ماله وأجاز وارثه بعد موته البيع لم يجز ذلك لهذا المعنى وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما لان الوارث يخلف المورث فأجازته بعد موته كاجازة المورث فى حياته وحرف الاستحسان وبه يتضح الفرق بين هذا وبين سائر التصرفات أن الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كان في حياته فلو نقضت تلك القسمة احتيج الى اعادتها فى الحال بتلك الصفة وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة فى نقضها مع وجود الاجازة منه لتعاد برضاه بخلاف البيع فانا لو نقضنا ذلك البيع عند الموت لاتقع الحاجة الى اعادته فالبيع لايكون مستحقا في كل عين لامحالة فلهذا لا يعمل اجازة الوارث فيه بعد تعين جهة البطلان فيه بموت المورث والله أعلم

باب قسمة الحيوان والعروض

(قال رحمه الله واذا كانت الغنم بين قوم ميراثا أو شراء فاراد بعضهم قسمتها وكره ذلك بعضهم وقامت البينة علي الاصل فان القاضى يقسمها بينهم) لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد جنس الحيوان ممكن للتقارب في المقصود فيغلب معنى التمييز فى هذه القسمة علي معنى المعاوضة وبمعنى التمييز يثبت للقاضي ولاية اجبار بعض الشركاء عليه وكذلك كل صنف من الحيوان أو غيره من الثياب أو مايكال أو يوزن فعند اتحاد الجنس يجبر القاضى على القسمة عند طلب بعض الشركاء الا في الرقيق فان أبا حنيفة رحمه الله يقول لايقسم الرقيق بينهم اذا كره ذلك بعضهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم ذلك بينهم بطلب بعضهم لان الرقيق جنس واحد اذا كانوا ذكورا أو إناثا ومراعاة المعادلة في المنفعة ممكن لتقارب المقصود فيقسمها بينهم عند طلب بعضهم كما في سائر الحيوانات (ألا ترى) أن الرقيق كسائر الحيوانات فى سائر العقود من حيث أنها تثبت فى الذمة مهرا ولا تثبت سلما فكذلك فى القسمة يجعل الرقيق كسائر الحيوانات والدليل عليه أن الرقيق يقسم فى الغنيمة كسائر الاموال فكذلك فى القسمة بين الشركاء وأبو حنيفة رحمه الله يقول التفاوت فى الرقيق أظهر منه فى الاجناس المختلفة فان الاجناس

Marfat.com

المختلفة قد تتفاوت فى المالية والرقيق يتفاوت تفاوتا فاحشا ثم قسمة الجبر لاتجري في الاجناس المختلفة فكذلك فى الرقيق وهذا لان المعتبر المعادلة فى المالية والمنفعة وذلك يتفاوت فى الآدمى باعتبار معانى باطنة لا يوقف عليها حقيقة كالذهن والكتابة وقد يرى الانسان من نفسه ماليس فيه حقيقة أو أكثر مما هو فيه فيتعذر اعتبار المعادلة فى المالية ويترجح معنى المعاوضة فى هذه القسمة على معنى التمييز فلا يجوز الا بالتراضى والدليل علي الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات أن الذكور والاناث فى سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق هما جنسان حتى اذا اشترى شخصا على أنه عبد فاذا هى جارية لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وما كان ذلك الا باعتبار معنى التفاوت وهذا بخلاف قسمة الغنيمة فانها تجري فى الاجناس المختلفة وكان المعنى فيه أن حق الغانمين فى معنى المالية دون العين حتى كان الامام بيع المغانم وقسمة الثمن فانما يعتبر اتصال مقدار من المالية الى كل واحد منهم فاما فى الشركة الملك حق الشركاء فى العين والمالية فللامام حق التمييز بالقسمة علي طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فاذا كان يتعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق التمييز لا يثبت للقاضى ولاية الاجبار علي القسمة الا أن يكون مع الرقيق شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع فحينئذ يقسم ذلك كله وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة أنه يقسم ذلك برضاء الشركاء فاما مع كراهة بعضهم القاضى لايقسم لانه اذا كان عند اتحاد الجنس في الرقيق لايقسم قسمة الجبر عند أبى حنيفة رحمه الله فعند اختلاف الجنس أولى والاظهر أن قسمة الجبر هنا تجري عند أبى حنيفة رحمه الله باعتبار أن الجنس الآخر الذى هو مع الرقيق يجعل أصلا فى القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه فيثبت فى الرقيق أيضا تبعا وقد يثبت حكم العقد فى الشيء تبعا وان كان لايجوز اثباته فيه مقصودا كالشرب والطريق فى البيع والمنقولات فى الوقت وكانه استحسن ذلك لانه قل ما تخلو تركة يحتاج فيها الى قسمة القاضي عن الرقيق واذا كان مع الرقيق شيء آخر فباعتبار المعادلة فى المالية يتيسر بخلاف ما اذا كان الكل رقيقا فعند مقابلة الرقيق بالرقيق يعظم الغبن والتفاوت وعند مقابلة الرقيق بمال آخر يقل التفاوت وان كان الذى بين الشركاء ثوب زطي وثوب هروى وبساط ووسادة لم يقسمه الا برضاهم لان فى الاجناس المختلفة القسمة تكون بطريق المعاوضة فان كل واحد من الشريكين يتملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي يأخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس الآخر وفى المعاوضات لا بد من

Marfat.com

التراضى فان كان فى الميراث بينهم رقيق وثياب وغنم ودور وضياع فاقتسموها بينهم وأخذ كل واحد منهم صنفا جاز ذلك لوجود التراضي منهم علي انشاء المعاوضة وان رفعوا الى القاضى قسم كل صنف بينهم على حدة ولا يضيف بعضها الى بعض لان للقاضي ولاية التمييز بالقسمة وانما يغلب معنى التمييز اذا قسم كل واحد من صنف على حدة ولان القاضى يعتبر المعادلة فى كل ما يتهيأ له اعتباره وقسمة كل صنف على حدة أقرب الى المعادلة فأما اتفاقهم علي القسمة يعتمد التراضي دون المعادلة واذا تمت بتراضيهم بعد ذلك كيف وقعت القسمة واذا كانت الغنم بين رجلين فقسماها نصفين ثم أقرعا فأصاب هـذا طائفة وهـذا طائفة ثم ندم أحدهما وأراد الرجوع فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بخروج السهام وكذلك لو رضيا برجـل قسمها ولم يألوا أن يعـدل فى ذلك ثم أقرع بينهما فهو جائز عليهما لان فعله بتراضيهما كفعلهما وان تساهموا عليها قبـل أن يقسموها فأيهم خرج سهمه عـدوا له الأول فالاول فهذا يجوز لانه مجهول لا يعرف مايصيب كل واحد منهم بالقسمة وفى القسمة معنى البيع فالجهالة التى تفضى الى المنازعة تفسدها كما تفسـد البيع وان كان في الميراث ابل وبقر وغنم فجعلوا الابل قسما والغنم قسما والبقر قسما ثم تساهموا عليها وأقرعوا على أن من أصابه الابل رد كذا درهما على صاحبيه نصفين فهو جائز لان القسمة لا تتم بينهم الا بخروج القرعة وعند ذلك من وجب عليه الدراهم ومن وجب له معلوم بخلاف الاول فهناك عنـد خروج القرعة ما يأخـذه كل واحـد ممن خرجت القرعة باسمه مجهول فيما يتفاوت فان ندم أحدهم بعد ماوقعت السهام لم يستطع نقض ذلك لان القسمة تمت بالتراضى فان رجع عن ذلك قبـل أن يقع السهام فله ذلك لان القسمة لم تتم بعد ونفوذ هذه القسمة باعتبار المراضات فيعمل الرجوع من كل واحد منهم قبل تمامها كما فى البيع يصح الرجوع بعـد الايجاب قبل القبول وكذلك ان وقع سهم وبقى سهمان فرجع عن ذلك جاز رجوعه وان وقعت السهام كلها الا سهم واحد لم يكن لبعضهم أن يرجع بعد ذلك لان القسمة قد تمت فبخروج سائر السهام يتعين مايصيب السهم الباقى خرج أو لم يخرج وان كان الثوب بين رجلين فاراد أحدهما قسمته لم يقسم لان فى قسمته ضررا فانه يحتاج الى قطع الثوب بينهما وفى قطعه اتلاف جزء منه فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا قسمه بينهما لوجود الرضا منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا القاضي لا يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن ان اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان فى هذه

Marfat.com

القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف وقد تقدم نظيره فيما لا يحتمل القسمة كالحمام وغيره فان اقتسماه فشقاه طولا أو عرضا بتراض منهما فهو جائز وليس لواحد منهما ان يرجع بعد تمام القسمة وان كانت الثياب بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم ثوب تام فان القاضي لا يقسمها بينهم لانها تحتاج الى القطع وفيه اتلاف جزء وان تراضوا بينهم على شيء جاز ذلك ولو كانت ثلاثة أثواب بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فانى انظر في ذلك ان كانت قسمتها تستقيم من غير قطع بان تكون قيمة ثوبين مثل قيمة الثالث فان القاضي يقسمها بينهما فيعطى أحدهما ثوبين والآخر ثوبا وان كان لا يستقيم لم أقسمها بينهم الا ان تراضوا فيما بينهم على شيء هكذا قال في الكتاب والاصح أن يقال ان استوت القيمة وكان نصيب كل واحد منهما ثوب ونصف فانه يقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركا وكذلك ان استقام أن يجعل أحد القسمين ثوبا وثلثي الآخر والقسم الآخر ثوبا وثلث الآخر أو أحد القسمين ثوبا وربعا والآخر ثوبا وثلاثة أرباع فانه يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا لانه تيسير عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل كان يقسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك اذا تيسر ذلك في البعض والله أعلم بالصواب

باب الخيار في القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسما الشريكان عقارا أو حيوانا أو متاعا ولم ير أحدهما قسمه الذي وقع له ثم رآه فهو بالخيار ان شاء رد القسمة وان شاء أمضاها) واعلم بان هذه المسائل في قسمة يتفقان عليها دون ما يفعله القاضي فله ولاية اجبار الشركاء عند طلب بعضهم فلا معنى لاثبات خيار الرؤية فاما فيما لا يتفقان عليه القسمة تعتمد التراضي كالبيع فكما أن في البيع الرضا لا يتم الا برؤية العين الذي يدخل في ملكه فكذلك في القسمة والمكيل والموزون والذهب التبر وأوان الذهب والفضة والجواهر في ذلك كله سواء واذا كانت الفا درهم بين رجلين كل الف في كيس فاقتسما على أن أخذ أحدهما كيسا والآخر أخذ الكيس الآخر وقد رأى أحدهما المال كله ولم يره الآخر فالقسمة جائزة على الذي رآه وعلى الذي لم يره ولا خيار لواحد منهما في ذلك على قياس البيع فان عدم الرؤية في الثمن لا يثبت الخيار للبائع فكذلك في القسمة والمعنى ان الدراهم والدنانير اثمان محضة ولا مقصود في عينها انما المقصود الثمنية وبمعرفة المقدار

Marfat.com

يصير المقصود معلوما على وجه لا يتفاوت ضم الرضا به قبل الرؤية بخلاف سائر الاعيان الا أن يكون قسم الذى لم ير المال شرهما فيكون له الخيار لانه انما رضي بقسمه على أن يكون فى الصفة مثل ما أخذه صاحبه فاذا كان دون ذلك لم يتم رضاه فيخير فى ذلك كما لو رأى عند الشراء جزءا من المكيل أو الموزون ثم كان مابقى شرا مما رأى فانه يثبت له الخيار فاذا اقتسم الرجلان دارا وقد رأى كل واحد منهما ظاهر الدار وظاهر المنزل الذى أصابه ولم يرجوفيه فلاخيار لهما إلا على قول زفر رحمه الله وقد بينا المسئلة فى البيوع ان برؤية الظاهر من حيطان الدار المشتراة يسقط خيار الرؤية عندنا ولا يسقط عند زفر رحمه الله مالم يدخلها فكذلك القسمة وكذلك ان اقتسما بستانا او كرما فأصاب أحدهما البستان والآخر الكرم ولم ير واحد منهما الذى أصابه ولا رأى جوفه ولا نخله ولا شجره ولكنه رأى الحائط من ظاهره فلا خيار لواحد منهما ورؤية الظاهر مثل رؤية الباطن وبه يتبين أن قول من يقول جوابه فى الدار بناء على دور الكوفة فانها لا تتفاوت الا فى السعة والضيق ضعيف جدا ففى البستان المقصود يتفاوت بتفاوت الاشجار والنخيل ولم يشترط رؤية شئ من ذلك عرفنا ان المعنى فيه ان مايتعذر الاستقصاء برؤية كل جزء منه مقام رؤية الجميع في اسقاط خيار الرؤية وكذلك فى الثياب المطوية يجعل رؤية جزء من ظاهر كل ثوب كرؤية الجميع فى اسقاط الخيار واشتراط الخيار فى القسمة جائز فهو فى البيع لانها في اعتبار تمام الرضا كالبيع وفي احتمال الفسخ كذلك والخيار بعدم تمام الرضا فانما يشترط الفسخ أولئلا يثبت صفة اللزوم مع بقاء الخيار فى جانب من شرط الخيار لنفسه فان مضت الثلاثة ثم ادعى أحدهما الرد بالخيار في الثلاثة وادعي الآخر الاجازة فالقول قول مدعى الاجازة لان مضى المدة قبل ظهور الفسخ متمم للعقد فمن يدعى الاجازة يتمسك بما يشهد له الظاهر به وان أقاما البينة فالبينة بينة من يدعى الرد لان بينته تثبت الفسخ وهو المحتاج الى الاثبات دون صاحبه وسكنى الدار التى وقعت فى سهم صاحب الخيار رضا منه بها وابطال للخيار وقد بينا اختلاف الروايات في هذه المسئلة فى البيوع وان مراده حيث يقول ذلك رضا منه اذا تحول اليها وسكنها بعد القسمة وحيث يقول لا يكون رضا اذا كان ساكنا فيها فاستدام السكنى وكذلك ان بنى أوهدم فيها شيئا أو جصصها أوطين فيها حائطا أوذرع الارض أوسقاها أوقطف الثمرة أوغرس الشجر أو لقح النخل أوكسح الكرم فهو كله رضا لانه تصرف لا يفعل عادة الا فى الملك ومباشرته دليل الرضا بملكه فى ذلك المحل ودليل

Marfat.com

الرضا كصريح الرضا فى سقوط الخيار به ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه في كل شيء مالم يكن عليهما فيه غبن فاحش لان له ولاية البيع عليهما مالم يكن فيه غبن فاحش ويجعل رضاه فى ذلك كرضاهما أن لو كانا من أهل الرضا فكذلك فى القسمة وكذلك وصي الاب فى ذلك قائم مقام الاب بعد موته فكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن وصيا ويجوز قسمة وصى الام اذا لم يكن أحد من هؤلاء فيما سوى العقار من تركة الام لانه قائم مقام الام فى ذلك وتصرفها فى ملك ولدها الصغير بالبيع صحيح فيما سوى العقار فكذلك تصرف وصيها بعدها وهذا لان لها ولاية الحفظ والبيع والقسمة فيما سوى العقار فيه معنى الحفظ ولا يوجد ذلك في العقار وكذلك وصي الاخ والعم وابن العم فى ميراثه منهم ولا يجوز فيه قسمته فى ميراثه من غيرهم لان الوصى قائم مقام الموصى فيثبت له ولاية الحفظ عليه فيما ورث منه ولان فى حفظ ذلك منفعة للموصي فانه اذا ظهر عليه دين يباع ذلك في دينه وليس له ولاية الحفظ فيما ورث من غيره كما لم يكن للموصي فيه ولاية وهذا ليس فى حفظه معنى النظر للموصي انما فيه معنى النظر لليتيم ولا ولاية لوصى العم وابن العم على اليتيم وهذا بخلاف وصى الاب فقد كان للاب ولاية على الصغير فى جميع ذلك ووصيه بعده يقوم مقامه واذا كان له أب أو وصى أوجد لم تجز قسمة وصى هؤلاء فيما سوى العقار في تركتهم عليه لان الاب قائم مقامه أن لو كان حاضراً بالغا وعند ذلك لا يكون لوصى هؤلاء عليه ولاية القسمة في شيء من ذلك فكذلك اذا كان له أب يقوم مقامه وهذا لان نظر الاب له يكون عن شفقة وافرة وولاية كاملة كنظره لنفسه ولا حاجة مع وجوده الى اعتبار نظر وصى العم له بخلاف حال عدم الاب والوصى ويجوز قسمة وصى الاب على الابن الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع الى حفظ تركته والقسمة فيما سوى العقار ترجع الى حفظ التركة ولا تجوز قسمة الام والعم والاخ والزوج على امرأته الصغيرة والكبير الغائب وان لم يكن لاحد منهم أب ولا وصى أب لانه لا ولاية لاحد من هؤلاء على الصغير فلا ينفذ تصرفه من حيث القسمة والبيع عليه وقد بينا انه انما ينفذ عليه من قسمة هؤلاء فيما يرجع الى الحفظ من تركة الموصى خاصة دون غيره فاما فى سائر أموال الصغير هم ووصيهم كالاجانب ولا يجوز قسمة الكافر والمملوك والمكاتب على ابنه الحر الصغير المسلم لانه لا ولاية له عليه فالكفر والرق يخرجه من الاهلية للولاية على المسلم ولا تجوز قسمة الملتقط على اللقيط وان كان يعوله لانه لا ولاية له

Marfat.com

عليه فى التصرف في ماله بيعا وشراء فالقسمة مثله والوصى الذى يقيمه القاضى فى أمر اليتيم بمنزلة وصى الاب اذا جعله وصيا فى كل شئ لان له ولاية كاملة على الصغير نعم المال والنفس جميعا كولاية الأب فوصيه أيضا كوصى الاب وان جعله وصيا في النفقة خاصة أو فى حفظ شئ عنده لم تجز قسمته لان نصيب القاضى اياه وصيا قضاء منه والقضاء يقبل التخصيص وهذا بخلاف ما اذا جعله الاب وصيا فى شئ خاص لان ايصاء الاب اليه اثبات الولاية بعد موته والولاية لا تحتمل التجزى والمعنى فى الفرق أن قسم القاضى يتصرف مع بقاء رأى القاضى فلا حاجة الى اثبات ولايته من غير ما أمر القاضى به لتمكن القاضى من النظر فى ذلك بنفسه له فيكون من هذا الوجه نصيب القيم بمنزلة الوكيل فاما وصي الاب انما يتصرف بعد موت الاب وزوال تمكنه من النظر لنفسه فالحاجة تمس الى تعميم ولايته فيما يحتاج الصبي الى من ينظر فيه له ومن وجد من الشركاء بنصيبه عيبا بعد تمام القسمة كان له أن يرده بالعيب وينقض القسمة ان كان شيئا واحدا أو كان مكيلا أو موزونا كما ينقض البيع بالرد بالعيب وسواء كانت القسمة باصطلاحهما أو بحكم الحاكم لان الحاكم انما يميز نصيب كل واحد منهما فيما أعطاه على أنه سليم من العيب فيثبت لكل واحد منهما استحقاق السلامة عن العيب سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى فبوجود العيب يفوت ما كان مستحقا له فيتخير لذلك (قال وان كان الذى أصابه عدد من الغنم أو الثياب رد الذى به العيب خاصة بعد القبض كما هو فى البيع فانه لو اشترى شاتين وقبضهما ثم وجد باحديهما عيبا رد المعيب خاصة فهذا مثله ويكون المردود بينه وبين أصحابه لانتقاض القسمة فيه بالرد ويرجع فى جميع ما أصابهم بقدر ذلك) لان عند الرد بالعيب يكون رجوعه بعوض المردود والعوض حصته هنا مما أصابهم فيرجع عليهم بقدر ذلك كما يرجع في البيع بالثمن اذا رد المبيع بالعيب وان أصابه دار أو خادم فسكن الدار بعد ما رأى العيب أو استخدم الجارية لم يكن هذا رضا بالعيب استحسانا وفى القياس هو رضا لانه تصرف لا يفعله الانسان الا في ملكه عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرير ملكه وهو كالعرض على البيع أو زراعة الارض أو طحن الطعام أو قطع الثوب بعد العلم بالعيب ولكنه استحسن فقال الاستخدام والسكنى قد يفعله الانسان فى ملك الغير عادة باذن المالك وبغير اذن المالك فلا يكون ذلك دليل الرضا ولانه يفعل ذلك على سبيل الاختبار لينظر أن هذا العيب هل يمكن نقصانا فى مقصوده أولا فلا يجعل ذلك دليل الرضا منه وقيل جوابه هنا فى السكنى

Marfat.com

بناء على احدي الروايتين فى السكنى مدة خيار الشرط اذ لافرق بين الفصلين ومنهم من فرق فقال حقه هنا فى المطالبة بالجزء الفائت وفى اسقاط حقه اضرار به ومجرد السكنى منه لا يكون رضا بالتزام الضرر فاما فى خيار الشرط حقه في الفسخ فقط وفي جعل السكنى بمنزلة الرضا اسقاط لحقه فى الفسخ ولكن ليس فى ذلك كثير ضرر (ألا ترى) أنه اذا تعذر رده بخيار الشرط لايرجع بشئ وان تعذر رده بالعيب رجع بحصته من الثمن واذا ركب الدابة أو لبس الثوب أو سقى الزرع فهذا رضاء بالعيب لانه تصرف لا يفعله الانسان الا فى ملكه عادة وان لبس الثوب لينظر الى قده أو قال قدره فهذا رضاء بالعيب وليس برضا فى الخيار لانه انما يشترط الخيار لهذا حتى ينظر أنه صالح له أم لا ولا يعرف ذلك الا باللبس فلهذا لايجعل ذلك دليل الرضا منه بسقوط الخيار وفي العيب ثبوت الخيار له لفوات صفة السلامة وتمكن النقصان في المالية ولا تأثير للبس فى معرفة ذلك فكأن لبسه الثوب بعد العلم بالعيب دليل الرضا بملكه واذا باع ماأصابه بالقسمة من الدار ولا يعلم بالعيب فرد المشترى عليه بذلك العيب فان قبله غير قضاء القاضي فليس له أن ينقض القسمة لان هذا بمنزلة الاقالة والاقالة فى حق شريكه كالشراء المبتدا وان قبله بقضاء قاض فله أن ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء لانه فسخ لبيعه من الاصل فعاد من الحكم ما كان قبله وان كان المشترى هدم من الدار شيئا قبل أن يعلم بالعيب لم يكن له أن يردها ولكن يرجع على البائع بنقصان العيب ولا يرجع البائع على شريكه بشيء لانه تعذر الرد عليه باعتبار اخراجه نصيبه من ملكه وفى نظيره فى البيع اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله موضع بيانه كتاب الصلح فينبغى أن يكون الجواب في القسمة كذلك وان كان الشريك هو الذى هدم شيئا منه ولم يبعه ثم وجد به عيبا رجع بنقصان العيب فى أنصباء شركائه الا أن يرضوا بنقض القسمة ورده بعينه مهدوما لانه تعذر الرد لدفع الضرر عنهم فاذا رضوا بذلك رد عليهم واذا أبوا أن يرضوا به فكما يجب النظر لهم يجب النظر لمن وقع فى سهمه فلهذا يثبت له حق الرجوع بنقصان العيب على شركائه فى أنصبائهم والله أعلم

باب الاستحقاق فى القسمة

(قال رحمه الله واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها فاخذ أحدهما الثلث من

Marfat.com

مقدمها وقيمته ستمائه وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها وقيمته ستمائة وهى ميراث بينهما أو أوشراء ثم استحق نصف مافى يدى صاحب المقدم فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع مافى يده وقيمة ذلك مائة وخمسون درهما ان شاء وان شاء نقض القيمة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرد مافى يده ويبطل القسمة فيكون ما بقى فى أيديهما بينهما نصفين وفى رواية أبى حفص رحمه الله ذكر محمد مع أبى حنيفة وهو الاصح فقد ذكر ابن سماعة انه كتب الي محمد يسأله عن قوله فى هذه المسئلة فكتب اليه أن قوله كقول أبى حنيفة رحمه الله وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن استحقاق نصف ما فى يد صاحب المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث فى الدار والدار المشتركة بين ثلاثة نفر اذا اقتسمها اثنان منهم لا تصح القسمة كما لو استحق المستحق ربع الدار شائعا يوضحه ان استحقاقه الدار وان كان من نصيب صاحب المقدم خاصة فذلك يؤدى الى الشيوع فى الكل لانه اذا أخذ المستحق نصف مافى يد صاحب المقدم رجع بحصته ذلك فيما فى يد صاحب المؤخر فيكون ذلك بمنزلة مالو كان المستحق جزءا شائعا فى الكل وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان القسمة فى معنى البيع واستحقاق بعض المبيع لا يبطل البيع فيما بقى ولكن يثبت الخيار للمشترى بين نقض البيع فى الباقى وبين الرجوع بعوض المستحق كما لو اشترى نصف داره فاستحق ذلك النصف فكذلك فى القسمة ولئن كان بطريق التمييز فهو أبعد عن الانتقاض فيما بقي باستحقاق بعضه وهذا لان ماتبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة فانه لو كان مؤخر الدار بين شريكين ولهما شريك ثالث فى نصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن أخذ أحدهما نصبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر وأخذ الآخر مابقى كان ذلك جائزا وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بطريق الاولى بخلاف ما اذا كان المستحق جزءا شائعا فى جميع الدار لان استحقاق ذلك لو كان ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء فكذلك لا يبقى وبهذا تبين ان هذا بمنزلة مالو استحق من المقدم بيت بعينه فكما أن هناك لا تبطل القسمة فيما بقى فكذلك هنا وانما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما فى يده اذا اختار امضاء القسمة لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بنصف مافي يده فاذا كان المستحق نصفه يرجع عليه بنصف نصف مافى يده يوضحه ان جميع قيمة الدار ألف ومائتى درهم وباستحقاق نصف المقدم يتبين ان المشترك بينهما تسعمائة فحق كل واحد منهما فى أربعمائة وخمسين والذى بقى فى يد

Marfat.com

صاحب المقدم يساوى ثلثمائة ومافى يد صاحب المؤخر يساوى ستمائة فيرجع عليه بربع ما فى يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما مايساوى أربعمائة وخمسين فلو كان صاحب المقدم باع نصف مافى يده واستحق النصف الباقى فانه يرجع فى قول أبى حنيفة رحمه الله على صاحبه بربع مافى يده ان كان الذى باع بألف درهم أوبعشرة دراهم وعند أبى يوسف رحمه الله يرجع فيما فى يد صاحبه من الدار فيكون بينهما نصفين ويضمن نصف قيمة ماباع لصاحبه وفى قول محمد رحمه الله اضطراب كما بينا وهذا بناء على الفصل الاول عند أبى يوسف رحمه الله يتبين بالاستحقاق ان القسمة كانت فاسدة والمقبوض بالقسمة الفاسدة ينفذ البيع فيه كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع لشريكه وما فى يد صاحب المؤخر بينهما نصفان وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة فيما بقى وكان له الخيار فى بعض القسمة فبالبيع سقط خياره ويتعين حقه فى الرجوع بعوض المستحق وذلك ربع مافى يد صاحب المؤخر كما بينا وكذلك أرض بين رجلين نصفان وهى مائة جريب فاقتسما على أن أخذ أحدهما بحقه عشرة أجربة تساوى ألف درهم ثم باع كل واحد منهما الذى أصابه بأقل من قيمته أو أكثر ثم استحق جريب من العشرة الاجربة فرد المشترى ما بقى منهما على البائع ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله يرجع على صاحب التسعين جريبا بخمسين درهما وفى قول أبى يوسف رحمه الله تكون التسعة الاجربة بينهما نصفين ويضمن صاحب التسعين جريبا خمسمائة درهم لصاحبه لان عند أبى يوسف رحمه الله يتبين فساد القسمة باستحقاق مقدار جريب من العشرة شائعا وبيع صاحب العشرة الاجربة قد انفسخ من الاصل يرد الباقى عليه بعيب التبعيض وكأنه لم يبع ذلك فهي بينهما نصفين وصاحب التسعين جريبا قد باع ماقبضه بقسمة فاسدة فينفذ بيعه ويضمن نصف قيمته لصاحبه بقدر حصته وذلك خمسمائة درهم وعند أبى حنيفة رحمه الله القسمة كانت صحيحة وتبين بالاستحقاق أن المشترك بينهما مايساوى ألفا وتسعمائة لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون والسالم للذي أخذ عشرة أجربة تسعمائة ولصاحبه الف فيرجع على صاحبه بخمسين درهما لانه قد باع ما فى يده واذا رجع بذلك سلم لكل واحد منهما تسعمائة وخمسون واذا كانت مائة شاة بين رجلين فاقتسماها على ان أخذ أحدهما أربعين منها ماتساوى خمسمائة وأخذ الآخر منها ستين تساوى خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوى عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة

Marfat.com

دراهم فى الستين شاة عندهم جميعاوأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين ما سبق باعتبار أن المستحق شاة بعينها فلا يوجب ذلك نقض القسمة فيما بقى وتبين أن المشترك بينهما تسعمائة وتسعون درهما والذي سلم لاخذ الاربعين ما يساوى أربعمائة وتسعين ولصاحب الستين مايساوى خمسمائة فيرجع عليه بمقدار الخمسة لتكون حصة كل واحد منهما مايساوي أربعمائة وخمسة وتسعين وانما يرجع بذلك فى الستين شاة لانها باقية في يده فيضرب هو فى الستين بخمسة دراهم وصاحبه باربعمائة وخمسة وتسعين فالسبيل أن يجعل كل خمسة بينهما فيكون الستين سهما على مائة سهم للمستحق عليه سهم ولصاحب الكثير تسعة وتسعون سهما منها وفى ظاهر الرواية ليس للمستحق عليه أن ينقض القسمة فيما بقى كما لو اشترى عددا من الغنم فاستحق واحد منها بعد القبض وفي رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن ينقض القسمة فيما بقي وهكذا فى البيع ليفرق الصفقة عليه فالعقد فى المستحق يبطل من الاصل فلافرق بينهما بعد القبض وقبله واذا كان كر حنطة بين رجلين نصفين عشرة أقفزة منها طعام جيد على حدة وثلاثون قفيزا رديء على حدة فأراد أحدهما أن يأخذ العشرة بحقه ويأخذ شريكه الثلثين بحقه لم يصح ذلك لان فى هذه القسمة معنى البيع ومبادلة الحنطة بجنسها متفاضلا ربا فان رد الذى أخذ الثلاثين قفيزا ثوبا بعينه علي صاحبه واقتسما علي ذلك جاز بناء علي أصلنا أن الفصل يجعل بمقابلة الثوب احتيالا لتصحيح العقد وان استحق من الثلاثين عشرة مخاتيم فانه يرجع عليه بنصف الثوب وفى زيادات الزيادات (قال) فى هذه المسئلة يرجع بثلث الثوب وسدس الطعام الجيد وقيل ماذكر ثمة جواب القياس وما ذكر فى كتاب القسمة جواب الاستحسان وجه القياس أنه لو استحق جميع الطعام الرديء يرجع على صاحبه بجميع الثوب ونصف الطعام الجيد والعشرة ثلث الثلاثين فعند استحقاق العشرة يرجع بثلث ذلك اعتبارا للبعض بالكل وبيان المعنى فيه أن عشرة من الثلاثين أخذها باعتبار ملكه وعشرة بالمقاسمة بمقابلة العشرة التى أخذها صاحبه وعشرة عوضا عن الثوب والعشرة المستحقة شائعة فى الكل ثلثها فيما أخذ بقديم ملكه فلا يرجع فيه على أحد بشيء والثلث مما أخذه عوضا عن الثوب فيرجع بعوضه وهو ثلث الثوب والثلث مما أخذه بالمقاسمة فيرجع بما يقابله من الطعام الجيد بقدر حصته وذلك قفيز وثلثا قفيز لان العشرة كلها لو استحقت رجع عليه بخمسة أقفزة فاذا استحق الثلث رجع عليه بثلث الخمسة وثلثها قفيز وثلث قفيز سدس الطعام الجيد

Marfat.com

ووجه الاستحسان أن المستحق انما يجعل شائعا فى الكل اذا استوت الجهالة فاما اذا تفاوتت فلا كما اذا باع ثوبا وقلبا وزنه عشرة دراهم بعشرين درهما وتقابضا ثم استحقت عشرة من العشرين فان المستحق يجعل من ثمن الثوب خاصة لانه لو جعل بعضه من ثمن القلب بطل العقد فى القلب بقدره ولو جعل من ثمن الثوب لم يبطل العقد فى شئ من القلب فيجعل ذلك من ثمن الثوب لابقاء العقد صحيحا حين لم تثبت المساواة فهناك كذلك لان المقصود بالقسمة التمييز والمعاوضة فيها بيع ولا مساواة بين المقصود والبيع فلا يجعل شئ من المستحق مما أخذه بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز بحسب الامكان ولو جعل شئ من المستحق بمقابلة العشرة التى أخذها بالقسمة تنتقض القسمة فيحتاج الى اعادتها ثانية فلا يجعل شئ بمقابلة كيلا ينتقض واذا جعلنا المستحق ماوراء العشرة المقسومة يكون النصف من العشرة المشتراة والنصف العشرة الموزونة لم يرجع به على أحد وما أخذ من العشرة المأخوذة على وجه الشراء رجع بحصته من الثمن وثمنه نصف الثوب فلهذا يرجع عليه بنصف الثوب ولكن يجعل المستحق نصف العشرين الذى أخذه بمقابلة الثوب وعشرة من تلك العشرين أخذها بقديم ملكه وعشرة عوضا عن الثوب فنصف المستحق مما كان بمقابلة الثوب فلهذا يرجع بنصف الثوب خاصة واذا كان كر حنطة وكر شعير بين رجلين فاقتسماه فاخذ أحدهما ثلاثين مختوما حنطة رديئة وعشرة مخاتيم شعيرا جيدة وأخذ الآخر عشرة مخاتيم حنطة جيدة وثلاثين مختوما شعيرا رديئا ثم استحق نصف الشعير الرديء فانه يرجع عليه بربع عشرة مخاتيم حنطة وهذا غلط بين فان العشرة المخاتيم حنطة جيدة فى يد المستحق عليه فكيف يرجع بربعه والصحيح مافى النسخ العتيقة أنه يرجع بربع المخاتيم حنطة يعنى بثلاثين مختوما حنطة رديئة التي أخذها صاحبه يرجع بربع ذلك وهو سبعة اقفزة ونصف وهو جواب الاستحسان وفى القياس على ماذكره فى زيادات الزيادات يرجع عليه بخمسة أقفزة حنطة رديئة وقفيزين ونصف شعير جيد وجه القياس انه لو استحق جميع الشعير الرديء من يده رجع علي صاحبه بثلث الحنطة الرديئة عشرة أقفزة ونصف الشعير الجيد خمسة أقفزة فان استحق نصف الشعير الرديء يرجع بنصف كل واحد منهما وبيانه من حيث المعنى انه أخذ الثلاثين قفيزا شعيرا رديئا عشرة بقديم ملكه وعشرة بالمقاسمة فقد أخذ صاحبه عشرة أقفزة شعيراً جيداً وعشرة بالمعاوضة وعوضه عشرة أقفزة من الحنطة الرديئة التى أخذها صاحبه من نصيبه فاذا استحق النصف كان ثلث المستحق

Marfat.com

مماأخذه بقديم ملكه فلا يرجع باعتباره على أحد بشيء وثلثه مما أخذه صاحبه بالمعاوضة فيرجع بعوضه على صاحبه وذلك خمسة أقفزة من الحنطة الرديئة وثلثه مما أخذه بالمقاسمة فيرجع على صاحبه بنصف ذلك قدر حصته من الشعير الجيد وذلك قفيزان ونصف ووجه الاستحسان ما بينا ان المستحق لا يجعل شيء منه من المأخوذ بالمقاسمة لابقاء معنى التمييز وانما يجعل نصفه من المأخوذ بقديم ملكه ونصفه من المأخوذ بالمعاوضة فيرجع بعوض ذلك على صاحبه وذلك سبعة أقفزة ونصف من الطعام الرديء وربع الثلاثين قفيزا يكون سبعة أقفزة ونصف فلهذا قال يرجع بربع المخاتيم حنطة واذا كانت الدار بين رجلين نصفين فاقتسماها وأخذ أحدهما النصف المقدم وقيمته ستمائة وأخذ الآخر النصف المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد عليه صاحب النصف المقدم مائة درهم ثم باع كل واحد منهما ما أصابه ثم استحق نصف النصف المقدم ورجع المشترى على بائعه بحصة ذلك من الثمن وأنفذ البيع فى البقية فان صاحب المقدم يرجع على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما خمسون منها نصف المائة التى نقده ومائة منهما ربع قيمة النصف المؤخر لانه لو استحق جميع المقدم رجع على شريكه بالمائة التى أعطاها وبقيمة نصف النصف المؤخر وذلك مائتا درهم فاذا استحق نصف ذلك يرجع بنصف الثلثمائة وذلك مائة وخمسون وهذا لان فى حصة المائة كان هو مشتريا وقد استحق نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن وتبين أن المشترك بينهما مايساوي سبعمائة وان حق كل واحد منهما من ذلك ثلثمائة وخمسون فصاحب المؤخر أخذ ربعمائة والسالم لصاحب المقدم مايساوى مائتين وخمسين بالمقاسمة فيرجع على شريكه بربع ماأخذ وذلك مائة درهم فعند ذلك يصل الى كل واحد منهما مايساوى ثلثمائة وخمسين كمال حقه ولو كان مكان المائة ثوب قائم بعينه رجع بنصف الثوب وبمائة درهم لان المستحق مماأخذه عوضا عن الثوب نصفه فيرجع بعوضه وذلك نصف الثوب واذا كانت أرض ودار بين رجلين فاقتسماهما فأخذ أحدهما الدار والآخر الارض على أن يرد صاحب الارض على صاحب الدار عبدا قيمته ألف درهم وقيمة الدار الف درهم وقيمة الارض الفان وقبضه ثم أن صاحب الدار باع الدار فاستحق إنسان منها علو بيت يكون ذلك البيت والسفل عشر الدار فلما استحق العلو ذهب نصف العشر ورجع المشترى على البائع بحصة ذلك من الثمن وأمسك الباقى من الدار فان صاحب الدار يرجع بستة عشر وأربع دوانق من قيمة الارض على صاحب الارض فى قياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى قياس قول

Marfat.com

أبي يوسف رحمه الله يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكا به في الارض وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة وتأويل قول أبي حنيفة رحمه الله لانه لاينتفع بذلك اليسير من الارض فلهذا جعل له حق الرجوع بذلك القدر من القيمة حتى اذا رضي هو بالرجوع في رقبة الارض بذلك القدر يكون له ذلك وانما كان رجوعه بهذا المقدار لان نصف الارض بمقابلة العبد ونصفها أخذه بالمقاسمه مع الدار وقد كان قيمة لدار الف درهم فلما استحق منها مايساوى نصف العشر وذلك خمسون درهما تبين أن المشترك مايساوى الف درهم وتسعمائة وخمسين وان حق كل واحد منهما فيما يساوى الف وأربعمائة وخمسة وسبعين وقد أخذ صاحب الارض الفي درهم الف بمقابلة ماأدى من العبد والف بالمقاسمة وأخذ الآخر تسعمائة وخمسين فيرجع على صاحبه بستة عشر درهما وأربع دوانيق في الارض حتى يكون السالم له بالمقاسمة تسعمائة وستة وستين وثلثان ولصاحبه مثل ذلك بالمقاسمة قال أبو عصمة وفي هذا الجواب نظر بل ينبغي أن يكون رجوعه بما يساوى خمسة وعشرين لان نصيب كل واحد منهما الف وأربعمائة وخمسة وسبعون كما بينا ولكنا نقول هذا بناء على الاصل الذي بينا لابي حنيفة رحمه الله أن العلو مثل نصف السفل حتى قال في القسمة يحسب ذراع من السفل بذراعين من العلو فاذا استحق علو بيت يكون ذلك العلو مع السفل عشر الدار عرفنا أن المستحق ثلث العشر وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فانما يرجع على شريكه بنصف ذلك وذلك ستة عشر وثلثان فيستقيم الجواب بناء على ذلك الاصل واذا وقعت القسمة في دار واحدة أو أرض واحدة وبناء أحدهما في نصيبه ثم استحق ذلك الموضع من نصيبه فرد القسمة وأراد أن يرجع بقيمة بنائه على شريكه لم يكن له ذلك لان الرجوع بقيمة البناء في الشراء لاجل الغرور ولا غرور في القسمة فان الشريك مجبر على القسمة عند طلب شريكه فلا يصير عاد الشريك فيما يجبره القاضي عليه فلهذا لايرجع شريكه عليه بقيمة البناء بمنزلة الشفيع اذا أخذ الدار بالشفعة وبنى فيها ثم استحقت ونقض بناءه لم يرجع على المشترى بقيمة البناء وقد بينا في آخر الشفعة نظيره في الجارية المأسورة ومن نظائره أيضا أحد الشريكين في الجارية اذا استولدها ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع على شريكه بشئ من ذلك وكذلك اذا استولد جارية ابنه ثم استحقت وضمن قيمة الولد لم يرجع بذلك على الابن لانعدام معنى الغرور منه وهذا بخلاف الغاصب فان المغصوب منه اذا ضمن قيمة الجارية ثم استولدها الغاصب ثم استحقت وضمن

Marfat.com

الغاصب قيمة الولد رجع به على المغصوب منه رواية عن أبي يوسف ولم يرو عن غيره خلافه لان المغصوب منه فى تضمين القيمة هناك مختار فانه كان متمكنا من أن يصبر حتى تطهر الجارية فيتحقق الغرور من جهته حين ملكها من الغاصب بضمان القيمة ولو وقعت القسمة في دارين أو أرضين وأخذ كل واحد منهما احدهما ثم استحقت احداهما بعد ما بنى فيها صاحبها رجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله بناء علي أصله ان قسمة الجبر لا تجرى فى الدور والأراضى بهذه الصفة وعلى قولهما تجرى قسمة الجبر فيها فهذا والدار الواحدة عندهما سواء (قال) رحمه الله والأصح عندى ان هذا قولهم جميعا لانهما ما أطلقا الجواب فى قسمة الجبر فى الدور ولكن قال ان رأى القاضي المصلحة في أن يقسمها قسمة واحدة فله ذلك وهما أقدما على القسمة قبل أن يري القاضى المصلحة فى ذلك فيكون هذا معاوضة بينهما عن اختيار منهما والغرور بمثله يثبت فيرجع علي صاحبه بنصف قيمة البناء لان نصف الموضع الذى بنى فيه أخذه بقديم ملكه ونصفه بالمعاوضة وكذلك ان اقتسما جاريتين فوطئ احدهما الجارية التى أخذها فولدت له ثم استحقت وضمن قيمة الولد رجع علي صاحبه بنصف قيمة الولد وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله لان قسمة الجبر عنده لا تجري فى الرقيق فتكون هذه معاوضة بينهما عن اختيار فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله قسمة الجبر تجرى فى الرقيق فلا يتحقق معنى الغرور ولا يرجع على صاحبه بشئ من قيمة الولد ويكون له نصف الجارية التى فى يد شريكه لان القسمة قد بطلت باستحقاق نصيب أحدهما فان كان باعها ضمنه نصف قيمتها لانها كانت مقبوضة بقسمة فاسدة فنفذ بيعه فيها ويضمن لصاحبه قيمة حصته منها وذلك النصف وكذلك اذا اقتسما منزلين متفرقين فى دار واحدة فقد بينا ان المنازل المتفرقة في حكم القسمة كالدور المتفرقة فان كان القاضى قسم الدور المختلفة بين الشركاء وجمع نصيب كل واحد منهم فى دار علي حدة وأجبرهم على ذلك فبنى أحدهم فى الدار التي أصابته ثم استحقت وهدم بناؤه لم يرجع على شركائه بقيمة البناء لان القاضى حين رأى جمعها في القسمة صارت كدار واحدة فان معنى الغرور في الدار الواحدة انما ينعدم باعتبار ان القاضي يجبر الشركاء على ذلك وقد تحقق ذلك هنا بما رآه القاضي فينعدم الغرور به فلهذا لا يرجع على شركائه بشئ من قيمة البناء واذا اقتسما الرجلان دارين فاخذ أحدهما دارا والآخر دارا فبنى احدهما فى الدار التى أخذها وهدم وأنفق ثم استحق من الأخرى موضع جذع فى حائط أو مسيل ماء

Marfat.com

أو طريق أوحائط بأصله أوبناء بيت فالذى استحق ذلك من يده بالخيار ان شاء نقض القسمة كلها وهدم ما أحدث هذا من البناء وضمنه قيمة ماهدم وان شاء لم ينقض القسمة ولم يرجع بشئ ورضى بما فى يده وقيل هذا الجواب قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله لا يكون له أن ينقض بناء شريكه على ما قال في الجامع الصغير المشتري شراء فاسدا اذا بنى فى الدار المشتراة انقطع به حق البائع فى الاسترداد عند أبى حنيفة رحمه الله وليس له أن ينتقض بناء المشتري وعندهما له أن ينقض بناءه فهنا اذا اختار نقض القسمة تبين أن صاحبه أخذ الدار بقسمة فاسدة فهى كالمأخوذة بالشراء الفاسد قال الحاكم رحمه الله ويحتمل أن هذا الجواب على مذهبهم جميعا تخريجا على ما هو الصحيح عند أبى يوسف من مذهب أبى حنيفة رحمهما الله اذا بنى المشترى فى الدار المشتراة شراء فاسدا فانه ذكر فى الجامع الصغير شكا فى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله أن الدار تترك للمشترى شراء فاسدا من أجل بنائه حيث قال فيما أعلم وقيل هذه من احدى المسائل التى جرت فيها المحاورة بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله في رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وقوله لا يرجع بشئ يحتمل أن يكون جوابا فى استحقاق موضع الجذع ومسيل الماء خاصة لان لما سواهما حصة من الدرك فعند الاستحقاق لابد أن يرجع بذلك أو بقيمته ان تعذر الرجوع بعينه لاجل البناء ولو أخذ أحدهما دارا وأخذ الآخر دارين قيمتهما سواء فاستحقت احداهما لم يكن له أن ينقض القسمة وكانت له الدار الباقية ويرجع بربع الدار التى أخذ الآخر بمنزلة مالو اشترى دارين وقبضهما فاستحقت احداهما فلا خيار له فى الأخرى وانما يرجع بحصة المستحق من الثمن فهنا أيضا لا خيار له فى الباقية فيرجع بعوض المستحق وذلك ربع الدار المستحق وذلك ربع الدار التى أخذها الآخر لان الدارين كلاهما لو استحقتا رجع عليه بنصف الدار التى في يده فاذا استحقت احداهما وقيمتهما سواء رجع بنصف النصف وهو الربع كما قررنا والله أعلم

باب ما لا يقسم

(قال رحمه الله ولا يقسم الحمام والحائط وما أشبه ذلك بين الشركاء لما فيها من الضرر والمقصود بالقسمة توفير المنفعة فاذا أدى الى الضرر وقطع المنفعة عن كل واحد منهما على الوجه الذى كان قبل القسمة لم يجبر القاضى عليه) فان رضوا به جميعا قسمه لوجود التراضى

Marfat.com

منهم بالتزام الضرر ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا فى الحمام فكل واحد منهما ينتفع بنصيبه بجهة أخري بأن يجعله بيتا وربما كان ذلك مقصود كل واحد منهم فاما فى الحائط ان رضوا بالقسمة لينتفع كل واحد منهم من غير هدم فكذلك الجواب وان رضوا بالهدم وقسمة الاسهم لم يباشر القاضى ذلك لما فيه من اتلاف الملك ولكن ان فعلوا ذلك فيما بينهم لم يمنعهم من ذلك وفي البيت الصغير لا يقسمه القاضى بينهم اذا كره ذلك بعضهم ولان نصيب كل واحد منهم بعد القسمة ما ينتفع به الا أن تتفاوت انصباؤهم وكان صاحب الكبير ينتفع بنصيبه بعد القسمة وهو الطالب للقسمة فحينئذ يقسمه القاضى لانه متظلم يطلب من القاضى أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو كان بناء بين رجلين فى أرض رجل قد بنيا باذنه ثم أراد قسمة البناء وصاحب الارض غائب فلهما ذلك بالتراضي وان امتنع أحدهما لم يجبر عليه لان كل واحد منهما بعد القسمة لا يتمكن من ابقاء نصيبه من البناء والانتفاع به فالارض لغيرهما بطريق العارية أو الاجارة في أيديهما وكل جزء منه كذلك بينهما ولكل واحد منهما أن يمنع صاحبه من الاختصاص بالانتفاع بما هو مستعار له أو مستأجر فكان لكل واحد منهما أن يكلف صاحبه رفع البناء لو صحت القسمة وفيه ضرر عليهما فلا يفعل القاضي ذلك اذا أتى أحدهما وان كان أراد هدم البناء ففى هذه القسمة اتلاف الملك وقد بينا أن القاضى لا يفعل ذلك ولكن ان أرادا فعله لم يمنعهما عن ذلك وان أخرجهما صاحب الارض هدماه لان صاحب الارض له عارية فى أيديهما وللمعير فى العارية حق الاسترداد متى شاء فيكلفهما هدم البناء ثم النقض يحتمل القسمة بينهما فيفعله القاضى عند طلب بعض الشركاء واذا كان طريق بين قوم ان اقتسموه لم يكن لبعضهم طريق ولا منفذ فاراد بعضهم قسمته لم أقسمه لما فى القسمة من الضرر على بعض الشركاء بقطع منفعة ملكه عنه ويستوى ان كره صاحب الكثير أو صاحب القليل لانه كان لكل واحد منهما حق التطرق الى ملكه فى هذا الطريق قبل القسمة وصاحب القليل من ذلك مستو بصاحب الكثير وفى القسمة تفويت هذا الحق عليه بخلاف البيت فهناك الانتفاع بعين البيت وصاحب الكثير فيه غير مستو بصاحب القليل وانقطاع المنفعة عنه لقلة نصيبه لا لاجل القسمة فلهذا قسم القاضى هناك بطلب صاحب الكثير وهنا لا يقسم اذا كان في قسمته ضرر على بعضهم دون بعض فى صغر أو أنه لا يجد طريقا الا أن يتراضوا جميعا وان كان يكون لكل واحد منهم طريق نافذ قسمته اذا طلب ذلك أحدهم لانه ليس فى القسمة

Marfat.com

تفويت المنفعة على بعضهم بل فيها تخصيص كل واحد منهم بالانتفاع فى ملكه ورقبة الطريق مشتركة بينهم بمنزلة الارض فتقسيمها بطلب بعضهم وان كان طريق بين رجلين ان اقتسماه لم يكن لواحد منهما فيه ممر وكل واحد منهما يقدر أن يفتح في منزله بابا ويجعل طريقه من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته وأبي الآخر قسمته بينهما لانه لاضرر علي واحد منهما في القسمة فكل واحد منهما يتمكن من التطرق الي ملكه من جانب آخر ولا فرق فى حقه بين التطرق من هذا الجانب وبينه من الجانب الآخر واذا كان مسيل ماء بين الرجلين أراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فان كان فيه موضع يسيل فيه ماؤه سوى هذا قسمته وان لم يكن له موضع الا بضرر لم أقسمه وهذا والطريق سواء فالمقصود هنا الانتفاع بتسييل الماء وهناك بالتطرق ولا فرق فى حق كل واحد منهما بين أن يسييل ماؤه من هذا الجانب أو من جانب آخر اذا كان يتيسر له ذلك من غير ضرر وانما شرط هذه الزيادة لان التصويب قد يكون من جانب ولا يمكن جعل ذلك فى جانب آخر بلا ضرر وان كانت أرض صغيرة بين قوم ان اقتسموها لم يصب كل واحد منهم شئ ينتفع به فأراد بعضهم قسمتها لم أقسمها وهو وما تقدم من البيت الصغير سواء وان كانت حانوت فى السوق يبيعان فيه أو يعملان بايديهما سواء فاراد أحدهما قسمته فانى انظر فى ذلك فان كان يصيب كل واحد منهما موضع يعمل فيه قسمته بينهما وان كان لم يصبه ذلك لم أقسمه بينهما لمعنى الضرر وان كان الزرع بين ورثة فى أرض لغيرهم فأرادوا قسمة الزرع فان كان قد أدرك لم أقسمه بينهم حتى يحصد بالتراضى ولا بغير التراضى لان الحنطة مال الربا فلا يجوز قسمته مجازفة الا بكيل ولا يمكن قسمته بالكيل قبل الحصاد وان كان بقلا لم أقسمه لما فى ذلك من الضرر على كل واحد منهم فانه لا يتمكن بعد القسمة من ترك نصيبه بغير رضاء أصحابه لان موضعه من الارض عارية لهم جميعا الا أن يشترطوا فى البقل أنه يجز كل واحد منهم ما أصابه فاذا اقتسموها على هذا بتراضيهم أجزته لما بينا ان في هذه القسمة اتلاف جزء فلا يباشره القاضى ولا يمنع الشركاء منه ان تراضوا عليه ولو كانت أرض بين رجلين فأرادا أن يقتسما زرعها دون الارض لم يجز ذلك ان اشتراطا تركه فى الأرض الى وقت الادراك وان اشترطا جز ذلك واجتمعا عليه أجزته والقسمة فى هذا كالبيع فكما لا يجوز شراء الزرع قبل الادراك بشرط الترك ويجوز بشرط القطع فكذلك القسمة وكذلك طلع في نخل بين قوم ان اقتسموا الطلع على أن يتركوا على النخل لم يجز وان اقتسموه على أن

Marfat.com

بقطع كل واحد منهم ما أصابه أجزت ذلك بمنزلة الشراء فان استأذن رجل منهم أصحابه بعد القسمة فى ترك ماأصابه فاذنوا له فادرك وبلغ طاب له الفضل وان تركه بغير رضاهم يصدق بالفضل بمنزلة المشترى للثمار على رؤس النخيل قبل الادراك ان ترك باذن البائع طاب الفضل وكل شئ يحتاج فى قسمته الى كسر أوقطع لم أقسمه بينهم لما فى ذلك من اتلاف الجزء الاأن يرضي جميع الشركاء فان رضوا قسمته فالمراد انى لاأمنعهم من أن يفعلوا ذلك بالتراضي فاما أن يباشر القاضي ذلك فلا وان أوصي بصوف علي ظهر غنمه لرجلين فأراد قسمته قبل الجز لم أقسمه وكذلك اللبن فى الضرع لان ذلك مال الربا فانه موزون أو مكيل فلا يمكن قسمته الابوزن أو كيل وذلك بعد الحلب والجز فاما الولد في البطن فلا يجوز شركته بين الشركاء بحال لمضي الضرر والجهالة ولان المقصود بالقسمة الحيازة وذلك فيما في البطن لا يتصور لان كل واحد منهما لا يتمكن من اثبات اليد على نصيبه قبل الانفصال وكذلك لو قسما ذلك بينهما بالتراضى لم يجز وان كانت قوصرة تمر بينهما أودن خل فاراد أحدهما قسمته لان هذا مما يتأتى فيه الكيل والوزن والقسمة فيه تمييز محض لكل واحد من الشريكين أن ينفرد به فكذلك يفعله القاضى عند طلب بعض الشركاء وان كانت خشبة أو باب أو رحاء أودابة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها لم تقسم لانها لا تحتمل القسمة من غير ضرر وكذلك اللؤلؤة والياقوتة لا يمكن قسمتها إلا بضرر ويقسم اللؤلؤ والبواقيت بين الشريكين اذا أراد ذلك أحدهما لان التعديل في المنفعة والمالية ممكن اذا كانت باعيانها وان كانت جنة بين رجلين فأراد أحدهما قسمتها وأبى الآخر فان كان فى قطعها ضرر علي واحد منهما لم أقسمها وان لم يكن في ذلك ضرر قسمتها وقطعتها بمنزلة الثوب الواحد وان كان حبا كثيرا قسمته بينهما لانه لاحاجة الى القطع هنا فى القسمة وهو نظير الثياب اذا كانت من نوع واحد وتقسم نقرة الفضة والذهب وما أشبه ذلك مما ليس بمصوغ من الحديد والصفر والنحاس لانه لا ضرر فى قطع ذلك على واحد منهما وكذلك علو بين رجلين نصيب كل واحد منهما ماينتفع به والسفل لغيرهما أو سفل بينهما والعلو لغيرهما فكذلك كله يقسم اذا طلب بعض الشركاء لان العلو والسفل كل واحد منهما مسكن وفى القسمة توفير المنفعة على كل واحد منهما واذا كان بين رجلين بئرا وعين أو قناة أو نهر لا أرض مع ذلك بينهما فأراد أحدهما قسمة ذلك وأبى الآخر فانى لاأقسم ذلك بينهما لانه غير محتمل للقسمة وفيه ضرر علي كل واحد منهما

Marfat.com

فان كان مع ذلك أرض ليس لها شرب الا من ذلك قسمت الارض بينهما وتركت القناة والبئر والنهر على حالها لكل واحد منهما شربه منها وان كان كل واحد منهما يقدر على أن يجعل لارضه شربا من مكان آخر أو كانت أرضين وانهار متفرقة أو آبار قسمت ذلك كله فيما بينهم لانه لا ضرر علي واحد منهم فى هذه القسمة أو قسمة النهر والعين هنا تبع لقسمة الاراضى فهو بمنزلة البيع فالشرب يدخل في بيع الارض تبعا وان كان البيع لايجوز فيه مقصودا فكذلك في القسمة وقال أبو حنيفة رحمه الله لاأجبر واحدا منهما علي البيع فى شيء مما سميناه فى هذا الكتاب وان طلب ذلك شريكه وكان مالك رحمه الله يقول اذا كان المشترك بحيث لا يحتمل القسمة بين الشريكين فان القاضي يجبر أحدهما على بيع نصيبه اذا طلب الآخر ذلك أو يبيع ذلك بنفسه ويقسم الثمن بينهما لانه لاطريق لتوفير المنفعة على كل واحد منهما الا هذا واذا ثبت له ولاية الاجبار على القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما فكذلك يثبت له ولاية الاجبار على البيع فى كل موضع تتعذر القسمة ولا يقال كل واحد منهما يقدر على بيع نصيبه وحده لانه يتضرر بذلك فالاشقاص لا تشترى الا بثمن وكس فينبغى أن تثبت له ولاية الاجبار علي البيع لدفع الضرر وحجتنا في ذلك أن في الاجبار على البيع معنى الحجر على الحد وذلك غير جائز عندنا ثم كل واحد منهما متمكن من بيع نصيبه وحده فلا حاجة الى اجبار الشريك علي ذلك اعوذ تصرفه فى نصيبه تبعا قوله بان لايشترى منه الا بوكس قلنا انه لا يملك نصيبه الا مشتركا ويتوفر عليه نصيبه مشتركا انما يحصل له زيادة على ذلك فلا حق له فى الزيادة توضيحه أن ولاية الاجبار لمعنى الاحراز وتحصيل الملك كما فى القسمة وفى الاجبار هنا ازالة الملك وللناس فى أعيان الملك أغراض (ألا ترى) أنه ليس لواحد منهما أن يجبر صاحبه على بيع نصيبه منه فلان لا يكون له ان يجبره علي بيع نصيبه من غيره كان أولى والله أعلم بالصواب

باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

(قال رحمه الله ذكر عن عكرمة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذ رعوا الطريق سبعة أذرع ثم ابنوا وبظاهر هذا الحديث يأخذ بعض العلماء رحمهم الله فيقول عند المنازعة بين الشركاء فى الطريق ينبغى أن يقدر الطريق سبعة أذرع ولسنا نأخذ

Marfat.com

بذلك)لان هذا خبر واحد فيما تم به البلوى وقد ظهر عمل الناس فيه بخلافه فانا نرى الطرق التى اتخذها الناس فى الامصار متفاوتة فى الذرع ولو كان الحديث صحيحا لما اجتمع الناس على ترك العمل به لان المقدار الثابت بالشرع لا يجوز لاحد أن يتجاوزه الى ماهو أكثر منه أو أقل ثم يحمل الحديث على تأويل وهو انه كان ذلك فى حادثة بعينها وراء حاجة الشركاء الى ذلك القدر من الطريق فأمرهم أن يتركوا ذلك القدر ويبنوا فيما وراء ذلك لبيان المصلحة لهم فى ذلك لا لاصيب مقدار فى الطريق شرعا واذا كانت الدار بين رجلين فأراد قسمتها وفيها طريق لغيرهما فأراد صاحب الطريق أن يمنعهما من القسمة ليس له ذلك ويترك الطريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله من باب الدار الى باب الذى له الطريق ويقسم بقية الدار بين الرجلين على حقوقهما لانه لاحق لصاحب الطريق فى بقية الدار ويترك الطريق بينهما نصفين على ما كان عليه جميع الدار بينهما قبل القسمة فان رقبة الطريق ملكهما ولم يباشر فيه قسمة فيبقى على ما كان بينهما قبل القسمة ولصاحب الطريق ممره فى ذلك وانما جعل الطريق بعرض باب الدار لان ذلك طريق متفق عليه فاليه يرد المتنازع فيه ولانه لافائدة له فى الزيادة على ذلك لانه انما يحمل فى هذا الطريق ما يدخله من باب الدار الى باب داره فيكفيه لذلك طريق عرضه عرض باب الدار الاعظم وطوله الى باب داره وليس لهم قسمة هذا الطريق الا أن يتراضوا بينهم جميعا لان حق التطرق فيه مستحق لصاحب الطريق فكما لا يكون لصاحبي الدار أن يفوتا ذلك عليه بالبناء فكذلك لا يكون لهما أن يفوتا ذلك عليه بالقسمة وان باعوا هذه الدار وهذا الطريق برضا منهم جميعا اقتسموا الثمن يضرب فيه صاحب الارض بثلث الطريق وصاحب الممر بالثلث لان المقصود بالطريق المرور فيه وصاحب الممر فى ذلك مساوى للشريكين فى رقبة الطريق بحق مستحق له فساواهم أيضا فى ثمن حصة الطريق وكان الكرخى رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة اذا كان هو شريكا فى أصل الطريق فاما اذا كان له حق الممر ولا شركة له فى أصل الطريق فلا حصة له من أصل الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون المنفعة فيختص به مالك العين وقد كان لصاحب الممر حق فى المنفعة دون العين فان رضى بالبيع كان ذلك منه رضا بسقوط حقه فلا يكون له فى الثمن شركة (ألا ترى) ان بيع الممر وحده بدون رقبة الطريق لا يجوز فتبين بهذا ان شيئا من الثمن لا يقابل ماهو حق صاحب الممر وقد روى عن محمد رحمه الله أنه قال لصاحب الممر مقدار حقه من الثمن وبيان ذلك ان الطريق بين

Marfat.com

الشريكين اذا كان فيه حق المر لآخر يكون قيمة ملكهما أنقص منه اذا لم يكن لغيرهما حق المر فيه فقد رد ذلك النقصان حق صاحب المر بقيمة الطريق مع ذلك النقصان بين الشريكين نصفين فيضرب كل واحد منهم فى الثمن عند البيع بمقدار حقه والأصح ما ذكر فى ظاهر الرواية لانه لا مقصود فى الطريق الا المر والمالية والتقوم باعتبار المقصود ولاجله يجوز البيع فاذا استووا فى ذلك كان حق كل واحد منهم مستحقا على سبيل التأبيد ولا يتم البيع الا برضاهم فلهذا قلنا بانهم يستوون فى الثمن وان كان في الدار مسيل ماء لرجل فاراد أصحابها قسمتها لم يكن لصاحب المسيل منعهم من القسمة ولكن يتركون له مسيله وهذا والطريق سواء فيما بينا من المعنى وان كان فيها طريق لرجل وطريق لآخر من ناحية أخرى فانه يعزل طريق واحد عرضه عرض باب الدار الى باب كل واحد منهما ويقسم ما بقى من الدار بين أهلها لان مقصود كل واحد من صاحبي الطريق التطرق فيه الى ملكه ويتوفر هذا المقصود على كل واحد منهما بطريق واحد من باب الدار عرضه باب الدار الى الموضع الذى يفترق فيه طريق كل واحد منهما الى باب داره فكل واحد منهما في المطالبة بطريق له خاص من باب الدار الاعظم يكون متعنتا فلا يلتفت الى تعنته ولكن الى الموضع الذى يفترق الطريق بهما يترك لهما طريقا واحدا ثم من ذلك الموضع لكل واحد منهما الطريق الى باب داره وان كان باب صاحب الدار أعظم من باب الدار الاعظم لم يكن له من عرض الطريق الا بمقدار عرض باب الدار لان مالا يدخل فى باب الدار الاعظم لا يتمكن هو من حمله في هذا الطريق فان كان أوسع من باب الدار الاعظم وكذلك ان كانت صفة لرجل فى دار رجل وطريقها الى باب الدار لم يكن على أهل باب الدار أن يتركوا له من الطريق الا قدر عرض باب الدار دون عرض باب الصفة ولو كان له منزل بطريقه فى الدار فقسمت الدار وترك له الطريق فاراد أن يفتح من منزله الى هذا الطريق بابين أو ثلاثة كان له ذلك لان فتح الباب هدم بعض الحائط ولو أراد أن يرفع جميع الحائط لم يكن لاحد أن يمنعه من ذلك فكذا اذا أراد أن يفتح فيه بابين أو ثلاثة وهذا لانه هو الذي يتطرق في هذا الطريق من أى باب دخل منه فى منزله ولا يستحق بابين إلا ما يستحقه بباب واحد فهو بهذا التصرف لم يزد على مقدار حقه فيما يستوفيه ولو كان هذا المنزل بين اثنين فقسماه بينهما وفتح كل واحد منهما بابا الى الطريق كان لهما ذلك لان لهما حق التطرق في هذا الطريق الى منزلهما فلا فرق بين أن يتطرقا فيه من باب أو بابين وان كان صاحب المنزل

Marfat.com

واحدافاشترى دارا من وراء هذا المنزل وفتحها اليه واتخذ لها طريقا في هذا المنزل وفى هذا الطريق فان كان ساكن الدار والمنزل واحدا فله أن يمر من الدار فى المنزل وفى الطريق المرفوع بينهم لان له حق التطرق في هذا الطريق الى منزله وبعد مادخل منزله فلا يمنعه أحد من أن يدخل داره لانه ينتقل من ناحية من ملكه الى ناحية أخرى ولانه لاضرر على أهل الطريق اذا كان ساكن الدار والمنزل واحدا وان كان للدار ساكن آخر لم يكن له أن يمر في هذا الطريق لانه ما كان لصاحب الدار حق التطرق فى هذا الطريق فليس له أن يحدث لنفسه فيه حقا وصاحب الممر يريد أن يستوفي من ملك الغير أكثر من حقه وليس له ذلك بخلاف ما اذا كان صاحب المنزل والدار واحدا وقد بينا الفرق بين الطريق والشرب فى هذا ولو اختصم أهل الطريق فى الطريق وادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية اذالم يعرف أصله لاستوائهم فى اليد على الطريق والاستعمال له ولا يجعل على قدر مافى أيديهم من ذرع الدار والمنزل لان حاجة صاحب المنزل الصغير الى الطريق كحاجة صاحب الدار الكبيرة وهذا بخلاف الشرب فان عند اختلاف الشركاء فيه يجعل الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان الحاجة هناك تختلف بكثرة الاراضى وقلتها فيجعل ذلك بينهم على قدر حاجتهم عند اشتباه الامر لاعتبار الظاهر وهنا حاجتهم الى التطرق فى الطريق سواء فلهذا يجعل الطريق بينهم سواء وبهذا تبين ماأشرنا اليه فى المسئلة الاولى أن صاحب المنزل باضافة الدار المشتراة الى منزله لا يثبت لنفسه زيادة حق فى الطريق ولو كان يعتبر فى قسمة الطريق ذرع ملك كل واحد منهم عند الاشتباه لم يكن لصاحب المنزل أن يضيف الدار المشتراة الى منزله وان عرف أصل الطريق كيف كان بينهم جعلته بينهم على ذلك لان مااعتبرناه نوع من الظاهر فانما يصار اليه اذا لم تعلم حقيقة الحال بخلافه فان كانت دارا لرجل ولآخر فيها طريق مات صاحب الدار واقتسم ورثته الدار بينهم ورفعوا الطريق لصاحب الطريق ولهم ثم باعوه فارادوا قسمة ثمنه فلصاحب الطريق نصفه وللورثة نصفه لان الورثة قائمون مقام المورث ولو كان هو حيافباعاه كان الثمن بينهما نصفين فبموته وكثرة ورثته لايزداد نصيبه ولا ينقص نصيب صاحب الطريق وان لم يعرف ان أصل الدار بينهم ميراث وجحدوا ذلك قسم ذلك على عدد رؤسهم ورأس صاحب الطريق لانهم مستوون فى الحق فى الطريق وقد بينا ان البناء على الظاهر واجب مالم يعلم خلافه وكل واحد منهما فى الظاهر أصل فى نصيب نفسه فيعتبر هذا الظاهر في قسمة ثمن الطريق بينهم واذا

Marfat.com

كان في يد رجل بيت من الدار وفي يد آخر بيتان وفي يد آخر منزل عظيم وكل واحد منهم يدعي جميع الدار فلكل واحد منهم ما في يده لان الظاهر يشهد له فيما في يده وساحة الدار بينهم أثلاثا لاستوائهم في اليد عليها فان كل واحد منهم مستعمل للساحة بكسر الحطب فيها وغير ذلك من وجوه الانتفاع بالساحات وان مات أحدهم عن ورثة كان لورثته ثلث الساحة لانهم قائمون مقامه في ذلك وان اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم صغيرا أو عظيما أو مسيل ماء لذلك فهو جائز لانه صلح جرى بينهم عن تراض واذا اقتسم القوم دارا وفيها كنيف شارع على الطريق الاعظم أو ظلة فليس يحسب ذرع الظلة والكنيف في ذرع الدار لان ما تحت ذلك طريق هو حق لجماعة المسلمين فكيف يذرع ذلك في قسمة الدار بينهم (ألا ترى) أن عند أبي حنيفة رحمه الله لكل واحد من المسلمين أن يخاصم في رفع ذلك البناء وعندهما رحمهما الله اذا كان فيه ضرر للمسلمين فكذلك فعرفنا أنه لا حق للشركاء فيه الا في نقض البناء فيعتبر قيمة ذلك في القسمة بينهم فاما أن يذرع مع ذرع الدار فلا ولو كانت الظلة على طريق غير نافذ قد كان ذرعها يحسب في ذرع الدار لان حق قرار الظلة على ذلك الطريق مستحق لهم مشترك فهو بمنزلة علو في الدار سفله لغيرهم وقد بينا الاختلاف في كيفية القسمة في العلو والسفل بالذرع بين الشركاء والله أعلم

باب قسمة الدار للميت وعليه دين أو وصية

(قال رحمه الله واذا اقتسم الورثة دارا لميت وعليه دين ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا أما اذا كان الدين مستغرقا للتركة فلان الورثة لا يملكون التركة ولا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك وأما اذا قل الدين فلانه شاغل لكل جزء من التركة ولان القسمة للاحراز ولا يسلم للوارث شيء من التركة الا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل أوانها فهو كقسمتهم في حياة الميت فان كان للميت مال سوى ذلك بعته في الدين ونفذت القسمة) لان كل مال الميت محل لقضاء الدين والمانع للقسمة قيام حق الغريم فاذا وصل اليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة وكذلك ان لم يكن للميت مال سوى ذلك فادى الورثة الدين من أموالهم على قدر مواريثهم أو ابراء الغريم الميت من الدين جازت القسمة لزوال المانع أما بوصول حقه اليه أو بسقوط دينه بالابراء وكما أن سائر تصرفات الورثة في التركة تنفذ اذا

Marfat.com

وصل الى الغريم حقه فكذلك القسمة واذا كان فيه وصية بالثلث لم تجز قسمة الوصى والورثة على الموصى له الغائب بغير قضاء قاض لان الموصي له بالثلث شريك الورثة في عين التركة حتى لو أراد ايفاء حقه من محل آخر لم يملكوا ذلك فان كان هو غائبا وليس عنده خصم حاضر لم تجز القسمة والوصى لا يكون خصما عن الموصى له لانه قائم مقام الميت والملك الثابت للموصى له ملك متجدد والوصى انما ينتصب خصما عمن يكون خلف الميت فى الملك الذي كان ثابتا للميت فلهذا يجوز قسمة الوصى مع الموصى له على الورثة ولا تجوز قسمته مع الورثة علي الموصى له وانما تنظر القسمة بغير قضاء قاض لان القاضى اذا كان هو الذى قسم بعد قضائه لمصادفته موضع الاجتهاد وثبوت الولاية له علي الموصي له الغائب فيما يرجع الى النظر له واذا اقتسم الورثة دارا وفيهم وارث غائب وليس للميت وصي ولا للغائب وكيل ثم قدم الغائب فله أن يبطل القسمة وكذلك الصغير اذا كبر لانه لا ولاية للحضور مع الورثة على الغائب والصغير خصوصا فى تصرفهم مع أنفسهم والقسمة بهذه الصفة ومايتقل ومالا ينقل فى ذلك سواء وان كان شيء من ذلك ميراثا بين قوم ولا دين على الميت ولا وصية ثم مات بعض الورثة وترك عليه دينا أو أوصي بوصية أو كان له وارث غائب أو صغير ولا وصي له فاقتسم الورثة الدار بغير قضاء قاض فللغرماء أن يبطلوا القسمة وكذلك أهل الوصية والوارث الغائب والصغير لان لهم شركة فيما اقتسموا من التركة اما فى العين أوفى المالية ولم يكن عنهم خصم حاضر ولانهم قائمون مقام الميت الثانى فى حصته ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه ان لم يحضر عنه خصم فكذلك بعد موته واذا اقتسم الورثة دارا بينهم واشهدوا على أنفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة الميت مهرها وأقامت عليه البينة فلها أن تنقض القسمة ولا يكون قسمتها واقرارها بالميراث خروجا من دينها لان دين الوارث كدين أجنبي آخر وللورثة أن يقضوا الدين من مال آخر لهم فيستخلصوا التركة لانفسهم فهى انما وافقت معهم في القسمة على أن يقضوا مهرها من محل آخر فلا يكون ذلك منها ابراءا للميت عن المهر ولا اقرارا بانه لادين لها ويكون لها ان تنقض القسمة لان القسمة لاتنفذ الا بشرط قضاء الدين واجازة الغريم القسمة قبل أن يصل اليه الدين لايكون معتبرا بل وجود ذلك كعدمه لان تقديم قضاء الدين لحق الميت لالحق الغريم خاصة فاذا لم يقضوا دينها كان لها أن تنقض القسمة وكذلك لو ادعى وارث آخر دينا على الميت فهو والمهر سواء ولو أن

Marfat.com

وارثا ادعى وصية لابن له صغير له الثلث وأقام البينة وقسموا الدار فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه فى الوصية لان الاب لو أراد أن يرد هذه الوصية أو يبطل حق ابنه عنها بعد موت الموصي لا يملك ذلك فكذلك مساعد الورثة على القسمة لا يبطل حق ابنه فى الوصية الا أن الاب ليس له أن يطلب وصية ابنه ولا أن يبطل القسمة لان القسمة تمت به ومن سعي فى نقض ما قد تم ضل سعيه واقدامه على القسمة معهم اقرار بانه لا وصية لابنه لما بينا ان الموصى له بالثلث شريك الورثة فى العين فالقسمة لا تصح بدون تميز حقه فيكون اقدامه على القسمة مع الورثة اقرارا بانه لا وصية لابنه بخلاف الدين فان قضاء حق الغريم من محل آخر جائز ولا يصير هو بدعوى الدين بعد القسمة مناقضا أو ساعيا فى نقض ماقدتم به ويصير بدعوى الوصية لابنه مناقضا فى كلامه فلا تسمع دعواه وللابن اذا كبر أن يطلب حقه ويرد القسمة واذا كانت الدار ميراثا بين قوم فاقتسموها على قدر ميراثهم من أبيهم ثم ادعى أحدهم أن أخا له من أبيه وأمه قد ورثاه معهم وأنه مات بعد ابنه فورثه هو وأراد ميراثه منه وقال انما قسمتهم لي ميراث من أبي ولم يكتبوا فى القسمة انه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته ولم تنقض القسمة لانه لما ساعدهم على القسمة وقد أقر أن جميع الدار ميراث بينهم من الاب فيكون في دعواه أن بعض الدار لاخيه مناقضا وهو بهذا الكلام يسعى فى نقض ماقدتم به لان تمام القسمة كان برضاه وان كانوا كتبوا فى القسمة أنه لاحق لبعضهم فيما أصاب البعض فهو أبقى لدعواه ومراده من قوله ولم يكتبوا ازالة الاشكال وبيان التسوية فى الفصلين فى الجواب فكذلك لو أقام البينة انه اشتراها من ابنه فى حياته أو انه وهبها له وقبضها منه أو أنها كانت لامه ورثها منها لم تقبل بينته لانه مناقض فى كلامه شارع فى نقض ماقدتم به واذا كانت القرية ميراثا بين ثلاثة نفر من أبيهم فمات أحدهم وترك ابنا كبيرا فاقتسم هو وعماه القرية على ميراث الجد وقبض كل واحد منهم حصته ثم أن ابن الابن أقام البينة على أن الجد أوصي له بالثلث لم تقبل بينته لانه لما ساعدهم على القسمة فقد أقر أنه لا وصية له فيها فكان هو فى دعوى الوصية بعد ذلك مناقضا ولو ادعى لنفسه دينا على ابنه وأقام البينة على هذا الدين كان له أن يبطل القسمة لما بينا أن مساعدته اياهم على القسمة لا تكون اقرارا على أنه لا دين على ابنه وانما ساعدهم على القسمة ليتبين نصيب الابن فيستوفى دينه منه (ألا ترى) أن الدين لو كان لغيره فاجاز الغريم

Marfat.com

القسمة كان ذلك باطلا وكان له أن يبطل القسمة فكذلك الوارث اذا كان هو الغريم ومعنى هذا أنه لا معتبر باجازة الغريم في القسمة لان المانع من نفوذها قيام دينه وذلك لا يختلف باجازته وعدم اجازته فلا يكون هو في دعوي الدين ساعيا فى نقض ماقد تم به بخلاف ماذا ادعى الشركة فى العين بالوصية بالثلث فالقسمة هناك تتم برضاه كما لو كان الموصي له أجنبيا آخر فيكون هو في دعوي الوصية ساعيا فى نقض ماقد تم به واذا ادعى الوارث أنه كان اشترى نصيب أبيه منه فى حياته بثمن مسمى ونقده الثمن وأقام البينة على ذلك فهو جائز ولا يبطل ذلك بالقسمة لانه خصم فى نصيبه سواء كان شراء أو ميراثا وقد تمت القسمة بحضرته ورضاه واذا كانت الأرض ميراثا بين قوم فاقتسموها وتقابضوا ثم أن أحدهم اشترى من الآخر قسمه وقبضه ثم قامت البينة بدين على الاب فان القسمة والشراء جميعا يبطلان وكذلك لو اشتراه غير وارث لان القسمة والشراء كلاهما تصرف من الوارث فى التركة فلا ينفذ مع قيام الدين واذا ورث ثلاثة نفر عن أبيهم دارا فاقتسموها أثلاثا وتقابضوا ثم أن رجلا غريبا اشترى من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال أنا لم أقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار ثم جاء الثالث فقال قد اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الاول وكذبه الثانى وقال المشترى لاأدرى أقسمتم أم لا فالقسمة جائزة لانها تثبت بحجة أقامها من هو خصم والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم القسمة بعد تمامها لا تبطل بجحود بعض الشركاء ويتبين أن الاول باع نصيب نفسه خاصة فكان بيعه صحيحا وأما الثانى انما باع ثلث الدار شائعا ثلث ذلك من قسمه وثلثا ذلك من نصيب غيره وانما ينفذ بيعه فى نصيبه خاصة ويتخير المشترى فيه ان شاء أخذ ثلث قسمه بثلث الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولا يقال ينبغى أن ينصرف بيعه الى نصيبه خاصة لتصحيح عقده لانه ملكه فى منزل معين وهو انما باع ثلث الدار شائعا فلا يمكن تنفيذ ذلك البيع في منزل معين بخلاف ماقبل القسمة فانه اذا باع ثلث الدار فانه ينصرف بيعه الى نصيبه لان نصيبه ثلث شائع فى جميع الدار كما باعه ولو كان المشترى أقر في الشراء الاول بالقسمة وأقر فى الشراء الآخر أنها لم تقسم والمسئلة على حالها كان القضاء بينهم على ماوصفته لان فى أثبات القسمة بينهم هم الخصماء ولا قول للمشترى في ذلك ولان المشترى فى كلامه الثانى مناقض وقول المناقض غير معتبر في حق غيره ولكنه معتبر فى حقه حتى اذا رد البيع الثانى فانه يرد عليه من نصيب الاول

Marfat.com

ثلثه لانه أقر به له وكانه جحده فى الكلام الاول ولكن الاقرار بعد الجحود صحيح وان أمضي البيع لزمه ثلثا الثمن بثلث نصيب الاول وثلث نصيب الثانى لان زعمه معتبر فى حقه فبقدر ما يسلم له بزعمه يلزمه ثلثه وقد سلم له بزعمه ثلثا مااشتراه من الثانى ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث لان ذلك لم يسلم له ويبقى فى يد البائع الثانى ثلثا قسمه الذى أصابه لان المشترى منه ماسلم اليه ذلك القسم إلا الثلث واذا أقر الرجل ان فلانا مات وترك هذه الارض وهذه الدار ميراثا ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث فانى أقبل منه البينة على ذلك ولا يخرجه قوله هذا من وصيته وكذلك لو ادعى دينا قبله لان محل الدين والوصية التركة وبعد الموت توصف التركة بأنها ميراث وان كان فيها دين أو وصية على معنى أنه كان ملكا للميت الى وقت موته وانه ميراث لورثته اذا سقط الدين أو رد الموصي له فلا يكون هو فى دعوى الدين والوصية مناقضا فى كلامه بخلاف مااذا ادعى شراء من الميت أو هبة أو صدقة فانه لايسمع دعواه ولاتقبل بينته على ذلك لانه مناقض فى كلامه فان التركة اسم لما كان ملكا للمورث الى وقت موته والمشترى منه فى حياته لايكون مملوكا عند موته وكذلك لو أقر أنها ميراث من غير أبيه فذلك غير مسموع منه للتناقض واذا اقتسما القوم دارا ميراثا عن الميت والمرأة مقرة بذلك وأصابها الثمن وعزل لها علي حدة ثم ادعت انه أصدقها اياها وأنه اشتراها بصداقها فانه لا يقبل ذلك منها لانها لما ساعدتهم على القسمة فقد أقرت انها كانت للزوج عند موته وصار ميراثا فيما بينهم فهى مناقضة فى هذه الدعوى بعد ذلك وكذلك اذا اقتسموا فأصاب كل انسان طائفة بجميع ميراثه عن أبيه ثم ادعى أحدهم فى قسم الآخر بناء أونخلا زعم أنه هو الذى بناه أو غرسه وأقام البينة بذلك لم يقبل منه لانه قد سبق منه الاقرار أن جميع ذلك ميراث لهم من الاب لان هذا القسم صار ميراثا لاخيه من أبيه وذلك يمنعه من دعوى الملك لنفسه لا من جهة أبيه ولو اقتسموا دارا أو أرضا فيها زرع ونخيل حامل ولم يذكروا الحمل في القسمة وانما أشهدوا بما أصاب كل واحد منهم بميراثه من أبيه فان الزرع والثمار لايدخلان فى هذه القسمة حتى كان لكل واحد منهم أن يطلب نصيبه منها لان القسمة فى هذا كالبيع وقد بينا أن الثمار والزرع لايدخلان فى البيع ان لم يشترط بكل قليل وكثير هو منه أوفيه فكذلك لايدخلان فى القسمة ولو كانت للدار والارض غلة من اجارة كانت أومن ثمن ثمرة دين علي رجل لم يدخل ذلك فى القسمة لانه غير متصل بما جرت القسمة بينهم فيه

Marfat.com

وبقى ذلك بينهم على المواريث ولو شرطوا ذلك فى قسم رجل كانت القسمة فاسدة لان كل واحد منهم يصير مملكا نصيبه من ذلك الدين ممن شرط له بما يملك عليه من نصيبه من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز ولو اقتسموا على أن ضمن أحدهم دينا على الميت مسمى كان هذا باطلا اذا كان فى أصل القسمة لان القسمة كالبيع ولو شرط على المشترى فى البيع أن يضمن دينا على البائع كان باطلا فكذلك اذا شرط فى القسمة وان ضمنه بغير شرط فى القسمة على أن لا يبيع الوارث الميت ولا ميراثه بشئ من ذلك وعلى أن يبرئ الغرماء الميت كان هذا جائزا ان رضى الغرماء بضمانه كما لو ضمنه أجنبي آخر بشرط براءة الميت ورضى الغرماء بذلك وهذا لان المانع من القسمة قيام الدين على الميت وقد زال ذلك فان أبى الغرماء أن يقبلوا ضمانه فلهم نقض القسمة لقيام دينهم على الميت وهو مانع من نفوذ القسمة وان تراضوا بضمانه وابرؤا الميت ثم نوى المال عليه رجعوا فى مال الميت حيث كان لانهم أبرءوه بشرط وهو أن يسلم لهم دينهم من جهة الضامن فاذا لم يسلم كانوا على حقهم في اتباع تركة الميت بمنزلة المحتال عليه اذا مات مفلسا فان الدين يعود الى ذمة المحيل والله أعلم بالصواب

باب دعوى الغلط فى القسمة

(قال رحمه الله واذا اقتسم القوم أرضا ميراثا بينهم أو شراء وتقابضوا ثم ادعى أحدهم غلطا فى القسمة فانه لا يشتغل باعادة القسمة بمجرد دعواه) لان القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعى لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد وقوله فى ذلك غير مقبول كالمشترى اذا ادعي لنفسه خيارا بسبب العيب أو الشرط ولكن ان أقام البينة على ذلك فقد أثبت دعواه بالحجة فتعاد القسمة بينهم حتى يستوفي كل ذى حق حقه لان المعتبر فى القسمة المعادلة وقد ثبت بالحجة أن المعادلة بينهم لم توجد كما لو ثبت المشتري العيب بالبينة وان لم يكن له بينة وأراد ان يستحلفهم على الغلط فله ذلك لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا عليهم لرجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه الي نصيبه ثم يقسم ذلك بينهما علي قدر نصيبهما لان النا كل كالمقر واقراره حجة عليه دون غيره ففيما فى يده يجعل كان ما أقر به حق فيقسم بينهما على قدر نصيبهما وكذلك

Marfat.com

كل ما يقسم فهو على هذا لا يعاد ذرع شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه إلا بحجة لان الظاهر ان القسمة وقعت على سبيل المعادلة وانه وصل الى كل ذى حق حقه والبناء على الظاهر واجب مالم يثبت خلافه واذا اقتسم رجلان دارين وأخذ احدهما دارا والاخر دارا ثم ادعى احدهما غلطا وجاء بالبينة ان له كذا كذلك ذراعا فى الدار التي في يد صاحبه وفصلا فى قسمة فانه يقضى له بذلك الذرع ولا تعاد القسمة وليس هـذا كالدار الواحـدة فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله واما في قول أبى حنيفة فالقسمة فاسدة والدار ان بينهما نصفان لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله ان هذه القسمة بمنزلة البيع حتى لا تجوز الا بالتراضى وبيع كذا كذا ذراعا من الدار التى فى يد الغير لا يجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقد بيناه فى البيوع فكذلك اذا شرط ذلك لاحدهما فى دار صاحبه فى القسمة كانت القسمة فاسدة وأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هذا بمنزلة البيع أيضا لما بينا ان قسمة الخبر فى الدار انما تجري عندهما اذا رأى القاضى المصلحة فيه فأما بدون ذلك فهو كالبيع ولـكن من أصلهما أن بيع كذا كذا ذراعا من الدار جائز فكذلك اشتراط ذلك فى القسمة لاحدهما لا يمنع صحة القسمة وبه فارق الدار الواحدة لان معنى التميز هناك يغلب على المعاوضة فى القسمة ولهذا لا يجبر عليه بعض الشركاء عند طلب البعض فاذا شرط لاحدهما كذا كذا ذراعا فى نصيب صـاحبه لا يحصـل التميز بهـذه القسمة بل الشرط والشيوع يبقى بذلك القـدر فلا تصح القسـمة بخلاف الدارين فمعنى المعاوضة هناك يغلب على ما بينا وتتحقق المعاوضة مع شرط كذا كذا ذراعا لاحدهما في دار صاحبه واذ اقتسما أقرحة فأصاب أحدهما قراحان والآخر أربعة أقرحة ثم ادعى صاحب القراحين أحد الاقرحة التى في يد الآخر وأقام البينة انه له فأصابه فى قسمة فانه يقضي له به لانه أثبت الملك لنفسـه فى تلك العـين بالقسمة وأثبت انه لم يقبضه واسـتولى عليه شريكه بغير حق فيقضي له بذلك كما لو ثبت ذلك باقرار صاحبه وكذلك هذا فى الاثواب فان لم يكن للمدعى بينة كان له أن يستحلف الذى فى يده الثوب لان ذى اليد مستحق له باعتبار يده ظاهرا ولـكن لو أقر بما ادعى حق صاحبه أمر بتسليمه اليه فاذا أنكر استحلف علي ذلك وان أقام البينة علي ثوب بعينه مما فى يد صاحبه انه أصابه فى قسمة وجاء الآخر ببينة انه أصابه في قسمة فالبينة بينـة الذى ليس الثـوب في يده لان دعواهما فى الثوب دعوى الملك وبينة الخارج فيه تترجح على بينة ذى اليد لانه هو المحتاج

Marfat.com

الى اقامة البينة وهو المثبت على صاحبه لما يدعيه بالبينة وكذلك هذا الاختلاف فى بيوت الدار وان اقتسما مائة شاة فاصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة ثم ادعى صاحب الاوكس غلطا في التقويم لم تقبل بينته على ذلك وهذه المسئلة فى الحاصل على ثلاثة أوجه أحدها ان يدعى الغلط فى التقويم وذلك غير مسموع منه وان أقام البينة على ذلك لانه شاع فى نقض ما قد تم به والقيمة تعرف بالاجتهاد وذلك يختلف باختلاف المقومين واختلاف الاوقات والامكنة ولانه بهذه البينة لا يثبت شيئا فى ذمة غيره انما يثبت قيمة ما تناوله فعل القسمة وفعل القسمة لاقى العين دون القيمة وذلك يختلف باختلاف مقدار القيمة بخلاف الغصب فان بينة المغصوب منه على مقدار قيمته تقبل لانه يثبت ذلك دينا فى ذمة الغاصب فالمغصوب مضمون بالقيمة دينا فى ذمة الغاصب توضيحه أن القسمة في معنى البيع ومع بقاء عقد البيع لا تقبل البينة على قيمة المبيع من أحد المتعاقدين علي صاحبه فكذلك في القسمة والثانى أن تكون الدعوى فى عدد ما أخذ كل واحد منهما بان قال أحدهما لصاحبه احدث احدى وخمسين غلطا أو أحدث أنا تسعة وأربعين وقال الآخر ما أحدث أنا الا خمسين فالقول قوله مع يمينه وعلى المدعى البينة لان الاختلاف بينهما فى مقدار المقبوض فالقول قول المنكر للزيادة وعلى من يدعى الزيادة فيما قبض صاحبه اثباته بالبينة ولانه يدعى شاة مما فى يد صاحبه انها ملكه اصابته فى القسمة وصاحبه ينكر ذلك فالقول قوله مع يمينه والثالث ان قال أخطأنا فى العدد وأصاب كل واحد منا خمسين خمسين وهذه الخمسين خطأ كان منا وقال الآخر قد اقتسمنا على هذا لك خمس وأربعون ولى خمس وخمسون وليس بينهما بينة والغنم قائمة بعينها تحالفا وترادا لان القسمه فى معنى البيع واختلاف المتبايعين في البيع حال قيام السلعة توجب التحالف والتراد فكذلك فى القسمة لانه عقد محتمل للفسخ بعد لزومه بالتراضى فيفسخ بالتحالف أيضا وان أقام كل واحد منهما بينة على ذلك ردت بالقسمة لان صاحب الخمس وأربعين هو المدعى وهو المثبت ببينته فيترجح كذلك بينته ويصير كأن خصمه صدقه فيما قال فتبطل القسمة ويستقبلانها علي وجه المعادلة واذا اقتسما دارا ولم يشهدا على القسمة حتى اختلفا فقال هذا أصابنى هذه الناحية وهذا البيت فيها وقال الذي هى فى يديه أصابنى هذا كله تحالفا وترادا لان الاختلاف بينهما فى المعقود عليه فى الحاصل وان كانت لهما بينة على القسمة أنفذت بينتهما على ماشهد به الشهود كما لو اتفق الخصمان عليه وهذا لان ما أصاب

Marfat.com

كل واحد منهما معلوم بحدة وقد تحقق التمييز بينهما بهذه القسمة بخلاف ماتقدم فهناك أثبتت بينة صاحب الخمس وأربعين انه بقى من حقه خمس شائعة فيما أخذه صاحبه فلهذا بطل القسمة وان اختلفا فى الحد فيما بينهما فقال احدهما هذا الحد لى قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر هذا الحد لى قد دخل فى نصيب صاحبه فان قامت لهما بينة أحدث بينة هذا وبينة هذا لان كل واحد منهما ثبت الملك لنفسه فى جزء مما فى يد صاحبه بعينه واجتمع ذلك الجزء بينة الخارج وبينة ذى اليد فيترجح بينة الخارج وان لم يقم لهما بينة أستحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وجعل لكل واحد منهما يدعى لنفسه جزءا معينا فى يد صاحبه وان أراد أحدهما أن يرد القسمة ردها بعد ما يتحالفان لما بينا أن الاختلاف بينهما فى المعقود عليه وفي مقدار ماحصل لكل واحد منهما بالقسمة وذلك موجب للتحالف وبعد التحالف ترد القسمة اذا طلب ذلك احدهما كما فى البيع *رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد منهما النصف وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعي أحدهما بيتا فى يد صاحبه لم يصدق علي ذلك الا أن يقر به صاحبه من قبل أن قد أشهد على الوفاء يعنى أنه أقر باستيفاء كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه فى يد صاحبه فلا تقبل بينته على ذلك ولكن ان أقر به صاحبه فاقراره ملزم اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعى ثبت الاستحقاق له ولو لم يكن له أشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقرار بالقسمة حتى قال اقتسمنا فاصابنى فى هذه الناحية وهذا البيت والناحية فى يده والبيت فى يد صاحبه وقال شريكه بل أصابنى البيت وما فى يدى كله فانى أسأل المدعى عن البيت أكان فى يد صاحبه قبل القسمة فلم يدفعه اليه أو غصب منه بعد القسمة فان قال كان فى يدى بعد القسمة فغصبناه وأعرته أو أجرته لم أنقض القسمة لتصادقهما على شريكه بقبض كل واحد منهما جميع نصيبه وبقى دعواه أن البيت وصل الى يد صاحبه من يده وصاحبه جاحد لذلك فالقول قوله مع يمينه وان كان قال فى يد صاحبي قبل القسمة فلم يسلمه الي تحالفا ويراد أن الاختلاف بينهما في مقدار ما أصاب كل واحد منهما بالقسمة وقد بينا أن الاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف في القسمة فكذلك الاختلاف في الحد وعلى هذه القسمة فى جميع أجناس الاموال يكون الجواب على التقسيم الذى قلنا اذا ادعى أحدهما شيئا فى يد صاحبه ولو ادعى غلطا فى الذرع فقال أصابنى الف وأصابك الف فصار فى يدك الف ومائة وفي يدى تسعمائة وقال الآخر أصابك ألف وأصابنى الف فقبضتها

Marfat.com

ولم أزد فالقول قول الذى يدعي قبله الغلط مع يمينه لان صاحبه يدعى عليه أنه قبض زيادة على حقه وهو منكر لذلك وان قال أصابنى الف ومائة وأصابك الف ومائة وقال الآخر أصابنى الف وأصابك الف فقبضت أنت الفا ومائة وقبضت تسعمائة تحالفا وترادا لانهما تصادقا علي أن المدعى عليه قبض الف ومائة وانما الاختلاف بينهما في مقدار نصيبه بالقسمة فالمدعى يقول نصيبك الف والمدعى عليه يقول نصيبي الف ومائة والاختلاف فى المعقود عليه يوجب التحالف بينهما ولان المدعى لم يقر بقبض المائة هنا والمدعى عليه يدعى ذلك فلا بد من استحلافه وقد توجهت اليمين على المدعى عليه لما بينا فلهذا تحالفا وترادا ولو قال كنت قبضتها فقبضتها لم أنقض القسمة وأحلف المدعى قبله الفصل لانهما تصادقا على انتهاء القسمة بقبض كل واحد منهما تمام نصيبه ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وهذا هو الحرف الذى تدور عليه هذه الفصول أن القسمة حيازة وتمامها بالقبض فاذا تصادقا على قبض كل واحد منهما تمام نصيبه بالقسمة لم يكن الاختلاف بينهما بعد ذلك اختلافا فى المعقود عليه واذا اختلفا فى مقدار ماقبضه كل واحد منهما كان ذلك اختلافا فى المعقود عليه فيثبت حكم التحالف بينهما ولو اقتسما مائة شاة فصار فى يد أحدهما ستون وفى يد الآخر أربعون فقال الذي فى يده الأربعون أصاب كل واحد منا خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا باعيانها وخلطتهما بغنمك فهى لا تعرف وجحد ذلك الآخر الغصب وقال بل أصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه لتصادقهما على أن كل واحد منهما قبض كمال حقه بالقسمة ثم ادعى أحدهما الغصب على صاحبه وأنكر صاحبه ذلك فالقول قوله مع يمينه فلو قال الاول أصابنى خمسون فدفعت الى أربعين وبقى في يدك عشرة لم تدفعها الى وقال الآخر أصابنى ستون وأصابك أربعون تحالفا وتراد الان الاختلاف بينهما فى مقدار ماأصاب كل واحد منهما ولو كان أشهد عليه بالوفاء قبل هذه المقالة كان القول قول الذي فى يده ستون لاقرار صاحبه باستيفاء كمال حقه ولا يمين عليه لان صاحبه مناقض فى الدعوى بعد ذلك الاقرار وبالدعوى مع التناقض لا يستحق اليمين على الخصم فان ادعى الغصب بعد القبض حلف المنكر عليه لان دعوى الغصب منه دعوى صحيحة ولا تناقض فيها فيستوجب فيها اليمين على المنكر وان لم يشهد بالوفاء فقال الذى فى يده الاربعون كانت غنم والدى مائة شاة فأصابنى خمسون وأصابك خمسون وتقابضنا ثم غصبنى عشرا وهى هذه وقال الذى فى يده الستون بل كانت

Marfat.com

غنم والدى مائة وعشرين فأصابنى ستون وأنت ستون ولم أغصبك وقد تقابضنا فان هذا قد أقر بفصل عشر من الغنم ليس فيها قسمة لان الآخر انما أقر بقسمة المائة وهو منكر للقسمة فما زاد على المائة وقد أقر ذو اليد ان هذه العشرة زيادة على المائة وادعى القسمة فيها ووصول مثلها الى صاحبه وصاحبه منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف بقيت هذه العشرة فى يده غير مقسومة فيردها ليقسم بينهما فان لم يقر بفصل على مائة وقال كانت مائة فأصابنى ستون وأنت أربعون فالقول قوله مع يمينه على الغصب الذى ادعاه صاحبه قبله من قبل أن شريكه قد أبرأه من خصه المائة ولم يبرأ من حصته من الفضل عليها فان كانت قائمة بعينها اقتسماها نصفين والا أفسدت القسمة لجهالة العشرة التى لم تتناولها القسمة فالغنم تتفاوت وبجهالة ما لم تتناوله القسمة يصير ما تناولته القسمة مجهولا فالسبيل أن ترد الستون والاربعون وتستقبل القسمة فيما بينهما لفساد القسمة الاولى والله أعلم

باب قسمة الوصى على أهل الوصية والورثة

(قال رحمه الله واذا كان فى الميراث دين على الناس فادخلوه في القسمة لم يجز لما بينا ان من وقع الدين فى نصيبه يكون متملكا علي أصحابه نصيبهم من الدين بعوض وتمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض لا يجوز) وكذلك لو اقتسموا الدين فاخذ كل واحد منهم من حقه فيها دينا على رجل خاصة لم يجز لان كل واحد منهم يملك نصيبه مما فى ذمة زيد من صاحبه لم يتملك عليه من نصيبه مما فى ذمة عمر واذا كان تمليك الدين من غير من عليه الدين لايجوز بعوض عين فلان لايجوز بعوض دين أولى وكذلك ان كان الدين كله على رجل واحد فقسمتهم فيه قبل القبض باطلة لان القسمة حيازة ولا يتحقق ذلك فيما في الذمة ولا تجوز قسمة وصى الاب بين الصغير لان القسمة فى معنى المعاوضة وليس للوصى ولاية بيع مال أحد القسمين من صاحبه لانه لا ينفرد بالتصرف الا عند منفعة ظاهرة لليتيم وفى هذا التصرف أن نفع احدهما أضر بالآخر وان كان معهم ورثة كبار فان قسم نصيب الصغيرين معا جاز ذلك لان المعاوضة فى مال الصغيرين مع الوارث الكبير جائزة فكذلك قسمة نصيب الصغيرين معا مع الوارث الكبير (قال) فى الاصل وكذلك الاب ومراده هذا الفصل لاما قبله فقسمة الاب مع ابنيه الصغيرين جائزة لانه يملك بيع مال أحدهما من صاحبه بخلاف الوصي فيفرده

Marfat.com

بالتصرف ولا يتقيد بشرط منفعة ظاهرة للصبي ولا تجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون لانه لا ولاية له عليهم في المعاوضة والتصرف في مالهم اذا كانوا حضورا فان كان فيهم غائب فقاسم الوصي عليه لم يجز فى العقار وجاز فى غيره لأن القسمة فى العروض من الحفظ وللوصى ولاية الحفظ فى نصيب الكبير الغائب فكان له فى نصيبه من القسمة ما يرجع الى الحفظ فاما العقار فحصته بنفسها وليس في قسمتها معنى الحفظ بل هو مطلق التصرف ولا ولاية له فى نصيب الكبير الغائب فى مطلق التصرف وان كان فيهم صغير وكبير غائب وكبير حاضر فعزل الوصى نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغير وقاسم الكبار الحضور فهو جائز فى العقار وغيرها في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على الكبير الغائب في العقار وهذه تنبنى على ما بيناه فى كتاب الشفعة ان عند أبى حنيفة بثبوت ولايته في نصيب الصغير يملك بيع جميع التركة من العقار وغيره وعندهما لا يملك البيع الا فى نصيب الصغير فكذلك القسمة لان فيها معنى البيع وكذلك الحكم فى وصى الذمى لانه فى ملك التصرف كوصي المسلم فان كان الوصي ذميا والميت ورثته مسلمين فانه يخرج من الوصية لان في الوصية نوع ولاية ولا ولاية للكافر على المسلم وان قاسم علي الصغير قبل أن يخرج جازت قسمته مثل قسمة الوصي المسلم لان القسمة تصرف منه كسائر التصرفات والانابة فى التصرف بعد الموت كالانابة في الحياة بالوكالة ولو وكل المسلم ذميا بالتصرف نفذ تصرفه عليه فكذلك اذا جعله وصيا فى التصرف بعد موته قلنا ينفذ تصرفه بطريق النيابة ما لم يخرج من الوصاية لاعتبار معنى الولاية وكذلك لو كان الوصى عبدا لغير الميت فهو وصي نافذ التصرف بطريق النيابة بمنزلة مالو وكله فى حياته حتى يخرجه القاضي من الولاية فالرقيق ليس من أهل أن تثبت له الولاية علي غيره لانه لا ولاية له علي نفسه وانما يتعدى الى الغير عند وجود شرط التعدى ما كان للمرء من الولاية علي نفسه ولا تجوز قسمة الكافر والمملوك على الولد الصغير الحر المسلم كما لا تجرى عليه سائر تصرفاته لانه لا ولاية له عليه وهو ليس بنائب عن الصغير فى التصرف لينفذ بطريق النيابة ويجعل كتصرف المنوب عنه ولا يجوز قسمة الحربى المستأمن على ابن صغير له ذمى لان الذمى من أهل دارنا ولا ولاية للحربى على من هو من أهل دارنا ويجوز علي ابن له مثله لثبوت ولايته عليه قال الله تعالي والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الاية ولا تجوز قسمة المرتد اذا قتل على ردته على ولد له صغير مثله مرتد

Marfat.com

لانه لاولاية له عليه ولانه لاولاية له على التصرف فى ماله اذا قتل على ردته حتى تبطل قسمته لنفسه وسائر تصرفاته اذا قتل على الردة فى قول أبى حنيفة رحمه الله ففى حق ولده الصغير أولى والمعتوه المغلوب بمنزلة الصغير فى جميع ما وصفنا لانه لاولاية له على نفسه وهو محتاج الى تصرف الولى له كالصغير وأما المبرسم والمغمى عليه والذى يجن ويفيق فلا تجوز عليه القسمة إلا برضاه أو وكالته فى حال افاقته لان بهذه العوارض لا تزول ولايته عن نفسه فلا يصير موليا عليه واذا كان يجوز تنفيذ التصرف له وعليه برأيه فى حال افاقته بطريق التوكيل فلا حاجة الى اقامة رأى الولى مقام رأيه بخلاف الصغير والمعتوه فانه لايمكن تنفيذ التصرف له وعليه باعتبار رأيه فى ذلك فأقمنا رأى الولى مقام رأيه لتحقق الحاجة وأهل الذمة فى القسمة بمنزلة أهل الاسلام الا فى الخمر والخنزير يكون بينهم فأراد بعضهم قسمتها وأبى بعضهم فانى أجبرهم على القسمة كما أجبرهم على قسمة غيرها لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم كالخل والغنم فى حق المسلمين وان اقتسموا فيما بينهم خمرا وفضل بعضهم بعضا فى كيلها لم يجز الفضل فى ذلك فيما بينهم لانه مال الربا فانه مكيل أو موزون وفى حكم الربا هم يستون بالمسلمين فهو مستثنى من عقد الذمة واذا كان وصي الذمى مسلما كرهت له مقاسمة الخمر والخنزير ولكنه يوكل من يثق به من أهل الذمة فيقاسم الصغير ويبيع ذلك بعد القسمة لان المسلم ممنوع من التصرف فى الخمر والخنزير والقسمة نوع تصرف فينبغى أن يفوض ذلك الى ذمى ولا يشكل جواز ذلك على أصل أبى حنيفة رحمه الله لانه يجوز للمسلم أن يوكل الذمى بالتصرف له فى الخمر والخنزير وكذلك على قولهما هنا لان الوكيل نائب عن الصغير وحكم تصرفه يثبت للصغير (ألا ترى) أنه يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الصغير والوصي فيما يأمر من ذلك كالقاضي وأمر القاضى الذمى بالبيع والقسمة فى خمور يتامى هل الذمة صحيح فكذلك أمر الوصى به وان وكل الذمى المسلم بقسمة ميراث فيه خمر وخنزير لم يجز ذلك من المسلم كما لايجوز بيعه وشراؤه فى الخمر والخنزير لانه انما يتصرف للغير بوكالته فى مال يجوز له أن يتصرف فيه لنفسه لو كان مملوكا له وليس للمسلم الوكيل ان يوكل بقسمة ذلك غيره لان الموكل لم يرض برأى غيره فيه فان فوض ذلك اليه فوكل ذميا به جاز واذا أسلم أحد الورثة فوكل ذميا بمقاسمة الخمر والخنزير مع سائر الورثة جاز فى قول أبى حنيفة رحمه الله ولم يجز فى قولهما لان فى القسمة معنى البيع فهو كالمسلم يوكل الذمى ببيع الخمر والخنزير ولو أخذ نصيبه من الخمر فجعله خلا كان المسلم ضامنا

Marfat.com

لحصة شركائه من الخمر التى خللها لان القسمة لم تصح عندهما كما لو باشر بنفسه فانما قبض نصيب شركائه من الخمر بحكم عقد فاسد وقد خللها فيكون ضامنا لنصيبهم من القيمة ويكون الخل له واذا كان فى تركة الذمى خمرا وخنزير وغرماؤه مسلمون وليس له وصي فان القاضي يوكل ببيع ذلك رجلا من أهل الذمة فيبيعه ويقضي به دين الميت لان من يأمره القاضى يكون نائبا عن الميت ولهذا يرجع بما يلحقه من العهدة فى مال الميت والميت كافر فيجوز بيع الذمى خمرة على سبيل النيابة عنه والغرماء انما يقبضون الثمن بدينهم لا أن يكون بيع قيم القاضى واقعا لهم والمكاتب كالحر فى القسمة لانه من صنيع التجار وفيها معنى المعاوضة كالبيع وان عجز بعد القسمة لم يكن لمولاه فسخها لان القسمة تمت فى حال قيام الكتابة فهو كبيع أو شراء أتمه المكاتب ومقاسمته مع مولاه جائزة لانه فى التصرف مع المولى بيعا أو شراء كاجنبي آخر فكذلك المقاسمة ولا تجوز مقاسمة المولى على المكاتب بغير رضاه سواء كان المكاتب حاضراً أو غائبا لانه فى حكم التصرف فى كسبه كاجنبي آخر فان فعل ذلك ثم عجز المكاتب وصار ذلك لمولاه لم تجز تلك القسمة كما لا ينفذ سائر تصرفاته بعجز المكاتب لانه حين تصرف كان هو من كسب المكاتب كالاجنبي وان وكل المكاتب بالقسمة وكيلا ثم عجز أو مات لم يجز لوكيله أن يقاسم بعد ذلك لان الوكيل نائب عن الموكل وقد زالت ولاية الموكل بعجزه وبموته حتى لا ينفذ منه هذا التصرف بعد العجز لو باشره لنفسه فكذلك من وكيله وان أعتق فهو على وكالته لان ولايته بالعتق ازدادت قوة فتصرف الوكيل له بعد عتقه كتصرفه بنفسه وان أوصى المكاتب عند موته الي وصى فقاسم الوصى ورثة المكاتب الكبار لولده الصغير وقد ترك وفاء فان قسمته فى هذا جائزة على ما تجوز عليه قسمة وصى الحر لانه يؤدى كتابته ويحكم بحريته حال حياته وكانه أدى الكتابة بنفسه ثم مات فيكون وصيه فى التصرف على ولده الصغير كوصى الحر وقال فى الزيادات وصيه بمنزلة وصي الحر فى حق الابن الكبير الغائب حتى يجوز قسمته فيما سوي العقار وما ذكر هناك أصح لانه لا يثبت للمكاتب على ولده الصغير ولاية مطلقة وان استندت حريته الى حال حياته لانه فى تلك الحال مشغول بنفسه لا يمكنه أن ينظر الى الولد فلا تثبت له الولاية وانما تثبت الولاية المطلقة للوصى اذا كان للموصى ولاية مطلقة (ألا ترى) أن وصى الاخ والعم لا يثبت له من الولاية الا قدر ما كان للموصى فهنا أيضا كان للموصي على ولده الصغير المولود فى الكتابة من الولاية ما يرجع الى الحفظ ولا ولاية له

Marfat.com

عليه فوق ذلك فكذلك وصيه بعد موته وما زاد على هذا من البيان قد ذكرناه فى املاء شرح الزيادات وان لم يترك وفاء فقاسم الوصى الولد الكبير للولد الصغير وقد سعوا فى المكاتبة لم يجز لانه لا ولاية له على الولد الصغير فانه مكاتب للمولى اذا اختار المضي على الكتابة فان أدوا المكاتبة قبل أن يردوا القسمة أجزت القسمة لانهم لما أدوا الكتابة حكم بعتق المكاتب وكان وصيه كوصى الحر على هذه الرواية حتى يملك استئناف القسمة فكذلك تنفذ تلك القسمة منه لانه لافائدة فى الاشتغال بنقض قسمة يحتاج الى اعادتها والعبد التاجر بمنزلة الحر في القسمة لانه من صنيع التجار وهو نظير البيع فاذا قاسم العبد التاجر عبداً تاجرا مثله وهما لرجل واحد جاز ذلك ان كان عليهما دين أو على أحدهما وان لم يكن على واحد منهما دين فقسمتهما باطلة بمنزلة البيع والشراء وهذا لان كسبهما لمالك واحد والقسمة فى مال هو خالص لمالك واحد لاتتحقق ولان مقاسمة كل واحد منهما مع عبد مولاه كمقاسمته مع مولاه ولو كانا مكاتبين لرجل واحد جازت قسمتهما لان كل واحد من المكاتبين فى كسبه بمنزلة الحر في التصرف ولا ملك للمولى في كسب واحد منهما فان قاسم العبد التاجر مولاه دارا وعليه دين جازت القسمة وان لم يكن عليه دين لم تجز القسمة لان المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فى التصرف وان تصرف العبد لغرمائه وكذلك لو كانت الدار بين العبد ورجل آخر فقاسم مولى العبد الشريك بغير رضاء العبد فان لم يكن على العبد دين فهو جائز وان كان عليه دين قليل أو كثير لم يجز الا أن يسلمه العبد بمنزلة سائر تصرفات المولى فى كسبه وان قاسم العبد التاجر رجلا أجنبيا داراً بغير أمر مولاه وعليه دين أولا دين عليه فهو جائز لانه من نوع التجارة وقد استفاده بمطلق الاذن في التجارة ولا تجوز قسمة العبد المحجور عليه بغير أمر من المولى والحاصل أن القسمة تصرف كالبيع والشراء فانما تصح ممن يملك البيع والشراء فى ذلك المحل ولو كان عبد بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة فاشترى هو ورجل آخر دارا جاز ذلك فى حصة الذى أذن له لان الاذن فك الحجر وقد ثبت ذلك فى نصيب الذى أذن له فينفذ تصرفه باعتباره في حصته كما لو كاتب أحد الشريكين نصيبه من العبد وان قاسم العبد شريكه فهو جائز كما لو باع نصيبه من شريكه أو من غيره جاز ذلك لثبوت حكم انفكاك الحجر فى نصيب الاذن منه ولو كانت دار بينه وبين مولاه الذى لم يأذن له فقاسمها اياه جاز ذلك لان نفوذ تصرفه مع الاجنبي بسبب انفكاك الحجر عنه فى نصيب

Marfat.com

الاذن والمولى الذى لم يأذن له من نصيب الاذن كالاجنبي وهو نظير مالو كاتبه أحدالمولين علي نصيبه باذن شريكه فانه تجوز قسمته وسائر تصرفاته باعتبار هذا الفك مع الاجنبي ومع المولى الآخر فكذلك بعدالاذن من أحدهما له فى التجارة والله أعلم بالصواب

كتاب الاجارات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسي املاء إعلم أن الاجارة عقد على المنفعة بعوض هو مال والعقد علي المنافع شرعا نوعان أحدهما بغير عوض كالعارية والوصية بالخدمة والآخر بعوض وهو الاجارة وجواز هذا العقد عرف بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا أى فى العمل باجر وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك وما ثبت شريعة لمن قبلنا فهو لازم لنا مالم يقم الدليل على انفساخه وقال صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فاقرهم علي ذلك وبين أحكامه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن القياس يأبى جواز هذا العقد لانه يرد على المعدوم وهى المنفعة التي توجد في مدة الاجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشئ فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه ولانه ملك المعقود عليه بعد الوجود لابد منه لانعقاد العقد والمعدوم لايوصف بأنه مملوك ولا يمكن جعل العقد مضافا لان المعاوضات لاتحتمل الاضافة كالبيع والنكاح (قال) رضى الله عنه وهذا عندى ليس بقوي واشتراط الوجود والملك فيما يضاف اليه العقد لعينه بل للقدرة على التسليم وذلك لايتحقق فى المانع فان الوجود يعجزه عن التسليم بحكم العقد هنا لان المنافع أعراض لاتبقى وقتين والتسليم حكم العقد والحكم يعقب السبب فلا يتصور بقاء الموجود من المنفعة عند العقد الى وقت التسليم فاذا كان بالوجود يتحقق العجز عن التسليم عند وجوب التسليم فلا معنى لاشتراط الوجود عند العقد ولكن تقام العين المنتفع بها موجودة فى ملك العقد مقام المنفعة فى حكم جواز العقد ولزومه كما تقام المرأة مقام ماهو المقصود بالنكاح فى حكم العقد والتسليم وتقام الذمة التي هى محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه فى حكم جواز السلم أو

Marfat.com

يجعل العقد مضافا الانعقاد الي وقت وجود المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه وهو معنى قول مشايخنا رحمهم الله أن الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة وانما يفعل كذلك لحاجة الناس فالفقير محتاج الى مال الغنى والغنى محتاج الي عمل الفقير وحاجة الناس أصل فى شرع العقود فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة ويكون موافقا لاصول الشرع ثم يرد هـذا العقد تارة على المنفعة وعلى العمل أخرى وفي الوجهين لابد من اعلام ما يرد عليه العقد على وجه تنقطع به المنازعة فاعلام المنفعة ببيان المدة أو المسافة وذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه لا للتوقيت فى العقد فان المنافع لما كانت تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة بمنزلة الكيل والوزن فى المقدرات أو ببيان المسافة فان مقدار السير والمشى يصير به معلوما واعلام العمل ببيان محله والمعقود عليه فيه وصف يحدثه فى المحل من قصارة أو دباغة أو خياطة فيختلف مقداره باختلاف المحل ولهذا لا يتعين عليه اقامة العمل بيده الا أن يشترط عليه ذلك فحينئذ يجب الوفاء بالشرط لانه مفيد فبين الناس تفاوت فى إقامة العمل بايديهم وكما يجب اعلام مايرد عليه العقد يجب اعلام البدل لقطع المنازعة وقد دل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن أبى هريرة وأبى سعيد رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته وقال لا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا حديث طويل بدأ ببعضه كتاب النكاح وببعضه كتاب الاجارات وهو مشهور تلقته العلماء رحمهم الله بالقبول وبالعمل به وفيه دليل على أنه لا يحل الاستيام على سوم الغير وهذا اللفظ يروى بروايتين بكسر الميم فيكون نهيا والنهى مجزوم ولكن المجزوم اذا حرك لاستقبال الألف واللام حرك بالكسر ويرفع الميم وهو نهى بصيغة الخبر وأبلغ ما يكون من النهى هذا كالامر فان أبلغ الامر ما يكون بصيغة الخبر قال سفيان بن عيينة رحمه الله بظاهر الحديث اذا استام على سوم الغير واشترى أو نكح على خطبة الغير فالعقد باطل لان النهي يوجب فساد المنهى عنه ولكنا نقول هذا نهى لمعنى فى غير المنهى عنه غير متصل به وهو الاذى والوحشة الذى يلحق صاحبه وذلك ليس من العقد فى شيء فيوجب الاستياء ولا يفسد العقد كالنهى عن الصلاة فى الارض المغصوبة ثم هذا النهى بعد ماركن احدهما الى صاحبه فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن أحدهما الى صاحبه فلا بأس للغير أن يساومه ويشتريه

Marfat.com

على ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد فساومه ولم يشتره فاشتراه آخر فأعتقه الحديث وهذا لان بيع المزايدة لا بأس به على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم باع قعبا وحلسا ببيع من يزيد وصفة بيع المزايدة ان ينادى الرجل علي سلعته بنفسه أو بنائبه ويزيد الناس بعضهم على بعض فمالم يكف عن النداء فلا بأس للغير أن يزيد واذا ساومه انسان بشئ فكف عن النداء ورضي بذلك فحينئذ يكره للغير أن يزيد ويكون هذا استياما على سوم الغير وكذلك اذا خطب امرأة ولم تركن اليه فلا بأس للغير أن يخطبها على ماروي أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان معاوية يخطبني وان أبا الجهم يخطبني فقال صلى الله عليه وسلم أما معاوية فرجل صعلوك لامال له وأما أبو الجهم فهو لا يرفع العصا عن أهله أنكحي أسامة بن زيد فانك تجدين فيه خيرا كثيرا فاما بعد ماركن أحدهما الى صاحبه لا يحل لاحد أن يخطبها لان معنى الاذى انما يتحقق فى هذه الحال والمراد بالنجش الاثارة ومنه سمى الصياد ناجشا لانه ينفر الصيد عن أوكارها فالمراد أن يطلب السلعة بثمن يعلم أنها لاتساوى ذلك ولا يقصد شراؤها وانما يقصد أن يرغب الغير فى شرائها به وهذا من باب الخداع والغرور وقوله ولا تبيعوا بالقاء الحجر وفى بعض الروايات ولا تنابذوا وهو عبارة عن هذا المعنى أيضاً فالنبذ هو الطرح وهذه أنواع بيوع كانوا تعارفوها فى الجاهلية وهى أن يرمى الحجر الى سلعة انسان فان أصابها وجب البيع بينهما أو يطلب سلعة من انسان فان طرح اليه صاحبها وجب البيع بينهما ثم نهى الشرع عن ذلك لما فيه من الغرر كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ومقصوده آخر الحديث ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا دليل جواز الاجارة وجواز استئجار الحر للعمل ووجوب اعلام الاجر وانه لا يجب تسليم الاجر بنفس العقد لانه أمر بالاعلام ولو كان التسليم يجب بنفس العقد لكان الاولى أن يقول فليؤته أجره وفى قوله صلى الله عليه وسلم أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه دليل على ذلك أيضا فانه أمر بالمسارعة الى أداء الاجرة وجعل أول أوقات المسارعة مابعد الفراغ من العمل قبل جفوف العرق فدل أن أول وقت الوجوب هذا وعن أبى امامة قال قلت لعبد الله ابن عمر رضي الله عنهما انى أكرى ابلى الى مكة أفتجزينى من حجتى فقال ألست تلبي وتقف وترمى الجمار قلت بلى قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتنى عنه فلم يجبه حتى أنزل الله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال صلى الله عليه وسلم أنتم حاج

Marfat.com

وفى هذا دليل جواز الاجارة وجواز كراء الابل الى مكة شرفها الله من غير بيان المدة لان ذكر المسافة فى الاعلام كبيان المدة ثم أشكل على السائل حال حجه لان خروجه كان لتعاهد ابله واكتساب الكراء لنفسه وهو موضع الاشكال فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل من أشراط الساعة اكتساب الدنيا بعمل الآخرة فازال ابن عمر رضي الله عنهما اشكاله بماذكر له من مباشرة أعمال الحج وهذا بيان له أن بالذهاب لايتأذى الحج وانما يتأذى بالاحرام والوقوف والطواف والرمى وهو بهذه الاعمال لايبتغى عرض الدنيا وهذا جواب تام لواقتصر عليه ولكنه أحب أن يزيده وضوحا فروى الحديث لان الاول دليل يستدرك بالتأمل وقد شبه ذلك بالسراج والخبر دليل واضح وهو مشبه بالشمس وكم من عين لا تبصر بضوء السراج وتبصر اذا بزغ الضياء الوهاج ثم فيه دليل أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينتظر زول الوحى في بعض مايسأل عنه فانه آخر جواب هذا السائل حتى نزلت الآية ثم بين له أنه لا نقصان فى الحج وأهل الحديث يروون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التجارة فى طريق الحج ولما كان اكراء الابل فى معناه روى ابن عمر رضي الله عنهما الحديث فيه وعلى هذا قلنا الرستاقى اذا دخل المصر يوم الجمعة لشراء الدهن واللحم وشهد الجمعة فهو في الثواب والذي لاشغل له سوى اقامة الجمعة سواء لان مقصود المسلم اقامة العبادة فيما سوى ذلك يكون تبعا له ولايتمكن نقصان فى ثواب العبادة وان سعيد بن جبير رضي الله عنه قال أتى رجل الى ابن عباس رضى الله عنهما فقال اني أجرت نفسى من قوم وحططت لهم من أجرى أفيجزينى من حجتى فقال ابن عباس رضى الله عنهما هذا من الدين قال الله تعالى ليس عليكم جناح الآية وانما أشكل علي هذا السائل ماأشكل علي الاول وكانه بلغه الحديث الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى استؤجر بدينارين للخروج مع المجاهد وانما لك دينارك فى الدنيا والاخرة فظن مثله في الحج وحط بعض الاجر به ليرتفع به نقصان حجه فان الحط احسان وانتداب الى ماندب في الشرع ومثله مشروع جبرا لنقصان الفرائض كالنوافل فازال ابن عباس رضي الله عنهما اشكاله وبين أنه لانقصان فى حجه ولم يأمره بالكف عن حط الاجر وان كان حجه بدونه تماما لان المنع من البر والاحسان لايحسن وهو على ماأفتى به ابن عباس رضى الله عنهما بخلاف حال من استؤجر للخروج مع المجاهد فانه خرج ليخدم غيره لا ليباشر الجهاد وهذا خرج ليباشر أعمال الحج ويخدم فى الطريق غيره فكان هذا تبعا لايتمكن به نقصان

Marfat.com

فى الاصل وعن رافع بن خديج رضى الله عنه قال مر رسول الله صلى الله عليه وسلم علي حائط فاعجبه فقال لمن هـذا الحائط فقلت لى استأجرته فقال صلى الله عليه وسلم لاتستأجره بشئ منه وفيه دليـل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعجبه من الدنيا مايعجب غيره ولكنه كان لايركن اليه كما قال الله تعالى ولا تمدنّ عينيك الى متعنا به الآية وهذا القدر من الاعجاب لايضر أحدا بخلاف مايقوله جهال المتعسفة أن من أعجبه شئ من الدنيا ينتقص من الايمان بقدره فكيف يستقيم هذا وقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم حبب الى من دنياكم ثلاث النساء والطيب وجعلت قرة عينى فى الصلاة فلما أعجبه قال صلي الله عليه وسلم لمن هذا وفيه بيان أن هذا ليس من جملة مالا يعنى المرء فرسول الله صلي الله عليه وسلم ماكان يتكلم بمالا يعنيه ولكنه من باب الاستئناس وحسن الصحبة وفى قول رافع رضي الله عنه لى استأجرته دليل علي ان الشيء يضاف الى المرء وان كان لا يملكه حقيقة فان رسول الله صـلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ولهذا قلنا من حلف أن لايدخل دار فلان فدخل داراً يسكنها فلان باجارة أوعارية حنث وفى الحديث دليل جواز الاستئجار للاراضي ودليل فساد عقد المزارعة ففى المزارعة استئجار الارض ببعض مايخرجه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم رافع بن خديج رضي الله عنه عن استئجار الارض بشئ منه فهو حجة أبى حنيفة رضى الله عنه على من أجازه وعن الشعبي رحمه الله فى رجل استأجر بيتا وأجره باكثر مما استأجره به أنه لا بأس بذلك اذا كان يفتح بابه ويغلقه ويخرج متاعه فلا بأس بالفضل وفيه دليل أن للمستأجر أن يؤجر من غيره وبه يقول فجواز هذا العقد من المالك قبـل وجود المنفعة كان بالطريق الذى قلنا وهو موجود فى حق المستأجر ولان المالك ما كان يتمكن من مباشرة العقد عليها بعد الوجود لانها لاتبقى فكذلك المستأجر ثم بين أنه انما يجوز له أن يستفضل اذا كان يعمل فيه عملا نحو فتح الباب واخراج المتاع فيكون الفضل له بازاء عمله وهذا فضل اختلف فيه السلف رحمهم الله كان عطاء رحمه الله لايرى بالفضل بأسا ويعجب من قول أهل الكوفة رحمهم الله حيث كرهوا الفضل وبقوله أخذ الشافعى رضى الله عنه وكان ابراهيم رحمه الله يكره الفضل الا أن يزيد فيه شيئا فان زاد فيه شيئا طاب له الفضل وأخذنا بقول ابراهيم رحمه الله وقلنا اذا أصلح فى البيت شيئا أوطين البيت أوجصص أوزاد فيه لوحا فالفضل حـلال لان الزيادة بمقابلة ما زاد من عنده حملا لامره على الصلاح وان لم يزد فيه شيئا لايطيب له الفضل لنهى النبي صلى

Marfat.com

الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن والمنفعة بالعقد لم تدخل فى ضمان المستأجر فيكون هذا استرباحا علي مالم يضمنه فعليه أن يتصدق به للنهى عن وكيس البيت ليس بزيادة فيه انما هو اخراج التراب منه فلا يطيب الفضل باعتباره وكذلك فتح الباب واخراج المتاع ليس بزيادة فى البيت فلا يطيب الفضل باعتباره الا أن يكون شرط له من ذلك شيئا معلوما في العقد فحينئذ يكون الفضل بمقابلته ويطيب له وهو تأويل حديث الشعبي رضى الله عنه وعن ابراهيم رحمه الله انه كان يعجبهم اذا أبضعوا بضاعة أن يعطوا صاحبها أجرا كى يضمنها وهذا منه اشارة إلا انه قول من كان قبله من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم فيكون دليلا لمن يضحى الاجير المشترك لان المستبضع اذا أخذ أجرا فهو أجير على الحفظ وهو أجير مشترك ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ليس فيه بيان السبب الذى به يضمنها فيحتمل أن يكون المراد كى يضمن مايتلف بعمله مما يكون قصد به الاصلاح دون الافساد وبه نقول فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده وعن شريح رحمه الله أنه خاصم اليه بقال قد أجره رجل بيتا فالقي فيه مفتاحه فى وسط الشهر فقال شريح رحمه الله هو برئ من البيت وكان هذا مذهب شريح فى الاجارة أنه لا يتعلق بها اللزوم فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه لانه عقد علي المعدوم بمنزلة العارية ولان الجواز للحاجة ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم ولسنا نأخذ في هذا بقوله فالاجارة عقد معاوضة واللزوم أصل فى المعاوضات ولان فى المعاوضات يجب النظر من الجانبين ولا يعتدل النظر بدون صفة اللزوم ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بحديث شريح رضى الله عنه من وجه فقال ان ألقى اليه المفتاح بعذر له فهو برئ من البيت والعذر ان يريد سفرا أو يمرض فيقوم أو يفلس فيقوم من السوق وما أشبه ذلك وهذا لان شريحا رحمه الله أفتى بضعف هذا العقد ولكن جعله فى الضعف نهاية حيث قال ينفرد بالفسخ سواء كان له عذر أولم يكن ومن يقول لا ينفرد بالفسخ مع وجود العذر فقد جعله نهاية فى القوة وفى الجانبين معنى الضرر فانما يعتدل النظر ويندفع الضرر بما قلنا لان عند الفسخ تعذر بقصد دفع الضرر عن نفسه وعند الفسخ بغير عذر يقصد الاضرار بالغير ولان العقد معاوضة وهو دليل قوته وعدم مايضاف اليه العقد عند العقد دليل ضعفه وما يجاذبه دليلان يوفر حظه عليهما فدليل القوة قلنا لا ينفسخ بغير عذر ولدليل الضعف قلنا ينفسخ بالعذر لان صفة المعاوضة لا تمنع الفسخ عند الحاجة الى دفع الضرر كالمشترى يرد المبيع بالعيب وظاهر مايقوله في الكتاب أنه ينفسخ العقد عند العذر بفعل المشترى ولكن

Marfat.com

الاصح ماذكره في الزيادات أن القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما اذا أثبت العذر عندهما في الرد بالعيب وجه هذه الرواية أن المستأجر غير قابض للمنفعة حتى لم يدخل في ضمانه فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء وجه تلك الرواية أن عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه في حكم انعقاد العقد فكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم الا بالقضاء وعن ابراهيم رحمه الله انه كان لا يضمن الاجير المشترك ولا غيره وفسر الاجير المشترك في الكتاب بالقصار والخياط والاسكاف وكل من يقبل الاعمال من غير واحد وأجير الواحد أن يستأجر الرجل الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة وما أشبه ذلك مما لا يستطيع الاجير أن يؤجر فيه نفسه من غيره والحاصل ان أجير الواحد من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فان صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره والاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه بعمل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه به قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين فبعد ما باعه من انسان لا يملك بيعه من غيره ولهذا سمي هذا مشتركا والاول أجير الوحدة ثم أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول ابراهيم رضي الله عنه اذا تلفت العين بغير صنعه فلا ضمان عليه سواء كان أجير واحد أو مشترك تلف بما يمكن الاحتراز عنه أو بما لا يمكن وأخذ به أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في أجير الواحد أيضا وفي الاجير المشترك أخذ بقول شريح رحمه الله على ماروى عنه بعد هذا انه كان يضمن الاجير المشترك والاختلاف فيه بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ماضاع على يده وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ ونحوهما ولأجل الاختلاف اختار المتأخرون رحمهم الله الفتوى بالصلح على النصف وسنقرر هذه المسائل بطريق المعنى في مواضعها ان شاء الله تعالى وذكر عن شريح رحمه الله انه كان يضمن الملاح كل شيء الا الغرق والحرق والملاح أجير مشترك وقد بينا أن من مذهب شريح رحمه الله أن الاجير المشترك ضامن

Marfat.com

الا مالا يمكن التحرز عنه والذى لا يمكن التحرز عنه هو الحرق الغالب أو الغرق الغالب وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول ان غرقت من مده أو معالجته فهو ضامن لان التلف بفعله والاجير المشترك ضامن لما جنت يده وان احترقت من نار أدخلها السفينة لحاجة له من خبز أو طبخ أو غيره فلا ضمان عليه لان السفينة كالبيت فلا يكون هو معتديا فى ادخال النار السفينة لحاجته واذا كان التلف غير مضاف اليه تسببا ولا مباشرة لم يكن ضامنا وكان ابن أبى ليلى رحمه الله يضمن الاجير المشترك ولكنه كان يقول لا ضمان على الملاح فى الماء خاصة وان غرقت السفينة من مده لان الغرق غالب لا يمكن الاحتراز عنه فهو كالحرق الغالب والغارة الغالبة ولكنا نقول الاحتراز ممكن بمنع السفينة عند المد والمعالجة من موضع الغرق فاذا حصل التلف بعمله كان ضامنا وعن شريح رحمه الله أنه أتاه رجل بصباغ فقال انى أعطيت هذا ثوبى ليصبغه فاحترق بيته فقال له شريح رحمه الله اضمن له ثوبه فقال الصباغ كيف أضمن له ثوبه وقد احترق بيتى فقال له شريح أرأيت لو احترق بيته أكنت تدع له أجرك وكان هذا الحرق لم يكن غالبا وكان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه فكانه عرف امكان التحرز عنه باخراج الثوب من البيت أو بامكان اطفاء النار ولكنه تهاون فلم يفعل فلهذا قال له إضمن له ثوبه ثم احتج عليه الصباغ وقال كيف أضمن له وقد احترق بيتى وكانه ادعى بهذا أن الحرق كان غالبا ولم يصدقه شريح رحمه الله لعلمه بخلاف قوله ثم قال أرأيت لو احترق بيته كنت تدع له أجرك ومعنى استدلاله هذا ان الحفظ مستحق له عليك والاجر لك عليه فكما لا يسقط ماهو مستحق لك باحتراق بيته فكذلك لا يسقط ماهو مستحق له باحتراق بيتك ولو كان هذا الصباغ فقيها لبين الفرق ويقول له أيها القاضى قياسك فاسد فالاجر لى فى ذمته وباحتراق بيته لا يفوت محل حق وحقه فى عين الثوب وباحتراق بيتى يفوت محل حقه ولكن لم يحضره هذا الفرق أو احتشمه فلم يعارضه والتزم حكمه وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله ان احترق بيته بعمل هو متعدى فيه فهو ضامن وان كان بغير عمله فلا ضمان عليه ولا ضمان على أجير الواحد الا اذا خالف ما أمر به وذكر عن أبى جعفر أن عليا رضي الله عنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع احتياطا للناس أن لا يضيعوا متاعهم وعن أبى جعفر أيضا ان عليا رضى الله عنه لم يكن يضمن القصار فى الرواية والصباغ والصائغ ونحو ذلك وعن بكير بن الاشج

Marfat.com

قال كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يضمن الصباغ ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم وقد بينا اختلافهم فيما اذا حصل التلف بغير صنع الاجير وفى هذا دليل على اجتماعهما على تضمين الاجير المشترك لما جنت يده لان قوله ما أفسدوا من متاع الناس عبارة عن التلف بعلمهم فهو دليل على زفر والشافعى رحمهما الله لنا فانهما يقولان لا يضمن ماجنت يده وسيأتيك بيان المسئلة فى موضعه ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم ابن أبى الهيثم رحمه الله اتبعت كاذيا من السفن فحملت خوابى منها حمالا فانكسرت الخابية فخاصمته الى شريح رحمه الله فقال الحمال زاحمنى الناس فى السوق فانكسرت قال شريح رحمه الله انما استأجرك لتبلغها أهله فضمنه اياها والكاذى دهن تحمل من الهند فى السفن الي العراق وقيل هو اسم لما يتخذه راكب السفينة من الاوانى كالامتعة لحاجته فيسع ذلك اذا خرج من السفينة وقد بينا أنه كان من مذهب شريح رحمه الله تضمين الاجير المشترك بما يمكن التحرز عنه من الاسباب والحمال أجير مشترك وكثرة الزحام مما يمكن التحرز عنه بأن يصبر حتى يقل الزحام فلهذا ضمنه وعلى قول أبى حنيفه رحمه الله لا ضمان على الحمال فيما تلف فى يده بفعل غيره وهو ضامن اذا تعثر أو زلقت رجله لان ذلك من فعله والقول قوله بعد أن يحلف لانه أمين عنده فاذا أنكر السبب الموجب للضمان عليه كان القول قوله مع يمينه وعن ابن سيرين رحمه الله قال كان شريح رحمه الله اذا أتاه حائك بثوب قد أفسده قال رد عليه مثل غزله وخذ الثوب وان لم ير فسادا قال على بشاهدى عدل على شرط لم يوفك به وفيه دليل على أن الاجير المشترك اذا افسد كان ضامنا لصاحب المال مثل ماله فيما هو من ذوات الامثال والغزل من ذوات الامثال وان أداء الضمان يوجب الملك له فى المضمون وبآخر الحديث أخذ ابن أبى ليلى رحمه الله فيقول اذا اختلفا في الشرط القول قول الحائك وعلي رب الثوب البينة أنه خالف شرطه وعندنا القول قول رب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته فالقول قوله فى صفته وعن عامر رحمه الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل باع حرا وأكل ثمنه واسترق الحر ورجل استأجر أجيرا واستوفي عمله ومنعه أجره ورجل أعطابى ثم غدر واللفظ الذى ذكر فى هذا الحديث أبلغ مايكون من الوعيد فرسول الله صلي الله عليه وسلم شفيع لامته وكل مؤمن يرجو النجاة بشفاعته فاذا صار الشفيع خصما يستد الامر وهو معنى قوله ومن كنت خصمه خصمته

Marfat.com

أى ألزمته وحججته فاما قوله رجل باع حراً وأكل ثمنه فالمراد صورة البيع لا حقيقته فالحر ليس بمحل لحقيقة البيع وبيع الحر يرتكب الكبيرة ولكن باستعمال صورة البيع فسمى فعله بيعا وما يقبض بمقابلته ثمنا مجازاً ومن يفعل ذلك بحر فقد استذله والمؤمن عزيز عند الله ورسوله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خصم لمن يستذله وانما يتمكن من ذلك بقوته وضعف ذلك الحر ورسول الله صلى الله عليه وسلم خصم عن كل ضعيف وهو يظلمه باسترقاقه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يذب عن كل مظلوم حتى ينتصف من ظالمه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ورجلا استأجر أجيرا فاستوفى عمله ومنعه أجره لانه استذله بالعمل واستزبنه بمنع الاجر وظلمه فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يذب عنه وفيه دليل جواز استئجار الاجير وان الأجر لا يملك بنفس العقد لانه ألحق الوعيد به بمنع الاجر بعد العمل فلو كان الاجر يجب تسليمه بنفس العقد لما شرط استيفاء العمل لذكر الوعيد على منع الاجر وقوله صلى الله عليه وسلم ورجل أعطانى ثم غدر أى أعطى كافرا أمان الله وأمان رسوله ثم غدر وهو معنى ماروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول في وصيته لامراء السرايا وان أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم وهذا يرجع الى ما بينا من المعنى فالمستأمن يكون مستذلا فى ديارنا فاذا عذره واستحقره بعد اعطاء الامان بالله ورسوله فقد ظلمه وعن أبى نعيم رحمه الله عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان والمراد بعسب التيس أخذ المال على الضراب وهو انزاء الفحول على الاناث وذلك حرام فانه يأخذ المال بمقابلة الماء وهو مهين لا قيمة له والعقد عليه باطل لانه يلتزم مالا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك ليس فى وسعه وهو ينبنى على نشاط الفحل أيضا وكذلك قفيز الطحان وهو أن يستأجر طحانا ليطحن له حنطة معلومة بقفيز منها أو من دقيقها وذلك حرام لان العقد فاسد فانه لو صح كان شريكا باول جزء من العمل والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر ثم الأجر اما أن يلتزمه فى الذمة أو فى عين موجود وهو ما التزمه فى الذمة ودقيق تلك الحنطة غير موجود وقت العقد فاما كسب الحجام فاصحاب الظواهر يأخذون بظاهر هذا الحديث ويقولون كسب الحجام حرام لانه يأخذه بمقابلة ما استخرج من الدم أو ما يشرط فهو مجهول فيكون محرما وقد دل عليه حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول

Marfat.com

الله صلى الله عليه وسلم قال من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام والمراد بمهر البغى ماتأخذالزانية شرطا على الزنا فقد كانوا يؤاجرون الاماء لذلك وفيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء الآية لما قرن بين ذلك وكسب الحجام عرفنا أن كسب الحجام حرام ولكنا نقول هذا النهى فى كسب الحجام قد انتسخ بدليل ماذكره فى آخر حديث أبى هريرة رضي الله عنه قال فأتاه رجل من الانصار وقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال نعم وأتاه آخر فقال ان لى عيالا وحجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم فالرخصة بعد النهى دليل انتساخ الحرمة ودل عليه أيضا حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان حراما لم يعطه لانه كما لا يحل أكل الحرام لا يحل إيكاله قال صلي الله عليه وسلم لعن الله آكل الربا وموكله وقال صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشى والمرتشى ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا النهى في كسب الحجامة ما كان على سبيل التحريم بل على سبيل الاشفاق فان ذلك يدنى المرء به ويخسسه وقال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها ونحن نقول به فالاولى للمؤمن أن يكتسب بما لا يدينه وقد دل عليه حديث عثمان رضي الله عنه حين سأل بعض مواليه عن كسبه فذكر أنه حجام فقال ان كسبك لوسخ وذكر عن عطاء ومجاهد وطاوس رحمهم الله قال لا ضمان علي الاجير الراعى وان اشترطوا ذلك عليه وبه يقول ان كان أجير واحد فهو أمين كالمودع واشتراط الضمان على الامين باطل وان كان الراعى مشتركا فلا ضمان عليه فيما تلف بغير فعله عند أبى حنيفة رحمة الله عليه شرط ذلك عليه أولم يشترط وهو ضامن لما تلف من فعله شرط ذلك أو لم يشترط وعندهما ماتلف بما لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه فيه شرط أو لم يشترط فاشتراط الضمان عليه باطل على اختلاف الاصلين والله أعلم بالصواب

﴿ باكل الرجل يستصنع الشئ ﴾

(قال رحمه الله اعلم بان البيوع أنواع أربعة بيع عين بثمن وبيع دين فى الذمة بثمن وهو السلم وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذى يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع

Marfat.com

فالمستصنع فيه مبيع عين) ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والعمل مشروط فيه وهذا لان هذا النوع من العمل اختص باسم فلا بد من اختصاصه بمعنى يقتضيه ذلك الاسم و لاستصناع استفعال من الصنع فعرفنا أن العمل مشروط فيه ثم أحكام ما للناس فيه تعامل من الاستصناع قد بيناه فى شرح البيوع فبذلك بدأ الباب هنا وبين الفرق بينه وبين ما اذا أسلم حديدا الى حداد ليصنعه اناء مسمى باجر مسمى فانه جائز ولا خيار له فيه اذا كان مثل ما سمى لان ثبوت الخيار للفسخ حتى يعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا فان بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه لفسخ العقد فيه فاما في الاستصناع المعقود عليه العين، فسخ العقد فيه ممكن فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه ولان الحداد هنا يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيما يكون محله الذمة كالمسلم فيه فأما فى الاستصناع المقصود هو العين والعقد يرد عليه حتى لو صار دينا بذكر الاجل عند أبي حنيفة رحمه الله لم يثبت فيه خيار الرؤية بعد ذلك وان أفسده الحداد فله أن يضمنه حديدا مثل حديده ويصير الاناء للعامل وان شاء رضى به وأعطاه الاجر لان العامل مخالف له من وجه حيث أفسد عمله وموافق من وجه وهو اقامة أصل العمل وان شاء مال الي جهة الخلاف وجعله كالغاصب ومن غصب حديدا وضربه اناء فهو ضامن حديدا مثله والاناء له بالضمان وان شاء مال الى جهة الوفاق ورضى به متغير الصفة فأخذ الاناء وأعطاه الاجر كالمشترى اذا وجد بالبيع عيبا الا أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لانه انما التزم جميع المسمى بمقابلة عمل صالح ولم يأت به ولكن قدر ما أقام من العمل سلم له بحكم العقد فعليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان المنفعة انما تتقوم بالعقد والتسمية ولم يوجد ذلك فيما زاد علي المسمى ولانه لما رضى بالمسمى بمقابلة عمل صالح يكون أرضى به بمقابلة عمل فاسد وهذا بخلاف المشترى فانه لو رضى بالعيب يلزمه جميع الثمن لان الثمن بمقابلة العين دون الاوصاف والفائت بالعيب وصف وهنا البدل بمقابلة العمل المشروط وبالافساد ينعدم ذلك العمل فلهذا لا يلزمه جميع المسمى وان رضى به وكذلك كل ما يسلمه الى عامل ليصنع له شيئا مسمى كالجلد يسلمه الي الاسكاف ليصنعه خفين والغزل يسلمه الى حائك لينسجه فلو استصنع عند حائك ثوبا موصوف الطول والعرض والرفعة والجنس ينسجه من غزل الحائك كان هذا فى القياس مثل الخف وغيره يريد به قياس الاستحسان فى مسئلة الخف ولكن هذا لا يعمل به الناس وانما جوزنا الاستصناع فيما فيه

Marfat.com

تعامل ففيما لا تعامل نأخذ بأصل القياس ونقول انه لا يجوز ولو ضرب لهذا الثوب أجلا وتعجل الثمن كان جائزا وكان سلما لا خيار له فيه وان فارقه قبل أن يعجل الثمن فهو فاسد قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما لما كان الاستصناع الجائز بذكر الاجل فيه لا يصير سلما فالاستصناع الفاسد بذكر الاجل كيف يكون سلما صحيحا فان الاجل لتأخير المطالبة ولا مطالبة عند فساد العقد فذكر الاجل فيه يكون لغوا والأصح أنه قولهم جميعا والعذر لهما أن تحصيل مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب ففيما للناس فيه تعامل أمكن تحصيل مقصودهما على الوجه الذى صرحا به وفيما لا تعامل فيه ذلك غير ممكن فيصار الى تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن وهو أن يجعل ذلك سلما * توضيحه أن فيما فيه التعامل المستصنع فيه مبيع شرط فيه العمل فذكر المدة لاقامة العمل فيها فلا يخرج به من أن يكون مبيعا عينا فاما فيما لا تعامل فيه فليس هنا مبيع عين ليكون ذكر المدة لاقامة العمل فى العين بل ذكر العمل لبيان الوصف فيما يلتزمه دينا وذكر المدة لتأخير المطالبة وهذا هو معنى السلم فيجعله سلما لذلك ولو أسلم غزلا الى حائك لينسجه له سبعا في أربع فحاكه أكثر من ذلك أو أصغر فهو بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم له الثوب وان شاء أخذ ثوبه وأعطاه الاجر الا فى النقصان فانه يعطيه الأجر بحساب ذلك ولا يجاوز به ماسمى له أما ثبوت الخيار له فلتغيير شرط العقد لانه ان حاكه أكثر مما سمى فهو أرق مما سمى وان حاكه أصغر مما سمى فهو أصفق مما سمى هذا اذا كان قدر له الغزل وان لم يكن قدره له فاذا حاكه أكثر مما سمى فقد زاد فيما استعمله من غزله على ماسمى وان كان أصغر من ذلك فقد نقص عن ذلك فلتغير شرط العقد ثبت له الخيار ان شاء مال الى جهة الخلاف وجعله كالغاصب فضمنه غزلا مثل غزله والثوب للحائك ولا أجر له عند ذلك بمنزلة من غصب غزلا ونسجه وان شاء رضي بعمله لكونه موافقا له في أصله وان خالف في صفته وأعطاه الاجر الا في النقصان فاما اذا أراد فقد أتى بالعمل المشروط وزيادة فيعطيه الاجر المسمى وفى الزيادة لم يوجد مايقومه وهو التسمية فلا يطالبه بشئ من ذلك وأما فى النقصان قال يعطيه من الاجر بحساب ذلك ومعنى هذا الكلام أنه ينظر الى تكسير ماشرط عليه وتكسير ماجاء به فالمشروط عليه سبع فى أربعة فذلك ثمانية وعشرون ذراعا والذى جاء به سبع فى ثلاثة فذلك أحد وعشرون ذراعا فعرفت أنه أقام ثلاثة أرباع العمل المشروط فعليه ثلاثة أرباع الاجر وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله يعطيه ثلاثة

Marfat.com

أرباع المسمى لان جميع المسمى بمقابلة ثمانية وعشرين ذراعا فاحدي وعشرون يقابله ثلاثة أرباع المسمى كما لو استأجره ليضرب له ثمانية وعشرين لبنة بأجر مسمى فضرب احدى وعشرين فانه يستوجب ثلاثة أرباع المسمى قال رضى الله عنه والأصح عندى أنه يعطيه أجر مثله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لان مالية الثوب تتفاوت بالطول والعرض وربما تنقص زيادة الطول فى المالية وزيادة العرض تزيد فيه كما فى الملاءة وربما تزيد فى ماليته زيادة الطول دون العرض كما فى العمامة فلا يمكن توزيع المسمى على الذرعان بهذه الصفة بخلاف اللبن فالبعض هناك غير متصل بالبعض فى معنى المالية واذا تقرر هذا عرفنا أن التوزيع هنا على الذرعان غير ممكن فيعطيه أجر مثل عمله ولكن لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى لانه لو جاء بالثوب مثل ما سمى كان حصته ثلاثة أرباعه من الاجر ثلاثة أرباع المسمى فاذا تم رضاه بذلك القدر عند الموافقة يكون أرضى به عند الخلاف فلهذا أوجبنا عليه أجر مثل عمله لا يجاوز به ثلاثة أرباع المسمى وكانه أشار الى هذا بقوله ولا تجاوز به الا ما سمى له بمقابلة ما جاء به وكذلك لو شرط عليه صفيقا فحاكه رقيقا لو شرط عليه رقيقا فحاكه صفيقا كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لانه انما ضمن جميع الاجر بمقابلة الوصف الذى شرط عليه ولم يأت به فان مالية الثوب تختلف بالرقة والصفاقة وربما يختار الصفيق في بعض الاوقات والرقيق في بعض الاوقات فلهذا وجب المصير الى أجر المثل ولا تجاوز به ما سمى لانعدام المتقوم فيما زاد عليه ولوجود الرضا من الحائك بالمسمى من الاجر ولو أمره أن يزيد فى الغزل رطلا من غزله وقال قد زدته وقال رب الغزل لم تزده فالقول قول رب الغزل مع يمينه أما جواز هذا العقد فلانه استقرض منه ما أمره أن يزيد فيه من الغزل ويصير المستقرض قابضا باتصاله بملكه فالحائك يقيم العمل فى غزل رب الثوب بخلاف ما اذا كان جميع الغزل من الحائك فان المستصنع هناك لا يمكن أن يجعل مستقرضا للغزل قابضا فيكون الحائك عاملا فى غزل نفسه ثم الحائك يدعى أنه أقرضه رطلا من غزله وسلمه اليه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه وعلى الحائك البينة لحاجته الى اثبات ما يدعى من التسليم اليه بحكم القرض وما يدعى من الدين لنفسه فى ذمته فان أقام البينة أخذ من رب الثوب مثل غزله لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان لم تكن له بينة فاليمين على رب الثوب على علمه لانه انما يستحلف على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره واذا سلم اليه غزلا ينسجه ثوبا وأمره أن يزيد من عنده

Marfat.com

غزلا مسمى مثل غزله على أن يعطيه ثمن الغزل وأجر الثوب دراهم مسماة جاز وهذا استحسان وفي القياس لايجوز لانه اشترى منه ماسماه من الغزل وهو غير معين ولا مشروط فى ذمته دينا ولكنه يستحسن للتعامل فى هـذا المقدار فقد يدفع الانسان غزلا الى حائك فيقول له الحائك هذا لايكفى لماتطلبه فيأمره أن يزيد من عنده بقدر مايحتاج اليه ليعطيه ثمن ذلك وانما لايجوز الاستصناع فى الثوب لعدم التعامل فاذا وجد التعامل في هـذا يجوزه اعتبارا بالاستصناع فيما فيه التعامل ثم الطول والعرض فى الثوب وصف ورأينا جواز استئجار الاجير لاحداث وصف فى الثوب بملكه وهو الصباغ فيجوز هنا أيضا اشتراط زيادة الطول والعرض عليه بغزل نفسه بالقياس على الصباغ فان آتاه كما شرط واتفقا على انه زاد أعطاه ثمن غزله لانه صار قابضا للمشترى باتصاله بملكه وأجر المسمى لانه وفاء بما شرط له وان قال رب الثوب لم يزد فيه شيئا وكان وزن غزل منا وقال النساج قد كان وزن غزلك منا وقد زدت فيه رطلا فوزنوا الثوب فوجدوه منوين فقال رب الثوب انما زاد لما فيه من الدقيق وقال النساج هو من الغزل والدقيق فالقول قول الحائك مع يمينه لان الظاهر شاهد له وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر وينبغى للقاضى أن يرجع الى العلماء من الحوكة فان قالوا الدقيق لا يزيد فيه هذا المقدار فالقول قول الحائك مع يمينه وان قالوا يزيد فيه فالقول قول رب الثوب لانه ما اشتبه على القاضي فانه مايرجع فى معرفته الى من له بصر فى ذلك الباب كما فى قيم المتلفات ومتى كان القول قول الحائك وحلف يخبر صاحبه على أن يعطيه ماسمى له ومتى كان القول قول رب الثوب بأن كان يعلم أن الدقيق يزيد فيه هـذا المقدار فانه يتخير صاحب الثوب لانه تغير عليه شرط عقده فانه لما أمره بأن يزيد فيه فقد أمره بثوب هو أطول أو أعرض مما جاء به وان شاء مال الى جهة الخلاف وضمنه مثل غزله وان شاء مال الي الموافقة فى أصل العمل وأعطاه من الاجر بحساب ماأقام من العمل لانه جعل جميع المسمى بمقابلة عمله فى من ونصف من الغزل وانما أقامه في من فيعطيه بحسابه من الاجر وفيه طريقان باعتبار المسمى وأجر المثل كما بينا (ولو كان الثوب) مستهلكا وقد استهلكه صاحبه قبل أن يعلم ورثته كان القول قول رب الثوب مع يمينه على عمله لان الحائك يدعى عليه تسليم مانعه من الغزل ووجوب ثمنه فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يمينه على فعل الغير فكان على العلم واذا حلف فعليه أجر الثوب وليس عليه ثمن الغزل فيقسم الاجر على عمل ثوب مثله وقيمة رطل من

Marfat.com

غزله فيطرح عنه ماأصاب قيمة الغزل ولم يزد على هذا في الاصل قال الحاكم رحمه الله وصواب هذا الجواب أن يطرح عنه أيضا حصة ما تركه من زيادة العمل في النسج لما بينا أن المسمى بمقابلة عمله في ثلاثة أرطال غزل وانما أقام العمل في رطلين من غزل وهذا التقسيم والمصير الى معرفة وزن الثوب لم يذكر في المسئلة الاولى لان موضوع المسئلة هناك فيما اذا لم يكن مقدار غزل الدافع معلوما ولا يعرف الصادق من الكاذب بالمصير الى وزن الثوب وهنا وضع المسئلة فيما اذا كان وزن غزل الدافع معلوما فلهذا وجب المصير الى وزن الثوب ليعرف به الصادق من الكاذب (قال) واذا أسلم الرجل حنطة الى طحان ليطحنها بدرهم وبربع دقيق منها فهذا فاسد وهو تفسير الحديث في النهي عن قفيز الطحان ثم الحكم متى ثبت في حادثة بالنص وعرف المعنى فيه تعدى الحكم بذلك المعنى الى الفرع ومن فرع هذا لو دفع سمسما الى رجل على أن يعصره له برطل من دهنه فهو فاسد أيضا وكذلك لو استأجر رجلا ليذبح له شاة بدرهم ورطل من لحمها فذلك فاسد وفي الكتاب قال وكيف يستأجر بلحم شاة حية وقد ورد الحديث بالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة يريد به أن الاجرة متى كانت معينة فهي بمنزلة المبيع المعين وما في مضمون خلقة حيوان لا يجوز بيعه عينا وتفسير الملاقيح عند بعضهم ما تضمنه الاصلاب والمضامين ما تضمنه الارحام وعند بعضهم على عكس هذا فالملاقيح ما تضمنه الارحام بالقاح الفحول واستدلوا بقول القائل شعر

وعدة العام وعام قابل ملقوحة في بطن ناب حابل

وحبل الحبلة هو بيع ما يحمل حبل هذه الناقة وكانوا يتعادون ذلك في الجاهلية أبطل الشرع ذلك كله بالنهي عن بيع الغرر واستدل أيضا بالنهي عن بيع اللبن في الضرع وعن بيع الصوف على ظهورها فعرفنا أن ما كان في مضمون خلقه حيوان لا يجوز تمليكه بعقد المعاوضة فان عمله بهذا الشرط كان له أجر مثله لان بفساد العقد لم يملك شيئا مما أقام العمل فيه فكان عاملا لغيره فيما لا شركة له فيه بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل لا يجاوز به ما سمى لانعدام التسمية فيما زاد عليه ولوجود الرضى منه بالمسمى فان المسمى متى كان معلوما يتم الرضى به وان شرط مع الدرهم ربع قفيز دقيق جيد ولم يقل منها كان جائزا لان الدقيق مكيل معلوم يصلح أن يكون ثمنا في البيع فيصلح أن يكون أجرة أيضا ولو دفع غزلا الى حائك لينسجه بذراع من ذلك الثوب أو بجزء شائع مسمى فذلك لا يجوز في ظاهر المذهب أيضا لانه في معنى قفيز

Marfat.com

الطحان(قال)رضي الله عنه وكان شيخنا الامام يحكى عن استاذه رحمهما الله انه كان يفتى بجواز هـذا ويقول فيه عرف ظاهر عنـدنا بنسف ولولم يجوزه انما يجوزه بالقياس على المنصوص والقياس يترك بالعرف كما فى الاستصناع ثم فيه منفعة فان النساج يعجل بالنسج ويجد فيه اذا كان له فى الثوب نصيبا قال ولو دفع سمسما الى رجل فقال قشره وربه بنفسج فاعصره على أن أعطيك أجره درهما كان هذا فاسدا لانه لايعرف ماشرط من البنفسج وجهالة ذلك تفضي الى المنازعة وهذا بخلاف مالو دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ من عنده لان مقدار الصبغ فى كل الثوب معلوم عند أهل الصنعة المسبغ منه وغير المسبغ ولا تمكن المنازعة بينهما لان اللون فى الثوب محسوس فاما الرائحة فى الدهن المربى غير محسوس ويتفاوت ذلك بتفاوت ما يربى به من البنفسج فتتمكن المنازعة بينهما *يوضح الفرق ان اعلام مقـدار الصبغ يتعذر علي الصباغ لانه يجمع الثياب ويصبغ الكل جملة واحدة فيسقط اعتباره لذلك فاما القشار لا يخلط سمسم الناس ولو فعل ذلك صار ضامنا ولكنه يربى سمسم كل انسان على حدة فلا يتعذر عليه اعلام مقدار البنفسج فلهذا شرط ذلك وان قال على أن تربيه بقفيز من بنفسج فهذا جائز وكذلك ان كان البنفسج الذى يدخل فى مثـل هـذا السمسم معروفا عند التجار فهو جائز لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالشرط ولا تمكن المنازعه بينهما اذا كان ذلك معلوما فلهذ جوزناه ثم تبين بعـد هذا ما يجوز فيه الاستصناع وحاصل ذلك أن المعتبر فيه العرف وكل ماتعارف الناس الاستصناع فيـه فهو جائز فاذا جاء به الصانع مفروغا عنه واختار المستصنع أخذه فليس للصانع أن يمنع لان البيع قد لزم فيه باتفاقهما عليه الا أنه ان كان لم يستوف الثمن حبسه بالثمن وان باعه الصانع قبـل أن يراه المستصنع فبيعه جائز لانه باع ملك نفسه فالعقد لا يتعين في هـذا المصنوع قبل أن يراه المستصنع واذا نفذ بيعه صار مملوكا للمشترى فلا سبيل للمستصنع عليه بعد ذلك واذا دفع الى اسكاف جلدا واستأجره بأجر مسمى على أن يخرزه له خفين بصفة معلومة على أن يفعله الاسكاف ويبطنه ووصف له البطانة والنعل فهو جائز لانه متعارف واذا جاز الاستصناع فى الخف لكونه متعارفا ففى البطانة والنعل أجوز ولا خيار لصاحب الاديم اذا عمله عملا متقاربا الا فساد فيـه وكان ينبغى أن يثبت له الخيار فى البطانة والنعل لانه اشترى مالم يره لكنه قال لاخيار له فى أصـل الاديم لانه ملكه ولا يتأتي الرد فى البطانة والنعل منفردا عن الاصـل ثم البطانة والنعل بيع فى هـذا العقد

Marfat.com

والمقصود هو العمل (ألا ترى) أن بالبطانة والنعل يصير الخف أحكم وان الخف ينسب الى الاديم دون البطانة والنعل ولا خيار له فيما هو المقصود وهو العمل وفيما هو الاصل وهو الاديم فكذلك فى البيع وان جاء به فاسدا ضمنه قيمة الجلد ان شاء لانه انما طلب منه العمل الصالح دون الفاسد فكان هو فى اقامة أصل العمل موافقا وباعتبار صفة الفساد فى العمل مخالف فان شاء مال الى الخلاف وجعله كالغاصب فيضمنه قيمة جلده وان شاء مال الي الموافقة في أصل العمل ورضي به مع تغيير الوصف فاخذ الخفين وأعطاه أجر مثل عمله وقيمة مازادفيه ولا يجاوزبه ماسمى له أما أجر مثل العمل لما بينا أن المسمى بازاء العمل الصالح فعند الفساد يجب أجر المثل وقيمة مازاد فيه لانه مشترى له وقد تم قبضه باتصاله بملكه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال قوله ولا يجاوز به ماسمى ينصرف الى الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه فان المشترى شراءا فاسد مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لان الاعيان متقومة بنفسها بخلاف المنافع واستدلوا على هذا بما ذكر فى آخر الباب فى مسئلة الجبة ولا يجاوز به ماسمى فى أجر عمله خاصة وقالوا بيانه فى فصل يكون بينا فى جميع الفصول ولكن الاصح أن قوله ولا يجاوز به ماسمى له فى هذا الموضع ينصرف اليهما لان البطانة والنعل تابع للعمل ولهذا يجوز العقد هنا فانه لو كان مقصودا ماجاز العقد فيه واذا لم يكن معينا والتبع معتبر بالاصل فاذا كان الاصل لايجاوز به ما سمى له فكذلك فى التبع وسنقرر هذا الفرق فى مسئلة الجبة ان شاء الله تعالى وكذلك ان سلم خرقة الى صانع ليصنعها قلنسوة ويبطنها ويحشوها فهو مثل ذلك لان البطانة والحشو في القلنسوة تبع (ألا ترى) أن القلنسوة تنسب الى الظهارة وأنها بالبطانة والحشو تصير أحكم واسم القلنسوة يتناوله بدون البطانة والحشو كالخف فالجواب فيهما سواء وبجميع هؤلاء الصناع اذا رضى المستصنع العمل واجازه أن لا يدفعه له حتى يأخذ منه الاجر الا أن يكون مؤجلا فلا يكون له منع المتاع حينئذ لان الاجرة فى الاجارات كالثمن فى البيع والمبيع يحبس بالثمن اذا كان البيع حالا ولا يحبس به اذا كان مؤجلا وعلى قول زفر رحمه الله ليس للصانع حق الحبس بالاجرة اذا كان الاصل ملكا للمستأجر لانه صار مسلما المعقود عليه باتصاله بملكه وهذا لان المعقود عليه الوصف الذى أحدثه بعمله وقد اتصل ذلك بملك المستأجر باختيار العامل ورضاه وبعد ما سلم المعقود عليه لا يكون له حق الحبس ولكنا نقول هذا تسليم لا يمكن التحرز عنه فانه لا يتصور منه اقامة العمل بدون أن يتصل

Marfat.com

ذلك بملكه ومالا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا فلا يصير هو به راضيا بسقوط حقه فى الحبس وربما يقول زفر رحمه الله البدل ليس بمقابلة الاصل وانما يحبس المبدل بالبدل فاذ لم يثبت له حق الحبس فيما هو الاصل لا يثبت فى البيع ولكنا نقول حق الحبس يثبت له فى المعقود عليه ولا يتأدي ذلك الا بحبس الاصل فثبت حقه فى حبس الاصل كمن أجر عينا يلزمه تسليم العين وهو انما عقد على المنفعة ولكن لما كان تسليم المنفعة لا يتأدى بدون العين لزمه تسليم العين فهذا مثله (قال) فى الاصل ان كان الاجل ميعادا من غير شرط فله أن لا يدفعه حتى يقبض أجره لان المواعيد لا يتعلق بها اللزوم وهذا يصير رواية فى فصل بيع المرابحة وهو أنه اذا اشترى عينا من بياع وواعده أن يستوفى الثمن منجما فى كل سبت فللمشتري أن يبيعه مرابحة من غير بيان في الصحيح من الجواب لانه مشترى بثمن حال والميعاد لا يكون لازما بدليل هذه المسئلة واذا دفع الرجل الي صباغ ثوبا يصبغه له باجر مسمى ووصف له الصبغ فهو جائز لانه اذا وصف له الصبغ وسماه من زعفران أو عصفور أو بقم فقد صار المقصود معلوما لا تمكن المنازعة بينهما فان خالفه بصبغه على غير ما سمى له الا أنه من ذلك الصبغ فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له أما ثبوت الخيار فلانه في أصل الصبغ موافق وفى الصفة مخالف واذا اختار الاخذ أعطاه أجر مثله ولا يجاوز به ما سمى له لانه رضى بالمسمى وهذا بخلاف مسئلة الخف والقلنسوة فقد قال هناك يعطيه أجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه وهنا لم يذكر قيمة ما زاد الصبغ فيه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله التسوية بينهما ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الصبغ آلة العمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخرض والصابون فى عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب بخلاف ما سبق وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه وانما يصير مشتريا لما يتصل بملكه واللون لا يمكن أن يجعل مشترى بخلاف البطانة والنعل فذلك يتصل بعمله بملكه وهو عين مال (ألا ترى) أنه يتأدى بفعله فلهذا تعتبر قيمة ما زاد فيه ووجه رواية محمد رحمه الله أن الصبغ فى الثوب بمنزلة عين مال قائم حكما حتى لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير واتفقا على بيعه فان صاحب الثوب يضرب فى الثوب بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ ولو لم يكن الصبغ المتصل بالثوب في حكم عين قابل للبيع لما كان من الثمن حصة ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان الصبغ بعد ما اتصل بالثوب

Marfat.com

لا يتصور تمييزه عنه فانما يكون في حكم مال متقوم مع الثوب لا وحده وهنا لا يجب عليه قيمة الثوب فلا يجب عليه قيمة مازاد الصبغ فيه وفي مسئلة الخف البطانة والنعل لما كان بعرض الفصل كان ما لا متقوما منفرداً عن الخف فلهذا اعتبر قيمة مازاد فيه وان اختلف الصباغ ورب الثوب فيما أمره أن صبغه به بأن صبغه بمصفر فقال رب الثوب أمرتك بالزعفران فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت الخيار لنفسه وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة رب الثوب ولو أنكر الاذن له في الصبغ أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر الاذن فيما صبغه به واذا استصنع الرجل عند الرجل خفين فلما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك وقال الاسكاف بهذا أمرتني فالقول قول المستصنع لما بينا أن الاذن يستفاد من جهته ولا يمين عليه لان توجه اليمين ينبني على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا فان للمستصنع أن يأبى وان لم يكن الصانع مخالفا فلا فائدة في استحلافه وكذلك لو أقام العامل البينة لم يلزم الامر لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولو قال المستصنع بهذا أمرتك ولكن لا أريده كان له ذلك لما بينا أن الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية ولو أسلم اليه خفه بنعله بأجر مسمى فهو جائز للعرف الظاهر فاذا نعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الخف بغير نعل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وقيمة النعل لا يجاوز به ماسمى لما بينا أنه في أصل العمل موافق وفي الصفة مخالف وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو لازم عليه وان لم يكن جيداً لان المستحق بمطلق العقد صفة السلامة فأما صفة الجودة لا تستحق الا بالشرط كما في بيع العين ولو شرط عليه جيداً فانعله بنعل غير جيد فلصاحب الخف الخيار لان فوات الوصف المشروط بمنزلة العيب في اثبات الخيار كما اذا اشتري عبدا بشرط أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة يثبت له الخيار بمنزلة مالو وجد العيب في المعقود عليه فهذا مثله ولو اختلفا في الاجر وقد عمله عملا على ما وصفه له فان أقاما البينة فالبينة بينة العامل لانه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فترجح بينته بذلك وان قال رب الخف عملته لي بغير أجر وقال العامل عملته بدرهم ولا بينة بينهما فعلى رب الخف اليمين لله ما شارطه على درهم لان العامل يدعي عليه الدرهم دينا في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف غرم له مازاد النعل

Marfat.com

فى خفه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر لان رب الخف يدعي عليه هبة النعل وهو لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف عليه واذا حلف انتفى مادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلا بخف الغير باذن صاحب الخف فتجب قيمته لاحتباس ملك الغير عنده ولايجب أجر المثل لان المنفعة لاتتقوم الا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك فاما العين متقوم بنفسه ولو أقاما البينة أخذت بينة العامل لاثباته الزيادة ولو عمل الخف كله من عنده ثم اختلفا فى الاجر فالقول قول الاسكاف ولا يمين على المستصنع ولكنه بالخيار ان شاء أخذه بما قال الاسكاف وان شاء تركه لما بينا ان العقد غير لازم في حق كل واحد منهما والذي جاء به عين ملك الاسكاف فلا يستحق عليه الا بما رضي به من الثمن ولو أسلم ثوبا الى صباغ فصبغه أحمر على ما أمره به فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين وانى أنظر الى مازاد الصبغ فيه فان زاد درهما أو أكثر فله درهم بعد أن يحلف الصباغ ما صبغه بدانقين وان كان دانقين أو أقل فانه يعطيه دانقين بعد أن يحلف رب الثوب ما صبغة بدرهم كما يدعيه الصباغ لان الاصل فى باب الخصومات أن القول قول من يشهد له الظاهر والظاهر أن الصباغ لايجعل فى ثوب انسان صبغا يساوى درهما بدانقين اذن يخسر وهو ماجاس لهذا والظاهر أن الانسان لا يلتزم درهما بازاء صبغ يساوى دانقين اذن يغبن والمغبون لامحمود ولا مأجور فاذا كان قيمة الصبغ درهما أو أكثر فله فالظاهر شاهد للصباغ فيجعل القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه واذا كانت قيمة الصبغ أقل من دانقين فالظاهر شاهد لرب الثوب فيكون القول قوله مع يمينه على دعوى خصمه وان كان أكثر من دانقين وأقل من درهم أعطيت الصباغ ذلك بعد أن يحلف ماصبغه بدانقين وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول هنا يتحالفان لان الظاهر لا يشهد لكل واحد منهما فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه على قياس اختلاف الزوجين فى المهر اذا كان مهر المثل لايشهد لقول واحد منهما قال رضي الله عنه والأصح عندى انه لاتحالف هنا بل اليمين على الصباغ خاصة لان المبتغى بالتحالف الفسخ وبعد اتصال الصبغ بالثوب لا تصور لفسخ العقد فلا معنى للتحالف بخلاف النكاح فانه محتمل للفسخ ببعض الاسباب واذا لم يجب التحالف هنا كان على رب الثوب قيمة الصبغ لان لاتصال الصبغ بالثوب موجبا وهو قيمته على رب الثوب كالغاصب اذا صبغ ثوب إنسان وأراد رب الثوب أخذه أعطاه قيمة الصبغ إلا أن رب الثوب هنا يدعى براءته عن بعض القيمة برضاء الصباغ بدانقين والصباغ منكر

Marfat.com

لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى وان كان الصبغ سوادا فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما بينا فيما سبق ان السواد نقصان فلا يمكن تحكيم قيمة الصبغ بنفي ظاهر الدعوى والانكار والصباغ يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فيحلف على دعواه لهذا المعنى ولو قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر فالقول قوله وكذلك كل صبغ ينقص الثوب فاما كل صبغ يزيد فى الثوب قال رب الثوب صبغته لى بغير أجر وقال الصباغ صبغته بدرهم فعلى كل واحد منهما اليمين على دعوى صاحبه وليس هذا بتحالف للاختلاف فى بدل العقد ولكن الصباغ يدعي لنفسه درهما على رب الثوب ورب الثوب منكر فعليه اليمين ورب الثوب يدعى على الصباغ أنه وهب الصبغ منه وقد تمت الهبة باتصاله بملكه والصباغ منكر لذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ثم يضمن رب الثوب مازاد الصبغ فى ثوبه لان ما ادعاه كل واحد منهما انتفى بيمين صاحبه يبقى صبغ الغير متصلا بثوبه باذنه وعليه قيمته ولا يجاوز به درهما لان الصباغ لا يدعى أكثر من درهم فهو بهذه الدعوى يصير مبرئا له عن الزيادة على درهم ولو اختلف القصار ورب الثوب فى مقدار الاجرة فان لم يكن أخذ فى العمل تحالفا وترادا لان الاجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين فى البدل فيعم ذلك أنواع البيوع ثم التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ حتى يعود اليه رأس ماله وعقد الاجارة محتمل للفسخ قبل اقامة العمل كالبيع فلهذا يجب التحالف بينهما وان كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب لانه لا تصور للفسخ بعد الفراغ من العمل فلا معنى للتحالف بينهما ولكن القصار يدعى زيادة في حقه ورب الثوب منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فان هلاك السلعة عندهما يمنع التحالف في البيع فكذلك فى الاجارة ومحمد رحمه الله يفرق بينهما فيقول التحالف هناك مفيد لان المبيع عين مال متقوم بنفسه فيمكن ايجاب قيمته بعد انتفاء العقد بالتحالف وهنا المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شئ للقصار فكان جعل القول قول رب الثوب مع يمينه أنفع للقصار فلهذا لا يصار الى التحالف هنا ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل ففى حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع يمينه وفى حصة مابقى يتحالفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان فسخ العقد في الباقى ممكن وفي حصة ما بقى يتحالفان اعتبارا وفيما أقام من

Marfat.com

العمل متعذر وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين ماذا اشترى عبدين فهلك احدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال هناك لا يتحالفان لان العقد فيهما واحد فاذا تعذر فسخه في البعض بالهلاك يتعذر فسخه فيما بقى وهنا عقد لاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايقيم عليه من العمل فبأن تعذر فسخه فى البعض لا يمنع الفسخ فيما بقي وكذلك لو قال عملته لى بغير أجر فالقول قوله مع يمينه لما بينا انه ينكر وجوب الاجر عليه وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول الاجير الى أجر مثله كما فى مسئلة الصباغ وقد أشرنا الى الفرق بينهما فهناك الصبغ عين مال قائم فى الثوب وهو متقوم بنفسه وهنا لا قيمة للمنفعة بدون التسمية وقد أنكر رب الثوب التسمية فالقول قوله مع يمينه ولو شارط قصارا على أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يره الثياب ولم تكن عنده كان فاسداً لان المعقود عليه مجهول فانه الوصف الذى يحدث فى الثوب بعمله وذلك يختلف باختلاف الثياب فى الطول والعرض والصفاقة والرقة والجودة والرداءة وعمله يتفاضل بحسب ذلك وان كان أراه الثياب كان جائزا لان برؤية المحل يصير مقدار العمل فيه معلوما ولو سماله جنسا من الثياب كان مثل ذلك مالم يرها اياه لان بتسمية الجنس لا يصير مقدار العمل فيه معلوما فان بالغ فى بيان الصفة على وجه يصير مقدار عمله معلوما فهو واراءته الثياب سواء ولو أسلم ثوبا الى خياط وأمره أن يخيطه قميصيا بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب ان يضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى له لانه فى أصل الخياطة موافق وفى الهيئة والصفة مخالف وبعض مشايخنا رحمهم الله يقولون القباء والقميص تتفاوتان فى الاستعمال وان كان لا يتفق فلم يكن في أصل مقصوده مخالفا وانما خالفه فى تتميم المقصود حتى لو خاطه سراويلا كان غاصبا ضامنا ولا خيار لصاحب الثوب لانه لا مقاربة بين القميص والسراويل في الاستعمال والاصح أن الجواب فى الفصلين واحد وقد روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو دفع اليه شبها ليضرب له طستا فضربه كوزاً فهو بالخيار ولا مقاربة في الاستعمال هنا ولكنه موافق فى أصل الصنعة مخالف في الهيئة والصفة فكذلك فى مسئلة الثوب وان خاطه سراويلا فهو في أصل الخياطة موافق وفى الهيئة مخالف فان قال رب الثوب أمرتك بقميص وقال الخياط أمرتنى بقباء فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول الخياط لانكاره الخلاف والضمان والشافعى رحمه الله يقول انهما يتحالفان لانهما اختلفا في المعقود عليه ولو اختلفا في البدل تحالفا اذا كان

Marfat.com

قبل اقامة العمل فكذلك في المعقود عليه ولكن هـذا لا معنى له هنا لان رب الثوب يدعى عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعى الاجر دينا فى ذمة رب الثوب فلا يكون هـذا في معنى ما ورد الاثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد اقامة العمل لا وجـه للفسخ وان أقاما البينة فالبينة بينـة الخياط لانه هو المدعى الاذن فى خياطة القباء والوفاء بالمعقود عليه وتقرر الاجر في ذمة صاحب الثوب وان اختلفا في الاجر فالقول قول رب الثوب لانه منكر للزيادة والبينة بينة الخياط لانها تثبت الزيادة وكذلك لو قال صاحب الثوب خيطه لي بغير أجر فالقول قوله مع يمينه على قياس ما بينا فى القصارة لان عمل الخياطة المتصل بالثوب غير متقوم بنفسه ولم يذكر في الكتاب ما اذا اتفقا على انه لم يشارطه على شئ فى هذه الفصول وفى النوادر عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا أجر له لان المنافع لا تتقوم الا بعقـد ضمان أو بتسميـة عوض وعن أبى يوسف رحمه الله قال استحسن اذا كان خيط له فأوجب الاجر له لان الخياطة التى بينهما دليل على أنه طلب منه اقامة العمل بأجره فقام ذلك مقام الشرط وعن محمـد رحمه الله قال ان كان العامل معروفا بذلك العمل بالاجر فتح الحانوت لأجله فذلك ينزل منزلة شرط الاجر ويقضى له بالاجر استحسانا ولو أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر بربع الهاشمى بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فى قيمة الثوب مع الاجر ومعنى هذه المسئلة أن الربع الهاشمى هو الصاع وهو ربع قفيز فكانه أمره بأن يصبغه صبغا غـير مشبع وقد صبغ صبغا مشـبعا فكان فى أصـل العمـل موافقا وفى الصفة مخالف فيجبر صاحب الثوب لذلك ثم أطلق الجواب فى الكتاب ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقسم الجواب فيه فاما أن يصبغه بربع الهاشمى أو لا ثم بالزيادة الى تمام القفيز أو يصبغه بالقفيز دفعة واحدة فان كان صبغه بربع الهاشمى أولا فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء ضمنه قيمة ثوبه مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر لانه أقام العمل المشروط وصار ذلك من وجـه كالمسلم الى صاحب الثوب لاتصاله بالثوب ثم غيره قبل تمام التسليم فان شاء لم يرض به متغيرا وضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء رضي به متغيرا وضمنه قيمته مصبوغا بربع الهاشمى وأعطاه الاجر وان شاء أخـذ الثوب وأعطاه الاجر مع قيمة ما زاد من العصفر فيـه وهو ثلاثة أرباع قفيز لانه بمنزلة من غصب ثوبا

Marfat.com

مصبوغا بربع قفيز فصبغه بثلاثة أرباع قفيز أما اذا صبغه بقفيز دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة الصبغ ولا أجر له لانه ما أقام العمل المشروط ولكنه خالف فى هيئة العمل فى الابتداء ولانه لا بد من اعتبار قيمة الصبغ فلا يعتبر الاجر لان أحدهما تبع للآخر فلا يجمع بينهما (ألا ترى) أن فى الموضع الذى يجب الاجر لا ينظر الى قيمة الصبغ فهنا لما وجب قيمة الصبغ بسبب مازاد من الصبغ فيه سقط اعتبار الاجر والحاكم رحمه الله فى المنتقى ذكر هذا التقسيم عن أبى يوسف رحمه الله وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه اذا دفع ثوبا ليصبغه بمن عصفر بدرهم فصبغه بمنوين دفعة واحدة فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أعطاه الاجر درهما مع قيمة من من الصبغ قال (قلت) لمحمد رحمه الله لم لا يضمن له قيمة منوين من الصبغ قال لان صاحب الثوب يقول أنا خادعته حتى رضي بدرهم من قيمة من من الصبغ وربما تكون قيمته خمسة فبعد وجود الرضى منه بهذا المقدار ليس له أن يضمن زيادة عليه فلهذا أعطاه الأجر مع قيمة من الصبغ وان كان ماروى عن محمد رحمه الله هو الاصح ولانه وان صبغه جملة فانما يتشرب فيه الصبغ شيئا فشيئا فاذا تشرب فيه المقدار المشروط وجب الاجر فكان هذا وما لو صبغه بدفعتين سواء ولو قال رب الثوب لم تصبغه الا بربع عصفر فان كان مثل ذلك الصبغ يكون بربع الهاشمى فالقول قوله مع يمينه على علمه لان الظاهر شاهد له وهو ينكر وجوب قيمة الصبغ عليه والاستحلاف على العلم لانه على فعل الغير الا أن يقيم الصباغ بينة وان كان مثل ذلك لا يكون بربع عصفر وكان ذلك يعرف فالقول قول الصباغ لان الظاهر شاهد له والجواب فيه كالجواب فى المسئلة الاولى ولو قال لخياط أنظر الى هذا الثوب فان كفانى قميصا فاقطعه بدرهم وخطه فقال نعم ثم قال بعد ما قطعه انه لا يكفيك فالخياط ضامن لقيمة الثوب لانه علق الاذن بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا لم يكفه قميصا فانما قطعه بغير اذنه ومن قطع ثوب الغير بغير اذنه فهو ضامن لقيمته ولو قال له أنظر أيكفينى قميصا فقال نعم فقال اقطعه فاذا هو لا يكفيه لم يضمن لانه قطعه باذنه فان قوله اقطعه أذن مطلق ولا يقال قد غره بقوله يكفيك لان الغرور بمجرد الخبر اذا لم يكن فى ضمن عقد ضمان لا يوجب الضمان على الغار كما لو قال هذا الطريق أمن فسلك فيه فأخذ اللصوص متاعه بخلاف الاول فانعدام الاذن هناك بما صرح فى لفظه من الشرط حتى لو

Marfat.com

كان فى لفظه هنا ما يدل على الشرط بأن يقول فاقطعه أو اقطعه اذا فهو ضامن اذا لم يكفه لان الفاء للوصل فبذكره تبين انه شارط للكفاية فى الاذن وقوله إذا اشارة الى ما سبق فكانه قال اقطعه اذا كان يكفينى لان هذا شرط الا أنه أوجز كلامه ولو سلم ثوبا الي خياط فقطعه له قباء فقال بطنه من عندك واحشه علي أن لك من الاجر كذاوكذا فهو مثل الخف الذى أمره أن يبطنه وينعله فى القياس ولكن لاأجيز هذا استحسانا لان ذلك مستحسن فى القياس بالتعامل وهذا لا تعامل فيه فيستحسن العود الى أصل القياس فيه ويقال انه مشترى لمعدوم أو لمجهول فلا يجوز ولان هذا ليس في معنى ذلك لان الخف بدون النعل والبطانة يسمى خفاولكن بالنعل والبطانة يصير أحكم فماشرط عليه يمكن أن يجعل تبعا للعمل فاما القباء والجبة لاتكون بدون البطانة والحشو واذا كان ماالتمس منه لا ينطلق عليه الاسم الا بماشرط عليه لم يكن ذلك تبعا للعمل وانما هو استصناع لا تعامل فيه فلا يجوز ذلك فان أتاه بالقباء مبطنا محشوا فللخياط قيمة بطانته وحشوه وأجر خياطته ولا تجاوز به ماسمى له فى أجر خياطته خاصة لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فكذلك استوفى غير ملكه بحكم عقد فاسد وتعذر عليه رده فيلزمه قيمه المشترى بالغا مابلغ وأجر مثل عمله لايجاوز به ماسمى له وبهذا اللفظ يستدل بعض أصحابنا رحمهم الله ممن يقول فى الفصول المتقدمة أن قوله لايجاوز بهماسمى له من الاجر خاصة دون قيمة مازاد فيه والاصح هو الفرق لان الحشو والبطانة هنا لم تكن فى العقد تبعا فى العمل ولذلك فسد العقد في الاصل واذاوجب اعتبارهما مقصوداً بقيمتها بالغة مابلغت وفيما سبق النعل والبطانة في الخف والحشو والبطانة فى القلنسوة جعل تبعا للعمل فى العقد ولذلك جاز العقد فكما أن فى أصل العمل لايجاوز بالبدل ماسمى له فكذلك فيما هو تبع له ولو أعطاه ثوبا وبطانة وقطنا وأمره أن يقطعه جبة ويحشوها ويندف القطن عليها وسمى الاجر له فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم ولو شرط على خياط أن يقطع له عشر قمص كل قميص بدرهم ولم يسم له قدرها وجنسها لم يجز لجهالة المعقود عليه من العمل فعمل الخياط يختلف باختلاف جنس الثياب وباختلاف القميص فى الطول والقصر ولو قال الثياب هروية ومقداره على هذا الشئ معروف فهو جائز لان مقدار العمل بما سمى يصير معلوما على وجه لايبقي بينهما منازعة ولو دفع اليه ثوبا ليقطعه قميصا واشترط عليه إن خاطه اليوم فله درهم وان لم يفرغ منه اليوم فله نصف درهم عند أبى حنيفة رحمه الله ان خاطه اليوم فله درهم

Marfat.com

وان لم يفرغ منه اليوم فله أجر مثله لاينقص عن نصف درهم ولايجاوز به درهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على ماشترط اذا فرغ منه اليوم فله درهم وان فرغ منه بعد ذلك فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله العقد فاسد كله وهو قول الشافعي رحمه الله وهذه فصول (أحدها) أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا شئ لك وهو فاسد بالاتفاق لان هذه مخاطرة فانه شرط له علي نفسه درهما ان خاطه اليوم ولنفسه عليه العمل ان لم يخطه اليوم وهو صورة القمار فكان فاسداً ولانه يصير تقدير كلامه كانه قال لك أجر درهم على خياطتك أولا شئ ولو قال ذلك كان العقد فاسداً وكان له أجر مثله لا يجاوز درهما فهذا مثله (والفصل) الثاني أن يقول ان خطت خياطة رومية فلك درهم وان خطته خياطة فارسية فلك نصف درهم أو يقول ان خطته قباء فلك درهم وان خطته قميصا فلك نصف درهم فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول العقد فاسد كله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وهو القياس ثم رجع أبو حنيفة رحمه الله فقال الشرطان جائزان وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول عند العقد والبدل مجهول وجهالة أحدهما في المعاوضة تكون مفسدة للعقد فجهالتهما أولى كما لو قال بعت منك هذا العبد بالف درهم أو هذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو أبنتي هذه بمائة دينار فقال قبلت كان باطلا وهذا لان عقد الاجارة يلزم بنفسه واذا لم يعين عليه نوعا من العمل عند العقد لا يدرى بماذا يطالبه فكان العقد فاسدا ووجه قوله الآخر أنه خيره بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه والبدل بمقابلة كل واحد منهما مسمى معلوم فيجوز العقد كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر وسمى لكل واحد منهما ثمنا وهذا لان الاجر لايجب بنفس العقد وانما يجب بالعمل وعند العمل مايلزمه من البدل معلوم وكذلك عقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما ينعقد عند اقامة العمل وعند ذلك لاجهالة في المعقود عليه بخلاف النكاح والبيع فالعقد هناك ينعقد لازما في الحال والبدل يستحق بنفس العقد فاذا لم يكن معلوما عند العقد كان العقد فاسدا (والفصل) الثالث أن يقول ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم فعند أبي حنيفة رحمه الله الشرط الاول جائز والثاني فاسد وعندهما الشرطان جائزان وفي القياس يفسد الشرطان وهو قول زفر رحمه الله كما في الفصل الاول (ألا ترى) انه لو قال في البيع ان أعطيت لي الثمن الى شهر فعشرة دراهم

Marfat.com

وان أعطيته الى شهرين فخمسة عشر درهما كان العقد كله فاسدا للتردد بين التسميتين ولهذا الترد أفسد أبو حنيفة رحمه الله للشرط الثانى فكذلك يفسد الشرط الاول وهما اعتبرا هذا في الفصل الثانى قالا انه سمى عملين وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز العقد كما فى الفصل الثانى وهذا لان عمله فى الغد غير عمله فى اليوم ولصاحب الثوب فى اقامة العمل فى كل وقت غرض صحيح وانما يجب الاجر عند اقامة العمل ولا جهالة عند ذلك بخلاف الفصل الاول فهناك انما أفسدنا العقد لمعنى القمار وذلك غير موجود هنا لانه فى اليومين شرط الاجر له على نفسه وأبو حنيفة رحمه الله يقول علق البرأة عن بعض الاجر بشرط فوات منفعة التعجيل بقوله ان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ولو علق البرأة عن جميع الاجر بهذا الشرط لم يصح بان قال وان لم تفرغ منه اليوم فلا شئ لك فكذلك اذا علق البرأة عن بعض الاجر به اعتبارا للبعض بالكل ولان البرأة لا تحتمل التعليق بالشرط وهذا لان الخياطة فى اليومين بصفة واحدة وانما تفوت منفعة التعجيل بتأخير العمل الى الغد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية فانهما مختلفان فلا يكون ذلك تعليق البرأة عن بعض الاجر حتى لو قال هناك وان خطته فارسيا فلا أجر لك كان ذلك استعانة صحيحة فى خياطة الفارسية واختلفت الروايات فيما اذا قال له خط هذا الثوب اليوم بدرهم فخاطه غدا ماذا يجب له ففى احدى الروايتين يجب المسمى بمنزلة قوله خطه بدرهم وفى الرواية الاخري يجب أجر المثل لا يجاوز به درهما لانه رضى بالدرهم بشرط منفعة التعجيل فاذا فاته ذلك يلزمه أجر المثل فعلي الرواية الاولى يقول اجتمع فى اليوم الثانى تسميتان درهم ونصف درهم فكان العقد فاسدا كما لو قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وبيان ذلك أن موجب التسمية الاولى عند الخياطة غدا الدرهم لو اقتصر عليه فهو بالتسمية الثانية يضم الشرط الثانى الى الاول فى الغد مع بقاء الاول فتجتمع تسميتان بخلاف اليوم الاول فليس فيه الا تسمية واحدة وهو الدرهم لان تسمية نصف درهم فى الغد لا موجب له في اليوم حتى اذا قال استأجرتك غدا لتخيطه بنصف درهم فخاطه اليوم فلا أجر له فلهذا صح الشرط الاول دون الثانى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه لا تجتمع تسميتان فى واحد من العملين حتى لو قال خطه خياطة رومية بدرهم فخاطه خياطة فارسية كان مخالفا وعلى الرواية الاخرى يقول التسمية الاولى لها موجب فى اليوم الثانى وهو أجر المثل فهو بتسمية نصف درهم قصد تغيير

Marfat.com

موجب تلك التسمية مع بقائها وذلك فاسد كما فى قوله وان خطته غدا فلا شيء لك بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب فى العمل الآخر فكان عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى معلوم فيها فلهذا افترقا واذا اشترى نعلا بدرهم وشراكا معها على أن يحذوها البائع فهو جائز استحسانا لكونه متعارفا بين الناس واذا كان أصل العقد يجوز للعرف فالشرط فى العقد اذا كان متعارفا للجواز أولى وان اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع بعشرة فهو فاسد لانه بيع شرط فيه اجارة فانه ان كان بعض البدل بمقابلة الخياطة فهى اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البدل فهى اعانة مشروطة فى البيع وذلك مفسد للعقد وهذا ومسئلة النعل في القياس سواء غير أن هناك استحسنا للعرف ولا عرف هنا فيؤخذ به بالقياس ولو جاء الى حذاء بشراكين ونعلين استأجره علي أن يحذوهما له باجر مسمى جاز وان اشترط عليه الشراكين فاراهما اياه ورضيه ثم حذاهما له كان جائزا أيضا استحسانا وفي الخف ينعل ويرقع كذلك الجواب بخلاف مالو شرط فى الجبة والقباء البطانة والحشو على العامل والفرق بالعرف ثم شرط هنا أن يريه الشراك والنعل والصحيح أنه لا يشترط اراءته اياه ولكن ان أعلمه على وجه لا يبقى بينهما فيه منازعة فذلك كاف لما في شرط الاراءة من بعض الحرج ولو شرط على الخياط أن يكون كم القميص من عنده كان فاسدا لانعدام العرف فيه وكذلك لو شرط على البناء أن يكون الآجر والجص من عنده وكل شيء من هذا الجنس يشترط فيه على العامل شيئا من قبله بغير عينه فهو فاسد الا فيما بينا للعرف فاذا عمله فالعمل لصاحب المتاع وللعامل أجر مثله مع قيمة مازاد لانه صار قابضا لما اشتراه بعقد فاسد وتعذر رده حين صار وصفا من أوصاف ملكه واستوفي عمله بعقد فاسد فكان له أجر مثله واذا رد القصار على صاحب الثوب ثوبا غيره خطأ أو عمدا فقطعه وخاطه ثم جاء صاحبه فهو بالخيار يضمن أيهما شاء لان القصار جان فى تسليم ثوبه الى الغير والقابض فى قبضه وقطعه وخياطته فيضمن أيهما شاء فان ضمن القصار فقد ملك القصار الثوب بالضمان وتبين أن القاطع قطع ثوبه وخاطه بغير أمره فيرجع عليه بقيمته ويعامل بما يعامل به الغاصب وان ضمن القاطع لم يرجع القاطع بهذه القيمة على القصار لانه ضمن بسبب عمل باشره لنفسه وفى الوجهين يرجع على القصار بثوبه لانه عين ملكه وقد بقى فى يد القصار فيأخذه منه والله أعلم

Marfat.com

باب متى يجب للعامل الاجر

(قال رحمه الله واذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن الا اذا تلف بامر لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق الغالب) وكذلك الخلاف في كل أجير مشترك كالاجير المشترك في حفظ الثياب وغيره والمشترك من يستوجب الاجر بالعمل ويعمل لغير واحد ولهذا يسمى مشتركا ولا خلاف ان أجير الواحد لا يكون ضامنا لما تلف في يده من غير صنعه وهو الذى يستوجب البدل بمقابلة منافعه حتى اذا سلم النفس استوجب الأجر وان لم يستعمله صاحبه ولا يملك أن يؤجر نفسه من آخر فى تلك المدة وجه قولهما أنه خالف بموجب العقد فكان ضامنا كما اذا دق الثوب وتخرق وبيان ذلك أن المعقود عليه هو الحفظ وعقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما فاذا سرق تبين أنه لم يأت بالحفظ السليم فكان مخالفا موجب العقد كما قلنا فى الدق فالمستحق بالعقد وفى سليما عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا فى الأجير بالحفظ ظاهر وكذلك فى القصار فانه لا يتوصل الى اقامة العمل إلا بالحفظ والعمل مستحق عليه ومالا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وان لم يكن بمقابلة الحفظ هنا لكن لما كان مستحقا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كاوصاف المبيع الا أن مالا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كما في السراية فى حق النزاع فانه عفو لانه لا يستطاع الامتناع منه والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهو اقامة العمل له فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع وأجير الواحد وهذا لان الضمان اما أن يكون ضمان عقد أو ضمان جبران والعقد وارد على العمل لا على العين فلا تصير العين به مضمونة والجبران للفوات وهو مافوت على المالك شيئا حين قبضه باذنه وبهذا الطريق لا يضمن أجير الواحد فكذلك المشترك وهما يقولان يستحسن فنضمن المشترك احتياطا بخلاف الخاص فالعين هناك في يد صاحبه لان أجير الخاص يعمل له في بيته ولان البدل هناك ليس بمقابلة العمل فلا تشترط فيه السلامة عن العيب ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول هذا نظر فيه ضرر في حق الاجير وهو أن يلزمه مالم يلتزمه ونظر الشرع

Marfat.com

للكل فمن النظر للاجير أن لا يكون مضمونا عليه ولما تساوى الجانبان لم يجب الضمان بالشك وما قال انما يستقيم أن لو كان التلف يتولد من الحفظ كما يتولد من العمل ولا يتصور تولد التلف من الحفظ الا أن يضيع بترك الحفظ وعند ذلك هو ضامن لا أجر له عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعقود عليه الوصف الحادث في الثوب بعمله وقد فات قبل تمام التسليم على صاحبه فلا أجر له بخلاف أجير الواحد فالمعقود عليه هناك منافعه في المدة وقد تم التسليم فيه فبهلاك العين عنده لا يبطل الأجر وأما عندهما رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له لان المعقود عليه صار مسلما من وجه باتصاله بالثوب الا انه لم يتم التسليم حتى تغير الى البدل وهو ضمان القيمة فيتخير صاحب الثوب ان شاء رضي به متغيراً فضمنه قيمته مقصوراً وأعطاه الأجر وان شاء لم يرض بالتغير وفسخ العقد فيه فيضمنه قيمة ثوبه أبيض بمنزلة مالو قبل المبيع قبل القبض فانه يتخير المشتري فاما اذا تلف بعمله بان دق الثوب فتخرق فهو ضامن عندنا وقال زفر رحمه الله لا ضمان عليه ان لم يجاوز الحد المعتاد وللشافعي رحمه الله فيه قولان في أحد القولين يقول هو ضامن سواء تلف بفعله أو بغير فعله وفي قوله الآخر يقول لا ضمان عليه سواء تلف بفعله أو بغير فعله وجه قول زفر رحمه الله أنه عمل مأذون فيه فما تلف بسببه لا يكون مضمونا عليه كالمعين في الدق وأجير الواحد وبيانه انه استأجره ليدق الثوب ولدق عمل معلوم بحده وهو ارسال المدقة على المحل من غير عنف وقد أتى بتلك الصفة فكان مأذونا فيه ثم التخرق انما كان لوهاء في الثوب وليس في وسع العامل التحرز من ذلك فهو نظير البزاغ والفصاد والحجام والختان اذا سرى الى النفس لا يجب الضمان عليهم لهذا المعنى وهذا لان العمل مستحق عليه بعقد المعاوضة ومايستحق على المرء لا يبعد بما ليس في وسعه وبه فارق المشي في الطريق والرمي الى الهدف فانه مباح غير مستحق عليه فقيد بشرط السلامة والدليل عليه ان أجير القصار اذا دق فتخرق الثوب لم يجب الضمان على الاجير وعندكم يجب الضمان على الاستاذ فان كان هذا العمل مأذونا فيه لم يجب الضمان على أحد وان لم يكن مأذونا فيه فهو موجب للضمان على من باشره فاما أن يقال من باشره لا يضمن وغيره يضمن بسببه فهو بعيد جداً وحجتنا في ذلك ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه فيكون مأذونا كمالو دق الثوب بغير أمره وبيان ذلك أن الاذن ثابت بمقتضى العقد والمعقود عليه عمل في الذمة والعقد عقد

Marfat.com

معاوضة فمطلقه يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب كعقد البيع ومافى الذمة يعرف بصفته والموصوف بانه سليم غير الموصوف بأنه معيب فاذا ثبت أن المعقود عليه العمل السليم المزين للثوب عرفنا أن المعيب المخرق للثوب غير المعقود عليه فلا يكون مأذونا فيه وبه فارق أجير الواحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هناك البدل ليس بمقابلة السليم بل بمقابلة تسليم النفس دون العمل وصفة السلامة في العمل بمقتضي عقد المعاوضة الا أن هذا ليس بقوى فالمعقود عليه فى الموضعين العمل والبدل بمقابلة المقصود الا أن هناك يقام تسليم النفس مقام العمل دفعا للضرر عن الاجير لتضيق مدة التسليم عليه وهذا لايدل على أنه اذاوجد ماهو المقصود لايكون البدل بمقابلته كما يقام تسليم النفس فى النكاح مقام ماهو المقصود ثم اذا وجد ماهو المقصود وهو الوطء كان البدل بمقابلته فالصحيح أن يقول المعقود عليه فى حق أجير الواحد منافعه ولهذا يشترط اعلامه ببيان المدة ومنافعه عين والعين لاتختلف بكونه سليما أو معيبا كما فى بيع العين فانه وان وجد بالمعقود عليه عيبا لايخرج العقد به من أن يكون متناولا له فعرفنا أن الاذن متناول للعمل معيبا كان أوسليما وهنا المعقود عليه عمل فى الذمة بمنزلة المسلم فيه وعقد السلم اذاتناول الجيد لايكون الرديء معقودا عليه ما لم يسقط حقه فى الجودة بالرضاء به فهنا مادام العمل السليم معقوداً عليه لايكون المعيب معقودا عليه الا أن يرضى به وهذا بخلاف المعين فانه واهب للعمل والهبة لاتقتضي السلامة عن العيب فبالتخرق لايخرج العمل من أن يكون مأذونا فيه وبخلاف البزاغ والفصاد والحجام فهناك العمل معلوم بحده لا بصفته لانه حرج والحرج الذى هو غير ساري ليس فى وسع البشر فانما يلتزم بعقد المعاوضة مايقدر علي تسليمه دون مالايقدر فاما التحرز عن التخرق في وسع القصار فى الجملة الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وذلك لايمنع صحة التزامه بعقد المعاوضة * يوضحه أن التخرق اما أن يكون لشيء فى طى الثوب أولرقة فى الثوب أولحدة فى المدقة وكل هذا يمكن الوقوف عليه عند التأمل فاما السراية فلضعف الطبيعة عن دفع أثر الجناية ولاطريق للوقوف بحال * يوضحه أن التلف هناك لايحصل في حال العمل وانما يكون بعد الفراغ منه بمدة والعمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فما يقابل المضمون يكون مضمونا الا أنه بالفراغ منه يصير مسلما الى صاحبه فانما حصل التلف بعد خروجه من ضمان العاقد وهنا التخرق يحصل في حال العمل لا بعد الفراغ من العمل وفي حال العمل التسليم لم يوجد بعد وهو عمل مضمون عليه لانه يقابله

Marfat.com

بدل مضمون والمتولد من المضمون يكون مضمونا فاما أجير القصار فهو أجير واحد والبدل في حقه بمقابلة منافعه فلهذا لا يكون ضامنا ثم عمله للأستاذ كعمل الاستاذ بنفسه وهو لو قام بالثوب بنفسه فخرق الثوب كان ضامنا فكذلك اذا عمل له أجيره اذا عرفنا هـذا فنقول لصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمته مقصورا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه قيمته غير مقصور ولا أجر له (قال) بشر بن غياث رحمه الله وهذا الجواب صحيح على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما قبضه قبض ضمان فله أن يضمنه قيمته وقت القبض غير مقصور فأما عند أبي حنيفة رحمه الله هو خطأ لان عنده قبل قبض القصار قبض أمانة وانما الموجب للضمان عليـه العمـل فيكون له أن يضمنه قيمته معمولا ولا خيار له في ذلك ولكن الاصح ما قلنا فانا لا نقول نضمنه قيمته بالقبض ولكنه يضمنه قيمته بالاتلاف ان شاء معمولا وان شاء غير معمول لان العمل يصير مسلما من وجه باتصاله بالثوب وذلك العمل يجوز أن يكون معقودا عليه عند الرضاء به كالرديء في باب السلم مكان الجيد يكون معقودا عليه عند التجوز به فاذا وقع التغير في العمل كان له الخيار ان شاء رضي به متغيرا فضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر وان شاء لم يرض به فيخرج العمل به من أن يكون معقودا عليه ويضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان لم يهلك الثوب وأراد صاحبه أخذه كان للقصار أن يمنعه حتى يستوفي الاجر وقد بينا خلاف زفر رحمه الله في هذا والحاصل أن كل أجير يكون أثر عمله قائما في المعمول كالنساج والقصار والصباغ والفتال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف الذي أحدثه في الثوب وهو قائم فيكون له أن يحبسه ببدله وكل من ليس لعمله أثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له أن يحبس فان (قيل) في القصار عمله في ازالة الدرن والوسخ لا في احداث البياض في الثوب فالبياض للقطن صفة أصلية (قلنا) نعم ولكن لما غلب الدرن والوسخ حتى استتر به صار في حكم المعدوم وحين أظهره القصار بعمله جعل ظهوره مضافا الى عمله فيكون أثر عمله قائما في المعمول فان منعه فهلك فالجواب على ما بينا لان المنع كان بحق فلا يكون سببا موجبا للضمان فيما ليس بمضمون فلهذا يستوي الهلاك بعد المنع وقبله وعلى قول زفر رحمه الله ليس له حق الحبس فاذا حبسه كان غاصبا ضامنا للقيمة وان أراد أن يأخذ الثوب قبل تمام العمل بغير اذنه ويعطيه من الاجر بمقـدار ما عمل لم يكن له ذلك حتى يفرغ منه لان العقد لازم

Marfat.com

من الجانبين لكونه معاوضة فما ليس للقصار أن يفرق الصفقة علي صاحب الثوب فيمتنع من اقامة بعض العمل بغير اذنه فكذلك لا يكون ذلك لرب الثوب وكما أن اقامة العمل مستحق علي القصار فامساك العين الى أن يفرغ من العمل مستحق له ولهذا لا يأخذه منه صاحبه وان استأجر حمالا ليحمل له شيئا على ظهره أو على دابته الى موضع معلوم فحمله وصاحبه يمشى معه أو ليس معه فانكسر فى بعض الطريق أو عثر فانكسرت الدابة فانكسر المتاع (قال) رضى الله عنه اعلم بان الحمال أجير مشترك بمنزلة القصار وان تلف في يده بغير فعله بأن زحمه الناس ففى وجوب الضمان عليه خلاف بين أبى حنفية وصاحبيه رحمهم الله كما بينا وان تلف بفعله بان تعثر فانكسر المتاع فهو ضامن عندنا خلافا لزفر رحمه الله فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته محمولا الى الموضع الذى سقط وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء ضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له وهذا لان العمل صار مسلما ان كان صاحبه يمشى معه فلا يشكل وكذلك ان كان لا يمشى معه فانه يصير مسلما باتصاله بملكه ثم تغير قبل تمام التسليم فيثبت الخيار لهذا وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول الصفقة قد تفرقت عليه فيما لم يحصل المقصود الا بجملته فان مقصود صاحب المتاع لا يحصل الا بوصول المتاع الي موضع حاجته فاذا انكسر فى بعض الطريق فقد انفسخ العقد فيما بقى للفوات فعرفنا أن الصفقة قد تفرقت فان شاء رضي بهذا التفرق وقرر العقد فيما استوفى من العمل وأعطاه من الاجر بحصته وان شاء أبى ذلك وفسخ العقد فى الكل فيضمنه قيمته غير محمول ولا أجر له ولهذا كان الخيار لصاحب المتاع ولو هلك فى نصف الطريق بغير فعله لم يضمن شيئا عند أبى حنيفة رحمه الله وكان له نصف الاجر بخلاف ما سبق العمل من القصار لان المعقود عليه هنا صار مسلما بنفسه ولهذا لا يستوجب الحبس اذا فرغ من العمل فكان هو فى هذا الحكم كاجير الواحد بخلاف القصار فالتسليم هناك لا يتم باقامة العمل بدليل أن له أن يحبس لاستيفاء الاجر وهذا الفصل يوهن طريقة الرازى رحمه الله فى الفصل الاول ويتبين به أن الصحيح ما قلنا أولا من أن ثبوت الخيار للتغير الى البدل وقيام البدل مقام الاصل فى فسخ العقد فيه حتى أن فى هذا الموضع لما لم يجب البدل وهو الضمان لا يمكن فسخ العقد فيما أقام من العمل فكان له من الاجر بحصة ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول في الكراء الى مكة لا يعطى شيئا من كرائه حتى يرجع من مكة وكذلك

Marfat.com

كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أوعلي دابته أوسفينة ثم رجع عن ذلك فقال كل ماصار مسيرا له من الاجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وسواء كان الاجر دراهم أوثوبا أوعبدا أوغير ذلك وأصل المسئلة أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمها به عندنا عينا كان أودينا وانما تملك باحد معان ثلاثة إما التعجيل أوشرط التعجيل أو استيفاء ما يقابله وعند الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار أو الدابة الى المستأجر وحجته في ذلك أن هذا عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع والنكاح وهذا لان ماهو المعقود عليه المنفعة ومنفعة العين في حكم العين فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذلك في العقد الوارد على المنفعة والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار باجرة مؤجلة وماليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام في الشرع وهذا لان المنفعة وان كانت معدومة عند العقد حقيقة فقد جعلت كالموجودة حكما بدليل جواز العقد ولزومه وعقد المعاوضة على المعدوم لا ينعقد ولا يلتزم والشرع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقة موجوداً حكما لحاجة الناس اليه كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما والمرتد اللاحق بدار الحرب واذا صارت موجودة حكما التحقت بالموجود حقيقة فتصير مملوكة بالعقد وكما يصير مملوكا بالعقد حكما يصير مسلما بتسليم الدار بدليل أن المستأجر يملك التصرف فيه بالاجارة من الغير وأنه لو استأجر دارين فانهدمت أحدهما بالقبض لم يكن له خيار في رد الاخرى لتفرق الصفقة بعد التمام بخلاف ما قبل القبض وأنه لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها لم يكن لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المنفعة بخلاف ماقبل تسليم الدار اليها ولا يدخل على هذا ماإذا انهدمت الدار فان المنفعة لا تتلف في ضمان المستأجر لانا جعلناها كالموجودة المسلمة باعتبار عرضية الوجود في المدة وقد زال ذلك بانهدام الدار وهو كما لو جعلنا النطفة في الرحم كالحي لكونها معدة لذلك فان زال ذلك بالانفصال ميتا بطل حكم العتق والارث والوصية له لانعدام المعنى الذي لاجله جعل كالموجود والدليل عليه أن الاجرة تملك بشرط التعجيل ولو كان مقتضى مطلق العقد تأخر الملك في الاجر أولم تجعل المنفعة كالموجودة حكما لما وجب الاجر بالشرط كما قلتم في الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل ولان أكثر مافي الباب أن تقام عين الدار مقام المعقود عليه في

Marfat.com

حق انعقاد العقد فكذلك فى ملك البدل كعقد السلم فان الذمة لما أقيمت مقام المعقود عليه هناك فى انعقاد العقد ولزومه ملك البدل به بنفس العقد *وحجتنا فى ذلك أن هذا عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين فى الملك والتسليم كعقد البيع ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد فكذلك الاجرة وهذا لانه معدوم فى نفسه والملك من صفات الموجودات فالمعدوم لا يوصف بشئ سوي أنه معدوم والملك عبارة عن القدرة فلا يتحقق ذلك على المعدوم واذا لم يملك المعقود عليه فى الحال فلو ملك البدل بغير عوض وذلك ليس بقضية المعاوضة ثم عند الحدوث تملك المنفعة بعقد المعاوضة بغير عوض لان العوض كان مملوكا له من قبل وملكه لا يكون عوضا عن ملكه ولا وجه أن يقال ان المنافع التى تحدث فى المدة تجعل موجودة حكما لانه انما يقدر الشئ حكما اذا كان يتصور حقيقة كما فيما استشهدوا به فان الحى يتصور فيه الموت والميت يتصور فيه الحياة ولا تصور لوجود المنافع التى تحدث فى المدة جملة فلا يجوز أن يقدر حكما فاما جواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة تجعل موجودة حكما وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد فان المنفعة عرض لا يتصور بقاؤها وقتين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه والجزء الموجود حقيقة لا بقاء له ليسلم عقيب العقد ومالا يتصور فيه التسليم بحكم العقد لا يكون محلا لعقود المعاوضة فلو جعلناها كالموجودة حقيقة لم تقبل العقد فبهذا تبين أن جواز العقد لم يكن بالطريق الذى قاله الخصم بل بأحد الطريقين اما باقامة عين الدار المنتفع بها مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب ثم انعقاد العقد فى حق المعقود عليه فى حكم المضاف الى وقت الحدوث وهو معنى ماقلنا إن عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة وهذا لان الايجاب بعد الوجود لا يتحقق وحكم الانعقاد بعد الايجاب يحتمل التأخير في حكم المحل كالطلاق المضاف والعتق المضاف والوصية والمزارعة على أصل الخصم والمضاربة بالاتفاق أو باعتبار انه لما تعذر الايجاب بعد وجود المنفعة سقط اعتبار الوجود فيه شرعا لانعقاد العقد تيسيرا ولكن عرضية الوجود بكون العين منتفعا بها تكفى لانعقاد العقد كما لو تزوج رضيعة صح النكاح باعتبار أن عرضيه الوجود فيما هو المعقود عليه وهو ملك الحل يقام مقام الوجود وعلى الطريقين جميعا اقامة الشئ مقام غيره تكون بطريق الضرورة فتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة فى ملك البدل بنفس العقد لان الملك حكم السبب والحكم قد يتأخر عن السبب وانما الشرط أن لا يخلو السبب عن الحكم فأما أن يقترن

Marfat.com

به فلا وفى حكم ملك البدل لاضرورة فاعتبرنا ماهو الاصل وهو أن يتأخر الى وجود الملك فيما يقابله والدليل عليه أن قبل تسليم الدار لايجب تسليم الاجر ولو جعلت المنفعة كالعين لكان أول التسليمين على المستأجر كالثمن في بيع العين ولا يقول أن المنفعة دين فان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة فى الذمة فكيف نقول ذلك وانما يتحقق العدم عند العقد فما يكون دينا فهو فى حكم الموجود بوجود محله ولهذا جعلنا المسلم فيه مملوكا بنفس العقد وجعلنا بدله مملوكا حتى وجب على رب السلم تسليمه بنفس العقد وهذا بخلاف النكاح فالمعقود عليه هناك العين والملك فى باب النكاح لايحتمل التأخر عن السبب فلهذه الضرورة جعلناه كالموجود فى حكم الملك فاما اذا شرط التعجيل فنقول امتناع الملك بنفس العقد كان بمقتضى مطلق المعاوضة وذلك يتغير بالشرط بمنزلة البيع فان مقتضى مطلق العقد ملك المبيع بنفس العقد ثم يتأخر بشرط الخيار ومقتضى مطلق البيع وجوب تسليم الثمن بنفس العقد ثم يتعين شرط الاجل بخلاف الاجارة المضافة فان امتناع ثبوت الملك هنا ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لايكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط واذا ثبت أنه يملك بشرط التعجيل ثبت أنه تملك بالتعجيل أيضا لانه فوق اشتراط التعجيل وذلك لان الملك يثبت بالقبض وللقبض تأثير فى اثبات الملك فيما لم يملك بنفس العقد كما في الهبة ونفقة الزوجة تملك بالقبض لمدة فى المستقبل ولا يملك بنفس العقد ثم كما لا ضرورة فى الملك لاضرورة فى التسليم لانه قد يتأخر التسليم عن العقد فلا يجعل مسلما بتسليم الدار وهذا لان تأثير التسليم بحكم المعاوضة فى نقل الضمان ولما لم ينتقل الى ضمان المستأجر عرفنا أنه لم يصر مسلما اليه وجواز تصرفه من الوجه الذى يجوز فيه تصرف الآخر لعجزه عن التصرف بعد الوجود حقيقة كما بينا وكذلك فى حكم تفرق الصفقة فانه لايمكن اثبات ذلك عند القبض حقيقة فتقام الدار فيه مقامه كما فى حكم التصرف وصحة تسمية المنفعة صداقا لانه ليس من ضرورة صحة العقد ملك المسمى بنفس العقد فانه في حكم البيع عندنا ولهذا لو تزوج امرأة على عبد الغير صحت التسمية ويتأخر الملك الا أن يحصل الزوج ملك العقد لنفسه وانما يعتبر مجرد تسليم الدار فى سقوط حقها في الحبس لوجود الرضاء منها بذلك فانها لما جعلت الصداق المنافع التي توجد فى المدة مع علمها أنه لا يتصور تسليمها جملة فقد صارت راضية بسقوط حقها فى الحبس عند تسليم الدار اليها لتحدث المنفعة على ملكها بمنزلة ما لو زوجت نفسها

Marfat.com

بمهر منجم وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا في الكراء الى مكة لا يعطيه شيئا من الكراء حتى يرجع من مكة وهو قول زفر رحمه الله لان مقصوده لا يتم الا به ووجوب تسليم الاجر بعد حصول المقصود كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا لا يلزمه ايفاء الاجر مالم يفرغ من العمل ثم رجع فقال كلما سار مسيرا له من الاجر شئ معروف فله أن يأخذه بذلك وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان العمل بحسبه يصير مسلما وانما يجب تسليم الاجر عند تسليم ما يقابله وكان ينبغي في القياس أنه كلما سار شيئا ولو خطوة يجب تسليم ما يقابله من الاجر ولكن ذلك القدر لا يعرف فلو أخذنا بالقياس لم نتفرغ الى شغل آخر بل يسلم الاجر في كل ساعة بقدر ما يستوفي من العمل وذلك بعيد وكان الكرخي رحمه الله يقول كلما سار مرحلة أو في حصته من الاجر وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سار ثلث الطريق طالب بحصته من الاجر لان هذا القدر من الطريق قد يكترى المرء فيه دابة ثم ينتقل الى أخري وعلي هذا لو استأجر دارا مدة معلومة ففي قوله الاول ما لم تنته المدة لا يجب تسليم الاجر وفي قوله الآخر اذا مضى من المدة ماله حصة معلومة من الاجر يجب ايفاء الاجر بحسابه فالكرخي رحمه الله قدر ذلك بيوم وان عجل الاجر كله فهو جائز لانه أخذ بالفضل وأوفى قبل وجوب الايفاء فهو كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله وليس له أن يرجع فيما عجل من الاجر لان المستأجر ملك ذلك بالقبض بعد انعقاد العقد فلا يرجع فيه حال بقاء العقد وان شرط في العقد أن لا يسلم الاجر حتى يرجع أو حتى تنتهي المدة فهو جائز أما في قوله الاول فهذا شرط يوافق مقتضي العقد وفي قوله الآخر هذا اشتراط الاجل في الاجر والاجر قياس الثمن يثبت الاجل فيه اذا كان دينا ولا يصح التأجيل فيه اذا كان عينا ولو أبرأه عن جميع الاجر أو وهبه له فان كان ذلك دينا لم يصح ذلك في قول أبي يوسف الآخر رحمه الله وصح في قوله الاول وهو قول محمد رحمه الله ولا تبطل به الاجارة وان كان عينا لم يصح حتى يقبل الآخر فان قبل بطلت الاجارة لان المعين من الاجر كالمبيع والمشترى اذا وهب المبيع من البائع قبل القبض لا تصح الهبة مالم يقبل فاذا قبل انفسخ العقد فأما اذا كان دينا فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قول أبي يوسف الاول وهو قو محمد رحمهما الله يجب الاجر بالعقد مؤجلا والابراء عن الدين المؤجل صحيح وفي قوله الآخر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا والابراء قبل الوجوب لا يصح وعلى هذا الاصل

Marfat.com

بنوا مسئلة المصارفة على هذا ولكن هذا شئ لا يروى عن محمد رحمه الله نصا وفي الجامع بنى المسائل علي أن الاجر لايجب بنفس العقد عينا كان أو دينا ولكن وجه قوله الاول أن سبب الوجوب هو العقد والعقد منعقد الا أن الوجوب تأخر لتأخر ما يقابله والابراء بعد وجوب سبب الوجوب صحيح كالابراء عن نفقة العدة مشروطا فى الخلع وهذا لان السبب لما اعتبر فى جواز أداء الواجب وأقيم مقام الوجوب فكذلك في الاسقاط وجه قوله الآخر أن الابراء اسقاط واسقاط ماليس بواجب لا يتحقق والهبة تمليك وتمليك ماليس بمملوك لا يصح ولو جاز الابراء وبقى العقد بملك المستأجر المنفعة عند الاستيفاء بغير عوض وهذا يخالف قضية الاجارة فانه من حكم الاعارة ولا خلاف بينهما أن الابراء عن بعض الاجرة قبل استيفاء شئ من المنفعة صحيح لان هذا بمنزلة الحط فيلتحق بأصل العقد ويصير كانه عقد فى الابتداء بما بقى ولو باعه بالاجر متاعا وسلمه اليه فهو جائز لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة (ألا ترى) انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على أن لا دين بقى الشراء صحيحا ثم لما اتفقا على المقاصة بالاجر مع علمهما بأنه لايجب بنفس العقد فكأنهما شرطا تعجيل الاجر ويجعل ذلك مضمرا فى كلامهما لتحصيل مقصودهما كما اذا قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم يجعل التمليك مضمرا لتحصيل مقصودهما فيصير الاجر بالثمن قصاصا بهذا الطريق ولا يكون للبائع حق حبس المبيع باستيفاء الثمن فان لم يوفه العمل لعذر رجع عليه بالدراهم دون المتاع لانه لما انفسخ العقد بعد ماصار مستوفيا للأجر بالمقاصة وجب رد مااستوفى كما لو استوفاه حقيقة أولما انفسخ العقد ظهر أن الاجر غير واجب وان المقاصة لاتقع به ولكن أصل الشراء بقى صحيحا بثمن فى ذمته فيطالبه بالثمن وان باعه المستأجر بالدراهم دنانير ودفعها اليه قبل استيفاء المنفعة فهو جائز فى قول أبي يوسف رحمه الله الاول وهو قول محمد رحمه الله وفى قوله الآخر الصرف باطل فاذا افترقا قبل ايفاء العمل فوجه قوله الاول أنهما لما أضافا عقد الصرف الي الاجرة فقد قصد المقاصة بها ولا وجه لتحصيل مقصودهما الا بتقديم اشتراط التعجيل فيقدم ذلك لتحصيل مقصودهما ثم المضمر كالمصرح به ولو صرح باشتراط التعجيل ثم صارف به دينارا وقبضه لم يبطل العقد بالافتراق فكذلك اذا ثبت ذلك ضمنا في كل منهما وهو نظير الشراء والدليل عليه أن من كفل عن غيره عشرة دراهم بأمره ثم صارف به مع المكفول عنه دينارا قبل أن يؤدي جاز ذلك لوجود السبب وان لم يجب دينه على المكفول عنه مالم

Marfat.com

يود مثله وجه قوله الآخر أن وجوب العشرة مقترن بعقد الصرف وما يجب بعقد الصرف اذا لم يقبض حتى افترقا بطل العقد كما لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم مطلقا وبيان ذلك أن الاجر لم يجب بعقد الاجارة بالاتفاق قبل استيفاء العمل ولا سبب للوجوب بعده سوى الصرف فعرفنا أنه واجب بعقد الصرف والذي قال من أنه يقدم اشتراط التعجيل ليس بقوى لان الحاجة الى اشتراط التعجيل للمقاصة به لا لصحة عقد الصرف فعقد الصرف صحيح بدراهم فى ذمته وأوان المقاصة بعد عقد الصرف فهب أن شرط التعجيل يثبت مقدما على المقاصة فانما يكون ذلك بعد عقد الصرف أو معه وبدل الصرف لا يجوز أن يكون قصاصا بدين يجب بعده فان (قيل) يجعل شرط التعجيل مقدما على عقد الصرف لانه لا يمكن تحصيل مقصودهما وهو المقاصة الا به (قلنا) انما يقدم على العقد بطريق الاجبار ماهو من شرائط العقد ووجوب الأجر ليس من شرائط عقد الصرف بدليل أنه لو نقد العشرة فى المجلس كان العقد صحيحا ثم لا يشتغل بالاحتيال لبقاء العقد صحيحا (ألا ترى) انه لو باعه عشرة وثوبا بعشرة وثوب وافترقا قبل القبض بطل العقد في الدراهم ولو صرفنا الجنس الى خلاف الجنس لم يبطل ولكن قيل يحتال للتصحيح فى الابتداء ولا يحتال للبقاء علي الصحة والدليل عليه أن الاجرة اذا كانت بقرة بعينها فصارف بها دينارا وافترقا قبل قبض البقرة لم يصح ولو كان اشتراط التعجيل معتبرا فى ابقاء العقد صحيحا لاستوى فيه العين والدين وأما مسئلة الكفيل فبالكفالة كما وجب للطالب علي الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الي أدائه والمصارفة بالدين المؤجل صحيح وقد بينا ههنا ان الأجر لا يجب بنفس العقد عينا كان أو دينا فيبطل عقد الصرف بالافتراق قبل قبض الدراهم وان مات قبل أن يوفيه العمل وقد حمله بعض الطريق أو لم يحمله فانه يرد عليه من الدراهم بقدر مالم يوفه من العمل وفي قوله الاول لانه صار مستوفيا للأجر بطريق المقاصة فبقدر ما ينفسخ العقد فيه يلزمه رده وفي قوله الآخر الصرف باطل فعليه رد دينار وان شرط فى الأجل مدة معلومة فذلك صحيح واعتبار الأجل من حين يجب الاجر لان الأجل يؤخر المطالبة ولا يتحقق ذلك قبل الوجوب وان كان الاجر شيئا له حمل ومؤنة فلم يشترط له مكان الايفاء في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله العقد فاسد وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز وهو نظير اختلافهم فى المسلم فيه وقد بيناه في البيوع فان قيل أليس أن الاجر بمنزلة الثمن فى البيع ولو كان الثمن

Marfat.com

شيئا له حمل ومؤنة لايشترط فيه بيان مكان الايفاء فكيف يشترط ذلك في الاجر عند أبي يوسف رحمه الله (قلنا) في الثمن ان لم يكن مؤجلا فالايفاء يجب بنفس العقد ويتعين موضع العقد لايفائه لانه مكان وجوب التسليم وان كان مؤجلا ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله إحداهما انه لابد من بيان مكان الايفاء كما في السلم لان وجوب التسليم الآن عند حلول الاجل ولا يدرى في أى مكان يكون عند ذلك فلا يصح العقد الا ببيان مكان الايفاء وفى الرواية الاخرى يجوز لان البيع فى الاصل يوجب تسليم الثمن بنفسه وباعتبار هذا المعنى يتعين موضع العقد للتسليم لان فى ذلك امكان وجوب التسليم وانما تأخر بعارض شرط الاجل لان شرط الاجل معتبر فى تأخير المطالبة لا فى نفى الوجوب فبقى مكان العقد متعينا للتسليم بمقتضى العقد فاما السلم فلا يوجب تسليم المسلم فيه عقيب العقد بحال وانما يوجب ذلك عند سقوط الاجل فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم والاجارة نظير السلم لان مطلق العقد لا يوجب تسليم الاجر عليه عقيبه بحال فلا يتعين موضع العقد لايفائه ولا بد من بيان مكان الايفاء لان بدون بيان المكان تتمكن فيه جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فالعقد صحيح هنا كما فى السلم الا أن هناك عندهما يتعين موضع العقد للتسليم لان وجوب التسليم فيه بنفس العقد وهنا في اجارة الارض والدار تعين موضع الارض والدار للايفاء لان وجوب الاجر هنا باستيفاء المنفعة لا بنفس العقد والاستيفاء يكون عند الدار فيجب تسليم الاجر فى ذلك الموضع وفى الحمولة حيث ماوجب له ذلك وفي العمل بيده حيث يوفيه العمل فان طالبه به في بلد آخر لم يكلف حمله اليه ولكن يستوثق له منه حتى يوفيه فى موضعه لانه يطالب بايفاء مالزمه ولم يلزمه الحمل الى مكان آخر ولكن يستوثق منه مراعاة لجانب الطالب وله أن يأخذه فى الدراهم والدنانير حيث شاء لانه صار دينا فى ذمته وليس له حمل ومؤنة فيطالبه بالايفاء حيثما لقيه والله أعلم

باب السمسار

(قال رحمه الله ذكر حديث قيس بن أبي غرزة الكنانى قال كنا نبتاع الاوساق بالمدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمانا باسم هو أحسن من اسمنا قال صلى الله عليه وسلم يامعشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه

Marfat.com

بالصدقة والسمسار اسم لمن يعمل للغير بالاجر بيعا وشراء ومقصوده من ايراد الحديث بيان جواز ذلك ولهذا بين في الباب طريق الجواز ثم ذكر أن النبي صلى الله عليه وسلم سماهم بما هو أحسن مما كانوا يسمون به أنفسهم وهو الاليق بكرم رسول الله صلى الله عليه وسلم وحسن معاملته مع الناس وانما كان اسم التجار أحسن) لان ذلك يطلق فى العبادات قال الله تعالى هل أدلكم علي تجارة تنجيكم من عذاب اليم وفيه دليل على أن التاجر يندب له الى أن يستكثر من الصدقة لما أشار صلوات الله عليه فى قوله ان البيع يحضره اللغو والحلف معناه أنه قد يبالغ فى وصف سلعته حتى يتكلم بما هو لغو وقد يجازف فى الحلف لترويج سلعته فيندب الى الصدقة ليمحو أثر ذلك كما قال الله تعالي ان الحسنات يذهبن السيئات وقال صلي الله عليه وسلم أتبع السيئة الحسنة تمحها واذا دفع الرجل الي سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لى بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره علي عمل لا يقدر علي اقامته بنفسه فان الشراء لا يتم مالم يساعده البائع على البيع وكذلك ان سمى له عدد الثياب أو استأجره لبيع طعام أو شراء طعام وجعل أجره على ذلك من النقود أو غيرها فهذا كله فاسد وكذلك لو شرط له على كل ثوب يشتريه درهما أو على كر من حنطة يبيعه درهما فهو فاسد لما بينا وان استأجره يوما الى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز لان العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه (ألا ترى) انه لو سلم اليه نفسه في جميع اليوم استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الاول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الاجر بتسليم النفس اذا لم يعمل به ثم فيما كان من ذلك فاسداً اذا اشترى وباع فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى له لانه استوفي المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أمره بالبيع والشراء ولم يشترط له أجرا فيكون وكيلا معينا له ثم يعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الاجر وأبو حنيفة رحمه الله فى هذا لا يخالفهما فان التعويض فى هبة الاعيان مندوب اليه عند الكل فكذلك فى هبة المنافع وقد أحسن اليه بالاعانة وانما جزاء الاحسان الاحسان وان قال بع المتاع ولك الدرهم أو اشتر لى هذا المتاع ولك الدرهم ففعل فله أجر مثله ولا يجاوز به ماسمى لانه استأجره للعمل الذى سماه بدرهم فان جواب الامر بحرف الواو كجواب الشرط بحرف الفاء ولو قال ان بعت هذا

Marfat.com

المتاع لى فلك درهم كان استئجارا فكذلك اذاقال بعه ولك درهم ثم قد استوفى المعقود عليه بحكم اجارة فاسدة فيلزمه أجر مثله والله أعلم بالصواب

باب الكفالة بالاجر

(قال رحمه الله ولا تجوز الكفالة والحوالة فى جميع الاجارات بالاجرة فى عاجلها وآجلها لان الاجرة وان لم تجب بنفس العقد فالسبب الموجب قد وجدوا لكفالة بعد وجود السبب صحيحة كالكفالة بالدرك وهذا لان المقصود به التوثق وكما يحتاج الى التوثق فيما هو واجب فكذلك فيما هو بعرض الوجوب ثم الكفالة بدين سيجب صحيحة كالكفالة بما يدور له على فلان والرهن بالاجر صحيح لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل الوجوب صحيح فالرهن به كذلك واذا ثبت جواز الرهن به ثبت جواز الكفالة بطريق الاولى ثم يجب على الكفيل نحو ماعلى المكفول عنه ان لم يشترط خلافه في تعجيل أو تأخير لان الكفالة للضم فتنضم به ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل فيما هو ثابت فيه بصفته ثم الكفيل يلتزم المطالبة التى هى على الاصيل ولهذا لاتصح الكفالة الا بمضمون يطالب به الاصيل وليس للكفيل أن يأخذ المستأجر بالاجر حتى يؤديه ولكنه ان ألزمه به صاحبه فله أن يلزم المكفول عنه حتى يفكه ويؤديه عنه لان ما استوجب الكفيل على الاصيل مؤخر الى وقت أدائه فانه بالكفالة أقرض ذمته من الاصيل فيجب له مثل ما التزمه فى ذمة الاصيل وبالاداء يصير مقرضا ماله منه حين أسقط دين الطالب عنه فيرجع عليه بمثله والحاصل أنه يعامل الاصيل بحسب ما يعامل ان طولب طالب وان لوزم لازم وان حبس حبس وان أدى رجع وان عجل الكفيل الاجر من عنده قبل الوقت الذى يتمكن صاحبه من مطالبة المستأجر لم يرجع به الكفيل على المستأجر حتى يجيء ذلك الوقت لان الكفيل متبرع للاداء قبل حلول الاجل وتبرعه لايسقط حق الاصيل فى الاجل الذى كان ثابتا له وكما أن الطالب لايتمكن من الرجوع على الاصيل قبل حلول الأجل فكذلك الكفيل وان اختلفا فى مقدار الاجر فالقول قول المستأجر مع يمينه لانه منكر للزيادة فان أقر الكفيل بفضل على ذلك لزمه من عنده ولم يرجع به عليه لان اقراره حجة عليه دون الاصيل وان أقاموا البينة فالبينة بينة الاجير لاثباته الزيادة وله الخيار فى استيفاء ماأثبته بين أن يطالب به الكفيل أو

Marfat.com

الاصيل وان استأجر دارا بثوب بعينه وكفل به رجل فهو جائز لان تسليم العين مستحق على المستأجر بسبب العقد عند استيفاء العمل فانما التزم الكفيل تسليما مستحقا على الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة والكفالة بمثله صحيحة عندنا بمنزلة الكفالة بالنفس فان استكمل السكنى وهلك الثوب عند صاحبه برئ الكفيل لان الكفيل التزم تسليم الثوب وقد برئ الاصيل عن تسليم الثوب بالهلاك فيبرأ الكفيل كما لو مات المكفول بنفسه بخلاف الكفالة بالعين المغصوبة فهناك الغاصب لا يبرأ عن تسليم الثوب بالهلاك ولهذا يلزمه قيمته والقيمة تقوم مقام العين وهنا المستأجر برئ عن تسليم الثوب حتى لا تلزمه قيمته ولكن انفسخ العقد بهلاك الثوب قبل التسليم فيلزمه أجر مثل الدار لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد والكفيل ما التزم من أجر مثل الدار شيئا فلهذا برئ من الكفالة وان استأجر الدار بخدمة عبد شهرا وكفل رجل بالخدمة لم يجز لانه التزم ما لا يقدر على ايفائه بخدمة عبد بعينه لا يمكن ايفاؤها من محل آخر وان كفل بنفس العبد فانه يؤخذ به لان تسليم نفس العبد بالعقد يستحق على المؤاجر وهو مما تجرى فيه النيابة فتصح الكفالة به ويطالب الكفيل بتسليمه فاذا مضى الشهر وأقر المكفول له انه كان حقه قبل خدمة الشهر الماضي برئ الكفيل من ذلك لان المطالبة بتسليم العبد تسقط عن الاصيل بمضى الشهر وفوات المعقود عليه فبرئ الكفيل وله أجر مثل الدار على المستأجر لان منفعة الدار بقيت مستوفاة وقد انفسخ العقد بفوات ما يقابلها قبل الاستيفاء فيجب رد المستوفى ورد المنفعة برد أجر المثل ولا شئ على الكفيل من ذلك واذا استأجر محملا أو زاملة الى مكة وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز لانه كفل بما هو مضمون فى ذمة الاصيل وتجرى النيابة فى ايفائه لان الحمولة اذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على ايفائه كما يقدر الاصيل فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ المؤاجر فكذلك اذا استأجر منه ابلا بغير أعيانها يحمل عليها متاعا مسمى الى بلد معلوم وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذى ذكرنا ولو استأجر ابلا باعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة لان الكفيل لا يقدر على ايفاء المكفول به من مال نفسه فان غير ما عين لا يقوم مقام المعين فى الايفاء فهو بمنزلة مالو كفل بمال بشرط أن يؤدى ذلك من مال نفسه الاصيل وذلك باطل ولو استأجر دارا ليسكنها أو أرضا ليزرعها أو رجلا ليخدمه وكفل له رجل بالوفاء بذلك كله فهو باطل لان الكفيل عاجز عن ايفاء ما التزم بماله ونفسه وبنفس الكفالة

Marfat.com

لاتثبت له الولاية على مال الاصيل ليوفى ما التزم منه وكل شيء أبطلنا فيه الكفالة من هذا فالاجارة جائزة نافذة اذا لم تكن الكفالة شرطا فى الاجارة لانهما عقدان مختلفان ففساد أحدهما لايوجب فساد الآخر وان كانت الكفالة شرطا فى الاجارة فعقد الاجارة نظير البيع في انه يبطل بالشرط الفاسد وان عجل له الاجر وكفل له الكفيل فالاجر ان لم يوفه الخدمة والسكنى والزراعة فهذا جائز لانه كفل بدين مضاف الى سبب وجوبه وان أسلم ثوبا الى خياط ليخيطه له بأجر مسمى واخذ منه كفيلا بالخياطة فهو جائز لانه كفل بمضمون تجرى فيه النيابة فان المستحق على الخياط العمل فى ذمته ان شاء أقامه بنفسه وان شاء أقامه بنائبه فتمكن الكفيل من ايفاء هذا العمل أيضا فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء فان خاطه الكفيل رجع على المكفول عنه بأجر مثل ذلك العمل بالغا ما بلغ لانه أوفى عنه ما التزم بأمره فيرجع عليه بمثله وبمثل الخياطة أجر المثل وان كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده فهذا شرط مفيد معتبرا لتفاوت الناس فى عمل الخياطة واذا ثبت أن المستحق عليه اقامة العمل بيده لم تصح الكفالة له به لان الكفيل عاجز عن ايفائه بنفسه وبالكفالة لاتثبت له الولاية على يد الاصيل ليوفى ماالتزمه بيده فلهذا يطلب الكفالة وكذلك سائر الاعمال والله أعلم

باب اجارة الظئر

(قال رحمه الله الاستئجار للظئورة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فاتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى يعنى باجر وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وكانوا عليه فى الجاهلية وقد استؤجر لارضاع رسول الله صلى الله عليه وسلم حليمة وبالناس اليه حاجة لان الصغار لايتربون الا بلبن الآدمية والام قد تعجز عن الارضاع لمرض أو موت أو تأبى الارضاع فلا طريق الى تحصيل المقصود سوى استئجار الظئر جوز ذلك للحاجة وزعم بعض المتأخرين رحمهم الله أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن تبع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع والمعقود عليه هو منفعة الثدى

Marfat.com

فنفعة كل عضو علي حسب ما يليق به وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وقد ذكر فى الكتاب انها لو ربت الصغير بلبن الانعام لا يستحق الاجر وقد قامت بمصالحه فلو كان اللبن تبعا ولم يكن الاجر بمقابلته لاستوجبت الاجر ثم بدأ الباب بحديث زيد بن على قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد وهو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان اللبن فى حكم جزء من عينها لانه يتولد منها فتؤثر فيه حماقتها ويظهر أثر فى ذلك الرضيع لما للغذاء من الاثر ونظيره ماروى عن النبي صلي الله عليه وسلم أنه قال لا ترضع لكم سيئة الخلق واذا استأجر ظئرا ترضع صبيا له سنتين حتى تفطمه باجر معلوم فهو جائز لانه استأجرها بعمل معلوم ببدل معلوم وطعامها وكسوتها على نفسها لانها شرطت عليهم الاجر المسمى بمقابلة عملها فيما سوى ذلك حالها بعد العقد كما قبل العقد وترضعه فى بيتها ان شاءت وليس عليها أن ترضعه فى بيت أبيه لانها بالعقد التزمت فعل الارضاع وما التزمت المقام في بيتهم وهى تقدر على ايفاء ما التزمت فى بيت نفسها فان اشترطت كسوتها كل سنة ثلاثة أثواب زطية واشترطت عند الفطام دراهم مسماة وقطيفة ومسحا وفراشا فذلك جائز استحسانا عند أبى حنيفة رحمه الله فى هذا الموضع خاصة دون سائر الاجارات وفي قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا يجوز وهو القياس وكذلك ان اشترطت عليهم طعاما فهو على هذا الخلاف *وجه القياس ان هذا عقد اجارة فلا يصح الا باعلام الأجرة كما في سائر الاجارات والطعام مجهول الجنس والمقدار والصفة والكسوة كذلك وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما فى سائر الاجارات لانها تفضى الي المنازعة فكذلك هنا وهذا قياس يشده الاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره فان أقامت العمل فلها أجر مثلها لانها وفت المعقود عليه بحكم عقد فاسد الا أن يسموا لها ثيابا معلومة الجنس والطول والعرض والرقعة ويضربوا لذلك أجلا ويسموا لها كل يوم كيلا من الدقيق معلوما فحينئذ يجوز كما فى سائر الاجارات والبيوع وأبو حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف يعنى أجرا علي الارضاع بعد الطلاق (ألا ترى) انه قال وعلى الوارث مثل ذلك وذلك أجر الرضاع لا نفقة النكاح ولان الناس تعارفوا بهذا العقد بهذه الصفة وليس

Marfat.com

فى عينه نص يبطله وفى النزوع عن هذه العادة حرج لانهم لايعدون الظئر من أهل بيتهم فالظاهر أنهم يستنكفون عن تقدير طعامها وكسوتها كما يستنكفون عن تقدير طعام الزوجات وكسوتهن ثم انما لم يجوز هذا فى سائر الاجارات لتمكن المنازعة فى الثانى وذلك لايوجد هنا لانهم لايمنعون الظئر كفايتها من الطعام لان منفعة ذلك ترجع الى ولدهم وربما يكفلونها أن تأكل فوق الشبع ليكثر لبنها وكذلك لايمنعونها كفايتها من الكسوة لكون ولدهم فى حجرها ثم أحد العوضين في هذا العقد يتوسع فيه مالا يتوسع فى سائر العقود حتى أن اللبن الذى هو عين حقيقة يستحق بهذه الاجارة دون غيرها فكذلك يتوسع فى العوض الآخر في هذا العقد مالا يتوسع فى غيره واذا جاز العقد عنده كان لها الوسط من المتاع والثياب المسماة لانها لا تستحق ذلك بمطلق التسمية فى عقد المعاوضة فينصرف الى الوسط كما فى الصداق اذا سمى لها عبدا أو ثوبا هرويا وهذا لان فى تعيين الوسط نظراً من الجانبين ولو اشترطوا عليها أن ترضع الصبي فى منزلهم فهو جائز كما فى سائر الاجارات اذا شرط المستأجر على الاجير اقامة العمل فى بيته وهذا لانهم ينتفعون بهذا الشرط فانها تتعاهد الصبي فى بيتهم مالا تتعاهده فى بيت نفسها وربما لايحتمل قلبها غيبة الولد عنهما والشرط المفيد فى العقد معتبر فان كان لها زوج فاجرت نفسها للظئرة بغير اذنه فللزوج أن يبطل عقد الاجارة قيل هذا اذا كان الزوج مما يشينه أن تكون زوجته ظئرا فلدفع الضرر عن نفسه يكون له أن يفسخ العقد فاما اذا كان ممن لا يشينه ذلك لا يكون له أن يفسخ والاصح أن له ذلك فى الوجهين لانها ان كانت ترضعه فى بيت أبويه فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان كانت ترضعه فى بيت نفسها فللزوج أن يمنعها من ادخال صبي الغير منزله ولانها فى الارضاع والسهر بالليل تتعب نفسها وذلك ينقص من جمالها وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها من الاضرار به في حقه كما يمنعها من التطوعات وهذا اذا كان زوجها معروفا فان كان مجهولا لاتعرف أنها امرأته الا بقولها فليس له أن ينقض الاجارة لان العقد قد لزمها وقولها غير مقبول فى حق من استأجرها ولانه تمكن تهمة المراضعة مع هذا الرجل بان يقر له بالنكاح ليفسخ الاجارة وهو نظير المنكوحة اذا كانت مجهولة الحال فاقرت بالرق علي نفسها فانها لاتصدق في ابطال النكاح فان هلك الصبي بعد سنة فلها أجر مامضى ولها مما اشترطت من الكسوة والدراهم عند الفطام بحساب ذلك لانها أوفت المعقود عليه فى المدة الماضية فتقرر حقها فيما

Marfat.com

يقابل ذلك من البدل ثم تتحقق فوات المقصود فيما بقي فلا يجب مايخصه من البدل ولوضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة (ألا ترى) أنه ليس لها أن تشغل نفسها في المدة عن رضاع الصبي ولا أن تؤاجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه وليس عليها من عمل أبوى الصبي شيء ان كلفوها عجنا أو طبخا أو خبزا لانها التزمت بالعقد الظؤرة وهذه الاعمال لاتتصل بالظؤرة فلا يلزمها الا أن تتطوع به فأما عمل الصبي وغسل ثيابه وما يصلحه مما يعالج به الصبيان من الدهن والريحان فهو على الظئر لان هذا من عمل الظؤرة وان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشترى له الطعام لانها التزمت تربيته بلبنها دون الطعام ولكن ذلك كله على أهله وعليها أن تهيأه له لان ذلك من عمل الظؤرة فقد جعل الدهن والريحان عليها بخلاف الطعام وهذا بناء على عادة أهل الكوفة والمرجع في ذلك الى العرف في كل موضع وهو أصل كبير في الاجارة فان ما يكون من التوابع غير مشروط في العقد يعتبر فيه العرف في كل بلدة حتى قل في استئجار اللبان إن الزنبيل واللبن على صاحب اللبن بناء على عرفهم والسلك والابرة على الخياط باعتبار العرف والدقيق على صاحب الثوب دون الحائك فان كان عرف أهل البلدة بخلاف ذلك فهو على ما يتعارفون وحثي التراب على الحفار في القبر باعتبار العرف واخراج الخبز من التنور على الخباز وغرف المرقة في القصاع على الطباخ اذا استأجر لطبخ عرس وان استؤجر لطبخ قدر خاص فليس ذلك عليه لانعدام العرف فيه وادخال الحمل المنزل على الحمال اذا حمله على ظهره وليس عليه أن يصعد به على السطح أو الغرفة للعرف واذا استأجر دابة ليحمل عليها حملا الى منزله فانزال الحمل عن ظهر الدابة على المكارى وفي ادخاله المنزل يعتبر العرف والاكاف على صاحب الدابة وفي الجواليف والحبل يعتبر العرف وكذلك في السرج واللجام يعتبر العرف فهو الاصل أما التوابع التي لاتشترط عند العقد يعتبر العرف فيها وبه يفصل عند المنازعة واذا أراد أهل الصبي أن يخرجوا الظئر قبل الاجل فليس لهم ذلك الا من عذر لان العقد لازم من الجانبين الا أن الاجارة تنفسخ بالعذر عندنا على مانبينه في بابه ثم العذر لهم في ذلك أن لا يأخذ الصبي من لبنها فيفوت به ماهو المقصود ولا عذر أبين من ذلك وكذلك اذا تقايلا لبنها لان ذلك يضر بالصبي عادة

Marfat.com

فالحاجة الى دفع الضرر عنه عذر فى فسخ الاجارة وكذلك اذا حبلت لان لبنها يفسد بذلك ويضر بالصبي فاذا خافوا على الصبي من ذلك كان لهم عـذر وكذلك ان كانت سارقة فانهم يخافون على متاعهم ان كانت في بيتهم وعلى متاع الصبي وحليته اذا كان معها وكذلك ان كانت فاجرة بينـة فجورها فيخافون على أنفسهم فهذا عـذر لانها تشتغل بالفجور وبسببه ينقص من قيامها بمصالح الصـبي وربما تحمل من الفجور فيفسد ذلك لبنها وهذا بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي ولا يبعد أن يقال عيب الفجور فى هذا فوق عيب الكفر (ألا ترى) انه قد كان فى بعض نساء الرسل كافرة كامرأة نوح ولوط عليهما السلام ومابغت امرأة نبي قط هكذا قال رسـول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك اذا أرادوا سفراً فتأبى أن تخرج معهم فهذا عذر لانه لا يتعذر الخروج للسفر عند الحاجة لما عليهم من ذلك من الضرر ولا تجبر هى على الخروج معهم لانها ما التزمت تحمل ضرر السفر ولا يمكنهم ترك الصبي عندها لان غيبتهم عن الولد توحشهم فلدفع الضرر يكون لهم أن يفسخوا الاجارة وليس للظئر أن تخرج من عندهم الا من عـذر وعذرها من مرض يصيبها لا تستطيع معه الرضاع لانها تتضرر بذلك وربما يصيبها انضمام تعب الرضاع الى المرض ولهم أن يخرجوها اذا مرضت لانها تعجز بالمرض عما هو مقصودهم وهو الارضاع فربما يقل بسببه لبنها أو يفسـد وكذلك ان لم يكن زوجها سلم الاجارة فله أن يخرجها لما بينا وكذلك ان لم تـكن معروفة بالظئورة فلها أن تفسخ لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلي به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك تضررت ولانها تغيرت من هذا العمل علي ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها وما كانت تعرف ما يلحقها من الذل اذا لم تكن معروفة بذلك فاذا عملت كان لها أن تفسخ العقد وان كان أهل الصبي يؤذونها بالسنتهم كفوا لان ذلك ظلم منهم والكف عن الظلم واجب وان ساؤا أخلاقهم معها كفوا عنها لان سوء الخلق مـذموم فاذا لم يكفوا عنها كان لها أن تخرج لانها تتضرر بالصبر على الاذي وسوء الخلق ولو كان زوجها قد سلم الاجارة فارادوا منعه من عشيانها مخافة الحبل وأن يضر ذلك بالصبي فلهم أن يمنعوه ذلك في منزلهم لان المنزل لهم فلا يكون له أن يدخله الا باذنهم وان لقيها فى منزله فله أن يغشاها لان ذلك مستحق له بالنـكاح وبتسليم الاجارة لا يسقط حقـه عما كان مستحقا له فلا تستطيع الظئر أن تمنع نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها عن ذلك ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم

Marfat.com

لانها في ذلك كغيرها من الاجنبيات فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها لان المنزل لهم ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي دفعا للضرر عنه لانها قد التزمت مايرجع الى اصلاح الصبي ودفع الضرر عنه وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لانها حرة مالكة أمر نفسها فيما وراء ماالتزمت لهم ويجوز للأمة التاجرة أن تؤاجر نفسها ظئرا كما أن لها أن تؤاجر نفسها لعمل آخر لان رأس مالها بتجارتها منافعها وكذلك المكاتبة وكذلك العبد التاجر أو المكاتب يؤاجر أمته ظئرا أو يستأجر ظئرا لصبي له لان الاجارة من عقود التجارة ولان التدبير فيما يرجع الى اصلاح كسبه اليه فكما يشترى لصبي له طعاما فكذلك يستأجر له الظئر لترضعه وكما يبيع أمته فكذلك له أن يؤاجرها فان ردفى الرق بعد الاستئجار انتقضت الاجارة فان كان هو أجر أمته لم تنتقض الاجارة فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد تنتقض وجه قول محمد رحمه الله ان المنافع بالاجارة استحقت على المكاتب وبعجزه بطل حقه وصار الحق في المنافع للمولى فتبطل الاجارة كما لو مات وهذا لان المكاتب صار بمنزلة الحر فى ملك التصرف والكسب حتى يختص هو بالتصرف دون المولى فعجزه يكون ناقلا الحق منه الى المولى بمنزلة موت الحر وبهذا الطريق يبطل استئجاره وبه فارق العبد المأذون فان الكسب كان مملوكا للمولى وكان متمكنا من التصرف فيه فالحجر عليه لا يكون ناقلا الحق الى مولاه (ألا ترى) أن استئجاره لا يبطل فكذلك اجارته وهذا بخلاف ما اذا أعتق المكاتب لان بالعتق يتقرر حقه في ملك الكسب والتصرف * والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ أمته ثم عتق فليس عليه استبراء جديد ولو عجز كان على المولى فيها استبراء جديد وان المكاتب لو اشترى قريب نفسه من والد أو ولد امتنع بيعه ولو اشترى قريب المولى لا يمتنع عليه بيعه وأنه يجوز دفع الزكاة الى المكاتب وان كان مولاه غنيا فعرفنا ان الكسب له مادام مكاتبا فبالعجز ينتقل الى مولاه والدليل عليه أنه لو مات عاجزا بطلت الاجارة فكذلك اذا عجز وأبو يوسف رحمه الله يقول بعجزه انقلب حق الملك حقيقة الملك فلا تبطل الاجارة كما اذا عتق * وتقريره أن الكسب دائر بين المكاتب والمولى لكل واحد منهما فيه حق الملك لا حقيقة الملك ولهذا لو اشتري المكاتب امرأة مولاه أو امرأة نفسه لا يفسد النكاح ولو تزوج المولى أمة من كسب مكاتبه لم يجز كما لو تزوج المكاتب أمة من كسبه فعرفنا أن لكل واحد منهما حق الملك وجانب المولى فى حقيقة الملك يترجح على جانب المكاتب لانه أهل لذلك

Marfat.com

والمكاتب ليس بأهل ولو أدى مكاتب المكاتب البدل كان الولاء لمولى الأول ولو أعتق المولى من يكاتب على المكاتب من أقربائه نفذ عتقه فيه ولا ينفذ عتق المكاتب فعرفنا أن في حقيقة الملك يترجح جانب المولى ثم اذا تحقق الملك للمكاتب بالعتق لا تبطل الاجارة فاذا تحقق للمولى بالعجز أولى وهذا لانه لم يتبدل من استحق عليه المنفعة بعقد الاجارة بخلاف ما اذا مات الحر وقد قبل الاستئجار على الخلاف أيضا والأصح ان أبا يوسف رحمه الله يفرق بينهما فيقول استئجار المكاتب كان لحاجته دون حاجة مولاه وقد سقطت حاجته بعجزه فاما إجارته كانت لتحصيل الاجرة وفيه حق للمولى كما للمكاتب فبعجزه لا ينعدم ما لاجله لزمت الاجارة ثم يسلم ان المكاتب منفرد بالتصرف لان المولى حجر على نفسه من التصرف في كسبه ولكن بطلان الاجارة باعتبار انتقال الملك دون تبدل المتصرف (ألا ترى) ان العبد المأذون المديون يتصرف في كسبه دون المولى ثم بالحجر وسقوط الدين يتبدل المتصرف ولا تبطل به الاجارة لانعدام انتقال الملك وكذلك لا يبطل الاستئجار هناك لانها وقعت لحاجة المولى فهو أحق بكسبه إذا قضى الدين من موضع آخر فيما يرجع الى اصلاح ملكه يكون من حاجته والصحيح أنه اذا مات المكاتب عاجزا فالاجارة لا تنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته فأما فصل الاستبراء فذلك ينبني على ملك اليد والتصرف دون حقيقة الملك (ألا ترى) ان المبيعة اذا حاضت قبل القبض فليس للمشتري أن يجتزئ بتلك الحيضة ونحن نسلم أن ملك اليد والتصرف للمكاتب وكذلك امتناع البيع ينبني على ملك اليد والتصرف للمكاتب فان المكاتب لما كان يملك الكتابة في كسبه يتكاتب عليه قريبه ولما كان لا يملك العتق في كسبه لا يعتق عليه قريبه فاما المولى لا يملك الكتابة في كسبه ولا العتق فلهذا لا يتكاتب قريب المولى اذا اشتراه المكاتب وكذلك حل الصدقة ينبني على انعدام ملك اليد والتصرف (ألا ترى) أن ابن السبيل يحل له أخذ الصدقة والمولى وان كان غنيا فلا يد له في كسب المكاتب فلهذا جاز صرف الزكاة الى مكاتب الغني فاما بطلان الاجارة ينبني على انتقال ملك العين من المؤاجر الى غيره كما قررنا فان مات أب الصبي الحر لم تنتقض اجارة الظئر لانها وقعت لحاجة الصبي والاب فيه كالنائب عنه ولهذا يؤدى الاجر من مال الصبي اذا كان له مال وأجر الظئر بعد موت الاب في ميراث الصبي لانه ماله ولو كان له في حياة أبيه مال كان للاب أن يؤدي أجر الظئر منه فكذلك يؤدي بعد موته من ميراثه بعده ولو استأجروها أن

Marfat.com

ترضع صبيين لهم كل شهر بكذا فمات أحدهما رفع عنهم نصف الاجر لان جميع الاجر بمقابلة ارضاع الصبيين فيتوزع عليهما نصفين لان التفاوت يقل فى عمل الارضاع أو ينعدم وقد بطل العقد فى حق الميت منهما ولهذا يرفع عنهم نصف الاجر ولو استأجر واظئرين يرضعان صبيا واحدا فذلك جائز ويتوزع الاجر بينهما على ابنهما فان كان ابنهما واحدا فالاجر بينهما نصفان وان كان متفاوتا فبحسب ذلك وبهذا تبين أن المعقود عليه الابن وأن البدل بمقابلته فان ماتت احداهما بطل العقد فى حقها لفوات المعقود عليه والأخرى حصتها من الاجر ولا يجوز بيع ابن بنى آدم على وجه من الوجوه عندنا ولا يضمن متلفه أيضا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه ويضمن متلفه لان هذا ابن طاهر أو مشروب طاهر كابن الانعام ولانه غذاء للعالم فيجوز بيعه كسائر الاغذية وبهذا يتبين أنه مال متقوم فان المالية والتقوم بكون العين منتفعا به شرعا وعرفا والدليل عليه أنه عين يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فيجوز بيعه ويكون مالا متقوما كالصبغ فى عمل الصباغة والحبر في الوراقة والحرض والصابون في غسيل الثياب بل أولى لان العين للبيع أقبل منه للاجارة (وحجتنا) فى ذلك أن ابن الآدمية ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه كالبزاق والمخاط والعرق وبيان الوصف أن المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو غيرنا فاما الآدمى خلق مالكا للمال وبين كونه مالا وبين كونه مالكا للمال منافاة واليه أشار الله تعالى فى قوله وهو الذى خلق لكم مافي الارض جميعا ثم لاجزاء الادمى من الحكم مالعينه (ألا ترى) أن شعر الآدمى لاينتفع به اكراما للآدمى بخلاف سائر الحيوانات وأن غائط الآدمى يدفن وما ينفصل من سائر الحيوانات ينتفع به واللبن جزء متولد من عين الآدمى (ألا ترى) أن الحرمة تثبت باعتباره وهى حرمة الرضاع كما تثبت حرمة المصاهرة بالماء الذى هو أصل الآدمى والمتولد من الاصل يكون بصفة الاصل فاذا لم يكن الآدمى مالا فى الاصل فكذلك مايتولد منه من اللبن بمنزلة الولد (ألا ترى) أن ولد الاضحية يثبت فيه الحكم تبعا وأن لبن الاضحية اذا حلبت يتصدق به ولهذا روى عن أبى يوسف رحمه الله قال يجوز بيع لبن الامة دون لبن الحرة اعتبارا للبن بالولد ولكن هذا ليس بقوى لان جواز بيع الولد بصفة الرق فاما الآدمى بدون هذا الوصف لايكون محلا للبيع ولا رق فى اللبن لان الرق فيما تحله الحياة فانه عبارة عن الضعف ولا حياة فى اللبن والدليل عليه أن الصحابة رضوان الله عليهم في المغرور لم يوجبوا قيمة اللبن فلو كان اللبن مالا

Marfat.com

متقوما كان ذلك للمستحق وكان له القيمة للاتلاف في يد المغرور ولا يدخل علي شئ مما ذكرنا المنافع فانها تقبل العقد من الحر لان المنافع لاتتولد من العين ولكنها أعراض تحدث فى العين شيئا فشيئا فكانت غير الآدمى ثم نحن نجعل اللبن كالمنفعة الا أن عندنا المنفعة لا تضمن بالاتلاف وتستحق بالاجارة دون البيع فكذلك لبن الآدمى وبهذا تبين أن اللبن ليس بمال متقوم مقصود لانه عين والعين الذي هو مال مقصود لايستحق بالاجارة كلبن الانعام بخلاف الصبغ فصاحب الثوب هناك لايستحق بالاجارة عين الصبغ بل مايحدث فى الثوب من اللون وكذلك الخبز وكذلك الحرض والصابون المستحق لصاحب الثوب ازالة الدرن والوسخ عن الثوب حتى أن القصار باى شئ أزال ذلك استحق الأجر وهنا المستحق بالاجارة عين اللبن حتى لو ربت الصبي بلبن الانعام لاتستحق الاجر ولانسلم أن اللبن غذاء على الاطلاق وانما هو غذاء في تربية الصبيان لاجل الضرورة فهم لايتربون الا بلبن الجنس عادة كالميتة تكون غذاء عند الضرورة ولا يدل على أنها مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع يتملك بالعقد للحاجة الى اقتضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك الا بالجنس ثم ذلك لايدل على أنه مال متقوم مع أن الغذاء ما فى الثدى من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق فاما ايجاب القوارير قل مايحصل به غذاء الصبي وفى تجويز ذلك فساد لانه يؤجر به الصبيان فتثبت به حرمة الرضاع بينهم وبين من كان اللبن منها ولا يعلم ذلك فان قيل سائر اجزاء الآدمى متقوم حتى يضمن بالاتلاف فكذلك هذا الجزء قلنا قد بينا أن الآدمى فى الاصل ليس بمال متقوم ولا نقول يضمن بالاتلاف اجزاء الآدمى بل يجب الضمان بالنقصان المتمكن فى الاصل حتى لو اندملت الجراحة بالبرء ونبتت السن بعد القلع لايجب شئ لانه لانقصان فى الاصل فكذلك الاتلاف فى اللبن لايتمكن نقصان فى الاصل ولهذا لايجب الضمان فان قيل لا كذلك فالمستوفى بالوطئ فى حكم جزء لم يضمن بالاتلاف عند الشبهة وان لم يتمكن نقصان فى الاصل قلنا المستوفي بالوطى في حكم النفس من وجه ولهذا لايعجل البدل في اسقاط الواجب باتلافه واللبن ليس نظيره (ألا ترى) أنه لايضمن بالاتلاف بعد البدل ومثله لايضمن اذا لم يكن متقوما وقد بينا أنه ليس بمال متقوم ولا بأس بان يستعط الرجل بلبن المرأة ويشربه للدواء لانه موضع الحاجة والضرورة ولو أصاب ثوبا لم ينجسه لان الآدمى طاهر فى الاصل فما تولد منه يكون طاهرا الا ماقام الدليل الشرعي على نجاسته (ألا ترى) أن عرقه

Marfat.com

ويزانه يكون طاهرا ولان المنفصل من اجزاء الحى انما يتنجس باعتبار الموت ولا حياة في اللبن ولا يحله الموت ولان المستحيل من الغذاء الي فساد ونتن رائحة يكون نجسا واللبن ليس بهذه الصفة فلهذا كان طاهرا وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع لهم صبيا ولا يعلم أهلها الاولون بذلك فارضعت حتى فرغت فانها قد أثمت وهذه جناية منها لان منافعها صارت مستحقة للأولين فانها بمنزلة الاجير الخاص فصرف تلك المنافع الى الآخرين يكون جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين لانها حصلت مقصود الفريقين ولا تتصدق بشئ منه لان ما أخذت من كل فريق انما أخذته عوضا عن ملكها فان منافعها مملوكة لها ولا بأس بأن يستأجر المسلم الظئر الكافرة أو التى قد ولدت من الفجور لان خبث الكفر فى اعتقادها دون لبنها والانبياء عليهم السلام والرسل صلوات الله عليهم فيهم من أرضع بلبن الكوافر وكذلك فجورها لا يؤثر فى لبنها فان استأجرها ترضع صبيا له فى بيتها فدفعته الى خادمها فأرضعته حتى انقضي الاجل ولم ترضعه بنفسها فلها أجرها لانها التزمت فعل الارضاع فلا يتعين عليها مباشرته بنفسها فسواء أقامت بنفسها أو بخادمها فقد حصل مقصود أهل الصبي وكذلك لو أرضعته حولا ثم يبس لبنها فارضعت خادمها حولا آخر فلها الاجر كاملا وكذلك لو كانت ترضعه هى وخادمها فلها الاجر تاما ولا شيء لخادمها لان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية فيما زاد على المشروط لا تسمية في حقها ولا في حق خادمها ولو يبس لبنها فاستأجرت له ظئرا كان عليه الاجر المشروط ولها الاجر كاملا استحسانا وفى القياس لا أجر لها لانها بمنزلة أجير الخاص وليس للأجير الخاص أن يستأجر غيره لاقامة العمل وفى الاستحسان لها الاجر لان المقصود تربية الصبي بلبن الجنس وقد حصل ولان مدة الرضاع تطول فلما استأجروها مع علمهم انها قد تمرض أو يبس لبنها فى بعض المدة فقد رضوا منها بالاستئجار لتحصيل مقصودهم وتتصدق بالفضل لان هذا ربح حصل لا على ضمانها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن واذا استأجر امرأته على ارضاع ولده منها فلا أجر لها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لها الاجر لانه استأجرها لعمل غير مستحق عليها بالنكاح حتى لا تطالب به ولا تجبر عليه اذا امتنعت فيصح الاستئجار كالخياطة وغيرها من الاعمال والنفقة مستحقة لها بالنكاح لا بمقابلة الارضاع بدليل انها وان أبت الارضاع كان لها النفقة فهو نظير نفقة الاقارب لا تكون مانعة من صحة الاستئجار علي الارضاع (وحجتنا) فى ذلك قوله

Marfat.com

تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين معناه ليرضعن فهو أمر بصيغة الخبر والأمر يفيد الوجوب فظاهره يقتضى أن يكون الارضاع واجبا عليها شرعا والاستئجار علي مثل هذا العمل لايجوز واليه أشار النبي صلي الله عليه وسلم بقوله مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الأجر كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ثم قال الله تعالى وعلي المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمراد النفقة فى هذا العطف اشارة إلى أن النفقة لها بمقابلة الارضاع وقد دل عليه قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والمراد مايكون بمقابلة الارضاع فاذا استوجب عوضا بمقابلة الارضاع لايستوجب عوضا آخر بالشرط والمعنى فيه أن هذا العمل مستحق عليها دينا وان لم يكن مستحقا عليها دينا فانها تطالب به فتوى ولاتجبر عليه كرها والاستئجار على مثله لايجوز كالاستئجار على كنس البيت والتقبيل واللمس وما أشبه ذلك وهذا لان بعقد النكاح يثبت الاتحاد بينهما فيما هو المقصود من النكاح والولد مقصود بالنكاح فكانت هى فى الارضاع عاملة لنفسها معنى فلا تستوجب الاجر على الزوج بالشرط كما فى التقبيل واللمس والمجامعة وهكذا نقول فى سائر أعمال البيت من الطبخ والخبز والغسل وما يرجع منفعته اليهما فهو لا يستوجب عليه الاجر بالشرط وما يكون لتجارة الزوج فهو ليس بمستحق عليها دينا ولا يرجع منفعته اليها وكذلك لو استأجرها بعد الطلاق الرجعى لان النكاح باق بينهما ببقاء العدة فمعنى الاتحاد قائم فاما بعد انقضاء العدة الاستئجار صحيح لانها صارت أجنبية منه وارضاع الولد علي الاب كنفقته بعد الفطام وكذلك فى العدة من طلاق بائن لو استأجرها جاز عندنا وعند الحسن بن زياد رحمه الله لايجوز لانها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطلاق ولكنا نقول معنى الاتحاد الذى كان بالنكاح قد زال بالطلاق البائن والارضاع بعد هذا لايكون مستحقا عليها دينا بمنزلة سائر أعمال البيت فيجوز استئجارها عليه وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله أنه كان للرضيع مال استأجرها فى حال قيام النكاح بمال الرضيع يجوز لان نفقتها ليس فى مال الرضيع فيجوز أن يستوجب الاجر فى ماله بمقابلة الارضاع بالشرط بخلاف مال الزوج فان نفقتها عليه وهو انما التزم نفقتها لهذه الاعمال فلا تستوجب عليه عوضا آخر وكذلك اذا استأجر خادمها لذلك لان منفعة خادمها ملكها وبدلها كمنفعة نفسها وان استأجر مكاتبها كان لها الاجر لان المكاتبة كالحرة فى منافعها ومكاسبها يوضحه أنه كما تجب على الزوج نفقتها تجب نفقة خادمها ولا تجب عليه نفقة مكاتبتها ولو

Marfat.com

استأجرها ترضع صبيا له من غيرها جاز وعليه الاجر لان هذا العمل غير مستحق عليها دينا حتى لاتؤمر به فتوى وهو ليس من مقاصد النكاح القائم بينهما بخلاف ولده منها ولو استأجر أمه أو ابنته أو ختنه ترضع صبياله كان جائزا وعليه الاجر وكذلك كل ذات رحم محرم منه لان الارضاع غير مستحق على واحدة دينا حتى لاتؤمر به فتوى فيجوز استئجارها عليه فان استأجرها ثم أبت بعد ذلك وقد ألفها الصبي لا يأخذ الا منها فان كانت معروفة بذلك لم يكن لها أن تترك الاجارة الا من عذر وان كانت لاتعرف بذلك فلها أن تأبى وقد بينا هذا فى الاجنبيات أنها اذا لم تعرف بذلك العمل فانما تأبى لدفع الضرر عن نفسها فيكون ذلك عذرا لها فكذلك فى المحارم ولو استأجر ظئرا لترضع له صبيا فى بيتها فجعلت تؤجر لبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن أو ليس لها لبن فلا أجر لها لان البدل بمقابلة الارضاع وهى لم ترضعه الا بما سقته لبن الغنم ولان مقصودهم عمل مصلح للصبي وما أتت به مفسد فالآدمى لايتربى تربية صالحة الا بلبن الجنس وان جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر شاهد لها فصلاح الولد دليل على أنها أرضعته لبن الآدمية وان أقام أهل الصبي البينة على ماأدعوا فلا أجر لها لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وان أقاموا جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت الاجر دينا فى ذمة من استأجرها ويثبت ايفاء العمل المشروط والمثبت من البينتين يترجح على الباقى واذا التقط الرجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فهو جائز لانه هو الذى يقوم باصلاحه واستئجار الظئر من اصلاحه وعليه الأجر لانه التزمه بالعقد وهو متطوع في ذلك لانه لاولاية له عليه فى الزام الدين فى ذمة اللقيط وكل يتيم ليس له أم لترضعه فعلي أوليائه كل ذي رحم محرم ان يستأجروا له ظئرا على قدر مواريثهم لان أجر الظئر كالنفقة بعد الفطام والنفقة عليهم بقدر الميراث كما قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفى قوله وليس له أم ترضعه اشارة الي أن الارضاع عليها اذا كانت حية ولها لبن دون سائر الاقارب لانها مؤسرة في حكم الارضاع وسائر القرابات بمنزلة المعسر فى ذلك فكان عليها دونهم بخلاف النفقة فان كان لاولىّ له فاجرة الظئر علي بيت المال بمنزلة نفقته بعد الفطام والله أعلم

باب اجارة الدور والبيوت

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل من الرجل دارا سنة بكذا ولم يسم الذى يريدها

Marfat.com

له فهو جائز) لان المقصود معلوم بالعرف فانما يستأجر الدار للسكنى ويبنى لذلك (ألا ترى) انها تسمى مسكنا والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لان السكنى لاتتفاوت فيها الناس ولان سكناه لاتكون الا بعياله وأولاده ومن يعولهم من قريب أو أجنبي وكثرة المساكن فى الدار لاتضر بها بل تزيد فى عمارتها لان خراب المسكن بان لايسكنه أحد وله أن يضع فيها مابدا له من الثياب والمتاع والحيوان لان سكناه لاتتم الا بذلك فان ذلك معلوم بالعرف ويعمل فيها مابدا له من الاعمال يعنى الوضوء وغسل الثياب وكسر الخطب ونحو ذلك لان سكناه لاتخلو عن هذه الاعمال عادة فهى من توابع السكنى والمعتاد منه لايضر بالبناء ماخلا الرحا ان ينصب فيه أو الحداد أو القصار فان هذا يضر بالبناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب البيت ويشترط عليه فى الاجارة والمراد رحا الماء اورحا الثور فاما رحا اليد فلا يمنع من أن ينصبه فيه لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى فى العادة والحاصل أن كل عمل يفسد البناء أويوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد الا أن يشترطه ومالا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد لان السكنى التى لاتوهن البناء بمنزلة صفة السلامة فى المبيع فيستحقه بمطلق العقد ومايوهن البناء بمنزلة صفة الجودة أو الكتبة أو الخبز فى المبيع فلا يصير مستحقا الا بالشرط وعلى هذا كسر الحطب القدر المعتاد منه لايوهن البناء فان زاد على ذلك وكان بحيث يوهن البناء فليس له أن يفعله الا برضاء صاحب الدار وان استأجرها للسكنى كل شهر بكذا فله أن يربط فيه دابته وبعيره وشاته وهذا اذا كان في الدار موضع معد لذلك وهو المربط فان لم يكن فليس له اتخاذ المربط في ديارنا لان المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب فيها وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة لما فى المنازل بها من السعة وله أن يسكنها من أحب لانه قد يأتيه ضيف فيسكن معه أياما وقد يحتاج الى أن يسكنها صديقا له بأجر أو بغير أجر وقد بينا أن ذلك لا يضر بالبناء فلا يمنع منه فان أجرها باكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل الا أن يكون أصلح منها بناء أو زاد فيها شيئا فحينئذ يطيب له الفضل وعلى قول الشافعى رحمه الله يطيب له الفضل على كل حال بناء على أصله أن المنافع كالاعيان الموجودة حكما فتصير مملوكة له بالعقد مسلمة اليه بتسليم الدار فكان بمنزلة من اشترى شيئا وقبضه ثم باعه وربح فيه فالربح يطيب له لانه ربح على ملك حلال له ولكنا نقول المنافع لم تدخل فى ضمانه وان قبض الدار بدليل أنها

Marfat.com

لو انهدمت لم يلزمه الاجر فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ثم المنافع في حكم الاعتياض انما يأخذ حكم المالية والتقوم بالتسمية بدليل ان المستعير لا يؤاجر وهو مالك للمنفعة فان المعير يقول له ملكتك منفعتها وجعلت لك منفعتها ولو أضاف الاعارة الى مابعد الموت يثبت ملك المنفعة للموصى له فكذلك اذا أوجبها له فى حياته ومع ذلك لا يؤاجر لانه ليس بمقابلتها تسمية فكذلك هنا وفيما زاد على المسمى في العقد الاول لا تسمية بمقابلة المنفعة في قصده فلا يكون له أن يستفضل وبهذا تبين أنها ليست كالعين فان من يملك العين بالهبة يجوز له أخذ العوض بالبيع الا أن يكون زاد فيه شيئا فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة تلك الزيادة فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك اذا أجره بجنس آخر لان الفضل عند اختلاف الجنس لا يظهر الا بالتقوم والعقد لا يوجب ذلك فاما عند اتحاد الجنس يعود اليه ماغرم فيه بعينه ويتيقن بالفضل فعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث بمنزلة المستعير اذا أجر فعليه أن يتصدق بالاجر وان كان استأجرها كل شهر فلكل واحد منهما أن ينقض الاجارة عند رأس الشهر لان كلمة كل متى أضيفت الى مالا يعلم منتهاه تتناول الادنى فانما لزم العقد في شهر واحد فاذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة فان سكنها من الشهر الثانى يوما أو يومين لم يكن لكل واحد منهما أن يترك الاجارة الى تمام الشهر الا من عذر لان التراضي منهما بالعقد فى الشهر الثاني يتم اذا سكنها يوما أو يومين فيلزم العقد فيه بتراضيهما كما لزم في الشهر الاول وفى ظاهر الرواية الخيار لكل واحد منهما فى الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها لان ذلك رأس الشهر وبعض المتأخرين رحمهم يقول الخيار لكل واحد منهما حين يهل الهلال حتى اذا مضى ساعة فالعقد يلزمهما وهذا هو القياس ولكنه فيه نوع حرج فلدفع الحرج قال الخيار لكل واحد منهما فى اليوم الاول من الشهر واذا استأجرها كل شهر بكذا ولم يسم أول الشهر فهو من الوقت الذى استأجرها عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الاستئجار الا أن يتصل ابتداء المدة بالعقد ولا يتصل الا بالشرط لانه اذا أطلق ذكر الشهر فليس بعض الشهور لتعيينه للعقد باولى من بعض وجهالة المدة مفسدة لعقد الاجارة وهذا لانه نكر الشهر والشهر المتصل بالعقد معين فلا يتعين باسم النكرة (ألا ترى) انه لو قال لله علي أن أصوم شهراً لا يتعين الشهر الذى يعقب نذره ما لم يعينه ولكنا نقول الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب كما فى الاجال

Marfat.com

والايمان اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا وهذا لان التأخير عن السبب الموجب لا يكون الا بمؤخر والمؤخر ينعدم فيما تستوى فيه الاوقات بخلاف الصوم فانه يختص الشروع فيه ببعض الاوقات حتى أن الليل لا يصلح لذلك وكذلك يوم العيدين وأيام التشريق * يوضحه أن الشروع فى الصوم لا يكون الا بعزيمة منه وربما لا يقترن ذلك بالسبب فأما دخول المنفعة في العقد لا يستدعى معنى من جهته سوي العقد فما يحدث بعد العقد يكون داخلا في العقد الا ان يمنع منه مانع ثم ان كان العقد فى اليوم الاول من الشهر فله شهر بالهلال تم أو نقص وان كان ذلك اليوم فى بعض الشهر فله ثلاثون يوما لان الاهلة أصل فى الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة والايام تدل علي الاهلة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاكملوا شعبان ثلاثين يوما وانما يصار الي البدل اذا تعذر اعتبار الاصل فان كان استأجرها شهرا حين أهل الهلال فاعتبار الاصل هنا ممكن فكان له أن يسكنها الى أن يهل الهلال من الشهر الداخل واذا كان فى بعض الشهر فقد تعذر اعتباره بالاهلة فيعتبر بالايام ثلاثين يوما وان استأجرها أكثر من شهر فالمذهب عندنا أنه اذا استأجرها مدة معلومة صح الاستئجار طالت أو قصرت وفي قول الشافعى رحمه الله لا يجوز الاستئجار أكثر من سنة واحدة وفى قول آخر يجوز الى ثلاثين سنة ولا يجوز أكثر من ذلك وفى قول آخر يجوز أبدا وجه قوله الاول أن جواز الاستئجار للحاجة والحاجة فى بعض الاشياء لا تتم الا بسنة كما فى الاراضي ونحوها وفيما وراء ذلك لا حاجة وعلى القول الثانى يقول العادة أن الانسان قل ما يسكن بالاجارة أكثر من ثلاثين سنة فانه يتخذ المسكن ملكا اذا كان قصده الزيادة على ذلك وعلى القول الآخر يقول المنافع كالاعيان القائمة فالعقد على العين يجوز من غير التوقيت فكذلك العقد على المنفعة *وحجتنا فى ذلك أن اعلام المعقود عليه لا بد منه والمنفعة لا تصير معلومة الا ببيان المدة فانها تحدث شيئا فشيئا فكانت المدة للمنفعة فالكيل والوزن فيما هو مقدر فكما لا يصير المقدار هناك معلوما الا بذكر الكيل والوزن لا يصير المقدار هنا معلوما الا بذكر المدة وبعد اعلام المدة العقد جائز قل المعقود عليه أو كثر وقد دل على جواز الاستئجار أكثر من سنة قوله تعالى على أن تأجرنى ثمانى حجج فان أتممت عشرا فمن عندك ولان كل مدة تصلح أجلا للبيع فانها تصلح مشروطة فى عقد الاجارة كالسنة وما دونها والمعنى فيه وهو أن الشرط الاعلام فيها على وجه لا يبقى بينهما منازعة فان استأجرها

Marfat.com

ـنة مستقبلة وذلك حين يهل الهلال تعتبر سنة بالاهلة اثنى عشر شهرا وان كان ذلك في بعض الشهر يعتبر سنة بالايام ثلثمائة وستين يوما في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وعند محمد يعتبر شهرا بالايام واحـدى عشر شهرا بالاهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجه هذا القول أن الاهلة أصل والايام بدل ففي الشهر الواحد تقدر الاهلة وفي احدى عشر شهرا اعتبار ما هو أصل ممكن فلا معنى للمصير الى البدل وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ابتداء المدة معتبر بالايام بالاتفاق فكذلك جميع المـدة لان ثبوت الكل بتسمية واحـدة وهذا لانه مالم يتم الشهر الاول لا يدخل الشهر الثاني فاذا كان ابتداء الشهر الاول في بعض فتمامه في بعض الشهر الداخل أيضا وانما يدخل الشهر الثاني في بعض الشهر فيجب اعتباره بالايام وكذلك في كل شهر وقد ذكر في كتاب الطلاق في باب العـدة أنها تعتبر بالايام فعلى قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله لا حاجة الى الفرق وهو قول محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله الفرق بين الاصلين أن الاجارة عقود متفرقة فاذا أهل الهلال يتجدد العقد عنـد ذلك فيجعل ذلك كأنهما جددا العقد في هـذه الحالة فلهذا تعتبر أحد عشر شهرا بالهلال ولا يوجد مثل ذلك في العدة لان الـكل في حكم شيء واحـد فتعتبر كلها بالايام ثم قال اذا استأجرها سنة أولها هذا اليوم وهو رابع عشرة مضيين من الشهر فانه يسكنها بقية هذا الشهر واحدى عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الباقي وهذا غلط والصحيح ماذكر في بعض الروايات استأجرها لاربع عشرة بقين من الشهر لانه اذا كان الماضي من الشهر الأول أربع عشرة فقد سكنها بعد العقد ستة عشر يوما في ذلك الشهر فلا يسكنها في آخر المدة الا أربعة عشر يوما لتمام ثلاثين يوما وقد قال يسكنها ستة عشر يوما فعرفنا أن الصحيح لاربع عشرة بقين من الشهر واذا استأجر بيتا في علو دار ومنزلا على ظلة على ظهر طريق فهو جائز لانه مسكن معد للانتفاع به من حيث السكنى ولو استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كانت مضرتهما واحدة أو كانت مضرة الحداد أقل وان كانت أكثر مضرة لم يكن له ذلك وكذلك الرحالان التقييد اذا كان مفيدا يعتبر وان كان غير مفيد لا يعتبر والفائدة في حق صاحب الدار بأن مالا يوهن بناءه ولا يفسده فلا تكون مضرته مثل المشروط أو أقل منه فقد علمنا أنه لا ضرر فيه على صاحب الدار والمنفعة صارت مملوكة للمستأجر وللانسان أن يتصرف في

Marfat.com

ملك نفسه على وجه لا يضر بغيره كيف شاء وان كان أكثر مضرة فهو يريد أن يلحق به ضررا لم يرض به صاحب الدار فيمنع من ذلك والمسلم والذمى والحربى المستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء فى الاجارة لانها من عقود التجارة وهم في ذلك سواء وان استأجر الذمى دارا سنة بالكوفة بكذا درهما من مسلم فان اتخذ فيها مصلي لنفسه دون الجماعة لم يكن لرب الدار أن يمنعه من ذلك لانه استحق سكناها وهذا من توابع السكنى وان أراد أن يتخذ فيها مصلي للعامة ويضرب فيها بالناقوس فلرب الدار أن يمنعه من ذلك وليس ذلك من قبل أنه يملك الدار ولكن على سبيل النهى عن المنكر فانهم يمنعون من أحداث الكنائس فى أمصار المسلمين فلكل مسلم أن يمنعه من ذلك كما يمنعه رب الدار وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد نفى احداث الكنائس فى أمصار المسلمين وفي الخصاء تأويلان (أحدهما) خصاء بنى آدم فذلك منهى عنه وهو من جملة ما يأمر به الشيطان قال الله تعالى ولآمرنهم فلا يغيرن خلق الله والامتناع من صحبة النساء على قصد التبتل والترهب والحاصل أنهم لا يمنعون من السكنى فى امصار المسلمين فيجوز بيع الدور واجارتها منهم للسكنى الا أن يكثروا على وجه تقل بسببه جماعات المسلمين فحينئذ يؤمرون بأن يسكنوا ناحية من المصر غير الموضع الذى يسكنه المسلمون على وجه يأمنون اللصوص ولا يظهر الخلل فى جماعات المسلمين ويمنعون من أحداث البيع والكنائس فى أمصار المسلمين فاذا أراد أن يتخذ مصلى العامه فهذا منه احداث الكنيسة وكذلك يمنعون من اظهار بيع الخمور فى أمصار المسلمين لان ذلك يرجع الى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناهم الذمة على أن يظهروا ذلك فكان الاظهار فسقا منهم فى التعاطى فلكل مسلم أن يمنعهم من ذلك صاحب الدار وغيره فيه سواء وكذلك يمنعون من اظهار شرب الخمر وضرب المعازف والخروج سكارى فى أمصار المسلمين لما فيه من الاستخفاف بالمسلمين أيضا ولو كان هذا فى دار بالسواد أو بالجبل كان للمستأجر أن يصنع فيها ما شاء وكان أبو القاسم الصفار رحمه الله يقول هذا الجواب فى سواد الكوفة فان عامة من يسكنها من اليهود والروافض لعنهم الله فأما فى ديارنا يمنعون من احداث ذلك فى السواد كما يمنعون فى المصر لان عامة من يسكن القرى فى ديارنا مسلمون وفيها الجماعة والدرس ومجلس الوعظ كما فى الامصار فاما وجه ظاهر الرواية أن الامصار موضع إعلام الدين نحو اقامة الجماعات واقامة الحدود وتنفيذ الاحكام فى احداث البيع فى الامصار معنى المقابلة

Marfat.com

للمسلمين فاما القرى فليست بمواضع اعلام الدين فلا يمنعون من احداث ذلك في القرى (قال) رضى الله عنه والقول الاول عندى أصح فان المنع من ذلك فى الأمصار لا يفتتن به بعض جهال المسلمين (ألا ترى) أنهم اذا لم يظهروا لم يمنعوا من أن يضعوا من ذلك بينهم ماشاؤا وخوف الفتنة فى اظهار ذلك فى القرى أكثر فان الجهل على أهل القرى أغلب واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أهل القبور هم أهل الكفور والدليل على أن المعنى ماقلنا قوله صلى الله عليه وسلم انا بريء من كل مسلم مع مشرك لا تراءا ناراهما وقوله صلي الله عليه وسلم لا تستضؤا بنار المشركين ولو كان المستأجر مسلما فظهر منه فسق فى الدار أودعارة أو كان يجمع فيها علي الشرب منعه رب الدار من ذلك كله لا لملكه الدار بل على سبيل النهى عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار وغيره فيه سواء وليس لرب الدار أن يخرجه من الدار من أجل ذلك مسلما كان أو ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ الا بعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا ليس من تلك الجملة فلا تفسخ الاجارة لاجله أرأيت لو كان باعه الدار كان يفسخ البيع لما ظهر منه لا سبيل له الي ذلك فكذلك الاجارة واذا سقط حائط من الدار فاراد المستأجر ترك الاجارة نظر فى ذلك فان كان لا يضر بالسكنى فليس له أن يخرج لان المستحق بالعقد منفعة السكنى ولم يتغير بما حدث فهو كما لو استأجر عبدا للخدمة فاعور العبد وذلك لا ينقص من خدمته وان كان يضر ذلك بالسكنى فله أن يخرج لتمكن الخلل فى مقصوده والعيب الحادث في المعقود عليه للسكنى بمنزلة العبد المستأجر للخدمة اذا مرض وهذا لما تقدم أن يقبض الدار لا تدخل المنفعة فى ضمان المستأجر فحدوث المغير بعد قبض الدار وقبله سواء الا أن ينتبه صاحب الدار قبل فسخ المستأجر العقد فحينئذ لا يكون المستأجر أن يفسخ لزوال العيب وارتفاع المغير كالعبد اذا برأ وانما يكون له حق الفسخ بحضرة رب الدار فان كان غائبا فليس له أن يفسخ لان هذا بمنزلة الرد بالعيب فلا يكون الا بمحضر من الاجر لما فيه من الزام حكم الرد الآخر فيستوى فى ذلك ما قبل القبض وما بعده كما فى رد المبيع بالعيب ولو خرج فى حال غيبة رب الدار فالاجر واجب عليه كما لو سكن لان العقد قد وهو متمكن من استيفاء المنفعة مع التغير فلزمه الاجر وكذلك ان سكن مع حضرة رب الدار لان التغير فى وصف المعقود عليه فاذا رضى به لا يحط شيء من الاجر كالمشترى اذا رضى بالعيب وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أوغائبا وفيه

Marfat.com

طريقان لمشايخنا رحمهم الله (أحدهما أن العقد انفسخ بسقوط جميع البناء لفوات المعقود عليه وهو منفعة السكنى فانه بالبناء كان مسكننا بخلاف الاول فهناك دخل المعقود عليه تغير (ألا ترى) أن استئجار الخراب للسكنى لا يجوز ابتداء فكذلك لا يبقى العقد واذا انفسخ العقد سقط الأجر سواء كان رب الدار شاهدا أو غائبا لان اشتراط حضوره للفسخ قصد الا للانفساخ حكما (وطريق) آخر وهو الاصح أن العقد لا ينفسخ بالانهدام وقد نص عليه كتاب الصلح (قال) ولو صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لا يبطل الصلح وروى هشام عن محمد رحمهما الله قال لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤاجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس للمؤجر منعه من ذلك فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولان أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء يتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط والخيمة فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر على المستأجر لانعدام تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار فان التمكن من الانتفاع شرط لوجوب الاجر (ألا ترى) أنه لو منعه غاصب من السكنى لا يجب عليه الاجر فكذلك اذا انهدم البناء بخلاف ما اذا سقط حائط منها فالتمكن من الانتفاع هناك على الوجه الذى قصده بالعقد قائم فيلزمه الاجر ما لم يفسخ العقد بمحضر من رب الدار واذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى الشهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض فى باقي السنة عندنا ولا للمؤاجر أن يمنعه من ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر حق فسخ العقد فيما بقي وهو بناء على الاصل الذى بينا أن عنده المنافع فى حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها اذا تفرقت عليه قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة فانها تفرقت عليه قبل التمام وذلك مثبت حق الفسخ كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض * يوضحه أن الانسان قد يستأجر دارا وحانوتا سنة ومقصوده من ذلك شهرا واحدا كالحاج بمكة فى أيام الموسم فاذا منعه فى المدة التى كانت مقصودة له لو قلنا يلزمه التسليم بعد ذلك تضرر به فلدفع الضرر أثبتنا له حق الفسخ وعندنا عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة حتى يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة على ما بينا فلا يمكن تفرق الصفقة مع تفرق العقود وفوات المعقود عليه في عقد لا يؤثر فى عقد آخر بخلاف البيع * يوضحه أنه لو استأجر دارين وقبضهما فانهدمت احداهما لا يتخير فى الآخر والمنافع بقبض الدار لم تدخل فى ضمانه فقد تفرقت الصفقة عليه قبل التمام لان تمام الصفقة

Marfat.com

بدخول المعقود عليه في ضمانه ومع ذلك لا يثبت له حق الفسخ فكذلك اذا كان الانهدام قبل القبض وان سلمها اليه الا بيتا كان مشغولا بمتاع المؤاجر رفع منه من الاجر بحساب ذلك لان الاجر انما يجب باستيفاء المنفعة فانما يلزم بقدر ما استوفى وكذلك لو سلمها اليه كلها ثم انتزع منها بيتا لانه زال تمكنه من استيفاء منفعة السكنى فى البيت حين انتزع منه فكانه لم يسلمه اليه فى الابتداء (ألا ترى) أنه لو انتزع الكل منه لم يجب عليه الاجر فالجزء معتبر بالكل ولو غصب الدار من المستأجر الاجنبي سقط عنه الاجر في مدة الغصب لزوال تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه ويجوز استئجار الدار بالموصوف من المكيل والموزون شرط له أجلا أولم يشترطه وهذا لان الاجرة بمنزلة الثمن فى البيع فان الاجارة نوع بيع فما يصلح بدلا فى البيع يصلح فى الاجارة والمكيل والموزون يصلح بدلا فى البيع موصوفا حالا كان أو مؤجلا والثياب لا تصلح موصوفة الا مؤجله والحيوان لا يصلح الا أن يكون معينا فكذلك فى الاجارة وهذا على الطريق الذى يقول المنفعة مال وان كان دون العين ظاهر لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عوضا عما هو مال وعلى الطريق الذى يقول ليس بمال فالحيوان انما يثبت فى الذمة بدلا عما ليس بمال فى العقود المبنية على التوسع فى البدل وهو مالم يشرع فى الاصل لتحصيل المال فأما الاجارة مبنية على الاستقصاء في البدل مشروعة لتحصيل المال كالبيع والحيوان بغير عينه يكون مجهول مقدار المالية فلهذا لا يثبت في الاجارة وان استأجر دارا بعبد بعينه فاعتقه رب الدار قبل أن يتقابضا لم يجز عتقه لما بينا أن الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وعتق الانسان فيما لا يملك باطل فان كان المستأجر دفع اليه العبد ولم يقبض الدار حتى أعتقه رب الدار فعتقه جائز لان الاجرة تملك بالتعجيل فان قبض الدار وتمت السكنى فلا شيء عليه وان انفسخ العقد باستحقاق الدار أو موت أحدهما أو غرق الدار أو انعدم التمكن من الانتفاع بالهدم فعلى المعتق قيمة العبد لان العقد لما انفسخ وجب عليه رد العبد وقد تعذر رد العبد لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته وهذا لان عتقه لا يبطل بما حدث لان المستأجر سلط عليه وملكه اياه بالتسليم اليه حال قيام العقد فنفذ عتقه والعتق بعد ما نفذ لا يمكن نقضه ولو لم يقبض العبد حتى سكن الدار شهرا ثم أعتقا جميعا العبد وهو فى يد المستأجر فانه يجوز عتق رب الدار بقدر أجر الشهر ويجوز عتق المستأجر فيما بقى منه لان رب الدار ملك منه حصة مااستوفى المستأجر من المنفعة فكان العبد مشتركا

Marfat.com

بينهما فاذا أعتقاه عتق وتنتقض الاجارة فيما بقى لان جوازها باعتبار مالية العبد وقد فات بالعقد فهو كما لو مات العبد قبل التسليم الا أن فى الموت على المستأجر أجر مثل الدار بقدر ماسكن لان العقد انتقض بهلاك المعقود عليه قبل التسليم فبقيت المنفعة فى تلك المدة مستوفاة بعقد فاسد فعليه رد بدلها وهو أجر المثل وفيما أعتقاه لا يلزمه ذلك لان رب الدار صار قابضا لما يخص المستوفى من المنفعة من العبد ولو استكمل السكنى ثم مات العبد قبل أن يدفعه اليه أو استحق كان عليه أجر مثلها لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ولو كان المستأجر دفع العبد ولم يسكن الدار حتى أعتقه فعتقه باطل لان العبد خرج من ملكه بالتسليم الى رب الدار فانما أعتق مالا يملكه ولو استأجر دارا سنة فسكنها ثم استحقت فالاجر للمؤاجر دون المستحق عندنا لانه تبين انه كان غاصبا وقد بينا فى كتاب الغصب أن الغاصب اذا أجر المغصوب فالاجر له لانه وجب بعقده وهو الذي ضمن تسليم المعقود وعليه أن يتصدق به لانه حصل له بكسب خبيث وفى قياس قول أبي يوسف الاول لا يتصدق لانه كان يقول العقار يضمن بالغصب ومن مذهبه أن من استربح علي ضمانه لا يلزمه التصدق به كما في المودع اذا تصرف فى الوديعة ولو انهدمت من السكنى ضمن الساكن لانه متلف والعقار يضمن بالاتلاف ويرجع به على المؤاجر لانه مغرور من جهته بعقد معاوضة وقد كان ضمن سلامة المعقود عليه عن عيب الاستحقاق فاذا لم يسلم رجع كما يغرم بسببه ولو أجر داره من رجل فامىّ سنة بدراهم معلومة ثم استقرض رجل من رب الدار شهرين فأمر الفامى أن يعطيه ذلك فكان الرجل يشترى به من الفامى الدقيق والزيت وغيره حتى استوفي أجر الشهرين فهو جائز لان رب الدار اقامه مقام نفسه وهو بنفسه لو عامل الفامى بذلك يجوز وليس للفامى علي المستقرض شئ لانه قائم مقام رب الدار فتسليمه اليه كتسليمه الى رب الدار ولكنه قرض لرب الدار علي المستقرض بمنزلة مالو قبض بنفسه ثم أقرضه منه وكذلك لو أخذ دينارا فيما أخذ وقد بينا اختلافهم فى المصارفة فى الاجر مع رب البيت فكذلك مع من قام مقامه وهو المستقرض ولو كان للفامى على الرجل دينارا أو أجر البيت عشرة دراهم فى كل شهر فمضي شهران ثم أمر رب الدار الفامى أن يدفع أجر الشهرين الى المستقرض وقاصه بالدينار الذى له عليه وأخذ بالفضل شيئا فهو جائز بمنزلة ما لو فعله رب البيت فان أجر الشهرين قد وجب والمقاصة بالدينار بعد وجوبها تجوز بالتراضي وليس هذا

Marfat.com

تصرف فيما بين رب البيت والمستقرض ولكنه صرف فيما بين المستقرض والفامى حتى يرجع رب البيت على المستقرض بالدراهم بمنزلة مالو كان اشترى به من الفامى شيئا ولو كان رب البيت أقرض الدراهم على أن يرد عليه دينارا بعشرة دراهم لم يجز لان القرض مضمون بالمثل وشرط شيء آخر مكانه باطل وان أحاله على هذا الوجه بالدراهم فقاصه بالدينار فانما للمقرض على المستقرض عشرون درهما لان ما جرى بينهما من الشرط كان صرفا بالنسيئة وهو باطل ولو كان أقرضه أجر الشهرين قبل أن يسكن شيئا وأمره أن يعجله وطابت نفس الفامى بذلك وأعطاه به دقيقا أو زيتا أو دينارا بعشرة دراهم منها ثم مات رب البيت قبل السكنى أو انهدم البيت أو استحق لم يرجع الفامى على المستقرض بشيء لما بينا أنه قائم مقام رب البيت فيما قبضه منه ولكنه يرجع على رب البيت بالدراهم ورب البيت على المستقرض بالدراهم وقال أبو يوسف رحمه الله أخيرا في حصة البيت هكذا فاما فى حصة الدينار فانه يرجع بالدينار بعينه على الذى كان عليه الاصل لان المصارفة كانت قبل وجوب الاجر وقد بطلت بالافتراق قبل التقابض فيرجع عليه بالدينار كما كان فى ذمته فان قيل كيف يستقيم هذا وقد وجب الاجر على الفامى بشرط التعجيل فانه قال وأمره أن يعجله قلنا شرط التعجيل انما يعتبر اذا كان مذكورا فى العقد وقوله وأمره أن يعجله على سبيل الالتماس لا على سبيل الشرط (ألا ترى) أنه كان قال وطابت نفس الفامى بذلك ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ويجوز استئجار السكنى بالخدمة والركوب عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز على كل حال اتفقت جنس المنفعة أو اختلفت بناء على أصله أن المنافع كالاعيان القائمة ومبادلة العين بالعين من جنسه أو من خلاف جنسه صحيح عند المساواة على كل حال وعند التفاوت في غير الاموال الربوية والمنافع ليست بمال الربا فيجوز مبادلة بعضها بالبعض وان جاز الاعتياض عن كل واحد منهما بالدراهم جاز معاوضة على كل واحد منهما بالآخر كما اذا ختلف جنس المنفعة ولنا فيه طريقان (أحدهما) منقول عن محمد رحمه الله قال مبادلة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسأ ومعنى هذا أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود فى الحال فاذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة وبالجنس يحرم النسأ عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس فان قيل النسأ ما يكون عن شرط فى العقد والاجل هنا غير مشروط كيف والمنافع فى حكم الاعيان دون الديون لانها لو كانت فى حكم الدين لم يجز مع اختلاف الجنس فالدين بالدين حرام وان اختلف الجنس

Marfat.com

قلنا لما كان المعقود عليه مما يحدث فى المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئا فشيئا فهذا بمنزلة اشتراط الاجل أو أبلغ منه فان المطالبة بالتسليم تتأخر بالاجل فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت فى الحال بل تتأخر الى حدوث المنفعة وهذا أبلغ من ذلك لان بالاجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد فى حق المعقود عليه ولكن ليس بدين على الحقيقة لان الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت فى الذمة والمحرم الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس والطريق الآخر ان جواز عقد الاجارة للحاجة فانما يجوز على وجه ترتفع به الحاجة وفى مبادلة المنفعة بجنسها لا يتحقق ذلك لانه كان متمكنا من السكنى قبل العقد ولا يحصل له بالعقد الا ما كان متمكنا منه باعتبار ملكه فاما عند اختلاف جنس المنفعة الحاجة متحققة وبالعقد يحصل له مالم يكن حاصلا قبله فصاحب السكنى قد تكون حاجته الى خدمة العبد أو ركوب الدابة ثم ان عند اتحاد الجنس اذا استوفى أحدهما المنفعة فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمهما الله انه لا شئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى من المنفعة والمنفعة ليست بمال متقوم في نفسها وجه ظاهر الرواية أنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل كما لو استأجر دارا ولم يسم الأجر وسكنها وهذا لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما أن المنفعة تتقوم بالعقد الجائز فكذلك بالعقد الفاسد واذا أجر داره من رجل شهرا بثوب بعينه فسكنها لم يكن له أن يبيع الثوب من المستأجر ولا من غيره قبل القبض لان الاجرة اذا كانت ثوبا بعينه فهو كالمبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من غيره قال (ألا ترى) انه لو هلك كان على المستأجر أجر مثلها وهذا اشارة الى بقاء الغرر والمكيل فى الملك المطلق للتصرف وكذلك كل شئ بعينه من العروض والحيوان أو الموزون وتبر الذهب والفضة وفى هذا اشارة الى ان التبر يتعين بالتعيين وقد بينا اختلاف الروايات فى كتاب الشركة وان كان الأجر شيئا من المكيل والموزون بغير عينه موصوفا كان له أن يبيعه من المستأجر قبل أن يقبضه منه لان المكيل والموزون يثبت في الذمة ثمنا والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز فكذلك بالاجر فان ابتاع به منه شيئا بعينه جاز ان قبضه في المجلس أو لم يقبضه لانهما افترقا عن عين بدين وان ابتاع منه شيئا بغير عينه فلا يفارقه حتى يقبض منه فان فارقه قبل أن يقبضه انتقض البيع لانهما افترقا عن دين بدين وهو الحكم

Marfat.com

فى ثمن البيع وليس له أن يبيعه من غيره فان بيع الدين من غير من عليه الدين لايجوز إلا علي قول مالك رحمه الله وهو يقول كما يجوز بيعه ممن عليه فكذلك من غيره ولكنا نقول اذا باعه منه يصير قابضا له بذمته واذا باعه من غيره فهو لا يقدر على تسليمه مالم يستوف ولا يدرى متى يستوفى فانما يبيع مالايقدر على تسليمه وقد شرط للتسليم أجلا مجهولا وهو الى أن يخرج وذلك مبطل للبيع ولو استأجر بيتا بثوب فاجره بدراهم أكثر من قيمة الثوب طاب له الفضل لان عند اختلاف الجنس لايظهر الفضل الا بالتقويم والعقد لا يوجب ذلك وكذلك كل ما اختلف الجنس فيه حتى لو استأجره بعشرة دراهم وأجره بدينارين طاب له الفضل أيضا لانه لايظهر الفضل بين الدنانير والدراهم الا بالتقويم (ألا ترى) أن مبادلة عشرة دراهم بدينارين تجوز فى عقد واحد ولا يظهر بينهما الفضل الخالى عن المقابلة ففى عقدين أولى واذا كان أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤاجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعي أن الدراهم نبهرجة وان الطعام معيب فالقول قوله لانه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بالصفة ويختلف باختلاف الصفة ولا مناقضة فى كلامه فاسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب وان كان حين أشهد قال قد قبضت من أجر الدار عشرة دراهم أو قفيز حنطة لم يصدق بعد ذلك علي ادعاء العيب والزيف وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد فان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا فى قوله وجدته زيوفا والمناقض لاقول له ولا تقبل بينته ولو كان الاجر ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبى فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه فانه كان شيئا بعينه ثم ادعي الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان أقام رب الدار البينة علي العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس المبيع ثم ينفسخ العقد برده لفوات القبض المستحق بالعقد فيأخذ منه قيمة السكنى وهو أجر مثل الدار لان العقد لما فسد لزمه رد المستوفى من السكنى ورد السكن برد أجر المثل وان كان حدث به عيب لم يستطع رده رجع بحصة العيب من أجر مثل الدار لان الرجوع بحصة العيب عند تعذر الرد يكون من البدل كما في البيع واذا خرج المستأجر من الدار وفيها تراب ورماد من كناسة فعلى المستأجر اخراجه لانه اجتمع بفعله وهو الذى شغل ملك الغير به فعليه تفريغه اذا خرج من

Marfat.com

الدار ولكن ماأشبه ذلك مما هو ظاهر على وجه الارض فاما البالوعة وماأشبهها فليس على المستأجر تنظيفها استحسانا وفى القياس هذا كالاول لانه اجتمع بفعل المستأجر والاستحسان وجهان (أحدهما) العرف فان الناس لم يتعارفوا تكليف المستأجر تنظيف البالوعة اذا خرج من المنزل وقد بينا ان العرف معتبر فى الاجارة (والثانى) ان البالوعة مطوية فتحتاج للتنظيف الى الحفر وذلك تصرف من المستأجر فيما لا يملكه فلا يلزمه ذلك فاما ما كان ظاهرا فهو لا يحتاج فى التفريغ الى نقض بناء وحفر فعليه اخراج ذلك وان اختلفا فى التراب الظاهر فالقول قول المستأجر انه استأجرها وهو فيها لان رب الدار يدعى لنفسه حقا قبله وهو تفريغ ذلك الموضع ويدعى احداث شغل ملكه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما مسيل ماء الحمام ظاهرا كان أو مسقفا فعلى المستأجر كنسه اذا امتلأ هو المتعارف بين الناس ولانه ظاهر على وجه الارض وانما يسقف لكيلا يتأذى الناس برائحته ولانه لا يملأ ليترك بل ليفرغ اذا امتلأ وكان التفريغ على من ملأه بخلاف البالوعة فقضاء الحاجة فى بئر البالوعة لا يكون لقصد النقل والتفريغ بل يترك ذلك عادة فلهذا لا يجب على المستأجر ولو اشترط رب الدار على المستأجر حين أجره اخراج ماأحدثه فيها من تراب أو سرجين كان جائزا لان ذلك عليه بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة واذا استأجر فامى من رجل بيتا فباع فيه زمانا ثم خرج منه واختلفا فيما فيه من الاوانى والرفوف والتحاتح التى قد بنى عليه البناء فقال المستأجر أنا أحدثتها وقال رب البيت كانت فيه حين أجرته فالقول قول المستأجر لان الظاهر شاهد له فهو الذى يتخذ ذلك عادة لحاجته اليه فرب البيت مستغن عن ذلك فانه يبنى البيت ليؤاجره ممن يستأجره منه ثم كل عامل يتخذ فيه ما يكون من أداة عمله وعند المنازعة القول قول من يشهد له الظاهر ولان هذه الاشياء موضوعة فى البيت وفى الموضوع القول قول المستأجر كسائر الامتعة وكذلك الطحان اذا خرج من البيت فأراد أن يأخذ من متاع الرحا وما تحتها من بنائها وخشبها التى فيها واسطوانتها فذلك كله للطحان لانه من أداء عمله وكذلك القصاب والقلاء والحداد وما أشبهه من الاوعية والاداة التى تكون للصناع ولو استأجر أرضا ليطبخ فيها الآجر والفخار ثم اختلفا فى الاتون التى يطبخ فيها الآجر ففى القياس القول قول رب الارض لانه بناء كسائر الابنية وفى البناء القول قول رب الارض لانه تبع لارضه وفي الاستحسان القول قول المستأجر قال لانى رأيت المستأجر هو الذي بنى وانما يبنى الحكم على مايعرف عند المنازعة

Marfat.com

ثم هذا البناء لحاجة المستأجر ليس لحاجة رب الارض بخلاف سائر الابنية (ألا ترى) ان كل عامل من هـذا الجنس يبنى الاتون على الوجه الذى يتخذه أهل صنعته ولو اختلفا في بناء سوى ما ذكرنا أوفى باب أو خشبة أدخلت السقف فالقول قول رب الدار أنه أجرها وهى كذلك وكذلك الآجر المفروش والغلق والميزاب فالظاهر أن رب الدار هو الذى يتخذ ذلك لان الساكن به يتمكن من السكنى فى الدار وعلى رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذى يحدث ما به ليتم تمكنه من الانتفاع به وما كان فى الدار من لبن موضوع أو آجر أو جص أو جذع أو باب موضوع فهو للمستأجر لانه بمنزلة المتاع الموضوع غير مركب فى البناء ولا هو تبع للارض والبناء فان أقاما البينة ففى كل شئ جعلنا القول فيه قول المستأجر فالبينة بينة رب الدار لانها مثبتة لحقه ولو كان فى الدار بئر ماء مطوية أو بالوعة محفورة فقال المستأجر أنا أحدثتها وأنا أقلعها فالقول قول رب الدار لان هذا من توابع البناء ومما لا يتأتى بدونه السكنى ولانه يحتاج في قلعها الى نقض البناء والمستأجر لا يملك ذلك الا بحجة وهى البينة وكذلك الجص والسترة والخشب المبنى فى البناء والدرج فالمراد من الدرج مايكون مبنيا منه فاما مايكون موضوعا فيه كالسلم فالقول قول المستأجر لانه لايحتاج في رفعه الى قلع البناء وهو موضوع كالامتعة (قال) وكذلك التنور وكذلك الاتون التى يطبخ فيها الاجر ان القول قول المستأجر وفى التنور القول قول رب الدار ولا فرق بينهما الا بالعرف ثم التنور من توابع البناء في الدار فيحتاج اليه كل ساكن فاما الاتون فانما يحتاج اليه من يطبخ الآجر دون من يعمل فى الارض عملا آخر فالظاهر هناك أن المستأجر هو الذى بناه والظاهر هنا ان رب الدار هو الذى يبنى التنور ولو كان فى الدار كوارت نحل أو حمامات فذلك كله للمستأجر كالمتاع الموضوع ولو أقر رب الدار ان المستأجر خصصها أو فرشها بالآجر أو ركب فيها بابا أو غلقا كان للمستأجر أن يقلع من ذلك مالا يضر قلعه بالدار لانه عين ملكه فاما مايضر بها فليس له أن يقلعه دفعا للضرر عن رب الدار (ألا ترى) ان رب الدار لو فعل ذلك غصبا لم يكن لمالك ذلك العين أن يقلعه فاذا فعله المالك أولى ولكن قيمة ذلك على رب الدار يوم يختصمون لان ذلك العين احتبس عنده فيغرم قيمته كما لو انصبغ ثوب إنسان بصبغ الغير فاراد صاحب الثوب أن يأخذه وانما اعتبر قيمته عند الخصومة لانه عند ذلك تملكه على صاحبه ولو انهدم بيت من الدار فاختلفا فى نقضه فان كان يعرف انه من بيت انهدم فهو لرب الدار لانهما لو اختلفا قبل الانهدام كان القول

Marfat.com

قول رب الدار فكذلك بعده وان لم يعرف ذلك وقال المستأجر هولى فالقول فيه قوله لانه موضوع كسائر الامتعة ولو كان رب الدار أمره بالبناء فى الدار على أن يحبسه له من الاجر واتفقا على البناء واختلف فى مقدار النفقة فالقول قول رب الدار والبينة بينة المستأجر لان حاصل اختلافهما فيما صار المستأجر موفيا من الاجر فهو يدعي الزيادة فالبينة بينته ورب الدار ينكرها فالقول قوله وكذلك لو قال رب الدار لم تبن أو بنيت بغير اذنى لان المستأجر يدعى عليه الامر وبه يصير موفيا الاجر عند البناء فالقول قول رب الدار لانكاره ولو كان على باب منها مصرعان فسقط احدهما وقال المستأجر هما لي أو قال هذا الساقط لى ويعرف أنه أخ المغلق فالقول قول رب الدار لان الظاهر شاهد له أما فى المغلق غير مشكل والساقط اذا كان أخ المغلق فهما كشيء واحد مضي فى معنى الانتفاع حتى لا ينتفع بأحدهما دون الآخر والبينة بينة المستأجر لانه هو المحتاج الى اقامتها وكذلك لو كان فيها بيت مصور بجذوع مصورة فسقط جذع منها فكان فى البيت مطروحا فقال رب الدار هو من سقف هذا البيت وقال المستأجر بل هو لي ويعرف أن تصاويره موافق لتصاوير البيت فالقول فى ذلك قول رب الدار لشهادة الظاهر له وهو نظيره مالو اختلفا الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال يجعل القول قول الزوج وما يصلح للنساء فهو للمرأة لشهادة الظاهر لها ثم موافقة التصاوير وكون موضع ذلك الجذع من السقف ظاهرا دليل فوق اليد واذا جعل القول قول ذى اليد لشهادة الظاهر له فهذا أولى وعمارة الدار وتطيينها واصلاح الميزاب وما وهى من بنائها على رب الدار لان به يتمكن المستأجر من سكنى الدار وكذلك كل سترة يضر تركها بالسكنى لان المستأجر بمطلق العقد استحق المعقود عليه بصفة السلامة فان أبى أن يفعل فللمستأجر أن يخرج منها لوجود العيب بالمعقود عليه الا أن يكون استأجرها وهى كذلك وقد رآها فحينئذ هو راضى بالعيب فلا يردها لاجله واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار وان كان امتلأ من فعل المستأجر لما بينا أنه يحتاج فى ذلك الى هدم البناء ولكن لا يجبر رب الدار على ذلك ولا المستأجر وان شاء المستأجر أن يصلح ذلك فعل ولا يحتسب له من الاجر وان شاء خرج اذا أبى رب الدار أن يفعله لان الانسان لا يجبر على اصلاح ملكه ولكن العيب في عقود المعاوضات يثبت للعاقد حق الفسخ فيما يعتمد لزومه تمام الرضاء ولو استأجر من رجل نصف أرض غير مقصود أو نصف عبد أو نصف دابة فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله

Marfat.com

والشيوع فيما يحتمل القسمة ومالا يحتمل القسمة سواء عنده فى افساد الاجارة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله جائز ويتهايآن فيه وحجتهم في ذلك أن هذا معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة وللجزء الشائع منفعة (ألا ترى) انه لو أجر من شريكه يجوز العقد لهذا المعنى ولو أجر من رجلين تجوز العقود وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعا والدليل عليه أنه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك وتأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع أكثر منه فى المنع من المعاوضة كما فى الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع فبطريق المعاوضة أولى وأبو حنيفة رحمه الله يقول التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه فلا يجوز كما لو باع الآبق أو أجره * وبيان ذلك أن عقد الاجارة يرد على المنفعة وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستأجر ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعا انما يتحقق من جزء معين فانهما ان تهايأ على المكان فانما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها وان تهايأ على الزمان فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار فى بعض المدة فعرفنا أن استيفاء المنفعة فى الجزء الشائع لا يتحقق فكان بأضافة العقد الى جزء شائع ملتزما تسليم ما لا يقدر على تسليمه ويحكى عن أبي طاهر الدباس رحمه الله انه كان يقول اذا أجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي يصح عند أبي حنيفة رحمه الله واذا أجر المالك نصف أرضه لا يصح وكان يفرق فيقول يحتاجان الى المهايأة فاما أن يعود الى يد الاجير جميع المستأجر فى بعض المدة اذا تهايآ على الزمان أو بعض المستأجر فى جميع المدة اذا تهايأ على المكان وعود المستأجر الى يد الاجير يمنع استيفاء المنفعة بحكم الاجارة كما لو اعاره المستأجر من الاجير أو أجره منه فاستحقاق ذلك بسبب يقترن بالعقد يبطل الاجارة فاما اذا أجر أحدهما نصيبه من أجنبي فالمهايأة تكون بين المستأجر والشريك فلا يعود المستأجر الى يد الاجير وانما يعود الى يد أجنبي وذلك جائز فى الاجارة كما لو أعاره المستأجر أو أجره من أجنبي والاصح أنه لا فرق بينهما عنده والعقد فاسد لما بينا ولان استيفاء المعقود عليه لا يتأدى الا بالمهايأة والمهايأة عقد آخر ليس من حقوق عقد الاجارة فبدونه لا تثبت القدرة على قبض المعقود عليه وذلك مانع من جواز العقد فان استوفى المنفعة مع الفساد استوجب أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد فاسد وهذا لان العجز عن التسليم يفسد العقد ولا يمنع انعقاده كما فى بيع الآبق فاذا استوفى فقد تحقق الاستيفاء بعد انعقاد

Marfat.com

العقد وهـذا بخلاف البيع لان التسليم هناك بالتخلية يتم وذلك فى الجزء الشائع يتم فأما اذا أجره من شريكه فقـد روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لايجوز ذلك وجعله كالرهن في هذه الرواية لان استيفاء المنفعة التى يناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد الاجارة كمن استأجر أحـد زوجى المفراض لمنفعة قرض الثياب لايجوز لان استيفاء المعقود عليه مما يتناوله العقد لايمكن الا بما لم يتناوله العقد وفي ظاهر الرواية يجوز لان استيفاء المعقود عليه علي الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتى هنا فانه يسكن جميع الدار فيصير مستوفيا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الاجارة بخلاف ما اذا أجره من غير شريكه فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذى أوجبه العقد وهو نظير بيع الآبق ممن هو فى يده يجوز بكون التسليم مقدورا عليه بيده ومن غيـر من فى يده لايجوز لعجزه عن التسليم وهذا بخلاف الرهن فبالشيوع هناك ينعدم المعقود عليه لان المعقود عليه هو الحبس المستدام ولا تصور لذلك فى الشائع وفى هـذا الشريك والاجنبي سواء فاما هنا بالشيوع لاينعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما ينعدم التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك وبه فارق الهبة أيضا فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذى به يقع الملك والهبة من الشريك ومن غيره فى ذلك سواء وأما اذا أجر من رجلين فتسليم المعقود عليه كما أوجبه العقد مقدور عليه للمؤاجر ثم المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكيهما وهو نظير الراهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه باعتبار ما أوجبه الراهن لهما فان مات أحد المستأجرين حتى بطل العقد فى نصيبه فقد ذكر الطحاوى عن خالد بن صبيح عن أبى حنيفة رحمهم الله أنه يفسد العقد فى النصف الآخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب مايحدث من المنفعة فكان هذا فى معنى شيوع تقترن بالعقد وفى ظاهر الرواية يبقى العقد فى حق الآخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما أصل العقد منعقد لازم فى الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن كما فى الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع فى نصفها وهذا بخلاف الاعارة لانه لايتحقق بها استحقاق التسليم والمؤثر العجز عن التسليم فانما يؤثر فى العقد الذى يتعلق به استحقاق التسليم. رجل تكارى دارا من رجل علي أن جعل أجرها أن يكسوه ثلاثة أثواب فهذا فاسد لان المسمى مجهول الجنس والصفة والثياب بمطلق التسمية لاتصلح عوضا فى البيع فلا تصلح أجرة وعليه أجر مثلها فيما سكن لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد

Marfat.com

ولو تكارى منزلا كل شهر بدرهم فخلى بينه وبين المنزل ولم يفتح له الباب فجاء رأس الشهر وطلب الاجر فقال المستأجر لم يفتحه ولم أنزله فان كان يقدر على فتحه فالكراء واجب عليه لتمكنه من استيفاء المعقود فانه في الامتناع بعد التمكن قاصد الي الاضرار بالاخير فيرد عليه قصده وان كان لا يقدر على فتحه فلا أجر له عليه لانه ما تمكن من الاستيفاء وعلى المؤاجر أن يمكنه من استيفاء المعقود فلا يستوجب الاجر بدونه اذا لم يستوف ولو تكارى منزلا فى داروفى الدار سكان فخلي بينه وبين المنزل فلما جاء رأس الشهر طاب الاجر فقال ماسكنته حال بيني وبين المنزل فيه فلان الساكن والساكن مقر بذلك أو جاحد فانه بحكم الحال فان كان المستأجر فيه فى الحال فالأجر عليه وان كان الغاصب فيه فلا أجر عليه والقول فيه قوله لان الاختلاف وقع بينهما فيما مضى والحال معلوم فيرد المجهول الى المعلوم ويحكم فيه الحال كالمستأجر مع رب الرحا اذا اختلفا في انقطاع الماء فى المدة بحكم الحال فيه وان لم يكن في المنزل ساكن فى الحال فالمستأجر ضامن الأجر لانه متمكن من استيفاء المنفعة فى الحال فذلك دليل على أنه كان متمكنا فيما مضى فيلزمه الأجر والمانع لا يثبت بمجرد قوله من غير حجة ولو تكارى بيتا ولم يسم مايعمل فيه فهو جائز لان المعقود عليه معلوم بالعرف وهو السكنى في البيت وذلك لا يتفاوت فلا حاجة الى تسميته وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها لان ذلك يضر بالبناء وقد بينا أنه لا يستحقه بمطلق العقد فان عملها فانهدم البيت فهو ضامن لما انهدم من عمله لانه متلف متعدى ولا أجر عليه فيما ضمن لان الاجر والضمان لا يجتمعان فانه يتملك المضمون بالضمان مستندا الى وقت وجوب الضمان فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه وان سلم فعليه الأجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه غاصب فيما صنع ولهذا كان ضامنا ولا أجر على الغاصب فى المنفعة* وجه الاستحسان أنه استوفى المعقود عليه وزيادة وانما كان ضامنا باعتبار تلك الزيادة فاذا سلم سقط اعتبار تلك الزيادة حكما فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه واذا انهدم فقد وجب اعتبار تلك الزيادة لايجاب الضمان عليه فلهذا لا يلزمه الاجر وان قال المستأجر استأجرته منك لأعمل فيه القصارة وقال رب البيت أكريتك لغير ذلك فالقول قول رب البيت لانه هو الموجب ولو أنكر الايجاب والاذن أصلا كان القول قوله اذا أقر بشئ دون شئ ولان المستأجر يدعى زيادة فيما استحقه بالعقد فعليه أن يثبت ذلك بالبينة ورب الدار منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان سكنه وأسكن

Marfat.com

فيه معه غيره فانهدم من سكنى غيره لم يضمن لانه غير متعدى فيما صنع وكثرة الساكنين في الدار لاتوهن البناء ولكنها تزيد فى عمارة الدار واذا طلب رب البيت أجر ما سكن فقال الساكن أسكنتنيه بغير أجر فالقول قوله والبينة بينة رب الدار لانه يدعى الاجر فى ذمة الساكن فعليه اثباته بالبينة والساكن منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وهذا بخلاف العين اذا قال بعته منك وقال الآخر وهبته لى وقد هلك فى يده لان العين متقوم فى نفسه ولا تسقط قيمته الا بالايجاب بطريق التبرع ولم يوجد فاما المنفعة لا تتقوم الا بشرط البدل ولم يثبت ذلك وان قال الساكن الدار لى أو قال هى دار فلان وكانى بالقيام عليها فالقول قول الساكن لان اليد له والبينة بينة الطالب لانه يثبت ملكه والساكن خصم له لظهورها فى يده فلا تندفع الخصومة عنه بمجرد قوله هى دار فلان ولان الطالب يدعى عليه فعلا وهو استيفاؤها منه بحكم الاجارة وان قال الساكن وهبتها لى لم يصدق على الهبة لانه أقر بالملك له وادعى تمليكها عليه ولا أجر عليه لانه فى حق الآخر منكر والبينة بينته ان أقامها لانه يثبت سبب الملك لنفسه هنا وهو الهبة فان أقر باصل الكراء وادعى الهبة فدعواه باطل والكراء لازم لاقراره له بالسبب الموجب له الا أن يقيم البينة على ما ادعى من الهبة. رجل تكارى من رجلين منزلا بعشرة دراهم كل سنة فخرج الرجل منه وعمد أهله فاكروا من المنزل بيتا وأنزلوا انسانا بغير أجر فانهدم المنزل الذي سكنوه فلا ضمان على الآخر لان أكثر ما فيه انه غاصب والعقار لا يضمن بالغصب ولا ضمان علي المستأجر الثانى الا أن ينهدم من عمله فحينئذ يكون متلفا واذا انهدم من عمله وضمنه رجع به على الذى أجره لانه صار مغرورا من جهته بعقد ضمان باشره رجل تكارى منزلا كل شهر بدرهم ثم طلق امرأته وذهب من المصر فلا كراء على المرأة لانها لم تستأجر ولم تلتزم شيئا من الاجر والكراء علي الزوج لتمكنه من الاستيفاء بمن اقامه مقام نفسه فى السكنى فى المنزل ولا تخرج من المنزل حتى يهل الهلال لان العقد فى الشهر الواحد لزم بهذا اللفظ فلا ينفرد أحدهما بالفسخ فان تكارى على أن ينزله وحده لا ينزله غيره وتزوج امرأة أو امرأتين فله ان ينزلها معه وليس الشرط بشئ لانه غير مفيد فكل ما كان السكان في الدار أكثر كان ذلك أعمر لها وان حفر المستأجر فى الدار بئرا للماء أو الوضوء فعطب فيها انسان أو دابة فان حفر باذن رب الدار فلا ضمان عليه وان حفر بغير اذنه فهو ضامن لان المسبب انما يضمن اذا كان متعديا فى السبب وهو فى الحفر بغير اذنه متعدى فاما في الحفر باذنه لا يكون

Marfat.com

متعديا ولكن يجعل فعله كفعل رب الدار وان تكارى داراً كل شهر بعشرة على أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوابها فهذا فاسد لان مايعمر به الدار على رب الدار والثانية كذلك عليه فهى الجباية بمنزلة الخراج فهى مجهولة فقد شرط لنفسه شيئا مجهولا مع العشرة وضم المجهول الى المعلوم يجعل الكل مجهولا فاما أجر الحارس فهو على الساكن لانه هو المنتفع بعمله واذا سكن الدار فعليه أجر مثلها بالغا مابلغ لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ورب الدار مارضي بالمسمى حين ضم اليه شيئا آخر لنفسه فلهذا لزمه أجر المثل بالغا مابلغ والاشهاد على المرتهن والمستأجر والمستعير في الحائط الوهى باطل لان الاشهاد انما يصح على من يتمكن من هدم الحائط فانه يطالبه بتفريغ ما اشتغل من الهواء بالحائط المائل وهؤلاء لايتمكنون من التفريغ بالهدم فلاتتوجه عليهم المطالبة. رجل تكارى منزلا في دار وفي الدار سكان غيره فادخل دابة في الدار وأوقفها على بابه فضربت إنسانا فمات أو هدمت حائطا أو دخل ضيف له على دابة فوطئ انسانا من السكان فلا ضمان على الساكن ولا على الضيف لانه غير متعدى فى ادخال الدابة وايقافها فى الدار فان للساكن أن يربط دابته فيها الا أن يكون هو على الدابة حين أوطأت انسانا فحينئذ يضمن لانه مباشر للاتلاف وان تكاراها سنة وقبضها لم يكن لرب الدار أن يربط فيها دابته من غير رضي الساكن لان الساكن فيما يرجع الى الانتفاع كالمالك والمالك كالاجنبي فان فعل فهو ضامن لما أصابت لكونه متعديا فى التسبب ولو تكارى دارا يسكنها شهرا لخدمة عبد شهرا فان كان العبد بغير عينه فالاجارة فاسدة لجهالة أحد العوضين وان كان بعينه فالاجارة جائزة لاختلاف جنس المنفعة فان مات العبد قبل أن يخدم وسكن الدار فعليه أجر مثل الدار لان بموت العبد فات المعقود عليه من الخدمة قبل الاستيفاء فيفسد العقد فى حق السكنى وبقيت السكنى مستوفاة بعقد فاسد وكان على المستوفى أجر المثل رجل تكارى دارا سنة بمائة درهم على أن لايسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط ومثل هذا الشرط لا يلائم العقد فان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ينقص مما سمى لان المستأجر التزم المسمى بدون أن يسكنها فالتزامه لها فاذا سكن أظهر ورب الدار انما رضى بالمسمى اذا لم يسكنها فعند السكنى لا يكون راضيا بها فلهذا أعطاه أجر مثلها بالغا ما بلغ فان تكاراها على أن يسكنها فلم يسكنها ولكنه جعل فيها حيوانا وقال رب الدار ردها على (قال) هذا يخربها فليس له ذلك حتى تنقضي المدة لان مافعل من السكنى (ألا ترى) انه لو سكنها كان له أن يجعل فيها من الحبوب مع

Marfat.com

نفسه ما يحتاج اليه فهذا مما صار مستحقا بعقد الاجارة فلا يمنعه رب الدار منه ولا يفسخ العقد لاجله واذا أنزل المستأجر زوج ابنته معه فى الدار فلما انقضت المدة طالبه بالأجر فليس له ولا لرب الدار أن يأخذ الزوج بشيء من ذلك لان العقد لم يجر بينه وبين رب الدار والمستأجر أسكنه من غير أن شرط عليه أجرا ولو أسكنه ملكه لم يطالبه بالاجر فكذلك اذا أسكنه دارا يكتريها فان تكارى منزلا فى دار فيها سكان فأمره صاحب المنزل أن يكنس البئر التي فى الدار ففعل وطرح ترابها فى الدار فعطب بذلك انسان فلا ضمان عليه لان فعله بأمر رب الدار كفعل رب الدار بنفسه وكذلك ان فعله بغير أمر رب الدار لان هذا من توابع السكنى فان الساكن مرتفق بالبئر ولا يتأتى له ذلك الا بالكنس فلم يكن متعديا فيما صنع فلهذا لا يضمن الا أن يخرج التراب الى الطريق فحينئذ هو متعد فى القاء التراب فى الطريق فكان ضامنا . رجل تكارى دارا سنة على انه فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا وفى أحد قول الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على الاصل الذى بينا أن جواز الاجارة بطريق أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون ذلك اذا اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان ابتداء المدة من حين سقط الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار فيه غير ممكن أيضا لان الخيار مشروط للفسخ فلا بد من أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك مانع من الفسخ ثم شرط الخيار في البيع ثابت بالنص بخلاف القياس والاجارة ليست فى معناه فلا يجوز شرط الخيار فيها ولهذا لم يجز شرط الخيار فى النكاح فكذلك فى الاجارة والجامع بينهما أنه عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة *وحجتنا في ذلك أن هذا عقد معاوضة مال بمال فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وتأثيره أنه لما كان المقصود المال وقد يقع نفيه قبل أن يروى المرء النظر فيه فهو محتاج الى شرط الخيار فيه ليدفع الغبن عن نفسه والاجارة فى هذا كالبيع (ألا ترى) أنه فى الرد بالعيب يجعل كالبيع فكذلك فى الرد بخيار الشرط وانه يحتمل الفسخ بالاقالة كالبيع ويعتمد لزومه تمام الرضا بخلاف النكاح ثم ان كان ابتداء المدة من وقت العقد فالمنفعة لا تدخل فى ضمان المستأجر الا بالاستيفاء وما يتلف قبل ذلك يتلف على ضمانه فلا يمنعه من الفسخ وان اشتغل بالاستيفاء سقط خياره عندنا والحقيقة أن ابتداء المدة من حين يتم رضاه بالعقد وذلك عند اشتغاله باستيفاء المنفعة أو عند مضي مدة الخيار فان سكنها فى المدة فقد تم رضاه باشتغاله بالتصرف فيسقط خياره والله أعلم وان كان شرط لنفسه الخيار

Marfat.com

ثلاثة أيام فان رضيها أخذها بمائة درهم وان لم يرضها أخذها بخمسين فالاجارة فاسدة لجهالة الاجرة وان سكنها فعليه أجر مثلها ولا ضمان عليه فيما انهدم منها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز واذا أجر الوصي دار اليتيم مدة طويلة جازت الاجارة لانه قائم مقامه لو كان بالغا في كل عقد نظرا له الا أن ينتقص من أجر مثلها مالا يتغابن الناس فيه فلا يجوز اعتبارا للاجارة بالبيع وهذا لانه مأمور بقربان ماله بالاحسن وبما يكون أصلح له قال الله تعالى قل اصلاح لهم خير ويجوز لوكيل الكبير أن يؤاجرها بما قل وكثر فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجوز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الا بما يتغابن الناس فى مثله وهو نظير البيع فى ذلك. رجل تزوج امرأة وهى فى منزل بكراء فمكث معها سنة فيه ثم طلب صاحب المنزل الكراء وقد أخبرت المرأة الزوج أن المنزل معها بكراء أو لم تخبره فالاجرة على المرأة دون الرجل لانها هى التى باشرت سبب وجوب الاجر وهو العقد فان كان قال لها لك على مع نفقتك أجر المنزل كذا وكذا وضمنه لرب المنزل فهو عليه لانه ضمن دينا واجبا لرب المنزل وان أشهد لها به ولم يضمنه لرب المنزل ثم لم يعطها فله ذلك لان الاجر عليها لا لها فلا يكون هو ضامنا لها ذلك بل هذا بمنزلة الهبة منه فان شاء أعطى وان شاء لم يعط واذا تكارى دارا لم يرها فله الخيار اذا رآها لان الاجارة كالبيع يعتمد تمام الرضا فكما لا يتم الرضا فى البيع قبل الرؤية فكذلك فى الاجارة ورؤية المعقود عليه وهو المنفعة لا تتأتى ولكن يصير ذلك معلوما برؤية الدار فان منفعة السكنى تختلف باختلاف الدار فى الضيق والسعة ولهذا لو كان رآها قبل ذلك فلا خيار له فيها الا أن يكون انهدم منها شئ يضر بالسكنى فحينئذ يتخير للتغير واذا استأجر دارا سنة كل شهر بمائة درهم لم يكن لواحد منهما أن يفسخ الاجارة قبل كمال السنة لان الصفقة واحدة باتحاد العاقدين فبالتفصيل فى ذكر البدل لا تتفرق الصفقة ولكن هذا التفصيل وجوده كعدمه فيكون العقد لازما في جميع السنة لا يفسخه أحدهما الا بعذر وان قال المستأجر استأجرتها شهرا فالقول قوله لانه ينكر الاجارة فيما زاد على الشهر ولو أنكر أصل العقد كان القول قوله مع يمينه فكذلك اذا أنكر الزيادة والبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الزيادة وان استأجرها شهرا بدرهم فسكنها شهرين فعليه كراء الشهر الاول ولا كراء عليه فى الشهر الثانى لانه غاصب فى السكنى والمنافع لا تتقوم الا بالعقد وعند ابن أبى ليلى رحمه الله عليه أجر مثلها فى الشهر الثانى وقد بينا نظيره فى العارية فان انهدمت من سكناه فقال انما انهدمت فى

Marfat.com

الشهر الاول فالقول قوله لانكاره وجوب الضمان والبينة بينة رب الدار لانه يثبت السبب الموجب للضمان عليه وكذلك ان زاد على الشهر يوما أو يومين لانه غاصب فيما زاد فيستوى فيه قليل المدة وكثيرها واذا أجر البيت من رجل وسلم اليه المفتاح فلما انقضت المدة قال المستأجر لم أقدر على فتحه ولم أسكنه فالقول قول صاحب البيت والبينة بينته أيضا أما جعل القول قوله لشهادة الظاهر له فالمفتاح ما اتخذ الا لفتح الباب والظاهر أنه من وصل اليه المفتاح تمكن من فتح الباب إما بنفسه أو بمن يعينه وأما ترجيح بينته فلانه يثبت الاجر في ذمة المستأجر باثباته السبب الموجب وهو التمكن من استيفاء المنفعة بعد العقد والمستأجر ينفى ذلك واذا تكارى دارا شهرا فاقام معه صاحب الدار فيها الى آخر الشهر فقال المستأجر لا أعطيك الاجر لانك لم تخل بيني وبين الدار (قال) عليه من الاجر بحساب ما كان في يده لانه استوفى بعض المعقود عليه وهو منفعة المنزل الذى فى يده فليلزمه الاجر بقدره اعتبارا للجزء بالكل رجلان استأجرا حانوتا يعملان فيه بانفسهما فعمد أحدهما فاستأجر آخيرا فاقعده فى الحانوت وأبى الآخر أن يدعه (قال) له ان يقعد فى نصيبه من شاء مالم يدخل على شريكه في نصفه ضررا بينا لان لكل واحد منهما ملك منفعة النصف فله أن يتصرف فيما يملكه كيف شاء الا انه اذا أدخل ضررا على شريكه فحينئذ يمنع من ذلك لان تصرفه متعد الى نصيب شريكه وفيه ضرر عليه وكذلك ان كان أحدهما أكثر متاعا من الآخر وان أراد أحدهما أن يبنى وسط الحانوت حائطا لم يكن له ذلك لان البناء تصرف فى العين فانهما يملك مالك الرقبة وهما يملكان المنفعة دون الرقبة فان تكارى بيتا ودكانا على بابه كل شهر بدرهم والدكان في طريق المسلمين فحيل بينه وبين أن يترفق بالدكان فالكراء جائز فى الدار ويرفع عنه بحساب الدكان لانه أضاف العقد فيهما الى محله وهو عين منتفع به (ألا ترى) أنه لو لم يتعرض له انسان حتى استوفى منفعتهما سنة كان عليه الاجر كاملا فاحيل بينه وبين الترفق بالدكان يرفع عنه بحسابه من الأجر كما كانا بيتين فغصب أحدهما غاصب. رجلان استأجرا منزلا واشترطا فيما بينهما أن ينزل أحدهما فى أقصاه والآخر في مقدمه ولم يشترطا ذلك فى أصل الاجارة فالاجارة جائزة ولصاحب الاقصى أن ينزل فى مقدمه مع صاحبه لان المواضعة التى بينهما بعدما ملك المنفعة بالاجارة بمنزلة المهايأة والمهايأة لا تكون واجبة فلا يكون أحدهما أحق بالانتفاع بالمقدم من الآخر واذا تكارى دارا لينزلها بنفسه وأهله فلم ينزلها ولكن انزل فيها دواب وبقرا

Marfat.com

فانهدمت من عملهم فلا ضمان عليه لان هذا ليس بخلاف منه فان ما فعل من توابع السكنى وعليه الأجر وقيل هذا اذا كان منزلا تدخل الدواب مثل ذلك المنزل عادة فان كان بخلاف ذلك فهو غاصب ضامن لما ينهدم بعمله واذا مات أحد المكاريين انتقضت الاجارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لاتنتقض بموتهما ولا بموت أحدهما الا فى خصلة واحدة وهى اذا شرط علي الخياط أنه يخيط بنفسه فمات الخياط وعلى بناء أصله أن المنافع جعلت كالاعيان القائمة ثم العقد على العين لايبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك العقد علي المنفعة وهذا لانه لما جعل كالعين فقد تم الاستحقاق فى الكل فبموت الاجير لايتغير ذلك لان وارثه يخلفه فيما كان مستحقا له وقاس بالارض المستأجرة اذا زرعها المستأجر ثم مات فان الاجارة لاتنتقض بالاتفاق بل يخلفه وارثه فى تربية الزرع فيها الى وقت الادراك ولان هذا عقد معاوضة يقصد به استيفاء المنفعة فلا يبطل بموت العاقد الا أن يتضمن هذا المعقود عليه كالنكاح فان زوج أمته ثم مات المولي لا يبطل العقد وبموت أحد الزوجين يرتفع العقد لتضمنه فوات المعقود عليه ولهذا تبطل الاجارة بموت الخياط اذا شرط عليه العمل بيده لفوات المعقود عليه وتبطل الكتابة بموت المكاتب عنده لفوات المعقود عليه ولا تبطل بموت المولى بالاتفاق ولنا طريقان (أحدهما) فى موت الاجير فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث على ملك الاجير وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه وبيان ذلك أن رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة (ألا ترى) أنه لو باع الدار برضاء المستأجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره * توضيحه أنه فيما يحدث فيها من المنفعة بعد الموت هو مضيف للعقد الى ملك الغير وليس له ولاية الزام العقد فى ملك الغير وهذا لان الاجارة تتجدد فى ملك المعقود عليه بحسب مايحدث من المنفعة فان (قيل) فعلى هذا ينبغى أن تعمل الاجارة فيما من المورث (قلنا) انما لاتعمل اجارته لانه لم يتوقف على حقه عند العقد فما كان يعلم عند ذلك أن العقد مضاف الى محل حقه وهذا بخلاف النكاح لان ملك النكاح فى حكم ملك العين فلا يثبت للوارث بملك رقبة الامة حق فيما هو حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح والطريق الآخر فى موت المستأجر وهو أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبقى على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث (ألا ترى) ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن

Marfat.com

المستعير مالك للمنفعة وفى حكم التوريث لافرق بين الملك ببدل وبغير بدل كالعين ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة تبطل الوصية لان المنفعة لاتورث والدليل عليه لوأوصى برقبة عبده لانسان وبخدمته لآخر فرد الموصي له بالخدمة الوصية كانت الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الموصي لان المنفعة المجردة لا تورث وهذا لان الوارثة خلافة فلا يتصور ذلك الافيما يبقى ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثانى والمنفعة الموجودة فى حياة المستأجر لاتبقي والتى لاتحدث لا تبقى لتورث والتى تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لايخلفه فيه وفصل الارض المزورعة والسفينة اذا كانت في لجة البحر فمات صاحب السفينة فى القياس تبطل الاجارة فيهما ولكن في الاستحسان لاتبطل للحاجة الى دفع الضرر فان مثل هذه الحاجة لاتعتبر لاثبات عقد الاجارة ابتداء حتي لومضت والزرع بقل بعقد بينهما عقدت الاجارة الى وقت الادراك لدفع الضرر فلأن يجوز ابقاء العقد لدفع هذا الضرر أولى والمستحسن من القياس لايورد نقضا على القياس اذا عرفنا هذا فنقول رجلان أجرا دارا ثم مات أحدهما فالعقد ينتقض فى حصته فان رضي الوارث وهو كبير أن تكون حصته على الاجارة ورضى به المستأجر فهو جائز لان هذا عقد بينهما فى حصته بالتراضى وذلك جائز وان كان مشاعا لانه يؤاجر من شريكه ففى نصيب الحى منهما العقد باق لما بينا أن الشيوع الطارىء لا يرفع الاجارة لا زفر رحمه الله فانه سوى بين الشيوع الطارىء والمقارن فقال بموت أحدهما تبطل الاجارة فيهما وكذلك لو مات أحد المستأجرين فبطلان العقد فى نصيب الآخر بيننا وبين زفر رحمه الله على الخلاف وقد بينا رواية فيه عن أبى حنيفة رحمه الله كقول زفر رحمه الله فان تكاري دارا سنة علي أن يعجل له الاجر فسكن الدار شهرا فقال رب المنزل عجل لى الاجر كما شرطت عليك فأبى أن يعطيه فاراد أن يخرجه قبل السنة (قال) يا خذه بالاجر حتى يعجله وليس له أن يخرجه حتى تمضى السنة لان العقد لازم كالبيع والمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن فالبائع يطالبه به ولا يتمكن من فسخ البيع لاجله فكذلك فى الاجارة بعد شرط التعجيل يطالبه بالاجرة ولا يتمكن من فسخ الاجارة لاجله واذا بنى المستأجر فى الدار تنورا يخبز فيه باذن رب الدار أو بغير اذنه فاحترق بيت بعض الجيران من تنوره أو بعض بيوت الدار فلا ضمان عليه لانه غير متعدى فى هذا التسبب فان

Marfat.com

اتخاذ التنور من توابع السكنى وللساكن أن يضعه في موضعه بغير اذن رب الدار فعله في ذلك كفعل رب الدار فان تكاري منزلا شهرا بدرهم فسكنه أياما ثم خرج وتركه ولم يخبر رب المنزل حتى مضي الشهر فان خرج من غير عذر فعليه أجر بحساب ماسكن وان خرج من غير عذر فعليه أجر الشهر كله لان بخروجه بغير عذر لاتنفسخ الاجارة فبقى تمكنه من استيفاء المنفعة مع قيام العقد وان خرج بعذر فقد انفسخت الاجارة فلا أجر عليه الا لما مضى وهذا على رواية هذا الكتاب أن عند العذر ينفرد أحدهما بالفسخ من غير قضاء القاضى لان هذا في المعنى امتناع من الالتزام على مابينا أن عقد الاجارة فى حكم المتجدد فى كل ساعة فاما على رواية الزيادات لاينفسخ الا بقضاء القاضي بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض فعلى تلك الرواية عليه الأجر اذا خرج مالم يقض القاضى بالفسخ الا أن يساعده رب الدار على ذلك بان يسكن الدار بنفسه . رجل وكل رجلا أن يؤاجر منزله فاجره من ابن الموكل أو ابيه أو عبده أو مكاتبه فلما مضت الاجارة وطالبهم الوكيل بالأجر أبوا أن يعطوه فالاجر واجب عليهم الا عند الموكل فانه لاأجر عليه لان عقد الوكيل مع هؤلاء كعقد الموكل بنفسه وهو يستوجب الاجر لو عقد معهم بنفسه الا فى عبده خاصة فان المولى لايستوجب على عبده دينا فكذلك اذا عقد وكيله وان كان المولى هو المستأجر ورب الدار عبده فلا أجر عليه أيضا اذا لم يكن على العبد دين لان كسبه لمولاه وان كان عليه دين فعلى المولى الأجر لان كسبه الآن لغرمائه وحقهم فيه مقدم علي حق المولى فالمولى فيه كاجنبي آخر مالم يسقط الدين وان كان المستأجر ابن الوكيل أو أباه ففى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجارة وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاجارة جائزة والوكيل يطالب بالأجر وهذا نظير الوكيل بالبيع يبيع ممن لاتجوز شهادته له وقد بيناه فى البيوع وأن أجره الوكيل من أجنبي اجارة فاسدة فلا ضمان عليه لان الوكيل يضمن بالخلاف لا بفساد العقد فليس كل واحد كابى حنيفة رحمه الله يعرف الاسباب المفسدة للعقد وعلى المستأجر أجر مثل الدار لان الوكيل فيما باشره قائم مقام الموكل فكأن الموكل باشر العقد الفاسد بنفسه والوكيل هو الذى يستوفي لانه وجب بعقده. رجل دفع داره الى رجل يسكنها ويرمها ولا أجر لها فأجرها من رجل فانهدمت الدار من سكنى الآجر (قال) يضمن رب الدار المستاجر ويرجع المستأجر بذلك على الذى آجره لان رب الدار اعارها من المدفوع اليه وليس للمستعير أن يؤاجر فكان

Marfat.com

المستأجر غاصبا لها ضامنا لما انهدمت من سكناه ويرجع به على الذى آجره لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان ولا يكون لرب الدار أن يضمن المؤاجر الا فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله بناء على غصب العقار. رجل وكل رجلا بأن يؤاجر منزلا له فوهبه الوكيل لرجل أو أعاره اياه فسكنه سنين ثم جاء صاحبه فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان كل واحد منهما غاصب فالوكيل فى الهبة والاعارة مخالف ولكن المنفعة لا تتقوم على الغاصب من غير عقد . رجل استأجر منزلا والمنزل مقفل فقال له رب المنزل خذ المفتاح وافتحه واسكنه ففتح الرجل المنزل وأعطى أجر الحداد لفتح القفل نصف درهم فليس له أن يرجع بما أعطى الحداد على رب المنزل لانه هو الذى التزمه بعقد الاجارة ولم يكن فيه مأمورا من جهة رب المنزل وان انكسر القفل من معالجة الحداد فالحداد ضامن لقيمته لانه بمنزلة الاجير المشترك فيكون ضامنا لما جنت يده ولا يضمن المستأجر القفل اذا عالجه بما يعالج مثله لان صاحب القفل قد أذن له فى فتحه وليس له عوض بمقابلة عمله في فتح القفل وكذلك ان عالجه الحداد علاجا خفيفا فانكسر يريد به اذا كان يعلم أن الانكسار لم يكن بفعله وهذا لان الاجير المشترك لا يضمن بما يتلف لا بعمله والله أعلم

باب اجارة الحمامات

(قال رحمه الله ذكر عن عمارة بن عقبة قال قدمت الى عثمان بن عفان رضي الله عنه وسألنى عن مالى فاخبرته أن لى غلمانا حجامين لهم غلة وحماما له غله فكره لى غلة الحجامين وغلة الحمام وقد تقدم الكلام فى كسب الحجام فاما غلة الحمام فقد كرهه بعض العلماء رحمهم الله أخذا بظاهر الحديث) قالوا الحمام بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن منعن من الخروج وأمرن بالقرار فى البيوت واجتماعهم قل ما يخلو عن فتنة وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتى يدخلن الحمام وأمرت باخراجهن والصحيح عندنا أنه لا بأس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا للحاجة الى ذلك خصوصا فى ديارنا والحاجة فى حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال من الحيض والنفاس والجنابة ولا تتمكن من ذلك الا فى الانهار

Marfat.com

والحياض كما يتمكن منه الرجل ولان المطلوب به معنى الزينة بازالة الدرن وحاجة النساء فيما يرجع الى الزينة أكثر وقد صح فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الجحفة وتأويل ماروي من كراهة الدخول اذا كان مكشوف العورة فأما بعد الستر فلا بأس بدخول الحمام ولا كراهة في غلة الحمام كما لا كراهة فى غلة الدور والحوانيت واذا استأجر الرجل حماما مدة معلومة بأجر معلوم فهو جائز لانه عين منتفع به علي وجه مباح شرعا فان كان حماما للرجال وحماما للنساء وقد جددهما جميعا فسمى فى كتاب الاجارة حماما فهو فاسد فى القياس لانه انما استأجر حماما واحدا فان النكرة فى موضع الاثبات تخص ولا يدرى أيهما استأجر وهما يتفاوتان فى المقصود فتتمكن المنازعة بسبب هذه الجهالة ولكنى أدعى القياس وأجيز له الحمامين جميعا لعرف اللسان فانه يقال حمام فلان وهما حمامان والمعروف بالعرف كالمشروط بالنص وعمارة الحمام فى صاروجه وحوضه ومسيل مائه واصلاح قدره على رب الحمام لان المنفعة المقصودة بالحمام لا تتم الا بهذه الاشياء وعلى المؤاجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بما أجره على الوجه الذى هو مقصوده ولان المرجع فى هذا الى العرف وفى العرف صاحب الحمام هو الذى يحصل هذه الاعمال فان اشترط المرمة على المستأجر فسدت الاجارة لان المرمة علي الآجر فهذا شرط مخالف لمقتضي العقد ثم المشروط على المستأجر من ذلك أجره وهو مجهول المقدار والجنس والصفة وجهالة الاجرة تفسد الاجارة ولو اشترط عليه رب الحمام عشرة دراهم فى كل شهر لمرمته مع الاجرة واذن له أن ينفقها عليه فهو جائز لانه معلوم المقدار وقد جعله نائبا عن نفسه فى انفاقه علي ملكه فبهذا يستدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على أبى حنيفة رحمه الله فى مسئلة كتاب البيوع اذا قال لمدينه أسلم مالى عليك فان هناك لم يبين له من يشترى منه مايرم به الحمام ومن يستأجره لذلك ومع هذا جوز التوكيل وكذلك ذكر بعد هذا فى اجارة الدواب لو أمره بانفاق بعض الاجرة علي الدابة علي علفها جاز ذلك وهما سواء حتى زعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن الجواب قولهما وفى القياس قول أبى حنيفة رحمه الله لايجوز ذلك والاصح أنه قول الكل وانما استحسن هنا أبوحنيفة رحمه الله للتيسير فالمستأجر للحمام يلحقه الحرج باستطلاع رأى صاحب الحمام عند كل مرة والمستأجر للدابة كذلك ثم قد عين له المحل الذى أمره بصرف الدين اليه فنزل ذلك منزله تعيين من يعامله كما لو أمر المدين بأن ينفق علي عياله من الدين الذى له عليه بخلاف

Marfat.com

مسئلة السلم فان قال المستأجر قد أنفقتها عليه لم يصدق الا ببينته لان الأجر دين فى ذمته والمدين اذا ادعى قضاء الدين لا يقبل ذلك منه الا بحجة ويستحلف رب الحمام على عمله لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم وكذلك لو اشترط عليه انه أمين فى هذه النفقة وأن القول قوله فيها لم يكن القول قوله لان المدين ضامن ما في ذمته واشتراط كون الضامن أمينا مخالف لحكم الشرع فكان باطلا ولو جعلا بينهما رجلا يقبضها ونفقتها على الحمام فقال المستأجر دفعتها اليه وكذبه رب الحمام فان أقر العدل بقبضها برئ المستأجر لانه وكيل رب الحمام في القبض فيصح منه الاقرار بالقبض ويجعل كاقرار الموكل بذلك فان رب الحمام حين سلطه على القبض فقد سلطه على الاخبار به ثم العدل أمين فيما يصل اليه فيكون القول قوله فيما يدعى من ضياع أو نفقة مع يمينه كالمودع وان كان العدل كفيلا بالأجر كان مثل المستأجر غير مؤتمن ولا يصدق لان الكفيل ضامن لما التزمه في ذمته كالأصيل وليس لرب الحمام أن يمنعه بئر الماء ومسيل ماء الحمام أو موضع سرقينه وان لم يشترط لان هذا من مرافقه ومجامعه ولا يتم الانتفاع الا به فكان بيعا والبيع يصير مذكورا بذكر الاصل فهو بمنزلة مدخل الحمام وفنائه يدخل فى العقد من غير شرط ولو اختلفا فى قدر الحمام فهى لرب الحمام لانها مركبة فى بنائه ولان الظاهر فيها يشهد لرب الحمام فان اتخاذ القدر واصلاحه عليه ولو أراد رب الحمام أن يقعد مع المستأجر أمينا يقبض عليه يوما بيوم لم يكن له ذلك لان المستأجر صار أحق بالانتفاع بتلك النفقة فليس لاحد أن يقعد معه فى ذلك الموضع بغير اذنه لانه ليس لرب الحمام من غلة الحمام شئ انما له أجر مسمى فى ذمة المستأجر فاما فى الغلة فهو وأجنبي آخر سواء ولو انقضت مدة الاجارة وفي الحمام سرقين كثيرا وادعاه كل واحد منهما فهو للمستأجر لانه منقول كسائر الامتعة ولان الظاهر فيه يشهد للمستأجر لان ذلك عليه دون رب الحمام ويؤمر بنقله لان موضعه مملوك لرب الحمام ولم يبق للمستأجر فيه حق فعليه أن يفرغ ملك الغير عن متاعه وكذلك فى الرماد اذا كان منتفعا به فقال كل واحد منهما هو لى وأنا أنتفع به فالقول قول المستأجر فان أنكر المستأجر أن يكون الرماد من عمله فالقول قوله لان رب الحمام يدعي لنفسه قبله حقا وهو نقل ذلك الرماد ويفرغ ذلك الموضع منه فعليه أن يبينه بالبينة والقول قول المستأجر مع يمينه ولو اشترط عليه فى الاجارة نقل الرماد والسرقين والغسالة لم يفسد ذلك الاجارة

Marfat.com

لان ذلك مستحق عليه بمطلق العقد سواء كان مسيل الماء ظاهرا أو مسقفا بخلاف البالوعة والكرياس وقد بينا الفرق واذا كان عليه بدون الشرط فلا يزيد بالشرط الا وكادة وان اشترط شيئا من ذلك على رب الحمام فى الاجارة فسدت الاجارة لانه شرط مفيد لاحد المتعاقدين ولا ينقضه العقد وذلك مفسد للبيع فكذلك الاجارة ولو قال رب الحمام للمستأجر قد تركت لك أجر شهرين لمرمة الحمام فهذا لا يفسد الاجارة لانه وكله بان ينفق ذلك القدر من دينه على حمامه فان قال قد أنفقتها لم يصدق الا ببينة وهو نظير مابينا من العشرة في كل شهر واذا استأجر حمامين شهورا مسماة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل قبضهما فله أن يترك الباقى وان انهدم بعد قبضهما فالباقى له لازم بحصته من الأجر لان تمام الصفقة بقبض الحمام على مابينا ان العين المنتفع بها تقام مقام المنفعة فى اضافة العقد اليه فكذلك فى اتمام الصفقة فى قبضه وتفريق الصفقة قبل التمام يثبت الخيار للعاقد وبعد التمام لا يثبت كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق كان له الخيار في الباقي بخلاف مابعد القبض ولو استأجر بيتين فانهدم أحدهما بعد القبض فلا خيار له فى الباقى بخلاف ماقبل القبض ولو شرط عليه رب الحمام كل شهر عشرة طلاآت فالاجارة فاسدة لان النورة التى اشترط مجهولة لا يعرف مقدارها ولا مقدار ثمنها فى كل وقت وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل ولو استأجر حماما وعبدا وقبضهما فمات العبد لزمه الحمام بحصته لان المقصود هو الانتفاع بالحمام وبموت العبد لا يتمكن فيه نقصان وقد بينا أن تفرق الصفقة بعد التمام لا يثبت للعاقد حق الفسخ وان انهدم الحمام وانما استأجر العبد ليقوم على الحمام فى عمله فله أن يترك العبد ان شاء لان استئجار العبد لم يكن مقصودا لعينه وانما كان لعمل الحمام وقد تعذر بانهدام الحمام فيكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة فى العبد كما استأجر الرحا مع الثور ليطحن به فانهدم الرحا فانه يكون له الخيار فى الثور لما قلنا بخلاف ما اذا استأجر حمامين فانهدم أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما مقصودا ومنفعة أحدهما بعد القبض لان الانتفاع بكل واحد منهما اذ منفعة أحدهما غير متصلة بمنفعة الآخر واذا استأجر حماما واحدا فانهدم منه بيت قبل القبض أو بعده فله أن يتركه لان منفعة بعض بيوت الحمام متصل بالبعض وبعد ما انهدم بعض البيوت لا يتمكن من الانتفاع بالباقى من الوجه الذى كان متمكنا من قبل ولو أن رجلا دخل الحمام باجر وأعطى ثيابه لصاحب الحمام يحفظها له فضاعت لم يكن عليه ضمانها هكذا

Marfat.com

روى عن شريح رحمه الله وهذا لان صاحب الحمام فى الثياب أمين كالمودع فان ماياخذه ليس باجر على حفظ الثياب ولكنه غلة الحمام وانما حبس لجمع الغلة لا لحفظ ثياب الناس فلا يكون ضامنا فاما الثيابى وهو الذى يحفظ ثياب الناس باجر فهو بمنزلة الاجير المشترك فى الحفظ فلا ضمان عليه فيما سرق عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن وإن لبس انسان ثوب الغير بمرآ العين منه فلم يمنعه لأن ظنه صاحب الثوب فهو ضامن بالاتفاق ولانه مضيع تارك للحفظ ولا معتبر بظنه ولو دخل الحمام بدانق على أن ينوره صاحب الحمام فهو فاسد فى القياس لجهالة قدر ماشرط عليه فى النورة لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ولكنه ترك القياس فيه لانه عمل الناس وكذلك لو أعطاه فلسا علي أن يدخل الحمام فيغتسل فهو فاسد في القياس لجهالة مقدار مكثه ومقدار مايصب من الماء ولكنه استحسن وجوزه لانه عمل الناس وقد استحسنوه وقد قال صلي الله عليه وسلم مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان في اشتراط أعلام مقدار ذلك حرجا والحرج مدفوع شرعا . رجل استأجر حماما سنة بغير قدر واستأجر القدر من غيره فانكسرت القدر ولم يعمل فى الحمام شهرا فلصاحب الحمام أجرة لانه سلم الحمام اليه كما التزمه بعقد الاجارة والمستأجر متمكن من الانتفاع بأن يستأجر قدرا آخر فعليه الاجر لرب الحمام بخلاف ماإذ كانت القدر لرب الحمام فانكسرت فان هناك المستأجر لا يتمكن من الانتفاع كما استحقه بعقد الاجارة مالم يصلح رب الحمام قدره ولا أجر لصاحب القدر من يوم انكسرت لزوال تمكنه من الانتفاع بالقدر ولا ضمان عليه فى ذلك سواء انكسرت من عمله أو من غير عمله المعتاد ولانه أمين في القدر مسلط على الاستعمال من جهة صاحب القدر والله أعلم

باب اجارة الراعي

(قال رحمه الله واذا استأجر راعيا يرعى له غنما معلوما مدة معلومة فهو جائز لان المعقود عليه معلوم مقدور التسليم ثم الراعى قد يكون أجير واحد وقد يكون مشتركا فان شرط عليه رب الغنم أن لا يرعي غنمه مع غنم غيره فهو جائز) لانه يجعله بهذا الشرط أجير واحد وتبين أن المعقود عليه منافعه فى المدة والشرط الذى يبين المعقود عليه لا يزيد العقد الا وكادة فان مات منها شاة لم يضمنها لانه أمين فيما فى يده من الغنم ولا ينقص من أجره بحسابها

Marfat.com

لان المعقود عليه منافعه وبهلاك بعض الغنم لا يتمكن النقصان من منافعه ولا فى تسليمها وليس له أن يرعى معها شيئا لان منافعه صارت مستحقة الأول فلا يملك ايجاب الحق فيها لغيره لان ذلك تصرف منه في ملك الغير ولو ضرب منها شاة ففقأ عينها كان ضامنا لانه لم يأذن له صاحبها بضربها فهو كما لو قتلها بضربته ولو سقاها من نهر فغرقت شاة منها لم يضمن لانه مأذون في سقيها وما تلف بالعمل المأذون فيه لا يضمن أجير الواحد كما في الدق وكذلك لو عطبت منها شاة فى المرعى أو أكلها سبع وهو مصدق فيما هلك مع يمينه لانه أمين فيما في يده والقول قول الامين مع اليمين ولو هلك من الغنم نصفها أو أكثر كان له الاجر تاما ما دام يرعاها لان استحقاق الاجر بتسليم نفسه لذلك العمل ولهذا لو كان الراعى مشتركا يرعى لمن شاء على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ضامن لما يهلك بفعله من سباق أو سقى أو غير ذلك لان الاجير المشترك ضامن لما حنت يده وان لم يخالف فى اقامة العمل ظاهرا كما فى القصار اذا دق الثوب فتخرق وما هلك من غير فعله بموت أو سرقة من غير تضييع أو أكل سباع فلا ضمان عليه وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو ضامن بجميع ذلك الا الموت لانه لا يمكن الاحتراز عنه ولكنه لا يصدق على ما يدعيه من الموت الا ببينة تقام له على ذلك لان على أصلهما القبض فى حق الاجير المشترك يوجبه ضمان العين عليه فدعواه الموت بعد ذلك بمنزلة دعوى الرد من حيث أنه يدعى ما يسقط الضمان به عن نفسه فلا يصدق فى ذلك الا بحجة كالغاصب ولو شرط عليه في الاجارة ضمان ما هلك من فعله لم يفسد ذلك الاجارة لان ذلك عليه من غير شرط فلا يزيده الشرط الا وكادة وان شرط عليه ضمان ما مات فالاجارة فاسدة لان هذا الشرط مخالف لحكم الشرع ولانه يلتزم بهذا الشرط ما ليس فى وسعه وهو الحفظ عن الموت واشتراط ما ليس فى وسع العاقد فى العقد مفسد للعقد وان شرط عليه الضمان فيما سرق من غير عمله أو يأكله السبع فعند أبي حنيفة رحمه الله يفسد العقد لانه شرط مخالف لحكم الشرع وعندهما لان ذلك عليه من غير شرط واذا كان الراعى أجير واحد فاشتراط هذا عليه مفسد للعقد لانه لا ضمان عليه بدون الخلاف واشتراط الضمان على الامين باطل وبطلان الشرط يبطل عقد الاجارة واذا أتى الراعى المشترك بالغنم الى أهلها فأكل السبع منها شاة وهى فى موضعها فلا ضمان عليه لانه بتسليمها الى أهلها يخرج من عهدتها ولان عليه عمل الرعي وقد انتهى ذلك حين أتى بها الى أهلها فلا ضمان عليه فيما يعطب

Marfat.com

بعد ذلك وله أن يبعث الغنم مع غلامه وأجيره وولده بعد أن يكون كبيرا فى عياله سواء كان مشتركا أو خاصا لان يد هؤلاء فى الحفظ والرعى كيده وكذلك في الرد وهذا بالعرف فان الراعي يلتزم حفظ الغنم على الوجه الذى يحفظ غنم نفسه وذلك بيده تارة وبيد من فى عياله تارة واذا استأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما فأراد الراعى أن يرعى لغيره بأجر فلرب الغنم أن يمنعه من ذلك لانه بدأ بذكر المدة وذكر المدة لتقدير المنفعة فيه فتبين أن المعقود عليه منافعه فيكون أجيرا له خاصا فان لم يعلم رب الغنم بما فعله حتى رعى لغيره فله الاجر علي الثانى ويطيب له ذلك ولا ينقص من أجر الاول شيء لانه قد حصل مقصود الاول بكماله وتحمل زيادة مشقة فى الرعى لغيره فما يأخذ من الثانى عوض عمله فيكون طيبا له وقد تقدم نظيره فى الظئر ولو كان يبطل من الشهر يوما أو يومين لا يرعاها حوسب بذلك من أجره سواء كان من مرض أو بطالة لانه يستحق الاجر بتسليم منافعه وذلك ينعدم فى مدة البطالة سواء كان بعذر أو بغير عذر ولو سأل راعيا أن يرعى غنمه هذه بدراهم فى الشهر أو قال شهرا فهو جائز وهو مشترك له أن يرعى لغيره لانه لما بدأ بذكر العمل بين مقدار عمله ببيان محله وهو الغنم عرفنا أن المعقود عليه العمل دون منافعه فيكون مشتركا سواء رعى لغيره أو لم يرع وان شرط عليه أن لا يرعى معها شيئا غيرها كان جائزا وكان بمنزلة الباب الاول فى أنه أجير واحد لا ثانيا انما جعلناه مشتركا استدلالا بالبداية بذكر العمل وسقط اعتبار هذا الاستدلال اذا صرح بخلافه بالشرط ولو دفع اليه غنمه يرعاها على أن أجره ألبانها وأصوافها فهو فاسد لانه مجهول واعلام الاجر لابد منه لصحة الاجارة وان اشترط عليه جبنا معلوما وسمنا لنفسه وما بقى بعد ذلك للراعى فهو كله فاسد والراعى ضامن لما أصاب من ذلك لانه يتناول ملك الغير فان الزيادة المنفصلة تملك بملك الاصل وله أجر مثله لانه أقام العمل بعقد فاسد ولو أن راعيا مشتركا خلط غنما للناس بعضا ببعض ولم يعرف ذلك أهلها فالقول فيه قول الراعى مع يمينه لانها فى يده والقول فى تعيين المقبوض قول القابض أمينا كان أو ضمينا كالمودع مع الغاصب فان قال لا أعرفها فهو ضامن لقيمة الغنم كلها لاهلها لان الخلط على وجه يتعذر معه التمييز استهلاك فان كل واحد منهم لا يقدر علي الوصول الى عين ملكه وبمثل هذا الخلط يكون الراعى ضامنا وتكون الغنم له بالضمان والقول قوله في قيمتها يوم خلطها لان الضمان عليه فالقول فى مقداره قوله مع يمينه كالغاصب وان كان الراعى مشتركا يرعى فى الجبال فاشترط عليه صاحب الغنم أن يأتيه

Marfat.com

بسمة مايموت منها والا فهو ضامن فهذا الشرط غير معتبر لانها قد تموت فى موضع لا يمكنه أن يأتى بسمتها وقد يفتعل فيما يأتى من السمة بأن يأكل بعض الغنم ثم يأتى بسمته ويقول قدمات فان السمة لاتختلف بالذبح والموت فعرفنا أن هذا الشرط غير مفيد ثم على قول أبى حنيفة رحمه الله القول قوله وان لم يأت بالسمة لانه أمين فى العين عنده وعندهما هو ضامن وان أتى بالسمة الا أن يقيم البينة على الموت ولا يسع المصدق أن يصدق غنما مع الراعى حتي يحضر صاحبها لان المصدق يأخذ الزكاة والزكاة تجب علي المالك ويتأدى بأدائه ونيته والراعى فى ذلك ليس بنائب عنه فان أخذ المصدق الزكاة من الراعى فلا ضمان على الراعى فى ذلك لان الراعى لايتمكن من أن يمنع المصدق من ذلك فهو فى حقه بمنزلة الموت وان خاف الراعى على شاة منها فذبحها فهو ضامن لقيمتها يوم ذبحها لان صاحبها لم يأمره بذبحها بل منعه من ذلك وان اختلفا فى عدة ماسلمه الى الراعى فالقول قول الراعى لانكاره قبض الزيادة والبينة بينة صاحب الغنم لاثباته الزيادة ببينته ثم يكون ضامنا للفضل بجحوده وليس للراعى أن يسقى من ألبان الغنم ولا يأكل ولا يبيع ولا يقرض لانه مأمور بالرعى وهذا ليس من عمل الرعى فهو فيه كسائر الاجانب فيكون ضامنا ان فعل شيئا من ذلك ولو أن رب الغنم باع نصف غنمه فان كان استأجر الراعى شهرا على أن يرعى له لم يحطه من الاجر شيء لان المعقود عليه منافعه وانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه فى المدة ولو أراد رب الغنم أن يزيد فى الغنم مايطيق الراعى كان له ذلك لانه مالك لمنافعه في المدة فهو بمنزلة عبده في ذلك يستعمله فى ذلك العمل بقدر طاقته وان استأجر شهرا يرعى له هذه الغنم باعيانها لم يكن له أن يزيد فيها بالقياس لان التعيين اذا كان مفيدا يجب اعتباره والتعيين فى حق الراعى مفيد لان المشقة عليه تختلف باختلاف عدد الغنم فهو ما التزم الارعى ماعينه عند العقد فلا يكون لرب الغنم أن يكلفه شيئا آخر كما لايكون له أن يكلفه عملا آخر ولكنه استحسن فقال له أن يكلفه من ذلك بقدر طاقته لان المعقود عليه منافعه فانه بدأ بذكر المدة وتعيينه الاغنام لبيان مافصد من تملك منافعه بالاجارة لاقصر حكم العقد عليه فاذا بقيت منافعه بعد هذا التعيين مستحقة لرب الغنم كان له أن يكلفه في ذلك بقدر طاقته ولكن لا يكلف عملا آخر لانه تبين مقصوده عند العقد وهو الرعى فما ليس من عمل الرعى لايكون داخلا فى حكم العقد ثم قال أرأيت لو ولدت الغنم أما كان عليه أن يرعي أولادها معها والقياس والاستحسان فيهما لان الولد بعد الانفصال

Marfat.com

كشاة أخري ولكن من عادته الاستشهاد بالاوضح فالاوضح ولولم يستأجره شهرا ولكنه دفع اليه غنما مسماة على أن يرعى له كل شهر بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها شاة لان المعقود عليه هنا عمل الرعى وانما التزم اقامة الكل فى المحل الذى عينه فليس له أن يكلفه فوق ذلك وان باع منها طائفة فانه ينقصه من الاجر بحساب ذلك لان المعقود عليه لما كان هو العمل فانما يستوجب الاجر بقدر مايقيم من العمل كالخياط والقصار واذا ولدت الغنم لم يكن له عليه أن يرعى أولادها معها لان الولد بعد الانفصال في عمل الرعى كشاة أخرى فان كان اشترط عليه حين دفع الغنم اليه أن يولدها ويرعى أولادها معها فهو فاسد في القياس لان المعقود عليه هو العمل فلا بد من اعلامه واعلامه ببيان محله وهنا محل العمل مجهول لانه لايدرى ماتلد منها وكم تلد وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ولكنه استحسن ذلك فأجازه لانه عمل الناس ولان هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة بينهما والجهالة بعينها لا تفسد العقد فكل جهالة لاتفضي الى المنازعة فهى لاتؤثر في العقد والابل والبقر والخيل والحمير والبغال فى جميع ماذكرنا كالغنم وليس للراعى ان ينزى على شئ منها بغير أمر ربها لان ذلك ليس من عمل الراعى فهو فيه كالاجنبي ضامن لما يعطب منها ان فعله ولولم يفعله الراعى ولكن الفحل الذى فيها نزى علي بعضها فعطب فلا ضمان علي الرعى فى ذلك لان صاحب الغنم قد رضي بذلك حين خلط الفحل بالاناث من غنمه والراعى لا يمكنه المنع من ذلك فلا ضمان عليه في ذلك ولو ندت واحدة منها فخاف الراعى ان باع ماندمنها أن يضيع مابقى فهو فى سعة في ترك ماندمنها لانه ابتلى ببليتين فيختار أهونهما ولانه اوباع ماندمنها كان مضيعا لما بقى ولا يعلم أنه هل يقدر على أخذ ماندأ ولا يقدر وليس له أن يضيع مافي يده فلهذا كان فى سعة من ذلك ولا ضمان عليه فيما ندفي قول أبي حنيفة رحمه الله لانه ضاع بغير فعله وهو فى ترك اتباعه مقبل على حفظ مابقى وليس بمضيع لماند وهو ضامن في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه تلف بما يمكن التحرز عنه فى الجملة وان استأجر من يجئ بتلك الواحدة فهو متطوع في ذلك كغيره من الناس لان صاحبها لم يأمره بالاستئجار وكذلك ان تفرقت فرقا فلم يقدر على اتباعها كلها فأقبل علي فرقة منها وترك ماسواها فهو فى سعة من ذلك لانه اقبال على حفظ ما هو متمكن من حفظه فهذا وما تقدم سواء فان كان الراعى أجيرا مشتركا فرعاها فى بلد فعطبت فقال صاحبها إنما اشترطت عليك أن ترعاها فى موضع غير ذلك وقال الراعى بل شرطت على هذا الموضع فالقول قول رب السائمة لان الاذن يستفاد

Marfat.com

من جهته ولو أنكره أصلا كان القول قوله مع يمينه والبينة بينة الراعى لانه يثبت الاذن فى هذا الموضع ببينته ثم لا يضمن فى قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما هو ضامن الا أن يقيم البينة على الموت وان كان أجيرا خاصا لم يضمن فى قولهم جميعا الا أن يخالف ولا أجر للراعى اذا خالف بعد أن تعطب الغنم لانه غاصب ضامن وبالضمان يتملك المضمون من وقت وجوب الضمان فيتبين أنه فى الرعى كان عاملا لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره فان سلمت الغنم استحسنت أن أجعل له الاجر لحصول مقصود رب الغنم وهو الرعى مع سلامة أغنامه وهو بتعيين ذلك المكان ماقصد الا هذا فاذا حصل له هذا بعينه فى مكان وجب عليه الاجر والله أعلم

باب اجارة المتاع

(قال رحمه الله واذا استاجر ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بأجر مسمى فهو جائز لانه عين منتفع به بطريق مباح وليس له أن يلبسه غيره) لان المعقود عليه لبسه بنفسه وهذا لان التعيين متى أفاد اعتبر وهذا تعيين مفيد لان الناس يتفاوتون فى لبس الثياب فلبس الدباغ والقصار لا يكون كلبس العطار بخلاف سكنى الدار فالناس لا يتفاوتون فى ذلك فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شئ لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شئ فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفى بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل (ألا ترى) أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر ولبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس (فان قيل) هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك يكفى لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه فى بيته ولم يلبسه (قلنا) تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده واذا وضعه فى بيته فيده عليه معتبرة ولذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما (ألا ترى) أنه ضامن وان هلك من غير اللبس وان يد اللابس عليه يد معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجر وان سلم وان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس فكما أن ترك التعيين فى الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس (وهذه جهالة) تفضى الى المنازعة لان صاحب

Marfat.com

الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس فى اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أخشن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الأجر استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم مايعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد * وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة فى المعقود عليه وعقد الاجارة فى حق المعقود عليه كالمضاف فانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الأجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه ومازاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد فلا يبقى بعد انتهاء العقد وان ارتدى به يوما الى الليل كان عليه الاجر كاملا لان هذا لبس ولكنه غير تام فان المقصود بالقميص ستر البدن به وبهذا الطريق يحصل بعض الستر وان اترز به الى الليل فهو ضامن ان تخرق لان الاتراز بالقميص غير معتاد وبمطلق التسمية انما يتمكن من اللبس المعتاد فكان غاصبا اذا اترز به ضامنا ان تخرق بخلاف ما اذا ارتدى به فان ذلك معتاد فى بعض الاوقات * توضيحه ان الاتراز مفسد للقميص فما أتى به أضر بالثوب مما يتناوله العقد والاتراز غير مفسد بل ضرره كضرر اللبس أو دنه وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه مخالف ضامن والضمان والاجر لا يجتمعان كما لو ألبسه غيره * وجه الاستحسان أنه متمكن من استيفاء المعقود عليه باعتبار يده وانما كان ضامنا بزيادة ضرر مفسد للثوب فيبقى الاجر عليه لتمكنه من استيفاء المعقود عليه بخلاف ما اذا تخرق فهناك لما تقرر عليه الضمان ملك الثوب من حين ضمنه ولا يجب الاجر عليه في ملك نفسه واذا سلم فهو لم يملك

Marfat.com

الثوب فيلزمه الاجر لتمكنه من الاستيفاء واذا استأجرت المرأة درعا لتبسه ثلاثة أيام فلها أن تلبسه بالنهار وفى أول الليل وآخره ما يلبس الناس لان مطلق التسمية ينصرف الى المعتاد فى لبس الثوب الصيانة بالنهار ومن أول الليل الي وقت النوم ومن آخر الليل أيضا فقد يبكرون خصوصا عند طول الليالي وان لبست الليل كله فهى ضامنة لانها خالفت فان ثوب الصيانة لاينام فيه عادة وهو مفسد للثوب فتكون ضامنة ان تخرق بالليل وان تخرق من لبسها فى غير الليل فلا ضمان عليها لان الخلاف قد ارتفع بمجيء النهار وانما كانت ضامنة بالخلاف لابالامساك فان لها أن تمسك الثوب الي انتهاء المدة والامين اذا ضمن بالخلاف عاد أمينا بترك الخلاف كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق فان تخرق من لبسها بالليل فهى ضامنة وليس عليها أجر فى تلك الساعة التى تخرق فيها الثوب وعليها الاجر فيما كان قبل ذلك وبعده لانها مستوفية للمعقود عليه وان سلم ولم يتخرق فعليها الاجر كله لاستيفاء جميع المعقود عليه وهذا لان الضمان لا ينافى العقد ابتداء وبقاء واذا بقى العقد تحقق منها استيفاء المعقود عليه فعليها الاجر الا فى الساعة التي ضمنت بالتخرق لانها في تلك الساعة غاصبة عاملة لنفسها ولهذا تقرر عليها الضمان وان كان الدرع ليس بدرع الصيانة انما هو درع بذلة ينام فى مثله فلا ضمان عليه ان نامت فيه وعليها الاجر لان بمطلق العقد يستحق ماهو المعتاد والنوم في مثله معتاد فلا تكون به مخالفة وان كانت استأجرته لتخرج تخرج فيه يوما بدرهم فلبسته فى بيتها فعليها الاجر لانها استوفت المعقود عليه ولبسها فى بيتها ولبسها اذا خرجت سواء وربما يكون لبسها فى بيتها أخف وكذلك لولم تلبس ولم تخرج لانها تمكنت من استيفاء المعقود عليه ولو ضاع الدرع منها ذلك اليوم ثم وجدته بعد ذلك فلا أجر عليها اذا صدقها رب الثوب لانها لم تكن متمكنة من اللبس بعد ما ضاع الدرع منها وان لبسته فى اليوم الثانى ضمنته لانتهاء العقد بمضى المدة وان كذبها رب الدرع فان كان الثوب في يدها حين اختلفا فالقول قول رب الدرع لان تمكنها من اللبس في الحال دليل على أنها كانت متمكنة منه فيما مضي ولان تسليمه الثوب اليها تمكين لها من لبسه وذلك أمر ظاهر وما تدعيه من الضياع عارض غير ظاهر فعليها أن تبينه بالبينة والقول قول رب الدرع لانكاره مع يمينه على علمه لانه يحلف على الضياع من يد غيره ولا طريق له الا معرفة حقيقة ذلك فيحلف على علمه وان سرق منها أو تخرق من لبسها فلا ضمان عليها وكذلك لو أصابه أقرض فأرو حرق نار أو لحس

Marfat.com

سوس والحاصل أن المستأجر فى العين أمين لان يده كيد المالك فانه يتقرر حق المالك في الاجر باعتبار يده ولهذا لو أصابه عهده رجع به على الا خر فكان أمينا فيه كالمودع بخلاف الاجير المشترك على قول من يضمنه فانه فى الحفظ عامل لنفسه فانه يتمكن به ماتقرر حقه فى الاجر فكان ضامنا ولو أمرت خادمها أو ابنتها فلبسته فتخرق كانت ضامنة كما لو ألبست أجنبية أخرى ولا أجر عليها وان سلم الثوب بعد أن صدقها رب الثوب وان كذبها فالقول قول رب الثوب مع يمينه على علمه وان أجرته ممن تلبسه بفضل أو نقصان فهى ضامنة للخلاف والاجر لها بالضمان وعليها التصدق به الا عند أبي يوسف رحمه الله وقد بيناه ولو لبسه خادمها أو ابنتها بغير أمرها فلا ضمان عليها بمنزلة مالو غصبه انسان والاجر عليها ولا ضمان عليها لانها لم تخالف ولم تخرق من لبس الخادم كان الضمان في عنق الخادم لانها غاصبة وضمان الغصب يجب دينا فى عنق المملوك ولو استأجر قبة لينصبها فى بيته وبيت فيها شهرا فهو جائز لان القبة من المساكن فان قيل لايمكن استيفاء المعقود عليه الا بما لم يتناوله العقد وهو الارض التى ينصب فيها القبة وذلك يمنع الاجارة كما لو استأجر أحد زوجى المقراض لقرض الثياب قلنا المعتبر كون العين منتفعا به وأن يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وذلك موجود فالانسان لا يعدم الارض لينصب فيها القبة ولان المقصود بالقبة الاستظلال ودفع أذى الحر والبرد والمطر وذلك بالمعقود عليه دون الارض وان لم يسم البيوت التى ينصبها فيها فالعقد جائز أيضا لان ذلك لايختلف باختلاف البيوت وترك تعيين غير مفيد لا يفسد العقد وان سمى بيتا فنصبها من غيره فهو جائز وعليه الاجر لان هذا تعيين غير مفيد فالضرر لايختلف باختلاف البيوت فان نصبها في الشمس أو المطر كان عليها فى ذلك ضرر فهو ضامن لما أصابها من ذلك لانه مخالف فالشمس تحرقها والمطر يفسدها وانما رضى صاحبها بنصبها فى البيت ليأمن من ذلك واذا وجب عليه الضمان بطل الاجر لان الاجر والضمان لايجتمعان ولانه تملكها بالضمان من حين ضمن وان سلمت القبة كان عليه الاجر استحسانا لانه استوفى المعقود عليه حين استظل بالقبة وانما كان ضامنا باعتبار زيادة الضرر فاذا سلمت سقط اعتبار تلك الزيادة فيلزمه الاجر باستيفاء المعقود عليه ولو شرط أن ينصبها فى داره فنصبها فى دار فى قبيلة أخرى فى ذلك المصر فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان هذا تعيين غير مفيد وليس له أن يخرجها من المصر لان فيه الزام مؤنة على صاحبها وهو مؤنة الرد وهو لم يلتزم ذلك فان أخرجها الى السواد فنصبها فسلمت أو انكسرت

Marfat.com

فلا أجر عليه لانه غاصب حين أخرجها من المصر (ألا ترى) انه لو وجب الاجر كان مؤنة الرد على صاحب القبة وهو غير ملتزم لذلك فجعلناه غاصبا ضامنا لتكون مؤنة الرد عليه فلهذا لا أجر عليه واذا استأجر رحا يطحن عليه فحمله فذهب به الى منزله فلما فرغ منه فمؤنة الرد على صاحب الرحا ولو كانت ذلك عارية كانت مؤنة الرد على المستعير لان الرد فسخ لعمل النقل فانما تجب المؤنة على من حصل له منفعة النقل ومنفعة النقل فى العارية للمستعير فمؤنة الرد عليه وفى الاجارة على رب الرحا لان بالنقل يتمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه وبه يجب الاجر لرب الرحا ولهذا كانت مؤنة الرد عليه واذا استأجر منه عبدا ان حجله أو كسوتها مدة معلومة جاز لانه عين منتفع به * والحاصل ان كل عين منتفع به معتاد الاستئجار فيه صحيح وعلى هذا استئجار البسط والوسائد والصناديق والسرر والقدور والقصاع ولو استأجر منه قدورا بغير عينها لم يجز لان المعقود عليه مجهول فان القدور مختلفة فى الصغر والكبر والانتفاع بها بحسبها فان جاءه بقدر فقبله على الكراء الاول فهو جائز والاجر له لازم اما لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء أو لان الاجارة تنعقد بالتعاطى كالبيع وكذلك لو استأجر منه ستورا يعلقها على بابه وقتا معلوما ولو كفل كفيل بشئ من هذه الامتعة الاجر عن المستأجر فالكفالة باطلة لان العين أمانة فى يد المستأجر والكفالة بالامانات لا تصح والاجارة جائزة لان الكفالة لم تكن مشروطة فيه وان أعطاه بالاجر كفيلا فهو جائز لانه مضمون فى ذمة المستأجر وعلى هذا لو استأجر ميزانا ليزن به والسنجات والقبان والمكاييل فهذا كله متعارف جائز وان استأجر سرجا ليركبه شهرا فاعطاه غيره فركبه فهو ضامن لان هذا مما يختلف فيه الناس فمن يحسن الركوب على السرج لا يضر به ركوبه ومن لا يحسن الركوب عليه يضر به ركوبه واذا اعتبر التعيين كان ضامنا بالخلاف ولا أجر عليه واذا استأجر إكافا ينقل عليه حنطته شهرا فهو جائز وحنطته وحنطة غيره سواء والجوالق كذلك لان هنا تعيين غير مفيد وكذلك استئجار المحمل الى مكة وكذلك الرجل يستأجره ليركب عليه فهو جائز وليس له أن يحمل غيره عليه فان فعل فهو ضامن ان أصابه شئ للتفاوت بين الناس فى الاضرار بالرجل عند الركوب عليه وكذلك الفسطاط يستأجره ليخرج به الى مكة فان أسرج في الخيمة أو الفسطاط أو القبة أو علق فيه القنديل فلا ضمان عليه لان ذلك معتاد وقد بينا أنه يستحق بمطلق العقد الاستعمال المعتاد وان اتخذ فيه مطبخا فهو ضامن لانه غير معتاد الا أن يكون ذلك معدا لذلك العمل وذكر عن الحسن

Marfat.com

رحمه الله قال لا بأس بأن يستأجر الرجل حلي الذهب بالذهب وحلي الفضة بالفضة وبه نأخذ فان البدل بمقابلة منفعة الحلي دون العين ولا ربا بين المنفعة وبين الذهب والفضة ثم الحلي عين منتفع به واستئجاره معتاد فيجوز واذا شرطت أن تلبسه فالبست غيرها ضمنت ولا أجر عليها كما في الثياب لان الضرر على الحلي عند اللبس يختلف باختلاف اللابس وان قال رب الحلي أنت لبستيه وقد هلك الحلي فقد أبرأها من الضمان والضمان واجب له فقوله مقبول في اسقاطه ويكون له عليها الأجر لان الظاهر شاهد لرب الحلي وقد أقرت هي أن الحلي كان عندها وذلك يوجب الأجر عليها ولو استأجرته يوما الى الليل فان بدالها فحبسته فلم ترده عشرة أيام فالاجارة عشرة أيام فالاجارة على هذا الشرط فاسدة في القياس لجهالة المعقود عليه أو لتعلق العقد بالخطر فيما بعد اليوم وهو أن يبدو لها وتعليق الاجارة بالخطر لا يجوز ولكني أستحسن وأجيزها وأجعل عليها الاجر كل يوم بحسابه لان هذا الشرط متعارف محتاج اليه فانها اذا خرجت الى وليمة أو عرس لا تدرى كم تبقى هناك فتحتاج الى هذا الشرط لدفع الضرر والضمان عن نفسها ثم قد بينا أن وجوب الأجر عليها عند الاستعمال والخطر قبل ذلك فيزول ذلك عند استعمالها فلهذا يلزمها الاجر لكل يوم تحبسه فيه والله أعلم

باب اجارة الدواب

(قال رحمه الله واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم بأجر مسمى فهو جائز وليس له أن يحمل عليها غيره) لان هذا تعيين مفيد فالناس يتفاوتون في ركوب الدابة وليس ذلك من قبل الثقل والخفة بل من قبل العلم والجهل فالثقيل الذى يحسن ركوب الدابة يروضها ركوبه والخفيف الذى لا يحسن ركوبها يعقرها ركوبه فان حمل عليها غيره فهو ضامن ولا أجر عليه لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه على ما قررنا في الثوب وان ركب وحمل معه آخر فسلمت فعليه الكراء كله لانه استوفى المعقود عليه بكماله وزاد فاذا سلمت سقط اعتبار الزيادة فعليه كمال الاجر لاستيفاء المعقود عليه وان عطبت بعد بلوغها المكان من ذلك الوقت فعليه الاجر كله لاستيفاء المعقود عليه فان ركوبه لا يختلف بان يردف معه غيره أو لا يردف ووجوب الاجر باعتبار ركوبه وعليه ضمان نصف القيمة لانه خالف حين أردف وشغل نصف الدابة بغيره فبحسب ذلك يكون ضامنا وهذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كان

Marfat.com

يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها وأما اذا كانت تطيق فالتلف حصل بركوبه وهو مأذون فيه وبركوب غيره وهو غير ماذون فيه فيتوزع الضمان علي ذلك نصفين وسواء كان الرجل الآخر أثقل منه أو أخف (قال) لانه لا يوزن لرجل فى القبان فى هذا أرأيت لو كان يوزن أيوزن قبل الطعام أو بعده أو قبل الخلا أو بعده والمعنى مابينا أن الضرر على الدابة ليس من ثقل الراكب وخفته فلهذا يوزع الضمان نصفين (فان قيل) حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة فقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغى أن لا يلزمه نصف الاجر (قلنا) هو بهذا الضمان لا يملك شيئا مما يشغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ماشغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه واذا استأجرها الى الجبانة أو الجنازة أو ليشيع عليها رجلا أو يتلقاه فهو فاسد الا أن يسمى موضعا معلوما لان المعقود عليه منفعة الركوب وذلك تتفاوت بحسب المسافة فاذا سمى موضعا معلوما صار مقدار المعقود عليه به معلوما والا فهو مجهول لا يصير معلوما ما ذكره من التشييع أو التلقي وان تكاراها من بلد الى الكوفة ليركبها فله أن يبلغ عليها منزله بالكوفة استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه لما دخل انتهي العقد لوجود الغاية فليس له أن يركبها بعد ذلك بدون اذن صاحبها ولكنه استحسن للعرف فالظاهر أنه يتبلغ المستأجر على الدابة التى تكاراها فى الطريق الى منزله ولا يتكارى لذلك دابة أخرى والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص (ألا ترى) أن الورام المعتاد فى بعض الاشياء يسمى بالعرف فكذلك هذه الزيادة ورام الطريق فى الاجارة فيستحق بالعرف وكذلك لو استأجرها ليحمل متاعا فان حط المتاع في ناحية من الكوفة وقال هذا منزلى فاذا هو أخطأ فأراد أن يحمله ثانية الى منزله فليس له ذلك لان المستحق بالعرف قد انتهى حين حط رحله وقال هذا منزلى فبعد ذلك هو مدعى فى قوله قد أخطأت فلا يقبل قوله ولان الورام كان مستحقا له لكيلا يحتاج الى حط رحله ونقله الى دابة أخرى وقد زال ذلك المعنى حين حط رحله وكذلك لو تكارى حمارا من الكوفة يركبه الى الحيرة ذاهبا وجائيا فله أن يبلغ عليه الى أهله بالكوفة اذا رجع كما لو تكارى من الكوفة الى الحيرة فأما اذا تكاري دابة بالكوفة من موضع كانت فيه الدابة الى الكناسة ذاهبا وجائيا فأراد أن يتبلغ فى رجعته الى أهله لم يكن له ذلك وانما له أن يرجع الى الموضع الذى تكارى عند الدابة لان الاستحسان فى الفصل الاول كان للعرف ولا عرف فيما تكاراها فى المصر من موضع الى موضع فيؤخذ

Marfat.com

فيه بالقياس وربما يكون من ذلك الموضع الى منزله من المسافة مثل ماسمى أو أكثر ولا يستحق على سبيل الورام مثل المسمى في العقد أو فوقه فيقال له كما اكتريت من هذا الموضع الي الموضع الذى سميت فأكتر الدابة من هذا الموضع الي منزلك وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصموا رددت الاجارة لجهالة المعقود عليه وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه المسمى استحسانا لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين في الابتداء وقد قررنا هذا فى الثوب وكذلك لو استأجر عبدا ولم يسم مااستأجره له واذا سمى مايحمل علي الدابة فحمل عليها غير ذلك فهذه المسئلة على أربعة أوجه وقد بيناها فى كتاب العارية فالاجارة في ذلك كله قياس العارية الا أن فى كل موضع ذكرنا هناك أنه لا يصير ضامنا فالاجر واجب عليه هنا وفي كل موضع ذكرنا هناك أنه يكون ضامنا فلا أجر عليه هنا لانه غاصب غير مستوف للمعقود عليه فان المقصود عليه يختلف باختلاف المحمول وان اختلفا فقال رب الدابة أكريتك من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم وقال المستأجرين الى بغداد بعشرة دراهم ولم يركبها تحالفا وترادا لان الاجارة فى احتمال الفسخ قبل استيفاء المنفعة كالبيع فالنص الوارد بالتحالف فى البيع يكون واردا فى الاجارة وان أقام البينة ففى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله يقضى بالكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع وقال الى بغداد بعشرة دراهم وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الأول أن رب الدابة أثبت ببينته العقد من الكوفة الى القصر بعشرة دراهم فوجب القضاء بذلك ببينته والمستأجر ببينته أثبت العقد من القصر الى بغداد بخمسة دراهم فوجب قبول بينته على ذلك فاذا عملنا بالبينتين كانت له من الكوفة الى بغداد بخمسة عشر درهما * وجه قوله الآخر أنهما اتفقا علي مقدار الأجر وانما اختلفا فى مقدار المعقود عليه فالمستأجر يثبت الزيادة فى ذلك فكانت بينته أولى بالقبول كما لو أقام المستأجر البينة أنه زاده عقبه الاجير فى الكراء الى مكة وان تكارى دابة بسرج ليركب عليها فحمل عليها إكافا فركبها فهو ضامن بقدر ما زاد وفى الجامع الصغير قال هو ضامن جميع قيمتها في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يضمن بقدر مازاد * وجه قولهما أن الحمار يركب تارة بسرج وتارة بإكاف والتفاوت بينهما من حيث الثقل والخفة ما كان فى كل واحد منهما عادة وفى مثله الضمان بقدر الزيادة كما لو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر مختوما وأبو حنيفة رحمه الله

Marfat.com

يقول الاختلاف هنا فى الجنس من حيث أن الإكاف يأخذ من ظهر الحمار الموضع الذى لا يأخذه السرج فهو نظير مالو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها تبنا أو حطبا وتوضيحه أن التفاوت ليس من حيث الثقل والخفة ولكن لان الحمار الذي لا يألف الإكاف يضره الركوب بإكاف وربما يجرحه ذلك فيكون مخالفا فى الكل كمالو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا وكذلك لو نزع عن الحمار سرجه وأسرجه بسرج برذون لاتسرج بمثله الحمير فهو بمنزلة الإكاف وان أسرجه بسرج مثله أو أخف لم يضمن لان التعيين اذا لم يكن مفيدا فلا يعتبر وكذلك ان استأجره بإكاف فاوكفه بإكاف مثله أو أسرجه مكان الإكاف لان السرج أخف على الحمار من الإكاف فلا يكون خلافا منه ولو تكارى حماراً عريانا فأسرجه ثم ركبه فهو ضامن له لانه حمل عليه السرج بغير اذن صاحبه فكان مخالفا فى ذلك قال مشايخنا رحمهم الله وهذا علي أوجه فان استأجره من بلد الى بلد لم يضمن اذا أسرجه لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد عادة الا بسرج أو إكاف والثابت بالعرف كالثابت بالشرط وان استأجره ليركبه في المصر فان كان من ذوى الهيئات فكذلك الجواب لان مثله لا يركب في المصر عريانا وان كان من العوام الذين يركبون الحمار فى المصر عريانا فحينئذ يكون ضامنا اذا أسرجه بغير شرط واذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع فعطبت الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبي حنيفة الاول رحمه الله ثم رجع فقال هو ضامن مالم يدفعها الى صاحبها وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله * وجه قوله الاول أنه كان أمينا فيها فاذا ضمن بالخلاف ثم عاد الى الوفاق عاد أمينا كالمودع * وجه قوله الآخر أنه بعدما صار ضامنا بالخلاف لا يبرأ الا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد المستأجر يد نفسه لانه يمسكها لمنفعة نفسه كالمستعير فلا تكون يده قائمة مقام يد المالك فلا تبرأ عن الضمان وان عاد الى ذلك المكان لانه ينتفع بها لنفسه فى ذلك المكان بخلاف المودع فهناك يده قائمة مقام يد المالك وقد طعن عيسي رحمه الله فى هذا فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وبدليل أن مؤنة الرد علي المالك فى الاجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشترى يرجع بضمان الغرور فكذلك مؤنة الرد عليه لماله من المنفعة فى النقل فأما يد المستأجر يد نفسه والاشكال علي هذا الكلام ماتقدم أن المرأة اذا استأجرت

Marfat.com

ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبسته بالليل كانت ضامنه ثم اذا جاء النهار برئت من الضمان ويدها يد نفسها ولكنا نقول هناك الضمان عليها باللبس لا بالامساك لان لها حق الامساك ليلا ونهارا واللبس الذى لم يتناوله العقد لم يبق اذا جاء النهار وهنا الضمان على المستأجر بالامساك فى غير المكان المشروط (ألا ترى) أنه لو جاوز بها ذلك المكان ولم يركبها كان ضامنا ولو حبسها في المصر أياما ولم يركبها كان ضامنا والامساك لا ينعدم وان عاد الى ذلك المكان مادام يمسكها لمنفعة نفسه ثم الكلام فى التفصيل بينما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا أو ذاهبا لا جائيا قد تقدم فى العارية فهو مثله في الاجارة ولو لم يجاوز المكان ولكنه ضربها فى السير أو كبحها باللجام فعطبت فهو ضامن الا أن يأذن له صاحبها فى ذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحسن أن لا يضمنه اذا لم يتعد فى ذلك وضرب كما يضرب الناس الحمار فى موضعه لانه بمطلق العقد يستفيد الاذن فيما هو معتاد والضرب والكبح باللجام فى السير معتاد وربما لا تنقاد الدابة الا به فيكون الاذن فيه ثابتا بالعرف ولو أذن فيه نصا لم يضمن المستأجر به فكذلك اذا كان متعارفا والقياس ماقاله أبو حنيفة رحمه الله لانه ضربها بغير اذن مالكها وذلك تعد موجب للضمان وبيان أن المستحق له بالعقد سير الدابة لا صفة الجودة فيه وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح فى أصل تسيير الدابة وانما يستخرج بذلك منها * نهاية السير والجودة فى ذلك وثبوت الاذن بمقتضي العقد فيفتقر على المستحق بالعقد * توضيحه أنه وان أبيح له الضرب فانما أبيح لمنفعة نفسه فان حق المالك في الآخر يتقرر بدونه ومثله يقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج زوجته ورمى الرجل الى الصيد ومشيه فى الطريق مباح شرعا ثم يتقيد بشرط السلامة بخلاف ما اذا أذن له المالك فيها نصا فان بعد الاذن فعله كفعل المالك وان استأجرها ليحمل عليها متاعا سماه الى موضع معلوم فأجرها بمثل ذلك باكثر مما استأجرها لم يطب له الفضل الا أن يزيد معها حبلا أو جوالق أو لجاما فحينئذ يجعل زيادة الاجر بأزاء ما زاد ولو علفها لم يطب له الفضل له لان العلف ليس بعين ينتفع به المستأجر انجعل الزيادة بمقابلته وان استأجرها بغير لجام فالجمها أو بلجام فنزعه وأبدله بلجام آخر مثله فلا ضمان عليه لان اللجام لا يضر بالدابة وانما ينفعها من حيث أن السير يخف به عليها فلم يكن هذا خلافا من المستأجر الا اذا ألجمها بلجام لا يلجم مثلها به فحينئذ يكون مخالفا ضامنا واذا استأجر دابة لحمولة فساق رب الدابة فعثرت فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب

Marfat.com

المتاع يمشى مع رب الدابة أوليس معه فالمكارى ضامن لان المكارى أجير مشترك والتلف حصل بجناية يده وكذلك لو انقطع حبله فسقط الحمل فهذا من جناية يده لانه لما شده بحبل لايحتمله كان هو المسقط للحمل ولو مطرت السماء فقسد الحمل أو اصابته الشمس ففسد أوسرق من ظهر الدابة فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو ضامن فى قول من يضمن الاجير لان التلف حصل لا بفعله على وجه يمكن التحرز عنه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا كان صاحب الحمل معه فسرق لم يضمن المكارى لان الحمل فى يد صاحبه والاجير المشترك انما يصير ضامنا عندهما باعتبار يده فما دام المتاع فى يد صاحبه لم يضمن الاجير اذا تلف بغير فعله فان حمل عليها عبدا صغيرا فساق به رب الدابة فعثرت وعطب العبد فلا ضمان عليه لان هذا جناية ولا يشبه هذا المتاع ومعنى هذا الكلام ان مايجب من الضمان باتلاف النفوس ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من جنس ضمان العقد (ألا ترى) أنه يجب على العاقلة مؤجلا ووجوب الضمان على الاجير المشترك فيما جنت يده باعتبار العقد فلا يلزمه ما ليس من جنس ضمان العقد فاما ضمان المتاع من جنس ضمان العقد حتى يكون عليه حالا دون العاقلة وبيان هذا الكلام ان على أحد الطريقين يقيد العقل بصفة السلامة بمقتضى عقد المعاوضة وعلى الطريق الآخر العمل مضمون عليه لانه يقابله بدل مضمون فعرفنا أن الضمان على الطريقين باعتبار العقد وكذلك لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل وأفسد المتاع لم يضمن رب الدابة شيئا أما لانه لا يضمن نفس صاحب المتاع لان ذلك ضمان الجناية ولا يضمن المتاع لان متاعه فى يده معناه أن العمل فيه يصير مسلما بنفسه فيخرج من ضمان رب الدابة واذا تكارى من رجل دابة شهرا بعشرة دراهم على أنه متى مابداله من ليل أونهار حاجة ركبها لايمنعه منها فان كان سمى بالكوفة ناحية من نواحيها فهو جائز وان لم يكن سمى مكانا فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه لايصير معلوما ببيان المدة اذا لم يكن الركوب مستغرقا بجميع المدة وانما يصير معلوما ببيان المكان فما لم يبين ذلك لايجوز وان تكاراها يوما يقضى حوائجه فى المصر فهو جائز لان الركوب هنا مستدام فى المدة المذكورة ولان نواحى المصر فى حكم مكان واحد ولهذا جاز عقد السلم اذا شرط الايفاء فى المصر وان لم يبين موضعا منه فاذا كان نواحى المصر كمكان واحد كان له أن يركب الى أى نواحى المصر شاء والى الجنازة ونحوها لان المقابر من فناء المصر وليس له أن يسافر عليها لانه

Marfat.com

استأجرها للركوب في المصر وان تكاراها الى واسط يعلفها ذاهبا وجائيا فركبها حتى أتى واسط فلما رجع حمل عليها رجلا معه فعطبت فعليه أجر مثلها في الذهاب لان الاستئجار بعلفها فاسد لجهالة الاجر وقد استوفى منفعتها بعقد فاسد فعليه أجر مثلها في الذهاب ونصف أجر مثلها في الرجوع لانه استوفي في الرجوع منفعة نصفها وهو ماشغلها بركوب نفسه فلذلك يلزمه نصف أجر المثل وقد ذكر قبل هذا في الاجارة الصحيحه أنه اذا ركبها وأردف فعليه جميع المسمى ومن أصحابنا رحمه الله من يقول لان في الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن وفي الفاسد لايجب الاجر الا باستيفاء المنفعة ولهذا يلزمه بقدر ما استوفى (قال) رضي الله عنه وهذا ليس بقوى عندي في الموضعين جميعا فبالتمكن من الاستيفاء يجب أجر المثل وفي العقد الصحيح لا يعتبر التمكن فيما شغله بركوب غيره ولكن الصحيح أنه لا فرق في الحقيقة انما يجب أجر المثل بحسب ما استوفى من المنفعة فيتضاعف أجر مثلها اذا أردف فاذا أوجبنا عليه نصف أجر مثلها فقد أوجبنا من أجر المثل جميع مايخص ركوبه وكذلك عند صحة العقد فان جميع المسمى هناك بمقابلة ركوبه فهو نظير نصف أجر المثل هنا ثم يكون ضامنا نصف قيمة الدابة وان حمل عليها متاعا معه فهو ضامن بقدر ما زاد لانه مخالف له في ذلك وبحسب ماعلفها به لانه علفها باذن صاحبها فيستوجب الرجوع به عليه ويكون قصاصا بما استوجب عليه صاحبها من الاجر وان تكارى دابة عشرة أيام كل يوم بدرهم فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر قال يسع صاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم أنه لم يركبها لانه أتى بما يستحقها بما هو المستحق عليه بالعقد وهو تسليم الدابة اليه وتمكينها من ركوبها في المدة فيطيب له الاجر كالمرأة اذا سلمت نفسها الى زوجها طاب لها جميع الصداق وان كانت تعلم أن زوجها لم يطأها وان تكاراها يوما واحدا فلا أجر عليه فيما حبسها بعد ذلك وان أنفق عليها فهو متطوع في ذلك الا أن يكون بأمر صاحبها ولو تكارى دابة لعروس تزف عليها الى بيت زوجها فحبس الدابة حتى أصبح ثم ردها ولا يركب فلا كراء عليه لانه لم يوجد تسليم المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة في الطريق لنقل العروس وذلك لايوجد عند حبس الدابة في البيت وان حملوا عليها غير العروس فان تكاراها العروس بعينها فهو ضامن ولا كراء عليه لانه غاصب مخالف وان تكاراها لعروس بغير عينها فلا ضمان عليه وعليه الكراء استحسانا لان المستحق بالعقد قد استوفى والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وان تكاراها على

Marfat.com

أن يركب مع فلان يشيعه فحبسها من غدوة الى انتصاف النهار ثم بدا للرجل أن لا يخرج فرد الدابة عند الظهر فان كان حبسها قدر ما يحبس الناس فلا ضمان عليه وان حبسها أكثر من ذلك فهو ضامن لامساكه إياها فى غير المكان المشروط الا أن قدر ما يحبس الناس صار مستثناه بالعرف ولا أجر عليه فى الوجهين لانه لم يستوف المعقود عليه فالمعقود عليه خطوات الدابة فى الطريق ولا يوجد ذلك اذا حبسها فى المصر ولان صاحب الدابة متمكن من أن تسير الدابة معه الى الطريق وان ركبها بعد الحبس فلا أجر عليه أيضا لانه صار ضامنا بالخلاف فيكون كالغاصب لا يلزمه الاجر اذا عطبت لاستناد ملكه فيها الى وقت وجوب الضمان عليه وان تكارى دابة بغير عينها الى حلوان فنتجت فى الطريق وضعفت من حمل الرجل لاجل الولادة فعلى المكارى أن يأتى بدابة أخرى تحمله ومتاعه لانه التزم بالعقد العمل فى ذمته فعليه الوفاء بما التزم (ألا ترى) أن هذه الدابة لو هلكت كان عليه أن يأتى باخرى فكذلك اذا ضعفت الا أن يكون الكراء وقع على هذه بعينها فحينئذ المعقود عليه منافعها ولا يتأتى استيفاء ذلك من دابة أخرى بل يكون عذرا فى فسخ الاجارة وان تكارى ثلاث دواب ثم أن رب الدواب أجر دابة من غيره وأعار أخرى ووهب أخرى أو باع فوجد المستكرى الدواب فى أيديهم فان كان باع من عذر فبيعه جائز وانتقضت الاجارة على رواية هذا الكتاب وقد بيناه وان باع من غير عذر فالبيع مردود والمستكرى أحق بالدواب لتقدم عقده وثبوت استحقاق المنافع له واليد فى العين بذلك العقد الا أن ماوجده فى يد المستعير فلا خصومة بينهما حتى يحضر رب الدواب لان يد المستعير ليس بيد الخصومة وما وجده فى يد الموهوب له فهو خصم فيها لانه يدعى ملك عينها فيكون خصما لمن يدعي حقا فيها وأما الاجارة فالمستأجر أحق بها حتى يستوفي الاجارة وهذا جواب مبهم فانه لم يبين أى المستأجرين أحق بها فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده الاول والثانى يكون خصما له لان الاول يدعى ما يزعم الثانى أنه له فيكون خصما له فى ملكه ولكن الاصح أن المستأجر الثانى لا يكون خصما للأول حتى يحضر رب الدابة بمنزلة المستعير لانه لا يدعى ملك عينها لنفسه ولو تكارى غلاما ودابة الي البصرة بعشرة دراهم ذاهبا وجائيا وقد شرط لهم درهما الى الكوفة فأبق الغلام ونفقت الدابة فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة لانه استوفى المعقود عليه بذلك القدر ثم انعدم تمكنه من استيفاء ما بقى بالهلاك والإباق وقد

Marfat.com

كان أمينا فيهما ولا ضمان عليه وان استأجر الدابة وحدها وقال المكارى استأجر غلاما عنى كى تتبعك وتتبع الدابة وأجره على وأعطاه نفقة ينفق على الدابة ففعل المستأجر وسرقت النفقة من الغلام فان أقام المستأجر البينة أنه استأجر الغلام وأقر الغلام بالقبض لزم المكارى النفقة ضاعت أولم تضع والا فلا شئ عليه لانه فى استئجار الغلام وكيل صاحب الدابة وقد أثبته بالبينة فيجعل كأن صاحب الدابة استأجره بنفسه ثم الغلام وكيل المكارى فى قبض النفقة منه فاقراره بالقبض كاقرار صاحب الدابة ولو تكاراها الى بغداد بعشرة دراهم وأعطاه الاجر فلما بلغ بغداد رد عليه بعض الدراهم وقال هى زيوف أو استوقه فالقول قول رب الدابة فى ذلك ان لم يكن أقر بشئ لانه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم فالقول قوله فيما يزعم أنه زيوف لان الزيوف من جنس الدراهم فلا يصير به مناقضا ولا يقبل قوله فيما يزعم أنه أستوق لانه مناقض فى كلامه فالستوق ليس من جنس الدراهم وان كان أقر باستيفاء الاجرة أو باستيفاء حقه أو باستيفاء الجياد فلا قول له بعد ذلك فيما يدعى لكونه مناقضا واذا مات المكارى في الطريق فاستأجر المستكرى رجلا يقوم على الدابة فالأجر عليه وهو متطوع فى ذلك فهو كما لو أنفق على الدابة وان نفقت الدابة في الطريق فعليه من الكراء بقدر ماساروا والقول فى ذلك قوله لانهما تصادقا على أنه لم يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى أو فى مقدار ما لزمه من الاجر فرب الدابة يدعى الزيادة والمستكري منكر لذلك وان تكارى دابتين احديهما الى بغداد والاخرى الي حلوان فان كانت التى الي بغداد بعينها والتى الي حلوان بعينها جاز العقد لان المعقود عليه معلوم وان كانت بغير عينها لم يجز لجهالة فى المعقود عليه علي وجه يفضى الى المنازعة وعليه فيما ركب أجر مثله ولا ضمان عليه اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز وان تكاري بغلا الى بغداد فأراد المكاري أن يحمل متاعا له أو لغيره بكراء مع متاع فللمستكرى أن يمنعه من ذلك لان بالعقد استحق منافعه وقام هو فى ذلك مقام المالك والمالك مقام الاجنبي فان حمله وبلغ الدابة بغداد لم يكن للمستكرى أن يحبس عنه شيئا من الاجر لذلك لانه حصل مقصوده بكماله واستوفى ما استحقه بالعقد فاذا اختلف المؤاجران في مقدار الكراء فالقول قول المستأجر لانهما يدعيان عليه الزيادة وبعد استيفاء المنفعة عقد الاجارة لايحتمل الفسخ فكان القول قول المنكر للزيادة وان أقام المؤاجر ان البينة فلكل واحد منهما نصف ماشهد به شهوده لان

Marfat.com

كل واحد منهما يثبت حق نفسه وحق صاحبه وبينة كل واحد منهما على اثبات حقه أولى بالقبول ولان كل واحد منهما مكذب ببينة صاحبه فلا تكون تلك البينة حجة فى نصيبه وان تكاراها على أنه بالخيار ساعة من نهار فركبها على ذلك فعطبت فعليه الاجر ولا ضمان عليه لان ركوبه اياها فى مدة خياره دليل الرضا منه بسقوط الخيار فانه مستوف للمعقود عليه متلف فلزمه الاجر بقدر ما استوفى ولا ضمان عليه كما لو لم يكن فى العقد خياله وان كان الخيار لصاحب الدابة فالمستكرى ضامن لها ولا أجر عليه لانه غاصب فى ركوبها قبل أن يتم رضى صاحبها به فاذا شرط الخيار يعدم تمام الرضاء. ولو تكارى حمارا يطحن عليه فأوثقه فى الرحا وساقه الاجير فتعسف عليه الاجير حتى عطب من عمله فالأجير ضامن لانه متلف له بالتعسف في سيره ولم يكن مأمورا بذلك من جهة المستأجر ليتنقل فعله اليه فلهذا لاشئ على المستأجر منه وان استأجر ثورا يطحن عليه كل يوم عشرة أقفزه فوجده لا يطحن الا خمسة أقفزة فالمستأجر بالخيار لانه يغير عليه شرط عقده فاذا شاء أبطل الاجارة عليه فيما بقى عليه وفيما عمل من الطحن بحساب ماعمل من الايام ولا يحط عنه من ذلك شيئا لان المعقود عليه منفعة الثور فى المدة وقد استوفي ذلك واشتراط عشرة أقفزة فى كل يوم ليس لايراد العقد علي العمل بل لبيان جلادة الثور فى عمل الطحن فلهذا لا ينتقص عنه شئ من الاجر فيما عمل من الايام .ولو تكارى دابة الي بغداد فوجدها لا تبصر بالليل أو جموحا أو عثورا أو تعض فان كانت الدابة بعينها فله الخيار لتغيير شرط العقد عليه وعليه من الاجر بحساب ما سار لانه استوفي المعقود عليه بقدره وان كانت بغير عينها فله أن يبلغه الى بغداد على دابة غيرها لانه التزم العمل فى ذمته وهذا اذا قامت البينة على عيب هذه الدابة لان دعوى المستأجر العيب غير مقبولة الا بحجة ولو تكاري بعيرا ليعمل عليه عملا على النصف (قال) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول اذا كان ينقل الحمل على البعير فالأجر كله لصاحب البعير لانه بدل منفعة بعيره والمدفوع اليه نائب عنه في الاكراء وللذى يعمل عليه أجر مثله على صاحب البعير لانه ابتغى عن منافعه عوضا وقد سلمت منافعه لصاحب البعير ولم يسلم له العوض بمقابلته فعليه أجر المثل له وان كان الرجل يحمل عليه المتاع ليبيعه فما اكتسب عليه من شئ فهو له لانه عامل لنفسه فيما اكتسب بالبيع والشراء وعليه أجر مثل البعير لان صاحب البعير ابتغى عن منافع بعيره عوضا ولم يسلم له ذلك . رجل تكارى غلاما ليذهب له بكتاب الى بغداد فقال الغلام قد

Marfat.com

ذهبت بالكتاب وقال الذى أرسل اليه الكتاب لم يأتنى به فعلى الغلام البينة على مايدعى لانه يدعى ابقاء المعقود عليه وان أقام البينة أنه قد دفع الكتاب اليه كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وله الأجر على المرسل دون من حمل الكتاب اليه وان قال المرسل اليه أعطيته أجرة عشرة دراهم فعليه البينة على ذلك كما لو كان المرسل هو الذى يدعى ايفاء الأجر وان أقام الغلام البينة أنه قد أتى بغداد بالكتاب فلم يجد الرجل فله الأجر لانه أتى بما استحق عليه وهو قطع المسافة الى بغداد مع الكتاب كما أمر به ثم ان كان استأجره ليذهب بالكتاب ويأتى بالجواب فله أجر حصة الذهاب دون الرجوع لانه في الرجوع غير ممتثل أمره ولا عامل له حين لم يكن الجواب معه واذا عاد بالكتاب حين لم يجد الرجل فلا أجر له فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له مايخص الذهاب من الاجر لانه فى الذهاب عامل له كما أمر به فتقرر حقه في الاجر بقدره كما لو ترك الكتاب هناك عند أهل من أرسل اليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل طعاما الى بغداد فحمله ثم عاد به لان استحقاق الاجر هناك بنقل الطعام من مكان الى مكان وقد نقص ذلك حين عاد بالطعام فلم يبق تسليم شئ من المعقود عليه وهنا الاجر له بقطع المسافة اذ ليس للكتاب حمل ومؤنة فلا يصير بالرجوع ناقصا عمله سواء عاد بالكتاب أولم يعد وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان شئ من مقصود الامر لم يحصل بعمله فلايستوجب الاجر عليه كما لو ذهب من جانب آخر وبيان ذلك أن مقصود الامر أن يصل الكتاب الى المرسل اليه ويصل الجواب اليه وحين عاد بالكتاب صار الحال كما قبل ذهابه من حيث أن شيئا من مقصود الامر غير حاصل فاما ذا ترك الكتاب هناك فبعض مقصوده حاصل لان المكتوب اليه اذا حضر وقف على مافى الكتاب ويبعث بالجواب على يد غيره فالحصول بعض المقصود هناك ألزمناه حصة الذهاب من الاجر . رجل تكارى دابة الى مكان معلوم ولم يقل أركبها بسرج ولا إكاف فجاء بها المكاري عريانة فركبها بسرج أو إكاف فعطبت (قال) ان كان يركب فى ذلك الطريق مثل تلك الدابة باكاف أو بسرج فلا ضمان عليه وان كانت لا تركب الا بسرج فركب باكاف فهو ضامن لانه بمطلق العقد يستحق استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا خالف ذلك صار ضامنا. ولو تكارى من الفرات الى جمفى (وجمفى) قبيلتان بالكوفة ولم يسم أى القبلتين هى أو الى الكناسة ولم يسم أى الكناستين أو الى بجيله ولم يسم أيهما هى الظاهرة أو الباطنة فعليه

Marfat.com

أجر مثلها لان المعقود عليه مجهول فكان العقد فاسدا واستيفاء المنفعة بحكم العقد الفاسد يوجب أجر المثل ومثله بحارا اذا تكاراها الى السهلة ولم يبين أى السهلتين هى سهلة قوت أو سهلة أمير أو تكاراها الى حسون ولم يبين أى القريتين ولو تكارى عبدا مأذون أو غير مأذون بنصف مايكتسبه على هذه الدابة فالاجارة فاسدة لجهالة الاجر ولانه جعل الاجر بعض ما يحصل بعمله فالاجارة فاسدة وله أجر مثله فيما عمل له ان كان مأذونا أو استأجره من مولاه وان كان غير مأذون ولم يستأجره من مولاه فان عطب الغلام كان ضامنا لقيمته لانه غاصب له حين استعمله بغير اذن مولاه ولا أجر عليه لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان وان سلم فعليه الاجر استحسانا وفى القياس لا أجر عليه لانه غاصب له ضامن * وجه الاستحسان ان العقد الذى باشره العبد بمحض منفعة اذا سلم من العمل لانه ان اعتبر وجب الاجر وان لم يعتبر لم يجب شئ والعبد المحجور عليه غير ممنوع عما بمحض منفعة قبول الهبة والصدقة ولان عقد الاكتساب محض اذا سلم من العمل فهو كالاحتطاب والاصطياد اذا باشره العبد بغير اذن مولاه وهذا لان الحجر لدفع الضرر عن المولى وفيما لا ضرر عليه لا حجر وان تكاراها الى بغداد على إن بلغه اليها فله رضاه فبلغه اليها فقال رضائى عشرون درهما فله أجر مثلها لجهالة الاجر عند العقد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد الا أن يكون أجر المثل أكثر من عشرين درهما فلا يزاد عليه لانه رضي بهذا المقدار وأبرأه عن الزيادة وان تكاراها بمثل ما يكارى به أصحابه أو بمثل مايتكارى به الناس فعليه أجر مثلها لان المسمى مجهول فالناس يتفاوتون في ذلك فمن بين مسامح ومستقصى. وان تكارى دابة من الكوفة الى مكان معلوم من فارس بدراهم أو دنانير فعليه نقد الكوفة ووزنها لان السبب الموجب للاجر هو العقد وان تأخر الوجوب الي استيفاء المعقود عليه والعقد كان بالكوفة فينصرف مطلق التسمية الى وزن الكوفة ونقدها وهذا لان عمل العرف فى تقييد مطلق التسمية والتسميه عند العقد لا عند استيفاء المنفعة فلهذا يعتبر مكان العقد فيه وان تكاراها الي فارس ولم يسم مكانا معلوما منها فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فقد سمى ولاية مشتملة علي الامصار والقرى فاذا لم يبين موضعا منها فالمنازعة تمكن بينهما من حيث أن المكارى يطالبه بالركوب الى أدنى ذلك الموضع وهو يريد الركوب الى أقصى تلك الولاية ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ومثله فى ديارنا اذا تكارى دابة الى فرغانة أو الى سمد وان تكارى الي الرى ولم يسم

Marfat.com

مدينتها ولا رستاقا بعينه فالعقد فاسد أيضا وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن العقد جائز وجعل الري اسما للمدينة خاصة بمنزلة مالو تكاراها الى سمرقند أواوزجند ولكن في ظاهر الرواية قال اسم الري يتناول المدينة ونواحيها فاذا لم يبين المقصد يمكن جهالة فيه تفضي الي المنازعة فان ركبها الي أدنى الري فله أجر مثلها لا يزاد على ماسمى لان المكارى رضي بالمسمى الى أدنى الرى فان ركبها الى أقصى الري فله أجر مثلها لا ينتقص ماسمى لان المستكرى قد التزم المسمى الى أقصي الرى فلا ينتقص عنه ويزاد عليه اذا كان أجر المثل أكثر من ذلك لان المكارى اذا رضى بالمسمى الي أدنى الرى فلا يصير راضيا الى أقصي الرى ومثله فى ديارنا اذا استأجرها الى بخارى فهو اسم للبلدة بنواحيها فأول حدود بخارى كرمينية وآخره فربر وبينهما مسافة بعيدة فالتخريج فيه كتخريج مسئلة الرى وان تكاراها من الكوفة الى بغداد وعلى أنه أدخله بغداد فى يومين فله عشرة والا فله درهم فهذا من الجنس الذى تقدم بيانه أن عند أبى حنيفة رحمه الله التسمية الاولى صحيحة والثانية فاسدة وعندهما تصح التسميتان وقد بينا ذلك فى الخياط . رجل تكاري دابة من رجل بالكوفة من الغداة الى العشى (قال) يردها عند زوال الشمس لان مابعد الزوال عشيّ قيل فى تفسير قوله تعالى أن سبحوا بكرة وعشيا قبل الزوال وبعد الزوال وكذلك فى قوله تعالي ولا تطرد لذين يدعون ربهم بالغداة والعشى أن الغداد قبل الزوال والعشى مابعده وفى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى أحد صلاتى العشاء إما الظهر أو العصر اذا ثبت هذا فنقول جعل العشي غاية والغاية لا تدخل فى الاجارة فان ركبها بعد الزوال ضمنها لان العقد انتهى بزوال الشمس فهو غاصب فى الركوب بعد ذلك وان تكاراها يوما ركبها من طلوع الفجر الثانى الى غروب الشمس لان اليوم اسم لهذا الوقت (ألا ترى) أن الصوم يقدر باليوم شرعا وكان من طلوع الفجر الى غروب الشمس وكذلك القياس فيما اذا استأجر أجيرا يوما الا أن الاجير مالم يفرغ من الصلاة لا يشتغل بالعمل عادة فتركنا القياس فيه لهذا ولا يوجد هذا المعنى فى استئجار الدابة وان تكاراها ليلة ركبها عند غروب الشمس فيردها عند طلوع الفجر فان بغروب الشمس يدخل الليل بدليل حكم الفطر ولم يذكر اذا تكاراها نهارا وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول انما يركبها من طلوع الشمس الى غروب الشمس فان النهار اسم الوقت من طلوع الشمس «قال صلى الله عليه وسلم صلاة النهار عجما» فلا يدخل فى ذلك الفجر ولا المغرب

Marfat.com

وانما سمى نهارا لجريان الشمس فيه كالنهر يسمى نهرا لجريان الماء فيه ولكن هذا اذا كان من أهل اللغة يعرف الفرق بين اليوم والنهار فان العوام لايعرفون ذلك ويستعملون اللفظين استعمالا واحدا فالجواب في النهار كالجواب فى اليوم وان تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجته لم يجز العقد الا أن يبين المكان لان المعقود عليه لايصير معلوما الا بذكر المكان ولا ضمان علي المستاجر في الدابة اذا هلكت وهى فى يده علي اجارة فاسدة لان الفاسد من العقد معتبر بالجائز ولانه فى الوجهين مستعمل للدابة باذن المالك وان استحقت الدابة من يد المستأجر وقد هلكت عنده فضمن قيمتها رجع على الذى أجرها منه لانه مغرور من جهته بمباشرة عقد الضمان فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان بسببه ولا يملكها المستأجر بضمان القيمة لان الملك فى المضمون يقع لمن يتقرر عليه الضمان وهو الاجر ولا أجر للمستحق على أحد لان وجوب الاجر بعقد باشره الاجر فيكون الاجر له خاصة وان تكاري دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة دراهم ولم يسم كم يطحن عليها كل يوم فالاجارة جائزة لان المعقود عليه منفعة الدابة فى المدة وذلك معلوم ولا يضمن ان عطبت من العمل الا أن يكون شيئا فاحشا لان المستحق بمطلق العقد استيفاء المعقود عليه على الوجه المتعارف فاذا جاوز ذلك كان مخالفا ضامنا وان تكاراها الى بغداد وركبها وخالف المكان الذى استأجرها اليه (قال) الكراء لازم له فى مسيره قبل الخلاف لانه استوفي المعقود عليه فى ذلك القدر كما أوجبه العقد وهو ضامن للدابة فيما خالف ولا أجر عليه بعد ما صار ضامنا لها وان تكاراها ليحمل عليها انسانا فحمل امرأة يقيلها برحل أو بسرج فعطبت الدابة فلاضمان عليه ولا علي المرأة لانه مستوفى للمعقود عليه فالمسمى فى العقد انسان وهى انسان وان كانت ثقيلة الا أن يكون أن مثل تلك الدابة لايطيق حملها فحينئذ يكون اتلافا موجبا للضمان وقد تطرف فى العبارة حيث وضع هذه المسئلة فى النساء دون الرجال لان النقل بهذه الصفة فى الرجال مذموم وفى النساء محمود وان تكارى يوما الى الليل بدرهم فأراه الدابة على أريها وقال اركبها اذا شئت فلما جاء الليل تنازعا في الكراء والركوب فان كانت الدابة دفعت الى المستأجر فعليه الاجر لان الاجر سلم المعقود عليه فيتمكن المستأجر من الاستيفاء وان كان لم يدفعها فلا أجر عليه لانه لم يسلم المعقود عليه اليه وعلى رب الدابة البينة أنه قد ركبها لانه يدعى استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر فعليه أن يثبت ذلك بالبينة وان تكاراها الي الحيرة فى حاجة له فقال دونك الدابة

Marfat.com

فأركبها فلما كان فى قدر مايرجع من الحيرة فقال لم أركبها ولم أنطلق الى الحيرة (قال) اذا حبسها فى قدر مايذهب الى الحيرة ويرجع فلا أجر عليه اذا لم يذهب لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة فى طريق الحيرة ولا يتصور وجود ذلك اذا كانت الدابة على أريها فى البيت وان دفعها اليه وقال لم أذهب بها ان علم أنه توجه الى الحيرة فقال رجعت ولم أذهب لم يصدق لانه لما علم توجهه الى الحيرة ومضي من الزمان بعد ذلك مقدار مايذهب من ويجيء فالظاهر أنه قد أتى الحيرة فهو فى قوله رجعت يدعى خلاف مايشهد به الظاهر وان ردها من ساعة فلا أجر عليه لان الظاهر شاهد له فان قيل كيف يستحق رب الدابة الاجر بالظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق قلنا استحقاقه بالعقد عند تمكن المستأجر من استيفاء المعقود عليه فانما يثبت بالظاهر لانه تمكن وذلك لا يكون استحقاقا بالظاهر ولانه بهذا الظاهر يدفع قول المستأجر انى رجعت قبل أن آتى الحيرة ولو تكارى دابة من رجل الى بغداد على أن يعطيه الأجر اذا رجع من بغداد فمات المستأجر ببغداد فالاجر الى بغداددين في ماله لانه استوفى المعقود عليه فى ذلك القدر ثم انتقضت الاجارة بموته وسقط الاجل أيضا فكان أجر ذلك المقدار دينا في تركته كسائر الديون والله أعلم

﴿ تم الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ ويليه السادس عشر أوله باب انتقاض الاجارة ﴾

Marfat.com

﴿ فهرست الجزء الخامس عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢ كتاب القسمة

٢٥ باب قسمة الدور بالدراهم

٢٧ باب قسمة الدور بتفضيل بعضها على بعض بغير دراهم

٣٦ باب قسمة الحيوان والعروض

٣٠ باب الخيار في القسمة

٤٣ باب الاستحقاق في القسمة

٥١ باب مالا يقسم

٥٥ باب قسمة الدار فيها طريق لغير أهلها

٥٩ باب قسمة الدار للميت وعليها دين أووصية

٦٤ باب دعوى الغلط فى القسمة

٩٦ باب قسمة الوصي على أهل الوصية والورثة

٧٤ كتاب الاجارات

٨٤ باب كل الرجل يستصنع الشئ

١٠٣ باب متى يجب للعامل الاجر

١١٤ باب السمسار

١١٦ باب الكفالة بالاجر

١١٨ باب اجارة الظئر

١٢٩ باب اجرة الدور والبيوت

١٦١ باب اجارة الحمامات

١٦٠ باب اجارة الراعى

١٦٥ باب اجارة المتاع

١٧ باب اجارة الدواب

﴿ تمت الفهرست ﴾

Marfat.com

كتاب

المبسوط لشمس الدين السرخسي

Marfat.com

١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م
بيروت - لبنان

مستديرة الظاهر - خلف بنك مسكو - شارع الحجاوي ص.ب ٧٨٧٦ تلفون: ٨٣٤٣٠١ - ٨٣٤٣٣٢ - رفيا معرفكار بيروت - لبنان

Marfat.com

﴿ الجزء السادس عشر من ﴾

كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت . لبنان

Marfat.com

بسم الله الرحمن الرحيم

باب انتقاض الاجارة

(قال رحمه الله ذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال حين وضع رجله فى الغرز ان الناس قائلون غدا ماذا قال عمر وان البيع عن صفقة أو خيار والمسلحون عند شروطهم) وفي هذا الحديث دليل أن الاجارة يتعلق بها اللزوم اذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله ان الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد بيناه وفيه دليل على ان البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم اذا شرط فيه الخيار فان الصفقة هى اللازمة النافذة يقال هذه صفقة لم يشهدها خاطب اذا أنفذ أمر دون رأى رجل فيكون حجة على الشافعى رحمه الله لانه يثبت خيار المجلس فى كل بيع وفيه دليل وجوب الوفاء بالمشروط اذا كان الشرط صحيحا شرعا فلا خلاف بيننا فالشافعى رحمه الله يقول عقد الاجارة اذا أطلقت فهى لازمة كالبيع الا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعذر وعنده لا يفسخ الا بالعيب وهو بناء على أصله ان المنافع كالأعيان الموجودة حكما فان العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع الا بعيب فكذلك الاجارة وعندنا جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب فاذا تحقق الضرر في ايفاء العقد يكون ذلك عذرا فى الفسخ وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه (ألا ترى) ان من استأجر أجيرا ليقلع درسه فسكن مابه من الوجع كان ذلك عذرا فى فسخ الاجارة أو استأجره ليقطع يده الآكلة ثم بداله فى ذلك أو استأجره ليهدم بناء له ثم بدا له في ذلك لانه لا يتمكن من ايفاء العقد الا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله من حيث اتلاف شئ من بدنه أو اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى

Marfat.com

الانسان المنفعة فى شئ ثم يتبين له للضرر في ذلك وكذلك لو استأجره ليتخذله وليمة ثم بدا له فى ذلك فليس للاجير أن يلزمه اتخاذ الوليمة شاء أو أبى لان في ذلك عليه من الضرر فى اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا الضرر اذا عرف هذا فنقول من العذر فى استئجار البيت أن ينهدم البيت أو يهدم منه مالا يستطيع أن يسكن فيه وهذا من نوع العيب في المعقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لان تقبض الدار المنافع لا تدخل فى ضمانه فحصول هذا العارض فى يد المستأجر كحصوله فى يد الآجر فان أراد صاحب البيت أن يبيعه فليس هذا بعذر لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد الا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه عن التصرف فى المستأجر الى انتهاء المدة وان باعه فبيعه باطل لايجوز لعجزه عن التسليم وقد بينا فى البيوع ان الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وان كان على المؤاجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان علته فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزم ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط حق المستأجر عن العين فان بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستأجر حق فى ماليته فيكون المديون مجبورا على قضاء الدين من ماليته محبوسا لاجله اذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له فى الفسخ ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على انه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر الى القاضي ليكون هو الذى يفسخ الاجارة ويبيعه وهو الأصح لان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضاء القاضي كالرجوع فى الهبة وان انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر فاراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الاجارة لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من أن يكترى منزلا آخر أو يشترى وكذلك ان أراد التحول من المصر لانه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستأجر الى هذه المدة وان كان هذا بيتا فى السوق يبيع فيه ويشترى فلحق المستأجر دين أو أفلس فقام من السوق فهذا عذر وله أن ينقض الاجارة لانه استأجره للانتفاع وهو يتضرر بايفاء العقد بعد ما ترك تلك التجارة أو أفلس ضررا لم يلزمه بنفس العقد وكذلك اذا أراد التحول من بلد الى بلد لانه لو لزمه الامتناع من السفر تضرر به ضررا لم يلتزمه بالعقد وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالبيت فان قال رب البيت انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضى المستأجر على ذلك لان الظاهر شاهد له فالظاهر أنه لا يترك ما كان عزم عليه من التجارة فى الحانوت الا اذا أراد

Marfat.com

التحول من بلد الى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل يحكم القاضي حاله فى ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله . قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لاعدوا له عدة وقيل يقول له مع من يخرج فالانسان لايسافر الامع رفقة ثم يسأل رفقاءه عن ذلك وان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال قد بدالى فى ذلك وخاصمه صاحب البيت فان القاضي يحلف المستأجر بالله انه كان فى خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعى بطلان الفسخ لعدم العذر وذلك ينبنى وما فى ضميره فى ضمير المستأجر لايعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك ان أراد التحول من تلك التجارة الى تجارة أخرى فهذا عذر لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وقد تروج نوع التجارة في وقت وتبور فى وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو أرخص منه لم يكن عذرا وكذلك لو اشترى منزلا وأراد التحول اليه لانه لا يلحقه ضرر الا ما التزمه بالعقد وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما يقصد بالفسخ هنا الربح لا دفع الضرر وان استأجر دابة بعينها لى بغداد فبدا للمستأجر أن لايخرج فهذا عذر لان عليه ضررا فى ايفاء العقد وهو تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضى الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولو قال رب الدابة أنه يتعلل فالسبيل للقاضى أن يقول له اصبر فان خرج فقاد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فاذا قادها معه فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو أراد الخروج فى طلب غريم له أو عبد آبق فرجع وكذلك لو مرض أو لزمه غرم أو خاف أمرا أو عثرت الدابة أو أصابها شئ لايستطاع الركوب معه فبعض هذا عيب فى المعقود عليه وبعضه عذر للمستأجرين فى التخلف عن الخروج ولا فائدة للمؤاجر في ايفاء العقد اذا لم يخرج المستأجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لايستطيع الشخوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لايتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر بتسليم الدابة وأنه يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرا وان مرض فهو عذر له لانه يقول غيري لا يشفق علي دابتى ولا يقوم بتعاهدها كقيامى فاذا تعذر عليه الخروج لمرض يلحقه فى ايفاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروى هشام عن أبى يوسف رحمهما الله قال اذا اكترت المرأة ابلا الى مكة للذهاب والرجوع فلما كان في يوم النحر ولدت قبل أن تطوف

Marfat.com

للزيارة فهذا عذر للمكارى لانها تحبس الى مضى مـدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكارى بالعقدلانه غيرمعتاد وان كانت قد ولدت قبل ذلك فان كان الباقى مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة أيام أو أقل فهذا ليس بعذر للمكارى لان مابقى مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادةوكان المكارى ملتزما ضرر التأخير بقدره وان عطبت الدابة فهذا عذروهذا لان المعقود عليه فات ولا سبب للفسخ أقوى من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها لم يكن هذا عذر لان المكارى التزم العمل فى ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخري يحمله عليها ولو مات المستأجر فى بعض الطريق كان عليه من الاجر بحساب ماسار ويبطل عنه بحساب مابقى لانفساخ العقد بموت أحـد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها على حالة حتى يأتى مكة وذكر فى كتاب الشروط أن هذااذا كان فى مفازة بحيث لا يقدر به علي سلطان وخاف أن يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايفاؤها بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضر واذا كان فى المفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليـه الركوب فيتضرر به لانه عاجز عن المشى ولا يقدر على دابة أخري فأما اذا كان فى مصر فهو لايتضرر بانتقاض العقد وموت أحد المتكاريين موجب انتقاض العقد فاذا بقى العقد لم يضمن ان عطبت من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد لما بقى للتعذر صار الحال بعد موت المكارى كالحال قبـله فاذا أتى مكة دفع ذلك الى القاضى لان ما به من العـذر قد زال وبقيت الدابة فى يده ملكا للورثة وهو عيب فدفعها الى القاضى فان سـلم له القاضي الكراء الى الكوفة فهو جائز إما لانه أمضى فصلا مجتهدفيه باجتهاده أو لانه يرى النظر فى ذلك لانه لو أخذ مامنه أجرها من غيره ليردها الى الكوفة وصاحبها رضى بكونها فى يده فالاولى له اذا كان المسـتأجر ثقة أن ينفذ له الكراء الى الكوفة وان رأى النظر فى بيعها فهو جائز لان البعث بثمنها الى الورثة ربما يكون انفع وأيسر لهم فان الثمن لايحتاج الى النفقة وان كان انفق المسـتأجر عليها شيئا لم يحسب له ذلك لانه متطوع فى ذلك بالانفاق على ملك الغـير بغير أمره الا أن يكون بأمر القاضي فيحسب له اذا أقام البينه عليه لان للقاضى ولاية النظر فى حق الغائب فالانفاق بأمره كالانفاق بأمر صاحب الدابة ولكنه غير مقبول القول فيما يدعى من الانفاق فاذا قام البينةرد ذلك عليه من الثمن وكذلك ان أقام البينة على توفية الكراء رد عليه بحساب مابقى لانه أثبت

Marfat.com

دينه فى تركة الميت وهذا مال الميت ولان الابل محبوسة فى يده الى أن يرد عليه ماأنفق بأمر القاضي أو بما عجل من الكراء فلا يتمكن القاضي من أخذها وبيعها حتى يرد عليه مابقى له لهذا قبل بينته على ذلك ونفذ قضاؤه علي الورثة مع غيبتهم وان استأجر أرضا فغلب عليها الماء أو أصابها نزلا تصلح معه الزراعه فهذا عذر لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وكذلك ان اراد ان يترك الزرع او افتقر حتى لايقدر علي ما يزرع فهذا عذر لان الزارع فى الحال متلف لبذره ولا يدرى أيحصل الخارج أم لا وقد بينا أنه اذا كان لا يتمكن من ايفاء العقد الا باتلاف ماله فهو عذر له وان وجد أرضا أرخص منها أو أجود لم يكن هذا عذرا لانه بالفسخ يقصد هنا تحصيل الربح لادفع الضرر وان مرض المستأجر فان كان هو الذى يعمل بنفسه فهذا عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان كان انما يعمل اجراؤه فليس هذا عذرا البقاء يمكنه من استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد وان كانت الارض ليتيم أجرها وصيه فكبر اليتيم لم يكن له ان يفسخ الاجارة لان عقد الوصى علي ماله كعقده على نفسه ولا ضرر عليه فى ايفاء الاجارة بعد بلوغه بخلاف ما اذا كان أجر نفسه فان ذلك كد وتعب وهو يتضرر بايفاء العقد بعد بلوغه واذا استأجر عبدا لخدمة أو لعمل آخر فمرض العبد فهذا عذر فى جانب المستأجر ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وان أراد رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد فالمستأجر لا يكلفه من ايفاء العمل الا بقدر طاقته وهو يرضي بذلك وان كان ذلك دون حقه وان لم يفسخها واحد منهما حتى بدأ العبد فالاجارة جائزة لازمة لزوال العذر ويطرح عنه من الأجر بحساب ذلك وهو مايتعطل وكذلك ان أبق العبد أو كان سارقا فللمستأجر أن يفسخ الاجارة اما لتعذر استيفاء المعقود عليه أو لضرر يلحقه فى ذلك وليس لمولى العبد فسخها لانه لا ضرر عليه فى ايفاء العقد فوق ما التزمه بالعقد ولو أراد المستأجر أن يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لا يتعذر عليه الخروج الى السفر لحاجته ولا يمكنه أن يستصحب العبد اذا خرج وان أراد رب العبد أن يسافر به لم يكن له هذا عذرا لانه لا يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعبد وهو ترك العبد في يد المستأجر الى انتهاء المدة وان وجد المستأجر أجيرا أرخص منه لم يكن هذا عذرا لان فى هذا تحصيل الربح لادفع الضرر وان كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة لان صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقد الا أن يكون عمله فاسدا فله أن يفسخ حينئذ لان صفة السلامة عن

Marfat.com

العيب تستحق بمطلق المعاوضة وان مات العبد انتقضت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كان المستأجر رجلين فمات أحدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات أحد المؤجرين اعتبار الموت أحدهما بموتهما فى حق الميت منهما وان ارتد الآجر والمستأجر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب انتقضت الاجارة لان القاضى بموته حكم حين يقضي بلحاقه فهو كما لو مات حقيقة وان لم يختصما فى ذلك حتى رجع مسلما وقد بقى من المدة شيء فالاجارة لازمة فيما بقى منهما لان اللحاق بدار الحرب اذا لم يتصل قضاء القاضى به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فاذا زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقى من المدة والله أعلم

باب الشهادة في الاجارة

(قال رحمه الله واذا اختلف شاهدا الاجارة فى مبلغ الاجر المسمى فى العقد والمدعى هو المؤاجر أو المستأجر فشهد أحدهما بمثل ما ادعاه المدعى والآخر بأقل أو أكثر لا تقبل الشهادة لان المدعي كذب أحد الشاهدين ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا قبل استيفاء المنفعة لان الحاجة الى القضاء بالعقد ومع اختلاف الشاهدين في البدل لا يتمكن القاضى من ذلك فاما بعد استيفاء المنفعة فالحاجة الى القضاء بالمال فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى بالاقل كما فى دعوى الدين اذا ادعى المدعى ستة وشهد بها أحد الشاهدين والآخر بخمسة (قال) رضى الله عنه والاصح عندى أن الشهادة لا تقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل فى عقد المعاوضة كالثمن فى البيع ولا بد أن يكون المدعى مكذبا أحد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم يكن لهما بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا فى الاجرة قبل استيفاء المنفعة تحالفا أو ترادا لاحتمال العقد الفسخ وكذلك ان كانت دابة فقال المستكرى من الكوفة الى بغداد بخمسة وقال رب الدابة الى الصراه والصراه المنصف تحالفا وبعد ما حلفا ان قامت البينة لاحدهما أخذت بينته لان البينة العادلة أحق بالعمل بها من اليمين الفاجرة وان قامت لهما بينة أخذت ببينة رب الدابة على الآجر وبينة المستأجر على فضل المسير على قول أبى حنيفة رحمه الله وكان يقول أولا الى بغداد باثنى عشر ونصف وهو قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان واختلفا فى جنس الاجر فالبينة بينة رب الدابة لانه يثبت حقه بالبينة ولانه يثبت دعواه بالبينة والاجر يثبت باقراره وانما تثبت بالبينة

Marfat.com

الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها الى بغداد فقال قد أعرتني الدابة وقال صاحبها بل اكتريتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلانهما تصادقا علي أنه ركبها بأمر صاحبها وأما الاجر فلان المستأجر منكر لعقد الاجارة فالقول في ذلك قوله مع يمينه فان أقام المؤاجر شاهدين فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهم ونصف فانه يقضى له بدرهم لانهما اجتمعا علي الدرهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد منتهى فيقضى بما اتفق عليه الشاهدان وهذا يؤيد قول من يقول فى مسئلة أول الباب أنه يقضى بالاقل عندهما ولكنا نقول هناك الشاهدان ما اتفق على شئ لفظا فالخمسة غير الستة وعندهما القضاء بالاقل باعتبار الموافقة فى المعنى وباعتبار المعنى المدعى مكذب أحدهما وهنا اتفقا الشاهدان على الدرهم لفظا فالمدعى يدعى ذلك ولكنه يدعي شيئا آخر مع ذلك وهو نصف درهم وأحد الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعي مكذبا له فلهذا أقضينا له بالدرهم ولو ركب رجلا دابة رجل الى الحيرة فقال رب الدابة اكتريتها الى الجباية بدرهم فجاوزت ذلك وقال الذى ركب أعرتنيها وحلف علي ذلك فهو بريئ من الأجر لانه منكر لعقد الاجارة فان أقام رب الدابة شاهدين أنه اكراه الى الحيرة بدرهم لم يقبل ذلك لان دعواه إكذاب منه لشهوده فانه ادعى الاكراء الى الجباية وان ادعي رب الدابة انه أكراها الى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك وآخر شهد انه أكراها الى السالحين بدرهم فانه يقضي له عليه بدرهم اذا كان قد ركبها لان الشاهدين اتفقا على ذلك القدر لفظا والمدعى يدعيه أيضا . ولو قال المستأجر تكاريتها منك الى القادسية بدرهم وقال رب الدابة بل الى موضع كذا فى السواد فى غير ذلك الطريق بدرهم وقد ركبها الى القادسية فلا كراء عليه لانه خالف فصار ضامنا معناه أن رب الدابه ينكر الاذن له فى الركوب فى طريق القادسية وقد ركب فصار ضامنا وانما ادعى رب الدابة العقد على الركوب في طريق آخر ولم يركب المستأجر في ذلك الطريق فلا أجر عليه لذلك ولو ادعى أنه أكراه دابتين باعيانهما إلى بغداد بعشرة وقال رب الدابتين بل هذه منهما بعينها الى بغداد بعشرة وأقام البينة ففى قول أبى حنيفة الاول رحمه الله هما له الى بغداد بخمسة عشر اذا كان أجر مثلهما سواء وفى قوله الآخر هما له الى بغداد بعشرة لان المستأجر هو المدعى والمثبت بينة الزيادة فى حقه وكذلك ان كان رب الدابتين ادعى أنه أكراه أحديهما بعينها بدينار وأقام البينة وأقام المستأجر البينة أنه

Marfat.com

استكراها جميعا بعشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس الاجر هنا مختلف فكل واحد منهما يثبت ببينته حقه فلا بد من قبول بينة قول كل واحد منهما بخلاف الاول فهناك جنس الأجر متحد وقد اتفق الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة الى الاثبات ولكن المستأجر هو المحتاج الى اثبات العقد في الدابة الاخري وبينته تثبت ذلك وبينة رب الدابة تنفى فالمثبت أولى وان ادعى المستأجر دابة واحدة وان تكاراها الى بغداد بدينار وأقام البينة وأقام صاحبها البينة أنه اكراها اياه الى البصرة بعشرين درهما وقد ركبها الى بغداد قضيت عليه بعشرين درهما ونصف دينار لان جنس الاجر لما اختلف فلا بد من العمل بالبينتين وقد أثبت رب الدابة ببينة الى البصرة بعشرين درهما وأثبت المستأجر ببينة العقد من البصرة الى بغداد بنصف دينار فلهذا قضى بهما وان ادعى المستأجر الاجارة وجحدها صاحب الدابة فشهد شاهد أنه استأجرها ليركبها الى بغداد وشهد الآخر انه استأجرها ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع والمستأجر يدعى كذلك لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين فى مقدار المعقود عليه وإكذاب المدعى أحد شاهديه فان (قيل) أليس أن الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى ويفرد أحدهما بالزيادة وهو حمل المتاع فينبغى أن يقضى بما اتفق عليه الشاهدان قلنا المعقود عليه منفعة الدابة لا عين الركوب فالركوب فعل الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود عليه ملك رب الدابة وذلك يختلف باختلاف الشاهدين فيما شهد به فلا تتحقق الموافقة بينهما لفظا بخلاف الدرهم ونصف مع أن هذا انما يكون قبل استيفاء المنفعة وقبل استيفاء المنفعة الحاجة الي القضاء بالعقد فلا يتمكن منه مع اختلافهما وكذلك ان اختلفا فى حمولتين لان المدعى يكون مكذبا أحدهما لا محالة ولو ادعى أنه سلم ثوبا الى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد شاهد أنه دفع اليه ليصبغه أحمر بدرهم وقال الآخر ليصبغه أصفر فقد اختلفت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المعقود عليه هو الوصف الذى يحدثه فى الثوب والاصفر منه غير الاحمر فيكون المدعى مكذبا أحد الشاهدين والله أعلم بالصواب

باب ما يضمن فيه الاجير

(قال رحمه الله رجل سلم الى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق أو عصره فتخرق أو جعل فيه النورة أو وسمه فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جناية يده وقد بينا أن

Marfat.com

الاجير المشترك ضامن لما جنت يده فان كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الأجير لان الاجير له أجير خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولم يخالف ثم عمله كعمل الاستاذ (ألا ترى) أن الاستاذ يستوجب به الأجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار أو سرق فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا وروى عن محمد رحمه الله قال اذا وضع القصار السراج في الحانوت فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة وانما الذى لا يضمن به الحرق الغالب الذى لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه و(قال) في الصباغ يصبغ الثوب أحمر فيقول رب الثوب أمرتك بأصفر فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وله أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ ثوبه وضمن للصباغ مازاد على المصفر في ثوبه لانه بمنزلة الغاصب فيما صبغه به حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له في ذلك وان كان صبغه أسود فاختار أخذ الثوب لم يكن للصباغ عليه شئ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا ذلك في الغصب قال أبو حنيفة رحمه الله في الملاح اذا أخذ الأجر فان غرقت السفينة من ريح أو موج أو شئ وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان التلف حصل من عمله وان غرقت من مده أو معالجته أو جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلي بينه وبين الطعام فنقض فلا ضمان على الملاح عنده بعد أن يحلف لانه أمين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ماتلف بغير فعله وان انكسرت السفينة فدخل الماء فيها فأسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن له والا فلا شئ عليه عند أبي حنيفة وان كان رب الطعام في السفينة أو وكيله فلا ضمان على الملاح في شئ من ذلك الا أن يخالف ما أمر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع في يد صاحبه والعمل يصير مسلما اليه بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل هناك لا يصير مسلما وعلى هذا قالوا لورد الموج السفينة الى الموضع الذى حمل الطعام منه فان لم يكن رب الطعام معه فلا أجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الأجر بقدر ما صار لان العمل قد صار مسلما بنفسه ويقرر الأجر بحبسه فاما اذا خالف ما أمره به فهذا العمل لا يصير مسلما الى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متعديا خاصا فيكون ضامنا لذلك واذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حرا أو عبدا بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان

Marfat.com

عليه بخلاف القصار اذا دق فخرق لان المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب وذلك في مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بجده لا عمل غير سارى لان ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة وليس ذلك فى مقدود البشر فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة وانما الذى فى وسعه اقامة العمل بجده وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ توضيح الفرق أن الشراية لا تقترن بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالى الآلام على المجروح وهذا كله بعد أن يصير العمل مسلما الى صاحبه ويخرج من ضمان العمل فاما بخرق الثوب يكون مقترنا بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ولو وطأ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه فى دقه فكان الضمان عليه خاصة لانه غير مأذون من جهة الاستاذ فى الوطء على هذا الثوب فكان متعديا فيما صنع وان كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون فى الوطء عليه فيكون فعله كفعل الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه غير مأذون فى بسطه والوطء عليه من جهة الاستاذ فانه انما أذن له فى العمل في بيان القصارة دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا فى بيت القصار من ثياب القصارة فعثر وسقط فتخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الأجير لانه مأذون فى هذا العمل من جهة الاستاذ ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القصارة أو وقع السراج من يده فأصاب دهنه ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ دون الغلام لانه مأذون من جهته في ادخال النار بالسراج وكذلك أجير لرجل يخدمه ان وقع من يده شيء فتكسر وأفسد متاعا مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه اذا كان فى ملك صاحبه لانه استأجره لهذه الاعمال ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القصارة فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لانه مأذون من جهة الاستاذ فى دق الثوبين جميعا ولو وقع على ثوب انسان من غير القصارة كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير مأذون فى دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا في ذلك الثوب وان كان مخطئا وتعذر الخطأ لا يسقط عنه ضمان المحل وان وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شيء بعدها فلا ضمان على الاجير لانها كما لو وقعت على المحل

Marfat.com

المأذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك وانما الضمان على الاستاذ وان أصاب انسانا فقتله كان الغلام ضامنا وقد بينا الفرق بين الجناية فى بنى آدم وما سوى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشئ من متاعه فيما يحمله فوقع على انسان فى البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية فى بنى آدم موجبة الارش على العاقلة فلا يمكن اعتبار العقد فيه بخلاف ماسوى ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شئ من أدوات القصار بعمل الغلام مما يدق به أو يدق عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون من جهة الاستاذ وان كان مما لا يدق به ولا يدق عليه فهو ضامن وعلى هذا لو دعا رجلا قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق أو جلسوا على وسادة فتخرقت وان كان الضيف متقلدا سيفا فلما جلس شق السيف بساطا أو وسادة فلا ضمان عليه لانه مأذون فيما فعل من المشى والجلوس وتقلد السيف ولو وطئ على آنية من أوانيه أو تو بالا يبسط مثله ولا يوطأ فهو ضامن لانه غير مأذون فى الوطء والجلوس على مثله وان حمل الاجير شيئا فى خدمة أستاذه فسقط ففسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فأفسدها كان ضامنا لها وكذلك لو عثر فسقط عليها فان كان بساطا أو وسادة استعاره للبسط فلا ضمان فى ذلك على رب البيت ولا على أجيره لانه مأذون فى بسطه من جهة صاحبه واذا جفف القصار ثوبا على حبل فمرت به حمولة فى الطريق فخرقته فلا ضمان على القصار لانه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لانه مسبب وهو متعدي في ذلك فسوق الدابة فى الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فاذا لم يسلم كان ضامنا ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر مازاد وقد بينا هذا فى العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية فى بنى آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة فى حق ضمان النفس وأوضح الفرق بما ذكرنا فقال لو أن حائطا مائلا لرجل ثلثاه وللآخر ثلثه يقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه ولكنه قتله نقل الحائط كانت الدابة عليهما بقدر الملك لان نقل ملك صاحب الثلثين ضعف نقل ملك صاحب الثلث وفى الجرح المعتبر أصل الجراحة وكل واحد منهما خارج له بملكه فكان بمنزلة الجارح بيده فكذلك فى مسئلة الدابة يضمن باعتبار نقل الزيادة وفي مسئلة الشجاج فى العبد يكون ضمان النفس على كل واحد منهما باعتبار أصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو أمر

Marfat.com

رجلا أن يضرب عبده عشرة أسواط فضرب أحد عشر سوطا فهو متعدى فى السوط الحادي عشر فيضمن نقصان ذلك العبد من قيمته مضروبا عشرة أسواط ونصف ما بقى من قيمته اذا مات من ذلك لانه فى ضرب عشرة أسواط عامل لصاحبه بأمره فكأنه فعل ذلك هذا بنفسه وقد مات العبد من السياط كلها فتوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الحياة لا عدد الجنايات واذا سلم الرجل عبده أو أمته الى مكتب أو عمل آخر فضربه الاستاذ فهو ضامن لما أصابه من ذلك وان أذن له فى ذلك فلا ضمان عليه لان فعله باذنه كفعل المولى بنفسه فلا يكون تعديا منه وفعله بغير أمره يكون تعديا منه وفرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بين هذا وبينما اذا ضرب الدابة التى استأجرها ضربا معتادا فقالا الضرب معتاد هناك عند السير متعارف فيجعل كالمأذون فيه وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وانما الضرب عند سوء الادب يكون ذلك ليس من التعليم فى شيء فالعقد المعقود على التعليم لا يثبت الاذن فى الضرب فلهذا يكون ضامنا الا أن يأذن له فيه نصا وكذلك ان سلم ابنه فى عمل الى رجل فان ضربه بغير اذن الاب فلا اشكال فى أنه يكون ضامنا وان ضربه باذن الاب فلا ضمان عليه فى ذلك لانه غير متعدى فى ضربه باذن الاب ولو كان الاب هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامنا في قول أبى حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهما يدعيان المناقضة على أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة فيقولان اذا كان الاستاذ لا يضمن باعتبار اذن الاب فكيف يكون الاب ضامنا اذا ضربه بنفسه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه اذا كان بأذن وليه فاما ضرب الاب إياه لمنفعة نفسه فانه بغير سوء أدب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه يقيد بشرط السلامة واذا توهن راعى الرمكة رمكة منها فوقع الوهن فى عنقها فجذبها فعطبت فهو ضامن لانه من جناية يده وان كان صاحبها أمره بالتوهن فلا ضمان عليه لان فعله بأمر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لان التوهن ليس من عمل الراعى في شيء ولا يدل في مقابلته فلا يتقيد على المأمور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو أمر رجلا أن يختن عبده أو ابنه فاخطأ فقطع الحشفة كان ضامنا لما بينا أن عمل الختان معلوم بمحله فاذا جاوز ذلك كان ضامنا ولم يبين فى الكتاب ماذا يضمن وهو مروى عن محمد رحمه الله فى النوادر قال ان برأ فعليه كمال بدل نفسه فان مات فعليه نصف بدل نفسه لانه اذا برأ

Marfat.com

فعليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا يتأتى له فى البدن فيتقدر بدله ببدل النفس واذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس ولو أمر رجلا أن يقطع أصبعه لوجع أصابه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع شيء الا فى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال ذلك قتانى فقتله وجه ظاهر الرواية أن الاذن صح هنا لان للآذان أن يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل المأذون اليه ويصير كانه فعله بنفسه بخلاف قوله اقتانى فالاذن هناك غير صحيح لان الآذن ليس له أن يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو أمر أن يفعل ذلك بابن له صغير أو بعبد له فهذا ومالو أمره بنفسه سواء ولو أمر حجاما ليقطع سنا ففعل فقال أمرتك أن تقلع سنا غير هذا فالقول قوله والحجام ضامن لان الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن فى السن الذى قلعه ولو تكارى دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما ثم أمر رب الدابة فكان هو الذى وضعها على الدابة فلا ضمان عليه لان صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته وأكثر مافيه أنه مغرور من جهة المستأجر ولكن الغرور اذا لم يكن مشروطا فى عقد ضمان لا يكون مثبتا الرجوع للمغرور على الغار وان حملاها جميعا ووضعاها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة لان نصف المحمول مستحقا بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد منهما فى الحمل شائع فى النصفين فباعتبار النصف الذى حمله على الدابة لا ضمان على أحد وباعتبار النصف الذى حمله المستأجر لا ضمان عليه فى نصفه لانه يستحق بالنصف وعليه الضمان فى النصف الآخر لانه متعدى فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل فى عدلين فرفع كل واحد منهما عدلا فوضعاهما جميعا على الدابة لم يضمن المستأجر شيئا لان المستأجر استحق بالعقد حمل عشر مخاتيم حنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو أن القصار استعان بصاحب الثوب حتى دق الثوب معه فتخرق ولا يدرى من أى الفعلين تخرق فعلى قول أبي يوسف رحمه الله القصار ضامن نصف القيمة باعتبار الاحتمال وعلى قول محمد رحمه الله هو ضامن جميع القيمة لان الثوب فى يده فباعتبار اليد هو ضامن ما لم يصل الى صاحبه سواء تلف بعمله أو بغير عمله فما لم يعلم أن التلف بعمل صاحب الثوب كان القصار ضامنا واذا ساق الراعى الغنم أو البقر فتناطحت

Marfat.com

فقتل بعضها بعضا أو وطئ بعضها بعضا من سياقته وهو غير مشترك وهي لانسان واحد فلا ضمان عليه لانه مأذون في السوق وقد بينا أن الاجير الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل المأذون فيه وان كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركا كان أو غير مشترك أما المشترك فلان هذا من جناية يده وأما غير المشترك فلانه سائق الدابة التي وطئت والسائق ضامن بالسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيه لانه ملك المضمون بالضمان فلا يكون مسلما الى صاحبه واذا ساق الراعي الماشية فعطبت واحدة أووقعت في نهر فعطبت فهو ضامن لانه أجير مشترك والتلف حصل بعمله ولو استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها فان لبس من ذلك مثل مايلبس الناس اذا ركبوا لم يضمن وان كان أكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لان المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف وان تكارى ناقة ليحمل عليها امرأة فولدت المرأة فحملها هي وولدها على الناقة بغير أمر صاحبها فعطبت الناقة فهو ضامن بحساب مازاد عليها للولد لان الولد مقصود بالحمل بعد الانفصال وهو في مقداره مخالف فيضمن بحساب ما يخالف كما لو زاد متاعا معها ولو نتجت الناقة فحمل ولد الناقة مع المرأة فهو ضامن أيضا لانه مخالف لما قلنا وان تكاري بغير المحمل فحمل عليه زاملة فهو ضامن لانه مخالف فيما صنع فالزاملة أضر بالبعير من المحمل وان حمل عليه رجلا مكان المحمل فلا ضمان عليه فلا يكون فعله ذلك خلافا وقد بينا نظيره في السرج مع الاكاف والله تعالى أعلم بالصواب

باب اجارة رحا الماء

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رحاماء والبيت الذي هو فيه وهو متاعها كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لانه غير متنفع به واستئجاره متعارف فان انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استأجره فانه انما استأجره ليطحن فيها بالماء دون الثور وبانقطاع الماء زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله أن ينقض الاجارة لتغير شرط العقد عليه فان لم ينقضها حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان قد بقي يوم واحد فلم يكن له أن ينقضها لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة ولان هذه الاجارة في حكم عقود متفرقة لا يثبت الخيار لتفرق الصفقة وان اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعا فالقول قول المستأجر لانهما يتفقان أنه لم

Marfat.com

يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا فى مقدار ما استوفى فرب الرحا يدعى زيادة في ذلك والمستأجر منكر ذلك ولو قال المؤاجر لم ينقطع الماء فانه بحكم الحال فيه فان كان الماء منقطعا في الحال فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله لانه اذا كان منقطعا فى الحال فالظاهر انه كان منقطعا فيما مضى وان كان جاريا فى الحال فالظاهر انه كان جاريا فيما مضى وفى الخصومات القول قول من يشهد له الظاهر * توضيحه انا قد عرفنا الماء جاريا عند العقد والبناء علي الظاهر واستصحاب الحال أصل مالم يعلم خلافه فاذا علمنا انقطاع الماء فى الحال بقدر استصحاب الحال فاعتبرنا الدعوى والانكار قرب الرحا يدعي تسليم المعقود عليه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما اذا كان جاريا فى الحال فاستصحاب الحال ممكن فجعلنا رب الرحا مسلما للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه لى عمله لان الاستحلاف على مالم يكن فى يده ولا من عمله فيكون علي العلم وان كان استأجر جميع ذلك بعشرة دراهم كل شهر فطحن فيها في الشهر بثلاثين درهما فربح عشرين درهما فان كان المستأجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام أو أجيره أو عبده فالربح له طيب لأن الفضل بمقابلة منافعه وان كان رب الطعام هو الذى يلي ذلك لم يطاب الربح للمستأجر إلا أن يكون قد عمله فيها عملا تنتفع بها الرحا من كرى النهر أو نقر الرحا وغير ذلك فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر الرحا معتبرا بجعل الفضل بمقابلته ولم يجعل كنس البيت فيما سبق معتبرا فى ذلك لان كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولأن التمكن من الانتفاع باعتباره فأما نقر الرحا وكرى النهر بعد زيادة المستأجر وبه يتمكن من الانتفاع واذا استأجر موضعا على نهر ليبنى عليه بناء ويتخذ عليه رحا ماء على أن الحجارة والمتاع والحديد والبناء من عند المستأجر فهو جائز لانه استأجر الارض لمنفعة معلومة فان انقطع ماء النهر فلم يطحن ولم يفسخ الاجارة فالاجر لازم له لان المعقود عليه منفعة الارض وهى باقية بعد انقطاع الماء والمستأجر مستوفى بما يشغل الارض بمتاعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الا أن هناك له أن يفسخ الاجارة للعذر فان مقصوده استيفاء منفعة لا يتم ذلك بدون جريان الماء وفى الزام العقد إياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون ذلك عذرا له في الفسخ ولو استأجر رحا ماء بمتاعها فانقطع الماء شهرا فلا أجر عليه فى ذلك الشهر لما قلنا وان قل الماء حتى أضر به فى الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتمكن

Marfat.com

لاجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب وان كان غير فاحش فالاجارة لازمة له لانه لما استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزد ادتارة وينتقص أخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولان ما لم يمكن التحرز عنه عفو واذا خاف رب الرحا أن ينقطع الماء فتفسخ الاجارة فأكري البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستأجر أن يترك الاجارة لان استئجار هذه الاعيان كان لمقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفي ايفاء العقد بعد انقطاع الماء ضرر عليه وهذا ضرر لم يلتزمه بأصل العقد فيكون عذرا له في الفسخ كما لو استأجر والرحا يطحن بجملة فينق جمله ولم يكن عنده مايشترى به جملا كان له أن يترك الاجارة ولو استأجر رحاما فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو البيت فله أن يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان أصلح ذلك رب الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستأجر أن يفسخ بعد ذلك لزوال العذر في بقية المدة ولكن يرفع عنه من الاجر بقدر ذلك لانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول المستأجر في مقدار العطلة لاتفاقهما على أنه لم يسلم جميع المعقود عليه الا أن ينكر المؤاجر البطالة أصلا فكان القول قوله باعتبار استصحاب الماء لانا عرفنا تمكن المستأجر من الانتفاع عند تسليم الرحا ثم يدعى هو عارضا مانعا فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو ادعى أن غاصبا حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استأجر رحاما على أن يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيرا أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لايضر بالرحا فلا ضمان عليه وان كان أضر عليها من الحنطة ضمنه مانقصها لان التقيد معتبر اذا كان مفيدا والخلاف الى ماهو أضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا أجر عليه في ذلك الوقت لانه غاصب ضامن من النقصان ولا يجتمع الاجر والضمان واذا استأجر الرجل رحا وبيتا من أجير وبعيرا من آخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جائز لان استئجار كل عين من هذه الاعيان على الانفراد صحيح ثم يقتسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها بالحصة ولو اشترك أرباب هذه الاشياء على أن يعملوا للناس باجر فما طحنوا فالاجر بينهم أثلاثا فان أجروا الجمل بعينه فطحن فأجر ذلك لصاحب الجمل لانه سمى بمقابلته منفعة الجمل وللآخرين أجر مثلهما لنفسهما ومتاعهما على صاحب الجمل لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو مستوفيا لمنافعهما وقد شرط بمقابلة ذلك أجرا ولم

Marfat.com

يسلم لهما ذلك الاجر فان قبلوا الطعام على أن يطحنوه باجر معلوم ولم يؤجر والا الجمل بعينه فما اكتسبوه صار أثلاثا بينهم لانهم اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان كان لرجل بيت على نهر قد كان فيه رحا ماء فذهب وجاء آخر برحا آخر ومتاعها فنصبها في البيت واشتركا على أن يتقبلا من الناس الحنطه والشعير فطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان فهو جائز وما طحناه وما تقبلاه فاجره بينهما نصفان لاستوائهما في تقبل العمل في ذمتها وليس للرحا ولا للبيت أجرة لان كل واحد منهما مابتغى عن متاعه أجرا سوى ما قال (ألا ترى) أن قصارين لو اشتركا على أن يعملا في بيت احدهما باداه الآخر فما كسبا فهو بينهما نصفان كان جائزا ولم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه باجر باداته ولو أجر الرحا باجر معلوم على طعام معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملكه ولصاحب البيت أجر مثل بيته ونفسه على صاحب الرحا اذا كان قد عمل في ذلك لان منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب الرحا ولم يسلم له بمقابلته ماشرط له من الاجر (قال) ولا أجاوز به نصف أجر مثل الرحا في قول أبي يوسف رحمه الله وقد بينا نظيره في كتاب الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا فنصب رجل مكانه حجرا بغير أمر صاحبه وجعل يتقبل الطعام ويطحن فهو مسيء في ذلك ضامن لما أفسد من الحجر الاسفل ومتاعه لانه غاصب والاجر له لانه وجب بعقده وان كان وضع الحجر الاعلى برضاء صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان فهو كما شرط وهو نظير ماسبق اذا كان يتقبلان الطعام فالاجر بينهما كما شرط ولو بنى على نهر بيتا ونصب فيها رحا ماء بغير رضى صاحب النهر ثم يتقبل الطعام فكسب في ذلك مالا كان له في الكسب وكان ضامنا لمانقص البيت وساحته وموضعه والنهر لانه متلف لذلك بفعله ولا يضمن شيئا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه لم يفسد شيئا من الماء بعمله ولو أن رجلا له نهر اشترك هو ورجلان على أن جاء أحدهما برحا والآخر بمتاعها على أن يبنوا البيت جميعا من أموالهم على أن ماكسبوا من شيء فهو بينهم فهو جائز وهذا مثل المسئلة الاولى اذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم أثلاثا والله أعلم بالصواب

باب الكراء الى مكة

(قال رحمه الله واذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه

Marfat.com

رجلان وما يصلحهما من الوطء والدثر وإحديهما زاملة يحمل عليه كذا مختوما والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت والمماليق وقد رأى الرجلين ولم ير الوطأ والدثر ولم يبين ذلك وشرط حمل مايكفيه من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطأ و لدثر وجهالة مقدار الماء والخل والزيت والمماليق وهذه جهالة تفضي الى المنازعة فان الضرر علي الأبل تختلف بقلة ذلك وكثرته وفي الاستحسان يجوز لانه متعارف وفي اشتراط اعلام وزن كل شيء من ذلك بعض الحرج ثم المقصود علي أحد الحملين الرجلان وقد رآهما الحمال وعلى الحمال الآخر الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع اذا صار ماهو الأصل معلوما فالجهل في البيع عفو ومقدار البيع يصير معلوما أيضا بطريق العرف وعلى هذا لو اشترط عليه أن يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز أيضا لانه متعارف معلوم المقدار عرفا ولو بين وزن المماليق والهدايا كان أحب الينا لانه أبعد من المنازعة واذا أرادا الاحتياط في ذلك فينبغي أن يسمى لكل محمل قربتين من ماء أوادواتين من أعظم مايكون من ذلك ويكتب في الكتاب أن الحمال قد رأى الوطأ والدثر والقربتين والاداوتين والخيمة والقبة فان ذلك أوثق وانما يكتب الكتاب على أوثق الوجوه وان اشترط عليه عقبة الأجير فهو جائز ويكتب وقد رأي الحمال الاجير وفي تفسير عقبة الاجير قولان أحدهما أن المستأجر ينزل في كل يوم عند الصباح والمساء فذلك معلوم فيركب أجيره في ذلك الوقت ويسمى ذلك عقبة الاجير والثاني أن يركب أجيره في كل مرحلة فرسخا أونحوه مما هو متعارف على خشبة خلف المحمل ويسمى ذلك عقبة الاجير وفي كتاب الشروط قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرى أن يشترط من هدايا مكة كذا وكذا منا لان ذلك أبعد من المنازعة والمحمول من الهدايا يختلف في الضرر على الدابة باختلاف مقدار الوزن وان تكاري شق محمل أوشق زاملة فاختلفا فقال الحمال انما عينت عيدان المحمل وقال المستكرى بل عينت الابل فان كان الكراء كما يتكاري به لابل الى مكة فهو على الابل وان كان كما يتكارى به شق محمل خشب فالقول قول الحمال مع يمينه لانه اذا كان كما يتكارى به الاول فالظاهر يشهد للمستكرى وان كان شيئا يسيرا كما يتكارى به الخشب فالظاهر يشهد للحمال وعند المنازعة يجعل القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشتري قربة ماء بدانق فقال انما اشتريت القربة دون الماء لا يصدق ولو اشتراها بعشرين درهما قال السقاء بعت الماء دون القربة وكذلك لو اشترى مبطخة ثم قال المشتري اشتريت الارض وقال البائع انما بعت البطيخ

Marfat.com

فانه بحكم الثمن فى ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر واذا تكارى من الكوفة الى مكة ابلا مسماة بغير أعيانها فقال الحمال أخرجك فى عشر ذى القعدة فقال المستكرى أخرجنى فى خمس مضين أوعلى عكس ذلك فانه يخرجه فى خمس مضين فى الوجهين جميعا لانه لايخاف الفوت اذا خرج بعد خمس مضين فان أراد الحمال أن يخرجه قبل ذلك فهو يريد أن يلزمه ضرر السفر من غير حاجة اليه فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك واذا طلب المستكرى فى عشر ذى القعدة وهو يريد أن يلزم الحمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو مترفها فى نفسه فلهذا لا يمكن من ذلك ولان بمطلق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة بخمس مضين فاذا أراد الحمال أن يتأخر الى نصف ذى القعدة وأبى ذلك المستكرى فليس للحمال ذلك لانه يخاف الفوت في هذا التأخير ويلحق المستكرى مشقة عظيمة باستدامة السفر وان قال المستأجر أخرجنى للنصف من ذى القعدة وقال الحمال أخرجك بخمس مضين فانه يرتكب مؤنة العلف فانى أؤخره لعشر مضين من ذى القعدة ولا أؤخره لاكثر من ذلك لان الغالب ادراك الحج اذا خرج بعشر مضين والغالب هو الفوات اذا أخر الخروج أكثر من ذلك والمستحق بمطلق العقد صفة السلامة لانهاية الجودة وان كان بينهما شرطا حملهما علي ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الشرط أملك : أى يوفى به ولا بأس بأن يسلف فى كراء مكة قبل الحج سنة أو باشهر لان وقت الحج معلوم لايجهل وهذا بناء على مذهبنا ان الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل تصح (وعلى قول) الشافعى رحمه الله لاتصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء وهذا بناء على أصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة فانما يتحقق ذلك اذا اتصل المعقود عليه بالعقد في الاجارة المضافة ولا يوجد ذلك ثم الاضافة الى وقت فى المستقبل كالتعليق بالشرط حتى ان ما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته الى وقت فى المستقبل كالطلاق والعتاق وما لا فلا كالاجارة والبيع ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل الاضافة الى وقت في المستقبل والدليل عليه أنه لا يتعلق به اللزوم ولا يملك الأجر بنفس العقد وان شرط التعجيل فلو انعقد العقد صحيحا لانعقد بصفة اللزوم ويملك الاجر به اذا شرط التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا فى ذلك أن جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس الحاجة الى الاستئجار مضافا الى وقت فى المستقبل لان فى وقت حاجته ربما لايجد ذلك أولا يجده باجر المثل فيحتاج الى أن يسلف فيه قبل ذلك

Marfat.com

ثم قد بينا انه وان أطلق العقد فهو في معنى المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقاده بحسب مايحدث من المنفعة أو تقام العين المنتفع بها مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف الى وقت في المستقبل وبين المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك لايختلف به وبه فارق التعليق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة لاتمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان وأصح الروايتين أنه يلزم وليس لاحدهما أن يفسخ الا بعذر فان الاجر لا يملك بشرط التعجيل وقد بينا الفرق بين هذا وبينما اذا شرط التعجيل في عقد الاجارة في الحال لان هناك تأخر الملك بقضية المساواة فيحتمل التغير بالشرط وهنا تأخر الملك لنصيبهما على التأخير باضافة العقد الى وقت في المستقبل فلا يتغير ذلك بالشرط ولو تكارى ابلا الى مكة بشئ من المكيل أو الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له أجلا مسمى فهو جائز وان لم يسم الموضع الذى يوفيه فيه وقد نص على الخلاف فيما تقدم أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لابد من بيان المكان فتبين بذلك أن هذا الجواب قولهما وان حل الاجل بمكة وأراد أخذه هناك وأبى المستأجر فأن استوثق من المستأجر على أن يوفيه بالكوفة حيث تكارى وقد ذكرنا على قولهما أن في اجارة الدابة تعين للايفاء موضع الدار وهنا ذلك غير ممكن لان الأجر يجب شيئا فشيئا بحسب سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للايفاء وربما يتعين للتسليم موضع السبب وهو العقد وان كان الأجر شيئا بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين لايفائه الموضع الذى فيه ذلك العين لانه ملك في ذلك الموضع بعينه كالمبيع بخلاف مالا حمل له ولا مؤنة فانه يسلم اليه بعد الوجوب حيث مالقيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكاري منه حملا وزاملة وشرط حملا معلوما على الزاملة فما أكل من ذلك الحمل أو نقص من الكيل والوزن كان له أن يتم ذلك في كل منزل ذاهبا وجائيا لانه استحق بالعقد حملا مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له أن يستوفي ما استحقه بالشرط وليس للحمال أن يمنعه من ذلك بخلاف المحمل فانه اذا شرط فيه انسانين معلومين فليس له أن يحمل غيرهما الا برضاء الحمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وان خرج بالبعيرين يقودهما ولا يركبهما ولم يحمل عليهما جائيا فعليه الاجر كاملا لتمكنه من استيفاء المعقود عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق وقد صار مسلما الى

Marfat.com

المستأجر تقود الدابة معه فى الطريق واذا مات الرجل بعد ما قضي المناسك ورجع الى مكة فانما عليه من الاجر بحساب ذلك لان العقد فيما بقى قد بطل بموته فيسقط الاجر بحسابه ويجب فى تركته بحساب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكراء خمسة أعشار ونصف ويبطل عنه أربعة أعشار ونصف وبيان تخريج هذه المسئلة أن من الكوفة الى مكة سبعا وعشرين مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك تكون فى ستة أيام فى يوم التروية يخرج الي منى وفي يوم عرفة يخرج الى عرفات وفي يوم النحر يعود الى مكة لطواف الزيارة وثلاثة أيام بعده للرمى فيحسب لكل يوم مرحلة فاذا جمع ذلك كله كان ستين مرحلة كل سنة من ذلك عشر فاذا مات بعد قضاء المناسك والرجوع الى مكة فقد تقرر عليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين جزأ للذهاب الى مكة وستة أجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة أعشار ونصف عشر كل عشر ستة وربما يشترط المر على المدينة فيزداد به ثلاثة مراحل فان من الكوفة الي مكة على طريق المدينة ثلاثين مرحلة فان كان شرط ذلك فى الذهاب تكون القسمة علي ثلاثة وستين جزأ ويتقرر عليه ستة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر ثلاثون للذهاب وستة لقضاء المناسك وان كان الشرط المر على المدينة فى الرجوع فعليه ثلاثة وثلاثون جزأ من ثلاثة وستين جزأ من الاجر سبعة وعشرين للذهاب ولقضاء المناسك ستة أجزاء وان كان الشرط بينهما أن الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فالقسمة على ستة وستين جزأ وانما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزأ من ستة وستين للذهاب ثلاثون ولقضاء المناسك ستة أجزاء فحاصل ما يتقرر عليه ستة أجزاء من احدى عشر جزأ من الاجر وحرف هذه المسئلة أنه لم يعتبر السهولة والوعورة فى المراحل لقسمة الكراء عليها لان ذلك لا يملك ضبطه والكراء لا يتفاوت باعتباره عادة وانما يتفاوت بالقرب والبعد فلهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وان تكارى قوم مشاة بعيرا الى مكة واشترطوا على المكارى أن يحمل من مرض منهم أو أعيا فهذا فاسد للجهالة وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة ولو اشترطوا عليه عقبة لكل واحد منهم كان جائزا لان ذلك معلوم لا تمكن بعده المنازعة واذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره فان لم يكن فى ذلك ضرر فله ذلك لما بينا أن التعيين الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا وان أراد أن ينصب على المحمل كنيسة أو قبة فليس له ذلك الا برضاء من المكاري لما فى ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط

Marfat.com

عليه كنيسة بعينها فاراد أن يحمل كنيسة أعظم منها أو قبة فليس له ذلك لان هذا تعيين مفيد وفى التبديل زيادة ضرر على دابته وان أراد أن يحمل كنيسة دونها فله ذلك لانها أخف على البعير من المشروط وان أراد الحمال أن لا يخرج الى مكة فليس له عذر لانه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير أن يخرج بأن يبعث بالابل مع أجيره أو مع غلامه وان أراد المستأجر أن لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لانه لا يتمكن من الاستيفاء الا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر ما لا يخفى وكذلك لو كان اكترى الابل لحمل الطعام الى مكة فبلغه كساد أو خوف أو بدا له ترك التجارة فى الطعام فهذا عذر له لانه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه الا بضرر لم يلتزمه بأصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة والله أعلم بالصواب

باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته

(قال رحمه الله واذا استأجر أجيرا يعمل له فى بيته عملا مسمى ففرغ الاجير من العمل في بيت المستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل أو هلك وله الاجر) لان عمله صار مسلما الى المستأجر لان محل العمل فى يد المستأجر لانه في بيته والبيت مع ما فيه فى يد صاحب البيت فكما صار مسلما تقرر الاجر فى ذمته ولا ضمان على الاجر فيما هلك من غير فعله لان مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استأجره يخيط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه ثم سرق منه الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم فى ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود فلو كان استأجره ليخيط فى بيت الاجير لم يكن له شئ من الاجر لانه لا يصير عمله مسلما الى صاحب الثوب فان الثوب فى يد الاجير لانه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لان اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن أصل الثوب فى يده فيده لا تثبت على ما اتصل به أيضا وخروجه من ضمان العامل وتعذر الاجر على المستأجر باعتبار ثبوت اليد له على المعمول واستشهد بما قال انه لو استأجره يبنى له حائطا فبنى بعضه أو كله ثم انهدم فله أجر ما بنى لانه فى ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له فى بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز فى بيت الخباز لم يكن له من الاجر شئ

Marfat.com

ولا ضمان عليه فيما سرق فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه أجير مشترك فلا يضمن ماهلك فى يده بغير فعله وان احترق الخبز فى التنور قبل أن يخرجه فهو ضامن لان هذا من جناية يده ويتخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته مخبوزا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر وقد بينا نظيره فى القصار وان استأجر رجلا يحمل له طعاما الى موضع معلوم فسرق منه فى بعض الطريق فله الاجر بقدر ماحمل لان المعقود عليه ههنا منافعه لاحداث وصف فى المحل فبقدر ماحمل يصير المعقود عليه مسلما الى صاحبه فكان له من الأجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذى يحدث في المحل بعمله وثبوت اليد علي الوصف بثبوته علي الموصوف فما لم تثبت يد المستأجر علي محل العمل لايصير مسلما العمل فلا يتقرر الأجر وعلى هذا قلنا فى كل موضع اذا هلك لم يكن له فيه أجر فله أن يحبسه حتى يأخذ الاجر كالخياط والقصار فى بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الاجر فليس له أن يحبسه كالحمال والخياط والخباز في بيت صاحب العمل فان حبسه وهلك عنده فهو ضامن لانه غاصب فى الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون فى بيت المستأجر ضامنون لما جنت أيديهم مثل ما يضمنون ما عملوا فى بيوتهم لان العامل أجير مشترك سواء عمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعيب لايكون معقودا عليه وهذا بخلاف ماذا استأجره يوما ليخيط له ثوبا فى بيته فانه لايضمن ماجنت يده لان المعقود عليه منافعه (ألا ترى) أنه ليس له أن يعمل ذلك فى غير يومه وأنه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله ولو استأجر طباخا يصنع له طعاما فى وليمة فافسد الطعام فاحرقه ولم ينضجه فهو ضامن لانه أجير مشترك وهذا من جناية يده ولو لم يفسد الطباخ ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فأمر صاحب البعير فادخلها الدار فساق البعير فعطب فخر على القدور فكسرها فافسد الطعام فلا ضمان على صاحب البعير لانه ساقها بأمر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الانسان الدابة فى ملك نفسه لايكون تعديا موجبا للضمان كحفر البئر ووضع الحجر فى ملك نفسه ولا ضمان علي الطباخ فيما عمل من الطعام لان التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف الى صاحب الدار حكما وكذلك لو كان البعير سقط على ابن رب الدار وهو صبي فقتله أو على عبده فلا ضمان عليه لان التسبب اذا لم يكن تعديا لايكون موجبا للضمان على أحد ولو أدخل الطباخ النار ليطبخ بها فوقعت شرارة

Marfat.com

واحترقت الدار فلا ضمان عليه لان له أن يدخل النار ويعمل بها فعمله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه أدخل النار فى ملكه ومن أوقد النار فى ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك اذا فعل غيره بأمره والله أعلم بالصدق والصواب

باب اجارة الفسطاط

(قال رحمه الله واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ويحج ويخرج من الكوفة فى هلال ذى القعدة فهو جائز) لانه استاجر عينا منتفعا به وهو معتاد استئجاره والفسطاط من المساكن فاستئجاره كاستئجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والجوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع به معتاد استئجاره فان تكارى شيئا من ذلك ليخرج به الى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد فى القياس لان وجوب التسليم اليه حين يخرج به واذا لم يكن معلوما فربما تمكن بينهما منازعة فيه والناس يتفاوتون فيه بالخروج الى مكة فمن بين مستعجل ومؤخر ولكنه استحسن فقال وقت الخروج للحج من الكوفة معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذى تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولا معتبر بالاقرار وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستأجر لان العين فى يده أمانة فان تقيضه يقرر حق صاحبه فى الاجر وهو مأذون فى استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يتخرق منه اذا لم يجاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استغنيت عنه فلم أستعمله فالاجر واجب عليه لانه تمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع به فى تقرر الاجر عليه ولو انقطعت أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لم يكن عليه أجر لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع به والاجر لا يلزمه بدونه فالقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا أنه لم يتمكن من استيفاء جميع المعقود عليه وان الصفقة قد تفرقت عليه فالقول قول المستأجر فى مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم أستعمله إلا يوما واحدا فالقول قوله وليس عليه الكراء الا مقدار ذلك لانه منكر للزيادة ولو أسرج المستأجر فى الفسطاط أو فى الخيمة حتى اسود من الدخان أو احترق أو علق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه وان كان تعدى فيه أو اتخذه مطبخا أو أوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من

Marfat.com

السواد فهو ضامن لما أفسد لان بمطلق العقد يثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف فاذا لم يجاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان الفسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل وايقاد النار في المسكن متعارف لا بد للساكن منه ولكن اذا جاوز الحد المتعارف فهو متعدي فيما صنع فيكون ضامنا لما أفسد وكان عليه الكراء اذا كان مابقي منه شيئا ينافي السكنى فيه فان كان دون ذلك فلا كراء عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به في بقية المدة وان اشترط عليه صاحبه أن لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له أن يوقد فيه ولا يسرج لان هذا أضر من السكنى فيه من غير اسراج وقد استثناه صاحبه بالشرط والتقييد متى كان مفيدا فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز ما استحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وانما ضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر باستيفاء المعقود عليه كالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوز واذا استأجر قبة تركية بالكوفة كل شهر بأجر معلوم ليستوقد فيها ويبيت فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترقت من الوقود لان الايقاد فيها معتاد فلا يكون هو متعديا بالايقاد فيها فان بات فيها عبده أو ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا أن له أن يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه هو وهذا لانه لا ضرر على القبة بكثرة من يسكنها واذا استأجر فسطاطا يخرج به الى مكة فقعد وأعطاه أخاه فحج ونصب واستظل به فهو ضامن ولا أجر له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر لان الفسطاط من المساكن وفي المسكن لا يتعين سكناه بنفسه لان سكناه وسكنى غيره في الضرر على الفسطاط سواء فهو كتسليم البيوت (ألا ترى) أنه لو أخرج الفسطاط فيه بنفسه ثم أسكن فيه غيره لم يضمن فلذلك اذا دفعه الى غيره حتى يخرج به وهو نظير مالو استأجر عبدا يخدمه في طريق مكة فاجره من غيره بخدمة لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام والاضرار على الغلام أبين من التفاوت في السكنى في الفسطاط ثم لما لم يتعين هناك المستأجر للاستخدام فهذا أولى وجه قولهما أن الفسطاط يحول من موضع الى موضع والضرر عليه يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه في مهب الريح يخرقه ونصبه من موضع الندوة والنز يفسده فاذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس وبحبسه يختلف الضرر فكان التعيين معتبرا بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها أو الثوب يستأجره ليلبسه هو فاذا دفعه الى غيره صار مخالفا ضامنا ولا أجر عليه لانه لم يستوف المعقود عليه وهذا بخلاف المسكن فانه لا يحول من

Marfat.com

موضع الى موضع بخلاف العبد لان الاستخدام له حد معلوم بالعرف فاذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سواء كان المستأجر هو الذى يستخدمه أو غيره فلا فائدة في التعيين هناك بخلاف ما اذا خرج بنفسه لانه هو الذى يختار موضع النصب للفسطاط واذا كان ذلك برأيه كما أوجبه العقد فسكناه وسكنى غيره بعد ذلك سواء فاما اذا دفعه الى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لا يكون برأيه بل يكون برأى الذى خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لو لم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالعقد فاسد فى قول أبي يوسف رحمه الله كما لو لم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد رحمه الله العقد جائز كما فى خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت أطناب الفسطاط كلها فصنعها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى رجع فعليه الاجر كله لانه استوفى المعقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فاذا تمكن من استيفاء المعقود عليه باطناب نفسه لزمه الأجر كما في استئجار الرحا اذا انقطع الماء فطحن المستأجر بجمله وجب عليه الأجر ثم يمسك أطنابه لانه ملكه فيمسكه اذا رد الفسطاط ولو لم تلق عليه الأطناب لم يكن عليه الكراء لانه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر تمكنه من الاستيفاء بملك نفسه لان ذلك ليس مما أوجبه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فاما اذا انكسرت أوتاده فلم يضر به حتى رجع كان عليه الكراء كاملا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لان الاوتاد من قبل المستأجر والأطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول أنه بنى هذا الجواب على عرف ديارهم فاما فى عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والأصح أن يقول من الاوتاد ما يتيسر وجوده فى كل موضع ولا يتكلف بحمل مثله من موضع الى موضع فهذا على المستأجر ومنه ما يكون متخذا من حديد وذلك لا يوجد فى كل موضع فمثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فمراده مما قال الاوتاد التى توجد فى كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء المعقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وان تكاري فسطاطا يخرجه الى مكة فخلفه بالكوفة حتى رجع فهو ضامن لانه أمسكه في غير الموضع المأذون فيه فان صاحبه انما أذن له فى الامساك فى الطريق ليقرر حقه فى الاجر ويفوت عليه هذا المقصود اذا أمسكه بالكوفة وامساك الغير بغير اذن مالكه موجب الضمان عليه ولا كراء عليه لانه ما تمكن من استيفاء المعقود عليه فالمعقود عليه نصبها

Marfat.com

وسكناها فى الطريق وذلك لايتأتى اذاخلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ماأخرجه لانه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كمالو أنكر قبض الفسطاط أصلا وكذلك لوأقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط الى صاحبه فهومثل الاول لوجودالامساك لاعلى الوجه الذى أذن له فيه صاحبه وكذلك لوخرج ودفع الفسطاط الى غلامه فقال ادفعه الى صاحبه فلم يدفع حتى رجع المولى فهو مثل الاول لانه لم يصل الى صاحبه وكونه فى يد غلامه ومالوخلفه فى بيته بالكوفة سواء وكذلك لودفعه الى آخر وأمره أن يرده الى صاحبه فلم يفعله لانه مخالف بالامساك فى غير الموضع المأذون فيه وبالتسليم الى الاجنبي أيضا ولوحمله الرجل الى صاحب الفسطاط. فأبى أن يقبله برئ المستأجر والرجل من الضمان ولاأجر عليه لان صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مأمور المستأجر كفعل المستأجر بنفسه ولو رده بنفسه لم يكن لصاحبه أن يمتنع من قبوله لان هذا عذر له لانه يحتاج الي مؤنة فى اخراج الفسطاط. وله أن يلتزم تلك المؤنة فكذلك اذا رده ثانية لم يكن له أن يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الآخر قبل أن يحمله الى صاحبه فلصاحب الفسطاط أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعدى فى حقه غاصب فان ضمن الوكيل رجع به علي المستأجر لانه ضمن فى عمل باشره له بامره وان ضمن المستأجر لم يرجع به على الوكيل لانه لورجع عليه رجع الوكيل به أيضا ولان يدالوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط الي مكة ورجع به فقال المؤاجر للمستأجر احمله الى منزلي فليس له ذلك علي المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا أن منفعة النقل حصل لرب المتاع من حيث أنه تقرر حقة فى الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف المستعير وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجر فالحمولة على المستأجر لانه بمنزلة الغاصب وهو الذى ينتفع بالرد من حيث أنه برأ نفسه عن الضمان وان استأجر دابة الى بلدة أخرى فقبضها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر مايحبسها الناس الى أن يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها مما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فهو ضامن لها ولا كراء عليه لانه أمسكها في غير الموضع الذى أذن له صاحبها فى الامساك وفي هذا الخلاف ضرر على صاحبها فان حقه فى الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضامنا الا أن المقدار المتعارف من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص واذا استأجر الرجلان

Marfat.com

فسطاطامن الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا فقال أحدهما انى أريد ان آتى بالبصرة وقال الآخر انى أريد أن أرجع الى الكوفة وأراد كل واحد منهما يأخذ الفسطاط من صاحبه فالمسئلة على ثلاثة أوجه اما أن يدفع الكوفى الى البصرى أو البصرى الي الكوفى أو يختصما فيه الى القاضى بمكة فاما اذا دفعه الكوفى الى البصرى فذهب به الى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط أن يضمن البصري قيمته ان هلك لانه غاصب مستعمل فى غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه وكذلك ان لم ينصبه فهو بالامسالا في غير الموضع الذى أذن له صاحبه فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصة الذهاب من الاجر ولا أجر على واحد منهما فى الرجوع أما البصرى فلانه مارجع من الكوفة وقد تقرر عليه ضمان القيمة وأما الكوفى فلانه لا يكون متمكنا من استيفاء المعقود عليه فى الرجوع حين ذهب البصرى بالفسطاط وان أراد صاحبه أن يضمن الكوفي فان أقر أنه أمره أن يذهب به الي البصرة كان له أن يضمنه نصف قيمته لان النصف كان أمانة فى يده وقد تعدى بالتسليم الى صاحبه ليمسكه علي خلاف مارضى به صاحبه فكان له أن يضمنه ويضمن البصري نصف قيمته وان قال الكوفى لم آمره أن يذهب به الى البصرة ولكنى دفعته اليه ليمسكه حتى يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستأجرين أن يتركه في يد صاحبه ولا يكون تسليمه الي صاحبه ليمسكه في الموضع الذى تناول الاذن موجع الضمان عليه والقول قوله فى ذلك مع يمينه لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه وصاحب الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصرى الي الكوفي فرجع به الى الكوفة فالكراء عليهما جميعا على البصرى نصفه وعلى الكوفى نصفه لان الكوفى استوفي المعقود عليه فى الرجوع فى نصيب نفسه باعتبار ملكه وفى نصيب البصرى بتسليطه اياه على ذلك وذلك ينزل منزلة استيفائه بنفسه فيجب الكراء عليهما ولا ضمان علي واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله ينبغى أن يكون البصرى ضامنا ولا كراء عليه في الرجوع كما لو دفعه الى أجنبي آخر وقد بيناه والاصح أنه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا قد رضي برأى كل واحد منهما فى النصب واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هناك لم يرض برأيه فى اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفى فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه وعلي البصري أجره ذاهبا وليس عليه أجر فى الرجوع لان نصيبه كان فى يد الغاصب ولم يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه

Marfat.com

حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفى ضامنا لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصرى فيكون ضامنا وان ارتفعا الى القاضى بمكة فللقاضى فى ذلك رأى فان شاء لم ينظر فيما يقولان حتى يقيما عنده البينة لان صاحب الفسطاط غائب وهما يدعيان على القاضي وجوب النظر عليه فى حق الغائب في ماله فلا يلتفت الى ذلك اذا لم يعرف سببه فان فعل القاضى بذلك ولم يجدا بينة فدفعه البصرى الى الكوفى فهو على الجواب الاول الذي قلنا اذا لم يرتفعا الى القاضى واذا أقام البينة عنده على ما ادعيا قبلت البينة لانهما أثبتا سبب وجوب ولايته فى هذا المال ووجوب النظر للغائب وهذه بينة تكشف الحال فتقبل من غير الخصم أو القاضى كأنه الخصم فى موجب هذه البينة ثم يحلف البصري على مايريد من الرجعة الى البصرة لانه يدعى العذر الذى به يفسخ الاجارة فى نصيبه وذلك شئ فى ضميره لايقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر فى حالهما من غير اقامة البينة احتياطا فى حق الغائب واذا حلف البصرى فالقاضى يخرج الفسطاط من يده لانها ليس من النظر للغائب ترك الفسطاط في يده ليذهب به الى البصرة ولكنه يؤاجر نصيبه من كوفى مع الكوفى الاول ليتوصل صاحب الفسطاط الي غير ملكه ويتوفر عليه الكراء بجميع الفسطاط فى الرجوع وان أراد الكوفى أن يستأجر نصيب البصري فهو أولى الوجوه لان صاحب الفسطاط كان راضيا بكون الفسطاط فى يده ولان اجارته منه تجوز بالاتفاق لانه اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضى فيما يرجع الى النظر للغائب كفعل الغائب بنفسه وان لم يرغب فيه حينئذ يؤاجره من كوفى آخر فيجوز ذلك علي قول من يجوز اجارة المشاع وعلى قول من لايجوز ذلك فهذا فصل مجتهد فيه فاذا امضاه القاضي باجتهاده نفذ ذلك منه وان لم يجد من يستأجره من أهل الكوفة يدفع الفسطاط الي الكوفى وقال نصفه معك بالاجارة الأولى ونصفه معك وديعة حتي يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغائب باتصال عين ملكه اليه وعلي الكوفى نصف الاجر فى الرجوع لانه استوفي المعقود عليه والشيوع طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة ولا أجر علي البصرى في الرجعة لانه استوفي المعقود عليه فسخ العقد بعذر عند القاضى ولا ضمان عليه أيضا لان تسليمه الى القاضى كتسليمه الى صاحبه فالقاضي نائب عنه فيما يرجع عليه لذلك وان تكار فسطاطا من الكوفة الى مكة ذاهبا وجائيا وخرج الى مكة فخلفه بمكة ورجع الى الكوفة فعليه الكراء ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه لانه تركه فى غير

Marfat.com

الموضع الذى رضي صاحبه بتركه فيه وان لم يختصما حتى حج من قابل فرجع بالفسطاط فلا أجر عليه فى الرجعة لانه كان استأجره فى العام الماضي وقد انتهى العقد بمضى ذلك الوقت فيكون غاصبا ضامنا فى استعماله فى العام الثانى وكل من استأجر فسطاطا أومتاعا أوحيوانا اذافسد ذلك حتى لا ينتفع به أوغصبه غاصب فلا أجر على المستأجر منذ يوم كان ذلك لانعدام تمكنه من استيفاء المعقود عليه وعليه أجر ماقبله والقول قول المستأجر اذا اختصما يوم اختصمنا وهو على ماوصفنا من الفساد أو الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء فى الحال يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى والبينة بينة المؤاجر لانه يثبت حقه ببينته ولا تقبل بينة المستأجر على خلاف ذلك لانه ينفى بينته مايثبته الآخر من الاجر . رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بعشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما يقسم الأجر على أجر مثل كل واحدة منهما وذلك لصاحبهما لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يتبعا وجب قيمته على قيمتهما فكذلك اذا كان بمقابلة منفعتهما وقيمة المنفعة أجر المثل فلهذا يقسم على ذلك ولا ينظر الى ماحمل على كل دابة (ألا ترى) أنه لوساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

(قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أومكيل) لان الانتفاع بها لايكون الا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لان العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فمحل الاجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لغوا بقى مجرد الاذن فكانه أعاره إياه وقد بينا أن العارية فى المكيل والموزون قرض واذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما الى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لواستأجر حنطة مسماة يعبر بها مكاييل له يوما الى الليل فهو جائز وذكر الكرخى رحمه الله فى مختصره أنه لا يجوز قيل مارواه الكرخى رحمه الله محمول على ماذا استأجرها ليعبر بها مكيا لابغير عينها وماذكر فى الكتاب محمول على ماذا استأجرها ليعبر بها مكيلا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلوما

Marfat.com

وقيل بل فيه روايتان وجه ماقال الكرخى رحمه الله ان هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الاعيان واذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التى هى مقصودة منها فلان لايجوز استئجارها للمنفعة التى هى غير مقصودة منها أولى وجه ظاهر الرواية ان ماسمى عملا يعمل بالمستأجر مع بقاء عينه فان الوزن بالدراهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ولو استأجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم وهذا لان المنافع عند اطلاق العقد كونه متضمنا استهلاك العين لو صح وقد انعدم ذلك بتسمية منفعة تستوفى مع بقاء العين وهو مقصود فى الناس أو كالاناء يستأجره ليعمل به أو الثوب ليلبسه وان استأجر نصيبا فى أرض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد والدابة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال هو جائز وهو بالخيار اذا علم النصيب وهو قول محمد رحمه الله وقد ذكر فى آخر الشفعه انه لو باع نصيبه من الدار والمشترى لا يعلم كم نصيبه لم يجز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف وقال يجوز فأبو حنيفة استمر على مذهبه فى الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة في النصيب المجهول ومسئلة الاجارة له أيضا بناء على اجارة المشاع فانه لايجوز الاجارة فى النصيب الشائع وان كان معلوما فاذا كان مجهولا أولى وأبو يوسف رحمه الله استمر على مذهبه أيضا فانه جوز البيع والاجارة فى نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد لان اعلامه ممكن بالرجوع الى قول الموجب ومن أصله أيضا جواز الاجارة فى الجزء الشائع ومحمد رحمه الله فرق بين البيع والاجارة وقال فى البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن بمقابلة مجهول وفى الاجارة لايجب الا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤاجر معلوم فانما يجب البدل بمقابلة المعلوم ومن أصله جواز الاجارة في المشاع وان استأجر مائة ذراع مكسرة من هذه الدار أو أجر مائتين من هذه الارض فانه لايجوز فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز فى قولهما وهو بناء على ماذكرنا فى البيوع اذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند أبى حنيفة رحمه الله لايجوز لان الذراع اسم لبقعه معلومة يقع عليها الذرع وذلك يتفاوت فى الدار فكما لا ينعقد البيع صحيحا بهذا اللفظ فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذراع كذكر السهم حتى ينعقد به البيع صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء على اختلافهم أيضا فى اجارة المشاع ولايجوز اجارة الشجر والكرم بأجرة معلومة على أن تكون الثمرة للمستأجر لان الثمرة عين لايجوز استحقاقها

Marfat.com

بعقد الاجارة فانه يجوز بيعه بعد الوجود وانما يستحق بقدر الاجارة مما لايجوز بيعه بعد الوجود ولان محل الاجارة المنفعة وهي عرض لايقوم بنفسه ولايتصور بقاؤها والثمرة تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز أن يتملك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ابقائه فربما تصيب الثمرة آفة وليس في وسع البشر اتخاذها وكذلك ألبان الغنم وصوفها وسمنها وولدها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا يتملك بعقد الاجارة وان استأجر أرضا فيها زرع ورطبة أوشجر أوقصب أوكرم أومايمنع من الزراعة فالاجارة فاسدة لان استئجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لايمكن استيفاؤها مع هذه الموانع فقد التزم بالعقد تسليم مالايقدر على تسليمه وان كان مقصود المستأجر مافيها فهو عين لايجوز استحقاقه بالاجارة ولايجوز اجارة الآجام والانهار للسمك ولا لغيره لان المقصود استحقاق العين ولان السمك صيد مباح فكل من أخذه فهو أحق به وانما يستحق على المؤاجر بالاجارة ما كان مستحقا له ولان المؤاجر يلتزم مالايقدر على ايفائه به فان أجرها للزراعة فهي ليست بصالحة لذلك وان أجرها للسمك فربما يجده المستأجر وليس في وسع الآجر أن يمكنه من تحصيل ذلك ولو استأجر بئرا شهرين ليسقي منها أرضه وغنمه لم يجز وكذلك النهر والعين لان المقصود هو الماء وهو عين لايجوز أن يتملك بعقد الاجارة ولان الماء أصل الاباحة مالم يحرزه الانسان بانائه وهو مشترك بين الناس كافة قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار فالمستأجر فيه والآجر سواء فلهذا لايستوجب عليه أجر بسببه وان استأجر نهر ليجري فيه شرباله الى أرضه روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك لا يجوز قال أرأيت لو استأجر مسيل ماء على سطح ليسيل ما أسطحه فيه أكان يجوز ذلك فهذا كله فاسد وهكذا ذكره محمد في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه ان استأجر موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع وهي منفعة مقصودة فالاستئجار لاجله يصح وجه ظاهر الرواية انه مجهول في نفسه فان الضرر يتفاوت بقلة الماء وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن فربما لا يأخذ الماء جميع الموضع الذي عينه وربما يزداد عليه فللجهالة قلنا لايجوز الاستئجار ولو استأجر عبدا بأجر معلوم كل شهر بطعامه لم يجز لان طعامه مجهول وهو على رب العبد فاذا شرطه على المستأجر كان فاسدا والمجهول متى ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استئجار الدابة بأجر مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة

Marfat.com

فيها رزق أوعلف فهى فاسدة الا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وان أباحنيفة رحمه الله قال أستحسن جواز ذلك وقد بيناه واشتراط تطيين الدار ومرمتها أو غلق باب عليها أوادخال جذع فى سقفها على المستأجر مفسد للاجارة لانه مجهول فقد شرط الأجر لنفسه على المستأجر وكذلك استئجار الارض بأجر مسمى واشتراط كرى نهرها أوضرب مسناة عليها أوحفر بئر فيها أو أن يسر قها المستأجر فهذا كله مفسد للاجارة لان أثر هذه الاعمال تبقى بعد انتهاء مدة الاجارة ويسلم ذلك للآجر فيكون فى معنى شرط أجرة مجهولة على المستأجر لنفسه وكذلك لو اشترط عليه رب الارض أنه يكون له مافيها من ذرع اذا انقضت الاجارة وان يردها عليه مكروبة فهذا كله مجهول ضمه الى المعلوم وشرطه لنفسه يفسد العقد به . رجل دفع أرضه الى رجل يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول فلا يصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله فى المختصر يقول تأويل المسئلة عندى أنه جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض بجميع الغراس وهى مجهولة فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد فى الشجر كان فاسدا ومذرعته فى أرضه بأمره فكأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله بأرضه مستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ماعمل لانه اشترى من عمله عوضا وهو نصف الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه أجر مثله فان (قيل) كان ينبغى على قول أبى حنيفة رحمه الله أن يكون نصف الارض للعامل لانه اشتري نصف الارض شراء فاسدا ومن اشترى نصف الارض شراء فاسدا غرس فيها أشجارا فانه ينقطع فيها حق البائع فى الاسترداد عند أبى حنيفة رحمه الله (قلنا) هذا أنه لو غرس الاشجار لنفسه وهنا العامل فى الغرس يقوم مقام رب الارض ويعمل له بالاجر فكأن رب الارض عمل ذلك بنفسه فلهذا لا يملك العامل شيئا من الارض وإنما اختار هذا التأويل لامكان ايجاب أجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغرس كان عاملا فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الأجر فلذلك ألزمه قيمة الغرس حين علقت ولو كان مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس حين علقت ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة لانها أشجار مشتركة بينهما فى أرض أحدهما فانما يتملك صاحب الارض نصيب صاحبه عليه

Marfat.com

بالقيمة فى الحال ثم قال ولا آمره بقلع الاشجار لما يدخل به من الفساد عليهما وبظاهر هذا يتمسك من يختار الطريقة الأولى انه يكون مشتريا نصف الغرس لانه أشار الى أن الاشجار تكون مشتركة ولكنه لا يقلع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله تأويل هذا اللفظ فساد القلع على رب الارض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه فى الأجر ولو كان قد أكل الغلة على هذا حسب على الغارس ما أكل من أجره لان الشجرة ملك رب الارض وانما يملك الثمر بملك الشجر فما أكله العامل من ذلك يكون محسوبا عليه من أجره (قال) رضى الله عنه والأصح عندى أن يقال فى تعليل هذه المسئلة ان صاحب الارض استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لانه فى معنى قفيز الطحان ونهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لان الغرس آلة تصير الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه الا أن الغراس أعيان تقوم بنفسها فلا يدخل أجر العمل فى قيمتها فيلزمه مع قيمة الاشجار أجر مثل عمله لانه أبقى من عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل ولو دفع الغزل الى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لانه فى معنى قفيز الطحان وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام فى سفينة أو على دابة بنصفه غير جائز وهذا لانه لو جاز صار شريكا باول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر فاذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعمول فيبقى عمله مسلما الى صاحبه بعقد فاسد فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتمام رضاه بذلك القدر ولو كان طعاما بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه ليحمله أو يطحنه لم يجز ذلك عندنا وهو جائز عند الشافعى رحمه الله لان هذا العمل فى نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستئجاره على ذلك كاستئجاره أجنبيا آخر وشركته فى المحل لا تمنع صحة الاستئجار كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك أو دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح الاستئجار فهذا مثله (وحجتنا) الحديث المشهور فى النهى عن قفيز الطحان وقد بينا أن معنى النهى انه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على ان تقدم الشركة فى المحل يمنع صحة الاجارة وهذا لان العقد يلاقى العمل وهو عامل لنفسه

Marfat.com

من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه عاملا لغيره منافاة والاجير من يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لا يصلح أن يكون أجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد علي المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة له فى ذلك (ألا ترى) انه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك فى البيت ولو سلم البيت اليه فى المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف مانحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل فى المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا يعمله فى محل آخر ثم هنا وان أقام العمل فلا أجر له بخلاف مذهب أبى حنيفة رحمه الله فى اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب أجر المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذى أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث أنه فى المحل المشترك عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء لا يجب الاجر فى العقد الفاسد وعلى هذا نسج الغزل ورعى الغنم التى تكون بينهما فكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل فى هذا الخلاف ولو استأجر رحاما على أنه ان انقطع الماء عنها فالاجر عليه لم يجز لان هذا الشرط مخالف موجب العقد فهو فاسد مفسد للعقد لان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يتناول وقت انقطاع الماء حتى لا يجب الاجر فيه وان لم يفسخ فكأنه جعل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرحا فى وقت جريان الماء ولا يدرى فى كم يكون الماء جاريا وجهالة المنع تمنع صحة الاجارة ولو استأجر كتبا ليقرأ فيها شعرا أو فقها أو غير ذلك لم يجز لان المعقود عليه فعل القارئ . النظر فى الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فعله أيضا فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعله ولان فهم ما فى الكتاب ليس فى وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن لمعنى فى الباطن من حدة الخاطر ونحو ذلك وكأن صاحب الكتاب يوجب له مالا يقدر علي ايفائه فليس في عين الكتاب منفعة مقصودة ليوجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سمى المدة أو لم يسم ولا أجر له وان قرأ وكذلك اجارة المصحف والكلام فيه أبين فان قراءة القرآن من المصحف والنظر فيه طاعة وكان هذا كله نظيره مالو استأجر كرما ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيفاء من غير أن يدخله أو استأجر مليحا لينظر الى وجهه فيستأنس بذلك أو استأجر جبا مملوأ من

Marfat.com

الماء لينظر فيه اذا سوى عمامته فهذا كله باطل لا أجر عليه بحكم هـذه العقود فكذلك فيما سبق ولا يجوز أن يستأجر رجلا ليعلم ولده القرآن أو الفقه أو الفرائض عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك فالمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل وعلى قول الشافعي كل مالا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه في كتاب المناسك في الاستئجار على الحج والدليل على أنه لايجوز الاستئجار على تعليم القرآن حديث عبد الرحمن بن شبل الانصاري رضي الله عنه أن النبي صلي الله عليه وسلم قال اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لمدرس العلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالي ولما أقرأ أبي بن كعب رضى الله عنه رجلا سورة من القرآن أعطاه على ذلك قوسا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال صلى الله عليه وسلم رد عليه قوسه ولان من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يعمل فانه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم فكذلك من يخلفه وعمله ذلك قربة ومنفعة عمل يحصل له فذلك يمنعه من التسليم الى غيره وبدون التسليم لايجب الاجر وبعض أئمة بلخ رحمهم الله اختاروا قول أهل المدينة رحمهم الله وقالوا إن المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله بنوا هذا الجواب على ماشاهدوا فى عصرهم من رغبة الناس فى التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين فى مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط فاما فى زماننا فقد انعدم المعنيين جميعا فنقول يجوز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الاوقات (ألا ترى) أن النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه حين منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان مارواه من ذلك صوابا ولو استأجروا من يؤمهم فى رمضان أو غيره لم يجز لان المصلى عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استأجروا من يؤذن لهم فالمؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدعاء الى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على أداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه قال كان من آخر ما عهد رسول الله صلي الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا وجاء رجل الي عمر رضي الله عنه فقال انى أحبك فقال عمر رضى الله عنه انى أبغضك فى الله قال ولم يا أمير المؤمنين قال بلغنى أنك تأخذ على الاذان أجرا ولا تجوز الاجارة

Marfat.com

على شيء من الغنا والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو لانه معصية والاستئجار على المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز أن يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستئجار على الحداء وكذلك الاستئجار لقراءة الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر فى الاجارة عرف الناس ولان ماهو المقصود انما يحصل بمعنى فى المستأجر وهو السماع والتأمل والتفهم فلا يكون ذلك موجبا للأجر عليه وان أعطى المستأجر شيئا من اللهو يلهو به فضاع أو انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالاذن فى الاستعمال باق واذا استأجر الذمى من المسلم بيعة يصلى فيها لم يجز لانه معصية وكذلك اذا استأجرها ذمى من ذمى وكذلك الكنيسة وبيت النار فانهم يعتقدون فى هذه البقاع مايعتقده فى المساجد واستئجار المسلم من المسلم مسجدا يصلى فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز فكذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء على اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستئجار عليه باطل ثم استئجار المسجد من المسلم للصلاة فيه كاستئجار مسلم يصلي له وقد بينا ان ذلك باطل لانه استئجار على الطاعة فهذا مثله وعلى هذا لو استأجر أهل الذمة ذميا ليصلى بهم أوليضرب لهم الناقوس فهو باطل لانه معصية واذا استأجر الذمى من المسلم بيتا ليبيع فيه الخمر لم يجز لانه معصية فلا ينعقد العقد عليه ولا أجر له عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله يجوز والشافعى رحمه الله يجوز هذا العقد لان العقد يرد على منفعة البيت ولا يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أن يبيع فيه شيئا آخر يجوز العقد لهذا ولكنا نقول تصريحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه وماصرحا به معصية وكذلك لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرا فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز ان العقد لان الخمر يحمل للشرب وهو معصية والاستئجار على المعصية لا تجوز والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وذكر فى الجملة حاملها والمحمولة اليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول يجوز الاستئجار وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك فلا يستوجب الأجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة وللصب فى الخل ليتخلل فهو نظير مالو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا أنهما يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح وإماطة الاذى فاما الخمر يحمل عادة للشرب والمعصية وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال ابتلينا بمسئلة وهو أن مسلما استؤجر على أن ينقل جيفة ميتة

Marfat.com

من المشركين من بلد الى بلد فكذلك قال أبو يوسف رحمه الله لاأجر له لانه انما يحمل حمل الجيفة الى المقبرة لاماطة الأذى فاما حملهما من بلد الى بلد فهو معصية لايجوز الاستئجار عليه (وقلت) انا ان كان الاجير عالما بما أمر بحمله فلا أجر له أيضا وان لم يعلم بذلك فله الأجر لمعنى الغرور واستئجار الذمى الدابة من المسلم أو السفينة لينقل عليها خمرا على الخلاف الذى بينا وان استأجر ذمى ذميا لشيء من ذلك فهو جائز وكذلك لو استأجره يرعى له خنازير لان الخمر والخنزير مال متقوم فى حقهم بمنزلة الشاة والبعير فى حقنا وان استأجره ليبيع له ميتة أودما لم يجز لان هذا ليس بمال فى حق أحد فحكمهم فيها كحكم المسلمين ولا بأس بان يؤاجر المسلم دارا من الذمى ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أودخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم اثم فى شيء من ذلك لانه لم يؤاجرها لذلك والمعصية فى فعل المستأجر وفعله دون قصد رب الدار فلا إثم على رب الدار فى ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة به أوباع جارية ممن لايشتريها أويأتيها فى غير المأتى لم يلحق البائع اثم فى شيء من هذه الافعال التى يأتى بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو باع فيها الخمر بعد أن يكون ذلك فى السواد ويمنعون من احداث ذلك فى الامصار وقد بينا ذلك الكلام في هذا الفصل فيما سبق واستدل بحديث ثوبة بن نمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لااخصاء ولا كنيسة فى الاسلام ولحديث مكحول أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه صالحهم بالشام على أن يحصل عن كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة فى مصر من امصار المسلمين وان استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلى فيه المكتوبة أو التراويح لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل مسلم دينا تمكين المسلم من موضع يصلى فيه عند الحاجة فلا يجوز أن يأخذ على ذلك أجرا فلو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو يشجه أو يضربه ظالما لم يجز ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على كل لانه استئجار على المعصية ولو جاز العقد لصار اقامة العمل مستحقا عليه وفعل ماهو ظلم لايكون مستحقا على أحد شرعا ولو أعطاه سلاحا لذلك فضاع أو انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو أن قاضيا استأجر رجلا ليضرب حدا قد لزمه أو ليقبض من رجل أو ليقطع يد رجل أو ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا بأجر معلوم فالاجارة جائزة وله الاجر لان المعقود عليه منافعه في المدة حتى يستوجب الاجر بتسليم النفس وهو معلوم ثم بحكم أنه ملك منافعه ليستعمله فى اقامة الحدود وغير

Marfat.com

ذلك وان استأجره لاقامة الحدود أو القصاص خاصة لم يجز ذلك لانه مجهول فى نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فان (قيل) اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما ان بين مقدار مايعطيه فالعقد جائز لان المعقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي وللقاضى أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال وكذلك من ينوب عن القاضى فى شيء من عمله وكذلك قسام القاضى اذا استأجره ليقسم كل شهر بأجر مسمى فهو جائز وفى حديث علي رضى الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتعين اقامة هذا العمل على أحد دينا فيجوز الاستئجار عليه ولو قضى لرجل بالقصاص في قتل فاستأجر رجلا يقتل له لم أجعل له أجرا وفي السير الكبير قال اذا استأجر رجلا يقتل مرتدا أو حربيا أسيرا لم يجز عند أصحابنا رحمهم الله ولو استأجره ليقطع طريقا جاز وأما أنا فلا أفرق بينهما وأجوز العقد فيهما ومراده بقوله عند أصحابنا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فالحاصل أن عند محمد يجوز الاستئجار علي ذلك كله لانه عمل معلوم بمحله واقامته جائز شرعا فيجوز الاستئجار عليه كذبح الشاة وقطع الطرق وكسر الحطب وما أشبه ذلك ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (حرفان) أشار الى أحدهما فى الكتاب فقال ما قيل ان هذا ليس بعمل يعنى ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما أن ادخال الروح ليس من صنع العباد ولا يتصور الاستئجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسيل الدم النجس ليتميز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحلقوم والاوداج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فانه ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل فى المحل مع التجافى ومثله منه مايحل شرعا ومنه مايحرم كالمثلة ولايدرى كيف يكون منه ايقاع الفعل والمقصود يتم بضربة أو بضربتين فللجهالة والتردد بين الحل والحرمة لم يجز الاستئجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على المحل لا بصفة التجافى عنه وكسر الحطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافى ولكن الكل فيه سواء فى صفة الحل شرعا فلهذا جاز الاستئجار عليه ولو استأجر رجلا يغزو عنه لم يجز ذلك لان الغزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر القتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين فلا يجوز له أخذ الاجر علي اقامة

Marfat.com

ما هو فرض عليه قال صلى الله عليه وسلم مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون على ذلك أجرا كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها وتأخذ الأجر من فرعون ولوشارط كحالا أن يكحل عينه شهرا بدرهم جاز ذلك وكذلك الدواء في كل داء لانه عمل معلوم عند أهل الصنعة والاستئجار عليه متعارف بين الناس واذا استأجر فحلا لينزيه لم يجز للاثر الذى جاء به النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التيس ولان المقصود الماء ولاقيمة له وصاحب الفحل يلتزم ايفاء مالايقدر على تسليمه ولاتجوز الاجارة على تعليم الغناء والنوح لان ذلك معصية وان سلم غلاما الى معلم ليعلمه عملا وشرط عليه أن يحذقه فهذا فاسد لان التحذيق مجهول اذليس لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تفضى الى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط فى ذلك أشهرا مسماة لانه يلتزم ايفاء مالايقدر عليه فالتحذيق ليس فى وسع المعلم بل ذلك باعتبار شئ في خلقة المتعلم ثم فيما سمى من المدة لايدرى انه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا والتزام تسليم مالايقدر عليه بعقد المعاوضة لايجوز ولو أجر أرضه بدراهم وشرط خراجها على المستأجر فهذا فاسد لان الخراج مجهول لايعرف من أصحابنا رحمهم الله من يقول مراده في الاراضى الصلحية فالمال فى ذلك يقسم على الجماجم والاراضي فتزداد حصة الاراضى اذاقلت الجماجم وتنقص بكثرة الجماجم فامافى جراح الوظيفة لاجهالة فى المقدار وقيل ان مراده من هذا ان ولاة الظلمة ألحقوا بالخراج روادف يزداد ذلك تارة وينتقص أخرى فيكون مجهولا وقيل معناه ان الخراج بحسب الطاقة وريع الارض كما أشار اليه عمر رضى الله عنه فى قوله لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وكذلك لو أعطاه بغير أجر الا أن يشترط عليه أن يؤدى خراجها فان الخراج على صاحب الارض فاذا شرطه على المزارع يكون ذلك أجرة وجهالة الأجرة تفسد الاجارة وهذا لان الواجب فى كل جريب درهم وقفيز مما يخرجه وذلك مجهول الجنس فى الصفة ولو أجرها وشرط العشر على المستأجر فالعقد فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله لان العشر عنده على المؤاجر فاذا شرطه على المستأجر كأن أجره وهو مجهول الجنس والقدر وعندهما العشر على المستأجر فلا يصير اشتراط ذلك عليه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما ذكرنا واذا كان الأجر كذا درهما ودينارا أوفلسا فهو جائز وله نقد البلد ووزنهم فان كان وزنهم مختلفا فهو فاسد حتى يبين الوزن بمنزلة الثمن فى البيع وقد بيناه وان جعل الأجر دراهم مسماة عددا بغير وزن وبغير عينها فهو فاسد ومراده فى الدراهم

Marfat.com

الموزونة فانها تتفاوت فى الوزن فأما ما يعد ولا يوزن كالعطريفى فاذا سمى العدد فيه جاز كما في الفلوس وان أشار الي دراهم بعينها جازت الاجارة وان لم تكن معلومة القدر كالثمن فى البيع بخلاف السلم عند أبي حنيفة رحمه الله وقد بينا الفرق فى البيوع فان قال مائة درهم عددا مما يدخل في المائة خمسة كان جائزا لانه قد سمى الوزن بما ذكر معناه فيما يزن خمسة وتسعين درهما فكانه قال مائة الا خمسة . ولو استأجر رجلا يكتب له مصحفا أو فقها معلوما كان جائزا لان الكتابة عمل معلوم وهو يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستئجار عليه متعارف وقيل الاستئجار على الكتابة كالاستئجار على الصياغة لان بعمله يحدث لون الحبر فى البياض أو كالاستئجار علي النقش وذلك جائز اذا كان معلوما عند أهل الصنعة (قال) الشيخ الامام رحمه الله الاصح عندي أن المقصود هنا يحصل بعمل الأجير وهى الكتابة بخلاف التعليم فالمقصود هناك لا يحصل الا بمعنى فى المتعلم وايجاد ذلك ليس فى وسع المعلم بينهما ولو استأجر رجلا يعمل عملا فلا أجر له فى ذلك بخلاف مالو استأجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا ولو استأجر الوصي نفسه أو عبده يعمل لليتيم لم يجز أما عند محمد رحمه الله فلان الوصى لا ينفرد بالعقد لليتيم مع نفسه بحال كما فى البيع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يجوز ذلك الا بمنفعة ظاهرة ولا منفعة هنا لان من جهة الوصى مماليس بمتقوم لنفسه ويشترط على اليتيم بمقابلته مالا متقوما فهذا لا يجوز ولم يذكر أنه لو استأجر اليتيم أو عبد اليتيم بمال نفسه ليعمل له هل يجوز أم لا قالوا وينبغى أن يجوز ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم فانه يدخل في ملكه مالا بازاء ماليس بمال والاب يستأجر نفسه أو عبده لعمل يعمله لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر له فيجوز عقده مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهر لولده فيه ولو استأجر الوصي من نفسه عبدا لليتيم ليعمل ليتيم آخر فى حجرة وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع أحدهما أضر بالآخر وهو لا ينفرد بالتصرف الا بمنفعة ظاهرة ولا يجوز للصبي أن يؤاجر نفسه لانه عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وانما ذلك الي وليه وله الاجر ان عمل استحسانا وفي القياس لا أجر له لان العقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فاذا بطل لم يجب الاجر وفى الاستحسان يجب الاجر لان هذا العقد منه تمحض منفعة بعد اقامة العمل فانا لو اعتبرنا العقد استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة له

Marfat.com

كقبول الهبة والصدقة وكذلك العبد المحجور عليه لا يؤاجر نفسه فان فعل وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستأجر لانه غاصب له ثم الاجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما أقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان واذا أخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان أخذه الغاصب من يده فاستهلكه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منفعة كاتلاف منافعه وقد بينا هذا في الغصب. واذا استأجر نهرا يابسا ليجري فيه الماء بارضه أو الى رحاماء فهذا فاسد لان موضع النهر لا يصلح للسكنى واجراء الماء فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجري من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه وبوله أو مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بئرا ليسقي منها غنمه وان أراد الحيلة في ذلك فالوجه أن يؤاجره من حريم النهر والبئر موضعا معلوما ليكون عطنا لمواشيه ويبيح له سقي المواشي من البئر وكذلك اجارة المرعي لا تجوز والحيلة فيه أن يؤاجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة فيسكن ويبيح له الانتفاع بالمرعى ولو أجره بكرة وحبلا ودلوا يسقي بها غنمه فهو فاسد للجهالة الا أن يسمي وقتا فيجوز لان العقد يرد على منفعة العين في المدة فان استأجر من رجل موضع جزع يضعه على حائطه لم يجز عندنا وجاز عند الشافعي رحمه الله لانه موضع استأجره لمنفعة معلومة ولو استعاره لذلك جاز فكذلك اذا استأجره ولكنا أفسدناه للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبني وقلته وكذلك لو استأجر حائطا ليبني عليه سترة فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة وقد يفضي الى المنازعة وان استأجر طريقا في دار ليمر فيه كل شهر باجر مسمى فهو فاسد وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لجهالة الموضع الذي يتطرق فيه وللشيوع فان عنده استئجار جزء من الدار شائعا لا يجوز فكذلك الطريق وعندهما استئجار جزء شائع صحيح فكذلك الطريق وهو معلوم بالعرف على وجه لا يكون فيه منازعة ولو استأجر علو منزل ليبني عليه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قولهما لان مقدار بناء العلو معلوم بالعرف وسطح السفل حق صاحب السفل كالارض ولو استأجر أرضا ليبني عليه بيتا جاز فكذلك اذا استأجر سطح السفل ليبني عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا استئجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد

Marfat.com

ثم مقدار مايبنى مجهول والضرر على حيطان السفل يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضى هذه الجهالة الي المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بخفة البناء وثقله ولو استأجر موضع كوة ينقبها فى حائط له يدخل عليه منها الضوء لم يجز لان هذا ليس من اجاراة الناس ولان المقصود الانتفاع بماليس من ملك المؤاجر وهو ضوء الشمس فكذلك لو استأجر موضعا ليتد فى حائط يعلق عليه شيئا فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه أرض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من أصحابنا رحمهم الله استئجار البناء بدون الارض ففى تأمله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحائط يختلف بخفة مايعلقه على الوتد أو بثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن اعلامه وكذلك لو استأجر موضع ميزاب فى حائط لان الضرر علي الحائط يتفاوت بقلة الماء الذي يسيل فى الميزاب وكثرته فاما اذا استأجر ميزابا مدة معلومة لينصبه فى حائط يسيل فيه ماؤه فهذا جائز لانه عين منتفع به استأجره لمنفعة معلومة واذا استأجر رجلا ليعمل له عمل اليوم الى الليل بدرهم خياطة أوصباغة أوخبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله وفى قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ فى اليوم فله أن يعمله فى الغد لان المقصود العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه فى أسرع أوقات الامكان وهذا لان المستأجر انما يلتزم البدل بمقابلة ماهو مقصود له وذلك العمل دون المدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول جمع فى العقد بين تسمية العمل والمدة وحكمهما مختلف فموجب تسمية المدة استحقاق منافعه فى جميع المدة بالعقد وموجب تسمية العمل أن يكون المعقود عليه الوصف الذى يحدثه فى المعمول لا منافعه ويتعذر الجمع بينهما اعتبارا وليس أحدهما بالاعتبار باولى من الآخر فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه وقد تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك فى بقية اليوم حق باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك واذا لم يفرغ من العمل فى اليوم فللاجير أن يقول عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود الاجير فليس البناء على مقصود أحدهما باولى من البناء على مقصود الآخر ولان الاجير يلتزم مالا يقدر عليه وهو اقامة جميع العمل المسمى فى الوقت المسمى وروى محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه لو استأجره ليخيط له هذا القميص لا يجوز ولو قال فى اليوم يجوز لان بحرف فى

Marfat.com

يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال لاتسمية المقدار المعقود عليه من المنفعة وحرف في للظرف والمظروف وقد يشغل جزءا من الظرف لاجميعه وعلى هذا الخلاف لواستأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام بأجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لواستأجره ينقل له طعاما معلوما من موضع الي موضع من اليوم الى الليل فهو علي الخلاف الذى بيناوان استأجر عبدا شهرا بأجر مسمى علي انه ان مرض فعليه أن يعمل بقدر الايام التى مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا يدري فى أي مقدار من الشهر يمرض ليدخل فى العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشهر يخالف مقتضي العقد لان مقتضى العقد انتهاؤه بمضى المدة تمكن من استيفاء المعقود عليه أو لم يتمكن وهذا الشرط يخالف ذلك وان استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على انه ان سكنه يوما ثم خرج عليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى العقد انه متى خرج بعذر لا يلزمه الأجر ثم مقدار أجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول أنه ثلاثة دراهم أو عشرة دراهم وكذلك ان استأجر دابة بعشرة دراهم الى بغداد على أنه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له أن يرجع فله الأجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الأجر الى الموضع الذى سمى ولان الشرط يخالف مقتضي العقد وان استأجر دابة ليحمل عليها حمل كذا بأجر معلوم الي موضع كذا علي انه ان حمل عليها كذا من الحمل فحمل غير ذلك الى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد فى قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز فى قوله الآخر علي ما شرطا وكذلك لو استأجر أرضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما وان زرعها سمسما فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف . وكذلك ان استأجر بيتا على انه ان أسكنه بزازا فاجره خمسة وان أسكنه قصارا فاجره عشرة وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكن القصار والبزاز وهما عقدان فى عقد ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعين فى بيع أرأيت لوسلم اليه البيت فلم يسكنه أصلا حتى مضت المدة فماذا يوجب عليه خمسة أوعشرة ووجه قوله الآخر ان كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لايجب بنفس العقد وانما يجب باستيفاء المنفعة وعند ذلك لاجهالة فى المعقود عليه ولا فى البدل فاما اذا لم يسكنها فقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغى على قياس قوله الآخر أن يلزمه نصف

Marfat.com

كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر التمكن من الاستيفاء هنا وقد تمكن من استيفاء المنفعتين جميعا وليس أحد البدلين بالايجاب عليه باولى من الآخر فيلزمه نصف كل واحد منهما والاصح أنه لا يلزمه الاخمسة لان أصل البدل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البدل بزيادة الضرر اذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البناء فاذا لم يسكنها أصلا فقد انعدم ذلك الضرر (ألا ترى) أنه لو أسكن بزازا لا يلزمه الاخمسة وقد كان متمكنا من أن يسكنه قصارا فاذا لم يسكنه أصلا أولى أن لا يلزمه الا خمسة. رجل استأجر دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط وذلك يضاد العقد وان لم يسكنها فلا أجر عليه وفى هذا اللفظ تنصيص على أن الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا يوجب الاجر ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة كما فى النكاح الفاسد وانما يتكلفون من الفرق بينهما غير معتمد وان سكنها فعليه بأجر مثلها لا ينقص مما سمى لانه انما رضي بالمسمى بشرط أن لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فيلزمه أجر مثلها بالغا ما بلغت وان جعلت أجر الدار أن يؤذن لهم سنة أو يوما فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثل الدار ان سكنها لانه استوفي منافعها بعقد فاسد فانما سمى اذا كان لا يصلح بدلا فهو فى الحكم كما لو أجرها ولم يسم الاجر ولا أجر له في الاذان والامامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه عامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله الى غيره. وان تكارى برذونا ليتعرض عليه فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة فالاجارة فاسدة ومعنى المسئلة أن المستأجر من أصحاب الديوان اسمه فى ديوان الفرسان وقد يفق فرسه فطلب السلطان العرض فاستأجر الفرس على أنه ان لم يوقف على ضيعة فالأجر عشرة وان وقف على ذلك فالأجر خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا يدرى الجواز ولا يجوز وعليه أجر مثلها فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه أن يفق فى ركوبه أو أخذه السلطان لان المقبوض بحكم اجارة فاسدة فى حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بغلا على أنه كلما ركب الامير ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه وعليه من كل ركبة أجر مثله لان أجر المثل بعقد فاسد بقدر المستوفى من المنفعة وان تكاري دابة الى بغداد على أنه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا أو من فلان شيئا أعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجر والغرر المتمكن بسبب الشرط فى أصل الاجر وعليه أجر مثلها فيما يركب وان تكاراها الي بغداد على أنها ان بلغته

Marfat.com

الى بغداد فله أجر عشرة دراهم والا فلا شئ له فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثلها بقدر ماسار عليها لمعنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره فى مسئلة الخياطة والله أعلم بالصواب

باب اجارة حفر الآبار والقبور

(قال رحمه الله واذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا فى داره ولم يسم له موضعا ولم يصفها فهو فاسد) لجهالة المعقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع فى الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ويختلف باختلافه البئر فى العرض والعمق ولو سمى عشرة أذرع في الارض ومما يدير هكذا ذراعا بأجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بتسمية الذرعان عند أهل الصنعة والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة أذرع ثم وجد جبلا أشد عملا وأشد مؤنة فأراد ترك ذلك فليس له ترك ذلك ويجبر على الحفر اذا كان يطاق لانه ان التزم العمل مع عمله على أن أطباق الارض تختلف فليس فى ابقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزم بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له في الفسخ وفى الكتاب (قال) اذا كان يطاق وما من موضع الا ويطاق فيه حفرا ولكن مراده من هذا اللفظ اذا كان يطاق حفرا بآلة الحفارين ولا يحتاج الاجير الى اتخاذ آلة أخرى لذلك لانه انما التزم اقامة العمل بآلة الحفارين فاذا كان يحتاج الى اتخاذ آلة أخرى لذلك فهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد فيكون عذرا له فى الفسخ وان شرط عليه أن كل ذراع فى سهل أو طين بدرهم وكل ذراع فى جبل أو ماء بدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين من العمل وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة تفضى الى المنازعة لان وجوب الاجر عند الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم القدر. ولو استأجره ليحفر له بئرا عشرة أذرع فى جبل مروة فحفر ذراعا ثم استقبل جبلا صماصفا فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروة اللين من الحجر الذي يضرب الى الخضرة والصفا مايضرب الى الحمرة وقد بينا أنه التزم الحفر بآلة الحفارين فاذا كان بحيث يطاق الحفرة بتلك الآلة فلا عذر له فى الترك وان كان لا يطاق فله أن لا يترك الاجارة وله من الاجر بحساب ماحفر وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة اذا ظهر الماء فيه قبل أن يبلغ ما شرط عليه فان كان لا يستطاع الحفر معه فهذا عذر لان في ابقاء العقد يلحقه الضرر لم يلتزمه بالعقد. ولو استأجره ليحفر له بئرا فى داره فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها فله من

Marfat.com

الاجر بحساب ماحفر لانه يقيم العمل فى ملك المستأجر فيصير عمله مسلما اليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر حقه فى الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد مايخرج من ضمانه ولو كانت بئر ماء فشرط عليه مع حفرها طيها بالآجر والجص ففعل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت قبل أن يطويها بالآجر فله الأجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل مسلما الى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما أقام من العمل ولو استأجره ليحفرها فى الجبانة في غير ملكه ولا في فنائه فحفرها فانهارت فلاأجر له حتى يسلمها الى صاحبها بمنزلة العامل من الخياط والقصار فى بيت نفسه وهذا لان عمله ماالتصل بملك المستأجر ليصير المستأجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل فى ضمانه من أن يثبت يده عليه وذلك لايكون إلا بالتسليم اليه وفى هذا اللفظ دليل علي ان الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له (ألا ترى) انه قال فى غير ملكه ولا في فنائه والفناء في يده لكونه أحق بالانتفاع به فاذا كان الحفر فيه يصير العمل مسلما اليه بمنزلة الحفر فى ملكه . وكذلك لو استأجره ليحفر له قبرا ثم دفن فيه انسان قبل أن يأتى المستأجر بجنازته لم يكن علي المستأجر أجر لانه حفر القبر فى غير ملك المستأجر فالم يسلم اليه لايتقرر حقه فى الاجر وان جاء المستأجر فحال الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك أودفنوا فيه انسانا آخر فله الاجر كاملا لانه قد سلم المعقود عليه الى صاحبه وان دفن فيه المستأجر ميتة ثم قال للاجير أحث التراب عليه فابى الاجير فى القياس لايلزمه ذلك لانه التزم عمل الحفر وحثى التراب كنس وليس بحفر وهو ضد ماالتزمه بعقد الاجارة ولكنى انظر الى مايضع أهل ملك البلاد فان كان الاجير هو الذى يحثى التراب خيرته في ذلك وذلك يعمل بالكوفة وان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك البلدة لم أجبره عليه وهذا لان بمطلق العقد يستحق ماهو المتعارف والمعروف فى كل موضع بجعل كالمشروط . وان أراد أهل الميت أن يكون الاجير هو الذى يضع الميت في لحده وهو ينصب اللبن عليه لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان أقرباء الميت وأصدقاءهم الذين يضعونه فى لحده وترك ذلك الى الاجير يعد من الاستخفاف به فان وصف له موضع يحفر فيه فوافق فيه جبلا هو أشد من وجه الارض فحفره لم يزد على أجره لانه قد التزم عمل الحفر مع عمله باختلاف أطباق الارض فى الصلابة والرخاوة وان استأجره بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له فى أى المقابر يحفر فالعقد فاسد فى القياس للجهالة التى تفضى الى المنازعة ولكن أستحسن اذا حفر في الناحية

Marfat.com

التى يدفن فيها أهل ذلك الموضع أجعل له الاجر وهذا بناء على عادة أهل الكوفة فان لكل درب فيهم مقبرة على حدة لاهلها فأما فى ديارنا فلو انتقل من محلة الى محلة فلا بد من تسمية المقبرة بناء على عرف ديارنا وان سمى له موضعا معلوما لحفر فى موضع آخر فلا أجر له الا أن يدفنوا فى حفرته فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان أمروه بحفر القبر ولم يسموا موضعا لحفر فى غير مقبرة أهل تلك البلدة أو تلك الناحية فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرته فحينئذ يستوجب الاجر لوجود الرضاء منهم بعمله حين دفنوا الميت فيه وان أرادوا منه تطيين القبر أو تجصيصه فليس ذلك عليه لانه التزم عمل الحفر والتجصيص ليس من ذلك فى شيء وفى العادة الذى يطين القبر غير الذى يحفره وان استأجروه ليحفر لهم القبر ولم يسموا له طوله ولا عرضه ولا عمقه فى الارض فهو فاسد فى القياس لان القبور تختلف فى الطول والعرض والعمق والعمل بحسبه يتفاوت ولكنى أستحسن فاجبره فاقدره بوسط ما يعمل الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالشروط بالنص وبمطلق العقد يستحق الوسط في المعاوضات فانه فوق الوكس ودون الشطط وخير الامور أوسطها وان وصفوا له موضعا فوجد وجه الارض لينا فلما حفر ذراعا وجد جبلا أجبره على أن يحفر ان كان ذلك مما يحفر الناس لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة أهل تلك الناحية فان كان بالكوفة فعظم عملهم على اللحد وان كان فى بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان بمطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استأجره ليكرى له نهرا أو قناة فأراه مفتحها ومصبها وعرضها وسمى له كم يمكن فى الارض فهو جائز وان اشترط عليها بالآجر والجص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشترى للآجر والجص فهذا بيع شرط فى الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الآجر والجص من عند المستأجر ولم يسم عدد الآجر فهو فى القياس فاسد لجهالة ما شرط عليه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الآجر وفى الاستحسان هو جائز على ما يعمل الناس لان عدد ما يحتاج الناس اليه لذلك العمل من الآجر معلوم عند أهل الصنعة فيكون كالمشروط وان سمى عدد الآجر وكيل الجص وعرض الطى وطوله فى السماء فهو أوثق لانه عن المنازعة أبعد وان استأجر قوما يحفرون له سردابا لم يجز حتى يسمى طوله وعرضه وقعره فى الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا بذلك وبعد الاعلام اذا عمل بعضهم أكثر من غيره فالاجر بينهم على عدد الرؤوس لان

Marfat.com

استحقاق الاجر يقبل العمل وقد استووا في ذلك ولانه اشتركوا مع عملهم أنه لا بد من تفاوت فى عملهم فكان ذلك رضاء منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت وان لم يعمل واحد منهم لمرض أو عذر فان كان بينهم شركة فى الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم وان لم يكن بينهم شركة فلا أجر له لان استحقاق الاجر بالعمل لا يستحقه من لم يعمل سواء ترك العمل بعذر أو بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم فى حصته تطوعا لان كل واحد منهم يستحق الأجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سمى له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة . رجل تكارى رجلا يحفر له بئرا عشرة أذرع طولا فى عرض معلوم بعشرة دراهم وزعم الحفار أنه شرط أن يحفرها خمسة أذرع طولا ولم يعمل شيئا بعد فانهما يتحالفان لاختلافهما فى مقدار المعقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وان كان قد حفر خمسة أذرع فالقول قول المستأجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ماقال لان الاجير يدعى عليه الزيادة وهو منكر ويحلف الاجير على دعوى المستأجر لانه يدعى عليه حفر خمسة أذرع أخري مما التزمه بالعقد وهو منكر فيحلف على ذلك ويتشاركان فيما بقى ولو قال احفر لي فى هذا المكان فحفر فانتهى الى جبل لا يطاق أي لا يطاق بآلة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ماالتزمه بالعقد والله أعلم بالصواب

باب اجارة البناء

(قال رحمه واذا استأجر الرجل رجلا يبنى له حائطا بالجص والآجر وأعلمه طوله وعرضه وعمقه وارتفاعه فى السماء فهو جائز) لانه عمل معلوم يستأجر عليه عرفا ويقدر الاجير على ايفائه وان سمى كذا كذا ألف آجرة من هذا الآجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه لان المعقود عليه العمل دون الآجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض وفى أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكل مايرتفع من وجه الارض كان العمل أشق ولكنه استحسن (فقال) هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة وبنيان مقدار الآجر والجص يصير الطول والعرض فى الحائط الذى يبنى عليه معلوم عند أهل الصنعة فلو سمى مع ذلك الطول والعرض كان أجود لانه عن الجهالة أبعد وان سمى كذا كذا آجرا ولبنا ولم يسم الملبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس للجهالة ولكنه

Marfat.com

استحسن فقال ان كان مابين ذلك البلد الآجر واللبن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وان كان مختلف فحينئذ يفسد العقد اذا لم يبين فهو قياس النقد فى ذلك واذا استأجر بناء ليبنى له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على مثل ما بنى بالكوفة كل ألف آجرة وأربعة اكرار جص بكذا فهو فى القياس فاسد لان الاساس والسفل أهون من العلو والطاقات أشد من الحائط المستطيل فكان المعقود عليه مجهولا وربما تفضى هذه الجهالة الى المنازعة فالبناء عند العقد لا يعرف مراد صاحب البناء ولكنه استحسن (فقال) صفة البناء معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبنى داره على عادة أهل بلده وأهل محلته وان كان يتكلف التفاوت فهو يسير لا تجزئ المنازعة باعتبار العادة (قال) واجعل الزنابيل والدلاء وآنية الماء على رب الدار للعرف ولان البناء التزم بالعقد العمل وهذه الاشياء ليس من العمل فى شئ فيكون على رب الدار كالآجر والجص ولا طعام على رب الدار فى هذه الاجارة لانه بالعقد التزم الأجر والطعام وراء الأجر ولانه غير معتاد فى تقبل العمل وانما هو معتاد فى استئجار العامل يوما بيوم وان اشترط رب الدار الزنبيل وآنية الماء على المستقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استأجره للعمل باداة نفسه وذلك جائز كاستئجار الخياط ليخيط بابرة نفسه وأما الماء فهو على رب الدار بمنزلة الآجر والجص ولكن على المستقبل أن يسقيه ان كانت فى الدار بئر أو كانت البئر قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المرء على المستقبل ولا فرق بين المرء والزنبيل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيها والى ذلك أشار بقوله لان عمل الناس بالكوفة على ذلك وان تكارى رجلا يعمل له يوما الى الليل فهو جائز فيعمل له من حين يصلى الغداة الى غروب الشمس لانه تكاراه يوما وأول اليوم من طلوع الفجر الثانى الا ان ماقبل الفراغ من الصلاة صار مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل أن يأخذ في العمل وآخر اليوم غروب الشمس بدليل امتداد الصوم اليه (قال) والعمال بالكوفة يعملون الى العصر وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم ولا يكون له أن يترك العمل قبل غروب الشمس الا عن شرط ولو اشترط رب الدار على وضع الجذوع والهوادى وكنس السطوح وتطيينها وسمى ذلك فهو جائز لانه معلوم عند أهل الصنعة وان استأجره ليبنى له باللبن فعلى البناء بل الطين ونقله الى الحائط الا أن يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار اذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالعقد فان كان أراه المكان فلا خيار له

Marfat.com

لالتزامه ذلك القدر من الضرر وان استأجره ليبنى له حائطا بالرهص وشرط عليه الطول والعرض والارتفاع فهو جائز لان العمل بما سمى يصير معلوما عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت والله أعلم بالصواب

باب اجارة الرقيق فى الخدمة وغيرها

(قال رحمه الله واذ استأجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز) لانه عقد متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه وله أن يستخدمه من السحر الا أن تنام الناس بعد العشاء الاخيرة لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتداء الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يبتكر يحتاج الى أن يسرج الخادم ويهيأ أمر طهوره ويرفع فراش نومه ويبسط ثوب تعبده وكذلك الى ما بعد العشاء الاخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا فى زمن طول الليالى ثم يحتاج الى خادم يبسط فراش نومه ويطوى ثيابه ويطفئ السراج فلهذا كان له أن يستخدمه الى هذا الوقت وانما يخدمه كما يفعل الناس فما يكون اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من المماليك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك فى وسط الليل الاستخدام غير متعارف ولا يكون له أن يكلفه ذلك ويكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو بها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه لا يأمن من الفتنة على نفسه أو عليها اذا خلا بها ولكن هذا النهى لمعنى فى غير العقد فلا يمنع صحة الاجارة ووجوب الأجر اذا عمل كالنهى عن البيع وقت النداء واذا استأجر العبد كل شهر بكذا فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهرا وفى قوله الآخر يوما بيوم وقد بينا نظيره وان دفع عبده الى رجل يقوم عليه أشهر مسماة فى تعليم النسخ على أن يعطيه المولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لانه استأجره ليتعلم عنده وتعليم الاعمال معلوم عند أهل الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه فى تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله فى حوائجه واستأجره مدة معلومة بما سمى من البدل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

Marfat.com

فان شرط عليه أن يحذقه فى ذلك فهو غير جائز لان التحذيق ليس فى وسع المعلم فالحاذقة لمعنى فى المتعلم دون المعلم وان أراد أن يدفع عبده الى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد أن يستوثق من الاستاذ فانه يؤاجر الشهر الاول بجميع الاجرة الادرهما وباقى السنة بنفسه حتى اذا أراد الاستاذ فسخ العقد بعد مضي الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الاستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر (قال) وان أراد الاستاذ أن يستوثق جعل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الأخير ببقية الأجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما فى مدة معلومة ببدل معلوم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يخالف الاجرين فيجعل أحدهما دنانير والآخر دراهم فهذا أقرب الى التوثق وانما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لاتصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الاجر واذا دفع غلامه الى عامل ليعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه أجرا أو دفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لي الاجر وقال رب العبد لي الأجر فانى أنظر الى ماتصنع أهل تلك البلاد فى ذلك العمل فان كان المولي هو الذى يعطى الاجر جعلت عليه أجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذى يعطى الاجر جعلت علي الاستاذ أجر مثله للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حمله علي المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه (قال) رضى الله عنه كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العمل الذى يشترط للاستاذ فيه الاجر فى ديارنا عمل المغازل فانه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذى ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الاعمال الذى يفسد المتعلم بعض ماهو متقوم حتى يتعلم فاذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ ولو لم يكن الاجر مسمى عند العقد فيصار الى أجر المثل فاذا استأجر الرجل غلاما فى عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لانه أضاف كلمة كل الى ما لا يعرف منتهاه فيتناول أدناه وكل شهر يستعمله فيه بعد ذلك فله الاجر فاذا دخل من الشهر الثانى يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الاجارة فى ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرجه الا من عذر واذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الاجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه فان لم يفسخها حتي رجع العبد فالاجارة لازمة له فيما بقى من المدة لزوال العذر وقد بينا أن الاجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد فى بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقى من المدة. واذا استأجر

Marfat.com

عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لان كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم ثم الشهر الاول يجب فيه من البدل ماذكر أولا ان كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الاول يجب خمسة لانه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الاول فلا بد من أن يصرف المذكور آخرا الى الشهر الثاني وان استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان بدرهم لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وانما بدأ بتفسيره بالشهرين الاولين بدرهم وان استأجره للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لان خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم لان السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد فان (قيل) هو في ملك منافعه ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر بعبده فلماذى لا يكون له أن يسافر بأجيره للخدمة (قلنا) انما يسافر المولى في منافعه بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبة أجيره وانما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك (ألا ترى) انه يزوج عبده لمالكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا له بالاخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد اخراجه من الكوفة وان استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافر به لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولانه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك الا عن شرط فان سافر به بغير اذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فان ضربه بغير اذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر فقد بيناه في الدابة ان استأجرها انه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج الى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فانها لا تفهم الامر والنهي ولا تتفاوت في السير الا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا وان دفع الاجر عند غرة الشهر الاول الى العبد فان كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الاجر لان حقوق العقد في الاجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للاجر فالدفع اليه كالدفع

Marfat.com

الى أجنبي آخر وان كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو بريء من الاجر لانه هو العاقد واليه قبض البدل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شيء من خدمة البيت وبأمره أن يغسل ثوبه و ن يخيط ويخبز ويعجن اذا كان يحسن ذلك ويعلق على دابته وينزل بمتاعه من ظهر بيت أو يرقى به اليه ويحلب شاته ويستقي له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة ومايكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والحرج مدفوع وليس له أن يقعده خياطا ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقا في ذلك لانه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شيء وليس على المستأجر إطعامه الا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفا ظاهرا فله أن يأمره بخدمة أضيافه لان ذلك من خدمته فالانسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيافه من جملة حوائجه وله أن يؤاجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد عاقل لا ينقاد اذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لا فرق بين أن يستخدمه المستأجر الاول والثاني. وان تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه وانما يستأجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المرأة ان كانت هي المستأجرة فتزوجت فقالت اخدمني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو أظهر بخدمة لزوج عليها فانما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها وان استأجرت امرأة رجلا ليخدمها فهو جائز وأكره أن يخلو بها حرا كان أو عبدا لما فيه من خوف الفتنة واذا استأجر الرجل أمرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت مستحقة عليها دينا ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنهما جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولان الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك أجرا آخر وان سمى وان استأجرها لترضع ولدا له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملا سوى خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها وان استأجرت المرأة زوجها ليخدمها فهو جائز لان خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ الاجارة كالحرة اذا أجرت نفسها للظؤرة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر عليها وكذلك لو استأجرته يرعى غنمها أو يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استأجر الرجل ابنه

Marfat.com

ليخدمه في بيتـه لم يجز ولا أجر عليـه لان خدمـة الاب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويعد من العقوق أن يأخذ الولد الاجر على خدمة أبيه والعقوق حرام وكذلك ان استأجرته الام لان خدمتها أوجب عليـه فانها أحوج الى ذلك وأشفق عليه وان كان أحدهما استأجره ليرعيه غنما أو يعمل غير الخدمة جاز فان ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب فى العرف وان استأجر الابن أباه أو أمـه أو جده أو جدته لخدمته لم يجز لانه منهى عن استخدام هؤلاء لما فيه من الاذلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقـد الاجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو ليستخدم والده ولا الوالدة تخدمه ولكن ان عمل شيئا من ذلك فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان معنى الاذلال فيه أكبر ولأنا لم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غنى عن خدمته أو محتاج اليها فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو فى ذلك كاجنبي آخر ولان خدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وان كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته وان كان الاب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه ليخدمه بطل ذلك ولم يجز لان الابن ممنوع من اذلال أبيه وان كان عبدا ولهـذا يعتق عليه اذا ملكه وفى استخدامه اذلاله ولا يلحقه الذل فى أن يخدم ابنه وليس للمرء أن يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والاب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجز لان خـدمة الاب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين (ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة اذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وسائر الاقارب كما يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما فأن استأجر الذمى أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خـدمة الـكافر لما فيه من معنى الذل وليس للمؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا النهى لمعنى وراء ما به يتم العقد وان استأجر المسـلم ذميا أو مستأمنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغى أن يستخدمه فى أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدى الامانة

Marfat.com

فيه قال الله تعالى لاتتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى الافساد من دينكم والله أعلم بالصواب

باب الاستئجار علي ضرب اللبن وغيره

(قال رحمه الله واذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا فى داره فان كان الملبن معلوما فهو جائز) لان العمل يتفاوت بحسب الملبن فاذا كان مجهولا فهذه الجهالة تفضى الى المنازعة وبعد ما كان معلوما فلامنازعة بينهما فان أسد لبنه المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجر عليه لانه لايصير العمل مسلما الى المستأجر مالم يصر لبنا فما دام على الارض فهو طين لم يصر لبنا بعد (ألا ترى) أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الارض فان أقامه فهو بريء منه اللبان فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لاحتى يجف فاذا جف وأشرح فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبرا فيه العرف واللبان هو الذى يتكلف لذلك فى العادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كاخراج الخبز من التنور وغرف القدور فى القصاع يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار فى الوليمة وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال المستحق عليه يصير الطين لبنا وقد فعل فانه لما أقام من وجه الارض عرفنا أنه صار لبنا وخرج من أن يكون طينا فالطين ينتشر على وجه الارض ولان الاقامة لتسوية أطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفاف ليس من عمل اللبان والتشريح كذلك فانه جمع اللبن وليس بعمل ليخدمه فى العين فهو كالنقل الى موضع البناء وذلك لايستحق علي اللبان * توضيحه أن المستأجر قد ينقل اللبن الي موضع العمل قبل أن يشرحه فلم يكن التشريح من المقاصد لامحالة بخلاف الاقامة فانه لا ينقله الى موضع العمل قبل الاقامة فصار ذلك مستحقا له على اللبان لما عرف من مقصود المستأجر وهذا كله اذا كان يقيم العمل فى ملك المستأجر فاما فى غير ملكه مالم يشرحه ويسلمه الى المستأجر لايخرج من ضمانه حتى اذا فسد قبل أن يسلمه اليه لم يكن له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره فى الخياط والفرق بينما اذا كان يعمل فى بيت نفسه أو فى بيت المستأجر . ولو تكاري خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرجه من التنور وهذا على مذهبهما ظاهر وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبينما سبق فيقول لا بد من اخراج الخبز من التنور فالمستأجر لا يفعل ذلك

Marfat.com

بنفسه عادة ولا يستأجر لاجله غيره بخلاف التشريح بعد اقامة العمل فليس ذلك بمطلوب لامحالة لجواز أن ينقله الى موضع العمل قبل التشريح * توضيحه أن الخبز لو ترك فى التنور يفسد وما يرجع الى الاصلاح صار مستحقا على الخباز وذلك فى الاخراج من التنوروو زانة الاقامة فى اللبن فأما اللبن بعد الاقامة لو ترك ولم يفسد فلا يستحق التشريح علي اللبان الا بالشرط وان استأجره يضرب له لبنا بلبن معلوم ويطبخ له اجرا علي أن الحطب من عند رب اللبن فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم من عند العامل بآلات المستأجر وان أفسد اللبن بعد ما أدخله الاتون وتكسر لم يكن له الاجر لانه لم يفرغ منه بعد فانه ما لم يخرجه من الاتون لم يتم عمله فى طبخ الآجر فما لم يفرغ من العمل لايصير مسلما الى صاحبه ولو طبخه حتى يصح ثم كف النار عنه فاختلف هو وصاحبه فى الاخراج فاخراجه علي الأجير بمنزلة اخراج الخبز من التنور لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر قبل أن يخرجه فلا أجر له لان العمل لايخرجه من ضمانه ما لم يفرغ منه وان أخرجه من الاتون والارض فى ملك رب اللبن وجب له الأجر ويبرأ من ضمانه لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستأجر بكماله وان كان الأتون في ملك اللبان فلا أجر له حتى يدفعه الى صاحبه لانه ما اتصل عمله بملك المستأجر فلا بد من التسليم اليه حقيقة ليخرج من ضمانه واذا شق رجل راوية رجل فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها لم يستوعبها صاحبها لان المائع لا يستمسك الا بوعاء فشق الرواية بمنزلة صب مافيها (ألا ترى) أن قطع حبل القنديل بمنزلة مباشرة الالقاء والكسر فى ايجاب الضمان ولو صب ما فيها كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه تسبب هو فيه متعديا بمنزلة حفر البئر والقاء الحجر فى الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله رجل فشقه آخر فان حمله صاحبه وهو ينظر اليه فهذا رضاء بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به لا يترك استئنافه الا راضيا بصنعه والرضاء بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك وهو ساكت والصغير والكبير فى هذا سواء لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤاخذ به من الافعال كالبالغ واذا شق رواية رجل فلم يسل ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقع وانخرق أيضا فهو ضامن لهما جميعا لانه بمنزلة المباشر يصب ما فى الرواية حين شقها وصب ما فى احدى الراويتين يكون ايقاعا للأخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمساك وهو تسبب منه لالقاء الأخري وهو متعدى

Marfat.com

في هذا السبب فيكون ضامنا إلا أن يكون صاحبه قد مضى وساق بغيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما يحدث بعد ذلك كما لو أمره في الابتداء حين فعل (قال) أرأيت لو شق فيه ثقبا صغيرا فقال صاحبها بئسما صنعت ثم مضى وسانها فزلق رجل بما سال منه أكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا شيء عليه من ذلك لوجود الرضاء من صاحبها حين ساق بعيره ولان فعل الاول قد انتسخ بما أخذ به الثاني من سوق البعير ونحوه وهذه المسئلة ليست من مسئلة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله عند فراغه من هذا الكتاب ذكر هذه المسئلة قياسا في هذا الموضع كيلا يفوت وقد جعل مثله في كتاب البحر حين ذكر بابا من الاجارات في آخر التجزي وقد بينا شرح ذلك ثم ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله زيادة مثله هنا (قال) اذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا الى الليل فهذا باطل الا أن يسمى له قفيزا ولكن يقول على أن يطحن لي يوما الي الليل فحينئذ يجوز وأضاف هذا الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا قبل هذا في الكتاب أنه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وقد جمع هنا بين المدة والعمل ثم أجاب بفساد العقد عندهما فاستدلوا بهذا على رجوعهما الى قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ما هو المقصود من العمل بكماله فعرفنا أن ذكر المدة للاستعجال لا لتعليق العقد به فيبقى العقد على العمل سواء فرغ من العمل في تلك المدة أو لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده في العمل وانما استأجره مدة معلومة وشرط عليه في كل يوم من أيامه عملا لا يدري أيقدر على الوفاء به أو لا يقدر فلا بد من اعتبار المدة تعليق العقد بها والعمل مقصود لا بد من اعتباره أيضا وعند اعتبارهما يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا لان باعتبار المدة المستحق هو الوصف الذي يجد به في المعمول وجهالة المستحق بالعقد مفسد للعقد والله أعلم بالصواب

كتاب أدب القاضي

(قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله امالاء اعلم بان القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات لاجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام اسم الخلافة فقال

Marfat.com

جل جلاله انى جاعل فى الارض خليفة وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال عز وجل ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم)وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت السموات والارض ورفع الظلم وهو ما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر ولاجله بعث الانبياء والرسل صلوات الله عليهم وبه اشتغل الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع ماقلنا الحديث الذى بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن أبى بكر الهذلى عن أبى المليح عن أسامة الهذلى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة وما كتب عمر الى أبى موسى رضى الله عنهما عند الناس يسمونه كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم وقوله أما بعد أى بعد الثناء على الله تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وهذه الكلمة علامة بها يعرف تحول الكاتب الى بيان مقصوده من الكتاب وعد من فصل الخطاب قيل فى تأويل قوله تعالى وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة وفصل الخطاب أما بعد وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل الخطاب البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقوله فان القضاء فريضة محكمة أى مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل فتفسير الحكم هذا بيانه فى قوله تعالى آيات محكمات هن أم الكتاب ومنه يقال بناء محكم والفرض هو التقدير والقطع قال الله تعالى سورة أنزلناه وفرضناها وقوله سنة متبعة أى طريقة مسلوكة فى الدين يجب اتباعها على كل حال فالسنة فى اللغة الطريقة وما يكون متبعا منها فأخذها هدى وتركها ضلالة (قال) فأفهم اذا أدلى اليك الخصمان والادلاء رفع الخصومة الى الحاكم والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهول فى اصابة الحق اذا أدلي اليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا يؤمر كل قاضي لانه لا يتمكن من تمييز الحق من المطل الا بذلك وربما يجرى على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه فاذا فهم القاضى ذلك أنفذه واذا لم يفهم ضاع وانيه أشار في قوله فانه لا ينفع تكلم بحق ولا نفاذ له وقيل المراد استمع الى كلام الشهود وأفهم مرادهم فانهم يتكلون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضى

Marfat.com

إياه ثم قال أسّ بين الناس معناه سو بين الخصمين فالتأسي في اللغة التسوية قال قائلهم

فلولا كثرة الباكين حولى على اخوانهم لقتلت نفسى
وما يبكون مثل أخى ولكن أعز النفس عنهم بالتأسى

وفيه دليل أن على القاضى أن يسوى بين الخصوم اذا تقدموا اليه اتفقت مللهم أو اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما أشار اليه في الحديث فقال فى وجهك ومجلسك وعدلك يعنى فى النظر الى الخصمين والاقبال عليهما فى جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم أحدهما على الآخر وفى عدله بينهما وبالعدل أمر وحكى أن أبا يوسف رحمه الله قال فى مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم انى ماتركت العدل بين الخصمين الا فى حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصرانى على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنى أن آمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحاباة مع خصمه ولكنى رفعت النصرانى الى جانب البساط بقدر ماأمكننى ثم سمعت الخصومة قبل ان أسوى بينهما فى المجلس فهذا كان جورى ليعلم أن هذا من أهم ماينبغى للقاضي أن ينصرف اليه فى العناية لما أشار اليه فى الحديث فقال لا يطمع شريف فى حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فاذا قدم الشريف طمع فى ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس ويصير به متهما بالميل أيضا وهو مأمور بالتحرز عن ذلك بأقصى مايمكنه (قال) البينة على المدعى واليمين على من أنكر وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم على ما قال صلوات الله وسلامه أوتيت جوامع الكلم واختصر لى اختصارا وقد أملينا فوائد هذين الحديثين فى شرح كتاب الدعوى (قال) والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وهذا أيضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل جواز الصلح واشارة الى أن القاضى مأمور بدعاء الخصمين الى الصلح قد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل والصلح خير وذلك دليل النهاية فى الخيرية ويستدل الشافعى رحمه الله بظاهر الاستثناء فى ابطال الصلح مع الانكار (قال) هو صلح حرم حلالا وأحل حراما لان المدعى اذا كان مبطلا فأخذ المال كان حرام عليه والصلح يحل له ذلك

Marfat.com

وان كان محقا فالصلح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك الى تمام حقه كان أخذه حلالا قبل الصلح حرم عليه ذلك بالصلح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصلح أحل له ذلك بالصلح ولكنا نقول ليس المراد هذا وليكن المراد تحليل محرم العين أو تحريم ماهو حلال العين بان وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على أن لا يطأ الاخرى أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه فهذا هو الصلح الذى حرم حلالا أو أحل حراما وهذا باطل عندنا (قال) ولا يمنعك قضاء قضية بالامس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي فى الباطل وفيه دليل أنه اذا تبين للقاضى الخطأ فى قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الاجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغى أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له والى ذلك أشار عمر رضى الله عنه حين ابتلى بالحديث فى الصلاة الحديث الى أن قال كدت ان أمضى في صلاتى استحياء منكم ثم قلت لأن أراقب الله تعالى خير من أن أراقبكم فمن ابتلى بشئ من ذلك فليراقب الله تعالي وهذا ليس فى القاضي خاصة بل هو فى كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين الواعظ والمفتى والقاضي فى ذلك سواء اذا تبين له أنه زل فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل إن زل العالم زل بزلته العالم ولكن هذا فى حق القاضى أوجب لان القضاء ملزم وقوله الحق قديم يعنى هو الاصل المطلوب ولانه لا تنكتم زلة من زل بل يظهر لامحالة فاذا كان هو الذى يظهره علي نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل ثم (قال) الفهم مما يتلجلج فى صدرك وقد بينا تفسير هذه اللفظ وفي تكراره مرة بعد مرة بيان انه ينبغى للقاضى أن يصرف العناية الى ذلك خصوصا اذا تمكن الاستيفاء فى قلبه فانه عند ذلك مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا فيما لا نص فيه من الحوادث واليه أشار فى قوله ما لم يبلغك فى القرآن والحديث وفيه بيان أنه لا ينبغى للمرء أن يتقلد القضاء مختارا الا اذا كان مجتهدا وأقرب ما قيل فى حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا فى القياس عالما بعرف الناس ومع هذا قد ابتلى بحادثة لا يجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة فعند ذلك لا يجد بدا من التأمل وطريق تأمله ما أشار اليه فى الحديث فقال اعرف الامثال والاشباه

Marfat.com

وقس بالامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس حجة فان الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بخلاف مايقوله أصحاب الظواهر ثم (قال) وأعمد الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق فيما نرى وهذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة الى أقرب الاشياء معنى ولكن انما يعتبر السنة في المعنى الذي هو صالح لاثبات ذلك الحكم به ثم (قال) أجعل للمدعى أمدا ينتهي اليه فان أحضر بينة آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه فان ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر وفيه دليل على أن القاضي عليه أن يهمل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى اذا قال المدعى بينتي حاضرة أمهله ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الاول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج الى مدة ليأتي بهم وبعدما أقام البينه اذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضي ليأتي بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعي الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن أثبت حقه وخير الامور أوسطها وقوله فان أحضر بينته آخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه ان كان مراده دعوى الدفع فهو أوضح لانه اذا عجز عن اثبات ما ادعي من الدفع وجه القاضي اليه القضاء ببينة المدعي وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه اذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعي فمعنى قوله وجهت القضاء عليه ألزمته الكف عن أذى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فان ذلك أجلى للعمى لازالة الاشتباه وأبلغ في العذر للقاضي عند من توجه القضاء عليه لانه اذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا واذا لم يمهله انصرف شاكيا منه يقول مال الي خصمي ولم يستمع حجتي ولم يمكني من اثبات الدفع عنده ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو دليل لابي حنيفة رحمه الله على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه اذا لم يطعن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان دينه يمنعه من الاقدام على ما نعتقد الحرمة فيه فيدل على انه صادق في شهادته فالكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم في خطبته عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم قرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الا مجلودا حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة في ارتكاب الكبائر وبظهور ذلك عليه

Marfat.com

تنعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره عنه وقيل المراد المحدود فى القذف وقد ذكره فى بعض الروايات الا مجلودا حدا فى قذف فهو دليل لنا على أن المحدود فى القذف لا تقبل شهادته وان تاب وان العدالة المعتبرة لاداء الشهادة تنعدم باقامة حد القذف عليه كما أشار الله تعالى اليه فى قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ثم قال أو محرما عليه شهادة زور فانه اذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية فى هذه الامانة ومن ظهرت جنايته فى شئ لا يؤتمن على ذلك ولانه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكبر الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين ألا وقول الزور فما زال يقول ذلك حتى قلنا ليته سكت ثم (قال) لو ظننا فى ولاء أو قرابة أي منهما بسبب قرابة أو ولاء وهو الموالات فهو دليل على أن شهادة الوالد لولده لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل فالزوجية من أقوي أسباب الموالاة وهو مما يجعل كل واحد منهما مائلا الى صاحبه وقد أشار الى نفس الولاء والقرابة انهما لا يقدحان في العدالة ولكن اذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل فى معناه اذا ظهر منه الميل الي مولاه وقرابته فى كل حق وباطل حتى يؤثره على غيره وهو تفسير القانع بأهل البيت كما ذكره فى الحديث المرفوع ثم (قال) فان الله تعالى تولى منكم السرائر يعنى أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق الى معرفته حقيقة فان ذلك غيب ولا يعلم الغيب الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة واليه أشار فى قوله ودرأ عنكم بالبينات يعنى درأ عنكم اللوم فى الدنيا والاثم والعقوبة في الآخرة وهو معنى الحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضاء جمرة فادفع الجمر عنك بعودين يعنى شهادة الشاهدين ثم قال اياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار الغضب فالقلق الحدة والضجر رفع الصوت فى الكلام فوق ما يحتاج اليه والقاضى منهى عن ذلك لانه يكسر قلب الخصم به ويمنعه من اقامة حجته ويشتبه على القاضي بسببه طريق الاصابة وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك (قال) والبادى بالناس يعنى اظهار البادين بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملال منهم والمراد البادي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة به اليه فقد يطول أحد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغى للقاضي أن يظهر البادي بذلك مالم يجاوز الحد فاذا تكلم بما يرجع الى الاستخفاف بالقاضي أو يذهب به حشمة مجلس القضاء فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤدبه عليه ثم (قال) والتنكر للخصوم وهو أن يقطب وجهه اذا تقدم اليه

Marfat.com

خصمان فان فعل ذلك مع أحدهما فهو جور منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه (ألا ترى) الي قوله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحس بها على الذخر يعني في مجالس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء البشر وطلاقة الوجه أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه يكفه الله مابينه وبين الناس والى نحوه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله من أخلص سريرته أخلص الله علا نيته ثم قال ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه يسبه يعني اذا راآ بعمله والمرآة مذمومة حرام علي كل أحد وهو في حق القاضي آكد لانه غير محتاج الي ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه يقلد القضاء ليكون خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغي أن يكون أشبه برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المراآة والنفاق وقوله يسبه الله أي يفضحه الله تعالى على رؤس الاشهاد قال النبي صلى الله عليه وسلم من راآ راآ الله به ومن سمع سمع الله به ثم قال فما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزاين رحمته معناه أي ان المرائي بعمله يقصد اكتساب محمد أو منال شيء مما في أيدي الناس ومايفوته به اذا ترك الاخلاص من ثواب الله تعالى فالعاقل اذا قابل ماهو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص بما يطمع فيه من جهة الناس ترجح ما عند الله تعالى لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لايحتسب والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالي ان رحمة الله قريب من المحسنين أي المتقين المخلصين فالحديث من أوله الي آخره دليل على ان للقاضي أن يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال صلي الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقال التقى ملجم وعن عامر قال كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى معاوية رضى الله عنه أما بعد فاني كتبت كتابا في القضاء مالم آلك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام ينبغي له أن يكتب الى عماله في كل وقت يوصيهم وقد كان معاوية رضي الله عنه عامله بالشام فكتب اليه في القضاء بهذا الكتاب وبين أنه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله ثم ان عمر رضى الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بافضل خطك اذا تقدم اليك الخصمان فعليك بالبينة العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضي الذى لايعلم الغيب فمن تمسك

Marfat.com

به سلم له دينه ونال أفضل الحظ من المحمدة فى الدنيا والثواب فى الآخرة فمعنى اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وأدن الضعيف حتى يشتد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي وانما أراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك والقوى يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فعلى القاضى أن يدنى الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب فانك ان لم تعاهده ترك حقه ورجع الى أهله فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه قيل هذا أمر بتقديم الغرباء عند الازدحام فى مجلس القضاء فان الغريب قلبه مع أهله فينبغى للقاضى أن يقدمه في سماع الخصومة ليرجع الى أهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بتعاهد الغرباء وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فاذا لم يخصه القاضي بالتعاهد عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع الى أهله والقاضى هو المسبب لتضييع حقه حين لم يرفع به رأسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستبن لك فصل القضاء وفيه دليل أن القاضي مندوب اليه أن يدعو الخصم الى الصلح خصوصا في موضع اشتباه الامر وبه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصوم كى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن وعن شريح رحمه الله أن عمر رضى الله عنه كتب اليه أن لا يشار ولا يضار ولا يبيع ولا يبتاع فى مجلس القضاء ولا ترتشي ولا تقضى بين اثنين وأنت غضبان أما قوله لا يشار منهم من يروى بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغى للقاضي فى مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في مجلس آخر فانه اذا اشتغل بالمشورة فى مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدرى به وقد وقع مثل هذا لعمر رضى الله عنه في حادثة بيناها فى المناسك والاظهر بالشين لا يشار معناه لا يشار أحد الخصمين لان ذلك يقصر قلب الخصم الاخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن أنه فيما يشار بصابعه على رشوة ولذلك لا يشار غير الخصمين في مجلس القضاء لان مجلس القضاء يجمع الناس ومشارة الاثنين فى مثل هذا المجلس تؤدى الى فتنة الآخرين قال صلي الله عليه وسلم اذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان ذلك يحرفه وقوله لا يضار من الضرر أى لا يقصد الاضرار بالخصوم فى تأخير الخروج ولا ينغص الخصوم في استعجاله ليعجز عن اقامته حجته وفي رفع الصوت عليه أو فى أخذه يسقط من كلامه ان زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل

Marfat.com

أحد عن مراعاة جميع الحدود فى الكلام فاذا لم يعرض القاضى عن بعض مايسمع كان ذلك منه مضارة والقاضى منهى عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء فى مجلس القضاء لان بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولانه مجلس اظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغى أن يخلط به شيئا من عمل الدنيا وقوله لا يرتشى المراد الرشوة فى الحكم وهو حرام قال صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشي فى النار ولما قيل لابن مسعود رضي الله عنه الرشوة فى الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان ترشو من تحتاج اليه امام حاجتك وفى قوله ولا تقضي بين اثنين وأنت غضبان دليل على أن القاضي ينبغى أن لا يشتغل بالقضاء فى حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فانه مأمور بان يقضى عند اعتدال حاله ولهذا ينهى عن القضاء اذا كان جائعا أو كظيظا من الطعام أو كان يدافع الاخبثين لانه ينعدم به اعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم اعتدال الحال وربما يجري على لسانه فى غضبه ما لا ينبغى أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغى أن يراه الناس على تلك الصفة أو اذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن اظهار حقه بالحجة خوفا منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن مابه وهذا اذا كان يعتريه ذلك فى بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التى قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم انها تعترى خيار أمتى فلا يكف عند ذلك عن القضاء لانه يلتبس به عقله ويشتبه عليه وجه القضاء بخلاف مايعتريه من الغضب فى بعض الاوقات وعن عمر رضى الله عنه أنه دعا قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضى قال أقضي بما في كتاب الله تعالى قال فاذا لم تجد فى كتاب الله تعالى قال أقضى بما قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفيه دليل علي أنه يجوز أن يقلد القضاء من هو حديث السن اذا كان عالما فقد كان عمر رضى الله عنه أكثر الناس نظرا فى ذلك ثم قلده مع حداثة سنه وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة قاضيا وأميرا وكان حديث السن ويحكى أن المأمون قلد يحيى بن اكثم قضاء البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطعن بعض الناس في ذلك لحداثة سنه فكتب اليه المأمون كم سن القاضى فكتب فى جوابه أنا على سن عتاب بن أسيد حين ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضى الله عنه بلغه مثل هذا الطعن فى مثل هذا القاضى لحداثة سنه فامتحنه بالعلم فقال بم تقضى قال أقضى بما فى كتاب الله تعالى وأصاب فى ذلك لان كتاب الله تعالى امام

Marfat.com

المتقين انزل للعمل به قال فاذا لم تجد فى كتاب الله قال أقضى بما قضي به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصاب فى ذلك أيضا قلنا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة وقد أمرنا باتباعه والاقتداء به قال فاذا لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أقضى بما قضي به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وقد أصاب فى ذلك أيضا فقد أمرنا بالاقتداء بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتدوا باللذين من بعدى أبى بكر وعمر رضي الله عنهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتى وسنة خلفاء الراشدين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ قال فاذا لم تجد ذلك فى قضائهم قال اجتهد رأيي وأصاب فى ذلك فالقاضى مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لا نص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لا نص فيه فاجتهاد الرأى هو القياس يرد حكم الحادثة الى أشباهها مما هو منصوص واذا جاز اجتهاد الرأى فى باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الادلة وفى المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضاء فلما أصاب فى جميع ما أجاب قال له عمر رضى الله عنه أنت قاضيها أي أنى لا أعزلك عن القضاء ما دمت على هذه الطريقة وفيه دليل أن الامام اذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغى أن يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المتعنتين ما لم يتبين له شئ مما لا يحمد من السيرة منه وعن أبى مسعود رضي الله عنه قال لقد أتي علينا زمان لسنا نسأل ولسنا هنالك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر مايرون قيل هذا اشارة منه الى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان الوحى ينزل وكان عليه الصلاة والسلام يبين لهم فكانوا لا يحتاجون فيه الى ابن مسعود رضى الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة الى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم متوافرين فى ذلك الوقت وما كان يحتاج الى ابن مسعود رضى الله عنه وقيل هذا منه اشارة الى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه من تلك الدرجة الى مابلغه اليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله أربعة آلاف تلميذ يتعلمون بين يديه حتى روى أنه لما قدم على رضى الله عنه الكوفة وخرج اليه ابن مسعود رضى الله عنه مع أصحابه حتى سدوا الافق فلما رآهم على رضى الله عنه قال ملأت هذه القرية علما وفقها قال فمن ابتلى منكم بقضاء فليقض بما فى كتاب الله تعالى وفى هذا اشارة الى ان التحرز عن تقلد القضاء أولى فقد عده ابن مسعود رضى الله عنه من البلوى بقوله فمن ابتلى منكم وهو اختيار أبى حنيفة رحمه الله فانه تحرز

Marfat.com

عن تقلد القضاء بعد ماحبس وضرب لاجله مرارا حتى قال بعض أصحابه رحمهم الله لو تقلدت نفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب وقال لو أمرت أن أقطع البحر سباحة اكنت أقدر على ذلك وكانى بك قاضيا ومن اختار تقلد القضاء قال هذا اللفظ من البلاء الذى هو نعمة قال الله تعالى وليبلى المؤمنين منه بلاء حسنا وانما أراد من أنعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة فليقض بما فى كتاب الله تعالى وبذلك كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله تعالى وعترتى وقيل أهل بيته الاقربون والابعدون فان تمسكتم بهما لم تضلوا قال فان لم يجد ذلك فى كتاب الله تعالى فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وبذلك كان يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لابى رواحة رضى الله عنه فى حادثة أما كان لك فىّ أسوة فقال أنت تسعى في رقبة قد فكت وأنا أسعى فى رقبة لم يعرف فكاكها فقال صلى الله عليه وسلم انى لا أرجو أن أكون أخشاكم لله قال فان لم يجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى الصالحون يعنى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما كما جاء في الحديث اذا ذكر الصالحون فحيهلا بعمر قال فان لم يجد فليجتهد رأيه ولا يقولن انى أرى وانى أخاف وفيه دليل على أن للقاضى أن يجتهد فيما لا نص فيه وانه لا ينبغى أن لا يدع الاجتهاد فى موضعه لخوف الخطأ فان ترك الاجتهاد فى موضعه بمنزلة الاجتهاد فى غير موضعه فكما لا ينبغى له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغى له أن يدع الاجتهاد فيما لا نص فيه ثم بين طريق الحق فى ذلك بقوله فان الحلال بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الحسن رحمه الله وفيه بيان أن المجتهد اذا لم يترك الاحتياط فى موضع الريبة فهو مؤدى لما كلف أصاب المطلوب باجتهاده أو أخطاء وهو ما نقل عن أبى حنيفة رحمه الله كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد أى مصيب فى طريق الاجتهاد ابتداء وقد يخطى انتهاء فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه معذور في ذلك لما أتى بما فى وسعه وذكر عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثنى الى اليمين بم تقضي يامعاذ قلت بما فى كتاب الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام فان لم تجد ذلك فى كتاب الله تعالى قلت أقضى بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فان لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت أجتهد رأيى فقال صلوات الله عليه وسلامه

Marfat.com

الحمد لله الذى وفق رسول رسوله وفيه دليل على أن الامام اذا أراد أن يقلد الانسان القضاء ينبغى له أن يجربه فان رسول الله صلي الله عليه وسلم لما فعل ذلك بمعاذ رضي الله عنه مع انه كان معصوما فغيره بذلك أولى فكان هذا منه على وجه التعليم لامته ثم حمد الله تعالى حين ظهر من التجربة كما تفرس فيه وهكذا ينبغى للامام اذا بلغه عن عامل له ما يرضى به ان يعد ذلك نعمة من نعم الله تعالى عليه فليقابلها بالشكر وفيه دليل جواز اجتهاد الرأى والعمل بالقياس فيما لا نص فيه من العلماء رحمهم الله من يقول جواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلي الله عليه وسلم وما كان يجوز ذلك فى حياته لان الوحى كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون الى الاستنباط فى ذلك الوقت والحكم يثبت بالنص مقطوعا به فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة والصحيح عندنا ان كان ذلك جائزا لهم فى حياته صلي الله عليه وسلم كما بعده وحديث معاذ رضى الله عنه يدل عليه فان لم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم فى قوله بين يديه اجتهد رأيي ولما قال لعمرو بن العاص رضى الله عنه أقض بين هذين قال أقضي وأنت حاضر أو جالس قال صلى الله عليه وسلم نعم قال علي ماذا إقضى قال صلى الله عليه وسلم على أنك إن اجتهدت فاصبت فلك أجران وان اخطأت فلك أجر واحد فقد جوز له صلى الله عليه وسلم الاجتهاد بحضرته وقد كان يشاورهم (ألا ترى) أنه شاورهم فى أساري بدر وأشار أبو بكر رضى الله عنه بالفداء وأخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور السعدين رضى الله عنهما يوم الاحزاب فى صلح بنى فزارة على بعض ثمار المدينة وأخذ بما أشارا به ولما أشار اليه أسيد بن خطير فى النزول عند الماء يوم بدر أخذ برأيه فى ذلك وكان صوابا وينبنى علي هذا الفصل الاختلاف بين العلماء رحمهم الله فى أنه صلى الله عليه وسلم هل كان يجتهد فيما لم يوح اليه فيه فمنهم من يقول كان ينتظر الوحى وما كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم كان يجتهد وما كان يقر على الخطأ بيانه أنه لما شاور أبا بكر وعمر رضى الله عنهما فى حادثة قال صلي الله عليه وسلم قولا فانى فيما لم يوح الى مثلكما وقال صلى الله عليه وسلم للخثعمية أرأيت لو كان علي أبيك دين أكنت تقضيه فقالت نعم قال صلي الله عليه وسلم فدين الله أحق وهذا قول بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضى الله عنه في القبلة أرأيت لو تمضمت بماء ثم مجته أكان يضرك وقال صلى الله عليه وسلم في بيان حرمة الصدقة على بنى هاشم أرأيت لو تمضمضت بماء أكنت شاربه فهذا ونحوه دليل أنه كان يقضي باجتهاده وما كان يقر على الخطأ فقضاؤه يكون

Marfat.com

شريعة والخطأ لايجوز أن يكون أصل الشريعة فعرفنا أنه ما كان يقر على الخطأ وبيان ذلك في قوله تعالى عفى الله عنك لم أذنت لهم الآية وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال اذا كان في القاضي خمس خصال فقد كمل وان كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة وان كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان وهذا عبارة عن النقصان والوصم كسر يسير وفوقه القصم ونظيره القنص بالانامل وفوقه القبض باليد وفوقه الأخذ وهو التناول قال فقال قائل ماهي ياأمير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو اشارة الي ما بينا في حق المجتهد قال ونزهة عن الطمع وهو مأخوذ من النزاهة فمن يتحرز عن شئ يقال هو يتنزه عن كذا والاظهر وتزهد عن الطمع من الزهادة فكل الفتنة للقاضي في طمعه فيما في أيدي الناس ولما امتحن عليا رضي الله عنه قاضيا قال له بم صلاح هذا الأمر قال بالورع قال فبما فساده قال بالطمع قال حق لك أن تقضي فينبغي للقاضي أن يكون منزها عن الطمع ليأمن الفتنة ويخلص عمله لله تعالى قال وحكم عن الخصم يعني ان يحكم في بعض مايسمع من الخصوم مع قدرته على منعه وهو معنى قول عمر رضي الله عنه لايصلح لهذا الامر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف قال واستخفاف باللائمة معناه لاينبغي للقاضي فيما يفصل من القضاء أن يخاف اللائمة من الناس فانه اذا خاب ذلك يتعذر عليه القضاء بالحق والى ذلك أشار الله تعالى في قوله ولايخافون لوم تلائم وهذا لانه لابد أن ينصرف أحد الخصمين من مجلسه شاكيا يلوم القاضي مع أصدقائه علي ما كان منه واليه أشار شريح رحمه الله حيث قيل له كيف أصبحت قال أصبحت وشطر الناس على غضبان فاذا تفكر القاضي واشتغل بالتحرز عن اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة أولى الرأى وفيه دليل على ان القاضي وان كان عالما فينبغي له أن لا يدع مشاورة العلماء وقد كان رسول الله صلي الله عليه وسلم اكثر الناس مشاورة لاصحابه رضي الله عنهم يستشيرهم حتي في قوت أهله وإدامهم قال صلى الله عليه وسلم المشورة تلقح العقول وقال صلى الله عليه وسلم ماهلك قوم عن مشورة قط وكان عمر رضي الله عنه يستشير الصحابة رضوان الله عليهم مع فقهه حتى كان اذا رفعت اليه حادثة قال ادعوا الي علياوادعوا الى زيد بن أبي كعب رضي الله عنهم فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا أنه لاينبغي للقاضي أن لايدع المشاورة وان كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على مابينا ان الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه وبين

Marfat.com

فصل القضاء ويكون سببا لازدراء بعض الجهال به وعن مسروق قال لان أقضى يوما بالحق أحب الى من ان أرابط سنة فان مسروقا ممن يقدم تقلد القضاء على الامتناع عنه وقد كان السلف رحمهم الله فى ذلك مختلفين وابتلى مسروق بالقضاء ومن دخل فى شئ فانما يروي محاسن ذلك الشئ وقد بينا طريق أبى حنيفة رحمه الله في ايثار التحرز عن تقلد القضاء وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق أحب الى من أن أرابط سنة لما فى اظهار الحق من المنفعة للناس ودفع الظلم عن المظلوم واتصال الحق الى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله عدل ساعة خير من عبادة سنة وقال صلى الله عليه وسلم لان يقام حد فى أرض خير من أن تمطر السماء فيها أربعين صباحا وعن على رضى الله عنه قال القضاة ثلاثة فاثنان فى النار وواحد في الجنة فأما الذان فى النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل يقضي بغير علم وأما الآخر أتاه الله علما فقضي به فذلك فى الجنة ولا شبهة فى حق من قضى بخلاف ماعلم فانه أقدم على النار عن بصيرة وكتم ماعلم من الحق فكان فعله كفعل رؤساء اليهود وفيه نزل قوله تعالى عز وجل ان الذين يكتمون ماأنزلنا من البينات وقال الله تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وأما الجاهل فما كان ينبغى له أن يتقلد القضاء ويلتزم اداء هذه الامانة لانه لايقدر على ادائها الا بالعلم ففى التزام ما لا يقدر على القيام به ظلم نفسه وبعد التقلد لاضرورة له الى القضاء بغير علم لتمكنه من أن يتعلم أو يسأل العلماء ويقضى بفتواهم فلهذا جعله فى النار حين قضى بغير علم والذى قضى بعلمه أظهر الحق بحكمه وأنصف المظلوم من خصمه فهو فى الجنة ومثل هذا لا يعرف الا بالرأى فانما يحمل على أن عليا رضى الله عنه كان سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن أبى مسعود رضى الله عنه قال يجاء بالقاضى يوم القيامة وملك أخذ بقفاه ثم يلتفت فاذا أقبل أدفعه دفعة فى مهواة أربعين خريفا وأهل الحديث يروون هذا الحديث يجاء بالقاضى العدل يوم القيام ليعلم أن حال من يعدل اذا كان بهذه الصفة فما ظنك فى حال من يجور فى قوله وملك آخذ بقفاه اشارة الى مايلقى من الذل يوم القيالة وان كان عادلا فى قضائه فى الدنيا فانما يفهم من الاخذ بالقفاء في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل فى تأويله أنه وان كان عادلا فقد نال بعض الوجاهة فى الدنيا بسبب تقلد القضاء فلهذا له في الآخرة لمانال من الجاه فى الدنيا بطريق هو طريق العمل للآخرة ومعناه قوله أدفعه فى مهواة أربعين خريفا أى

Marfat.com

دفعه على وجهه في النار كما قال الله تعالى يوم يسحبون فى النار على وجوههم وكان المراد من هذا أن من نافق وأظهر مايعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماء وجهه يلقى فى النار على وجهه ولا يستقر الا في قعر جهنم هو المراد من قوله فى مهواة أربعين خريفا وهذا بيان في قوله تعالى ان المنافقين فى الدرك الاسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتلي أن يقضي بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والحصاف رحمه الله يروى هذا من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحرز عن طلب القضاء والتحرز عن التقلد فكل عاقل ممتنع من أن يذبح نفسه بغير سكين فينبغى أن يكون تحرزه عن طلب القضاء بتلك الصفة فذكر المثل من النبي صلى الله عليه وسلم كان للتقريب من الفهم (قال) رحمه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول لا ينبغى لاحد أن يزدرى بهذا اللفظ كيلا يصيبه ماأصاب ذلك القاضى فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدرى به وقال كيف يكون هذا ثم دعا فى مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فأصابه الموسى فالقى رأسه بين يديه قال ومن ابتلى أن يقضى بين اثنين فلينصفهما فى الكلام والنظر ولا ينبغى له أن يرفع صوته على احدهما مالا يرفع على الآخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر به للقاضي من التسوية وعن عامر أن أبى بن أبى كعب وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما اختصما فى شئ فحكما زيد ابن ثابت رضى الله عنه فأتياه فى منزله قال زيد رضى الله عنه هلا أرسلت الىّ يا أمير المؤمنين قال عمر رضى الله عنه في بيته يؤتى الحكم وفى هذا بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة ولا يظن كل واحد منهم سوى الجميل وانما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم ويتقدمون الى القاضى لطلب البيان لا للقصد الى التلبيس والانكار ولهذا كان القاضى يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكما زيد ابن ثابت رضى الله عنه وانما حكماه لفقهه فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك حتى روى أن ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف اليه وأخذ بركابه لما أراد أن يركب وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا فقبل زيد رضى الله عنه يده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا وفيه دليل علي أن الامام لا يكون قاضيا فى حق نفسه فعمر رضى الله عنه فى خصومة حكم زيد ابن ثابت رضى الله عنه وفيه دليل علي أن من احتاج الى العلم ينبغى له أن يأتى العالم فى منزله وان كان وجيها فى الناس ولا يدعوه الى نفسه فان وجاهته بسبب الدين فيبقى ذلك له اذا عظم الدين والذهاب

Marfat.com

الى منزل العالم عند الحاجة الى علمه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضى الله عنه قال هلا أرسلت الى ياأمير المؤمنين قال فى بيته يؤتى الحكم وتأويل استعظام زيد رضى الله عنه أنه خاف فتنة علي نفسه بسبب الوجاهة حين أتاه عمر رضى الله عنه فى منزله وظن أنه أتاه زائرا وماأتاه محكما له راغبا فى علمه فلهذا استعظم ذلك (ألا ترى) ان عمر رضى الله عنه بين له انه أتاه للتحكيم فقال فى بيته يؤتى الحكم وأتى زيد لعمر رضى الله عنهما بوسادة وكان هذا منه امتثالا لما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله اذا أتاكم كريم قوم فاكرموه وقد بسط رسول الله صلى الله عليه لعدى بن حاتم رداءه حتى أتاه ولكن عمر رضى الله عنه لم يستحسن ذلك منه فى هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه وما كان ذلك يخفى علي زيد رضى الله عنه ولكن وقع عنده ان الحكم فى هذا ليس كالقاضى وان الخليفة فى هذا ليس كغيره فبين له عمر رضى الله عنه ان الحكم فى حق الخصمين كالقاضى (قال) وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال لابى ابن كعب رضى الله عنه لو أعفيت امير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضى الله عنه لا ولكن احلف فترك له ابى رضي الله عنه ذلك واهل الحديث يروون ان عمر رضى الله عنه قال لزيد رضى الله عنه وهذا ايضا يبين ان على الحكم أن يتحرز عن الميل الى احد الخصمين صريحا ودلالة وان مجلس الشفاعة غير مجلس الحكومة ثم فيه دليل على انه لا بأس للمرء ان يحلف اذا كان صادقا فقد رغب عمر رضى الله عنه فى ذلك مع صلابته فى الدين وان تحرز عن ذلك فهو واسع له ايضا كما روى ان عثمان رضي الله عنه امتنع عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يمينى فيقال اصبت بذلك ففيه دليل ان اليمين حق المدعي قبل المدعي عليه يستوفى بطلبه ويترك اذا ترك (ألا ترى) أن أبيا رضي الله عنه ترك له ذلك وبيان هذا فيما قاله رسول الله صلي عليه وسلم للمدعى ألك بينة فقال لا فقال صلي الله عليه وسلم ألك يمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا أحسد الا فى اثنين رجل اتاه الله مالا فهو ينفقه فى طاعة الله ورجل أتاه الله علما فهو يعلمه ويقضى به ومعناه الحسد يضر الا في الاثنين فيكون فى ذلك بيان ان الحسد مذموم يضر الحاسد الا فيما استثناه فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد فى الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمودة فمعنى الحسد هو ان يتمنى الحاسد ان تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ومعنى الغبطة ان يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير ان يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عنه وهذا فى أمر الدنيا غير مذموم ففى أمر الدين

Marfat.com

أولى أن يكون محمودا والذي ينفق ماله في طاعة الله تعالى يكتسب الآخرة بدنياه والذى يعلم ويقضى به بالحق يكتسب المحمدة فى الدنيا والثواب فى الآخرة فمن يتمنى لنفسه مثل ذلك يكون محمودا على هذا المعنى فاما الحسد المذموم فهو ماقيل الحاسد جاحد لقضاء الواحد فهو أن يتكلف لذهاب ذلك عنه ويعتقد ان تلك نعمة فى غير موضعها واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لاينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل وما المخلص من ذلك فقال صلى الله عليه وسلم اذا حسدت فلا تبغ أى لا تتكلف لازالة النعمة عن المنعم عليه واذا ظننت فلا تحقق واذا نظرت فلا ترجم وعن سوار بن سعيد قال شهدت أنا ورجل عند شريح رحمه الله بشهادة ففيه صاحبي عن حجته أي عجز عن اظهار حجة وغفل عن ذلك فقلت له أتفسد شهادتى ان أعربت عنه فقال لافاعربت عنه فقضي له وانما قال هذا لان من يكون خصما فى حادثة لاتقبل شهادته فى تلك الحادثة فخاف إن أظهر حجته صاحبه أن يجعله خصما ويفسد شهادته فبين له شريح رحمه الله انه لايصير خصما بهذا القدر اذالم يوكله صاحبه به بل هو متبرع بما يظهر من حجة صاحبه وليس فيه أكثر من أن يعين المدعى وما حضر مجلس القاضى الالتعيين المدعى وتوصله الى حقه فلا يفسد بشهادته وعن سوار قال اختصم قوم عند شريح رحمه الله فذكرت له ذلك فقال مارآه فهم وسأذكر ذلك له الليلة فذكر ذلك له فقال مافهمت فرهم أن يرجعوا لى فرجعوا اليه فقضي لهم وفيه دليل على انه ينبغى لمن وقف على خطأ القاضي فى قضائه أن يفهمه ولا يجاهره بذلك مراعاة لحشمته ولكنه يأمر أقرب الناس منه ليخبره بذلك في حال خلوته وفيه دليل ان القاضى اذا تبين له خطأ فى قضائه ينبغى له أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستيحاء عن الناس من ذلك ولا الخوف فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لايحفظونه من عذاب الله تعالى وعن مكحول قال لان أكون قاضيا أحب الى من أن أكون خازنا يعنى أن خازن بيت المال عامل للمسلمين والقاضى كذلك الا ان الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضى يحفظ عليهم دينهم وتمكن الخازن من المال خوف الفتنة على نفسه بسببه أكثر من تمكن القاضى فلهذا آثر القضاء وقد بينا ان المتقدمين فيه من كان يؤثر تقلب القضاء على الامتناع منه وعن شريح رحمه الله قال ماشددت على لهواة خصم أي مامنعته من اظهار حجته وماقويت أحد الخصمين على الآخر بتلقين شئ قط ولهذا بقى فى القضاء مدة طويلة وعن على رضي الله عنه أنه أضاف رجلا فلما مكث اياما

Marfat.com

قرب اليه فى خصومة فقال له على رضى الله عنه أخصم أنت فقال نعم فقال علي رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه وفيه دليل أنه لا بأس للامام أن يخص بعض الناس بالضيافة اذا لم يكن له خصومة وانه لا ينبغى له أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لان ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعا لان تهمة الميل تنتفى عنه اذا سوى بينهما وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص رضى الله عنه اقض بين هذين قال أأقضى وأنت حاضر أو جالس قال صلوات الله عليه وسلامه نعم قال على ماذا أقضى قال سلام الله عليه على انك ان اجتهدت فاصبت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لاهل السنة رحمهم الله المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى ففهمناها سليمان والفهم هو اصابة الحق فقد خصه بذلك ففيه دليل على انه معذور وان أخطأ وهذا اذا لم يكن طريق الاصابة بينا وهو مثاب على اجتهاده فان أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب اظهار الحق بجهده وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فلك عشر حسنات وان أخطأ فله حسنة على اجتهاده اذا كان مصيبا في طريق الاجتهاد وان لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمران بن حصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالي مع القاضى مالم يحف عملا يشدده للحق مالم يرد غيره وهذا فى كل عامل يبتغى بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه على ذلك ويوفقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضى الله عنه لا تسأل الامارة فانك ان تعطيها عن مسئلة وكلت اليها وإن أعطيتها عن غير مسئلة أمنت عليها ثم هذا الوعد للقاضى مالم يظلم عمدا فالحيف هو الظلم فاذا اشتغل به كله الله الي نفسه وكذلك اذا أراد بعمله غير الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن الله عزوجل أنا أغنى الشركاء عن الشركة فمن عمل لى عملا وأشرك فيه غيرى فهو كل لذلك الشريك وانا منه برئ قال وينبغى للقاضى أن ينصف الخصمين فى مجلسهما وفى النظر اليهما وفي المنطق أى يسوى بينهما فالانصاف عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة ففى كل ما يتمكن من مراعاة التسوية فيه فعليه ان يسوى بينهما في ذلك الا مالا يكون فى وسعه الامتناع منه من النهى فعليه أن يظهر حجة أحدهما فهو غير مأخذ بذلك لما روى أن النبي صلي الله عليه وسلم كان يستوى فى القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا فى

Marfat.com

أماملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك يعني من الميل بالقلب الى عائشة رضى الله عنها ولا ينبغي أن يرفع صوته على أحدهما مالا يرفعه على الآخر لان التسوية بينهما فى ذلك ممكنة وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه تجر تهمة اليه وهو مكسر القلب من يرفع صوته عليه ولا ينطلق بوجهه الى أحدهما فى شئ من المنطق ما لا يفعله بالآخر لانه يزداد به قوة وجراءة على الخصم ويطمع أن يميل بالرشوة اليه ولا ينبغي له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه حجته فان ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضيا وخصما منافاة وهو مكسر لقلب الخصم وسبب لجر تهمة الميل اليه وهو انشاء الخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لالأنشائها وينبغي له أن لا يشترى شيئا ولا يبتع في مجلس القضاء لنفسه لانه جلس للقضاء فلا يخلط به ماليس من القضاء ومعاملته لنفسه فى شئ ولان الانسان فيما يبيع ويشترى عاكس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ويضع من جاهه بين الناس وفى قوله لنفسه اشارة الى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك فى مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون فان ذلك من عمل القضاة وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك فى مجلس القضاء يكون أبعد عن التهمة منه اذا باشره فى غير مجلس القضاء ولا بأس بأن يبيع ويشترى لنفسه فى غير مجلس القضاء عندنا ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضى ويروون فى ذلك حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة أن الناس يسامحون فى المعاملة مع القضاء بين أيديهم خوفا منهم أو طمعا فيهم فيكون من هذا الوجه فى معنى من يأكل بدينه والمقصود يحصل اذا فوض ذلك الى غيره ليباشر علي وجه لا يعلم أنه يباشر ولكنا نقول نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلي الله عليه وسلم الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاء والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم حتى ان أبا بكر رضى الله عنه بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله الى السوق ليبيعه ولانه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله الى ماكان محتاجا اليه قبل التقلد وبأن تقلد هذه الامانة لا يمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المساحة موهومة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك اذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي فى كل وقت فأما اذا كان ذلك من عادته فقلما يسامح فى ذلك فوق مايسامح به غيره وتأويل النهي ان صح فى مجلس القضاء ولا يسار أحد الخصمين بشئ لان ذلك يجر اليه تهمة الميل وينكسر بسببه قلب الآخر

Marfat.com

وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء فلا ينبغي أن يشتغل به واذا تقدم اليه الخصمان فهو بالخيار ان شاء ابتدأهما فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدآه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذي يبتدئ بالكلام لان القاضي اذا ابتدأهما كان ذلك منه تهيجا للخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لتهييجها ولكنا نقول الرأي في ذلك اليه فحشمة مجلس القضاء قد تمنعهما من الكلام مالم يبتدئ القاضي بالكلام فاذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتدئ فيقول مالكما وماتقدم اليه الا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهييجا للخصومة ولكن لا يكلمهم بشيء آخر سوى ماتقدم لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ولهذا لا يسلمان عليه اذا تقدم بين يديه مع أن السلام سنة فان تكلم صاحب الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانه اذا تكلما معا لا يتمكن من أن يفهم كلام كل واحد منهما قال الله تعالى ماجعل الله لرجل من قلبين في جوفه ولان تكلمهما ممانوع شغب وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء قال ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر وظاهر هذا اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعي ذلك واختيار بعض القضاة انه لا يفعل ذلك الا عند سؤال المدعي ولكنه اذا نظر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصحح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب وان صحت الدعوى قال أخبرتني فماذا أصنع فان قال أريد جوابه فسأله عن ذلك حينئذ يستنطق الآخر والأصح عندنا انه يستنطق الآخر وان لم يلتمس المدعي ذلك لانه ماتقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتمسا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك الي التماس الآخر فان سأله فاقر بحقه أمره بالخروج من حقه وان أنكر قال للمدعي سمعت انكاره أوهو منكر فماتقول فاذا قال حلفه يطلب المدعي بعد ان سأله بينة ولا يسأله ذلك مالم يطلب يمينه لانه نوع تلقين ولا ينبغي للقاضي أن يلقن أحد الخصمين حجته ولكن اذا طلب يمينه فحينئذ جاء أوان الاستحلاف اذا لم يكن للمدعي بينة حاضرة فسأله عند ذلك ألك بينة ولا ينبغي للقاضي أن يقضي الا وهو مقبل على الحجج مفرغ نفسه لذلك لان القضاء أمر مهم فلا يتمكن من النظر فيه ومباشرته لما التزم ما لم يفرغ نفسه لذلك عن سائر الاشغال فاذا دخله هم أوغضب أونعاس كف عن ذلك حتى يذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بما دخله فالهم يغلب على القلب حتى لا يجد شيئا آخر معه فيه مساغا والغضب كذلك والنعاس كذلك فالناعس لا يفهم بعض مايذكر عنده (ألا ترى) ان النبي صلى الله عليه

Marfat.com

وسلم قال اذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد فلا يدرى لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضاء وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حجتهم لان الاستعجال يضر بالخصم كما ان ترك النظر فيما يقيم من الحجة يضر به فكل واحد منهما من نوع الشر والاضرار وقد روينا ان القاضي لا يشار ولا يضار قال ولا يخوفهم فان الخوف مما يقطع حجة الرجل يعنى ان الخائف يعجز عن اظهار حجته وينبغى أن يكون القاضي مهيبا يحتشم منه ولكن لا ينبغى أن يكون مخيفا للناس يخافونه فان ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل فى ذلك ما روى ان النبي صلي الله عليه وسلم صلى صلاة الفجر بمسجد الخيف فرأى رجلين لم يصليا معه فقال على بهما فأتى بهما وفرائصهما ترتعد فقال صلى الله عليه وسلم لا تخافا فانما أنا ابن امرأة من قريش كانت تأكل القديد الحديث فان (قيل) أليس انه ذكر فى سيرة عمر رضى الله عنه ان الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضى الله عنهما لم لم يذكر قولك فى القول لعمر فقال كان رجلا مهيبا فهبته أو قال خفت درته (قلنا) هذا لا يكاد يصح فان عمر رضي الله عنه كان ألين من غيره فى قبول الحق وكان يشاورهم وربما كان يقدم قول ابن عباس رضى الله عنهما فى الأخذ عند الشورى علي قول بعض الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم ثم كون القاضى مهيبا غير مذموم عندنا وانما المذموم أن يتكلف لتخويف الخصوم اذا قدموا بين يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولا عن غيره وان كان خيرا للقاضى أن يقعد عنده أهل الفقه فيقعدوا عنده فربما يحتاج الى ان يستشيرهم وقد روينا ان عمر رضى الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفى عليه بعض ما يقف عليه غيره من اهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج الى ان يشهدهم فيكون اهل الفقه والصلاح عنده من نوع الاحتياط فان دخله حصر فى قعودهم عنده أو شغله ذلك عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده لان طباع الناس فى هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء مما يريده من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فاذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة الفقهاء جلس وحده ولكن انما يتمكن من ذلك اذا كان معروفا بالفقه والعدالة فبالفقه يؤمن غلطه وبالعدالة يؤمن جوره ولا ينبغى للقاضى ان يتعب نفسه فى طول الجلوس لان بذلك يزول اعتدال الحال وقد بينا أنه لا ينظر فى الحجج الا عند اعتدال الحال قال فانى اتخوف عليه ان يضر ذلك بنظره فى الحجج والخصوم يعنى اذا أتعب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض

Marfat.com

الخصوم وهـذا أيضا فى المدرس كذلك واليه أشار النبي صلى الله عليه وسـلم في قوله أن النفس تمل كما تمل الابدان فابتغوا لها طرائف الحكمة وان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذ أمل من بيان أنواع العلم قال لاصحابه اخصموا أي خوضوا فى ديوان العرب فتذكرا شيئا من الملح قال ولكنه يعقد في طرفى النهار أو ما أطاق من ذلك لان عمل القضاء عبادة فالاولى أن يجلس له فى طرفى النهار قال الله تعالي وأقم الصلاة طرفى النهار ولان اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة أو ماأطاق من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغى أن يتبكر للخصومة قبل طوع الشمس فقد كان شريح رحمـه الله اذا ابتكروا قبل حضوره قال أتظلمون بالليل فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضى (قال) وينبغى للقاضى أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون فى مجلسـه وفى اختلاط النساء مع الرجال عند الزحمة من الفتنة والقبح مالا يخفى ولكن هذا فى خصومة يكون بين النساء فاما لخصومة التى تكون بين الرجال والنساء لا يجد بدا من أن يقـدمهن مع الرجال وأن يجعل لكل فريق يوما على قدر مايرى من كثرة الخصوم فلا بأس بذلك لانه اذا تركهم يزدحمون على مابه وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة ما لا يخفى فيجعل ذلك مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيحضر عند ذلك والحصاف رحمه الله ذكر فى أدب القاضي أن الاولى أن يجعل ذلك على الرقاع فيجزئ الخصوم اجزاء ويكتب باسم كل فريق رقعـة ثم يخرج الرقاق على الايام للسبت والأحـد الى آخره وذلك حسن ولكن محمـدا رحمه الله اختار فى الكتاب أن يقدم الناس على منازلهم الاول فالاول ولا يتبدئ بأحد جاء قبله غيره والي هذا أشار النبي صلي الله عليه وسلم فى قوله سبقك بها عكاشة وهذا لان الذى جاء أولا استحق النظر فى حجته ان لو كان القاضى جالسا عنـد ذلك فتأخر جلوس القاضى لا يغير استحقاقه ولا يبطل بحضور غيره فلهذا تقدمه عملا بقوله تعالى ويؤت كل ذى فضل فضله قال ويضع علي ذلك أمينا من قبله يقدمهم اليه لانه لا يتمكن من يعرف ذلك بنفسه لكثرة أشغاله وفيما يعجل القاضى عن مباشرته يستعين بأمين من أمنائه وينبغى أن يبتكر ذلك الامين الى باب مجلس القاضى ليعلم منازل الناس في الحضور فلعلهم يكذبون فى ذلك أو أن يلبسون عليه وانما يجعل على ذلك أمينا لا يطمع ولا يرتشى فان ذلك من عمل القضاة فكما لا يطمع هو فيما يقضى فكذلك

Marfat.com

ينبغي أن يكون أمينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد جرى الرسم في زماننا أن البواب على باب مجلس القضاء يأخذ من كل خصم قطعة ليمكنه من الدخول والقاضي يعلم ذلك ولا يمنعه منه وفيه فساد عظيم فليس لاحد أن يمنع أحدا من دخول المسجد ولا من أن يتقدم الى القاضي في حاجته فهو يرتشي ليكف ظلمه عنه ويمكنه مما هو مستحق له والقاضي يعلم ذلك ولا يمنع منه فهو بمنزلة ما لو علم أن أمينه يشرب الخمر أو يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وان رأى أن يجعل الغرباء مع أهله المصر فعل وان رأى أن يبدأ بهم فلا يضره ذلك بعد أن تكون الغرباء غير كثير فان كثروا في كل يوم فشغلوه عن أهل المصر قدمهم على منازلهم مع الناس وقد بينا أن الغريب على جناح السفر فربما يضر التأخير به وقلبه مع أهله فاذا لم يقدمه القاضي ربما ترك حقه ورجع الى أهله وقد أمر بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا كان له أن يقدم الغرباء ولكن بشرط أن لا يضر بأهل المصر ضررا فانهم جيرانه وانما يقلد القضاء لينظر في حوائجه فاذا كان تقديم الغرباء يضر بأهل المصر قدمهم على منازلهم عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا بأس بان يشهد القاضي الجنازة ويعود المريض فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم على المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر في الجملة أن يشيع جنازته ويعوده اذا مرض ولا يمتنع عليه القيام بحقوق الناس عليه بسبب تقلده القضاء ولا بأس بأن يجيب الدعوة الجامعة فذلك من السنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم قال ولا تجب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك يجر اليه تهمة الميل بأن يقول أحد الخصمين ان فلانا في دعوة فلان كلم القاضي وهو نائب عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة الخاصة مما يطمع الناس به في القاضي فعليه أن يحترز عن ذلك وأصح ما قيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة أن كل ما يمتنع صاحب الدعوة من ايجاده اذا علم أن القاضي لا يجيبه فهو الدعوة الخاصة وان كان لا يمتنع من ايجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند ذلك يعلم أن القاضي لم يكن مقصودا بتلك الدعوة وانما يمتنع من اجابة الدعوة الخاصة اذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد ايجاد الدعوة له قبل أن يتقلد القضاء فان كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته واليه أشار في قوله ولا

Marfat.com

ولا بأس بأن يجيب دعوة ذى القرابة لان هذا بين القرابات ليس من جوالب القضاء عادة ولا صدق فى ذلك كالاقارب اذا كان ذلك معروفا بينهم قبل تقلد القضاء ولا ينبغى له أن يضيف أحد الخصمين الا أن يكون خصمه معه لما روينا من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (قال) ولا يقبل الهدية وقبول الهدية فى الشرع مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم نعم الشئ الهدية اذا دخلت الباب ضحكت الاسكفة وقال صلى الله عليه وسلم الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر وقال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا ولكن هذا فى حق لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاة والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدى اليه قبل ذلك لانه من جوالب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللتبية على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدى الىّ فقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته مابال قوم نستعملهم فيقدموا بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهدى الى فهلا جلس أحدكم عند حمش أمه فينظر أيهدى اليه أم لا واستعمل عمر رضى الله عنه أبا هريرة رضى الله عنه فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهداية قال أى عدو الله هلا قعدت فى بيتك فنظر أيهدي اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله فى بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة ومن جملة الاكل بالقضاء ومما يدخل به عليه التهمة ويطمع فيه الناس فليتحرز من ذلك الا من ذى رحم محرم منه فقد كان التهادى بينهم قبل ذلك عادة ولانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفى الرد معنى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم من الملاعن فأما فى حق الاجانب قبول القاضى الهدية من جملة مايقال اذا دخلت الهدية من الباب خرجت الامانة من الكوة ولا ينبغى له أن يخلو فى منزله مع أحد الخصمين كما لا يسار أحد الخصمين ولا بأس بأن يقضى فى منزله وحيث أحب لان عمل القضاء لا يختص بمكان ولانه فى كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فاحسن ذلك وأحب الى أن يقضى حيث تقام جماعة الناس يعنى فى المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون أبعد عن التهمة ولانه يتمكن كل واحد من أن يحضر مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج الى من يهديه الى ذلك من الغرباء كان أو من أهل المصر ولا يقضي وهو يمشي ويشير على الدابة فانى أتخوف عليه من

Marfat.com

ذلك الزال لانه عند ذلك لا يكون معتدل الحال فيكون قلبه مشغولا بما هو فيه من المشي أو السير فلا يتفرغ بالنظر فى الحجج ولانه نوع من الاستخفاف وهو مأمور بان يصون قضاء عن أسباب الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان التكاءه نوع جلسة كالتربع ونحوه وطباع الناس فى الجلوس تختلف فمنهم من يكون التكاؤه أروح له واعتدال حاله عند ذلك أظهر والأصل فيه حديث أم سلمة رضي الله عنها في الرجلين الذين اختصما بين يدى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث الى أن قال وكان متكئا فاستوى جالسا فقد نظر في خصومتهما حين كان متكئا فعرفنا انه لا يأس بذلك وينبغى له أن يقضى بما في كتاب الله فان أتاه شيء لم يجده فيه قضى فيه بما أتاه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان لم يجده فيه نظر فيما أتاه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فقضي وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل انه اذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضى الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله صلى الله عليه وسلم أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابى رضى الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفتون به تارة ويروون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الرأى فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بعدهم فان كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها فى نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويبتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد أن يخالفهم فاذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على أن الحق لا يعد مما قالوا فلا يجوز لاحد أن يخالفهم ويبتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الاقاويل فى نفسه لانهم لما اختلفوا ولم تجر المحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالرأى فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي أن يصير الى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير الي الترجيح فان لم يبين له وجه الترجيح فله أن يعمل بأى الاقاويل شاء لان بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فنفى أن يعمل بأحسنها فى نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة فان لم يجده فى ماجاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه فى ذلك وقاسه بما جاء منه ثم قضي بالذى يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لانه مأمور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه اجتهاد الرأى عند انقطاع سائر الادلة عنه فيشتغل به اذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبلة عند انقطاع الادلة والأصل فيه قوله تعالى

Marfat.com

عتبروا يا أولي الابصار والاعتبار رد الشئ الي نظيره فالعبرة هو البيان قال الله تعالي ان فا كنتم للرأيا تعبرون والبيان رد الشئ الى نظيره فان أشكل عليه شاور رهطا من أهل الفقه فيه وكذلك ان لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لانه يحتاج الى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع الى من يعرف ذلك كما اذا احتاج معرفة قيمة شئ فان اختلفوا فيه نظر الى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فأخذ به كما بينا عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم الا ان هنا ان رأيي خلاف رأيهم فان استحسن وأشبه الحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه أقوى في حقه من رأى غيره فلو قضى برأيه كان قاضيا بما هو الصواب عنده واذا قضى برأى غيره كان قاضيا بما عنده انه خطأ وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب أولي وان لم يكن من أهل اجتهاد الرأي ليختار بعض الاقاويل نظر الى أفقههم عنده وأورعهم فقضى بفتواه فهذا اجتهاد مثله ولا يعجل بالحكم اذا لم يبين له الأمر حتى يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة وقال صلي الله عليه وسلم التأني من الله والعجلة من الشيطان والأصل في الباب حديث الشعبي رضى الله عنه قال كانت القضية ترفع الى عمر رضى الله عنه وربما يتأمل في ذلك شهرا ويستشير أصحابه واليوم يفصل في المجلس ما به قضية وحديث ابن مسعود رضى الله عنه في المفوضة معروف فانه ردهم شهرا ثم قال أقول فيه برأيي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطا فمني ومن الشيطان الحديث فعرفنا انه ينبغي للقاضي أن يتأني ويشاور عند اشتباه الامر واذا قضى بقضاء ثم بدا له أن يرجع عنه فان كان الذى قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله يعني اذا كان مخالفا لنص أو لاجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل وهو جهل من القاضي وفي الحديث ردوا الجهالات الى السنة فان كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه على حاله وقضي فيما يستقبل بالذى أدى اليه اجتهاده ويرى انه أفضل لان القضاء الاول حصل في موضع الاجتهاد فنفذ ولزم علي وجه لا يجوز ابطاله والأصل فيه ماروى ان عمر رضي الله عنه كان يقضى في حادثة بقضية ثم ترفع اليه تلك الحادثة فيقضي بخلافها فكان اذا قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وقال الشعبي رحمه الله حفظت من عمر رضى الله عنه في الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل يقضى بما أدى اليه اجتهاده وأصله في التحرى للقبلة وذكر عن شريح

Marfat.com

رحمه الله انه كان يقضى بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعنى في المجتهدات كان اذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ماأدي اليه اجتهاده ولم ينقض ما كان قضى به وفيه دليل أن التابعى اذا أدرك من الصحابة رضى الله عنهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رأيه يعارض رأيهم لان شريحا رحمه الله كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضي الله عنهما ثم كان يبنى القضاء علي رأيه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان عليا رضى الله عنه يقول له قلي ياأيها العبد ألا تنظر وقد رجع ابن عباس رضي الله عنهما الى قول مسروق رحمه الله في مسئلة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضي ما قضى به ويستأنف القضاء وفي هذا دليل على انه كان يقضى باجتهاده فى مالم يوح اليه فيه وقد بينا انه كان لايعجل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فاذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون ناسخا له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره أمر القبلة فانه صلى الله عليه وسلم بعد ماقدم المدينة كان يصلى الى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالأمر بالتوجه الى الكعبة وكان يستأنف القضاء بالناسخ ولا يبطل ماقضى به لان النسخ ينهى مدة الحكم ولا يبين أنه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ماتقدم من المجتهدات فانه لاينقض ما كان قضى به الا أنهما يفترقان من حيث أن الرأى لاينسخ الرأى وعن أم سلمة رضى الله عنها عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من مال أخيه بغير حق فانما أقضى له بقطعة من النار معنى قول اللحن أفطن وأقدر على البيان فاللحن فى اللغة هو الفطنة وفيه دليل لمن يقول ان بقضاء القاضى لايحل ما كان حراما فيكون حجة لمحمد رحمه الله فى مسئلة قضاء القاضى في العقود والفسوخ وأبو حنيفة رحمه الله يقول المراد الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعى الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد يلحقه بذلك عندنا وان كان الملك يثبت له بقضاء القاضى بسببه قال وأكره للقاضى أن يفتى للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسئلة الحبس قال انما أقضى ولست أفتى وقد كره بعض الناس للقاضى أن يفتى فى المعاملات أصلا وقالوا يفتي في العبادات وكره بعضهم أن يفتى فى مجلس القضاء وقالوا لا بأس به في

Marfat.com

غير مجلس القضاء لان كل واحد من الامرين مهم فاذا جمع بينهما فى مجلس يخاف الخلل فيهما والاصح انه لا بأس بان يفتى فى المعاملات والعبادات فى مجلس القضاء وفى غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتى ويقضى والخلفاء رضى الله عنهم بعده كذلك وللقضاء فتوى فى الحقيقة إلا أنه ملزم وانما الذى يكره له أن يفتى للخصم فيما خاصم فيه اليه لما قيل ان الخصم اذا وقف على رأيه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك فلا يفتوى له فى ذلك حتى تنقضي الخصومة وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال اختصم رجلان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحدهما عالم بالخصومة والآخر جاهل بها فلم يلبسه العالم أن قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضى له وقعد المقضي عليه فقال يا رسول الله عليك السلام والله الذى لا اله غيره ان حقى لحق فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره بالذى حلف عليه فقال يارسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه الصلاة والسلام عاوده فعاوده فلم يلبسه أن قضى له فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال والله الذي لااله الاهو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب بالحق ان حقى لحق يعلم ذلك نفسه فقال صلي الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره فقال ان شئت عاودته فقال عليه السلام لا ولكن اعلم ان من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فانما يقتطع قطعة من نار فقال الرجل ألحق حقه فكان النبي صلي الله عليه وسلم متكئا فجلس وقال من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فليتبوأ مقعده من النار قال أبو هريرة رضى الله عنه فكانت هذه أشد من الأولى وفيه دليل على انه لا ينبغى للقاضى أن يكف عن القضاء مخافة تلبيس بعض الخصوم عليه فقد كانوا يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحى وهو معصوم وفيه دليل أنه لا بأس للمرء أن يحلف مختارا فقد حلف الرجل مرتين من غير أن طلب ذلك منه ولم ينكر عليه رسول الله صلي الله عليه وسلم ذلك وفيه دليل على ان القاضي اذا ارتاب فى شئ من قضائه ينبغى له أن يتثبت فى ذلك ويحتاط (ألا ترى) أن النبي صلي الله عليه وسلم أمره بالمعاودة حين حلف المقضى عليه أن حقه حق وكان ذلك احتياطا منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضي فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الفطين فى الوعيد الثانى أشد من الأول كما قاله أبو هريرة رضي الله عنه وهذا لان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه قال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه فكما أن من قصد قتل

Marfat.com

المسلم بغير حق فجزاؤه ما قال الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك اذا قصد أخذ ماله بالباطل والتلبيس (قال) وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده فان كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له اشهد بكذا فان هذا تلقين وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأسا أن يقول أتشهد بكذا وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرأى ما بالشهود من الخبر عند أداء الشهادة بالحق فان لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان اذا لم يعنه القاضي على ذلك وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وأمرنا باكرام الشهود قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي بهم الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع الى اكرامه بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أتشهد بكذا لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه وفي مذهبه نوع رخصة والعزيمة فيما ذهب اليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة أحد الخصمين بما صورة أو معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك وقد لم يجز له أن يلقن المدعي مع أن الدعوى لا تكون ملزمة فلان لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولى ولان عادة بعض الناس أن المحتشم اذا لقن أحدهم شيئا ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيما له فلا يأمر القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين تعليم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فلهذا أكره له أن يلقنه ولا يضر القاضي أن يقدم الشهود جميعا أو واحدا واحدا لان الثابت بالنص اشتراط العدد والعدالة في الشهود وبذلك يظهر جانب رجحان الصدق فالتفريق بينهم في المجلس يكون زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا أن يرتاب في أمرهم فعند ذلك عليه أن يحتاط لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك ومن الاحتياط أن يفرق بينهم الا أنه لا ينبغي له أن يتعنت معهم فان التعنت يخلط على الرجل عقله وان كان صحيحا في شهادته ولان الشاهد أمين فيما يؤدي من الشهادة ولم يظهر خيانته للقاضي فلا يتعنت معهم وقد أمرنا باكرامهم الا أنه اذا اتهمهم وفرق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم أين كان هذا وكيف ومتى كان فهو من باب الاحتياط ودفع الريبة لا من باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلافا يفسد الشهادة أبطلها وان كان لا يفسدها أجازها ولا يطرحها بالتهمة والظن فان الظن لا يغني من الحق شيئا

Marfat.com

قال صلى الله عليه وسلم اذا ظنت فلا تحقق فما لم يعلم منهم سواء أو يسمع منهم عند السؤال اختلافا مفسدا لشهادتهم لم يمنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن واذا لم يطعن الخصم فى الشاهد فلا ينبغى أن يسأل عنه في قول أبى حنيفة رحمه الله ولكنه يقضى بظاهر العدالة الا أن يطعن الخصم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يسأل عنهم وان لم يطعن الخصم وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يفتى فى القرن الثالث وقد شهد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدق والخيرية بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس قرنى الحديث وكانت الغلبة للعدول فى ذلك الوقت فلهذا كان يكتفى بظاهر العدالة وهما أفتيا بعد ذلك فى القرن الذى شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهله بالكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وكانت الغلبة فى ذلك الوقت لغير العدول فقال لا بد للقاضى أن يسأل عن الشهود وحجتهما أن اشتراط العدالة فى الشاهد للقضاء بشهادته ثابت بالنص قال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقيل السؤال عنهما صفة العدالة محتملة فيهما والشرط لا يثبت بما هو محتمل * توضيحه ان على القاضى أن يصون نفسه عن القضاء بشهادة الفاسق فقد أمر بالتثبت فى خبر الفاسق فانما يسأل عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف على ذلك على طلب الخصم ولان كان ذلك لحق الخصم فليس لكل خصم يبصر حجته فربما يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالطعن فيهم والقاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (ألا ترى) انا فى الحدود يسأل عن الشهود وان لم يطعن الخصم لهذا المعنى فكذلك فى الاموال وأبو حنيفة رحمه الله استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول بعضهم على بعض فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع أقوى من تعديل المزكى ثم العدالة هى الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبيان طريق عدل جائز وقد علم القاضى منهم الاستقامة واعتقد وذلك يحمله على الاستقامة فى التعاطى فعليه أن يتمسك به مالم يظهر خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر مزكى وانما يعتمد هذا الدليل اذا لم يطعن الخصم فأما بعد طعنه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من أن يجازف بالطعن فيهم فللتعارض وجب على القاضى أن يسأل حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزكى فأما فى الحدود يسأل وان لم يطعن الخصم احتيالا للدرء وقد أمر بدرء الحدود لان الحدود ان وقع فيها غلط لا يمكن تداركه وبظاهر العدالة لا تنتفى الشبهة ففيما يندرئ بالشبهات لا يكتفى بذلك فأما المال مما يثبت مع

Marfat.com

الشبهات واذا وقع الغلط فيه أمكنه التدارك فيكتفى بظاهر العدالة فى ذلك ما لم يطعن الخصم واذا سأل عن الشهود لم يقض بشهادتهم حتى تأتى مسألته مزكاة يعنى ان المزكى ان كتب فى جوابه أنهم عدول لا يكتفى بذلك فالعدل قد لا يكون من أهل الشهادة كالعبد عدل فى روايته وكذلك ان كتب عدول أحرار فالمحدود فى القذف بعد التوبة حر عدل وكذلك ان كتب أنه نفذ فقد بطل هذا اللفظ على المستور الذى لا يعرف حاله فان كتب أنه مزكى فهو تنصيص على وجوب العمل بشهادته ولان القاضى انما طلب من المزكى التزكية فينبغى أن يجيبه الى ما طلب بلفظه كما أنه لما طلب من الشاهد أن يشهد فما لم يأت بلفظة الشهادة لا تقبل شهادته واذا اختصم الى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم فانه ينبغى له أن يترجم عنهم له رجل مسلم ثقة واتخاذ الترجمان للحاجة قد كان عليه الناس فى الجاهلية وبعد الاسلام ولما جاء سلمان رضى الله عنه الى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلم ترجم يهودى كلامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فكان فى ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضى الله عنه أن يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف أنه يشترط فى المترجم أن يكون عدلا مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق بالعدالة ويشترط الاسلام أيضا لان الكفار معادون للمسلمين فالظاهر أنهم يقصدون الجناية فى مثل هذا قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أى لا يقصرون فى افساد أموركم فلهذا لا يقبل القاضى الترجمة الا من مسلم عدل والواحد لذلك يكفى والمثنى أحوط فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط فى الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذلك الخلاف فى التزكية عندهما تزكية الواحد يكفى والمثنى أحوط وعند محمد رحمه الله لا بد من عدد الشهادة فى ذلك وكذلك الخلاف فى رسول القاضي الى المزكى فمحمد رحمه الله يقول ما لم يفهم القاضى فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا وهو انه انما يسمع من المترجم لانه يفهم قول المترجم وعليه ينبنى الحكم فكانت الترجمة فى حقه بمنزلة الشهادة (ألا ترى) أنه يعتبر فيها ما يعتبر فى الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد وهذا لانه يلزم على القاضى القضاء وهذا آكد ما يكون من الالزام فيشترط العدد فيه لطمأنينة القلب كالشهادة الا أنه لا يشترط

Marfat.com

لفظة الشهادة لان اشتراط ذلك فى الشهادةليس لمعنى الالزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف ولهذا أعظم الوزر في شهادة الزور كما فى اليمين الغموس والمدعى هو الذى يأتى بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم شرطنا لفظة الشهادة وأما المترجم بحيازة القاضى فينعدم في حقه مثل تلك التهمة فلهذا لا يشترط فى حقه لفظة الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال المترجم مخبر غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما فى الشهادة على رؤية هلال رمضان والدليل عليه أنه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين سائر الاخبار بلفظ الشهادة فاذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه ففى العدد أولي واشتراط الاسلام والعدالة هنا بمنزلة اشتراط ذلك فى رواية الاخبار واشتراط الحرية لانه يلزم الغير ابتداء من غير أن يلتزم شيئا فكان من باب الولاية والرق تبقى الولاية علي الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة علي هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه ثم يتعدى الي غيره فلا تشترط الحرية فيه لذلك ومع أن الواحد يكفى لذلك كما فى رواية الاخبار ولكن رجل وامرأتان أوثق لانه فى الاحتياط اقرب قال وينبغى للقاضى ان يتخذ كاتبا من اهل العفاف والصلاح لانه محتاج الى ان يكتب ماجرى فى مجلسه وربما يعجز عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كاتبا لذلك والكاتب نائبه فينبغى أن يشبهه فى العفاف والصلاح والكاتب من أقوى مايعتمد عليه القاضى فلا يفوضه الا الى من هو معروف بالصلاح والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم لم يقعده حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج الى الرجوع الى ما فى يده من المكتوب فى كل حادثة فليكن بمرأ العين منه أو لانه لا يأمن عليه من أن يخدعه بعض الخصوم بالرشوة اذا لم يكن بمرأ العين من القاضى ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة فى صحيفة بيضاء وحدها ثم يطويها ويخرمها ويختمها بخاتمه للتوثق كيلا يزاد فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان فى شهر كذا فى سنة كذا حتى يتيسر عليه تمييزها من سائر الصحائف اذا اختلفت بها ولا يحتاج فى ذلك الى فتح الخاتم فقد يشق عليه ذلك في كل وقت ويجعل خصومة كل شهر فى قطمر علي حدة لا يخالطها شئ آخر والقطمر اسم لخريطة القاضى وفيه لغتان قطرة وقطمر وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة علي حدة ليتيسر عليه وجودها

Marfat.com

عند الحاجة اليها ويجدها بأدنى طلب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج اليه عند منازعة الخصوم والاصل فى كتاب التاريخ ماروى ان عمر رضى الله عنه لما اراد أن يكتب الى الآفاق قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب اذا لم يكن مؤخرا فجمع الصحابة وشاورهم فى التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقى ذلك الى يومنا هذا قال وليباشر هو بنفسه مسائل الشهود فيكتبها أو يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر الى أهل الثقة عنده والعفاف والصلاح فيبعث كل مسئلة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحد منهما على مايبعث به مع صاحبه لان قضاءه ينبنى على الشهادة فلا يدع فى بابها أقصى ما فى وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح رحمه الله تزكية السر فقيل له أحدثت يا أبى أمية فقال أحدثتم فأحدثنا فكان يجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية فيسأل عن حال الشهود فى السر ثم يحضر الشهود والمزكون ليزكوهم علانية فيقول هؤلاء الذين زكيناهم وهو أتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ابقاء للستر على الناس وتحرزا عن الغيبة التى تقع بين المزكين وبعض الشهود فى تزكية العلانية اذا ميزوا المجروح فلهذا يكتفى بتزكية السر فى زماننا وانما لا يطلع واحد من الرسولين على ما يبعث به مع صاحبه كيلا يتواضعا بينهما على شىء وان استطاع أن لا يعرف له صاحب مسألة فليفعل لانه اذا كان معروفا فيرجع اليه بعض الخصوم فيخدعه بالرشوة أو تخوفه بعض الشهود فيزكى المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط أن لا يعرف له صاحب مسألة ولكن فى زماننا اتخذوا التزكية عملا فيشتهر المزكى لذلك لا محالة والاحتياط للقاضى أن يسأل عنه وعن غيره من العدول وأهل الصلاح ممن يقف عليه القاضى ولا يعرفه الخصوم واذا أتاه تزكية رجل من ثقة وأتاه من ثقة آخر انه غير عدل أعاد المسئلة لوقوع التعارض بين الخبرين فان النافى معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بينا فى كتاب الاستحسان وذكرنا هناك انه اذا اتفق رجلان على التزكية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد الذى خرج لان المثنى حجة فى الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد واذا اجتمع رهط على التزكية ورجلان عدلان على الجرح أخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفى عليهم ماعرفه اللذان جرحا من العارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثنى حجة فى اثبات الحكم (قال) وينبغى أن يكتب الشاهد اسمه ونسبه وحليته ومنزله فى دار نفسه

Marfat.com

أوفى دار غيره لانه مالم يصر معلوما عند من يسأل عن حاله لا يمكنه ان يسأل وانما يصير معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان أعرف الناس بحال المرء جيرانه (ألا ترى) ان ذلك الرجل لما قال يارسول الله عليك السلام كيف أنا قال صلى الله عليه وسلم سل جيرانك وانما يتمكن من أن يسأل جيرانه عن حاله الاعرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتلبيس على القاضى فيتحرز عن ذلك بان يكتب منزله ويسأل عن التزكية فى العلانية بعد التزكية فى السر لانه ربما يشتبه على المزكى أو يلتبس عليه فيزكى غير من شهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انه استحسن ترك ذلك فى زماننا للتحرز عن الفتنة واذا وجد القاضى في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك فعلي قول أبى حنيفة رحمه الله ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له أن يقضى بذلك ان لم يتذكر وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا وجد ذلك فى قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضى به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة فالقاضى لكثرة أشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا جازله أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمىّ ليس فى وسعه التحرز عند النسيان (الا ترى) الى ماذكر الله تعالى فى حق من هو معصوم فقال الله تعالى سنقرئك فلا تنسى الا ماشاء الله وفى تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمى الانسان انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسى ولم نجد له عزما فلو لم يجزله الاعتماد علي كتابه عند نسيانه ادى الى الحرج والحرج مدفوع ثم ما كان فى قمطرة تحت خاتمه فالظاهر انه حق وان لم يصل اليه يد معتبرة ولا زائدة فيه والقاضى مأمور باتباع الظاهر ومذهب أبى حنيفة رحمه الله هو العزيمة فالمقصود من الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمرآة للعين وانما تعتبر المرآة ليحصل الادراك بالعين فاذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فاذ لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضى ان يقضى الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه وهذه ثلاثة فصول أحدها مابينا والثانى في الشاهد اذا وجد شهادته فى صك وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث اذا سمع الحديث فوجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا غيره وهو خط معروف ولكنه لم يذكر فى الفصول الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت له

Marfat.com

روايتـه لانه كان يشترط فى الرواية الحفظ من حين سمع الى ان يروى واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله نضر الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداهـا الى من يسمعها ومحمد رحمه الله في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير على الناس وقال يعتمد خطه اذا كان معروفا وابو يوسف رحمه الله فى مسئلة القاضى ورواية الحديث أخـذ بالرخصة لان المكتوب كان فى يده وفى مسئلة الشهادة أخذ بالعزيمة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان فى يد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه فى الشهادة ما لم يتذكر الحادثة وان وجد القاضى سجلا في خريطته ولم يتذكر الحاجة فهو على الخـلاف الذي بينا وان نسي قضاءه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهد أنك قضيت بكذا لهذا على هـذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فـلا اشـكال أن على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك وقيل على قول أبى يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضى به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوى الاصل فسمعه ممن يروى عنده فعند أبى يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه كما لا يفعل ذلك شاهد الاصل اذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك للتيسر من الوجه الذي قلنا وعلى هذه المسائل التى اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهم الله فى الرواية فى الجامع الصغير وهى ثلاث مسائل سمعها محمد من أبى يوسف رحمهما الله ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله فكان لا يعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه فى ذلك ومحمد رحمـه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء على مذهبه فحال القاضى كذلك وما وجـد فى ديوان القاضي بعد أن يعـدل من شهادة أو قضاء أو اقرار فهو غير مأخوذ به ولا مقبول الا أن يقوم بينة أنه قضى به وأنفذه وهو قاضي يومئذ لان القاضى الثانى لا يعـلم حقيقة شئ من ذلك وولاية القاضى فوق ولاية الشهادة فاذا كان لا يجوز للمرء أن يشهد بمـا لا يعلم فئلا يجوز له أن يقضى بما لا يعلمه أولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليـه وسلم للشاهد اذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق اثباته عند القاضى اقامة البينة ويشترط أن يشهدوا أنه كان قاضيا حين قضى بهذا فلعله أنفذه بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغى للقاضى أن يتخذ كاتبا من أهل الذمة * بلغنا أن أبا موسى الاشعرى قدم على عمر رضى الله عنهما فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من أهل الذمة فغضب عمر رضى الله عنه من ذلك

Marfat.com

وقال لا تستعينوا بهم فى شئ وأبعدوهم وأذلوهم فاتخذ أبو موسى كاتبا غيره ولان ما يقوم به كاتب القاضى من أمر الدين وهم يخونون المسلمين فى أمور الدين ليفسدوه عليهم (قال) الله تعالى لا تتخذوا بطانة الآية وان عمر رضى الله عنه أعتق عبدا له نصرانيا يدعي بحنس وقال لو كنت علي ديننا لاستعنا بك في شئ من أمورنا ولان كاتب القاضى يعظم فى الناس وقد نهينا عن تعظيمهم قال صلى الله عليه وسلم أذلوهم ولا تظلموهم ولا تتخذوا كاتبا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته لان الكاتب ينوب عن القاضى فيما هو من أهم أعماله فلا يختار لذلك الا من يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضى الى الاعتماد على شهادته فى بعض الامور أو يحتاج بعض الخصوم الي شهادته فلا يختار الا من يصلح للشهادة ولا بأس بان يكلف القاضى الطالب صحيفة يكتب فيها حجته وشهادة شهوده لان منفعة ذلك له والذى يحق على القاضى مباشرة القضاء فاما الكتبة ليست عليه فلا يلزمه اتخاذ الصحائف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان فى بيت المال سعة فرأى أن يجعل ذلك من بيت المال فلا بأس بذلك لانه يتصل بعمله وكفايته فى مال بيت المال فما يتصل به لا بأس بأن يجعل فى مال بيت المال وعلى هذا أجر كاتب القاضى فانه ان جعل كفايته فى بيت المال لكفاية القاضى ليحتسب فى عمله فهو حسن وان رأى أن يجعل ذلك على الخصوم فلا بأس به لانه يعمل لهم عملا لا يستحق على القاضى مباشرته وكذلك أجير قاسم القاضى واذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضى فشهد عنده كاتبان له ان شهوده فلان وفلان وقد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما ما أشهد الكاتبين على شهادتهما ولا يقبل شهادة الانسان على شهادة غيره واذا لم يشهده علي شهادته وينبغى للقاضى أن يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه أو وكيله حتى لا يغير شيئا من موضعه لان الشهود ان زادوا شيئا أو حرفوه طعن فيه وخاصم ورفع ذلك الى القاضى نائبه وكون الكاتب بمحضر منه أقرب الى النظر له والى نفى التهمة عن القاضي وان كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لانه يكتب ما سمع وهو أمين فى ذلك ما لم تظهر خيانته وينبغى للقاضى أن يعرض كتاب الشهادة بعدما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئا أو حرفه عن موضعه لان حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصى فى الاحتياط فيه وذلك فى العرض علي الشاهد بعدما يكتب ولهذا قيل اذا لم يكن ماهرا في العربية ينبغى له أن يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله الى لغة أخرى مخافة الزيادة والنقصان والله أعلم بالصواب

Marfat.com

باب كتاب القاضي الى القاضي

(قال رحمه الله اعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي الى القاضي لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك اذا كتب به اليه ولان الكتاب قد يزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملا والمحتمل لا يصلح حجة للقضاء ولكنا جوزنا العمل بكتاب القاضي الى القاضي فيما يثبت مع الشبهات لحديث علي رضي الله عنه أنه جوز ذلك ولحاجة الناس الى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة الى نقل شهادتهم بالكتاب الى مجلس ذلك القاضي ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك الي القاضي المكتوب اليه فللتيسير جوزنا ذلك ولكن فيما يثبت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهته كما أشرنا اليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندرئ بالشبهات ولان ذلك نادر لا تعم البلوى به فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ماتعم البلوى به لان الحاجة تمشي الى ذلك فاذا أتى القاضي كتاب قاضي سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على مافيه فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع فقال اذا شهدوا انه خاتمه وكتابه قبله وان لم يعرف مافيه وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان كتاب القاضي الى القاضي قد يستعمل على شئ لا يحيطهما أن يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ولكنا نقول ماهو المقصود لا بد من أن يكون معلوما للشاهد والمقصود مافي الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا يستعمل على شئ سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتابا آخر على حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (قال) ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل

Marfat.com

ألفاظ الشهادة كتابة الى القاضي المكتوب اليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته ثم لا تسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم فاذا قرأه عليه وعلم مافيه فانه ينبغي له أن يخرمه ويختمه لكيلا يغير شيئا منه ويكتب عليه اسم صاحبه ليتيسر عليه وجوده في قمطره عند الحاجة اليه واذا وصل الكتاب الى هذا القاضي بعد ما مات الكاتب أوعزل لم يعمل به لانه ما أتاه كتاب القاضي لان الكاتب قد انعزل حين عزل أو مات فانما أتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لا يصلح حجة للقضاء وان مات ذلك أو عزل بعد ماوصل الكتاب الى هذا القاضي وقرأ ما فيه فانه يعمل به لان الذى أتاه كتاب القاضي وقد بينا أن الكتاب فى معنى الشهادة على الشهادة والشاهد على الشهادة اذا مات بعد أداء الشهادة يجوز العمل بشهادته بخلاف ما اذا مات قبل الاداء وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لان وصول الكتاب اليه وقراءته في معنى أداء الشهادة فى مجلسه وان مات المكتوب اليه أوعزل قبل أن يصل اليه الكتاب ثم وصل الى الذى ولى بعده لم يعمل به لان الكتاب الى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل اليه وقرأه ثم مات قبل أن يقضى به لم يعمل به من بعده بمنزلة مالو شهد الشهود فى مجلسه فمات قبل أن ينفذه الا أن يكون الكتاب الى كل من يصل اليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب اليه لحاجة الناس الى ذلك استحسانا الا أنه يكلف الخصم اعادة البينة على الكتاب والختم بين يديه لان ما قام من البينة فى المجلس الاول قد بطل بموته قبل تنفيذه وان كتب القاضي الى قاضي فى حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغي له أن يسمى الشهود فى الكتاب وينسبهم الى آبائهم وقبائلهم والاصل أن الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه باقصى مايمكن (ألا ترى) انه لا يعرف المحدودات الا بذكر الحدود فيعرف الآدمى بالنسب والاسم لان ذلك أقصى مايمكن فى تعريفه اذا تعذر احضاره وتمام ذلك بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده فالمقصود تمييزه عن غيره والتمييز يحصل بهذا فقل ما يتفق رجلان فى الاسم والنسب بهذه الصفة ولأن كان فهو نادر ويذكر قبيلته أيضا ولو اكتفى بذكر اسمه واسم أبيه واسم قبيلته جاز أيضا فقل ماتتفق رجلان فى قبيلة واحدة باسمهما واسم أبيهما ويقام ذكر القبيلة مقام ذكر الجد فهو الجد الأعلى وان ذكر اسمه واسم أبيه فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله ان ذلك يكفى اذا عرفه بصناعة وهو معروف بها وعند أبى

Marfat.com

حنيفة رحمه الله لايكفى لان ذكر الصناعة ليس بشئ فقد يتحول الانسان من صناعة الى صناعة فان كان قدعرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضي المكتوب اليه ليتمكن من القضاء فالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه اذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغى أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر مايشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب اليه أن يكتب به الى قاض آخر فعله لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتاب فكانه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضى الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثانى لان الخصم قد يهرب الى بلدة أخري قبل قضاء المكتوب اليه بذلك عليه واذا سمع القاضى شهادة الشهود وكتب بها الي قاض آخر فلم يخرج الكتاب من يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع اذا استقصى بعد ما شهد الاصليان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجز له أن يقضي بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذى سمع شهادة لا بينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بحضر من الخصم فالآن يقضي له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه واذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب اليه الا أن يكون من رأيه لان الاول لم يحكم به وانما نقل الشهادة بكتابه الى مجلسه فلا يحكم به الا اذا كان ذلك من رأيه كما اذا شهد الفروع عنده على شهادة الأصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثانى ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للأول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثانى أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ماقضى بشئ (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به الى الثانى وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثانى لا ينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضى فى شيء من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرئ بالشبهات

Marfat.com

وللشافعي رحمه الله قول ان ذلك مقبول الا فى الحدود التى هى لله تعالي خالصا وأصل ذلك فى الشهادة على الشهادة وسيأتيك بيانه فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يقبل كتاب قاضى رستاق ولا قرية ولا كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضي والقاضى الرستاق متوسط وليس بقاضى فالمصر من شرائط القضاء في ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجمع والاعياد فيكون مختصا بالمصر وذلك فى بعض النوادر أن قاضى القرية اذا قضى بشيء بعد تقليد مطلق فقضاؤه نافذ فعلى هذا اذا كان قاضى الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا اذا خرج قاضى المصر الى قرية وهى خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه فى ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلي رواية النوادر ينفذ قضاؤه وكثير من المتأخرين رحمهم الله أخذوا بذلك قالوا أرأيت لو كانت الخصومة في ضيعة فى بعض القرى فرأي القاضي الاحوط أن يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشاهدة ويحكم عند الضيعة أما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تأويل ماقال فى الكتاب أنه لا حاجة الى قبول كتاب القاضى الرستاق فانه يتيسر احضار الخصم مع الشهود في مجلس القضاء فى المصر ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضى مدينة فيها منبر وجماعة أو كتاب الامير الذى استعمل القاضى لا له بما كفل كتاب من تلك تنفيذ القضاء والامير الذي استعمل القاضى لو نفذ القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضى بأمره فكذلك قاضى المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضى الرستاق ولا تجوز شهادة أهل الذمة على كتاب قاضى المسلمين لذمى على ذمى ولا على قضائه لانهم يشهدون علي فعل المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة فى اثبات فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق فى قضاء قاضى المسلمين وكتابه وخاتمه لان الاشهاد على ذلك منه فى مجلسه ومجلس قاضى المسلمين يحضره المسلمون دون أهل الذمة واذا جاء بكتاب القاضى ان لفلان على كذا وكذا من الدين لم يجز حتى ينسبه الى أبيه والى فخذه التى هو بها أو بنسبه الى تجارة يعرف بها مشهورة وقد بينا قول أبي حنيفة رحمه الله فى النسبة الي التجارة لأنها لا تقوم مقام النسبة الى الفخذ الا أن يكون شيئا مشهورا لا يخفى على أحد وان كان فى تلك الفخذ أو الى التجارة اثنان

Marfat.com

كذلك لم يجز حتى ينسب الى شيء يعرف به من الآخر لانه لابد من تميز المشهود عليه من غيره (ألا ترى) انهما لو شهدا على أحد الرجلين بحضرتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك فى حق الغائب لابد من تمييز المشهود عليه من الآخر على وجه لا يبقى فيه شبهة وان لم يكن كذلك الا واحدا فاقام الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وانه قد مات لم يقبل ذلك منه اذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وان كان بعده قبلته وأبطلت الكتاب الذى جاء به المدعي لان الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضى ولو كان معلوما عند القاضى وجوده وموته قبل تاريخ الكتاب لم يمتنع لاجله من العمل بالكتاب لان فى الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا فانما ينصرف ذلك الى الحى دون الميت لانه اذا كان المقصود الميت يذكر فى الكتاب فلان الميت وأما اذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منهما كان حيا حين كتب القاضى الكتاب وليس فى الكتاب ما يميز أحدهما عن الآخر أرأيت لو ادعي هذه الدعوى على ورثة الميت واحتج ورثة الميت بالحى أكان يتمكن القاضى من القضاء على ورثة الميت بشيء وليس فى الكتاب ما يميز مورثهم من الآخر الا أن يكون فى الكتاب فلان بن فلان لفلان وقد مات فيعلم بذلك أن المشهود عليه الميت منهما دون الحى وان كان نسبه فى ذلك الكتاب الى أبيه والى بكر بن وائل أو الى تميم أو همدان لم أجزه حتى ينسبه الى فخذه التى هو منها أدناها اليه بعد أن يقول قبيلته عليها العرافة لان المقصود التعريف وذلك لا يحصل الا بنسبته الى أدنى الافخاذ أرأيت لو قالوا فلان بن فلان العربى أو نسبوه الى آدم صلى الله عليه وسلم أكان يحصل التعريف بذلك (قال) الا أن يكون رجلا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل ذلك اذا نسبه الى تلك الشهرة فالتمييز بينه وبين غيره يحصل بالشهرة فتقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجز ذلك كما لو شهدوا به فى مجلسه وهذا لان المشهود به مجهول فيما لا يمكن احضاره مجلس القاضى التعريف بذكر الحدود فيبقى مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حدوها بحدين الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال اذا ذكروا أحد حدى الطول وأحد حد العرض يجوز للقاضى أن يقضى ويكتفى به وهذا ليس بصحيح لان بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فان حدوها بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا استحسانا وعلى قول زفر رحمه الله لا يجوز لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع وقياس هذا ما لو ذكروا الحدود الاربعة وغلطوا فى أحدها ولكنا نقول

Marfat.com

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فاذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا فى ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما اذا خالفوا في ذكره كما اذا ادعي شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها الى اسم معروف لم يجز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود فى العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمى ثم هناك الشهرة تغنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فاما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزاد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمى فانه لا يزاد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك الى اعلام أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدى عبد فلان بن فلان الفلانى كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة الى مالكه فالنسبة الى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب الى مالكه (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكه دون أبيه فاذا نسبه الى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد الى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف فى الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك فى العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجز ذلك وهما فى القياس سواء وقد بينا هذه المسئلة فى كتاب الآبق مايقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة فى شيء بعينه لا فى العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى الى القاضى لان الاشارة الى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء واذا أتى كتاب القاضى الي القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه اليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان على ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضي اليه وانما يصير معلوما

Marfat.com

بشهادة الشهود فكذلك اذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بعض القضاة كتبه العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له فى ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس يجب الختم فان فتح الكتاب فلم يكن فى داخله اسم الكاتب والمكتوب اليه أو كان فيه اسمهما دون اسم أبيهما لم يقبله لانه انما يقبل كتاب القاضى اليه ولا يصير ذلك معلوما الا بالعنوان فى داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب اليه فاذا لم يكن ذلك لا يقبله والحاصل أن العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه تغيير ذلك فاذا كان فيه تعريفه تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسماؤهما واسما أبائهما قبله اذا شهدت الشهود على ما فى جوفه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فيه كنايتهما دون اسمائهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ما قيل المكنى باكنى الا ان يكون مشهورا كشهرة أبى حنيفة رحمه الله فحينئذ يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من فلان الى ابن فلان لم يجز لانه لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب الفلان الى الاب الادنى وقد ينسب الى من فوقه وقد يكون لابنه بنون سواه فان كان مشهورا مثل ابن أبى ليلى وابن شبرمة رحمهما الله جاز ذلك لحصول المقصود بذكر ما هو مشهور ولو كتب اسم القاضى ونسبه الى جده ولم ينسبه الي أبيه لم يجز لان التعريف يحصل بالنسبة الى الاب الادنى فالنسبة اليه حقيقة والى الجد مجازا (ألا ترى) أنه ينفى عنه باثبات غيره ولو كان علي عنوانه أسمائهما واسماء أبائهما لم يجز ذلك الا أن يكون ذلك فى داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء ولو كتب القاضى الى الامير الذى استعمله وهو في المصر معه أصلح الله الامير ثم اقتص القصة وجاء بكتابه معه فعرفه الامير ففى القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضى لا يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر الى مصر وكذا لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم أبيه واسم المكتوب اليه واسم أبيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في المصر الى هذا فانه يتيسر عليه أن يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز للأمير أن يمضى هذا لانه متعارف ويشق على القاضى أن يأتى الامير بنفسه فى كل حادثة ليخبر بها ولانه لو أرسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته فى حق جواز العمل به فكذلك اذا كتب اليه بذلك رقعة ولم يجر الرسم بمثله في الكتاب من مصر الى مصر آخر فشرطنا هناك شرائط كتاب القاضي الى القاضى ويجوز على كتاب القاضي الشهادة علي الشهادة وشهادة امرأتين مع رجل

Marfat.com

لانه مما يثبت مع الشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال حجة القضاء فيما يثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلى عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم وفيه دليل على ان الامام يعطى القاضى كفايته من مال بيت المال وانه لا بأس للقاضى أن يأخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية عياله فى مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم يأخذ واحتسب فى عمل القضاء فهو خير له والأصل فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية فى الوصى وهو يعمل لليتيم كما أن القاضى يعمل للمسلمين وان الصحابة رضوان الله عليهم فرضوا لابى بكر رضي الله عنه مقدار كفايته من مال المسلمين الا أنه أوصى الى عائشة رضي الله عنها أن ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضى الله عنه يرحمك الله لقد أتعبت من بعدك وعمر رضى الله عنه كان يأخذ كفايته من مال بيت المال وعلى رضى الله عنه كذلك كان يأخذ كما قال ان لى من مالكم كل يوم قصعة ثريد وعثمان رضي الله عنه كان لا يأخذ لثروته ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال مالى لا أترزق وأستوفي منه وأوفيهم اصبر لهم نفسى فى المجلس واعدل بينهم فى القضاء وان شريحا رحمه الله كان قاضيا فى زمن عمر وعلى رضي الله عنهما وعمر رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر مائة درهم وعلى رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر خمسمائة درهم وذلك لقلة عياله فى زمن عمر رضي الله عنه ورخص سعر الطعام وكثرة عياله فى زمن على رضى الله عنه وغلاء سعر الطعام فان رزق القاضى لا يتقدر بشئ لان ذلك ليس بأجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض أصدقاء شريح رحمه الله عاتبه فى ذلك وقال لو احتسبت قال في جوابه ومالى لا أترزق فبين انه فرغ نفسه لعمل القضاء ولا بد له من الكفاية فاذا لم يرتزق احتاج الى الرشوة ففيه بيان أن القاضى اذا كان محتاجا ينبغى له أن يأخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع فى أموال الناس وذكر عبد الله بن يحيى الكندى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا وفيه دليل أن القاضي يتخذ قاسما لانه يحتاج الى ذلك فانه فى المواريث اذا بين الابصار بما يطالب بالقسمة ليتم بها انقطاع المنازعة وهو لكثرة أشغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما يستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتبا ثم الأولى أن يجعل كفاية قاسم القاضى فى بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تتمة ما انتصب القاضى له فان لم يقدر على ذلك أمر الذين يريدون القسمة أن يستأجروه بأجر

Marfat.com

معلوم وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضى فالقضاء يتم ببيان نصيب كل واحد من الشركاء والقسمة عمل بعد ذلك فلا بأس بالاستئجار عليه كالكتابة ولا ينبغى له أن يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضعة مع قسامه ولانه اذا أكره الناس على ذلك يتحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم وأيما قوم أصطلحوا على قسمة قاسم آخر جار بينهم بعد أن لا يكون فيهم صغير ولا غائب لان الحق لهم وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم آخر من جملة النظر منهم لانفسهم وان كان فيهم صغير أوغائب فهم يحتاجون الى رأى القاضى فى ذلك لان الصغير والغائب عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان أمرهم بالقسمة وفيهم صغير أوغائب فاستأجروا قساما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد أن يكون عدلا يعرفه القاضى جاز ويأمره أن يقسم بينهم لانه ان لم يفعل هذا وألزمهم استئجار قاسمه يحكم عليهم فى الأجر ثم أجر القاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى وصاحب النصيب القليل والكثير سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الأجر عليهم على قدر الانصباء وهذه مسئلة كتاب القسمة وان اتخذ القاضى جماعة من القسامين فذلك حسن ولكن الأولى أن لا يشرك بينهم فانه أجدر أن لا يتحكموا على الناس لانه اذا أشرك بينهم تواضعوا على شئ فتحكموا على الناس ولانه اذا لم يشرك بينهم يؤمن عليهم الميل الى الرشوة لانه ان فعل ذلك أحدهم أظهره عليه صاحبه واذا أشرك بينهم يفوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا منهم على شئ بعينه لم يدخل بقسم معه في ذلك لانه لا شركة بينهم واذا شهد قاسمان على قسمة قسماها بين قوم بأمره بأن كل إنسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الأول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد رحمه الله لانهما يشهدان على فعل أنفسهما ولأنهما فى الحقيقة يدعيان ايفاء العمل الذى استؤجر عليه وأداء الامانة في ذلك بايصال نصيب كل واحد منهم اليه والدعوى غير الشهادة وجه قولهما أنهما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما شيئا لان الخصوم متفقون على أنهما قد وفيا العمل وان العقد انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل أنفسهما لان عملهما التمييز والمشهود به استيفاء كل انسان نصيبه وذلك فعل المستوفى ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجز لان القاسم ليس بقاض والقاضى هو الخصوص بأن يكتفى بقوله فى الالزام فاما القاسم فيما يشهد به

Marfat.com

كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك أمين القاضي اذا أمره القاضى أن يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكر المدفوع اليه فالامين يتصدق في نزاهة نفسه لانه يذكر وجوب الضمان عليه ولا يصدق على الآخر انه قبض لانه ليس بقاض فالحجة لاتتم بقوله وأيما رجل ادعى غلطا في القسمة فانه لا تعادله القسمة ولكنه يسأل البينة على ما يدعى من الغلط لان الاصل هو المعادلة فى القسمة والظاهر ان القاسم يؤدى الامانة فى ذلك فمن ادعى خلاف ذلك لم يصدق الابحجة ولا ينبغى للقاضى أن يتخذ قاسما ذميا ولا مملوكا ولا محدودا فى قذف ولا أعمى ولا فاسقا ولا أحدا ممن لاتجوز شهادته وقد بينا هذا فى الكاتب فكذلك في القاسم لان كل واحد منهما ينوب عن القاضي فيما يكون من تتمة عمله وقد تحتاج الخصوم الى شهادة القاسم فلا يختار لذلك الامر الامن يكون أهلا لاداء الشهادة لانه اذا كان بخلاف ذلك ولم يرد القاضي شهادته وجد الناس لذلك مقالا في القاضى يقولون لم اخترته اذا كنت لاتعتمد قوله واذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أوغيره رجلا يزنى أو يسرق أويشرب الخمر ثم رفع اليه فله أن يقيم عليه الحد فى القياس لانه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب وفى الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى لو شهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لما روى ان عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لو رأيت رجلا على حد ثم وليت هل تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معى غيرى فقال أصبت وعن الزهرى عن أبى بكر رضى الله عنه يجوز ذلك ولان الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفيها الامام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والاقامة بغير حق وهو مأمور بان يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لان هناك خصم يطالب به من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك *توضيح الفرق ان المقر بالحدود التى هى من حقوق الله تعالى اذا رجع صح رجوعه ولم يكن للقاضى ولاية الاقامة لوقوع التعارض بين خبريه فكذلك اذا أخبر القاضى أنه رأى ذلك وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم أمين فيما يخبر به من حق الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لان ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار

Marfat.com

فاما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضي أن يلزمه ذلك باقراره فكذلك له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك لان معاينته السبب أقوى في افادة العلم من اقرار المقربة وهذا اذا رأى ذلك فى مصره الذى هو قاض فيه بعد ماقلد القضاء فأما اذا كان رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقصى فليس له أن يقضى بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يقضى بعلمه في ذلك لان علمه بمعاينة السبب لايختلف بما بعد أن يستقصى وقبله وهو أقوى من العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود فان معاينة السبب تفيده علم اليقين وشهادة الشهود لاتفيده ذلك فاذاجاز له أن يقضي بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضى بعلم نفسه أولى ومذهب أبى حنيفة رحمه الله مروى عن الشعبي. وشريح رحمه الله سئل عن هذه المسئلة فقال أتى شريح رحمه الله مثلها وأنا شاهد فقال أنت الامير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حق وأنت تعلم فقال أنت الامير حتى أشهد لك والمعنى فيه أنه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبان استقصي بعد ذلك لا يزداد علمه بذلك وعلم القضاء فوق علم الشهادة فان علم القضاء ملزم والشهادة بدون القضاء لاتكون ملزمة بخلاف ماذا رأى وهو قاضي لانه استفاد علم القضاء هناك بمعاينة السبب والدليل على الفرق أن مايستفيد من العلم بمعاينة السبب ومايستفيده بشهادة الشهود عنده فى الحكم سواء ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقصى تفيده علم القضاء وقبل أن يستقصى لاتفيد له ذلك حتى لو استقصى شاهد الفرع لم يكن له أن يقضى بما كان من شهادة الاصول عنده مالم يشهدوا بذلك بعد مااستقصي فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لو عاين السبب بعد مااستقصى ولكن فى غير مصره ثم لما انتهى الى مصره خوصم فى ذلك لانه حين عاين السبب لم يكن له أن يقضي به فى ذلك الموضع فهو وما لو علم قبل أن يستقصى سواء ولو عاين ذلك فى مصره وهو قاض ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عندهما له أن يقضى بعلمه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال عند أبى حنيفة رحمه الله أيضا له أن يقضى بعلمه لانه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به فى ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك اذا قضى به بعد ماقلد ثانيا والاصح أنه على الخلاف لانه بعد ماعزل لم يبق له فى تلك الحادثة الا علم الشهادة فهو ومالو علم به بعد ماعزل سواء *توضيحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك اذا عاين

Marfat.com

السبب وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول اذا علم قبل أن يستقصي ثم استقصى فشهدعنده رجل وأخذ بذلك قضى به وذلك مروى عن شريح رحمه الله أنه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكنا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس مايحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده واكمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضى لا يتمكن من القضاء الا بحجة فالطريق فى ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الامام الذى فوقه حتى يقضى هو بذلك واذا دفع القاضى مال اليتيم الى تأجر فجحده التأجر فالقاضى مصدق في ذلك علي التأجر يقضى عليه بالمال لانه قاض فيما يفعله فى مال اليتيم وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لانه يخبر بما يملك الانسان وكذلك لو باع مال ميت فى دينه فلا عهدة علي القاضى فى ذلك لان فعله ذلك من القضاء وهو فيما يلحقه من العهدة يكون خصما لا قاضيا واذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة على من وقع عمله لهم فان جحد المشترى منه البيع قاضاه عليه وأخذ منه اليمين لانه علم أنه كاذب في ذلك فهو الذى باشر السبب وكذلك هو مصدق فيما ذكر أنه قضى به من قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق أو غير ذلك من حقوق الناس سواء أقر بذلك عندى أو قامت به بينة ويسمع للذى سمع من القاضي ذلك أن يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندرئ بالشبهات وما لا يندرئ بالشبهات فى ذلك سواء وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول وقال فى الحدود التى تندرئ بالشبهات لا يسع السامع اقامة ذلك بمجرد قول القاضى ما لم يخبره بذلك غيره لان القاضى غير معصوم عن الكذب فان ذلك درجة الانبياء صلوات الله عليهم ولا تبلغ درجة القاضى درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسع الاقدام عليه بمجرد قول القاضي * وجه ظاهر الرواية أن مجرد قول القاضى ملزم (ألا ترى) أن مباشرته القضاء قول ملزم فكذلك اخباره بالقضاء والدليل عليه أنه لا يستقصى فى كل بلدة أكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضى به لجرى الرسم بايجاد القاضين فى كل بلدة لصيانة الحقوق كما جرى الرسم به فى الشهود وفي الاكتفاء بقاض واحد فى كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على أن مجرد قول القاضي حجة تامة ولو عزل عن القضاء فخاصمه المقضى عليه فى جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا فى ذلك غير مسئول ببينة ولا مستحلف يمينا لانه أضاف الى حالة معهودة تنافى تلك الحالة الخصومة والضمان عنه فيجب

Marfat.com

قبول قوله فى ذلك كما لو أخبر به قبل أن يعزل قال مشايخنا رحمهم الله وانما يجوز اعتماد قول القاضى فى ذلك من غير أن يستفسر اذا كان فقيها ورعا فالورع يؤمننا من جوره وميله الى الرشوة وفقهه يؤمننا من أن يغلط فى ذلك فاما اذا لم يكن فقيها لا بد من أن يستفسر وان كان ورعا لانه ربما يغلط لقلة فهمه وكذلك ان كان فقيها ولم يكن ورعا فلا بد من أن يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار فى ذلك ولا ينبغى للقاضى أن يضرب فى المسجد حدا ولا تعزيرا ولا يقتص لاحد من أحد عندنا (وقال) الشافعى رحمه الله لا بأس بذلك بشرط أن لا يلوث المسجد لان فعل الاقامة قربة وطاعة والمساجد أعدت لذلك ثم هو من تتمة قضائه واذا كان له أن يجلس في المسجد للقضاء كان له أن يتم القضاء باقامة الحدود فيها * وحجتنا فى ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود فى المساجد وفى حديث مكحول أن رسول الله صلي الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسلّ سيوفكم وبيعكم وشرائكم وطهروها في الجمع واجعلوا على أبوابها المطاهر وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بان يعذر رجل وقال للذى أمره بذلك أخرجه من المسجد ثم اضربه ولم ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باقامة حد علي أحد فى المسجد بين يديه وهذا لانه لا يؤمن تلويث المسجد ورفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد يتنحى عن ذلك فاما أن يخرج القاضى ليقام بين يديه أو يبعث نائبا أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بالاقامة بين يديه خارجا من المسجد وهو يرى ذلك ولو أن قاضيا باع لنفسه شيئا أو اشترى لم يقبل قوله فى شئ منه على خصمه وهو كغيره من الناس فى هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أنكر الاعرابى استيفاء ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال لم يشهد لي حتى شهد خزيمة رضى الله عنه الحديث اذا كان هذا فى حق من هو معصوم عن الكذب فما ظنك في القاضى ولا يجوز قضاؤه بشئ لنفسه ولا لولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ولا لابويه وأجداده من قبلهما ولا لزوجته ولا لمكاتبه ومماليكه لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة واذا لم يجز شهادته لهؤلاء فلئلا يجوز قضاؤه لهم أولى وأما من سوى هؤلاء من القرابة وغيرهم فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم واذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لانه أخبر بما لا يملك استئناءه وهذا قول ملزم وهو

Marfat.com

بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قولا ملزما وان شهد مع آخر لم تقبل شهادته فى ذلك لانه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للانسان فيما يخبر به من فعل نفسه فلا بد من أن يشهد على قضائه شاهدان سواه ليتمكن المولى بعده من امضائه واذا رفع قضاء القاضى بعد موته أوعزله الى قاض يرى خلاف رأيه فان كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لاجماع الناس على نفوذ قضاء القاضى فى المجتهدات فلو أبطله القاضى الثانى كان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع وان كان القضاء الأول خطأ لايختلف فيه الفقهاء أبطله لانه بخلاف الاجماع أوالنص (ألا ترى) أن الأول لو وقف على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ماذا تحول رأيه فى المجتهدات فكذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى القضاء بين الناس فينبغى أن يتحرز عن ماهو منتفى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى لم يجعلنى جبارا عنيدا وفى صفته فى التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب فى الاسواق فصلوات الله عليه ولان هذه أوصاف مذمومة فعلى القاضى أن يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس عنه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب الآية والقاضى مندوب الى اكتساب ماهو سبب لميل القلوب اليه والاجماع اليه فى حوائجهم وينبغى له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلا يدع من حق الله تعالى شيئا من غير جبر به وأن يلين حيث ينبغى ذلك فى غير ضعف ولا يترك شيئا من الحق لما روينا عن عمر رضي الله عنه قال لا يصلح لهذا الأمر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يلين فى الامور ويرفق حتى أنهيك شيء من محارم الله فيكون من أشدهم فى ذلك وينبغى له أن يتعذر الى كل من يخاف أن يقع فى نفسه عليه شيء اذا قضى عليه وأن يفسر للخصم ويبين له حتى يعلم انه قد فهم عنه حجته وقضى عليه بعد مافهم وبذلك تنتفى عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والعالة فيه ولانه يصون بذلك الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب الا أن لا يترك جهده فى ذلك وان كان لا يطمع فى أمانته الا نادرا فيتقدم القاضى الى أعوانه والقوام عليه فى ترك الحق والشدة على الناس ويأمرهم بالرفق واللين من غير أن يضعوا فيقصروا عن شيء مما ينبغى لانهم ينوبون عنه فيما فوض اليهم فكما يفعل ذلك فى حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك سبب تأليف القلوب واجتماع الكلمة عليه ولا ينبغى أن يستعمل على القضاء الا الموثوق به فى

Marfat.com

عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التى يأخذ منها الكلام فانه لا يستقيم أن يكون صاحب رأى ليس له علم بالسنة والاحاديث فمثله يضل الناس كما ورد به الأثر* اياكم وأصحاب الرأى أعيتهم أن يحفظوها فيسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلي الله عليه وسلم على صاحب الحديث ان يعى ما سمعه أولا يقوله قال صلوات الله عليه وسلامه نضر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها الى من لم يسمعها فرب حامل فقه الي غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه فعرفنا أنه لا يستقيم واحد منهما الا بصاحبه والامام مأمور بان لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين الا اذا علم صلاحه لذلك قال صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفى رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين واعمال المسلمين فلا يختار له الا من يعلم انه صالح لذلك مؤدي الامانة فيه وذلك عند اجتماع الخصال المذكورة فيه واذا كان لا يؤتمن علي شيء من المال من لا يعرف بالامانة أو يعجز عن أدائها فلئلا يؤتمن علي أمر الدين أولى فكما لا يختار للقضاء الا من يجتمع فيه هذه الشرائط فكذلك للفتوى فان القاضى يفتى وقد كان القاضى فى الصدر الأول يسمى مفتيا فلا ينبغى لاحد أن يفتى الا من كان هكذا الا أن يفتي شيئا قد سمعه فيكون حاكيا ما سمع من غيره بمنزلة الراوى لحديث سمعه يشترط فيه ما يشترط فى الراوى من العقل والضبط والعدالة والاسلام لان الخبر كلام فلا يتحقق بصورته ومعناه في الراوى من غير العاقل وما من موجود في الدنيا الا وهو معتبر لصورته ومعناه فاذا كان المعنى المطلوب من الكلام البيان ولا يحصل ذلك الا بالعقل عرفنا ان العقل فى المخبر شرط والضبط كذلك لان قبول الخبر منه باعتبار رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك الضبط والفهم والعدالة الا بذلك فرجحان جانب الصدق بالعدالة يكون لانه اذا لم ينزجر عما يعتقده حراما فى دينه لا ينزجر عن الكذب أيضا واشتراط الاسلام لان الكفر ينافى رجحان جانب الصدق فى خبره لان هذا من باب الدين وهم يعادون الدين الحق ويسعون في هدمه بما يقدرون عليه فشرطنا الاسلام لذلك وبعد ما استجمع فى القاضى هذه الشرائط لا يولى القضاء ما لم يكن له علم بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم المتعارف بين الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والمجاز فالقاضي لا يستغنى عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء اذا لم يكن عالما بذلك ولا يولى القضاء أعمى ولا محدود فى قذف

Marfat.com

ولا مكاتب ولا عبد يسعى فى شئ من قيمته لان شهادة هؤلاء لا تقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من أمر القضاء كتابة ولا مسائله لظهور الخيانة منهم فى أمور الدين والسعى فى افساده على المسلمين ولا ينبغى للقاضي اذا سافر أو مرض أن يستخلف الا بامر الامام الذى هو فوقه لان من قلده انما رضي برأيه والناس يتفاوتون فى الرأي والقضاء لا بد له من الرأى فلا يستخلف الا بأمر من قلده كالوكيل لا يوكل غيره الا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور باقامة الجمعة فى الاستخلاف قد بيناه فى كتاب الصلاة فاذا استخلف بغير أمر الامام لم يجز قضاء خليفته الا أن ينفذ هو قضاء خليفته فحينئذ ينفذه كما لو قضى به بنفسه لان نفوذه برأيه (ألا ترى) أن الوكيل اذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجاز الوكيل الاول نفذ ذلك منه وجعل اجازته كانشائه وكذلك لو حكم حكما بين خصمين فهذا والاستخلاف سواء وقيل هذا كله اذا فعله خليفته لا بحضرته فان فعله بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برأيه يكون بمنزلة الوكيل اذا وكل غيره حتى باع بحضرته وان التبس عليه القضاء فاستشار فيه رجلا من أهل الصلاح والعفة وأخذ بقوله فانفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن القاضي فيما يعجز عنه يستعين بغيره ممن علم ذلك وان طمع القاضى فى أن يصلح الخصمين فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضى الله عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الاحام ولا ينبغى له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع فى الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار بصاحب الحق وان لم يطمع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليهم ردهم انما الواجب عليه ماقلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك وليس ينبغى للقاضى أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين فى مجلس واحد لانه مأمور بين الناس بالتسوية واذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو ثلاثا أضر بذلك بسائر الناس الا أن يكون الناس قليلا ولا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم فلا بأس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على أحد ممن حضر مجلسه ولا ينبغى للقاضى أن يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم على منازلهم لان الذي سبق بالحضور وقد استحق النظر فى حاجته فلا

Marfat.com

يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من تواضع لغنى لغناه ذهب ثلثا دينه ولان القاضى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الآية ونظر القاضى لهم بسبب الدين وفى ذلك السلطان وغيره سواء فانما يقدمهم علي منازلهم بما ذكر فى بعض النسخ من أصل بعض مسائل التحكيم وتمام ذلك فى كتاب الصلح فنذكر هنا مقدار ماذكر فنقول الحكم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولي حتى يشترط فيه الاهليه للشهادة فاذا كان أعمى أو محدودا فى قذف أو عبد أو مكاتب لم يجز حكمه بين المسلمين وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى أن لكل واحد منهما أن يرجع فيها مالم يمض فيه الحكم والحكومة فاذا أمضاها فليس لواحد منهما أن يرجع فيها كما فى الصلح ولو دفع حكم الحاكم الى القاضى فان وافق الحق ووافق رأيه أمضاه لانه لو نقضه احتاج الى اعادته في الحال وان كان لايوافق الحق أبطل وكذلك ان كان رأيه لايوافق رأيه في المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لايكون حجة الالزام فى حق القاضى وان حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فان ذلك لايجوز لانهما رضيا برأيهما ورأى الواحدلايكون كرأى المثنى ولا يصدقان علي ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه وليس ينبغى للحكم أن يقضى فى اقامة حد أو تلاعن بين الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه وهذالان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين فى حق الشرع فلا يستحق فيه الا من يعين ثانيا وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة (ألا ترى) أن من عليه الحد لا يقيمه على نفسه فكذلك ليس للحكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ما تعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الشهادات

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهى المعاينة فمن حيث أن

Marfat.com

السبب المطلق للاداء المعاينة سمى الاداء شهادة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله للشاهد اذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهد والا فدع وقيل هى مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس فلان أى حضرت قال الله تعالى وهم على مايفعلون بالمؤمنين شهود ومن حيث أنه يحضر مجلس القاضى للاداء يسمى شاهدا وتسمى أداء شهادة ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة فى الاحكام) لانه خبر محتمل للصدق والكذب والمحتمل لايكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد لايوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة فالقضاء أولى ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للاحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى أثنان ذوى عدل منكم وقال صلي الله عليه وسلم البينة علي المدعى وفيه معنيان أحدهما حاجة الناس الى ذلك لان المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتتعذر اقامة الحجة الموجبة للعلم فى كل خصومة والتكليف بحسب الوسع والثانى معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة لايجاب القضاء مع احتمال الكذب اذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم بكونهم شهداء على الناس في القيامة قال الله تعالى وكذلك جعلنا كم أمة وسطا لتكونوا شهداء علي الناس وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس فى الاحكام بغالب الرأى فى موضع الاجتهاد ثم القياس بعد هذا أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد مالم يبلغوا أحد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص ففيها بيان العدد فى الشهادات المطلقة كما لو تلونا من الآيات قال الله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال صلى الله عليه وسلم للمدعى ليس لك الا شاهد شاهدك أو يمينه فان (قيل) هذه النصوص بيان جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفى ذلك بدون العدد (قلنا) لا كذلك فالمقادير فى الشرع اما لمنع الزيادة والنقصان دون الزيادة كاقل مدة الحيض والسفر أو لمنع الزيادة دون النقصان كا كثر مدة الحيض وهنا التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة ثم فيه معنى طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر

Marfat.com

منه في خبر الواحد وفى الشهادة محض الالزام وخبر الواحد لا يكفى لذلك بخلاف الديانات فان فى الديانات التزام السامع باعتقاده والمخبر يلزم نفسه ثم يتعدى الى غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلهذا لا يشترط فيه العدد بخلاف الشهادة وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتلبيس فى الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق المعصومة ثم يشترط فيها مايشترط فى الخبر من العقل والضبط والعدالة لان البيان لايحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة ومعرفة عقل المرء باختياره فيما يأتى ويذر وحسن نظره فى عاقبة أمره والمطلق من الشئ ينصرف الى الكامل منه الا أنه لاحد يرجع اليه في كمال معرفة العقل سوي ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ والعقل تيسيرا للأمر على الناس ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه أهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه أيضا لما فى النقصان من شبهة العدم ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادة اذا كان ذلك ظاهرا عند الناس وأما معرفة العدالة فترجحان جانب الصدق فالحجة الخبر لذى هو صدق ولا طريق لمعرفة الصدق فى خبر من هو غير معصوم عن الكذب الا العدالة. والعدالة هى الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما فى دينه ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود فى القذف أهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في الاهليه للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر فى خبره مع كفره اذا كان منزجرا عما يعتقده حراما فى دينه غير أن خبره لا يقبل فى أمر الدين لانه متهم في ذلك فانه يعتقد السعى فى هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة فى حق المسلمين لانه يعتقد عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة فى حق البعض وسوى هذا يشترط فى الشهادة أهلية للولاية حتى لا يكون المملوك أهلا للشهادة وان كان خبره فى الديانات مقبولا لما فى الشهادات من محض الالزام والزام الغير لا يكون الا عن ولاية فشرطنا الاهلية للولاية فى الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا النساء أحط رتبة فى الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة وبيان ذلك في الحديث الذى بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لاتجوز شهادة النساء في الحدود وذكر بعد هذا عن الزهرى قال مضت

Marfat.com

السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه نأخذ لان في شهادة النساء ضرب من الشبهة فان الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم بالانوثة الى ذلك أشار الله تعالى في قوله عز وجل أن تضل إحداهما فتذكر احداهما الأخرى ووصف رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود تندرئ بالشبهات وما يندرئ بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا أحد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لان تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فسقط اعتبارها ولا يجوز أقل من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا في الجراحات يعني عند امكان اشتراط العدد من غير جرح وذلك فيما يطلع عليه الرجال للاناث التي بلونا في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان يجوز شهادة رجل واحد لم يكن لخزيمة بن ثابت رضي الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين خصه بذلك وقصة هذا الحديث ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقة من أعرابي وأوفاه الثمن ثم جحد الاعرابي استيفاء لثمن وجعل يقول واغداره هلم به شهيدا فقال صلى الله عليه وسلم من يشهد لي فقال خزيمة بن ثابت رضي الله عنه أنا أشهد لك يارسول الله انك أوفيت الاعرابي ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم كيف تشهد لي ولم تحضرنا فقال يارسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من أداء ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم من شهد له خزيمة فحسبه ثم هذا النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة أقسام في اشتراط العدد فقسم يشترط فيه عدد الأربعة في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا يشترط عدد الاربعة فيما سوى الزنا العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضي باشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في الشهود ولهذا جعل النسبة الى هذه الفاحشة في الاجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ماعز رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمه هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات شين والى اليتيم أنت وفي قسم يشترط فيه شهادة رجلين وهو القصاص والعقوبات التي تندرئ بالشبهات وقسم يشترط

Marfat.com

فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك فيما يثبت مع الشبهات بيانه فى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشهيدان رجلين فرجل وامرأتان شهيدان ليكون تفسيرا لقوله تعالي واستشهدوا شهيدين والآية فى المداينات ولكن ذلك مما لا يندري بالشبهات فيكون ذلك دليلا على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندرئ بالشبهات والنكاح والطلاق والعتاق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعى رحمه الله المعنى فى المداينات كثرة المعاملات فيما بين الناس فانما يجعل شهادة النساء مع الرجال حجة فى ذلك خاصة وهى الأموال وحقوقها فاما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين وقد بينا المسئلة فى كتاب النكاح. والشهادة على الشهادة جائزة في كل شئ ماخلا القصاص والحدود وذلك مروى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لان الشهادة على الشهادة فيها ضرر شبهة ينعدم ذلك بجنس الشهود من حيث ان الخبر اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء تكون حجة فيما يثبت مع الشبهات دون ماليندرئ بالشبهات بل أولى فان الشهادة على الشهادة خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة الأصول وشهادة النساء مع الرجال فى صورة الخلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليس بخلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين عرفنا أن ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد الفرع لم يعاين السبب ولا يتقين فى ذلك شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان فاذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة فى الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة أولى والشافعى رحمه الله يجعل الشهادة على الشهادة حجة فى حقوق العباد أجمع. العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء لانه حجة أصلية فيما هو المشهور به وهو شهادة الأصول فاثبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كثبوته باداءهم لو حضروا بانفسهم بخلاف شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما تكثر فيه المعاملة لان الضرورة تتحقق فى ذلك وفي الحدود التى هى لله تعالي له قولان في أحد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا تكون حجة في ذلك لان شهادتهم على شهادة الأصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر وذلك غير مقبول فى الحدود التى هى لله تعالى ومقبول فى حقوق العباد فكذلك الشهادة على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للعباد وذلك ينعدم فيما هو لله تعالى وفى قول آخر يقول

Marfat.com

الشهادة على الشهادة حجة فى ذلك الا فى الرجم فالشاهد على الزنا فى جملة من يرجم يشترط حضوره لامحالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذى يقيم اذا ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة على الشهادة لانها حجة أصلية وفيما ذكرنا جواب عن كلامه اذا تأملت ولا يجوز فى شئ شهادة من لم يعاين ولم يسمع لانه لاعلم له بالشهود به وبدون العلم لايجوز له أن يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضى حقيقة الحال ويميز الصادق المخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه اذا لم يعلم به وطريق العلم المعاينة اذا كان المشهود به مما يعاين والسماع اذا كان ذلك مما يسمع كاقرار المقر والله أعلم بالصواب

باب الاستحلاف

(قال رحمه الله اعلم بأن المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على ماأنكر الا أنه لايستحلف الا بطلب المدعى) لان اليمين حقه قال صلى الله عليه وسلم للمدعى لك يمينه وكما لايستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذلك لايستحلف الا بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه أن الغموس من اليمين مهلكة على ماروي فى حديث أبى أمامة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع بيمينه وجه له مال امرء مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان شيئا يسيرا يارسول الله قال صلوات الله عليه وان كان قضيبا من أراك وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف يمينا فاجرة ليقتطع بها مال امرء مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان فعرفنا أنه يمين مهلكة والمدعى يزعم أن المنكر أتلف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينة حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعى فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزاء مشروع كالقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى العدل فى شرع اليمين حقا للمدعي قبل المدعى عليه ثم له رأى فى تأخير الاستحلاف فربما يرجو أن يحضر شهوده ولا يأمن أن تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك فلهذا لايحلف الا بطلب المدعى ولان من أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لايحلف الخصم اذا زعم المدعى أن شهوده حضور وعندهما اذا كان الشهود في مجلس القضاء والمدعى

Marfat.com

هو الذى يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ثم شرط أبو حنيفة رحمه الله للاستحلاف أن لا يكون للمدعي شهود حضور لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم للمدعي ألك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم إذن لك يمينه ولان المنكر انما يكون متلفا حق المدعى بانكاره اذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضى الخصم مع حضور الشهود لكان فى ذلك افتضاح المسلم اذا أقام المدعى البينة بعد ذلك وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا اذا كان الشهود فى مجلس الحكم فكذلك يتمكن المدعى من اثبات حقه بالشهادة فى الحال فاما اذا لم يكونوا فى مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يقصر المؤونة والمسافة عليه باقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين فيتوصل الى حقه في الحال فكان له أن يطلب يمينه ثم قد بينا فى كتاب الدعوى أن المقصود نكول المدعى عليه وان الاستحلاف فى كل ما يجوز فيه القضاء بالنكول ولهذا لا يستحلف فى الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى الحدود التى هى لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف يقام بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفى حد القذف النكول قائم مقام الاقرار ولا يجوز اقامته بما هو قائم مقام الغير كما لا يقام بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضى الا أنه يستحلف فى السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع وهذا لان المدعى يدعى أخذ المال بجهة السرقة فيستحلف الخصم فى الاخذ وعند نكوله يقضى بذلك لا بجهة السرقة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع وكما فى الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء فى السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان دون السرقة الموجبة للقطع فكذلك فى النكول ولهذا لا يستحلف فى النكاح والرجعة والفيء فى الايلاف والرق والنسب والولاء فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يجوز القضاء فيها بالنكول والنكول عنده بمنزلة البدل وهما يقولان يستحلف فى هذه الاشياء ويقضى بالنكول فالنكول عندهما قائم مقام الاقرار وقد بينا هذا فى الدعوى وفى دعوى القصاص يستحلف لا للقضاء بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس (ألا ترى) أن الايمان فى القسامة شرعت مكررة لذلك وان كلمات اللعان أيمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة الى الفاحشة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا امتنع عن اليمين فى دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وفيما دون النفس يستحلف للقضاء بالنكول لان البدل عامل فى الاطراف كهو فى الاموال فاذا كان مفيدا يعمل فى الاباحة واذا كان غير مفيد يعمل فى اسقاط الضمان فعند النكول يقضى بالقصاص الذي

Marfat.com

هو عين المدعا كما يقضى بالمال وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قال النفس وما دونها سواء اذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول أبو حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى أيضا (قال) ولا يستحلف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين فى جانب المدعى عليه فلم يبق يمين فى جانب المدعى ولان شرع اليمين في جانب المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك فى جانب المدعى ولانها مشروعة للحاجة الى قطع المنازعة ولا حاجة الى ذلك بعد اقامة المدعي البينة ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفى والمدعى محتاج الى الاثبات والى هذا أشار في الأصل فقال لا نرد اليمين ولا نحولها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسئلة رد اليمين ومسئلة القضاء بشاهد ويمين وكان على رضى الله عنه يرى استحلاف المدعي مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوى اذا روى حديثا كما روي عنه انه قال ماروى لى أحد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا حلفته غير أبى بكر رضي الله عنه فانه حدثنى أبو بكر رضي الله عنه ولم أحلفه ولم نأخذ بقوله فى هذا لما فيه من الزيادة على النص ففى النصوص أمر الحكام بالتماس شاهدين من المدعى فاليمين بعد ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة فالبينة سميت بينة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجز استحلافه مع ذلك فاذا ثبت بالبينة فهو مثل ذلك أو أقوى فان كانت اليمين على الرجل فان القاضى يحلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية وان اكتفى بالأول أجزأه لان المشروع اليمين بالله تعالى قال الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال الله تعالى يحلفون بالله ماقالوا فعرفنا أن المشروع فى بيعه نصرة الحق والانكارات اليمين بالله تعالى الا أن المقصود فى المظالم والخصومات هو النكول وأحوال الناس تختلف فمنهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط واذا كان كذلك فالرأى فى ذلك الى القاضى ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلظ بذكر الصفات والاصل فيه حديث أبى هريرة رضي الله عنه ان الذي حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى أنزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك فى آداب القاضى ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من

Marfat.com

يمين واحدة ولهذا لم يذكر حرف العطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه بغير الله تعالى لان ذلك منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أوليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيثما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل سواء حلفه فى المسجد أوفى غير المسجد استقبل به القبلة أولم يستقبل والشافعى رحمه الله يقول فى المال العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلاد فى الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فانه رأى قوما يستحلفون عند البيت قال أعلى دم أم أمر عظيم من المال لقد خفت ان يتهيأ الناس لهذا البيت وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمتنع الانسان من اليمين في هذا الموضع مالا يمتنع منها فى سائر المواضع ولسنا نأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهى تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وفيه أيضا بعض الحرج على القاضى فان حلف المدعى عليه فقد انقطعت المنازعة لانه لاحجة للمدعى فحجته البينة أواقرار الخصم أو نكوله وقد انعدم ذلك كله وليس له أن يخاصم بغير حجة يقول فان أبرأه القاضي أى منعه من أن يخاصمه بغير حجة لاأن يسقط حق الطالب عنه بقضائه ثم إن أقام الطالب البينة عليه بالحق فانه يأخذه منه وبعض القضاة من السلف رحمهم الله كان لايسمعون البينة بعد يمين الخصم وكانوا يقولون كما يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر الي يمين المنكر بعده فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه اذا حلف فلا يلتفت الى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وانما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعى بعد يمين المدعى عليه ويقول عمر رضى الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة أحق أن يرد من البينة العادلة ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق فى انكاره ولكن المدعى لايخاصمه بعد ذلك لانه لا حجة له فاذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها ولا يحلف الشاهد الا بامرنا لاكرام الشهود وليس من اكرامه استحلافه ثم الاستحلاف ينبنى على الخصومة ولاخصم للشاهد وكما يستحلف المسلم فى الخصومات تستحلف أهل الذمة لان المقصود النكول وهم يمتنعون من اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين (قال) ويحلف النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام واليهود بالله الذي أنزل التوراة على

Marfat.com

موسى عليه السلام والاصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور أنشدك الله الذي أنزل التوراة على موسى ان حكم الزنا فى كتابكم هذا وهذا لانه قد يمتنع من اليمين عند التغليظ بهذه الصفة مالا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله انه يستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار لانهم يعظمون النار وليس عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلاف ذلك فى الظاهر الا انه روى عن أبى حنيفة رحمه الله فى النوادر قال لايستحلف أحد الا بالله خالصا فلهذا قال بعض مشايخنا لاينبغى أن يذكر النار عند اليمين لان المقصود تعظيم المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذي خلق النار وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود النكول قال بذكر ذلك فى اليمين فأما المسلمون لا يعظمون شيئا من المخلوقات تعظيم العبادة فلهذا لا يذكر شئ من ذلك في استحلاف المسلم وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلفون بالله فانهم يعظمون الله تعالى كما قال عز وجل ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وانما يعبدون الاصنام تقربا الى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فيمتنعون من الحلف بالله كاذبا ويحصل به المقصود وهو النكول ولايستحلف المجوسي فى بيت النار لان الاستحلاف عند القاضى والقاضى ممنوع من أن يدخل ذلك الموضع وفى ذلك معنى تعظيم النار واذا كان لايدخله المسجد مع انا أمرنا بتعظيم هذه البقعة فلئلا يدخل المجوسي بيت النار عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها أولى والحر والمملوك والرجل والمرأة فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحرمة فى اليمين الكاذبة سواء واذا أرادت المرأة أن تحلف زوجها على الدخول بها لتؤاخذه بالمهر وقالت تزوجنى وطلقنى بعد الدخول أو قالت تزوجنى وطلقنى قبل الدخول فعليه نصف المهر أستحلفه بالله على ذلك فان نكل عن اليمين لزمه المال ولا يثبت النكاح فى قول أبى حنيفة رحمه الله لانها تدعى المال والعقد والبدل يعمل فى المال ولا يعمل فى النكاح فيستحلف لدعوى المال وعند النكول يقضى بذلك دون النكاح وقد بينا نظيره فى دعوى السرقة والله أعلم بالصواب

باب من لا تجوز شهادته

(قال الشيخ الامام رحمه الله الاصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم

Marfat.com

لاشهادة لمتهم ولانه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجةاذا ترجح جانب الصدق فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم التهمة تارة تكون لمعنى فى الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاد حرمته متهم بأنه لاينزجر عن شهادة الزور وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة والعدالة هى الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضله أو يصده وليس لهذه الاستقامة حد يوقف على معرفته لانه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها فجعل الحد فى ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا في شهادته ففى غير الكبائر اذا أصر على ارتكاب شئ مما هو حرام فى دينه يخرج من أن يكون عدلا وان ابتلى بشئ من غير الكبائر ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل فى الشهادة لانه اذا أصر على ذلك فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه واذا ابتلى بذلك من غير اصرار عليه فانما ظهر رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى فى المشهود له وهو وصله خاصة بينه وبين الشاهد يدل على ايثاره على المشهود عليه وذلك شئ يعرف بالعادة فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل الى الاقارب وأبنائهم على الاجانب فتتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق فى الشهادة وقد يكون ذلك فى الشاهد لا يقدح فى عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك تمكن تهمة الغلط فى الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعى وهو فى حق المحدود فى القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عز وجل فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون * اذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لاتجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده وبذلك نأخذ ويخالفنا فى الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق فى خبره انزجاره عما يعتقد حرمته ولا فرق في هذا بين الاجانب والاقارب وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخيه فكذلك شهادة الوالد لولده ولا معتبر بالميل اليه طبعا بعدما قام دليل الزجر شرعا ولكنا نستدل

Marfat.com

بحديث هشام بن عروة عن أبي عن عائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال لاتقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمره على أخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده ولاشهادة الوالد لولده وكذلك رواه عمر بن شعيب عن أخيه عن جده زاد فيه ولاشهادة المرأة لزوجها ولا شهادة الزوج لامرأته وفى الحديثين ذكر ولا مجلود حد يعنى في القذف وروى أن الحسن شهد لعلي رضى الله عنهما مع قنبر عند شريح رحمه الله بدرع له قال شريح رحمه الله ائت بشاهد آخر فقال على رضي الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر قال لا بل مكان الحسن رضى الله عنه قال علي رضى الله عنه أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة فقال قد سمعت ولكن إئت بشاهد آخر فعزله عن القضاء ثم أعاده عليه وزاد فى رزقه فدل أنه كان ظاهرا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لاتقبل الا أنه وقع لعلي رضي الله عنه في الابتداء أن للحسن رضى الله عنه خصوصية فى ذلك لما خصه به رسول الله صلى الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم فى حقه ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة فى حق من هو غير معصوم عن الكذب فيبنى الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع على رضى الله عنه والمعنى فيه تمكن تهمة الكذب فان العداله تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين فى حقه ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء (ألا ترى) أن فى شهادة المرء لنفسه أو فيما له فيه منفعة لايظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور مايمنع من ذلك بطريق العادة فكذلك فى حق الآباء والاولاد إما لشبهة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد فى المشهود به والمنافع بين الآباء والاولاد متصلة قال الله تعالى أباؤكم وأبناؤكم لاتدرون أيهم أقرب لكم نفعا بخلاف الاخوة وسائر القرابات فدليل العادة هناك مشترك متعارض فقد تكون القرابة سببا للتحاسد والعداوة وأول مايقع من ذلك انما يقع بين الاخوة بيانه فى قوله تعالى قال لاقتلنك وبيان ذلك فى حال يوسف عليه السلام واخوته فكان التعارض يظهر رجحان جانب الصدق في الشهادة له بظهور عدالته ومثل هذه المعارضة لاتوجد في الآباء والاولاد ولا يشكل هذا على من نظر فى أحوال الناس عن انصاف فاما فى شهادة أحد الزوجين لصاحبه يخالفنا الشافعى رحمه الله فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه ليس بينهما بعضية والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فهى نظير الاخوة

Marfat.com

أو دون الاخوة فانها تحتمل القطع والاخوة لاتحتمل ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما فى الطريقين فى النفس وأن كل واحد منهما لا يعتق علي صاحبه اذا ملكه ولان هذه وصلة بينهما باعتبار عقد لا يؤثر فى المنع من قبول الشهادة كالصداق والاظهار والاختان وهذا لان عقد النكاح يثبت أحكاما مشتركة بينهما ففيما وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الاجنبي كشريكى العنان * وحجتنا فى ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية يمكن تهمة فى شهادة كل واحد منهما لصاحبه . وبيان ذلك من وجوه أحدها ان عقد النكاح مشروع لهذا وهو أن يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل اليه ويؤثره على غيره واليه أشار الله تعالى فى قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد فى القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلي الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة رضى الله عنها وأمور خارج البيت على علي رضى الله عنه وبهما تقوم مصالح المعيشة فكان في ذلك كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما فى حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد فى حقوق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما الى صاحبه وايثاره على غيره كما فى الآباء والاولاد بل أظهر فان الانسان قد يعادى والديه لترضى زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها فتدفعه الى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعته ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل فى تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى أى غنى بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء الى عمر رضى الله عنه رجل فقال ان عبدى سرق مرآة امرأتى فقال مالك سرق بعضه بعضا والدليل على أن الزوجة بمنزلة الولاد حكما استحقاق الارث بها من غير حجب بمن هو أقرب * توضيح الفرق ماقلنا أن الزوجة بمنزلة الاصل للولاد فان الولاد تنشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت فى الاصل وان انعدم ذلك المعنى فيه (ألا ترى) أن المحرم اذا كسر بيض الصيد يلزمه الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من الحكم ما يثبت فى الصيد الا أن هذا الاصل انما يلحق بالولاد في حكم يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون مالا يتصور كالقصاص فانه يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعتق انما يثبت بعد الملك ولا زوجية بعد الملك فاما حكم الشهادة يكون فى حال قيام الزوجية فيلحق الزوجية فيه بالولاد وكان سفيان الثورى رحمه الله يقول شهادة الزوج لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لا تقبل لانها فى

Marfat.com

حكم المملوك له المقهور تحت يده فيتمكن تهمة الكذب فى شهادتها له وذلك تنعدم فى شهادته لها واعتمد فيه حديث على رضي الله عنه فانه شهد لفاطمة رضى الله عنها فى دعوى فدك مع امرأة بين يدى أبى بكر رضى الله عنه فقال لها أبو بكر رضى الله عنه ضمى الى الرجل رجلا أو الى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته * ولكنا نقول دليل التهمة تم الجانبين من الوجه الذى قررنا فربما يكون ذلك في جانب الزوج أظهر لانها لما كانت فى يده فما لها في يده من وجه أيضا فهو يثبت اليد لنفسه فى المشهود به وكذلك بكثرة مالها تزداد قيمة ملكه فان قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقلة مالها وكثرة مالها. بيان ذلك فى مهر المثل فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث على رضى الله عنه لان أبا بكر رضى الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها وكان للرد طريقان الزوجية ونقصان العدد فاشار الى أبعد الوجهين تحرزا عن الوحشة وكذلك على رضي الله عنه علم أن أبا بكر رضى الله عنه لا يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكره انحسامها بالامتناع من أداء الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل ان شهادة على رضى الله عنه لها لم تشتهر وانما المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح ولا العبد لسيده فهو مجمع عليه لان شهادة العبد لا تقبل لسيده ولا لغير سيده وحكى عن محمد بن سلمة رضى الله عنه قال كان يحيي بن أكثم رحمه الله أعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان اذا قال فى شئ اتفق العلماء رحمهم الله على كذا نزل أهل العراق على قوله وقد قال اتفق العلماء على أن العبد لا شهادة له وقد يروي أن عليا وزيدا رضى الله عنهما اختلفا فى المكاتب اذا أدى بعض بدل الكتابة فقال على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد رضى الله عنه لا يعتق ما بقى عليه درهم فقال زيد لعلى رضى الله عنهما أرأيت لو شهد أكان تقبل بعض شهادته دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر وعثمان رضي الله عنهما فى العبد اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعتق فاعادها فقال عثمان رضى الله عنه لا تقبل وقال عمر رضى الله عنه تقبل فذلك اتفاق منهما على انه لا شهادة للعبد وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا شهادة للعبد وهذا لان فى الشهادة معنى الولاية فانه قول ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق ينفي الولاية فالاصل ولاية المرء على نفسه فاذا كان الرق يخرجه من أن يكون أهلا للولاية على نفسه فعلى غيره أولى وقد استدلوا فى الكتاب على أن العبد ليس من أهل الشهادة بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما

Marfat.com

دعوا والعبد لايدخل فى هذا الخطاب لان خدمته ومنفعته لمولاه فلايجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعى الي ذلك بل لايحل له ذلك لان منافعه فى هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قبل شهادة الاخ لاخيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد لوالده واستدل فى الكتاب بقوله صلي الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فمطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وان مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ومثل ذلك لايوجد فى الاخوة وسائر القرابات ويجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاعة ووالدته لان الرضاع تأثيره فى الحرمة خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي (ألا ترى) أنه لا يتعلق به استحقاق الارث واستحقاق النفقة حالة اليسار والعسرة وبه يفرق بين الاخوة والولاد فالاخوة لا يتعلق بها استحاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف الولادة والزوجية فانه يتعلق بهما استحقاق حالتى اليسار والعسرة ويجوز شهادة الرجل لام امرأته ولزوج ابنته لان المصاهرة التى بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط فاما ماسوى ذلك لاتأثير للمصاهرة فهى بمنزلة الرضاع أو دونه وعن ابراهيم رحمه الله قال لاتجوز شهادة المحدود فى القذف وان تاب انما توبته فيما بينه وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبذلك يأخذ علماؤنا رحمهم الله وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه كان يقول انما يؤتيه فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا نقبل شهادته وقال الشافعى رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضى الله عنه وقد كان يقول لابى بكرة تب تقبل شهادتك واستدل الشافعى رحمه الله بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا والاستثناء متى يعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف الى جميع ماتقدم الا ماقام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على أن الاستثناء لا ينصرف الى الجلد فيبقى ماسواه على هذا الظاهر مع أن عندنا الاستثناء ينصرف الى الجلد أيضا الا أن الجلد حق المقذوف فتوبته في ذلك أن يستعفيه فلا جرم اذا استعفاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه أن الموجب لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا ذلك لان الموجب لرد شهادته اما أن يكون نفس القذف أو اقامة الحد عليه أو سمة الفسق لاجائز أن يكون الموجب لرد شهادته نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لايكون موجبا رد الشهادة ولا ترد

Marfat.com

الشهادة على التأبيد وكذلك باعتبار الكذب فلا تأثير للكذب فى رد الشهادة على التأبيد ولان هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون أعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد ولانه نسبة الغير الى الزنا فلا يكون أقوى من مباشرة فعل الزنا وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأبيد وهذا على أصلكم أظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وان لم يتب وبالاتفاق اذا تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه فان ذلك فعل الغير به وتعتبر اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد من وجه يقام تطهيرا قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لأهلها فلا يصلح أن تكون سببا لرد شهادته على التأبيد وحاله اذا تاب بعد اقامة الحد عليه أحسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فاذا بطل الوجهان صح أن الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره فى الديانات ولهذا قلت قبل اقامة الحد عليه لا تقبل شهادته عليه اذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك ستر العفة على المسلم ولهذا لزمه الحد به والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة موجبة للفسق ولان هذا محدود فى قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذمى اذا أسلم بعد اقامة الحد عليه * وحجتنا فى ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والا بدما لا نهاية له فالتنصيص عليه فى بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأبيد ومعنى قوله لهم أى للمحدود فى القذف وبالتوبة لا يخرج من أن يكون محدودا فى قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من أن يكون منافقا والمراد بالآية شهادته فى الحوادث لا ما يأتى به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا انه اذا أقام المحدود أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه ادارك وهذه دار لك وفى التنكير ما يدل على أن المراد ما قلنا دون أربعة يشهدون له فانه لو كان المراد ذلك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فان المنكر اذا أعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما أرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام فى المسئلة من طريق القياس فان مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده وأصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط

Marfat.com

أيضا وبيان هذا أن نفس القذف لا يكون موجبا للحد كما قاله الخصم ولان القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبه من القاذف اذا علم اضراره ووجد أربعة من الشهداء ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينة ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء واليه أشار الله تعالى فى قوله عز وجل ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك يظهر بما يظهر به العجز عن الدفع فى سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص عليه فى قوله تعالى فاجلدوهم والفاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فاذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعى رحمه الله فى قوله صلى الله عليه وسلم وتغريب عام أنه من تمام حد البكر ولكن نقول هناك التغريب لايصلح ن يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه ففيه معنى الزجر ثم حرمة القاذف باللسان ورد شهادته حد فى المحل الذى حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من هذا الحد دفع الشين عن المقذوف وذلك في اهدار قوله أظهر منه فى اقامة الحد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم للسارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لا يكون متمما للحد لانه دواء فلا يصلح أن يكون متمما للحد ثم حرف النفى فى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لايمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما يقول لغيره اجلس ولا تتكلم وأما قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون فى العلم وقوله تعالى ولباس التقوى وقوله تعالى ويمحوا الله الباطل وبيان أنه ليس بعطف أن قوله تعالى فاجلدوهم أمر بفعل وهو خطاب الامة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم نهى عن فعل وهو خطاب الامة أيضا وقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفا ولان قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة الاشكال أنهم لما أدي استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفا لكان من الحد أيضا فينبغى أن لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع بالحد فلا تأثير للتوبة في الحد

Marfat.com

وانما يسقط عنده بعفو المقذوف ويستوى في ذلك ان تاب القاذف أولم يتب وكان ينبغى أن يقال اذا تاب حتى حرم بفسيقة أن لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحرى والذى يوضح ماقلنا أن الثابت بالنص هو التوقف فى خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن فى البيان ولهذا الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده أو أنه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة الحد يصير محكوما بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب أولى ويستدل بهذا فى تعيين المسئلة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق اذا شهد فى حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوما بكذبه فيها فكذلك المحدود فى جميع الشهادة وبيان ماقلنا فيما روي ان هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سمحا قال المسلمون الآن يجلد هلال فتبطل شهادته فى المسلمين فذلك دليل علي أنه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وأن بطلان الشهادة من تمام الحد وتأويل قول عمر رضى الله عنه لابى بكرة تقبل شهادتك في الديانات (ألا ترى) ان ماروى ان أبا بكرة كان اذا استشهد فى شئ قال وكيف تشهدنى وقد أبطل المسلمون شهادتى وهو أعلم بحاله من غيره فاما الذى اذا أقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به حده لانه كان من أهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد اذا أقيم عليه الحد ثم عتق لان العبد لم يكن أهلا للشهادة وتمام الحد يرد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتق فان عتق الآن ثم حده ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التى يقول ان خبر المحدود فى القذف فى الديانات تقبل وأما على الرواية التى يقول لا يقبل خبره فى الديانات وهو رواية المنتقى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال فان (قال) القاذف عندى لا يكون أهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة (قلنا) لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من أهل الشهادة وفى قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة مابدل

Marfat.com

على ذلك ثم مذهبه هذا من أقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا تتصور رد شهادته ويتبين بهذا أن المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد لشهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه أنه أعمى فذكر ذلك لعلي رضي الله عنه فرد شهادته وبه نأخذ وكان مالك رحمه الله يقول ان شهادة الاعمى مقبولة لان الاعمى لا يقدح فى الولاية والعدالة فباعتبارهما يجب قبول الشهادة * بيانه أنه من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته الى غيره عند وجود سبب التعدي وهو أهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما فى دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان فى الصحابة رضوان الله عليهم من هو أعمى وقد كان فى الانبياء عليهم السلام من ابتلى بذلك فدل أن الاعمى لا يقدح فى العدالة وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر فى المنع من قبول شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها الى التمييز بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لان الاعمى لا يميز بين الناس الا بالصوت والنغمة فتتمكن من شهادته شبهة يمكن التحرز عنها بجنس المشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعاينة لا شهادة للاعمى فاما فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع تقبل شهادة الاعمى لانه فى السماع كالبصير وانما عدم آلة العينين ولكنا نقول فى أداء الشهادة هو محتاج الى الاشارة الى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وعلي هذا الاصل قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به وبعد صحة العلم انما يحتاج الى الحفظ والاعمى فى ذلك كالبصير ويحتاج الى الاداء باللسان والاعمى فى ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذى يعلم أنه مصيب في ذلك يكفى لاداء الشهادة (ألا ترى) أن الاعمى يباح له وطء زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وأن البصير اذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة الى العين فى صحة أداء الشهادة فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا لا تقبل شهادته لحديث علي رضى الله عنه فانه لا يستفسر أنه وقت التحمل كان بصيرا أو أعمى وفي هذا الحديث دليل أن ذلك معروفا بينهم حتى لم يخف على النساء ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول يحتمل

Marfat.com

أن ذلك كان فى الحد وأنا أقول فى الحدود اذا عمى قبل الاداء أو بعد الاداء قبل الامضاء فانه لا تعمل بشهادته لان الحدود تندرئ بالشبهات والصوت والنغمة في حق الاعمى تقام مقام المعاينة فى حق البصير والحدود لا تقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى فيه أن فى شهادة الاعمى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف أنه يحتاج عند أداء الشهادة الى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما والى المشهود به فيما يجب احضاره وآلة هذا التمييز البصير وقد عدم الاعمى ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنغمة أو بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير أن يشهد بخبر الغير فكذلك لا تقبل شهادته اذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمى في أداء الشهادة كالبصير اذا شهد من وراء الحجاب وهذا بخلاف الوطء فانه يجوز أن يعتمد فيه على خبر الواحد اذا أخبره ان هذه امرأته وقد زفت اليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج الى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا ففى الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود فالمدعى وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك الاشارة تقع الى وكيل الغائب ووصى الميت وهو في ذلك قائم مقامه ولا يقال بانه ما كان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد يبتلى بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما اذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته لا تقبل والمدعي ما كان يعلم أن الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا فى القصاص والحدود التى فيها حق العباد موجود وكم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة حرمتها أولى ثم بماذى يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد فى ذلك غير مقبول وقول المدعى كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به أصلا (قال) ويتصور هذا فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدى الشهادة فلم يتفرغ القاضى لسماع شهادته حتى عمى أو كان القاضى يعرف الوقت الذى عمى هو فيه وتاريخ المدعى سابق على ذلك ولا تجوز شهادة الاخرس لان أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى اذا قال الشاهد أخبر واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس ثم شهادة الاخرس مشتبة فانه يستدل باشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن فى شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوي من عبارة الناطق لو قال أخبر ولا تقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى أمر بالتوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ

Marfat.com

فتبينوا أن تصيبوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصدق لا يظهر فى شهادة الفاسق لان اعتبار اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل انه كاذب فى شهادته فاتعارض الادلة يجب التوقف ثم لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاد حرمته وعن أبى يوسف رحمه الله يقول اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا تتمكن تهمة الكذب فى شهادته فلو جاهته لا يتجاسر أحد من استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع من الكذب من غير منفعة له في ذلك والأصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة فى العمل بها لا كرام الشهود كما قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمر بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم اذا لقيت الفاسق فالفه بوجهه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلهذا لا تقبل شهادته ولا شهادة آكل الربا المشهور بذلك والمعروف به المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط أن يكون مشهورا به مقيما عليه لان العقود الفاسدة كلها ربا قال الله تعالي وأحل الله البيع وحرم الربا والانسان فى العادة لا يمكنه أن يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد فى جميع معاملاته فقد لا يهتدى الى بعض ذلك فلهذا لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا بأكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للحد على ذلك وذلك تسقط عدالته وانما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يتهم بالشرب ولكن لا يظهر ذلك لا يخرج من أن يكون عدلا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك أو يخرج سكرانا يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالى من الكذب عادة ولا شهادة المخنث لانه فاسق ومراده اذا كان مخنثا فى الرديّ من أفعاله فأما اذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة (ألا ترى) ان هيت المخنث كان يدخل بيوت أوزاج رسول الله صلي الله عليه وسلم ورضى عنهن حتى سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة أمر باخراجه ولا شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر أن يكون قبله مع ذلك فى عامة أحواله وأنه يقل نظره في سائر الامور ثم هو مصر علي نوع لعب وقال صلي الله عليه وسلم ما أنا من در ولا الدرمنى والغالب أنه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وذلك فسق فاما اذا كان يمسك الحمام فى بيته يستأنس بها ولا

Marfat.com

يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح (ألا ترى) أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد ولا شهادة صاحب الغناء الذي يخادن عليه ويجمعهم والنائحة لانه مصر على نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المحازفة والاقدام على الكذب عادة فلهذا لا تقبل شهادته وأما المحدود في الخمر والزنا والسرقة اذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه أجاز شهادة أقطع من بني أسد فقال أتجيز شهادتي فقال نعم وأراك لذلك أهلا وكان أقطع في سرقة وهذا لان التوقف في شهادته كان لفسقه وقد زال ذلك بالتوبة والتأئب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من تمام الحد كان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود والزيادة على النص بالقياس لا تجوز مع أن هذا الحد ليس في معنى ذلك الحد لان باقامة حد القذف تحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة الحد فاقامة الحد في حقهم تكون تطهيرا اذا انضم اليه التوبة وقد قال الله تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح الآية وقد قال صلى الله عليه وسلم التأئب من الذنب كمن لا ذنب له واذا أعمى الشاهد أو خرس أو ذهب عقله أو ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ماشهد قبل أن يقضى القاضي بشهادته فان القاضي لا يقضي بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء الشهادة يمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقاضي لا يقضي الا بحجة فاعتراض هذه المعاني قبل القضاء يخرج شهادته من أن تكون حجة بخلاف الموت فان اقترانه بالاداء لا يمنع العمل بشهادته (ألا ترى) أن شاهد الفرع اذا شهد بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله شهادة أصحاب الاهواء جائزة وهو مذهب جميع أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء ومنهم من يفصل بين من يكفر في هواه وبين من لا يكفر في هواه لانهم فسقة ولا شهادة للفاسق والفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي (ألا ترى) أن أخبار أهل الاهواء في الديانات لا يقبل وهو أوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم أولى وفي الكتاب استدل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضي الله عنهم فانهم اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك أن شهادة بعضهم على بعض كانت جائزة

Marfat.com

مقبولة وليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال وفى موضع آخر علل فقال انهم للتعمق في الذين ضلوا عن سواء السبيل ووقعوا فى الهوى وذلك لا يلحق تهمة الكذب بهم فى الشهادة فمن أهل الاهواء يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يتهم باعتبار هذه الاعتقاد أن يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الايمان فاعتقاده هذا يحمله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا أن شهادة الفاسق انما لا تقبل لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير شرب المثلث معتقدا اباحته أو يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا اباحة ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة الا الخطابية من أهل الاهواء وهم صنف من الروافض يستجيزون أن يشهدوا للمدعى اذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد أن الالهام حجة موجبة للعلم لا تقبل شهادته لان اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار عن أهل الاهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندى أنه لا تقبل لان المعتقد للهوى يدعو الناس الى اعتقاده ومتهم بالتقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة فى المعاملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لا تقبل عند الشافعي رحمه الله لان العداوة بينهما تحمله على التقول عليه ولهذا لم يجوز شهادة أهل الاهواء على أهل الحق فاما عندنا اذا كانت العداوة بينهما بسبب شئ من أمر الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فأما من يعادى غيره لمجاوزته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شئ من أمر الدنيا فهو أمر موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه اذا ظهر ذلك منه وشهادة أهل الاسلام جائزة على أهل الشرك كلهم لان الله تعالى أثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولى ومن عرف منهم بالخيانة لم تجز شهادته أهل الاهواء وغير أهل الاهواء فى ذلك سواء فالمجون نوع جنون قال القائل فى هذا المعنى

ان شرخ الشباب والشعر الاسود ما لم يعاص كان جنونا

ثم لما جن تشتد غفلته على وجه ينعدم به الضبط أو يقل وتظهر منه المجازفة فيما يقول ويفعل فيتهم بالمجازفة فى الشهادة أيضا وشهادة أهل الشرك بينهم جائزة بعضهم على بعض عندنا وقال

Marfat.com

مالك والشافعي رحمهما الله لاشهادة لهم علي أحد وكان ابن أبي ليلي رحمه الله يقول اذا اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم علي بعض وان اختلفت لاتقبل لقوله صلي الله عليه وسلم لاشهادة لأهل ملة علي ملة أخري الا المسلمين فشهادتهم مقبولة علي أهل الملل كلها ولان عند اختلاف الملة يعادى بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لا تقبل شهادتهم على المسلمين وعلى هذا كان ينبغي أن لاتقبل شهادة المسلمين عليهم الا أنا تركنا ذلك لعلو حال الاسلام قال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولانهم يعادون أهل الشرك بسبب المسلمون فيه محقون وهو اصرارهم على الشرك فلا يقدح ذلك فى شهادتهم بخلاف أهل الملل فاليهود يعادون النصاري والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه غير محقين قال الله تعالي وقالت اليهود ليست النصارى على شئ وقالت النصارى ليست اليهود علي شئ وقال الشافعي رحمه الله الكافر فاسق ولا تقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا وقال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت الرطبة اذا خرجت من قشرها وسميت الفأرة فوسيقة لخروجها من جحرها وسمى المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادا فاذا ثبت أنه فاسق وجب التوقف فى خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص أن يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه ان شهادته على المسلمين لا تقبل وكل من لا يكون من أهل الشهادة علي المسلمين لا يكون من أهل الشهادة علي أحد كالعبيد والصبيان بل أولى فالعبد المسلم أحسن حالا من الكافر (ألا ترى) ان خبره فى الديانات يقبل ولا يقبل خبر الكافر ولان الرق من آثار الكفر فاذا كان أثر الكفر يخرجه من الاهلية للشهادة فاصل الكفر أولى وقاس بالمرتد واستدل ببطلان شهادته على قضاء قاض المسلمين وعلي شهادة المسلم فلو كان من أهل الشهادة لقبلت شهادته في هذا اذا كان الخصم كافرا وحجتنا فى ذلك قوله تعالى أو آخران من غيركم أي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الى قوله أو آخران من غيركم ففيه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر وما يثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين فبقى حكم الشهادة فيما بينهم على ماثبت بضرورة النص فليس من ضرورة

Marfat.com

انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم علي بعض كالولاية ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهوديين دينا بشهادة أربعة منهم وعن أبي موسى رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلى رضى الله عنهما فى ذميين دنيا قالا يدفعان الى أهل دينهما ليحكم بينهما ومن ضرورة جواز حكم بعضهم علي بعض والسلف رحمهم الله كانوا مجمعين على هذا حتى قال يحيي بن اكثم رحمه الله تتبعت أقاويل السلف فلم أجد أحدا منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض الا أنى رأيت لربيعة فيه قولين والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف فى قوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ والدليل عليه أنها تصح الانكحة فيما بينهم ولا نكاح الا بولى والمسلم اذا خطب الى كتابى أبنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولان الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته الى الغير والشهادة نوع ولاية فاذا ثبتت الاهلية للولاية تثبتت الاهلية للشهادة ثم المقبول يترجح جانب الصدق وذلك فى انزجاره عما يعتقده حراما فى دينه والكافر منزجر عن ذلك فتقبل شهادته واسم العدالة والرضاء ثبت فى حق الكافر فى المعاملات بصفة الامانة فقد وصفه الله تعالى بذلك فى قوله عزوجل ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار ولا يقال انهم أظهروا الكفر عنادا كما قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا لان هذا كان في الاحبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تواطئوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لاؤلئك عندنا فاما من سواهم يعتقدون الكفر لان عندهم أن الحق ماهم عليه قال الله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال عز وجل وان فريقا منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا أن هذا لا يمكن تهمة الكذب فى الشهادة وانما لا تقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وانما لا تقبل شهادة العبد والصبي لانعدام الاهلية والولاية وبه يتبين أن أثر الرق فوق تأثير الكفر فى حكم الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيحملهم ذلك على التقوى على المسلمين فلهذا لا تقبل شهادتهم علي المسلمين وأما المرتد فلا ولاية له على أحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قبول شهادة بعضهم على البعض ضرورة ولان

Marfat.com

المسلمين قل ما يحضرون معاملات أهل الذمة خصوصا الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة بعضهم على البعض فى ذلك أدي الى ابطال حقوقهم وقد أمرنا بمراعات حقوقهم ودفع ظلم بعضهم عن بعض فلهذه الضرورة قلبنا شهادة بعضهم على بعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة فى شهادتهم على المسلمين ولا فى شهادتهم على شهادة المسلم أو على قضاء قاض مسلم وهذا على أصل مالك رحمه الله أظهر فانه يجوز شهادة الصبيان فى الجراحات وتمزيق الثياب التى بينهم فى الملاعب فقل أن يتفرقوا (قال) لان العدول لا يحضرون ذلك الموضع وبعد التفرق لا تقبل لان الظاهر انهم يلقنون الكذب وقد أمرنا أن لا نمكنهم من الاجتماع للعب فيحصل المقصود بالزجر عن ذلك فلا حاجة الي قبول شهادة الصبيان فى ذلك وكذلك جراحات النساء في الحمامات لانا أمرنا بمنعهن من الاجتماع لما في اجتماع النساء من الفتنة وكذلك الفسقة من أصحاب السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل المقصود بالمنع فاما هنا فقد أمرنا بمراعاة حقوق أهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا مع ان أصحاب السجون لا يخلون عن أمناء السلطان عادة وبناء الاحكام على عرف الشريعة دون عادة الظلمة ولا حجة لابن أبى ليلى رحمه الله في الحديث لان عندنا الكفر كله ملة واحدة قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا فى ربهم وقال الله تعالى لكم دينكم ولى دين فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد لله تعالي والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم نبوة عيسي عليه السلام والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقوق وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم الاثنين فشهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين علي الكفار ولأن كان بعضهم يعادى البعض بسبب باطل فلم يصر بعضهم مقهور بعض ليحملهم ذلك على التقول بخلاف الكفار فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على التقول عليهم فلهذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين فاما شهادة العبيد فقد بينا الاجماع فيها بين الفقهاء رحمهم الله وأما شهادة المكاتب والمدبر وأم الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب ولا يجوز شهادة المولي لاحد من هؤلاء لان شهادته لملكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك والحق له فى المشهود به وكذلك شهادة أبى المولى وابنه وامرأته لهؤلاء بمنزلة شهادته

Marfat.com

للمولى وكذلك شهادة الزوج لامرأته الامة وشهادة المرأة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجة كوصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة واذا شهد المكاتب أو العبد أو الصبي عند القاضي بشهادة فردها ثم شهد بها بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالشهادة لا تتحقق الا ممن هو أهل بخلاف الفاسق اذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعادها بعد التوبة فانها لا تقبل لان المردود كان شهادة والفسق لا يخرجه من أن يكن أهلا للولاية فلا يخرجه من أن يكون أهلا للشهادة وانما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب فاذا كان المردود شهادة فهي شهادة حكم الحاكم ببطلانها بدليل شرعي فليس له أن يصححها بعد ذلك وبعضهم يشير الى فرق آخر فيقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويج شهادته فلا يوجد ذلك في الرقيق والصغير فانه ليس اليه ازالة الرق والصغر ولكن هذا ليس بقوي فالكافر اذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم أدعاها بعد الاسلام تقبل وهذا المعنى موجود فيه فعرفنا أن الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا واذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعاينه والسماع والرق لا ينافي ذلك وعند الاداء هو أهل لشهادته ولا تهمة في شهادته فهو نظير الصبي اذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك الزوج اذا أبان امرأته ثم أدى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحا مع قيام الزوجية وعند الاداء ليس بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامرأته بشهادة فردها القاضي ثم أبانها ونكحت غيره ثم شهد لها تلك الشهادة لم يجز لان المردود شهادة فالزوج أهل للشهادة في حق زوجته وكذلك لو شهدت المرأة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فرده القاضي ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس بأهل للشهادة في حق أحد واذا شهد المولى لعبده بنكاح فردت شهادته ثم شهد له بها بعد العتق لم يجز لان المرود كان شهادة فالمولى من أهل الشهادة ولو شهد كافر على مسلم فردها القاضي بها ثم أسلم فشهد بها جازت شهادته لان المرود لم يكن شهادة بخلاف ما اذا شهد كافر لكافر فردها القاضي لتهمة ثم أدعاها بعد ما أسلم لان هناك المردود شهادة وانما ردها لتهمة الكذب فبعد ما ترجح جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط كما في شهادة الفاسق من المسلمين والله أعلم بالصواب

الشهادة على الشهادة

(قال رحمه الله ولا يجوز على شهادة رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل

Marfat.com

وامرأتين عندنا وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد) لان الفرع قائم مقام الاصلى معبر عنه بمنزلة رسول فى اتصال شهادته الى مجلس القاضى وكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد على الواحد مقبولة ومذهبنا مروى عن على رضي الله عنه والمعنى فيه أن شهادة الاصلى غابت عن مجلس القاضى فلا يثبت عنده الا بشهادة شاهدين كاقرار المقر وهذا لانها شهادة ملزمة فيما يجب على القاضي القضاء بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة اذا كان متمكنا بخلاف رواية الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعين يقومان مقام أصل واحد فلا تتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين * وحجتنا في ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضى بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالاقرار وهذا لان الفرعين عدد تام لنصاب الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول الا على أصل الحق فاذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته فى مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم اذا شهد على شهادة الآخر تثبت شهادته أيضا فى مجلس القضاء اذا لا فرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك بخلاف شهادة المرأتين فذاك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة والمرأتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنيين أحدهما أنه عنده علم المعاينة فى هذه الحادثة فلا يستفيد شيئا باشهاد الآخر اياه على شهادته فى الثانى أن شهادة الفرع في حكم البدل ولهذا لا يصار اليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته أو مرضه أو غيبته والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلا وبدلا فى حادثة واحدة * توضيحه أن شاهدة الاصلى تثبت نصف الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته وشهادة الآخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة الواحد وذلك لا يجوز فاما اذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت فى الحاصل بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة فى كتب

Marfat.com

القضاة جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضى كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فهو جائز لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما يثبت مع الشبهات وانما الذى يندرئ بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان (قيل) أليس أن اقامة الحد مسقطة لشهادته عندكم بطريق العقوبة (قلنا) ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه هو السبب الموجب للحد وهو القذف الا أنه ترتب عليه ليكون متمما له فلا يظهر قبله فاما فى الحقيقة القذف مع العجزعن أربعة من الشهداء يوجب جلدا مؤلما ويبطل شهادته بناء عليه واذا شهد شاهدان على شهادة شاهد وقد خرس المشهود على شهادته أو عمى أو ارتد أوفسق أو ذهب عقله لم تجز الشهادة علي شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة الاصول فاما الفرعي ينقل الى مجلس القاضى بعبارته شهادة الاصول فكأن الاصلى حضر بنفسه وشهد ثم ابتلى بشيء من ذلك قبل قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة أهل الذمة على المستأمنين جائزة بخلاف شهادة المستأمنين على أهل الذمة لان الذمى من أهل دارنا حتى لا يتمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستأمن فشهادة الذمى على المستأمن كشهادة المسلم على الذمى وشهادة المستأمن على الذمى كشادة الذمى على المسلم وشهادة المستأمنين بعضهم علي بعض تقبل اذا كانوا من أهل دار واحدة وان كانوا من أهل دارين كالرومى والتركى لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع بخلاف المنعتين ولهذا لايجرى التوارث بينهم بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم فيه اختلاف المنعة لايختلف بالدار فاما دار الحرب ليس بدار أحكام فيه اختلاف المنعت تختلف بالدار وهذا بخلاف أهل الذمة فانهم صاروا من أهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم علي بعض وان كانوا من منعاة مختلفة فاما المستأمون ماصاروا من أهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنون من اطالة المقام فى دار الاسلام (قال) ومن ترك من المسلمين الصلوات فى الجماعة والجمع مجانة لم تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به ولان الجماعة من أعلام الدين فتركها ضلالة (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه قال يوما لاصحابه قد خرج من بيننا من كان ينزل عليه الوحي وخلف فيما بيننا علامة يميز بها المخلص من المنافق وهى الجماعة فكل من لقيناه في

Marfat.com

جماعة المسلمين شهدنا بايمانه ومن لقيناه يتخلف عن الجماعة شهدنا بانه منافق وان كان ترك ذلك سهوا وهي لا تتم شهادته أجزت شهادته لان ترك الجماعة سهو لا يوجب فسقه لان الساهي معذور في بعض الفرائض دونه أولى واذا شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق أو على قضاء قاضي المسلمين على كافر لمسلم أو كافر لم تجز شهادتهما لان المشهود به فعل المسلم ولا حاجة الى فعل بيان المسلم بشهادة الكافر لان فعل المسلم يتيسر اثباته بشهادة المسلمين وشهادة العبد والامة في هلال رمضان جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله * وحجتنا فيه حديث الاعرابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فما اعتبر في ذلك الا الايمان حيث قال أتشهدان لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى وان الشهادة على هلال رمضان ليست بالزام للغير ابتداء بل هو التزام والتزام المسلم الصوم في رمضان بايمانه فبهذه الشهادة تبين الوقت ولا يكون الالتزام فيها ابتداء ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة لانه اذا كان يثبت بشهادة المسلمين شهادة المسلم فلان يثبت بشهادتهما شهادة الكافر وهي دون شهادة المسلم أولى وان كان كافراً في يده أمة اشتراها من مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر أو مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يده بهيمة من مسلم أو صدقة وهذا في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال أقضي بها على الكافر خاصة ولا أقضي بها على غيره وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لان الملك في هذا للكافر في الحال وشهادة الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من ضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق على البائع أو بطلان البيع كما لو أقر المشتري بها لانسان فان الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل به البيع ولا فرق بينهما فان القضاء بحسب الحجة والاقرار حجة على المقر دون غيره فكذلك شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهم الله طريقان أحدهما ان الملك بحجة البينة يستحق من الاصل فلهذا يستحق بزوائده ويرجع الباعة بعضهم على بعض باليمين واذا كان أصل الملك للمسلم فهذه الشهادة انما تقوم على استحقاق الملك على المسلم وشهادة الكافر ليست بحجة في ذلك كما قيل التمليك من غيره وهذا لان القاضي لا يتمكن من القضاء بملك حادث بعد شراء الكافر لانه لا بد للملك الحادث من سبب حادث ولم يثبت عنده ولا يتمكن من القضاء بالملك من الاصل لان هذه الشهادة ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فان

Marfat.com

الاقرار يجعل فى الحكم بمنزلة ايجاب الملك للمقر له ابتداء ولهذا لا تستحق به الزوائد المنفصلة فيتمكن القاضي من القضاء بملك حادث بعد الشراء والثانى ان هذه البينة تقوم علي ابطال تصرف المسلم من البيع والهبة (ألا ترى) أن الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البائع والواهب وشهادة الكفار علي ابطال تصرف المسلم لا تقبل بخلاف الاقرار فانه لا يتضمن ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير مبلغا باقراره واتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان تصرف البائع فأما هنا بهذه البينة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل وبهذا الاستحقاق يفوت قبضه ضرورة وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل التصرف ولو مات كافراً وترك اثنين وألفى درهم فاقتسماها ثم أسلم أحدهما فشهد كافران على أبيهما بدين أخرت ذلك فى حصة الكافر خاصة لان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وثبوت الدين علي الميت يستحق تركته وتركته مال الاثنين فى الحال فيثبت الدين بهذه الحجة فى استحقاق نصيب الكافر من التركة دون نصيب المسلم كما لو أقر أحد الاثنين بالدين علي الاب وجحد الآخر ولو مات كافر فادعى مسلم وكافر دينا عليه وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر أخذت ببينة المسلم وأعطيته حقه فان بقى شيء كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمهما الله ان التركة تقسم بينهما علي مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت ببينته دينه على الميت فان أقام كل واحد منهما حجة على الميت فكان الدينين يثبت باقرار الميت بخلاف ما تقدم فان الوارث مستحق عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الفرعين لا يستحق علي صاحبه شيئا وانما يستحق كل واحد منهما علي الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم ثبت فى حق الميت وفي حق غريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم المسلم لان بينته ليست بحجة فى حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة بينهما اذا كان دين أحدهما ثابتا في حق الآخر ودين الآخر ليس بثابت فى حقه فهو بمنزلة الدين المقر به فى الصحة مع الدين المقر به فى المرض تقدم دين الصحة فان فضل شيء فهو للمقر له في المرض فهذا مثله ولو مات الكافر فأوصي الي رجل مسلم فادعى رجل علي الميت دينا وأقام شهوداً من أهل الكفر جازت شهادتهم استحسانا وفي القياس لا تقبل لانها لا تقوم علي المسلم فى الزام قضاء الدين فالوصى يلزمه قضاء الدين والتركة فى يده فى الحال فبهذه البينة تستحق عليه يده وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلما * ووجه

Marfat.com

الاستحسان ان الثابت بهذه الشهادة تصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصي نائب عنه بعد موته فيكون بمنزلة الوكيل في حياته ولو وكل كافر مسلما بخصومة فشهد عليه كافران بالدين قبلت البينة *يوضحه ان قضاء الدين من حق الميت وهو انما نصب الصبي ليتدارك به مافرط في حياته وانما يتم له هذا المقصود اذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من الحجة لاحال الوصي فكذلك تجوز شهادة الكافر على المكاتب الكافر والعبد المأذون الكافر وان كان مولاه مسلما يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان بعهدة التصرف علي أحد فالاستحقاق بهذه الشهادة يقتصر عليهما ثم المولي بالاذن وايجاب الكتابة فقد صار راضيا بالاستحقاق عليهما بشهادة الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضيا باستحقاق الكسب باقرارهما ولو كان العبد المأذون له مسلما ومولاه كافرا لم تجز شهادة الكفار علي العبد لانه يقوم الاستحقاق على المسلم ولو وكل كافرا مسلما بشراء أو بيع لم يجز على الوكيل في ذلك شهادة الكفار لان الوكيل بالشراء والبيع في حقوق العقد كالعاقد لنفسه فانما تقوم هذه البينة علي المسلم ولو وكل مسلم كافرا بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقد بنفسه ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة كاقراره ولو شهد على اقراره بذلك قبلت الشهادة وجعلت بمنزلة مالو ثبت اقراره بالمعاينة فكذلك اذا شهد على العقد والله أعلم بالصواب

باب شهادة النساء

(قال رحمه الله ولا تجوز شهادة النساء وحدهن الا فيما ينظر اليه الرجال الولادة والعيب يكون في موضع لا ينظر اليه الا النساء) لان الاصل أن لا شهادة له للنساء فانهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل الى الهوي ظاهر فيهن وذلك يمكن تهمة في الشهادة وهي تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلا تكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك ولكنا تركنا القياس فيما لا يطلع عليه الرجال بالأثر وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضى الله عنهم قالوا قال يارسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولان الضرورة تتحقق

Marfat.com

فى هذا الموضع فانه يتعلق به أحكام يحتاج الى بيانه في مجلس القاضى ويتعذر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة النساء فيه لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة اذا كانت حرة مسلمة عدلا عندنا والمثنى والثلاث أحوط وعند الشافعى لاتثبت الا بشهادة أربع نسوة وعند ابن أبى ليلى شهادة امرأتين فالشافعي يقول كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد فى الشهادة كما فى المذكورات فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال * توضيحه أن حال الرجال فى الشهادة أقوي من حال النساء واذا كان لا يجوز اثبات شئ مما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالزام فلان لايجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة أولى ولا معنى لقول من يقول أن هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق قال فى الكتاب لو شهدت أمة أو كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا أنه بمنزلة الشهادة فى الحقوق وبهذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله أيضا الا أنه يقول المعتبر في الشهادات شيئان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة هنا ولو لم يتعذر اعتبار العدد فيبقى معتبرا كا في سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول ان نظر الواحدة أحق من نظر المثنى لانه بالاتفاق المثنى والثلاث أحوط فلو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة * وحجتنا فى ذلك حديث حذيفة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى ما يتناوله الاسم والمعنى فيه أن هذا خبر لا يشترط فى قبوله الذكورة ولا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وحقيقة المعنى فيه أن نظر الرجال الى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع ولكن نظر الجنس الى الجنس أحق فاذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار صفة الذكورية لهذا المعنى وهذا موجود فى العدد فان نظر الواحدة أحق من نظر الجماعة فسقط اعتبار العدد بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية فيه لان نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة ولهذا لا يسقط اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة فينعدم من الشرائط ما يمكن اعتباره ولا يعتبر مالا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف نسلم أنه شهادة ولكن يدعي أنه سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذى يسقط اعتبار الذكورة وفى الحاصل هذا أحد شبهها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالزام ومعنى الاخبار لان صفة الذكورة

Marfat.com

فيه لاتشترط فوفرنا خطه على الشبهين وقلنا الشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه شرطا ويبقى معتبرا احتياطا كما فى رواية الاخبار الواحد يكفى والمثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنينة القلب ولاعتباره بالشهادات فيه شرطنا الحرية والاسلام ولفظ الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضى فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر فى الكتاب أنه لو شهد بذلك رجل بأن قال فأجأتها فاتفق نظرى اليها والجواب أنه لايمنع قبول الشهادة اذا كان عدلا فى هذا الموضع ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهاد المرأة فاذا كان ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فشهاد رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه قال وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته فى ذلك كما فى الزنا واستدلوا عليه بقول أبى حنيفة رحمه الله أن النسب لايثبت الا بشهادرجلين أو رجل وامرأتين على الولادة ان لم يكن هناك حبل ظاهر ولافراش قائم ولا اقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا فى كتاب الطلاق فاما الاستهلاك فانى لاأقبل فيه شهادة النساء عليه الا فى الصلاة عليه فأما فى الميراث فلا أقبل في ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تقبل فى ذلك شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لحديث علي رضى الله عنه انه أجاز شهادة القابلة فى الاستهلال والمعنى فيه ان استهلال الصبي يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفى صوته عند ذلك من الضعف ما لا يسمعه الا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجل كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستهلال صوت مسموع وفي السماع من جال يشاركون النساء فاذا كان المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك فى حالة لايحضرها الرجال كالشهادة على جراحات النساء فى الحمامات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من الام والرجال لايشاركون النساء فى الاطلاع عليه وحديث على رضى الله عنه محمول علي قبول شهادة النساء فى الصلاة وانما قبلنا ذلك فى حق الصلاة عليه لان ذلك من أمر الدين وخبر المرأة الواحدة حجة تامة فى ذلك كشهادتهما على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد فلا يثبت بشهادة النساء فى موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال والله أعلم

Marfat.com

باب شهادة الزور وغيرها

(قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله انه كان اذا أخذ شاهد الزور بعث به الى أهل سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول ان شريحا رحمه الله يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس) وبهذا أخذ أبو حنيفة رحمه الله فقال القاضى يكتفى فى شهادة الزور بالتشهير ولا يعزره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطا وقال أبو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعذير خمسة وسبعين سوطا وقد بينا الكلام فى مقدار التعذير في كتاب الحدود فأما الكلام فى التعزير فى حق شاهد الزور فهما استدلا بحديث عمر رضى الله عنه حيث قال فى شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخم وجهه ويطاف به الا ان الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه فان ذلك مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فبقى حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به ثم التشهير لاعلام الناس حتى لا يعتمد واشهاده بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة فشهادة الزور من أعظم الكبائر فانها عدلت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه اشارة الى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة على نفسه بالزور واذا ثبت أنه مرتكب للكبيرة قلنا يعذر على ذلك وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بقول شريح رحمه الله فانه كان قاضيا فى زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما يشتهر من قضاياه كالمروي عنهما ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك من حقهم فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك واقراره على نفسه بذلك دليل توبته فلهذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير ثم فى التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته لان بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به وما نقل عن عمر رضي الله عنه محمول على معنى السياسة اذا علم الامام انه لا ينزجر الا به (ألا ترى) انه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة اذا علم المصلحة فيه فكذلك التقرير (قال) وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه بذلك لانه لا تتمكن تهمة الكذب فى اقراره على نفسه فلا طريق الى اثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفى لشهادته والبينة حجة للاثبات دون النفى وكذلك من ردت شهادته

Marfat.com

لتهمة أو للدفع عن نفسه أو بالاختلاف فى الشهادة أو بتكذيب الذى شهد له فانه لا يكون شاهدا لزور فيما ذكرنا من الحكم لانى لاأدرى أيهما الصادق المشهود له أو الشاهد فلعل المشهود له أراد بالشاهد العقوبة والتهمة فقصر فى دعواه عما شهد به شاهده وكذلك من ردت شهادته للتهمة فلعله صادق فى شهادته واذا اختلف الشاهد ان في الشاهدة فلا يعرف الكاذب منهما فلهذا لا يعزر واحد من هؤلاء والرجال والنساء وأهل الذمة في شهاده الزور سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور واذا شهد أحد الشاهدين علي قتل أو جراحة عمداً أوخطأ وشهد الآخر علي الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما لاختلاف المشهود به فأحدهما يشهد بفعل معاين والآخر يقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك لو اختلفا فى الوقت أو فى المكان الذي كان به القتل فأما في البيع اختلاف الشهود فى المكان والزمان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول الشهادة الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول لاتقبل لاختلافهما في المشهود به فالموجود فى مكان غير الموجود فى مكان آخر كالافعال ولكنا نقول القول يعاد ويكرر ويكون الثانى هو الاول فى الحكم فبهذا الاختلاف لا يتحقق بينهما اختلاف فى المشهود به وكذلك صيغة الاقرار والانشاء فى البيع واحدة بخلاف الافعال فانها لا تحتمل التكرار ولو شهد أحدهما في قرض مائة درهم وشهد الآخر على الاقرار بذلك جاز كما فى البيع لان البيع والقرض كلام كله وقال بعضهم هنا الجواب في القرض غلط فان الاقراض فعل فانه لا يتحقق الا بتسليم المال والقبض بحكم القرض موجب ضمان المثل كالغصب وكما ان اختلاف الشهود في الغصب فى الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك فى القرض ولكن ماذكره في الكتاب أصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم المال اليه فان تسليم المال اليه بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله أقرضتك صيغة الاقرار والانشاء فيه واحد كما في البيع ولو شهد أحدهما على مائة والآخر علي خمسين لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين فى المشهود به لفظا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل علي الاقل اذا كان المدعى يدعى الاكثر حتى لا يصير مكذبا أحد شاهديه وقد بينا فى كتاب الطلاق فى التطليقة والتطليقتين ولا يجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما أو جار اليها مغنما لانه متهم في شهادته وقال صلي الله عليه وسلم لاشهادة لمتهم ولانه فى معنى الشاهد لنفسه وشهادة المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه فى شيء ما خلا

Marfat.com

الحدود والقصاص والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه منزلة الاجنبي وأما في الاموال هما بعقد المفاوضة صار فى ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا غير متفاوضين لاتجوز فى تجارتهما للتهمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به فأما فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الاجانب لان تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فان بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق اذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله علي ذلك بالشهادة وكذلك شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير لاستاذه لاتجوز في شئ وان كان عدلا أخذ في ذلك بالثقة واستحسن لما بلغنا فى ذلك عن شريح رحمه الله ولحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة الي التهمة فالاجير هنا هو التلميذ الخاص وقد ظهر مثله الى استاذه وايثاره علي غيره فكان بمنزلة الزوجية في المنع من قبول الشهادة ولانه هو الذى يقبض ما يجب لاستاذه فكأنه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث بأن لاشهادة للقانع بأهل بيته ومعنى ذلك انه يعد خيرهم خير نفسه وشرهم شر نفسه والاجير فى حق استاذه بهذه الصفة وقيل مراده أجيراً استأجره مسانهة أو مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفى الزمان الذى يسلم نفسه لاداء الشهادة له يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استؤجر على أداء الشهادة فلهذا لا تقبل شهادته لاستاذه فى شئ ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابناه ان الطالب أبرأ أباهما واحتال به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب عن أبيهما فدفعهما عن أبيهما كدفعهما عن أنفسهما ولو كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى الحوالة والبراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان علي أبيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب وهو أجنبي عنهما فلهذا قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان أن لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما لانهما شاهدان لانفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك أو ينصرف واحد يثبت به المال لهما ولفلان فاذا لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما وكان مدعيين في ذلك فكذلك في حق الثالث كما لو شهدا أنه قذف هذا وأمنا في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا أن فلانا ابرأهما

Marfat.com

وفلانا من مال كان له عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو فى حقهما دعوى لا شهادة وبين الدعوي والشهادة مغايرة فاذا كان كلامهما دعوى فى البعض لا تكون شهادة معتبرة فى الباقى وكذلك شهادة ولدهما لانهما فى البعض يشهدان لوالديهما ولا تجوز شهادة الاجير لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه واذا ادعي رجل دابة فى يد رجل فقال هى دابة فلان دفعها الى وديعة فردها عليه وجاء أحد الورثة فخاصمه فى ذلك وقال هى دابتى تصدق بها على أبى فجاء الذى كانت في يده أولا وشهد أنها دابته (قال) ان كان يعلم ان هذا أودعها أباه ثم ردها عليه فشهادته جائزة والا فلا تجوز شهادته لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه اذا علم أنه هو الذي أودعها اياه وانه قد ردها عليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المستودع يستفيد البراءة بالرد علي من أودعه غاصبا كان أو مالكا فلا تتمكن تهمة فى شهادته بالملك للمدعي بعد ذلك وأما اذا لم يعلم ذلك فقد صار هو مقراً علي نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان عليه لمالكها مالم تصل يده اليها فهو بهذه الشهادة يريد اتصالها الى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها فتتمكن تهمة فى شهادته (قال) وكذلك الدار قيل هذا علي قول من يقول العقار يضمن بالغصب وقيل بل هو قول الكل لانه يخاف أن يرفع الى قاض يرى العقار كالمنقول فى ايجاب الضمان على مثبت اليد عليها فيقضى عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغرم على نفسه أيضا . رجل معه شاة فمر رجل فقال اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فأقام البينة ان هذا أغصبها منه وأقام شاهدين أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغرم عن نفسه فالمدعى اذا ثبت ملكه يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقراً بالضمان له عن نفسه فانما يقصد باخراج الكلام مخرج الشهادة دفع المغرم عن نفسه بان يتوصل صاحبها الى حقه في تضمين الغاصب ولان ضمان الغصب اذا تقرر أوجب الملك للغاصب فهو بهذه الشهادة يريد أن يقرر الضمان على من أمره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك أمره فى اسقاط الضمان عن الذابح فكان دافع المغرم من هذا الوجه والثانى يحتمل ان المالك غيره وغيره يضمنه وهو لا يضمنه باعتبار ان بينهما محبة ومودة فقد تمكنت التهمة فى هذه الشهادة (قال) ومن التهاتر أن يشهد الشاهد ان ان هذا الشئ لم يكن له لان هذا نفى والشهادة للاثبات دون النفى فان النفى مما لا يعرف لان الانسان مالم يصحب غيره أناء الليل وأطراف النهار لا يعلم ان هذا الشئ ليس له وهو وان صحبه لا يعلم ذلك أيضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بأن يكون ورث شيئا فيكون

Marfat.com

مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فاذا كان لا يعرف هذا من نفسه فكيف يعرف غيره منه وكذلك لو شهد أنه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق الى معرفة ماشهد به من نفى الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا أنها لم تكن وان فلانا لم يصنع كذا وانه لم يحضر مكان كذا وان كان بمكان كذا فهو كله باطل لان القاضى يعلم أنه مجازف فى شهادته اذ لا طريق له الى معرفة ذلك حقيقة فاذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب أو مجازف في شهادته لا تقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفى وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه فى ذلك المكان وانما المقصود نفى كونه فى المكان الذى يدعيه المدعى يومئذ والمعتبر ما هو المقصود أو من التهاتر ان يقيم الرجل البينة على حق فيقضى له به فيقول المقضي عليه أنا أقيم بينة أنه لى فهذا لا يقبل منه لانه يقيم البينة لابطال قضاء القاضى عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينة عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء يمتنع القاضى من القضاء للمدعى فلان لا يبطل القضاء بها أولى (قال) ولو قبلت مثل هذا قبلت من الآخر مثلها فيؤدى الى مالا يتناهى وذكر فى الاصل المسئلة التى بيناها فى كتاب الحدود اذا شهد أربعة على شهود الزنا أنهم التزماه وقد بيناها ثمة والله أعلم

باب الشهادة فى النسب وغيره

(قال رحمه الله واذا شهد شاهدان على رجل انه فلان ابن فلان الفلانى وان الميت فلان ابن فلان ابن عمه وورثته لا يعلمون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار فى يد رجل وهو مقر أنها له غير أنه لا يعرف له وارثا فانا أجيز شهادة هؤلاء على النسب وأدفع اليه الدار وان كانوا لم يذكروا أباه استحسانا) وهذه فصول أربعة النسب والنكاح والقضاء والموت وفى القياس لا تجوز الشهادة فى شئ منها بالتسامع لان الشهادة لا تجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعاينة السبب أو بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم وقال الله تعالى ولا تقف ماليس لك به علم وحكم المال أخف من حكم النكاح فاذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففى النكاح أولى وفى التسامع القاضى والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضى أن يقضي بالتسامع فكذلك لا يجوز للشاهد الا أنا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك

Marfat.com

واستحسانهم(ألا ترى)انا نشهدان عمر بن الخطاب وعلى ابن أبي طالب رضي الله عنهما ماتا ولم ندرك شيئا من ذلك ونشهد أن فاطمة رضي الله عنها زوجة علي رضى الله عنه وان اسما بنت أبي بكر رضي الله عنه ونشهد ان شريحا رضى الله عنه كان قاضيا ونشهد أنهم قد ماتوا ولم ندرك شيئا من ذلك ثم هذه أسباب يقضون بها على ما يشتهر فان النسب يشتهر فيها بالتهنئة والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بقراءة المنشور فنزلت الشهرة منزلة العيان فى افادة العلم بخلاف الاموال وغيرها ويوضحه ان هذه الامور قل ما يعاين سببها حقيقة فسبب النسب الولاة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا الخواص من الناس والميت أيضا قل ما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى الى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل واحد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص فلهذا لاتجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التى تتعلق بهذه الاشياء الاربعة تبقى بعد انقضاء قرون فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة ولكن على شرائط الوقف لاتجوز الشهادة بالتسامع لان أصل الوقف يشتهر فأما شرائطه لاتشتهر ولا بد للشاهد من نوع علم ليشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا أن المدعي أخبره بذلك أو شهد به عنده رجل ما ينبغى له أن يشهد حتى يكون النسب مشهورا أو شهد به عنده رجلان عدلان لئلا يقول المدعى بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا يتم شرعا وانما ثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا أو شرعا فالاشتهار عرفا بأن يعلمه أكثر الناس والاشتهار شرعا بشادة رجلين(ألا ترى) ان الاعلان فى النكاح شرط ويكون ذلك شرعا بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما فى الشهادة عند القاضى فاذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشهاد عنده شرعا وولاية الشهادة دون ولاية القضاء فاذا كان يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة رجلين عنده فلان لايجوز له اذا شهد عنده به رجلان عدلان أولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له وأقام معه دهرا لم يسعه أن يشهد على نسبه حتى يلقى من أهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه يشهدان له على ذلك ثم يسعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كاف فيما لا يشترط

Marfat.com

عليه معاينة السبب ولو نظر الى رجل مشهود باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يتكلم معه وسعه أن يشهد انه فلان ابن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك اذا رأى انسانا فى مجلس القضاء يقضى بين المسلمين فهو فى سعة من الشهادة على انه قاضيا لحصول العلم له بذلك الاشهاد والشهادة انما تجب عليه بالعلم لا بالتكلم والمخالطة فاذا حصل العلم له بالاشهاد حل له أداء الشهادة ولومات رجل فأقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان ابن فلان حتى يلتقوا الي أب واحد وهو عصبته وأقاربه لايعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث لانه أثبت سبب الوراثة مفسراً بالحجة فان جاء آخر وأقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا أبوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وأبطلت القضاء الاول لان البينة الثابتة طاعنة فى البينة الاولى دافعة لها فانه يتبين بها أن الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ولاتقبل البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان أقام الثانى البينة ان الميت فلان ابن فلان ونسبه الى أب آخر وقبيلة أخرى وانه فلان ابن فلان ابن عمه الى أب واحد لا وارث له غيره لم أحول النسب بعد أن يثبت من نخذ ومن أب الى أن يجيء من هو أقرب من الذى جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة فى الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى ترجح الاولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبه وهو كمن ادعى دابة فى يد انسان أنها له ثم أقام البينة فقضي القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة أنها له لم يقبل ذلك منه ولو أقام البينة على النتاج قبل ذلك منه لان هذه البينة طاعنة فى البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان أقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضى له بذلك ثم أقام آخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ أيضا لم تقبل ولو أقام البينة على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة فى البينة الاولى واذا شهد شاهد ان أن هذا أعتق فلانا وانه مولاه وعصبته لا وارث له غيره فان كان قد أدرك المعتق وسمع العتق منه فشهادتهما جائزة وان كان لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما في قول أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية أبى حفص رحمه الله فلا وهذا قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال اذا شهدوا على ولاء مشهور فهو كشهادتهم بالنسب وان لم يسمعوا ذلك منه ولم يدركوه لان الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة

Marfat.com

جائزة فكذلك على الولاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن بينهما فقال الولاء لحمة كلحمة النسب (ألا ترى) انا نشهد ان قنبر مولى على رضى الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضى قرن كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامح تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء والشرع جعل الولاء كالنسب فى حق وجوب الانتماء فقال صلى الله عليه وسلم من انتسب الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا * وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ان العتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع وبيانه فيما قررنا ان العتق كلام يسمعه الناس كالبيع وليس كالولادة فلا حاجة الى اقامة التسامع فيه مقام البينة ثم لا يقترن لسبب الولاء ما يشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا ينعقد ما لم يعلم به المشترى والعتق نافذ وان لم يعلم المعتق بخلاف الطلاق وما تقدم لانه مقترن بأسبابها ما يشتهر من الوجه الذى قررنا وكذلك لو شهدوا ان فلانا أعتق أبا فلان وان فلان ابن فلان عصبة فلان الذى أعتق وعصبة فلان المعتق فانى لا أجيز شهادتهما حتى ينسبا الذي أعتق وعصبته الي أب واحد يلتقيان اليه وان لم يدركا ذلك لم يضرهما بعد أن يشهدا علي سماع العتق من المعتق ثم ان المعتق مات وترك ابنه ثم مات ابنه ولا يعلمان له وارثا غيره وانه لا ينسب له ولا ولاء سواه فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا يقضى بالميراث ما لم يفسروا بنسب الوراثة وانما يصير مفسرا معلوما عنده بما ذكر غير ان فى النسب شادتهم بالتسامع مقبولة وفى الولاء لا تقبل شهادتهم ما لم يسمعوا العتق من المعتق الا عند أبى يوسف رحمه الله كما بينا قال ولست أكلفهم فى المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبى ليلى رحمه الله ما لم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضي بالميراث له لان سبب استحقاقه لا يصير معلوماً للقاضى الا به لجواز أن يكون هناك من يزاحم أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب ولكنا نقول قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم الي معرفة ذلك فلو كلفهم القاضى أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب واليه أشار فى الكتاب (فقال) من قبل ان هذا عيب يحملهم القاضى عليه أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم انهم يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره فهذا يكفى وعلى قول ابن أبى ليلي رحمه الله لا يكفى لان هذا ليس من الشهادة فى

Marfat.com

شيء فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذي أثبته الشهود مفسراً الا انهم اذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضي أن يتلوم فربما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضي مؤنة التلوم ونظروا في ذلك لأنفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لانهم لو قالوا لا وارث له غيره كانوا مجازفين في ذلك فتحرزوا بقولهم لا نعلم له وارثاً غيره وفي الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من سباب التحرز عن الكذب لا يكون قدحا في شهادتهم ولو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا بأرض كذا وكذا غير فلان جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يقولوا مبهمة لا نعلم له وارثا غيره لان في تخصيصهم مكانا ايهاما انهم يعلمون له وارثا في غير ذلك المكان أرأيت لو قالوا لا نعلم له وارثا سواه في هذا المجلس أكان يقتضي بالميراث لهم وأبو حنيفة يقول هذا اللفظ مبهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلده كذا ومولده كذا ومسقط رأسه كذا ولا نعلم له بها وارثا غيره فأحرى أن لا يكون له وارثا آخر في مكان آخر ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكر في هذا اللفظ لغو لأن ما لا يعلم المرء لا يختص بمكان دون مكان فهو وما لو أطلقوا سواء وقولهما ان هذا ايهام فلان كان كذلك فهو مفهوم والمفهوم لا يقابل المنطوق والاصل في ذلك ما روي ان ثابت بن الدحداح لما مات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسبا قالوا لا الا ان ابن أخت له فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته ابن لبابة بن عبد المنذر رضي الله عنه فقد ذكروا انهم لا يعرفون له فيهم وارثا ونسبا ولم نكلفهم أكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولاء رجل واحد فأقام كل واحد منهما بينة انه أعتقه وهو يملكه ولا يعلمون له وارثا غيره جعلت الولاء بينهما والميراث لانهما استويا في سبب الاستحقاق والولاء إما أن يعتبر بالنسب ولو أقاما البينة على نسبه كان الميراث بينهما لاستوائهما في النسب أو يجعل الولاء كالملك لانه أثر من آثار الملك واذا استويا في اقامة البينة على الملك يقضي بالملك بينهما نصفان فان أقام أحدهما بينة قبل صاحبه وقضيت له ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة لم تقبل منه ولم يشارك الاول لان الولاء كالنسب من حيث انه لا يحتمل النقض والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص الى شخص ثم في النسب اذا ترجحت البينة الأولى بالقضاء لم تقبل الثانية بعد ذلك فكذلك

Marfat.com

فى الولاء ولو شهد رجل على رجل ان مولاه اعتق أمه ثم ولدت بعد العتق لستة أشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضى له بالولاء ثم جاء مولى العبد وأقام البينة انه كان أعتق أباه فلانا قبل موته وهو لا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاء لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا ذلك حكمنا بجر الولاء الى قوم الأب فكذلك اذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس فى هذه البينة ابطال القضاء الأول فان القضاء الأول كان قضاء بالولاء لمعتق الأم لانه لا ولاء له من قبل الأب وهو صحيح ثم بقى ذلك الولاء عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود الدليل المنفى فاذا ثبت الثانى الدليل المحول ببينته وجب القضاء بالولاء والميراث له بخلاف الاول فهناك البينة الثانيه تقوم لابطال القضاء الاول بطريق المعارضة وقد بينا ان عند المعارضة الاولى يترجح بالقضاء فان نقض القضاء بدليل محتمل لا يجوز واذا شهدا على موت رجل وأقر أنهما لم يعاينا ذلك لم تجز الا أن يكون مشهور الموت لانه اذ لم يكن مشهورا وأقر انهما لم يعاينا فقد أقر انهما يشهدان بغير علم واذا كان مشهور الموت فانما يشهدان بما يعلمانه بالشهرة وان قالا نشهد بأنه مات أجزت ذلك والا استفسرهما لان مطلق الشهادة يجب حملها على سبب صحيح كما لو شهد بعتق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسران أنهما يشهدان بذلك بظاهر اليد أو غيره وكذلك ان قال نحن دفناه أو شهدنا جنازته فهذا منهما شهادة بموته لان الحى لا يدفن ولا يصلى على جنازته واذا أخبر الرجل المديون به أو المرأة انه عاين موت فلان فالذى انتهى اليه الخبر فى سعة من يشهد على موته قيل معنى هذا اذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فأما اذا لم يسمعه إلا من هذا الواحد فانه لا يجوز له أن يشهد بموته كما في النسب والنكاح وقد بينا وقيل بل فى الموت يسعه ذلك اذا كان المخبر ثقة موثوقا به لان أمر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من يغسله ثم يخبر الناس بذلك فيتعمدون خبره ويعلمون انه صادق فى مقالته فيجوز له أن يعتمد هذا الخبر فى الشهادة على موته واذا جاء موت الرجل من أرض أخرى فصنع أهله ما يصنعون على الميت فانه لا يسع أحد أن يشهد على موته حتى يخبر به من شهده ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة أنه باطل فلا يعتمده حتى يخبره من يثق به عن معاينة فاذا أخبره بذلك وسعه أن يشهد (ألا ترى) انه لو مات ميت فأخرجت جنازته حتى يدفن وسع الجيران أن يشهدوا بموته وان لم يعاينوا ذلك لانهم سمعوا

Marfat.com

ذلك مما عاين واذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية وأقام معها أياما ثم ماتت فانه يسع الجيران ان يشهدوا على أنها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما أوجب تشهيره أرأيت لو كان بينهما ولد أما كان يسعهم أن يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة فاذا كان يجوز هذا فيما ينبنى على النكاح فكذلك فى النكاح واذا شهد شاهدان أن فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا غيره ولم يدركوا فلانا الميت فشهادتهم باطلة لانهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا يخلفه وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع واذا كان القاضى يعلم انهم لم يدركوا فلانا الميت فقد علم انهم جازفوا فى هذه الشهادة وبهذا يستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فى مسئلة الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للمعتق الا أن يكون مالكا فهم يشهدون بالملك له أو لا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله فى الوقف ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لا يدرك الواقف لا تقبل لانه مالم يثبت الملك للواقف لا يثبت الوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان أكثرهم على جواز ذلك فى الوقف استحسانا للضرورة الداعية الى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأبيد في صدقته ولو شهدوا على دار فى يدى رجل أنها دار جد هذا المدعى وخطته وقد أدركوا الجد لم تجز شهادتهما حتى يجيزوا المواريث لان المدعى يحتاج الى اثبات سبب انتقال الملك اليه من الجد وبثبوت الملك للجد لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضى من القضاء له حتى يجيزوا المواريث ولو شهد على اقرار الذى فى يديه انها دار جد هذا أجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل به القضاء بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضى ولا يتمكن القاضى من القضاء الا بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسئلة ما بينا فى كتاب الدعوى أنهم اذا شهدوا أنها كانت لابنه وقد مات أبوه لا يقضى له بشىء الا في قول أبى يوسف الآخر بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد بأنها كانت لابنه وكذلك لو شهدوا انها كانت من يد المدعى لا يستحق بهذا شيئا بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذى اليد انها كانت فى يد المدعى وفي الكتاب أشار الى الفرق وقال اذا أقر ذو اليد بهذا فقد أخرجها من نصيبه فيخرجها من يده الا أن يأتى ببينة بحق له فيها واذا أخرجناها من يده فلا مستحق لها سوى المدعي فتدفع

Marfat.com

اليه واذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعى شيئا اذا لم يجيزوا المواريث اليه وهذا في الحقيقة اشارة الى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضى واذا كانت الدار فى يد رجل فأقام ابن أخيه البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثا لابن الابن وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان أباه مات وترك نصيبه منها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره وان أقام الآخر البينة ان أخاه مات قبل أبيه وان أباه قد ورث منه السدس ثم مات أبوه فورثه هذا فانى أقبل شهادة شهود ابن الأخ لانه هو المدعى ومعنى هذا انه هو يثبت الملك لنفسه في نصف الدار ببينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن يبقي ببينته ما أثبت هو من نصف الدار لنفسه والبينات للاثبات لا للنفى * يوضحه انا اذا قبلنا بينة ابن الاخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه فى نصف الدار واذا قبلنا بينة ذى اليد لا يصير ابن الأخ مقضيا عليه فى شيء والقضاء يستدعى مقضيا عليه وكانت بينة ابن الأخ أولى بذلك فان كان لأب الغلام ميراث من تركة سوى الدار لم أقبل بينة واحد منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه ببينته شيئا فى يد ابن الأخ وهو نصف الدار والآخر سدس تركة أخيه التى كانت فى يد أبيه بطريق الميراث له من أبيه وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بينة صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والأصل ان كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كانهما وقعا معا (ألا ترى) ان الأب والابن اذا غرقا جميعا فى سفينة أو وقع عليهما بيت ولا يعلم ايهما مات أولا لم يرث واحد منهما صاحبه فكذلك هنا لما تحققت المساواة بينهما فى التاريخ جعلا كانهما ماتا معا فيكون ميراث كل واحد منهما لابنه فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو أقام رجل البينة على ميراث رجل انه مات يوم كذا وهو ابنه لا وارث له غيره وأقامت امرأة البينة انه تزوجها يوم كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فانى آخذ ببينة المرأة لانها تثبت المهر والميراث فلا بد من قبول بينتها على ذلك ثم بينتها طاعنة فى بينة الابن على تاريخ الموت فمن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته فى يوم وورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذى ذكروا فيه موته قبلت ذلك أيضا لان هذه الأخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها طاعنة فى البينة الأخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث أقام البينة ان فلانا قتل أباه يوم كذا قضيت بذلك ثم أقامت المرأة البينة انه تزوجها بعد ذلك اليوم ثم التفت الى بينتها

Marfat.com

قال لان القتل حق لازم والموت ليس فيه حق لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجبه من قصاص أو دية فكانت بينته مثبتة وبينه المرأة على النكاح أيضا مثبتة للمهر والميراث لها فلما استويا فى الاثبات وترجحت بينة الابن باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق المعارضة فاما فى الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما بقي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينة المرأة تثبت وقد بينا ان النافي من البينتين لا يعارض المثبت فيترجح بينتها ويتبين به بطلان الطلاق الاول كما اذا أثبت سبب إرث مقدم على ما قضى القاضى به * يوضح الفرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا فى زمان فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه فى ذلك الزمان بالبينة لاثبات حكمه فأما الموت ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليتمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يمكنه من اثبات الخلافة لنفسه بعد موته وفى ذلك لا فرق بين موته فى وقت دون وقت ثم الاصل ان بعد المساواة فى الاثبات اذا تيقن القاضى بالكذب فى احدى البينتين وقد اتصل القضاء باحدهما فانه يعين الكذب فى الأخرى (ألا ترى) انه لو قامت عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بمكة فقضى القاضي بها ثم شهد شاهدان آخران انه تزوج هذه الأخرى يوم النحر فى ذلك اليوم بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين وقد ترجح جانب الصدق فى البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتعين الكذب فى البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسئلة القتل والله أعلم

باب طعن الخصم فى الشاهد

(قال رحمه الله واذا شهد شاهد ان لرجل حقا من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان فانى لا أقبل شهادتهما حتى أعلم انهما حران) لان الناس أحرار الا في أربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل كذا مروى عن علي رضى الله عنه وتفسيره فى الشهادة هذا وفي الحد اذا قذف انسان ثم زعم القاذف ان المقذوف عبد فانه لا يحد القاذف حتى يثبت المقذوف حريته بالحجة وفى القصاص اذا قطع يد انسان ثم زعم القاطع ان المقطوعة يد عبد فانه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حريته بالحجة وفي القتل اذا قتل انسان خطأ وزعمت العاقلة انه عبد فلان فانه لا

Marfat.com

تقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حريته وهـذا لان ثبوت الحرية لكل أحد باعتبار الظاهر إما لان الدار دار حرية أو لان الاصل فى الناس الحرية فانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كان حرين الا ان الظاهر يدفـع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ويقال ما عرف ثبوته ليس بدليل منفى بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعى ولا يستحق به حتى اذا كانت فى يده جارية ولها ولد في يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها اذا عرفنا هذا فنقول فى الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد الظاهر ولا يكفى لذلك وكذلك فى القذف الزام الحد على القـاذف في القصاص وايجاب العقوبة على القاطع وفى العقل ايجاب الدية على العاقلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشيء من ذلك فان قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبـل قولهما حتى يأتيا بالبينة على ذلك وانما أراد به انه لا تقبل شهادتهما فأما فى قولهما انا أحرار لم نملك مصدقان فى حقهما بطريق الظاهر ولكن لا نقضى بشهادتهما حتى يقيم البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاخبراهما حران فقبل ذلك وأجاز شهادتهما كان حسنا لان حريتهما من الاسباب التى تعمل شهادتهما الا بها بمنزلة العدالة فكما أن العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والباب الاول أحب الي وأحسن يعنى الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا تثبت بدون الحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجرى فيهما الخصومة وطريق الاثبات فى مثله البينة فأما العدالة لا تجرى فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله والحاصل ان الحرية فى هذه الحالة أخذت شبهين من أصلين من العدالة لانها من أسباب قبول الشهادة ومن الملك لانها لا تجرى فيها الخصومة وفيها حق العباد فيوفر حظه عليهما فاشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال ولشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه أقوي وأحسن لان الحرية تصير مقضيا بها ولو قالا قد كنا عبدين فأعتقنا المولى لم نصدقهما الا ببينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البينة فان جاء بالبينة على ذلك قبلت ذلك وأعتقهما وان كان المولى غائبا لان المشهود عليه انتصب خصما عن المولى فانه لا يتمكن من دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلا بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصما عن الغائب ومتى

Marfat.com

قضي القاضي بالبينة علي خصم حاضر فذلك قضاء علي من انتصب لهذا الحاضر خصما عنه فاذا جاء المولى وانكر ذلك لم يلتفت الى انكاره وكان من القضاء بالعتق ماضيا لان الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بالعتق حتي يحضر المولى ويقام عليه البينة لان المعتق مدعى عليه واستدل علي زفر رحمه الله بما قال أرأيت لو ادعى قتل رجل أنه قطع يده عمدا أو الدعى عليه قذفا وميراثا وأقام البينة أن مولاه أعتقه وان هـذا قطع يده بعد ذلك أو قدمه ألم أحكم عليه بما حكم به الحر على الحر فيكون ذلك قضاء على مولاه وان كان غائبا وكذلك لو أقام رجـل البينة على عبـد أن مولاه أعتقه وانه قطع يده بعد ذلك لو استدان منه دينا أو باعه أجزت ذلك وان جاء المولى فانكر عتقه لم أكلفه اعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف الا أن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المخالف لايضاح الكلام والله أعلم بالصواب

باب الشهادة فى الشراء والبيع

(قال رحمه الله واذا ادعى رجل شراء دار فى يد رجل وشهد شاهدان وان لم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة) لان الدعوي ان كانت بصفة الشهادة فهى فاسدة وان كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم تشهد بما الدعاه المدعى ثم القاضى يحتاج الى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد اذا لم يكن الثمن مسمى لانه كما لايصح البيع ابتداء بدون تسمية الثمن فكذلك لايظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم تشهد به الشهود وكذلك لو سمى الثمن واختلفا فى جنسه أو فى مقداره لان المدعى يكذب أحدهما لامحالة ولان كل واحد منهما يشهد بعقد غير مايشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدراهم ولا يتمكن القاضى من القضاء بواحد من العقدين لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك اذا شهد أحدهما بالبيع بألف والآخر بالبيع بالف وخمسمائة ويستوى ان كان البائع هو المدعى للبيع أو الشراء وفى الخلع ان كانت المرأة هى التى تدعى فكذلك الجواب لانها تكذب أحـد الشاهدين وان كان الزوج هنا المدعى فى الخلع فشهد أحـد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسمائة فشهادتهما مقبولة فى مقدار الالف لان الفرقة وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها فى الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الالف لفظا

Marfat.com

ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعى للعقد فالشهادة لاتقبل لان النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسمائة والزوج يكذب أحد شاهديه وان كانت المرأة هى التى تدعى النكاح بالف وخمسمائة فعند أبى حنيفة رحمه الله تقبل شهادتهما على مقدار الالف لان دعواها دعوي المال وقد اتفق الشاهدان علي الالف لفظا ومعنى كما في الخلع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لاتقبل الشهادة لان عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما أن اختلاف الشاهدين فى مقدار البدل فى البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك فى النكاح وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما وهو أن صحة النكاح تستغنى عن تسمية المهر بخلاف البيع فمن هذا الوجه المال كالزائد فى النكاح ودعواها فيه دعوى الدين وتمام بيان هذا الفصل فى الجامع الصغير وان اتفق فى جميع ذلك غير أنهما اختلفا فى المكان والوقت فى البيع أو في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهد اعلى اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمنا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضي الى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك اذا لم يكن الثمن مسمى وان قال أقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسم الثمن فهو جائز لان الحاجة الى القضاء بالعقد بالملك للمدعى دون القضاء فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تفضي الى منازعة مانعة عن التسليم والتسلم (ألا ترى) أن مالا يحتاج الى قبضه فجهالته لاتضر وهو المصالح عنه بخلاف مايحتاج الى قبضه وهو المصالح عليه فاذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا الى تسليم الثمن فجهالته لاتمنع القاضى من القضاء بحكم الاقرار واذا لم يقبض الثمن لايجب على البائع تسليم البيع مالم يصل اليه الثمن فجهالة الثمن فى هذه الحالة تمنع القضاء بموجب اقراره وفى الموضعين جميعا الثابت من الاقرار بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو قال بعتها منه ولم استوف الثمن لم يؤمر بتسليمها اليه ولو قال بعتها منه واستوفيت الثمن أمر بتسليمها اليه فكذلك اذا ثبت بالبينة واذا ادعي شراء دار وأقام شاهدين عليها غير أنهما لا يعرفان الدار والحدود ولم يسميا شيأ من ذلك فهو باطل لان المشهود به مجهول ولان المدعى غير المشهود به فالمدعا شراء دار معينة معلومة والمشهود به شراء دار مجهولة فان قالا قد سمى البائع والمشترى موضع الدار وحدودها ثم وصفوا ذلك وسموه فهو جائز لانهم شهدوا بمعلوم وهو الشراء فى دار معلومة بذكر الحدود والموضع غير انى أسأل المدعي البينة علي ما سمى الشهود من موضع الدار والحدود لان القاضى يقول للمدعي قد ثبت عندى انك اشتريت

Marfat.com

منه دارا حدودها ماسمى الشهود ولكن لاأدرى أن هذه الدار المعينة التى يدعيها هى تلك الدار وان حدودها ما سمى الشهود فثبت ذلك عندى بالبينة فاذا أقام البينة على ذلك حينئذ يتمكن القاضى من القضاء له بالمدعى بالبينة السابقة وكذلك لو حددوها بثلاثة حدود فقد بينا فى أدب القاضى ان ذكر أكثر الحدود وذكر الجميع عندنا سواء استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام ذكر الحدود فى العقار عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو ادعي البائع وجحد المشترى في جميع هذه الوجوه لان الحاجة الى القضاء بالعقد لافرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشترى . دار فى يد رجل فأقام رجل عليها شاهدين انها داره اشتراها من فلان وأقام ذو اليد البينة انها داره اشتراها من فلان ذلك أيضا فهى للذى في يده لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيهما كان للبائع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك اليه وسبب ذى اليد أقوى لان الشراء مع القبض أقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى الا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى بها له لانه أثبت الشراء فى وقت لاينازعه الآخر فيه ولو أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من رجل آخر قضيت بها للمدعى لان كل واحد منهما هنا يحتاج الى اثبات الملك لبائعه أولا فكأن البائعين حضرا وادعيا الملك المطلق وبينة الخارج فى ذلك أولي عندنا فاما فى الاول الملك ثابت للبائع بتصادقهما وانما يحتاج كل واحد منهما الي اثبات سبب الانتقال اليه *يوضح الفرق أن هناك الخارج محتاج الي اثبات الاستحقاق على البائع وعلى ذى اليد فى تثبته مايثبت له الاستحقاق علي البائع وليس فيها مال يثبت الاستحقاق علي ذى اليد من غير المالك حادث لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا وحاجة ذى اليد الي اثبات الاستحقاق على البائع خاصة ولا حاجة له الى اثبات الاستحقاق على صاحبه لان صاحبه غير مستحق لها بيد له فيها وفى بينته مايثبت له ذلك فاما هنا كل واحد منهما يحتاج الى اثبات الاستحقاق لبائعه أولا ليترتب عليه استحقاقه بالشراء وفيما هو المقصود بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد . دار فى يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه بالف درهم فان وقت أخذ بأول الوقتان لان صاحب أسبق التاريخين اثبت الملك لنفسه بالشراء فى وقت لاينازعه فيه غيره والآخر بينة انما أثبت الشراء من غير المالك وان وقت أحد البينتين دون الاخرى فهى لصاحب الوقت لان الشراء من غير المالك حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات حتى يثبت سبق

Marfat.com

التاريخ فالذى لم توقت شهوده انما أثبت شراءه فى الحال وصاحبه أثبت الشراء من حين أرخت شهوده فهو أولى الا أن تكون الدار فى يد الآخر فهى لصاحب اليد حينئذ لان تمكن ذى اليد من القبض دليل سبق عقده وهـذا دليل معاين وفى حق الا خر التاريخ مخـبر به وليس الخبر كالمعاينة ولان حاجة الخارج الى اثبات الاستحقاق على ذى اليد وليس في بينته مايوجب ذلك وان أرخت شهوده لجواز أن يكون شراء ذى اليد سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخـذ نصفها بنصف الثمن وان شـاء ترك لان اسـتواء الحجتـين الحكم هو القضاء بها بينهما نصفان فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما وببعض الملك قبـل البعض والتبعيض فى الأملاك المجتمعة عيب فيخير كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك وكذلك لو كان أحدهما ابن البائع أو مكاتبه لانه فى حكم الشراء منه هو كاجنبي آخر فكذلك في دعوى الشراء عليه. دار فى يد رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذى اليد وأقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدرى أى ذلك أول فانه يقضى بها لذى اليد وتبطل البينتان جميعا لان كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشترى مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له وهنا تتهاتر البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما معا ولم يذكر في المسئله اختلافا هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله فان عند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين جميعا فيجعل كأن ذى اليد اشترها أولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها الى الخارج لان القضاء بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسئلة بفروعها فى الجامع قال (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو أقام البينة ان القاضى قضى له بهذه الدار على صاحبه انه يترك في يد ذى اليد وتتهاتر البينتان الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما فيقول فى الشراء اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لانى إن جعلت شراء ذى اليد سابقا جاز بيعه بعد القبض وان جعلت شراء الخارج سابقا لم يجز بيعه من البائع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضاء غير ممكن ولان الشراء يتأكد بالقبض ولهذا يستفاد به ملك التصرف العقار فى ذلك والمنقول عنـدى سواء فيستقيم ان يجعل قبض ذى اليد صادراً عند عقده أو يجعل ذلك دليل سبق عقده فاما القضاء لا يتأكد بالقبض بل متأكد بنفسه فتتحقق فيه المعارضة بين البينتين . دار فى يد رجل فأقام البينة انه باعها من فلان بألف درهم في رمضان وأقام فلان البينة انه اشتراها

Marfat.com

منه فى شوال بخمسمائة درهم لان القضاء بالعقدين ممكن والبينات حجج فعند امكان العمل بهما لايجوز الغاء أحدهما فيجعل كانه باعها فى رمضان بألف ثم باعها فى شوال بخمسمائة فيكون العقد الثانى فاسخا للعقد الاول ولو عاينا الشرائين كان الشراء الثانى فاسخا للاول والدار له بالثمن الثانى وكذلك لو أقام فلان البينة انه وهبها له فى شوال على أن يعوضه خمسمائة وقبضها جميعا لان الهبة بشرط العوض بعد التقاض بمنزلة البيع فهذا واقامة البينة على الشراء فى شوال بخمسمائة سواء ويكون العقد الثانى فاسخا للاول ولو كان أقام البينة أنه ارتهنها منه فى شوال بخمسمائة أمضيت البيع بألف في رمضان وقضيت له من ذلك بخمسمائة سواء الذى أثبت انه أعطاه فى شوال وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله بينة المرتهن أولى والرهن فى شوال ينقض دعوى البائع البيع في رمضان ومعنى هذا الكلام أن المرتهن أثبت ببينته اقرار الراهن بالرهن منه فى شوال فكأنا سمعنا منه هذا الاقرار لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو أقر هو بذلك لم يصح منه بعد ذلك دعوى البيع فى رمضان للتناقض فالبائع لا يرهن المبيع من المشترى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا البيع أقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك فى البدلين والرهن لا يوجب ذلك فعند تعذر العمل بالبينتين يترجح الاقوى وهو البيع وكما أن المرتهن أثبت اقرار الرهن بالرهن فالبائع أثبت اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنعه من دعوى الرهن فى شوال فلما وقع التعارض فى هذا رجحنا أقوى الحجتين وهو حجة البيع وفى الكتاب (قال) ليس الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع والرهن ليس ببيع فقد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ومعنى هذا ان الرهن دون البيع فلا يكون ناقضا للبيع (ألا ترى) أنا لو عاينا العقدين لم ينتقض البيع بالرهن وهو معنى قوله قد يرهنك دارك ولو عاينا البيعين انتقض الاول بالثانى فبانتقاض الاول الدار تعود الى البائع فهذا معنى قوله لا يبيعك . دارك دار فى يد رجل فادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة أنه اشتراها بالف وكفل عنه صاحبه المدعى معه فان علم الاول منهما قضى له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما أن يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجتين فان أخذاها فالكفالة لازمة لكل واحد منهما على صاحبه من قبل أنهما ليسا بشريكين ومعنى هذا أنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار بشراء يفرد هو به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه

Marfat.com

وكفالة صاحبه له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك اذا قضى بذلك بالبينة . واذا أقام رجل البينة انه اشترى دارا فى يد رجل بالف درهم وقال ذو اليد لم أبع ثم أقام البائع البينة على أنه قد رد عليه الدار فانى أقبل ذلك منه وانقض البيع ولا يبطل انكاره البيع ببينة لان انكاره ليس باكذاب منه لشهوده وانه فى الانكار يقول لا بيع بيننا فيها وبعد ما رد عليه الدار لا بيع بينهما فيها ولو قال لم يجر بيننا بيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بأن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار علىّ فعرفنا أن هذا الانكار ليس باكذاب منه لشهوده . واذا ادعى رجل دارا فى يد رجل وأقام البينة ان أباه اشتراها منه بالف وقد مات أبوه والبائع ينكر فانى لا أكلفه البينة انه مات وتركها ميراثا ولكن أسأله البينة انه لا يعلم لابنه وارثا غيره فاذا أقام على ذلك بينة أمرته أن ينقد الالف ويقبض الدار لان الابن قائم مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب فى حياته وأقام البينة انه اشتراها منه بالف درهم أمر بتسليم الثمن وقبض الدار وكذلك الابن اذا ثبت ذلك بعد موت أبيه الا أن من الجائز أن معه من يزاحمه فى الميراث فيؤمر باقامة البينة على أنه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقم البينة على ذلك تلوم القاضى فيه زمانا فقد بينا هذا فى كتاب الدعوى ولو كانت الدار فى يد رجل غير البائع سأله البينة أن أباه مات وتركها ميراثا له لان هنا لو حضر الاب فى حياته وأقام البينة على ذى اليد انه اشترى هذه الدار من فلان بالف وذو اليد غير البائع لا يستحق به شيأ مالم يثبت الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا كما لو أقام الاب البينة انها ملكه اشتراها من فلان (قال) فى الكتاب وليس هذا كالاولى لان الاولى هى فى يده رهن بالثمن بمنزلة رجل أقام البينة ان اباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقد مات الاب ولا وارث له غيره وجاء بالالف ينقدها ومعنى هذا ان الدار اذا كانت فى يد البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء أثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة فى يده بالثمن كالمرهونة فيؤمر باداء الثمن وقبضها واذا كانت فى يد غير البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء ما أثبت اقرار ذى اليد بالملك لمورثه انما أثبت اقرار البائع بذلك والملك للبائع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة البينة على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا . واذا ادعى رجل دارا فى يد رجلين فاقام البينة أن أحدهما باعه الدار وسلم الآخر ولا يعرف الشهود الذى

Marfat.com

باع من الذى سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك ومالم يبين الشاهد المشهود عليه بالبيع فهو مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه فى شهادته لاتكون شهادته حجة ولانهم تحملوا الشهادة على معين منهما ثم منعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البائع بعينه .وكذلك دار فى يد رجل أقام البينة انه باعها من أحد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم باطلة لجهالة المشهود عليه.دارفى يد رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعي آخر انه اشترى نصفها بخمسمائة وادعى آخر انه اشترى ثلثها بستمائة درهم وأقاموا البينة فهم بالخيار ان شاؤا أخذوها وان شاؤا تركوها لان عند تعارض البينات لابد من أن تتفرق الصفقة على كل واحد منهم فيما أثبت شراءهم فيه فالخيار كذلك فان أخذوها كان لصاحب الجميع الثلث خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثلثين نصفين وكان النصف بينهم أثلاثا ولزم كل واحد منهم حصة ماأخذ من الثمن في قياس قول أبي حنيفه رحمه الله وأصل هذه المسئلة أن القسمه فى هذا الفصل علي طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل فى شرح كتاب الدعوي وجمعنا فيها نظائر هذه المسئلة واضدادها فنقول فى تخريج قول أبي حنفه رحمه الله لامنازعة فى الثلث لمدعى النصف ومدعى الثلثين ومدعى الجميع يدعى ذلك فيسلم له الثلث ثم ما زاد علي النصف الى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب الثلث وقد استوى فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان وفى النصف استوى حجة صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم اثلاثا وسهام الدار فى الحاصل اثنى عشر لحاجتنا الي سدس يقسم نصفين فصاحب الجميع اخذ مرة أربعة ومرة سهما ومرة سهمين فانه ما يسلم له سبعة أسهم من ثنى عشر سهما وذلك نصف الدار ونصف سدسها فيلزمه ذلك القدر من الثمن وصاحب الثلثين اخذ مرة سهما ومرة سهمين وذلك ثلاثة وهو ربع الدار وصاحب النصف ماأخذ إلا سهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول واصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين باربعة وصاحب النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر ويقسم الدار بينهم على ذلك فان ادعاها رجلان وأقام أحدهما البينة على شراء الجميع والآخر البينة على شراء النصف ولصاحب الجميع ثلاثة ارباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الآخر بالمنازعة ولصاحب

Marfat.com

النصف ربعها في قول أبي حنيفة رحمه وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون الدار بينهما اثلاثا وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الشراء بالف والقبض وأقام البينة فان عرف الاول فهي للاول لان مدعى الرهن اذا أثبت حقه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فشراء الآخر بعد لا يجوز بدون اجازته وان لم يعلم فصاحب الشراء أولى لان الشراء أقوى من الرهن لان الشراء موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب لان الشراء يلزم بنفسه وان لم يتصل به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض والشراء يلزم من الجانبين والرهن لا لزم في جانب المرتهن لتمكنه من الرد متى شاء والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى فان أقام أحدهما البينة على الشراء والآخر على الهبة والصدقة فصاحب الشراء أولى لان الشراء عقد معاوضه يلزم بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون أقوى من التبرع الذى لا يتم بالقبض فان أثبت صاحب التبرع قبضه سابقا فهو اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وكذلك ان كانت الدار في يد صاحب الصدقة ولا يدرى أيهما أول فصاحب الصدقة أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فيكون هو أولى إلا أن يقيم صاحب الشراء البينة انه أولى وان أقام كل واحد منهما البينة انه ارتهنها بالف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبهذا نأخذ وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفها رهنا لان كل واحد منهما اثبت الرهن منه بالبينة والقضاء بالبينتين ممكن فان رهن الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس أن الحجتين لما استوتا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شائعا غير ممكن فتبطل البينتان كما لو أقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امرأة واحدة وأخذنا بالقياس لان وجه القياس أقوى فان في الرهن من رجلين العقد واحد وكل واحد منهما راضي بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوع بأن يجعل كأن العين كلها محبوسة بدين كل واحد منهما ولا يتأتى ذلك هنا لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف وان رهنها من رجلين النصف من هذا بدينه والنصف من هذا بدينه لم يجز فلهذا نأخذ بالقياس فان ادعى أحدهما الرهن والقبض وادعى الآخر الهبة على عوض والتقابض فأقام البينة فانه يقضي بهذا للذى يدعى الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض

Marfat.com

بمنزلة البيع وقد بينا انه يترجح دعوي الشراء على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت هبة بغير عوض قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه قد نفذ ماله فيه وقد كان ينبغي في قياس القول الذي قلنا قبل هذا ان يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا أن صاحب الهبة في القياس أولى لانه يثبت ببينته مالك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك ببينته وكل واحد من العقدين لا يتم الا بالقبض فيترجح الموجب للملك في العين منهما وفي الاستحسان الرهن أولى لانه عقد ضمان فالمقبوض بحكم الرهن بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا أقوى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن أولى وللقياس وجه آخر وهو ان الرهن لا يرد علي الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لو رهنه كان باطلاق وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح الوارد لكن في الاستحسان قال لا بد من اثبات حق المرتهن فثبوت الملك للمرهون له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب اذا رهن الموهوب بدينه برضاء الموهوب له جاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو وهب برضاء المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن أولى من الهبة وان أقام كل واحد منهما البينة أنه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما يقضي لكل واحد منهما بنصفها والهبة لا تتم في المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما ينبغي أن يقضى بها بينهما نصفان بمنزلة هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم جميعا لانهما انما يجوز ان ذلك عند اتحاد العقد والاتحاد في جانب الواهب فاما اذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز وهنا كل واحد منهما أثبت ببينته الهبة منه في عقد على حدة فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما بنصفها فان شهدت احدهما انه أول فهي له لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وان لم يشهدوا بذلك وهي في يد أحدهما فهي لذي اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده واذا كانت الدار في يد ثلاثة رهط فالدعى احدهم الجميع والآخر النصف وادعى الثالث الثلثين وليست لهم بينة فلكل واحد منهم ما في يده لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار فدعوى كل واحد منهم ينصرف الى ما في يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل واحد منهما علي دعوى الآخر لان صاحب الجميع يدعى لنفسه جميع ما في يد صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب الثلثين يدعي نصف ما في يد كل

Marfat.com

واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبيه فان حلفوا فلكل واحد منهم الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين فى دعوى صاحب الجميع وحلف صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكولهما كاقرارهما له بذلك أو كيد لهما له ما فى أيديهما ولكن هذا اذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه أيضا وان نكلوا عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب الثلثين الذى فى يده ويأخذ نصف ما فى يد كل واحد من صاحبه لانه يدعى ثلثى الدار ونصف ذلك وهو الثلث في يده ونصفه في يد كل واحد منهما سدس الجميع وذلك نصف مافى يد كل واحد منهما ونكولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلثين وصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع مافي يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعى نصف الدار فثلثا ذلك النصف فى يده والثلث فى يد صاحبيه وذلك السدس فى يد كل واحد منهما نصف سدس الجميع وهو ربع الثلث الذى فى يده فكل واحد منهما بالنكول صار مقرا له بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحده وحلف بعضهم لبعض فصاحب النصف يأخذ مما فى يد صاحب الجميع ربع مافى يده وهو نصف سدس جميع الدار لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذى ادعاه فى يده نصف سدس جميع الدار وان قامت لهم جميعا البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر وسهما من أربعة وعشرين سهما في قول أبى حنيفة رحمه الله لان بينة كل واحد منهم لم تقبل فيما في يده وتقبل فيه بينة الآخر ثم القسمة عنده على طريق المنازعة فى الثلث الذى فى يد صاحب النصف تقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلثين ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الآخر بينهما نصفان للمنازعة فيحتاج الى حساب ينقسم ثلاثة ارباع وذلك اثنا عشر فصارت سهام الدار على اثنى عشر سهما ففى يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلثين يدعى نصف ذلك وصاحب النصف يدعى ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ما ادعى من ذلك وفى يد صاحب الثلثين أربعة صاحب الجميع يدعى جميع ذلك وصاحب النصف ربع ذلك وثلاثة ارباعه يسلم لصاحب الجميع والربع وهو سهم واحد استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفان فانكسر بالانصاف فاضعف السهام فلهذا صارت الدار سهام أربعة وعشرين في يد كل واحد منهم ثمانية ثم سلم لصاحب الجميع ما فى يد صاحب النصف ستة وما فى يد صاحب

Marfat.com

الثلثين سبعة وبقي له مما كان في يده سهمان فجملة ذلك خمسة عشر سهما وصاحب الثلثين أخذ من يد صاحب النصف سهمين ومن يد صاحب الجميع أربعة فذلك ستة وهو ربع جميع الدار وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الجميع سهمين ومن يد صاحب الثلثين سهما فذلك ثلاثة وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسئلة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فان السهام عندهما ترتفع الى مائة وثمانين فلم يعد هنا كراهة التطويل وكذلك اذا لم يكن بينة ونكلوا عن اليمين فهو ومالو أقام البينة في حكم الاستحقاق والتخريج سواء. واذا كانت الدار في يد رجلين وعبد أحدهما والعبد مأذون عليه دين وكل واحد منهم يدعي الدار كلها فهي بينهم أثلاثا لان المولى من كسب عبده المديون كالاجنبي فان حق غرمائه في كسبه مقدم على حق المولى فتظهر يده في معارضة يد المولى كيد المكاتب فان لم يكن على العبد دين فالدار بين الحرين نصفان لان كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده في معارضة يد المولى وانما يبقى المعتبر في الدار يد المولى ويد الاجنبي فهي بينهما نصفان بمنزلة ثوب ينازع فيه رجلان وفي يد أحدهما عامة الثوب وفي يد الآخر طرف الثوب فانه يقضى به بينهما نصفان. دار في يد رجل يدعي رجل انه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم باعها وأقام البينة وذو اليد يقول ليست لي فاني أقضي بالدار للمدعي لانه أثبت الملك لنفسه باثباته الشراء ممن كان مالكها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله ليست لي فانه كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين أن يده فيها ليست بيد خصومة فقضى بالدار للمدعي الا أن يقيم ذو اليد البينة انها عارية في يده أو باجارة أو بوكالة بالقيام عليها من رجل غير البائع فان أقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لانه أثبت بان يده فيها يد حفظ لا يد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى فان جاء المشتري ببينة ان ذلك الرجل سلطه على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضى له بذلك لانه أثبت ببينته انه أحق بحفظها منه وانه ثبت له حق نقلها من يد ذي اليد الى يد نفسه بامر صاحبها اياه بذلك ولو عاين ما أثبته البينة كان له حق قبضها فكذلك اذا ثبت ذلك بالبينة والله أعلم

باب مايكون بين الرجلين فيه خصومة

(قال رحمه الله دار في يد رجل رهن والراهن غائب فادعاها رجل وأقام البينة فان أقام

Marfat.com

المرتهن البينة انها رهن فى يده فلا خصومة بينهما) لانه أثبت ببينته أن يده فيها يد حفظ لا يد خصومة فالمرهون عينه أمانة فى يد المرتهن بمنزلة الوديعة ولئن كان مضمونا فهو ضمان لا يوجب الملك له فى العين بحال ولو كان مضمونا ضمانا يوجب الملك له اذا تقرر كالمغصوب لم يكن خصما فيه لمدعى الملك فاذا كان دون ذلك أولى وكذلك لو كان المرتهن الذى الدار في يده غائبا والراهن حاضرا فلا خصومة بينه وبين المدعى لان دعوى الملك لا تسمع في العين الا على ذى اليد واليد فيها مستحقة للمرتهن وهو غائب والاجارة والعارية فى ذلك كالرهن وان لم يقم ذو اليد البينة علي ذلك فهو خصم لظهور يده فيها ومنفعة المدعى منها بيده فلا يخرج من خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لي ولم ينسبها الى أحد فهو خصم فيها لان بينته على هذا لا تقبل وبدون البينة لا يخرج من خصومته *يوضحه انه انما يخرج ذو اليد من الخصومة اذا أحال المدعى على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال هو لرجل عارية عندي وأقام البينة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا تندفع بقوله ليست لى أولى وان أقر المدعى انها فى يده باجارة أو عارية أو رهن فلا خصومة بينهما فيها لان اقراره ملزم اياه وقد أقر أنه ليس بخصم له وان كان المدعى ادعى انه اشتراها من فلان وادعى ذو اليد أن فلانا ذلك أسكنها اياه ولم يقم البينة علي ذلك فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيها لفلان فتكون أصولها الى يد ذي اليد من جهة فلان وفلان ذلك لو حضر لم يكن بينه وبين ذى اليد خصومة لاقرار ذى اليد له بها عليه فكذلك لا خصومة بينه وبين من يدعى تلقى الملك من جهة فلان الا أن يقيم المدعى البينة أن البائع وكله بقبضها منه فاذا أقام البينة على ذلك يجب على ذى اليد دفعها اليه لانه أثبت البينة انه أحق بامساكها واثبات اليد عليها من ذى اليد والعروض فى جميع ماذكر كالعقار واذا كانت الدار بين شريكين فغاب أحدهما فادعى رجل أنه اشترى من الغائب نصيبه لم يكن الشريك خصما له فى ذلك لانه ادعى سبب ملك جديد بينه وبين الغائب في نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يدعى قبله ولان ذا اليد مقر أن يده فى نصيب الغائب من جهته فلا يكون خصما لمن يدعى بميكه عليه وان ادعى انه اشتراها أو بعضها من الميت الذي ورثوها منه كان الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه يدعى سبب الاستحقاق على الميت وأحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعى علي الميت كدعوى الدين ويستوى ان كانوا قسموا الدار أولم يقسموا لان قسمتهم فى حق المدعى اذا

Marfat.com

ثبت فشراؤه باطل. دار في يد رجل بشراء فاسد فادعاها آخر فالمشتري خصم فيها لان المشتري يملك رقبتها وكل من يملك الرقبة أو يدعيها خصم له وهذا بناء على أصلنا أن الشراء الفاسد موجب للملك بعد القبض وانما نص على حكم الملك هنا . دار في يد رجل فادعاها آخر وأقام كل واحد منهما البينة أنه اشتراها من يد رجل واحد والمدعى هو الاول ولم ينقد الثمن والبائع غائب فاني أقضي بها للمدعى لان ذى اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعى وانما زعم أنه يملكها من جهة البائع فيكون خصما عنه في اثبات سبب الملك عليه وقد أثبت المدعى تقدم شرائه بالبينة فيقضى بالدار له ويستوفى منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد الثمن أعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البائع بما أدي اليه من الثمن وقد ظفر بماله من جنس حقه فيأخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي أن يمينه عليه لما يثبت حق الاخذ وان كان فيه فضل أمسكه على البائع لانه مال الغائب فيحفظه عليه وهذا اذا كان البائع أقر عند القاضي بقبض الثمن من ذى اليد قبل غيبته فان لم يكن كذلك وأقام ذو اليد البينة على أنه كان أعطاه الثمن لم يقض القاضى بشئ لانه يقيم البينة على الغائب ولا يقضى القاضي على الغائب بالبينة اذا لم يحضر عنه خصم وان كان ذو اليد لم ينقد للبائع الثمن أو كانت الدار في يده بهبة أو صدقة دفعتها الى المدعى لاثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق وأخذت الثمن منه للبائع لانه مال الغائب فيحفظ عليه والحاصل أن المشترى يحتاج الى اثبات الملك على البيع ينتفع به ويتصرف فيه ولا يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر لهما فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغائب ويسلم الدار اليه ليتوصل الانتفاع بملكه . رجل باع جارية من رجل ثم غاب المشترى ولا يدرى أين هو فاقام البائع على ذلك بينة فان القاضي يسمع بينته لانه يزعم أنه قد وجب على القاضى النظر له وللمفقود في ماله فاذا أثبت ذلك بالحجة قبل القاضى ذلك منه وباع الجارية على المشترى بطريق حفظ ملكه عليه لان عين الملك لا تبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن أيسر عليه من حفظ العين فاذا باعها نقد البائع الثمن لانه ظفر بجنس حقه من مال غريمه واستوثق منه بكفيل نظرا منه للغائب لجواز ان يكون قد استوفى الثمن وابراء المشتري من ذلك فان كان فيه فضل أمسك الفضل للمشتري وان كان وضيعه فذلك على المشترى لان قبض القاضى له الجارية كقبض المشترى اياها بنفسه فيه يتقرر عليه جميع الثمن ويطالبه البائع بمقدار الوضيعة اذا حضر وان كان أبرأه المشتري لم يبع القاضى الجارية لان ثبوت الولاية للقاضى بطريق

Marfat.com

النظر منه لهما وذلك عند الضرورة اذا كان لا يوقف على موضع المشترى فاما اذا كان يعرف ذلك فالبائع متمكن من أن يبيعه ويطالبه بالثمن وملكه مضمون على البائع بالثمن فليس للقاضي ان يبطل عليه عين ملكه لاتصال البائع الى حقه والله أعلم بالصواب

باب اختلاف الشهادة

(قال رحمه الله شاهدان شهدا ان فلانا طلق امرأته فشهد احدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة والآخر انه طلقها فى ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لانا تيقن بكذب احدهما) فان الانسان فى يوم واحد لا يكون بالبصرة والكوفة (ألا ترى) انه لو شهد بكل واحد من اللفظين رجلان لم تقبل الشهادة لهذا فاذا شهد لكل واحد منهما رجل واحد أولى بخلاف ما اذا شهد أحدهما انه طلقها بالكوفة والآخر انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فهناك الشهادة تقبل لان الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان . رجل يدعى دارا فى يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان احدهما بالشراء والآخر بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعى لا بد أن يدعى أحد السببين وبه يكون مكذبا أحد الشاهدين لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس علي واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة أو الرهن أو الميراث أو الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك لو شهد احدهما بالميراث والآخر بالوصية فهو باطل للمعنيين واذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له وانه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين علي الصدقة وقال لم يهبها لى قط وقد ادعى الهبة عند القاضى فهذا اكذاب منه لشاهديه وهو تناقض منه فى الكلام فقد زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعى الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها له ثم قال لم يهبها لى قط ولا تناقض أظهر من هذا ومع التناقض لا يسمع دعواه والبينة لا تقبل الا بعد دعوى صحيحة ثم اكذاب المدعى شاهدة تخرج شهادته من أن تكون حجة له وكذلك لو ادعى انها ميراث لم يشترها قط ثم جاء بعد ذلك فقال هى بشراء ولم ارثها قط وجاء بشاهدين على الشراء منذ سنة فهو باطل لمعنى التناقض والاكذاب فان ادعاها هبة ولم يقل لم يتصدق بها على قط ثم جاء بعد ذلك بشهود على الصدقة وقال لما جحدنى الهبة سألته ان يتصدق بها علي ففعل اجزت هذا لانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح فينعدم له الاكذاب والتناقض

Marfat.com

(ألا ترى) انا لو عاينا ما أخبر به كان الملك ثابتا له بجهة الصدقة فكذلك اذا أخبر به واثبته بالبينة وكذلك لو قال ورثتها ثم قال حجدني الميراث فاشتريتها منه وجاء بشاهدين على الشراء لان معنى التناقض والا كذاب انعدم بتوفيقه وهـذا بخلاف مالو كان ادعى الشراء أولا ثم جاء بشاهدين يشهدان على انه ورثه من ابيه لان هذا في هذا المواضع لا وجه للتوفيق لانه لا يمكنه ان يقول اشتريتها منه كما ادعيت ثم حجدني الشراء فورثتها من أبي واذا اختلف شاهدا الرهن في جنس الدين أو مقداره فالشهادة لا تقبل لا كذاب المدعي أحد الشاهدين ولان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة الثمن للمبيع ثم اختلاف الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع فكذلك في الرهن فان اتفقا على ذلك واختلفا في الايام والبلدان وهما يشهـدان على معاينـة القبض فالشهادة جائزة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله استحسانا وفي القياس لا تقبل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى الخلاف الهبة والصدقة وان شهدوا على اقرار الرهن والواهب والمتصـدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس ان تمام هـذه العقود بالقبض والقبض فعل واختلاف الشاهدين في الوقت والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لان المشهود به مختلف فالفعل الموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر بخلاف ما اذا شهدوا على الاقرار فالاقرار كلام مكرر * يوضحه انه لو شهد احدهما بمعاينة القبض والآخر باقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل الرهن في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك اذا اختلفا في المكان والزمان والاستحسان وجهان أشار الى احـد الوجهين هنا (فقال) لان القبض قد يكون غير مرة واشار الى الوجه الآخر في كتاب الرهن (فقال) لانه لا يكون رهنا ولا قبضا إلا باقرار الراهن ومعنى ماذكر هنا ان القبض بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكما لانه يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول (ألا ترى) أن المرتهن اذا قبض الرهن ثم استرده الراهن منـه غصبا أو أعاره المرتهن اياه ثم قبضه منـه ثانية فهذا يكون هو القبض الاول حتى يكون مضمونا باعتبار قيمته عند القبض الاول فعرفنا أنه مما يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في وقته بخلاف الغصب والقتل ولما أخذ شبها من أصلين توفر حظه عليهما (فنقول) لشبهه بالافعال صورة اذا اختلف الشاهدان في الانشاء والاقرار لا تقبل الشهادة ولشبهه بالاقوال حكما لا يمتنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين فيـه في الوقت والمكان ومعـنى ماذكر في كتاب الرهن ان حكم ضمان الرهن

Marfat.com

لا يثبت الا باقرار الراهن أنه مرهون عندك بالدين فان بدون هذا القول اذا قبضه المرتهن بغير اذن الراهن فهو غاصب واذا سلمه الراهن اليه فهو مودع فعرفنا أن حكمه لا يثبت الا باقرار الراهن فباعتبار حكمه جعلناه كالاقوال وجعل شهادة الشاهدين على المعاينة فيه وشهادتهما على الاقرار به سواء فكما أن في الشهادة على الاقرار اختلافهما في الوقت والزمان لا يمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة. واذا طلب الرجل شفعة في دار وأقام شاهدين على الشراء واختلفا في الثمن أو في البائع فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لان المدعى مكذب احدهما لا محالة ولو اتفقا على الاقرار بالشراء من واحد بمال واختلفا فقال احداهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الآخر كنا فرادى أو قال أحدهما كنا في البيت وقال الآخر في المسجد أو قال أحدهما كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان بالعشي فشهادتهما جائزة لانهما اتفقا في المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم يكلفا حفظه وفعله في الوقت والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كما لو اختلفا في الثياب التي كانت عليهما أو المراكب أو فيمن حضرهما وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان الوقت والمكان والوصف لم يسألهما القاضي عن ذلك ولو سألهما فقالا لا نحفظ ذلك لا تبطل شهادتهما ثم ذكر بعض مسائل أدب القاضي وروي فيه حديث الشعبي رحمه الله في كتاب عمر الى معاوية رضي الله عنهما في القضاء وقد تقدم بيان ذلك في أدب القاضي وذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من الحزم أن يستشير أولي الرأي ثم يطيعهم وفيه دليل أنه لا ينبغي للقاضي أن يترك الاستشارة وكذلك غير القاضي اذا حزبه أمر فالمشورة تلقيح للعقول وقد قال صلى الله عليه وسلم ما هلك امرؤ عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه رضي الله عنهم في كل شيء حتى في قوت أهله وادامهم وفيه دليل على أنه انما يستشار أولي الرأي الكامل ويتحرز عن مشورة ناقصات العقل من النسوان وان من استشار أولي الرأي الكامل من الرجال فعليه أن يطيعهم اذا لم يتهمهم فيما أشاروا عليه لان فائدة المشورة لا تظهر الا بالطاعة واذا شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد آخر أن فلانا الذي شهدا له أقر بها لفلان الذي شهد عليه فهو لذي اليد لان البينتين تعارضتا في الاقرار فيها رأيا كما لو عاين الاقرارين ويبقى الثوب في يد ذي اليد مستحقا له بيده وان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد. دار بين رجلين فأقام كل واحد منهما البينة

Marfat.com

أن فلانا أقر له بها ووقتا فهى لصاحب الوقت الا خر ولا نسبة لهـذا البيع يعنى اذا أقام كل واحـد منهما البينة أن فلانا باعها منه ووقتا فهى لصاحب الوقت الاول والفرق بينهما أن كل واحد منهما يدعى أن وصولها اليه من جهة فلان ففى مسئلة الاقرار الذى أقام البينة على الوقت الآخر أثبت اقرار فلان بهاله منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فكذلك يمنع دعوى من يثبت الملك لنفسه ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها منذ سنة وذلك يمنع فلانا من أن يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها فلهذا رجحنا صاحب الوقت الآخر وفى البيع ثبوت الشراء منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فكذلك لا يمنع من يدعي تملكها من جهته من أن يثبت بيعها منه منـذ سنة واذا وجب قبول بينته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فانما أثبت الآخر بعد ذلك الشراء من غـير المالك وعلى هذا لو أقام البينـة أنه باع هذه الدار من فلان منذ سنة وأقام الآخر البينة منـذ سنتين فهى للذى أقام البينة على سنتين لان كل واحد منهما مثبت الملك لنفسه باقامته البينة على تمليكها من فلان بالبيع فيترجح أسبق التاريخين لانعدام منازعة الا خر معه فى ذلك الوقت واذا لم يوقتا فهى لذى اليـد لاتفاقهما على أنها مملوكة مسلمة اليه وانما يدعى كل واحـد منهما الثمن فى ذمته لنفسه وقد أثبته بالبينة وفى الذمة سعة واذا ادعى على رجل الفى درهم أو الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف والآخر بالف وخمسمائة قضى له بالالف لاتفاق الشـاهدين على الالف لفظا ومعنى فالالف وخمسمائة جملتان أحـدهما معطوفة على الاخرى فبعطف أحدهما الخمسمائة على الالف لا يخرج من أن يكون شاهدا له بالف لفظا بخلاف ماقال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا شهد أحدهما بعشرة والا خر بخمسة عشر لان هناك اختلفا فى المشهود به لفظا فخمسة عشر اسم واحد لعدد (ألا ترى) أنه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الالف والالفين فان كان المدعي يدعى الفا فقد أكذب الذى شهد على الف وخمسمائة فلا تقبـل شهادتهما له الا أن يوفق فيقول كان أصل حقى ألفا وخمسمائة لكنى استوفيت خمسمائة أو ابرأته منها ولم يعلم به هـذا الشاهد فحينئذ تقبـل شهادتهما على الالف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمـل وان اختلفا فى جنس المال فشهادتهما باطلة لان المدعى يكذب احدهما ولان المشهود به مختلف وليس على واحـد من المـالين شهادة شاهدين ولو شهدا على قتل أو قطع أو غصب أو عمل واختلفا فى الوقت أو المكان أو فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة

Marfat.com

لاختلافهما فى المشهود به وكذلك ان شهد احدهما على الفعل والا خر على الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به وان شهد على اقرار القائل به فى وقتين مختلفين أو في مكانين مختلفين قبلت الشهادة لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما فى الوقت والمكان به ولو ادعى ثوبا فى يد رجل انه رهنه منه منذ عشرة ايام فجاء بشاهدين فشهد أحدهما انه وهبه منه منذ عشرة أيام والآخر منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعى مكذب أحد شاهديه وقد أقر بأنه كان مملوكا للواهب قبل عشرة أيام وذلك يمنع دعواه ماشهد به هذا من هبته منذ خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعى جازت الشهادة لانه غير مكذب واحدا منهما والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين فى الوقت لا يمنع قبول الشهادة فيه .واذا شهد الوصى على الميت بدين أو على رجل بدين للميت فشهادته بالدين على الميت صحيحة وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض لنفسه فيكون متهما ولا تهمة فيما شهد به على الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ هو متهم فى شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه واذا شهد الوصي على الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها عن التهمة ولا يجوز للصغار لتمكن التهمة فى شهادته لحق القبض فى ذلك اليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة على البعض بحق في شهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لا يقبض للكبار شيئا وهو يقبض مايجب للصغار فيكون فى معنى الشاهد لنفسه واذا قضي القاضى على رجل بأرض أو دار فى يديه ببينة قامت عليه بذلك ودفعها الى المقضى له ببنائها ثم ان المقضي له اقر ببنائها للمقضى عليه فانه يدفع ذلك اليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار اكذابا منه لشهوده في الأرض لان المشهود به الارض والبناء انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا من غير ذكر وليس من ضرورة كون البناء للمشهود عليه الا ان يكون الأرض للمدعى كما شهد به الشهود وكذلك إن أقام المقضى عليه البينة انه قد بنى فيها هذا البنأ فهو له لما بينا أنه انما صار مقضيا عليه بالأصل والبناء تبع فى ذلك فكذلك القضاء لا يمنعه من اثبات حق نفسه فى البناء وان كان المدعى حين أقام البينة شهد الشهود ان هذه الدار لهذا المدعي ببنائها فأقر هو بالبناء للمقضى عليه أبطلت الشهادة لانه أكذب شهوده لانهم صرحوا فى شهادتهم بملك البناء له مقصودا وقد كذبهم في ذلك والمدعي متى أكذب شاهدة فى بعض ماشهد له به بطلت شهادته فى الكل كما اذا ادعى ألفا وشهد له بالف وخمسمائة واذا وكلت امرأة رجلين بأن تزوجاها

Marfat.com

ثم شهد ان الزوج طلقها ثلاثا وهي تدعي أو تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كان عمين فزوجا ابنت أخ لهما وهي صغيرة ثم شهدا على الطلاق أو كانا أخوين لها زوجاها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حقا لله تعالى ولا يجران الى أنفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

(قال الشيخ الأمام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بأن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعا) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله أمروا به للوجوب وقال الله تعالى ولا يأب الشهداء اذا مادعوا والنهي عن الاباء عند الدعاء أمر بالحضور للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر قال صلى الله عليه وسلم في خطبته أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا أصل له بمنزلة شهادة الكافر على ذاته بما لا أصل له من شريك أو صاحب أو ولد وقال صلى الله عليه وسلم ألا أنبئكم باكبر الكبائر قالوا نعم قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فاستوى جالسا ثم قال ألا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكت وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه الملائكة في السموات والارض فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدا وذلك بأن يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال صلى الله عليه وسلم السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت جريمته في مجلس القضاء جهرا فلتكن توبته بالرجوع كذلك ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من اظهار الرجوع في مجلس القضاء فلأن يراقب الله تعالى خيرا له من

Marfat.com

أن يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول فى حقه وان كان مردودا فيما يرجع الى حق غيره حتى اذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطلانها بالرجوع واذا رجع بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضى له والاصل فيه الحديث الذى بدأ الكتاب به ورواه عن الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا عند على بن أبى طالب رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم آتيا بعد ذلك بآخر فقال أوهمنا انما السارق هذا فقال علي رضى الله عنه لهما لا أصدقكما على هذا الآخر وأضمنكما دية يد الاول ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما ففيه دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وانه عند الرجوع ضامن مااستحق بشهادته وانه غير مصدق في حق غيره للتناقض فى كلامه والمناقض لاقول له فى حق غيره ولكن التناقض لايمنع الزامه حكم كلامه ثم الشافعى رحمه الله يستدل بالحديث فى فصلين أحدهما فى وجوب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد ما استوفى العقوبة بشهادتهم وزعموا أنهم تعمدوا ذلك فى شهادتهم وفي أن اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما فاذا جاز قطع اليدين فى يد واحدة بطريق الشهادة فبالمباشرة أولي ولكنا نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد بدون التحقيق وقد تهدد الامام بما لا يتحقق قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لاتوجب الرجم بالاتفاق ثم لم يكن من على رضى الله عنه هكذا كذبا لانه علق بما لاطريق اليه وهو العلم بأنهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن هذا كذبا بهذا التعليق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالي بل فعله كبيرهم هذا فاسئلوهم ان كانوا ينطقون ثم لم يكن هذا الكلام من ابراهيم صلوات الله عليه كذبا لانه علقه بما لا يكون ومعناه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه أن من مذهب على رضي الله عنه أن اليدين لايقطعان بيد واحدة فقد روى ذلك عنه فى الكتاب فهذا تبين أن مراده التهديد وذكر عن حماد رحمه الله أنه كان يقول في الشاهدين اذا رجعا عن الشهادة بعد قضاء القاضي فانه ينظر الى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما القاضى فى الرجوع ورد القضاء وأبطله وان كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا دون ذلك لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنهما شيأ وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا ثم رجع فقال لا أبطل القضاء بقولهما لآخر وان كان أعدل منهم يوم شهدا ولكن أضمنهما المال الذى شهدا به وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول

Marfat.com

أن كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق فيه بالعدالة وحسن حال المخبر فاذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله عند ذلك أحسن فرجحان جانب الصدق فى هذين الخبرين بين والظاهر أن رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضى يتبع الظاهر لانه ماوراء ذلك غيب عنه واذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عنه الشهادة فرجحان جانب الكذب فى الرجوع أبين والظاهر أنه بالرجوع قاصد الى الاضرار بالمقضى له وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق واتصال القضاء به فان الشئ لا ينقضه ماهو مثله أو دونه وينقضه ماهو فوقه ولا ضمان عليه لانه ما تناول شيأ انما أخبر بخبر وذلك لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء والقاضى يختار فى قضائه فذلك يمنع اضافة الاتلاف الى الشهادة فلهذا لا يضمن الشاهد شيأ *وجه قوله الآخر أن ظاهر العدالة ترجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعدم به معنى التناقض فى الكلام وهو بالرجوع مناقض فى كلامه فعدالته عند الرجوع لا تعدم التناقض وكما أن القاضى لا يقضى بالكلام المتناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق يعين فى الشهادة وتأكد ذلك بقضاء القاضى فى حق المقضى له فيه بتعين جانب الكذب فى الرجوع واذا كان تهمة الكذب عند الرجوع لفسقه يمنع القاضي من ابطال القضاء فتعين الكذب فيه بدليل شرعى لانه يمنعه من ابطال القضاء أولى فلو أبطل القضاء باعتبار هذا المعنى أدى الى مالا يتناهى لانه يأتى بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب اعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقراره عند الرجوع انه أتلف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وان كان يحصل بقضاء القاضى فسبب القضاء شهادة للشهود وانما يحال بالحكم على أصل السبب وهذا لان القاضى بمنزلة الملجأ من جهتهم فان بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعا ثم السبب اذا كان تعديا بمنزلة المباشرة فى ايجاب ضمان المال وقد اقر بالتعدى في السبب الذى كان منهما وبهذا السبب سلط المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلطا عليه باثبات اليد لانفسهما ضمنا فكذلك اذا سلطا الغير عليه لان وجوب الضمان للحاجة الى الجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة الى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضى لانه غير متعدى فى القضاء بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لايجاب الضمان عليهم وعن ابراهيم

Marfat.com

رحمه الله قال اذا شهد شاهدان على قطع يد فقضي القاضي بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وان رجع احدهما فعليه نصف الدية وبه نأخذ لانهما سببا لقطع اليد بطريق هو تعدى منهما وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الاضرار بغيره فى نفسه أو ماليه بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر ووضع الحجر فى الطريق الا أن ضمان الدية فى مالهما لان وجوبه بقولهما وهو اقرارهما على انفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة على العاقلة واذا كان ضامنين للدية اذا رجعا كان احدهما ضامناً لنصف الدية اذا رجع لان بشهادة كل واحد منهما يقوم بنصف الحجة فببقاء احدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجع من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وذلك النصف وكذلك لو شهد بمال فقضى القاضى به ثم رجع أحدهما فعليه نصف المال فان رجعا جميعا فعليهما المال كله وهذا بخلاف ما اذا رجع قبل قضاء القاضى حتى امتنع القاضي من القضاء للمشهود له لانهما لم يتلفا عليه شيئا مستحقا له فالشهادة قبل القضاء لاتوجب شيئا للمشهود له فاما بعد القضاء فقد اتلفا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من المال فيضمنان له ذلك وعن الشعبي رحمه الله ان رجلين شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا وفرق القاضي بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجع عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي وبه كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضى جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد القاضى المرأة الى زوجها برجوع الشاهدين ولا يفرق بينهما وبين الزوج الثانى ان كان هو الشاهد وقال محمد رحمه الله لا يصدق الشاهد على ابطال شهادته الاولى ولكنه يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها ان كان هو تزوجها والى هذا رجع أبو يوسف رحمه الله وأصل المسئلة أن قضاء القاضى بالعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول رحمهما الله وفي قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا لا باطنا حتى اذا ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدى زور فقضي القاضي له بالنكاح وسعه أن يطأها فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول رحمهما الله ولا يحل له ذلك فى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعى رحمهم الله وحجتهم فى ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على أنه وان قضي القاضى له بالشراء

Marfat.com

بشهادة الزور لايحل له تناوله ويكون ذلك منه أكلا باطلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فانما أقضي له بقطعة من نار والمعنى فيه أن قضاءه اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما اذا قضى بشهادة العبيد أو الكفار أو المحدودين فى القذف وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فانه كبيرة وحجة القضاء مشروعة والكبيرة ضدها واذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء فحقيقة الكذب أولى ولان ماقضى به لا كون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح منكوحة الغير لانسان بشهادة الزور وبيان الوصف انه أظهر بقضائه نكاحا كان قد تقدم واذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور اظهاره بالقضاء عرفنا انه قضى بما لا كون له ولا يجوز أن يجعل قضاؤه انشاء لان ولاية الانشاء لم تثبت له فان سبب ولايته دعوى المدعى وشهادة شهوده وهو انما ادعى عقدا سابقا وبذلك شهد شهوده فلا يتمكن القاضى من القضاء بما لم يدعه المدعى ولا يشهد به الشهود ولان القاضى لم يقصد ان شاء العقد بينهما وانما ينفذ قضاءه على الوجه الذى قصده (ألا ترى) أن قضاءه في الاملاك المرسلة لاينفذ باطنا لهذا المعنى ولا يجعل ذلك انشاء تمليك منه وبه فارق قضاء القاضى بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في الدين الثابت بشهادة الزور لانه قصد الانشاء هنا وما ظهر عنده من الحجة يصلح للانشاء أيضا وكذلك فى المجتهدات يثبت له ولاية الانشاء بما لاح عنده من الدليل وقضاؤه ان شاء أيضا بطريق القصد منه الى ذلك فاما هنا انما قصد الامضاء فلا يمكن أن يجعل منشئا (ألا ترى) ان رجلا وامرأة لو أقرا بالنكاح وهما يعلمان أنه لانكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الاقرار وهما يملكان الانشاء ولكنهما بالاقرار أظهر عقدا قد كان بينهما فلا يجعل ذلك انشاء منهما ولان المدعى متيقن بما لو تبين القاضى به امتنع من القضاء فلا ينفذ قضاؤه فى حقه وان كان القاضى معذورا لخفاء هذه الحقيقة عليه كما لو كانت امرأة مجوسية أو مرتدة أو منكوحة الغير أو أخته من الرضاعة والدليل على أن قضاءه ليس بانشاء أنه لا يستدعى شرائط الانشاء من الشهود والمهر والولى وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما روى أن رجلا ادعي على امرأة نكاحا بين يدي على رضى الله عنه وأقام شاهدين فقضى على رضى الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بدايا أمير المؤمنين فزوجنى منه فانه لا نكاح بيننا فقال على رضى الله عنه شاهداك

Marfat.com

زوجاك فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بل يعقد النكاح بينهما فلم يجبها الى ذلك ولا يقال انما يجبها الى ذلك لان الزوج لم يرض بذلك لانا نقول ليس كذلك بل الزوج راض لانه يدعى النكاح والمرأة رضيت أيضا حيث قالت فزوجنى منه وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان الزوج راغبا فيها ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال شاهداك زوجاك أى الزمانى القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضاء وماقل عنه فى هذا الباب كالمرفوع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق الى معرفة ذلك حقيقة بالرأى ويتبين بهذا ان ما استدلوا به من الآية والحديث فى الاملاك المرسلة وبه يقول والمعنى فيه أنه قضى بأمر الله تعالى فيما له فيه ولاية الانشاء وقضاؤه بامر الله تعالى يكون نافذا حقيقة لاستحالة القول بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان الوصف انه لما تفحص عن أحوال الشهود وزكوا عنده سرا وعلانيه وجب عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك يأثم ويخرج ويعزل ويعذر فعرفنا أنه صار مأمورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له الى معرفة حقيقة الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى لم يجعل لنا طريقا الى معرفه حقيقة الصدق من خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا لوقوف على مالا طريق له الى معرفته لان التكليف بحسب الوسع والذى فى وسعه التعرف عن أحوال الشهود فان استقصى ذلك غاية الاستقصاء فقد أتى بما فى وسعه وصار مأمورا بالقضاء لان ماوراء هذا ساقط عنه باعتبار أنه ليس فى وسعه ثم انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان والمأمور به أن يجعلها بقضائه زوجته فلذلك طريقان اظهار نكاح ان كان وان شاء عقد بينهما فاذا لم يسبق منهما عقد تعذر اظهاره بالقضاء فيتعين الانشاء اذا ليس هنا طريق آخر فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع من الدليل الشرعى ويجعل انشاءه كانشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة بل قضاؤه أولى وأقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق (ألا ترى) أن فى المجتهدات صفة اللزوم يثبت بانشاء القاضى ولا يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا ان قضاءه اقوى من انشاء الخصمين وشرط صحة الانشاء الشهادة والمحل القابل له ولا شك ان المحل شرط حتى اذا كانت المرأة منكوحة الغير أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل فكذلك الشهادة شرطه الا أن مجلس القضاء لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولى ليس بشرط عندنا ولا حاجة الى ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمه بالفة وهو ان لا يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما

Marfat.com

بنكاح ظاهر له والآخر بنكاح باطن له ففى ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضى بقضائه ممكنا من الزنا ففيه من الفساد ما لا يخفى واذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزنا ويثبت له ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمعنى النظر لهما فلان يثبت له ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها به عن الزنا ويصون قضاؤه به عن التمكين من الزنا أولى وكذلك يثبت له ولاية انشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب احدهما كما قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم ان أحدكما لكاذب فكذلك يثبت له ولاية الانشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا وأمر القبلة على هذا فانه لما توجه عليه الأمر بالصلاة الى جهة القبلة وأتى بما فى وسعه فى طلب القبلة يثبت له ولاية نسب القبلة حتى أن الجهة التى أدى اليها اجتهاده تنتصب قبلة فى حقه فتجوز صلاته اليها وان تبين له الخطاء بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ما قالوا ان المدعى عالم بما لو علمه القاضى امتنع من القضاء ففى اللعان الكاذب منهما عالم بما لو علمه القاضى امتنع من التفريق ومع ذلك نفذ القضاء فى حقه لتوجه الأمر على القاضي وتوجه الامر بالانقياد واتباع أمر القاضى فى حق الناس وهذا بخلاف ما اذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون فى قذف فان هذه اسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء ولكن ربما يلحقه الحرج فى ذلك فالحرج تعذر بترك الاستقصاء ولكن لم يسقط الخطاب بأصابتها حقيقة فلا يتوجه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة فاما حقيقة الصدق فلا طريق الى الوقوف عليه والامر بالقضاء يتوجه بدونه وهو بمنزلة ما لو توضأ بماء أوصلى فى ثوب لم تبين أنه كان نجسا فانه يلزمه الاعادة لهذا المعنى أو هو بمنزلة ما لو قضى باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الأملاك المرسلة فليس للقاضي هناك ولاية الانشاء لان تمليك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية القاضى ولا لصاحب المال أيضا وفى أسباب تمليك المال كثرة فلا يمكن تعيين شىء منها فعرفنا انه ليس له فى ذلك الموضع إلا ولاية اظهار الملك فاذا لم يكن هناك ملك سابق فلا تصور لاظهاره بالقضاء والتكليف بحسب الوسع فبهذا تبين انه لم يكن مأمورا بالقضاء باطنا فاما هنا له ولاية الانشاء وطريقه متعين من الوجه الذى قلنا فباعتبار يصير مأمورا بالقضاء بالنكاح بينهما حقيقة * يوضحه ان هناك القاضى لا يقول للمدعى ملكك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمره بالتسليم اليه ليأخذه على أنه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ فأما هنا نقول قضيت

Marfat.com

بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضائه اذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شاهدى زور فقضى القاضى بالفرقة بينهما فتزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله يحل للثانى أن يطأها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينهما وبين الاول حقيقة وصح النكاح بينهما وبين الثانى بعد انقضاء العدة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس للأول ان يطأها لقضاء القاضى بالفرقة بينهما وكيف يطؤها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرء أن يعرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثانى ان يطأها لانه يعلم أنها منكوحة الغير وانه كان كاذبا فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه الله ليس للثانى ان يطأها لهذا ويحل للاول ان يطأها ما لم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها الثانى لا يحل للاول ان يطأها بعد ذلك لوجوب العدة عليها من الثانى بالوطء بالشبهة والمنكوحة اذا وجبت عليها العدة من غير الزوج حرم علي الزوج وطؤها وقال الشافعى رحمه الله لا يجب عليها العدة من الثانى لانهما زانيان فى هذا الوطء يعلمان حقيقة الأمر فهو يقول يطؤها الاول سرا بنكاح باطن له والثانى علانية بنكاح ظاهر له وهذا قبيح فانه يودى الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة فى طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا أنهم يقولون معنى الصيانة عن هذا القبيح يحصل بالنهى ونحن ننهى كل واحد عن مثل هذا التلبيس وهو نظير ما يقولون فيما اذا كان ادعى جارية في يد رجل أنها له وقضى القاضى له بشهادة شاهدى زور فانها فى الباطن مملوكة الاول يطؤها سرا وفى الظاهر مملوكة للثانى يطؤها علانية وهذا القبح يتقرر فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهى ثم التمكن من هذا الظاهر يلتبس والناس أطوار وقليل منهم الشكور وما ذهب اليه أبو يوسف فيه نوع ضرر أيضا فان المرأة تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة اذ هى لا يحل للاول ولا للثانى وليس لها أن تتزوج بزوج آخر ولدفع هذا الضرر أمر الشرع بالتفريق بين العنين وامرأته فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله واتبع فيه عليا رضي الله عنه وان قضاء القاضى ينفذ وأنها تحل بالنكاح للثانى رجل ادعى على رجل أنه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشترى يجحد ذلك فاقاما عليهم شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشترى يعلم أنه لم يشترها منه ثم رجعا عن شهادتهما لم يصدقا على نقض البيع لان شهادتهما ماتأدت بحكم الحاكم وتناقض كلامهما

Marfat.com

في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشترى الثمن بعوض يعدله وهو الجارية فان ماليتها مثل مالية الثمن والاتلاف بعوض لايوجب الضمان على المتلف لان وجوب الضمان للجبران والنقصان هنا منجبر بعوض يعدله المشترى في حل من وطئها في قول أبي حنيفة رحمه الله لان القاضي له ولاية الانشاء فى البيوع فانه يبيع التركة في الدين ويبيع مال اليتيم والغائب لمعنى النظر فيكون قضاؤه كانشاء البيع لمعنى النظر للخصمين فى ذلك وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله لايحل له أن يطأها لان قضاءه امضاء لبيع كان فاذا لم يكن بينهما بيع كان باطلا في الباطن. واذا شهد شاهدان على رجل انه قذف امرأته بالزنا والرجل يعلم أنهما شهدا بباطل فأمره القاضى بان يلتعن هو وامرأته وفرق بينهما لم يسع للزوج أن يطأها ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك أما عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما لان للقاضى هنا انشاء التفريق بينهما فينفذ قضاءه على الوجه الذى قصده وقد بينا نظيره فى بيع التركة فى دين ثبت بشهادة الزور قال (ألا ترى) أن الزوج لو قذفها وهو يعلم أنه كاذب فكره أن يكذب نفسه فلاعن القاضى بينهما وفرق لم يسع الزوج أن يطأها وان كان يعلم أنها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك وان كانت تعلم أن الزوج كاذب فيما رماها به لما أن للقاضى انشاء التفريق وهو قضاء منه فى موضعه لولاية التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال حتى اذا كان الحال معلوما لايفرق بينهما فالاشتباه لايؤثر فى المنع من نفوذ قضائه على الوجه الذى قصده فى اللعان وأبو حنيفة رحمه الله يقول فى هذا كله بعد قضائه لانه مأمور باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لاطريق له الى معرفته ساقط عنه (ألا ترى) أنه لو خلا بامرأته ولم يدخل بها ثم طلقها وأقرت هى بذلك أن لها المهر كاملا يسعها أن تأخذه وان كانت قد علمت أن الزوج لم يقر بها ولكن لما سقط عنها ماليس فى وسعها وأتت بما عليها من التسليم تقرر حقها فى المهر ولزمها العقد فلا يسعها أن تتزوج قبل انقضاء عدتها ولا يسع الزوج أن يتزوج أختها في عدتها فيه يتضح مما سبق من فصول اللعان والشهادة. وكذلك لو قذف امرأته بالزنا وهو صادق فجحدته المرأة ولاعن القاضى بينهما وفرق وانقضت عدتها فهى في سعة من أن تتزوج غيره وله أن يتزج أختها وان كانا يعلمان من زناها مالو علمه القاضى لم يفرق بينهما . واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق أمته هذه فاجاز القاضى ذلك واعتقها وتزوجت ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتها للمولى

Marfat.com

لان ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد أبطلا ذلك بشهادتهما فاذا زعما بالرجوع أنهما أتلفاه بغير حق صدقا علي انفسهما وضمنا قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطؤها لانها عتقت بحكم الحاكم ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى ان لا تبقى هى علي ملكه وبدون ملك الرقبة لا يثبت له عليها ملك الحل بغير سبب . ولو أن صبيا وصبية سبيا وكبرا وعتقا وتزوج احدهما الأخرى ثم جاء حربى مسلما واقام بينة أنهما ولداه فقضى القاضى بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما لم يقبل رجوعهما ولا يسع الزوج ان يطأها وان علم أنهما شهدا بزور وكيف يطؤها وقد جعلها القاضى اخته ولم يضمن الشاهدان شيئا عندنا وعند الشافعى رحمه الله يضمنان له مهر مثلها وهذا بناء علي أصل نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وهو ان البضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وعند الشافعى رحمه الله يتقوم بمهر المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله فى ملكه . ولو كانت صبية في يدى رجل يزعم انها أمته فشهد شاهدان أنه اقر أنها ابنته فقضى بذلك القاضى لم يسع المولي ان يطأها وان علم انهما شهدا زور لان القاضى حكم بانها ابنته فان رجعا ضمنا قيمتها لانهما أقرا بالرجوع انهما أتلفا عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه في رقبتها ولو ماتت وتركت ميراثا وسعه أن يأكل ميراثها . وكذلك لو مات الأب كانت فى سعة من أكل ميراثه أما فى جانبها فهو واضح لانه لا علم لها بحقيقة الأمر لخالة العلوق غيب عنها وفى مثله عليها اتباع قضاء القاضى فيسعها أن تأكل ميراثه وأما فى جانبه فهو مشكل لان الميراث بالنسب مما ليس للقاضى فيه ولاية الانشاء وهو يعلم أنها ليست بابنته حقيقة فينبغى ان لا يسعه أن يأكل ميراثها حتى قيل تأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء لان القاضي قضى بالعتق وله فيه ولاية الانشاء فيثبت الولاء له والاصح أن يقال لما كان للقاضى ولاية الانشاء في قطع النسب باللعان فكذلك له ولاية الانشاء فى القضاء بالنسب اذا صادف محله فقد صادف محله وهنا فانه ليس لها نسب معروف فلهذا يسعه أن يأكل ميراثها ولو شهدا على مال فقضى به القاضي فقبضه أو لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال اذا أخذه المقضى له من المقضي عليه وقبل الأخذ لا يضمنهما المقضى عليه شيئا لان تحقق النقصان عند تسليم المال الي المقضى له فاما ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران فى حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما أتلفا عليه دينا حين الزماه ذلك بشهادتهما فلو ضمنهما عينا قبل الاداء كان قد استوفى منهما عينا مماثلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفى الاعيان يثبت الملك للمقضى

Marfat.com

له بقضاء القاضي ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لان الملك في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيأ ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي وكذلك هذا في العقار فان بالشهادة الباطلة يضمن العقار كالمنقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضي عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضي به القاضي ثم رجع أحدهم لم يضمن شيأ لان الاصل في ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقي على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بقي على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيأ وهذا لان الراجع وان زعم أنه متلف بشهادته عليه فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه على المتلف بالضمان كمن غصب مال انسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه اذا لم يضمنه المستحق شيأ. ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال لانه بقي على الشهادة لم يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة في النصف خاصة فيضمن الراجعان ذلك . ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعت امرأة فعليها ربع المال لان الثابت بشهادتها ربع المال ولانه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المرأتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده فعليه نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال على الرجل النصف وعلى المرأة الربع وان رجعوا جميعا فعلى الرجل نصف المال وعلى المرأتين النصف لان الثابت بشهادة الرجل مثل ما ثبت بشهادة المرأتين فقد قامتا في الشهادة مقام رجل واحد كما قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل. فان شهد رجل وعشر نسوة فقضى القاضي ثم رجعوا جميعا فعلى الرجل سدس المال وعلى النساء خمسة أسداس المال في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل النصف وعلى النساء النصف لان النساء وان كثرن في الشهادة لا يقمن الا مقام رجل واحد (ألا ترى) أن الحجة لا تتم مالم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال * يوضحه أن الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر يثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وأبو حنيفة رحمه الله يقول كل

Marfat.com

امرأتين فى الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فعشر نسوة بخمسة من الرجال وهذه المسئلة بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم أسداسا ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم الميراث وفى الميراث عند كثرة البنات مع الابن يجعل كل اثنتين كابن واحد ولم يجعل حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات فعند الانفراد لا يزاد لهن على الثلثين ثم عند الاختلاط يجعل كل اثنتين كابن فكذلك في الشهادة وهذا لان النقصان على أدنى العدد فى الشهادة يمنع القضاء فاما الزيادة على النصاب معتبر فى أن القضاء يكون بشهادة الكل فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم يكن عليهن شيء لانه قد بقى على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته وهو رجل وامرأتان فان رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع المال لان الحجة انما بقيت فى ثلاثة أرباع الحق فيجب الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وليس البعض باولي من البعض فى وجوب ذلك عليه فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وان رجعت العاشرة فعليها وعلى التسع نصف المال أما عندهما ظاهر لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعند أبى حنيفة رحمه الله لانه بقى على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته بمنزلة ما لو شهد ستة من الرجال ثم رجع خمسة ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لان المرأة الواحدة لا تكون شاهدة فان المرأتين شاهد واحد فالمرأة الواحدة شطر العلة فى كونها شاهدا وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم فكان القضاء بشهادة رجلين دون المرأة فلا يضمن عند الرجوع شيأ. ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال لان الحجة بقيت فى نصف المال فقد بقى امرأتان على الشهادة ثم هذا النصف عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل خاصة لما بينا أن عندهما نصف المال متعين فى أنه ثابت بشهادة الرجل ونصف ثابت بشهادة النساء وقد بقى من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته فعرفنا أن الحجة انعدمت فى النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون الضمان عليه دون المرأة وينبغى فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله أن يكون النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لان القضاء هنا بشهادة الكل فكل امرأة منهن اذا ضمتها الى الأخرى كانتا شاهدا فلا يكون القضاء محالا به على شهادة البعض دون البعض

Marfat.com

وقد بقيت الحجة فى نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين أثلاثا لان الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة ولو رجعوا جميعا كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا في الفصل الاول . واذا شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان اثلاث لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا واذا شهد شاهدان بمال قضى به القاضى ثم ادعى المشهود عليه أنهما رجعا وأراد يمينهما فلا يمين عليهما في ذلك ولا تقبل عليهما به بينة لانه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا أن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بمجلس الحكم كالشهادة فلما ان شهادتهما فى غير مجلس القاضى باطلة فكذلك رجوعهما والحدود والقصاص فى هذا كالاموال . واذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا بالمال على أنفسهما من قبل الرجوع ثم جحدا ذلك فشهدت عليهما شهود بالمال عليهما قبل الرجوع والضمان لم يقبل ذلك لان الرجوع في غير مجلس القضاء باطل فانما أشهدا على أنفسهما بالمال بسبب باطل وذلك لا يلزمهما شيء وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجمه القاضى بذلك ثم أشهد الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم بالرجوع حد ولا ضمان لانهم بالرجوع ماصاروا قاذفين له ولكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قذفا عند ذلك وفسخ الشهادة بالرجوع مختص بمجلس الحكم (قال) ولو أوجبت عليهما الحد لاوجبت عليهما الضمان وقد بينا أنهم لا يضمنون بالرجوع فى غير مجلس الحكم فلا يحدون أيضا واذا لم يقض القاضي بشهادة شاهدين حتى رجعا عنها لم يقض بها لان القضاء يستدعى قيام الحجة عنده ولم تبق الحجة حين رجعا ولان شهادتهما تتأكد بالقضاء فبالرجوع قبل التأكد يبطل بحيث لا يبقى له أثر ولا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا شيئا على أحد أما المشهود عليه فقد بقي المال على ملكه وأما المشهود له فلم يثبت له استحقاق قبل القضاء . ولو اشترى رجل دارا بألف درهم وهى قيمتها ونقده الثمن فشهد شاهدان أن هذا الرجل شفيعها وان هذه الدار التى هى فى يديه ملزقة بداره فقضى القاضى له بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشترى ملكه فيها بعوض يعد له وهو الثمن الذى أخذه من الشفيع فان كان المشترى قد بنا فيها بناء فأمره القاضى بنقضه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا لقرار البناء بملكه الدار وقد شهد أن الشفيع أحق بملكها منه فكانا متلفين للبناء عليه فيضمنان له قيمة البناء مبنيا ويكون النقض لهما بالضمان بمنزلة ما لم

Marfat.com

هدماه بايديهما واذا رجع الشاهدان عن شهادة شهدا بها عند غير القاضى الذى شهدا عنده فانه يقضي عليهما بالضمان لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضى لا مجلس ذلك القاضي الذى شهدا عنده فرجوعهما فى مجلس القاضى الآخر كرجوعهم فى مجلس القاضى الذى شهدا عنده أرأيت لو مات الاول أو عزل فرجع فى مجلس القاضى الذى قام مقامه أليس يقضي عليهما بالضمان فكذلك اذا رجعا فى مجلس القاضى الآخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤديا حتى تخاصمها الى القاضى الذى شهدا عنده أول مرة وجحدا الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع وبقضاء القاضى عليهما بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنهما المال لان المدعى أثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما المال به وكذلك لو رجعا عند القاضى الذى شهدا عنده فيضمنهما ذلك ثم اختصموا الى غيره وكذلك لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاض من القضاة وانه ضمنهما ذلك فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو سمع القاضى اقرارهما بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا اثبت المدعى ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنهما المال وكتبا به على أنفسهما صكا وبسبب المال الى الوجه الذى هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضى لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بمال بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضى وكذلك لو أقر بذلك ضمنهما المال فكذلك اذا أثبت المدعي ذلك بالحجة ولو رجعا عند غير قاض وضمنهما المال على الوجه الذى هو له منه ثم جحدا ذلك عند القاضى لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضى وكذلك لو أقر بذلك عند صاحب الشرط أو عامل كورة ليس القضاء اليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما أن الشهادة عند هؤلاء كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع. واذا شهدا على رجل انه باع عبده هذا من فلان بألف درهم والبائع يجحد والمشترى يدعى ثم رجعا عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم أو أقل فلا ضمان على الشاهدين لانهما أدخلا في ملك البائع مايعدل ما أخرجاه عن ملكه أو يزيد عليه وهو الثمن الذى استوفاه من المشترى وان كانت قيمة العبد أكثر من ألف ضمنا الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض يعدله والبعض معتبر بالكل وكذلك كل بيع أو صرف شهدا به وان اخر المقضى عليه الضمان عنهما جاز لان هذا تأجيل دين واجب في الذمة وهو وسائر الديون سواء ثم اذا أجل رب الدين للمدين صح هذا التأجيل فكذا هنا ولان الواجب عليهما

Marfat.com

ليس ببدل الصرف وانما هو بدل الغصب أو مال مستهلك وقد تقدم بيان صحة التأجيل به واذا كان لرجل على رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبرأه منه أو حلله أو أوفاه ثم رجع ضمنا المال لانهما أتلفا عليه المال بشهادتهما فان (قيل) قد أتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين (قلنا) قد أتلفا عليه دينا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك دينا في ذمتهما يتعين بالقبض منهما. وان شهدا أنه أجله سنة فقضى بذلك ثم رجع قبل الحل أو بعده ضمنا المال للطالب لانهما فوتا عليه حق القبض بالشهادة بالتأجيل الى انقضاء الاجل وذلك موجب للضمان عليهما وهذا لان التأجيل فى الحكم كالابراء (ألا ترى) أن المريض اذا أجل فى دين له يعتبر خروجه من الثلث كما لو أبرأ ثم هذا يتضح فى رجوعهما قبل حل الاجل وكذلك لو رجعا بعد حل الاجل لان الضمان عليهما عند الرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالاتلاف بالشهادة يحصل واذا صار ضامنين بها لا يسقط الضمان عنهما بحلول الاجل كالوكيل بالبيع بثمن حال اذا باع بثمن حال ثم أجل عن المشترى كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده ولهذا المعنى ولان الضامن كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده ولان الضمان انما وجب عليهما بسبب الاتلاف لما بينا أنهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين أن ذلك لم يكن اتلافا فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء أخذ المطلوب وان شاء أخذ الشاهد فاذا أخذ الشاهد كان لهما حق الرجوع به على المطلوب الى أجله لانهما ملكا ذلك المال بالضمان فى ذمة المطلوب ولان الطالب حين ضمنهما فقد أقامهما مقام نفسه فى الرجوع على المطلوب فان نوى على المطلوب برئ من الشاهدين لانهما قاما فى ذلك مقام الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب ولا يكون لهما حق الرجوع على الطالب لانهما قاما مقامه ثم اذا أدى للطالب لا يكون له حق الرجوع على احد فكذلك للذي قام مقامه بخلاف الحوالة فانه اذا نوى المال على المحتال عليه يرجع به على المحيل لان تحول الحق الى ذمة المحتال عليه كان بشرط سلامة المال للطالب من المحتال عليه فاذا لم يسلم عاد الى ذمة المحيل وهنا أصل المال صار للشاهدين بالضمان مطلقا فان خرجا كانا لهما وان نوى كانا عليهما لانهما قاما فى ذلك مقام الطالب . ولو شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للمولى فى الهبة اذا أخذ القيمة اما لان القيمة عوض له من هبته أو لانه يزعم انه ملك العبد من الشاهدين بما أخذ

Marfat.com

منهما من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع الى ابطال قضاء القاضي باطل والقاضي بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضي عليه لا من جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع في الهبة ولو لم يضمن المقضي عليه للشاهدين فله الرجوع في العبد بقضاء القاضي لانه هو الواهب للعبد بحكم القاضي وللواهب ان يرجع في الهبة مالم يصل اليه العوض فان (قيل) فاذا ضمن الشاهدان القيمة ينبغي أن يكون لهما حق الرجوع في الهبة باعتبار أنهما قاما مقام الواهب في ذلك كما في مسئلة الدين (قلنا) الدين في الذمة مال وهو يحتمل التمليك بعوض ولهذا جاز الاستبدال بالدين مع من عليه الدين فيمكن ان يجعل مملكا ولك من الشاهدين بما استوفي منهما فاما في حق الرجوع في الهبة ليس بمال محتمل للاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق الرجوع لهما باعتبار أنهما يقومان مقامه لانه بعد ماوصل اليه العوض لا يكون له حق الرجوع في الهبة فلا يكون ذلك لمن قام مقامه أيضا ولو شهدا على عبد في يد رجل انه لهذا الرجل فقضى له به وهو أبيض العين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا أومات عند المقضي له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته يوم قضى به ولا يلتفت الى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة أونقصان لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة ففي القضاء بالضمان يعتبر القيمة وقت الشهادة كما في المغصوب والمستهلك والقول قولهما في القيمة لان الضمان يجب عليهما فالقول في مقداره قولهما ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان وفلان مقر بالدين فقضى القاضي به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما بصناعته ثانيا بقبض المال فيحفظ له والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال بقضاء القاضي حصل في يده أمانة للموكل وقد تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا في قبض كل وديعة وغلة وميراث وغير ذلك. ولو شهد رجل وامرأتان على ألف درهم ورجل وامرأتان عليهما وعلى مائة دينار فقضى القاضي بذلك ثم رجع رجل وامرأتان عن شهادتهم على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقي على الدراهم من تتم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة في الدنانير فلهذا لا يضمنون شرعا ولو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمان الدنانير على الذين شهدوا بها خاصة وضمان الدراهم جميعا عند أبي حنيفة ارباع على كل امرأتين ربع

Marfat.com

وعلى كل رجل ربع وعندهما ثلاث على كل رجل الثلث وعلى النسوة الثلث وان كان رجوع الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين على أنفسهما في مرضهما فيبدآن بدين الصحة واذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا بالف درهم وهو يساوى ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقضى القاضى بذلك ثم مضت الثلاثة فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والثمن لانهما أتلفاه بشهادتهما بغير عوض (فان قيل) لا كذلك فالبيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فاذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغى ان لا يضمن الشاهدان شيئا (قلنا) زوال الملك وان كان يتأخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشترى المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبائع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه والعاقل يتحرز عن ذلك بجهده فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود ولو أوجب البيع في الثلاثة لم يضمن له الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلفا عليه بشهادته. وكذلك لو كان شرط الخيار للمشترى وهو منكر للشراء وفى قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشترى حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع وان اختار البيع قبل الثلاثة لم يضمنا له شيئا لما بينا فى جانب البيع ولو شهدا برهن عبده والراهن مقر بالدين جاحد للرهن فقضي القاضى بالعبد رهنا ثم رجعا فان لم يكن فى قيمة العبد فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ولو شهد على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال فى يده هو مثل الدين لم يضمنا عند الرجوع. فكذلك اذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فى ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمنا أيضا ما دام العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من أخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فاذا مات عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض حين أثبتا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شئ من الدين عنه باعتباره ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجحد المرتهن ذلك فقضى القاضي بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا على المرتهن شيئا فان حقه فى المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان

Marfat.com

عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم فى جانب المرتهن (فان قيل) فلماذا تقبل البينة عليه بذلك وهى لا تلزم شيئا (قلنا) اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم فى الحال كما فى البيع بشرط الخيار للبائع أو للمشترى الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك فى يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بملك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع واذا عمل المضارب بالمال وربح فادعي انه أخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقى ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا شهادتهما فما زاد على الثلث الى اتمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد أقرا بالرجوع أنهما أتلفا ذلك عليه بغير حق ولو كان الربح كله دينا لم يضمنا شيئا حتى يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد علي نفس المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين وتصل الى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا انه أعطاه الثلث فلا ضمان عليهما في هذا الوجه اذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلفا على المضارب شيئا بشهادتهما اذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول فرب المال هناك مستحق للربح باعتبار انه ماله فهما اتلفا عليه بشهادتهما ما كان مستحقا له فيضمنان اذا رجعا ولو نوى رأس المال فى الوجهين لم يضمنا شيأ لانهما ما شهدا فى رأس المال بشئ انما شهادتهما فى الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا أنهما اشتركا ورأس مال كل واحد منهما الف درهم على أن الربح بينهما أثلاثا وصاحب الثلث يدعى النصف وقد ربحا قبل الشهادة فقسمه القاضى بينهما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين الثلث والنصف في كل ربح كان قبل الشهادة لان كل واحد منهما مستحق لنصف الربح عند تساويهما فى رأس المال والقول قول مدعى النصف لولا شهادتهما فما زاد علي الثلث الى النصف أتلفاه بشهادتهما على من أخذ الثلث بغير حق وما ربحا فيما اشتريا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما فيه لان كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة بغير رضا صاحبه فاقدامهما على التصرف بعد قضاء القاضى بان الربح أثلاث يكون رضا منهما بذلك ورضا المتلف عليه يمنع وجوب الضمان علي المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان في يدى رجل مال فشهد شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى القاضى له بنصف

Marfat.com

مافي يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لان القول قول المنكر للشركة وهو ذو اليد لولا شهادتهما فاذا صار نصف مافي يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقر أنهما أتلفاه بغير حق ولو شهدا على رجل بوديعة فجحدها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضي ذلك رجعا ضمنا له مافرم من ذلك لانهما شهدا عليه بدين فالوديعة المجحودة دين على المودع وقد أقرا بالرجوع أنهما الزماه بغير حق فيضمنان له مااستوفى منه بذلك السبب .ولو ركب رجل بعير رجل الى مكة فعطب فقالى رب البعير غصبني وقال الراكب استأجرته منك بكذا وأقام عليه شاهدين فابرأه القاضي من الضمان وأنفذ عليه ما وجب من الاجر ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة البعير الا مقدار ماأخذ صاحبه من الاجر لان ركوب بعير الغير موجب للضمان على الراكب لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة دينا على الراكب بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب البراءة وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك على رب البعير فكانا ضامنين له الا أنهما عوضاه مقدار ماشهدا له من الاجر فيطرح عليهما ذلك ولان صاحب البعير مقر أن الراكب غاصب لاأجر له عليه وأن ما استوفى منه استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا يرجع على الشاهدين الا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوى مائتي درهم وآخر يوم عطب فيه يساوى ثلثمائة درهم لزيادة في يده والاجر خمسون فانهما يضمنان مائتين وخمسين درهما بحساب يوم عطب ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله انما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب وقالوا هذا نظير الجارية المغصوبة اذا ازدادت في بدنها ثم باعها الغاصب وسلمها اليه فانه كما لم يذكر الخلاف هنا لم يذكر هناك وانما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسئلة في النوادر وحكم هذه وحكم تلك سواء والاصح ان هذا قولهم جميعا وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان غصب ولهذا لا يضمن به الا ما يضمن بالغصب والغصب بعد الغصب في الاصل لا يتحقق من واحد والزيادة المتصلة لا تفرد عن الاصل فاما ضمان الركوب اذا عطبت الدابة ضمان اتلاف (ألا ترى)ان الحر يضمن به والاتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الاصل مع الزيادة فكان الراكب ضامنا قيمتها حين عطبت لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمتها باعتبار تلك الحال. رجل له على رجل الف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوى مائة درهم يدعى أنه له فاقام المطلوب شاهدين أنه رهنه اياه بالمال وقضي به ثم هلك الثوب فذهب بمائة

Marfat.com

درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثوب انه ملكه باعتباريده فهما أتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطالب فيضمنان له عند الرجوع (فان قيل) كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك (قلنا) عين الرهن أمانة فى يد المرتهن فيده فى ذلك كيد الراهن ثم أثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن فى مقدار المائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكأنهما شهدا عليه انه استوفاه مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول هو عندى وديعة وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه فقضى به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا على ذى اليد عين الثوب لانه لا يدعى ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضى فالرهن لا يكون لازما فى جانب المرتهن فيجعل امساكه الثوب بعد قضاء القاضى بانه رهن عنده رضا منه بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع شيئا بخلاف الاول فقد أتلفا عليه ملكه فى الثوب هناك ولو شهد شاهدان على رجل أنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة الى رجل يجحد ذلك ولم يعترفا فقضى القاضى به وأمر بدفع العشرة اليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر لانهما الزما المسلم اليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين فى المالية وضمان الاتلاف يتقدر بالمثل فاذا قبضه منهما فهما ضامنان لطعام مثله الا عشرة دراهم ينقص من ذلك الكر لان مقدار العشرة حصل الاتلاف فيه بعوض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع وما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فان كان رأس المال مثل الكر لم يضمنا شيئا لانهما عوضاه مثل ما أتلفا عليه والاتلاف بعوض يعدل المتلف ولا يوجب الضمان على المتلف. ولو شهدا على رجل أنه أكرى شق محمل الى مكة بمائة درهم فقضى له القاضى وحمله وقبض الاجر ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما اذا كان المستأجر هو المدعى وان كان الاجر ضعف ذلك لانهما أتلفا المنفعة على رب الابل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك عندنا ولو أتلفاه مباشرة بان ركبا لم يضمنا فاذا أتلفاه بشهادتهما أولى وان كان ادعاه صاحب الابل وجحده المستأجر ضمنا له مما أدى ما زاد على أجر مثل البعير لانهما أتلفا عليه ما التزماه بشهادتهما من الاجر وعوضاه من ذلك منفعة البعير والمنافع تتقوم بالعقد وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان دينا فى الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار ما أتلفاه بعوض ويضمنان ما سوى ذلك لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الراكب ولم يضمن شيأ فانما لزمه الاجر بشهادتهما ولو أقر عند الرجوع

Marfat.com

أنهما أتلفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل الف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالالف شاهدين انه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البينتان عند القاضى فانه لا ينبغى له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطة مفرغة للذمة فكيف يقضى باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده مايفرغ الذمة ثم الابراء فى معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لايجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضى يكلف المشهود له بالالف بالبينة المثبتة ولا يلتفت الى مامضى لانه لم يقض بشهادتهم على أصل المال والشهادة التى لم يتصل القضاء بها لا تكون موجبة شيأ فلا بد من اعادتهم اذا أراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقا له وانما يثبت هذا الاستحقاق باعادة البينة وان أعادهم خصمهم فى ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فهم خصماؤه فى ذلك ولا يتمكن من أن يلزم المدين شيأ بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضى بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلهذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدين فى اعادة هذه البينة عليهم فان شهد الشهود على الالف أنها على المدعى عليه فى الاصل فقضي بها على شهود البراءة لانه يتحقق اتلافهم ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له ولا يرجعان بها على المشهود له بالبراءة لانهما يضمنان عند الرجوع ورجوعهما ليس بحجة فى حق المشهود له بالبراءة وقال وانما يأمر القاضي مدعى المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدى البراءة بمحضر منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجبرا بشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كانهما غصبا المال ساعة يقضى القاضى له ورجعا والله أعلم

﴿ تم الجزء السادس عشر ويليه السابع عشر ﴾

﴿ أوله باب الرجوع عن الشهادة فى الطلاق والنكاح ﴾

Marfat.com

﴿ فهرست الجزء السادس عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢ باب انتقاض الاجارة
٧ باب الشهادة في الاجارة
٩ باب مايضمن فيه الاجير
١٥ باب اجارة رحاء الماء
١٨ باب الكراء الى مكة
٢٣ باب من استأجر أجيرا يعمل له فى بيته
٢٥ باب اجارة الفسطاط
٣١ باب الاجارة الفاسدة
٤٧ باب اجارة حفر الآبار والقبور
٥٠ باب اجارة البناء
٥٢ باب اجارة الرقيق فى الخدمة وغيرها
٥٧ باب الاستجار علي ضرب اللبن وغيره
٥٩ كتاب آداب القاضي
٩٥ باب كتاب القاضى الى القاضى
١١١ كتاب الشهادات
١١٦ باب الاستحلاف
١٢٠ باب من لا تجوز شهادته
١٣٧ الشهادة علي الشهادة
١٤٢ باب شهادة النساء
١٤٥ باب شهادة الزور وغيرها
١٤٩ باب الشهادة فى النسب وغيره
١٥٧ باب طعن الخصم فى الشهادة
١٥٩ باب الشهادة فى الشراء والبيع

Marfat.com

١٦٩ باب ما يكون بين الرجلين فيه خصومة
١٧٢ باب اختلاف الشهادة
١٧٧ كتاب الرجوع عن الشهادة

﴿ تمت الفهرست ﴾

Marfat.com